



**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא

אל"ם ארז פורת - שופט

אל"ם אתי מכאני - שופטת

בעניין :

ש/XXX בח"ג א' ד' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד ארז שלו)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן קרן נחמן)

ובעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, סרן קרן נחמן)

נגד

ש/XXX בח"ג א' ד' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד ארז שלו)

ערעורים על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוט חיל האוויר שניתן בתיק ח"א (מחוזי) 423/14 (אל"ם אורלי מרקמן – אב"ד; רס"ן משה דניאל פור – שופט; רס"ן נתנאל שילה – שופט) ביום 10.2.2016. ערעור ההגנה (הכרעת הדין) התקבל חלקית. ערעור התביעה (הכרעת הדין וקולת העונש) התקבל חלקית.

פסק דיןמבוא

1. בח"ג א' ד', המערער בע/13/6 והמשיב בע/16/16 (להלן: המערער), עבד, בשירות הצבא, בתפקיד רופא צבאי. הוא הואשם בכתב אישום מתוקן בחמש עבירות:

א. הטרדה מינית, לפי סעיפים 3(א)ו-5 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. לפי האישום, המערער אמר ברוסית לרב"ט י' ק', חיילת שבדק: "מסכנה, אפילו להזדיין בצורה נורמלית את לא יכולה".

ב. אי-קיום הוראות המחייבות בצבא, לפי סעיף 133(א)(1) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: החש"ץ). לפי האישום, המערער בדק את סמל א' מ' בפי הטבעת, בלא נוכחות חובשת או חיילת, בניגוד להוראת קרפ"ר.

בית הדין המחוזי זיכה את המערער מעבירות אלה. התביעה מערערת על כך.

ג. הטרדה מינית, לפי סעיפים 3(א)ו-5 לחוק למניעת הטרדה מינית. לפי האישום, המערער אמר לסמל א' מ': "אין לך ציצי ואין לך תחת, קודם תשמיני ואחר כך תתאמני".

ד. שתי עבירות של הדחה בחקירה, לפי סעיף 245(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לפי האישומים, המערער ניסה שתי פעמים לגרום לאמה של סמל א' מ' להשפיע על בתה כדי שתיק החקירה ייסגר.

בית הדין המחוזי הרשיע את המערער בעבירות אלה. לאחר מכן ביטל בית הדין את ההרשעות, קבע כי המערער עבר את העבירות, העמיד אותו בפיקוח של קצין מבחן למשך שנתיים והורה לו לשלם לסמל א' מ' פיצויים בסך 1,500 ש"ח. שני הצדדים ערערו. המערער ביקש לזכות אותו משתי העבירות. התביעה ביקשה להורות כי המערער יורשע ולהחמיר בעונשו.

האישומים ופסק דינו של בית הדין המחוזיהאישום בעניינה של רב"ט י' ק'

2. רב"ט י' ק' פנתה אל המערער כדי לקבל הפניה לרופא מומחה, מחמת מחלה שהיא סובלת ממנה. לאחר שתיארה את תסמיני מחלתה, המערער הביע את צערו על מצבה. הוא העיר הערה ברוסית, ועל ביטוי אחד בה נחלקו הצדדים: "מסכנה, אפילו [ביטוי]

בצורה נורמלית את לא יכולה". לטענת יי ק', הביטוי החסר הוא "להזדיין"; יתר על כן, לאחר מכן צחק המערער. לטענת המערער, הביטוי החסר הוא "לקיים יחסי מין"; הוא הכחיש שצחק לאחר מכן. המערער נתן לי ק' את ההפניה המבוקשת.

#### **האישומים בעניינה של סמל א' מ'**

3. סמל א' מ' פנתה אל המערער כדי לקבל אישור רפואי להתאמן בחדר כושר. בשל משקלה הנמוך העיר המערער הערה ברוסית, ועל שתי מילים בה נחלקו הצדדים. "למה לך להתאמן? אין לך לא [מילה א] ולא [מילה ב]. קודם כל תשמיני, אחר כך תתאמני". לטענת א' מ', המילים הן "ציצי" ו"תחת". לטענת המערער, המילים הן "שד" ו"אגן". המערער נתן לא' מ' את האישור המבוקש.

4. כעבור כחודש פנתה א' מ' שנית אל המערער. היא התלוננה על דימום מפי הטבעת. היא ביקשה הפניה לרופא מומחה. המערער הורה לה לפשוט את בגדיה (סרבול ותחתונים) ובדק את פי הטבעת שלה. הוא נתן לה הפניה לרופא מומחה. לפי הוראת קרפ"ר 300.006 "טיפול רפואי בחיילת" היה על המערער לערוך את הבדיקה בנוכחות חובשת או חיילת. אם א' מ' סירבה לנוכחות חובשת או חיילת, היה עליו לתעד זאת ברשומה הרפואית. תיעוד כזה לא נמצא. לטענת המערער, א' מ' הסכימה לבדיקה, בלי נוכחות חובשת או חיילת. לדברי א' מ', המערער לא ציין שיש לה זכות לבקש נוכחות של חובשת או חיילת. היא הופתעה מכך שהמערער ערך בדיקה כזו ולא הפנה אותה לרופא מומחה, גם לצורך זה.

#### **האישומים בעניין הדחה בחקירה**

5. לאחר שנודע למערער על התלונות נגדו הוא התקשר אל גב' ל' מ', אמה של א' מ'. לדברי ל' מ', המערער ביקש ממנה שתדבר עם א' מ', כדי שתחזור בה. הוא הוסיף שאם א' מ' לא תחזור בה, הוא יגיש נגדה תביעת דיבה. ל' מ' דיווחה לבתה על השיחה הזו, הראשונה בינה למערער. א' מ' סיפרה על כך למצ"ח. החוקרים ביקשו מל' מ' להתקשר למערער והקליטו את השיחה ביניהם (ת/10). בשיחה השנייה הוא ביקש שוב שלי' מ' תשכנע את א' מ' לחזור בה, ולא – הוא יתבע אותה, לאחר שיזכו אותו.

6. לטענת המערער, הוא סבר שא' מ' טענה שהוא החדיר אצבעות לפי הטבעת שלה, והוא ביקש שתחזור בה מטענת כזב זו. לגישתו, אין פסול בהצהרה על כך שיעמוד על זכויותיו, אם בית הדין יזכה אותו. הוא הוסיף שדיבר עם מי שאינה מתלוננת או עדה בחקירה. המערער טען כי התקליטור שבו הקלטת השיחה השנייה (ת/10) אינו קביל, משום שנפלו פגמים בשרשרת הראייתית.

### פסק הדין של בית הדין המחוזי

7. בית הדין המחוזי סקר את עדויות העדים לפניו ואת הראיות שהגישו הצדדים. הוא העדיף את עדויות המתלוננות יי ק' ואי מ' על פני עדותו של המערער. הוא קיבל את התקליטור של השיחה השנייה כראיה. הוא דחה טענות כלליות של המערער בעניין קיומם של מחדלי חקירה ואשר לאכיפה בררנית. על בסיס אלה דן בית הדין באישומים.

8. בנוגע לאישום הראשון – הטרדה מינית של רב"ט יי ק' – קבע בית הדין שהמערער אמר לה: "מסכנה, אפילו להזדיין בצורה נורמלית את לא יכולה", וצחק. כל השופטים הסכימו שזו התבטאות פסולה. רוב השופטים קבעו, כי בהקשר שבו אמר המערער את הדברים לא נחצה הרף הפלילי. הם זיכו את המערער מהטרדה מינית באישום זה. שופט המיעוט סבר שחומרת האמירה, בהקשרה, עולה כדי עברה פלילית, וכי יש מקום להרשיע את המערער.

9. אשר לאישום השני – הטרדה מינית של סמל אי מ' – קבע בית הדין שהמערער אמר לה: "אין לך לא ציצי ואין לך תחת. קודם כל תשמיני, אחר כך תתאמני". דברים אלה ביזו את אי מ' והשפילו אותה, על רקע מינה ומיניותה. בית הדין הרשיע את המערער בהטרדה מינית.

10. בדבר האישום השלישי – חריגה מסמכות – ציין בית הדין כי, בפועל, בגין בדיקת חיילת בלי נוכחות חובשת או חיילת מעמידים לדין משמעתי. אין מגישים כתב אישום פלילי על כך. התביעה הוסיפה את סעיף האישום רק משום שהמערער כבר עמד לדין. בית הדין הוסיף כי תכלית הוראת קרפ"ר הצריכה לענייננו היא כיבוד האוטונומיה של הנבדקת. אי מ' ידעה כי זכותה לבקש שחובשת או חיילת תהיה בחדר. היא בחרה לקיים את הבדיקה בנוכחות המערער בלבד. ברוח כיבוד האוטונומיה שלה מצא בית הדין כי המקרה שלנו רחוק מאוד מהרף הפלילי. מתקיים בו סייג זוטי דברים. בית הדין זיכה, על כן, את המערער מסעיף אישום זה.

11. בעניין האישומים הרביעי והחמישי – הדחה בחקירה – פסק בית הדין כי המערער ניסה להשפיע על אי מ' בעקיפין, באמצעות אמה, לחזור בה מתלונתה. אף אם המערער נקט אמצעי שאינו פסול, די בכך כדי להרשיעו בשני האישומים.

12. בשלב גזרת הדין על שלוש העבירות, שבהן הורשע, ביקש המערער לבטל את הרשעתו. בית הדין המחוזי קבע (בהרכב שונה, לאחר שהאב"ד התחלפה) כי יש סמכות לבטל את הרשעתו של אזרח שעובד בשירות הצבא ולהטיל עליו צו מבחן.

בנסיבות המקרה הוא עשה זאת – העמיד את המערער בפיקוח של קצין מבחן למשך שנתיים והטיל עליו לפצות את סמל א' מ' ב-1,500 ש"ח.

### הערעורים

13. המערער ביקש לזכותו מכל האישומים. לטענתו, כך מתחייב מהראיות. הוא שב על טענותיו, שלפיהן התקליטור של השיחה השנייה אינו קביל, היו מחדלי החקירה וננקטה נגדו אכיפה בררנית – כמפורט בהמשך.

14. התביעה ביקשה לקבוע שמעשיו של המערער באישום הראשון חצו את הרף הפלילי. לגישה, מעשיו באישום השלישי חצו את הרף של זוטי דברים. היא הסכימה כי בית הדין מוסמך להעמיד אזרח שעובד בשירות הצבא במבחן בלי הרשעה. היא חלקה על יישום הסמכות במקרה זה.

### הכרעה

15. נדון תחילה בערעור על פרט האישום השלישי. אחר כך נעבור לערעורים בעניין פרטי האישום השני והראשון, שנסיים על אותה עברה. לבסוף נכריע בשאלות ביטול ההרשעה והעונש.

### **ערעור התביעה: פרט האישום השלישי**

16. בית הדין המחוזי זיכה את המערער מעברה של אי-קיום הוראות המחייבות בצבא, מפני שמעשהו הגיע כדי זוטי דברים בלבד. התביעה ביקשה להפוך החלטה זו. לטענתה, המעשה – בדיקת חיילת בלי נוכחות חובשת או חיילת – חמור דיו. עוד צוין כי לאחר שהוגשו הראיות לעונש התביעה רשאית לומר בפה מלא שבעבר הורשע המערער בדין משמעתי בעברה זו, על מעשה דומה. חזרתו על העברה מעלה את חומרת המעשה.

### התחשבות בעבר משמעתי

17. יש קושי בהסתמכות על עברו המשמעתי של המערער. ראיה בעניין הוגשה בבית הדין המחוזי בשלב הטיעונים לעונש. בשלב בירור האשמה אסור היה להגיש אותה: עד הכרעת הדין אין מגישים ראיות בדבר עברו הפלילי של הנאשם, למעט חריגים שאינם מתקיימים כאן. (סעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982 (להלן: ה"ח"פ)); ע"פ 3954/08 אבו גודה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 6.4.2009) (להלן: עניין אבו גודה). אם הנאשם הורשע, בשלב הטיעונים לעונש מותר – ואף חובה – להגיש ראיות כאלה. (סעיף 399 לחש"פ; סעיף 187(א) לחסד"פ). ערעור

על פסק הדין – הכרעת הדין וגזר הדין – מגישים יחד (סעיפים 413 ו-424 לחש"ץ; השוו לסעיף 196 לחסד"פ). בדרך כלל הוא נדון יחד. ערכאת הערעור נחשפת לעברו הפלילי של הנאשם לצורך הדיון בעונש, אולם קודם לכן עליה להכריע באשמתו. האם היא רשאית להשתמש בכל הראיות שלפניה לצורך זה?

18. האיחוד הדיוני אינו מבטל את מהותם הנפרדת של שלבי הדיון. בשלב בירור האשמה נהנה הנאשם מאותן הגנות שהיו לו בערכאה הראשונה. אין לשקול את עברו הפלילי בשלב זה. רק בשלב הדיון בערעור בשאלת העונש אפשר להתחשב בראיות על העבר הפלילי. השוו לע/29/09 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סולסן**, פס' 17 (2009). שם ביקשה התביעה בערכאה הראשונה לדון את הנאשם בהרכב שלושה, כדי להתגבר על מגבלת סמכותו של דן יחיד (סעיף 203 לחש"ץ). הבקשה נדחתה. השופטת בבית הדין המחוזי גזרה על הנאשם עונש בגבול סמכותה. התביעה ערערה וביקשה להחמיר את העונש, יותר מגבול סמכותו של דן יחיד, מפני שלשיטתה היה מקום לקבל את בקשתה הראשונה. בית הדין לערעורים דחה את הטענה, אף שציון, בפסקה 38, כי העונש הראוי עלה במידה רבה על גבול סמכותו של דן יחיד. העיקרון דומה: מגבלה מהותית בשלב הדיוני – פסלות ראיה, גבול סמכות הענישה – חלה גם בשלב הערעור על ההחלטה הדיונית.

19. כמה תכליות מצויות בבסיס הכלל שאוסר להגיש ראיות בדבר עברו הפלילי של נאשם. הוא מונע יצירת דעה קדומה על הנאשם, וכך הוא מגן על חזקת החפות (עניין **אבו גודה**, בפס' 2 לפסק הדין של השופטת חיות). ראיות כאלה לרוב אינן דרושות להוכחת האשמה (בהתקיים חריגים לכך – שאינם מתקיימים בענייננו – אפשר להגיש את הראיה), ולכן יש טעם ראייתי לא להגיש אותן. הכלל חוסך דיון בשאלות צדדיות שאינן צריכות לקביעת האשמה. מראית פני הצדק תומכת בו (דורון מנשה **הכלל הפוסל ראיה אודות התנהגות שלילית קודמת של הנאשם והחריגים של "שיטה"** ו"מעשים דומים" 11–15 (עבודה לקראת קבלת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1994)). כל התכליות הללו מתקיימות גם בשלב הערעור.

20. טיעון נוסף תומך במסקנה זו. הסתמכות בערעור בשאלת האשמה על ראיות בדבר עבר פלילי, יש בו משום עקיפה של הכלל שאוסר להציג ראיות אלה. מדוע ירע לנאשמים שהוגש ערעור בעניינם? ומדוע לא להגיש ראיות אלה גם בערעור על זיכוי מוחלט – כלומר, כשלא הוגשו ראיות לעונש בערכאה הראשונה?

21. נדגיש, מותר לעתים לתביעה "לחרוג בעת הדיון בערעור מהמסכת הראייתית שעליה הסתמכה בערכאה הדיונית" (ע"פ 3338/99 **פקוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 667, 677 (2000) שם דובר **בויתור** של התביעה על הסתמכות על ראייה שעליה ביקשה להסתמך בבית המשפט קמא). מותר גם להגיש ראיות חדשות בערעור, לאחר קבלת רשות (ס' 435 לחש"ץ; ס' 211 לחסד"פ). כל אלה עוסקים בראיות קבילות. אולם כאן אנו דנים בראיה שאסור להגיש כדי להכריע באשמתו של נאשם. האיסור חל בכל שלבי בירור האשמה: בערכאה הראשונה ובערכאת הערעור.

22. נציין דבר אחרון בעניין זה. לפעמים מגישה התביעה כתבי אישום במקרים קלים יותר ממדיניותה הרגילה, מחמת עברו הפלילי של הנאשם. דוגמה בולטת היא בענייני עריקים. לעתים מגישים כתב אישום על היעדרות מהשירות לתקופה קצרה מזו שקבועה במדיניות התביעה, משום שהנאשם כבר נעדר מן השירות בעבר. שאלה היא האם, בתגובה לטענת זוטי דברים, יכולה התביעה להציג את העבר הקודם. נתיר עניין זה לעת מצוא, שכן, כאן לא הוצבע על מדיניות כזו.

#### הערעור גופו

23. נעבור לשאלה העיקרית: האם יש להרשיע את המערער בפרט האישום השלישי? כאמור, מדובר באישום שנדון, ככלל, בדין משמעתי. הוא אינו מגיע, כשלעצמו, לרף החומרה שמצדיק הרשעה בפלילים. העובדה שהמערער נאשם בעבירות נוספות, שונות באופיין, אינה משנה זאת. המעשה שביסוד פרט האישום נפרד מהאישומים האחרים, למעט זהות העושה והמתלוננת. כפי שציין בית הדין המחוזי, תכלית האיסור בהוראת קרפ"ר לא נפגעה כאן פגיעה קשה. המערער בדק את א' מ' בלי נוכחות חובשת או חיילת. היא ידעה מה זכויותיה ונמנעה מלבקש אותן. נזכיר:

"בית-הדין הצבאי, על אף מאפייניו המיוחדים, לא ירשיע נאשם במעשים אשר חומרתם אינה מגעת כדי כניסה בשערי המשפט הפלילי, ואשר אין זה ראוי כי 'יוטבע' תיוג פלילי במי שביצעם, זאת אף אם מעשים אלה עשויים היו להצדיק מלכתחילה העמדה לדין משמעתי ובעקבות הזיכוי יצא הנאשם פטור בלא כלום" (ע/123/02 **אל"ם ישי נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 23 (2004) (להלן: עניין **ישי**)).

המעשה, בנסיבותיו, הוא "זוטי דברים" (סעיף 34 לז' לחוק העונשין, התשל"ז-1977). אנו דוחים את ערעור התביעה בעניין זה. למעלה מן הצורך נעיר, כי גם אם עמדה לחובתו של המערער עבירה משמעטית דומה, איננו סבורים כי בנסיבות הקלות של האירוע דנן, היה בכך טעם ראוי להאשימו **בבית הדין** במעשה.

**ערעור ההגנה**

24. השגותיו של המערער בענייני עובדה מהותן השגה על קביעות מהימנות. בסוגיות אלה אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב (ע"פ 8146/09 **אבשלום נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 8.9.2011)). ענייננו אינו מן המקרים החריגים לכלל זה (גם לפי הגישה שבוחנת ראיות בקפידה רבה יותר בעברות מין – ע"פ 3250/10 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד סה(2) 470 (2012)). בית הדין המחוזי סקר את מכלול הראיות והעדויות שהיו לפניו. הוא בחן אותן לעצמן ולצד האחרות. על בסיס כל אלה הוא קבע את מהימנותן ואת מה שאפשר להסיק מהן. לא מצאנו להתערב במסקנותיו.

25. בחנו את הטענות בדבר מחדלי חקירה. אפשר היה לאסוף ראיות נוספות. אולם אין לומר כי המערער "[נ]תקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו" עד כי "קופחה הגנתו" (ע"פ 5386/05 **אלחורטי נ' מדינת ישראל**, פס' ז(2) (טרם פורסם, 18.5.2006)). אשר לשיחה הראשונה בין המערער ל' מ', מקובלים עלינו נימוקיו של בית הדין המחוזי לדחיית טענות המערער בעניין זה. המערער טען שהיה על החוקרים להוציא פלט שיחות כדי להיווכח שטענותיה של ל' מ' בעניין השיחה אינן אמת. אולם, לא היה בהוצאת פלט שיחות מדויק כדי לסייע למערער, מה עוד שהוא הגיש בעצמו פלט שיחות, שלא תמך בגרסתו. אשר לשיחה השנייה, הטענות בעניין זה מתמזגות עם הטענות נגד קבילות התקליטור באופן כללי. נדון בהן.

26. גם בקביעות בעניין קבילות התקליטור לא מצאנו להתערב. המערער לא טען כי תוכן השיחה שהופיע בתמלול שונה מהשיחה שניהל עם ל' מ'. חוקרי מצ"ח העידו כי התמלול משקף את השיחה. לא עלתה טענה בדבר התערבות בקובץ המוקלט, בין הקלטתו להעלאתו על גבי התקליטור. בית הדין המחוזי עמד על פגמים טכניים בתיעוד קורות ההקלטה. כמותו, אנו סבורים שאין בהם כדי לפגום בקבילות הראיה. אף אין כאן מחדל חקירה שפגע בהגנתו של המערער.

27. טענה אחרונה של המערער עסקה באכיפה בררנית. המערער ציין, כי הוא נחקר על עברה דומה במתלונן שלישי. התביעה בחרה שלא להאשימו בכך. בזאת יש משום אכיפה בררנית, לדברי המערער. לא ירדנו לסוף דעתו. כלום ביקש שיוגש נגדו כתב אישום חמור יותר? יתר על כן, טענת אכיפה בררנית נוגעת להפליית נאשם ביחס לאחרים שעשו מעשים דומים, אולם לא עמדו לדין. המערער לא פירט כיצד פגעה בו ההחלטה לא להעמידו לדין בגין החשדות בקשר למתלונן השלישי. אם היא הפרה את השוויון בין המתלוננים – וכזאת לא נטען ולא התקיים – לא המערער נפגע ממנה ולא לטובתו יש לתת סעד.



28. אפשר להעלות על הדעת מקרים שבהם אישום נוסף מסייע להגנה. במקרה אחד הנאשם יוכל להראות שאינו פועל בשיטה שהתביעה מייחסת לו, אלא בשיטה אחרת – ולכן אין די ראיות נגדו באישומים אחרים. במקרה אחר הנאשם יוכל לטעון שהתביעה לא האשימה אותו במעשה דומה משום שאין בו חומרה מספקת, ולכן אין חומרה מספקת במה שמופיע בכתב האישום נגדו. המערער לא טען טענות מסוג זה. על כל פנים, התביעה הסבירה מדוע צמצמה את האישומים – המתלונן השלישי העדיף לא להמשיך בניהול ההליך. ההבחנה בינו ובין י' ק' וא' מ' עניינית. היא אינה נוגעת לחומרת המעשים. גם בנושא זה אנו דוחים את טענות המערער.

29. אף שדחינו את טענות המערער, אין אנו קובעים עדיין אם לדחות את ערעורו. אנו בוחנים אם מעשיו מקיימים את העבירה שהוא הואשם בה. שאלה זו קשורה בקשר הדוק לערעור התביעה אשר לאישום הראשון. נדון בהם יחדיו.

#### **ערעור התביעה בנוגע לפרט האישום הראשון ולפרט האישום השני**

30. נחזור על העובדות שקבע בית הדין המחוזי אשר לפרט האישום הראשון: רב"ט י' ק' ביקשה מהמערער הפניה לרופא מומחה, שיטפל במחלה שהיא סובלת ממנה. היא תיארה את תסמיני מחלתה. המערער אמר על כך: "מסכנה, אפילו להזדיין בצורה נורמלית את לא יכולה". הוא צחק. בית הדין המחוזי זיכה את המערער ברוב דעות מעבירה של הטרדה מינית. התביעה משיגה על כך.

31. נזכיר את פרט האישום השני. שם ביקשה א' מ' אישור להתאמן בחדר כושר. המערער התייחס לרזונה ואמר לה: "אין לך לא ציצי ואין לך תחת. קודם כל תשמיני, אחר כך תתאמני". בית הדין המחוזי הרשיע את המערער בהטרדה מינית על כך.

32. בשני פרטי האישום ייחסה התביעה למערער עבירה לפי החלופה שבסעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית. חלופה זו עניינה "התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית". האם מעשיו ודבריו של המערער מקיימים את תנאי הסעיף?

#### החוק למניעת הטרדה מינית: כללי

33. החוק למניעת הטרדה מינית בא לעולם "כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים" (סעיף 1 לחוק). שתי המטרות העיקריות שלו הן הגנה על הכבוד ועל השוויון. על הכבוד כיצד?

"הטרדה מינית מגבילה את יכולתו של האדם המוטרד להתפתח על פי מיטב כישורנותו, סגולותיו, שאיפותיו

ובחירותיו; לכן היא פוגעת בכבוד מחייתו (respect). במקרים קיצוניים, הטרדה מינית עלולה לתקוף את ערכו של המוטרד כאדם; במקרים אלה היא פוגעת בכבודו הסגולי (dignity) (אורית קמיר זה מטריד אותי – לחיות עם החוק למניעת הטרדה מינית 160 (2009), להלן: קמיר זה מטריד אותי).

ועל השוויון כיצד?

"הטרדות מיניות אינן התנהגויות מקומיות אקראיות, שוליות ונטולות משמעות; הן מצטרפות לתופעה חברתית התורמת להמשך שליטתה של קבוצת הגברים בקבוצת הנשים על ידי הפחדתן, חתירה תחת ביטחונן האישי והעצמי, ביושן, האשמתן בחוסר צניעות והחלשתן בכל מובן. כל אירוע של הטרדה מינית נוטל חלק בדפוס זה, גם אם המטריד כלל אינו מודע לחלקו בתופעה החברתית הרחבה (בדיוק באותו אופן שבו כל הערה אנטישמית או גזענית תורמת לקיפוח הקבוצה המופלית ...)". (אורית קמיר **כבוד אדם וחנה – פמיניזם ישראלי משפטי וחברתי** 285–286 (2007), להלן: קמיר **כבוד אדם וחנה**).

34. מהם שני סוגי הכבוד שהחוק מגן עליהם, כבוד סגולי וכבוד מחיה? כבוד סגולי (dignity) מתקשר למובן הבסיסי ביותר של היות אנושי. יש לו היבט מצומצם: הוא קובע זכויות בסיסיות ביותר שדרושות להישרדות אנושית. יש לו היבט רחב: הוא נתון לכל אדם תמיד (קמיר **כבוד אדם וחנה**, בעמ' 52). הוא מבטא "את המחויבות הרעיונית המלאה לכך כי ישנם אופני התייחסות לבני-אדם שהם בבחינת טאבו מוחלט" (אורית קמיר **שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם** 27 (2005), להלן: קמיר **שאלה של כבוד**). בין היתר, עניינו זכותו של אדם לבחור אם לממש את מיניותו וכיצד לעשות זאת (קמיר **שאלה של כבוד**, בעמ' 31; קמיר **כבוד אדם וחנה**, בעמ' 52).
35. כבוד מחיה (respect) רחב מהכבוד הסגולי. הוא מייחס ערך לזהות של כל אדם, לתכונותיו, לכישוריו ולרצונותיו. הוא תומך במימושם. כל אדם זכאי לפתח אותם, אולם כל אדם יגשים שאיפות אחרות, בהתאם לזהותו (קמיר **שאלה של כבוד**, בעמ' 34–37; קמיר **כבוד אדם וחנה**, בעמ' 53).

#### התייחסות מבזה או משפילה ביחס למיניות

36. המערער נאשם על דברים שאמר לי ק' ולא' מ'. גם מילים הן "התייחסות".

37. המערער לא אמר לי' ק' ולא' מ' דברים על המין (מגדר) שלהן או על הנטייה המינית שלהן. מקרב החלופות של סעיף 3(א)(5) מתאימה לענייננו המיניות. נרחיב בעניינה ובעניין חלק אחר בסעיף שצריך לעניין: "התייחסות מבזה או משפילה".

38. התייחסות "למיניותו" של אדם "[עניינה היותו של אדם יצור מיני" (אורית קמיר "החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית – איפה אנחנו במלאת לו עשור?" **משפט ועסקים** ט 9, 65 (2008)). היא עוסקת ב"התנהגותו המינית, אורח חייו והרגליו המיניים, הפנטזיות המיניות שלו וכל הקשור באיברי מינו" (קמיר **זה מטריד אותי**, בעמ' 61).

39. המונח "התייחסות מבזה או משפילה" קובע את רמת החומרה של ההתייחסות האסורה. "הביטויים 'ביזוי' ו'השפלה' הם חמורים, וכוונתם להתבטאויות או להתנהגויות קשות במיוחד. התייחסות מבזה או משפילה של אדם לזולתו היא פוגענית במידה חריפה" (קמיר **זה מטריד אותי**, בעמ' 60).

"הקטגוריה [של] ביזוי והשפלה על רקע מין, מיניות או נטייה מינית מכילה התנהגויות פיזיות או מילוליות, שיש בהן זילות חמורה של אנושיותו של הקרבן על ידי התייחסות שלילית ... [ל]מיניותו.... מובן שלא כל העלבה המכילה הקשר מיני העולה כדי ביזוי או השפלה [נראה שצ"ל כאן: ראוי] שילכדו בחוק. ואולם פניה סקסיסטית בוטה מאוד לאישה... עלול[ה] בהחלט לפגוע בכבוד המחיה ואף בכבוד הסגולי במידה העולה כדי ביזוי והשפלה שאסורים בחוק" (קמיר **כבוד אדם וחווה**, בעמ' 309).

40. השופט זמיר ציין אף הוא דברים ברוח זו והדגיש שההכרעה בכל מקרה תלויה בנסיבותיו:

"לא כל התנהגות או התבטאות בעלת אופי מיני, אפילו יש בה מידה של גסות, והיא גורמת מבוכה או מעוררת מורת רוח, תיחשב הטרדה מינית.... יש פגיעה שראויה לתגובה, אך לא לתלונה. פגיעה קלה, במיוחד אם היא בגדר תקרית בודדת, אינה בהכרח הטרדה. ... כדי שהתנהגות או התבטאות ייחשבו הטרדה מינית צריך שתהיה בהן פגיעה ממשית.... הפגיעה תיחשב ממשית כאשר יש בה כדי לפגוע באופן ממשי בכבוד, כגון לגרום השפלה, או כאשר יש בה כדי להעכיר את האווירה עד כדי פגיעה ממשית ביכולת לתפקד באופן רגיל ותקין כעובד או כתלמיד וכיוצא באלה. נסיבות העניין הן שקובעות אם הפגיעה ממשית עד שהיא מגיעה כדי הטרדה מינית" (עש"ס 6713/96 **מדינת ישראל נ' בן אשר**, פ"ד נב(1) 650, 685 (1998) (להלן: עניין **בן אשר**)).

41. השופטת ביניש הבהירה את שני צדדי הסוגיה:

"הדין ... אינו מטיל סנקציה על הומור לא מוצלח או על טעם רע בלבד... עם זאת, כאשר אופי ההתבטאות ונסיבות העניין מצביעים על כך שמדובר בהתנהגות פסולה, לא ניתן להסתתר מאחורי הטענה שהדברים נאמרו בצחוק" (עש"ס 11025/02 **אייזנר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(5), 541, 552 (2003), להלן: עניין אייזנר)).

42. איך קובעים אם נחצה הגבול? בית המשפט מכריע אם מבחינה אובייקטיבית – לא בהכרח לפי תפיסת הנאשם או המתלוננת – הייתה הטרדה מינית (עניין אייזנר, בעמ' 549).

#### האם דברי המערער עולים כדי הטרדה מינית: השיקולים בעניין

43. תחילה הערה על הלשון: כזכור, הדברים נאמרו ברוסית. אנו מתארים אותם בעברית. אפשר שיש פערים בתרגום. איננו סבורים שהם משפיעים על החלטתנו. ראשית, הצדדים לא טענו כך. שנית, הצדדים נחלקו בשאלת המילים המדויקות שאמר המערער. על כן היה חשוב לכל אחד מהם מה המילה המדויקת – ברוסית ובעברית – שאמר המערער. חלק מהחשיבות מקורו במטען של כל מילה, אם גסה היא, אם ניטרלית. אילו התרגום לא היה מדויק או שהחליף מילה אחת במילה בעלת מטען לא מדויק, ודאי היו הצדדים עומדים על כך.

44. דברי המערער ליי ק' עסקו באפשרות שלה לקיים יחסי מין. זו התייחסות ל"מיניות". דברי המערער לאי מ' עסקו באיברי מין שלה, החזה (דומה שאין צורך להרחיב בדבר היות חזה של אישה איבר מיני) והישבן (השוו לעניין אייזנר, שם קבעה השופטת ביניש בעמ' 549 כי האמירה לנערה "איזה תחת" היא התייחסות "לאיבר אינטימי בגופה"). זו התייחסות ל"מיניות". נותר לנו לבחון את היסוד "התייחסות מבזה או משפילה".

45. נאמר מיד: דברי המערער ליי ק' ודבריו לאי מ' פסולים. לא היה מקום שיאמר להן אותם. י ק' ביקשה הפניה לרופא מומחה. המערער מנה תוצאות לוואי של מחלתה, ביניהן חוסר יכולת לקיים יחסי מין. הוא לא היה חייב להעלות נושא זה. אסור היה לו לומר את המילה שאמר, "להזדיין", שיש לה מובן מיני מובהק ומטען גס. המערער המליץ לאי מ' לעלות במשקל כדי שתוכל להתאמן. הוא לא היה חייב להתייחס לאיברים שונים בגופה. אסור היה לו להזכיר דווקא את האיברים שהזכיר, החזה והישבן, שהם איברי מין, ודאי שאסור היה לו לכנות אותם בשמות "ציצי" ו"תחת" (השוו לעניין אייזנר, שם קבעה השופטת ביניש בעמ' 549 כי האמירה לנערה "איזה תחת" היא "[התייחסות בוטה וגסה]").

46. המערער טען שאמר את שאמר מתוך "יחס אבהי" לכל מטופליו. טוב שרופא יביע כלפי מטופל הבנה, השתתפות, אמפתיה ודאגה. אולם אמירות שמתייחסות למיניות של מטופלת ושאינן מחויבות מאופי הטיפול, אינן נכנסות לגדר איזה מהרגשות האמורים. להפך: הם עלולים – וכאן התממש החשש – לגרום למטופלת תחושות אי-נעימות. אלה הפוכות לחלוטין מהמטרה שלשמה נאמרו הדברים.

47. בדיון לפנינו ביקש בא-כוחו המלומד של המערער להציג את הדברים כ"שפה עשירה". לטענתו, כשנוקטים שפה כזו, עלולה להתרחש אי-הבנה. איננו מוצאים עושר במילים "להזדיין", "ציצי" ו"תחת" (אף שהמערער ניסה להסתמך על מימרה ברוסית שכוללת את שתי האחרונות). על כל פנים, דומה שיפה לכאן תעקיף (פרפרזה) על דבריו של השופט הרלן: "One man's lyric is another's vulgarity" (השוו (Cohen v. California, 403 U.S. 15, 25 (1971)). הביטוי הפוליטי (שבו דובר שם) עשוי לעתים להיות גס, ובכך כוחו. "הזכות להביע ביקורת אינה נתונה רק לבעלי הלשון הצחה ויכולת הביטוי המעודנת" (דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 23, 69 (2011)). גם הביטוי האמנותי, הביטוי המסחרי (בג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד מח(2) 1 (1993)) וודאי הביטוי היומיומי עשויים להיות עשירים, רגילים או גסים – אך מותרים. אולם את הביטוי הגס שמבזה או משפיל בהתייחס למין, למיניות או לנטייה מינית אסר המחוקק, ובצדק אסר.

48. השאלה לפנינו היא, האם הפסול בדבריו של המערער הגיע למידה של התייחסות "מבזה או משפילה". עלינו להכריע בה לפי נסיבות העניין, בהתאם לאמת מידה אובייקטיבית.

49. כמה היבטי חומרה בעניין. את הפסול בדברי המערער הזכרנו בפסקה 45. היבט אחר הוא נסיבות המפגש בין המערער לחיילות: הוא רופא והן מטופלות. החוק רואה ביחסים אלה דמיון ליחסי מרות או תלות. הוא מתייחס אליהם בחומרה, ביחס למעשים דומים בנסיבות אחרות (סעיף 3(א)(6)(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית. ראו גם סעיף 1(א)(6)(א) לפ"מ 33.0145 "איסור פגיעה על רקע מיני"). הסיבה לכך היא זו:

"רופאים... נמצאים פעמים רבות בעמדות כוח ובמצבים המאפשרים להם מגע עם נשים כשהן מבודדות, מתוחות ומוחלשות. ... [אלה] מצבים אינטימיים ומביכים במיוחד, שנשים מעדיפות שלא לפרסם" (אורית קמיר ואח' "החוק למניעת הטרדה מינית במערכות המשפט והמשמעת: נתונים מן העשור הראשון" **המשפט ברשת: זכויות אדם** ב 13, 47 (2014)).

50. החומרה מתבטאת גם בהקשר המיוחד של המערער ושל יי ק' ואי מ'. הן שירתו בצבא. הן לא היו רשאיות לבחור את הרופא שיטפל בהן במרפאה הצבאית. המערער אדם מבוגר והן נשים צעירות. פערי הכוחות שקיימים ממילא בין רופא למטופלת התעצמו בנסיבות אלה. יש בכך כדי להגביר את חומרת מעשיו של המערער.

51. עניין נוסף הוא שדבריו של המערער נוגדים את תכלית החוק שעניינה הגנה על הכבוד. המערער דיבר עם יי ק' ועם אי מ' על ענייניהן הרפואיים כְּדִבֵּר רופא עם מטופלת ולפתע התייחס אל מיניותן. הוא פגעו בזכותן להחליט בעצמן אם לדבר על היבט אישי של חייהן. זו פגיעה בכבוד הסגולי שלהן. פגיעה ביחסי האמון של מטופלת לרופא עלולה להרתיע אותן מלפנות בעתיד לרופא או מלדבר אתן בחופשיות. אלה עלולים לפגוע בבריאותן. זו פגיעה אפשרית בכבוד המחיה שלהן. על אלה נוסף דבר בעניינה של יי ק'. לאחר שאמר את דבריו, צחק המערער. הצחוק ודאי לא הוסיף לה כבוד.

52. מול כל אלה עומדת החומרה הנמוכה יחסית של הדברים לעצמם. המערער לא ניסה ליזום קשר מיני, להחמיא או להטיל חרפה. אשר למילים שאמר המערער לאי מ', למשל, אפשר להשוות את דבריו להתייחסויות אחרות שמכילות אותן: "איזה תחת" (עניין אייזנר); "אם הייתי כלב הייתי מביא לה ביס בציצי" (ת"א (שלום ת"א)) יותר מהמטען של דברי המערער. המערער אמר דברים פסולים לכל מתלוננת פעם אחת בלבד. שילוב הדברים, שתי הזדמנויות, אינו מוסיף חומרה רבה: אין כאן מעשים שיטתיים כלפי חיילות (וחיילים) רבים על פני זמן ממושך. אף אם נראה בדברים שהמערער אמר משום הטרדה מינית, הם נמצאים ברף הנמוך של העברה.

53. נציין גם שיקולים של הכוונת התנהגות. מן הצד האחד יש להרתיע רופאים מלומר את הדברים שאמר המערער. מן הצד השני יש להיזהר מפני הרתעת יתר, לבל יחששו רופאים לומר למטופלים דברים, שיש בהם היבט מיני ושיש צורך רפואי אמיתי לומר. עלינו להתחשב בשניהם, כל אחד ומשקלו, בבואנו לקבוע את דינו של המערער.

54. בטרם נכריע נציין, כי בניגוד לבית הדין המחוזי, מצאנו דווקא את דברי המערער בפרט האישום הראשון חמורים יותר מדבריו בפרט האישום השני. כמה טעמים לכך:

א. בדבריו ליי ק' השתמש המערער במילה בוטה לתיאור קיום יחסי מין: "להזדיין". בדבריו לאי מ' אמר המערער מילים שהתייחסו לגופה, ובפרט

לאברים מוצנעים: "ציצי" ו"תחת". אך הן אינן בוטות כמו זו שאמר ליי ק'.

- ב. כאמור, המערער אמר ליי ק' מילה שעניינה קיום יחסי מין. עם א' מ' דיבר המערער על צורת גופה בלבד. בנסיבות העניין, מידת ה"מיניות" של דברי המערער ליי ק' גבוהה ממידת דבריו לא' מ'.
- ג. לאחר שאמר מה שאמר ליי ק', צחק המערער. בצחוק יש תוספת לביזוי. לא' מ' לא צחק המערער.

#### האם דברי המערער עולים כדי הטרדה מינית: הכרעה

55. בחנו את דברי המערער באופן אובייקטיבי ועל רקע נסיבותיהם. בחנו כל אישום לעצמו. כאמור, עברה של הטרדה מינית מסוג התייחסות מבזה או משפילה למיניות מתקיימת רק כשיש "פגיעה ממשית" (עניין **בן אשר**, בעמ' 685), ([התבטאויות או [התנהגויות קשות במיוחד... פוגעני[ו]ת במידה חריפה" (קמיר **זה מטריד אותי**, בעמ' 60). החוק למניעת הטרדה מינית "לא נועד לשמור על 'ניקיון השפה' או לאכוף יתקינות פוליטית" (שם, בעמ' 28). אמת מידה זו מתקשרת לרף הפלילי הרגיל:

"הקו התוחם את המרחב הפלילי הוא קו המפריד בין האסור מבחינה פלילית, לבין כל שאר סוגי ההתנהגות. הוא איננו הקו המפריד בין התנהגות רצויה מבחינה חברתית, לבין זו הבלתי-רצויה.... מטבע הדברים, המכשיר הפלילי, על כליו הדרקוניים, איננו הכלי הראשון – ודאי לא המועדף – להסדרת התנהגויות, אלא, במרבית המקרים, הוא מכשיר אחרון בארסנל 'כלי הנשק' של החברה. ככזה עליו להיות מופעל במשורה, למען מטרות ראויות בלבד" (עניין **ישי**, בפסקה 16).

הרף מותאם לנסיבה של השירות בצה"ל:

"מבחינה צבאית, בשל התכליות השונות, גבולותיהם של המרחבים השונים במדרג [התגובות למעשה פסול] אינם זהים לגבולותיהם האזרחיים. המשמעת הנדרשת בגוף הירארכי, כדוגמת הצבא, חזקה יותר... במקרים רבים, גם הרף הפלילי הצבאי נמוך יותר. חובת האמון המוגברת החלה על צה"ל ומפקדיו בכלל, וזו המוטלת על בעלי דרגות בכירות בפרט, מטה, במקרים רבים, כלפי מטה את הרף הפלילי" (שם, בפסקה 33).

האם דבריו של המערער חצו את הרף הפלילי?

56. כפי שציינו בפסקה 54, אנו סבורים כי מעשי המערער המוזכרים בפרט האישום הראשון חמורים ממעשיו המוזכרים בפרט האישום השני. לאחר שבחנו אותם מצאנו כי הם עוברים הרף להרשעה בעבירה של הטרדה מינית. דברי המערער אינם אך "שפה לא נקייה". הוא בחר מילה בעלת מטען בוטה וגס. הוא התייחס במפורש לחיי המין של "ק". הוא הוסיף צחוק לדבריו. מצאנו שהמערער קיים את כל יסודות העבירה של הטרדה מינית בסעיף האישום הראשון.

57. דבריו של המערער בסעיף האישום השני חמורים אף הם. גם הם אינם רחוקים מהרף הפלילי. עם זאת, בנסיבות הכוללות של העניין מצאנו שהם הגיעו עדיו, אך לא עברו אותו. המילים אינן בוטות מאוד – הן מילות עגה לתיאור איברי מין, שאין בהן, בהכרח, מטען מיני מובהק. הן התייחסו לצורת הגוף ותו לא (בניגוד לאמירות שהיה לצדן מטען נוסף ושנזכרו בפסקה 52 לעיל). יש לזכור את ההקשר שבו הן נאמרו: המערער המליץ לאי מ' לעלות במשקל כדי שתוכל להתאמן בחדר כושר. הוא לא הציע לה לשנות את צורת גופה כדי שתהיה יפה יותר או מושכת יותר (ולחלופין: הוא לא אמר שצורתה הנוכחית יפה או מושכת ושאל לה לשנות אותה). לא השתכנענו כי באופן אובייקטיבי בנסיבות העניין היה בדברי המערער כדי "לגרום השפלה, או ... להעכיר את האווירה עד כדי פגיעה ממשית ביכולת לתפקד באופן רגיל ותקין", כלומר שהיה בהם כדי "לפגוע באופן ממשי בכבוד" – הכול על רקע מיניות (עניין בן אשר, בעמ' 685). החומרה בדברי המערער רבה אולם לא במידה שדורש סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית. אנו מזכים את המערער מעבירה של הטרדה מינית בסעיף האישום השני.

58. בכך לא תם הדיון. סעיף 19 להוראת קרפ"ר 300.001 "זכויות החולה בצה"ל" מורה: "מטפל וכל מי שעובד תחת פיקוחו של המטפל, וכן כל חייל או אזרח המועסק בצה"ל, ישמרו על כבודו ועל פרטיותו של המטופל בכל שלבי הטיפול הרפואי". הוראות משלימות (שאינן בהן חובת פעולה) נמצאות בסעיף 6 לפ"מ 61.0104 "טיפול רפואי בחייל" ובסעיף 8 להוראת קרפ"ר 300.001. שניהם קובעים: "מטופל זכאי לטיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית ואיכות הטיפול הרפואי והן מבחינת יחסי האנוש". סעיף 19 להוראת קרפ"ר 300.001 חייב את המערער, ששירת בתפקיד מטפל, לשמור על כבודה של המטופלת א' מ'. חרף זאת הוא פגע בכבודה. הדברים שאמר לה ביזו אותה. הוא התייחס שלא לצורך לאיברים מוצנעים בגופה.

59. המערער הפר את סעיף 19 להוראת קרפ"ר 300.001. סעיף זה הוא "הוראה מפקודות הצבא" (סעיף 133(א)(1) לחש"ץ בצירוף סעיפים 1 ו-2א(ג) לחש"ץ וסעיף 13 להפ"ע 1.0105 "פקודות הצבא, פקודות כלליות אחרות, פקודות קבע ופקודות



שגרה"). עולה מכאן שהמערער עבר עברה על סעיף 133(א)(1) לחש"ץ, אי-קיום הוראות המחייבות בצבא.

60. בית דין צבאי מוסמך להרשיע נאשם בעברה אחרת מזו שהואשם בה "ובלבד שהאשמה שעליה הורשע כאמור הוכחה על-ידי הראיות שהובאו לפניו במהלך הדיון והעונש שנקבע לפי הדין על העבירה האחרת אינו חמור מהעונש שנקבע בחוק על העבירה הכלולה בכתב האישום" (סעיף 382 לחש"ץ). על כך מוסיפים תנאי שקבוע בסעיף 184 לחסד"פ: "ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן" מפני הרשעה בעברה החדשה. האם התקיימו תנאים אלה כאן?

61. החלטנו שהמערער עבר על סעיף 133(א)(1) לחש"ץ על בסיס הראיות שהובאו בבית הדין המחוזי. העונש על עברה זו (שנת מאסר) נמוך מהעונש שנקבע לעברה על החוק למניעת הטרדה מינית (שנתיים מאסר). לזו הרשעתו החדשה נעוץ בכך שפגע בכבודן של חיילות מטופלות. כאמור בפסקאות 33-35, החוק למניעת הטרדה מינית נועד בין היתר להגן על הכבוד של מי שנפגעה מהטרדה מינית. בבית הדין המחוזי עסקו הצדדים, בין היתר, בשאלה אם יי' ק' וא' מ' נפגעו מהדברים של המערער, כלומר אם נפגע כבודו. משום כך מצאנו שהייתה למערער הזדמנות סבירה להתגונן מפני הרשעה בסעיף 133(א)(1) לחש"ץ, על בסיס סעיף 19 להוראת קרפ"ר 300.001. נזכיר כי יש בסמכותנו להרשיע את המערער בעברה חלופית אף שהתביעה לא ביקשה זאת (ע"פ 4503/99 אפרים נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 604, 622 (2001); ע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 453, 476-477 (2004); רע"פ 2942/92 כהן נ' התובע הצבאי הראשי (1992)).

62. התוצאה הרגילה של הדברים היא לקבל את ערעור התביעה ולהרשיע את המערער בפרט האישום הראשון, לקבל בחלקו את ערעור ההגנה ולהרשיע את המערער בפרט האישום השני בעברה על סעיף 133 לחש"ץ. בענייננו תוצאה זו תלויה בהכרעה בערעור התביעה בעניין ביטול הרשעתו של המערער והעמדתו במבחן.

#### **ערעור התביעה: ביטול ההרשעה**

63. נזכיר מה מצב הדברים כעת: המערער הורשע בעברה אחת של הטרדה מינית (פרט האישום הראשון), בעברה אחת של אי-קיום הוראות המחייבות בצבא (פרט האישום השני) ובשתי עברות של הדחת עד (פרטי האישום הרביעי והחמישי).

64. שקלנו את נסיבותיו האישיות של המערער. בגזר הדין תיאר בית הדין המחוזי את המערער: "רופא וותיק ומוערך, ומי שלאורך השנים היה אזרח נורמטיבי, שכל חייו טיפל במסירות ובמקצועיות באחרים" (פסקה 1). הוא תרם "תרומה[ה]

[משמעותית לאורך השנים בצה"ל". בשל משפטו הוא עזב את תפקידו בצבא. בית הדין המחוזי ציין גם את גילו המתקדם של המערער, את עברו הנקי ואת מצבו הרפואי (פסקה 43). בית הדין המחוזי הוסיף כי אם המערער יורשע, יש להעביר את דבר ההרשעה למשרד הבריאות, אשר ישקול אם לבטל את רישונו של המערער לעסוק ברפואה או להתלות אותו. זהו "נזק קונקרטי, כבד ומוחשי" למערער (פסקה 42). כל אלה מצביעים על פגיעה קשה במערער, אם יורשע.

65. מן הצד השני עומדות העברות. בבסיסן של שתי עברות עומדות אמירות פסולות למטופלות. מצטרפות אליהן שתי עברות של הדחת עד. צבר העברות, מספרן והאופי המגוון שלהן מעלים את חומרת עניינו של המערער.

66. שקלנו את השיקולים לכאן ולכאן. המערער אמר לי 'ק' ולא 'מ' מילים גסות ומכוערות, אולם דבריו נמצאים ברף הנמוך של עברות מסוג זה. באחד המקרים אף השפיע הרף על סוג העברה שבה הורשע המערער – אי-קיום הוראות המחייבות בצבא, חלף עבירת הטרדה מינית. המערער לא נגע בי 'ק' ובא 'מ'. הוא לא הציע להן הצעות מיניות. עברה של הדחת עד היא עברה חמורה. במקרה זה רמת החומרה אינה גבוהה מאוד. המערער דיבר פעמיים עם אותה עדה. בשתיהן הוא אמר, למעשה, את אותם הדברים: גרמי לבתך לבטל את תלונתה, אחרת אתבע אותה על הוצאת דיבה. אחת מן השיחות הייתה ביוזמת הרשות החוקרת, עניין אשר מעורר תחושת אי-נוחות, בנסיבותיו. הדברים עצמם פסולים ואסורים, אולם הם במדרג נמוך יחסית של העברה: אין בהם, למשל, איום לפגיעה פיזית או הטרדה נמשכת. מול החומרה של העברות כולן עומדת הפגיעה הקשה שצפויה למערער. היא עלולה להביא לפגיעה בפרנסתו שעה שהוא כבר אדם מבוגר. לא הוצגו לנו הרשעות קודמות שלו במשפט פלילי. בסופו של דבר, באיזון הדברים ולא בלי התלבטות, מצאנו לאשר את החלטתו של בית הדין המחוזי.

67. בעניין אחד מצאנו לשנות מהחלטתו של בית הדין המחוזי. כזכור, הוא זיכה לחלוטין את המערער מעברה של הטרדה מינית כלפי 'ק'. קבענו שהמערער עבר עברה זו. לכן מצאנו לחייב אותו לפצות גם את 'ק' באותו סכום שעליו לפצות את א' 'מ'. מצאנו להותיר את הוראת הפיצוי לגבי א' 'מ' בעינה, נוכח הרשעתו של המערער בעבירה החלופית.

68. יוצא מכך: ערעור ההגנה נדחה בעיקרו. ערעור התביעה מתקבל בחלקו בשאלות העקרוניות ונדחה בעיקרו בנוגע לתוצאה המעשית. אנו קובעים שהמערער עבר את העברות הבאות:

- א. הטרדה מינית, לפי סעיפים 3(א)(5) ו-5 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (פרט האישום הראשון);
- ב. אי קיום הוראות המחייבות בצבא, לפי סעיף 133(א)(1) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (פרט האישום השני);
- ג. הדחה בחקירה, לפי סעיף 245(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (פרט האישום הרביעי);
- ד. הדחה בחקירה, לפי סעיף 245(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (פרט האישום החמישי).

אנו מעמידים את המערער בפיקוח של קצין מבחן למשך שנתיים ומורים לו לשלם לרבי"ט יי ק' פיצויים בסך 1,500 ש"ח ולסמל א' מ' פיצויים בסך 1,500 ש"ח. ניתן והודע היום, ה' במרחשוון התשע"ז, 6 בנובמבר 2016, בפומבי ובמעמד המערער ובאי- כוח הצדדים.

| שופטת | שופט | הנשיא              |
|-------|------|--------------------|
| למקור | נאמן | העתק               |
| מכני  | קורל | סגן                |
| הדין  | בית  | קצינת              |
|       |      | חתימת המגיה: _____ |
|       |      | תאריך: _____       |