

מאמר מערכת

1

עונש המאסר – תכליות, מגמות והלכות
ד"ר יניב ואקי, ד"ר רותי קמיני ופרופ' יורם רבין

מאמרים

41

משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם
ד"ר דורון מנשה

61

"אחר כך תודה לנו": טיפול כפוי בפרט כשיר, המסרב מדעת
ד"ר מאיה פלד-רז

107

פלורליזם וקהילות מיעוטים תרבותיים: ההתנגשות בין עקרון חובת ההפרדה של הדת מהמדינה ובין עקרון טובת הילד בפרשת קרית יואל נ' גרומט
פרופ' ארנון גוטפלד

141

כשאת אומרת שאמרת: לא! עדות מתלוננות בתיקי "אינוס היכרות" – אמרה שאינה ניתנת להפרכה
עו"ד אריאל סלטו

199

"השב תשיב לו אשם": על תשלומי השבה בדיני חוזים
עו"ד לאון אנדג'ר

ביקורת ספרים

247

מודל ביזורי של קביעת עובדות – הצעה לגישה חדשה בעקבות עיון בספר "הלוגיקה של קבילות ראיות" מאת דורון מנשה
ד"ר שי אוצרי





Editorial

1

The Imprisonment in Israeli Criminal Code

Dr. Yaniv Vaki, Dr. Ruthie Kamini & Prof. Yoram Rabin

Articles

41

The Probative Value of a Belated Defense Testimony

Dr. Doron Menashe

61

“You’ll Thank Us Later”:

Compulsory Treatment Notwithstanding the Patient’s Informed Refusal

Dr. Maya Peled-Raz

107

Pluralism and Communities of Cultural Minorities: the Clash Between the Separation of Church and State Principle and the Wail Fire of a Child Principle in Kiryat Joel v. Grumet Case

Prof. Arnon Gutfeld

141

When You Say That You Said: No! Complainant’s Testimony in Date Rape Cases: An Irrefutable Statement

Adv. Ariel Salto

199

The Fault Principle and Gain Based Damages in Contract Law

Adv. Leon Yehuda Anidjar

Book Review

247

Decentralized Model of Fact Finding: a New Suggestion Following Reading “The Logic of Admissibility of Evidence” By Doron Menashe

Dr. Shai Otzari



כשאת אומרת שאמרת: לא! עדות מתלוננות בתיקי "אינוס היכרות" – אמרה שאינה ניתנת להפרכה

אריאל סלטו*

1. פתח דבר
2. עקרון ההפרכה ועדות שאי אתה יכול להזימה
 - א. עקרון ההפרכה
 - ב. עדות שאי אתה יכול להזימה
 - ג. סיכום ביניים
3. עֵבֶרַת הַאִינוֹס
 - א. "אינוס על ידי זר" ו"אינוס היכרות"
 - ב. התפתחות עֵבֶרַת הַאִינוֹס במשפט הישראלי
 - 1.ב שינויים בהגדרת העֵבֶרַת
 - 2.ב ביטול דרישת הסיוע
 - ג. סיכום ביניים
4. תסמונת טראומת האינוס (Rape Trauma Syndrome)
 - א. תסמונת פוסט טראומטית
 - ב. תסמונת טראומת האינוס
5. קביעת ממצאי מהימנות באשר לעדויות הנמסרות בבית המשפט
6. קביעת ממצאי מהימנות באשר לעדות מתלוננת בתיקי אינוס היכרות
 - א. עדות כבושה
 - ב. סתירות
 - ג. התנהגות לא הגיונית
 - ד. "גרעין האמת" ו"הגרעין הקשה"
 - ה. התערבות ערכאת הערעור בממצאי מהימנות
 - ו. הנחת המבוקש: היותה של המתלוננת קרבן עֵבֶרַת מִין

* מוסמך במשפטים (בהצטיינות), אוניברסיטת תל אביב. עורך דין במשרד "תורן, שליין ושות'" העוסק במשפט פלילי. תודתי העמוקה נתונה לרעייתי, ד"ר מיכל סגל-סלטו, על האהבה, הסבלנות, התמיכה והעידוד שבלעדיהם לא היה מגיע חיבור זה לידי סיום. כמו כן ברצוני להודות לד"ר שי וזנר מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב אשר בהנחייתו נכתבה עבודת הגמר שהיוותה בסיס לחיבור זה.

ז. סיכום ביניים

7. הצעה להסדר משפטי חדש

8. סוף דבר

"עדותה של המתלוננת היא, כמעט תמיד, בגדר עדות 'שאי אתה יכול להזימה'"¹

1. פתח דבר

חיבור זה עוסק בקושי של בתי המשפט לקבוע ממצאי מהימנות בכל הנוגע לעדותה של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות (Acquaintance Rape).² בכוונתי לטעון כי על פי הדין הישראלי הנוהג כיום, עדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות היא עדות שאינה ניתנת להפרכה, ולפיכך הסתמכות עליה כראיה יחידה לצורך הרשעה במשפט פלילי עלולה להביא לתוצאה שגויה.³ המהלך המחשבתי שאני מבקש להציג הוא דו-שלב. בשלב הראשון אטען שאמרה שאינה ניתנת להפרכה היא אמרה שהסתמכות עליה עלולה להביא לתוצאה שגויה. לצורך כך אציג שני עקרונות – האחד מתחום הפילוסופיה של המדע, העוסק ביכולת להבחין בין תיאוריה מדעית לתיאוריה שאינה מדעית, והאחר מן המשפט העברי, העוסק ביכולת להבחין בין עדות אמת לעדות שקר. בשלב השני אטען שעדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות היא אמרה כזו – אמרה שאינה ניתנת להפרכה. לצורך כך אציג את הקריטריונים שבית המשפט משתמש בהם בבואו לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדות, וכן את ההלכות שיצאו מלפני בית המשפט העליון ועיקרו את היכולת של בית המשפט להשתמש בקריטריונים האמורים, ככל שהדבר נוגע לעדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות. בין לבין אסקור את התפתחותה של עֵבֶרַת האינוס ואת התמורות שחלו בהגדרתה, ואציג את מאפייני תסמונת טראומת האינוס (Rape Trauma Syndrome), וההשפעה שיש למאפיינים אלה על יכולת הקרבן לזכור את פרטי מעשה האינוס,

¹ ע"פ 207/62 סעדיה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1860, 1862 (1962) (להלן: "פרשת סעדיה"); בבלי, בבא קמא, ע"ה, ע"ב.

² באין מושגים מתאימים אחרים, בחיבור זה יכלול המושג "אינוס היכרות" את כל המקרים שבהם מבוצעת עֵבֶרַת מין כאשר יש היכרות מוקדמת בין הקרבן לתוקף. להרחבה בעניין אפיוני של "אינוס היכרות" ראו להלן: פרק ג.1.

³ ייאמר כבר עתה שישנם מקרים שבהם אפשר להפריך עדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, ואף מקרים שבהם היא מופרכת בפועל, אולם לטענתי מקרים אלה הם יוצאים מן הכלל שאינם מעידים על הכלל.

ולתארו בצורה קוהרנטית. לבסוף אציע הסדר משפטי חדש, אשר מחד גיסא ימשיך להכיר באוטונומיה המוחלטת של האישה על גופה, ובהשפעה של תסמונת טראומת האינוס על עדויותיהם של קרבנות אינוס, אולם מאידך גיסא יקבע כי לצורך הרשעה נדרש שהעדויות תהיה ניתנת להפרכה, כשלעצמה או באמצעות תוספת ראייתית. ייאמר מיד, אין בכוונתי לטעון שהתובנות הפסיכולוגיות והסוציולוגיות בכל הנוגע להשפעות תסמונת טראומת האינוס על צורתה של עדות הקרבן, תוכנה ואופייה, הן שגויות. להפך, בכוונתי לטעון כי דווקא משום היותן נכונות עדות המתלוננת בתיקי אינוס היכרות הופכת לבלתי ניתנת להפרכה, והמשימה של בית המשפט – לקבוע ממצאי מהימנות בעניינה, הופכת לקשה במיוחד. הביקורת המועילת בחיבור זה מופנית כלפי הקושי של בתי המשפט לקבוע ממצאי מהימנות בכל הנוגע לעדויות של מתלוננות בתיקי אינוס היכרות, ואין בה כדי להטיל דופי כלשהו במתלוננות עצמן.

2. עקרון ההפרכה ועדות שאי יכול להזימה

להלן יוצגו עקרון ההפרכה שנוסח על ידי קרל פופר,⁴ והכלל בדבר עדות שאינה ניתנת להזמה במשפט העברי. שניהם מציעים קריטריונים לחשיפת האמת (המדעית והמשפטית), ומנוסחים במונחים של הפרכה ולא במונחים של אימות.⁵ משניהם גם יחד עולה המסקנה שאמרה שאינה ניתנת להפרכה היא אמרה שהסתמכות עליה עלולה להביא לתוצאה שגויה. כאמור, טיעוני בחיבור זה הוא שפסיקת בית המשפט העליון הפכה את עדותה של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות לאמרה כזו.

א. עקרון ההפרכה

התחקות אחר האמת היא מרכיב מרכזי במחקר המדעי, וביטויה המעשי הוא איסוף מידע על אודות טבעה של המציאות, מאפייניה, מנגנוניה והתופעות המתרחשות בה.⁶ כדי לנסח כלל, דהיינו אמירה בכל הנוגע לתופעה כלשהי, שתהיה תקפה בכל

⁴ פילוסוף אוסטרי-בריטי (1902–1994). נחשב לאחד מהפילוסופים המשפיעים ביותר במאה העשרים בכלל, ובפילוסופיה של המדע בפרט.

⁵ רעיון זה הועלה לראשונה על ידי ימימה וחנינה בן מנחם. ראו: Hanina Ben-Menahem & Yemima Ben-Menahem, *Popper's Criterion of Refutability in the Legal Context, in* THEORY OF LEGAL SCIENCE: PROCEEDINGS OF THE CONFERENCE ON LEGAL THEORY AND PHILOSOPHY OF SCIENCE, LUND, SWEDEN 425 (Aleksander Peczenik, Lars Lindahl & Bert van Roermund eds., 1984).

⁶ בבסיס גישה זו מונחת חשיבה ריאליסטית המושתתת על הנחות בדבר קיומה של "אמת", ובדבר היכולת להתחקות אחריה (או לכל הפחות להתקרב אליה). להרחבה ראו: DEVITT MICHAEL, REALISM AND TRUTH (1984); WRIGHT CRISPIN, REALISM, MEANING AND TRUTH (2nd ed.

המקרים, צריך לבדוק את כל המקרים ולוודא שבכולם, בלא יוצא מן הכלל, מתרחשת אותה תופעה. למעשה, נדרשת בדיקה של אינסוף מקרים – ובדיקה כזו אינה אפשרית. לפיכך הסקת מסקנות בכל הנוגע למציאות מתבצעת בדרך כלל באמצעות אינדוקציה – שיטת היסק שבה מוסקות מסקנות על הכלל מתוך התבוננות בפרט. השימוש באינדוקציה מעורר קושי רב, שכן כדי להוכיח, מבחינה לוגית, שאינדוקציה היא שיטת היסק תקפה, יש להשתמש באינדוקציה עצמה, ולמעשה להניח שהאינדוקציה היא שיטת היסק תקפה. ברי שהוכחת דבר באמצעות הנחתו אינה הוכחה כלל ועיקר.⁷ הקושי האמור נוסח על ידי דייוויד יום,⁸ וידוע כיום בשם "בעיית האינדוקציה".

לטענת יום, אין לנו כל יכולת להוכיח, מבחינה לוגית, שאינדוקציה ("היסק סיבתי" במילותיו של יום) היא שיטת היסק תקפה. אינדוקציה אינה מתבססת על הכרה אפריורית בקשר הכרחי כלשהו המתקיים בין עובדה אחת (סיבה) לאחרת (תולדה), ואין כל אפשרות להסיק את סיבתה של עובדה מסוימת או את תולדתה על ידי ניתוח של תכונותיה ומאפייניה באמצעות השכל בלבד, בלי שקדם לכך ניסיון כלשהו בעניין העובדה המסוימת, או בעניין עובדות הדומות לה.⁹ כמו כן, טען יום, אין כל אפשרות להסיק את סיבתה של עובדה מסוימת או את תולדתה מתוך ניסיון המבוסס כל כולו על מקרה אחד, ודאי שאין כל אפשרות לגזור מניסיון כזה מסקנה באשר לכל המקרים בלא יוצא מן הכלל. ואולם נראה לכאורה כי לאחר שאנו מתנסים בהופעתן של שתי עובדות ברצף קבוע, שוב ושוב, באופן שבכל פעם שבה מופיעה העובדה האחת, מופיעה לאחריה העובדה האחרת, ניתן להניח שבין שתי העובדות מתקיים קשר של סיבה ותולדה, וכי באמצעות קשר זה אנו יכולים להשיג ידע החורג מניסיוננו בהווה ובעבר, ידע באשר למציאות שעדיין לא התרחשה – העתיד, ולקבוע

1993). אולם ישנן צורות חשיבה שאינן מקבלות את ההנחות הללו. על פי החשיבה הרלטיביסטית, למשל, האמת אינה מוחלטת אלא יחסית ותלויה הקשר (פסיכולוגי, תרבותי, היסטורי וכו'), ועל כן אי-אפשר להצביע על קריטריונים מוחלטים לאמת. להרחבה ראו: RORTY RICHARD, OBJECTIVITY, RELATIVISM, AND TRUTH: PHILOSOPHICAL PAPERS (Vol. 1, 1991).

⁷ כשל לוגי זה ידוע בשם "הנחת המבוקש". הוא תואר לראשונה לפני יותר מ-2300 שנים על ידי אריסטו (ARISTOTLE, PRIOR ANALYTICS B15 89–90 (C. 322–324 B.C.E.). דוגמה לכשל הלוגי של הנחת המבוקש ניתן למצוא במעשייה הזאת: שני יהודים נפגשים. שואל האחד את משנהו: מנין לנו שיהודי חייב לחבוש כובע לראשו? השיבו חברו: זה מופיע בתנ"ך, בספר בראשית, שם כתוב: "וילך אברהם [...] נו!?! שאלו החבר, אבל איפה כתוב שהוא חבש כובע לראשו? ענה לו: אני מתפלל עליך! צדיק גדול כמו אברהם ילך ללא כובע לראשו!?"

⁸ פילוסוף והיסטוריון סקוטי (1776–1711). נחשב לאחד משלושת ההוגים החשובים ביותר של האמפיריציזם (השניים האחרים היו הפילוסוף האנגלי ג'ון לוק והפילוסוף האירי ג'ורג' ברקלי) – זרם מרכזי באפיסטמולוגיה של תקופת הנאורות, אשר גורס שהמקורות היחידים לידע האנושי הם הניסיון החושי והתצפית המדעית.

⁹ דייוויד יום מחקר בדבר בינת האדם פרק ד חלק ראשון 52–58 (גיא אלגט מתרגם, 2008).

כי גם בעתיד כאשר תופיע העובדה האחת בהכרח תופיע העובדה האחרת לאחריה.¹⁰ ההכרה שבתנאים מסוימים הופיעה עובדה מסוימת מספר רב של פעמים, אין בה, לדעת יום, כדי להצביע על כך שבעתיד תופיע בהכרח אותה העובדה שהופיעה בעבר אם יתקיימו אותם תנאים. לטענתו, רכישת ניסיון בהווה או בעבר בכל הנוגע לעובדה מסוימת אינה מספקת כל צידוק לוגי להסקת מסקנה בכל הנוגע לעובדות החורגות מן הניסיון ונמצאות בעתיד.¹¹

ניתן לטעון שיש באפשרותנו להסיק מסקנות בכל הנוגע לעובדות החורגות מן הניסיון ונמצאות בעתיד, כיוון שעל פי ניסיונו, בכל פעם שהתקדמנו בציר הזמן והגענו אל הנקודה אשר קודם לכן נחשבה עבורנו לעתיד (ועם התקדמותנו הפכה להווה), גילינו כי גם בנקודת זמן זו העובדות שהופיעו לפנינו בעבר, ברצף קבוע, זו לאחר זו, שבו והופיעו בעתיד (שכאמור הפך עבורנו להווה) ובדיוק באותה הצורה כפי שחזינו שיקרה בעת שנמצאנו בעבר. כלומר ניתן לטעון שלמעשה יש לנו ניסיון אמיתי מן העתיד, ועל כן ניתן לקבוע שקשר של סיבה ותולדה בין עובדות מסוימות אשר הסקנו בעבר, יתקיים בהכרח גם בעתיד. טיעון זה, כפי שהסביר ברטנרד ראסל,¹² אינו יכול לעמוד, שכן הוא נגוע בכשל של הנחת המבוקש. למעשה טיעון זה גורס שניתן להסיק כי העתיד ידמה לעבר, כיוון שבעבר תמיד דמה העתיד לעבר, ואולם אין בהסבר זה ולא כלום, שכן הוא דורש מאתנו להניח שתופעה שהתרחשה בעבר (העתיד דמה לעבר), באותם התנאים, תתרחש בהכרח גם בעתיד (העתיד ידמה לעבר), והלוא זה בדיוק מה שאנו מנסים להוכיח.¹³

בסופו של דבר, טען יום, המעבר מהניסיון לניסוח כלל מצוי באופן סובייקטיבי בנפשנו, ואין לו כל אחיזה אובייקטיבית במציאות – במושאי הניסיון. חזרה על ניסוי מספר רב (אך סופי) של פעמים אינה מוסיפה דבר למושאי הניסיון ואינה משנה דבר במציאות. התחושה שהניסויים הרבים יוצרים, שלפיה המתרחש בהם יתרחש בהכרח גם בכל הניסויים העתידיים, היא תחושה סובייקטיבית שלנו הנובעת, לדברי יום, מן

¹⁰ שם, פרק ז, חלק שני, בעמ' 97–102.

¹¹ שם.

¹² פילוסוף בריטי (1872–1970). נחשב לפילוסוף הבריטי החשוב ביותר במאה העשרים וממניחי היסודות של הפילוסופיה האנליטית. השפיע רבות גם על התפתחות המתימטיקה והלוגיקה.

¹³ ברטנרד ראסל **בעיות הפילוסופיה** פרק ו 75–76 (משה שטרנברג מתרגם, התשנ"א). בהידרוסו לסקפטיות של ראסל בכל הנוגע ליכולתנו להסיק מסקנות באשר לעתיד על סמך העבר, פרדריק וויל מבחין בין שתי הגדרות לעתיד. לדבריו, אם אנו מגדירים את העתיד כזמן הנמצא תמיד מעבר לקו ההווה, ולפיכך, זמן שלעולם לא יגיע, אזי אין כל טעם לשאול אם מאורעות שלעולם לא יתרחשו, יתרחשו על פי חוקים מסוימים. ואולם אם אנו מגדירים את העתיד כמאורעות שעדיין לא התרחשו, אך עם תנועתו המתמדת של קו ההווה יתרחשו, אזי ניתן להסיק מסקנות על העתיד על סמך ניסיונו הקודם מהעתיד שהפך זה מכבר לעבר. לטענת וויל, ראסל חרם להתעלם מן ההגדרה השנייה, הפוגמת בטיעונו. ראו: Frederick L. Will, *Will the Future Be Like the Past?* 56 MIND (224) 332 (1947).

ההרגל.¹⁴

כמאתיים שנה לאחר שניסח יום את בעיית האינדוקציה, נדרש לה גם הפילוסוף קרל פופר. פופר סבר, כפי שסבר יום לפניו, כי אי-אפשר להוכיח, מבחינה לוגית, שהאינדוקציה היא שיטת היסק תקפה.¹⁵ פתרונה של כל בעיה, טען פופר, מביא לידי בעיות לא פתורות חדשות. ככל שנעמיק ונחקור, נגלה בצורה חדה ובהירה יותר כמה גדולה בורותנו. הידע שלנו הוא סופי, ואילו הבורות שלנו היא בהכרח אינסופית.¹⁶ פופר הוסיף וטען שידע אינו יכול לצמוח מתוך ריק או "לוח חלק" (Tabula Rasa), כפי שהרציונליסטים גורסים, ואף לא מהניסיון כפי שהאמפיריציסטים גורסים. לדבריו, התפתחות הידע נעשית בעיקר על ידי התאמתו מחדש של הידע הקודם.¹⁷ לגישתו של פופר, אל לנו לשאול מהם המקורות הטובים ביותר לידיע, כי אם מה ניתן לעשות כדי לזהות טעויות ולחסלן.¹⁸ לדבריו, אין מקורות ידע נעלים וטהורים ומקורות ידע נחותים וטמאים. כל מקורות הידע מתקבלים בברכה, וכולם עומדים למבחן ולביקורת. עלינו לרכז את מאמצינו ולהתמקד בבחינת העובדות עצמן ולא בבחינת מקור העובדות.¹⁹ עלינו לשאול אם התובנה שהגענו אליה היא אמיתית, כלומר עולה בקנה אחד עם העובדות. את התשובה על שאלה זו עלינו למצוא על ידי העמדת התובנה והשפעותיה לבחינה רצינית ויסודית ככל האפשר. בחינה זו יכולה להיעשות בשלל אמצעים ובלבד שהאמצעים רלוונטיים.²⁰ אין לראות בתבונה או בניסיון שמכות עליונה, טען פופר. התבונה והניסיון חשובים, אולם הם עלולים

¹⁴ יום מחקר בדבר בינת האדם, לעיל ה"ש 9, בעמ' 101–102. הברק והרעם הם תופעות טבע המדגימות היטב את הסכנה שבהסתמכות על תחושות סובייקטיביות פנימיות כדי לקבוע אמיתות אובייקטיביות כאשר לאובייקטים חיצוניים. בעבר היו בני האדם משוכנעים שבין הברק לרעם מתקיים קשר של סיבה ותולדה, באופן שהברק הוא סיבתו של הרעם, והרעם בהתאמה הוא תולדה של הברק, וכל זאת למה, כיוון ששוב ושוב בכל המקרים שנבחנו, בלא יוצאים מן הכלל, נשמע קול הרעם לאחר הופעת הברק. עם התפתחות המדע הסתבר כי לברק ולרעם סיבה אחת משותפת – התנגשות של שני עננים זה בזה, ואין הברק סיבתו של הרעם כלל. הן הברק הן הרעם נוצרים עם התנגשות העננים, אולם הואיל ומהירות האור גבוהה ממהירות הקול, הברק מופיע אל מול עינינו בטרם נשמע קול הרעם באוזנינו (יש כמוכן לזכור שגם כיום אין ביכולתנו להוכיח כי אינדוקציה היא שיטת היסק תקפה מבחינה לוגית, ועל כן גם את הטענה שלברק ולרעם סיבה אחת יש לבחון בזהירות).

¹⁵ KARL R. POPPER, CONJECTURES AND REFUTATIONS: THE GROWTH OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE 42 (1963).

¹⁶ שם, בעמ' 28.

¹⁷ שם. פופר מציין שישנם תחומים שבהם נראה כי הידע מתפתח, לפעמים, באמצעות אבחנה מקרית, אולם לדבריו, אבחנה כזו מאפשרת את התפתחותו של הידע רק כאשר היא מתיישבת עם השערה שהועלתה קודם לכן.

¹⁸ שם, בעמ' 25.

¹⁹ שם, בעמ' 27.

²⁰ שם.

להטעותנו, ועל כן אי-אפשר להסתמך עליהם. הם אמנם מקור הכרחי ליצירת התיאוריות שלנו, אולם רוב התיאוריות שלנו ממילא שגויות. תפקידם החשוב ביותר של התבונה והניסיון, וכן של האינטואיציה והדמיון, הוא לסייע לנו בבחינה ביקורתית של השערותינו, אשר באמצעותה אנו מתקדמים אל עבר האמת.²¹

פופר ניסה להבחין בין תיאוריות מדעיות לבין תיאוריות שאינן מדעיות, שכן לדעתו רק באמצעות תיאוריה מדעית ניתן להתקרב אל אותה אמת נחשקת. פופר כינה את הקושי להבחין בין תיאוריות מדעיות לתיאוריות שאינן מדעיות בשם "בעיית התיחום" (Problem of Demarcation), וריכז את מאמציו במציאת פתרון הולם לבעיה זו.²² התפיסה המקובלת, למן ראשיתו של המדע, הייתה שתיאוריות מדעיות נבדלות מתיאוריות שאינן מדעיות בכך שהן אינדוקטיביות במהותן ומבוססות על אימות נכונותן באמצעות תצפיות או ניסויים. פופר שלל תפיסה זו, שכן לגישתו ניתן בקלות למצוא אימותים כמעט לכל התיאוריות. יתרה מזו, טען פופר, דווקא תיאוריות שאינן מדעיות מציגות אימותים רבים לנכונותן.²³ לגישתו של פופר, אין ברשותנו קריטריונים כלשהם לזיהוי האמת, אך יש ברשותנו קריטריונים לזיהוי טעויות ושקרים. בהירות ומובחנות אינן קריטריונים לזיהוי האמת, אך ערפול ובלבול יכולים להצביע על טעויות. עקיבות ולכידות אינן יכולות לבסס את האמת, אך חוסר עקיבות וחוסר לכידות מבססים כזב. פופר סבר עוד שההתקדמות המדעית נעשית על דרך השלילה – כיוון שאין באפשרותנו להסיק מסקנות באשר למציאות, המבוססות על אימות באמצעות ניסויים, ויש באפשרותנו להפריך מסקנות באמצעות ניסוי אחד בלבד, הרי ההתקדמות המדעית נעשית על ידי הפרכות חוזרות ונשנות. לפיכך, טען פופר, ככל שיוכחו דברים רבים יותר כלא אמיתיים, כך נתקרב יותר אל האמת.²⁴ לטענת פופר, תיאוריה שאינה ניתנת להפרכה על ידי שום אירוע שניתן

²¹ שם, בעמ' 28.

²² שם, בעמ' 39.

²³ שם, בעמ' 36. פופר משתמש, בין היתר, בתיאוריה המרקסיסטית כדוגמה להוכחת טיעונו. ניתן להיווכח שהתיאוריה המרקסיסטית מוצאת אימותים לנכונותה במצב דברים מסוים וכן במצב דברים מנוגד לו. כך, למשל, חקיקת חוק המיטיב עם בעלי ההון היא אימות של התיאוריה המרקסיסטית, שלפיה בעלי ההון משתמשים בחקיקה כדי לבצר את מעמדם ולמנוע מבני מעמד הפועלים אפשרות כלשהי לשוויון ולחלוקה צודקת של ההון. ואולם גם חקיקת חוק המיטיב עם בני מעמד הפועלים היא אימות של התיאוריה המרקסיסטית, שכן מטרת אותה חקיקה, לפי התיאוריה המרקסיסטית, הנחזית כמיטיבה עם בני מעמד הפועלים, היא לדכא כל רצון להתקוממות מצד מעמד זה, באמצעות יצירת תודעה כוזבת במוחם של בני מעמד הפועלים שמתקיימים בחברה שוויון וחלוקה צודקת של ההון.

²⁴ שם. רעיון דומה, שלפיו חשיפת הבורות שלנו מקדמת את הידע, ניתן למצוא בדבריו של יוס: "פילוסופיית הטבע המושלמת ביותר יכולה רק להרחיק את בורותנו מעט הלאה; ובדומה לכך, ייתכן כי פילוסופיית הרוח או המטאפיזיקה המושלמת ביותר משרתת אותנו רק בכך שהיא חושפת בפנינו חלקים גדולים יותר של בורותנו. כך, תוצאותיה של כל פילוסופיה היא בגילויים

להעלותו על הדעת אינה תיאוריה מדעית. לדבריו, חסינות בפני הפרכה אינה בבחינת מעלה בתיאוריה, כפי שנהוג לחשוב, אלא דווקא חיסרון. עוד ציין פופר שמבחינה האמיתי של תיאוריה הוא ניסיון להפריך אותה. ככל שתיאוריה מסתכנת יותר, כלומר נחשפת יותר לניסיונות הפרכה, כך מהותה כתיאוריה מדעית מתחזקת.²⁵

פופר הוסיף והדגיש כי תיאוריה הניתנת להפרכה מעמידה את מציעה בסיכון עצמי, שכן אם תופרך התיאוריה, תהווה הפרכתה כישלון מקצועי שלו. לעומתה, תיאוריה שאינה ניתנת להפרכה אינה מעמידה את מציעה בסיכון עצמי, שכן תיאוריה זו לעולם לא תופרך. לפיכך, קבע פופר, יש לראות באי-הסתכנותו של מציע התיאוריה, פגיעה באמינותה של התיאוריה ובניסיון להגדירה כתיאוריה מדעית.²⁶ לדברי פופר, יש להעניק משקל לאימותים רק כאשר הם תוצאה של חיזויים מסתכנים, כלומר אילו לא היינו מכירים את התיאוריה, היינו מצפים שיתרחש אירוע המפריך אותה.²⁷ כמו כן ראיות תיחשבנה למסייעות לתיאוריה רק אם הן תוצאתו של ניסיון רציני, אך כושל, להפריך את התיאוריה.²⁸

תיאוריה מדעית, טען פופר, אינה מאמתת תופעות, אלא דווקא אוסרת על תופעות מסוימות להתרחש. ככל שתיאוריה אוסרת על יותר תופעות להתרחש, כך מתחזקת מהותה כתיאוריה מדעית.²⁹ פופר הוסיף וטען שהנטייה לכפות חוקים על

של החולשה והעיוורון האנושיים אשר אותם אנו פוגשים בכל פינה למרות מאמצינו לחמוק ולהימנע מהם". ראו: יום **מחקר בדבר בינת האדם**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 57.

25 POPPER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 36.

26 שם.

27 מהלך מחשבתי דומה לזה שפופר מציג ניתן למצוא גם בסוגיה ההלכתית בדבר היכולת לזהות נביאי אמת. התורה אינה מספקת מבחן לזיהוי ודאי של נביא אמת, אולם היא מספקת מבחן אשר באמצעותו ניתן להפריך הכרזה של אדם על עצמו שהוא נביא: "אך הנביא אשר יזיד לדבר דבר בשמי, את אשר לא-צויתיו לדבר, ואשר ידבר, בשם אלהים אחרים – ומת, הנביא ההוא. וכי תאמר, בלבבך: איכה נדע את הדבר, אשר לא-דברו יהוה. אשר ידבר הנביא בשם יהוה, ולא-יהיה הדבר ולא יבוא – הוא הדבר, אשר לא-דברו יהוה: בזדון דברו הנביא, לא תגור ממנו" (דברים יח 20–22). כלומר יש להעמיד את ה"נבואות לכאורה" של הטוען לנבואה למבחן, ואם הן אינן מתגשמות, ניתן להסיק בוודאות שאין המדובר בנביא אמת. כמו כן, נדרש שהטוען לנבואה יצהיר מראש כי הוא נביא. הצהרה כזו מעמידה אותו בסיכון, שכן אם יוכח שהוא אינו נביא אמת, הוא יוצא להורג. על כן יש בה כדי להרתיע נביאי שקר. זאת ועוד, נדרש שה"נבואות לכאורה" תנוסחנה בצורה ברורה וחד-משמעית, כדי שהן תהינה ניתנות לבדיקה ולהפרכה. רק לאחר ש"נבואותיו לכאורה" של הטוען לנבואה נבחנו שוב ושוב ולא הופרכו, ניתן להשתכנע כי מדובר בנביא אמת: "אומרי לו, אם נביא אתה, אמור לנו דברים העתידין להיות; והוא אומר, ואנו מחכים לו לראות היבואו דבריו: אם לא יבואו, ואפילו נפל דבר אחד קטן – בידוע שהוא נביא שקר. ואם באו דבריו כולם, יהיה בעינינו נאמן. ובודקין אותו פעמים הרבה. אם נמצאו דבריו כולם נאמנין, הרי זה נביא אמת" (משנה תורה, הלכות יסודי התורה, פרק י', הלכות ב-ג).

28 POPPER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 36.

29 שם.

הטבע במטרה למצוא אימותים לנכונות תיאוריה מסוימת מצביעה על חשיבה דוגמטית, ואילו הניסיון להפריך את התיאוריה, ולאחר מכן להפריך את זו שתבוא לאחריה, וכך הלאה, מלמדת על חשיבה ביקורתית. החשיבה הדוגמטית מביאה את האוחזים בה לדחות מפניהם כל ראייה שאינה עולה בקנה אחד עם הנחותיהם וציפיותיהם המוקדמות, כדי שלא יידרשו להודות בכישלונם ולהכיר בחוסר תקפותה של התיאוריה שלהם. חשיבה ביקורתית, לעומת זאת, מכירה בספקות העולים מן התיאוריה, ומחפשת מבחנים אשר יאפשרו, באופן עקרוני, להפריכה. בעלי חשיבה ביקורתית נכונים לזנוח את התיאוריה, אם תוצאת העמדתה במבחן תחייב זאת, ולגישתם יש לראות בהפרכת התיאוריה צעד חיובי המקדם את המדע והידע האנושי.³⁰

כאמור, שלל פופר את התפיסה האמפיריציסטית שלפיה ניתן לאמת תיאוריות באמצעות תצפיות וניסויים, אולם הוא לא זנח את השימוש בתצפיות וניסויים. לדבריו, באמצעות תצפיות וניסויים, המהווים מבחנים, אנו מכריעים אם לקבל תיאוריה או לדחותה. כל עוד תוצאות התצפיות והניסויים אינן מפריכות את התיאוריה, היא עומדת על תלה.³¹ תצפיות וניסויים אינם יכולים לאמת תיאוריה, שכן כאמור אי-אפשר להוכיח מבחינה לוגית שאינדוקציה היא שיטת היסק תקפה, אך הם יכולים גם יכולים להפריך תיאוריה באופן סופי ומוחלט. די בהתקיימותו של אירוע יחיד המנוגד לתיאוריה כדי להפריכה ולשלול ממנה את המעמד המדעי.³² ניתן לסכם את דבריו של פופר ולומר שתיאוריה תוכל להיחשב לתיאוריה מדעית, כלומר תיאוריה המקרבת את האנושות אל עבר האמת, אם היא ניתנת להפרכה.³³ הגותו של פופר בעניין זה ידועה כיום בכינוי "עקרון ההפרכה".

30 שם, בעמ' 49.

31 שם, בעמ' 54-55.

32 שם. יש לציין שלעיתים התיאוריה ניתנת להפרכה והיא אף מופרכת בפועל, אולם מעריציה מתחמקים מן ההפרכה על ידי הוספת הנחה לתיאוריה או על ידי מתן פירוש חדש לתיאוריה או בדרכים דומות אחרות. התחמקות זו אפשרית, אך לדעת פופר, מחירה הוא הריסת מעמדה המדעי של התיאוריה. ראו: שם, בעמ' 36. הפילוסוף הגרמני קארל המפל (1905-1997), ציין שבמקרים מעין אלה יש לבחון אם הוספת ההנחה או מתן הפירוש החדש נועדו אך לשם הצלת התיאוריה, או שיש בהם גם כדי להסביר תופעות אחרות. וכן, אם הם דורשים הוספה של הנחות או מתן פירושים נוספים ההופכים את התיאוריה למורכבת עד כי ברור שיהיה עליה לפנות את מקומה לתיאוריה אלטרנטיבית פשוטה יותר. ראו: קארל ג' המפל פילוסופיה של מדע הטבע 33-35 (גד פרוידנטל מתרגם, 1979).

33 בית המשפט העליון הכיר בכך ששיטה מדעית צריכה להיות ניתנת להפרכה כדי שתתקבל כראיה בהליך משפטי. ראו בעניין זה: ע"פ 9724/02 אבו חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71, 81 (2003).

ב. עדות שאי יכול להזימה

המשפט העברי, ככל שיטת משפט אחרת, מנסה להבטיח שעדות הנמסרת בהליך משפטי תהיה עדות אמת, או לכל הפחות שלדיין יהיו היכולת והאמצעים לזהות עדות שאינה עדות אמת. לצורך כך נקבעו כללים המסדירים את כשרותם של העדים, משקלן של העדויות וכדומה. כחלק מהליך קבלת עדות, העדים נחקרים על עדותם. עיקר חקירת העדים נועד לוודא שהם אינם משקרים או טועים וכי תוכן עדותם משקף נאמנה את הזכור להם מהאירוע. המשפט העברי מחייב, באופן עקרוני, לחקור את העדים, ועל אותן חקירות לגעת בפרטים המהותיים של אופן התרחשות האירוע, ובייחוד בזמן ובמקום שבו התרחש האירוע נשוא העדות.³⁴

מלבד החקירות, המשפט העברי מציין סוג נוסף של שאלות המופנות לעדים והמכונה בדיקות. לעומת החקירות, הנוגעות לפרטים המהותיים של אופן התרחשות האירוע, הבדיקות נוגעות לפרטים שאמנם עולים מן האירוע, אולם אינם נוגעים במישרין לאירוע עצמו, פרטים כגון צבע בגדיו של מבצע העברה, סוג הגידולים הגדלים במקום שבו עמד וכדומה. להבחנה בין חקירות לבדיקות ישנה משמעות רבה, שכן היעדר מענה על שאלה מן החקירות גורר את בטלותה של העדות, ואילו היעדר מענה על שאלה מן הבדיקות אינו גורר, כשלעצמו, את בטלותה של העדות.³⁵

הבחנה נוספת במשפט העברי נעשית בין עדים המעידים עדות שאינה אמת מתוך כוונה לגרום להרשעתו של הנאשם ולענישתו – עדים המכונים עדים זוממים, לבין עדים המעידים עדות שאינה אמת, אולם עושים כן בתום לב מתוך טעות או רשלנות. לסיווג העדים כזוממים ישנן תוצאות חמורות ביותר, ובמצבים מסוימים הוא עלול לעלות להם בחייהם.

כאשר עדים (אחרונים) מעידים שלא כדברי העדים שהעידו לפניהם (ראשונים), וטוענים שהאירוע נשוא העדות לא התרחש כפי שתיארוהו העדים הראשונים, הרי מדובר בעדות שהוכחשה. כשעדויות העדים הראשונים והאחרונים מכחישות אלה את אלה, הן מבטלות אלה את אלה, ונחשבות כלא היו. הטעם לביטול הוא שאין סיבה כלשהי להאמין דווקא לעדים הראשונים ולא לעדים האחרונים ולהפך.³⁶

כדי שיקבע שהעדים הם עדים זוממים נדרש מילויים של שני תנאים מצטברים: התנאי הראשון הוא שהעדויות של העדים האחרונים צריכה להיות מהימנה יותר מן העדות של העדים הראשונים. לפיכך, ברי שאין מדובר בעדות הנוגעת לגופה של

³⁴ בבלי, סנהדרין מ, ע"א.

³⁵ שם. לגישת הרמב"ם ישנם שלושה סוגי שאלות: "חקירות" הנוגעות לזמן ביצוע העברה ומקומה, "דרישות" הנוגעות ליסודות העברה ו"בדיקות" הנוגעות לפרטים נלווים. ראו: משנה תורה, הלכות עדות, פרק א, הלכה ד.

³⁶ רשב"ם, בבא בתרא לא, ע"ב, ד"ה "המכחישות זו את זו".

עדות הראשונים, אשר כאמור גוררת את בטלותן של שתי העדויות, כי אם לגופם של העדים הראשונים, כלומר למעשיהם בזמן האירוע ולא למעשיו של הנאשם.³⁷ התנאי השני הוא שהסקת המסקנה שהעדים הראשונים הם זוממים צריכה לנבוע מן התשובות שהשיבו העדים בחקירות של בית הדין.³⁸ למעשה ניתן לקבוע שהעדים הראשונים הם עדים זוממים רק אם יעידו העדים האחרונים כי למרות דברי העדים הראשונים, הם היו עמם בזמן ביצוע העבירה במקום אחר ממקום ביצוע העבירה. עדות כזו ממלאת את שני התנאים: העדות היא לגופם של העדים הראשונים, ושקרם של העדים הראשונים מתברר מתשובותיהם בחקירות בנוגע לזמן ביצוע העבירה ומקום ביצועה.³⁹

כאשר מדובר בעדות שהוזמה, אין העדויות של העדים הראשונים והעדים האחרונים מבטלות אלה את אלה, אלא עדויות האחרונים מתקבלות כמהימנות ומבטלות את עדויות הראשונים. לדברי הטור העדפת עדות האחרונים על פני הראשונים נובעת מכך שעדות האחרונים נוגעת, כאמור, לגופם של העדים ולא לגופה של העדות.⁴⁰ רד"צ הופמן⁴¹ ציין בהקשר זה כי אילו הייתה מטרתם של העדים האחרונים לסייע לנאשם, אף במחיר של מסירת עדות שקר, הרי היה עדיף להם להכחיש את עדות העדים הראשונים ולא להזימה, שכן הכחשת עדות הראשונים גוררת את זיכוי של הנאשם. ניסיון העדים האחרונים להזים את עדות הראשונים מלמד, לדבריו, שמטרתם אינה לסייע לנאשם, כי אם לסייע לחקר האמת, ולפיכך יש להעדיף את עדותם על פני עדות העדים הראשונים.⁴² לגישתו של הרמב"ם אין כל סיבה הגיונית להעדיף את עדות העדים האחרונים על פני עדות העדים הראשונים, ועל כן העדפה זו מבוססת, לדבריו, על גזרת הכתוב, כלומר משום שכך נכתב, אף כי איננו מבינים את הטעם לכך.⁴³

לקביעה שהעדים הם עדים זוממים ישנה חשיבות רבה, שכן המשפט העברי קובע כי עדים זוממים ייענשו באותו עונש שהיה צפוי לנאשם, אילו לא הייתה מוזמת

³⁷ דרישה מקדימה הכרחית המסתתרת בתנאי הראשון היא שההזמה צריכה להיעשות באמצעות עדויות, ולא באמצעות כל סוג אחר של ראיות. ראו דברי הרמב"ם: "מי שהעיד בשקר, ונודע בעדים שהעיד בשקר – זה הוא הנקרא עד זומם". ראו: משנה תורה, הלכות עדות, פרק יח, הלכה א.

³⁸ פירוש הרמב"ן על התורה (הרב חיים דוד שעוועל, ירושלים: מוסד הרב קוק, התשכ"ה), דברים יט 18.

³⁹ בבלי, מכות ה, ע"א.

⁴⁰ ארבעה טורים, הושן משפט, סימן לח, סעיף ז.

⁴¹ רבי דוד צבי הופמן (1843–1921), ממנהיגי יהדות גרמניה בסוף המאה התשע עשרה ובתחילת המאה העשרים. עסק בחקר התלמוד, בהוראתו ובפסיקת הלכה. נודע בעיקר בזכות מלחמתו בביקורת המקרא בימיו, ובשימוש בכלים מדעיים בטיעונו כנגדה.

⁴² פירוש רד"צ הופמן ספר דברים תל-אביב תש"ך.

⁴³ משנה תורה, הלכות עדות, פרק יח, הלכה ג.

עדותם והוא היה מורשע. המקור לכלל בדבר ענישתו של עד זומם מצוי בתורה: "ועשיתם לו, כאשר זמם לעשות לאחיו; ובערת הרע, מקרבך [...] ולא תחוס, עינך: נפש בנפש, עין בעין שן בשן, יד ביד, רגל ברגל".⁴⁴ מטרתו של הכלל היא להרתיע עדים מלמסור עדות שקר.⁴⁵ כאשר עד יודע שהוא עלול להיענש בחומרה אם ימסור עדות שקר, יש בכך כדי להרתיעו מלמסור את עדות השקר.⁴⁶

העונש הצפוי לעדים זוממים ניצב לפני העדים כתמרוור אזהרה המזהיר אותם שלא למסור עדות שאינה אמת. כאשר תמרוור אזהרה זה אינו קיים (מסיבה כלשהי) הסיכון שהעדים לא יירתעו מלמסור עדות שקר גובר, ובעקבות זאת הסיכון להרשעות שווה גובר גם הוא. אשר על כן קבע המשפט העברי כלל משלים לכלל בדבר הענשת עדים זוממים, והוא ש"עדות שאי אתה יכול להזימה לא שמה עדות".⁴⁷ כלומר עדות תהיה קבילה רק אם היא ניתנת להזמה. בעל גבורת ארי⁴⁸ מציין שעדות שאינה ניתנת להזמה מעוררת חשש בדבר מהימנותה ובדבר היכולת להסתמך עליה, שכן עדים שאינם חשופים לענישה, כיוון שאי-אפשר להזים את עדותם, יחששו פחות למסור עדות שקר.⁴⁹ לדברי רש"י הטעם לכלל הוא "הואיל ואי אפשר לקיים בו ודרשת וחקרת ודרשו השופטים והנה עד שקר וגו'".⁵⁰

ישנם שני סוגי עדויות שניתן לומר בעניינם שמדובר בעדות שאי אתה יכול להזימה ולכן אינה קבילה בהליך המשפטי. סוג העדויות הראשון הוא עדויות שאין בהן מענה על השאלות המהותיות (חקירות), ועל כן אין כל אפשרות (אף לא במישור העקרוני) שיימצאו עדים היכולים להעיד כי העדים הראשונים היו עמם בזמן ביצוע העבירה במקום אחר. היעדר האפשרות להזים את העדים, בסוג עדויות זה, נובע מכך שהעדים עצמם לא ציינו את זמן ביצוע העבירה ואת מקום ביצועה. עדויות אלה הן עדויות שאי-אפשר לקיים בהן תורת הזמה. החשש במצב זה שמא העדות אינה מהימנה נובע במישורין מתוכן העדות, וליתר דיוק מהחוסר בתוכן העדות. במצב זה,

44 דברים יט 19–21.

45 רש"י, סנהדרין יז, ע"ב, ד"ה "ושני זוממין".

46 יש לציין בהקשר זה שעל פי הנחיות פרקליט המדינה, רשויות התביעה מונחות שלא להעמיד לדין מתלוננות בעבירות מין, אשר מסרו תלונת שווא, בשל החשש (המוצדק כשלעצמו) שהעמדה לדין של מתלוננות שווא תרתיע מתלוננות שתלונתן אמת מלפנות למשטרה ולהתלונן. ראו: "מדיניות התביעה בהעמדה לדין של עד תביעה ו/או מתלונן שחזר בו במשפט מעדותו במשטרה" הנחיות פרקליט המדינה 2.5 (התשנ"ד).

47 בבלי, סנהדרין מא, ע"א. וראו גם: בבלי, פסחים יב, ע"א; בבלי, בבא קמא עה, ע"ב; בבלי, סנהדרין עה, ע"א.

48 הרב אריה לייב גינצבורג (1785–1695), היה מהפוסקים הבולטים שבאחרונים. נודע בעיקר בזכות חיבורו "שאגת אריה" שהיה ערוך בצורה של שאלות ותשובות, ובו חקר באופן מעמיק שאלות הלכתיות.

49 אריה ליב גבורות ארי על מסכת מכות פרק ראשון 10 (התרס"ז).

50 רש"י, סנהדרין מא, ע"א, ד"ה "לא שמה עדות".

כאמור לעיל, מדובר בעדות שאינה ניתנת להזמה והיא אינה קבילה בהליך המשפטי. סוג העדויות השני הוא עדויות שיש בהן מענה על כל השאלות המהותיות, ועל כן ניתן לקיים בהן תורת הזמה, אולם אין אפשרות לקיים בהן דין הזמה בעדים, כלומר אם יתברר שהעדים הם עדים זוממים, לא תהיה אפשרות (מסיבה כלשהי) להשית עליהם את העונש שהם זממו שיושת על הנאשם. עדות העדים הראשונים בטלה לא מפני שלא ייתכן שיימצאו עדים (אחרונים) היכולים להעיד שהעדים הראשונים היו עמם בזמן ביצוע העבירה במקום אחר, אלא מפני שעדות כזו לא תביא לידי ביצוע דין הזמה בעדים.⁵¹ במצב זה נסיבות חיצוניות לתוכן העדות כגון סוג העונש או מעמדם האישי של העדים או הנאשם, אינם מאפשרים להשית על העדים את העונש שהם זממו שיושת על הנאשם, כפי שמתחייב מן הכלל בדבר ענישתם של עדים זוממים. החשש במצב זה שמא העדות אינה מהימנה אינו נובע מתוכן העדות עצמה, אלא מהיעדר הרתעה כלפי העדים, שאינם חשופים לענישה.⁵²

נראה שיש בדרישה שהעדות תהיה ניתנת להזמה כדי להעניק לעדות, כשלעצמה ובמנותק משאלת מהימנותם של העדים, מידה של אמינות, בדומה לקריטריונים אחרים המעניקים אמינות לעדות כגון היגיון פנימי, היגיון חיצוני, פירוט והיעדר סתירות מהותיות. אי-הזממה (בפועל) של עדות הניתנת להזמה, מחזקת את אמינותה מתוך הנחה שבהיגיון כי סיבת אי-הזממה היא היותה עדות אמת.

ג. סיכום ביניים

הן המדע הן המשפט העברי מנסים להתחקות אחר האמת, האחד במטרה ללמוד את המציאות, להעשיר את הידע ולקדם את האנושות, והאחר במטרה להוציאה אל האור לשם עשיית צדק. על אף שונותם של שני התחומים, נראה שבשניהם ההתחקות אחר

⁵¹ הוראה שהגינה דומה ניתן למצוא בסעיף 55(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, נ"ח 18 (להלן: "פקודת הראיות"): "לא יורשע אדם על סמך עדות יחידה של קטין שאינו בר-אחריות פלילית בשל גילו, אלא אם כן יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה". הואיל ואין מרחפת סכנה מעל ראשו של העד, משום היותו קטין שאינו בר-אחריות פלילית, אי-אפשר להסתמך רק על עדותו לשם הרשעה. עם זאת, לעומת המשפט העברי, בדין הישראלי עדות כזו היא עדות קבילה.

⁵² דוגמה למצב כזה ניתן למצוא במקרה שבו עדים מעידים נגד "טרפה" שעבר עבירה שחייבים עליה מיתת בית דין. טרפה הוא אדם שעתיד בוודאות למות בקרוב, והוא למעשה משול למת. על פי המשפט העברי אדם שהורג טרפה נחשב אמנם לשופך דמים, אולם הוא חייב דיניי שמים בלבד ואינו נהרג על ידי בית דין. כיוון שמדובר בעדים אשר זממו להרוג אדם המשול למת, אי-אפשר להשית עליהם את עונש המיתה שזממו, שהרי אף אילו היו הורגים את הטרפה במו ידיהם, לא היה ניתן להשית עליהם עונש מיתה על ידי בית הדין. לפיכך, עדותם של העדים במקרה זה אינה ניתנת להזמה, ועל כן אינה קבילה בהליך המשפטי. ראו: רש"י, סנהדרין עח, ע"א, ד"ה "שלא בפני ב"ד".

האמת נעשית על דרך השלילה, כלומר באמצעות דחייתן של תיאוריות ועדויות שאינן ניתנות להפרכה או להזמה. המסקנה העולה מעקרון ההפרכה ומהכלל בדבר עדות שאינה ניתנת להזמה היא שאמרה שאינה ניתנת להפרכה היא אמרה שהסתמכות עליה עלולה להביא לידי תוצאה שגויה. נראה שיש בדרך פעולה זו כדי להתקרב אל האמת וכדי לצמצם את הסיכון לטעויות.

בכוונתי לטעון כי בכל הנוגע ליכולת של בתי המשפט לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, הרציונלים שבבסיס עקרון ההפרכה והכלל בדבר עדות שאינה ניתנת להזמה אינם מיושמים, ועל כן עלולות להתרחש טעויות והרשעות שווא. עוד בכוונתי לטעון שההלכות שיצאו מלפני בית המשפט העליון הן אשר הפכו את עדות המתלוננת בתיקי אינוס היכרות לעדות שאינה ניתנת להפרכה,⁵³ ועל כן בהתאם לרציונלים שבבסיס עקרון ההפרכה והכלל בדבר עדות שאינה ניתנת להזמה, המסקנה המתחייבת היא שאין להסתמך על עדות כזו כראיה יחידה לצורך הרשעה במשפט פלילי.

3. עֲבֵרַת הַאִינוֹס

בעת העתיקה נחשבה עֲבֵרַת הַאִינוֹס לעֲבֵרַת רכוש שבוצעה על ידי גברים כלפי גברים אחרים, שכן האישה נתפסה כרכושו של הגבר. עד לחתונתה נחשבה האישה לרכוש אביה, ולאחריה – לרכוש בעלה. עֲבֵרַת הַאִינוֹס הייתה למעשה גנבה של בתולי האישה, גנבה שהסבה לאביה נזק כלכלי, כיוון שאיבוד הבתולין גרר עמו הפחתה בתמורה הכלכלית שהיה אמור האב לקבל בעד בתו.⁵⁴ עֲבֵרַת הַאִינוֹס נתפסת בחברה כעֲבֵרַת מכוערת במיוחד. בכל הרבדים בחברה ישנה סלידה עמוקה מעֲבֵרַת זו וממבצעה.⁵⁵ במרוצת השנים חלו תמורות רבות בהגדרה של עֲבֵרַת הַאִינוֹס, ברמת הענישה, בדיני

⁵³ חיבור זה אינו דן בשאלה אימתי ניתן להשית עונש על מי שמוסר עדות שקר, אלא בטענה שבדין הקיים אין לבית המשפט כלים לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, עד כי עדות זו הפכה לעדות שאינה ניתנת להפרכה, דהיינו עדות שאי-אפשר לפגום במשקלה (במישור העקרוני) במידה שתחייב את דחייתה. משטיעוני בחיבור זה מתמקד בחוסר היכולת העקרוני להפריך עדות, ולא בענישתם של מוסריה, תכונה עדות מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, בחיבור זה, "עדות שאינה ניתנת להפרכה" ולא "עדות שאינה ניתנת להזמה".

⁵⁴ SUSAN BROWNMILLER, AGAINST OUR WILL: MEN, WOMEN AND RAPE 10-11 (1975).

⁵⁵ אף בקרב קהילת העבריינים בבתי הסוהר עברייני המין נחשבים לבזויים. עבריינים אלה סובלים לא אחת מהתעללויות מצד עבריינים אחרים, לרבות מעשי אינוס והשפלות. בחלק מן המקרים עברייני המין מושמים באגפים נפרדים, ולא פעם הם מסתירים את סיבת מאסרם. ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 1070/94 מלינסקי (יהלום) נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.9.2004).

הראיות ובסדרי הדין הנוגעים לה.⁵⁶ כך, למשל, בוטל "הפטור" שניתן לגברים שבעלו את נשותיהם בלא הסכמתן;⁵⁷ בוטלו דרישות הכוח וההתנגדות שהיו בעבר חלק מיסודות עבֶרת האינוס; בוטלה דרישת הסיוע⁵⁸ והוארכו תקופות ההתיישנות.⁵⁹ כן שונתה גישתה של מערכת אכיפת החוק (המשטרה והפרקליטות) בטיפול במתלוננות בגין אינוס. בין היתר נקבעו כללים בעניין הצורה שבה יש לגבות תלונה בגין אינוס, והוענקו לקרבנות אינוס זכויות מכוח חוק זכויות נפגעי עבירה.⁶⁰

א. "אינוס על ידי זר" ו"אינוס היכרות"

מעשי האינוס נחלקים לשתי קבוצות עיקריות: אינוס על ידי זר (Stranger Rape) ואינוס היכרות (Acquaintance Rape). אינוס על ידי זר הוא בדרך כלל מצב שבו אדם זר מתנפל על אישה, שאינה מוכרת לו, בועל אותה שלא בהסכמתה החופשית, על פי רוב תוך שימוש באלימות קשה המותירה סימנים חיצוניים בקרבן ובזירת המעשה, ולאחר מכן מותיר אותה במקום ונמלט.⁶¹ מקרי אינוס על ידי זר מהווים מיעוט מכלל מקרי האינוס.⁶² ברוב רובם של תיקי אינוס על ידי זר הנאשם כופר בכך שקיים יחסי מין עם המתלוננת, והגנתו היא שמעולם לא פגש את המתלוננת, שבזמן ביצוע המעשה הוא היה במקום אחר ושהמתלוננת שוגה כאשר היא מזהה אותו (אם היא מזהה אותו) כמי שביצע בה את המעשה. כיוון שבתיקי אינוס על ידי זר אין על

56 אמנון סטרשנוב "עבירות מין – חידושי החקיקה והפסיקה" המשפט ב 265, 265 (התשנ"ה).
 57 בהקשר זה ראו: יורם שחר "אנוסה על פי הדין?" עיוני משפט ח 649 (התשמ"ב); וכן ד"ר 37/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 371, 373 (1980).
 58 על ביטול דרישות הכוח וההתנגדות, ודרישת הסיוע, ראו להלן: פרק 2.2.
 59 על פי סעיף 354(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: "חוק העונשין") תקופת ההתיישנות בעבירות מין בתוך המשפחה מתחילה להימנות בהגיע המתלוננת לגיל 28. המשמעות היא שאישה בת 38 יכולה להגיש תלונה בגין מעשים שלטענתה נעשו בה מרגע לידתה – כמעט 40 שנים קודם לכן. בשנת 2010 הוגשה הצעת חוק הקוראת לביטול תקופת ההתיישנות בעבירות מין במשפחה. ראו: הצעת חוק לביטול ההתיישנות בעבירות מין במשפחה (תיקוני חקיקה), התשע"א-2010.
 60 חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 183.
 61 א' לסלי סבה ומיכל ליבן-קובי "עבירת האונס – היבטים קרימינולוגיים" מעמד האשה בחברה ובמשפט 235, 250-253 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, התשנ"ה).
 62 GREGORY M. MATOESIAN, REPRODUCING RAPE: DOMINATION THROUGH TALK IN THE COURTROOM 7-8 (1993). על פי נתוני איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות תקיפה מינית, בשנים 2004, 2005, 2007 ו-2008 כ-82% בממוצע מהתקיפות המיניות שדווחו בוצעו על ידי אדם שהיה מוכר לנפגעת, ורק כ-18% מהתקיפות המיניות בוצעו על ידי אדם זר. זמין ב- www.1202.org.il/template/default.asp?siteID=1&catId=248&maincat=4 (נבדק לאחרונה ב- 9.5.2014).

פי רוב מחלוקת שהמתלוננת נאנסה,⁶³ והשאלה היחידה המונחת לפתחו של בית המשפט היא אם הנאשם הוא שאנס אותה אם לאו, תיקים אלה מתנהלים ככל תיק פלילי שבו השאלה שבמחלוקת היא זיהויו של הנאשם כמבצע העברה. בתיקים אלה בדרך כלל בתי המשפט מסתייעים בראיות חיצוניות לעדויות הנאשם והמתלוננת כגון בדיקות דנ"א, טביעות אצבע, טביעות נעלים ומסדר זיהוי.

אינוס היכרות, לעומת זאת, הוא מצב שבו ישנה היכרות מוקדמת בין מבצע מעשה האינוס לבין המתלוננת.⁶⁴ אין הכרח שהיכרות זו תהיה ארוכה ויכול שתהא ביניהם היכרות קצרה. ברוב המקרים הללו מעשה האינוס אינו מלווה באלימות פיזית (גם לדברי המתלוננת), ובחלק מן המקרים הצדדים נשארים בצוותא לאחר קיום היחסים המיניים והתלונה מוגשת במועד מאוחר יותר. מקרי אינוס ההיכרות מהווים רוב מוחלט מכלל מקרי האינוס.⁶⁵ ברוב תיקי אינוס ההיכרות, הנאשם מודה שקיים יחסי מין עם המתלוננת, והמחלוקת בין הצדדים נוגעת לשאלה אם מדובר בקיום יחסים בהסכמה או שלא בהסכמה. בדרך כלל הגנתו של הנאשם היא שקיים עם המתלוננת יחסי מין בהסכמתה המלאה.⁶⁶ בחלק מן המקרים הנאשם טוען כי ייתכן שהמתלוננת לא הסכימה ליחסי המין, אולם הוא לא היה מודע להיעדר ההסכמה.⁶⁷

⁶³ מובן שניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם יטען הנאשם שהוא לא אנס את המתלוננת, ולא זו בלבד אלא שהמתלוננת לא נאנסה כלל, גם לא על ידי אדם אחר, אולם מקרים אלה הם חריגים ונדירים.

⁶⁴ סבה וליבן-קובי "עבירת האונס – היבטים קרימינולוגיים", לעיל ה"ש 61.

⁶⁵ MATOESIAN, לעיל ה"ש 62.

⁶⁶ ראו לדוגמה: תפ"ח (מחוזי ב"ש) 984/03 **מדינת ישראל נ' זייצב**, עמ' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.6.2007), שם טען הנאשם מפי באת כוחו כי הוא והמתלוננת נסעו יחד לחוף הים ושם, "אחרי שהנאשם התחבק והתנשק עם המתלוננת היא הורידה את בגדיה מרצונה הטוב והחופשי וקיימה עמו יחסי מין מלאים". בחלק מן המקרים הנאשם טוען שקיום היחסים היה בהסכמה, ואף המתלוננת היא שיזמה את קיומם. ראו לדוגמה: תפ"ח (מחוזי חי') 3055/06 **מדינת ישראל נ' בן ארי**, עמ' 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.3.2008), שם טען הנאשם מפי באת כוחו כי: "קיים יחסי מין בהסכמה באותו יום עם המתלוננת. למעשה, היא זאת שכפתה עליו את יחסי המין".

⁶⁷ סעיף 34(א) לחוק העונשין הדין בסייג "טעות במצב דברים" קובע: "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו". יש לציין שלרוב טענת "טעות במצב דברים" נוספת על טענה שהמתלוננת הסכימה ליחסי המין. לפיכך למעשה, במקרים אלה הנאשם טוען שהמתלוננת הסכימה ליחסי המין, ואולם אף אם לא הסכימה, הוא לא היה מודע להיעדר ההסכמה.

ב. התפתחות עֲבֵרַת האִינוֹס במשפט הישראלי

1.2 שינויים בהגדרת העֲבֵרָה

על פי הנוסח המקורי של עֲבֵרַת האִינוֹס,⁶⁸ כדי שתתגבש העֲבֵרָה נדרש שהאישה הנבעלת לא תהיה אשתו של הבעל, שהבעילה תיעשה "נגד רצונה" של האישה, ו"תוך שימוש בכוח" או "באיום במוות או בחבלת גוף קשה". עם הזמן חלו תמורות רבות בערכי החברה, בתפיסות העולם שהיו מקובלות בה ובתרבותה. תמורות אלה לא פסחו על המשפט והביאו לשינויים מופלגים בתחומי משפט רבים. בד בבד עם השינוי שחל ביחסה של החברה לנשים ולאוטונומיה שלהן על גופן, חל גם שינוי בהגדרתה של עֲבֵרַת האִינוֹס.

בשנת 1988, במסגרת תיקון מס' 22 לחוק העונשין,⁶⁹ נערכו שלושה שינויים מהותיים בהגדרת עֲבֵרַת האִינוֹס. השינוי הראשון נגע להתנהגותה של האישה. לפני התיקון נדרש שמעשה הבעילה ייעשה "נגד רצונה" של האישה, ואילו לאחר התיקון די היה שמעשה הבעילה ייעשה "שלא בהסכמתה החופשית" של האישה (בשלב זה עדיין נדרש יסוד של כפייה מצד הגבר). החלפת הביטוי "נגד רצונה" בביטוי "שלא בהסכמתה החופשית" מהווה שינוי מהותי בתפיסת מעשה האִינוֹס. משמעותו היא שהתנגדות האישה אינה נחוצה עוד לגיבוש עֲבֵרַת האִינוֹס ודי באי־הסכמתה. כמו כן, כדי שלא תתגבש עֲבֵרַת אִינוֹס, הסכמה לבדה אינה מספיקה, אלא נדרש שתהיה זו הסכמה חופשית. השינוי השני נגע למועד שבו על הגבר להשתמש בכוח או באיום בכוח. לפני התיקון נדרשה בו־זמניות בין הבעילה לשימוש בכוח או לאיום ("תוך כדי"), ואילו לאחר התיקון מספיק שהבעילה או ההסכמה לבעילה היו בעקבות שימוש בכוח או איום, טרם מעשה הבעילה ("עקב"), כדי לעמוד בדרישת השימוש בכוח שבהגדרת העֲבֵרָה.⁷⁰ השינוי השלישי נגע לאופי האיום כלפי האישה. לפני התיקון נדרש שהאיום המופנה כלפי האישה יהיה איום במוות או בחבלה קשה, ואילו לאחר התיקון די היה באיום בשימוש בכוח, בגרימת סבל גופני או בהפעלת אמצעי לחץ אחרים. כמו כן, לפני התיקון נדרש שהאיום יופנה כלפי האישה הנבעלת, ואילו לאחר התיקון יכול האיום להיות מופנה גם כלפי זולתה, ובלבד שהיה באיום כדי לשלול את התנגדות האישה.

הדרישה להתנגדות פיזית מצד האישה והפעלת אמצעי כפייה מצד הגבר הם שני צדדים של אותו מטבע, שכן השימוש באמצעי כפייה נועד להתגבר על התנגדותה הפיזית של האישה. משתוקן החוק ונקבע שאין האישה נדרשת להתנגד באופן פיזי,

⁶⁸ ס' 345 לחוק העונשין.

⁶⁹ חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62.

⁷⁰ ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 369-373 (1993) (להלן: "פרשת בארי").

ודי בהבעת חוסר הסכמה, היה על המחוקק למחוק גם את דרישת הכפייה מהגדרת העברה. הותרת דרישת הכפייה אפשרה מצב דברים שבו מעשה בעילה שנעשה בלא הסכמתה החופשית של האישה, כאשר הגבר מודע להיעדר ההסכמה, לא נחשב למעשה אינוס אך בשל העובדה כי הגבר לא נקט אמצעי כפייה.

בפרשת **טייב** ציין בית המשפט העליון כי המצב הראוי הוא מצב שבו די בהיעדר הסכמה חופשית של האישה (ומודעות של הגבר לחוסר הסכמה זה) כדי שיראו את המעשה כמעשה אינוס. אולם משנותרה דרישת הכפייה בהגדרת עברת האינוס, אין אפשרות לבטלה באמצעות פרשנות משפטית, אלא באמצעות חקיקה. אשר על כן קבע בית המשפט העליון כי על פי הגדרת עברת האינוס לאחר תיקון מס' 22, כדי שתתגבש עברת האינוס, אין עוד צורך שהאישה תתנגד באופן פיזי למעשה הבעילה, אולם עדיין נדרש שהגבר ישתמש באמצעי כפייה.⁷¹

בעקבות קביעות אלה של בית המשפט העליון בפרשת **טייב** הזדרז המחוקק, ותוך פחות מחודש ימים ממועד מתן ההחלטה תיקן את החוק.⁷² במסגרת התיקון בוטל יסוד הכפייה בעברת האינוס ונוסחה החדש היה: "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית". נוסח זה הוא הנוסח של עברת האינוס מאז ועד היום.

2.2 ביטול דרישת הסיוע

התמורות שחלו בעברות המין בכלל ובעברת האינוס בפרט כללו גם שינויים בדיני הראיות ובסדרי הדין. אחד השינויים המהותיים ביותר שחלו בדיני הראיות היה ביטול דרישת הסיוע. בעבר, כדי להרשיע נאשם בעברת מין, היה על בית המשפט למצוא בחומר הראיות, נוסף על עדות המתלוננת, ראיית סיוע, כלומר ראייה עצמאית שמסבכת את הנאשם והיא בגדר המחלוקת.⁷³

סעיף 5 לפקודת העדות המנדטורית⁷⁴ קבע שאי-אפשר להרשיע אדם בהליך פלילי על סמך עדות יחידה, ועל בית המשפט להרשיע רק כאשר ישנה ראיית סיוע. הסעיף היה מכוון לכל העברות הפליליות ולא נגע לסוג עברות מסויים.⁷⁵ בשנת 1937 בוטלה ההוראה האוסרת הרשעה על סמך עדות יחידה, ומאז ואילך היה אפשר, ככלל,

⁷¹ ע"פ 115/00 **טייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 289, 312–314 (2000). השופט חשין, שהיה בדעת מיעוט, סבר שהבעת חוסר הסכמה מצד האישה מספיקה כדי שהמעשה יהפוך למעשה אינוס. לגישתו, מעשה הבעילה עצמו הוא נקיטת אמצעי כפייה, ולכן משנבעלה אישה לאחר שהביעה חוסר הסכמה למעשה הבעילה, התמלאו הן הדרישה שהמעשה ייעשה שלא בהסכמתה החופשית של האישה, הן הדרישה שיינקטו אמצעי כפייה מצד הגבר. ראו: שם, בעמ' 318.

⁷² חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א-2001, ס"ח 408.

⁷³ ע"פ 83/50 **שולמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ה(1) 174, 183–185 (1951).

⁷⁴ Criminal Justice (Evidence) Act, 1924 (להלן: "**פקודת העדות**").

⁷⁵ חנה אבנור "סיוע בעבירות מין – על שום מה" **הפרקליט** כו 79 (1970).

להרשיע נאשם בהליך פלילי על סמך עדות יחידה.⁷⁶ לכאורה, משבוטלה דרישת הסיוע בכל העבירות, היה אפשר להניח שבוטלה גם הדרישה לראיית סיוע בעבירות מין, אולם לא כך היה. בית המשפט העליון המשיך להתבסס בעניין זה על הדין האנגלי ודרש ראיית סיוע לצורך הרשעה בעבירת מין על סמך עדותה היחידה של המתלוננת.⁷⁷

בפרשת **ג'מאל**, שנדונה בשנת 1959, הסביר בית המשפט העליון בהתאם לתפיסות שרווחו אותה עת בחברה, מדוע אין להרשיע נאשם בעבירת מין על סמך עדות יחידה של המתלוננת, ויש לדרוש ראיית סיוע לצורך הרשעה:

"קל מאד לטפול על אדם אישום-שוא על ביצוע עבירה מינית וקשה מאד להתגונן בפני מעלילים ומוציאי לעז. החוק בא אמנם להגן על קרבן העבירה המינית, שהוא בדרך כלל העד היחיד, אך עם זאת – ואולי דוקא מפני כך – חייבים בתי-המשפט לנקוט כלפיו עמדה של 'כבדהו וחשדהו'. החוק מעדיף זיכוי של עבריין מחוסר הוכחות מספיקות על הרשעת אדם חף מפשע בעבירה שלא עבר. דרישת הסיוע בעבירות מיניות היא מבטחו של האזרח מפני עלילות שוא."⁷⁸

בפרשת **סעדיה** ציין בית המשפט העליון בנוגע לאופייה של ראיית הסיוע כי "מן המפורסמות הוא, כי הסיוע הנדרש לעדות המתלוננת בעבירות מיניות, צריך שיהיה אוטונומי, חיצוני, בלתי תלוי כלל באמירתה של המתלוננת גופה."⁷⁹ במרוצת השנים הרחיבה הפסיקה עד מאוד את קשת הראיות המתאימות לשמש ראיית סיוע בעבירות מין, ולפיכך היה אפשר להסתפק בראיית סיוע שהתבטאה במראה החיצוני של המתלוננת, במצבה הגופני, במצבה הנפשי ועוד.⁸⁰

בשנת 1982 בוטלה דרישת הסיוע לעדותה של מתלוננת בעבירות מין. תחת הדרישה לראיית סיוע קבע המחוקק חובת הנמקה. סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות שהוסף קובע: "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

⁷⁶ יש לציין שהמחוקק הכיר במצבים שבהם עדות מסוימת נגועה באינטרסים זרים, ועל כן אין להרשיע רק על סמך עדות זו. כך, למשל, נקבע בסעיף 54א(א) לפקודת הראיות שבית המשפט לא ירשיע נאשם על סמך עדות של שותפו, אלא אם כן יש בחומר הראיות דבר לחיזוק, כלומר תוספת ראיתית המחזקת את עדות השותף. הרציונל של כלל זה נעוץ בשכל הישר ובניסיון החיים שלפיהם אדם הנתון בסכנת הרשעה וענישה ינסה להטיל את כל האשמה על שותפו כדי להציל את עורו שלו.

⁷⁷ אבנור "סיוע בעבירות מין – על שום מה", לעיל ה"ש 75.

⁷⁸ ע"פ 62/59 ג'מאל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 692, 696 (1959).

⁷⁹ פרשת **סעדיה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1862.

⁸⁰ ע"פ 40/73 סוני נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 818, 820 (1973).

אותו להסתפק בעדות זו.⁸¹ כמו כן קבעה הפסיקה חובת אזהרה עצמית שמשמעותה היא שבית משפט המבקש להרשיע נאשם בהליך פלילי, על סמך עדות יחידה, צריך להזהיר עצמו שעדות יחידה לפניו וכי עליו לבחון ולשקול אם ניתן להסתפק באותה עדות יחידה לצורך הרשעה.⁸²

נראה שלהלכה ולמעשה אין בחובת ההנמקה ולא כלום. להלכה, הדרישה שבית המשפט יפרט מה הניע אותו להרשיע נאשם היא דרישה כללית, שהרי בכל פסק דין בית המשפט נדרש לפרט מה הניע אותו להחליט את שהחליט, וכאשר מדובר בפסק דין מרשיע בפלילים בית המשפט ממילא נדרש לפרט מדוע הראיות שהונחו לפניו מספיקות כדי להרשיע את הנאשם ברמת הוכחה של מעבר לספק סביר. לפיכך לא ברור במה חובת ההנמקה עולה על החובות הרגילות של בית המשפט.⁸³ למעשה, בית המשפט יוצא ידי חובת ההנמקה בצינו בפסק הדין שהוא מודע לתחולת החובה עליו, וכי הוא נותן אמון מלא בעדות המתלוננת. בע"פ 7082/09 ציין בית המשפט העליון בהקשר זה כי "בית משפט זה קבע זה מכבר כי די באמון המוחלט שנותן בית המשפט בעדות המתלונן כדי לספק את חובת ההנמקה".⁸⁴

ג. סיכום ביניים

לאור התמורות שחלו בהגדרת העבירה ובדיני הראיות ניתן לומר כי על פי הדין הישראלי הנוהג כיום, אמונו המלא של בית המשפט בעדות מתלוננת כי לא נתנה את הסכמתה החופשית למעשה הבעילה, מספיק כדי לקבוע, מעבר לספק סביר, שהנאשם ביצע במתלוננת מעשה אינוס.

⁸¹ חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 7), התשמ"ב-1982, ס"ח 197. לדיון בדרישת ההנמקה שבסעיף 54א(ב), שהחליפה את דרישת הסיוע, ראו בין היתר: ע"פ 288/88 גנדור נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 45, 49 (1988); ע"פ 4912/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 581 (1993); ע"פ 6378/95 ברוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 278, 283 (1996); ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205 (2002) (להלן: "פרשת נור"); ע"פ 2864/01 מסילתי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 315 (2001); ע"פ 4930/07 טולדו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.12.2009); ע"פ 9902/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.7.2007); ע"פ 465/06 אביבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.2.2008); ע"פ 252/99 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 88 (1999).

⁸² יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 350 (מהדורה משולבת ומעודכנת, התשנ"ט-1999) וההפניות שם.

⁸³ סטרשנוב "עבירות מין – חידושי החקיקה והפסיקה", לעיל ה"ש 56, בעמ' 267.
⁸⁴ ע"פ 7082/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 10.3.2011). ראו גם: ע"פ 9902/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 16.7.2007).

4. תסמונת טראומת האינוס (Rape Trauma Syndrome)

להלן יוצגו מאפייניה של תסמונת טראומת האינוס. למאפיינים אלה חשיבות מרובה משום שהם משפיעים, בין היתר, על יכולתה של הקרבן בתיקי אינוס היכרות להעיד בבית משפט, ובעקבות זאת על היכולת של בית המשפט לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדותה.

א. תסמונת פוסט טראומטית

תסמונת פוסט טראומטית (Post-Traumatic Stress Disorder) מתפתחת בעקבות היחשפות לחוויה טראומטית. כאשר אדם מזהה סכנה, גופו מנסה לרכז את כל האמצעים והכוחות לסיכול הנזקים הצפויים מן הסכנה, על ידי התמודדות עמה והדיפתה או על ידי מנוסה מפניה. בתחילה, באמצעות הזרמת אדרנלין, האדם נכנס למצב של דריכות, ולאחר מכן חשיבתו מתמקדת בסכנה המידית הנשקפת לו, עד כי לפעמים יש ביכולתו להתעלם מתחושות מסוימות כגון כאב ורעב. שינויים אלה מסייעים בהדיפת הסכנה או במנוסה מפניה. במצב של חוסר אונים ואימה, כאשר הגוף מבצע את כל הפעולות הגופניות והמחשבתיות הנחוצות, ובכל זאת אין ביכולתו של האדם להדוף את הסכנה או להימלט מפניה, עלולות להתעורר תגובות פוסט טראומטיות. התגובות הללו נובעות מקריסת מערכות ההגנה העצמית של הגוף. למעשה, לאחר שהסכנה חולפת, הגוף ממשיך להתנהג כאילו עודו עומד אל מול הסכנה, ובהמשך התסמינים הטראומטיים מתנתקים מן החוויה הטראומטית וממשיכים להתקיים באדם באופן עצמאי.⁸⁵

בשנות השבעים של המאה העשרים, עם עלייתה של התנועה הפמיניסטית בארצות הברית, החלו להיחשף ממדיה העצומים של תופעת אלימות המינית כלפי נשים. או אז התברר שהתסמונת הפוסט טראומטית הנפוצה ביותר היא תסמונת שמקורה באירועי אלימות מינית כלפי נשים.⁸⁶

ב. תסמונת טראומת האינוס

עד לשנת 1970 לא היה כל דיון בספרות המקצועית בהשפעות של מעשה אינוס על הנאנסת. הפסיכיאטריה והפסיכולוגיה העדיפו להתעלם מנושא זה הן במחקר העיוני

⁸⁵ ג'ודית לואיס הרמן **טראומה והחלמה** 51 (עתליה זילבר מתרגמת, 1994).

⁸⁶ שם, בעמ' 43.

הן בטיפול המעשי.⁸⁷

בשנת 1970 פרסמו שני עובדים במערכת הבריאות האמריקנית מאמר ראשון בנושא ובו ניסחו לראשונה, באופן כללי, שלושה שלבים שהנאנסת עוברת. בשלב הראשון הנאנסת חווה הלם, פחד והכחשה; בשלב השני נראה כאילו הנאנסת מצליחה להתגבר על אירוע האינסוס, אולם אין הדבר כך; ובשלב השלישי הנאנסת מתמודדת עם הרגשות הקשורים לאירוע האינסוס ופותרת אותם.⁸⁸

בשנת 1974 פרסמו אן בורגס ולינדה הולמסטרומ מחקר שהן ערכו בחדר המיון של בית חולים בבוסטון, שבמסגרתו נצפו ונותחו תגובות פיזיולוגיות ונפשיות של נאנסות. בתום המחקר התברר שתגובותיהן הפיזיולוגיות והנפשיות של רוב הנאנסות היו זהות. לנוכח שכיחותן של התגובות בקרב נאנסות, הן קובצו יחדיו וכונו "תסמונת טראומת האינסוס".⁸⁹ מטרתה של התסמונת להסביר את התנהגותה של הנאנסת מיד לאחר מעשה האינסוס וכן את ההשפעות ארוכות הטווח של מעשה האינסוס על הנאנסת.⁹⁰ לא מיותר לציין שהתסמונת לא נועדה להוכיח או לשלול ביצועו של מעשה אינסוס.⁹¹ התסמונת מסבירה כיצד הנאנסת מתמודדת עם נפילתה קרבן למעשה אינסוס, וכיצד היא מארגנת את חייה מחדש בעקבות מעשה האינסוס. כמו כן, התסמונת מסבירה כיצד הנאנסת מתמודדת עם ההשפעות הפיזיות והנפשיות של מעשה האינסוס. התסמונת מנסה לשרטט את ההשפעות שיהיו למעשה האינסוס על הנאנסת בהתחשב באישיותה, בניסיון החיים שלה, במערכות התמיכה שיש לה, במערכת היחסים בינה לבין האנס ובאופי מעשה האינסוס.⁹²

בורגס והולמסטרומ מצאו שלתסמונת שני שלבי התפתחות: השלב הראשון כונה על ידיהן השלב האקוטי (Acute Phase). שלב זה נמשך שבועיים-שלושה לאחר מעשה האינסוס, ומאופיין הן בתסמינים פיזיים הן בתסמינים רגשיים. התסמינים הפיזיים באים לידי ביטוי בדרך כלל בכאבי שרירים, הפרעות במערכת העיכול וכאבים באיבר המין. התסמינים הרגשיים מתפרשים על פני קשת רחבה של רגשות כגון זעם, פחד, מבוכה, בושה, כעס ונקמנות. בשלב זה אורח החיים של הנאנסת מתערער והיא

⁸⁷ Susan Stefan, *The Protection Racket: Rape Trauma Syndrome, Psychiatric Labeling, and Law*, 88 NW. U. L. REV. 1271, 1289 (1994).

⁸⁸ Sandra Sutherland & Donald Scherl, *Patterns of Response Among Victims of Rape*, 40 AM. J. ORTHOPSYCHIATRY 503, 504 (1970).

⁸⁹ Ann Wolbert Burgess & Lynda Lytle Holmstrom, *Rape Trauma Syndrome*, 131 AM. J. PSYCHIATRY 981 (1974) (להלן: "**Burgess & Holmstrom**").

⁹⁰ ש.ם.
⁹¹ Kenneth Winchester Gaines, *Rape Trauma Syndrome: Toward Proper Use In The Criminal Trial Context*, 20 AM. J. TRIAL ADVOC. 227, 229 (1997).

⁹² JULIE A. ALLISON & LAWRENCE S. WRIGHTSMAN, *RAPE: THE MISUNDERSTOOD CRIME* 166 (1993).

מתקשה בביצוע פעולות יומיומיות פשוטות.⁹³ כמו כן חלק מן הנאנסות חוות בשלב זה תחושות של האשמה עצמית.⁹⁴ השלב השני כונה על ידיהן שלב הארגון מחדש (Reorganization Phase). שלב זה נמשך זמן רב ובמקרים מסוימים אף כל החיים. בשלב זה הנאנסת עלולה לפתח פחד מקהל, פחד להיות לבד ופחד מכך שעוקבים אחריה,⁹⁵ וכן לחוות סיוטים והפרעות בקיום יחסי מין.⁹⁶

בשנת 1980 לראשונה נכנסה התסמונת הפוסט טראומטית למדריך לאבחון הפרעות נפשיות.⁹⁷ אף שהתסמונת הפוסט טראומטית שתוארה במדריך הייתה כללית ונגעה לכמה סוגי טראומה, הייתה בהכנסתה אליו הכרה גם בטראומה הנגרמת לנשים בעקבות מעשה אינוס, בתור אבחנה פסיכיאטרית.⁹⁸ עם זאת, ועל אף חפיפה מסוימת בין התסמונת הפוסט טראומטית לבין תסמונת טראומת האינוס, ישנם הבדלים מהותיים בין השתיים. ההתנהגות של הלוקים בתסמונת הפוסט טראומטית היא התנהגות חריגה (בלא קשר לשאלה מהי הטראומה שבעקבותיה התפתחה התסמונת), ואילו התנהגותן של הלוקות בתסמונת טראומת האינוס היא התנהגות נורמלית ומקובלת בהתחשב בנסיבות – היותן קרבנות מעשה אינוס. במקרים מסוימים הלוקות בתסמונת טראומת האינוס עלולות לפתח תסמונת פוסט טראומטית, כשהטראומה שבבסיס התסמונת תהא מעשה האינוס.⁹⁹

לדברי הולי הוגן, תסמונת טראומת האינוס באה לידי ביטוי בתסמינים פיזיולוגיים ונפשיים האופייניים לרוב הנאנסות לאחר מעשה האינוס. תסמינים אלה מביאים את הנאנסות להתנהגות שונה לחלוטין מן ההתנהגות שאדם מן היישוב היה מצפה לה אצל נאנסות, לעתים אף התנהגות מנוגדת למצופה.¹⁰⁰ כך, למשל, על פי הדעה המקובלת, האינטואיטיבית, מי שהייתה זה עתה קרבן למעשה אינוס אמורה לבכות ולהיות היסטרית. והנה, נאנסות רבות, בסמוך לאחר מעשה האינוס, אינן

⁹³ Burgess & Holmstrom, לעיל ה"ש 89, בעמ' 982–984.

⁹⁴ Ann Wolbert Burgess & Lynda Lytle Holmstrom, *Adaptive Strategies and Recovery From Rape*, 136 AM. J. PSYCHIATRY 1278, 1279 (1979).

⁹⁵ Burgess & Holmstrom, לעיל ה"ש 89, בעמ' 982–984.

⁹⁶ Ann Wolbert Burgess & Lynda Lytle Holmstrom, *Rape: Sexual Disruption and Recovery*, 49 AM. J. ORTHOPSYCHIATRY, 648 (1979).

⁹⁷ DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS, § 309.81 (3rd ed. 1981).

⁹⁸ Stefan, לעיל ה"ש 87, בעמ' 1295–1296.

⁹⁹ Arthur H. Garrison, *Rape Trauma Syndrome: a Review of a Behavioral Science Theory and Its Admissibility in Criminal Trials*, 23 AM. J. TRIAL ADVOC. 591, 632 (2000).

¹⁰⁰ Holly Hogan, *The False Dichotomy of Rape Trauma Syndrome*, 12 CARDOZO J.L. & GENDER 529, 530 (2006).

בוכות כלל, והתנהגותן שקטה ורגועה.¹⁰¹ למעשה, ישנה קשת רחבה של התנהגויות שנראות כהתנהגויות שאינן עולות בקנה אחד עם תלונה על מעשה אינוס, אולם הן מוסברות באמצעות תסמונת טראומת האינוס. כך, למשל, ישנן נאנסות אשר נאנסו על ידי מכר, ואינן מצליחות לזהות את המכר בתור מי שאנס אותן, אלא זמן רב לאחר מעשה האינוס;¹⁰² ישנן נאנסות שמוסרות למשטרה עדויות סותרות בנוגע למקום התרחשותו של מעשה האינוס; ישנן נאנסות שנמנעות מלספר למשטרה פרטים ספציפיים על מעשה האינוס; ישנן נאנסות שזמן קצר לאחר מעשה האינוס אינן מצליחות למסור למשטרה את שם האנס, אף שהוא ידוע להן; ישנן נאנסות המכחישות באוזני חבריהן שהן נאנסו; ישנן נאנסות שחוות פגיעה בזיכרון בנוגע לאירועים שהתרחשו קודם למעשה האינוס; וישנן נאנסות שמבקשות מהאנס שלא לספר לאיש על אודות מעשה האינוס.¹⁰³ זאת ועוד, נמצא שנאנסות יכולות להיראות היסטוריות ובוכיות ויכולות להיראות רגועות. כמו כן הן יכולות לחוות תגובות רגשיות הן של צחוק הן של כעס.¹⁰⁴

קים ליין שפל מציינת שנאנסות רבות אינן מספרות את שאירע להן מיד לאחר אירוע האינוס (ואלה שכן מספרות, לרוב אינן פונות למשטרה). כשנאנסת מספרת לראשונה את שאירע לה, היא ממזערת את רמת הפגיעה בה, מפנה אצבע מאשימה כלפי עצמה, מציעה הסברים חלופיים לאירוע, ואף מסווה את החומרה של האירוע באמצעות עיוות העובדות באופן שהיא לא תצטרך להתמודד עם מלוא התוצאות של האירוע בנקודת זמן זו. שפל מציינת עוד שנשים שנפלו קרבן למעשה אינוס לרוב מפתחות תסמונת פוסט טראומטית, המתבטאת בכך שהן מאבדות את היכולת לספר את שאירע להן בצורה קוהרנטית.¹⁰⁵

לדברי מכאניק, רסיק וגריפין, כאשר אישה נאנסת נוצר קונפליקט בין השקפותיה ואמונותיה לבין המידע החדש שמתקבל עקב מעשה האינוס. כך, למשל, אישה שנאנסת על ידי מכר נתונה בקונפליקט בין השקפתה שיש לתת אמון במכרים, לבין הידיעה על הפגיעה החמורה שמכר הסב לה. כדי לפתור את הקונפליקט (פעולה הכרחית לשם החלמה מלאה) הנאנסת נדרשת לשנות את השקפותיה ואמונותיה, למשל בדבר האמון שמכרים ראויים לו, או לעוות את המידע שהתקבל עקב מעשה

¹⁰¹ שם, בעמ' 532.

¹⁰² Burgess & Holmstrom, לעיל ה"ש 89, בעמ' 982.

¹⁰³ Karla Fischer, *Defining the Boundaries of Admissible Expert Psychological Testimony on Rape Trauma Syndrome*, U. ILL. L. REV. 691, 714 (1989).

¹⁰⁴ Mary P. Koss, Thomas E. Dinero, Cynthia A. Seibel & Susan L. Cox, *Stranger and Acquaintance Rape: Are There Differences in the Victim's Experience*, 12 PSYCHOL. WOMEN Q. 1, 8 (1988).

¹⁰⁵ Kim Lane Scheppele, *Just the Facts, Ma'am: Sexualized Violence, Evidentiary Habits, and the Revision of Truth*, 37 N.Y.L. SCH. L. REV. 123, 138-139 (1992).

האינוס, למשל על ידי התכחשות לעצם העובדה שהיא נפלה קרבן למעשה אינוס. כיוון שקל לעוות את עובדותיו של מקרה יחיד יותר מאשר לשנות מערכת שלמה של השקפות ואמונות, ברוב המקרים הנאנסות בוחרות לעוות את המידע שהתקבל עקב מעשה האינוס.¹⁰⁶ בשלב מאוחר יותר, לאחר טיפול פסיכולוגי או לאחר שעבר מספיק זמן והנאנסת מרוחקת רגשית מן האירוע, היא מתקנת את תיאור האירוע כפי שנמסר על ידיה בתחילה. התיקון ייעשה בעיקר במקומות שבהם הנאנסת האשימה את עצמה או מזערה את חומרת האירוע. כמו כן, במקרים שבהם חוותה הנאנסת בתחילה פערים בזיכרון, ומסרה תיאור חסר, בשלב מאוחר יחזור זיכרונה וישלים את הפערים.¹⁰⁷ למעשה, בשלב מאוחר הנאנסת מנסה להרכיב לעצמה סיפור אחיד ורציף ממקטעי הזיכרון שלה על ידי תיקון הפרטים שבזיכרונה או סידורם באופן אחר. תופעה זו נפוצה בקרב נאנסות ומכונה על ידי שפל "סיפורים משתנים" (Shifting Stories). לטענתה, כשנאנסת משנה את סיפורה בקשר למעשה האינוס, זה אחד הסימנים להחלמתה.¹⁰⁸ לואיס הרמן מציינת בהקשר זה כי במרכז הטראומה הנפשית מתחולל עימות בין הרצון של הקרבן (לרבות קרבנות אינוס כמוכן) להכחיש את המעשים הנוראים שנחשף אליהם לבין הרצון להכריז קבל עם ועדה על אותם מעשים נוראים. לדבריה, תיאור המעשים בדרך רגשית, מקוטעת וסותרת באופן שהוא (התיאור) ייראה לא אמין משרת בו בזמן את שתי המטרות הנוגדות – הכחשת המעשים והכרזה עליהם בקול גדול.¹⁰⁹

שולמית אלמוג מציינת שקרבנות טראומה נוטים לשנות את הדיווח על אודות הפגיעה, להחסיר ולהוסיף פרטים ולערוך את סיפור האירועים. הם לא בהכרח מעוניינים לספר את כל פרטי האירוע, גם כאשר כל הפרטים ידועים להם היטב. חשוב להם לספר רק חלק מן המידע ולהסתיר את חלקו האחר. כמו כן חשוב להם להדגיש פרטים מסוימים ולטשטש פרטים אחרים.¹¹⁰ עוד מציינת אלמוג כי בדרך כלל יהיה

Mindy B. Mechanic, Patricia A. Resick, & Michael G. Griffin, *A Comparison of Normal Forgetting, Psychopathology, and Information-Processing Models of Reported Amnesia for Recent Sexual Trauma*, 66(6) J CONSULTING AND CLINICAL PSYCHOLOGY. 948, 950 (1998)

Scheppele, לעיל ה"ש 105, בעמ' 140.

שם.

הרמן **טראומה והחלמה**, לעיל ה"ש 85, בעמ' 13.

שולמית אלמוג "טראומה, נרטיב ומשפט" **ספר דליה דורנר** 143, 147 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, התשס"ט). אלמוג מותחת ביקורת על בתי המשפט. לטענתה, בתי המשפט נוטים שלא להסתמך על עדות מתלוננת בבית המשפט, השונה מההודעה שמסרה במשטרה. לגישתה, על בתי המשפט להיות קשובים יותר לצורך של קרבנות תקיפה מינית לספר בתחילה סיפור אחד – חסר ומינורי, ובהמשך לספר סיפור אחר – מלא וחמור. כפי שיוצג בהמשך, בתי המשפט דווקא מסתמכים פעם אחר פעם על עדויות של מתלוננות המכילות סתירות מהותיות.

תיאורה של נאנסת את שעבר עליה מלווה בשתיקות ממושכות ובהיסוסים רבים.¹¹¹ מכאניק, רסיק וגריפין מצאו כי לעומת אופן פעולתו הרגיל של הזיכרון האנושי, אשר ככל שחולף זמן רב יותר מן האירוע שאותו מבקשים לזכור, היכולת לזכור את פרטיו הולכת ומצטמצמת, נאנסות זוכרות פרטים רבים יותר של מעשה האינוס כשלושה חודשים לאחר שהתרחש, בהשוואה לשבועיים הראשונים שלאחר התרחשותו.¹¹² דדיה ודרויאן מציינים שקרבנות טראומה אינם זוכרים את הטרואומה כאירוע שלם, אלא הם נחשפים לחלקים מן האירוע המתפרצים לתודעתם בלי שיש להם שליטה על כך, ועל כן לא פעם תיאור האירוע הטרואומתי הוא מקוטע ורצוף פערים.¹¹³

המסקנה העולה מן המחקר בנוגע לתסמונת טראומת האינוס היא שלמעשה אינוס עלולות להיות השפעות רבות על עדותה של הנאנסת. כפי שיוצג בהמשך, מאפייניה של עדות כזו דומים מאוד לקריטריונים הפוגמים במשקלה של עדות, עד כי הם (הקריטריונים) מאבדים את יכולתם לסייע בהבחנה בין עדויות אמת לעדויות שקר.

5. קביעת ממצאי מהימנות באשר לעדויות הנמסרות בבית המשפט

מושג האמת הוא מהנושאים המרכזיים המעסיקים את החשיבה הפילוסופית לדורותיה, והוא נושא לדיון פילוסופי אשר לקחו בו חלק מגדולי הפילוסופים של כל הזמנים. למושג "אמת" משמעויות רבות המשתנות לפי תחום המחקר הרלוונטי. כך, למשל, "אמת עובדתית" אינה זהה ל"אמת משפטית".¹¹⁴ בית המשפט העליון ציין בעניין מושג האמת כי:

"הגדרת המושג 'אמת' וקביעתם של מבחני האמת בכל תחום מתחומי החשיבה והעשייה האנושית, קשות הן כקריעת ים סוף. כמה יגיעות יגעו בכך וכמה מחשבות חשבו ועלו בלבם של הוגים ומלומדים ועדיין לא עלתה בידם; ואולי אין היא ניתנת כל עיקר להשגה בתפיסתם של בני אנוש, וידיעתה אינה אלא נחלת 'עולם האמת'".¹¹⁵

¹¹¹ שם, בעמ' 152-153.

¹¹² Mechanic, Resick & Griffin, לעיל ה"ש 106, בעמ' 953.

¹¹³ מירב דדיה ועידו דרויאן "הקורבן בהליך המשפטי" הסוד ושברו: סוגיות בגילוי עריות 498, 499 (צביה זליגמן וזהבה סולומון עורכות, 2004).

¹¹⁴ נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית' – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים "עיוני משפט כד 263 (התשס"א).

¹¹⁵ בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 465 (1982).

התחקות אחר האמת היא ערך מרכזי בכל שיטת משפט. היא משרתת את האינטרס של הצדדים להליך המשפטי, שכן בהיעדרה לא יוכל להיעשות משפט, ואת האינטרס הציבורי שתקיים מערכת חברתית תקינה.¹¹⁶ הכרעות משפטיות המבוססות על האמת, כלומר על העובדות כפי שהן התרחשו במציאות, הן הכרעות ראויות יותר, המשקפות את תחושת הצדק הטבעי המשותפת לכל בני החברה, ומצמצמות את החשש לעיוות דין ולהרשעות שווא של חפים מפשע. כדברי הנשיא ברק:

"שעתו היפה של השיפוט הינה כאשר 'האמת המשפטית' – זו האמת שבית המשפט קובע אותה כקיימת – מתקרבת במלוא האפשר אל 'האמת העובדתית' – זו האמת אשר קיימת במציאות כמות שהיא".¹¹⁷

חלק מרכזי מהליך ההתחקות אחר האמת במשפט נעשה באמצעות מסירת עדויות בעל-פה בבית המשפט. במשך השנים פותחו כללים ראייתיים המסדירים, בין היתר, את כשרותם של עדים, קבילותן של עדויות, משקלן ודיותן. כך, למשל, נקבע שבמשפט פלילי בן זוג אינו כשר להעיד לחובת בן זוגו,¹¹⁸ ושאינו להרשיע נאשם על סמך עדות של עד שאינו מסוגל, מחמת מוגבלותו השכלית, להבין את החובה לומר אמת, אלא אם כן נמצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה.¹¹⁹ עמידה בכללים אלה אינה נוגדת את הערך של התחקות אחר האמת. להפך, היא משרתת אותו. הכללים נוצרו כדי לקבוע סטנדרט לניהול המשפט, מתוך מחשבה המבוססת על ניסיון החיים שיש בסטנדרט זה כדי לסייע בהתחקות אחר האמת.¹²⁰

השלב הראשון במשפט הוא התחקות אחר האמת, במובן של חשיפת העובדות שהתרחשו במציאות. רק לאחר שבית המשפט קובע את העובדות, הוא עובר לשלב השני במשפט – החלת הנורמה המשפטית על המסכת העובדתית שנקבעה. כאשר המסכת העובדתית שנקבעה אינה תואמת את העובדות כפי שהן התרחשו במציאות, אין בהחלת הנורמה המשפטית כראוי כדי למנוע את עיוות הדין שבהרשעת חף מפשע או בזיכוי האשם.¹²¹ כחלק מהליך קביעת העובדות בית המשפט נדרש לקבוע

¹¹⁶ רע"א 6546/94 **בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי**, פ"ד מט(4) 54, 61 (1995). ראו גם: מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה: על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" **מחקרי משפט** יד 269 (התשנ"ח); חיים ה' כהן "דין אמת לאמיתו" **גבורות לשמעון אגרנט** 35 (אהרון ברק ואח' עורכים, התשמ"ז).

¹¹⁷ אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" **משפטים** כז 11, 12 (התשנ"ו).

¹¹⁸ ס' 3 לפקודת הראיות. לא מיותר לציין כי סעיף 5 לפקודת הראיות מסייג את סעיף 3 ומפורטות בו נסיבות שבהן בן זוג יהיה כשר להעיד לחובת בן זוגו.

¹¹⁹ ס' 18(ב) לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005, ס"ח 42.

¹²⁰ ע"פ 951/80 **קניר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 516, 505 (1981). ראו גם: הפניות בה"ש 116.

¹²¹ מרכזי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים

ממצאי מהימנות באשר לעדות, כלומר על בית המשפט לקבוע אם העדות אמיתית או שקרית.¹²²

רבות נכתב בספרות ובפסיקה על היכולת (או היעדר היכולת) של שופט בשר ודם להתחקות אחר האמת. הכלים המשפטיים לבירור האמת שיש בידי בית המשפט הם חסרים ואינם מספקים. בין היתר בית המשפט מסתמך על ההיגיון, השכל הישר וניסיון החיים, וכן על התרשמותו מן העדים. בפרשת בגין ציין בית המשפט העליון כי על אף מקצועיותם של השופטים, אין להם חוש הבחנה מיוחד לזיהוי עדות אמת לעומת עדות שקר:

"יש, כמובן, עדים שאדם זהיר וסביר יתייחס לדבריהם באמון; אחרים – והם הרוב – כבדהו וחשדהו! עם כל נסיונו הרב כשופטים מקצועיים, אין לנו חוש הבחנה מיוחד ואין לרשותנו 'מכונת אמת'.¹²³"

כיוון שהתחקות אחר האמת אינה קלה כלל ועיקר, וקביעת ממצאי מהימנות באשר לעדויות היא אחד התפקידים הקשים ביותר של מלאכת השיפוט,¹²⁴ פותחו בחקיקה ובפסיקה, במרוצת השנים, כלים שמטרתם לסייע לבית המשפט במלאכתו הקשה להתחקות אחר האמת. סעיף 53 לפקודת הראיות, אשר החליף את סעיף 12 לפקודת העדות,¹²⁵ משמש כיום כלל מרכזי המנחה את בתי המשפט בבואם לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדויות הנמסרות לפנייהם ונוסחו הוא:

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

המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה 407, 407 (1983) (להלן: "קרמניצר קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים").

¹²² ישנם מצבים שבהם העדות מהימנה על בית המשפט, כלומר בית המשפט מתרשם שהעד אינו משקר, ומוסר בתום לב את האמת כפי שהיא מצטיירת במוחו, אולם העדות אינה אמנה, כלומר תוכנה אינו משקף נכונה את העובדות שהתרחשו במציאות. להבחנה בין מהימנות לאמינות ראו: ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק דינו של השופט טירקל (פורסם בנבו, 4.4.2004).

¹²³ ע"פ 435/78 בגין נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 169, 173 (1978). ראו גם: איתן אלעד הפסיכולוגיה של השקר ושיטות לחשיפתו (2005).

¹²⁴ ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169, 175 (1963).
¹²⁵ בעיקרו קבע סעיף 12 לפקודת העדות כי על בתי המשפט לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדים המעידים לפנייהם על סמך התרשמותם הבלתי אמצעית מהתנהגותם על דוכן העדים. ראו: אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 51 (1985).

לאורך השנים ניסה בית המשפט העליון לצקת תוכן למונחים "התנהגותם של העדים"; "נסיבות הענין"; ו"אותות האמת", שבסעיף 53 לפקודת הראיות, במטרה להעניק לשופטים קריטריונים קונקרטיים, אשר יסייעו בידם להבחין בין עדויות אמת לעדויות שקר. עם זאת, חלק מן המושגים שנבחרו לפרש את המונחים שבסעיף 53 לפקודת הראיות אינם ברורים דיים, וצריך לפרש גם אותם.

בפרשת **בשירי** ציין בית המשפט העליון כי קביעת מהימנות של עדות נעשית באמצעות התרשמות בלתי אמצעית של השופט "מתגובותיו, תנועותיו, הבעת פניו ואופן דיבורו" של העד, בשילוב בחינת תוכן הדברים ושקילתם ביחס לשאר הראיות המונחות בפני בית המשפט.¹²⁶ בפרשת **לוי** ציין בית המשפט העליון כי השופט קובע ממצאי מהימנות בין היתר על סמך תנועות הפנים ואופן הדיבור של העד:

"המניע הפסיכולוגי למתן או אי-מתן אמון בדברי העד, מקורו כרגיל בדבר שאינו לא 'שקול' ולא 'מדוד' ולא 'מנוי', אלא כמעט 'כמוי' מן העין', כמו עקימת שפתים, שטף דיבור, היסוס פורתא, אזיל סומקא ואתי חיורא (או להיפך)".¹²⁷

דוגמה מאלפת לאמונה הרווחת בבית המשפט שבית המשפט יכול לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדות על סמך התרשמות ניתן למצוא בפרשת **בן יהודה**, שם הורשע הנאשם באינוס של עובדת זרה מתאילנד שהעסיק במשקו.¹²⁸ השפה היחידה שדיברה המתלוננת הייתה השפה התאית. בבית המשפט המחוזי נשמעה עדותה בתאית ותורגמה על ידי מתורגמן – ישראלי אשר העיד כי לימד את עצמו את השפה התאית באמצעות קלטות. אף שאיש מחברי הרכב השופטים לא הבין את השפה התאית, ועל

¹²⁶ ע"פ 406/78 **בשירי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(3) 393, 421 (1980).

¹²⁷ ע"פ 377/62 **לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז 1065, 1074 (1963). יש לציין שהמשפט העברי, שלא כדברי בית המשפט העליון, מזהיר את הדיינים שלא להסתמך על הבעות פנים וצבע הפנים של העד, אלא לקבוע ממצאי מהימנות על סמך עובדות בדוקות בלבד. ביטוי לתפיסה זו ניתן למצוא בדבריו של רבי אריה ליב חריף שהיה אחד מגדולי התורה ברוסיה במאה התשע עשרה: "דיין מומחה חייב להיות בעל טביעת עין חדה וחכם המבין דבר מתוך דבר, כדי שבעלי הדין לא יוכלו להערים עליו בתכסיסי שקר ומרמה. וכיוון שכך הוא, עלול הדיין החכם והמנוסה לסמוך יתר על המידה על מראה עיניו ולומר בליבו: בעל דין פלוני נתכרכמו פניו – הסמיקו או הלבינו שלא כדרך הטבע – משמע שהוא החייב, ויריבו בדין הוא הזכאי. לכן מזהירה כאן התורה את הדיינים והשופטים בישראל: 'לא תכירו פנים במשפט' אינכם רשאים להסיק מסקנות ולפסוק את הדין על פי הבעות פנים וצבע הפנים של בעלי הדין, אלא עליכם לקיים את הכתוב: 'שמוע בין אחיכם, ושפטתם צדק בין איש ובין אחיר (א ט"ז)'. תחילה אתם צריכים לשמוע את בעלי הדין, ולאחר חקירות ודרישות הנכם רשאים להוציא פסק-דין על יסוד עובדות בדוקות, וללא משוא פנים והסתמכות על הבעות פנים". צוטט אצל יהושע גרוס "תכונות השופט" **המשפט** ג 103, 108 (1996).

¹²⁸ תפ"ח (מחוזי ת"א) 1016/08 **מדינת ישראל נ' בן יהודה** (פורסם בנבו, 15.7.2009).

אף חוסר מקצועיותו של המתורגמן, כדברי בית המשפט המחוזי עצמו,¹²⁹ ציין בית המשפט המחוזי בעניין עדות המתלוננת כי:

"עדותה של המתלוננת הותירה עלינו רושם אמין ביותר, וניכר היה מדבריה, מהתנהגותה ומתגובותיה, כי היא דוברת אמת. עדותה היתה בהירה וברורה וגירסתה היתה עקבית לאורך כל הדרך".¹³⁰

בערעור על פסק דין זה נדרש בית המשפט העליון ליכולתו של בית המשפט לקבוע ממצאי מהימנות על סמך עדות הנמסרת בשפה שאינה מובנת לבית המשפט:

"עדותה של המתלוננת לא נמסרה כאמור בשפה העברית אלא בשפת אמה – תאית, וזו תורגמה לעברית [...] אמנם בית המשפט לא יכול היה להתרשם מבחירת המלים ומדיוקן, אך הוא יכול היה להתרשם ממהלך העדות, מהאינטונציה, משפת הגוף ומרצף הדברים".¹³¹

נוסף על התרשמות בלתי אמצעית מן העדים המופיעים לפניו,¹³² ניתנו לבית המשפט כלים – קריטריונים לבחינת העדות, שבהתקיימם או בהיעדרם יש כדי להשפיע על מהימנותה של העדות. בין היתר בית המשפט נדרש לבחון אם העדות היא עדות כבושה, אם יש בעדות סתירות מהותיות, אם היא הגיונית ואם היא מפורטת. כשם שהמדען, בניסיונותיו להתחקות אחר האמת המדעית, מעמיד את התיאוריות שלו לבחינה רצינית ויסודית, כך על בית המשפט להעמיד את העדות שנמסרת לפניו לבחינה רצינית ויסודית. כשם שהיותה של התיאוריה המדעית ניתנת

¹²⁹ שם, בעמ' 11 לפסק הדין.

¹³⁰ שם, בעמ' 12 לפסק הדין.

¹³¹ ע"פ 9409/09 בן יהודה נ' מדינת ישראל, פס' ל' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 28.3.2011). קריאת דברי השופט רובינשטיין מעלה את השאלה מניין זה מומחים שופטי ישראל לשפת גוף. האם במסגרת הכשרתם השופטים מקבלים הכשרה בקריאת שפת גוף? ואף אילו היה זה כך, ושופט לא היה מתמנה לכס השיפוט בטרם עבר בהצלחה הכשרה בקריאת שפת גוף, האם לשיטה זו – קריאת שפת הגוף – יש ביסוס מדעי? ואף אילו היה לה ביסוס מדעי, האם ניתן לכמת את אחוזי הטעות בשיטה זו? שהרי אמצעים אחרים, שאומתו מחקרית, מכשיר הפוליקרף למשל, נדחים מפני בתי המשפט כיוון שאחוזי הטעות בהם הם רבים למדי.

¹³² יש להביא בחשבון שהערכת עדות הנעשית באמצעות התרשמות אישית של השופט מושפעת גם מאישיותו של השופט, ממוצאו, מאופיו, מתרבותו וכו'. עמדה זו משקפת את גישת הריאליזם המשפטי. ראו: חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" ספר דליה דורנר 303, 317 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, התשס"ט); JEROM FRANK, COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE (1949); JULIUS PAUL, THE LEGAL REALISM OF JEROME N. FRANK: A STUDY OF FACT-SCEPTICISM AND THE JUDICIAL PROCESS (1959).

להפרכה, היא אשר מעניקה לתיאוריה את מעמדה המדעי, כך היותה של העדות ניתנת להפרכה, באמצעות הקריטריונים האמורים, היא אשר מעניקה לעדות את מעמדה הראייתי המאפשר לבית המשפט להרשיע על בסיסה בחמורות שבעברות. כשם שהמדע נכון לזנוח את התיאוריה אם תוצאת העמדתה במבחן תחייב זאת, ורואה בהפרכת התיאוריה צעד המקדם את הידע האנושי, כך על בתי המשפט לנהוג זהירות רבה כאשר עדות אינה עומדת בקריטריונים האמורים. כשם שחסינות בפני הפרכה אינה בבחינת מעלה בתיאוריה המבקשת להיחשב למדעית, כך חסינות בפני הפרכה של עדות איננה בבחינת מעלה ויש בה כדי לפגוע בחקר האמת. כפי שאראה בהמשך מתוך בחינה מפורטת של כל אחד מן הקריטריונים האמורים, בית המשפט העליון, בשורה של פסקי דין, רוקן את הקריטריונים מתוכנם ככל שהדבר נוגע לעדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, ולמעשה הפך את עדות המתלוננת לעדות שאינה ניתנת להפרכה.

6. קביעת ממצאי מהימנות באשר לעדות מתלוננת בתיקי אינוס היכרות

אם מלאכת קביעת ממצאי מהימנות באשר לעדויות היא מלאכה קשה בעברות רגילות, הרי בתיקי אינוס היכרות קשה היא שבעתיים. הקושי הרב נעוץ, על פי רוב, בעובדה שבתיקים אלה אין ראיות פרט לעדות המתלוננת ולעדות הנאשם.¹³³ ביטוי לקושי זה ניתן למצוא בדבריו של השופט חשין בפרשת בארי:

"מעשי אישות הם צורך אנוש – גם של זכר גם של נקבה – על הרוב נעשים הם בהסכמה, ואילו עלינו הוטלה המשימה להבחין בין יום ללילה ובין אור לחושך".¹³⁴

שאלת ההסכמה, העומדת במרכז של המחלוקת, כמעט תמיד אינה ניתנת להכרעה באמצעות ראיות חיצוניות, והיא נסמכת רק על גרסאותיהם המנוגדות של המתלוננת והנאשם.¹³⁵ בפרשת וורקו ציין בית המשפט העליון בהקשר זה כי בעברות מין:

"רב הנסתר על הנגלה, ואך השניים המעורבים בפרשה יודעים את

¹³³ ע"פ 3793/06 וורקו נ' מדינת ישראל, פס' ה' (1) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.4.2007) (להלן: "פרשת וורקו").

¹³⁴ פרשת בארי, לעיל ה"ש 70, בעמ' 374.

¹³⁵ יש לציין שהקושי האמור רלוונטי, בדרך כלל, גם למקרים שבהם אין מחלוקת שהייתה היכרות בין המתלוננת לנאשם, אולם הנאשם כופר בעצם ביצוע המעשים. לרוב במקרים מעין אלו מדובר בעברות מין בתוך המשפחה.

שאירע לאמיתו. בית המשפט ניצב אל מול גירסאות סותרות, ולא אחת האפשרות להיעזר בעדויות אובייקטיביות, חיצוניות לאירוע, היא מועטה".¹³⁶

בע"פ 4043/93 העיר בית המשפט העליון כי בשל מקום הביצוע של מעשים מיניים, ואופן ביצועם, הראיות המובאות לבית המשפט הן גרסאות הנאשם והמתלוננת ובית המשפט צריך להכריע ביניהן: "מטבע הדברים, דברים שבינו לבינה בחדר המיטות נעשים בצניעה ובלא עדים. בפני בית המשפט עומדת עדות מול עדות, גירסה מול גירסה".¹³⁷

בפרשת וקנין ציין בית המשפט העליון כי בכל הנוגע לתיקי עברות מין, שבהם כאמור אי-אפשר להיעזר בראיות אובייקטיביות, חיצוניות, ויש לקבוע ממצאים על סמך עדויותיהם המנוגדות של המתלוננת והנאשם – להתרשמותו של השופט מ"סימני האמת" יש "חשיבות וערך מיוחדים".¹³⁸ בפרשת בבקוב הדגיש בית המשפט העליון כי עדות הנמסרת על ידי מתלוננת בעברות מין עוסקת מעצם טיבה בנושאים טראומטיים ואינטימיים, וקשה למסור עדות ברורה ורהוטה על אודותיהם. על כן בית המשפט סבור שבמקרים מעין אלה יש לתת משקל רב ל"טון, אופן הדיבור, שפת הגוף וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן".¹³⁹ בפרשת יומטוביאן ציין בית המשפט העליון כי במקרים שבהם על בית המשפט להכריע בין עדויות סותרות שאינן נתמכות בראיות חיצוניות, ההכרעה מתבססת "בעיקר על תחושה פנימית של בית המשפט, הנובעת מ'אותות האמת המתגלים במשך המשפט' מתוך 'התנהגותם של העדים'".¹⁴⁰

כאמור, בתי המשפט מסתייעים בקריטריונים בנסותם לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדויות הנמסרות לפנייהם. בע"פ 5582/09 אישר למעשה בית המשפט העליון שכיום ישנה מערכת קריטריונים אחת לקביעת ממצאי מהימנות באשר לעדות של מתלוננת בתיקי עברות מין (ובכללם בתיקי אינוס היכרות), וישנה מערכת קריטריונים אחרת לקביעת ממצאי מהימנות באשר לעדויות בשאר העברות. בית המשפט הוסיף וציין שעקב הבחנה זו, הקושי של בתי המשפט לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדות מתגבר בעברות המין:

¹³⁶ פרשת וורקו, לעיל ה"ש 133.

¹³⁷ ע"פ 4043/93 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק דינו של השופט טל (פורסם בנבו, 18.12.1994). ראו גם: ע"פ 1275/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 32 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 1.9.2009).

¹³⁸ ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פס' 39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 25.1.2007) (להלן: "פרשת וקנין").

¹³⁹ ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, 426 (2004) (להלן: "פרשת בבקוב").

¹⁴⁰ ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 644 (2000).

"הנה כי כן, ניתן להצביע על 'היררכיה' של קושי בקביעת ממצאי מהימנות ועובדה. במדרגה הראשונה ניצבות העבירות 'הרגילות', מעליהן עבירות המין לסוגיהן השונים, ומעליהן עבירות מין במשפחה".¹⁴¹

בית המשפט העליון כינה בשם "מובלעת ראייתית" את השוני ביכולת לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדות מתלוננת בעבירות מין לעומת היכולת לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדויות בעבירות רגילות.¹⁴² בהידרוש ליכולתו של הנאשם להתמודד (באמצעות סנגורו) עם אותה מובלעת ראייתית, ציין בית המשפט העליון כי "ה'מובלעת' הראייתית' המיוחדת לעבירות המין מקשה עד מאוד על מלאכתו של סנגור".¹⁴³ בית המשפט העליון ציין עוד שהמובלעת הראייתית "אינה 'הנחה' שבית המשפט עושה לנפגעי עבירות מין", והדגיש כי ההכרה במאפיינים המיוחדים של קרבנות עבירות מין אינה פוגעת בכלל היסוד שלפיו יש להוכיח את אשמתו של אדם בפלילים ברמת הוכחה של מעבר לספק סביר כדי להרשיעו.¹⁴⁴ עם זאת, בית המשפט העליון לא פירט מהם הכלים הראייתיים החלופיים המסורים לבתי המשפט במקום הכלים הראייתיים הרגילים שתוקפם פג בבוא בתי המשפט לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדות מתלוננת בעבירות מין. לא מיותר לציין שעל אף דברי בית המשפט העליון, לפיהם קרבנות עבירות מין אינם נהנים מ"הנחה", בפרשת לזרובסקי ציין בית המשפט העליון שעדויותיהם של מתלוננים בעבירות מין דווקא זוכות ל"הנחות ראייתיות".¹⁴⁵

כאמור, טיעוני בחיבור זה הוא שפסיקת בית המשפט העליון הפכה את מלאכת קביעת ממצאי מהימנות באשר לעדות מתלוננת בתיקי אינוס היכרות למשימה בלתי אפשרית, אשר תוצאתה בפועל היא הרשעות שווא של חפים מפשע. להלן יוצגו הקריטריונים הראייתיים המשמשים את בתי המשפט בבואם לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדויות בכלל, ולצדם תוצגנה הלכות בית המשפט העליון בכל הנוגע לשימוש באותם קריטריונים ראייתיים, כאשר בתי המשפט נדרשים לקבוע

¹⁴¹ ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 91 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 20.10.2010).

¹⁴² שם. בית המשפט ציין עוד כי הקושי לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדויות קשה יותר בעבירות מין במשפחה, שכן במקרים אלה מעורבים "יחסי תלות ושליטה, פחד והכחשה". ראו: פס' 83 לפסק דינו של השופט עמית.

¹⁴³ שם.

¹⁴⁴ שם, בפס' 90 לפסק דינו של השופט עמית.

¹⁴⁵ ע"פ 9809/08 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פס' 31 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 25.11.2010) (להלן: "פרשת לזרובסקי"). פסק הדין ניתן קצת יותר מחודש לאחר שניתן פסק הדין בע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 141. בית המשפט בפרשת לזרובסקי היה מודע היטב לאמור בע"פ 5582/09, שכן בפסק הדין ציטט בית המשפט מתוך פסק הדין בע"פ 5582/09.

ממצאי מהימנות באשר לעדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות. כפי שאראה, בית המשפט העליון עיקר למעשה את הקריטריונים מתוכנם.

א. עדות כבושה

עדות כבושה היא עדות רלוונטית אשר העד כבש בלבו וגילה אותה בשלב מאוחר. משקלה של עדות כבושה מועט ביותר, שכן כבישת העדות, כשלעצמה, מעוררת ספקות באשר לאמיתותה.¹⁴⁶ בפרשת **בוגנים** ציין בית המשפט העליון כי על פי ניסיון החיים, כבישת עדות על ידי מתלונן מתיישבת יותר עם ההסבר שלא היה על מה להתלונן.¹⁴⁷ עם זאת קבע בית המשפט העליון, בפרשת **פרקש**, שלא יגרע משקלה של העדות אך משום שנכבשה, אם יש בפי מוסר העדות הסבר מתקבל על הדעת לכבישתה.¹⁴⁸ בפרשת **מרקוס** ציין השופט אלון כי הסבר "מתקבל על הדעת", כדברי בית המשפט העליון בפרשת **פרקש**, הוא הסבר המספק מענה הן לסיבה שבשלה נכבשה העדות הן לסיבה שבשלה החליט מוסר העדות לגלות את העדות.¹⁴⁹ עוד ציין השופט אלון כי במקרים שבהם העדות הנמסרת נכבשה, ולא זו בלבד אלא שהיא אף סותרת עדויות קודמות, דרוש "שכנוע מיוחד" הן לסיבה שבשלה נכבשה העדות ונמסרה עדות סותרת, הן לסיבה שבשלה הוחלט לגלותה.¹⁵⁰ בפרשת **אוחנה** ציין בית המשפט העליון כי במקרים שבהם כובש העדות אינו אדם סביר, אין לבחון את כבישת העדות מנקודת ראותו של האדם הסביר, אלא מנקודת ראותו הסובייקטיבית של כובש העדות.¹⁵¹ עוד ציין בית המשפט העליון כי איומים עלולים לגרום לאדם לכבוש את עדותו גם כאשר סבלו רב ושורת ההיגיון מחייבת פנייה מהירה למשטרה.¹⁵² כאשר מדובר בעדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, הנחת המוצא, על פי

¹⁴⁶ קדמי **על הראיות**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 373.

¹⁴⁷ ע"פ 277/76 **בוגנים נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(1) 561, 566-567 (1976).

¹⁴⁸ ע"פ 202/56 **פרקש נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יא 677, 681 (1957) (להלן: "פרשת פרקש").

¹⁴⁹ ע"פ 190/82 **מרקוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(1) 225, 284 (1983) (להלן: "פרשת מרקוס"). ייתכן שראוי להשתמש בכלל זה כאשר ההסברים שנותן העד לכבישת עדותו נתמכים בראיות חיצוניות, אולם לא ברור איזו נפקות יש להסברים שמגיעים מפי העד, שהרי מלכתחילה מהימנותו של עד זה עומדת למבחן. כך, למשל, במקרה שבו עד ששנים רבות כבש את עדותו, מסביר שעשה כן כיוון שחשש מן הנאשם, ואולם כעבור שנים התפוגג החשש והוא החליט להעיד. על בית המשפט לקבוע אם הוא מאמין להסברים אלה ונותן לעדות משקל מלא, או שהוא אינו מאמין להסברים ואינו נותן לעדות כל משקל. הכיצד יכול בית המשפט לקבוע אם הוא מאמין להסברים? אילו כלים עומדים לרשותו לצורך זה?

¹⁵⁰ שם, בעמ' 289-290.

¹⁵¹ ע"פ 248/79 **אוחנה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(1) 544, 546-547 (1979).

¹⁵² שם. וראו גם: פרשת **בארי**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 363-364.

פסיקת בית המשפט העליון, היא שכבישת העדות נובעת במישרין מן המעשים שבוצעו במתלוננת, והיא אחד מן הביטויים לתסמונת טראומת האינוס, עד כי בית המשפט אינו צריך לבחון כלל את שאלת כבישת העדות במקרים אלה.¹⁵³ בע"פ 7097/08 ציין בית המשפט העליון, בהידרשו לכבישת עדות של מתלוננת בעברות מין, כי "הניסיון המשפטי מלמד כי קורבן לעברת מין לא פעם דוחה את מועד הגשת התלונה. אחד הטעמים לכך הוא המנגנון הפסיכולוגי הייחודי שפוקד קורבנות לעבירות מין לא מעטים".¹⁵⁴ בע"פ 1258/03 ציין בית המשפט העליון כי חלק מקרבנות עברות המין נוצר את סודו בלבו ואינו חושף אותה בפני איש, ואילו חלק אחר חושף את סודו זמן רב לאחר התרחשות העברה ולאחר היסוסים רבים.¹⁵⁵ בע"פ 9497/08 הגישה המתלוננת את תלונתה זמן רב לאחר קרות האירועים שבגינם התלוננה, ובטרם הוגשה התלונה, לא סיפרה דבר על אירועים אלה במסגרת הליכי הגירושין שהתנהלו בינה לבין הנאשם בבית הדין הרבני, ואף לא סיפרה עליהם כשנשאלה על כך במפורש במשטרה. בית המשפט העליון קבע כי אין בעובדות הללו "כדי לכרסם באמינות דבריה", שכן לדברי בית המשפט "זוהי התנהגות אופיינית לקורבנות החווים את אשר חוותה".¹⁵⁶

בפרשת ארלקי ציין בית המשפט העליון כי אין לראות ככבישת תלונה על ידי קרבן עברת מין עניין חריג, ויש לבחון אותה "בשים לב ל'מסע' שעל קורבן העבירה לעבור מרגע הגשת התלונה ועד לסיומו של התהליך בפסק דין, המלווה בחשיפה ולעיתים גם בתחושות בוש ובלבון".¹⁵⁷ בפרשת בארי הבהיר בית המשפט העליון כי הוא מודע לכך שבעברות מין "בושה מפני היחשפות ציבורית, תחושת עלבון וקלון, חוסר רצון להתנסות במסה החקירתית והמשפטית וטעמים כיוצא באלה",¹⁵⁸ עשויים להוות סיבות לכבישה ממושכת של העדות, ולעתים אף להביא להימנעות מוחלטת מלמסור את העדות. בית המשפט הוסיף וציין כי "בתי המשפט זנחו את הגישה, שלפיה אי-הגשה מיידית של תלונה פוגעת, מניה וביה, באמינותה של התלונה המאוחרת יותר".¹⁵⁹ כיוון שכל תלונה בגין עברות מין "מלווה בחשיפה", כדברי בית המשפט בפרשת ארלקי, וכיוון שקרבנות על פי רוב אינם רוצים "להתנסות במסה

¹⁵³ ע"פ 4721/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 684, 692 (1999).

¹⁵⁴ ע"פ 7097/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 6.9.2010).

¹⁵⁵ ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625, 637-638 (2004).

¹⁵⁶ ע"פ 9497/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 27.7.2009).

¹⁵⁷ ע"פ 9399/09 ארלקי נ' מדינת ישראל, פס' 32 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 10.8.2010).

¹⁵⁸ פרשת בארי, לעיל ה"ש 70, בע"מ 363.

¹⁵⁹ שם, בעמ' 319.

החקירתית והמשפטית" כדברי בית המשפט בפרשת בארי, המשמעות היא שבתלונות בגין עבירות מין ישנו הסבר מובנה לכבישת התלונה, הסבר שהתקבל על דעת בית המשפט העליון, ולמעשה לא נדרש כל הסבר נוסף, ואין בכבישת התלונה כדי לגרוע ממשקלה של עדות המתלוננת.

בחלק מפסקי הדין סייג בית המשפט את דבריו, וציין שכבישת עדות של מתלוננת בעבירות מין לא תפגע במהימנותה של העדות רק אם ניתן הסבר מתקבל על הדעת לכבישתה,¹⁶⁰ ממש כפי שנקבע בפרשת פרקש¹⁶¹ ובפרשת מרקוס.¹⁶² בפועל, קשת ההסברים שהתקבלו על ידי בתי המשפט כהסברים מתקבלים על הדעת היא כה רחבה עד כי הדרישה להסבר מתקבל על הדעת איבדה את משמעותה. בע"פ 5582/09 נדרש השופט עמית להסברים האפשריים לכבישת עדות של מתלוננת בעבירות מין, הסברים שהם מספיקים, לדעת בית המשפט העליון, כדי שלא לגרוע ממשקלה של העדות בשל כבישתה:

"בתי המשפט הכירו בכך שיש ק"ן טעמים בגינם קורבן העבירה בוחר לכבוש את עדותו, לעיתים למשך שנים רבות. זאת, הן בשל סיבות חיצוניות כמו פחד ולחץ סביבתי, חשש מפני היחשפות לציבור וחשש מפני הקושי הכרוך בהליכי החקירה והמשפט (יש מתלוננות המדמות את שעובר עליהן במסגרת הליכים אלה כ'אונס שני'), והן בשל סיבות פנימיות כמו תחושות אשמה, קלון, בושה, מבוכה, עלבון, דחייה, רתיעה פנימית ולעיתים, אף אי הבנה של הקורבן כי נעשו בו דברים אסורים".¹⁶³

בע"פ 7097/08 ציין השופט הנדל בהקשר זה כי "ישנם קווים כלליים המאפיינים את תגובותיהם של נפגעי עבירות מין, אך אין בכך לשלול את התגובה הסובייקטיבית של

¹⁶⁰ ראו לדוגמה: ע"פ 6180/98 זאוש נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק דינו של השופט זועבי (פורסם בנבו, 17.8.1999); ע"פ 5847/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 260, 249 (2001); ע"פ 10163/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 13.9.2010); ע"פ 9497/08, לעיל ה"ש 156; ע"פ 1258/03, לעיל ה"ש 155; פרשת בארי, לעיל ה"ש 70, בעמ' 365–366.

¹⁶¹ פרשת פרקש, לעיל ה"ש 148.

¹⁶² פרשת מרקוס, לעיל ה"ש 149.

¹⁶³ ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 141, בפס' 86 לפסק דינו של השופט עמית. מקורו של הביטוי "ק"ן טעמים", שבו השתמש השופט עמית, הוא הפסיקה ההלכתית שלפיה על המועמד לשבת בסנהדרין להיות בעל יכולת להכשיר שרץ במאה וחמישים טעמים (ראו: בבלי, סנהדרין יז, ע"א; בבלי, ערובין יג, ע"ב). משמעותו של הביטוי היא מציאת שלל תירוצים דחוקים כדי להצדיק דבר שלילי. מההקשר שבו נאמרו הדברים ניתן להבין שכבישת עדות היא שלילית, אולם בעבירות מין ניתן להפיג את שליליותה אפילו בתירוצים דחוקים.

הקורבן הפרטני".¹⁶⁴ מדבריהם של השופט עמית והשופט הנדל עולה למעשה שבעברות מין כמעט כל הסבר שיינתן לכבישת עדותה של המתלוננת יהיה הסבר מתקבל על הדעת אשר יכשיר את העדות על אף היותה כבושה. בפרשת **יהלום** הורשע הנאשם בביצוע מעשי אינוס בשלוש נשים ובביצוע מעשה מגונה באישה רביעית. כל המתלוננות כבשו את עדויותיהן, ולכל אחת הייתה סיבה אחרת לכבישת העדות. המתלוננת הראשונה טענה שחששה מנקמת הנאשם; המתלוננת השנייה טענה שחששה מן הפרסום ומעירוב ילדיה; המתלוננת השלישית טענה שחששה מפגיעה בהליכי גירושה ומתדמיתה בעיני משפחתה הדתית; המתלוננת הרביעית טענה כי ראתה את העניין כגמור כיוון שלא נאנסה. בית המשפט העליון אשרר את החלטת בית המשפט המחוזי לקבל את כל ארבעת ההסברים לכבישת העדויות, ולא לגרוע מהמשקל של מי מן העדויות בשל היותן כבושות.¹⁶⁵

לא זו בלבד שכבישת העדות אינה גורעת ממשקל העדות, אלא שבית המשפט העליון הוסיף וקבע בפרשת **בארי** שסתירות בעדות כבושה, כלומר בעדות בנוגעת לאירועים שהתרחשו זמן רב קודם לכן, תיוחסנה לחלוף הזמן ולא תגרענה גם הן ממשקלה של העדות.¹⁶⁶

ההכרה של בית המשפט העליון במאפייני תסמונת טראומת האינוס עד כדי קביעה שבעברות מין אין בכבישת העדות כדי לגרוע ממשקלה, שכן מדובר בעניין שהוא אינהרנטי למהות הפגיעה, לא מנעה מבתי המשפט להמשיך ולראות בתלונות מיידיות חיוק למהימנות העדות. כך, למשל, קבע בית המשפט בפרשת **אבו גלידאן**:

"מעבר לאמון המלא שרחש בית המשפט המחוזי למתלוננת, נמצאו לעדותה דברי חיוק: ראשית, תלונה מיידית. מיד לאחר שעזב המערער את הרכב, שבה המתלוננת למחסום אותו חצו קודם לכן וסיפרה לחיילים שהיו שם את שעבר עליה".¹⁶⁷

לאור ההלכות שיצאו מלפני בית המשפט העליון, נראה שכיום אין בתי המשפט רואים בכבישת עדות על ידי מתלוננת בתיקי אינוס היכרות שיקול העשוי לגרוע ממשקל העדות.¹⁶⁸ זאת ועוד, כמעט כל הסבר מתקבל על דעת בית המשפט לשם

¹⁶⁴ ע"פ 7097/08, לעיל ה"ש 154.

¹⁶⁵ ע"פ 185/88 **יהלום נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(1) 550, 541 (1989).

¹⁶⁶ פרשת **בארי**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 314.

¹⁶⁷ ע"פ 856/04 **אבו גלידאן נ' מדינת ישראל**, פס" 5 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 3.3.2005).

¹⁶⁸ דעה חריגה ויוצאת דופן בפסיקת בית המשפט העליון הובעה בפסק הדין ע"א 4584/10 **מדינת ישראל נ' שובר** (פורסם בנבו, 4.12.2012). במסגרת תביעה שהגיש המשיב נגד מדינת ישראל בגין מעצר שווא באשמת אינוס קטינה, טען המשיב שבין יתר הפעולות הבלתי חוקיות שנקטו נגדו במהלך מעצרו, הוא אולץ על ידי חוקרי המשטרה לאונן בפניהם (בטענה שהאנס הוא אדם

הכשרת עדותה הכבושה של המתלוננת. אולם כאשר המתלוננת אינה כובשת את עדותה, רואים בכך בתי המשפט חיזוק למהימנותה. למעשה בית המשפט העליון אוהז במקל בשני קצותיו – אם הטענה היא כי כל קרבנות עברות המין, באשר הן, בהכרח לוקות בתסמונת טראומת האינוס, שבאה לידי ביטוי בין היתר בכבישת עדותן, הרי לא היו אמורות להיות בנמצא תלונות מיניות כלל. אולם אם הטענה היא שרק חלק מהקרבנות לוקות בתסמונת טראומת האינוס, שגורמת להן לכבוש את עדותן, הרי על בית המשפט לחקור ולבדוק כל מקרה ומקרה ולקבוע אם לקחה המתלוננת בתסמונת טראומת האינוס ואם לקות זו היא שגרמה לה לכבוש את עדותה, או שמא כבישת העדות נעוצה בסיבה אחרת. אם מדובר בסיבה אחרת, על בית המשפט לבחון אם סיבה זו היא סיבה מספקת הנותנת מענה הן לשאלה מדוע נכבשה העדות הן לשאלה מדוע החליטה המתלוננת לשבור את שתיקתה.

ב. סתירות

בבוא בית המשפט לקבוע ממצאי מהימנות, עליו לבחון אם יש בעדות סתירות. סעיף 57 לפקודת הראיות, שהחליף את סעיף 11 לפקודת העדות, קובע כי: "סתירות בעדותם של עדים אין בהן, כשלעצמן, כדי למנוע את בית המשפט מקביעת עובדות שלגביהן חלו הסתירות". על פי לשון הסעיף, נראה לכאורה שבית המשפט מונחה שלא לייחס כל משקל לסתירות בעדויותיהם של עדים, אולם בית המשפט העליון פירש את הוראת סעיף 57 לפקודת הראיות כחלה על סתירות בעניינים צדדיים ולא על סתירות היורדות לשורשם של דברים.¹⁶⁹

בע"פ 6643/05 ציין בית המשפט העליון כי מושכלת יסוד היא שבית המשפט חייב לבחון את הראיות שלפניו בחינה דקדקנית ופרטנית כדי להגיע לחקר האמת. כל סתירה ותמיהה העולות מחומר הראיות צריכות לעורר חשד מידי.¹⁷⁰ בפרשת פרקש

אשר אינו מצליח לפלוט את זרעו). בית המשפט העליון (השופט עמית בהסכמת השופטת ארבל) דחה את תביעתו של המשיב בנקודה זו משום שהמשיב כבש את עדותו ולא העלה טענה זו בזמן אמת – בזמן מעצרו: "קשה להלום כי בכל הליכי המעצר, בהם העלה המשיב טענות כי הוכה על ידי החוקרים, הוא נמנע מלהעלות את הטענה החמורה ביותר כי אולץ לאונן בפני חוקריו". ראו: פס' 94 לפסק דינו של השופט עמית. אי-אפשר שלא לתמוה מדוע דווקא במקרה זה, שבו קרבן עברת המין הוא 'חשוד', והתוקפים הם חוקרי משטרת ישראל, עומד בית המשפט העליון על הדרישה שהתלונה תהיה מיידית. יש לציין שהשופט הנדל סבר בדעת מיעוט שיש לקבל את תביעת המשיב בנקודה זו וכי אין לשקול את כבישת העדות לחובתו: "טענת השיהוי, כנימוק מרכזי לדחיית גרסת המשיב בנקודה זו, איננה מספקת לדעתי בנסיבות המקרה. פעמים רבות מצינו שנפגע בהקשר המיני כובש את עדותו". ראו: פס' 21 לפסק דינו של השופט הנדל.

¹⁶⁹ ע"פ 421/71 מימון נ' מדינת ישראל, פ"מ כו(1) 281, 290 (1972).

¹⁷⁰ ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 3.7.2007).

ציין בית המשפט העליון כי סתירות בעדות גורעות ממשקלה של העדות. עם זאת הוסיף וציין בית המשפט כי הכלל תקף רק כאשר מדובר בסתירות "היורדות עד שרשם של הענינים הנדונים", ולא בסתירות הנוגעות לענינים צדדיים. כמו כן הכלל תקף בסתירות "שלא נתיישבו ולא נתפרשו בדרך המתקבלת על השכל", כלומר אם ניתן הסבר מניח את הדעת לסתירה, אין לגרוע ממשקל העדות בגללה.¹⁷¹ בפרשת כ"ץ כהן דן בית המשפט העליון בסתירות בין עדויותיהם של כמה עדים, וציין שסתירות בין עדויות בענינים צדדיים אינן הופכות את העדויות לשקריות. לגישת בית המשפט העליון, אך טבעי הוא שתהינה סתירות בענינים צדדיים בין עדויות אמת של כמה אנשים, ודווקא עדויות מושלמות בלא כל סתירה ביניהן מעוררות חשד שמא מדובר בעדויות הנמסרות על ידי עדי שקר שתיאמו ביניהם את תוכן עדותם.¹⁷² בפרשת אפשטיין ציין בית המשפט העליון כי אין להשתית ממצאים על עדותו של עד הסותר את עצמו באותה עדות וחוזר בו בחקירה נגדית מדברים שאמר בחקירה ראשית (בלא הסבר המניח את הדעת). בית המשפט העליון הוסיף וציין כי ערכה של עדות כזו הוא "כקליפת השום".¹⁷³ בפרשת שטיינמן קבע בית המשפט העליון כי עד שדבריו בבית המשפט סותרים את הודעתו במשטרה, בלי שניתן הסבר מניח את הדעת לסתירות, על בית המשפט "להיזהר במהימנותו משנה-זהירות ולעיתים גם לפסול את דבריו לחלוטין".¹⁷⁴

כאשר מדובר בעדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, קבע בית המשפט העליון כי אין לגרוע ממשקל העדות בשל סתירות מהותיות שהתגלו בה, ואין בסתירות אלה כדי להשפיע על מהימנותה של העדות. לגישת בית המשפט העליון, סתירות אלה הן תוצאה של עֵבְרוֹת המין שבוצעו במתלוננת.¹⁷⁵ בע"פ 5582/09 ציין בית המשפט העליון כי בהליכים פליליים רגילים בית המשפט בודק היטב סתירות ואי-דיוקים בעדויות, ואילו בהליכים הנוגעים לעֵבְרוֹת מין אין טיב הבדיקה דומה:

"במצב הדברים הרגיל, בית המשפט 'מדקדק' בסתירות ובאי דיוקים בדברי העדים שהופיעו בפניו, וידועה האמירה ש'אלוקים נמצא בפרטים הקטנים'. אך בעבירות מין הגישה היא שונה, בית המשפט לא מצפה מהקורבנות להיות 'מכשיר דיוק אוטומטי'".¹⁷⁶

171 פרשת פרקש, לעיל ה"ש 148, בעמ' 679.

172 ע"פ 3/48 כ"ץ כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב(1) 681, 687 (1949).

173 ע"פ 228/54 אפשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 718, 719-720 (1955).

174 ע"פ 8/58 שטיינמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 1772, 1775 (1958).

175 ע"פ 9806/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' (2) לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 8.1.2007).

176 ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 141, בפס' 84 לפסק דינו של השופט עמית. את הביטוי "מכשיר דיוק"

בע"פ 6643/05 ציין בית המשפט העליון כי במהלך השנים הוכרו מאפייניהן המיוחדים של עדויות קרבנות עברות מין, ועל כן כאשר מדובר בעדות של מתלוננת בעברות מין אין להשתמש במושכלת היסוד ולהעלות חשד בנוגע לסתירות ותמיהות, ואין לבחון את הראיות בחינה דקדקנית ולבררן בירור פרטני:

"השאיפה להגיע לחקר האמת, והכלל כי נאשמים יורשעו רק אם אשמתם הוכחה מעל לכל ספק סביר, מחד גיסא, והעובדה כי האמת המשפטית נגזרת מן הראיות המובאות בפני בית המשפט, מאידך גיסא, מביאים את בית המשפט לבחינה דקדקנית ולבירור פרטני של כל אחת מן הראיות המובאות בפניו ולהעלאת 'חשד' מיידי נגד כל סתירה ותמיהה שמעורר חומר הראיות. מושכלת יסוד זו, שאמורה להתאים לכל מצב ולכל עד, מעוררת קושי מסוים ביחס לעדויותיהם של נפגעי ונפגעות עבירות מין [...] במרוצת השנים, החל גם בית המשפט לגלות נכונות להכיר במאפייניהן המיוחדים של עדויות מפי נפגעי ונפגעות עבירות מין, ולא לזקוף לחובתם באופן אוטומטי סתירות או היעדר קוהרנטיות שנתגלו בעדויות"¹⁷⁷.

משציין בית המשפט העליון כי בחינתן הדקדקנית של הראיות, ובדיקת החשד שסתירות מעלות, נגזרות מן "השאיפה להגיע לחקר האמת, והכלל כי נאשמים יורשעו רק אם אשמתם הוכחה מעל לכל ספק סביר", לא ברור כיצד ניתן לוותר עליהן בלי לפגוע בחקר האמת ובזכותו החוקתית של כל אדם שלא להיות מורשע אלא אם כן אשמתו הוכחה מעבר לספק סביר.¹⁷⁸ אף שהדברים לא נאמרו במפורש, מדברי בית המשפט העליון ניתן להסיק שיש מי שסובר כי בעברות מין, בשל מאפייניהן המיוחדים של עדויות המתלוננות, ישנו קושי רב להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר, ועל כן ניתן להסתפק ברמת הוכחה נמוכה יותר. בע"פ 102/09 ציין בית המשפט העליון כי ההלכה המקובלת היא שצריך להינתן לסתירות מהותיות בעדות "הסבר סביר ומתקבל על הדעת" כדי שלא תגרומנה לפסילתה, אולם "ככל שמדובר בקורבנות עבירות מין קבעה ההלכה הפסוקה מבחן גמיש במיוחד המביא

אוטומטי", שבו השתמש השופט עמית, טבע השופט ש"ז חשין בע"פ 100/55 מאיר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 1218, 1224 (1955), שם ציין השופט חשין כי אין לזקוף לחובת עד "סתירות קלות ואי דיוקי לשון פעוטי ערך", שכן "מטיבו של המין האנושי שאין בן תמותה מכשיר דיוק אוטומטי". בשונה מפרשת מאיר, בע"פ 5582/09 השתמש השופט עמית בביטוי האמור בקשר לסתירות מהותיות היורדות לשורשם של הדברים.

¹⁷⁷ ע"פ 6643/05, לעיל ה"ש 170, בפס' 12-14 לפסק דינה של השופטת ארבל.

¹⁷⁸ הכלל שאדם יורשע רק אם אשמתו הוכחה מעבר לספק סביר, מעוגן מאז תיקון 39 לחוק העונשין בסעיף 34(ב) אשר נוסחו הוא: "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר".

בחשבון את הנסיבות המיוחדות הכרוכות במתן עדותם.¹⁷⁹ למעשה, מדברי בית המשפט העליון עולה שסתירות מהותיות בעדות של מתלוננת בעברות מין לא תגרענה ממשקלה של העדות, שכן לאור ה"מבחן הגמיש במיוחד", כמעט כל הסבר שיינתן לסתירות יהיה הסבר סביר ומתקבל על הדעת.

בע"פ 2977/06 עמדה במוקד המחלוקת בבית המשפט העליון סתירה מהותית שנמצאה בעדותה של המתלוננת. בשנת 2004 הגישה המתלוננת בקשה לצו הגנה בבית משפט לענייני משפחה כנגד המערער שהיה אותה עת בעלה. בהליך בבית המשפט לענייני משפחה העידה המתלוננת בחודש אוגוסט 2004 כי זה שש שנים המערער נוקט אלימות מילולית ואימים כלפיה. חודשים מספר לאחר מכן, בחודש מרץ 2005, בעדותה בהליך הפלילי, ייחסה המתלוננת למערער מספר רב של מעשי אינוס, מעשי סדום ומעשים מגונים שנעשו בה לטענתה. לאחר כחודשיים, בחודש מאי 2005, הגישה המתלוננת תצהיר לבית המשפט לענייני משפחה, ובו שבה והצהירה כי זה שש שנים המערער נוקט כלפיה אלימות מילולית ואימים. המתלוננת הסבירה את הסתירות האמורות בכך שנדרש לה זמן לפתוח את סגור לבה ולספר את שביצע בה המערער. בית המשפט העליון הותיר את הרשעתו של המערער על כנה, ובעניין הסתירות האמורות ציין כי "התנהגותם של נפגעי עבירות מין אינה ניתנת תמיד להימדד באמות מידה רציונאליות".¹⁸⁰

לעניין סתירות בין הודעותיה של מתלוננת במשטרה או בין הודעותיה במשטרה לבין עדותה בבית המשפט, במקרים שבהם המתלוננת מציינת, פרטים נוספים שלא ציינה בשלבים קודמים, קבע בית המשפט העליון בע"פ 6643/05 כי "חשיפה הדרגתית של פרטים מתוך אירוע טראומתי בעל אופי מיני אופיינית לקורבנות עבירות מין".¹⁸¹ בפרשת בארי ציין בית המשפט העליון כי בעברות מין אין לשלול את האפשרות שהמתלוננת תזכור בעדותה בבית המשפט פרטים רבים על אודות אירוע התקיפה שלא זכרה כשמסרה את תלונתה במשטרה סמוך לאחר האירוע.¹⁸² בית המשפט העליון אף הגדיל לעשות כאשר קבע בפרשת חסיד שסתירות מהותיות בעדות מתלוננת בעברות מין אינן גורעות ממשקלה, ולא זו בלבד אלא שיש דווקא

¹⁷⁹ ע"פ 102/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 7.4.2011).

¹⁸⁰ ע"פ 2977/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 17.3.2008). לא מיותר לציין שהשופט לוי סבר, בדעת מיעוט, כי גם אם יש בהסברה של המתלוננת כדי ליישב את הסתירה בין עדותה בהליך בבית המשפט לענייני משפחה באוגוסט 2004, לבין עדותה בהליך הפלילי בחודש מרץ 2005, הרי אין בו כדי להסביר את הסתירה הנוספת בתצהירה מחודש מאי 2005, לאחר שכבר פתחה את סגור לבה בעדותה בהליך הפלילי. ראו: שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט לוי.

¹⁸¹ ע"פ 6643/05, לעיל ה"ש 170, בפס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל.

¹⁸² פרשת בארי, לעיל ה"ש 70, בעמ' 323-324.

באותן סתירות ואי-התאמות כדי לחזק את העדות:

"התפתחות הדרגתית זו של גרסת המתלוננת, הבנויה שלב אחר שלב, היא אך טבעית ומוכנת על רקע הפגיעה הנפשית העמוקה שנגרמה לה כקרוב מעשה אונס; שלביות זו לא רק שאינה מקעקעת את אמינותה, גם אם היא מולידה חוסר התאמה מלא בתיאור פרטי המקרה לאורך הדרך, אלא אדרבא, היא משתלבת ומתיישבת עם תגובה אנושית מסתברת על רקע מכלול נסיבות ארוע העבירה".¹⁸³

בע"פ 10564/02 טענה המתלוננת בהודעתה במשטרה כי היא והנאשם קיימו יחסי מין פעמיים או שלוש, ואילו בעדותה בבית המשפט טענה כי קיימו יחסי מין פעם אחת בלבד. בית המשפט העליון ציין שמדובר "בסתירה מהותית" בגרסתה של המתלוננת, וכי המתלוננת לא סיפקה כל הסבר לסתירה זו.¹⁸⁴ עם זאת, הציע בית המשפט העליון הסבר משלו לסתירה האמורה. לגישתו, "נראה כי סתירה זו נבעה אף היא מבלבול לנוכח מסכת האירועים הארוכה עליה העידה בנוגע למעשים שביצעו בה". לא זו אף זו, בית המשפט העליון לא הסתפק רק בהצעת הסבר משלו (כדי להכשיר את העדות ושלא לגרוע ממשקלה), אלא הוא מצא בסתירה המהותית חיוזק לעדות המתלוננת בקבעו כי "עדותה של המתלוננת בבית המשפט כי מדובר היה במקרה אחד יש בה כדי להצביע על ניסיונה לדייק בפרטים באופן המחזק את אמינותה".¹⁸⁵

במספר רב של פסקי דין ציין בית המשפט העליון כי בשל מאפייניהן המיוחדים של עדויות מתלוננות בעברות מין, בתי המשפט מונחים שלא לזקוף לחובתן סתירות בעדותן באופן אוטומטי.¹⁸⁶ אמירות מעין אלה, שכאמור חוזרות בפסקי דין רבים, אינן מובנות כלל וכלל, שכן גם בעברות רגילות בית המשפט נדרש שלא לזקוף סתירות לחובת העד באופן אוטומטי, אלא רק כאשר מדובר בסתירות היורדות לשורשם של דברים, ולאחר שלא ניתן הסבר מניח את הדעת לסתירות.¹⁸⁷ נראה אפוא שלגישתו של בית המשפט העליון, ככל שהדבר נוגע לעדות מתלוננת בעברות מין, סתירות

¹⁸³ ע"פ 7874/04 חסיד נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 16.2.2005).

¹⁸⁴ ע"פ 10564/02 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 30.5.2005).

¹⁸⁵ שם.

¹⁸⁶ ראו לדוגמה: ע"פ 6643/05, לעיל ה"ש 170; ע"פ 3873/08 אטיאס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2010) (להלן: "פרשת אטיאס"); ע"פ 2977/06, לעיל ה"ש 180; ע"פ 1385/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.4.2009); ע"פ 9930/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.7.2008).

¹⁸⁷ פרשת פרקש, לעיל ה"ש 148, בעמ' 679.

היורדות לשורשם של הדברים, ואשר אין להן הסבר מתקבל על הדעת, לא תגרענה ממשקלה של העדות באופן אוטומטי.

ג. התנהגות לא הגיונית

אמצעי נוסף המשמש את בית המשפט כבואו להכריע בשאלת מהימנותו של עד, הוא בחינת התנהגותו של העד בזמן האירועים שעליהם הוא מעיד. כאשר ההתנהגות אינה הגיונית בנסיבות העניין, יש בה כדי לפגום במהימנותו של העד.

כאשר מדובר בעדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, קבע בית המשפט העליון שאין לגרוע ממשקל העדות בשל התנהגות לא הגיונית של המתלוננת, ואין בהתנהגות כזו כדי להשפיע על שאלת מהימנותה של העדות, שכן הסיבה להתנהגות זו היא הטראומה שחוותה המתלוננת.¹⁸⁸ לגישת בית המשפט העליון, אין לבחון את התנהגותה של המתלוננת על פי ההיגיון והשכל הישר של השופט השומע את העדות בדיעבד, אלא יש לבחון אותה מנקודת ראותה הסובייקטיבית של המתלוננת בזמן אמת: "אין להיצמד לכללים בדבר ההיגיון 'המצופה' מקורבן עבירת מין. הקורבן איננו חייב להתנהג בסבירות או בדרך מסוימת שמוכתבת לו על ידי האחר הנמצא מחוץ לעולמו הפנימי".¹⁸⁹ בפרשת **רחמילוב** ציין בית המשפט העליון כי מספר התגובות האפשריות של קרבן עבירה מין הוא "כמספר הקורבנות".¹⁹⁰ המשמעות היא שבעברות מין הכיר בית המשפט העליון בכל צורות ההתנהגות הקיימות, כהתנהגות הגיונית בנסיבות העניין אשר אינה צריכה לגרוע ממשקל העדות. בפרשת **גרינוולד** קבע בית המשפט העליון שבעברות מין, התנהגותה של המתלוננת לא תהווה אמת מידה בשאלת התגבשותם של יסודות העבירה:

יכול בהחלט שיקרה, כי התנהגותה של מתלוננת כלשהי במקרה של עבירת מין פלגנית תיראה בלתי-נבונה, בלתי-סבירה ואפילו אווילית [...] ולא על-פי אמת מידה זו נבחן, אם נתקיימו יסודותיה של העבירה".¹⁹¹

בפרשת **שוורץ** דובר במתלוננת אשר טענה כי הנאשם קיים עמה יחסי מין שלא הסכימה להם. בבית המשפט התברר שהמתלוננת שהתה בדירת הנאשם מרצונה עם חברתה ושניים אחרים, הסתגרה עם הנאשם בחדר השינה שלו, התפשטה, ביקשה

¹⁸⁸ ע"פ 6643/05, לעיל ה"ש 170, בפס' 40 לפסק דינה של השופטת ארבל.

¹⁸⁹ ע"פ 7082/09, לעיל ה"ש 84, בפס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

¹⁹⁰ ע"פ 9458/05 **רחמילוב נ' מדינת ישראל**, פס' י' לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 24.7.2006).

¹⁹¹ ע"פ 316/85 **גרינוולד נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(2) 564, 577 (1986).

מהנאשם שיכבה את האור ושישתמש בקונדום. המתלוננת שיתפה פעולה באופן פעיל ביחסי המין ואף נטלה את היוזמה בחלק מהזמן. המתלוננת לא יצאה מחדר השינה גם כשהנאשם יצא ממנו לזמן מה. כמו כן, היא לא קראה לעזרת חבריה שישבו בחדר הסמוך, ולא ניסתה לעזוב את חדר השינה, שלא היה נעול, במשך השעתיים שבהן שהו בו היא והנאשם, אף שרוב הזמן קוימו יחסי המין באופן שהנאשם היה שוכב על גבו על המיטה והמתלוננת הייתה ישובה מעליו. משיצאה המתלוננת מחדר השינה היא לא אמרה דבר לחבריה בנוגע למעשה האינוס שלטענתה זה עתה בוצע בה, וכשעזבה החבורה את דירת הנאשם, נשקה לו המתלוננת. המתלוננת וחבריה נסעו במונית ובמהלך הנסיעה הייתה אווירה שמחה ומשועשעת, המתלוננת וחבריה צחקו ואכלו ממתקים. כשהגיעה המתלוננת לביתה היא הלכה לישון. בית המשפט המחוזי הרשיע את הנאשם ובית המשפט העליון הותיר את ההרשעה על כנה וסמך ידו על התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט המחוזי מעדותה של המתלוננת, על אף חוסר ההיגיון שבהתנהגותה:

"בית-המשפט המחוזי קבע על יסוד התרשמותו הבלתי אמצעית מעדותה של המתלוננת, כי סיפורה ותיאורה משקפים נכונה את אשר התרחש בינה לבין המערער. בית-המשפט לא התעלם מכך שהמתלוננת לא ניסתה להפעיל את כוחה הדל בניסיון למנוע מן המערער מלבצע בה את זממו, לא הזעיקה לעזרתה את היושבים בחדר הסמוך, ובשלב האחרון של האירוע אף נטלה חלק אקטיבי בביצוע המעשה המיני. עם זאת האמין בית-המשפט למתלוננת, כי משרדש ממנה המערער לקיים עמו יחסי-מין, דחתה את דרישתו במפורש ובמילים ברורות. אלא שהמערער כפה את עצמו עליה באיומים, ומחמת הפחד שתקף אותה נכנעה לדרישותיו וצייתה לך".¹⁹²

בפרשת **גולדבלט** טענה אחת המתלוננות כי קיימה עם הנאשם יחסי מין מלאים, לרבות יחסי מין אורליים ואנליים, במספר רב של הזדמנויות לאורך חודשים מספר, כיוון שהאמינה לדבריו, שלפיהם יחסי המין הם למעשה חזרה למבחן במה לטלנובלה, אשר במהלכו יידרשו המתלוננת והנאשם לקיים יחסי מין. בהמשך, ומשלא נערך כל מבחן במה, האמינה המתלוננת לדברי הנאשם שלפיהם יחסי המין ביניהם בביתו הם מבחן הבמה עצמו. כמו כן טענה המתלוננת כי האמינה לדברי הנאשם שלפיהם יחסי

¹⁹² ע"פ 111/99 שורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 769, 780 (2000). לא מיותר לציין שהשופט שטרסברג כהן סברה, בדעת מיעוט, כי יש לזכות את שורץ. לדבריה: "התמונה העובדתית השלמה מעוררת תמיהות ומציבה סימני שאלה, עד כי נותר בלבי ספק של ממש באשמתו של המערער". ראו: שם, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת שטרסברג כהן.

המין ביניהם נועדו לקדם אווירה פתוחה ומשוחררת הנדרשת בין שחקנים. בית המשפט העליון ציין שאמנם ניתן לתהות על התנהגותה של המתלוננת, אך אין בהתנהגות בלתי הגיונית זו כדי לגרוע ממשקל העדות:

”אפשר אמנם שגם בהינתן מהלכיו של המערער, יש לתהות על אמונתה של מ.ש. בדבריו ועל נכונותה להיעתר להצעותיו, ואולם כפי שנקבע לא אחת, התנהגות בלתי סבירה או בלתי הגיונית של נפגעת עבירת מין עשויה להיות תוצאה טבעית של הלחץ שבו היא מצויה, או של הטראומה שחוותה. אין בעצם קיומה של התנהגות כזו כדי להוליך למסקנה שהמעשים לא התקיימו.”¹⁹³

בפרשת **מסילתי** דובר במתלוננת אשר פגשה את הנאשם מחוץ למועדון בשעה 05:00 לפנות בוקר. הנאשם מצא חן בעיניה והיא הלכה עמו לרכבו. בדרך הם פגשו את חברותיה, שהתרשמו כי המתלוננת מעוניינת לשהות במחיצתו של הנאשם, ועל כן סיכמו כי ימתינו לה. המתלוננת והנאשם נכנסו לרכב וחברותיה של המתלוננת המתינו במרחק של פחות מעשרה מטרים מן הרכב. כמו כן היו במקום אנשים נוספים. בזמן ששהו הנאשם והמתלוננת ברכב, קרב אדם זר אל הרכב, והנאשם פתח את החלון ושוחח עמו. לאחר מכן הזיז הנאשם את רכבו מטרים אחדים לאחור. בסיכומי של עניין שהו הנאשם והמתלוננת ברכב כעשרים וחמש דקות. משיצאה המתלוננת מן הרכב ניגשה אל חברותיה וטענה בפניהן שהנאשם גנב את ארנקה. המתלוננת וחברותיה ניגשו לתחנת המשטרה והמתלוננת הגישה תלונה בגין גנבת ארנקה. רק כשנשאלה המתלוננת על ידי החוקר על ההתרחשויות ברכב, טענה שהנאשם אנס אותה וביצע בה מעשה סדום תוך נקיטת אלימות קשה כלפיה. בית המשפט העליון סבר שהתנהגותה של המתלוננת אינה הגיונית, שכן היו לה הזדמנויות רבות לצאת מן הרכב ולבקש עזרה, הן מאותו אדם ששוחח עם הנאשם הן מחברותיה שעמדו בסמוך. כמו כן מצא בית המשפט חוסר היגיון בכך שהמתלוננת ביקשה להגיש תלונה בגין גנבת ארנקה ולא ציינה בפני חברותיה ובפני המשטרה (עד שנשאלה על ידי החוקר על ההתרחשויות ברכב) כי זה עתה נאנסה. עם זאת, בית המשפט העליון לא מצא מקום להתערב בפסק דינו המרשיע של בית המשפט המחוזי, אשר התרשם התרשמות בלתי אמצעית מהמתלוננת, והיה מודע לחוסר ההיגיון שבהתנהגותה.¹⁹⁴

¹⁹³ ע"פ 10733/08 **גולדבלט נ' מדינת ישראל**, פס' 75 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 17.2.2011) (להלן: "פרשת **גולדבלט**"). דברי השופט פוגלמן מעוררים קושי, שכן בעת ביצוע המעשים לא ידעה המתלוננת כי היא קרבת לעברה. נראה שהבנתה בדיעבד כי רומתה הולידה את הטראומה, אשר הושלכה אל העבר והכשירה את חוסר ההיגיון שבהתנהגותה.

¹⁹⁴ ע"פ 2864/01 **מסילתי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 315, 325–326 (2001). יש לציין שהשופט אור סבר, בדעת מיעוט, כי יש לזכות את הנאשם. לדבריו: "לאור התמיהות הרבות וסימני

נראה שבתי המשפט מונחים לפסוק שהתנהגות בלתי הגיונית של המתלוננת בעברות מין לא תגרע ממשקל עדותה, שכן הטראומה שחוותה עלולה לגרום לה להתנהג בצורה הנראית בדיעבד בלתי הגיונית למשקיף מן הצד, אולם מבחינה סובייקטיבית, בזמן אמת ובנסיבות העניין, נראתה אותה ההתנהגות בעיני המתלוננת כהתנהגות הגיונית אשר יש בה אולי כדי לסייע לה. אכן, בסיטואציה שבה מבוצעות בגופה של אישה עברות מין, אין לדרוש ממנה שתתנהג בצורה מסוימת דווקא או שהתנהגותה תהא הגיונית וסבירה. עם זאת, כאשר כל התנהגות נחשבת להתנהגות סבירה בנסיבות העניין, מתמוסס אחד מהקריטריונים שאמורים לסייע לבית המשפט לקבוע ממצאי מהימנות כאשר לעדות הנמסרת לפניו – בחינת התנהגותו של מוסר העדות בכלים של היגיון ושכל ישר.

ד. "גרעין האמת" ו"הגרעין הקשה"

בפרשת לזרובסקי הודה כאמור בית המשפט העליון שעדויותיהן של מתלוננות בעברות מין זכות ל"הנחות ראייתיות"¹⁹⁵. בית המשפט העליון ציין שבמקרים אלה על בתי המשפט לבחון אם יש בעדויות "גרעין של אמת":

"על השופט לבחון האם בעדותו של מתלונן בעבירות מין, על אף ההנחות הראייתיות המסוימות להן הוא זוכה – עדין ניצב גרעין של אמת, או סיפור ברור ויציב שיש בו בכדי לתאר את הטראומה הקשה שהייתה מנת חלקו"¹⁹⁶.

בפסק דינו לא פירש בית המשפט העליון מהו אותו "גרעין של אמת", אולם ברור שגרעין האמת שבעדות מצומצם מן העדות עצמה, וכי העדות אינה עומדת בקריטריונים המשפטיים לקביעת מהימנותה של עדות, שאם לא כן הייתה הפרדת גרעין האמת שבעדות מן העדות עצמה הפרדה מיותרת.

בע"פ 9497/08 דובר במערער שהורשע באינוס אשתו. המתלוננת (אשת המערער) טענה במסגרת הליך בבית הדין הרבני כי בהיותה נשואה היא מקיימת יחסי אישות עם גבר שאינו בעלה. כמו כן טענה בפני רופאים שהיא שומעת קולות וכי אחיה המנוח התעלל בה. כן טענה במכתב שכתבה למשרד השיכון כי המערער ויתר על זכויותיו בדירתם. במהלך עדותה בבית המשפט התברר שכל טענותיה האמורות של המתלוננת בשקר יסודן. בהידרשו לשקריה של המתלוננת ציין בית המשפט

השאלה העולים מנסיבותיו של האירוע, נותר בלבי ספק בדבר קיום המעשים כמתואר על-ידי המתלוננת". ראו: שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט אור.

¹⁹⁵ פרשת לזרובסקי, לעיל ה"ש 145.

¹⁹⁶ שם.

העליון ששקרים אלה אינם גורעים מן ה"גרעין הקשה" של גרסתה: "שקריה של המתלוננת אמנם שקרים הם, אולם אין הם גורעים מן הגרעין הקשה של הגרסה שמסרה".¹⁹⁷

בפרשת **גולדבלט** (ההליך בבית המשפט המחוזי) טען הנאשם בקשר לאחת המתלוננות כי לא קיים עמה יחסי מין מלאים. בשיחה מוקלטת עם עיתונאית טענה המתלוננת, לעומת זאת, שהנאשם קיים עמה יחסי מין מלאים, ולא זו בלבד אלא שהרתה לו מאותם יחסים ונאלצה להפיל את עובריה. בבית המשפט התברר שהמתלוננת אכן הפילה את עובריה, כשהייתה בחודש השני להריונה, אולם הדבר היה זמן רב לאחר שנותק הקשר בינה לבין הנאשם (כתשעה חודשים לגרסת התביעה וכשנתיים לגרסת ההגנה). בעדותה הסבירה המתלוננת כי בשעת השיחה עם העיתונאית הייתה נתונה בסערת רגשות ועל כן טעתה וייחסה את ההריון לנאשם, אולם בהמשך המשפט התברר כי לאורך השנים חזרה המתלוננת על הטענה שהרתה לנאשם באוזני בת זוגה ואנשים נוספים. בית המשפט המחוזי ציין כי ייחוס ההריון לנאשם "מעורר ספק באמינותה" של המתלוננת, וכי מדובר ב"סתירה מהותית". כמו כן ציין בית המשפט המחוזי כי "קשה לקבל" את הסברה של המתלוננת לדברים שמסרה לעיתונאית. הוסיף בית המשפט המחוזי וציין כי "קשה לקבל" גם את ייחוס הריונה לנאשם באוזני בת זוגה כטעות של המתלוננת, "טעות כה חמורה בהבנת התאריכים והאפשרויות של כניסתה להריון".¹⁹⁸ על אף האמור לעיל הרשיע בית המשפט המחוזי את הנאשם באינוס המתלוננת, שכן לגישתו גרסתה של המתלוננת בכל הנוגע ל"גרעין הקשה של עדותה" הייתה "עקבית ואמינה, ונתמכת בראיות חיצוניות".¹⁹⁹

כשם שבית המשפט העליון לא פירש את הביטוי "גרעין של אמת", כך אין הוא מפרש את הביטוי "הגרעין הקשה", אולם ברור שגם הגרעין הקשה הוא רק חלק מעדות, שבשלמותה אינה עומדת בקריטריונים המשפטיים שעדות נדרשת לעמוד בהם כדי להיחשב למהימנה.²⁰⁰

בע"פ 682/09 דובר במתלוננת אשר טענה בהודעותיה במשטרה כי עלתה על טרמפ בחצות הלילה ברכבו של הנאשם, שאותו לא הכירה קודם לכן. במהלך הנסיעה סטה הנאשם לדרך צדדית, והמתלוננת ביקשה ממנו לעצור את הרכב כיוון שהיא מעוניינת לרדת ממנו, אולם הנאשם נעל את דלתות הרכב והמשיך בנסיעה. לטענת

¹⁹⁷ ע"פ 9497/08, לעיל ה"ש 156, בפס' 22 לפסק דינו של השופט לוי.

¹⁹⁸ תפ"ח (מחוזי ת"א) 1133/05 **מדינת ישראל נ' גולדבלט**, פס' 32 לפסק דינה של השופטת לכהר-שרון (פורסם בנוב, 3.7.2008).

¹⁹⁹ שם. יש לציין שבית המשפט העליון אשרר את קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה בפרשת **גולדבלט**, לעיל ה"ש 193, בפס' 48 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

²⁰⁰ ראו גם: פרשת **נור**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 233; ופרשת **אטיאס**, לעיל ה"ש 186, בפס' 96 לפסק דינו של השופט דנציגר.

המתלוננת משעצר הנאשם בסופו של דבר את הרכב, בפרדס מבודד, הוא ביצע בה מעשי אינוס ומעשי סדום. הנאשם, לעומת זאת, טען כי הייתה בינו לבין המתלוננת היכרות מוקדמת, וכי קיים עם המתלוננת בעבר יחסי מין תמורת תשלום. עוד טען הנאשם כי המתלוננת ביקשה ממנו לעצור את הרכב כדי שהיא תעשן סמים, וכי לאחר שעצר הציע למתלוננת לעבור למושב האחורי, לצורך קיום יחסי מין, והמתלוננת הסכימה הן למעבר למושב האחורי הן לקיום יחסי המין. בבוקר עדותה של המתלוננת בבית המשפט הודתה המתלוננת בפני התובעת כי שלא כדבריה הקודמים, היא הסכימה לבקשת הנאשם לסטות לדרך צדדית, לטענתה בשל רצונו של הנאשם לעשן סמים, וכן כי הסכימה לבקשת הנאשם לעבור למושב האחורי, לטענתה כדי לסייע לנאשם בהכנת הסמים. בית המשפט העליון פירט בפסק דינו (כשם שעשה בית המשפט המחוזי) את התהיות שעלו מגרסת המתלוננת. לדבריו, לא סביר שאדם העולה על טרמפ בחצות הלילה ברכבו של אדם זר, ייתן את הסכמתו לסטות לדרך צדדית לצורך עישון סמים, ולא סביר שהוא יעבור מרצונו החופשי למושב האחורי בפרדס מבודד. כמו כן ציין בית המשפט העליון כי הנאשם ידע פרטים על המתלוננת המתישבים יותר עם הטענה שהייתה ביניהם היכרות מוקדמת. הוסיף בית המשפט העליון וציין כי אין כל היגיון בטענה שהנאשם ביקש לעשן סמים, שכן הנאשם משמש מדריך לגמילה מסמים (לאחר שהוא עצמו נגמל מהם לפני שנים רבות). עוד ציין בית המשפט העליון כי אין היגיון גם בטענת המתלוננת שלפיה היא עברה למושב האחורי כדי לסייע לנאשם להכין את הסמים. עם זאת, הותיר בית המשפט העליון את הרשעת הנאשם על כנה, וציין שבעברות מין, על אף שקרים בוטים של המתלוננת, בית המשפט יכול להסתמך על גרעין האמת או על הגרעין הקשה של העדות לצורך הרשעה:

"ככל שעסקינן בעבירות מין, יש ובית המשפט מסתפק בגרעין האמת שבגרסת המתלוננת ולעיתים בגרעין הקשה של הגרסה למרות שקרים בוטים של המתלוננת".²⁰¹

בית המשפט העליון נמנע פעם נוספת מלפרש את הביטויים "גרעין האמת" ו"הגרעין הקשה", אולם מדבריו ברור שאין מדובר בביטויים זהים במשמעותם, שכן הוא מציין כי לעתים בית המשפט מסתפק ב"גרעין האמת" ולעתים – ב"גרעין הקשה". למעשה קבע בית המשפט העליון שבעברות מין אין צריך עוד להעמיד את העדות לביקורת באמצעות הקריטריונים שפותחו בדיוק למטרה זו, אלא ניתן להסתפק בחלקי עדויות המהווים "גרעין אמת" או "גרעין קשה". בקובעו זאת לא נתן בית

²⁰¹ ע"פ 682/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 44 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 12.5.2011).

המשפט העליון כל הסבר כיצד הסתפקות זו בחלקי עדויות מתיישבת עם החובה שלא להרשיע נאשם אלא לאחר שביצוע העברה הוכח מעבר לספק סביר.

ה. התערבות ערכאת הערעור בממצאי מהימנות

הלכה היא שערכאת הערעור תמעט להתערב בממצאים עובדתיים, וממצאי מהימנות בתוכם, שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. בפרשת **עטניאל לוי**, משנת 1961, ציין בית המשפט העליון כי ערכאת הערעור, שאינה רואה ואינה שומעת את העדים, לא תתערב בקביעת המהימנות של הערכאה הדיונית:

"מן המפורסמות הוא שבית-משפט לערעורים שאינו רואה ושומע את העדים בעצמו, לא יתערב בכגון דא ולא יהרהר אחרי מידותיו של בית-משפט קמא בהאמינו לעד פלוני ובסברו להאמין לעד פלמוני".²⁰²

להלכה שלושה טעמים: **הטעם הראשון** הוא שהערכאה הדיונית צריכה להכיר את התיק על בוריו כדי לקבוע ממצאים עובדתיים. מובן שלשופט ה"חי" את התיק יש יתרון בולט בהכרת התיק לפרטיו, על פני שופטי הערעור, שמונחים לפנייהם עמודי הפרוטוקול בלבד.²⁰³ **הטעם השני** הוא שקביעת ממצאי מהימנות מחייבת הידרשות לא רק לתוכן העדות אלא גם להתרשמות בלתי אמצעית מהעד, מהתנהגותו על דוכן העדים, מאופן מסירת העדות, ומתגובותיו בחקירה הנגדית. התרשמות כזו נמנעת מערכאת הערעור.²⁰⁴ **הטעם השלישי** הוא שמלאכת קביעת הממצאים העובדתיים אינה נלמדת, אלא נרכשת באמצעות "השכל הישר ניסיון החיים והניסיון השיפוטי בערכאה הראשונה", ועל כן לשופטי הערכאה הדיונית יש יתרון על פני שופטי ערכאת הערעור (בעיקר במקרים שבהם הערעור נדון בבית המשפט העליון) שלא תמיד צברו ניסיון שיפוטי כזה.²⁰⁵

בפרשת **אלרז** ציין בית המשפט העליון כי ההלכה בדבר הימנעות ערכאת הערעור מלהתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית אינה פרוצדורלית או טכנית, אלא מדובר ב"מנגנון שנועד לסייע לבית-המשפט לרדת אל חקר האמת, ובבסיסו מונחת התפישה כי לערכאה הדיונית עומד יתרון ההתרשמות הישירה מן

²⁰² ע"פ 67/61 לוי נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 1345, 1346 (1961).

²⁰³ קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים", לעיל ה"ש 121, בעמ' 411. ראו: ע"פ

128/52 שוילי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז 438, 442-443 (1953).

²⁰⁴ ע"פ 10163/08, לעיל ה"ש 160, בפס' 8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. ראו גם: ע"פ 1258/03,

לעיל ה"ש 155, בפס' 5 לפסק דינו של השופט טירקל.

²⁰⁵ קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים", לעיל ה"ש 121, בעמ' 411-412.

העדים וממהימנותם.²⁰⁶ עם זאת, נקבעו להלכה כמה חריגים: ערכאת הערעור רשאית להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית כאשר ממצאים אלה מתבססים על היגיון או על סבירות העדות בהשוואה לשאר הראיות,²⁰⁷ וכן רשאית היא להתערב כאשר ממצאים אלה מבוססים על ראיות שבכתב או על ראיות חפציות להבדיל מעדויות הנמסרות בעל-פה בבית המשפט;²⁰⁸ כמו כן, רשאית ערכאת הערעור להתערב במסקנותיה של הערכאה הדיונית מן הממצאים העובדתיים, להבדיל מהתערבות בקביעת הממצאים העובדתיים עצמם;²⁰⁹ זאת ועוד, רשאית ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים כאשר הערכאה הדיונית לא נתנה דעתה על סתירות היורדות לשורשם של הדברים או כאשר מתגלה טעות מהותית בהערכת המהימנות שנעשתה על ידי הערכאה הדיונית.²¹⁰

בית המשפט העליון קבע בשורה של פסקי דין כי להתרשמות בית המשפט מהעדים המופיעים לפניו ישנה חשיבות יתרה בתיקי עברות מין, שבהם עיקרי הראיות הם עדותה של המתלוננת מחד גיסא ועדותו של הנאשם מאידך גיסא, ועל כן בתיקים אלה על ערכאת הערעור שלא להתערב בממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים ונדירים במיוחד:

"הלכה מושרשת היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי מהימנות ובמימצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים [...] הדבר נכון במיוחד כאשר על-פי הנתען, מדובר בקורבן עבירת מין. במקרה כזה, מעצם טיבו, עוסקת העדות בנושא שהוא טראומטי ואינטימי כאחד, ולפיכך מתעורר לעתים קושי במתן עדות ברורה ורהוטה. בנסיבות כאלה הטון, אופן הדיבור, שפת הגוף וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן – כל

²⁰⁶ ע"פ 9216/03 אלרוז נ' מדינת ישראל, פס' 14 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 16.1.2006).

²⁰⁷ ע"א 260/82 סלומון נ' אמונה, פ"ד לח(4) 253, 264 (1984); ע"פ 5937/94 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 832 (1995).

²⁰⁸ ע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט בך (פורסם בנבו, 19.1.1994); ע"פ 1625/94 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 152, 156 (1994).

²⁰⁹ ע"פ 50/59 פרלמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 802 (1959); ע"א 31/61 לוי נ' פלברבוים, פ"ד טו 1816, 1819 (1961); ע"א 43/83 עזבון כהן נ' לינברג, פ"ד לח(3) 488, 493 (1984); ע"פ 2439/93 זריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 265 (1994).

²¹⁰ ע"פ 4977/92 ג'רבין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 696, 690 (1993); ע"א 271/85 אביטן נ' פירן – חברה לפיתוח והשקעות בע"מ, פ"ד מו(1) 257 (1991); ע"א 445/82 חן נ' שטרית, פ"ד ט(2) 617, 619 (1985); ע"פ 6643/05 לעיל ה"ש 170.

אלה מקבלים משקל חשוב עוד יותר".²¹¹

כיוון שההכרעה ברוב תיקי עֲבֵרוֹת המין מבוססת על ממצאי מהימנות שבית המשפט קובע באשר לעדויותיהם של המתלוננת והנאשם, למעשה תיקים אלה כמעט אינם ניתנים לערעור. כך ציין בעניין זה השופט רובינשטיין בפרשת **וקנין**:

"נודה איפוא על האמת: משאמרה ערכאה דיונית את דברה באשר להתרשמותה הישירה והאותנטית מן הנפשות הפועלות, צומצם עד מאוד תחומה של ערכאת הערעור. המשוכה שעל פניה חייב נאשם בסיטואציה מעין זו לחלוף בערעורו גבוהה ביותר".²¹²

זכות הערעור היא זכות מהותית²¹³ המעוגנת בסעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה.²¹⁴ בבסיסה מונחת ההכרה ששופטים בשר ודם עלולים לשגות, ועל כן יש מקום לבחינה נוספת של קביעותיהם. כאמור, קבע בית המשפט העליון כי ההלכה שלפיה ערכאת הערעור תיטה שלא להתערב בממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, מקבלת משנה תוקף בעֲבֵרוֹת מין.²¹⁵ עם זאת, ברי שאין בכך כדי ללמד שבעֲבֵרוֹת מין שופטי הערכאה הדיונית אינם שוגים, אלא שמאפייני עדות של מתלוננת בעֲבֵרוֹת מין מחזקים ומבצרים מטבעם את יתרונה של הערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור בקביעת ממצאי מהימנות. בפועל, המשמעות היא שעדותה של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות אינה נבחנת פעם נוספת וזכות הערעור נשללת מן הנאשם. עדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות אינה ניתנת אפוא להפרכה בערכאה הראשונה, וברוב המוחלט של המקרים היא גם אינה ניתנת להפרכה בשלב הערעור.

יובהר, איני טוען שעל ערכאת הערעור להתערב בממצאי המהימנות שקבעה

²¹¹ פרשת **בבקוב**, לעיל ה"ש 139, בעמ' 425-426. ראו גם: ע"פ 5563/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 27.6.2011); ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 23.6.2010); ע"פ 6475/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.5.2010); פרשת **אטיאס**, לעיל ה"ש 186; פרשת **וקנין**, לעיל ה"ש 138.

²¹² פרשת **וקנין**, לעיל ה"ש 138, פס' א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

²¹³ רע"א 5208/06 דייזיס נ' מוריס, פס' ד(2) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.6.2006). השאלה אם זכות הערעור היא זכות חוקתית טרם הוכרעה בפסיקה.

²¹⁴ חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח 78.

²¹⁵ בפרשת **בבקוב** ציין בית המשפט העליון כי מקריאת פרוטוקול הדיון בלבד ניתן להתרשם שעדות המתלוננת מהימנה: "אף מקריאה בלבד של פרוטוקול הדיון, ובו עדותה של המתלוננת, ניתן להתרשם כי גירסתה אכן עקבית ומהימנה, ורושם זה אינו משתנה גם למקרא התמיהות והבדלי הגירסאות שעליהם הצביע המערער בערעורו". ראו: פרשת **בבקוב**, לעיל ה"ש 139, בעמ' 426. לא ברור כיצד קביעה זו עולה בקנה אחד עם ההלכות הנחרצות בדבר חוסר יכולתה של ערכאת הערעור לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדויות שנמסרו לפני הערכאה הדיונית.

הערכאה הדיונית, אלא שבמצב המשפטי כיום, ההלכה שלפיה בעברות מין ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים ונדירים במיוחד, היא נדבך נוסף במבנה המשפטי אשר הפך את עדות המתלוננת בתיקי אינוס היכרות לעדות שאינה ניתנת להפרכה.

ו. הנחת המבוקש: היותה של המתלוננת קרבן עברת מין

משנדרש בית המשפט לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדויות הנשמעות לפניו, עליו לבחון את העדויות מעמדה של פתיחות מחשבתית למן תחילתה של הבחינה ועד לסופה. על בית המשפט להיות מודע לכך שהוא עלול להיתפס לקונספציה אשר תקבע את דעתו ולא תתיר לו לסטות ממנה, גם כאשר הראיות תצדקנה זאת.²¹⁶ בית המשפט רשאי כמובן להחזיק בהשערה העולה מן הראיות שכבר נבחנו, אולם עליו לראות בהשערה זו השערה זמנית אשר עם בחינת הראיות הנוספות עשויה להתהפך על פיה ואף לחזור ולהתהפך על פיה פעם נוספת.²¹⁷ דרך פעולה זו דומה במהותה לדרך פעולתו של המדען, המעלה היפותזות אחדות כתשובות טנטטיביות לבעיה הנחקרת, ולאחר מכן מעמיד את ההיפותזות הללו למבחן על ידי בדיקה אם הן מתיישבות עם הנתונים הרלוונטיים הידועים לו.²¹⁸

כדי שמסקנותיו של בית המשפט תהיינה ראויות, ותשקפנה ככל הניתן את המציאות, עליהן לנבוע מהנחות יסוד מבוססות. כאשר הנחות היסוד מכילות את המסקנה, נוצר כשל לוגי המאיין את כוחה של המסקנה.²¹⁹

בבוא בית המשפט לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדות מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, עליו להחליט תחילה אם לבחון את העדות על פי הקריטריונים הרגילים, או שמא להחיל על העדות הנבחנת את ההלכות שנקבעו בבית המשפט העליון בכל הנוגע לעדויותיהן של קרבנות עבירות מין הלוקות בתסמונת טראומת האינוס. לא מיותר לחזור ולציין שהתקיפה המינית היא שיוצרת את הטרומה אשר בתורה משפיעה על יכולתו של הקרבן להעיד, ועל כן יש להחיל את ההלכות האמורות רק על עדויותיהן של מתלוננות שהן קרבנות עבירות מין, ולא על עדויותיהן של כל המתלוננות בגין עבירות מין. למעשה, כדי ליישם את ההלכות האמורות, על בית המשפט לקבוע שמדובר בקרבן עבירת מין. כאשר מונחת לפני בית המשפט עדות המתלוננת כראיה יחידה, לא ברור אילו כלים יש בידיה על מנת להכריע בכל הנוגע לדרך בחינתה של העדות, עוד בטרם הכריע בעניין מהימנותה של העדות.²²⁰

²¹⁶ קרמיצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים", לעיל ה"ש 121, בעמ' 426-427.

²¹⁷ שם.

²¹⁸ המפל פילוסופיה של מדע הטבע, לעיל ה"ש 32, בעמ' 20-21.

²¹⁹ על הכשל הלוגי בדבר הנחת המבוקש ראו: לעיל ה"ש 7.

²²⁰ מצב משפטי דומה מתעורר כאשר בית המשפט צריך להכריע בשאלה אם העד העומד לפניו הוא

לא פעם, בבואו לבחון את מהימנות עדותה של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, במקרים שבהם עדות המתלוננת היא הראיה היחידה, בית המשפט מניח מראש שהמתלוננת היא קרבן עֲבֵרַת מין, וכי היא לוקה בתסמונת טראומת האינוס. לפיכך הוא אינו משתמש בכלים שניתנו לו לצורך קביעת ממצאי מהימנות באשר לעדות, ואינו גורע ממשקל העדות כאשר היא אינה עומדת בקריטריונים שנקבעו לשם כך.²²¹ הנחה כזו נגועה בכשל הלוגי של הנחת המבוקש, שהרי אותם קריטריונים אמורים לסייע לבית המשפט בבואו להכריע בשאלת מהימנות המתלוננת, כחלק מהשאלה המרכזית – אם הנאשם ביצע את המיוחס לו בכתב האישום, ובוצעו כלפי המתלוננת עֲבֵרוֹת מין. הנחה מראש שהמתלוננת היא קרבן עֲבֵרַת מין מסכלת למעשה את היכולת של בית המשפט להכריע את הדין מעמדה ניטרלית, כפי שהוא נדרש לעשות, וכן מסכלת את יכולתו של הנאשם להפריך את עדות המתלוננת, ולמעשה הופכת אותה לעדות שאינה ניתנת להפרכה.

ז. סיכום ביניים

מכל האמור לעיל עולה שבית המשפט העליון השתמש בתוכנות הפסיכולוגיות והסוציולוגיות בעניין תסמונת טראומת האינוס כדי להכשיר עדויות של מתלוננות בתיקי אינוס היכרות שאלמלא כן לא היה ניתן להכשירן. פסיקת בית המשפט העליון רוקנה מתוכנם את כל הקריטריונים לקביעת מהימנות עדויות, ולמעשה ביטלה את מנגנוני הביקורת המעטים שהיו בידי בתי המשפט. ראוי להבהיר, אינני טוען שהסתכלות אחרת בעדויות של קרבנות עֲבֵרוֹת מין איננה ראויה, אלא, וזו הביקורת – שההסתכלות האחרת הותירה את בתי המשפט בלא כלים ראויים לעשות את מלאכתם נאמנה. משהוציא בית המשפט העליון את הקריטריונים מאמתחתם של בתי המשפט, הפכה עדותה של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות לעדות שאינה ניתנת להפרכה, עד כי בתי המשפט נאלצים להבחין בין עדויות אמת לעדויות שקר, ולהכריע את הדין, על סמך תחושות, הרגשות וקריאת שפת גוף.

אדם בעל מוגבלות שכלית או נפשית. במקרה שבו העד הוא אדם בעל מוגבלות כזו, על בית המשפט להחיל על העדות את הוראות חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005. עם זאת, לעומת תיקי אינוס היכרות, שבהם על פי רוב ניצבת עדותה של המתלוננת כראיה יחידה, בבוא בית המשפט להכריע בשאלת מוגבלותו השכלית או הנפשית של עד, יש בידיו ראיות חיצוניות לעדות כגון חוות דעת מומחה, אבחון שנעשה על ידי ועדת אבחון שהוקמה לפי חוק הסעד (טיפול במפגרים), התשכ"ט-1969, חוות דעת של הפסיכיאטר המחוזי ועוד.

לא מיותר לציין שטענה זו אינה נוגעת לאישיותו של השופט ולדעותיו הקדומות, אלא לסוג הטיעון הלוגי שנדרש כדי להכשיר את העדות.

7. הצעה להסדר משפטי חדש

כל הסדר משפטי חדש בסוגיה זו צריך להביא לידי איזון ראוי בין כל הערכים המוגנים. מצד אחד, יש להמשיך להכיר באוטונומיה המוחלטת של נשים על גופן, ועל כן אין להתנות את התגבשות עבֶרת האינוס בכך שהגבר כפה את רצונו על האישה והאישה התנגדה התנגדות פיזית למעשה הבעילה. מצד אחר, הרשעה על סמך עדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות צריכה להיות מותנית בכך שהעדויות תהיה ניתנת להפרכה.

על פי הצעתי, בבוא בית המשפט לקבוע ממצאי מהימנות באשר לעדות של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות, יהיה עליו לבחון אם העדות עומדת בקריטריונים לבחינת מהימנותן של עדויות (כבישת עדות, סתירות, חוסר היגיון וכו'). קריטריונים אלה הם מבחנים רציניים המעמידים את העדות בניסיונות להפריכה. עדות אשר תעמוד בקריטריונים יחשב לעדות שצלחה מבחנים רציניים, ועל כן יהיה אפשר להסתמך עליה, כראיה יחידה, לצורך הרשעה, כפי שנעשה (כמעט) בכל מקרה אחר שבו עדות עֶד התביעה מהימנה על בית המשפט. ויודגש, במקרים אלה לא תידרשנה תוספות ראייתיות או הנמקות מיוחדת כלשהן. לעומת זאת, עדות אשר לא תעמוד בקריטריונים, תיחשב לעדות שאינה ניתנת להפרכה ולא יהיה אפשר להסתמך עליה, כראיה יחידה, לצורך הרשעה. אולם לאור אימוץ התוכנות הפסיכולוגיות והסוציולוגיות בעניין תסמונת טראומת האינוס, אי־עמידתה של העדות בקריטריונים, כשלעצמה, לא תביא באופן אוטומטי לדחייתה ולזיכויו של הנאשם, אלא תחייב את התביעה להציג תוספת ראייתית. הדרישה להצגת תוספת ראייתית היא מבחן רציני, חיצוני, לעדות שלא עמדה במבחנים הפנימיים – הקריטריונים לבחינת מהימנותן של עדויות. עצם הדרישה לתוספת ראייתית תביא לידי כך שהעדויות שוב תהיה ניתנת להפרכה²²² – נמצאה תוספת ראייתית, העדות עמדה בהצלחה במבחן רציני וניתן להסתמך עליה. לא נמצאה תוספת ראייתית, העדות הופרכה ויש לדחותה. יובהר, כאשר נדרשת תוספת ראייתית, ותוספת כזו אינה מוצגת, אין המשמעות שעדות המתלוננת אינה ניתנת להפרכה, אלא שהעדויות ניתנת להפרכה והיא הופרכה בפועל. יש לציין עוד כי עדות שהופרכה היא לא בהכרח עדות שקר, אלא זו עדות שאינה עומדת בסטנדרטים המשפטיים הדרושים לשם הסתמכות עליה כראיה יחידה לצורך הרשעה במשפט פלילי.

עוצמתה של התוספת הראייתית שתידרש ("דבר מה נוסף", "ראיית חיזוק" או "ראיית סיוע") תיקבע בכל מקרה ומקרה לפי רמת עמידתה של העדות בקריטריונים. כך, למשל, לצורך הרשעה על סמך עדות כבושה, רצופת סתירות מהותיות, חוסר

²²² מהלך מחשבתי זה מקביל למהלך המחשבתי המדעי שבו עצם האפשרות להעמיד את התיאוריה המוצעת למבחן היא המעניקה לה את מעמדה המדעי.

היגיון ושקרים, תידרש התביעה להציג ראיות סיוע, ואילו לצורך הרשעה על סמך עדות הגיונית, בלא סתירות, בלא שקרים אך כבושה, תידרש התביעה להציג דבר מה נוסף בלבד.

לא מיותר לציין שאינני מבקש להחזיר את דרישת הסיוע ההיסטורית. בעבר נדרש סיוע כתוספת ראייתית לעדות שעמדה בכל הקריטריונים המשמשים את בית המשפט לקביעת מהימנות של עדויות, וניתן לה מלוא המשקל הראייתי. הדרישה נבעה, כאמור, מתפיסה פטריארכלית שגרסה כי לעתים קרובות מקורה של התלונה הוא "הפרעות מיניות, דמיונות, קנאה, כעס, או סתם סירוב של נערה להודות שהסכימה למעשה שעליו היא עתה מתביישת".²²³ במצב זה, שבו עמדה העדות בכל הקריטריונים, לא היה מקום לדרוש תוספת ראייתית כלשהי. לעומת מצב זה, התוספת הראייתית שאני מבקש להוסיף תידרש לעדות שלבית המשפט אין כלים מספיקים לקבוע את מהימנותה.

למעשה, לפי הצעתי ייתכנו שני סוגי עדויות: **עדות מלאה** – עדות שעומדת בכל הקריטריונים, דהיינו אינה כבושה, אינה מכילה סתירות מהותיות וכו'. עדות כזו תוכל לשמש בסיס יחיד להרשעה בלא תוספות ראייתיות או הנמקות מיוחדות כלשהן. **עדות חסרה** – עדות שאינה עומדת בכל הקריטריונים או בחלקם. עדות כזו לא תוכל לשמש בסיס יחיד להרשעה, אלא בצירוף תוספת ראייתית, שעוצמתה תיקבע על פי מספר הקריטריונים שבהם עמדה העדות בהצלחה.

בבסיס הצעתי מונחת ההכרה שאין כוחה הראייתי של עדות חסרה ככוחה הראייתי של עדות מלאה. נראה שגם בית המשפט העליון מכיר בכך. בפרשת נור ציין בית המשפט בעניין חובת ההנמקה כי "מידת הזהירות מחייבת כי ההנמקה תהא 'ממשית'. [...]" ככל שהעדות העיקרית 'חלשה' יותר, תידרש הנמקה 'ממשית' יותר [...]"²²⁴. בית המשפט לא פירש את המושגים "עדות חלשה" ו"עדות חזקה", אולם נראה שמידת החוזק של העדות נקבע על פי מידת עמידתה בקריטריונים המשמשים את בית המשפט לקביעת מהימנותן של עדויות.

תמיכה לעמדתי שלפיה אל לו לבית המשפט להסתמך על עדות כראיה יחידה להרשעה כאשר אין בידי כלים מספיקים לקביעת מהימנותה של העדות, אני מוצא בדבריו של השופט עמית בע"פ 5582/09, שלפיהם במקרים מסוימים אין להסתפק בעדותה של מתלוננת כדי להרשיע את הנאשם. במקרים אלה נדרשות לה ראיות מחזקות חיצוניות:

²²³ Glanville Williams, *Corroboration – Sexual Cases*, CRIM. L. REV. 662, 662 (1962). צוטט ותורגם אצל ניצה שפירא ליבאי "הדרישה ל'דבר מה' בעבירות מין – חריג בלתי מוצדק" הפרקליט לג 426, 422 (1981).

²²⁴ פרשת נור, לעיל ה"ש 81, בעמ' 216. בית המשפט שם מסתמך בין היתר על האמור בספרו של קדמי על הראיות, לעיל ה"ש 82, בעמ' 159.

"מאחר שהכלים העיקריים של מהימנות ושל מצב נפשי מאבדים ולו חלק מכוחם, על בית המשפט לתור אחר ראיות מחזקות חיצוניות שאינן נובעות מהמתלוננת עצמה כדי להרשיע את הנאשם, כגון: עדויות נוספות, מעשים דומים, הודאה או ראשית הודאה וסימנים רפואיים או נפשיים-התנהגותיים בזמן אמת".²²⁵

דברי השופט עמית אמנם נסבו על המקרה המיוחד של עבירות מין במשפחה, שבהן עדותה של המתלוננת מבוססת על זיכרונות מודחקים שלטענתה שבו ועלו לתודעתה לאחר שנים רבות, אולם כיוון שהוא מאפיין מקרה זה בכך "שהכלים העיקריים של מהימנות ושל מצב נפשי מאבדים ולו חלק מכוחם", ניתן לדעתי להסיק כי גם במקרים אחרים שבהם הכלים של מהימנות מאבדים מכוחם, ואין בנמצא כלים אחרים שיכולים להחליפם, ראוי לדרוש תוספת ראייתית לעדות המתלוננת.

איני מתעלם מכך שהצעתי עלולה להביא לזיכויים של אשמים, אשר לא יהיה אפשר להציג בעניינם ראיות נוספות חוץ מעדותה החסרה של המתלוננת. עם זאת, במקרים שבהם תעמוד העדות בכל הקריטריונים, יהיה אפשר להרשיע את הנאשם בלא ההנמקה המיוחדת הנדרשת כיום. במקרים שבהם אין העדות עומדת בכל הקריטריונים, או בחלקם, ייתכן שהצעתי אכן תגדיל את שיעור זיכויים של אשמים בעבירות מין, אולם היא תצמצם את שיעור החפים מפשע המורשעים על לא עוול בכפם, וידועה אמירתו של הרמב"ם, בהקשר זה: "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלה חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים".²²⁶

8. סוף דבר

מעשה מיני הנעשה שלא בהסכמתה החופשית של האישה הוא מעשה פסול ולא מוסרי, ויש לאסור אותו מכול וכול. לאישה יש אוטונומיה מוחלטת על גופה, ובהבעת חוסר הסכמה מצדה, די לחייב את הגבר לחדול ממעשיו. האישה אינה צריכה להתנגד פיזית, והגבר אינו צריך לנקוט אמצעי כפייה כלשהו כדי שתתגבש עבירת מין.

לפגיעה המינית נודעות השפעות רבות, קצרות טווח וארוכות טווח, על גופם של הקרבנות, על נפשם ועל התנהגותם. השפעות אלה באות לידי ביטוי, בין היתר, בחוסר יכולת לזכור חלקים מהותיים מן האירוע, בתיאורים סותרים של האירוע, בעיוות עובדות האירוע, בהדחקה ובהאשמה עצמית.

התמורות שחלו בתפיסה החברתית הן בנוגע לאוטונומיה של האישה על גופה הן בנוגע להשפעות של פגיעה מינית על הקרבן, הביאו את בית המשפט העליון להנחות את בתי המשפט שלא לייחס כל משקל שלילי לפגמים בעדותה של מתלוננת בתיקי

²²⁵ ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 141, בפס' 128 לפסק דינו של השופט עמית.

²²⁶ ספר המצוות לרמב"ם, מצוות לא תעשה ר"צ.

אינוס היכרות. בבסיס הנחיות אלה מונחת התפיסה שהפגמים בעדות נובעים מעברת המין שהעדות נסבה עליה. הנחיות אלה הפכו את עדותה של מתלוננת בתיקי אינוס היכרות לעדות שאינה ניתנת להפרכה, והותירו את בית המשפט בלא קריטריונים להבחנה בין עדות אמת לעדות שקר.

אימוץ ההיגיון שבבסיס עקרון ההפרכה, והכלל בדבר עדות שאינה ניתנת להזמה במשפט העברי, שלפיו אמרה שאינה ניתנת להפרכה היא אמרה שהסתמכות עליה עלולה להביא לתוצאה שגויה, מחייב את המסקנה שבתיקי אינוס היכרות אל לו לבית המשפט להסתמך על עדות של מתלוננת, שאינה עומדת בקריטריונים לקביעת מהימנות של עדויות, כראיה יחידה לצורך הרשעה. הרצון למצות את הדין, בכל חומרתו, עם מי שאינם מכבדים את האוטונומיה המוחלטת של האישה על גופה, והרצון להתחשב ככל האפשר בהשפעות של פגיעה מינית על עדותם של הקרבנות, אינם יכולים לבוא על חשבון החובה להתחקות אחר האמת, והחובה להכריע את הדין על סמך עדות שניתן להסתמך עליה – עדות הניתנת להפרכה. על הדין הישראלי לספק לבית המשפט קריטריונים הולמים להבחנה בין עדות אמת ועדות שקר, וכאשר אי אפשר להשתמש בהם, יש לנקוט משנה זהירות.