



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7653/11

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט צ' זילברטל

המערער: ראובן ידען

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין מיום 19.07.2011 וגזר הדין מיום 6.9.2011 של בית המשפט המחוזי בירושלים בתפ"ח 32059-04-10, שניתנו על ידי כב' סגן הנשיאה צ' סגל וכב' השופט מ' י' הכהן, וכנגד דעתו החולקת של כב' השופט מ' דרורי

תאריך הישיבה: י"ב בניסן התשע"ב (04.04.12)

בשם המערער: עו"ד אשר אוחיון

בשם המשיבה: עו"ד ד"ר דותן רוסי

פסק-דין

השופט צ' זילברטל:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (הכרעת דין מיום 19.7.2011 וגזר דין מיום 6.9.2011), בתפ"ח 32059-04-10, במסגרתו הורשע המערער ברוב דעות (כבוד סגן הנשיאה צ' סגל והשופט מ' י' הכהן, כנגד דעתו החולקת של כבוד השופט מ' דרורי) בעבירת אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), והושתו עליו, ברוב דעות, שלוש שנות מאסר בפועל; שנה מאסר על תנאי, שלא יעבור תוך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר כל

עבירת מין מסוג פשע; ותשלום פיצוי למתלוננת בסך 10,000 ש"ח. הערעור מופנה כלפי ההרשעה, ולחלופין כנגד חומרת העונש.

האישום

1. ביום 26.4.2010 הוגש נגד המערער כתב אישום לבית המשפט המחוזי בירושלים, אשר ייחס לו עבירת אינוס, לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין. על פי עובדות כתב האישום, בערב יום 17.8.2008, הגיעה המתלוננת, יחד עם חברתה אלכס (להלן: אלכס), מבית שמש לירושלים, במטרה לבלות בפאב "הטריפל" שבמרכז העיר. בסמוך לשעה 23:00 הגיע אל הפאב שמעון ידען, אחיו של המערער (להלן: שימי), שהיה בזמנו ידידן של המתלוננת ושל אלכס, על מנת להצטרף אל השתיים. סמוך לשעה 01:00 יצאו השלושה מן הפאב בדרכם למלון הדירות "מבוא ירושלים", שבאחת הדירות שבו התגורר המערער.

עוד נטען, כי המתלוננת, אלכס ושימי נכנסו לדירתו של המערער, ויחד עימו התיישבו בסלון ושוחחו. במהלך שהותם שם, ובשל שעת הלילה המאוחרת, פנתה המתלוננת למערער ולשימי בשאלה: "איפה ישנים?", והמערער השיב לה: "נסתדר". לאחר מכן, נכנסה המתלוננת לחדר השינה של המערער, שם ציינה בפניו, על פי הנטען בכתב האישום, כי אין היא מתכוונת לקיים עמו יחסי מין, וכי בכוונתה לישון בלבד. לאחר דברים אלה, נרדמה המתלוננת במיטתו של המערער.

על פי המתואר בכתב האישום, בשעה שאינה ידועה במדויק למשיבה, הקיצה המתלוננת משנתה בשל כך שהמערער החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה, בניגוד לרצונה. המתלוננת ניסתה לדחוף את המערער מעליה, ואולם המערער המשיך במעשיו, תוך שהוא, בנוסף, מנשק את המתלוננת בצווארה ונוגע בחזה שלה. על פי הנטען, המתלוננת ביקשה מהמערער שיחדל ממעשיו, ובמשך דקות אחדות, ניסתה להדוף אותו מעליה, אך לשווא. המערער סתם את פיה של המתלוננת בכף ידו, והמשיך והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת עד אשר הגיע לסיפוקו. מיד לאחר המתואר לעיל, קמה המתלוננת ועזבה את דירתו של המערער.

2. להשלמת התמונה יצוין, כי בתום חקירה שנפתחה מיד לאחר האירוע (בחודש אוגוסט 2008), ושבמסגרתה נגבו הודעות הראשונית של המתלוננת, והודעות מפי המערער ואחיו שימי, החליטה המשיבה לסגור את התיק נגד המערער מחוסר ראיות מספיקות. בסיוע המרכז לנפגעות תקיפה מינית הגישה המתלוננת ערר על ההחלטה

לסגור את התיק. הערר התקבל ובעקבותיו חודשה החקירה, שבמסגרתה נגבו הודעתה של אלכס (בחודש מרץ 2009), והודעתו של ידיד המתלוננת (בחודש ספטמבר 2009), אשר לביתו הגיעה המתלוננת לאחר האירוע ושהתה בו במשך שלושה ימים (להלן: א.ד.ט). רק לאחר גביית הודעות אלה, החליטה המשיבה להגיש את כתב האישום נגד המערער.

ההליכים בבית המשפט המחוזי

3. בפתח הדיון במשפטו כפר המערער בעובדות המפלילות אשר יוחסו לו, ומסר מפי בא-כוחו תגובה מפורטת לכתב האישום. בכל הנוגע למטרת בואה של המתלוננת לירושלים, ולגבי הבילוי המשותף שלה יחד עם אחיו שימי בפאב "הטריפל", אישר המערער את הדברים, לא מתוך ידיעתו האישית, אלא בהסתמך על חומר הראיות בתיק. לגבי מועד הגעתם של המתלוננת, אלכס ושימי אל הדירה, מסר המערער, כי לפי מיטב זכרונו, השלושה הגיעו, ככל הנראה, מאוחר יותר מהשעה הכתובה בכתב האישום, אך הוא אינו יודע זאת בבירור, מכיוון שהיה רדום בעת הגעתם. לפי גרסתו, לאחר שהגיעו המתלוננת, אלכס ושימי לדירה, וכששמעה המתלוננת, כי הדירה שייכת למערער, שכאמור ישן בחדר סגור, היא ביקשה לראות תצלומים שלו. לאחר שהוצגו בפניה תמונותיו של המערער, התרשמה המתלוננת ממראה גופו, ויזמה מהלך להעירו. כל הפרטים הללו נטענו שלא מידיעתו האישית של המערער, מאחר שישן כל אותה העת.

לדברי המערער, הוא התעורר למשמע קולה של המתלוננת, שנכנסה לחדרו והפצירה בו להצטרף לחבורה שישבה בסלון. לדבריו, לאחר הפצרות אלה נענה לבקשת המתלוננת והתיישב עימה בסלון, בעוד שאחיו שימי ישב יחד עם אלכס. לגרסת המערער, הנוכחים צפו בסרט, שבמהלכו נגעו המערער והמתלוננת זה בזו, ואז ביקשה ממנו המתלוננת להיכנס ולישון יחד איתו בחדרו. לפי גרסת המערער, השניים נכנסו לחדר וקיימו יחסי מין, שקדמו להם מגעים גופניים הדדיים. המדובר, לגרסת המערער, במגע מיני מלא בהסכמה. במהלך יחסי המין, ובטרם הגיע המערער לסיפוקו המיני, הפסיק המערער את מהלך הדברים, מחמת עייפותו. המערער הסביר, כי הוא הוער בשעה 02:30 לערך, ולפיכך היה עייף ולא יכול היה להמשיך את המגע המיני, ולכן הפסיק אותו טרם שהגיע לסיפוקו.

4. מטבע הדברים, הייתה המתלוננת העדה המרכזית שהעידה מטעם המשיבה. מלבדה העידו מטעם המשיבה בבית משפט קמא גם אלכס ואדם. כמו כן, העידה השוטרת רס"מ שולי מזרחי, שבאמצעותה ביקשה המשיבה, בין היתר, להגיש תיעוד

שיחה בין השוטרת לבין שימי, אשר היה רשום במקור בכתב האישום ברשימת עדי התביעה, אך המשיבה וויתרה בסופו של דבר על העדתו, והתיעוד הנ"ל הוגש בהסכמה (ת/15). בנוסף, העיד החוקר רס"מ דן רוזנברג, באמצעותו הוגשו מזכרים שתיעדו שיחה עם שימי, וכן ניסיונות שנעשו לאתר את אלכס ואת אדם לצורך גביית הודעותיהם (ת/5, ת/6, ת/7, ת/8). עוד העידה מטעם המשיבה החוקרת רס"ל גליה מרום, אשר תיעדה את הגעת המתלוננת יחד עם אמה למרכז שירות לאזרח של המשטרה, את תוכן שיחתה עם המתלוננת ואמה, ואת התרשמותה מן המתלוננת (ת/11). כמו כן הוגשו באמצעות החוקרת רס"מ מירב בוזנה, מזכרים שתיעדו את המהלכים שקדמו לגביית עדותה של המתלוננת, ואת התנהלותם של אלכס ואדם שנלוו אליה לתחנת המשטרה בבוקר שלאחר האירוע (ת/12, ת/13). עוד הוגשו מטעם המשיבה, הודעתו של המערער במשטרה (ת/1), וכן תיעוד ויזואלי של חקירתו מיום 18.8.2008 (ת/2).

פרט לניסיון לקעקע את הראיות שהציגה המשיבה, העמידה ההגנה כנגד גרסת המתלוננת את עדות המערער. כמו כן, על פי הסדר דיוני בין המשיבה לבין הסנגוריה הוגשה בהסכמה הודעתו במשטרה של שימי, אחיו של המערער, כראיה, חלף הזמנתו לעדות (ת/14). על המשמעות הראייתית של המהלך שהוביל להגשת הודעתו במשטרה של שימי, אעמוד בהרחבה בהמשך הדברים, אך כבר בשלב זה יצוין, כי בתחילת הדרך, היה שימי רשום ברשימת עדי התביעה שבכתב האישום, ואולם, עם סיומה של פרשת התביעה הודיעה באת כוח המדינה, כי היא מוותרת על עדותו. לאחר שהסתיימה עדותו של המערער, ובעקבות חילופי דברים בין הצדדים, הוסכם כי הודעתו של שימי, וכן כל המזכרים המתייחסים לשיחות החוקרים עימו, יוגשו בהסכמה, כאשר המשיבה לא תוכל לטעון כנגד אי-הזמנתו של שימי כעד מטעם הסנגוריה.

5. לאחר שלוש ישיבות הוכחות, ובתום שמיעת סיכומי התביעה וההגנה, הרשיע בית המשפט המחוזי, ברוב דעות, את המערער בעבירת האינוס שיוחסה לו בכתב האישום, כנגד דעתו החולקת של השופט דדורי, אשר סבר כי יש לזכות את המערער מחמת הספק. משום חילוקי הדעות שנפלו בין חברי ההרכב בבית המשפט המחוזי, וכדי להקל על בחינת טענותיו של המערער, אעמוד על עיקרי העדויות והגרסאות שהוצגו בפני בית משפט קמא, ועל עמדותיהם של שופטי ההרכב.

6. עדות המתלוננת – המתלוננת מסרה בעדותה, כי בערב יום 17.8.2008 יצאה עם חברתה אלכס לבילוי בפאב "הטוליפ" בירושלים. לדבריה, הצטרף אליהן לבילוי בפאב אחיו של המערער, שימי. לדברי המתלוננת, באותו מועד היה שימי כבן בית במשפחה, והייתה לה היכרות עימו של כארבע שנים. המתלוננת מסרה, כי כשסיימו את הבילוי בפאב, ומאחר שהיה מאוחר וכבר לא היו אוטובוסים לבית שמש, הציע להם שימי לישון בדירתו של המערער. לדבריה, כשהגיעו לדירה ביקשה להחליף ללבוש נוח ושימי נתן לה חולצת טי-שירט ומכנסי בוקסר להחלפה. כמו כן, לאחר שהגיעו לדירה הציג להן שימי מספר תמונות של המערער על גבי צג הטלפון הנייד שלו, ואז "החלטנו להעיר אותו, אני הלכתי להעיר אותו" (עמ' 9, ש' 5-6 לפרוטוקול). המתלוננת הוסיפה בנקודה זו, כי ההחלטה להעיר את המערער לא נבעה מתוך התפעמות מתמונותיו, אלא מה שהגדירה: "חשיבה שטותית, שישב סתם בשביל הכיף, בשביל לצחוק, שיהיה עוד בן אדם בחבר'ה" (עמ' 21, ש' 1-2 לפרוטוקול). בחקירתה הנגדית עומתה המתלוננת עם השאלה מדוע בחרה דווקא היא להעיר את המערער, והשיבה: "כי ככה זה יצא", ובתשובה לשאלה אם הדבר נראה לה נורמאלי, השיבה: "לא" (עמ' 61, ש' 1-6 לפרוטוקול). המתלוננת הוסיפה וסיפרה בעדותה, כי העירה את המערער זמן לא ארוך לאחר שהגיעו לדירה, אם כי לעניין הזמנים אמרה: "אני לא ממוקמת על מה קרה מתי, מה היה לפני מה היה אחרי ... אני יודעת מה שחשוב לי. אני יודעת את הרגע שלי. אני לא יודעת מה היה קודם, מה היה אחר כך" (עמ' 9, ש' 22-24 לפרוטוקול).

לדברי המתלוננת, לאחר שישבו הארבעה זמן מה בסלון הדירה וצפו בסרט, התעייפה והחליטה שהיא מעוניינת לישון. כשפנתה בשאלה היכן היא ישנה, הצביע שימי על חדרו של המערער. המתלוננת הוסיפה, כי נכנסה לחדר ושכבה לישון כשהיא לבדה, ואילו המערער, שימי ואלכס נשארו בסלון. המתלוננת ציינה, כי היא זוכרת בוודאות שנרדמה בחדר לבדה, ולא הרגישה בכך שהמערער נכנס לחדר. לגרסת המתלוננת, התעוררה כשאצבעותיו של המערער בתוך איבר מינה. המתלוננת לא זכרה לומר האם המערער הוריד את בגדיה, שכן "אני לא יודעת, לא הייתי שם באותו רגע מבחינת מה קורה למטה. רק מה קורה בכללי" (עמ' 11, ש' 29-30 לפרוטוקול). בהמשך ציינה, כי באותו רגע לקח לה זמן להבין מה בעצם קורה, "וניסיתי להתבטא כשלא, לא יצא שום דבר" (עמ' 12, ש' 11-12 לפרוטוקול). על פי דבריה, "מהר מאוד", המערער החדיר את איבר מינו לאיבר מינה. המתלוננת העידה, כי "הייתי קצת בהלם, אז אני לא יודעת מה נקודתי עשיתי. אני רק יודעת שניסיתי לדחוף, לא שינה הרבה ... כשהוא נכנס הוא שכב עלי. ובאותו רגע אז כבר ניסיתי לדחוף אותו קצת יותר

אינטנסיבית רק שזה לא בדיוק קרה, לא הצלחתי להזיז אותו. ניסיתי להגיד לו שיזוז, ניסיתי, ניסיתי בכל דרך שיכולתי לגרום לו להבין שאני לא רוצה. אחרי לא יודעת כמה זמן באיזה שהוא שלב הוא הפסיק. וכשהוא הפסיק קמתי מהמיטה ויצאתי למקלחת" (עמ' 12, ש' 14-22 לפרוטוקול). המתלוננת ציינה, כי אינה יודעת אם המערער הגיע לפורקן מיני, וגם אינה יודעת אם הוא לבש קונדום בעת החדירה. המתלוננת הוסיפה והסבירה, כי לקחה בקוצר נשימה משום שהמערער שכב עליה: "לא דיברתי ולא צעקתי. ובאותו רגע, זאת אומרת, המחשבות כן לצעוק לא לצעוק, להגיד, והרעיון שאח שלו שהיה כמו אח בשבילי יושב בסלון לשמוע עכשיו אותי צועקת שאח שלו אונס אותי, או שחברה שלי עכשיו תשמע. הבושה, חוסר הבנה, הלם, אני לא יודעת למה לא צעקתי. אני לא יודעת למקם למה. אני רק יודעת שעברו דברים בראש, זאת אומרת צעקות לא היו שם. לא צעקתי ... ניסיתי לדחוף, ניסיתי להגיד לו שיזוז" (עמ' 13, ש' 4-13 לפרוטוקול).

לדברי המתלוננת, לאחר שיצאה מחדרו של המערער, ביקשה מאלכס להצטרף אליה למקלחת. עם זאת, ציינה המתלוננת, כי לא הייתה מסוגלת לספר לאלכס את שארע, וכל שרצתה היה לשטוף את גופה. המתלוננת הוסיפה, כי לאחר שסיימה לשטוף את עצמה, נכנסה לחדרו של המערער כדי לקחת את בגדיה, ובאותה נקודת זמן, אף הטיחה במערער את אשר עשה לה. לדבריה, מיד לאחר מכן, היא ואלכס עזבו את הדירה והלכו ברגל לביתו של אדם. המתלוננת הוסיפה, כי הן הגיעו לביתו של אדם בוכיות, כאשר גם בדרך לא מסרה לאלכס את פרטי האירוע בחדר השינה, אלא רק את הרעיון הכללי. לדבריה, לא הייתה מעוניינת להתלונן במשטרה: "אבל הם [אלכס ואדם – צ.ז.] לא נתנו לי, הם החליטו שהגיע הזמן שפעם אחת בחיים אני אעשה החלטה נכונה ואני לא אוותר ... והם לקחו אותי, זאת אומרת אדם לקח אותי במונית לתחנת המשטרה" (עמ' 17, ש' 9-12 לפרוטוקול). המתלוננת הסבירה, כי השיח בנוגע לכך שלא תוותר הפעם התייחס לעובדה שעברה בילדותה התעללויות מיניות, עליהן לא התלוננה.

המתלוננת הוסיפה, כי הייתה בקשר רצוף עם המרכז לנפגעות תקיפה מינית, ודרכו נודע לה על סגירת התיק. לדבריה, נציגת המרכז סיפרה לה שסיבת הסגירה היא חוסר בראיות וחוסר שיתוף פעולה. נימוקים אלו קוממו אותה, והדבר היחיד שלא הייתה מוכנה לעשות הוא לבצע עימות עם המערער, משום שחשבה שהדבר מעבר לכוחותיה. לדבריה, לאחר מספר שיחות עם נציגת המרכז לנפגעות תקיפה מינית, קיבלה הודעה שהתיק נפתח מחדש.

7. עדות המערער – המערער שב וחזר על הגרסה אותה מסר בתגובה לכתב האישום. על פי עדותו, במועד האירוע הוא ישן בחדרו. לדבריו, התקשר אליו אחיו בשלב מוקדם של הערב, והודיע לו שהוא מגיע לדירה עם שתי ידידות. המערער ביקש ממנו, לדבריו, שלא יפריע לו לישון משום שעליו לקום למחרת בבוקר לעבודתו, ואף סגר את דלת חדר השינה. המערער סיפר, כי בשלב כלשהו של הלילה פתחה המתלוננת את דלת החדר והעירה אותו, התיישבה על המיטה, והפצירה בו להצטרף אליה לסלון. לדבריו, בתחילה סרב, בטענה שהוא עייף וצריך לקום מוקדם בבוקר לעבודה, אך בסופו של דבר נאות להצטרף לחבורה שישבה בסלון ולצפות עימם בסרט, זאת בשל העובדה שאחיו אינו מגיע לביקורים תדירים משירותו הצבאי, וגם כדי לארח חברה לאחיו, לאלכס ולמתלוננת. לדבריו לא הכיר את אלכס קודם לכן, אך כשהגיע לסלון הבין שבין אחיו לאלכס יש קשר רומנטי כלשהו. לדבריו, הוא התיישב לצד המתלוננת, כשאחיו ואלכס ישבו יחדיו על ספה נפרדת. לגרסתו, "היא [המתלוננת – צ.ז.] שמה עלי את הרגל. באופן ספונטאני שמה עלי את הרגל. אני שמתי עליה את היד על הברך. והיה נראה כאילו אוירה כזאת הדרת" (עמ' 280, ש' 1-3 לפרוטוקול). המערער הוסיף, כי לאחר זמן מה, הלכו הוא והמתלוננת לחדר השינה, התיישבו על המיטה, והחלו להתנשק ולגעת זה בזו מתחת לבגדים, כשהמערער נוגע באיבר מינה של המתלוננת והיא נוגעת באיבר מינו. המערער המשיך ותיאר בעדותו, כי השניים קיימו יחסי מין בהסכמה, בין היתר, בתנוחה כשהמערער "על ארבע", אך באיזשהו שלב הפסיק ממעשיו כיוון שהתעייף. בחקירתו הנגדית הודה המערער בכך שהסיק מכניסת המתלוננת למיטתו, כי היא מעוניינת במגע מיני עימו, אך עמד על כך שהפסקת המגע המיני לא נבעה מהתנגדותה של המתלוננת, שכן: "אני יכול לחשוב מה שאני רוצה. אני בן אדם. אני האופי שלי גם אם היו לי יכול להיות מקרים שבחורה אומרת לי לא, אז מפסיקים ולא ממשיכים" (עמ' 295, ש' 17-18 לפרוטוקול). המערער הוסיף, כי מיד בתום יחסי המין יצאה המתלוננת מחדרו, אך לאחר מספר דקות שבה ואמרה לו שהיא הולכת, ובתגובה להייתה, השיבה לו: "כך טוב לי ללכת ... " (עמ' 281, ש' 6 לפרוטוקול).

8. עדותה של אלכס – העדה חזרה על תיאור האירועים שקדמו להגעתם של העדה, המתלוננת ושימי לדירת המערער. על פי עדותה, עם הגעתם לדירה, אמר להם שימי שאחיו ישן, והיא והמתלוננת הציעו להעירו. לגרסתה, שלושתם נכנסו לחדרו של המערער והעירו אותו. העדה סיפרה, כי קודם לכן, הציג שימי לה ולמתלוננת, תמונות שלו ושל בני משפחתו על גבי צג הטלפון הסלולארי, כולל תמונות של המערער. לדבריה, לאחר שהמערער התעורר, התנהלה בסלון שיחת חולין, והנוכחים צפו בטלוויזיה. בשלב כלשהו, המתלוננת התעייפה, ואז המערער אמר לה: "זה בסדר, לכי

לישון", והיא קמה ונכנסה לחדרו. לגרסתה, כעבור זמן מה, גם המערער נכנס לאותו החדר, ואילו היא ושימי נשארו בסלון ערים. לדבריה, לאחר כשעה יצאה המתלוננת מן החדר, ואז "ראיתי שמהו לא בסדר איתה. היא הסתכלה עלי במן מבט כזה מפחיד ... היא הייתה נראית נסערת, מבט כזה ... מבט נסער והיא נכנסה ישר לאמבטיה, אז ראיתי כאילו שמהו לא בסדר" (עמ' 113, ש' 17-18 לפרוטוקול). בשלב זה סיפרה כי דפקה על דלת חדר האמבטיה שבו הסתגרה המתלוננת, עד שלבסוף לאחר הפצרות, ניאותה המתלוננת לפתוח את הדלת. על פי העדות, המתלוננת הייתה כולה דומעת, נסערת, וכששאלה אותה מה קרה, היא לא ענתה לה, כי "פשוט הייתה חנוקה". לדבריה, חזרה ושאלה את המתלוננת מה קרה, והמתלוננת השיבה: "מה כבר נראה לך שיכול לקרות?". לדברי העדה, היא הבינה את משמעות התשובה, ואז שאלה את המתלוננת מדוע לא אמרה שום דבר ומדוע לא צעקה, והמתלוננת מצידה השיבה לה שהמערער סתם את פיה. אלכס המשיכה וסיפרה, כי לאחר שהמתלוננת שטפה את גופה ונרגעה, ביקשה המתלוננת לאסוף את חפציה וללכת מן המקום, ואלכס היא שהציעה למתלוננת ללכת לביתו של אדם, שנמצא במרחק הליכה מביתו של המערער. עוד ציינה אלכס בעדותה, כי בטרם יצאו מהדירה, נכנסה המתלוננת לחדרו של המערער, "צעקה עליו משהו", ויצאה בטריקת דלת. לדבריה, לא שמעה את תוכן הדברים.

9. עדותו של אדם – בעדותו תיאר אדם את ההתרחשות שהחלה מבחינתו לאחר שהמתלוננת ואלכס הגיעו לביתו עם עלות השחר לאחר האירוע. לדבריו, קיבל טלפון מאלכס, שנשמעה לו היסטורית, וביקשה להגיע עם המתלוננת לביתו. כשהגיעו אליו השתיים הבחין שהן "ממש שתי אנשים שבורים כאילו ... אתה רואה שתי בחורות במצב כזה, אתה לא צריך לדמיין הרבה" (עמ' 212, ש' 26-28 לפרוטוקול), ולכן הבין מיד שאנסו את המתלוננת. העד סיפר, כי המתלוננת הייתה מופנמת וסגורה בתוך עצמה, ומי שהסבירה לו את הדברים הייתה אלכס. לדבריו, המתלוננת לא הייתה מעוניינת להגיש תלונה והייתה היסטורית ומפוחדת, אך הוא שכנע אותה שהגשת תלונה "זה מה שיעשה לך טוב".

10. הודעתו במשטרה של שימי – מגרסתו של שימי במשטרה, שנמסרה יומיים לאחר האירוע, עולה, כי הוא הגיע בצוותא עם המתלוננת ואלכס לדירת המערער, לאחר בילוי משותף בפאב. לדבריו, המתלוננת שאלה מי בדירה, והוא השיב לה כי נמצאים שם אחיו ושותף נוסף. לגרסתו, המתלוננת ביקשה לראות תצלומים של המערער, והוא הציג לה תמונות שלו על צג הטלפון הסלולארי, "ואז היא התלהבה מהקטע חתיך גוף וזה" (ש' 5 להודעה במשטרה). לדבריו, המתלוננת אמרה שהיא הולכת להעיר את המערער,

על אף שהוא התנגד לכך. המתלוננת פתחה את דלת חדר השינה והתחילה להעיר את המערער, אשר בתחילה התנגד, בטענה שהוא עייף, אך בסופו של דבר, השתכנע לבוא ולצפות עמם בטלוויזיה בסלון. לגרסתו, הוא ישב עם אלכס, והמערער ישב עם המתלוננת, "וראיתי שאחד שם ידיים על השני וסבבה והיא לא אמרה כלום. הם התחילו להתמזמז על הספה והוא אמר לה שהוא הולך לישון, כי הוא צריך לקום מוקדם, ואחרי 5 דקות היא אמרה שגם היא הולכת לישון ונכנסה אליו לחדר, ואחרי 20 דקות אם לא יותר פתאום היא יצאה מהחדר והלכה לשירותים, וכשהיא יצאה היא קראה לאלכס, דיברו ביניהם, ואז שאלתי אותה מה קרה, כי היא עושה לי פרצוף שכאילו היא לא רוצה לדבר, ואז הם התלבשו ויצאו מהבית" (ש' 9-15 להודעה במשטרה). שימי נשאל במפורש, לשם מה העירה המתלוננת את המערער. לדבריו, "זה היה ברור הם התמזמזו בסלון גם ואמרה לי חתיך גוף אני רוצה להעיר אותו. אני חושב שהיא עשתה את זה כדי לשכב איתו, לכל דבר יש סיבה" (ש' 21-22 להודעה במשטרה). שימי הוסיף וציין, כי בשעה שהמתלוננת והמערער היו בחדר ביחידות, הוא ואלכס היו בסלון, וכי המרחק בין הסלון לבין חדרו של המערער הוא שלושה מטרים, כשהסלון מצוי ממש מול דלת החדר.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

11. כל חברי המותב בבית משפט קמא היו בדעה אחת, לפיה יריעת המחלוקת שבין הצדדים מצומצמת יחסית, שכן הן המתלוננת והן המערער מסכימים, כי התקיימו ביניהם יחסי מין מלאים. בהיעדר עדויות חיצוניות ישירות למהלך הדברים שהתרחשו בחדר השינה, ובהינתן מספר מצומצם של עדויות הנוגעות למעטפת החיצונית של ההתרחשות לפני ואחרי האירוע, בחנו כל חברי ההרכב בבית משפט קמא את האירוע כמקרה מובהק של גרסה מול גרסה. מהצד האחד, עומדת גרסת המתלוננת, כי מדובר במעשה אונס שבוצע בגופה ללא הסכמתה. לטענתה, התכוונה באופן תמים לישון במיטתו של המערער, ועל אף שלדבריה הבהירה למערער מראש שאיננה מעוניינת בקשר מיני עימו, התעוררה משנתה עקב העובדה שהמערער החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה, ובהמשך שכב על גופה, והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, תוך שהיא מביעה את התנגדותה. מנגד, עומדת גרסתו של המערער, לפיה אמנם התקיימו יחסי מין מלאים בינו לבין המתלוננת, אך אלו היו בהסכמה, ואף מתוך רצון ויוזמה של המתלוננת.

12. דעת הרוב בבית משפט קמא (מפיו של כבוד השופט הכהן, אליו הצטרף כבוד השופט סגל), נתנה אמון בעדותה של המתלוננת, וקבעה שמדובר בעדות קוהרנטית,

עקבית ומשכנעת. לעניין זה הוסיפה דעת הרוב (פסקה 72 לחוות דעתו של השופט הכהן), כי:

“המתלוננת העידה עדות רציפה וברורה. היא לא ניסתה להתחמק מהתמודדות עם סתירות ותהיות שהוצגו לה בתוך גרסתה, אולם הגרסה הכוללת שהציגה – נשמעה אמיתית ואמינה”.

שופטי הרוב קיבלו את גרסת המתלוננת, כי העובדה, שעם הגעתה לדירה החליפה את בגדיה לחולצת טי-שירט ולתחתוני בוקסר, לא הייתה בגדר הזמנה לקיום יחסי מין. בהקשר זה, קבעה דעת הרוב, כי מתקבלת על הדעת גם גרסת המתלוננת, לפיה החלטתה להעיר את המערער, לאחר שצפתה בתצלומים, לא נבעה מכוונה מינית. דעת הרוב קבעה בנוסף, כי המתלוננת הציגה עמדה עקבית, לפיה הבהירה מראש, כשהוברר לה שהאופציה היחידה לשינה היא בחדרו ובמיטתו של המערער, שהיא אינה מעוניינת בקשר מיני איתו. דעת הרוב גם קיבלה את הכחשתה הקטגורית של המתלוננת לטענה, שקודם לכניסתה לחדר השינה, היה שלב של התגפפות בינה לבין המערער בסלון. עוד נקבע, כי המתלוננת הציגה באופן משכנע את הסיבה לכך שלא התנגדה בהרמת קול למעשיו של המערער, על אף שלדבריה הבהירה למערער, באמצעות מחוות מילוליות ופיזיות, באופן ברור וחד-משמעי, שהיא מתנגדת למעשים. דעת הרוב ציינה, כי בהתחשב בהקשר החברתי שבו קרה האירוע, שבו נמצאים מעבר לקיר אלכס ואחיו של המערער, שהיו שניהם חברים קרובים של המתלוננת, הסברה של המתלוננת מדוע החליטה שלא לצעוק, נשמע כן ואותנטי, וזאת אף אם נאנסת אחרת באותה סיטואציה הייתה מגיבה בצורה שונה.

דעת הרוב הייתה ערה לסתירות ולא-דיוקים בעדותה של המתלוננת, וביניהם, למשל, העובדה שהמתלוננת סיפרה לאלכס, כבר בחדר האמבטיה, מיד לאחר האירוע, שהמערער סתם את פיה, גרסה שלבסוף אף המתלוננת חזרה ממנה; כמו גם לעובדה שהמתלוננת הכחישה את הדברים שיוחסו לה על ידי החוקרת שתיעדה את השיחה עמה בעת שהגיעה למסור את תלונתה, ולפיהם המתלוננת לא הייתה מעוניינת בהגשת התלונה, ועשתה זאת אך מפאת הלחץ של חבריה. עם זאת, קבעה דעת הרוב, כי אין בתמיהות שהתעוררו כדי לערער את אמינות גרסתה של המתלוננת ולפגום במהימנותה. בנוגע לחלק מהסתירות קיבלה דעת הרוב את הסבריה של המתלוננת בעדותה, ואילו אי-דיוקים אחרים יושבו על ידי דעת הרוב על רקע מכלול הראיות, וכתוצאה מהחלת מבחן גמיש כנהוג לגבי סתירות המתגלות בעדויותיהן של נפגעות עבירות מין. דעת

הרוב גם דחתה את עמדת המערער, כי העובדה שעדות המתלוננת דלה בפרטים על שהתרחש בחדר השינה מטילה בספק את מהימנותה.

דעת הרוב אף קיבלה את עדויותיהם של אלכס ואדם כעדויות אמת, והוסיפה וציינה, כי העדויות בנוגע להתרחשויות שקדמו לאירוע בחדרו של המערער ולא לה שהתחרשו מיד אחריו, חיזקו את גרסת המתלוננת. כך, למשל, הפנה השופט הכהן לעובדה שאלכס שללה בעדותה בבית המשפט את האפשרות שהיה מגע גופני בין המתלוננת לבין המערער בעודם בסלון. בנוסף לכך, ואף שהחוק אינו מחייב עוד תוספת ראייתית לעדות יחידה בעבירת מין על מנת להרשיע נאשם, קבעה דעת הרוב, כי יש לראות בעדויות על מצבה הנפשי של המתלוננת לאחר האירוע חיזוק ראייתי לגרסתה.

דעת הרוב לא התעלמה מכך שאופן הטיפול בתלונה, כולל העובדה שהתיק נסגר ונפתח מחדש עקב עררה של המתלוננת, ורק לאחר פתיחתו נגבו עדויותיהם של אלכס ואדם, בחלוף מספר חודשים, אינו מצב רגיל. יחד עם זאת, נפסק כי אין חשש ל"זיהום" עדויותיהם של אלכס ושימי, גם בהינתן שעדים אלה שוחחו ביניהם.

13. נקבע, כי גרסתו של המערער מעוררת תמיהות ופירוכות ואינה ראויה לאמון. בכל הנוגע לקביעת ממצאים בעניין מהימנות גרסתו של המערער, ציינה דעת הרוב, כי קיימת חשיבות רבה לפערים שבין אמרתו של המערער במשטרה לבין עדותו בבית המשפט, לגבי האירועים שקדמו להתייחדות עם המתלוננת בחדרו ולגבי המהלכים שהובילו למגע המיני. דעת הרוב הדגישה, כי התיאור אודות ההתגפפות המוקדמת בין המערער לבין המתלוננת בעת שישבו בסלון, תיאור אשר נעדר מאמרת המערער במשטרה, הוסף באופן מחשיד בעדותו של המערער בבית המשפט, על מנת להתאימה לגרסתו של שימי. בהתייחסה לכך ציינה דעת הרוב, כי יש בכך כדי להצביע על ניסיון ברור של המערער להציג את המתלוננת כפתיינית, וכמי שהתכוונה כבר בשלב מוקדם לקיים עמו יחסי מין. דעת הרוב התקשתה לקבל את הסברו של המערער לפיה הפסיק בצורה פתאומית את המגע המיני עם המתלוננת, בטרם הגיע לסיפוקו, רק משום שהיה עייף. שופטי הרוב סברו, כי ההפסקה הבלתי מוסברת של המגע המיני על ידי המערער ואי השימוש בקונדום על ידו, מתיישבים דווקא עם גרסת המתלוננת, לפיה היא הביעה התנגדות נמשכת לחדירה לגופה. בנוסף, זקפה דעת הרוב לחובתו של המערער, את העובדה שהציג מניעים שונים לגבי הסיבות שהובילו את המתלוננת להגיש נגדו תלונה, וקבעו כי הסבריו תמוהים ואינם מתקבלים על הדעת.

עוד נקבע, כי על פי ההסדר הדיוני שבמסגרתו הוגשה הודעתו של שימי במשטרה, הסכימה המשיבה שלא להעלות טענות כנגד אי-הזמנתו של שימי לעדות, אך ורק לגבי האירועים שהתרחשו בדירה עצמה והמתוארים בהודעה. בהתאם לכך, מצאה דעת הרוב סתירה בין עדותו של שימי במשטרה לבין עדויותיהם של המתלוננת, אלכס ואדם, בקשר להתקשרויות טלפוניות שנעשו על ידו לאחר האירוע. דעת הרוב סברה, כי דבריו של שימי מצביעים על מגמתיות ברורה מצידו לתמוך במערער, ואף לייצר עבורו גרסה, ומשכך הם מטילים צל כבד של חוסר אמינות על עדותו.

14. בסופו של יום, מצאה דעת הרוב, כי נתמלאו יסודות עבירת האינוס. נקבע, כי מחובתו של המערער היה לוודא מראש שהמתלוננת מעוניינת לקיים עימו יחסי מין, גם בהנחה שפירש את העובדה שנכנסה לישון במיטתו כרמיזה מינית. משכך, ואף שלא יוחס למערער זדון מכוון מראש, קבעה דעת הרוב, כי המערער חטא ב"עצימת עיניים" מובהקת למצבה האמיתי של המתלוננת, שהתנגדה, או למצער לא הביעה את הסכמתה המפורשת, לקיום יחסי המין.

15. שופט המיעוט (כבוד השופט דרורי) החליט שלא להרשיע את המערער מחמת הספק. אל מול נקודת המוצא של דעת הרוב כפי שהוצגה בדבריו של אב-בית-הדין כבוד השופט סגל, לפיה "גרסאות השניים מנוגדות באופן אשר האחת אינה מאפשרת את קבלת רעותה מבלי להביא בכך לאובדן מוחלט של מהימנות האחרת", קבעה דעת המיעוט, כי אין מדובר בסתירה חזיתית לכל אורך האירוע, אלא רק ביחס להתרחשות בחדר השינה. השופט דרורי התקשה לקבל את הקביעה שעדותו של המערער הייתה בלתי אמינה, לאחר שהתרשם מעדותו בבית המשפט ומצפייה בקלטת המתעדת את חקירתו במשטרה. נוכח האמור הגיעה דעת המיעוט למסקנה, כי אינה יכולה להכריע בין גרסת המתלוננת לגרסת המערער, ולכן קבעה שיש לזכות את המערער מחמת הספק.

16. בגזר הדין עמדו שופטי הרוב על נסיבותיו האישיות של המערער, אשר נעדר עבר פלילי קודם, ושלאחר האירוע הקים תא משפחתי, ואף נולד לו בן. דעת הרוב סברה, כי נסיבות הפרשה דנן אינן נמצאות בחלק החמור ביותר בסקאלת החומרה של עבירות האונס, וכי נוכח קיומם של מספר שיקולים, יש מקום לחריגה מרף הענישה המינימאלי. משכך, גזרה דעת הרוב על המערער שלוש שנות מאסר בפועל; שנה מאסר על תנאי, שלא יעבור תוך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר כל עבירת מין מסוג פשע; ובנוסף חויב המערער בפיצוי המתלוננת בסך 10,000 ש"ח. מנגד, הסתייגה דעת

המיעוט מגזר הדין שנקבע על-ידי הרוב, וביקש לגזור על המערער 12 חודשי מאסר, מתוכם 6 חודשי מאסר שירוצו בעבודות שירות ו- 6 חודשי מאסר על תנאי, ובתוספת פיצוי המתלוננת בסך 50,000 ש"ח.

נימוקי הערעור

17. המערער פירט את השגותיו נגד הרשעתו ונגד חומרת העונש שהוטל עליו בהרחבה, ותמציתן תוצג להלן. המערער טוען, כי לא נמצא יסוד מספיק להרשעתו בעבירת האינוס. לטענת המערער, בעדותה של המתלוננת התגלו סתירות רבות, ועל כן עדות זו בעייתית, והיה אסור לה שתשמש בסיס להרשעה. כך, למשל, מפנה המערער לסתירה החזיתית בשאלה מדוע לא צעקה המתלוננת או הרימה את קולה. בעוד שבמועד האירוע השיבה המתלוננת לאלכס, כי המערער סתם את פיה, הרי שבעדותה חזרה בה מגרסה זו, וטענה כי לא צעקה מרוב בושה. המערער מפנה גם לעובדה שהמתלוננת טענה, כי דברים שנרשמו על ידי חוקרת המשטרה, בנוגע לחוסר רצונה למסור תלונה, לא נאמרו על ידה. המערער מוסיף וטוען, כי תיאור המתלוננת את מהלכי המגע המיני בחדר השינה היה דל, כללי ושטוח, באופן שהקשה על הפרכת גרסתה. עוד טוען המערער, כי דעת הרוב התאמצה למצוא הסברים לכל הפירוט שבגרסת המתלוננת, אף שלעיתים להסברים אלה כלל לא נמצאו סימוכין בעדותה. בנוסף נטען על ידי המערער, כי כיוון שטענותיו מכוונות כלפי הסקת המסקנות של דעת הרוב בבית משפט קמא, הרי שאין לערכאה הדיונית יתרון של ממש על ערכאת הערעור, שכן מדובר במסקנות שבהיגיון.

המערער מפנה לעובדה ששימי, שהיה רשום ברשימת עדי התביעה, לא נחקר על דבריו, זאת משום שהודעתו במשטרה הוגשה בהסכמת הצדדים, חלף עדותו בבית המשפט. משום כך טוען המערער, היה על בית המשפט לקבוע שאין מחלוקת בין הצדדים באשר לאמיתות תוכן הודעתו של שימי, ולראות בעובדות המפורטת בה כ"מוסכמות". לחלופין, טוען המערער, היה על בית המשפט לקבוע שהמשיבה נמנעה מחקירה נגדית של עד הגנה על כל המשתמע מכך. בין כך ובין אחרת טוען המערער, שדעת הרוב שגתה כאשר זקפה לחובתו את העובדה שההגנה לא טרחה לזמן את שימי כעד הגנה, וכאשר לא ייחסה כל חשיבות לעדותו של שימי בסוגיה המרכזית של ההתגפפות בין המערער לבין המתלוננת בסלון הדירה.

לטענת המערער, שגתה דעת הרוב בכך שקבעה ממצאים עובדתיים על יסוד עדויותיהם של אלכס ואדם, וזאת למרות שהוכח שהעדויות נגועות בסתירות ואי-

דיוקים, וחרף החשש הכבד שעלה מפני "זיהום" נוכח העובדה שגרסתם לאירוע נמסרה רק כעבור מספר חודשים. בהקשר זה מפנה המערער להכחשותיהם של אלכס ואדם את עדויות השוטרים בנוגע לכך שנמנעו מלמסור את גרסתם סמוך לאחר האירוע. עוד טוען המערער, כי חוסר יכולתה של המשיבה לגייס את אם המתלוננת, אשר הוכח שהגיעה עם המתלוננת לתחנת המשטרה ימים לאחר האירוע, היא כשלעצמה מעוררת ספק רב באמיתות הטענה לגבי "השינוי בהתנהגות המתלוננת" לאחר האירוע.

לעניין העונש, מפנה המערער לכך שדעת הרוב קבעה, כי המערער חטא ב"עצימת עיניים" כיוון שלא קיבל את הסכמתה המפורשת של המתלוננת לקיום יחסי המין. בהינתן נסיבות אלו, סבור המערער שמן הראוי לאמץ את דעת המיעוט באשר לעונש ממכלול הנימוקים שהובאו על ידה. עוד מוסיף המערער, כי על אף עמדת דעת הרוב, לפיה מדובר במקרה בו ראוי לחרוג לקולא מעונש המינימום הקבוע בחוק, לא נעשה כן בגזירת דינו של המערער.

תגובת המשיבה

18. המשיבה גורסת, כי מרבית טענות המערער נוגעות לממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו בדעת הרוב, ובחלקם אף פה אחד, ומכאן שדינן להידחות. כמו כן, טוענת המשיבה, כי על אף שיריעת המחלוקת לגבי עבירת האינוס מתמקדת בסוגיית ההסכמה מצד המתלוננת לקיום יחסי המין, דעת הרוב ביססה את הרשעת המערער על פסיפס ראייתי, שחלקו הארי אינו מוסכם על ידי המערער, ולכך יש השלכה ישירה על עוצמת הראיות שעמדו נגדו.

לטענת המשיבה קבעה דעת הרוב ממצאי מהימנות ברורים על סמך התרשמותם של השופטים מהמתלוננת ומהמערער, וזאת תוך מודעותם לסתירות בעדות המתלוננת, כפי שנפרשו, בין היתר, בחוות דעתה של דעת המיעוט. על פי המשיבה, גם דעת המיעוט לא התרשמה לשלילה מאופן מתן עדותה של המתלוננת, אלא מסתירות שונות שנתגלו בה, ואשר ניתן להן מענה בחוות דעת הרוב. עוד מוסיפה המשיבה וטוענת, כי מעיון בהכרעת הדין עולה, כי דעת הרוב ביססה את קביעותיה על שורה של אדנים שתמכו בגרסתה של המתלוננת, נוכח העובדה שעדותה של המתלוננת אינה ניצבת לבדה אלא נתמכת בראיות חיזוק.

לעמדת המשיבה, שגתה דעת המיעוט בקביעותיה ובתמיהות שהעלתה בחוות דעתה. לגרסת המשיבה, התשתית הראייתית בעניינו של המערער, כפי שפורטה

בהרחבה בדעת הרוב, מבססת היטב את יסודותיה העובדתיים והנפשיים של עבירת האינוס. ואילו לעניין העונש, סבורה המשיבה, כי בהינתן מכלול נתוניו של המערער, גזר בית המשפט, בדעת רוב, עונש מאוזן ומדוד, וכי בנסיבות אלה, אין מדובר בעונש חמור יתר על המידה, ובוודאי לא עונש המצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור.

דיון והכרעה

19. לאחר שעיינתי בפסיקת בית משפט קמא, ובראיות השונות, כולל, בין היתר, בסרט אשר מתעד את חקירת המערער במשטרה, ולאחר שמיעת טיעוני הצדדים בדיון שנערך לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה, כי יש לקבל את הערעור, ולזכות את המערער מחמת הספק מהאישום נגדו, וכך אמליץ לחבריי לעשות.

על ממצאי עובדה ומהימנות – כללי

20. אמנם, הלכה היא שאין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בממצאי העובדה והמהימנות אותם קבעה הערכאה הדיונית, אשר שומעת ומתרשמת מהעדויות באורח ישיר ובוחנת את מכלול הראיות באופן בלתי אמצעי (ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל פ"ד נד(4) 632, 640 (2000) (להלן: עניין יומטוביאן); ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.9.2011)). בהקשר זה העיר השופט זמיר:

"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'" (עניין יומטוביאן, בעמ' 644).

ברם, כלל אי-ההתערבות אינו כלל בל-יעבור, ומצויים לו יוצאים מן הכלל. ערכאת הערעור רשאית לבחון ממצאי עובדה ומהימנות, ואף להסיק מהראיות מסקנות שונות ממסקנותיה של הערכאה הדיונית, כפי שנקבע בסעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). כך נקבע, כי במקרים חריגים יש שערכאת הערעור תתערב בממצאי מהימנות, ויפיים לעניין זה דברים שכתב המשנה לנשיא השופט ש' לרין:

"כלל אי-ההתערבות אינו כלל הרמטי. השאלה ששופט בית-משפט שלערעור צריך להציג לעצמו היא מהו המשקל שיש ליחס לשיקולי ההתרשמות של הערכאה

הראשונה, וכרגיל שיקולים אלה עשויים להיות מכריעים. אך לעיתים נדירות שזורים ממצאי העובדה של הערכאה הראשונה לא רק בשיקולי התרשמות אלא גם בשיקולים שבהיגיון. 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. כמו במקרים אחרים גם כאן השאלה היא שאלה של איזון בין מימצאים של התרשמות לבין מימצאים של היגיון" (עניין יומטוביאן, בעמ' 640).

כיוון שההלכה, לפיה אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעת ממצאי עובדה ומהימנות, מבוססת על יתרונה של הערכאה הדיונית, הרי שבמקום בו יתרון זה מתבטל או מצטמצם, עשויה ערכאת הערעור להתערב ביתר קלות בממצאי עובדה ומהימנות. הדבר נכון למצב בו קביעת הממצאים על ידי הערכאה הדיונית מבוססת על שיקולי סבירות או היגיון (עניין יומטוביאן, בעמ' 645-644); או כשמדובר בהתרשמות מחפץ, מסמך או עדות מצולמת, מה שמאפשר לערכאת הערעור להתרשם לא פחות טוב מן הערכאה הדיונית (ע"פ 3250/10 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.1.2012), פס' 30 לפסק דינה של השופטת ארבל (להלן: עניין פלוני)). בנוסף, נקבע בפסיקה כי כלל אי-ההתערבות לא יחול גם במקרים בהם "נפלו טעויות של ממש באופן הערכת המהימנות; או באותם מצבים בהם שוכנעה ערכאת הערעור כי הערכאה המבררת לא יכולה הייתה לקבוע את הממצאים שנקבעו" (עניין פלוני, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניט).

21. כשמדובר בעבירות מין, גובר משקל ההתרשמות הבלתי אמצעית מהעדים, במיוחד מקום שפרט לעדויות המעורבים, לא הוצגו לבית המשפט ראיות נוספות, או שהראיות הנוספות אינן בעלות משקל רב לצורך קביעת ממצאי עובדה בנוגע להתרחשות הפלילית. במקרים אלה, העבירה מבוצעת פעמים רבות בחדרי חדרים, כשרק המעורבים הישירים למעשים יכולים להעיד עליהם ועקב כך נדרש בית המשפט ליחס משמעות מיוחדת לעדויות הנאשם והקורבן, שהרי רק על פיהן ניתן יהיה לחרוץ את הדין (עניין פלוני, פסקה 28 לפסק דינה של השופטת ארבל).

בנוסף, ההתרשמות הבלתי אמצעית מהעדים מאפשרת לערכאה המבררת, בעיקר כשמדובר בעדויות על אירועים טראומטיים באופיים, להגיע לממצאי מהימנות. בעניין זה נפסק באחת הפרשות מפי השופטת חיות, כדלהלן:

"במקרה כזה, מעצם טיבו, עוסקת העדות בנושא שהוא טראומטי ואינטימי כאחד, ולפיכך מתעורר לעיתים קושי במתן עדות ברורה ורהוטה. בנסיבות כאלה הטון, אופן הדיבור, שפת הגוף וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן - כל אלה מקבלים משקל חשוב עוד יותר" (ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, 425-426 (2004)).

22. אלא שבצד מגמה זו, של צמצום היקף ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות כשמדובר בעבירות מין, וזאת נוכח אופיין המיוחד של העדויות הנמסרות בפרשות אלה, ניצב קושי שמקורו בביטול הצורך בהבאת תוספת ראייתית לעדות קורבן העבירה, כמפורט להלן. כלל זה של דיני הראיות מעצים את החשש להרשעת חף מפשע ומשליך על אופי הביקורת שתופעל על ידי ערכאת הערעור.

סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) קובע, כי לצורך הרשעה על בסיס עדות יחידה בעבירת מין לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, נדרש בית המשפט לנמק מה הביאו להסתפק בעדות היחידה ואין עוד צורך בתוספת ראייתית לאותה עדות כדי שניתן יהיה להרשיע על פיה. כמובן שאם ניתן להסתמך על ראיות חיצוניות התומכות בהתרשמות בית המשפט ממהימנות העד, מתמלאת דרישת ההנמקה (ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל פ"ד נו(6) 205, 216 (2002) (להלן: עניין נור); יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 223 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009) (להלן: קדמי)).

בית משפט זה כבר עמד לא אחת על חובת הזהירות המוטלת על שופט שעה שהוא ניצב בפני מצב של עדות יחידה מול כפירת נאשם (ע"פ 509/76 צטיס נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 733, 735 (1977); ע"פ 6378/95 ברוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 278, 283 (1996); עניין נור, בעמ' 216; קדמי, בעמ' 224). בעניין פלוני מתח השופט (כתוארו אז) גרוניס ביקורת על יישומה של הלכת אי-ההתערבות בממצאי עובדה ומהימנות בהתייחס לעבירות מין (עניין פלוני, פס' 7-9 לפסק דינו של השופט גרוניס). על פי גישתו, השילוב שבין ההחלה המוגברת של כלל אי-ההתערבות מצד ערכאת הערעור בעבירות מין, לבין ההקלה הראייתית שמעניק סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות בהרשעת עברייני מין, מגביר את הסיכון של הרשעות שווא, ומכאן שההסתפקות בדרישת ההנמקה לפי סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות מחייבת "שערכאת הערעור תבחן דווקא בקפדנות יתרה את מסקנותיה של הערכאה הדיונית" (עניין פלוני, פס' 9 לפסק

דינו של השופט גרוניס, ההדגשה במקור). יפים לעניין זה גם דברים שכתב באחת הפרשות השופט ג'ובראן:

"... מעולם לא נבצר מבית-משפט שלערעור להתערב אף בעניין של הערכת עדויות, כאשר הערכה זו יסודה היה בשיקולים המתעלמים מגורמים שהיה מקום לייחס להם משקל, או כאשר אי-מהימנותו של עד בולטת לעין, במקרה זה אין בית-המשפט לערעורים רשאי לעצום את עיניו ולקבל את מסקנתו המוטעית של השופט כדבר שאין לערער עליו... ובייחוד נכונים דברים אלה, כאשר מדובר בעדותו של עד יחיד במשפט... טעות בולטת זו בהערכת מהימנות העד יש שהיא נובעת, מנסיבותיו המיוחדות של העניין, מתכססיו ומתחבולותיו של העד, שיש שבית-המשפט נופל להם קורבן דווקא משום מגעו הישיר והבלתי אמצעי עם העד" (ע"פ 10049/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 385, 408 (2004)).

כפי שצינתי לאחרונה בעניין אחר (ע"פ 5484/11 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.4.2012)), כשלעצמי, אינני סבור שיש סתירה קוטבית בין האמירה, שלפיה כלל אי-ההתערבות חל ביתר שאת לגבי הערכת העדויות בעבירות מין, לבין הדרישה, שבמקרים אלה תבחן ערכאת הערעור בקפדנות יתרה את מסקנות הערכאה הדיונית. בחינה קפדנית של המסקנות, אין פירושה, בהכרח, מידת התערבות רבה בממצאי מהימנות. אכן, מטבע הדברים שכאשר עסקינן באירוע שהתרחש בחדרי חדרים, אין מנוס מהתייחסות מיוחדת ומוגברת להתרשמות בלתי אמצעית של בית המשפט מהעדים, זאת בהעדר אפשרות להיעזר בנתונים ראייתיים משמעותיים נוספים. מבחינה זו, פשיטא, שכאשר ערכאת הערעור אינה יכולה להתרשם מהעדות בדרך האמורה, בפועל היא תתקשה להעריך ולבקר את ממצאי המהימנות אליהם הגיעה הערכאה המבררת. ואולם, אין בכך כדי לפטור את ערכאת הערעור מלבחון בדקדקנות ובקפדנות מיוחדות את מסקנות הערכאה המבררת, דווקא משום שניתן בידה של האחרונה "כוח" רב במיוחד, להרשיע אדם על יסוד עדות יחידה ללא תוספת ראייתית. בחינה קפדנית זו יכולה להיעשות גם כאשר היכולת להתערב בממצאי מהימנות המבוססים על התרשמות בלתי אמצעית מצומצמת. ואכן, אחת מתוצאות הקביעה, לפיה הבחינה הערעורית אמורה להיות קפדנית במיוחד, היא הגברת היקפה של חובת ההנמקה החלה על הערכאה הדיונית, מה שממילא מתחייב מהוראת סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות ומהפסיקה שהובאה לעיל. אי עמידה מלאה בחובת ההנמקה עלולה לשלול מערכאת הערעור את יכולתה לבחון בדקדקנות את מסקנות בית המשפט ששמע את העדים.

23. במקרה דנן הנני סבור, כי שיקולי סבירות והיגיון העולים למקרא גרסאותיה של המתלוננת, והצלבתם מול גרסת המערער, יחד עם כלל נסיבות האירוע וההתרחשות לפניו ואחריו, ובהתייחס לגורמים נוספים שהיה מקום לייחס להם משקל – מובילים למסקנה, שאין בתשתית הראייתית כדי להוכיח את אשמתו של המערער מעבר לספק סביר.

האירועים בסלון הדירה – המשקל הראייתי של הודעתו של שימי

24. דעת הרוב קבעה, על סמך עדות המתלוננת, שאליה הצטרפה עדותה של אלכס, כי בשלבים המוקדמים של האירוע, כאשר שהו המערער, המתלוננת, שימי ואלכס בסלון הדירה – לא הייתה התגפפות מינית בין המערער לבין המתלוננת, וכי השניים רק ישבו זה לצד זה וצפו בסרט. כאמור לעיל, קביעה זו מנוגדת לגרסה שהציג המערער. בהקשר זה, נחלקו שופטי ההרכב בבית משפט קמא בנוגע לנפקות הראייתית ולמשקלה של הודעתו של שימי במשטרה, שהוגשה בהסכמת הצדדים עם סיומה של פרשת ההגנה. נושא מרכזי בהודעה זו הוא שהמערער והמתלוננת החלו לגעת זה בזה ככר בהיותם בסלון. דעת המיעוט הייתה סבורה, כי מבחינה דיונית, לאור הסכמת המשיבה שלא לחקור את שימי בחקירה נגדית, יש לקבל כנקודת מוצא את דבריו בהודעתו במשטרה לפיהם "התמזמזו" המתלוננת והמערער בסלון. מנגד, דחתה דעת הרוב את עדותו של שימי. דעת הרוב קבעה, כי עצם העובדה שההודעה התקבלה כראיה בהסכמת המשיבה, אינה מחייבת את בית המשפט לקבלה בהכרח כעדות אמת ולקבוע ממצאים על פיה לגבי ההתרחשויות המוקדמות בסלון הדירה. דעת הרוב הייתה סבורה, כי עדותו של שימי צריכה להישקל ככל עדות אחרת, כאילו עמד על דוכן העדים ולא נחקר נגדית, תוך עימותה עם יתר הראיות בתיק. יחד עם זאת, זקפה דעת הרוב לחובת ההגנה את העובדה שלא טרחה לזמן את שימי כעד הגנה על מנת להזים את הסתירות שבין גרסתו לבין גרסת עדי התביעה האחרים. בהקשר זה, הצביעה דעת הרוב על המלאכותיות והמגמתיות שבגרסתו של שימי, ועל כך שדבריו עומדים בסתירה לגרסתם של המתלוננת ואלכס, ואף אינם נתמכים בגרסת המערער עצמו בעת חקירתו במשטרה (זאת להבדיל מעדותו בבית המשפט).

25. למשקל הראייתי שניתן להודעתו במשטרה של שימי חשיבות מרכזית בבחינת מהימנות גרסאות הצדדים, וזאת במיוחד נוכח העובדה שבנקודה זו עומדות גרסאות המערער והמתלוננת בסתירה חזיתית, כך שקביעה המחזקת את האחת, מובילה בהכרח להחלשתה של האחרת. בהקשר זה יודגש, כי אינני מקבל את ניסיונו של הסנגור לראות בהתנהגותה של המתלוננת, עובר לכניסתה לחדרו של המערער, ראיה להסכמתה לקיום

יחסי המין. התנהגות מתירנית או הסכמה לקרבה גופנית מסוגים שונים אינם מצביעים על הסכמה לבעילה (ע"פ 238/08 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.4.2010), פס' מה-מו לפסק דינו של השופט רובינשטיין), ומן הראוי לשוב ולהזכיר בעניין זה את דבריו של הנשיא שמגר בפרשה שעסקה באונס בקיבוץ שמרת:

"הסכמה להתעלסות (נשיקות וחיבוקים) אינה *ipso facto* גם הסכמה לבעילה ואינה מונעת הבעת אי-הסכמה לבעילה... אישה האומרת "לא" – מבטאת אי-הסכמה, ויש לפרש את התיקון הנ"ל לחוק כרצון להשתחרר, לעניין העבירה התדירה והחמורה שלפנינו, מדפוסי מחשבה שנושנו" (ע"פ 5612/12 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 347 (1993) (להלן: פרשת בארי)).

26. כפי שהוסבר בתחילת הדברים, שימי, שהיה רשום ברשימת עדי התביעה, לא נחקר בבית המשפט וזאת משום שהודעתו במשטרה הוגשה בהסכמת הצדדים בתום פרשת ההגנה. עיון בפרוטוקול הדיון מלמד על השתלשלות הדברים והוא בעל חשיבות להבנת המשמעות הראייתית (עמ' 276; 303-305; 315-316 לפרוטוקול). כך, למשל, ניתן להבין מהפרוטוקול ששימי לא זומן לישיבת ההוכחות האחרונה, וההצעה להגיש את אמרתו על ידי בא-כוח המערער נבעה, בין היתר, מהרצון להימנע מהתמשכות ההליך. עוד ניתן ללמוד, כי היה זה בית המשפט שסבר שבנסיבות העניין אין באפשרותה של באת-כוח המשיבה להעמיד את שימי לחקירה נגדית כיוון ששמו היה כלול מלכתחילה ברשימת עדי התביעה.

לא ניתן לשלול את האפשרות שהכללתו מלכתחילה של שימי כעד ברשימת עדי התביעה בטעות יסודה, שכן כבר מקריאת הודעתו במשטרה עולה בבירור שלא הייתה צומחת למשיבה כל תועלת מעדותו כעד מטעמה. בין כך ובין אחרת, משוויתרה המשיבה על הזמנתו של העד, זכאית הייתה הסנגוריה לזמנו מטעמה כעד הגנה מכח האמור בסעיף 178 לחוק סדר הדין הפלילי:

"לא קרא התובע לעד שצויין כעד התביעה בכתב האישום, והנאשם קרא לעד להעיד, רשאי בית המשפט להרשות לנאשם לחקור את העד בחקירה ראשית כאילו היתה חקירה שכנגד ולקבוע סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים".

מכאן, שכאשר עד מופיע ברשימת עדי התביעה שבכתב האישום אך התביעה מוותרת על העדתו, והנאשם קורא לו להעיד מטעמו, תהא זו, מן הבחינה הדיונית –

חקירה ראשית (קדמי, בעמ' 1906, 1939; יעקב קדמי סדר הדין בפלילים 925 (מהדורה מעודכנת, 2009)). בסיטואציה דומה דן הנשיא שמגר בע"פ 666/86 סוכנות בר"ש בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.2.1987), פס' 6 לפסק הדין:

"אולם, כפי שמסתבר על פי דבריה של גב' לאה מרגלית, הפרקליטה המלומדת מטעם המדינה שהופיעה בפנינו, התברר לאחר מכן, היינו אחרי תחילת המשפט ותוך כדי שיחות איתו, כי לא תצמח לתביעה תועלת מהופעתו ואז היא הודיעה על הויתור עליו כעד תביעה. בנסיבות כגון אלה חל האמור בסעיף 178 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ד-1982 בו נאמר כי אם לא קרא התובע לעד שצויין כעד התביעה בכתב האישום והנאשם קרא לעד להעיד, רשאי בית המשפט להרשות לנאשם לחקור את העד בחקירה ראשית כאילו היתה חקירה שכנגד, ולקבוע סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים. לשון אחר, הסניגוריה היתה יכולה להמצא במצב, שהוא נוח יחסית, ואשר בו היא יכולה לחקור את העד כאילו היה מדובר בחקירת שתי וערב ולא להיות מוגבלת בהגבלות, החלות כאשר העד מופיע מטעמה. היה בכך במידה רבה כדי להשוות מצבה של הסניגוריה לזה בו היתה נמצאת לו היה העד מוזמן כעד מטעם התביעה והיה נחקר תחילה בחקירה ראשית, על ידי התובע. זו גם המגמה המונחת ביסוד ההוראה הנ"ל שבסדרי הדין הפליליים, הבאה למנוע מן התביעה רכישת יתרון בלתי הוגן על ידי קביעה מלאכותית של פלוני כעד תביעה כביכול, כאשר אין כוונה כנה לעשות כן. אין, מאידך גיסא, לראות פגם בכך אם שמו של העד מוזכר בכתב אישום ליתר בטחון בשלב בו התביעה טרם גיבשה דעתה באופן סופי, אם היא אכן מתכוונת להזמין את העד."

ואכן, בא-כוחו של המערער עשה שימוש בזכותו המוזכרת לעיל, אלא שבמקום העלאתו של שימי על דוכן העדים וחקירתו בחקירה ראשית, הגיע להסכמה עם המאשימה להגיש את אמרתו במשטרה בהסכמה. במצב דברים זה, סבורני, כי רשאית הייתה המשיבה לחקור את העד בחקירה נגדית, אילו רצתה בכך, והיה על באת-כוח המשיבה לעמוד על זכותה זו. המשיבה לא הייתה חייבת להסכים להגשת הודעתו של שימי ללא חקירתו הנגדית, וככל שבית המשפט הביע דעתו שלא עומדת לה זכות זו, ניתן היה לנסות לשכנעו לשנות דעתו, תוך הפנייה להוראת סעיף 178 לחוק סדר הדין הפלילי (המ' 217/75 מלקי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 493 (1975); קדמי, בעמ' 1937; ראו גם: McCormick on Evidence, Vol. 1 §19, p. 91 (John W. Strong ed., 1937); 5th ed., 1999 (McCormick)). מכל מקום, משסכימה המשיבה להגשת הודעת

שימי ללא חקירתו הנגדית, רשאי המערער לטעון כי להעדר החקירה יש משמעות ראייתית.

27. בא-כוחו של המערער טען בפנינו, כי שגתה דעת הרוב כאשר דחתה את תוכן עדותו של שימי, וזאת משום שלטענתו חל בנסיבות העניין סעיף 10 ב לפקודת הראיות הדין ב"קבלת אמרה בהסכמה", ולפיכך דעת הרוב הייתה מחויבת ללכת בדרכה של דעת המיעוט, ולקבוע שתוכן האמרה אינו שנוי במחלוקת. על סעיף 10 ב לפקודת הראיות כותב המלומד קדמי, כדלהלן:

"ככלל, דין אימרה שנתקבלה בהסכמה – כדין עדות שמסר נותן האימרה; ובמקום שאין מחלוקת באשר לאמיתות תוכנה רואים את העובדות המפורטות בה כ'מוסכמות'. עם זאת, יש הגורסים כי ה'הסכמה' אינה מחייבת את בית-המשפט" (קדמי, בעמ' 428).

מבלי להיכנס למחלוקת בנוגע לפרשנותו של סעיף 10 ב לפקודת הראיות, לטעמי, דינה של טענה זו להידחות על פניה. מקריאת פרוטוקול הדיון בבית משפט קמא לא יכולה להיות מחלוקת שבא-כוח המשיבה לא הסכימה לאמיתות תוכנם של הדברים שבהודעתו של שימי במשטרה, ומשכך אין תחולה לסעיף 10 ב לפקודת הראיות. יחד עם זאת, נוכח האמור לעיל, ובהתחשב בשלב בו הוגשה הודעתו של שימי (בתום פרשת ההגנה), סבורני, כי יש לראות בהסכמת המשיבה להגשת אמרתו של שימי משום "הסכמה מסוייגת". עניינה של "הסכמה מסוייגת" הוא הגשת אמרות כ"עדות ראשית" מטעם נותניהן, תוך שמירת האפשרות לחקירתם הנגדית של העדים והבאת ראיות לסתור. במידה והעד לא נקרא להעיד, כפי שארע במקרה דנן, יש לראות את האמרה כעדות עד בחקירה ראשית, שהיריב ויתר על חקירתו הנגדית (קדמי, בעמ' 428). על משקלן הראייתי של הודעות המוגשות על דרך של "הסכמה מסוייגת", ושנותנן לא נחקר בחקירה נגדית, עמד השופט קדמי בע"פ 4736/91 פטאיר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.4.1994), פס' 5 לפסק הדין:

"דין הודעה המוגשת כראיה ב'הסכמה מסוייגת', כפי שארע במקרה דנן, ונותנה אינו נחקר בחקירה נגדית, כדין 'עדות ראשית' שהיריב ויתר על חקירתו הנגדית של העד שמסרה: משקלה הראייתי של הודעה כזו נקבע על ידי בית המשפט על פי המבחנים הנוהגים בדרך כלל לענין הערכת משקלה של עדות שלא נמסרה בפני בית המשפט; כאשר העדר החקירה הנגדית – שקיומה היה נתון לשיקול דעתו של היריב – נמנה בין השיקולים

התומכים בגירסה המוצגת בהודעה, בעימות שבינה לבין ראייה אחרת המובאת על ידי היריב לסתירתה".

28. בנסיבות המקרה דנן, הנני סבור, כי משמנעה המשיבה מלהעמיד את שימי במבחן החקירה הנגדית לאחר שהסכימה להגשת הודעתו כראיה מטעם ההגנה, יש בכך כדי להוסיף למשקל הראייתי של עדותו. בית משפט זה עמד לא אחת על חשיבותה של החקירה הנגדית כמכשיר יעיל לגילוי האמת וכערובה חיונית לבדיקת מהימנות (בג"ץ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת (אבינועם עדן), פ"ד יג 5, 23 (1959); אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 109-111 (התשל"ד) (להלן: הרנון); קדמי, בעמ' 1942, וההפניות המובאות שם). לא למותר להזכיר מושכלות יסוד, לפיהן שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית רואה בחקירה שכנגד את גולת הכותרת של דיני הראיות, ובלשונו של המלומד Wigmore:

"... it is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth. However difficult it may be for the layman, the scientist, or the foreign jurist to appreciate this its wonderful power, there has probably never been a moment's doubt upon this point in the mind of a lawyer of experience"
(WIGMORE ON EVIDENCE, Vol. 5 §1367, p. 32
(Chadbourn rev. 1974))

כמה מטרות עיקריות נודעו לחקירה הנגדית. האחת, על מנת לחדד את השנוי במחלוקת ולהעמיד את העד על כך שאין נותנים אמון בדבריו באותה נקודה. השנייה, על מנת להוציא מפי העד עובדות שלא סיפר עליהן בחקירה הראשית, אך שהן עשויות לתמוך בגרסתו של החוקר. השלישית, היא לערער את העדות שנמסרה בחקירה הראשית, על מנת לאפשר לבית המשפט להתרשם מן הצורה שבה העד "מגן" על גרסתו, ולאפשר לבית המשפט לקבוע עמדה נכונה באשר למשקלה הראייתי (הרנון, בעמ' 106-108; קדמי, בעמ' 1949; McCORMICK; סעיף 29, בעמ' 108-109). אשר על כן, בדרך כלל, כאשר נמנע בעל דין מחקירה נגדית של עד, ההנחה היא, כי אינו חולק על דברי העד, ועל בית המשפט להביא את עובדת היעדר החקירה הנגדית בין שיקולי אותה עדות. לא זו אף זו, על בית המשפט לייחס משקל לגרסת העד, שכתוצאה מהיעדר החקירה הנגדית לא ניתנה לו ההזדמנות "להגן" על עמדתו (ראו גם: PHIPSON ON EVIDENCE, §12-35, p. 332 (Hodge M. Malek ed., 6th ed., 2005) (להלן: PHIPSON); קדמי, בעמ' 1906). עם זאת יודגש, כי אף שלעובדת היעדר חקירה נגדית של עד יריב יש משקל בהערכת עדותו, עדיין אין הדבר מחייב את בית המשפט לקבל את גרסת העד

כגרסת אמת לכל דבר, ובכל מקרה נתון הדבר לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית. כך, למשל, אל לו לבית המשפט להתעלם מראיות סותרות, שהובאו על ידי בעל הדין שנמנע מחקירה נגדית, רק משום שלא עשה כן (ע"פ 38/61 יצחק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 514, 530 (1962); ע"פ 2603/90 אלפאר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 799 (1991); הרנון, בעמ' 110, Phipson; סעיף 12-35, בעמ' 332-333).

29. מן הכלל אל הפרט. נכון הדבר, כפי שהוסבר לעיל, כי הימנעותה של באת-כוח המשיבה לחקור את שימי בחקירה נגדית על גרסתו אינה יוצרת חזקה, לפיה דבריו מהימנים ונכונים, ובכך בהכרח להעדיפם, בכל מקרה, על מכלול הראיות האחרות. יחד עם זאת, הגעתי למסקנה, כי דעת הרוב בבית המשפט קמא לא ייחסה כל משקל, או למצער לא ייחסה משקל מספיק, לעובדה שהמשיבה לא חקרה נגדית את שימי. אסביר את דבריי. ראשית, מעיון בחילופי הדברים בפרוטוקול הדיון בבית משפט קמא מתקשה אני להבין כיצד יכלה דעת הרוב לשקול את אי-חקירתו הנגדית של שימי, לאחר שעולה בבירור שחברי המותב סברו מלכתחילה שלמאשימה כלל לא קיימת אפשרות כזו (עמ' 304, ש' 2-14 לפרוטוקול). קושי זה מקבל משנה תוקף נוכח התמיהה שהעלתה דעת הרוב בנוגע לכך, שההגנה לא טרחה לזמן את שימי כעד הגנה (פס' 96 לפסק דינו של השופט הכהן). מלאכת ההתמודדות עם סתירת טענותיו של שימי הייתה צריכה להיעשות על ידי המשיבה בחקירה שכנגד. מכאן, שלא היה מקום לזקוף את אי-חקירתו של שימי דווקא לחובת הסנגוריה.

שנית, במידה מסוימת מוצאים אנו מעין "מעגל קסמים" בדרך ניתוחה של דעת הרוב את העימות בין הגרסאות שנבעו מקו המחשבה שלפיו גרסאות הצדדים מנוגדות "באופן אשר האחת אינה מאפשרת את קבלת רעותה מבלי להביא בכך לאובדן מוחלט של מהימנות האחרת" (פסק דינו של השופט סגל). ייתכן שקו מחשבה זה הוא שהוליק את דעת הרוב לדחות לחלוטין את גרסתו של שימי ולא להעניק לה כל משקל. בהקשר זה, דעתי כדעת המיעוט בבית משפט קמא, לפיה גרסאות הצדדים אינן סותרות האחת את השנייה לכל אורך החזית, אלא רק בנקודות השקה מסוימות, ומשום כך, ניתן לדעתי להעניק משקל לעדותו של שימי מבלי שהדבר יוביל בהכרח לדחיית כל מערך גרסתה של המתלוננת. בעשותנו כך, נוכל ליתן את המשקל הראוי לעובדה שהמשיבה נמנעה מחקירתו הנגדית של העד, וזאת אף מבלי לשלול לחלוטין את עדותה של המתלוננת. יפים לענייננו דבריו של השופט (כתוארו אז) גרוניס:

"... יש להבין, כי כאשר שופט או שופטת מעריכים את מהימנותה של עדות המושמעת בפניהם, אין הדברים

בהכרח בגדר שחור או לבן. במילים אחרות, האפשרויות העומדות בפניהם אינן שתיים קיצוניות: אמון מלא בדברים או קביעה שהדברים הם דברי שקר. במנעד שבין שתי האפשרויות האמורות נמצאות אפשרויות נוספות" (עניין פלוני, בפס' 30 לפסק דינו של השופט גרוניס).

שלישית, על אף שדעת הרוב דחתה בצורה גורפת את גרסתו של שימי, מוצאים אנו, שדעת הרוב עושה שימוש בחלק מגרסתו של שימי, פעם לחיזוק גרסתה של המתלוננת, ופעם לחיזוק גרסתה של אלכס. פעם אחת, מוצאת דעת הרוב לחזק באמצעות אמרתו של שימי את גרסתה של המתלוננת כאשר זו עומדת בסתירה לעדותה של אלכס (פס' 97 לפסק דינו של השופט הכהן). מהלך זה נעדר נימוק משכנע מדוע דווקא בקשר לשאלה, האם המתלוננת היא שביקשה מאלכס להתלוות אליה למקלחת לאחר האירוע, או שמא הייתה זו אלכס ששכנעה את המתלוננת לפתוח את דלת המקלחת, עדיפים דבריו של שימי, בהם לא ניתן כאמור אמון, על פני עדותה של אלכס. פעם אחרת, מוצאת דעת הרוב חיזוק באמרתו של שימי לעדותה של אלכס (פס' 83 לפסק דינו של השופט הכהן). גם מהלך זה נעדר לדידי נימוק משכנע.

רביעית, כאמור לעיל, חשיבות מרכזית בהודעתו של שימי נוגעת לדבריו על ההתגפפות המוקדמת בין המערער למתלוננת. בהקשר זה, לא ניתן להתעלם מהעובדה ששימי הינו בגדר עד בעל נגיעה אישית לעניין בהיותו אחיו של המערער. אלא, שכבר נפסק כי הדרך שעל בית המשפט לצעוד בה היא בחינת העדות לגופו של עניין מבלי לפסול אותה רק בשל כך שהיא ניתנה על ידי קרוב משפחה. הווה אומר, בכפוף לזהירות המתחייבת, צריך להיקבע משקלה של עדות קרוב המשפחה בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של המקרה (ע"פ 415/68 כרמל נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 803, 806-807 (1968); ע"פ 1160/09 אזולאי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.10.2009), פס' 41 לפסק דינו של השופט דנציגר). אף שבעדותה בבית המשפט תמכה אלכס בגרסתה של המתלוננת, אני סבור כי בכל הנוגע להכרעה בשאלה האם הייתה התגפפות אם לאו, עשויות גרסאותיהם של המערער ושל שימי לזכות לחיזוק בתשובה "המעורפלת" שמסרה אלכס באמרתה במשטרה (ת/4). אלכס נשאלה על ידי החוקרת "האם [המתלוננת – צ.ז.] התמזמה עם ראובן בסלון?", וענתה: "ממש לא, לא נגעו אחד בשני, לא זכור לי בדיוק" (ההדגשה הוספה).

נוכח כל אלה, אני סבור, שהיה מקום להתחשב בעדותו של שימי ולייחס לה משקל מסוים, ולא לדחות את דבריו בנוגע לאפשרות שאכן הייתה התגפפות מוקדמת בין המתלוננת לבין המערער. יצויין, כי על פני הדברים, גרסתו של שימי תואמת

בחלקים רבים את האירועים באותו הערב, כפי שאלה הוצגו גם בעדות המתלוננת וגם בעדותה של אלכס, והאפשרות שהיה מגע גופני בין המתלוננת למערער אינה נראית בלתי סבירה בעליל. סיכומו של דבר, עמדתי היא שעדותו של שימי לגבי התגפפות מוקדמת בין המערער למתלוננת בסלון הדירה היא נתון שיש ליתן לו משקל לא מבוטל בהערכה הכוללת של גרסאות הצדדים.

ההתרחשות בחדר השינה – פרכה בליבת גרסת המתלוננת

30. ליבת גרסתה של המתלוננת הייתה, כי בעת שישנה בחדר השינה, החדיר המערער את אצבעותיו לאיבר מינה ולאחר שהתעוררה החדיר לאיבר מינה את איבר מינו, תוך שהוא שוכב עליה ומעקר את התנגדותה. בחנתי את גרסת המתלוננת, ודעתי היא כי לא ניתן להתעלם מקשיים מסויימים העולים ממנה. בטרם אפנה לדון באותם קשיים, אציין שער אני לכך, שיש בעדויות שמסרו אלכס ואדם משום תמיכה מסוימת בגרסת המתלוננת. אזכיר, כי אלכס ואדם העידו גם על השינוי הדרסטי שחל בהתנהגות המתלוננת לאחר האירוע ולאורך זמן. כבר נפסק שעדות כגון דא יכולה להוות חיזוק לגרסת המתלוננת (ע"פ 556/85 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 731, 732 (1986)). יחד עם זאת, יש לזכור שעדויותיהם של אלכס ואדם, בכל הנוגע לדיווחה של המתלוננת על ההתרחשות בחדר השינה, הם בגדר עדויות שמיעה, שאין בהם כדי לשמש בסיס להרשעה לעניין עצם מעשה האינוס. כמו כן, וכפי שאפרט להלן, לא ניתן להתעלם בהערכת משקל עדויותיהם של אלכס ואדם מחלוף הזמן עד למסירת הודעותיהם במשטרה, ומתמיהות אחרות העולות מהן.

31. מגרסת המתלוננת עולה תמיהה המשתקפת בסתירה בין דבריה של המתלוננת לאחר האירוע, לבין עדותה בבית המשפט, בנוגע לשאלה מדוע לא צעקה או לפחות הרימה את קולה בעת האירוע. בעניין זה העידה אלכס, כי המתלוננת השיבה לה שהמערער סתם את פיה, ולכן לא יכלה לצעוק. בעדותה טענה אלכס, כי המתלוננת אמרה לה את הדברים האלה מיד לאחר האירוע, וזאת לאחר שנאלצה להפציר במתלוננת שתשיב לה מדוע לא צעקה (עמ' 113, ש' 24-25; עמ' 127, ש' 29 לפרוטוקול). לא למותר להוסיף, כי הטענה שהמערער סתם את פיה של המתלוננת גם מופיעה בעובדות כתב האישום (סעיף 5 לכתב האישום). דא עקא, שבמהלך עדותה בבית המשפט שללה המתלוננת גרסה זו, וטענה שלא צעקה או הרימה את קולה, כיוון שקפאה וחשה בושה (עמ' 78-79 לפרוטוקול). עוד יצוין, כי במהלך חקירתו הנגדית של המערער חזרה בה המשיבה מטענה זו (עמ' 295, ש' 30-33, ועמ' 296, ש' 1-3 לפרוטוקול). בניגוד לדעת הרוב בבית משפט קמא, לא מצאתי בדבריה של המתלוננת

הסבר סביר לסתירה שנפלה בגרסתה לאירוע בחדר השינה. דעת הרוב קבעה, כי לא מדובר בסתירה היורדת לשורש העניין, וכי "ניתן להבין, כי במצב שבו הייתה המתלוננת, כאשר חברתה הטובה א', שואלת – נוזפת בה – מדוע לא קראה לעזרה, היא תגיב באופן אינסטינקטיבי, שהנאשם מנע ממנה באופן פיזי מלצעוק, על-אף שלא אלה היו פני הדברים" (פס' 75 לפסק דינו של השופט הכהן). לגישתי, לא מדובר בהסבר אשר יכול להניח את הדעת. לא זו אף זו, גם אילו הנחתי שמדובר בהסבר סביר, נראה לי, כי מן ההכרח להתחשב בהערכת מהימנותה של המתלוננת בריבוי הגרסאות שהעלתה, ואשר נוגעות ל"גרעין הקשה" של האירוע שהתרחש בחדר השינה.

32. כאן המקום לשוב ולהזכיר, כי "אין לצפות מאדם לזכור פרטי אירוע טראומטי כאילו תיעד אותו בזמן אמת, בייחוד כאשר מדובר בקורבן עבירת מין" (עניין נור, בעמ' 233). אכן, סתירות כשלעצמן עדיין אינן מצביעות על אמירת שקר, ובית המשפט רשאי להסתמך על קטעי עדותו של עד גם אם אינו מקבל את דבריו כאמינים בשלמותם וכמקשה אחת, שכן ניסיון החיים מלמד שלסתירות ולא-התאמות עשויים להיות הסברים שונים, שאפשר שחלקם נובעים מעבור הזמן מאז האירוע, ואפשר שחלקם נובעים מלחץ נפשי הרובץ על קורבנות עבירות מין (ע"פ 7595/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 1, 13 (2004); פרשת בארי, בעמ' 317, 323; קדמי, בעמ' 1851). עם זאת, יש לעולם חשיבות לעקביות תיאוריו של עד, לא כל שכן כשהדברים נוגעים ל"גרעין הקשה" של האירועים. בסיכומי של דבר, לא מצאתי הסבר סביר לתהייה העולה מגרסתה של המתלוננת. לטעמי, יש בריבוי גרסאותיה של המתלוננת בנושא מהותי כגון דא כדי להקהות מאמינות עדותה. אכן, סתירה זו אינה ממוטטת את גרסת המתלוננת מן היסוד, אך יש בה כדי לפגום במידה מסוימת באמון שיש לייחס לדבריה.

האירועים בתחנת המשטרה בבוקר שאחרי האירוע – סתירות מול עדויות השוטרים

33. כזכור, בבוקר שלאחר האירוע הגיעו המתלוננת, אלכס ואדם לתחנת המשטרה, ואין חולק שבאותו המעמד גבתה החוקרת בוזנה את התלונה מפיה של המתלוננת. אלא שמנקודה זו ואילך מוצאים אנו שלל גרסאות בנוגע לנכונותם של המעורבים לשתף פעולה עם החקירה.

34. בנוגע לשאלת רצונה של המתלוננת להגיש את התלונה ולשתף פעולה עם החקירה התגלעה סתירה בין עדותה של המתלוננת לבין עדויות חוקרות המשטרה והתיעוד שנכתב על-ידן. מהמזכר שכתבה חוקרת המשטרה בוזנה (ת/12), שגבתה מהמתלוננת את התלונה בבוקר שלמחרת האירוע, עולה כי המתלוננת אמרה לחוקרת

שהיא אינה מעוניינת לשתף פעולה כלל, וכי השתכנעה להגיש את התלונה רק בעקבות לחץ שהופעל עליה מצד חבריה. בעדותה אישרה החוקרת גם את העובדה, שהמתלוננת סירבה להצעתה לבצע בדיקה רפואית, ולפתיחת "ערכת אונס" בסמוך לאחר הגשת התלונה, וזאת על אף שהחוקרת ניסתה לשכנע אותה לעשות כן, ולהסביר לה את החשיבות שבעניין. דא עקא, שבעדותה הכחישה המתלוננת לחלוטין את הדברים שיוחסו לה במזכר (עמ' 37-42 לפרוטוקול). יצוין, כי בעדותה עומתה החוקרת בזונה עם טענות המתלוננת, אך החוקרת עמדה על כך שכל מה שנרשם במזכר הוא מדויק. דעת הרוב התקשתה לתת הסבר להכחשתה של המתלוננת את הדברים שנכתבו במזכר, והעלתה השערות שונות למהלך זה (פס' 78 לפסק דינו של השופט הכהן). לטעמי, קיים קושי אמיתי בהסבר שניתן להכחשתה הגורפת של המתלוננת את האמור בתיעוד שרשמה חוקרת המשטרה. הכחשתה זו היא הכחשה שאין מאחוריה ולא כלום, במובן זה שהיא אינה מעניקה הסבר כלשהו לסתירה הנ"ל. הכחשה גורפת זו של המתלוננת גם העמידה את ההגנה בפני קושי לברר את פשר חוסר רצונה של המתלוננת למסור תלונה, כפי שזה בא לידי ביטוי בעדויות השוטרים החוקרים. לא זו אף זו, גרסתה של החוקרת בזונה מקבלת חיזוק מסוים ממזכר שחיברה חוקרת מרכז השירות לאזרח של המשטרה (ת/11), החוקרת מרום, אליה פנו המתלוננת ואימה כארבעה ימים לאחר הגשת התלונה. ממזכר זה ניתן להבין, שהחוקרת מרום התרשמה שהמתלוננת לא עקבת בדבריה, ושהמתלוננת ציינה בפניה שהיא לא הגיעה למקום מרצונה. דעת הרוב בבית משפט קמא לא התייחסה למזכר הנוסף בהקשר זה. עוד יצוין, כי מחלק אחר בעדותה של המתלוננת דווקא ניתן להבין שאכן היא לא הייתה מעוניינת להתלונן במשטרה (פסקה 18 לפסק דינו של השופט הכהן; עמ' 17, ש' 1-12 לפרוטוקול). בנוסף, גם מעדותה של אלכס ניתן להבין שהמתלוננת לא רצתה ללכת למשטרה, והיו אלה אלכס ואדם שהמריצו אותה להגיש את התלונה: " ... אני חושבת, ילד שיש לו בעיות בשיניים ואימא שלו לוקחת אותו בכוח לרופא והוא אומר אני מתנגד בכל תוקף ואני ממש לא רוצה לעשות את הטיפול הזה ואז הוא בכל זאת צריך לעשות אותו, אז זה מה שאנחנו חשבנו" (עמ' 146, ש' 28-31 לפרוטוקול). בהתחשב בכך שלא מצאתי כל עילה להטיל ספק בתיעוד שנרשם במזכרים שנכתבו על ידי חוקרות המשטרה, ובהתאם לחיזוקים הקיימים לגרסה העולה מהם, סבורני, כי עמידתה העיקשת של המתלוננת בעדותה על כך שלא הסתייגה בשום שלב מהגשת התלונה ומשיתוף פעולה עם החקירה הוא תמוה ומעלה סימני שאלה נוספים סביב אמינות גרסתה הכוללת.

35. סוגיה נוספת שיש לייחס לה חשיבות נוגעת לשאלת נכונותם של אלכס ואדם לשתף פעולה עם החקירה ולמסור את הודעותיהם. החוקרת בזונה העידה, בהתאם למזכר שרשמה בעת שהגיעה המתלוננת למסור את תלונתה, כי אלכס ואדם נתבקשו על

ידה להישאר בתחנת המשטרה על מנת שניתן יהיה לגבות מהם עדות. עוד ציינה החוקרת בזונה, כי בתום גביית התלונה, ביקשה מהמתלוננת בנוכחותה להתקשר אל השניים, אך אז התברר שאלה עזבו את המקום. יצוין, כי המתלוננת אישרה בעדותה כי החוקרת ביקשה מאלכס ואדם להמתין בחוץ ולא ללכת עד שימסרו את גרסתם (עמ' 35, ש' 6-8 לפרוטוקול). בימים שלאחר מכן, ניסה החוקר רוזנברג לאתר טלפונית את אלכס ואדם, תוך שהוא משאיר להם, לפי רישומיו, הודעות במשיבוניס (ת/6, ת/7). דא עקא, שבעדותם בבית המשפט שללו אלכס ואדם מכל וכל את האפשרות שנמנעו ממסירת גרסתם, והכחישו בצורה גורפת את עדויות השוטרים בעניין זה. התייחסותה של דעת הרוב לסוגיה זו התמצתה בקביעה, כי "גם בהנחה שדבריה של א' בעניין המפגש הראשון עם החוקרים אינם מדויקים, לא ניתן, לטעמי, ללמוד מהם על מגמתיות מצידה, שיש בה כדי לעוות את עדותה לגבי האירועים שהתרחשו בדירה" (פסקה 81 לפסק דינו של השופט הכהן). בהקשר זה, הנני סבור, שדעת הרוב בבית משפט קמא לא התמודדה כנדרש עם הקושי הנ"ל. לטעמי, מאחר ואין כל אינדיקציה להטיל ספק בגרסת השוטרים, עולה תמיהה רצינית בנוגע לאמינות דבריהם של העדים אלכס ואדם, ולמשקל שיש ליתן לעדותם. בהקשר זה יוזכר, שגרסתה של אלכס לאירוע נמסרה בחלוף שישה חודשים ממועד האירוע, ואילו גרסתו של אדם נמסרה רק בחלוף שלושה-עשר חודשים ממועד האירוע. דעת הרוב, שהייתה ערה לחשש מתיאום עדויות שמצב כזה מעורר, סברה כי בנסיבות העניין, בכל הנוגע לעדויותיהם על מצבה הנפשי של המתלוננת לאחר האירוע, קשה לקבל את הטענה שמדובר בעדויות הניתנות ל"זיהום" (פס' 99 לפסק דינו של השופט הכהן). אין בידי לקבל קביעה זו. ראשית, אזכיר שעדותה של אלכס הייתה בעלת חשיבות מכרעת גם לצורך קביעת הממצא לפיו לא הייתה התגפפות מקדימה בין המערער למתלוננת בסלון הדירה. שנית, לדעתי, יש מקום לקחת בחשבון בקביעת מהימנות עדויותיהם של אלכס ואדם, בין היתר, את העובדה שגרסתם נמסרה לראשונה רק לאחר זמן רב. כידוע, לכבישת עדות במהלך תקופה ארוכה עשויה להתלוות משמעות ראייתית, המפחיתה את משקלה, שכן אך טבעי הדבר כי לרוב, מי שכובש את עדותו חשוד בדבר אמיתותה. זאת, בהיעדר הסבר משכנע בפי העד על סיבת שתיקתו עת ארוכה (ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.9.2009), פס' 10 לפסק דינו של השופט ארבל; קדמי, בעמ' 501). שלישיית, מעדויותיהם של אלכס ואדם עולה בבירור שהם שוחחו ביניהם על האירועים עובר לחקירתם במשטרה (ראו, למשל, עמ' 87, ש' 17-24; 232, ש' 1-3; 241, ש' 3-4 לפרוטוקול). נוכח כל אלה, ובהתחשב בעדויות השוטרים כפי שנזכרו לעיל, מתקשה אני לקבל מדוע לא מסרו אלכס ואדם את עדותם בשלב מוקדם יותר. המערער טען, כי העובדה שאלכס ואדם התחמקו מלמסור את גרסתם מצביעה על כך שגם הם לא האמינו בנכונות התלונה. כפי שהעירה דעת הרוב, הסבר זה עומד בסתירה מסוימת לטענת

המערער לפיה היו אלה אלכס ואדם שעודדו את המתלוננת להגיש את התלונה. בין כך ובין אחרת, אני סבור שדעת הרוב לא נתנה משקל הולם לקשיים העולים מגרסתם של אלכס ואדם, ולזהירות הנדרשת בקביעת ממצאים על פי עדויותיהם.

36. זאת ועוד, נוכח הקשיים הראייתיים בעדויותיהם של אלכס ואדם, כפי שנזכרו לעיל, תמוהה בעיני גם העובדה שהמשיבה נמנעה מלזמן לעדות את אימה של המתלוננת, שהוכח שהגיעה יחד עימה לתחנת המשטרה ימים לאחר האירוע (ת/11). ברי, שעדות זו הייתה יכולה בנסיבות העניין לחזק את טענת המשיבה בנוגע לשינוי התנהגותה של המתלוננת לאחר האירוע. לא למותר להוסיף בהקשר זה, כי הכלל הוא, שאי-הבאתו של עד רלוונטי עשויה לעורר את החשד, ולפעול לחובתו של בעל הדין שנמנע מכך (עניין פלוני, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; קדמי, 1889).

המניע להגשת התלונה

37. חיזוק נוסף שמצאה דעת הרוב לגרסתה של המתלוננת הוא היעדר כל מניע הגיוני המסביר את טענת המערער, כי המתלוננת טופלת עליו האשמת שווא כה חמורה. כידוע, נאשם אינו חייב ליתן מניע המסביר מדוע מבקש עד תביעה להעליל עליו, שהרי די בהוכחת קיומו של ספק סביר העולה מחומר הראיות על מנת להביא לזיכוי. יחד עם זאת, במקרים שבהם התמונה מורכבת, ומלאכת הערכת המהימנות קשה היא, אך טבעי הוא שהשופט היושב בדין יבחן מדוע תמציא מתלוננת תלונה כוזבת כלפי נאשם. במצב בו הציע נאשם הסבר כלשהו לתלונה שהוגשה, אין די בהעלאת הסבר תיאורטי בעלמא – על ההסבר לעמוד במבחן ההיגיון והשכל הישר ולהתיישב עם יתר הראיות בפרשה, כדי שיהיה בכוחו לעורר את הספק הנדרש לזיכוי של הנאשם (ראו עניין נור, בעמ' 237-238).

38. במקרה דנן, העלה המערער בחקירתו במשטרה, בבוקר שלאחר האירוע, סברה לגבי מניע אפשרי בגינו ביקשה המתלוננת להפלילו לשווא, כשטען שייתכן שהמתלוננת הגישה את התלונה לצורך סחיטה כספית. לעומת זאת, חזר בו המערער בעדותו בבית המשפט מההשערה הראשונה, וטען שייתכן שהמניע הוא הפסקת המגע המיני על ידו, שגרם למתלוננת להרגיש דחוייה ולא רצויה, וכי רעיון האונס קרם עור וגידים כתוצאה מלחצים שהופעלו עליה, בין היתר, על ידי אלכס. בהתחשב במכלול הכולל של הראיות, סברה דעת הרוב, כי אין מדובר ב"מניע אפשרי, מתקבל על הדעת", שיכול לשמש הסבר להגשת התלונה על ידי המתלוננת.

39. אין בידי לקבל את מסקנתה של דעת הרוב, שכן אינני סבור שדחיית הסבריו של המערער למניע כביכול להגשת התלונה נגדו יכולה הייתה להוות תמיכה לגרסתה של המתלוננת. בנסיבות העניין, אינני מוצא לנכון לזקוף לחובתו של המערער את העובדה שבתחילה העלה השערה מסוימת, ואילו לאחר מכן העלה סברה אחרת. כל שיש בחוסר עקביות זה בעמדתו של המערער ללמדנו הוא, שהמערער העלה השערות שונות ללא כל ביסוס, וזאת משום שלא ידע, לטענתו, מדוע הוגשה תלונת השווא. מקובלת עלי גם עמדת דעת המיעוט (פס' 76 לפסק דינו של השופט דרורי), לפיה מתוך צפייה בקלטת המתארת את חקירת המערער במשטרה מספר שעות לאחר האירוע עולה, כי טענת המערער בנוגע לאפשרות הסחיטה הכספית, נאמרה על ידו בדרך של השערה. מעבר לכך, הסברו המאוחר של המערער – אף אם אינו סביר – אינו דמיוני, מופרך ומוצא מכל אפשרות (ראו והשוו: עניין נור, בעמ' 237-238). בהקשר זה אוסיף ואציין, כי לא ניתן לשלול את האפשרות שהמתלוננת הסכימה לקיום יחסי המין, או למצער לא התנגדה להם, אך לאחר מכן נבהלה מהמעשה וניסתה להכחיש את דבר הסכמתה, על מנת למנוע מעצמה את ה"כתם החברתי" כביכול, כדי שלא תיחשב בעיני אלכס ושימי כ"קלה להשגה" או מופקרת (דן ביין "השינויים בנקודת האיזון שבין ההגנה על קורבן עבירת האינוס לבין השמירה על זכויות הנאשם" הפרקליט מב(ב) 281, 284-285 (1995)). בענייננו, ייתכן ואפשרות זו מקבלת משנה תוקף, דווקא נוכח הסיטואציה המינית האקראית שהתרחשה אך כפסע מחבריה של המתלוננת, אשר ישבו באותו הזמן בסלון. יש בכך גם להסביר את סערת הרגשות שבה הייתה נתונה המתלוננת. חיזוק מסוים לכך ניתן אולי למצוא בעובדה, שככל הנראה הייתה זו אלכס שיזמה פנייה בצורת שאלה מדריכה למתלוננת, שאישרה בפניה שהמערער אנס אותה (עמ' 130, ש' 18-15; עמ' 186, ש' 7-9 לפרוטוקול). כלומר, יש אינדיקציה בעדותה של אלכס שהיא היתה זו שהעלתה לראשונה את המילה "אונס", כאשר שאלה את המתלוננת סמוך לאחר שיצאה מחדרו של המערער: "מה קרה? והיא אמרה לי מה נראה לך שכבר יכול לקרות? ברגע שהיא כולה בוכה ונטערת, אז שאלתי אותה מה, הוא אנס אותך? כן ... היא אמרה לי כן" (עמ' 130, ש' 15-18). יתכן שפנייתה של אלכס למתלוננת והעלאת אפשרות האונס נבעה מדיעתה על דבר התעללויות מיניות שחווה המתלוננת בעברה. ייתכן, שבשיחה בין המתלוננת לאלכס בחדר האמבטיה נבט לראשונה במוחה של המתלוננת הרעיון שיחסי המין בינה לבין המערער, אשר גרמו לה לסערת רגשות, התקיימו שלא בהסכמה, אפשרות ש"התאימה" למתלוננת שנמצאה במצוקה ריגשית. בנסיבות אלה, הימנעותה הראשונית של המתלוננת מלשתף פעולה עם חוקרות המשטרה, עשויה להתיישב עם כך שלא רצתה להתחייב לגרסה שמסרה לאלכס, אלא שלבסוף נאלצה להתמיד בגרסתה נוכח עידודם של חבריה להגיש את התלונה. בין כך ובין אחרת, יש לחזור ולזכור, כי אין באי-סבירותן של השערות המערער ביחס למניע

שהוביל את המתלוננת להגיש את התלונה, או בחוסר יכולתה של הסגוריה להסביר מדוע יבקשו העדים האחרים לרקום עלילת שווא כנגד המערער, כדי להוות ראייה עצמאית התומכת בגרסת המתלוננת (ראו בענייננו את הערתו של השופט דרורי בפס' 75 לפסק דינו). עמד על כך השופט (כתוארו אז) גרוניס:

"... כידוע, טענה מסוג עלילת שווא היא טענת הגנה מובהקת. לצורך קבלת טענה מן הסוג האמור, עליה להיות ממשית והגיונית (ראו ע"פ 932/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 14 (לא פורסם, 6.4.2011)). בשל אופייה ההגנתי המובהק של הטענה, אין לקבל גישה לפיה דחיית טענת עלילה, אך ורק בשל חוסר סבירות, יכולה ככלל לתמוך כשלעצמה בראיות התביעה (זאת, כמובן, אלא אם מדובר בשקרים של הנאשם שניתן לייחס להם, לעתים, משקל ראייתי עצמאי)" (עניין פלוני, פס' 22 לפסק דינו של השופט גרוניס).

סיכום

40. התיק שבפנינו אינו תיק פשוט. הדבר נובע מן הקושי הגדול שבפניו ניצבים בתי המשפט בבואם לשקול טענות בתיקים שבהם הגרסאות ניצבות קוטביות אלה כנגד אלה. עם זאת, לאחר בחינה של חומר הראיות ועיון בטיעונים, ולאחר הנחת כל הנתונים שלפנינו על כפות המאזניים, נראה כי בסופו של יום הכפות נוטות, ולו במעט, לצד הזכות, נוכח קיומו של ספק. כידוע, סעיף 34 לכח לחוק העונשין מורה, כי אדם לא ישא באחריות פלילית לעבירה אלא אם היא הוכחה מעבר לספק סביר. החובה להוכיח אשמה פלילית מעבר לספק סביר נגזרת מעקרונות חוקתיים של חופש האדם והגנה על חירותו האישית מפני מאסר (ע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.5.2007)).

41. שתי גרסאות סותרות הוצגו לאירועים שהתרחשו באותו לילה בתוך חדר השינה בין המתלוננת למערער. מטבע הדברים, רק שניהם יודעים אכן מה קרה ביניהם. דעת הרוב בבית משפט קמא העדיפה את גרסתה של המתלוננת, וסברה שהמשיבה הצליחה לבסס את הדברים ברמה היוצאת מכלל הספק הסביר ואשר נכנסת לגדר הוודאות המספקת על מנת להרשיע את המערער. אלא שכפי שראינו לעיל, המסד עליו ניצבת ההכרעה אינו חזק דיו, ובין החללים והתהיות מבצבץ לו ספק.

ראשית, אין אנו יכולים לקבוע ממצא חד-משמעי בנוגע לשאלה האם הייתה התגפפות מוקדמת בין המערער למתלוננת בסלון הדירה. בהקשר זה, גרסתה של

המערערת אינה עומדת איתנה כנגד המשקל הראייתי לו זוכה עדותו של שימי, נוכח העובדה שזה האחרון לא נחקר נגדית על ידי המשיבה. כפי שראינו, דווקא גרסתם של המערער ואחיו, זוכה לחיזוק מסוים בתשובתה "המעורפלת" של אלכס בחקירתה במשטרה עת נשאלה למהלך האירועים עובר לכניסתם של המערער והמתלוננת לחדר השינה. יודגש, כי עניין זה, של האירועים שקדמו לכניסה לחדר השינה, אינו מחזק את האפשרות שיחסי המין התקיימו בהסכמה מעצם העובדה שקדמה לכך התגפפות, שכן התגפפות קודמת אינה מצביעה בהכרח על הסכמה לקיום יחסי מין מלאים בהמשך. אלא שיש בכך כדי לכרסם במהימנות המתלוננת.

שנית, נוכחנו לגלות כי האמון בגרסתה של המתלוננת נפגם בשל סתירות פנימיות בדברים אותם אמרה בהזדמנויות שונות, ובעקבות הקושי ליישב בין עדותה לבין נתונים חיצוניים אחרים שבנסיבות העניין מטילים צל כבד על מהימנותה. בבחינת מהימנות גרסתה של המתלוננת מצאתי, כי יש מקום להטיל ספק בדבריה נוכח ההפכפכות בהסבריה בנוגע לשאלה מדוע לא זעקה לעזרה מתוך חדר השינה. אזכיר, כי בעדותה בבית המשפט חזרה בה המתלוננת מהטענה כי המערער סתם את פיה, והשיבה כי נאלמה נוכח הבושה וההלם בו הייתה שרויה. זאת ועוד, עמידתה של המתלוננת על כך שלא סירבה בשום שלב להגיש תלונה, תמוהה ומחזקת את חוסר האמון בגרסתה, וזאת נוכח עדויותיהן הסותרות של חוקרות המשטרה, ונוכח החיזוקים שנמצאו לטענה כי המתלוננת לא רצתה לפנות למשטרה בעדותה של המתלוננת עצמה ובעדותה של אלכס. יודגש, כי השוטרים שהעידו הם עדים מטעם המשיבה ועדויותיהם, שלא נטען כי יש סיבה שלא לקבלן במלואן, מחלישות במובהק את האפשרות ליתן משקל מלא לגרסת המתלוננת, באופן שהיא תועדף על גרסת המערער עד כדי שלא יותר ספק בכך.

שלישית, מצאנו כי הניסיון לתמוך את גרסת המתלוננת בעדויותיהם של אלכס ואדם אינו פשוט, וזאת נוכח הסתירה הבלתי מוסברת בין עדויותיהם לבין עדויות השוטרים בכל הנוגע לשאלת נכונותם לשתף פעולה עם החקירה. זאת ועוד, צירוף העובדה שאדם ואלכס כבשו את עדותם חודשים רבים, יחד עם העובדה ששוחחו על האירוע בינם לבין עצמם, ועם המתלוננת, עובר לחקירתם במשטרה, מחייב זהירות רבה ושינוי של המשקל שיש לייחס לדבריהם.

רביעית, בנסיבות העניין ראינו כי לא היה מקום לקביעת דעת הרוב בבית משפט קמא, לפיה דחיית הסבריו של המערער למניע להגשת התלונה נגדו מהווה ראייה עצמאית התומכת בגרסת המתלוננת.

על אף האמור אציינן, כי לא נעלם מעיני שגרסת המערער אף היא אינה נקייה מכל קושי, ומצויות בה סתירות ופרכות המטילות ספק במהימנותה. ואולם בכך לא די. את דרכו של המשפט הפלילי מתווה התפיסה, כי יש לנקוט זהירות רבה בטרם הרשעתו של אדם, כשחלק בלתי נפרד מתפיסה זו היא ההכרה ב"מרחב טעות" הנוטה לטובת הנאשם. משמעות הדברים היא, כי גם כאשר גרסה מרשיעה נמצאת אמינה בעיני בית המשפט, הוא אינו רשאי להתעלם מתמיהות העולות ביחס לגרסה זו. עליו לנתח תמיהות אלה, ולבחון אם הן מגיעות כדי ספק סביר (ע"פ 281/82 אבו חצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 673, 694 (1983); 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, 615 (2004); עוד על מהותו של הספק הסביר ראו: מיכה לינדנשטראוס על הספק הסביר – סוגיות נבחרות 36-54 (מהדורה שנייה, 2009). בהקשר זה יפים לענייננו דברים שכתב באחת הפרשות השופט מ' חשין:

"זו הפעם, שלא כבפרשה שהבאתי ממנה זה עתה, הקול עלה בי והורני: אחרי כל אלה אפשר כי 'זה לא זה'. לא אוכל לומר – אני רחוק מאמירה – כי המערער זכאי. ואולם גם לא אוכל לומר בבטחה של דין העונשין כי יש לחייבו בדינו. אכן, המדינה הניחה לפנינו ראיות ראויות – ראיות חזקות ומשכנעות – להוכחת אשמתו של המערער, אך לא למעלה מספק סביר. ובסדק צר זה שנבצעה בחומת הראיות עומדת לו זכותו של המערער לצאת זכאי מן הספק. כלי-עבודה יצר לו איש-המשפט: לחציבה, לפיסול, לליטוש, לניקוי, להברקה, ואלה כולם תולים הם על קיר חדר מלאכת-המשפט. לכל כלי עתו, כחפצו של בעליו, ולכל כלי ייעודו. וכולם היו כעמודי-תאורה המורים אותנו את דרך הישר. שניים מאותם כלים הם כלי נטל השכנוע וכלי הספק הסביר. במערכת עובדות של תיק"ו – וענייננו למראה-עיני הוא מעין-תיק"ו – שני כלים אלה יורונו מה נעשה, והם יורונו כי יש לזכות את המערער מן הספק. ולא בלב קל אומר כך" (ע"פ 3059/03 גלובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 654, 671-672 (2003)).

42. סוף דבר, סבורני כי יש לזכות את המערער מחמת הספק. כל התמיהות שהעליתי לא באו לומר כי לא היו דברים מעולם או כי המתלוננת אינה דוברת אמת. כל אחד מסימני השאלה, כשלעצמו, לא בהכרח היה מביא אותי למסקנת הזיכוי. עם זאת כאשר כל אלה מצטברים יחד לכדי מסה קריטית, אשר יש בה כדי להביא לאיזון מחודש של כפות המאזניים, ומאחר ובהשערות וניחושים אין די לביסוס הרשעה בפלילים, הגעתי למסקנה, כי גרסת המאשימה לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר באופן הנדרש על

מנת לגבור על החשש מפני הרשעת חף מפשע. בנסיבות אלה אין מנוס לדעתי מזיכוי של המערער.

43. אשר על כן, לו תישמע דעתי, נקבל את הערעור, ונורה על זיכוי של המערער מהעבירות בהן הורשע מחמת הספק.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. עיינתי חזור ועיין בחוות דעתו המקיפה של חברי השופט זילברטל וכן בתיק המוצגים וצפיתי בקלטת חקירתו של המערער, ובסופו של יום, לא בלי התלבטות, אני מצטרף לפסק דינו.

ב. חברי פרש בפירוט את התשתית העובדתית הנחוצה ואת השתלשלות העניינים. לא אחזור על שכבר נאמר, ואבקש להתמקד בעיקר.

ג. ניצבו בפני בית המשפט קמא גירסה מול גירסה. תהיות מסוימות התעוררו ביחס לכל אחת מן הגירסאות, זו של המערער וזו של המתלוננת, ובפני בית המשפט עמדה המלאכה הקשה של הכרעה ביניהן. בעבירות מין "רב הנסתר על הנגלה, ואך השניים המעורבים בפרשה יודעים את שאירע לאמיתו" (ע"פ 3793/06 וורקו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה ה(1); ע"פ 7462/05 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 20). עבירות מין דוגמת המקרה שלפנינו נעשות בחדרי חדרים, ומטבע הדברים - מעבר למעורבים הישירים - ללא עדים, היכולים להעיד על שאירע לאמיתו: "במקרים רבים מעשים אלו מבוצעים הרחק מעיני כל, כאשר אין בנמצא ראיות חיצוניות או עדויות נוספות מלבד עדויותיהם של מבצע העבירה הנטענת ושל קרבנותיו, ועימות של 'גירסה מול גירסה' הוא כמעט בלתי נמנע" (ע"פ 4629/09 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה 33 (השופט דנציגר)).

ד. אכן במצב דברים זה ישנה חשיבות יתרה להתרשמותה של הערכאה הדיונית מהעדויות שנשמעו לפניה, ומכאן שההלכה בדבר אי התערבותה של ערכאת הערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית עומדת בכגון דא, ככלל, ביתר שאת. כל שכן, מקום שבו היתה דעת מיעוט, ברי כי הדבר מחייב את ערכאת הערעור לזהירות יתר, ובמקרה דנא היתה.

ה. כנודע וכפי שגם הסביר חברי, בעבר נדרשה תוספת ראייתית מסוג סיוע לשם הרשעה על פי עדות יחידה של נפגע בעבירת מין. אולם, עם תיקון חוק העונשין, התשל"ז-1977 לעניין זה בשנת 1982 בוטלה דרישת הסיוע. כיום רשאי בית המשפט לבסס הרשעתו, לפי סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, על עדות יחידה של נפגע עבירת מין, ובלבד שינמק את החלטתו (ראו י' קדמי על הראיות (חלק א' - 2003) עמ' 154, 184 - 192). אשר להיקפה הראוי של ההנמקה הנדרשת, נבחן כל מקרה לפי נסיבותיו ובהתאם לעוצמת העדות העיקרית (ע"פ 1543/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה 23). לא אחת "די במתן אמון מלא ומפורש בגירסת הקרבן על מנת למלא אחר חובת הנמקה זו" (ע"פ 9902/04 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה 19 (השופט פוגלמן)); (ע"פ 288/88 גנדור נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 45, 50). נוטה אני להסכים עם חברי כי נוכח אופיין המיוחד של העדויות הנמסרות בפרשות של עבריינות מין, ישנו קושי במקרים שבהם אין כל תוספת ראייתית. הדבר מחייב זהירות משני הכיוונים – זהירות בהכרעה ובהנמקה, כדי להבטיח ככל הניתן את נכונות התוצאה, ועם זאת זהירות, שמא נשיב למעשה "בדלת האחורית", על ידי העמסת העגלה יתר על המידה, את דרישת התוספת הראייתית שבוטלה על ידי המחוקק.

ו. זה המקום להזכיר, כי בית משפט זה נדרש לאחרונה לשאלת ההתערבות בקביעות מהימנות של ערכאה דיונית בעבירות מין, אם כי במיוחד במשפחה (עניינו כמובן אינו תיק משפחה). הדברים תומצתו בע"פ 4054/11 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם), וראו בחוות דעתי שם גם לעניין המשפט העברי וחשיבות הבדיקה המדוקדקת; תיק זה הוא דוגמה לבדיקה זהירה של ערכאת הערעור (ראו פסקה ה' לחוות דעתי שם), לא כל שכן מקום שדעת הרוב ודעת המיעוט נחלקו גם - למשל - לגבי התרשמות מן המערער, כגון פסקאות 86-92 לחוות דעת שופט הרוב מול פסקאות 37, 44 ו-78 לעמדת המיעוט.

ז. דעת הרוב בבית המשפט קמא מצאה את גירסת המתלוננת מהימנה: "המתלוננת העידה עדות רציפה וברורה. היא לא ניסתה להתחמק מהתמודדות עם

סתירות ותהיות שהוצגו לה בתוך גירסתה, אולם הגירסה הכוללת שהציגה נשמעה אמיתית ואמינה" (פסקה 72). תימוכין נמצאו לה בעדותה של אלכס ובעדותו של אדם על אודות השתלשלות העניינים. אלכס מתארת כי שעה לאחר שנכנסה לחדרו של המערער, יצאה המתלוננת מן החדר: "ראיתי שכאילו היא, היא הייתה נראית נסערת מבט כזה, אתה יודע, מבט נסער והיא נכנסה ישר לאמבטיה ואז ראיתי כאילו משהו לא בסדר..." (עמ' 113 לפרוטוקול הדיון מיום 7.2.11, שורות 17-19). אלכס המשיכה וסיפרה, כי לאחר שהמתלוננת שטפה את גופה ונרגעה, אספה את דבריה וביקשה ללכת מן המקום. אדם תיאר בעדותו - בין השאר - את שאירע אותו ערב, סמוך לקרות האירוע הנטען. בעדותו מסר כי אלכס התקשרה אליו ונשמעה לו היסטורית (עמ' 212 לפרוטוקול הדיון מיום 7.2.11, שורות 16-18). הוא מוסיף שהשתיים הגיעו לביתו "ממש שתי אנשים שבורים כאילו, הם לא היו צריכים כאילו אתה רואה שתי בחורות במצב כזה, אתה לא צריך לדמיין הרבה. הבנתי פחות או יותר מה הולך" (עמ' 212 לפרוטוקול הדיון מיום 7.2.11, שורות 26-28). בעדותו אף תיאר את השינוי שחל בהתנהגות המתלוננת לאורך זמן: "אני מכיר ... לפני כן. כל מי שעבד וזה בעבודה, ההיכרות שלנו איתה היה הצחוק שלה. יש לה צחוק, אם אתה תשמע אותה צחוק זה משהו שאתה לא יכול לפספס באוזן ובחורה כל כך שמחה, אנרגטית, כל כך הכל, פתאום אתה רואה ביום אחד, פא, הבן אדם נסגר, כולו התקפל לתוך עצמו..." (עמ' 214 לפרוטוקול הדיון מיום 7.2.11, שורות 17-20).

ח. ככלל, ראיות בדבר מצב נפשי של מתלוננת מהוות חיזוק, ומשכך ניתן לומר כי אף שבית המשפט קמא יכול היה לצאת ידי חובה בהנמקתו, נתווסף אף חיזוק:

"מצב נפשי - נחשב מאז ומעולם כחיזוק ואפילו סיוע (בעידן שבו היה הסיוע נדרש לתלונתה של נפגעת אונס), שהרי כמוהו כממצא פיזי בגופה של המתלוננת, המעיד על מה שעברה (ע"פ 9458/05 רחמילוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה י"א (השופטת ברלינר))."

ט. מנגד עומדים הנושאים שהטעים חברי, ושאליהם אשוב גם בהמשך: השתלשלות האירועים בסלון הדירה והמשקל הראייתי של הודעת אחי המערער שימי. ובהם מצאתי - בכל הכבוד - טעם בדבריו באשר למעמד הודעתו של שימי לעניין זה, בכך שלא נחקר. כחברי השופט זילברטל אף אני סבור שלא יוחס משקל מספיק לעובדה שהמשיבה לא חקרה בחקירה נגדית את שימי; ובנסיבות היה מקום להתחשב בעדותו ולייחס לה משקל מסוים, לגבי ההתגפפות בסלון. שקדמה למעשה נשוא המשפט. עם זאת לא אוכל להימנע מאמור, כי גירסתו חושפת גם פגם במהימנות המערער.

י. הגירסה בדבר התגפפות מוקדמת בסלון, הועלתה לראשונה על ידי המערער בעדותו בבית המשפט, וזאת לאחר ששימי מסר דברים אלו בהודעתו. בהודעתו של המערער עצמו במשטרה אין הדבר נזכר. דומה כי גירסתו של המערער הותאמה לעניין זה ומעבר לו: בהודעתו במשטרה מסר המערער כי המתלוננת נכנסה לחדרו, התיישבה על המיטה ויזמה את המהלכים שהובילו למגע המיני (ת/1), ולמול זאת בבית המשפט תיאר כיצד נכנסו יחדיו לחדרו בהמשך להתגפפותם בסלון (עמ' 30 לפרוטוקול הדיון מיום 30.3.11).

יא. לאלה מצטרפת שיחותיו של שימי למחרת האירוע עם אלכס ואדם, נסיונותיו להניא את המתלוננת מהגשת תלונה, והחשיבות שראה בהבהרת העניין שמא מה שאירע יפורש שלא כהלכה לשיטתו (עמ' 123 לפרוטוקול הדיון מיום 7.2.11). שימי מנסה לצייר ככל יכולתו את המתלוננת כמפתה, כגורם האקטיבי בפרשה: הוא תיאר כיצד לאחר שראתה המתלוננת תמונות של המערער, העירה אותו, הם "התמזמזו" בסלון והמשיכו לחדר השינה כשהיא לובשת מכנסי בוקסר, והרי "אין דבר כזה שבחורה תיכנס עם בוקסר למיטה של גבר" (ת/14, עמ' 2, שורות 25-26).

יב. כמותי כבית המשפט המחוזי בדעת הרוב, לא יכולתי אף אני שלא להביע תמיהה באשר לטענתו של המערער כי הפסיק את המגע המיני מבלי שהגיע לסיפוקו כיוון שהתעייף, זאת על רקע תיאורו לגבי השתלשלות האירועים, יחסי המין הסוערים, והירידה לפרטים שביסוד המעשה האינטימי.

יג. לבסוף יודגש, כי המתלוננת היתה בקשר רציף עם המרכז לנפגעי תקיפה מינית, ואם מדובר במי שחשה בושה ומבוכה על שקיימה עם המערער יחסי מין בשלב מוקדם של היכרותם, כפי שמציע חברי, היתה לה אפשרות "לרדת מן העץ" משנסגר התיק. רק התעקשותה הביאה לפתיחתו מחדש. לכאורה די היה באלה כדי לבסס הרשעה מעבר לספק סביר.

יד. ומדוע בכל זאת ספק? חברי הצביע על סדרת תמיהות לא פשוטות, והן אלה שיצרו בסופו של יום את הספק והכריעו את הכף. כבר נדרשנו להתגפפות בסלון. לצד זאת, גירסותיהם של אלכס ואדם, חבר וחברה של המתלוננת, נמסרו פרק זמן ארוך לאחר האירוע (אלכס מסרה הודעתה כ-6 חודשים לאחר האירוע ואדם כ-13 חודשים לאחר האירוע), ולא הוצג הסבר מניח את הדעת בעיקר מדוע לא המתינו בתחנת המשטרה ומסרו גירסתם כאשר נתבקשו (ראו ת/13 מאת רס"מ בוזנה), ומדוע לא

השיבו לפניות השוטרים (ת/6-ת/8). בעדותם הכחישו השניים מכל וכל את גירסאות השוטרים, ובזאת - נוכח רישומי השוטרים מזמן אמת - יש להציב סימן שאלה ביחס לאמינותם, שכן אין כל סיבה להטיל ספק בתיעוד המשטרתי, הן באשר לעזיבת המקום הן באשר להודעות למשיבונים. יתר על כן, המתלוננת אישרה בעדותה כי אלכס ואדם נתבקשו להישאר בתחנת המשטרה למתן גירסה. הסבר אפשרי יכול להיות קשור בעובדה שאלכס קיימה קשר אישי עם שימי, ועל כן נהירה האמביוולנטיות שבמתן גירסה הנוגדת את דבריו של שימי ומפלילה את אחיו. אולם, זוהי ספקולציה בלבד, ואין די בה כדי להפיג את סימני השאלה. לזאת מצטרפת אי ההתאמה שעליה הצביע חברי השופט זילברטל בין דבריה של המתלוננת לאחר האירוע לבין עדותה בבית המשפט באשר לסיבה שלא צעקה לעזרה בשעת האירוע. המתלוננת גם הכחישה את הדברים שיוחסו לה במזכר החוקרת רס"מ בוזנה (ת/12), כי הסתייגה מהגשת התלונה בשל התעללות מינית רבה בה בעבר. כפי שהצביע חברי, אין לחוקרת המשטרה כל סיבה לבדות דברים מעין אלה מלבה, והסתייגותה של המתלוננת תועדה בזמן אמת. לדברי החוקרת בוזנה תימוכין במזכר החוקרת רס"ל מרום (ת/11), שלפיו ציינה המתלוננת בפני האחרונה כי הגיעה שלא מרצונה להגיש תלונה, דבר שהוסבר בשיחה עם האם גם בהתעללות עבר וברקע נפשי מסוים. גם מעדותה של אלכס עולה כי המתלוננת לא היתה מעוניינת להגיש תלונה. כחברי סבורני כי מדובר בסתירות מהותיות, וההסברים שהציגה המתלוננת, הנוגעים לגרעין הקשה, מותירים ספק בהצטברם.

טו. כאמור, לא בלב קל מצרף אני קולי לעמדת חברי, אולם כאשר יש ספק - אין ספק. "אין ספק כי במקרה של ספק, עדיף זיכוי של האשם מהרשעתו של החף מפשע" (ע"פ 1434/00 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה 13 (השופטת ארבל)), כדברי השופטת פרוקצ'יה ע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה 27):

"השאלה מתי תמיהות שנתרו עולות כדי ספק סביר מושפעת ממידת הקשר שלהן לגרעין המהותי עליו נסב האירוע, נשוא האישום. כאשר התמיהות מקרינות על עצם מעורבות הנאשם באירוע העברייני המיוחס לו, משקלן עשוי לעלות כדי ספק סביר באשמה. לעומת זאת, כאשר התמיהות מצויות בשולי האירוע העברייני, ואינן מהותיות לו, הרי גם כאשר הן נותרות ללא מענה, לא בהכרח ישפיע הדבר על רמת הוודאות של הגירסה המפלילה האמינה. הציפייה כי במורכבות החיים ובמורכבות נפש האדם כל פרט בפסיפס הנתונים הקשורים באירוע ובמעורבים בו יהיה שקוף, צלול ובהיר במלואו לעולם אינה מתגשמת. יש, איפוא, לשקלל בזהירות את משקלן של התמיהות הנותרות,

ולבחון האם יש בהן כדי להעלות פסק סביר, או שמא הן מצויות בשוליו של האירוע העברייני, ואינן מטילות ספק בגרעין המהותי המפליל המצוי בתשתית הראייתית שניתן בה אמון".

לטעמי, זיכוי מחמת הספק מציין לא אחת כי בית המשפט חושד שהנטען אכן אירע כגירסת כתב האישום, אלא שעוצמת הראיות חלשה או ניטע ספק אחר בלב; ומציאות החיים מזמנת מקרים אשר כאלה, עם שער אני לדברי מלומדים כמו י' ואקי ומ' רוזנשטיין במאמרם "בין זיכוי 'מחמת הספק' לזיכוי 'מחמת הספק הסביר' ספר דוד וינר על משפט פלילי ואתיקה (ד' ארד-אילון, י' רבין וי' ואקי, עורכים) תשס"ט-2009489, ולכתיבה אקדמית נוספת שמקוצר היריעה לא אדרש אליה.

טז. בסופו של יום "הספק עשוי לנבוע מהצטברותם של גורמים, שתוצאתם היא כי ידו של השופט רועדת בכואו לחתום על הרשעה בגדרי ערעור, הגורמים עשויים להיות מבט שונה על הראיות במכלולן, או מבט שונה על ראיית-מפתח פלונית, או עניינים שבאו לאחר שהערכאה הדיונית סיימה מלאכתה, אשר הולידו את הספק" (ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה ד(2)). הסתירות הפנימיות שעליהן עמד חברי בפירוט, והקושי ליישב בין עדות המתלוננת לבין נתונים חיצוניים אחרים, כמו גם הקושי לתמוך את גירסתה באופן מלא בעדות אדם ואלכס, יוצרים סימני שאלה באופן שאינו מאפשר הרשעה מעבר לספק סביר. בחתימת הדברים אומר, כי יתכן מאוד שהיה האונס הנטען; אין אני בא להטיל דופי במתלוננת ובתחושותיה, ורחוק אני מקביעה כי לא היה אונס. אך גם לא אוכל לומר בלא ספק את ההיפך; ראו גם דברי בעניין בשירוב הנזכר, פסקה ה; ולעניין המשפט העברי ראו א' קשת, קובץ יסודות וחקירות א' 104 ("ספק נפשות").

סוף דבר

י"ז. כאמור, מצטרף אני איפוא לחברי השופט זילברטל.

י"ח. היתה לי אחר הדברים האלה הזדמנות לעיין בחוות דעתו של חברי השופט הנדל באשר לגישת ערכאת הערעור בעבירות מין, ולטעמי מילת המפתח היא הזהירות וההעמקה. זאת הן על פי קביעת המחוקק בסעיף 54א(ב) בעניין ההנמקה, והן על פי השכל הישר, חבר בכיר בקהלנו. מטבע הדברים יש להתרשמות הערכאה הדיונית משקל גדול – אך דלתי ערכאת הערעור אינן נעולות על פי סמכויותיה, ו"אין לדעתי סתירה בין גישה קפדנית זו של ערכאת הערעור לבין המודעות לכך שהתרשמות הערכאה הדיונית מעדויות הצדדים, בודאי בנסיבות אינטימיות של עבירות מין, אין ערוך

לחשיבותה; והדברים מתישבים לטעמי כדבעי ואינם מוציאים זה את זה" (רע"פ 4054/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה ה' לחוות דעתי). ואשר לספק, בהביענו אותו עלינו לומר את האמת שבלבנו, והיא אינה לבושה תמיד שחור ולבן, אלא לא אחת גונה אפור, והוא הוא הספק; ואין בכך כדי לגרוע מן הזיכוי המשפטי, מכבודו ומתוצאתו.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. מסכים אני עם חוות דעתו של חברי השופט צ' זילברטל ולנימוקיו המשכנעים, לפיהם יש להורות על זיכוי של המערער מחמת הספק. חבריי אף חיוו דעתם ביחס לעבירות מין במישור הכללי: בשל חשיבות הדברים, אכנס גם אני לחדר זה ואעיר שתי הערות, בתקווה שאין הן בגדר מחלוקת - אלא בגדר הבהרה.

2. כלל מושרש היטב בפסיקתנו הוא שערכאת הערעור תיטה שלא להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה המבררת לאחר התרשמות. כלל זה משקף את חלוקת העבודה בין שתי הערכאות. הערכאה המבררת - והיא לבדה - מתרשמת ומהווה חלק מתהליך שמיעת הראיות. אכן, מופיעה בפסיקה הגישה שיש להפעיל את הכלל האמור ביתר שאת שעה שמדובר בתיקים שעניינם עבירות מין (וראו דברי חברי השופט רובינשטיין והסקירה של גישה זו שהובאה על ידי הנשיא א' גרוניס בע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני (12.1.2012) בפסקה 7 לפסק דינו (להלן: "עניין פלוני"). עם זאת, כמו הנשיא, סבורני כי הלכה כזו "מעוררת קושי". לטעמי, הצגת הדברים באופן האמור - החלת כלל אי ההתערבות ביתר שאת בתיקי מין - אינה רצויה, ובמובנים מסוימים היפוכו של הכלל הוא הנכון. אבהיר.

מלאכת הכרעת הדין בתיקים שעניינם עבירות מין מאופיינת בקשיים מיוחדים, משום שלא פעם סלע המחלוקת נסוב בעיקר סביב שתי גרסאות בלבד - המתלוננת והנאשם - אודות מעשה שהתרחש רחוק מעין כל רואה. לצד זאת, דין הוא כי: "הרשיע בית משפט במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו" (סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971). סימן ה' לפרק י' האמור, כותרתו: "עבירות מין". דרישת ההנמקה הקבועה בסעיף בעלת משקל עצמאי, שהרי

בכל תיק פלילי חובה על בית המשפט לנמק את הכרעתו (וראו סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי, תשמ"ב-1982). הנה כי כן, כנראה תוך מודעות לקשיים הקיימים בהכרעה בתיקים אלה, קבע המחוקק דרישה לנמק באופן רחב ומפורט יותר מדוע החליט בית המשפט להרשיע על סמך עדותו היחידה של הנפגע. נכון הוא כי בניגוד לעבר, בוטלה דרישת הסיוע לעדות יחידה בעבירות אלו, אך לא עסקינן בסקירה היסטורית כי אם בדין הקיים, אשר מציב משוכה ביחס לעבירות מין, ולעבירות מין בלבד. דרישה זו, על תכליתה, משליכה על מלאכת ערכאת הערעור. ראשית, עליה לבחון באופן פורמאלי אם הערכאה המבררת פעלה בהתאם לדרישות המחוקק. שנית, עליה לבקר את הכרעת הדין תוך בדיקת הנימוקים לגופם. ניתן לומר כי חובת ההנמקה המיוחדת הקבועה בסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות, שעניינה כאמור עבירות מין בלבד, מחייבת בדיקה פנימית נוספת של בית המשפט השומע את הראיות, ובהתאם – בדיקה חיצונית נוספת של ערכאת הערעור על תיקים שכאלה. נפקות אחרת של סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות היא חשיבותן של ראיות נוספות, מעבר לעדות המתלוננת, מקום בו בית המשפט נותן אמון בעדותה. הזהירות בבחינת ראיות המתבקשת מהערכאה המבררת בעבירות מעין אלו אינה מפחיתה מהקשיים בבירור המתנהל בערכאת הערעור. בית המשפט המברר מודע לכך שהסתמכות על ראיות נוספות עשויה להוציא את הכרעת הדין מתחולתו של סעיף 54א(ב) על המשתמע מכך. לכן, בין אם בית המשפט מרשיע על סמך סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות ובין אם קיימות ראיות נוספות מעבר לעדות המתלוננת – שלא בדמות עדות ראיה נוספת, שהיא חריגה - המחוקק אינו "מקל" על בית המשפט אלא היפוכו של דבר. דווקא בשל אלה, מצטרף אני לתהיית הנשיא א' גרוניס בעניין פלוני לפיה:

"תמוה בעיני מדוע יש לצמצם את היקף שיקול דעתה של ערכאת הערעור להתערב בממצאיה של הערכאה הדיונית דווקא כאשר מדובר בעבירות מין. במצב דברים זה לא רק שהערכאה הדיונית יכולה להסתפק בהנמקה לצורך הרשעה בעבירות מין; הרי מכוח הכלל המצמצם את יכולתה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים כאלה "זוכה" הערכאה הדיונית לחסינות רבה יותר מהתערבות בממצאיה, בהשוואה לסוגים אחרים של עבירות... ודאי נכון הוא לטעמי כי אין מקום ל: "קביעה א-פריוורית בדבר היקף התערבות מצומצם מן הרגיל של ערכאת הערעור" (פסקה 9 לפסק הדין).

האמור מהווה מאפיין ייחודי של עבירות מין במישור המשפטי. להשלמת התמונה, קיים מאפיין ייחודי בעבירות אלו אף במישור העובדתי. אופייה של עדות המתלוננת בעל תכונות ייחודיות. מהותה של עבירת המין יוצרת נפגע עבירה שאינו

כנפגע בעבירות אחרות. די באזכור הסוגייה של עדות כבושה. בעוד שהפסיקה הכירה בדינאמיקה הפסיכולוגית המיוחדת של הנפגע בעבירה זו, דינאמיקה העשויה להסביר עיכוב בהגשת התלונה, לא כך המצב למשל לגבי קרבן בעבירת התפרצות לדירת מגורים (וראו את ההתפתחות החל מפסק דין שמרת – ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' אופיר בארי ואחרים, פ"ד מח(1) 302 - וכלה בחקיקה המיוחדת בדבר תקופת ההתיישנות בעבירות מין). כמובן שאין כאן משום קביעה פסקנית החלה על כל מקרה ומקרה; אך הכלל קיים, ונדמה כי נובע הוא מהמציאות. דהיינו – המצב העובדתי השונה של קרבנות בעבירות שונות. האתגר במלאכת הכרעת הדין בתיקים מעין אלו הוא המיזוג בין ההכרעה בייחוד הרובד העובדתי לבין הכפפות לדרישות הרובד המשפטי. הרובד העובדתי חייב להתאים עצמו לרובד המשפטי ולא ההיפך.

3. ההערה השניה עניינה משמעות זיכוי של נאשם. במישור הנורמטיבי – זיכוי מצהיר כי התביעה לא הוכיחה את האשמה מעל לכל ספק סביר. ייתכנו שני מצבים. בראשון, הוכח למעשה שהנאשם לא עבר את העבירה. בשני, נותר ספק סביר אם עבר את העבירה אם לאו. לטעמי, מבחינת הדין הפלילי, אלו שתי האפשרויות הקיימות במתן פסק דין מזכה. כך או כך, ובכל מקרה, לא רק שלא ניתן להעניש את הנאשם שזוּפָה, אף לא ניתן לסמנו באות קין. בשלב ההנמקה, רשאי בית המשפט לציין כי קיימות ראיות מפלילות המעוררות חשד בדרגה זו או אחרת. עם זאת, לטעמי אין מקום כי בשורה התחתונה הנועלת את ההכרעה, יזכה בית המשפט נאשם מחמת הספק, תוך ציון אשמתו בעצמה זו או אחרת. הליכה בקו אחרון זה, עלולה להסיט את הגורם המכריע מתפקידו במתווה של ההליך הפלילי. הספק הסביר אינו בגדר מושג טכני, אלא הינו קביעה ערכית-אפיסטמולוגית. חברתנו, כמרבית החברות המוכרות לנו – אם לא כולן, הקימה מוסד – בית המשפט – שתפקידו להכריע אם עבר אדם עבירה אם לאו. הוענקו לבית המשפט כלים לעשיית מלאכה זו. ביניהם, דרישת הספק הסביר במשפט הפלילי טרם יורשע נאשם. כמובן, על מנת שבית המשפט יבסס עמדה אם נותר ספק סביר עליו לעבור הליך חיצוני של בחינת הראיות והליך פנימי המכיל את חכמת הלב ויושרת הלב. הספק בהגדרתו כולל ניגודים. לעומת זאת, משמעות הזיכוי בסיומה של הכרעת הדין היא: אין הוכחה שעל בסיסה ניתן לקבוע שהנאשם עבר את העבירה. הכרעה זו מחייבת אף את בית המשפט. בשלב זה, הספק הסביר – הוא זיכוי הנאשם – מהווה פסק-דין על כל המשתמע מכך. בשורה התחתונה הנאשם לא הורשע אלא נוקה מאשמה פלילית, ואין מקום לטעמי שהמסקנה המשפטית תלווה בקביעות של אשמה למחצה. הגדרת זאת בצורה אחרת: הספק הסביר אינו חייב לצעוק, די באומרו: "הנני". אמרה זאת אינה סימן התייצבות או אפילו סימן קריאה, אלא נקודה. הספק הסביר הוא סוף המשפט.

4. סוף דבר. אני מצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי השופט צ' זילברטל על נימוקיה.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט צ' זילברטל.

ניתן היום, ז' באב התשע"ב (26.7.2012).

שופט

שופט

שופט