|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי מרכז-לוד** | | |
| **תפ"ח 19292-01-13 מדינת ישראל נ' קושניר** |  | **21 מאי 2014** |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **לפני**  **כב' השופטת רות לורך – אב"ד כב' השופט צבי דותן  כב' השופטת עירית וינברג-נוטוביץ** | |  |
| **ה**מאשימה | מדינת ישראל | | |
| **נגד** | | | |
| **ה**נאשם | לאוניד קושניר | | |

<#2#>

נוכחים:

ב"כ המאשימה עו"ד פיה גלבר

הנאשם ובאי כוחו עו"ד אפרת שוהם – דליות

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [90א'(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/90a.1), [345(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.2), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a)

[חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982](http://www.nevo.co.il/law/74903): סע' [74](http://www.nevo.co.il/law/74903/74), [108](http://www.nevo.co.il/law/74903/108), [184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184)

[חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981](http://www.nevo.co.il/law/71631): סע' [1](http://www.nevo.co.il/law/71631/1), [2(11)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.11), [2(7)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.7), [2(9)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.9), [5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5), [16](http://www.nevo.co.il/law/71631/16), [18(2)(ג)](http://www.nevo.co.il/law/71631/18.2.c), [20(א)](http://www.nevo.co.il/law/71631/20.a)

[חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996](http://www.nevo.co.il/law/71833): סע' [19(א)](http://www.nevo.co.il/law/71833/19.a)

**הכרעת דין**

הנאשם זכאי מחמת הספק מן העבירות המיוחסות לו בכתב האישום, ומן העבירות הנוספות שביקשה המאשימה במהלך המשפט להרשיעו בהן.

**השופט צבי דותן**

כתב האישום

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום, המייחס לו עבירת אינוס לפי [סעיף 345(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.2) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) התשל"ז-1977 (להלן- "החוק") ועבירת מעשה מגונה לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) לחוק.

2. **בכתב האישום נטען** כי הנאשם הינו רופא משפחה בקופת חולים לאומית ומטפל, בין השאר, בעובדים זרים, המבוטחים בפוליסת ביטוח של חברת איילון.

במועד שאינו ידוע למאשימה, סמוך לדצמבר 2010, פנתה א.א., עובדת זרה המתגוררת בישראל ובעלת אישור שהייה ועבודה בישראל (להלן- "המתלוננת"), אל הקליניקה של הנאשם שממוקמת בראש העין, וביקשה מהנאשם מרשם לגלולות נגד הריון.

הנאשם לא הודיע למתלוננת על זכותה לנוכחות מלווה בבדיקה ואמר למתלוננת שאין צורך לפנות לגינקולוג, וכי בכוונתו לבצע בדיקה גינקולוגית, בטרם ייתן לה מרשם.

הנאשם הורה למתלוננת להוריד את הגרביונים והתחתונים ולפסוק את רגליה. המתלוננת הפשילה הגרביונים שלבשה עד לברכיה, אך הנאשם הורה לה להסירם לגמרי ומיד לאחר מכן, הפשיל לה את הגרביונים בעצמו.

הנאשם מרח וזלין על אצבעותיו, החדיר והוציא את אצבעותיו מספר פעמים לאיבר מינה של המתלוננת בהסכמתה שהושגה במרמה לגבי מהות המעשה. בשלב מאוחר יותר ובמקביל להחדרת האצבעות, נגע הנאשם בצדי איבר מינה של המתלוננת. הנאשם עשה כן לשם גירוי וסיפוק עצמי.

מיד לאחר מכן, הורה הנאשם למתלוננת לשנות את תנוחת שכיבתה ולכרוע על ברכיה וידיה כשגבה כפוף.

הנאשם עמד משמאלה של המתלוננת, והחל שוב להחדיר ולהוציא את אצבעות ידיו לאיבר מינה של המתלוננת, מספר רב של פעמים, בהסכמת המתלוננת שהושגה במרמה לגבי מהות המעשה. תוך כדי החדרת אצבעותיו, נגע הנאשם בדגדגן של המתלוננת, וזאת לשם גירוי וסיפוק מיני.

בשלב זה חשה המתלוננת כי הבדיקה אינה מתנהלת כשורה וקמה מהמיטה.

יריעת המחלוקת

3. לטענת המאשימה, הנאשם, במעשיו דלעיל, אנס את המתלוננת בהסכמתה שהושגה במרמה לגבי מהות המעשים, וכן ביצע בה מעשים מגונים לשם גירוי וסיפוק מיני. לטענתה, נסיבות האירוע **והאופן** בו ביצע את הבדיקה הגינקולוגית, בשים לב בין היתר להכשרתו ברפואה כללית בלבד באוקראינה, וללא כל התמחות, מוכיחים את הכוונה המינית במעשיו.

לטענת הנאשם, הוא ביצע בדיקה וגינלית מקצועית למתלוננת, כפי שמתיר לו החוק, וכפי שנדרש מבחינה רפואית בנסיבות הענין. החדרת אצבעותיו לאיבר מינה של המתלוננת לא היתה מלווה בכוונה מינית, אלא היתה זו בדיקה רפואית-מקצועית גרידא. כמו כן כופר הנאשם בכך שנגע בדגדגן של המתלוננת, וטוען שגם **אם** נגע, הרי הדבר אירע בטעות, באקראי, בלי שימת לב, ולא נגיעה מכוונת.

עדות המתלוננת

4. המתלוננת, ילידת 1983, נולדה בסרביה, וחיה בישראל מאז שנת 2009, והיא בעלת אישור שהייה ועבודה בישראל. היא נשואה לישראלי, מאז שנת 2011. הנאשם, רופא משפחה, היה הרופא של המתלוננת, וטיפל בה בבעיות רפואיות שונות, כגון דלקת בדרכי השתן, דיאטה, דלקת בברך (פרו', עמ' 11). המתלוננת היתה מעוניינת להתחיל לקחת גלולות נגד הריון, ולמטרה זו הגיעה ביום 15/12/10 למרפאתו של הנאשם. היא הגיעה בשעת הפסקת הצהריים, ובמקום היו נוכחים רק הנאשם, וכן המנקה, שהיתה בפרוזדור (פרו', עמ' 11). המתלוננת אמרה לנאשם שהיא רוצה להתחיל לקחת גלולות נגד הריון. הוא אמר לה לשכב על המיטה הרפואית (עמ' 11), וכן אמר לה "עכשיו אנחנו הולכים לבצע בדיקה גינקולוגית" (הודעתה במשטרה, נ/1, ש' 61).

5. הוא לא שאל אותה אם זה בסדר שהוא יבדוק אותה, או שהיא תעבור בדיקה זו ע"י רופא גבר, או האם עברה בדיקה גינקולוגית בעבר (רענון, נ/2, עמ' 7). הוא לא אמר לה שהיא יכולה לעבור את הבדיקה אצל רופא אחר, גינקולוג, ולא שאל אותה אם היא מעוניינת להיבדק אצל גינקולוג, וכן לא אמר לה שהיא זכאית לנוכחות של מלווה בזמן הבדיקה (נ/1, ש' 141 – 144).

6. היא נשכבה על גבה על המיטה. הוא אמר לה להוריד את הגרביונים וכן את החצאית והתחתונים. היא הורידה הגרביונים רק מרגל אחת, והנאשם משך את הגרביונים בעצמו מן הרגל השניה (פרו', עמ' 12). הנאשם שם על ידיו כפפות גומי, ומרח ג'ל על אצבעות יד ימין, ואז הוא הכניס את האצבעות לתוך איבר מינה, הוא הזיז את האצבעות שלו למעלה ולמטה, ימינה ושמאלה, ובסיבובים, וכן הכניס והוציא את האצבעות פנימה והחוצה מספר רב של פעמים (פרו', עמ' 12). הוא דחף שתי אצבעות והתחיל לנגוע בצדי איבר המין. הוא לא הוציא את האצבעות, הוא השאיר אותן בפנים, ופשוט נגע (נ/1, ש' 69 – 70).

7. אח"כ הוציא את האצבעות ואמר למתלוננת להסתובב ולעמוד על המיטה בתנוחת כריעה על הברכיים והידיים, כמו עמידת כלב (להלן- "תנוחת ברך – חזה", או "תנוחת כריעה"), ואז כל הפרוצדורה חזרה על עצמה, והוא הכניס אצבעות לאיבר המין שלה מאחור פנימה והחוצה מספר פעמים (פרו', עמ' 12). ברגע מסוים הוא התחיל עם אצבע אחת לגעת לה בדגדגן. "עד לנקודה שבו הוא נגע בדגדגן אני שכנעתי את עצמי שכך מבצעים את הבדיקה בישראל, אך ברגע שהוא נגע בדגדגן לא מצאתי שום הסבר בעולם לאף רופא לעשות כך" (נ/1, ש' 156 – 158). זה היה הרגע שבו היא הזיזה את החלק התחתון של גופה לצד הנגדי של הנאשם, לכיוון הקיר, ועקב כך ידו יצאה חוצה, והוא אמר "O.K, הכול בסדר" (פרו', עמ' 12). אח"כ הוא שטף את ידיו, היא התלבשה, והוא התיישב מול המחשב ונתן לה מרשם לגלולות BELARA. לדבריה, הבדיקה נמשכה לא יותר מ- 10 דקות (פרו', עמ' 27).

8. כאשר סיימה את הגלולות שרשם לה, היא באה שוב למרפאתו, ביום 24/1/11, כדי לקבל מרשם נוסף, אך ביקשה מרשם לגלולה אחרת, והוא נתן לה מרשם לגלולות FEMINET

9. ביום 7/4/11 הגישה המתלוננת תלונה נגד הנאשם במשטרה. כותרת התלונה במשטרה היתה, שהוא עשה את הבדיקה מחוץ לתחום מקצועו, והאופן שעשה את הבדיקה היה שגוי (נ/1 ש' 16).

המתלוננת הסבירה בעדותה שהסיבה שהיא חשה לא בנוח היא בגלל הדרך שהבדיקה נעשתה, בתנוחת כריעה על הברכיים, תוך הכנסת האצבעות פנימה והחוצה, ונגיעה בדגדגן. לדבריה, "לעשות סימולציה של יחסי מין גורמת לי להרגיש מאד לא נוח" (פרו', עמ' 27).

עדויות נוספות מטעם התביעה

10. **בן זוגה** של המתלוננת (כיום – בעלה) העיד כי כאשר סיפרה לו המתלוננת על מהלך הבדיקה, הוא תמה והתפלא על עצם העובדה שבוצעה לה בדיקה גינקולוגית, ובייחוד על כך שרופא משפחה ביצע את הבדיקה (פרו', עמ' 29, עמ' 37, ש' 12, ש' 16 – 17), ועל ביצועה בתנוחת כריעה (עמ' 37, ש' 18 – 20, עמ' 40, ש' 11). הוא העיד גם, כי התובנה של המתלוננת שנעשה בה משהו חריג, נבנתה אצלה בהדרגה, מתוך השיחות וה"התעסקות" הרבה בענין זה בינה לבין חברותיה לעבודה (עמ' 31, ש' 14 – 18, עמ' 39, ש' 29 עד עמ' 40, ש' 3).

**ענת רביבו** העידה כי כאשר המתלוננת סיפרה שרופא משפחה עשה לה בדיקה גינקולוגית, "אז כולנו היינו המומים ..... ואז אמרנו לה שזה לא אמור להיות שרופא כללי, לא גינקולוג, לא אמור לעשות בדיקה וגינלית" (עמ' 52). היא העידה גם, שהיתה מזועזעת מן העובדה שהבדיקה בוצעה בתנוחת כריעה (עמ' 52, ש' 26 – 27). היא מתארת גם, שהן (החברות לעבודה) "כל היום בחדר התעסקנו בענין הזה" (עמ' 52, ש' 19), ודירבנו אותה ועודדו אותה באופן אקטיבי להגיש תלונה במשטרה (עמ' 53, ש' 4 – 6, עמ' 54, ש' 13 – 15).

**אור פינס** העיד שלפי תיאוריה של המתלוננת היה נראה לו שמשהו לא התנהל כשורה, והוא אמר לה באותו רגע שהיא חייבת להגיש תלונה במשטרה (עמ' 60).

**נווה לוטן** העיד שהם דיברו ביניהם בעבודה, והבינו שזה לא תקין שרופא משפחה עושה בדיקה גינקולוגית, והם ניסו לשכנע את המתלוננת להגיש תלונה במשטרה (עמ' 63).

**רותם עמית** העידה שכאשר המתלוננת סיפרה לה, היא (רותם) היתה די המומה, מכיון שלא זכור לה מעולם שרופא – גינקולוג או לא – מבצע בדיקה כמו שהמתלוננת תיארה (כולל נגיעה בדגדגן, שזה תמוה מאד). היא אמרה למתלוננת שלדעתה היא צריכה לפנות למשטרה ולהגיש תלונה (נ/7).

עדות הנאשם

11. הנאשם, יליד 1962, נולד באוקראינה, למד שם רפואה, עבד שם מספר שנים כרופא משפחה, ועלה לישראל. התחיל לעבוד כרופא משפחה בישראל בשנת 1993, ומאז שנת 1995 מטפל בעובדים זרים. הוא מועסק ע"י איילון חברה לביטוח, שהמתלוננת היתה מבוטחת בה. פיזית הוא ישב במרפאת קופ"ח לאומית בראש העין, אך לא היה עובד של הקופה. לדבריו, כחודש – חודש וחצי לפני האירוע, המתלוננת טלפנה אליו ושאלה על מרשם לגלולות נגד הריון. הוא ענה לה שזה אפשרי, אך זה כרוך בבדיקה גינקולוגית (הודעתו במשטרה, ת/3, עמ' 2).

12. ביום האירוע, המתלוננת הגיעה למרפאתו בשעה שסניף הקופה היה סגור, אך הנאשם היה, והוא פתח לה את הדלת. רק הוא והמנקה היו נוכחים במקום (פרו', עמ' 82). המתלוננת אמרה שהיא באה לקבל מרשם לגלולות נגד הריון. הוא הדגיש בפניה שמרשם לגלולות בפעם הראשונה כרוך בבדיקה גופנית וכולל בדיקה וגינלית (עמ' 82). הוא לא הפנה אותה לגינקולוג, מכיוון שלא היה מדובר באשה חולה עם רקורד גינקולוגי בעבר, וכן כדי לחסוך כסף לחברת הביטוח (הודעתו במשטרה, ת/5, עמ' 2). הוא לא ראה שום סיבה רפואית, המצדיקה להפנות אותה לגינקולוג, או המונעת ממנו לעשות את הבדיקה, כי היה בטוח שזה ביכולתו, לאור הותק והניסיון שיש לו בתחום זה (פרו', עמ' 96). נכון שלא הפנה תשומת לבה של המתלוננת לזכותה למלווה במהלך הבדיקה, אך זה היה הביקור התשיעי או העשירי שלה אצלו, והיא ידעה זאת היטב. רוב הפעמים שבאה אליו בעבר, היא באה עם בן זוגה, והוא היה נוכח בחדר בזמן הבדיקה (פרו', עמ' 105).

13. הוא לקח ממנה בתחילה אנמנזה רפואית בתחום הגינקולוגי, אח"כ ביצע בדיקה גופנית (לחץ דם, דופק וכו'), ואח"כ עבר לבדיקה הגינקולוגית הואגינלית. הוא לבש כפפות לטקס, ושם וזלין על אצבעות יד ימין. היא נשכבה על מיטת הבדיקות (פרו', עמ' 83). לדבריו, אין זה נכון שהוא הוריד לה את הגרביונים בעצמו. מה שקרה הוא, שהיא לא הורידה אותם לגמרי, וזה לא מאפשר בדיקה וגינלית תקינה, ולכן ביקש ממנה להוריד לגמרי, והיא עשתה כן (פרו' עמ' 85). הוא עשה לה בדיקה ואגינלית, בהתחלה בשכיבה על הגב. הבדיקה כללה החדרת שתי אצבעות לתוך איבר מינה של המתלוננת, שכן, זה חלק אינטגרלי מהבדיקה, בשביל למשש את הרחם (פרו', עמ' 106, ש' 31). באותו זמן, הוא הניח את יד שמאל שלו על בטנה של המתלוננת (עמ' 109, ש' 1).

14. היה קושי טכני מסוים בבדיקה, מפני שהרחם של המתלוננת היה במנח אחורי, וכמו כן בגלל עודף המשקל שלה, ולכן הוא ביקש ממנה לשנות תנוחה, ולעמוד על מיטת הבדיקות בתנוחת כריעה, וכך המשיך לעשות את הבדיקה, וברור שבשלב הזה היה עליו להחדיר את האצבעות פעם נוספת (פרו' עמ' 106, ש' 32). אין זה נכון, לטענתו, שהחדיר אצבעותיו לאיבר מינה של המתלוננת מספר רב של פעמים, כטענתה. לדבריו, עשה כן רק פעמיים, פעם אחת כשהיתה על הגב, ופעם שניה כשהיתה בכריעה. הוא מוסיף כי, יכול להיות שבגלל הקושי הטכני, לפעמים צריך להוציא האצבעות ולהכניסן שוב, וכן יכול להיות שהיא הזיזה את עצמה בזמן הבדיקה, והאצבעות יצאו החוצה, ולכן היה צריך להכניסן שוב. כל הבדיקה נמשכה לדבריו 2 – 3 דקות (פרוטוקול 21/1/14, עמ' 102).

בתום הבדיקה הוא שטף את ידיו, המתלוננת התלבשה, והוא התיישב מול המחשב, הסביר לה שתוצאות הבדיקה תקינות ואין שום התוויות נגד לרישום הגלולות, תיעד את הבדיקה בתיק הרפואי שלה, ונתן לה מרשם לגלולות (פרו', עמ' 83).

15. לדבריו, בעשרים ומשהו בינואר 2011 היא הגיעה שוב למרפאתו וביקשה מרשם לגלולה אחרת, מכיוון שהקודמת גרמה לה לעצבנות יתר, והוא נתן לה מרשם לגלולותFEMINET (פרו' עמ' 84).

16. אשר לטענת המתלוננת כי הנאשם, במהלך הבדיקה, נגע לה בדגדגן, טען הנאשם בחקירתו במשטרה כי לא נגע לה בדגדגן (ת/5, עמ' 5). בעדותו בבית המשפט העיד כי "לא זכור לי שאני בכוונה נגעתי בדגדגן, אבל היות כמו שהסברתי שהיה קושי מסוים, בגלל הנתונים האנטומיים, ובגלל עודף המשקל שלה, יכול להיות שבזמן החדרת האצבעות פנימה, אני מתכוון, את שתי האצבעות הבודקות, אני בשלב הזה כבר לא מסתכל בכלל, כאילו רק עושה מישוש בלבד, ואין צורך בשום הסתכלות, אז יכול להיות שבלי שום כוונה, בצורה אקראית, האגודל כן נגע, כי אם מכניסים את שתי האצבעות של הבדיקה לעומק, אז האגודל יכול לפגוע בטעות בדגדגן, אפילו בלי להרגיש את הדגדגן עם הכפפות, וגם לא מסתכלים על המקום. אני מרוכז כמובן בבדיקה של איברים פנימיים" (פרו', עמ' 86). וכן: "לי לא זכור שנגעתי, אבל אולי בלי כוונה, בצורה אקראית. יכול דבר כזה לקרות, אבל לא התכוונתי לזה כמובן" (פרו', עמ' 107).

הכרעה

17. הסיטואציה במקרה זה היא בעייתית מלכתחילה, משום שמצד אחד, החדרת אצבעות לתוך איבר מינה של אשה היא עבירה פלילית חמורה, ומצד שני, היא חלק אינטגרלי ומתחייב בכל בדיקה גינקולוגית כהלכתה. מה שעושה את ההבדל בין שני המצבים (כאשר ההחדרה נעשית בהסכמתה) הוא **הלך רוחו וכוונתו של העושה**. "אותו מעשה עצמו ייחשב למעשה שאופיו מיני אם נעשה לצורך סיפוק מיני, ולטיפול רפואי אם נעשה לשם מטרות רפואיות" ([ע"פ 7024/93 פלח נ' מ"י פ"ד מ"ט](http://www.nevo.co.il/case/6093371) (1) 2, בעמ' 35). טענת המאשימה היא כי **נסיבות הבדיקה** (שעת הבדיקה, בזמן הפסקת הצהריים, כשהקליניקה ריקה, מלבד המנקה, וכשמדובר במתלוננת שהיא לא ישראלית ולא קוראת עברית, וגם לא הועמדה על זכותה למלווה בבדיקה, או על זכותה לקבל הפניה לגינקולוג); **בצירוף האופן החריג שבו בוצעה הבדיקה** (הורדת הגרביונים בעצמו; שימוש בתנוחת כריעה, על אף שאין המדובר בילדה; ללא שימוש במכשיר ספקולום; תוך הכנסה והוצאה של האצבעות פעמים רבות לאיבר מינה; ללא הנחת היד השניה על הבטן; וכן מגע בדגדגן, כשאין כל צורך רפואי בכך), כל אלה מוכיחים כי כוונתו של הנאשם היתה לבצע במתלוננת מעשה מיני, לצורך סיפוקו המיני.

אני סבור כי מעשיו של הנאשם ומכלול הנסיבות, בשים לב גם לעדויות המומחים, מתיישבים גם עם האפשרות, שכוונתו היתה לבצע בדיקה רפואית גרידא בתום לב, וללא כל כוונה מינית. התרשמותי היא, שהמתלוננת אכן האמינה, בעת הגשת תלונתה ובעדותה בביהמ"ש, כי נעשו בה מעשים לא ראויים ומיניים. ואולם אין די באמונתה הסובייקטיבית לצורך הרשעה בעבירות המין המיוחסות לנאשם, נוכח גירסתו העקבית והמהימנה של הנאשם, ונוכח עדויות המומחים, שלא שללו במישור העקרוני עצם ביצועה של בדיקה גינקולוגית ע"י הנאשם, ונוכח מכלול הנסיבות כפי שיפורט להלן, קיים ספק סביר בשאלה האם אמנם בוצעו המעשים מתוך כוונה מינית.

האם היה צורך לבצע בדיקה גינקולוגית?

18. הנאשם העיד כי בדיקה גינקולוגית היא הכרחית, כאשר אשה מגיעה בפעם הראשונה לקבל מרשם לגלולות למניעת הריון (פרו', עמ' 101).

העדה המומחית מטעם המאשימה, ד"ר וורצ'יזר, מאשרת בחוות דעתה ת/6 כי הרבה רופאים סבורים שחשוב לערוך בדיקה גינקולוגית, טרם מתן אמצעי מניעה הורמונליים, אם כי היא מוסיפה שהדבר אינו הכרחי, שהיא אינה מונעת גלולות מאשה המסרבת להיבדק, ושלדעתה היסטוריה רלוונטית היא חשובה יותר לבחינת אמצעי המניעה מאשר בדיקה גינקולוגית.

העד המומחה מטעם הנאשם, פרופ' ענתבי, מאשר בחוות דעתו נ/10 כי לפי נייר העמדה של האיגוד הישראלי למיילדות וגינקולוגיה משנת 2005, בדיקה גינקולוגית, טרם התחלת שימוש בגלולות למניעת הריון, תבוצע בהתאם להיסטוריה הרפואית. במקרה ספציפי זה, ההיסטוריה הרפואית של המתלוננת היתה, שבמהלך השנה האחרונה היא לא נבדקה גינקולוגית, ולכן ההחלטה לבצע בדיקה כזאת תואמת את נייר העמדה של האיגוד. בסיכום חוות דעתו (עמ' 5) מציין פרופ' ענתבי כי ביצוע בדיקה גינקולוגית, לאשה הפונה בבקשה להתחיל בטיפול בגלולות, היא פעולה מקובלת, ואף מומלצת. לדבריו, זה לא מחויב המציאות, אולם ברוב המכריע של המקרים, הוא עושה בדיקה כזאת, לפני מתן מרשם לגלולות נגד הריון (פרוטוקול 21/1/14, עמ' 92).

בנוסף, מכתב ממשרד נציב קבילות הציבור של משרד הבריאות נ/8 מאשר כי רופא גינקולוג מחויב לבצע בדיקת שד ובדיקת איברי המין טרם מתן מרשם לגלולות למניעת הריון.

ניתן אפוא לקבוע כי בדיקה גינקולוגית במקרה זה היתה נחוצה ונדרשת, ובוודאי אפשרית וסבירה, ולא חריגה.

האם רשאי היה הנאשם, בהיותו רופא משפחה, לבצע בדיקה גינקולוגית?

19. המומחית מטעם המאשימה, ד"ר וורצ'יזר, מאשרת בחוות דעתה כי אין איסור חוקי על רופאי משפחה לערוך בדיקות גינקולוגיות. בבריטניה, למשל, רוב הבדיקות הגינקולוגיות מבוצעות ע"י רופאי משפחה. בישראל זה בהחלט לא נחשב מקובל שרופא משפחה יבצע בדיקה גינקולוגית, אלא אם יש לו הכשרה לכך, ויש לו הציוד הדרוש.

גם המומחה מטעם הנאשם, פרופ' ענתבי, מציין בחוות דעתו כי במדינות רבות בעולם, כולל בבריטניה, מקובל שרופאי משפחה מבצעים גם בדיקות גינקולוגיות. בישראל אין כל הוראה האוסרת על רופא משפחה או רופא כללי לבצע בדיקה גינקולוגית, וגם האיגוד הישראלי למיילדות וגינקולוגיה איננו שולל זאת (פרו' 21/1/14, עמ' 88), הגם שבפועל, זה לא שכיח, והוא נתקל בפחות מעשרה מקרים שבהם רופא משפחה ביצע בדיקה כזאת (פרו' עמ' 89, 90). לדבריו, מקרים ששמע שרופא כללי ביצע בדיקה גינקולוגית, בחלקם היו רופאים שעברו הכשרה במזרח אירופה (פרו', עמ' 92).

גם במכתב משרד הבריאות נ/8 צוין במפורש כי אין הגבלה לביצוע בדיקה גינקולוגית ע"י רופא שאינו מומחה בשטח זה, הגם שזה איננו דבר מקובל. יחד עם זאת, הוסף שם, כי לרופא החסר הכשרה גינקולוגית, אין כמעט אפשרות להפיק נתונים קליניים מבדיקה וגינלית. אעיר כי פרופ' ענתבי אינו מסכים עם קביעה אחרונה זו, והוא סבור שגם רופא משפחה עשוי להפיק נתונים קליניים מבדיקה גינקולוגית, אמנם פחות מכפי שגינקולוג עשוי להפיק ממנה (פרו' 21/1/14, עמ' 90, ש' 21 – 23).

20. לימודי הרפואה של הנאשם באוקראינה כללו, בין היתר, מיילדות משך שנת לימודים אחת, וגינקולוגיה משך שנת לימודים אחת, כולל ביקורים במחלקה גינקולוגית (פרו', עמ' 89). לפי עדותו, יש לו ניסיון רב בביצוע בדיקות גינקולוגיות, ובמשך הקריירה שלו עשה אולי 600 בדיקות כאלה (פרו', עמ' 85).

21. הנאשם הבהיר בעדותו בבית המשפט כי האסכולה הרפואית שהוא בא ממנה דוגלת בכך שהרופא מטפל בעצמו בכל דבר שהוא מתמצא בו ומסוגל לתת טיפול רפואי בעצמו. כדבריו: "האסכולה הרפואית שסיימתי אותה ובאתי ממנה מלמדת לטפל בבן אדם בשלמותו, לא לטפל במחלה אלא בחולה. לקחת על עצמו מכסימום מה שרופא מסוגל לעשות ולא להפנות דברים טריוויאליים ושגרתיים לרופאים מקצועיים בתחום הזה... אני נוהג לעשות את כל הבדיקות אם אני רואה שזה ביכולתי לעשות לבד..." (פרו' עמ' 90). הנאשם אף נתן דוגמאות לעניינים מתחומים רפואיים שונים, שטיפל בהם בעצמו, מבלי לשלוח את הפציינט למומחה (ריאות, אוזניים, תפרים, עיניים) (פרו', עמ' 90). גם המתלוננת מאשרת שהנאשם אכן טיפל בה בעצמו בתחומים רפואיים שונים, ולא שלח אותה אף פעם לרופא מומחה (נ/1, עמ' 2).

פרופ' ענתבי מאשר בחוות דעתו (עמ' 3) כי אסכולה זו מקובלת בחלק מארצות העולם, ובעיקר בבריטניה, וכי גם בארץ יש רופאים הפועלים בדרך זו.

22. אשר למקרה של המתלוננת, הסביר הנאשם כי לא הפנה אותה לגינקולוג מפני שהיא מטופלת בריאה ללא תלונות וללא עבר רפואי בתחום הגינקולוגי (פרו' עמ' 95 ש' 25) וגם כדי לחסוך כסף לחברת הביטוח (ת/5 ש' 6 – 8). לדבריו, לא היתה במקרה זה שום סיבה רפואית שהצדיקה להפנות אותה לגינקולוג, או שמנעה ממנו לעשות את הבדיקה בעצמו, מכיוון שהיה בטוח ביכולתו, לאור הותק והניסיון שלו בתחום זה (פרו' עמ' 96).

23. לסיכום נושא זה, הנאשם, רופא משפחה, רשאי היה במקרה זה לבצע את הבדיקה הגינקולוגית בעצמו, והדבר למעשה אינו שנוי עוד במחלוקת בין הצדדים, שהרי אף המאשימה מאשרת את הדבר בפתח סיכומיה. על אף האמור, הקדשתי לכך פרק, משום שאחד הדברים שהפריעו ביותר למתלוננת ולחבריה, לפחות בתחילה, היה עצם העובדה שהבדיקה בוצעה ע"י רופא משפחה. הוברר אפוא כי הדבר אמנם איננו מקובל בישראל, אולם אין בו כל פסול או פגם מבחינה חוקית.

העדר יידוע על זכותה למלווה

24. הנאשם מאשר כי לא הודיע למתלוננת על זכותה שאדם נוסף יהיה נוכח בחדר במהלך הבדיקה, אך מציין בהקשר זה, שהמתלוננת היתה אצלו כבר פעמים רבות בעבר, ובמרבית הפעמים היא באה יחד עם בן זוגה, שהיה נוכח בחדר בזמן הבדיקה, כך שהיא ידעה היטב על זכותה למלווה (פרו', עמ' 85, עמ' 105). אינני סבור, בנסיבות אלה, כי נפל פגם בהתנהגותו בכך שלא יידע אותה על זכותה למלווה, שכן, המתלוננת היתה מודעת לזכותה זו מביקוריה הקודמים אצל הנאשם (וראה גם עדות פרופ' ענתבי בענין זה, פרו' 21/1/14, עמ' 99 ש' 19 – 22).

דרך ביצוע הבדיקה – כללי

שאלת מהימנות הנאשם והמתלוננת

25. הטענה העיקרית נגד הנאשם נוגעת לדרך ביצוע הבדיקה, ובענין זה תיאורו של הנאשם שונה מהותית מתיאורה של המתלוננת, וההכרעה תיעשה עפ"י שאלת המהימנות.

בשאלת המהימנות של גירסאות הצדדים, אפתח בנאשם.

התרשמתי כי הנאשם הוא רופא שיש לו "אג'נדה" שהוא דוגל בה וגאה בה, מעין סוג של גאוה מקצועית, כפי שעולה בין השיטין מדבריו, אותם כבר ציטטתי: "האסכולה הרפואית שסיימתי אותה ובאתי ממנה מלמדת לטפל בבן אדם בשלמותו, לא לטפל במחלה, אלא בחולה. לקחת על עצמו מכסימום מה שרופא מסוגל לעשות ולא להפנות דברים טריוויאליים ושגרתיים לרופאים מקצועיים בתחום הזה... אני נוהג לעשות את כל הבדיקות אם אני רואה שזה ביכולתי לעשות לבד..." (פרו', עמ' 90). הנאשם העיד על עצמו גם "אני אף פעם לא אתפשר לעשות משהו חפיף כי אני בן אדם מאד יסודי וקפדני וגם אחראי, בגלל שאני אחראי אז אני אף פעם לא אקח על עצמי לעשות דבר שיש לי ספק אפילו ספק קלוש שזה יזיק לבריאות המטופל, פשוט הבעיה כמו שאני רואה את זה רטרואקטיבי נובעת מכך שתמיד מה שעמד מול עיניי זה היבט רפואי ופחות חשבתי על היבט פלילי או היבט אתי" (פרו', עמ' 94 – 95).

26. התרשמותי היא כי הנאשם מסר גירסה עיקבית ומהימנה, במשטרה ובבית המשפט. הוא גם לא ניסה לייפות את הדברים. כך למשל הוא לא נמנע מלומר את האמת, גם מקום שהיא נשמעת בעייתית משהו, כגון שאחת הסיבות לכך שלא הפנה את המתלוננת לגינקולוג היא "בשביל לחסוך כסף לחברת איילון, כי אני עובד שלה, וכל בדיקת רופא מומחה זה כרוך בתשלום מטעם איילון ללאומית" (ת/5, עמ' 2). הנה כי כן, גם דברים שאינם נשמעים טוב, הוא מוסר אותם בכנות ובפתיחות. כך גם עדותו, שהמתלוננת הגיעה למרפאתו בשעה שהסניף (סניף קופ"ח) כבר היה סגור, ורק הוא והמנקה היו במקום (פרו', עמ' 82), סיטואציה שמעוררת מיד את המחשבה שהיתה לו ההזדמנות לבצע בה מעשים לא כשרים, אולם לא הסתיר שזו היתה הסיטואציה, וסיפר את האמת.

27. אף ב"כ המאשימה בסיכומיה התקשתה להצביע על סתירות בעדות הנאשם. כך, בעמ' 8 לסיכומיה היא מצביעה על תשובות שונות זו מזו שנתן הנאשם במענה לשאלה מדוע לא העמיד את המתלוננת על זכותה לנוכחותו של מלווה במהלך הבדיקה. בתשובה לשאלה זו השיב הנאשם במשטרה: "לא חשבתי על זה באמת. יכול להיות שבזה טעיתי, לא חשבתי על זה" (ת/5 ש' 42). ובביהמ"ש תשובתו היא: "היות והיא כבר לא היתה פעם ראשונה אצלי, אלא פעם עשירית... אני כבר לא חשבתי לנכון שבכל ביקור צריכים לחזור על אותו דבר, זה לא מטופל חדש שלי שהגיע פעם ראשונה ועדיין לא יודע את הזכויות, כלומר היא ידעה טוב שיכלה להגיע עם מלווה..." (פרו' עמ' 85). הנה, בחקירתו במשטרה אמר בכנות שפשוט לא חשב על כך, ובכך אולי טעה. ובביהמ"ש הוסיף, שמכל מקום, היא ידעה על זכותה לנוכחותו של מלווה. אינני רואה כאן סתירה, בוודאי לא מהותית, שיש בה כדי לפגום במהימנותו.

28. בהמשך סיכומיה טוענת המאשימה (עמ' 10) כי גירסת הנאשם בלתי מהימנה משום שלא הניח בסיס לדעתו בדבר "חובה" לבצע בדיקה גינקולוגית, לפני מתן מרשם לגלולות למניעת הריון בפעם הראשונה. כבר התייחסתי לכך לעיל, אך במענה לטענה זו אחזור ואפנה שוב למכתב משרד הבריאות, נ/8, הקובע כי רופא גינקולוג **מחויב** לבצע בדיקת שד ובדיקת איברי המין טרם מתן מרשם לגלולות למניעת הריון.

29. עוד טוענת המאשימה (שם) כי גירסתו של הנאשם בלתי מהימנה משום שאין כל הגיון בהסברו שלא הפנה את המתלוננת לגינקולוג, בשל רצונו לחסוך כסף לחברת הביטוח. אינני סבור כי ההסבר הכספי שנתן בענין זה איננו הגיוני (פרו' עמ' 94 ש' 19 – 26), ומכל מקום, העובדה שלא הפנה אותה לגינקולוג נובעת קודם כל ובראש ובראשונה מהגישה והאסכולה שהוא דוגל בה – לטפל בעצמו בכל תלונותיו ומכאוביו של החולה, ככל שיש לו הידע והיכולת לעשות זאת, ומן העובדה שהמתלוננת היא בריאה וללא כל "עבר" רפואי בתחום הגינקולוגי, ולכן הוא לא ראה כל סיבה רפואית המחייבת או המצדיקה להפנות אותה לגינקולוג.

30. ועוד מפנה המאשימה בסיכומיה (עמ' 9) ל"סתירה" נוספת, והיא שבמשטרה אמר הנאשם, שלא נגע בדגדגן של המתלוננת (ת/5, עמ' 5) ואילו בביהמ"ש העיד שיכול להיות שללא שום כוונה, בצורה אקראית, האגודל נגע בדגדגן בטעות, אפילו מבלי להרגיש זאת עם הכפפות (פרו' עמ' 86) אך לא זכור לו שנגע (פרו', עמ' 107, ש' 27). אינני רואה כאן סתירה, לבטח לא סתירה מהותית שיש בה כדי לפגום במהימנותו. הוא, מבחינתו וככל הידוע לו, לא נגע בדגדגן, לא התכוון לנגוע בו, ולא זכור לו שנגע בו. אולם, אם המתלוננת עומדת על גירסתה שנגע, הרי הוא מציע הסבר אפשרי וסביר, לפיו יכול להיות שנגע באקראי, בטעות, מבלי לשים לב. הוא איננו **יודע** שכך היה. **יכול להיות** שהאגודל נגע בטעות בדגדגן, אפילו מבלי להרגיש (פרו' עמ' 86). מכאן שהוא עד היום איננו יודע שנגע בדגדגן. לכן השיב במשטרה באופן נחרץ שלא נגע. היכן כאן הסתירה? אין כל סתירה בין הטענה "לא נגעתי", לבין הטענה "אם נגעתי, הרי זה היה בטעות, באקראי, מבלי שבכלל הרגשתי בכך, ואני עד היום לא יודע ולא זוכר שנגעתי". היטיב להסביר זאת הנאשם עצמו בעדותו: "אני לא רואה סתירה בין שתי העדויות האלה. כאשר שאלו אותי במשטרה בצורה מכוונת, בתום החקירה... אמרתי שלא עשיתי בדיקת דגדגן מכוונת. כאשר הייתי כבר במחשבה על זה, ושוב פעם החזרתי לעצמי את התמונה, ודיברתי גם עם המומחים, הסבירו לי שזה יכול היה לקרות באופן אקראי בזמן הבדיקה כשאני אפילו לא הרגשתי" (פרו' 21/1/14, עמ' 102).

31. לסיכום חלק זה אני חוזר על התרשמותי ומסקנתי כי עדות הנאשם היתה עקבית ומהימנה, ואף המאשימה התקשתה למצוא בה בקיעים וסתירות משמעותיות.

32. המתלוננת בהודעתה במשטרה ובעדותה בבית המשפט תיארה את האירוע באופן מפורט ועקבי, הקפידה לדייק בפרטים, מדי פעם נאנחה ובכתה. גם עדותה שלה עשתה רושם מהימן, במובן זה שהיא מאמינה, באמת ובתמים, במועד מתן עדותה, בכך שהנאשם עשה בה מעשה מיני.

33. אולם בענין זה יש לציין, כי העובדה שזוהי תחושתה ושהיא מאמינה ומשוכנעת בכך, אינה אומרת בהכרח, שזו המציאות. כפי שהבהרתי בפתח הדברים, ההבדל בין מעשה מיני אסור לבין בדיקה גינקולוגית כהלכתה נעוץ בהלך רוחו וכוונתו של העושה. לכן, מה שחשוב לענייננו איננו תחושתה הסובייקטיבית שלה, אלא בחינת ההתנהגות מנקודת מבטו של הנאשם.

34. המתלוננת עצמה לא חשבה, בזמן אמת, שהנאשם עושה בה מעשה מיני. היא לא הביעה כל התנגדות או הסתייגות, היא נפרדה ממנו בלחיצת יד, וכשהגיעה לביתה, סיפרה לבן זוגה, שהרופא ביצע לה בדיקה גינקולוגית ונתן לה מרשם. בן זוגה היה נסער, והיא הסבירה לו ושכנעה אותו "שזה בסדר שהוא עשה את זה, והוא הרופא שלי, והוא מטפל בי בכול מה שיש לי" (נ/1 ש' 82 – 84 וכן פרו', עמ' 13, ש' 5 – 9). היא לא אמרה לו שהבדיקה נדמתה בעיניה כמעשה מיני. כחודש וחצי לאחר האירוע, היא אף באה שוב למרפאתו של הנאשם, כדי לקבל מרשם נוסף לגלולות.

35. מחומר הראיות עולה בבירור כי, במהלך הזמן, חברותיה ובן זוגה של המתלוננת הם שהניעו אותה לחשוב והטמיעו בתודעתה את המחשבה שמה שאירע היה מעשה מיני, ודרבנו אותה להגיש תלונה במשטרה. סברתם זו נבעה – כך עולה מעדויותיהם – בעיקר בשל עצם העובדה שהבדיקה בוצעה ע"י רופא שאינו גינקולוג, דבר שבמהלך המשפט הוכח, וכבר אינו שנוי עתה במחלוקת, כי לא היה בו כל פסול מבחינה חוקית. פרשנותו של פרופ' ענתבי לאשר אירע במקרה זה היא סבירה ובוודאי אפשרית. לדבריו, "אני יכול לדמיין מצב שאני אבדוק מטופלת, היא תחזור הביתה ויגידו לה בדק אותך רופא שיש עליו תביעה על פגיעה מינית, היא תשנה את דעתה מכאן ועד שם על כל הבדיקה שהיתה אצלי, היא פתאום תגיד למה הוא לא אמר לי רגע תיכנסי עם האחות, למה הוא הסתכל עלי במבט כזה, ולמה הוא הזיז אצבעות. זה הכל בעיני המסתכל מתוך ראיה אחר כך שבוצעה בדיקה שלא במסגרת מרבית הבדיקות שנעשות... לדעתי זה מה שקרה כאן" (פרוטוקול 21/1/14, בעמ' 99).

אופן ביצוע השלב הראשון של הבדיקה (על הגב)

36. המתלוננת העידה כי הנאשם אמר לה להוריד את הגרביונים, והיא הורידה אותם רק מרגל אחת, ו"אחר כך הוא משך את הגרביונים מהרגל השניה" (פרו', עמ' 12). הנאשם כפר מכל וכל, הן בהודעתו במשטרה, הן בעדותו בביהמ"ש, בטענת המתלוננת. לדבריו, היא לא הורידה את הגרביון לגמרי, אלא רק עד הברך, וזה לא מאפשר בדיקה וגינלית תקינה, ולכן ביקש ממנה להוריד לגמרי, והיא עשתה זאת (פרו', עמ' 85, עמ' 106, ש' 20, וכן ת/5, ש' 66 – 72). כאמור לעיל, עדותו של הנאשם מהימנה בעיניי, ואני מקבל אותה.

37. המתלוננת, בהודעתה במשטרה, העידה כי הנאשם "באופן חלופי הוא דחף אצבע אחת לתוך איבר מיני, הוציא ודחף אצבע שנייה. זה קרה כמה פעמים, אז הוא דחף שתי אצבעות והחל לנגוע בצדי איבר המין... הוא לא הוציא את האצבעות, הוא השאיר אותם בפנים, ופשוט נגע" (נ/1, ש' 68 – 70).

בעדותה בביהמ"ש, כשנתיים ומחצה לאחר הבדיקה, התיאור הוא שונה: "הוא הזיז את האצבעות שלו למעלה ולמטה, ימינה ושמאלה, ובסיבובים, והוא הכניס והוציא את האצבעות... שהוא הכניס את האצבעות פנימה והחוצה מספר רב של פעמים" (פרו' עמ' 12).

כל התיאור ה"צבעוני" על תזוזת האצבעות "למעלה ולמטה, ימינה ושמאלה, ובסיבובים" לא הופיע כלל בחקירתה במשטרה. גם לא הטענה שזה היה מספר **רב** של פעמים. במשטרה אמרה רק, שזה קרה כמה פעמים.

38. הנאשם אמר באופן עקבי, הן במשטרה, והן בביהמ"ש, כי החדיר אצבעותיו לאיבר מינה של המתלוננת **פעמיים**: פעם אחת כשהיתה בתנוחת שכיבה על הגב, ופעם שניה כשהיתה בתנוחת כריעה (ת/5, ש' 83 – 84, פרו' עמ' 86 ש' 17 – 18). הוא הוסיף וציין כי יכול להיות שבגלל קושי טכני, הוא היה צריך להוציא את האצבעות ולהכניסן שוב, וכן יכול להיות שהיא הזיזה את עצמה בזמן הבדיקה והאצבעות יצאו החוצה ולכן היה עליו להכניסן שוב (פרו', עמ' 86, ש' 19 – 20, עמ' 107, ש' 2 – 5). עדותו של הנאשם עשתה רושם מהימן, ואני מקבל את גירסתו בענין זה.

39. אוסיף כי פרופ' ענתבי בחוות דעתו (עמ' 4) מאשר, שבמהלך בדיקה גינקולוגית ייתכן מצב בו הרופא מוציא את אצבעותיו מהנרתיק, או נסוג מעט, ואז מחדיר אותן שוב לעומק הנרתיק. בעדותו הוסיף כי במצב של רחם אחורי – והנאשם העיד כי זה היה המצב במקרה זה – "צריך להוציא את האצבעות ולהחזיר כדי לנסות להרים את הרחם ממיקומו האחורי, להניע את האצבעות לפנים ולאחור בנרתיק, בניסיון להעלות את הרחם מהמנח האחורי" (פרו' 21/1/14, עמ' 87, ש' 28 עד עמ' 88, ש' 2). בהתייחסו לעדותה של המתלוננת אישר פרופ' ענתבי, "שבהחלט יכול להיראות כך בעיניים של האשה... בבדיקה הרופא מניע את הידיים כדי להרגיש את האיברים, אז האשה יכולה להרגיש את זה ככניסה ויציאה פעמים רבות. האצבעות נעות בתוך הנרתיק". אשר לתחושתה שזה היה דומה ליחסי מין – "מאד סביר שכך היא הרגישה, כי גם ביחסי מין יש כניסה ויציאה ותנועה בתוך הנרתיק" (פרו' 21/1/14, עמ' 97).

40. לסיכום עד כאן – אני מקבל את גירסתו העובדתית של הנאשם, ואת מסקנתו של פרופ' ענתבי כי מהלך הבדיקה אינו מעיד על ביצוע פעולות חריגות בזמן הבדיקה (עמ' 5 לחוות דעתו), ואינו מעלה חריגה מנהלים רפואיים מוכרים (עמ' 3 לחוות דעתו).

41. המאשימה טוענת כי הנאשם לא הניח את היד השניה על בטנה של המתלוננת, ובמלים אחרות – רכיב אינטגרלי, שאמור להתקיים בבדיקה גינקולוגית רגילה, ואשר בלעדיו אין כלל משמעות לבדיקה (פרו', עמ' 69, ש' 2 – 6) לא התקיים, דבר המלמד על כוונתו של הנאשם למעשה מיני, ולא לבדיקה גינקולוגית.

דא עקא, המתלוננת לא אמרה שהנאשם לא הניח את היד השניה על בטנה. היא לא אמרה שהניח, ולא אמרה שלא הניח. היא פשוט התעלמה ולא התייחסה לענין זה כלל ועיקר. הנאשם, לעומת זאת, העיד מפורשות, כי "יד שמאל היתה על בטן התחתונה שלה, ויד ימין החדרתי את האצבע לאיבר המין" (ת/5 ש' 74, וכן פרו', עמ' 108, ש' 32 עד עמ' 109 ש' 1), ועדותו לא נסתרה בכל דרך שהיא, שהרי, כאמור, המתלוננת כלל לא התייחסה לשאלה זו. מהעובדה שהיא לא העידה על כך, לא נובעת בהכרח המסקנה, שהוא (לגירסתה) לא הניח את היד השניה על בטנה. בהחלט ייתכן, שהיא לא ציינה פרט זה, בשל כך שלא שמה לב לכך ולא ייחסה לכך חשיבות (פרו', עמ' 109, ש' 4).

42. המאשימה מתייחסת גם לכך, שהנאשם לא עשה שימוש במכשיר ספקולום. אינני רואה כל קושי בענין זה. הנאשם הוא רופא משפחה, הוא איננו גינקולוג, **אין לו** מיכשור של גינקולוגים, והוא לא התיימר לבצע בדיקה גינקולוגית מלאה, אלא רק בדיקה בסיסית (פרו' 21/1/14 עמ' 99 ש' 11). בדיקה זו היתה מספקת בנסיבות הענין, והא ראיה שחודשיים לאחר מכן, בתאריך 15/2/11, היא ביקרה אצל רופאה גינקולוגית, ד"ר ברקאי, שנתנה לה מרשם לגלולות FEMINET, מבלי שראתה צורך לבדוק אותה בדיקה גינקולוגית פעם נוספת (נ/1 ש' 113 – 114: "היא לא ביצעה לי שום בדיקה").

אעיר גם, כי לפי עדותו של פרופ' ענתבי, לא תמיד משתמשים בספקולום (פרו' 21/1/14, עמ' 95).

43. ובאשר לטענת המתלוננת בהודעתה במשטרה כי "הוא דחף שתי אצבעות והחל לנגוע בצידי איבר המין" (נ/1, ש' 69), אין לי אלא להפנות לחוות דעתה של ד"ר וורצ'ייזר, הקובעת (בעמ' 2) כי הזזת האצבעות לצדי הואגינה היא חלק מהבדיקה בהקשר של מישוש השחלות. אמנם היא מציינת כי הדבר בלתי אפשרי, ללא היד השניה, שמונחת על בטנה של הפציינטית, אך לנקודה אחרונה זו כבר התייחסתי לעיל.

אופן ביצוע השלב השני של הבדיקה (בכריעה)

44. השלב השני של הבדיקה בוצע בתנוחת כריעה (תנוחת ברך – חזה). מחוות הדעת של שני המומחים בתיק זה עולה, כי בדיקה כזאת מוכרת בגינקולוגיה, אם כי עושים בה שימוש רק לעיתים רחוקות מאד. פרופ' ענתבי העיד כי בכל הקריירה שלו ראה אולי שני מקרים שבהם נעשתה בדיקה גינקולוגית בכריעה (פרו' 21/1/14, עמ' 91, ש' 28). שימוש בתנוחה זו נפוץ בילדות קטנות (ראה חוו"ד ד"ר וורצ'יזר, בפיסקה E, וכן סרטון נ/11), ולעיתים גם בנשים בהריון (פרו', עמ' 76, ש' 9), אך לאו דווקא במקרים אלה. מקרים נוספים הם, למשל, כאשר האשה אינה מסוגלת לשכב בתנוחה סטנדרטית של בדיקה גינקולוגית (וורצ'יזר, פיסקה E), או בהתקיים נסיבות מיוחדות (ראה הסרטון נ/11: Others may need to be examined in alternative positions due to special circumstances or location). צירוף נסיבות של רחם אחורי ומשקל יתר עשוי להצדיק בדיקה בכריעה (פרו' 21/1/14, עמ' 92).

45. במקרה זה, הנאשם העיד כי היה קושי טכני מסוים בביצוע הבדיקה בגלל שמנח הרחם של המתלוננת היה אחורי, ובגלל עודף המשקל שלה, וזו הסיבה שביקש ממנה לעבור לתנוחת כריעה (פרו', עמ' 83).

לענין זה,BMI מעל 25 נחשב עודף משקל (פרו' 21/1/14, עמ' 96, ש' 18 – 19, עמ' 101, ש' 22) ומן המסמכים בתיק הרפואי של המתלוננת, ת/10, עולה כי ה-BMI שלה היה 26.7.

לענין רחם אחורי, הנאשם העיד על כך כבר בחקירתו הראשונה במשטרה (ת/5, ש' 56), ואינני רואה סיבה לא לקבל את עדותו, שלא נסתרה. אמנם, אין תיעוד על כך שהרחם היה רחם אחורי, אך הנאשם העיד שבד"כ לא מציינים את העובדה שהרחם הוא במנח אחורי, מפני שזה מצב שכיח למדי (פרו', עמ' 108, ש' 24, פרו' 21/1/14, עמ' 100, ש' 1 – 4), ושני המומחים בתיק אישרו את דבריו בענין זה (פרו' עמ' 75 ש' 3 – 4, פרו' 21/1/14 עמ' 97 ש' 1 – 2).

מהאמור לעיל עולה, כי הנאשם ביצע את המשך הבדיקה בתנוחת כריעה, בשל הנסיבות במקרה זה, היינו, רחם אחורי, ומשקל יתר, שכן תנוחה זו מקילה על הרופא את הגישה לרחם.

ניתן לסכם נקודה זו כפי שסיכם אותה פרופ' ענתבי בעדותו: "הבהרתי שבדיקה בתנוחת כריעה היא לא שכיחה. מזה את מבינה שמרבית הרופאים לא נוהגים כך, אבל זה לא אומר שמי שנוהג כך הוא עבריין" (פרו' 21/1/14 עמ' 97).

46. בבדיקה עצמה, בתנוחת כריעה, העידה המתלוננת כי הנאשם הכניס והוציא את האצבעות מספר רב של פעמים (פרו', עמ' 12, ש' 24 – 26, וכן נ/1, ש' 75), בעוד שהנאשם העיד כי הכניס אצבעות רק פעמיים – פעם אחת בעת שהמתלוננת שכבה על הגב, ופעם שניה בעת שהיתה בכריעה, ואין זה נכון שהכניס והוציא אצבעות מספר רב של פעמים. יכול להיות, לדבריו, שבגלל הקושי הטכני (רחם אחורי; משקל יתר), או מפני שהיא זזה בזמן הבדיקה, צריך היה להוציא ולהכניס שוב (פרו', עמ' 86, ש' 15 – 21, עמ' 106, ש' 32 עד עמ' 107, ש' 1 – 5, ש' 11 – 17, וכן ת/5 עמ' 4). ציינתי לעיל כי עדותו של הנאשם היתה מהימנה בעיניי, ואני מקבל את גירסתו. המומחית מטעם התביעה ד"ר וורצ'יזר אישרה בעדותה כי הגישה של הרופא לרחם אחורי היא יותר קשה מאשר במצב רגיל, וכי משקל יתר של האשה מוסיף עוד יותר לקושי, ובמצב דברים זה, הרופא נאלץ להיכנס עמוק יותר לתוך הנרתיק מאשר במצב רגיל (פרו', עמ' 73, ש' 8 – 25). לא מן הנמנע שזה מה שגרם לתחושתה של המתלוננת, כי הוא הכניס והוציא אצבעות מספר רב של פעמים.

47. המתלוננת העידה כי תוך כדי הבדיקה בתנוחת הכריעה, "אני לא יודעת כמה זמן זה לקח, ברגע אחד הוא התחיל עם אצבע אחרת לגעת לי בדגדגן, ואז זה היה הרגע שהזזתי את החלק התחתון של גופי לצד הנגדי לנאשם לכיוון הקיר, ואז היד שלו יצאה כתוצאה מכך, והוא אמר לי אוקיי, הכול בסדר" (פרו', עמ' 12, וכן נ/1, ש' 75 – 79).

הנאשם, לעומת זאת, העיד כי לא נגע לה בדגדגן (ת/5, עמ' 5), אך יכול להיות שבצורה אקראית, וללא כוונה, האגודל נגע בטעות בדגדגן, אפילו מבלי שהרגיש בכך (פרו' עמ' 86, וכן עמ' 107, ש' 24 – 32).

48. כפי שקובעת מומחית התביעה ד"ר וורצ'יזר, מישוש הדגדגן איננו חלק מבדיקה גינקולוגית, ואין אף פעם סיבה לגעת בדגדגן במהלך בדיקה שגרתית. המקרה היחיד שצריך לגעת בדגדגן הוא כאשר יש תלונה או חשד לנגע במקום זה (פרו', עמ' 71, ש' 7 – 8, עמ' 77, ש' 9 – 10, וכן עדות הנאשם, עמ' 86, ש' 5 – 6). גם הנאשם מאשר בעדותו שלא היתה במקרה זה כל הצדקה רפואית לגעת בדגדגן (פרו' 21/1/14, עמ' 102, ש' 8 – 10). האם יש בסיס לטענת הנאשם לפיה אפשר שנגע בדגדגן בטעות, מבלי ששם לב לכך? מעדויות שני המומחים עולה, כי אכן קיימת אפשרות כזאת. אמנם ד"ר וורצ'יזר העידה כי הדגדגן הוא למעלה, וקשה לגעת בו בטעות (פרו', עמ' 73, ש' 32), אך במקום אחר אמרה: "אם בטעות נוגעים שם, דבר שלא קורה, אני אומרת סליחה ועוברת הלאה" (פרו', עמ' 69, ש' 25), ומכאן אתה למד שנגיעה בדגדגן יכולה לקרות (בטעות, כמובן). יתר על כן, ד"ר וורצ'יזר מאשרת במפורש, כי אם בודקים את האשה "במצב הפוך" (כלומר, בתנוחת כריעה), "אז במקרה כזה אפשר לגעת בדגדגן עם האגודל, בטעות" (פרו', עמ' 74, ש' 7).

49. כך גם עולה מחוות דעתו של מומחה ההגנה, פרופ' ענתבי. הוא מציין כי "במהלך בדיקה גינקולוגית תיתכן נגיעה אקראית בדגדגן. כאשר הרחם הינו במנח אחורי, ולאשה יש עודף משקל, הבדיקה הגינקולוגית היא קשה יותר לביצוע. הרופא הבודק מתקשה במצבים אלו להגיע לאיברי האגן, וצריך לבצע בדיקה עמוקה יותר, מצב המגביר את האפשרות של נגיעה אקראית בדגדגן". ובחקירתו, כאשר נשאל מה הסבירות של נגיעה בדגדגן במהלך בדיקה וגינלית של אשה שמנה עם רחם אחורי, השיב כי "הסבירות גבוהה להערכתי, במהלך בדיקה גינקולוגית רגילה. יותר מכך, כאשר הרופא מפעיל מאמץ, למשל כשהרחם אחורי, או כשלאשה יש עודף משקל, במהלך ביצוע בדיקה המטרה היא להרגיש את הרחם, אפילו בהיסח הדעת מתבצעת נגיעה בדגדגן. אני מניח שזה לא משהו ששמים לב אליו במהלך הבדיקה, אתה מרוכז בלהרגיש את הרחם והשחלות" (פרו' 21/1/14, עמ' 87). "גם בדיקה שלי אני יכול אגב בדיקה לגעת בדגדגן, ויכול להיות שאני לא מודע לזה, כי אני מרוכז בשתי האצבעות שבודקות את הרחם" (פרו' 21/1/14, עמ' 98). "אני נותן לך את התמונה מהצד של הרופא, אני נוגע אגב בדיקה, וזו **פרשנות האשה** אם ניסיתי למשש אותה או לאנוס אותה, או עשיתי לה בדיקה גינקולוגית, אבל **התיאור מתאים לבדיקה גינקולוגית**" (פרו' 21/1/14, עמ' 98).

סיכום

50. לסיכום, ולאור כל האמור לעיל, אני סבור כי גירסת הנאשם לפיה ביצע בתום לב בדיקה גינקולוגית למתלוננת, בדיקה רפואית-מקצועית גרידא, ובלא שהיתה מלווה לכך כל כוונה מינית, היא אפשרית, למצער במידה של העלאת ספק סביר. לא ברור אם הנאשם נגע בדגדגן של המתלוננת, אך אם נגע, אפשר שהיה זה באופן אקראי, בטעות, בהיסח הדעת, מבלי שהרגיש בכך, ומבלי שהתכוון לכך, כך שספק אם נתקיים היסוד הנפשי של קיום כוונה/מטרה להשיג גירוי או סיפוק מיני. בדיקה רפואית זו פורשה ע"י המתלוננת בשוגג כמעשה מיני, וזאת – לא מיד בתום הבדיקה, אלא חודשים לאחר הבדיקה. אכן, בדיקה גינקולוגית יכולה לעורר אסוציאציות מיניות אצל האשה. אשה שאף פעם לא נבדקה גינקולוגית ע"י רופא גבר, ועוברת בדיקה חריגה, שאינה מורגלת בה (תנוחת כריעה), כאשר כל סביבתה, בן זוגה וחברותיה חוזרים וטוענים בפניה כי הרופא עשה בה מעשה שלא ייעשה, עשויה בהחלט להשתכנע שנעשה בה מעשה מיני, וזאת אף אם הלך רוחו וכוונתו של הרופא היו שונים בתכלית.

לסיכום, אציע לחברותיי להרכב לזכות את הנאשם מעבירת האינוס ועבירת מעשה מגונה, המיוחסות לו בכתב האישום.

פגיעה בפרטיות והפרת חובת הסודיות

51. במהלך המשפט עלה, כי הנאשם נכנס לתיקה הרפואי של המתלוננת, ומסר מסמכים מתיקה הרפואי לידי בא כוחו (ראה ת/5, ש' 26 – 28, וכן פרו', עמ' 94 ש' 2 – 10), וכן מסר לבא כוחו מידע מתיקים רפואיים של מטופלות אחרות שלו (פרו', עמ' 25). ב"כ הנאשם עשה שימוש במסמכים הללו בחקירתה הנגדית של המתלוננת. הוא אמנם לא הגיש אותם כראיה, אך מן השאלות ששאל (פרו' עמ' 23 – 24) ומן התיק הרפואי של המתלוננת שהוגש בשלב מאוחר יותר כראיה מטעם המאשימה (ת/10) עולה, כי המסמכים שהנאשם מסר לבא כוחו הם: סיכום הביקור של המתלוננת אצל הנאשם מיום 15/12/10 (הוא הביקור נשוא דיוננו), וסיכום הביקור שלה אצל הנאשם מיום 24/1/11 (שבו רשם לה מרשם אחר). כמו כן מסר הנאשם לבא כוחו את פרטיהן של מטופלות אחרות שלו, שביצע להן בדיקה וגינלית (פרו' עמ' 25). ב"כ המאשימה הודיעה, בישיבת יום 27/11/13, כי יש בכך הפרה של חובת הסודיות, וכי היא עותרת, לפי [סעיף 184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) (נוסח משולב) תשמ"ב-1982, להרשיע את הנאשם גם בעבירות של פגיעה בפרטיות והפרת חובת הסודיות, לפי [סעיפים 1](http://www.nevo.co.il/law/71631/1) ו- [5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5) ביחד עם [סע' 2(7)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.7), [2(9)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.9), [2(11)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.11) ל[חוק הגנת הפרטיות](http://www.nevo.co.il/law/71631) תשמ"א-1981, [וסע' 16](http://www.nevo.co.il/law/71631/16) לחוק הנ"ל ביחד עם [סעיף 19(א)](http://www.nevo.co.il/law/71833/19.a) ל[חוק זכויות החולה](http://www.nevo.co.il/law/71833) תשנ"ו-1996.

52. אינני סבור כי יש מקום להרשיע את הנאשם בעבירות המפורטות לעיל. ראשית, [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5) ל[חוק הגנת הפרטיות](http://www.nevo.co.il/law/71631) קובע כי רק פגיעה **במזיד** בפרטיות הזולת היא עבירה. המאשימה לא הוכיחה, כי יסוד נפשי זה נתקיים, היינו – מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות, ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, תוך גילוי פזיזות (משמע – אדישות או קלות דעת) להתממשותן ([סע' 90א'(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/90a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)).

ושנית, אני מקבל את טענת ב"כ הנאשם כי במקרה זה חלה הגנת [סעיף 18(2)(ג)](http://www.nevo.co.il/law/71631/18.2.c) ל[חוק הגנת הפרטיות](http://www.nevo.co.il/law/71631), הקובע:

"במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות, תהא זו הגנה טובה אם נתקיימה אחת מאלה:

(1) ....

(2) הנתבע או הנאשם עשה את הפגיעה בתום לב באחת הנסיבות האלה:

(א) ...

(ב) ...

(ג) הפגיעה נעשתה לשם הגנה על ענין אישי כשר של הפוגע".

[וסעיף 20(א)](http://www.nevo.co.il/law/71631/20.a) קובע:

"הוכיח הנאשם או הנתבע שעשה את הפגיעה בפרטיות באחת הנסיבות האמורות בסעיף 18(2), ושהפגיעה לא חרגה מתחום הסביר באותן נסיבות, חזקה עליו שעשה את הפגיעה בתום לב".

נגד הנאשם, רופא בישראל, הוגש כתב אישום חמור, בעבירות אינוס ומעשה מגונה. המסמכים הרפואיים שמדובר בהם בענייננו הם: המסמך הרפואי המסכם את ביקורה של המתלוננת אצל הנאשם, אותו ביקור שהוא הוא נשוא תיק זה, ומסמך נוסף, המסכם את ביקורה הנוסף אצלו, כדי להחליף מרשם. המסמכים הללו ללא ספק רלוונטיים וחשובים במשפט זה, ואני מקבל לפיכך את הטענה, כי הדבר נעשה לשם הגנה על ענין אישי כשר של הנאשם, קרי, כחלק ממאבקו להוכחת חפותו.

ובאשר לשאלה האם פעולתו חרגה מתחום הסביר, אציין שוב כי הנאשם עשה שימוש אך ורק במסמכים שאין חולק כי הם רלוונטיים וחשובים להגנתו, וכי הנאשם לא פרסם ולא הפיץ מסמכים אלה, אלא מסרם לבא כוחו בלבד, כשחל עליהם חיסיון עו"ד – לקוח, ובא כוחו רק עשה בהם שימוש בח"נ, אך לא הגישם כראיה. ובשלב מאוחר יותר, המאשימה היא שהגישה את המסמכים הללו כראיה מטעמה (ת/10). בנסיבות אלה נראה לי כי הפגיעה המינורית – אם בכלל – בפרטיותה של המתלוננת, לא חרגה מתחום הסביר בנסיבות הענין. הוא הדין ביחס לרשימת מטופלות שערך הנאשם שבהן ביצע בדיקה גינקולוגית, גם זה ענין שהיה רלוונטי ונדרש בתיק זה, ומכל מקום, מסמך זה לא הוגש בתיק זה ולא נעשה בו כל שימוש, לא ראינו את המסמך, לא ידוע מי הן המטופלות ואלו פרטים שלהן מצוינים במסמך, והנאשם לא נחקר על ענין זה כלל ועיקר. נראה כי גם הפגיעה בפרטיותן של מטופלות אלה (שכולן – תושבות זרות) לא חרגה מתחום הסביר בנסיבות.

אמנם, בפני ההגנה פתוחה היתה דרך חוקית להשיג את המסמכים, במסגרת הליך לפי [סעיף 74](http://www.nevo.co.il/law/74903/74) או [סעיף 108](http://www.nevo.co.il/law/74903/108) ל[חסד"פ](http://www.nevo.co.il/law/74903), אך בבחירת דרך אחרת להשגתם, אין, **בנסיבות דנן**, כדי לקיים את יסודות העבירה מעבר לספק סביר.

53. סיכומו של דבר, אציע לחברותיי להרכב לדחות את בקשת המאשימה להרשעת הנאשם בעבירות של פגיעה בפרטיות והפרת חובת הסודיות.

**השופטת רות לורך**

אני מסכימה לממצאיו ומסקנותיו של חברי השופט דותן.

|  |
| --- |
|  |
| **רות לורך, שופטת** |

**השופטת עירית וינברג – נוטוביץ**

אני מסכימה לממצאיו ומסקנותיו של חברי השופט דותן.

|  |
| --- |
|  |
| **עירית וינברג-נוטוביץ,**  **שופטת** |

**סוף דבר, אנו מזכים את הנאשם מחמת הספק מן העבירות המיוחסות לו בכתב האישום, ומן** **העבירות הנוספות שביקשה המאשימה במהלך המשפט להרשיעו בהן.**

**זכות ערעור תוך 45 יום לביהמ"ש העליון.**

<#6#>

**ניתנה והודעה היום כ"א אייר תשע"ד, 21/05/2014 במעמד הנוכחים.**

5129371

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 54678313 |  |  |
| רות לורך, שופטת  אב"ד | צבי דותן, שופט | עירית וינברג-נוטוביץ, שופטת |

5129371

54678313

רות לורך 54678313-/

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)