

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3059/03

בפני : כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור

המערער : בוריס גלובוביץ

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע בפ.ח. 961/01 מיום 18.2.03 שניתנו על ידי כבוד סגן הנשיא י' פלפל והשופטים נ' הנדל ור' יפה-כ"ץ

תאריך הישיבה : כ"ב בחשון התשס"ד (17.11.03)

בשם המערער : עו"ד שחדה אבן ברי

בשם המשיבה : עו"ד ברלינר דפנה

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע שהרשיע (ברוב דעות) את המערער במעשה אונס, מעשה סדום ואיומים, עבירות לפי סעיפים 345(ב)(3)(4), 347(ב) בנסיבות 345(ב)(4) ו-192 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. דעת הרוב (השופט נ' הנדל אליו הצטרפה השופטת ר' יפה-כ"ץ) היתה שיש להרשיע את המערער בעבירות הנזכרות. סגן הנשיא (י' פלפל) היה בדעה שיש לזכותו מחמת הספק.

2. על תחילת האירוע אין חולק: ב-8.9.01 בסמוך לשעה 22:00 נפגשו המערער והמתלוננת, אישה כבת 40, בקיוסק בבאר-שבע. השניים הם יוצאי ברית המועצות לשעבר. בין השניים לא היתה היכרות קודמת. התפתחה ביניהם שיחה והם שתו יחד.

לאחר מכן הציע המערער למתלוננת לבוא לביתו; לגרסת המערער היוזמה לבוא לביתו היתה של המתלוננת דווקא, אך אין חולק שבהסכמה הגיעו השנים לבית. בידי המתלוננת היה בקבוק וודקה שקנתה בקיוסק. המערער, המתלוננת, ואדם נוסף שהתגורר עם המערער – איגור שמו – שתו יחד. על מה שהתפתח מאוחר יותר חלוקות הדעות. המתלוננת טענה כי היא ביקשה ללכת לביתה אך המערער לא אפשר לה לעשות כן. הוא היכה אותה בפניה ובגופה, הפשיט אותה מבגדיה ואנס אותה מספר פעמים, "מקדימה ומאחורה", כלשונה. המתלוננת איבדה את הכרתה והתעוררה לפנות בוקר. היא חטפה את חולצתה ונסה על נפשה. חזייתה, תחתוניה, מכנסי טייץ שלה ותיקה - אותו השאירה במטבח - נשארו בדירה. היא לקחה פלאפון של המערער שהיה מונח על השולחן. אחרי שברחה מן הדירה הלכה ברגל לביתה המרוחק מדירת המערער, כשרק חולצתה לעורה, והיא הסתתרה בכל פעם שחלפה מכונית, כדי שלא יראוה במצבה זה. בפתח הבית המתין לה חברה, בוריס שמו.

3. המערער טען לעומתה כי לא היכה את המתלוננת, ולא קיים עימה יחסי מין. מה שאירע לדבריו הוא שהמתלוננת לקתה בהתקף אפילפסיה והיא נפלה על הריצפה. הוא לא ידע כיצד לטפל בעניין וכיסה את המתלוננת בסדין. לפנות בוקר גילה כי המתלוננת נעלמה ודלת הבית נשארה פתוחה. תיקה של המתלוננת אכן נשאר בביתו (ובשלב מאוחר יותר מצאה אותו שם המשטרה). לטענת המערער, המוכחשת על ידי המתלוננת היא לקחה עימה חפצים נוספים – שני זוגות משקפי שמש, שעון ו-75 שקלים שהיו בארון. כבר כאן יצוין כי בגרסתו של המערער במשטרה מול גרסתו בבית המשפט היו כמה סתירות ובהן שתי סתירות בעלות משמעות. סתירה אחת נוגעת לשאלת נוכחותו של איגור באירוע. בבית המשפט טען המערער כי איגור היה עמו כל העת ויצא מהבית רק לפנות בוקר; במשטרה טען כי איגור עזב בשעה מוקדמת כשהמתלוננת התחילה להתגלגל על הריצפה. לא עלה בידי אף אחד מהצדדים לאתר את איגור ולהביאו כעד. סתירה אחרת נגעה לשאלה אם המתלוננת היתה עירומה בביתו. במשטרה טען המערער כי המתלוננת, בשכרותה, פשטה את בגדיה והחלה לרקוד; בבית המשפט טען שלא כך היה וכי לא כך אמר במשטרה. הודעותיו במשטרה הוגשו בהסכמה.

4. גם על מה שארע מאז יצאה המתלוננת את דירת המערער ועד שעורבה המשטרה בעניין, כפי שיתואר, חלוקות הדעות. בידי המתלוננת היה, כזכור, ולפי כל גרסה שהיא, פלאפון של המערער. אין חולק על כך כי נקבעה פגישה ליד סופר-פארם הסמוך לבית המערער לשם החלפת הפלאפון בתיק שהשאירה המתלוננת. לקראת פגישה זו עורבה המשטרה על ידי המתלוננת או מי מטעמה. המשטרה שמה מארב

למערער. לפגישה הגיע חבר של המערער ולא המערער עצמו. בידי החבר לא היה תיקה של המתלוננת. המשטרה נכנסה לפעולה: נערך חיפוש בביתו של המערער ובחצרו. בחצר ליד פח הזבל נמצאה שקית ובה, בין השאר, נעליה של המתלוננת, חזייתה, תחתוניה ומכנסי הטייץ שלה. בתוך הדירה נמצא התיק. המערער טען כי לא הוא שהניח את השקית ליד פח הזבל. סניגורו, עו"ד אבן ברי, הצביע בפנינו על אפשרות לפיה היו אלה המתלוננת וחברה שהניחו את השקית. המתלוננת וחברה תיארו בעדויותיהם שלפני הפניה למשטרה הם חיפשו בבוקר, ללא הצלחה, את ביתו של המערער. מהשקית לא נלקחו טביעות אצבעות.

5. המערער מסר בהסכמתו דגימות דם. המתלוננת נבדקה ביום 9.9.01. על פי חוות דעת מומחה של אשירה זמיר מהמחלקה לזיהוי פלילי במשטרה, בארבעת המטושים שנלקחו מהמתלוננת לא נמצאו בהסתכלות מיקרוסקופית תאי זרע. עורכת חוות הדעת מסרה חוות דעת נוספת לבקשת הפרקליטות בה צוין: "אני מבקשת להבהיר כי אחת המוסכמות בביולוגיה פורנזית היא כי אי קבלת תוצאה בבדיקה של חומר מסויים אינה מעידה על העדרו של חומר זה במוצג הנבדק. לכן במקרה זה שבו לא מצאתי תאי זרע, לא ניתן לשלול באופן מוחלט את האפשרות כי על המטושים היו תאי זרע שלא נתגלו בבדיקה. מאידך, אין בכך כדי לתמוך בהשערה זו". חוות הדעת של המומחית הוגשו בהסכמה, והמומחית לא נחקרה על חוות דעתה.

6. סניגורו של המערער טען בערכאה הראשונה וטוען גם לפנינו כי תוצאות הבדיקה חייבות היו להביא לזיכוי של המערער. הוא מצביע על כך שבגרסתה הראשונה של המתלוננת במשטרה היא סיפרה על כמה מעשי אונס וכן על כך שהמערער בא על סיפוקו בתוכה פעם אחת "מלפנים" ופעם נוספת "מאחור". רק בעדותה טענה המתלוננת כי אינה בטוחה "שהוא גמר בתוכי". לפי עדותה הניחה שכך אירע כיוון שהרגישה שהיא רטובה.

7. המערער מוסיף וטוען כי מדובר בעלילה שהעלילה עליו המתלוננת לשם סחיטה. מאן דהו דרש ממנו, בשיחות הפלאפון שקדמו למפגש בסופר-פארם, 5,000 ₪. לדבריו אלה של המערער יש תימוכין בעדותו של בוריס, חברה של המתלוננת. בוריס, שהעיד רק לאחר שהוצא נגדו צו הבאה, אישר בעדותו כי "בחור מהצד של המתלוננת" אותו אין הוא מכיר, לדבריו, ביקש בפלאפון כסף מהמערער כדי "לסגור עניין".

"היו אנשים שהתקשרו לפלאפון של הנאשם והתחילו לאיים, היא (המתלוננת) בהתחלה לא רצתה להתקשר

למשטרה. היא רצתה לסגור זאת בצורה אחרת ואז אדם שאני לא מכיר אלא ו' (המתלוננת) מכירה אותו, הוא ביקש פגישה ליד הסופר-פארם בשעה 10:00. הוא החליט לעשות זאת בעצמו כדי להגן עליה. אני שמעתי אותו מדבר עם הנאשם דרך הטלפון. אני לא מכיר את האיש הזה, ואני לא יודע איפה הוא גר. אני לא יכול למצוא אותו, הוא אדם מבוגר מעל גיל 40" (עמ' 43).

ובהמשך חקירתו הנגדית:

"אם אתה אומר לי שהמתלוננת גנבה לו דברים ואנו עוד מבקשים ממנו כספים והוא לא מתכוון לשלם שום דבר אני משיב שאני לא יודע אם היא גנבה לו דברים.

אם אתה אומר לי שהוא התקשר למשטרה כדי לדרוש את הדברים אשר המתלוננת גנבה ממנו אמרנו לו שהוא לא יקבל את הדברים שלו ואמרנו לו לשלם כסף ולא נגיש תלונה במשטרה" (עמ' 44).

המערער טען בעדותו כי קולו של בוריס שאותו שמע במהלך עדותו של בוריס הוא הקול שדרש ממנו כסף.

8. מחומר הראיות עולה עוד כי המתלוננת היתה חבולה בפניה, בידיה ובגב בבוקר שלאחר האירוע. השוטרת שליוותה אותה העידה כי היה קשה למתלוננת לדבר, כי היא היתה כל הזמן בהיסטריה, בכתה כל הזמן ואמרה שהיא רוצה להתקלח וכי היא "מרגישה מלוכלכת". השוטרת אמרה למתלוננת שאיננה יכולה להתקלח עד שיבדקו אותה. היא הוסיפה וסיפרה כי חבר של המתלוננת כבר שכנע אותה לא להתקלח אך בבית החולים היא רצתה להתקלח "ושכנענו אותה שלא להתקלח" (עמ' 37).

9. סגן הנשיא פלפל ציין כי גרסת המערער איננה מעוררת אמון והיא מרובה סתירות ולעומת זאת לעדות המתלוננת ישנם חיזוקים לא מבוטלים המאוששים את גרסתה. עם זאת, ב"ראייה כוללת" סבר "שאין מנוס מאשר לזכות מחמת הספק את הנאשם בביצוע עבירות המין והכאת המתלוננת". הנימוק הראשון לזיכוי מחמת הספק שציין הוא "שתמוה עד למאוד שבבדיקה שנערכה למתלוננת לא נמצאו תאי זרע ו/או ד.נ.א. של הנאשם". נראה כי נימוק זה הוא הנימוק המרכזי בגינו החליט סגן הנשיא פלפל לזכות את המערער, אף שבחוות דעתו נזכרים גם עניינים נוספים.

10. ספק נוסף שהעלה נוגע לחבלות בגופה של המתלוננת. לדברי סגן הנשיא אין להוציא מכלל ספק כי חבלות שנמצאו על המתלוננת או מקצתן נגרמו לה כתוצאה מנפילות במהלך התקף אפילפטי בדירת המערער או עוד קודם לכן. לא הייתה מחלוקת על כך שהמתלוננת סובלת מאפילפסיה ונופלת, ולדבריה היא עצמה סיפרה זאת למערער. חרף תמיהות אלה, קשה, לדברי סגן הנשיא, לקבל שהחבלות סביב העיניים נגרמו כתוצאה מנפילה. החבלות האמורות הונצחו בתמונות שצולמו ב-9.9.01, וגם שוטרת העידה עליהן. תיק המוצגים של הערכאה הראשונה אכד והמוצגים שוחזרו רק באופן חלקי, אך הערכאה הראשונה ראתה את התמונות. סגן הנשיא ציין כי הוא מתקשה לסמוך בוודאות על עדותה היחידה של המתלוננת מול עדותו המכחישה של המערער בשים לב לכך שיכול והמערער היתה שיכורה. עוד עמד על כך שהמאשימה לא הביאה לעדות את איגור. לטענת המתלוננת נכח איגור בחבטות שחבט בה המערער בתחילת האירוע. הוא אמר שאין הוא רוצה לראות, ויצא. בגרסאות הנאשם היו כאמור, סתירות בשאלה מתי יצא איגור. לדעתי אין לייחס משמעות לאי העדתו של איגור: שני הצדדים ניסו, ללא הצלחה, להזמין לעדות ועל כן אי העדתו היא, בעיניי, עניין ניטרלי. במסגרת תיאור הספק המתעורר, עמד סגן הנשיא גם על סתירות מסויימות בעדויות לגבי מעשיה של המתלוננת לאחר שיצאה מבית המערער: לגירסתה, חברה בוריס המתין לה בבוקר בחדר המדרגות. בוריס העיד כי בנה של המתלוננת הוא שקרא לו. על כן סבר סגן הנשיא פלפל שהמאשימה צריכה היתה להעיד גם את הבן, שהוא (לגרסת בוריס) מי ששמע לראשונה את סיפור המעשה מפי המתלוננת.

11. השופט נ' הנדל, שביטא את דעת הרוב, קיבל את גרסתה של המתלוננת. בדיון בעל-פה לפנינו עלתה טענה ולפיה השופט הנדל לא ציין במפורש כי הוא מאמין למתלוננת. לדעתי קריאת חוות דעתו כמכלול מצביעה על כך שעל אף הניסוח המתון של דבריו, הוא נתן אמון מלא בגרסת המתלוננת. וכך, בין השאר, כתב:

”כמובן שבמשפט פלילי עסקינן, ולכן אין לפסוק על פי סיפור המעשה, אלא על פי התרשמות ישירה מהמעורבים. הנאשם הותיר בי רושם של אדם בלתי מהימן, וזאת בניגוד גמור לרושם שהותירה בי המתלוננת.”

אחר כך עבר השופט הנדל לניתוח הספיקות שהיו לאב בית הדין והראיות התומכות בגרסת המתלוננת וציין:

"שמעתי את עדותה לפיה ביצע בה הנאשם מעשה אינוס ומעשה סדום ('מקדימה ומאחורה' כלשונה). כך מסרה במשטרה. בניגוד להיבטים אחרים של עדותה, בעניין זה נראה כי קיימות שתי האפשרויות: המתלוננת משקרת ביודעין, או שהיא דוברת אמת. לא התרשמתי כי המתלוננת משקרת. כן התרשמתי כי מתארת היא חוויה קשה שעברה על גופה. בנושאים אלה עדותה הייתה נחושה, ברורה ועקבית..."

12. בעיניי יש משקל רב לכך ששניים משופטי ההרכב רחשו אמון למתלוננת. עוד אעמוד בהמשך הדברים על עניינים מסוימים המחזקים את עדות המתלוננת, ועל הספקות שהעלה סגן הנשיא פלפל. ואולם – בסופו של יום – מדובר באירוע שלפחות עיקרו התרחש בין שניים, והעדים המרכזיים, כפי שקורה לא אחת במשפטים בעניין עבירות אינוס, הם המערער והמתלוננת. לדעתי עלינו לנהוג לפי הכלל הרגיל לפיו התערבות ערכאת הערעור בתחום המהימנות תהייה מצומצמת לחריגים וליוצאים מהכלל בלבד, שהמקרה שלפנינו איננו נמנה עליהם (לעניין כלל אי ההתערבות האמור ראו הדיון הנרחב בפסק דינו של השופט י' זמיר בע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל פ"ד נד(4) 632 שעסק גם הוא בפרשת אינוס).

13. קראתי אף אני את העדויות וההודעות במשטרה ואיני רואה יסוד להתערב בממצאי המהימנות שקבעה הערכאה הראשונה. טענת העלילה, אליה עוד אשוב, הועלתה בסיום חקירתה הנגדית של המתלוננת. וכך הגיבה:

"אתה אומר לי שהמצאתי סיפור של אונס בגלל שהנאשם שגילה שהחפצים שלו נעלמו התקשר אלי גם הוא וגם חברו והתקשר למספר הפלאפון שלו שהיה אצלי ואני אומרת תגיד לי בבקשה, אני יכולה להמציא אונס? להמציא שאני נאנסתי? (בעצבים).

ואתה ממשיך להגיד לי שאני וחבר שלי לא רצינו לעשות שום דבר ולא לגשת אפילו למשטרה אלא פשוט חשבנו שאפשר לסחוט את הנאשם כספית ואני אומרת במשך שבע שנים (שהמתלוננת בארץ – מ.נ.) לא יכולתי למצוא עוד מקום לסחוט כסף? רק הוא? (בעצבים).

אתה ממשיך להגיד לי שגם באותו ערב דיברתי שאין לי פלאפון 8 שנים ואני גנבתי את הפלאפון שלו ועוד דברים ואני אומרת שלקחתי רק פלאפון וזה ששמונה שנים לא היה לי פלאפון לא אומר שאני צריכה לגנוב לו פלאפון. יש לי הרבה חברים עם פלאפונים וזה לא אומר שאני צריכה לגנוב מכולם. לקחתי מבלי לראות..." (הציטוט מעמ' 20 לפרוטוקול).

לערכאה הראשונה היתה אפשרות להתרשם מהדברים.

14. כפי שצינו שלושת שופטי ההרכב, ישנן מספר עובדות התומכות לכאורה תמיכה של ממש בגרסתה של המתלוננת: התלונה המיידית, מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת לפי עדות השוטרת, החבלות, השקית ובה בגדיה של המתלוננת אותה מצאה המשטרה בסמוך לפח האשפה בחצרו של המערער. אף אם תאמר שחלק מהחבלות יכולות להיגרם מנפילות כתוצאה מהאפילפסיה, קשה לומר זאת על החבלה בעיניה של המתלוננת, ואף סגן הנשיא פלפל התקשה לומר כך. המערער טען בעדותו כי כשהיתה המתלוננת בביתו לא היו לה סימנים סביב העיניים (עמ' 56). הוא מסביר כי "אם מקבלים מכה בלילה בבוקר העיניים שחורות". החבלות בעיניים, בצירוף העובדה שלגרסת המערער לא היו למתלוננת חבלות כאלה תומכות תמיכה של ממש בגרסת המתלוננת.

15. גם העובדה שליד הזבל נמצאו בשקית בגדיה של המתלוננת (למעט חולצתה) תומכת תמיכה של ממש בעדותה. הסניגור טוען כנגד ראיה זו שהמתלוננת וחברה בוריס "שתלו" את השקית ובה הבגדים השכם בבוקר (כזכור טענו המתלוננת ובוריס חברה שהם חיפשו בבוקר את ביתו של המערער ולא מצאוהו). ואולם התזה בעניין "שתילת" השקית לא הוצגה למתלוננת או לבוריס בחקירותיהם הנגדיות, ועל כן קשה לקבלה. בעיני יש מישקל ניכר לכך שבגדיה של המתלוננת נמצאו ליד ביתו של המערער. רק הצורך לברוח מן הבית בלי לעורר תשומת לב ובלי להעיר את המערער יכול היה להביא את המתלוננת לצאת מהבית כשרק חולצתה לעורה. ועוד: כזכור, בגרסתו במשטרה ראה המערער צורך לטעון שהמתלוננת התפשטה ורקדה. בבית המשפט טען שלא כך היה, וכי לא כך אמר במשטרה. אמירתו זו של המערער במשטרה מצביעה על כך שהוא ראה צורך "להסביר" מדוע היתה המתלוננת עירומה. בעדותו בבית המשפט טען המערער לעומת זאת כי "כשכיסיתי אותה בסדין היא היתה עם בגדים". המערער החליף איפוא את גירסתו המקורית לפיה היתה המתלוננת עירומה בגירסה אחרת ולפיה המתלוננת היתה לבושה, וכחלק מהעלילה שרקמה נגדו "שתלו" היא ובוריס את הבגדים בחצרו.

16. לעניין הימצאם של הבגדים בחצר מצטרפת עובדה שאיננה שנויה במחלוקת – המתלוננת השאירה בביתו של המערער את תיקה. בתיק זה היתה, לגרסת המערער, תעודת עולה של המתלוננת. לגרסת החבר בוריס היו שם תעודות נוספות, מסמכים

רפואיים ועוד. העובדה שהתיק נשאר בדירה (ולטענת המתלוננת במטבח) מצביעה אף היא על כך שהמתלוננת יצאה בחיפזון מהדירה תוך ניסיון לא להעיר את המערער. בהקשר זה נזכיר עוד כי גם לגרסת המערער נשארה דלת הדירה פתוחה במקצת. כל הממצאים, בין אלה שאינם שנויים במחלוקת (עניין התיק והדלת) ובין השנויים במחלוקת (שקית הבגדים) – מלמדים על כך שהמתלוננת ביקשה לצאת חרש בלי להעיר את המערער. ממצאים אלה עולים היטב בקנה אחד עם גרסתה של המתלוננת לפיה אילץ אותה המערער להישאר בביתו בניגוד לרצונה, היכה אותה ואנסה פעמים רבות. הממצאים אינם עולים בקנה אחד עם גרסת המערער לפיה לאחר שלקחה המתלוננת בהתקף אפילפסיה (בעימות בינו לבין המתלוננת טען המערער לשלושה התקפים) – הוא כיסה אותה בסדין ואיפשר לה לישון.

17. הממצאים האובייקטיביים מגלים אפוא סימני אמת רבים עליהם רשאית היתה הערכאה הראשונה להסתמך. עם זאת, יש להתמודד עם שני עניינים מרכזיים המושכים, לכאורה, לכיוון ההפוך, והם העדרם של סימני זרע בבדיקה המיקרוסקופית וטענת העלילה.

18. דומה שהנימוק של אי מציאת תאי זרע בבדיקה, ולא סתירות שונות או העדת עדים, הוא הנימוק שעמד במרכז פסק דינו של סגן הנשיא פלפל. נימוק זה הועמד כנימוק הראשון בין הספקות שהועלו על ידו. לדעתי, ולאור חוות הדעת של המומחית, אשר לא נחקרה בחקירה נגדית, נימוק זה איננו יכול לעמוד מול עדות המתלוננת לה רחשו שופטי הערכאה הראשונה אמון ומול שאר הראיות המחזקות. לדעתי, אילו ידעה המתלוננת (כפי המתחייב מטענת ה"עלילה") שאין סיכוי שיימצאו בבדיקות תאי זרע של המערער (כיוון שהמערער לא אנס אותה), יכולה היתה המתלוננת לומר שהתרחצה, ועל כן אין טעם בבדיקות. לפי חוות הדעת של המומחית, אי מציאת תאי זרע איננה שוללת קיום מגע מיני. המומחית לא נחקרה כאמור על חוות דעתה.

19. בפסיקתו של בית משפט זה נוכל למצוא כמה מקרים בהם אושרה הרשעה באינוס אף שלא נמצאו תאי זרע. דומה שהמאלף מכולם הוא פסק הדין שניתן בע"פ 796/78, 848/78 מדינת ישראל נ' קורלקר ואח' וערעור שכנגד פ"ד לג(3) 617, שם נאמר:

"לא מצאנו ממש בערעורים על ההרשעה. על אף סתירות וסטיות בעדותה ובהודעותיה במשטרה, נתנו השופטים המלומדים אימון בעדות המתלוננת אשר לפיה קיימו אתה ארבעת המערערים בזה אחר זה מגע מיני שלא

מרצונה וחרף התנגדותה. טענת המערערים שהמתלוננת לא היתה ראויה לאימון זה, אינה טענה הנשמעת בבית משפט שלערעור; וטענת אחד הסניגורים שעדות המתלוננת שנאנסה אינה יכולה, מן הבחינה האובייקטיבית, להיות נכונה, באשר לא נמצאו תאי זרע בנרתיקה, אף היא אינה טענה, שהרי אחד המערערים הודה שקיים איתה מגע מיני ולו גם בהסכמתה: אין זאת אלא שתאי הזרע שהיו בנרתיקה התנדפו מאז מעשי האונס ועד לשעת הבדיקה, כפי שהעידה הרופאה שערכה את הבדיקה".

בע"פ 3549/02 נבארי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) אימץ בית משפט זה את הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי באותה פרשה. בהכרעת הדין האמורה נאמר:

"...העדרם של תאי זרע בבדיקה שנלקחה מהלידן הינה עובדה ניטרלית שאינה יכולה לחזק או להפריך גרסה זו או אחרת ואם בית המשפט בוחר להאמין למתלוננת הטוענת שאכן היתה חדירה אין בהעדר הממצא כדי להפריך גרסה זו".

וראו עוד והשוו ע"פ 4912/96 רחמימוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

20. השופט הנדל ציין בפסק דינו, בשאלת משמעות הבדיקה המדעית, כי המתלוננת לא בהכרח שולטת בכל הפרטים. כדוגמא לכך הוא מציין סתירות מסויימות שאין להן משמעות. הסתירות הן בשאלה אם חברה של המתלוננת המתין לה בבוקר ליד הדלת או שבנה קרא לחבר. אלו הן הסתירות עליהן הצביע סגן הנשיא פלפל. השופט הנדל העיר לעניין זה כי המתלוננת שתתה משקאות חריפים בליל המקרה וכנראה גם טרם עדותה. תכונה זו של אי שליטה בפרטים עשויה להסביר גם את סוגית אי הוודאות שהיתה למתלוננת בשאלה אם המערער "גמר בתוכה" אם לאו.

21. נותרה טענת העלילה. טענת העלילה משמעותה היא שכדי לסחוט 5,000 ש"ח (או סכום אחר) בגין אונס, כביכול, בדתה המתלוננת את הטענות בעניין המכות והאונס. אני מוכנה לקבל כי בדיעבד מי ממקורביה של המתלוננת. ניסה לסחוט את המערער. הדברים עולים מעדותו של בוריס שקטעים ממנה צוטטו לעיל. אין פירוש הדברים שהדברים עליה העידה המתלוננת אינם אמת והיא רקמה עלילת שווא שמטרתה סחיטה. טענת העלילה אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שהמתלוננת עירבה את המשטרה. נזכיר לעניין זה כי המערער, שהוא, לטענתו, הנסחט, לא עירב את המשטרה בעצמו. דרכם של סחטנים ומעלילים לפעול פעולה "פרטית", מבלי לערב את

המשטרה. ומה שחשוב מזה: שלושת שופטי הערכאה הראשונה דחו את טענת העלילה. סגן הנשיא פלפל ציין (בפיסקה 6 לפסק דינו) שלו רצתה המתלוננת, כפי שטוען הנאשם, להעליל עליו, נשאלת השאלה מדוע השאירה את תיקה בדירתו. גם שופטי הרוב דחו את הטענה כטענה שאינה מתיישבת עם הסימנים הרפואיים שנמצאו אצל המתלוננת ועם העובדה שבגדיה לא היו עליה. בעניין זה ציין השופט הנדל:

"האומנם הפלילה המתלוננת אדם שזה עתה רק הכירה בהאשמות כה חמורות? ואפילו ייתכן הדבר, כיצד נסביר את הממצאים האובייקטיביים? האם המתלוננת הכתה את עצמה או ביקשה מאחר להתעלל בה? ומה עם בגדיה שנמצאו מחוץ לדירת הנאשם?"

ובהמשך ישיר לכך הוא מציין, והדברים כבר צוטטו:

"שמעתי את עדותה לפיה ביצע בה הנאשם מעשה אינוס ומעשה סדום ('מקדימה ומאחורה' כלשונה). כך מסרה במשטרה. בניגוד להיבטים אחרים של עדותה, בעניין זה נראה כי קיימות שתי האפשרויות: המתלוננת משקרת בידועין, או שהיא דוברת אמת. לא התרשמתי כי המתלוננת משקרת. כן התרשמתי כי מתארת היא חוויה קשה שעברה על גופה. בנושאים אלה עדותה הייתה נחושה, ברורה ועקבית..."

22. בדברים אלה פתחתי ובכך אסיים. לדעתי אין הצדקה להתערבותנו בממצאיו של בית המשפט המחוזי. אין בכך ולא כלום שפסק דין זה ניתן ברוב דעות. בפרשת יומטוביאן שהוזכרה לעיל היה המשנה לנשיא בדעה כי יש לבטל הרשעה בעבירת אינוס, בשל ספיקות שונים שהעלה. חברי השופט מ' חשין עמד שם על השאלה כיצד יתייחס שופט באותו מותב לספק שיש לחברו. וכך אמר:

"הלבטים חוזרים אלי ונאחזים בי מפעם לפעם. שלושה יושבים אנו לדין, ואחד מחבריי למושב נתפש לספק ומבקש לזכות נאשם בדינו, בין זיכוי מוחלט בין זיכוי מן הספק. ואילו אני, אין ספק סביר בליבי כי בפסק-הדין המונח לפנינו לביקורת - פסק-דין שבו החליט בית-משפט קמא להרשיע נאשם בדינו - לא נפלו לא פגם ולא סירכה. והשאלה חוזרת ומנקרת בי: האם הספק המקנן ומכרסם בליבו של חברי, הוא-עצמו, אין די בו - בו ובגוררותיו - כדי להטיל מום, ולו מום-זעיר, בשיכנוע שנשתכנעתי ביני-לביין-עצמי כי בדין פסק בית-משפט קמא את אשר פסק? הוא שאמרתי: הלבטים חוזרים אליי ונאחזים בי כל אימת שנחלקים אנו בדעותינו. כך בכל מקרה וכך בענייננו-שלנו.

תשובה לקושיה זו נמצאה לי בזמנה, ועד-כה לא נמצאה לי טובה הימנה. אמרתי על-כך בע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 45, בעמ' 107:

'...כל שופט הוא לעצמו, והכרעה כי יכריע במשפט תהיה ההכרעה משוכה מלבו שלו וממצפוננו שלו'.

ובהמשך (שם, בעמ' 108):

'[[שופט הוא לעצמו. הנה כי כן, העובדה שחברי למותב נתפס לספק שמא לא עבר נאשם אותה עבירה שבגינה עומד הוא לדין לפנינו, אין בה - לעצמה - כדי לעורר אף בי ספק; אסור לו לספק שידבק אף בי אך באשר חברי נתפס לו. ספק שאחז בחברי אינו ספק שניתן להעבירו - כמות שהוא - מלב אל לב, ממצפון אל מצפון, ויהא חברי גדול ממני, חכם ממני, ותיק ממני, מנוסה ממני. זה, אפשר, אי-תלותו של שופט במובנו העמוק של המושג, אי-תלותו של שופט בינו לבינו'.

לדעתי כוחם של הדברים יפה גם לעניין התייחסותה של ערכאת הערעור לספק שיש לאחד משופטי הערכאה הראשונה. כשיש לאחד השופטים ספק, ראוי הוא ששופטי אותו המותב היושב עמו לדין יתנו דעתם לספק: לעיתים הספק שיש לחבר אחר במותב יש בו כדי לשכנע, ולהשאיר ספק גם בלב מי שסבר תחילה אחרת. בפסק דינו של השופט הנדל מוסבר היטב מדוע הספיקות שהיו לסגן הנשיא אינם ספקותיו שלו. גם ערכאת הערעור ראוי שתיתן דעתה לספקותיו של אחד משופטי הערכאה הראשונה. ואולם: ספקותיו של הסגן הנשיא פלפל אינם ספקותי שלי, הכל כפי שבואר.

23. אם תישמע דעתי - נדחה את הערעור על ההרשעה.

24. אשר לערעור על העונש: על המערער נגזרו שמונה שנות מאסר בפועל. לדעתי אין הצדקה להתערב בעונש. כפי שפורט בהרחבה בפסק דינו של השופט הנדל המערער התעלל במתלוננת והפליא בה את מכותיו וגרם לה חבלות, הכל כדי להשיג את שלו. העונש הולם את המעשה.

1. לצערי, אין בידי להסכים לפסק-דינה של חברתי השופטת מ' נאור. אם תשמע דעתי, נזכה את המערער, מחמת הספק, מן העבירות המיוחדות לו.

עובדות המקרה והשתלשלות העניינים תוארו בפסק-דינה של חברתי, ואין צורך לחזור עליהם. כפי שכותבת חברתי, אין מחלוקת, כי המערער והמתלוננת נפגשו, לראשונה, ביום 8.9.2001, בקיוסק בבאר-שבע. לאחר ששוחחו ושתו יחד בירה נאותה המתלוננת לבוא עמו לדירתו, ושם שתו – יחד עם אחד איגור – וודקה מבקבוק שהביאה המתלוננת. מכאן מתפצלות הגרסאות. המתלוננת מתארת מסכת קשה של מעשי אונס חוזרים ונשנים ומעשה סדום, המלווים באלימות קשה. המערער, לעומת זאת, גורס כי בעת ששהו בביתו אחז במתלוננת התקף אפילפסיה, וכי בהמשכם של דברים נרקמה נגדו עלילה ונעשה ניסיון לסחוט אותו.

חברתי, השופטת מ' נאור, מציגה מספר ראיות התומכות בעדותה של המתלוננת. בעיקר יש לציין, בהקשר זה, את תלונתה המהירה, את החבלות בגופה, את מציאת בגדיה בסמוך לביתו של המערער, את תיקה שנוותר בדירתו, וכן את העובדה שבגרסתו של המערער נתגלו סתירות ותמיהות, לעומת גרסתה של המערער, שזכתה, בעיקרון, לאמונו של בית משפט קמא. אינני בא לחלוק על כך, שראיות אלה מעוררות חשד כבד כי המערער אכן ביצע את המעשים הקשים שמייחסת לו המתלוננת. עם זאת, ישנן מספר קושיות אשר בהצטברן יחד הן מעוררות, לדעתי, ספק סביר בדבר אשמתו.

2. שני נתונים מרכזיים בגרסתה של המתלוננת אינם מתיישבים באופן מלא עם הראיות האובייקטיביות. הנתון הראשון הוא, שהמתלוננת תיארה התנהגות אלימה ביותר מצד המערער. בין היתר היא סיפרה, כי:

”הוא נתן לי מכה בהתחלה עם אגרוף בכל הכוח... איך שהייתי שבה לחושי הוא שוב היה מרביץ לי. היו עוד פעמים שהיכה אותי באוזניים... ביקשתי ממנו לא לעשות את זה אבל רק קיבלתי סתירות...”.

המתלוננת סיפרה כי המערער בעט בה, סטר לה והכה בה באגרופיו. לדבריה, מעוצמת המכות איבדה לפרקים את הכרתה. האירוע התרחש בלילה שבין ה- 8.9.2001 ל- 9.9.2001, וביום ה- 9.9.2001 נבדקה המתלוננת בחדר המיון של בית החולים “סורוקה”. במכתב השחרור נאמר, כי נתגלו אצלה הממצאים הבאים:

"ראש – 2 סימני חבלה קלים – נפיחות קלה + אודם באזור אוקסיפיטאלי עם רגישות קלה... גפיים – סימני חבלה ישנים ביד ימין. בגב – סימני חבלה עם רגישות קלה ללא הגבלה בתנועה".

תיאור זה של מצבה הגופני של המתלוננת, שעות מספר לאחר האירוע, אינו מתיישב בהכרח עם דבריה אודות האלימות הקשה ביותר שהפעיל כלפיה המערער. אין ספק, כי תיאור זה אינו שולל את עדותה של המתלוננת, ובוודאי אין להקל ראש בסימנים שנתגלו בבדיקתה. אולם גם אין להתעלם מכך, שבטופס הבדיקה לא נאמר דבר אודות סמני חבלה סביב העניים, והחבלות שנתגלו בגופה סווגו כ"קלות", כאשר חלקן – חבלות ישנות.

3. ער אני לכך, שלגבי החבלות בגופה של המתלוננת ישנן שתי ראיות נוספות: האחת, תצלומים שהוגשו לבית המשפט, בהם ניתן לראות – כך נאמר לנו – חבלות בשתי ידיה של המתלוננת, על גבה ומסביב לשתי עיניה. תצלומים אלה אינם נמצאים עוד בתיק בית המשפט, ולכן עלינו להתבסס, בעניין זה, על פסק-הדין קמא. יש לציין, כי לא הוברר מי צילם את התמונות, והסימן היחיד לגבי המועד בו צולמו הוא התאריך הנקוב על התמונות עצמן – 9.9.2001, לאמור – יום למחרת האירוע. ראיה נוספת לעניין החבלות היא עדותה של השוטרת, שפגשה את המתלוננת ותיארה אותה באלה המילים: "... היא היתה כולה מבולגנת, שיער פרוע, היתה בהיסטריה והראתה לי סימנים כחולים שהיו לה בגב ובפנים היו לה סימנים מתחת לעיניים וחבלות". אין זו כמובן עדות רפואית, אך יש חשיבות לדברי השוטרת, בעיקר משום שהיא מזכירה – דבר שלא הוזכר בטופס השחרור מבית החולים – "סימנים מתחת לעיניים".

עוד נוסיף לעניין החבלות בהמשך, בהתייחסותנו לעדותו של המערער. בשלב זה נציין, כי חסר מסוים זה אין בו די כשלעצמו, אך הוא מצטרף לקושי הנוסף – העיקרי – העולה מעדות המתלוננת.

4. המתלוננת סיפרה בחקירתה במשטרה, כי המערער הגיע לפורקן מיני בעת שביצע בה את המעשים המיניים הקשים. פעם אחר פעם – כך בלשונה – "גמר המערער בתוכה", זאת הן במהלך האונס והן במהלך מעשה הסדום. בעדותה בבית המשפט טענה המתלוננת כי לא אמרה זאת, וכשעומתה עם הכתוב באמרתה השיבה כי "אני לא יודעת אם הוא גמר בתוכי או לא, אני יודעת שאני כולי הייתי רטובה. מניין לי לדעת ממה הייתי רטובה, אז הוא גמר עלי". בהמשך העידה המתלוננת אחרת, לאמור, כי

איננה בטוחה בוודאות שהמערער הגיע לסיפוקו, שכן "כמו שאומרים אני הייתי מסטולה" לאחר ששתתה 4-5 כוסיות של וודקה, ו"אם הייתי שותה 4-5 כוסיות הייתי נופלת".

המתלוננת נבדקה על-ידי חוקרת מהמחלקה לזיהוי פלילי במשטרה, והמערער מסר, בהסכמתו, דגימות דם. התברר, כי בגופה ובבגדיה של המתלוננת לא נמצאו שרידים מתאי הזרע של המערער. אין מחלוקת, כי היא לא התקלחה מאז שבוצעו בה המעשים המיוחסים למערער ועד שנלקחו מגופה הדגימות. הממצא היחיד שנתגלה בבדיקה היה כתם על מכנסיה של המתלוננת, שהכיל תאי זרע שאינם תואמים את פרופיל ה-D.N.A. של המערער. אין ספק, והדברים הובהרו על-ידי חברתי השופטת נאור, כי אין להסיק מן הבדיקה מסקנה קונקלוסיבית השוללת מכל וכל אפשרות של אונס. ניתן להסביר את היעדרם של תאי זרע של המערער – על אף תחושתה של המתלוננת כי זה הגיע לסיפוקו במהלך ביצוע העבירות – בהסברים המתיישבים עם ביצוע העבירות. כך, למשל, יכול ותחושתה הסובייקטיבית של המתלוננת לא היתה נכונה – אולי בהשפעת האלכוהול ששתתה – ויכול שמסיבה אחרת נעלמו שרידי הזרע. בחוות-הדעת שהוגשה בעניין זה נכתב, כי "לא ניתן לשלול באופן מוחלט את האפשרות כי על המטושים היו תאי זרע שלא נתגלו בבדיקה". אך כיוון שבמשפט פלילי אנו מצויים, איננו רשאים להיאחז בהסברים אפשריים, הגיוניים ככל שיהיו, כדי להסיר ספק שנתמך בראיות ממש. המדובר בנתון חשוב שתיארה המתלוננת, שלא נמצא לו אימות בראיות האובייקטיביות.

5. עניין נוסף שיש להתייחס אליו הוא גרסתו של המערער. ואכן, גרסה זו נשמעת, בקריאה ראשונה וגם שנייה, תמוהה ורצופת סתירות. לגבי פרטים מסוימים שמסר המערער במשטרה – כגון שהמתלוננת התפשטה ורקדה ערומה בדירתו – הוא עצמו הודה, בחקירתו הנגדית, כי הם אינם משקפים את שהתרחש. מאידך גיסא, יש לעמוד על מספר נתונים הנוגעים לגרסתו של המערער, שיש להם חשיבות לשאלת הספק הסביר. ראשית, המערער העיד כי בעת ששהתה המתלוננת בדירתו, היא הפשילה את שרוולי חולצתה והוא – המערער – הבחין בחתך ובסימנים כחולים על ידיה. לטענתו, המתלוננת סיפרה כי את השריטה הסבו לה כלבים שבביתה, אך לא ציינה מניין הסימנים הכחולים. בטופס השחרור של המתלוננת מבית החולים נאמר, כזכור, כי למתלוננת אכן היו סימני חבלה ישנים ביד ימין. בבית המשפט אישרה המתלוננת כי יש לה כלבים וכי אלה גרמו לה לסימנים בידיים. בין אם היו אלה הכלבים שהסבו למתלוננת חבלות, ובין אם היה זה גורם אחר – חשוב לענייננו כי בנקודה זו העיד

המערער, ככל הנראה, אמת, ולדעתי יש בכך כדי לעורר תמיהות גם לגבי מקור החבלות האחרות שנתגלו בגופה של המתלוננת.

6. זאת ועוד: אין מחלוקת שהמתלוננת אכן סובלת ממחלת האפילפסיה, ולפי עדות חברה, "כאשר היא מקבלת התקפה היא מסתכלת על משהו ועומדת 30 שניות ומתחילה לפול לאט לאט אחורה וסוגרת חזקת את הפה והשיניים, היא נושכת את עצמה ולא יוצא לה קצף מהפה... אחרי עשר דקות היא מתעוררת ולא יודעת מה היה איתה... מתי שהיא נופלת אין סימנים. אך אם היא נופלת על הראש יש לה אולי גולה קטנה". עוד העיד בוריס, כי המתלוננת סובלת מהתקפי אפילפסיה "פעמיים ביום וכל התקפה 5 דקות על הרצפה". אין ספק, שתגובתו של המערער, כפי שהוא תאר אותה, להתקף האפילפסיה שאחז, לטענתו, במתלוננת, היא כשלעצמה מתמיהה. המערער סיפר, כי למראה ההתקף – שכלל לדבריו נפילה ארצה, חרחורים וקצף שיצא מפיה – הוא הסתפק בבדיקת הדופק של המתלוננת, שהיה מהיר מאוד, ובכיסוי המתלוננת בסדין. לאחר מכן הלך, לדבריו, עם איגור, לשותות "עוד קצת". המתלוננת נרדמה בינתיים – כך סיפר המערער – ולאחר שבדק שוב את הדופק שלה, הוא הלך לישון. התנהגותו של המערער, כפי שהוא עצמו מתאר אותה, נראית אם כן תמוהה, אך שוב עלינו לזכור, כי אין מחלוקת שהוא – כמוהו כמו איגור והמתלוננת – שתו כמות גדולה של אלכוהול לפני כן. על רקע זה, נגרע משהו ממופרכות התיאור שמסר המערער לגבי ההתרחשות בביתו. הכל היו שתויים בעת מעשה. מציאת פרכות בעדות המתלוננת והנילון גם יחד צריך שתיבחן גם על רקע האפשרות שאדי האלכוהול הקימו מסך בינם לבין המציאות.

7. נתון נוסף שיש להביאו בחשבון הוא טענת המערער בדבר הניסיון לסחוט אותו. המערער העיד, כי כשהתעורר משנתו הבחין שהמתלוננת איננה, דלת היציאה מדירתו פתוחה, ומן הדירה נעלמו חפצים שונים, ובכלל זה מכשיר פלאפון. אין מחלוקת כי המתלוננת אכן נטלה את מכשיר הפלאפון של המערער. לטענתו, התקשר למספר הפלאפון, ומעברו השני של הקו ענה לו גבר, שטען כי הוא חוקר משטרה. אותו גבר סיפר למערער כי הוגשה נגדו תלונה בגין אונס ומכות, אך אמר שניתן "לסדר" את העניין אם המערער ישלם, בשעה 12:00, סכום של 5,000 ₪. המתלוננת הכחישה מכל וכל שהיא או חברה בוריס דרשו 5,000 ₪ מהמערער, אולם עדותו של המערער בעניין זה מצאה לה תימוכין בעדותו של בוריס. זה ציין, בין היתר, כי בתחילה לא רצתה המתלוננת לפנות למשטרה כי אם לסיים את העניין בדרך אחרת. הוא אישר מפורשות כי נתבצע נסיון סחיטה כנגד המערער אך ייחס אותו ל"אדם אחר", שעל זהותו לא הרחיב. יודגש, כי העובדה שמאן-דהוא – אולי אותו בוריס – ניסה

לסחוט את המערער, או "לסגור זאת בצורה אחרת", אין בה כדי להביאנו לכלל מסקנה כי המתלוננת בהכרח לא היתה קורבן לעבירות המין. אולם העובדה כי נעשה ניסיון כזה, מערימה קושי נוסף על המסקנה, כי הוכח מעבר לספק סביר שהמערער אכן ביצע את המעשים המיוחסים לו בכתב-האישום. הוסיפו לכך את העובדה שאיגור, אשר אין מחלוקת שהיה עד – או שותף – למקצת האירועים, לא הובא לעדות מטעם התביעה – והקושי מתעצם.

8. סוף דבר, סבורני כי יש לזכות את המערער מחמת הספק. התיק שבפנינו אינו תיק פשוט. כל התהיות אותן העליתי לא באו לומר כי המתלוננת אינה דוברת אמת או כי חפותו של המערער "זועקת" מן הראיות. אני ער לראיות התומכות בעדותה של המתלוננת, ובכלל זה בגדיה שנמצאו בחצר-ביתו של המערער והתיק שלה שנותר בדירתו. החללים והתהיות אותם העליתי, כל אחד מהם כשלעצמו, לא היה מביא אותי למסקנת הזיכוי. עם זאת, כאשר מצטברים הם יחד, התוצאה היא כי לא יהיה זה בטוח, באופן הנדרש במשפט פלילי, להרשיע את המערער. בנסיבות אלה – אין מנוס, לדעתי, מזיכוי של המערער.

לפיכך, אם תישמע דעתי, נזכה את המערער מן העבירות המיוחסות לו.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

נחלתי שפרה עליי. שתי חוות-דעת הן המונחות לפניי, זו של חברתי וזו של חברי, והשתיים - כל אחת מהן לעצמה ובדרכה - שחות כל אשר ניתן להשיח וראוי להשיח בו, איש לא נעדר. ונחלתי נחלה קשה היא, קשה ומייסרת, ולו משום ששתי חוות-הדעת, כל אחת מהן לעצמה ובדרכה, שחות כל אשר ניתן להשיח וראוי להשיח בו, איש לא נעדר. זו משכנעת בדרכה וזו משכנעת בדרכה אלא שזו פניה פני צפון וזו פניה פני נגב. ואני בתווך ביניהן.

כולנו נסכים כי נמצאו חיזוקים - וחיזוקים לא מעטים - לעדותה של המתלוננת. ועוד נסכים, כי המערער לא דיבר אמת בהודעתו במשטרה. ואולם בכך לא אמרנו די: לא חבריי למותב, לא אנוכי ולא שלושה שופטי בית-משפט קמא. הוספנו

אפוא וצברנו את כל הראיות שלעניין, ולאחר סיכום האינטונטר - סיכום הזכות והחובה - הינחנו את כל הנתונים שלפנינו על כפות המאזניים, מזה ומזה, אלו כפות מאזניים שמנטל השיכנוע ומן הספק הסביר. משעשינו כן, קירבתי מבטי למאזניים ועלו בזיכרוני דברים שנאמרו במקום אחר:

... אין אנו רשאים להתעלם - לא יהיה זה ראוי כי נתעלם - מהיסוד המוסרי הכרוך בהרשעתו של נאשם; וגם אם נבקש לחמוק ממנו סופו שיגיע עדנו. הנה כי כן, בסופו של ההליך הראציונאלי לבחינתן של חלופות העשויות להקים ספק סביר באשמתו של נאשם; וגם במקום שבית משפט יאמר אל לבו: כל חלופות אפשריות נעדרות הן, לכאורה, כל משקל של ממש, ומכאן שהתביעה הוכיחה את אשמתו של נאשם מעבר לכל ספק סביר; גם בהגיענו אל תחנת סיום זו, אפשר שקול קטן וחרישי - קול המוסר - יעלה בו בשופט ממצפנו ויאמר לו: אחרי כל אלה "זה לא זה". אפשר שקול זה פירושו לא יהיה אלא ספק סביר "ראציונאלי". אפשר גם אחרת. בין כך ובין אחרת, שופט לא יוכל להתעלם ממצפנו - אסור לו שיחמוק ממנו - ועל-פי צו ליבו יעשה. ובית-משפט שלערעור אף הוא יחליט - בדרכו שלו - כך או אחרת. (ע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 124-125).

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 בביטחה של דין העונשין כי יש לחייבו בדינו. אכן, המדינה הניחה לפנינו ראיות ראיות - ראיות חזקות ומשכנעות - להוכחת אשמתו של המערער. אך לא למעלה מספק סביר. ובסדק צר זה שנבְּעָה 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 עיתו, כחפצו של בעליו, ולכל כלי ייעודו. וכולם היו כעמודי-תאורה המורים אותנו את דרך הישר. שניים מאותם כלים הם כלי נטל השיכנוע וכלי הספק הסביר. במערכת עובדות של תיק"ו - וענייננו למראה-עיניי הוא מעין-תיק"ו - שני כלים אלה יורונו מה נעשה. והם יורונו כי יש לזכות את המערער מן הספק. ולא בלב קל אומר כך. אני מצרף אפוא דעתי לדעתו של חברי השופט ריבלין.

הוחלט ברוב דעות של השופטים א' ריבלין ומ' חשין, כנגד דעתה החולקת של השופטת מ' נאור, לזכות את הנאשם מחמת הספק.

ניתן היום, כ' בכסלו תשס"ד (15.12.2003).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט