**בתי המשפט**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום ירושלים** | | **פ 003824/00** | |
|  | |
| **לפני:** | **כב' השופט יצחק שמעוני, ס. נשיא** |  | **20/03/2005** |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **בעניין:** | **מדינת ישראל**  **ע"י ענף תביעות משטרת ישראל** | | | **המאשימה** |
|  |  | |  |  |
|  | **נגד** | | |  |
|  | **כהן מיכאל** | | |  |
|  | **ע"י ב"כ עו"ד** | **בראון רענן ו/או ורד כהן** | | הנאשם |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c)

[פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971](http://www.nevo.co.il/law/98569): סע' [53](http://www.nevo.co.il/law/98569/53)

**הכרעת דין**

**אני מזכה את הנאשם, מחמת הספק, מהעבירה המיוחסת לו**.

**האישום**

**5129371**

1. כתב האישום מייחס לנאשם ביצוע עבירה של מעשה מגונה- בניגוד [לסעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977 (להלן: "**החוק**").נ

הנאשם יליד שנת 1964, נשוי ואב ל-5 בנות, פיזיותרפיסט במקצועו, עובד בקופ"ח "מכבי", במכון לפיזיותרפיה באיזור פסגת זאב בירושלים.

נ. ה. (להלן: "**המתלוננת**") עברה תאונת דרכים ביום 27.3.00 במהלכה נפגעה בכתף ימין ובגבה והופנתה ע"י אורטופד של "קופת חולים" לקבלת טיפול פיזיותרפי אצל הנאשם. ואכן, המתלוננת קיבלה מהנאשם טיפולים פיזיותרפיים אחדים.ב

2. בכתב האישום נטען כי ביום 3.5.00, בסמוך לשעה 13:15, במרפאה של קופ"ח "מכבי" בפסגת זאב בירושלים, עיסה הנאשם את גבה של המתלוננת, פתח את חזייתה וביקש ממנה לשכב על צידה ולהרים את ידה. במהלך הטיפול ליטף הנאשם את שדה הימני. הנאשם ביקש מהמתלוננת לשכב על גבה והחל מעסה את גבה תוך שהוא אוחז את שדה הימני בכף ידו.

כבר בשלב זה אציין, כי המאשימה לא מצאה לנכון לתקן את כתב האישום בהתייחס לטענה כי המתלוננת שכבה על גבה במהלך העיסוי. טענה זו הינה שגויה ואינה מתיישבת עם עדות המתלוננת עצמה.

3. אין חולק כי המתלוננת הגיעה למרפאה בה עובד הנאשם לצורך קבלת טיפול פיזיותרפי שנמשך כ- 20 דקות. הנאשם ביקש מהמתלוננת להוריד את חולצת הכפתורים העליונה ולהישאר עם חולצת הטריקו התחתונה. לאחר מכן, המתלוננת נשכבה על המיטה ובמהלך הטיפול, הנאשם פתח את החזייה מאחור. המתלוננת לא התלוננה מתחילת הטיפול ועד לסיומו ואף קבעה מועד נוסף לטיפול. בתום הטיפול המתלוננת לבשה את חולצת הכפתורים, עזבה את המקום ושבה למקום עבודתה "בתיאטרון ירושלים".ו

הצדדים חלוקים עובדתית באשר לנגיעות והעיסוי בשדה הימני של המתלוננת במהלך הטיפול האמור.נ

4. **תמצית ראיות התביעה**

התשתית הראייתית של התביעה מתבססת בעיקרה על עדותה של המתלוננת.

בעדותה מסרה על אשר אירע לה כדלקמן:

**"הגעתי לטיפול כרגיל, נשכבתי על המיטה אחרי שהורדתי את חולצת הכפתורים שהייתה לי והייתה פתוחה ומתחת לבשתי כתפייה עם רצועות... אז הוא התחיל לעסות לי את האזור הפגוע, ובשלב מסוים הרצועות שמוטות הצידה. בשלב מסויים הוא פתח לי את החזייה, הוא לא הוריד לי את החזייה אבל שחרר מאחורה את הכפתור וכשהכל משוחרר הוא התחיל לעסות עוד יותר את הגב ובשלב מסויים הידיים שלו גלשו לחזה... כשהוא התחיל לגעת בי נשכבתי על הצד, אחר כך הוא ביקש ממני להרים את היד והראה לי שיש שריר שנמתח מהגב לחזה, מתחת לבית השחי עד לחזה. בשלב מסויים הוא פשוט עיסה לי את החזה... את השד... הימני..."** (עמ' 23 שור' 25- עמ' 24 שור' 8. ראה גם עמ' 35 שור' 11-13).ב

בחקירתה הנגדית תיארה המתלוננת בפירוט רב את האופן בו נגע בה הנאשם:

**"ת...הורדתי את הרצועות של הגופיה והחזיה והוצאתי את היד וככה נחשף חלק מהחזה.ו**

**ש. איזה חלק?**

**ת. השד....נ**

**ש. אז איפה הוא נגע בכל השד?**

**ת. כן.ב**

**ש. כולל הפיטמה?**

**ת. כן. הוא נגע לי בכל השד, גם כששכבתי על הצד וגם כששכבתי על הגב.**

**ש. אבל איך, חלצת שד דרך הגופיה? אני לא מבין. את אומרת שהורדת את החולצה ואז הוצאת את השד החוצה?**

**ת. הוא ביקש ממני להוריד את הרצועות של החזיה ושל הגופיה, להסיט, את זה הוא ביקש בתחילת הטיפול"** (עמ' 36 שור' 6-21).

כאשר יצאה המתלוננת מהמרפאה לעבודתה היא טלפנה לחברה, מר דוד שם טוב, וסיפרה לו ש**היא חושבת** שהטרידו אותה מינית. כשהגיעה לעבודה דיברה עם חברתה לעבודה, גב' נוגה ארד-אילון, וזו הפנתה אותה למרכז סיוע לנפגעי תקיפה מינית והם שליוו אותה, בשלב מאוחר יותר, להגשת התלונה. יצויין, כי באותו יום שבו המתלוננת שבה לעבודתה היא עבדה את כל מכסת השעות.ו

המתלוננת העידה כי לאחר האירוע היא הייתה מבולבלת וכי **לא ידעה** אם הנאשם עשה "משהו לא בסדר" ואף **פחדה שמא נהג כשורה** והיא **"סתם מעלילה וגורמת לו עוול"** (עמ' 26 שור 28-29).

המתלוננת מסרה תלונתה במשטרה רק ביום 5.5.00 (הוגשה וסומנה ת/2).נ

5. הגב' **נוגה ארד-איילון -**  אשר עבדה עם המתלוננת "בתיאטרון ירושלים" בתקופה הרלוונטית, העידה כי באותו יום המתלוננת הגיעה אל חדרה וסיפרה לה **שהיא חושבת** שהיא הוטרדה מינית ובמהלך טיפול פיזיותרפי שעברה, המטפל הכניס לה את היד ונגע לה בחזה. הגב' איילון סיפרה שהמתלוננת אמרה לה שהיא לא הבינה אם הכתף פגועה מדוע יש צורך להכניס את היד לחזה. העדה תיארה שהמתלוננת הייתה נסערת, מתוחה וחסרת שקט והיא הרגיעה אותה, חיבקה אותה ואמרה לה ש"זה לא בסדר" (עמ' 4 שור' 19-27).

בחקירה הנגדית, המשיכה וציינה כי המתלוננת הייתה בסערת רגשות והייתה צריכה המון תמיכה וחום והיא חיבקה אותה ותמכה בה הואיל והיא הייתה מאוד אומללה ובמצוקה (עמ' 6 שור' 17-22).

בהודעתה במשטרה (מוצג נ/1) מסרה כי היא חיפשה עבור המתלוננת את הטלפון של מרכז הסיוע לנפגעי תקיפה מינית ונתנה לה אותו. לאחר מספר שעות היא שוחחה עם המתלוננת וזאת אמרה לה כי היא דיברה עם מרכז הסיוע והם עזרו לה (ת/2 שור' 11-15).

6. מר **דוד שם טוב -** חברה של המתלוננת, העיד כי המתלוננת התקשרה אליו בצהרי היום וסיפרה לו את אשר אירע וכך העיד:

**"היא טענה שעקב טיפול כזה שהיא עשתה היא חוששת שהטרידו אותה מינית, שאלתי למה הכוונה כשהיא הייתה נסערת ומבולבלת קמעה. ניסיתי להרגיע אותה וביקשתי ממנה לתאר את מה שקרה. היא תיארה לי שבזמן הטיפול של הפיזיותרפיה המטפל הוריד לה את החזיה בלי רשותה ונגע לה בחזה. שאלתי אותה אם היא בטוחה במה שהיא אומרת והיא אמרה שכן, השיחה המשיכה להתנהל לגבי מה שנעשה אם איך זה בדיוק היה... וחזרה על זה מספר פעמים. לאחר מכן שאלה מה לעשות ואיך להמשיך... והצעתי לה לפנות למרכז לסיוע לתקיפה מינית שיתנו את חוות הדעת שלהם לגבי מה שהתרחש. בערב נפגשנו ושוב היא תיארה לי והדגימה לי איך קרה כל המקרה..."**

(עמ' 12 לפרו')**.ב**

7. עד תביעה נוסף הוא השוטר **זאב ניסים**, שביצע את מרבית פעולות החקירה בתיק וגבה את ההודעות מדוד שם טוב, מנוגה ארד-איילון ומהנאשם, ביום 8.5.00.

כאשר נחקר העד בחקירתו הנגדית העיד כי הוא רשם את פניותיהם של הנחקרים ולא הוסיף עליהן שום דבר מעצמו.

8. **תמצית ראיות ההגנה**

מטעם ההגנה העידו, בנוסף לעדות הנאשם, ד"ר דוד הנדל ומר יונתן קפלן. בעדותו בבית המשפט כפר הנאשם במיוחס לו בכתב האישום ודבק בהודעתו שניתנה במשטרה.ו

**הנאשם מסר** כי רכש את השכלתו בתחום הפיזיותרפיה באוניברסיטת "בן גוריון" ומיד עם סיום לימודיו החל לעבוד כפיזיותרפיסט בקופת חולים "מכבי" בירושלים. הנאשם העיד כי המתלוננת קיבלה ארבעה טיפולים וכתב האישום שהוגש נגדו הוא בגין טענותיה לעניין מה שהתרחש בטיפול הרביעי. בשלושת הטיפולים הראשונים, הנאשם הדריך את המתלוננת לבצע תרגילים באופן עצמאי על מנת למנוע מצב של "כתף קפואה". הטיפול הרביעי היה בצוהרי היום בחדר הפיזיותרפיה כאשר הדלת הייתה פתוחה ומספר מטרים ממנו יושבות שתי מזכירות, מנהלת הסניף ועוד רופאים. הנאשם טוען שלא עשה למתלוננת שום דבר שיכול להוות הטרדה מינית. הוא לא נגע למתלוננת בשד ולא ליטף אותו. כמו כן, הוא מעולם לא אמר לה שיש שריר שהולך מהגב אל החזה והוא רוצה להראות לה אותו.

הנאשם הסביר כי בטיפול הרביעי היו שלושה שלבים. **בשלב הראשון** הוא ביצע למתלוננת מוביליזציות לחוליות הצוואריות והגביות עד חוליה 8T שהיא מעט למטה מאמצע הגב. מוביליזציות אלה לחיצות על החוליות על מנת להניע כל חוליה בנפרד ובכך לשחרר אותה ולהוריד כאב ונוקשות. המוביליזציות מתבצעות כאשר המטופל שוכב על הבטן והמטפל מבצע את הלחיצות על גבו.נ

לפני שהמתלוננת נשכבה על הבטן, הנאשם ביקש ממנה שתוריד את חולצת הכפתורים העליונה שלה והיא נשארה בחולצת טריקו שיש לה שרוול קצר.

בנוסף, לפני ביצוע הלחיצות, הנאשם חשף את גב המתלוננת קרי, היא נותרה לבושה בחולצתה אך עם גב חשוף. כמו כן, הנאשם פתח את חזייתה של המתלוננת לשם ביצוע המוביליזציות. פתיחת החזייה נועדה למנוע מהמתלוננת כאב מיותר שיכול להיגרם עקב לחיצה של המטופל על הסגר במהלך ביצוע המוביליזציות. הנאשם אומר שאינו זוכר אם אמר למתלוננת שהוא פותח את החזיה. בנוסף למוביליזציות הוא ביצע למתלוננת עיסוי לשרירים שנמצאים צמודים לעמוד השדרה לאמור, תנועות מעגליות בעזרת האגודלים לשרירים הצמודים לעמוד השדרה ולא עיסוי לשרירים שבצד הגוף, וודאי שלא לכיוון החזה.ב

**בשלב השני** המתלוננת שכבה על צד שמאל והנאשם ביקש ממנה להרים את יד ימין כלפי מעלה. המתלוננת מבצעת תרגיל זה עד הנקודה שהיא מסוגלת באופן עצמאי ואז על מנת לסייע לה, הנאשם הניח את יד ימינו על השכמה הימנית שלה מאחור ובעזרת ידו השמאלית ליווה את התנועה של ידה הימנית כלפי מעלה. גם בשלב זה הנאשמת הייתה לבושה בחולצה ובחזייה.ו

**בשלב השלישי** ביצע הנאשם שתי טכניקות טיפוליות. הראשונה, כאשר המתלוננת שוכבת על הגב והוא ביקש ממנה להרים את יד ימין כלפי מעלה עד הנקודה שהיא מסוגלת בעצמה. אז, הנאשם הניח את יד ימינו מעל החזה הימני שלה, על הצלעות העליונות, ובכך קיבע את הכתף אל המיטה ובעזרת יד שמאל הוא ליווה את יד ימין של המתלוננת להמשך התנועה כלפי מעלה.נ

הטכניקה השניה שביצע הנאשם נקראת "מתיחת עצבים". בטכניקה הזאת, היד של המתלוננת רפויה ובעזרת יד ימין של הנאשם האוחזת בכתף הימנית של המתלוננת, יד שמאל שלו מותחת את יד ימין שלה הצידה לצד ימין ובנוסף, כדי לבצע את הטכניקה במלואה, נעזר הנאשם בברכו כדי שהטכניקה תהיה שלמה. גם בשלב זה מדגיש הנאשם כי המתלוננת הייתה לבושה בחולצה וחזיה מעליה. הנאשם גם טורח להסביר שעל מנת להיעזר בברך. כאמור לעיל, הוא מבקש מהמטופלת להיצמד לקצה המיטה.ב

בסיום הטיפול הודיע הנאשם למתלוננת שהטיפול הסתיים, הוא התיישב ליד שולחן המחשב שנמצא בחדר הטיפול ואז המתלוננת קמה מהמיטה, לבשה את חולצת הכפתורים שלה, התיישבה מול השולחן וקבעה לעצמה תור נוסף ליום 17.5.00.

קביעת מועד לטיפול הבא נעשתה על ידי הנאשם שכן המזכירה לא נכחה במקום באותו זמן.

הנאשם הסביר כי ישנה הקרנה מהחוליות הגביות לחזה כלומר, לחץ על החוליות הגביות יגרום לתחושה בחזה. כך, לגרסתו, ניתן להסביר את תחושת המתלוננת בחזה לאור הפיזור של הדרמטומיות; לחץ על חוליות גביות 3,4,5,6 יגרום לכאב בחזה ויתכן שהמטופלת הרגישה את שהרגישה בעקבות הלחץ הזה.

בחקירתו הנגדית נדרש הנאשם לפרטים אותם הוא מברר עם המטופל בטרם יבצע במטופל תרגילים עצמאיים. לטענתו, הוא מברר עם המטופל את עיסוקו ובד"כ שואל אם הוא עוסק בספורט. כאשר נשאל מדוע חיכה עד לטיפול הרביעי כדי לברר עם המתלוננת אם היא יושבת ישיבה ממושכת השיב: "אני ביררתי זאת קודם וידעתי שהיא סטודנטית. בטיפול הזה שאלתי אותה האם ישנה אפשרות להחמרה במצבה בעקבות שהיא נמצאת במצב כמו תקופת מבחנים שמחייב ישיבה יותר ממושכת. אבל ידעתי מראש שהיא סטודנטית." (עמ' 45 שור' 26-28).

ב"כ המאשימה שאלה את הנאשם האם הוא נוהג להודיע למטופלת שהוא עומד לפתוח לה את החזייה והאם רצועה דקה של חזייה מפריעה לביצוע הטיפול. הנאשם השיב כי בנסיבות שהיו עם המתלוננת, כאשר היא שוכבת על הבטן לבושה בחולצה כלואה מלפנים בין הבטן של המטופלת לבין המיטה, ופתיחת החזייה בעצם משאריה את החזייה על גוף המטופלת ורק הסגר פתוח, אין בכך דבר שמצריך ומחייב הודעה למטופלת. בנוסף, כאשר החזייה סגורה זה מפריע לביצוע העיסויים לשרירים שצמודים לעמוד השדרה. כאשר נשאל מדוע יש לפתוח אותה ולא ניתן להסתפק בהזזתה השיב כי זה מפריע לעבוד בטיפול - גם לדחוף את החזייה וגם ללחוץ על החוליה.ו

כאמור, בשלב השני של הטיפול, המתלוננת שכבה על צד שמאל שלה. בשלב זה לא בוצעו מובילציות. כאשר נשאל הנאשם מדוע אז הוא לא סגר את החזייה או הוריד את החולצה, השיב כי בשלב זה החולצה ירדה למקומה כלפי מטה ובכך צניעותה של המתלוננת נשמרה. בכך שחזייתה נשארה פתוחה אין פגיעה בצניעותה. מכל מקום, הנאשם לא סגר למתלוננת את החזייה.נ

הנאשם הסביר שלא ביקש מהמתלוננת לפתוח את החזייה הואיל והתנועה של פתיחת החזייה על ידה, בהתחשב בסוג הכאבים שהיו לה, מלווה בקושי ויכולה להסב לה כאב. עוד הסביר כי סגירת החזייה אינה מלווה באותו קושי - "בעניין הכאב, הדבר שונה כאשר מבצעים את פעולת סגירת החזייה בשכיבה על הבטן לעומת ביצוע אותה פעולה בעמידה מבחינה פיזיולוגית, נקרא לזה. מה עוד, שכאשר סיימתי את הטיפול, יצאתי מתא הטיפולים והמטופלת יכלה לסגור את החזייה מלפנים כך שהיא לא סבלה מבעיית הכתף הכאובה לנושא זה". למרות שלא שאל את המתלוננת ספציפית לעניין אפשרותה לפתוח את החזייה, זאת הייתה הנחת העבודה שלו המבוססת על נסיונו וכדבר מקובל, לדידו, בתחום הפיזיותרפיה.ב

הנאשם סיפר שבבית הספר לפיזיותרפיה לא לימדו אותו דבר בעניין "קילוף או הסרת בגדים".ו

הנאשם שב וחזר על גרסתו שלא נגע בשד של המתלוננת ולא ליטף אותו בשום מקרה, גם לא בטעות.

כאשר נשאל מדוע לא פירט בהודעתו במשטרה את כל "הנתונים הסביבתיים" שהיו במהלך הטיפול (צוהרי היום, נוכחות אנשים נוספים וכיו"ב) שעליהם העיד בבית המשפט השיב כך: "... עניתי לחוקר מה שהוא שאל והוא לא ביקש ממני פרטים נוספים", "כשאני הגעתי אל החוקר לחקירה, הייתי בטוח שמדובר באי הבנה והמטופלת הרגישה אולי משהו כפי שהסברתי קודם על עניין ההקרנה מחוליות הגביות לחזה, או איזושהי אי הבנה אחרת ועל כן מסרתי לחוקר את מה שהוא שאל ובזה הסתיימה עדותי. לא תיארתי לעצמי שמדבר זה יגיע לכתב אישום...". לשאלת דומה של בית המשפט השיב הנאשם כי מעולם לא חקר אותו שוטר והוא הבין שמדובר בבירור.

בסוף עדותו מסר הנאשם שהמתלוננת לא הודתה לו ולא אמרה דבר מה על כך שלא היה לה נוח או שמשהו הפריע לה במהלך הטיפול. לנאשם אין כל מושג מה הסיבה שבעטיה הוגשה התלונה.

9. **ד"ר דוד הנדל**, מנתח אורטופד, מנהל יחידה לכירורגיה של עמוד השדרה במחלקה האורטופדית בביה"ח "שערי צדק", הגיש חוות דעת מטעמו של הנאשם (מוצג נ/1) בה התייחס גם לחוות דעתו של מר יונתן קפלן שהוא פיזיותרפיסט במקצועו.

ד"ר הנדל העיד כי התנהגותו של הנאשם הייתה תקינה ומקצועית. לשיטתו, בנסיבות העניין, היה צורך לפתוח את החזייה וכך גם הוא היה נוהג. במצב זה, הוא אינו נוהג תמיד להודיע למטופלת כי בכוונתו לפתוח את החזיה- וזה תלוי בנבדקת. כאשר המטופלת שוכבת על צד שמאל ולבושה בחולצת טריקו עם שרוולים קצרים אין אפשרות לראות את החזה. הטכניקה הטיפולית הראשונה בשלב השלישי של הטיפול (כפי שפורט לעיל) היא טכניקה נפוצה ומקובלת. טכניקה זו יכולה לגרום לכך שהמטופלת עשויה להרגיש שהשד זז עקב תנועה של העור שמעל הצלעות שבהמשך אליו מחובר השד. כך גם בטכניקה השניה שבשלב השלישי.

ד"ר הנדל הסביר כי מדובר בפגיעה של "צליפת שוט" ובעקבותיה פגיעה עצבית. כאשר המטפל לוחץ על חוליות גביות 4,5,6,7, העצבים שיוצאים מחוליות אלה מכל צד של הגוף הולכים קדימה עד אמצע הגוף וגורמים לעיצבוב של החזה והפטמות. כך יכולות להתעורר תחושות בשד למרות שלא נוגעים בו.

מהחקירה הנגדית עלה כי העד התבסס בחוות דעתו, בין היתר, על פלט מחשב של הרופא שהפנה את המתלוננת לפיזיותרפיסט- (הוגש וסומן נ/4).

10. העד, **מר קפלן יונתן**, פיזיותרפיסט במקצועו הגיש חוות דעת (מוצג נ/5) הנוגעת לטיפול שביצע הנאשם במתלוננת. מעיון בחוות הדעת עולה כי הנאשם נהג, בנסיבות העניין, בצורה מקצועית גם כאשר פתח את החזייה. לדידו, קיימת אפשרות סבירה שהמטופלת הרגישה הקרנה מהמוביליזציות והמסז', ועובדה זו יכולה להסביר את התחושות באזור החזה שתיארה המתלוננת. גם בביצוע של חלק מהטכניקות בטיפול הכתף, יש צורך במגע מנואלי באזור הכתף, השכם והחזה העליון.

בחקירתו הנגדית העיד מר קפלן כי הנאשם עבד במרפאתו במשך 7 שנים. כמו כן, אישר כי לפי הטכניקה הראשונה בשלב השלישי קיימת אפשרות שבטעות ידו של המטפל "תגלוש" לעבר השד של המטופלת ותיגע בו.

11. **המחלוקת בין הצדדים**

יריעת המחלוקת בין הצדדים מתמקדת, רובה ככולה, בשאלות עובדתיות.

**לגישת המאשימה,** הנאשם אחז את שדה הימני של המתלוננת ועיסה אותו ולדידה אין ספק כי בנסיבות העניין מדובר במעשה מגונה כהגדרתו בחוק. כמו כן, מצבה הנפשי של המתלוננת בעבירות מין הוכר כראיה עצמית הכשירה לשמש סיוע, מקום שנדרש סיוע, כמו במקרה שלפנינו. על מצבה הנפשי של המתלוננת אפשר ללמוד הן מעדותה והן מעדות הגב' ארד איילון ומר דוד שם טוב.

עדותה של המתלוננת נתמכת ומתחזקת בראיות נוספות שעיקרן בעדי ההגנה. כאמור, בשלב השני בו המתלוננת נשכבה על הצד, סיפרה המתלוננת כי הנאשם נגע בשדה הימני. הנאשם הודה שלא סגר למתלוננת את החזייה ולא הוריד לה את החולצה ובכך לא שמר על צניעותה. לטענתו, החולצה יורדת למקומה מעצמה או שהפיזיותרפיסט דואג לכך "אבל צניעותה של המתלוננת נשמרת" (עמ' 55 שור' 13-14). ואולם, בחקירתו הנגדית, כאשר נשאל על הודעתו במשטרה לעניין הורדת החולצה, השיב כי המתלוננת הורידה את החולצה בעצמה אם כך, טוענת המאשימה, צניעותה של המתלוננת לא נשמרה והנאשם אף לא טרח להוריד את חולצתה כשביקש ממנה לשכב על צידה. כבר בשלב זה אעיר כי קיים בילבול בהתייחסות לחולצת הטריקו של המתלוננת לחולצת הכפתורים אליה מתייחס הנאשם בחקירתו הנגדית.

המאשימה מבקשת להרשיע את הנאשם על סמך עדות המתלוננת ולדחות את גרסת הנאשם שניסה להמציא הסברים דחוקים, ובכלל זה אפשרות שידו "גלשה" לשדה של המתלוננת ואף העיד לעניין זה שני עדים מומחים.

12. ההגנה מבקשת לזכות את הנאשם מהעבירה המיוחסות לו בכתב האישום.

**לטענת הסניגור**, הנאשם פעל באופן מקצועי, ללא כל דופי והוא לא נגע למתלוננת בחזה, לא פגע בצניעותה או עשה דבר כלשהו שיכול להתפרש כהטרדה מינית. המדובר בתלונת שווא של המתלוננת. משכך, לא התקיים, לגירסתו, היסוד העובדתי הדרוש לצורך הרשעה בעבריה לפי [סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) לחוק וקל וחומר לא התקיים היסוד הנפשי. זאת ועוד, כתב האישום, שמעולם לא תוקן, סותר את ההגיון והשכל הישר. שהרי בכתב האישום נטען שהמתלוננת שכבה על גבה ואילו הנאשם מעסה את גבה כשהיא שוכבת על גבה, ותוך כדי עיסוי הגב, הנאשם נגע למתלוננת בחזה.

דבר זה אינו מתקבל על הדעת, ואף לא אפשרי מבחינה טכנית, פיזית, שהנאשם יעסה את גב המתלוננת כשהיא שוכבת על גבה.

ההגנה טוענת כי תמיכה לטענותיה ניתן לראות בסתירות השונות שנתגלעו בגרסת המתלוננת ובהתנהגותה.

13. **דיון והכרעה**

[סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) לחוק קובע כי:

"העושה מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו אך שלא בנסיבות כאמור בסעיפים קטנים (א), (ב) או (ג1), דינו מאסר שלוש שנים". "מעשה מגונה" מוגדר בסעיף 348(ו) כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".

לפיכך, עבירת המעשה המגונה היא עבירה של התנהגות הדורשת מטרה מיוחדת- גירוי מיני, או ביזוי מיני- אותה נועד המעשה להשיג.

הדיבור "מעשה מגונה" מגלם בתוכו יסוד ערכי ואינו מגדיר פעולות מסוימות שיחשבו כמגונות. הפסיקה קבעה כי אבחונו של מעשה כ"מעשה מגונה" תלוי במקום ובשעה, ואף בהשקפת החברה בה הוא מבוצע- ראה [ע"פ 62/59 ג'מאל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג](http://www.nevo.co.il/case/17939870)(1) 692, בעמ' 695. אם כן, נשאלת השאלה מהו היסוד העובדתי הנדרש מן המעשה שיחשב כ"מעשה מגונה"? (נתעלם כרגע מן היסוד הנפשי). ב[ע"פ 616/83 , דוד פליישמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לט](http://www.nevo.co.il/case/17941097)(1), 449 , עמ' 458-459 נקבע כי:

**"ניתן לקבוע אם כן, לאור מטרת החוק ובהתאם לפסיקה, כי מעשה מגונה הינו מעשה, אשר יש בו על פניו אלמנט של מיניות גלויה, ואשר לפי אמות מידה אובייקטיביות של מתבונן מן הצד, של האדם הממוצע, ייחשב לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע."**

מאליו מובן כי בבסיסה של עבירת מין, ו"מעשה מגונה" בכלל זה, עומדת חזקת אי ההסכמה מצידו של הקורבן למעשה המיני המבוצע בגופו, וכך קובע במפורש גם [סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) לחוק.

במקרה דידן, כפי שיובהר להלן, מתייתר הדיון בנושא ההסכמה, לאור קביעתי כי היסוד העובדתי של העבירה מוטל בספק.

כמו כן, על התביעה הנטל להוכיח מעבר לכך שהמעשה נושא אופי "מגונה" כשלעצמו, שהוא מלווה ב"כוונה מיוחדת" של הנאשם להשגת אחת משלוש התכליות המיניות המפורטות בהגדרה, על מנת לבסס הרשעה לפי [סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) לחוק. הפסיקה נוטה לעניין הוכחת ה"כוונה המיוחדת" להעדיף את המבחן הסובייקטיבי, כלומר במינוח "לשם" התכוון המחוקק להוכחת כוונה מיוחדת אצל הנאשם הספציפי- ראה י' קדמי, **על הדין בפלילים (הדין בראי הפסיקה)**, חלק ראשון, מהדורה מעודכנת, תשנ"ב-1995, הוצאת דיונון, אוניברסיטת תל-אביב, עמ' 781, 783.

דומני, כי מהות המעשה שמיוחס לנאשם עונה לקריטריונים שנקבעו בפסיקה לגבי המושג "מעשה מגונה". עם זאת יש לבחון את התשתית העובדתית שנפרשה לפני בית המשפט על מנת לקבוע אם התקיימו יסודות העבירה.

**התשתית העובדתית- עדות מול עדות-**

14. כטבעם של משפטים בעבירות מין, העדויות המרכזיות באשר להתרחשויות בחדר הטיפולים, הן של הנאשם והמתלוננת. הם היו השניים היחידים שנכחו במקום ועדויותיהם סותרות האחת את רעותה.

הואיל ובמשפט פלילי עסקינן, נדרשת הכרעה ביניהן מעבר לכל ספק סביר, כך שהמשמעות היא קבלת עדות אחת באופן מלא, לפחות לגבי האירועים השנויים במחלוקת בין הצדדים, ודחיית הגרסה שמנגד באופן שלא יתעורר כל ספק סביר מכוחה, ואין די בקביעה כי עדות המתלוננת סבירה ומסתברת יותר מעדות הנאשם.

[סעיף 53](http://www.nevo.co.il/law/98569/53) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569) (נוסח חדש), תשל"א-1971 (להלן: "פקודת הראיות") קובע כי התנהגות העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במהלך המשפט יקבעו את ערכה של העדות. על כן, בית המשפט יתור אחר עקביות הגרסה, סתירות ופירכות שנמצאו בה, סדרה הלוגי והתאמתה להגיון והשכל הישר, וכיוצא באלה נתונים. עוד כדי לתהות על מהימנות הגרסה יתחשב בית המשפט בראיות נוספות שהביאו הצדדים- ראה [ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה](http://www.nevo.co.il/case/17942395)(4) 85, 112.

**גרסת המתלוננת ומהימנותה**

15. כאמור, הנאשם והמתלוננת היו עדים מרכזיים בפרשה זו. יש לבחון את מידת מהימנותה של המתלוננת, עליה סמכה המאשימה את ידיה, אל מול מהימנות גירסת הנאשם.

המתלוננת, סטודנטית כבת 27 שנה (במועד הנטען לביצוע העבירה), העידה עדות קוהרנטית ורציפה. המתלוננת הייתה ישרה וכנה ונראה כי השתדלה לדייק בפרטים שונים. עיקרי גרסתה תאמו גם את ההודעה שמסרה במשטרה. התרשמתי כי מדובר באדם נורמטיבי, שקול והגיוני, אשר הותירה בעיני באופן כללי, רושם חיובי.

יחד עם זאת, לאחר עיון מדוקדק בעדותה והשתלבותה במכלול הראיות, בכלל זה ראיות בדבר התנהגותה בשעת הטיפול ולאחריו, מסקנתי היא כי לא ניתן לבסס עליה הרשעה בדין, במיוחד נוכח עדותו של הנאשם, והעדים מטעמו שעוררו בליבי ספק סביר, כפי שיובהר בהמשך.

16. המתלוננת עיינה בהודעתה קודם שהעידה בבית המשפט. היא אף העידה כי רצתה להיות דבקה לעדותה הראשונה. אם כן, יש להצליב את עדותה בבית המשפט מול עדותה במשטרה ולמכלול הראיות, כדי לתהות על אמיתותה.

עדותה של המתלוננת במשטרה היתה במידה לא מבוטלת "עדות מונחה", כך על פי עדותה של המתלוננת עצמה בבית המשפט (עמ' 30 שור' 1-4). מסתבר כי החוקרת שגבתה את ההודעה הדריכה אותה במסירת פרטי האירוע. וכך עולה מההודעה:

בשלב מסוים, תוך כדי שהנאשם עיסה את גבה של המתלוננת, היא הרגישה את שתי ידיו שלו מגיעות לכיוון החזה שלה (ת/2 שור' 13-14), זאת לאחר שהנאשם פתח את חזייתה מבלי להודיע לה שהוא עושה זאת או לבקש ממנה לעשות זאת בעצמה. לאחר מכן, כאשר היא נתבקשה ע"י הנאשם לשכב על צד שמאל, טענה שהחזייה והגופייה היו משוחררים ואפשר היה לראות לה את החזה תוך כדי שהיא מרימה את ידה, לבקשת הנאשם. היא אף חשה שהנאשם רוצה לראות לה את החזה. לאחר שהנאשם ביקש ממנה להרים ולהוריד את היד פעמים רבות, הוא הרים את החולצה שלה מהגב ומהחלק התחתון, עיסה את גבה ובשלב מסוים אמר לה שיש שריר שנמתח מהגב לחזה ואז לדבריה, הוא "פשוט עם כל כף היד שלו נגע לי וממש ליטף את השד הימני שלי" (ת/2 שור' 22-23). כאמור, בשלב זה המתלוננת שכבה על צידה ולפי גרסתה, הייתה זו הפעם הראשונה שהנאשם נגע לה בחזה. יש לשים לב, כי המתלוננת, עובר לליטוף בחזה, העידה עוד בשלב עיסוי הגב כשהיא שכובה על הבטן, כי ידיו של הנאשם "גולשות" לכיוון החזה. ודאי שהדבר גרם לה לחשוד בו ולהרגיש אי נוחות מסוימת. תחושה זו לבטח התעצמה לנוכח העובדה שהנאשם פתח לה קודם לכן את החזייה מבלי להודיע לה על כך. מסקנה זו מתחזקת גם מעדות המתלוננת בעניין זה בבית המשפט: "יכול להיות שלצורך עיסוי החוליות הגביות היה צריך לפתוח לי את החזייה "**אך נראה לי שמן הנימוס לבקש ממני רשות...**" (עמ' 25 שור' 20-21). כאשר נשאלה מדוע לא התנגדה השיבה: "**זה היה מאוד גבולי לא ידעתי שמשהו לא בסדר**". יש לתמוהה על כך שפתיחת החזייה על ידי הנאשם והרגשת המתלוננת כי הוא מנסה כל הזמן לראות לה את החזה לא הדליקו אצלה נורה אדומה. בשלב זה המתלוננת בחרה שלא לעשות דבר. חשדותיה של המתלוננת הולכים ומתממשים ואז הנאשם, לטענתה, נוגע לה בחזה. גם אז, המתלוננת מילאה פיה מים, לא שאלה את הנאשם דבר או העירה לו. במצב עניינים כפי שתיארה המתלוננת, היה ניתן לצפות שעם הנגיעה בשדה, לכל הפחות תשאל המתלוננת את הנאשם אם המגע עם השד הוא חלק מהטיפול או שתעיר לו שהיא חשה אי נוחות מכך. יש לזכור שהמתלוננת העידה כי הגיעה לטיפול הפיזיותרפי, בעקבות פגיעות "בכתף ימין ובחלק על יד הגב שקרוב לכתף". "אבל עיקר הפגיעה והכאבים בכתף" (29.1.02 עמ' 8-7 שור' 3). ואם כך הם פני הדברים, היה עליה לתהות שבעתיים הכיצד הגיע הטיפול לשדה?! המתלוננת טוענת כי הנאשם הסביר לה שיש שריר שנמתח מהגב לחזה. ואולם, היא העידה עוד במשטרה כי הדבר נראה לה תמוהה: "אני לא מוצאת קשר בין עיסוי הגב והכתף שנפגעו- לבין העובדה שהוא נגע, תפס ועיסה לי את החזה" (ת/2, עמוד 2 שור' 7-8).

המתלוננת טוענת כי לאחר ליטוף השד הנאשם ביקש ממנה לזוז עם הגב לקצה המיטה, והיה נדמה לה שהוא נצמד אליה בגופו (ת/2 שור' 24-25). הדבר מצביע על כך שהמתלוננת הייתה רגישה וערנית לנעשה סביבה. שוב ניתן להבין כי מבחינתה, האווירה הייתה מתוחה וטעונה והיא הרגישה "לא טוב", עם מה שנעשה לה. הנאשם המשיך עם המסג' על גב המתלוננת ואז ביקש ממנה לשכב על הגב. לא עובר זמן רב (להזכיר, כל הביקור נמשך כ- 20 דקות כשחלקו "בוזבז" על פרוצדורות- עמ' 26 שור' 20-21), כשהמתלוננת התהפכה ונשכבה על הגב, הנאשם התחיל לעשות לה מסג' בכתף ועם כל היד שלו נגע לה בחזה ולדבריה, ממש אחז את שדה הימני (ת/2 שור' 27). המתלוננת אף מתארת שתוך כדי אחיזת השד, היה לנאשם "חיוך דבילי על הפנים- היה נראה לי שהוא יודע שהוא עושה משהו אסור" (ת/2 שור' 27-28). יתירה מכך, המתלוננת ממשיכה ומספרת בחקירתה כי במהלך עיסוי שדה הנאשם פיתח איתה שיחה, שאל אותה אם היא בתקופת בחינות, אם היא יושבת הרבה וכל מיני שאלות סתמיות. ואז, "פתאום הוא הפסיק לגעת בי רק לרגע ומיד אני קמתי והנחתי שהטיפול הסתיים" (ת/2, עמ' 2 שור' 3-4). יוצא אם כן, כי הנאשם נגע פעמיים בשדה של המתלוננת. פעם שהיא שכובה על צידה ופעם שהיא שכובה על גבה (לעניין זה ראה גם עדות המתלוננת בעמ' 36 שור' 17). בפעם השניה שהנאשם נגע בשדה של המתלוננת, הלה העידה כי ראתה שהיה מרוח לו חיוך דבילי על הפנים ונראה לה שהוא "ידע שהוא עושה משהו אסור", וכי במהלך העיסוי הוא פיתח איתה שיחת חולין. על אף כל זאת, ולמרות שדקות ספורות קודם לכן הוא כבר נגע בשדה למורת רוחה, המתלוננת לא עושה מאומה. אפילו השיחה שכבר נפתחה בין השניים לא גורמת לה או מסייעת לה להשחיל הערה או שאלה שבנסיבות העניין הייתה אמורה להיות כל-כך מתבקשת.

בכל אותן דקות, גם כאשר התפתחה שיחה ביניהם לא ראתה לנכון להביע מורת רוחה על כך.

בנוסף, יש להזכיר את התנאים הסביבתיים ששררו בעת הטיפול עליהם מעידה המתלוננת בעצמה: "דלת החדר אינה נעולה, היא גם לא סגורה, המיטה מכוסה בוילון ובכל הטיפול הוא מסית את הוילון ומסתיר את המיטה" (ת/2 עמ' 2 שור' 22-24). מנגד, הנאשם העיד כי הטיפול היה בצוהרי היום, בחדר הפיזיותרפיה שהדלת שלו פתוחה ומספר מטרים ממנו יושבות שתי מזכירות, מנהלת הסניף ועוד רופאים ואחיות (עמ' 39 שור' 5-6, עמ' 41 שור' 23). עדותו זו לא הוזמה.

המתלוננת סיפרה בהודעתה כי בעת שהנאשם נגע בה היא לא אמרה לו דבר, היא לא הייתה בטוחה וגם פחדה ממנו. יתכן כי הפחד שאחז בה העיב עליה וכפה את שתיקתה במהלך הטיפול. מאידך, עדיין לא ניתן הסבר משכנע מדוע המתלוננת לא הפסיקה את הטיפול (בכל תואנה אפשרית), קמה ממיטת הטיפולים ופשוט עוזבת את החדר. שהרי היא ידעה שהדלת לא הייתה נעולה ואף לא סגורה כאשר מטרים ספורים מהחדר ישנם אנשים נוספים. זאת ועוד, תחושת "הפחד" לא הודגשה בכל מהלך המשפט. תחתיה באו לידי ביטוי היסוסיה של המתלוננת ובילבולה באשר למה שהתרחש. בכך, אין בעיני די כדי להצדיק את הישארותה בחדר, אי הפסקת הטיפול או הבעת מחאה שהיא על מה שנעשה לה, לטענתה. יתירה מכך, המתלוננת מודה כי מעולם לא ביקשה ללכת באמצע הטיפול, וכמובן שהנאשם לא מנע זאת ממנה. המתלוננת אף הודתה כי לא התנגדה ואף לא ניסתה להתנגד.

אני מוצא לנכון לציין כי אין באמור לעיל משום ביקורת בית המשפט על התנהגותה ואין להוציא מכלל אפשרות כי במצבים מעין אלה נאלמים דום והתגובה בוששה לבוא, והדעת סובלת זאת.

באשר ללבושה, אעיר, כי הסניגור ניסה לקעקע את עדות המתלוננת בכך שלדעתו היא ניסתה לחזור בה מעדותה כאילו לבשה חולצת טריקו עם שרוולים, ולטעון שלבשה גופיה. לא מצאתי ממש בדברים אלה, ואף בעדותה של המתלוננת במשטרה, היא אומרת בפרוש כי "החזיה והגופיה היו משוחררים" (ת/2 שור' 18). התרשמתי כי לכל היותר מדובר באי הבנה בין החוקרת למתלוננת. אלא מאי, בשני המקרים, חולצה או גופיה, לא ברורה טענת המתלוננת כיצד אפשרי היה לראות את החזה שלה (ת/2 שור' 18-19), זאת מכיוון שהרמת החולצה הייתה כשהיא שכבה על הבטן ולצורך עיסוי החוליות בגב. כדי שהנאשם יוכל לראות את החזה של המתלוננת היה עליו לבקש ממנה להתרומם קמעה ואז להרים את חולצתה מעל שדיה. המתלוננת לא טענה שהנאשם ביקש זאת ממנה או שהיא התרוממה בעצמה על מנת לאפשר לו להרים את חולצתה עד למעלה.

נקודה נוספת הראויה להבלטה היא העובדה שהמתלוננת מודה בעצמה כי בכל שלבי הטיפול הייתה לבושה הן בחולצתה והן בחזייתה. ואולם, בעדותה בבית המשפט, טענה המתלוננת, לראשונה, טענה חדשה לפיה היא הורידה במהלך הטיפול את רצועות החולצה והחזייה, הוציאה את ידה וחשפה את רובו ככולו של השד, כאשר אינה זוכרת אם גם את הפיטמה. וזאת, לדבריה, גם כאשר שכבה על הצד וגם כאשר שכבה על הגב (עמ' 36 שור' 1-13). בחקירתה הנגדית טענה, שוב לראשונה, כי הנאשם ביקש ממנה להוריד את הרצועות האמורות כבר בתחילת הטיפול (עמ' 36 שור' 20-21). פשיטא שדברים אלה לא מתיישבים עם עדותה כי לכל אורך הטיפול הייתה לבושה בבגדיה. בחקירתה הנגדית המתלוננת נשאלה מדוע לא כללה תלונות אלה בעדותה במשטרה, ולאחר שביקשה שוב לעיין בעדותה במשטרה, לא עלה בידה להציג הסבר כלשהו לתמיהה זו (עמ' 36 שור' 22-27). לבסוף הודתה המתלוננת בעצמה כי היא "לא יודעת" מדוע לא אמרה את הדברים הנ"ל במשטרה (עמ' 37 שור 1-5).

כמו כן, עדי ההגנה לא סיפרו דבר על העיסוי בשד, אלא רק על נגיעה בחזה.

זאת ועוד, בין מועד חקירתה הנגדית הראשונה, למועד חקירתה הנגדית השניה, המתלוננת פנתה לב"כ המאשימה וביקשה ממנה עזרה בהכנת התשובות לשאלות המופנות אליה בחקירה הנגדית- כלשונה: "רציתי לנסות להתגונן בפני השאלות שלך בעזרתה" (29.10.02 עמ' 4 שור' 25-26). זאת למרות שהמתלוננת הודתה כי הוסברה לה החלטת בית המשפט בסוף חקירתה הנגדית הראשונה כי נאסר עליה לשוחח על תוכן עדותה עם הגורמים הנוגעים בעניין. עניין זה, יש בו לגרוע קמעה מאמינותה, במיוחד לאור תשובתה כי רצתה להתגונן מפני שאלות הסניגור.

17. כאמור, מיד עם תום הטיפול שוחחה המתלוננת עם דוד שיחת חולין שבתחילתה אמרה לו כי המטפל נגע לה בחזה. הא ותו לא. בהמשך השיחה אמרה לו שהיא רעבה ושהיא הולכת לעבודה ו"כמה דברים של הא ודא". היא אף הודתה כי "**לא התייחסתי לזה כאילו נפלו השמיים, אבל לא ידעתי בדיוק אם זאת עבירה או לא... שוב לא נפלו השמיים**" (עמ' 32 שור' 26-29). לדבריה: "**זה לא משהו טראומטי..."** (עמ' 33 שור' 28), "לא נעים באותו רגע, אבל יכולתי להמשיך בחיים שלי" (עמ' 34 שור' 5).

בעדותו במשטרה טען דוד כי המתלוננת אמרה לו מיד אחרי הטיפול כי: "**אני לא יודעת מה הוא עשה לי"** וכי המתלוננת "**התחילה לדבר לא לעניין- נגע לא נגע בי**" (עמ' 19 שור' 21-25). כאשר נשאלה המתלוננת: "**בהתחלה לא רצית להתלונן**?" השיבה: "**לא ידעתי אם יש על מה**" (29.1.02 עמ' 7 שור' 29). בחקירתה במשטרה הודתה המתלוננת: "**לא אמרתי לו כלום, לא הייתי בטוחה**" (ת/2 עמ' 2 שור' 9). בחקירתה הראשית העידה: "**הרגשתי מבולבלת כי לא ידעתי אם הוא עשה משהו לא בסדר"** (עמ' 26 שור' 28).

עינינו הרואות כי המתלוננת עצמה אינה משוכנעת מעל לכל ספק בגירסתה לפיה בוצע בה מעשה מגונה.

המתלוננת גם לא טרחה להגיש תלונה במשטרה אלא בחלוף יומיים מיום האירוע. המתלוננת לא הלכה למרכז לסיוע לנפגעי תקיפה מינית אלא רק נשים מהמרכז ליוו אותה למשטרה לצורך הגשת התלונה.

אודה, כי המתלוננת בעדותה הותירה בליבי רושם חיובי ונתגלו בה אותות אמת. עם זאת, התעורר בליבי ספק כפי שספק זה עלה גם בליבה של המתלוננת, אם אכן הייתה נגיעה בשד או שמא מדובר בתחושה סובייקטיבית בלבד.

18. כלל משפטי ידוע הוא כי מצבו הנפשי והגופני של המתלונן בעבירת מין, כפי שנצפה לאחר האירוע, מהווה ראיה שלמה ועצמאית, שעשויה לענות על דרישת הסיוע, מקום שנדרשת ראיה כזו. ראה י' קדמי, **על הראיות** **(הדין בראי הפסיקה)**, חלק ראשון, מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"ט-1999, הוצאת דיונון, אוניברסיטת תל-אביב, עמ' 231. ראה גם [ע"פ 3416/6/98, איפרגן נגד מדינת ישראל,](http://www.nevo.co.il/case/5894324)  פ"ד נד(4), 769 וכן, [ע"פ 7068/93](http://www.nevo.co.il/case/17930540) (לא פורסם).

באותה מידה ניתן להסיק מסקנה ראייתית מתגובה אדישה וצוננת של מתלונן בעבירת מין סמוך לאחר שבוצע בו המעשה- ראה הערת אגב ב[ע"פ 147/79, קובי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג](http://www.nevo.co.il/case/17912069)(3), 712, 725.

דומני, כי באירוע מעין זה היה ניתן לצפות ממי שחוותה חוויה לא נעימה בעלת אופי מיני כי תפנה מיד למשטרה, ולא תשוב לסדר יומה ולתפקד בעבודתה, כאילו דבר לא אירע.

אין להוציא מכלל אפשרות כי המתלוננת סברה באמת ובתמים שלא מדובר במעשה מגונה. המתלוננת שבה לעבודתה לאחר הטיפול ועבדה את כל מכסת השעות שהייתה לה באותו יום.

תלונתה במשטרה הוגשה, כאמור, לאחר יומיים כשגורם אחר שיכנע אותה כי מדובר במעשה בעל גוון פלילי.

דוד, חברה לחיים של המתלוננת, שומע את דבריה ש"נגעו לה בחזה" ולא מתייחס לכך ברצינות. הוא לא מגיע להיפגש איתה באותו רגע אלא ממתין עד הערב ואז פוגש אותה בבית. הוא אינו מפנה אותה למרכז סיוע ולא מחפש את הטלפון של מרכז הסיוע עבורה. אף המתלוננת הודתה כי דוד לא הפנה אותה לגוף ספציפי, לא בא לנחם אותה או לעזור לה (עמ' 33 שור' 26-29).

נגה, חברה לעבודה של המתלוננת, העידה כי המתלוננת הייתה נרגשת ונסערת. ברם, טענה זו מנוגדת לעדותה של המתלוננת עצמה. נוגה הודתה כי לא חשבה שהמתלוננת הולכת לעשות משהו קיצוני. היא אף לא הציעה למתלוננת לעזוב את העבודה וללכת הביתה ולא הציעה לה להתקשר בשמה למישהו. וכך, רק אחרי כמה ימים היא התקשרה למתלוננת ושאלה אותה "מה קורה" (נ/1 שור' 15, עמ' 9 שור' 15-17).

בנוסף, יש לציין כי גם דוד וגם נוגה הדגישו כי המתלוננת הייתה מבולבלת ונסערת. עם זאת, המתלוננת בעצמה העידה כי "לא נפלו השמיים" (עמ' 32 שור'27). את בלבולה ניתן ליחס, איפוא, לעצם העובדה שהיא לא ידעה אם מה שתיארה זאת עבירה אם לאו.

19. **גרסת הנאשם ומהימנותו**

הנאשם, אדם מן הישוב, נבון ומלומד, עובד למחייתו כפיזיותרפיסט משנת 96' במספר סניפים של קופת חולים. להערכתו הוא מקבל כ- 20 מטופלים ביום. מדובר באדם חובש כיפה, נשוי כ-15 שנה ואב ל-5 בנות. אשתו נצר למשפחת רבנים ידועה.

הנאשם העיד בצורה שוטפת וברורה. רוב הזמן הוא שידר נינוחות ורוגע שנקטעו פעם אחת בפרץ של בכי. הנאשם עשה כל שלאל ידו כדי להציג תמונה מושלמת ומפורטת של מה שהתרחש בחדר הטיפולים עם המתלוננת. הוא הותיר רושם של אדם אמין וישר, הבקיא היטב ברזי עיסוקו. תשובותיו בחקירה הנגדית נשלפו ללא היסוסים או עיכובים מיוחדים ובאופן כללי לא ניתן לומר כי נמצאו בקיעים של ממש בעדותו.

יש לשים לב להסבריו של הנאשם שישנה הקרנה מהחוליות הגביות לחזה כלומר, לחץ על החוליות הגביות יגרום לתחושה בחזה. הסברים אלה מהווים עדות כבושה ואין להם כל זכר בעדותו במשטרה. הנאשם הסתפק בכך שאמר במשטרה כי הניח את ידו מעל החזה של המתלוננת, כפי שפורט לעיל. יחד עם זאת, יש לזכור כי הנאשם נמצא בחקירה במשטרה שהוא אירוע מלחיץ ואפשר שיושמטו, שלא במתכוון, פרטים כלשהם. מכל מקום, מה שחשוב הוא שהנאשם דבק בגרסתו כי הוא כופר במעשים שיוחסו לו. עם זאת, בעדותו הצליח הנאשם לעורר בליבי ספק סביר באשר לעבירה.

ב"כ המאשימה טוענת בסיכומיה כי הנאשם לא נתן הסבר מניח את הדעת מדוע פתיחת חזייה שונה מסגירתה לעניין "הכאב" שיכול להיגרם למתלוננת למרות שמדובר בפעולה זהה. ולא היא. לדידי, הנאשם נתן לכך הסבר הגיוני ומתקבל על הדעת, כפי שפורט לעיל.

בשולי הדברים אביע דעתי, שהיא כדעת ב"כ המאשימה, כי ראוי היה שהנאשם יודיע מבעוד מועד למתלוננת על כוונתו לפתוח את חזייתה או לפחות לבקש את רשותה. כך נאה וכך יאה מפאת הצניעות ודרך ארץ.

למצער, הנאשם לא נהג כך. ואולם, אין בכך כדי להצביע כי הנאשם אכן זמם לבצע במתלוננת מעשה מגונה.

העדים המומחים מטעם ההגנה חיזקו את עדותו של הנאשם לעניין אופי הטיפול במתלוננת, הורדת הבגדים והסבריו לגבי האפשרות שיכולות להתעורר תחושות בשד למרות שלא נוגעים בו.

מר קפלן העיד לזכותו של הנאשם כי "הוא נוהג לפנים משורת הדין. הוא לא נהג לפי המקובל במקרים כאלה, אלא הוא החמיר בהתנהגות, בצניעות" (עמ' 88 שור' מ19-20). בנוסף, ד"ר הנדל קבע, כי את הטיפול צריך היה לבצע אף ללא חולצה כלל, ובכך שהנאשם התעקש שהמתלוננת תיוותר בבגדיה כולם, הוא נהג בה בגדרי צניעות (עמ' 70-69 לפרוטוקול).

ד"ר הנדל העיד כי כאשר הוא מבצע בדיקה בחוליות הגב הדבר נעשה פעמים רבות ללא חולצה אלא עם חזיה בלבד. לעיתים מזומנות הוא פותח את החזייה כדי להשלים את הבדיקה ולא תמיד הוא מודיע על כך למטופלת.

עדי ההגנה העידו שלא הייתה אפשרות לראות את החזה של המתלוננת כשהיא שכובה על צידה וחולצתה מעליה. מיותר לציין כי לשם כך אין צורך בחוות דעת מומחים וכל בר דעת יכול להבין זאת בעצמו.

חשובה היא חוות דעתו של ד"ר הנדל לפיה הנחת יד ימין על הצלעות העליונות מעל השד, למעלה לכיוון הראש, ותנועות היד, יכולות לגרום לתחושה כאילו השד זז, עקב תזוזה של העור מעל הצלעות אליהן מחובר השד. כמו כן לחץ על החוליות יכול להקרין על תחושת העצב הפגוע, כולל השד ולמרות שלא נוגעים בשד עצמו.

תמיכה לחוות הדעת המשכנעת של ד"ר דוד הנדל נמצא בעדותו של מר קפלן אשר העיד דבירם דומים.

לטענת ההגנה, יכול שהמתלוננת, אשר לא קיבלה טיפולים פיזיותרפיים כל ימי חייה, בילבלה את התחושה המוקרנת בשדה וחשבה שמדובר ב"נגיעה". ההקרנה העצבית עליה העידו העדים המומחים מטעם ההגנה לא נסתרה ע"י התביעה. חיזוק לכך אפשר למצוא בעדותם של עדי ההגנה, דוד ונוגה. אומנם המתלוננת ציינה במשטרה גם את נושא העיסוי בשד אך עדי ההגנה העידו כי המתלוננת סיפרה להם על נגיעות בחזה ואף אחד מהם לא דיבר על עיסוי. אם כן, ניתן לומר שה"נגיעה בחזה" מתיישבת עם האפשרות שתחושת הנגיעה נעוצה בהקרנה העצבית, אשר היא תופעה רפואית מוכרת.

המאשימה ניסתה בסיכומיה להראות כי יש להפחית ממשקל עדויותיהם של ד"ר הנדל ומר קפלן. לא מצאתי לנכון לעשות כן, באשר טיעוניהם המקצועיים הניחו את דעתי.

מכל המקובץ, מסקנתי היא כי עדות הנאשם והעדים מטעמו עוררו בליבי ספק סביר באשר לעצם קרות האירוע.

**על עבירות מין והספק הסביר**

20. בעבירות מעין אלה, פסק בית המשפט העליון ב[ע"פ 2864/01](http://www.nevo.co.il/case/5861785) **מסילתי נ' מ"י**:

"עבירות נגד המוסר אינן מתבצעות בדרך כלל בפרהסיה, אלא במקומות מוצנעים ובנוכחות העבריין וקורבנו בלבד.

במצב מיוחד זה כרוכה סכנה כפולה: מחד, יכול העבריין להתחכש למעשה המיוחס לו בלי שהקורבן יכול לקרוא לעדים על מנת לתמוך בגירסתו.

מאידך, חושף מצב זה גם את מי שלא חטא, לסכנה כי יהיה קורבן לעלילת שווא וגם או נבצר מהקורבן והפעם זהו החשוד או הנאשם, להוכיח את חפותו מאותו טעם של היעדר עדי ראיה. מכאן נובע הצורך לנהוג בתיקים אלה בזהירות כפולה ומכופלת, ולא להסתפק בתלונתו של הקורבן, אלא לבחון אם יש בראיות הנוספות כדי לבסס הרשעה וברמה הנדרשת בפלילים." (פ"ד נ' 1 (1) 315 עמ' 323-322).

לעניין הספק הסביר, יפים דבריו של כב' הנשיא מיכה לינדנשטראוס בספרו **על הספק הסביר - סוגיות נבחרות,** ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"ד בעמ' 63:

"ושוב נדגיש, למידתו של 'הספק הסביר', כי אליבא דשופט ת' אור, ונדמה לנו שאין מחלוקת בין הפוסקים בעניין זה, הספק צריך להיות מציאותי, ממשי, רציונלי ומעוגן בעובדות המקרה, ולא תיאורטי והשערתי. ההסתברות של האפשרות שמעלה הנאשם צריכה להיות הסתברות סובססטנטיבית ולא אפסית - כהגדרת הנשיא א' ברק."

ולענייננו, המתלוננת הגיעה ביום 3.5.00 למרפאת קופ"ח "מכבי" בפסגת זאב ירושלים, בעקבות פגיעה בכתף ובגב וקיבלה מספר טיפולים פיזיותרפיים. במהלך אחד הטיפולים עיסה הנאשם את גבה, כתפה וידה הימנית של המתלוננת. כתב האישום ייחס לנאשם כי במהלך הטיפול ליטף את שדה הימני תוך שהוא אוחז בו. המקרה שלפנינו הינו אחד מיני מקרים מובהקים שההכרעה בו הינה קשה וסבוכה, המעוררת "ספק סביר", שכן המתלוננת והנאשם נמצאו לבדם בחדר הטיפולים, האמת ידועה רק להם והיא עלומה כלפי כולי עלמא.

**סיכומו של דבר**

21. לאחר ששמעתי את כל העדים ובחנתי את הראיות שנפרשו בפני, לא ניתן לקבוע בוודאות את שהתרחש באותו אירוע. המתלוננת נותרה דבקה בגירסתה כי הנאשם אכן נגע בשדה, ואילו הנאשם לא מש מגירסתו כי לא היו דברים מעולם וכי לא נגע בחזה והטענה המיוחסת לו הינה בבחינת עורבא פרח.

בחינה מעמיקה הן של עדות המתלוננת ושל הנאשם, הביאתני למסקנה שלא אוכל להעדיף את עדותה של המתלוננת על פני זו של הנאשם. הגם שעדותה הותירה בליבי רושם חיובי וניכרו בה אותות אמת, הרי שאותם דברים ניתן לייחס לעדותו של הנאשם שלא נמצאו בה סתירות ונמסרה באופן אמין, בהיר, רציף ומשכנע.

זהו, איפוא, אירוע אופייני בו מדובר בספק מציאותי, ממשי, רציונלי ומעוגן בעובדות ולא תיאורטי והשערתי.

במקרה זה הצליחה ההגנה לעורר ספק סביר באשר לאשמתו של הנאשם, זאת בין היתר, בסיועם של המומחים מטעם ההגנה, ד"ר דוד הנדל ומר יונתן קפלן שגירסתם לא הופרכה.

נוכח כל האמור לעיל, ומשהגעתי למסקנה כי מעדותם הן של המתלוננת והן של הנאשם והעדים מטעמו, עולה ספק סביר באשר לביצוע העבירה על ידי הנאשם, כמפורט בכתב האישום, אני מזכה את הנאשם מהעבירה המיוחסת לו וזאת מחמת הספק.

**ניתנה היום ט' באדר ב, תשס"ה (20 במרץ 2005) במעמד ב"כ המאשימה עו"ד שרית פיליפסון ותהילה בונלי, הנאשם** **וב"כ עוה"ד בראון רענן.**

|  |
| --- |
| **יצחק שמעוני, שופט**  **סגן נשיא** |

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה