

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6295/05

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן

המערער : אלי וקנין

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 14.6.05 בתפ"ח 1023/03 שניתן על-ידי כבוד
השופטים ב' אופיר-תום, מ' סוקולוב וי' שנלר

בשם המערער : עו"ד אריאל הרמן

בשם המשיבה : עו"ד בת-עמי ברוט, פרקליטות המדינה

פסק - דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. המערער הורשע פה אחד בבית המשפט המחוזי בתל-אביב (כב' השופטים ב' אופיר-תום, מ' סוקולוב ו-י' שנלר) בעבירת אינוס, בניגוד לסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין). נגזר עליו עונש של 5 שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי לשנתיים, ופיצוי למתלוננת בסך 10,000 ש"ח. הערעור שבפנינו נסב על הכרעת הדין וגזר הדין.

הרקע

2. בין המתלוננת למערער היתה היכרות שטחית שנבעה מכך שהמערער הסיעה מספר פעמים ברכב המונית בו נהג בישוב שבו התגוררו שניהם. ביום האירוע נפגשו השניים שוב, כאשר המערער הסיע את המתלוננת לביתה, לאחר שסיימה לערוך קניות.

עם הגיעם לבית המתלוננת, נכנס המערער לדירתה, והשניים שהו זמן מה בחדר האורחים ושתו קפה יחדיו. לאחר מכן, נתקיימו ביניהם יחסי מין, שדבר קיומם אינו שנוי במחלוקת. יחסים אלה הולידו את אישומו והרשעתו של המערער בעבירת אונס.

3. השאלה שעמדה לדיון בערכאה הדיונית, והיא העומדת גם בפנינו - מה היו הנסיבות שברקע יחסים אלה - האם הם נתקיימו בהסכמתה החופשית של המתלוננת או בניגוד לרצונה. על שאלה זו קמה ונופלת הרשעתו של המערער בעבירת האונס, והיא העומדת ביסוד הערעור שלפנינו.

גרסת התביעה

4. זוהי, בתמצית, גרסת התביעה באשר לאירועים הרלבנטיים לאישום: היכרותה של המתלוננת את המערער התבססה כל כולה על מספר נסיעות משותפות בין השניים (שלוש או ארבע במספר), במהלכן השתמשה בשירותיו כנהג מונית, על מנת להביא את ילדה מן הגן הסמוך למקום מגוריה. נסיעות קצרות אלה התבצעו באופן אקראי לאחר שהמתלוננת הזמינה מונית מתחנת המוניות אליה השתייך המערער; מקצת הנסיעות נעשו אף בקריאה ישירה למערער, לאחר שזה נתן בידי המתלוננת את כרטיס הביקור שלו. בתאריך 19.5.2002, הוא יום האירוע, בשעות הצהריים, פגש המערער במתלוננת, כשסיימה לערוך קניות, ובידיה מוצרי מזון. הוא הציע לה להסיעה במונית לביתה, והיא נענתה להצעתו.

5. בהגיעם לבית המתלוננת, היא ביקשה לשלם למערער את מחיר הנסיעה אך הוא סירב, וביקש שתזמין אותו לביתה לשתות קפה. המתלוננת סירבה, יצאה מהמונית, והחלה בהליכה לכיוון ביתה. עם כניסתה לבית, ועוד בטרם הספיקה לנעול את דלת הכניסה, נכנס המערער אחריה לבית. הוא שוחח עם המתלוננת, וביקש שתכין קפה לשניהם, והיא עשתה כן. השניים ישבו בחדר האורחים, שוחחו ביניהם, ושתו קפה.

6. לאחר מספר דקות, בעודם ישובים על ספות חדר האורחים, ניסה המערער לחבק את המתלוננת, אולם היא לא נענתה לו, קמה ממקומה, והלכה למטבח כדי לחמוק ממנו. הוא הלך אחריה, תפס בידיה בכוח, וחייב אותה, ובהמשך גרר אותה במעלה המדרגות אל חדר השינה שבקומה השנייה של הבית, דחף אותה אל המיטה ונשכב עליה, הפשיט אותה ממכנסיה ותחתוניה, התפשט בעצמו, והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, תוך התעלמות מהתנגדותה וצעקותיה, עד שבא על סיפוקו המיני.

7. לאחר סיומו של האקט המיני, הלך המערער למקלחת לרחוץ את פניו, ואילו המתלוננת, בהיותה שרויה במצב של הלם, לבשה את מכנסיה וירדה לקומת הסלון. לאחר מספר דקות הצטרף אליה המערער, וסיים לשתות את הקפה שעדיין היה מונח על השולחן. לאחר מכן, נתן בידיה של המתלוננת שטר של 100 ש"ח, ואמר לה כי מעתה יסייע לה מבחינה כספית באם תזדקק לכך. את שטר הכסף מסרה המתלוננת, מאוחר יותר, לחוקרי המשטרה, באומרה כי היא אינה נוהגת לקבל סכומי כסף מזרים (עמ' 67 לפרוטוקול).

8. לאחר שהמערער עזב את בית המתלוננת, היא הלכה להתקלח, וישבה לאחר מכן אובדת עצות בסלון ביתה. בסביבות השעה 15:15, נזכרה כי עליה לאסוף את בנה מן הגן, ולשם כך התקשרה לחברת מוניות, שאינה החברה בה מועסק המערער, אולם שם נאמר לה שאין מוניות פנויות. בצר לה, פנתה לחברת המוניות בה מועסק המערער, בתווה כי לא הוא יישלח להסיעה. אולם דווקא הוא הגיע לביתה לאחר מספר דקות. היא הופתעה ושאלה אותו מה הוא עושה שם, ותשובתו היתה כי שמע בקשר שהזמינה מונית, והגיע. המתלוננת הסבירה כי בשל לחץ הזמן השתמשה בשירותיו של המערער, וזאת גם מן הטעם שביקשה להסתיר ממנו את כוונתה להתלונן על מעשיו במשטרה. לדבריה, בעת הנסיעה לא נענתה לניסיונות המערער לקשור עימה שיחה, ובתום הנסיעה כשביקשה לשלם, סירב המערער לקבל כסף מידיה.

9. בסביבות השעה 18:00, התקשרה המתלוננת אל אחיה וסיפרה לו כי חוותה מעשה אונס כלפיה באותו יום. למשמע הדברים, הפציר בה אחיה להתלונן במשטרה בהקדם האפשרי. בעקבות זאת, הגישה המתלוננת תלונה עוד באותו ערב, ובסביבות 22:00 הגיעו שוטרים לביתה וחקרו אותה. חקירת המשטרה התפרשה על-פני מספר מפגשים, במהלכם גוללה המתלוננת את סיפור המעשה. את הססנותה לפנות מיד למשטרה הסבירה בביישנותה, ובחשש לילדיה (עמ' 73 לפרוטוקול).

גרסת ההגנה

10. על-פי גרסת המערער, יחסי המין עם המתלוננת התקיימו בהסכמתה המלאה, ואף ביוזמתה. היא זו שהזמינה אותו להיכנס לביתה, וכאשר בעקבות שיחה שהתפתחה בין השניים נוצרו יחסי קרבה, היא הובילה אותו במעלה המדרגות לחדר השינה, וקיימה עמו קשר מיני רצוני.

11. על-פי תיאור המערער, לאחר שהמתלוננת הזמינה אותו לביתה, התפתחה בין השניים שיחה על חייהם האישיים. תוך כדי שיחה, נטל המערער את ידה של המתלוננת בידו והיא נענתה לו. לאחר מכן עבר לשבת לצידה והשניים החלו מתחבקים ומתנשקים. כעבור זמן מה, קמה המתלוננת ממקומה והובילה את המערער אל חדר המיטות בקומת הבית השנייה. שם, המשיכו השניים במעשיהם כאשר המתלוננת פושטת את בגדיה מרצונה, והמערער עושה כן גם הוא בעקבותיה. כאשר פשט את מכנסיו, הוציא המערער את מכשיר הטלפון הסלולארי שלו מכיסו והניחו על השידה. לאחר מספר רגעים צלצל טלפון זה, והמתלוננת הפצירה במערער כי יענה לשיחה משום שצלצול הטלפון מפריע לה. כשהושיט המערער את ידו לענות לשיחה, זו נותקה. בשלב זה החלו השניים לקיים יחסי מין. לדברי המערער, במהלך האקט המיני, שאל את המתלוננת אם הוא יכול להגיע לסיפוקו כאשר איבר מינו מוחדר לאיבר מינה, והיא השיבה בחיוב, שכן היא "מוגנת".

12. עם סיום האקט המיני ניגש המערער להתקלח. לאחר מכן, ירד בחזרה אל קומת הסלון שם מצא את המתלוננת ישובה על הספה, כשהיא מעשנת סיגריה וממשיכה ללגום מספל הקפה, שבשתייתו החלה קודם לכן. גם הוא התיישב בחדר, הדליק סיגריה, ושוב קלחה בין השניים שיחה ערה. במסגרת שיחה זו התלוננה המתלוננת על מצבה הכלכלי הדחוק ועל קשיי היום-יום שלה, וכן אמרה לו שהיא מכירה את אשתו. אז הבין, לטענתו, כי המתלוננת מנסה לסחוט אותו, עקב הקישור שעשתה בדבריה בין בעיותיה הכלכליות לבין התייחסותה להיכרותה את אשתו (עמ' 191 לפרוטוקול). לדבריו, על רקע כוונת סחיטה זו, הוא מסביר את פשר התלונה נגדו על אונס. לפני שפנה ללכת מבית המתלוננת, ביקש המערער, לדבריו, להיטיב מעט את מצבה הכלכלי הקשה, ונתן לה שטר של 100 ש"ח, וגם הודיע לה כי מחל לה על חובה שעמד נכון לעת ההיא על 32 ש"ח.

13. שעות מספר לאחר האירוע, קיבל המערער, לדבריו, קריאה נוספת מתחנת המוניות לפיה עליו לאסוף את המתלוננת מביתה, לשם ביצוע נסיעה שהוזמנה על-ידה. לטענתו, הוא ביקש להימנע מנסיעה זו, שכן יצא מביתה של המתלוננת "בהרגשה לא טובה" (עמ' 193 לפרוטוקול, ש' 2-3), אולם, בשל מחסור במוניות, הורה לו סדרן התחנה לבצע נסיעה זו, והוא נענה. הנסיעה התבצעה כסדרה, כאשר לטענת המערער הוא לא קיבל כל תשלום בעבורה.

14. יממה חלפה, והמערער, בעודו מסייע מספר נוסעים במונית, קיבל שיחת טלפון מהמתלוננת. בשיחה זו, לטענתו, הטיחה בו המתלוננת כי קיים עמה יחסי מין תוך שימוש בכוח, ובשל נוכחות נוסעים במונית, לא יכול היה להשיב לה, ורק הרגיע אותה. כשלא הצליח בכך, נאלץ לנתק את השיחה. לאחר זמן מה, הם שוחחו שוב, ואז אמרה לו המתלוננת כי בכוונתה להתלונן עליו. לטענת המערער, שיחות טלפון אלה, בצירוף דבריה הקודמים של המתלוננת, חיזקו את הכרתו כי היא מעוניינת, למעשה, לסחוט ממנו כספים תוך ניצול היכרותה העקיפה עם אשתו.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

15. בפסק דינו, הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער בעבירת אינוס, תוך שהוא מתמקד בשאלה המרכזית בהליך זה - האם יחסי המין בין המערער למתלוננת התקיימו בהסכמתה החופשית של המתלוננת. בית המשפט מצא כי המתלוננת לא הסכימה ליחסי המין עם המערער, והוא העדיף את גרסתה שלה על-פני גרסתו. הציר המרכזי עליו בנויה הכרעת הדין נשען על האמון שבית המשפט נתן בעדות המתלוננת, ועל הרושם הבלתי אמיץ שגרסת המערער עוררה בו. אף שלא נמצאו בזירת האירוע ועל גופה של המתלוננת סימנים של שימוש בכוח, בית המשפט התרשם מאמיתותה של גרסת המתלוננת, אשר הפכה בלא הסכמה קרבן למעשה המיני שנכפה עליה, בלא שעמד לה כוחה להתנגד למערער באורח אקטיבי, ובלא שיכלה להתמודד כנגדו. בית המשפט מתאר את המתלוננת כ"רופפת, דלה בשפתה וחסרת תושיה", בהסבירה "אבל לא יכולתי עליו" (ת' 4 עמ' 1, עמ' 27 להכרעת הדין). בית המשפט דחה לחלוטין את גרסת המערער, לפיה יחסי המין בינו לבין המתלוננת היו פרי יוזמתה של האחרונה בכוונה לסבך אותו במעשי סחיטה כדי לזכות בעזרתו הכלכלית באמצעות יצירת לחץ הקשור בהיכרותה העקיפה עם אשתו. גרסה זו נשללה כגרסה שיקרית שאינה מתיישבת עם העובדות שהוכחו, וגם לא עם אישיותה של המתלוננת כפי שהצטיירה בפני בית המשפט.

16. מעבר לאמון שרחש בית המשפט לעדותה המרכזית של המתלוננת במשפט, הוא מצא שורה של חיזוקים לעדותה: ראשית, הוא הסתמך על עדות אחי המתלוננת (עת' 1), אליה התייחס כעדות אמינה. האח העיד כי המתלוננת התקשרה אליו ביום האירוע אחר הצהריים, כשהיא נשמעת "מפוחדת, מבוהלת מבולבלת משהו, כמו בוכה או בוכה". לדבריו, "לא הבנתי מה קרה בכלל, עד שהוצאתי את זה ממנה... גמגמה ואחרי זה הוצאתי ממנה" (עמ' 31 לפרוטוקול). הוא העיד כי לאחר שהפציר במתלוננת להסביר מה קרה לה, היא סיפרה על האונס, וכן סיפרה על חששותיה להתלונן, ועל פחדה מהעימות עם

המערער. רק הפצרות אחיה ובת-זוגו הניעו אותה בסופו של דבר להתלונן במשטרה עוד באותו יום. עדות זו של האח חשובה כחיזוק למספר עניינים: לקיום תלונה בדבר אונס בסמוך ממש לאחר מועד האירוע; למצב הנפשי הנסער והקשה בו היתה המתלוננת נתונה אותה עת; ולעובדה כי המתלוננת לא רצתה להתלונן, אלא רק הפצרות האח ובת-זוגו הניעו אותה לבסוף לפנות למשטרה עוד באותו יום. דבר זה מצביע על היעדר מניע אצל המתלוננת להעליל על המערער עלילת-שווא. שילוב נסיבות זה מהווה חיזוק משמעותי לאמינות גרסת המתלוננת, ובית המשפט ייחס לכך משקל רב.

17. בית המשפט היה ער לסתירות מסוימות בעדותה של המתלוננת, אך מצא כי אין בהן כדי לפגום בגרעין האמת של עדותה. בכלל הסתירות ישנה אי-התאמה מסויימת לגבי תיאור אופן ביצוע האקט המיני, אשר נמצא לה הסבר. גם מקום שלא ניתן היה לתת הסבר מלא לכל תמיהה שעלתה, לא ראה בית המשפט בכך עילה להעלאת ספק באמיתות הגרסה. מצד שני, הוא מצא כי גרסתו של המערער וההסבר שהעלה לתלונה שהוגשה נגדו בגין מעשה אינוס נעדרים כל סימני אמת. גם טענות ההגנה ביחס למחדלי החקירה לא נמצאו מבוססות. גרסת המערער נדחתה, איפוא, לאחר שלא עוררה אמון, ומשלא נמצאו בה היגיון וסבירות.

18. על יסוד הרשעת המערער, דן בית המשפט את המערער לעונש שפרטיו פורטו לעיל.

ערעור הכרעת הדין

טענות המערער

19. עיקר טענת המערער בערעור הינה כי הרשעתו באינוס על-פי גרסת המתלוננת לא הוכחה מעבר לספק סביר. כן העלה טיעונים ביחס לפגמים בחקירה הפלילית אשר, לדבריו, פגעו בהגנתו הראויה.

(א) טיעונים במישור הראייתי

20. טוען בא-כוח המערער כי קיימים מספר נתונים עובדתיים אובייקטיביים, אשר בכוחם, לשיטתו, לבקוע בקיעים משמעותיים בגרסתה של המתלוננת, לקעקע את אמינותה, ולהוביל להקמתו של ספק סביר בענין אשמתו.

כך למשל, הוא מפנה לכך כי בחקירתו הראשונה במשטרה [ת/8] הוא סיפר כי במהלך האקט המיני שאל את המתלוננת האם הוא יכול להגיע לסיפוק מיני כאשר איבר מינו מצוי בתוך איבר מינה, והיא ענתה בחיוב, שכן היא "מוגנת". בחקירת המתלוננת אכן התברר כי היא מוגנת מפני כניסה להיריון באמצעות התקן תוך-רחמי, אף שכפרה בכך ששוחחה בענין זה עם המערער בשלב כלשהו משלבי האירוע. לטענת המערער, העובדה הנטענת על-ידו מלמדת על טיב יחסי המין בין השניים, ועל כך שנעשו בהסכמה; ידיעתו את אותו פרט מוכמן מחזקת לדבריו את גרסתו, ומאירה את האירוע באור שונה מזה לו טוענת המדינה.

21. המערער טוען עוד, כי היעדר ממצאים אובייקטיביים מסוימים הקשורים לאירוע, גם הוא מעלה ספק ביחס לאמינות גרסת המתלוננת. ראשית, היעדר סימנים כלשהם לאלימות או מאבק פיסי בזירת האירוע, המצביעים על התנגדות פיסית, מתיישבים עם קיום יחסים בהסכמה. יתר על כן, בבדיקות הקליניות שנערכו למתלוננת על-ידי גורמי המקצוע לא נמצאו חבלות כלשהן על גופה או באיבר מינה, דבר שאינו אופייני למקרה אינוס כוחני כדוגמת זה שתואר על-ידה. כן הוכח כי אף על גופו של המערער לא נמצאו כל חבלות ושריטות, דבר המלמד על היעדר שימוש בכוח בקשר המיני שנתקיים בין השניים. מכך מבקש המערער להסיק כי היחסים היו בהסכמה.

22. עוד, מפנה בא-כוח המערער לענין המענה לטלפון הסלולארי בעת קיום יחסי המין, וטוען כי העובדה שהמערער השיב לשיחת הטלפון במהלך האירוע מצביעה על כך שהיחסים היו בהסכמה, שאם לא כן, קשה לתאר ששיב לטלפון ויסתכן בבריחתה של המתלוננת או בהסגרת התקיימותו של מעשה האונס בפני הצד השני לשיחת הטלפון. בהקשר זה מזכיר בא-כוחו של המערער, כי מרשו הינו אדם נשוי ואב לילדים, וגילוי דבר האינוס, אילו התרחש, היה כרוך בפגיעה קשה במסגרת המשפחתית בה הוא נמצא, ולכן לא סביר שהיה מסגיר את עצמו בשיחת טלפון בדרך המתוארת.

23. לבסוף, נטען כי פניית המתלוננת למשטרה נעשתה רק לאחר שחברתו של אחיה, אשר התוודעה לסיפור משיחתה עם המתלוננת, הודיעה על דבר האירוע למשטרה. לא היתה מחלוקת כי המתלוננת לא רצתה להתלונן על המערער, ורק לאחר ששוכנעה לעשות כן על-ידי אחיה, עשתה זאת. מכך מסיק המערער כי מדובר בתלונה לא רצינית. באופן דומה, המתלוננת ביקשה להימנע מן הבדיקות הרפואיות שביקשו חוקרי המשטרה לערוך לה, אות לכך כי ידעה שהן לא יעלו ממצא כלשהו. מכל אלה,

מבקש המערער להסיק כי המתלוננת לא רצתה להתלונן, ולא רצתה להיבדק כי חששה שהחקירה לא תעלה דבר.

24. עוד טוען המערער כי התנהלות המתלוננת לאחר האירוע אינה סבירה, והיא מתיישבת יותר עם גרסתו שלו בדבר מהלך העניינים, מאשר עם גרסת המתלוננת. הוא מצביע על כך, כי כשעתיים לאחר תום האירוע, הזמינה המתלוננת מונית מחברת המוניות בה הועסק המערער על מנת להגיע בזמן לגן של בנה כדי לקחתו. כאשר המערער הגיע לביתה על מנת להסיעה במוניתו, היא עלתה למונית בלא היסוס. יתר על כן, לאחר שהגיעו לגן, המתין המערער למתלוננת, וזו נסעה עימו בחזרה לביתה, כאשר ילדה נמצא עימה. באשר למסכת אירועים זו תוהה בא-כוח המערער: מדוע לא דרשה המתלוננת מחברת המוניות כי זה שאנסה אך לפני זמן קצר, לא יישלח אליה כדי להסיעה? מדוע נסעה במונית עמו כאשר המרחק בין ביתה לבין גן הילדים הינו 10 דקות הליכה בלבד? לגישת בא-כוח המערער, התנהגות זו אינה מתיישבת עם תגובת אדם שאך לפני זמן קצר חווה חוויית אונס קשה ואלימה.

(ב) טענות אודות מחדלי חקירה

25. אפיק נוסף של טיעונים בערעור מכוון לפעולות החקירה המשטרית. על-פי הטענה, חקירת האירוע בידי המשטרה בוצעה באופן חלקי בלבד, ועניינים עובדתיים רבים, אותם ראוי היה לבחון כדי שישפכו אור על מה שארע, לא נבחנו. כך, למשל, מכנסי הג'ינס אותם לבשה המתלוננת אמנם נתפסו על-ידי המשטרה, אולם לא נבדק האם הושארו עליהם (ובמיוחד על כפתורי המכנסיים) טביעות אצבעותיו של המערער, דבר שיכול היה להצביע האם המכנסיים הוסרו על-ידו או בידי המתלוננת עצמה. בינתיים, האפשרות לבצע בדיקה כזו חלפה, שכן המכנסיים אבדו במשטרה. בדומה לכך, לא נבדקה זירת הבית בצורה יסודית, על מנת לברר אם קיימים סימני מאבק; לא התבקש פירוט שיחות הטלפון שביצעה המתלוננת ביום האירוע כדי לבחון האם לאחר האירוע היא התקשרה, ראשית, לחברת מוניות שונה מזו בה מועסק המערער; כמו כן, לא נחקרה שכנתה של המתלוננת, שיכולה היתה להעיד ביחס לאופן כניסתו של המערער לביתה של המתלוננת. מכלול מחדלי חקירה אלה, יש להביא בחשבון לחיזוק גרסתו, כך על-פי טענות המערער.

26. טוענת המדינה כי דין הערעור להידחות מן הטעם כי מדובר בערעור עובדתי בעיקרו, התוקף הכרעת דין המבוססת כל כולה על ממצאי מהימנות. טענות המערער אינן מגלות עילה להתערבות בית משפט זה בממצאים שנקבעו, ולכן יש לדחותן.

27. לגופם של דברים טוענת המדינה כי הן בנתונים האובייקטיביים עליהם הצביע המערער, והן במחדלי החקירה הנטענים, אין כדי לקעקע את קביעות בית משפט קמא ולבטל את ההרשעה. אשר להיעדר סימני מאבק והתנגדות נטען כי התנגדותה הפיסית של המתלוננת, על אף שנתקיימה, לא היתה איתנה, והופסקה בשלב מוקדם של האירוע, כאשר המתלוננת הבינה כי לא תוכל להתמודד כנגד המערער, וכי הוא חזק ממנה ולכן, כדבריה, "אמרתיו רק שיעשה וילך ... התנגדתי אבל לא יכולתי עליו" (ת/4). משום כך, אך טבעי הוא כי לא ימצאו סימני מאבק משמעותיים הן בזירה והן על גופם של המתלוננת והמערער. בדומה לכך, נטען, כי ידיעת המערער על היות המתלוננת "מוגנת" מפני הריון אינה ראייה משמעותית לעניין יסוד ההסכמה, שכן המתלוננת מכחישה שאמרה דבר בענין זה למערער, ובית המשפט האמין לה. יתר על כן, אפשר שמקור ידיעתו של המערער בענין זה הינו חיצוני למתלוננת, או, לחלופין, אף בגדר סברה שהעלה המערער, שנתבררה, בדיעבד, כנכונה. לעניין המענה לשיחת הטלפון, נטען כי ענין זה אינו מהותי לאף אחת מן הגרסאות, שכן ברור כי המערער לא ניהל בפועל שיחת טלפון, ואפשר שביקש להשתיק את הצלצול, ואין בענין זה כדי להצביע על שאלת הסכמתה של המתלוננת למעשה המיני. ולבסוף, לעניין התנהלותה של המתלוננת לאחר האירוע, ונסיעתה עם המערער במונית להביא את ילדה מהגן, טוענת המדינה כי אין לשפוט התנהלות זו על-פי אמת מידה הגיונית של אדם שקול וסביר, אלא מנקודת מבט של אדם שזה עתה חווה אונס אלים, שאינו שוקל בהכרח את צעדיו באופן רציונאלי. יתר על כן, אילו היו השניים מקיימים יחסי מין בהסכמה, סביר להניח כי המתלוננת היתה מתקשרת ישירות למערער על מנת שיבוא להסיעה כדי לקחת את בנה מהגן, שכן הוא נתן בידיה את כרטיס הביקור שלו, וכך נהגה לעשות גם בעבר. אולם היא לא פעלה כך במקרה זה. פנייתה הראשונה של המתלוננת לתחנת מוניות אחרת, ורק לאחר מכן לתחנת המוניות בה עבד המערער, ובלא פנייה ישירה למערער עצמו, מצביעה דווקא על הסתייגות ברורה של המתלוננת מהמערער, אינה מתיישבת עם קיום יחסים בהסכמה רק זמן קצר קודם לכן, ומפריכה את התיזה שמעלה המערער להגנתו.

28. לענין מחדלי החקירה, משיבה המדינה כי אין מדובר במחדלים כלל, וכי, למצער, מחדלים אלו, אף אם נתקיימו, לא הזיקו להגנתו של המערער כהוא זה. אשר למכנסי הג'ינס נאמר, כי אין ביטחון שניתן היה להפיק מהם תעתיק טביעת אצבע כלל, וגם אם לא היו נמצאות טביעות אצבע של המערער על כפתורי המכנסיים, אין לשלול אפשרות כי הוריד את מכנסי המתלוננת מבלי לגעת בחלק זה. אשר לבדיקת זירת האירוע נטען, כי מאחר שלא נמצאו ממצאי אלימות פיסיים על גופה של המתלוננת, לא ראו רשויות החקירה טעם מיוחד בבדיקת זירת האירוע. ולבסוף, חקירת השכנה של המתלוננת לא היתה עשויה לתרום לענין, שכן זו נכנסה לרכבה ונסעה כאשר המונית הגיעה לפתח ביתה של המתלוננת, ולכן היא לא היתה עדה למתרחש לאחר מכן.

29. בגדר תשובתה, מייחסת המדינה משקל נכבד לסתירות הרבות שהתגלו בעדותו של המערער. לשיטתה, סתירות אלה, עליהן עמד בית משפט קמא בהרחבה, שומטות את הקרקע תחת גרסתו, ומאיינות את הספק שגרסה זו מתיימרת להציג. כך למשל, לא ברור מדוע נתן המערער בידיה של המתלוננת 100 ש"ח, מקום בו חשש לטענתו, כבר אז, כי זו מתכוונת לסחוט אותו, והכיצד, כדבריו, "ריחם עליה" כאשר הניח, על-פי טענתו, כי כוונתה היא כוונת סחיטה. עוד מעלה המדינה סתירה בולטת, לשיטתה, בין העובדה כי המערער והמתלוננת קיימו יחסים בהסכמה, וחרף זאת, המערער סירב, מקץ שעתיים בלבד, לבצע את הנסיעה שהוזמנה על-ידה, ואף ביקש מסדרן התחנה שלא לשלוח אותו אליה למטרה זו. כמו כן, לא ברורה התנהגותו של המערער, אשר על-פי עדותו הוא, בחר להכפיש את שמה של המתלוננת בפני סדרן התחנה, כאדם שאינו פורע את חובו. חוסר רצונו של המערער לפגוש במתלוננת שנית, מחזק דווקא את גרסתה שלה בדבר היעדר הסכמתה לביצוע יחסי המין, שבעטייה ביקש המערער למנוע מפגש נוסף עימה. בהקשר זה מצביעה המדינה על גרסתו המוקדמת של המערער לפיה, לאחר האירוע, המתלוננת התקשרה אליו ישירות על מנת שיגיע לביתה להסיעה. גרסה זו, התבררה כשקרית בהמשך ההליך המשפטי, עת הוכח כי המתלוננת התקשרה לחברת המוניות למטרה זו, ולא למערער עצמו.

הכרעה

30. המערער הורשע בעבירה של אינוס בניגוד לסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין. זוהי לשון סעיף העבירה:

"הבועל אישה -

(1) שלא בהסכמתה החופשית;

...

הרי הוא אונס, ודינו - מאסר שש-עשרה שנים".

נוסח זה של העבירה הוא תיקון לחוק שהתגבש בשנת תשס"א (ס"ח 1794, תשס"א, עמ' 408), שנועד לשנות את יסודות עבירת האינוס שחייבה קודם לכן, בנוסף להיעדר הסכמה חופשית של האישה, גם "שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה, ואחת היא אם נעשו אלה כלפי האישה או כלפי זולתה". התיקון לחוק נועד להסיר את הדרישה לשימוש בכוח וכפייה כתנאי להרשעה בעבירת האינוס, וביקש להסתפק לצורך כך ביסוד של היעדר הסכמת האישה, עליו בנויה כיום עבירת האינוס המושתתת על איסור לפלוש לאוטונומיה של האישה על גופה, בלא הסכמתה החופשית (הצ"ח 3007, תשס"א, עמ' 639). כדברי השופט מ' חשין בע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פד"י נד(3) 289, 331 :

"פלישה לגופה של אישה מפרה-ומפרה באורח גס - את האוטונומיה של האישה על גופה. די בכך שאישה אינה נותנת הסכמתה לבוא אליה, ואין כל צורך ברכיב של אלימות להפרת כבודה, אישיותה, והאוטונומיה של רצונה החופשי".

31. עם ביטול יסוד הכפייה בעבירת האינוס, ישנם כיום ארבעה יסודות הנדרשים בעבירה: בעילה; של אישה; שלא בהסכמתה החופשית; והיסוד הנפשי של הנאשם (ע"פ 2606/04 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(2) 752 (השופט נאור)). מקום שאין מחלוקת על קיום המגע המיני בין המתלוננת לנאשם, נותרים לבחינה שני יסודות: הסכמת האישה והיסוד הנפשי של הנאשם. אשר להסכמה - יסוד זה מדגיש את ההיבט הפנימי של רצון האישה, והוא מבטא את הצורך להגן על האוטונומיה של האישה על גופה, גם אם אי-ההסכמה לא הובעה על דרך של התנגדות פיזית; אכן,

"עם השנים גברה ההכרה כי המציאות מורכבת יותר מהתפיסה החברתית הדוגמטית המניחה כיצד על אישה להתנהג בעקבות מעשה אינוס, וכי תיתכן קשת של תגובות ודרכי התמודדות מצד הקורבן למעשה האינוס. יש שאישה בוחרת בגישה של שכנוע ומבקשת להניא את האנס ממעשיו בדברים רוגעים ... ויש שאישה נאבקת ומתנגדת בכוח למעשה האינוס ... מנגד, יש מצבים שבהם האישה אינה מתנגדת בכוח ואינה צועקת לעזרה, בין היתר, נוכח פחד וחוסר אונים שבהם היא שרויה. לעיתים מבכרת האישה שלא להתנגד פיזית עקב היות כוחה נחות ביחס לזה של הגבר וכן עקב כך שניסיון חייה לא הכשירה לחילופי מהלומות..." (דברי השופט ביניש בע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פד"י

נה(3) 888,873 (להלן - פרשת אזולאי); ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פד"י נד(3) 769,775; ע"פ 117/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פד"י נד(2) 408; ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פד"י מח(1) 368,302 - (370).

וכך, יסוד אי-ההסכמה של האישה עשוי להתקיים גם בלא ביטוי חיצוני אקטיבי, במציאות מיוחדת שבה עשויה קרבן אונס להגיב בשיתוק וקיפאון בשל פחד ובהלה האוחזים בה, עקב המעשה המיני הנכפה עליה (ע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' בלאוסוב, תק-על 2005(3) 3264). לעיתים, פאסיביות מוחלטת של אישה שאינה מגיבה למעשה מין המבוצע בה, עשויה היא עצמה לבטא אי-הסכמה למעשה:

"במקרים בהם הגבר הוא היוזם - פאסיביות מוחלטת של אישה המוטלת חסרת תנועה ונותנת לאחר לעשות בה כרצונו, שכמוה כ'בובת חוטים' ... אישה המפגינה קיפאון ושיתוק, ועל אחת כמה וכמה אישה המביעה כאב או בכי - כל אלו ... מהווים ואף ראוי שיהוו, אינדיקציה לאי-הסכמה לקיום יחסי המין ועל התנהגויות אלו להוות תמרור אדום וסימן אזהרה" (ע"פ 2606/04 פלוני, פסקה 35).

32. אשר ליסוד הנפשי בנאשם, מחשבה פלילית מעצם טבעה היא ענין שבלבו של אדם פנימה. קיומה נבחן ממכלול הנסיבות והעובדות של המקרה הספציפי. "המדדים החיצוניים הם המעידים על שהתרחש בתוך לבו של אדם פנימה, ומכוחם ניתן להחזיק אדם כמי שנתקיימה בו מחשבה פלילית" (ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל, פד"י לה(4) 85, 101-99; ע"פ 5148/98 בוזגלו נ' מדינת ישראל, תק-על 98(3) 915). כך הוא בעבירת האינוס בו נדרשת הוכחה של מודעות הנאשם להיעדר הסכמת המתלוננת למעשה הבעילה.

33. השאלות העומדות בפנינו להכרעה הן - האם מעשה המין שביצע המערער במתלוננת נעשה בהסכמתה החופשית; והאם מתקיים במערער היסוד הנפשי הנדרש לעבירת אינוס, קרי: האם היה מודע להיעדר הסכמתה של המתלוננת למעשה.

34. בית המשפט המחוזי בפסק דינו בחן בפירוט רב ובעומק את התשתית הראייתית שנפרשה לפניו. הוא ניתח כל ראייה מרכזית בנפרד, ושקל את הראיות בהתייחסותן זו לזו. הוא בחן את אמינות העדים ומהימנות הגרסאות, לא רק על-פי הרושם שהותירו העדים המרכזיים שהופיעו לפניו - המערער והמתלוננת - אלא גם על-פי סימני אמת אובייקטיביים שהיה בהם כדי לחזק או להחליש את אמינות הגרסאות, על-פי הענין.

בית המשפט היה ער לפרכות, סתירות, ותמיהות שלא לכולן נמצאה תשובה, ולא התעלם או הדחיק את בירורן. מקום שלא מצא תשובה או הסבר מלא לתמיהה שעלתה, הוא עמד על כך במפורש.

בסופו של יום, לאחר שהיריעה הראייתית נפרשה כולה, מצא בית המשפט כי גרסתה של המתלוננת היא האמיתית והנכונה. על-פיה, המערער נכנס לביתה, ושהה עימה זמן מה, והיא אף כיבדה אותו בקפה, ובין השניים התפתחה שיחה. במהלך השיחה, ניסה המערער להתקרב אל המתלוננת בלא שזו נענתה לו, והוא הוביל אותה בניגוד לרצונה לחדר השינה בקומה השנייה, ושם ביצע בה מעשה מיני בלא הסכמתה החופשית. בית המשפט מנתח בקפידה את מהלך הדברים לפני מעשה הבעילה וגם לאחריו, ובוחר את השלכות האירועים האובייקטיביים שאירעו על שאלת ההסכמה. גם אם נותרו אי אלו תמיהות במהלך הדברים, ואפשר שגם היום אין להן הסבר פשוט וטבעי, מסקנתו היא כי המתלוננת לא הסכימה למעשה הבעילה, והמערער היה מודע להיעדר ההסכמה, ולפיכך הוא אחראי בעבירת אינוס.

35. הטענות בערעור שלפנינו מעלות לבחינה שתי שאלות עיקריות, הקשורות זו לזו בקשר הדוק: האחת - האם קיים יסוד להתערבות ערכאת ערעור במסקנות המהימנות של בית משפט קמא, אשר לפיהן גרסתה של המתלוננת היא הגרסה האמינה והנכונה. השניה - האם, גם בהנחה שאין מקום להתערב בקביעות המהימנות כאמור, היש בתמיהות שונות שאפשר שנותרו, כדי להעלות ספק סביר ביחס לאשמת המערער, שדי בו כדי להביא לזיכוי מחמת הספק.

התערבות בית משפט שלערעור בממצאי הערכאה הדיונית

36. מטבע הדברים, לפנינו פרשה של יחסים אינטימיים, אשר עדים ישירים לה רק שניים - המערער והמתלוננת. בסופו של יום, גורלו של הליך מסוג זה מוכרע בעיקרו על בסיס מהימנות עדויות המעורבים הישירים באירוע, ויחוס המשקל הראוי לעדויותיהם. וכך ציין בית משפט קמא בענייננו:

"מסקירת העדויות עד כאן עולה, כי המהותית והמרכזית בעדויות התביעה היא, כמו בדרך כלל בתיקים מסוג זה, עדותה של המתלוננת, שהביאה את תמונת ההתרחשות, נשוא כתב האישום, כפי שחוותה אותה על בשרה, וכפי שנשאה אותה עימה בהמשך, עד למסירת עדותה בבית המשפט.

שאלת אמינותה של עדות זו, שאמורה להיבחן גם היא לעצמה, וגם היא אל מול עדותו של הנאשם, היא שאלה קרדינאלית בתיק הזה, כפי שהוסבר לעיל; שכן, עליה תקום או תיפול הרשעת הנאשם במיוחד לו בכתב האישום" (עמ' 12 להכרעת הדין).

37. מרכזיותן ובלעדיותן של עדויות המעורבים באירועי אינוס מקרינה באופן ישיר על חשיבות ההערכה הבלתי-אמצעית של מהימנותן ומשקלן בידי הערכאה הדיונית, ועל מידת התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי המהימנות שנקבעו בידי אותה ערכאה. מטבעם של דברים, לערכאה הדיונית עדיפות בולטת על-פני ערכאת הערעור בהערכת אמינות העדים על בסיס התרשמותה מאיכותם באמצעות החושים האנושיים. הערכתה מתבססת על התנהגות העדים, על רקע נסיבות הענין, ואותות האמת המתגלים במהלך המשפט (סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971). בהערכת העדויות כאמור, נעזרת הערכאה הדיונית גם בכלי ניתוח אנליטיים, המסייעים בבחינת העדויות וקביעת משקלן, וכך בשילוב בין פעולת החושים לבין ניתוח הראיות בכלי ההיגיון, נקבעים הממצאים העובדתיים. ערכאת הערעור חסרה את מימד ההתרשמות מן העדים באמצעות החושים. אולם בידיה כלי ניתוח אנליטיים שבאמצעותם היא מעבירה במבחן הביקורת את קביעות הערכאה הדיונית. בהינתן המשקל הרב של התרשמות הערכאה הדיונית מן העדים, נוטה ערכאת הערעור שלא להתערב בקביעות מהימנות, אלא אם כן קביעות אלה אינן עומדות במבחן הניתוח הרציונאלי של האירועים והנתונים, כפי שאלה משתקפים בתשתית הראיות כולה. כדי להצדיק התערבות ערכאת ערעור בקביעות מהימנות וממצאי עובדה שנקבעו על-פיהן בידי הערכאה הדיונית, צריך שהן תסטינה מן ההיגיון והשכל הישר במידה כה מהותית ובולטת, עד כדי ביטול העדיפות המוקנית לערכאה שהתרשמה התרשמות בלתי-אמצעית מן העדים (ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פד"י נד(4) 632; ע"פ 8002/99 בכר נ' מדינת ישראל, פד"י נו(1) 135).

38. על יתרונה המיוחד של הערכאה הדיונית בהערכת מהימנות גרסאות באמצעות התרשמות החושים, עמד השופט זמיר:

"עדיפות זאת (של הערכאה הדיונית - א.פ.) נובעת, בראש ובראשונה, מהכלים העומדים לרשות בית המשפט לצורך קביעת המהימנות של עדים. כלים אלה כוללים, כאמור בסעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, 'התנהגותם של העדים, נסיבות הענין, ואותות האמת המתגלים במשך המשפט'. אכן, לא פעם, במיוחד במצבים של עדויות סותרות שאינן נתמכות כדבעי בראיות חיצוניות, האמון הניתן על-ידי בית

המשפט בעדות מסוימת מבוסס בעיקר על תחושה פנימית של בית המשפט, הנובעת מ"אותות האמת המתגלים במשך המשפט" מתוך "התנהגותם של העדים" (פרשת יומטוביאן, בעמ' 644-643).

39. יתרונה של הערכאה הדיונית בקביעת מהימנות גרסאות וקביעת ממצאי עובדות על יסודן בולט במיוחד בעבירות מין, שבהן קביעת הממצאים מתבססת על גרסאות סותרות של שני המעורבים בפרשה, והאפשרות להיעזר בעדויות אובייקטיביות, חיצוניות לאירוע, היא מוגבלת ביותר. בנסיבות אלה, התרשמות באמצעות החושים וסימני האמת העולים במשפט, מקבלת חשיבות וערך מיוחדים. במצבים כאלה, היקפה של התערבות ערכאת ערעור בשאלות מהימנות גרסאות תוגבל למקרים בהם מסקנות הערכאה הדיונית אינן מתיישבות עם נתונים אובייקטיביים שהוכחו, ואינן עולות בקנה אחד עם הניתוח האנליטי של הראיות שהובאו ועם מושכלות החיים וההתנהגות האנושית. כדבריו של השופט לוין, בפרשת יומטוביאן (שם, עמ' 640):

"...לעתים נדירות שזורים ממצאי העובדה של הערכאה הראשונה לא רק בשיקולי התרשמות אלא גם בשיקולים שבהגיון. במקרה זה שומה על שופט בית המשפט שלערעור להציג לעצמו את השאלה, אם לפי שיקולים של היגיון, ולמרות שיקולי ההתרשמות של הערכאה הראשונה, יכולה מסקנת בית המשפט של ערכאה ראשונה לעמוד; אם תשובתה של ערכאת הערעור לשאלה זו היא שלילית, חובתה - משיקולים של צדק - להתערב במסקנה."

40. כדי להתערב בקביעות הערכאה הדיונית בענין הערכת העדויות וקביעת העובדות, אין די בהצבעה על שורה של תמיהות, אפילו מי מהן נותרו בלא הסבר, וגם אם נותרו חללים סתומים בפרשה שהוכחה, שלא ניתן למלאם בתוכן. השאלה היא האם ה"יש" הראיתי מספיק כדי לבסס מסקנה של אחריות הנאשם למעשה הפלילי, והאם התמיהות והחללים הם בעלי משקל כזה המקעקע את מידת הבטחון והוודאות במעורבות הנאשם במעשה המיוחס לו. ואמנם,

"לא מספיק להצביע על שורה של תמיהות, אפילו הן רבות, אלא צריך שתהיינה עובדות המראות בעליל שלא יכול היה השופט להתרשם כפי שהתרשם" (ע"א 525/78 סנובסקי נ' לבון, פד"י לד(4) 266, 270; ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פד"י נו(6) 205, 222-220).

41. אימוץ גרסה מסוימת בידי הערכאה הדיונית על בסיס התרשמות מהעדים וסימני אמת המתגלים במשפט, לא תמיד עונה באופן מלא על כל השאלות, התמיהות והסתירות העולות מתוך מהלך האירועים כפי שנפרש בתשתית הראיות. שאלה היא באילו נסיבות יש בכך כדי להעלות ספק סביר בדבר אשמת הנאשם, ולהביא לזיכוי מאשמה.

42. סעיף 34כב לחוק העונשין קובע:

“(א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.
 (ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית והספק לא הוסר, יחול הסייג.”

43. החובה להוכיח אשמה פלילית של נאשם מעבר לספק סביר הינה דרישה בעלת אופי חוקתי. היא נגזרת מזכות היסוד של האדם לחופש, ולהגנה על חירותו האישית מפני מעצר ומאסר, ומפני פגיעה בכבודו ובשמו הטוב. חובת ההוכחה מעבר לספק סביר כאמור, משתלבת בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכוחו נאסר לפגוע בגופו, בחייו ובכבודו של אדם באשר הוא אדם. אל ערך זה נמזגת, בין היתר, גם חזקת החפות, ממנה נגזר העיקרון כי אין להרשיע אדם כאשר נותר ספק סביר באשר לאשמתו (ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי, פד"י ד 504, 523-524, 528).

44. יש להבחין בין חזקת החפות לבין קיומו של ספק סביר המונע הרשעה. חזקת החפות היא המחייבת זיכוי נאשם אלא אם כן הוכחה אשמתו. זוהי חזקה ראייתית הנתונה מכוח החוק לנאשם, כל עוד לא הוכחו ראיות מספיקות לאשמתו. שאלת הספק הסביר קשורה בדיוטן ומשקלן של הראיות המפלילות, ואלה מכריעים האם הופרכה חזקת החפות, אם לאו. לפיכך, חזקת החפות והספק הסביר אינם מושגים חופפים, אלא מושגים המשלימים זה את זה. מכאן, שלנאשם עומדת חזקת החפות כל עוד אשמתו לא הוכחה מעבר לספק סביר. המושג ספק סביר ביחס להרשעה בהליך הפלילי נוגע לרובד העובדתי של האירועים המשמשים יסוד לאישום. ברובד המשפטי העוסק בשאלה מתי העובדות שהוכחו מהוות עבירה על-פי החוק, חל, בין היתר, העיקרון כי כאשר ישנם לכך פירושים סבירים אחדים, יש לפסוק על-פי הפירוש המקל עם הנאשם (סעיף 34כא לחוק העונשין). כללים אלה באשר לרובד העובדתי והמשפטי בניתוח העבירה נועדו ליישם באופן רחב את חזקת החפות הנתונה לפרט.

45. הנטל להוכיח אשמה פלילית מעבר לספק סביר הוא אמצעי ראשון במעלה להתמודד עם החשש מפני הרשעות-שווא המתבססות על טעות עובדתית. החשיבות שיש לכלל זה מבחינת הנאשם היא רבת משקל ביותר. הרשעת-שווא עלולה לשלול מאדם שלא כדין את חירותו ואת שמו הטוב. סטנדרד הספק הסביר נועד גם להגן על אמון הציבור בהגינותו של ההליך הפלילי. הרשעה המותירה ספק באשמת הנאשם פוגעת באמון זה. אכן, ישנה משמעות מיוחדת לכך שכל אדם באשר הוא ידע כי לא יימצא אשם בפלילים אלא אם כן אשמתו תוכח באופן וודאי. העיקרון לפיו עדיף שיהלכו רשעים חופשי מאשר שאדם זכאי יורשע, עומד ביסוד אמת-המידה הראייתית של הספק הסביר.

(*In re Winship*, 397 U.S 358 (1970);

Victor v. Nebraska, 511 U.S 1 (1994);

דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פד"י נא(2) 377).

בהסבירו את הערך הבסיסי של כלל "הספק הסביר" כאמצעי להגנה על אמון

הציבור בהליך הפלילי, כתב השופט ברנן בפרשת *In re Winship*:

"It is also important in our free society that every individual going about his ordinary affairs have confidence that his government cannot adjudge him guilty of a criminal offense without convincing a proper factfinder of his guilt with utmost certainty"

(*Addington v. Texas*, 441 (U.S) 364; וראו גם *Addington v. Texas*, 441 (U.S) 418 (1979), 423-4).

46. הגדרת היקפו וגדרותיו של המונח "ספק סביר" קשורה באיזון הראוי בין החובה להגן על חזקת החפות של האדם לבל יורשע לשווא, לבין אינטרס הציבור בשמירה על בטחונו, הנעוץ בחשש מפני זיכוי עבריינים (ע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י ה' 1187). אולם במתח הקיים בין אינטרסים אלה, ניתן בבירור משקל מכריע לערך הראשון, ומכאן הכלל כי עדיף זיכוי מן הספק של האשם, מקיום חשש להרשעת-שווא של החף מפשע (השוו ב"ש 838/84 לבני נ' מדינת ישראל, פד"י לח(3) 729, 738; ע"פ 951/80 קנור נ' מדינת ישראל, פד"י לה(3) 505, 516; בג"צ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע, תק-על 2006(4) 138, פסקה 7 לפסק דיני).

47. על רקע כללי יסוד אלה הוגדר "ספק סביר" המצדיק זיכוי, כספק המותר, על-פי מבחני שכל ישר, היגיון, וניסיון החיים, שאלה אמיתית באשר לאשמת הנאשם. לא כל ספק שהוא, ויהא המרוחק ביותר והדמיוני ביותר, עונה למבחן זה. לצורך כך, על הספק להעלות תהייה אמיתית ביחס לאשמתו של הנאשם, על רקע מכלול הראיות הקיים נגדו. עמד על כך הנשיא שמגר בפרשת דמיאניוק (ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פד"י מז(4) 221, 652):

"המבחן מורכב משני יסודות - 'ספק' ו'סביר'. שם התואר שנתווסף לשם העצם "ספק" אינו בגדר סרח עודף מילולי מיותר; הוא בא לסייג ולהקנות לספק תכונה מוגדרת. קיומה של התכונה האמורה נבחן לפי אמות המידה הרציונליות המקובלות עלינו. בביטוי 'סביר' טמונים הסינון והמיון בין עניינים שיש להם אחיזה הגיונית במציאות, לבין דברים שהם ספקולציות נעדרות תשתית" (ראו גם: G. Williams, *The Proof of Guilt* (3rd ed., 1963), 190).

48. הדרישה כי הספק יהיה ספק סביר ולא ספק כלשהו היא המציבה באורח ראוי את האיזון הנדרש בין ההגנה על חירותו של האדם מפני הרשעה פלילית שלא נמצא לה די ביסוס בראיות, לבין החובה להגן על בטחון החברה מפני עבריינים הפוגעים בשלום הציבור. כשם שלצורך הרשעה נדרשת תשתית ראייתית מפלילה מוצקה, כך לשם זיכוי נדרש ספק בעל ממשות, שסבירותו עומדת במבחן המציאות, ואין הוא אך ספקולציה חסרת עיגון בהיגיון ובהוויות החיים. ואכן, על הספק הסביר להיות רציני, הגיוני, ובעל אחיזה מעשית במציאות. לא כל השערה או אפשרות רחוקה יקימו ספק שיש בו כדי להצדיק פטור מאחריות. נדרשת סבירות לקיומו של ספק, המשליכה על משמעותו, רצינותו, ומשקלו (ראו מ' לינדנשטראוס, על הספק הסביר - סוגיות נבחרות (תשס"ד), עמ' 16).

49. "הספק הסביר" הוא ספק שאדם סביר כמושג נורמטיבי היה נותן לו משקל ממשי (G. Williams, *Criminal Law* (2nd ed., 1983) p. 43). ביטא זאת באנגליה הלורד דנינג בפסיקתו בערכאה הדיונית:

"The degree of cogency need not reach certainty, but it must carry a high degree of probability. Proof beyond reasonable doubt does not mean proof beyond the shadow of a doubt. The law would fail to protect the community if it admitted fanciful probabilities to deflect the course of justice. If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favour,

which can be dismissed with the sentence "of course it is possible, but not in the least probable" the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice" (*Miller v. Ministry of Pensions*, 1948 L.J.R 203, 2 All Er 372, 377 (1947)).

(השוו בהלכה הפסוקה בישראל: ע"פ 38/49 קנדיל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י ב 813 (פסק הדין של השופט זילברג); ע"פ 401/72 ויטפילד נ' מדינת ישראל, פד"י כח(1) 813 (השופט עציוני); וכן פסק דינו של השופט בך בדיון הנוסף בפרשת בן-ארי (עמ' 412-413 לפסק הדין).

לענין טיבו של הספק הסביר, אין מדובר בספק שהסתברות בדבר קיומו היא תיאורטית בלבד, אלא ספק ממשי שיש לו עוגן ואחיזה בחומר הראיות. הספק צריך להיות בעל משקל כזה שיש בו כדי לזעזע את המערך העובדתי-נסיבתי כפי שהוצג על-ידי התביעה, עד שמערך זה לא יוכל עוד לעמוד על רגליו, ולהניב מסקנה חד-משמעית בדבר אשמת הנאשם (פרשת בלאוסוב, פסק דינו של השופט לוי). לצורך כך, אין די בהצבעה על קיום אפשרות חלופית לנסיבות המצביעות על אחריות, אלא נדרשת הוכחת אפשרות שהסתברותה סובסטנטיבית (ע"פ 409/89 מדינת ישראל נ' רוימי, פד"י מד(3) 465; ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פד"י מז(2) 565, 570; דנ"פ 4342/97 אל עביד נ' מדינת ישראל, פד"י נא(1) 736, 817). ספק סביר מתקיים כאשר ניתן להסיק מהראיות מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם שהסתברותה אינה אפסית אלא ממשית (ע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' קורמן, פד"י נד(4) 653).

50. בארצות הברית, שולבה הדרישה כי אחריות בפלילים תוכח מעבר לספק סביר, כחלק מהדרישה החוקתית להליך הוגן (due process). על הקושי להגדיר את משמעות הספק הסביר עמד השופט Shaw בבית המשפט העליון של מסצ'וסטס בענין *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 295 (1850), בהדריכו את חבר המושבעים:

"Reasonable doubt ... is a term often used, probably pretty well understood, but not easily defined. It is not mere possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of the jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, of moral certainty, of the truth of the charge. The burden of proof is upon the prosecutor. All the

presumptions of law independent of evidence are in favor of innocence; and every person is presumed to be innocent until he is proved guilty.

... the evidence must establish the truth of the fact to a reasonable and moral certainty; - a certainty that convinces and directs the understanding and satisfies the reason and judgment of those who are bound to act conscientiously upon it. This we take to be proof beyond a reasonable doubt; because if the law which mostly depends upon considerations of a moral nature, should go further than this and require absolute certainty, it would exclude circumstantial evidence altogether".

(ראו גם: *Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions*, Instruction 21 (1987); A. Goldstein, *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure*, 69 YALE L.J. 1149, 1153 (1960); L. Solan, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt*, 78 TEXAS L. REV. 105, 110 (1999).

51. לצורך הרשעה פלילית, על התשתית הראייתית לבסס, איפוא, את אמיתות העובדות כדי וודאות הגיונית וערכית סבירה. וודאות זו צריכה לשכנע בצדקת ההרשעה ובמוסריותה. היא צריכה לענות על מבחן ההיגיון, נסיון החיים, השכל הישר וערכי החברה. ספק ממשי ומוחשי, להבדיל מספק הנשען על אפשרות דמיונית, השערות, או מניפולציה מחשבתית, יצדיק הימנעות מהרשעה (ע"פ 1003/92 דסלאן נ' מדינת ישראל, תק-על 420 (1)97; ע"פ 261/83 לוי נ' מדינת ישראל, פד"י לח (1) 570). גם כאשר גרסה מרשיעה נמצאת אמינה בעיני בית המשפט, אין הוא רשאי להתעלם מתמיהות העולות ביחס לגרסה זו. עליו לנתח תמיהות אלה, ולבחון האם הן מגיעות כדי יצירת ספק סביר; עליו לשלב התרשמות מן העדים באמצעות החושים עם ניתוח אנליטי אובייקטיבי של הראיות, הן לצורך הערכת הראיות המפלילות והן לצורך הערכת התמיהות מבחינת הגעתן כדי "ספק סביר" לענין הפללת הנאשם (ע"פ 5133/96 פלוני נ' מדינת ישראל, פד"י נ(3) 424; ע' גרוס ומ' עורקבי "מעבר לספק סביר", קרית המשפט א (תשס"א) 229).

52. השאלה מתי תמיהות שנותרו עולות כדי ספק סביר באשמת הנאשם עשויה להיות מושפעת ממידת הקשר שלהן לגרעין המהותי עליו נסב האירוע נשוא האישום. מקום שהתמיהות מקרינות על עצם מעורבות הנאשם באירוע העברייני המיוחס לו, משקלן

עשוי לעלות כדי ספק סביר באשמה. לעומת זאת, מקום שהן מצויות בשוליו של האירוע העברייני ואינן מהותיות לו, הישארותן ללא מענה לא בהכרח תשפיע על רמת הוודאות הנלווית לגרסה המפלילה האמינה. ככלל, הציפייה כי במערך ראיות מפלילות כל פרט מפרטי התנהלותם של הנאשם ושל קרבן העבירה, בין לפני מעשה העבירה, בין בעת מעשה העבירה, ובין לאחר מעשה העבירה, יהיה מוכח וברור במלואו, ויתיישב עם כל המכלול הראייתי, אינה בהכרח תואמת את מורכבות אירועי החיים, ואת מורכבות נפש האדם והתנהגותו, שלא תמיד מצויים לגביהן ראיות והסברים מלאים. מקום שהפרטים החסרים אינם מהותיים לגרעין העבירה ונמצאים בשוליה, אין בכך בהכרח כדי למנוע את הפללת הנאשם, וכדי להעלות ספק סביר המצדיק את זיכוי.

מן הכלל אל הפרט

התערבות בית המשפט בממצאי מהימנות הגרסאות

53. המקרה שלפנינו אינו נכנס בגדר אותם מקרים נדירים המצדיקים התערבות ערכאת ערעור בקביעות מהימנות וממצאי עובדה של הערכאה הדיונית. קביעות בית המשפט מתבססות, בעיקרן, על התרשמות בלתי-אמצעית של בית המשפט מן העדים שהופיעו בפניו, וזאת על רקע התנהגותם והודעותיהם במהלך החקירה המשטרית, וסימני אמת אחרים שנתגלו בחומר הראיות. בסוגיה הנדונה כאן, העוסקת באישום בעבירת מין, התרשמות בית המשפט מהנפשות הפועלות, מהתנהגותן ותגובותיהן, משחקת תפקיד מרכזי בקביעת הגרסה המהימנה, ובקביעת תשתית העובדות על-פיה. המשקל הרב שיש להתרשמותה הבלתי-אמצעית של הערכאה הדיונית מהעדים ומסימני האמת המתגלים במשפט, במיוחד נוכח אופיו המיוחד של הנושא הנדון, משפיע על היקפה המצומצם של התערבות ערכאת הערעור בקביעות מהימנות וממצאי העובדות, ורק מקום שקביעות אלה אינן עומדות במבחן הניתוח הרציונאלי, עולה ההצדקה לשנותן.

54. בענייננו, בית משפט קמא מצא כי גרסת המתלוננת הינה גרסה אמינה. על יסוד גרסה זו הוא קבע כי המתלוננת לא הסכימה למעשה המיני שבוצע בה, ועל יסוד כלל הנסיבות הסיק כי התקיים במערער היסוד הנפשי של מודעות לאי-הסכמתה, או למצער, עצימת עיניים לשאלת הסכמתה או אי-הסכמתה למעשה המיני שביצע בה. בית המשפט היה ער לכך שהמתלוננת לא נהגה בהתנגדות אקטיבית למעשה המיני שבוצע בה. הוא הסביר זאת באישיותה החלשה, בפחדה מן המערער, ובאמירתה כי לא יכלה להתמודד איתו, ולכן גם לא התמידה בהתנגדות אקטיבית למעשיו. הוא פירש את תגובותיה, הן לפני המעשה והן לאחריו, כתגובות של אדם מפוחד, השרוי בהלם מן האירועים, וחש

חסר יכולת להתגונן מפני אדם החזק ממנו, ומבקש לעבור את האירוע הקשה שנקלע אליו תוך פגיעה ונזק מינימליים. לגרסת המתלוננת נתלוו סימני אמת אובייקטיביים מובהקים: תלונתה למשטרה הוגשה עוד בערב האירוע, ונתמכה בעדות אחיה, שנמצאה גם היא אמינה. היא פנתה אליו בעודה נסערת, מבולבלת ובוכה, אך שעות מעטות לאחר המקרה, כשלא התכוונה בתחילה להתלונן במשטרה בשל פחד ובושה. נסיבות התנהלותה של המתלוננת לאחר האירוע מצביעות על אמינות פגיעתה כקרבן עבירת מין, שלא נגלה כל מניע זר לתלונתה, ולא היה דבר שעשוי היה להצביע על תלונתה כעלילת-שווא.

נתונים אובייקטיביים נוספים חיזקו את אמינות גרסתה של המתלוננת - ובהם למשל, העובדה כי כשנזקקה למונית לאחר האירוע התקשרה לחברת מוניות אחרת מזו שבה מועסק המערער בתקווה כי לא תצטרך להיתקל בו, אף שהיה בידה כרטיס ביקור של המערער, והיא יכלה, כמנהגה בעבר, להתקשר אליו ישירות ולהזמין להסיעה, אילו היו נפרדים ברוח טובה. לאחר שנמצא כי באותה חברה אין מוניות פנויות, פנתה לחברה האחרת בה מועסק המערער, ושלא ברצונה, הוא נשלח להסיעה. לכל אלה, מצטרפת התרשמותו של בית המשפט מהמתלוננת כאישה חלשה, חסרת תושיה, המתקשה להתמודד עם קשיי החיים, אשר לא יכלה להתעמת עם המערער, ונוצלה על-ידו בלא הסכמתה. מאפיינים אלה של אישיותה עשויים להסביר את מימד הפאסיביות שבהתנהגותה ביחס למערער, שאינו אופייני לקרבנות אינוס דרך כלל.

אמינות גרסתה של המתלוננת מתחזקת גם לנוכח מופרכות הסבריו של המערער לתלונה שהוגשה נגדו. טענתו כי המתלוננת העלילה עליו במסגרת ניסיונה לסחוט אותו לצורך עזרה כלכלית נמצאה חסרת כל יסוד. התנהגותו של המערער בהקשרים שונים הצביעה אף היא על קיום קשר מיני בלא הסכמה, ובכלל זה - סירובו בתחילה להסיע את המתלוננת לאחר האירוע, מאחר, שלדבריו, יצא מביתה בהרגשה לא טובה, והגעתו אליה להסיעה רק בעקבות הוראה מחייבת שקיבל מסדרן העבודה. תורמות לחולשת גרסתו של המערער גם העובדה שלא שיתף פעולה בעימות המשטרתי עם המתלוננת בלא שהיה לכך נימוק משכנע, והותרת שטר של 100 ש"ח בבית המתלוננת לאחר המעשה, העשויה להתיישב עם תחושת חרטה על ניצולה בלא הסכמתה.

ההתרשמות מאמינותה של המתלוננת בעדותה במשפט, על רקע נתונים אובייקטיביים המחזקים אמינות זו, מול חולשת גרסתו של המערער, הנתמכת אף היא

בנתונים אובייקטיביים התורמים לחולשה זו, יוצרים תשתית של קביעות מהימנות בידי בית משפט קמא, שאין להתערב בהן בערעור.

פסק סביר - האם נתקיים?

55. גם בהינתן אמינות גרסתה של המתלוננת, בתשתית הראיות עלו תמיהות שונות שנדרש להן הסבר, שלכולן השלכה על שאלת הסכמתה של המתלוננת למעשה המיני. שאלה היא האם תמיהות אלה, בין כל אחת בנפרד, ובין בכללותן, מגיעות כדי ספק סביר. ראשונה, היא השאלה הכיזד, בהיעדר הסכמה מצד המתלוננת, לא נמצאו סימני התנגדות כלשהם מצידה בין בזירת האירוע, ובין על גופם של המעורבים במעשה? זאת, במיוחד לאור העובדה כי בתחילת המפגש בין השניים שהו המערער והמתלוננת במפלס התחנותן של הבית, ואילו המעשה המיני בוצע בחדר השינה בקומה השניה, ונדרשה לצורך כך עלייה בגרם מדרגות, שאילו נעשתה תוך כדי עימות פיסי בין השניים, היה הדבר עשוי להותיר סימנים כלשהם; שנית, הכיזד ייתכן כי לאחר אירוע אונס, תסכים המתלוננת לנסוע שוב עם המערער, אשר ביצע בה מעשה מיני בלא הסכמתה רק זמן קצר קודם לכן; שלישית, מהו ערכה ומשקלה של עדות המערער לפיה שאל את המתלוננת אגב המעשה המיני אם הוא יכול לסיים את האקט תוך כדי חדירה, והיא ענתה כי היא "מוגנת", וזאת, לצורך ענין הסכמתה למעשה? רביעית, מה ערך יש לייחס לעדות לפיה הטלפון הנייד של המערער צלצל בעת האירוע, והוא ענה לטלפון בלא לקיים שיחה, ומהי השלכת עדות זו על שאלת הכפייה שבקיום האקט המיני; וחמישית, מה משקל הטענה בדבר מחדלי חקירה של המשטרה, ובהם אי-בדיקת טביעות אצבע על מכנסי הג'ינס של המתלוננת, שבאמצעותה, אפשר וניתן היה לקבוע האם המכנסיים הורדו בכח בידי המערער, או שמא הורדו בידי המתלוננת עצמה כאקט של רצון והסכמה.

56. חלק מהעניינים המפורטים לעיל הם בעלי משמעות אובייקטיבית, ואילו חלקם האחר נובע מעדות המערער שהמתלוננת חולקת על נכונותה. כך או כך, נראה לי כי אין בעניינים האמורים, בין כל אחד בנפרד, ובין בכללותם, כדי להקים ספק סביר בדבר אשמת המערער במעשה אינוס כפי שעולה מגרסת המתלוננת, שעל-פיה נקבעה תשתית העובדות המשמשת יסוד להרשעה.

יסוד היעדר ההסכמה

57. בראש הדברים, חשוב לחזור ולהדגיש, כי שימוש בכוח או קיום התנגדות אקטיבית מצד אישה למעשה מיני שנעשה בה, שוב אינם נדרשים כיסוד מחייב בעבירת

האונס. השינוי בנורמה הפלילית בתחום זה נשאב ממציאות חיים שבה, לעיתים קרובות, קרבנות אונס הם בני אדם חלשים, בין בגוף ובין ברוח, ההופכים טרף קל בידי אנשים חזקים, המנצלים אותם למטרותיהם, מבלי שעומד לקרבן הכוח להתנגד ולמנוע את ניצולו המיני. לעיתים הפחד, החולשה, וההלם משפיעים גם על תגובת הקורבן. קשה לנתח ניתוח רציונאלי, קר ומנותק את תגובותיה של אישה שהיתה קרבן אונס, ובכל מקרה, אנשים שונים מגיבים ומתנהגים בצורה שונה זה מזה באירועים טראומטיים בהם הם מעורבים. מוזרות התגובות עשויה, לעיתים, היא עצמה להצביע על ההלם שבו נתון הקרבן, וניתוח תגובותיו לאירוע, והתנהגותו לפניו ואחריו, הוא ענין מורכב, המושפע במידה רבה מהתרשמות בלתי-אמצעית כוללת מאישיותו וממידת אמינותו.

בענייננו, בית המשפט התרשם מהמתלוננת כ"אישה רופפת, דלה בשפתה, וחסרת תושיה" (עמ' 27 להכרעת הדין), ואילו המערער, אדם חזק, החלטי ונחוש בכוונותיו הכריע את המתלוננת ודיכא את יכולתה ואת רצונה להתמודד כנגדו.

58. אשר לטענה כי אין בנמצא סימנים לשימוש בכוח ברקע המעשה המיני: המתלוננת תיארה, אמנם, בעדותה כי ניסתה בתחילה להתנגד למעשי המערער כלפיה, כאשר העידה כי הוא גרר אותה לעבר חדר השינה, והיא נאחזה בקיר באמצעות רגליה (עמ' 101, ש' 10-14), בהמשך היא מתארת כי, כאשר השכיב אותה במיטה, היא המשיכה בניסיונותיה להתנגד (עמ' 102, ש' 18). אכן, לא נמצאו סימני מאבק בין השניים, ואף לא חדירה בכפייה. לענין זה מציין בית משפט קמא את הסברה של המתלוננת: "ואני נאבקתי איתו בהתחלה ... נאבקתי, ניסיתי להיאבק אבל לא יכולתי עליו, כי הוא היה חזק" (עמ' 123 לפרוטוקול). ובחקירתה במשטרה (ת/4) אמרה: "אני פחדתי להיאבק איתו כאילו היה חס כזה, אמרתי רק שיעשה וילך... התנגדתי אבל לא יכולתי עליו". מבחינת המתלוננת, לא היה סיכוי ולא היתה תוחלת להמשיך ולהתנגד למערער, ולכן באה הכניעה. אולם כניעה אינה שקולה כהסכמה (ע"פ 2606/04 פלוני, שם). אי-הסכמת המתלוננת במקרה זה לא התבטאה, אמנם, בהתנגדות פיסית עקבית שהיתה עשויה להותיר סימנים לכך בזירה או על גופות המעורבים, אולם לאי-הסכמתה ניתנו ביטויים שונים, לאו דווקא בדרך של התנגדות אלימה, הן בעת האירוע והן בסמוך לאחריו.

59. על-פי עדות המתלוננת, שנמצאה אמינה, כאשר המערער החל להתעלס עמה בעודם יושבים בחדר האורחים, היא נמלטה למטבח, והביעה בכך התנגדות מפורשת

למגעיו של המערער בה. היעדר הסכמתה של המתלוננת עולה לא רק מהתנהגותה בסמוך לפני האירוע כאשר הסתייגה בבירור מניסיונות המערער להתקרב אליה, אלא גם לאחר מעשה. פנייתה זמן קצר לאחר האירוע לאחיה, כשהיא מגוללת בפניו את מה שאירע לה, כשהיא נסערת ובוכה, חששותיה בתחילה מהגשת תלונה למשטרה עקב ביישנותה וחשש לשלום ילדיה, והיענותה לבסוף להפצרות אחיה, שבעקבותיהן הגישה לבסוף את התלונה עוד באותו יום - כל אלה מהווים סימני אמת המחזקים בבירור במבט לאחור את היעדר הסכמתה של המתלוננת ליחסי המין עם המערער. קשה למצוא להם הסבר אחר, גם אם לא היתה התנגדות כוחנית של המתלוננת למעשי המערער, שהותירה סימנים כלשהם. בכל המסכת העובדתית שנפרשה בפנינו, קשה למצוא הסבר אפשרי אחר לפנייתה של המתלוננת לאחיה בסמוך לאחר האירוע, ולתלונתה במשטרה שהוגשה עוד באותו יום, מלבד קיומו של קשר מיני כפוי עם המערער, שהמתלוננת לא היתה מסוגלת להשלים עמו.

60. כנגד זאת, עומדת מופרכות ההסבר שנתן המערער לתלונה כנגדו, כניסיון סחיטה מצד המתלוננת - הסבר שאינו מתיישב עם שום פרט מן הפרטים שנתגלו במערך הראיות. מופרכות ההסבר האמור מתעצמת לאור העובדה כי המתלוננת מצידה חששה להתלונן, ורק בהשפעת אחיה ובת-זוגו החליטה לעשות כן, עוד באותו יום, דבר השולל מניע להעליל על המערער עלילת-שווא. קשה גם להעלות על הדעת כי המתלוננת היתה מספרת לאחיה על מעשה האונס ועל מצוקתה הגדולה בעקבותיו רק זמן קצר לאחר האירוע, אילו לא היו דברים מעולם, ויחסי המין עם המערער היו רצוניים מבחינתה. התנהגותו של המערער עצמו - הנחת השטר של 100 השקלים למתלוננת בסמוך לעזיבתו את ביתה, סירובו לחזור ולהסיעה במונית כשפנתה לחברת המוניות לאחר המעשה, ואמירתו שלו כי יצא מבית המתלוננת בהרגשה לא טובה, מצביעים בהצטברותם על כך שלא רק שמעשה המין נעשה בלא הסכמת המתלוננת, אלא המערער היה מודע לכך באופן מלא.

61. גם עדותו של המערער בדבר שאלתו את המתלוננת האם ניתן לסיים את האקט המיני תוך כדי חדירה ותשובתה בענין זה, אינן מהותיות ליצירת ספק בדבר היעדר הסכמתה למעשה. המתלוננת מצידה מכחישה ששאלה כזו אכן נשאלה על-ידי המערער, אף שהעובדה האובייקטיבית היא כי היא אכן היתה מוגנת מפני כניסה להיריון בהתקן תוך-רחמי. גם אם נצא מתוך הנחה כי שיחה כזו אכן נתקיימה בין המערער למתלוננת תוך כדי המעשה המיני, אין הדבר שולל מיניה וביה את אלמנט אי ההסכמה למעשה המיני. המתלוננת, באישיותה החלשה, הפאסיבית והבלתי מתעמתת, התנהגה כמי שהקשר המיני נכפה עליה, ולא התמודדה כנגדו. בנסיבות אלה, גם אם

נשאלה שאלה כזו והשיבה לה בחיוב, תשובה זו עשויה להשתלב בפאסיביות שאפיינה את התנהגותה, שהצביעה על כניעה וחוסר אונים, ואין בה כדי להעיד על יחסי מין בהסכמה.

62. דברים אלה אמורים גם ביחס לעדות המערער על ניסיונו לענות לשיחת הטלפון הנייד במהלך האקט, כאשר, לדבריו, המתלוננת האיצה בו לענות, ומכך הוא ביקש להסיק שהיחסים היו בהסכמה. ענין זה הוא חסר משמעות כאינדיקציה להסכמה או אי-הסכמה מצד המתלוננת למעשה המיני, ואין לו משקל לענין הקמת ספק סביר.

63. לתמיהות האמורות מתלוות גם סתירות מסוימות בעדות המתלוננת, שבית משפט קמא בחן ומצא כי אין בהן כדי לפגום בגרעין האמת שבגרסתה. כך, למשל, היו אי-התאמות מסוימות ביחס לתיאור המעשה המיני, אף שעצם קיומו של המעשה אינו שנוי במחלוקת; עלתה שאלה מדוע המתלוננת היתה מוכנה לשוחח עם המערער בביתה ולשתות עמו קפה בחברותא, אם לא רצתה בחברתו, ומדוע לא ברחה מהבית כדי להימלט מידי, למרות שהיו לה הזדמנויות לכך. לתמיהות אלה ניתנו הסברים, וביסוד הסברים אלה עומד, בעיקרו, ניתוח אישיותה של המתלוננת, המקרין על התנהגותה, תגובותיה, ולא אחת גם על הסתירות שבעדותה. לסתירות אלה ניתן הסבר, ומכל מקום, הן אינן מהותיות לגרעין האמת שבגרסתה, שהוא נכון ואמיתי.

64. התמיהות שעלו אינן מהותיות ליסוד העיקרי לאשמה השנוי במחלוקת - היעדר הסכמתה של המתלוננת. הן מצויות בשוליה של שאלה זו, ואינם יורדים לשורשה. לעיקר התמיהות שהועלו ישנו הסבר המתיישב עם התשתית הראייתית שזכתה לאמון הערכאה הדיונית. אפילו נותרה אי-וודאות מסוימת לגבי הסברים שניתנו, אין בכך כדי להעמיד ספק סביר ביחס ליסוד היעדר ההסכמה של המתלוננת למעשה המיני שבוצע בה. הגרעין הקשה של היעדר ההסכמה מוכח מהתנהגותה של המתלוננת בסמוך לאחר האירוע, והוא מאפיל בעוצמתו על מוזרויות מסוימות בהתנהגותה ועל פרטים שונים שוליים, שאפשר שנותרו סתומים ובלתי ברורים. פרטים אלה - בין כל אחד בנפרד ובין במצטבר, אינם בעלי תוכן ומשקל המגבשים ספק סביר בעוצמה מספקת שיש בה כדי לערער את המערך העובדתי שהוכח, המעמיד מסקנה חד-משמעית בדבר היעדר הסכמתה של המתלוננת לקשר המיני עם המערער. ענין זה נופל לגדר אותם מקרים בהם, אפילו נותרו אי-אלו פרטים מוקשים במערך הנסיבות האופף את האירוע, אין בהם כדי לקעקע את המסקנה המפלילה.

המסקנה האמורה עומדת בעינה גם נוכח טענות המערער בדבר מחדלי החקירה. נכון הוא כי אילו נבדקו מכנסי הג'ינס של המתלוננת שהיו בידי המשטרה ואבדו, קיימת אפשרות - ולו רחוקה - כי בדיקה כזו עשויה היתה להצמיח נתון כלשהו ביחס לטביעות אצבע על כפתורי המכנסיים. אילו נמצאו טביעות אצבע של המערער על הכפתורים היה בכך כדי להפיל. אולם ההפך אינו נכון, שכן היעדר טביעות אצבע כאמור אין פירושו כי לא הוריד את מכנסייה של המתלוננת באופן שלא הותיר טביעות על הברד. ייתכן גם שניתן היה לבדוק פלט שיחות טלפון של המתלוננת לאחר האירוע כדי לבדוק את אמיתות עדותה ביחס לניסיונה להזמין מונית מחברת מונית שונה מזו שהמערער משתייך אליה. חשיבות החקירה בענין זה אינה מהותית שכן עדות המתלוננת לפיה פנתה בתחילה לחברה אחרת נמצאה אמינה, והיא משתלבת עם עדות המערער עצמו אשר העיד כי לא רצה להסיע את המתלוננת כשפנייתה הגיעה לחברת המוניות שלו. סביר בהחלט להניח כי כשם שהמערער לא רצה להיתקל במתלוננת זמן קצר לאחר האירוע, כך גם היא ביקשה להתרחק ממנו, ולכן פנתה ראשית לחברת מונית אחרת. סבירות אפשרות זו, והרושם האמין שיצרה עדות המתלוננת על בית המשפט, מקהים את חשיבות בדיקת פלט השיחות ואת תרומתה הסגולית האפשרית לתשתית הראייתית.

משמעות החקירה בעניינים האמורים אינה מהותית לענין, ואין בה תרומה משמעותית למערך הראיות. היעדרה, בכל מקרה, אינו מקעקע את מערך הראיות שהונח.

היסוד הנפשי של המערער

65. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של אינוס הוא זה של מחשבה פלילית - קרי: מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות, ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה הנימנים עם פרטי המעשה (סעיף 20(א) לחוק העונשין). לענין זה, מתקיימת באדם מודעות גם אם חשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות, ונמנע מלבררם (סעיף 20(ג)(1) לחוק).

הנסיבות כפי שהוכחו מצביעות על קיום היסוד הנפשי הנדרש במערער במובן קיומה של מודעות לכך שמעשה בעילתה של המתלוננת נעשה בלא הסכמתה. למצער, עצם המערער את עיניו, ונמנע מלברר קיומה של הסכמה, מקום שהיה לו לפחות חשד כי המתלוננת אינה מסכימה לקשר המיני עמו. מודעות זו של המערער לאי-ההסכמה של המתלוננת מוכחת, בראש ובראשונה, מן הנסיבות בהן הובהר כי עוד לפני מעשה,

המתלוננת נרתעה כאשר המערער החל להתקרב אליה ולנגוע בה, והיא אף עברה עקב כך מהסלון בו ישבו השניים אל המטבח; המתלוננת אף העידה כי בתחילה התנגדה באופן אקטיבי לניסיון המערער לקחתה לחדר השינה, ולא נמצא בחומר הראיות פרט המעיד על כך שהיא התרצתה לו מאוחר יותר. אי-הסכמתה היתה ניכרת מתגובותיה ומהתנהגותה, ולא ייתכן שלא היתה נהירה וברורה למערער. מסקנה זו מתחזקת מעדות המערער עצמו, כי יצא מבית המתלוננת בהרגשה לא טובה, ועל כך העיד כשהסביר את פשר סירובו להסיע את המתלוננת במוניתו לאחר האירוע. אמירה זו, ועצם סירובו להסיע את המתלוננת כאמור, מצביעים על מודעותו המלאה לאופי המעשה המיני שנעשה שלא בהסכמת המתלוננת, ועל קיום היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. שהרי אילו המעשה היה נעשה בהסכמה, לא היה טבעי יותר מאשר יצירת קשר ישיר של המתלוננת עם המערער שיבוא לקחתה, ונכונותו המלאה למלא את בקשתה. גם השארית שטר הכסף בבית המתלוננת לפני עזיבתו עשויה להצביע על רגש אשמה של המערער כלפי מי שנוצלה על-ידו שלא בהסכמתה. ומעבר לכל אלה: גרסת המערער היתה לאורך כל הקו כי מעשה הבעילה נעשה בהסכמת המתלוננת, ואף ביוזמתה. הוא לא טען בשום שלב שלא ידע על אי-הסכמתה, וכי לכן לא מתקיים בו היסוד הנפשי. משגרסתו נדחתה כולה בשל אי-אמינותה, לא נותרה בפיו טענת הגנה חלופית.

המערער מקיים, איפוא, את היסוד הנפשי הנדרש בעבירה, בהיותו מודע להיעדר הסכמתה של המתלוננת למעשה המיני שביצע בה (השוו, פרשת אזולאי, בעמ' 895-896; פרשת טייב, פסק דינו של השופט אנגלרד, בעמ' 305-306; וע"פ 2606/04 פלוני, פסקה 37). מכאן, מתקיים בענייננו היסוד הנפשי הנדרש במערער.

66. הוכחו, איפוא, כל יסודות עבירת האינוס, ובכללם היעדר הסכמת המתלוננת למעשה הבעילה שבוצע בה, והיסוד הנפשי של המערער ביחס לאי-הסכמה זו.

לאור כל אלה, הרשעת המערער בעבירת אינוס ניצבת על בסיס מוצק, ואין להתערב בה ולשנותה.

העונש

67. בית המשפט המחוזי דן את המערער לעונש מאסר בפועל של 5 שנים, מאסר על תנאי לתקופה של שנתיים ופיצוי למתלוננת בסך של 10,000 ש"ח.

68. בגדר שיקוליו, שקל בית משפט קמא שיקולים לחומרה ולקולא כאחד. מצד אחד, נתן משקל לחומרת העבירה ולצורך להילחם מלחמת חורמה בתופעת עבריינות המין, ובמיוחד בעבירות אינוס, נוכח ההשפלה, הביזוי והפגיעה הקשה בקורבן הכרוכים בהן, פגיעה שלעיתים אינה בת-תיקון. הוא מצא חומרה מיוחדת במקרה זה בו נתקיימו יחסי תלות מסוימים בין הפוגע לנפגע, כאשר המערער הוביל את המתלוננת במוניתו, שהיא רכב ציבורי, והמתלוננת סמכה על הגינותו ויושרו כנוסעת הנזקקת לשירותיו. היות מבצע האונס נהג רכב ציבורי, שנשים עשויות להיזקק לשירותיו, מציב רף גבוה במיוחד להתנהגותו המוסרית. מנגד, נתן בית המשפט משקל לעובדה כי מדובר מבחינת המערער באירוע חד-פעמי ביחס למתלוננת, שלא היה לו המשך, ולכך שהוא נעשה בבית המתלוננת ולא ברכב, וכי היא נסעה שוב עם המערער לאחר המקרה. כמו כן התייחס בית המשפט לכך שהמערער עשה כבוד דרך שיקומית בחייו, אשר זכתה למשקל חיובי מיוחד בשיקולי הענישה. המערער בעל עבר פלילי בעבירות סמים, אלימות ורכוש, אשר החליט לנטוש את דרך הפשע, ולעבור לחיות חיים נורמטיביים. הוא השתלב בהליך גמילה מסמים, ועמד בו בהצלחה, והפך עם הזמן נהג מונית. הוא רחק מן הפשיעה והתמקד בחיי משפחתו ופרנסתו. לדברי בית המשפט, אירוע האונס חרג מאופי מעשיו הפליליים של המערער בעבר, ומאורח חייו התקין בעת שהעבירה בוצעה. הוא התחרט על עצם קיום האירוע המיני, אף שלא הודה באינוס. כן צויין, כי אין מדובר במעשה אונס אכזרי וברוטלי על רקע מפגש אקראי, אלא בהיכרות קודמת, שבמסגרתה ניצל המערער את חולשת המתלוננת, והתעלם מאי-הסכמתה למגע המיני. לאור כל אלה, ראה בית המשפט להעניש את המערער בעונש מתון יחסית, בשים לב לאופי העבירה בה הורשע, תוך שלקח בחשבון, בין היתר, את העובדה כי לנסיבות המעשה לא נתלוותה אלימות, וכי המערער לא הורשע בעבר בעבירות מין.

69. שירות המבחן הגיש לידינו תסקיר אודות המערער, המנתח את הרקע האישי שלו, ואת מאמצי השיקום שעשה כדי לצאת ממעגל הסמים והפשע. השירות עמד על כך שהמערער אינו לוקח אחריות על המעשה, ונמנע מהמלצה טיפולית בעניינו.

70. נתנו דעתנו למכלול הנתונים של העניין ובאנו לכלל מסקנה כי אין מקום להתערבותנו בעונש שנגזר.

העבירה אותה עבר המערער היא, אכן, חמורה מאד במשמעותה ובהשלכותיה - הן לפרט הנפגע והן לאינטרס הציבורי הכללי (ע"פ 5515/94 בנימין נ' מדינת ישראל, תק-על 95(3)772). מעשה אינוס כלפי אישה בלא הסכמתה מהווה הפרה גסה וקשה

של האוטונומיה שלה על גופה. במיוחד כך, כאשר ישנם פערי כוח משמעותיים בין הגבר לאישה, אשר מנוצלים לרעה, כדי להכניע את רצונה החופשי של האישה, ולדכא את יכולתה להתגונן מפני פגיעה בגופה ובנפשה. המערער ניצל פערי כוחות אלה כאשר הכניע את התנגדותה של המתלוננת, וניצל את הימצאותו בביתה כשהיא לבדה כדי לבצע בה מעשה מיני שהיא לא רצתה בו. המסר בענישה בעבירות אונס צריך להבהיר באורח חד-משמעי לציבור ולפרט כאחד, כי אמצעים קשים וממשיים יינקטו כלפי עברייני מין כאמצעי להילחם בתופעות עבירות המין, ובמיוחד כך בעבירות אינוס, שהן החמורות שבהן, וכי ניצול חולשת הזולת למטרת סיפוק יצרי מין בלא הסכמתו יגרור אחריו ענישה משמעותית.

מנגד, צדק בית המשפט כאשר מנה, אחת לאחת, את הנסיבות המקילות המיוחדות בעניינו של המערער, שהרי בצד מדיניות ענישה כללית, לעולם עומד עניינו של הנאשם כפרט, ומוטלת חובה לשקול את נסיבותיו האינדיבידואליות לצורך קביעת מידת הענישה. יש להתחשב בעובדה כי מדובר באירוע חד-פעמי, וכי לא נתגלו סימני אלימות כלפי המתלוננת. יש לקחת בחשבון גם את צערו של המערער על המקרה, ואת המאמץ הרב שהקדיש לשיקומו כדי לצאת ממעגל העבריינות הקשה. בעונש שנגזר - 5 שנות מאסר בפועל, ויתר מרכיבי הענישה, התחשב בית המשפט באופן ניכר בנסיבות המקילות בעניינו של המערער. האיזון הראוי בין חומרת העבירה ועוצמת הפגיעה במתלוננת, לעומת הנסיבות המקילות עם המערער, אינו מצדיק הקלה נוספת בענישה.

לאור זאת, ראוי לדחות את הערעור גם בענין העונש.

71. אציע, איפוא, לדחות את ערעור המערער על כל חלקיו - הכרעת הדין וגזר הדין כאחד.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן

אני מסכים.

ש ו פ ט

א. מסכים אני לחוות דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה. הסכמתי ניתנת מתוך התלבטות, הנובעת מן הקושי הגדול – ומקרה זה אינו יחיד כמובן – שבפניו ניצבת ערכאת ערעור, בבואה לשקול טענות בתיקים שבהם הגרסאות ניצבות קוטבית אלה כנגד אלה. תיקים מסוימים של עבירות מין מתאפיינים בכך; כשהמדובר באישום באונס מן הסוג המתרחש חדר לפנים מחדר, באין עדים אלא הנאשם והמתלוננת בלבד, תלוי הדבר כמעט באופן מוחלט בהערכת המהימנות מצד הערכאה הדיונית, השומעת את המתלוננת והנאשם ומתרשמת מהם. כפי שציינה חברתי, הערכת ראיות בנויה מהתרשמות חושית ומהיסק לוגי. בנסיבות תיקים אלה, הנדבך ההתרשמותי מסור בכירור לערכאה הדיונית; על כן תחומה של ערכאת הערעור, מצטמצם לאמיתם של דברים כמעט לחלוטין לאותו קטע שהוא ניתוח משפטי והיסק לוגי, והאפשרות והסיכוי להתערבות בעובדות עצמן מצומצמים אף יותר מן הרגיל, מן המקרים שבהם מערכת הראיות כוללת חומר חפצי ומסמכים. נודה איפוא על האמת: משאמרה ערכאה דיונית את דברה באשר להתרשמותה הישירה והאותנטית מן הנפשות הפועלות, צומצם עד מאוד תחומה של ערכאת הערעור. המשוכה שעל פניה חייב נאשם בסיטואציה מעין זו לחלוף בערעורו גבוהה ביותר, וכבר ציינה זאת חברתי. אמת, יש חשיבות לניתוח האנליטי, המרוחק שלב אחד, של ערכאת הערעור הקוראת במבט שני את התיק, הראיות ופסק הדין של הערכאה הדיונית. אך אם נעיין בלשונו של סעיף 53 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א-1971 שכותרתו "משקלה של עדות" – נלמד, לדעתי, כי מיוחס בו משקל מיוחד לרכיבים של ההתרשמות הבלתי אמצעית.

ב. זה לשון סעיף 53:

"ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

מבין שלושת הרכיבים המנחים את בית המשפט על פי הסעיף, ברור כי התנהגותם של העדים היא רכיב המסור באופן כמעט בלעדי לערכאה הדיונית; "אותות האמת המתגלים במשך המשפט" הם רכיב המסור ברובו לערכאה הדיונית, כי היא זו השולטת במשפט המתנהל – אך את אותות האמת ניתן לייחס לא רק לעדים עצמם, אלא אף לראיות חפציות ומסמכיות, ובאלה, בשונה מעדות בעל-פה, אין ערכאת הערעור מצויה במצב "נחות" מזה של הערכאה הדיונית; ולבסוף, "נסיבות הענין" הן הגדרה כללית, ועניינה "בחינה השוואתית של עדות העד מול ראיות אחרות שהובאו בפני בית המשפט, תוך שימוש בהיגיון וניסיון חיים" (ע"פ 5205/06 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם

פורסם) (השופט לוי, סעיף 12), שמכל מקום ההתרשמות הדומיננטית מהן אף היא של הערכאה הדיונית. על הסעיף שורה איפוא רוחה של הערכאה הדיונית בקביעת משקלה של עדות. נכון שבחלק של ההכרעות "מורשה גם מורשה" (השופט לוי, שם) בית משפט של ערעור להתערב, כמו גם במקרים מסוימים בהכרעות עמוסות סתירה בעובדות; אך יסודו ומרכזו של סעיף 53 הם כוחה של הערכאה הדיונית. בכואנו להחיל את אלה למקרה של עדות "אחד מול אחת" מסוג עבירות המין, אף מתחזקת עדיפותה של הערכאה הדיונית, וכבר ציטטה חברתי השופטת פרוקצ'יה אל נכון את דברי השופט זמיר בפרשת יומטוביאן, וכן את דברי המשנה לנשיא לויין שם, לעניין הנסיבות בהן תתערב ערכאת הערעור. כן ראו דברי השופט לוי בע"פ 10049/03 פלוני נ' מדינת ישראל (פ"ד נט(1) 385, 391): "חלקן הארי של עבירות המין מבוצעות בחדרי חדרים, הרחק מ'עין בולשת...' (צוטט בע"פ 3648/04 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). נחוץ איפוא כשל של ממש, בדרגה משמעותית, בהסקת המסקנות מן העדות להאמינה הערכאה הדיונית, כדי שערכאת הערעור תתערב; במקרה כזה יסייע כמובן השיקול ההגיוני, או כדברי חכמים, ה"סברה", להעמיד דברים על מכונם (לעניין התערבות בממצאי מהימנות ראו גם רע"פ 8807/06 אבגנים נ' מדינת ישראל (טרם פורסם - השופט ג'ובראן) והאסמכתאות דשם). מאידך גיסא, לא למותר להזכיר שהמחוקק נתן דעתו למצבים מורכבים אלה – והטיל על בית המשפט במקרים שבהם ההרשעה מיוסדת על עדות יחידה של נפגע העבירה, חובת הנמקה (סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות), שפורשה כחובת זהירות "כפולה ומכופלת" (ע"פ 288/88 גנדור נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 45, 49 (השופט אריאל, המצטט מפסק דינו של השופט - כתארו אז - לנדוי בע"א 79/72 האפורטרופוס לנכסי נפקדים נ' פולק, פ"ד כז(1) 768, 771 – בהקשר האזרחי).

ג. בנידון דידן נתן בית המשפט קמא אמון מלא בעדות המתלוננת, חרף תמיהות מסוימות. התמיהה שהטרידה אותי במיוחד היתה בקשר לשיחה הנטענת על-ידי המערער, ומוכחשת על-ידי המתלוננת, בדבר התקן תוך-רחמי שהיה למתלוננת. פרט זה לא היה לכאורה בדיעת המערער אילולא השיחה. ההסבר ההגיוני ביותר, מאלה שהועלו, הוא דווקא בפשטות כי אכן נאמרו הדברים מפי המתלוננת. ואולם, גם אם כך, אין בזאת כדי לקעקע את עדותה, לה האמין בית המשפט קמא; ואפילו לא אמרה אמת בעניין זה, אם מתוך מבוכה או מטעם אחר. כלל הראיות מחזיר אותנו אל שדה ההתרשמות החושית של בית המשפט הדין, ולתוצאה שאין מקום להתערבות בו בערעור. אף לשיטה זו, שהדברים נאמרו, יש באימוץ כלל עדותה של המתלוננת משום "פלגינן דיבורא" במובן שקיבל מושג זה במשפט הישראלי, לעומת המשפט העברי (ראו ד"ר מ' ויגודה, "על פי שניים עדים... יקום דבר", 'פלגינן דיבורא' – פרק בדיני

הראיות", פרשת השבוע (תשס"ה) 221). כך גם לגבי תמיהות אחרות, שאליהן נדרשה חברתי. נוכח כל אלה אני מסכים כאמור לחוות דעתה.

ד. ולבסוף, מבלי שאדרש לסוגיית היסוד של דרישת שני עדים במשפט העברי, אזכיר כי הערכת מהימנותם של עדים במקורות המשפט העברי נחלקת בין דרישות וחקירות, שהן ענייני היסוד ושבדיני נפשות הם תנאי - כמו מקום, זמן, וכדומה, לבין בדיקות, שהן פרטים שונים (כגון עוקצי תאנים ושיעורם). הראשונות - החקירות, חמורות מן האחרונות - הבדיקות, שסתירות קלות בהן מפי עד אינן פוסלות עדות (ראו משנה סנהדרין ה' א'-ג'. כן ראו רמב"ם הלכות עדות א', ה'-ו'; ב', א'; שולחן ערוך חושן משפט הלכות עדות סימנים כ"ח, ל'; ש' אלבק, הראיות בדיני התלמוד (תשמ"ז), 41-43, 50; וכן א' שוחטמן, סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל (תשמ"ח), 329 ואילך). מעמדה של הערכאה הדיונית מוסיף משמעות לביטוי התלמודי (בבלי סנהדרין ו', ב') כי "אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות"; ודוק, חשיבות יש לראיית עיני הדיין (ראו גם השופט רפאל יעקבי, "וירד ה' לראות את העיר ואת המגדל", התרשמות ישירה של שופט, עדויות ותחליפים", פרשת השבוע (תשס"ה) 182 לתפקידם המכריע ומרכזיותם של העדים במשפט העברי). מכאן אפשר ללמוד את החשיבות הנודעת להתרשמות מי שראה את העד ושמע אותו, קרי, בית המשפט, והמשפט העברי אף "פורמלי" יותר בחייבו את בית הדין לפסוק על פי דברי העדים "... כמו שנצטוינו לחתוך את הדין על פי שני עדים כשרים, ואף על פי שאין אנו יודעין אם העידו אמת אם שקר" (רמב"ם, יסודי התורה, ח', ב'; ז', ז'). וכדברי השופט - כתארו אז - זילברג בע"א 459/59 פינקלשטיין נ' פרושטייר, פ"ד יד(3) 2327, 2333; השופט - כתארו אז - חיים כהן בע"א 646/78 בורוכוביץ נ' עיריית רמת-גן, פ"ד לג(3) 690, 698, המובאים על-ידי השופט יעקבי. לעניין ערכאת ערעור וכוחה, ראו גם השופט ד"ר א' טננבוים, "והדבר אשר יקשה מכם תקרבון אלי ושמעתיו", לשאלת הצדקתה של ערכאת ערעור", פרשת השבוע (תשס"ג) 132.

ש ו פ ט

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, ו' בשבט תשס"ז (25.1.07).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט