

על ראיית הסיוע בפלילים: סיוע במחלוקת

בעקבות ע"פ 6813/16 נחמני נ' מדינת ישראל (17.9.2018)

מאת

יניב ואקי*

במשפט הפלילי הישראלי יש מצבים מסוימים שבהם לא ניתן להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה, אמינה ככל שתהיה, ללא קיומה של ראייה מסייעת. אחד משלושת התנאים לקיומה של ראייה מסייעת הוא התייחסותה של הראייה לנקודה ממשית השנויה במחלוקת בין הצדדים, ולצורך זה נדרשת בחינת יריעת המחלוקת. היות שיריעת המחלוקת עשויה להשתנות לאורך החקירה והמשפט, המאמר עוסק בשאלה באיזה שלב יהיה ראוי לקבוע את יריעת המחלוקת לעניין בחינת ראיית הסיוע.

לסוגיה זו עשויה להיות חשיבות מכרעת על תוצאת המשפט, שכן ראייה המתייחסת לנקודה השנויה במחלוקת עשויה לעלות כדי סיוע, ואילו ראייה שאינה מתייחסת למחלוקת שבין הצדדים פסולה מלשמש סיוע. מכאן שבמצבים מסוימים תיחומה של יריעת המחלוקת עשוי לסרטט את קו הגבול שבין הרשעה לזיכוי.

בניגוד לדעות המקובלות שהוצגו לאורך השנים בספרות ובפסיקה, התרות אחר מועד קבוע וקשיח שבו תיקבע יריעת המחלוקת, מוצע במאמר לאמץ מבחן גמיש, המשתנה לפי נסיבות העניין. נטען כי באמצעות מבחן גמיש, אשר מאפשר להביא בחשבון את מכלול השיקולים והאינטרסים הרלוונטיים לנושא הנדון בכל מקרה ומקרה, יהיה אפשר להגיע לתוצאה צודקת ומדויקת יותר. מדובר במבחן המבוסס על כמה קבוצות מוגדרות של שיקולים, המאפשרות התחשבות ועריכת איזון בין כמה אינטרסים חשובים, שיאפשרו מצידן ליתן מענה הולם וצודק בכל מקרה ומקרה.

מבוא. א. מצבים שבהם נדרשת תוספת ראייתית מסוג סיוע. ב. התנאים שעל ראיית הסיוע למלא. ג. תיחומה של יריעת המחלוקת לעניין ראיית הסיוע; 1. כללי; 2. הדין הנוהג; 3. פסק הדין בעניין נחמני; 4. הצעה למבחן גמיש לקביעת מועד יריעת המחלוקת; 5. יישום המודל המוצע במצבים השונים. ד. סיכום.

* ד"ר למשפטים ומחבר הספר **דיני ראיות**. מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה. מרצה בכיר בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למנהל. אני מודה לפרופ' דורון מנשה, לד"ר אסף הרדוף ולעו"ד שאול כהן על הערותיהם המצוינות. נוסף על זה, אבקש להודות לחברי מערכת משפטים על אתר על הערותיהם המחכימות והמועילות, ובמיוחד לעורכת ליהי יעקובי על הערותיה והצעותיה המצוינות לשיפור המאמר. העמדות המובאות ברשימה זו מבטאות את עמדתו הפרטית של המחבר.

מבוא

במשפט הפלילי הישראלי יש מצבים מסוימים שבהם לא ניתן להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה, אמינה ככל שתהיה, ללא קיומה של ראיה מסייעת. אחד משלושת התנאים לקיומה של ראיה מסייעת הוא התייחסותה של הראיה לנקודה ממשיית השנויה במחלוקת בין הצדדים, ולצורך זה נדרשת בחינת יריעת המחלוקת. שאלה היא באיזה שלב נקבעת יריעת המחלוקת, ובכך יעסוק מאמר זה.

לרוחבה של יריעת המחלוקת שבין הצדדים השלכה ישירה על ראיית הסיוע. ראיה המתייחסת לנקודה השנויה במחלוקת עשויה לעלות כדי סיוע, ואילו ראיה שאינה מתייחסת למחלוקת שבין הצדדים פסולה מלשמש סיוע. לפיכך תיחומה של יריעת המחלוקת עשוי לסרטט את קו הגבול שבין הרשעה לזיכוי, ומכאן חשיבותו. ניטול לדוגמה מקרה שבו כתב האישום מייחס לנאשם ביצוע עבירות מין בילדה מתחת לגיל 14. לפי הדין, לצורך הרשעתו של הנאשם לא ניתן להסתפק בעדותה של הקטינה אשר נמסרה בפני חוקר ילדים, ונדרשת קיומה של ראיה מסייעת. בחקירתו במשטרה הכחיש הנאשם כל היכרות עם הקטינה וטען כי לא נפגש עימה מעולם. במהלך המשפט שינה הנאשם את גרסתו וטען כי אומנם פגש בקטינה, ואולם כפר בביצוע עבירות מין בה. כיוון שיריעת המחלוקת בין הצדדים השתנתה בעקבות שינוי גרסאותיו של הנאשם, עולה השאלה באיזה מועד נקבעת יריעת המחלוקת. אם יריעת המחלוקת תיקבע לפי גרסתו של הנאשם בחקירה, די יהיה בראיה מסייעת המעידה על היכרות בין הנאשם לקטינה. לעומת זאת אם המועד לתחימת יריעת המחלוקת ייקבע למשפט, לא יהיה אפשר להסתפק בראיה על ההיכרות בין השניים לצורך ראיית הסיוע, ותידרש ראיה אשר תתייחס למגע המיני האסור.

יריעת המחלוקת עשויה להשתנות לאורך החקירה והמשפט, בשלב איסוף הראיות ואף לאחריו. יריעת המחלוקת עשויה להצטמצם או להתרחב. על כן נודעת חשיבות יתרה לשאלת המועד הקובע לתיחומה של יריעת המחלוקת. בניגוד לדעות המקובלות שהוצגו לאורך השנים בספרות ובפסיקה, התרות אחר מועד קבוע וקשיח שבו תיקבע יריעת המחלוקת, אבקש להציע מבחן גמיש, המשתנה לפי נסיבות העניין. אטען כי באמצעות מבחן גמיש אשר מאפשר להביא בחשבון את מכלול השיקולים והאינטרסים הרלוונטיים לנושא הנדון בכל מקרה ומקרה, יהיה אפשר להגיע לתוצאה צודקת ומדויקת יותר. המודל המוצע יאפשר שיטה מסודרת לבחינת יריעת המחלוקת אשר תיטיב לקדם ולממש את תכליתה של ראיית הסיוע מבלי להתעלם מאינטרסים ומזכויות חיוניים אחרים במשפט. מדובר במבחן המבוסס על כמה קבוצות מוגדרות של שיקולים, המאפשרות התחשבות ועריכת איזון בין אינטרסים חשובים, שיאפשרו מצידן ליתן מענה הולם וצודק בכל מקרה ומקרה.

א. מצבים שבהם נדרשת תוספת ראייתית מסוג סיוע

כלל גדול הוא כי ניתן להרשיע נאשם בפלילים על פי עדות יחידה, לבד ממקרים אשר הוצאו מן הכלל בחוק ובפסיקה שבהם נדרשת תוספת ראייתית לצורך הרשעה. ראיית הסיוע נדרשת כיום בשישה מצבים.¹

ראשית, על פי סעיף 54א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, עדותו היחידה של שותף לעבירה שהוא עד מדינה טעונה תוספת מסוג סיוע לצורך הרשעה.² נדרשים ארבעה תנאים מצטברים לתחולתו של סעיף 54א(א) לפקודה: העד הוא שותף לעבירה; העדות ניתנת מטעם התביעה; ניתנה או הובטחה לעד טובת הנאה; העדות ניתנת בתמורה לטובת ההנאה שניתנה או שהובטחה לעד.

עדות של עד מדינה נתפסת כחשודה, שכן היא מעוררת חשש כי עד המדינה יגלגל את האשמה על שותפו, או – למצער – יקטין את חלקו, כדי להתחמק מאימת הדין בתמורה לטובת הנאה. החששות הגלומים בעדותו של עד המדינה הובילו להצבת דרישה של סיוע לצורך הרשעה על סמך עדותו.³ עם זאת, לא תידרש תוספת ראייתית של סיוע כשמדובר בעדות יחידה של שותף לעבירה שהוא עד מדינה בעבירות שוחד.⁴ ברומה לזה הוחרגה דרישת הסיוע גם לעניין הרשעה על סמך עדות יחידה בעבירות של משחקים אסורים, הגרלות והימורים, כקבוע בסעיף 232 לחוק העונשין.⁵ הטעם להחרגות הללו נעוץ בקושי לאתר ראיות חיצוניות לעבירות אלה, המתבצעות על דרך הכלל במסתרם.⁶

שנית, נדרש סיוע במקרה של עדות יחידה של קטין שתועדה בידי חוקר ילדים כאשר נאסרה העדת הקטין. סעיף 9(א) לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן: חוק הגנת ילדים) קובע חריג לכלל האוסר עדות מפני השמועה ומורה כי עדותו של

- 1 לפי הדין השורר כיום. לביקורת על השימוש שנעשה כיום בדרישת הסיוע במצבים השונים, ראו יניב ואקי **דיני ראיות** כרך ג (צפוי להתפרסם ב-2020).
- 2 ראו ס' 54א(א) לפקודת הראיות ("בית המשפט לא ירשיע נאשם על סמך עדותו היחידה של שותפו לעבירה אלא אם מצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה; ואולם אם היה השותף עד מדינה – טעונה עדותו סיוע; לענין זה, 'עד מדינה' – שותף לאותה עבירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה").
- 3 ראו למשל ע"פ 3197/07 **עיאט נ' מדינת ישראל**, פס' ח לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 26.11.2007); ע"פ 4456/14 **קלנר נ' מדינת ישראל**, פס' 44 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 29.12.2015); ע"פ 2801/95 **קורקין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 791, 810-813 (1998); ע"פ 242/85 **חזן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(1) 512, 516 (1987); ע"פ 1784/08 **פרי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.2.2009); ע"פ 1361/10 **מדינת ישראל נ' זגורי** (פורסם בנבו, 2.6.2011).
- 4 לפי סעיף 296 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ניתן להרשיע בעבירת שוחד על סמך עדות יחידה של עד מדינה ללא תוספת ראייתית ("במשפט על עבירה לפי סימן זה רשאי בית המשפט להרשיע על יסוד עדות אחת, אף אם זו עדות של שותף לעבירה"). כן ראו ע"פ 385/87 **תלאוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב(1) 140, 149 (1988).
- 5 ראו ס' 232 לחוק העונשין ("במשפט על עבירה בשל משחק אסור לפי סימן זה – (1) רשאי בית המשפט להרשיע את הנאשם על יסוד עדות שותף לעבירה גם אם אין לה סיוע").
- 6 דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), התשכ"ג-1963, ה"ח הממשלה 568, 321.

קטין מתחת לגיל 14 שנגבתה בידי חוקר ילדים היא בגדר ראייה קבילה.⁷ מדובר בהגשת הודעה של קטין כראייה לאמיתות תוכנה בלי שאותו קטין העיד בבית המשפט.⁸ לצד זאת, אשר לחריג האמור, מורה סעיף 11 לחוק הגנת ילדים כי "לא יורשע אדם על סמך ראייה לפי סעיף 9, אלא אם יש לה סיוע בראייה אחרת". משהוחלט על הגשת הודעה כאמור באמצעות חוקר הילדים, לא תשמש אותה הודעה עדות יחידה להרשעה, אלא אם כן תימצא לה תוספת ראייתית מסוג סיוע. הטעם לכך נעוץ בניסיון להתגבר על ההקלה הראייתית המגולמת בקבילותה של עדות זו, אשר לא נמסרה בבית המשפט בדרך הרגילה ובאמצעות עדות פרונטלית, ולאחר שנמנעה מההגנה האפשרות לביצוע חקירה נגדית של הילד.⁹ הדרישה לסיוע נועדה לאזן בין הצורך לאפשר לבית המשפט לרדת לחקר האמת ולקיים הליך הוגן, אגב שמירה על זכויות הנאשם, לבין הצורך להגן על ילדים שטרם מלאו להם 14 שנים ולפטור אותם ממתן עדות בבית המשפט.¹⁰

דרישת הסיוע נועדה לשכנע כי אין מדובר בעלילת שווא ובסיפור בדים ולהבטיח כי – חלילה – לא יורשע החף מפשע. עם זאת יש להיזהר פן דרישת הסיוע תסכל את חשיפת האמת ואת האפשרות להרשיע את אלה המבצעים פשעים בזויים כלפי קטינים.¹¹ ככלל, ראייה העשויה להיות סיוע מספק לראייה עיקרית שאינה הודעת קטין לפני חוקר ילדים תספק גם את דרישת הסיוע בעבור הודעת קטין כאמור. ואולם, באשר להימנעותו של הנאשם מלהעיד במשפטו, קובע סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 כי אין בה כדי להיות סיוע לצורך סעיף 11 לחוק הגנת ילדים.

שלישית, גם במקרה של עדות מוקדמת של קטין מתחת לגיל 14 אשר חוקר ילדים אסר את העדתו הנוספת, נדרשת תוספת ראייתית של סיוע. מדובר בעדות מוקדמת יחידה של ילד, כמשמעה לפי חוק הגנת ילדים או חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם

7 ראו ס' 9 לחוק הגנת ילדים: "עדות בעבירה המנויה בתוספת, שתועדה בידי חוקר ילדים בהתאם להוראות חוק זה, וכן זכרון דברים או דין וחשבון לענין חקירה שתועדה כאמור, שנושמו בידי חוקר ילדים בשעת החקירה או אחריה – כשרים להתקבל כראייה בבית משפט", זאת כשמדובר בעדות אשר נמסרה לפני חוקר ילדים על פי הוראות חוק זה בלבד – ורק בגין עבירות המנויות בתוספת לחוק (כגון עבירות מין או אלימות).

8 על פי חוק הגנת ילדים, לחוקר הילדים מסורה סמכות שבשיקול דעת בשאלה אם לאפשר את העדת הקטין אם לאו, והחלטתו בעניין זה היא סופית. הדבר ייעשה כשהעדת הקטין בבית המשפט, וחשיפתו לחקירה נגדית שנועדה לקעקע את מהימנותו ואת אמינותו, עלולה לפגוע בו פגיעה נפשית (ראו שם, בס' 2(ג)); רע"פ 6533/93 **בן אברהם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 698 (1994); ע"פ 2686/15 **בנטו נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.3.2017).

9 ראו ע"פ 2480/09 **פרלון נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.9.2011); ע"פ 5459/09 **שוורץ נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 20.7.2015).

10 ראו עניין **בנטו**, לעיל ה"ש 8, פס' 53 לפסק הדין. אשר לקטין אשר העדתו נאסרה, אין כוחה הראייתית של הודעתו תש אם במהלך הדיון מלאו לו 14 שנים והוא העיד לפני בית המשפט. להרחבה בעניין זה, ראו דנ"פ 3281/02 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 19.9.2002).

11 ראו רע"פ 3904/96 **מורחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 413, 385 (1997). ראו גם בעניין **בנטו**, לעיל ה"ש 8, פס' 6 לחוות דעתו של השופט עמית וההפניות שם ("לגבי דרישת הסיוע במקרים מעין אלה נודמן לי להעיר: 'בעבר נשמעה הקריאה להמיר את דרישת הסיוע, במקרה של עדות שהובאה על-ידי חוקר ילדים, בדרישה לתוספת ראייתית מסוג חיוק בלבד. זאת, בין היתר, נוכח שינויי החקירה ובהם החובה לתעד באופן חזותי את חקירת הילד, כך שבית המשפט יכול להתרשם ממנה כמו עיניו").

מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו–2005 (להלן: חוק הליכי חקירה והעדה), אשר נגבתה לפני הגשת כתב אישום נגד הנאשם, כאשר העדתו הנוספת של אותו ילד בבית המשפט נאסרה בידי חוקר הילדים.¹²

הטעם לדרישת הסיוע במקרים כגון דא נעוץ אף הוא בניסיון לאזן בין זכותו של הנאשם להליך הוגן לבין הצורך להגן על ילדים מפני הפגיעה הנפשית שעלולה להיגרם להם מהעדותם. מדובר בעדות יחידה אשר נמסרה בשלב שעדיין לא ידע הנאשם במה הוא מואשם. ממילא הנאשם אף לא הכיר את התשתית הראייתית נגדו, וזכותו לחקור בחקירה נגדית – שמטרתה לקעקע את מהימנותו של הילד – נשללה, או לחלופין נמנעה הערתו של הילד אם היה בית המשפט סבור כי הדבר דרוש לביטול האמת או לעשיית צדק.¹³ על מנת לאזן את הפגיעה בנאשם בעקבות מצב זה נדרשת תוספת ראייתית של סיוע לביסוס הרשעתו רק על סמך עדותו המוקדמת של הילד.

רביעית, נדרש סיוע גם במצב שבו מצויה לפני בית המשפט עדות יחידה של אדם בעל מוגבלות שכלית או נפשית שתועדה בידי חוקר מיוחד, ובית המשפט פטר אותו ממסירת עדות לפניו. סעיף 20(ב) לחוק הליכי חקירה והעדה קובע כי בתנאים מסוימים אמרתו של אדם בעל מוגבלות כאמור תהא קבילה כראיה לאמיתות תוכנה.¹⁴ הוראה זו קובעת למעשה חריג נוסף לכלל האוסר על עדות מפי השמועה, המאפשר את הגשתה של אמרת חוץ של אדם בעל מוגבלות שנמסרה לפני חוקר מיוחד, כראיה לאמיתות תוכנה, בלי להעיד אותו בבית המשפט. קבילות האמרה מגלמת הקלה ראייתית אשר שוללת מהנאשם את הזכות להעמיד את אמיתות תוכנה של האמרה במבחן באמצעות חקירה נגדית, ומונעת מבית המשפט את האפשרות להתרשם מן העד ישירות. בניסיון להתגבר על קשיים אלה, ובייחוד בשל החשש מפגיעה קשה בזכויותיהם של נאשמים,¹⁵ מורה סעיף 20(ד) לחוק הליכי

12 ראו לעניין זה גם סעיף 121(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 ("עדות מוקדמת, דינה כדין עדות שנגבתה במהלך המשפט, אך בית המשפט ירשה להזמין את העד לעדות נוספת אם ניתן להביא את העד לבית המשפט ונתקיים אחד מאלה – (1) לא היתה לנאשם הזדמנות לחקור את העד; (2) לא ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה למנות לעצמו סניגור כדי שיהיה נוכח בעת גביית העדות ויחקור את העד, או לא מונה לו סניגור שהיתה חובה למנותו; (3) בית המשפט סבור, מטעמים שיירשמו, שהדבר דרוש לביטול האמת או לעשיית צדק. (ב) ילד שנתן עדות מוקדמת לפי סעיפים 117א או 117ב לא יזומן למתן עדות נוספת אלא באישור חוקר ילדים; על עדותו יחולו הוראות סימן זה, בשינויים המחוייבים, וכן יחולו הוראות סעיפים 2(ב), 2(ג), 2(א) ו-10 לחוק הגנת ילדים; לא אישר חוקר הילדים את עדותו של הילד לפי סעיף זה והעדות המוקדמת נגבתה לפני שהוגש האישום, לא ירשיע בית המשפט על סמך עדות זו אלא אם כן יש לה סיוע בראיה אחרת").

13 כאמור שם.

14 ס' 20(ב) לחוק הליכי חקירה והעדה ("אם תועדה בהקלטה חזותית, התקבלה חוות דעת מומחה ולפיה העד הוא אדם עם מוגבלות [...], החוקר המיוחד או חוקר המשטרה, לפי הענין, שגבה את האמרה, העיד על נתינתה, והתקיים אחד מאלה: (1) האדם שנתן את האמרה מעיד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו; [...] (2) בית המשפט פטר את האדם ממסירת עדותו, לפני תחילת עדותו או במהלכה, בשל התקיימות כל אלה: (א) לפי חוות הדעת של המומחה, מתקיים אחד מאלה: (1) מתן העדות עלול לפגוע בעד; (2) העד אינו מסוגל להעיד מחמת מוגבלותו השכלית או הנפשית").

15 דברי ההסבר להצעת חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ד–2004, ה"ח הממשלה 101, 426.

חקירה והעדה כי "אין להרשיע אדם על סמך אמרת אדם שבית המשפט פטר אותו ממסירת עדות כאמור בסעיף זה, אלא אם כן יש לה סיוע בראיה אחרת".

חמישית, נדרש סיוע על פי עדות יחידה לצורך הרשעה בעבירות המרדה. דרישת הסיוע בעבירות ההמרדה, אשר מקורה במשפט המקובל האנגלי, אומצה בידי המחוקק הישראלי בסעיף 60 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ולימים עוגנה בהוראת סעיף 135 לחוק העונשין.¹⁶ בשל חומרתה של עבירת ההמרדה במשפט האנגלי ראה המחוקק האנגלי, ובעקבותיו הלך גם המחוקק הישראלי, לדרוש ראיה מסייעת חיצונית לצורך הרשעה על פי עדות יחידה בעבירה זו.

שישית, גם לצורך הרשעה על פי עדות יחידה בעבירה של עדות שקר נדרש סיוע. מקורה של דרישת הסיוע בעבירה של עדות שקר אף הוא במשפט המקובל ובחקיקה האנגלית, והיא אומצה בפסיקת בתי המשפט בישראל כחלק מאימוץ המשפט המקובל בעניין. המחוקק הישראלי לא התייחס לדרישה זו ולא הפכה לדרישה סטטוטורית, ואף נמנע מעיגונה בסעיף 54א לפקודת הראיות או בכל הוראה אחרת, הקובעת דרישה לתוספות ראיות במשפט הפלילי. עם זאת הפסיקה לא ראתה לנכון לסטות מדרישת הסיוע האמורה, והלכה זו עדיין עומדת על מכונה.¹⁷

הרציונל שביסוד הלכה זו אינו נעוץ אך בקושי שבהכרעה בין הגרסאות העובדתיות הנוגדות. דומה כי הטעם שהובא בעת אימוץ הדרישה בשיטתנו הוא דווקא שיקול שבמדיניות, שעניינו במתן תמריץ לאזרח שנקרא להעיד, לבוא ולמלא את חובתו האזרחית ולהתייצב למתן עדות בבית המשפט, בלי שיחשוש מפני העמדתו לדין בגין עדות שקר. דרישת הסיוע נועדה להבטיח לאזרח הנקרא להעיד במשפט, שלא על נקלה ייתבע לדין לאחר שמילא את חובתו הציבורית.¹⁸ ודוק, דרישת הסיוע בהרשעה על עדות שקר חלה בין שאמינות העד אינה מוטלת בספק ובין שעדותו של העד מעלה סימני שאלה גדולים והיא רצופה תמיהות ופרכות מרובות.

16 ס' 135(ב) לחוק העונשין: "לא יורשע אדם בעבירה לפי סעיפים 133 או 134 על פי עד אחד באין סיוע לעדותו", ואלה הם האיסורים הקבועים שם, בס' 133 ו-134 האמורים: "133. העושה מעשה לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו – מאסר חמש שנים"; "134. (א) המפרסם, מדפיס או משעתק פרסום ויש בו כדי להמריד, דינו – מאסר חמש שנים והפרסום יחולט. (ב) המייבא פרסום שיש בו כדי להמריד, דינו – מאסר חמש שנים והפרסום יחולט, זולת אם לא היה לו יסוד להניח שיש בפרסום כדי להמריד. (ג) המחזיק, ללא הצדק כדין, פרסום שיש בו כדי להמריד, דינו – מאסר שנה אחת והפרסום יחולט".

17 ע"פ 190/82 **מרקוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(1) 225, 294 (1983).

18 ע"פ 4/51 **פיפרלינג נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ה 1209, 1213 (1951) ("נניח ש'א' העיד במשפט אזרחי נגד 'ב', והשופט נתן אמון בדבריו, מגיש 'ב' משפט פלילי נגד 'א' ומאשים אותו בעדות שקר. במשפט הפלילי יכול השופט להרשיע את 'א' על סמך עדותו של 'ב' אם עדותו של 'ב' נראית לו מדברית 'א'; תוצאה כזו שאף המחוקק למנוע, ולכן דרושה כאן הוכחה מסייעת"). ראו גם ע"פ 675/81 **מדינת ישראל נ' אלבוז**, פ"ד לו(3) 265 (1982).

ב. התנאים שעל ראיית הסיוע למלא

הדין הפלילי הישראלי מבחין בין שלושה סוגים של תוספות ראייתיות: סיוע, חיזוק ודבר-מה נוסף, הנבדלות זו מזו באופיין ובאיכותן: תוספת ראייתית מסוג "סיוע" היא בגדר תוספת ראייתית מסבכת, אשר בכוחה לקשור את הנאשם לביצוע העבירה המיוחסת לו, ואילו דרישות ה"חיזוק" ו"הדבר-מה" עניינן בתוספות ראייתיות מאמתות בלבד לעדות הטעונה תוספת או לפרטים המנויים בה. דרישת הסיוע והחיזוק נקבעו בחקיקה, ואילו דרישת הדבר-מה הנוסף נקבעה בפסיקה. עם זאת אין בחוק הגדרה לאף תוספת אחת מהתוספות הראייתיות, ואלה גובשו ונקבעו בפסיקה.¹⁹

דרישת הסיוע נובעת לרוב מן הטעם שאותה עדות יחידה הטעונה תוספת ראייתית – היינו הראיה הבסיסית – נגועה בחשש להימנעותה או שנמנעה עמידתה בפני חקירה נגדית, ולכן ככלל ועל פי ניסיון החיים, לא ניתן לסמוך עליה.²⁰ דרישה זו מקימה חסם בפני הרשעה פלילית במקום שבו נעדרת ראיית סיוע. במצבים אלה מנוע בית המשפט מלהרשיע את הנאשם אף אם השתכנע באשמתו בהתבסס על העדות היחידה, ואף אם נתן לה משקל מרבי, אלא אם התווספה לעדות ראיית סיוע.²¹

על מנת שראיה תוכל לשמש ראיית סיוע, נקבע בפסיקה כי עליה לקיים שלושה תנאים מצטברים:²² ראשית, עליה לבוא ממקור נפרד ועצמאי ביחס לעדות הטעונה סיוע. כאשר העד המסייע חי מפי המקור המסתייע, אין עדותו עולה כדי סיוע.²³ מקורה של ראיית הסיוע צריך להיות אוטונומי ונפרד מהעדות הטעונה סיוע.²⁴ על כן מסירת שתי הודעות מפי אותו עד אינן מספקות לעניין זה, ולא יהיה אפשר לראות בהודעתו השנייה משום ראיה מסייעת להודעתו הראשונה גם אם היא מוסיפה פרטים על ההודעה הראשונה, שכן מקורן באותו עד.²⁵

19 לביקורת על כך, ראו ואקי דיני ראיות, לעיל ה"ש 1.

20 ע"פ 318/79 אנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 106, 98 (1980).

21 ואולם, אין בקיומה של ראיית סיוע, שמצטרפת לראיה העיקרית, כדי לחייב בהרשעת הנאשם, והדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט לפי המשקל שהוא מייחס לראיות שלפניו.

22 המשקל הראייתי של התוספת הראייתית הנדרשת ישתנה ממקרה למקרה והוא עומד ביחס הפוך למשקלה של העדות העיקרית הטעונה תוספת ראייתית, בבחינת "מקבילית כוחות". ככל שמשקלה של העדות היחידה, לפי מהימנותה ואמינותה, גדול יותר, כך משקלה של התוספת הראייתית הנדרשת לצורך הרשעת הנאשם יהא קטן יותר. ואולם, כאשר משקלה של העדות היחידה קטן מאוד עד אפסי, ובית המשפט אינו יכול אפוא לקבוע ממצא על פיה, גם תוספת ראייתית מכבירה לא תרפא את הפגם ולא יהיה אפשר לבסס הרשעה על פיה. ודוק, גם כשניתן להקל בדרישת משקלה הראייתי של התוספת הראייתית, אין לוותר על מאפייניה, ועליה לקיים את התנאים הקבועים לכינונה. הסקירה שתובא להלן משקפת את הדין הנוהג הגם שניתן לבקר את נחיצותם של שלושת התנאים שנקבעו בפסיקה לאפיון ראיית הסיוע. ביקורת זו חורגת מגבולותיו של מאמר זה.

23 עניין **מרקוס**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 254.

24 עניין **זגורי**, לעיל ה"ש 3, פס' 30 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

25 הדרישה למקור נפרד ועצמאי הוגמשה בפסיקה בשני מקרים: (א) בקשר למצבו הנפשי של קורבן העבירה. מצבו הנפשי של מי שנפל קורבן לעבירות מין בסמוך לאירוע הנטען, או בשעה שהוא נדרש להתייחס לאירוע, יכול שישמש ראיה אובייקטיבית שיש בה כדי לסייע לעדותו אף שמקורה באותו עד (קורבן העבירה) (ראו ע"פ 2608/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 267, 277 (2005)); (ב) בקשר

שנית, על הראיה המסייעת לסבך, או להיות נוטה לסבך, את הנאשם באחריות לביצוע המעשה המיוחס לו, אם כי אין היא חייבת להתייחס לכל פרט מפרטי העדות הטעונה סיוע.²⁶ לפי תנאי זה, ראיה מסוימת תעלה כדי סיוע אם יש בכוחה לקשור את הנאשם לביצוע העבירה, נוסף על העדות הטעונה סיוע.²⁷ כך, לדוגמה, הצעתו של נאשם לגופי החקירה לשמש עד מדינה עולה כדי "ראשית הודאה" אשר בכוחה לסבך את הנאשם באחריות לביצוע העבירה המיוחסת לו, ועל כן היא עשויה לשמש סיוע במקום שבו נדרש סיוע. בדומה לזה, הימצאותו של ממצא פורנזי, כגון טביעת אצבע של הנאשם בזירת העבירה, קושרת אף היא את הנאשם לעבירה ועשויה לשמש סיוע.²⁸

שלישית, על הראיה המסייעת להתייחס לנקודה ממשית השנויה במחלוקת בין הצדדים (התביעה והנאשם),²⁹ שהיא חלק בלתי נפרד מהפרשה מושא האישום,³⁰ גם אם המחלוקת אינה נוגעת ישירות ליסודות העבירה,³¹ וגם כאשר הראיה אינה נוגעת ישירות למעשה העברייני עצמו.³² די בזה שהראיה המסייעת נוגעת לעניין אחד השנוי במחלוקת, ואין דרישה כי היא תתייחס לכל הנקודות השנויות במחלוקת.³³

לפיכך קיומה של ראית סיוע מושפע מרוחב יריעת המחלוקת בין התביעה להגנה, במובן זה שככל שהכחשתו של הנאשם היא גורפת וכללית יותר, כך היקפה של דרישת הסיוע עשוי להיות מצומצם יותר.³⁴ לדוגמה, כשנאשם המואשם בעבירת אינוס טוען כי לא

לכלל שלפיו ידיעת פרטים מיוחדים ("פרטים מוכמנים") אצל העד שעדותו טעונה סיוע, יש בה כדי לספק את דרישת הסיוע לעדותו (ראו ע"פ 6279/03 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.2.2004); ע"פ 9804/08 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.4.2008); ע"פ 5691/06 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.2.2009)).

26 "ראיית הסיוע אינה חייבת להתייחס לכל פרטי האירוע נושא האישום, ודי לה אם מתייחסת לפרט מהותי אחד" (ראו בש"פ 7194/97 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(5) 409, 403 (1997); ע"פ 258/83 **מדינת ישראל נ' אהרוני**, פ"ד מ(1) 629 617 (1986)).

27 ע"פ 7832/04 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.5.2006).

28 ככלל, הסיוע נדרש הן לעצם ביצוע העבירה והן לזיהויו של מבצע העבירה. עם זאת נקבע לכך חריג. בעבירות פנים-משפחתיות, כאשר הנאשם מוכר היטב לקורבן העבירה והאפשרות כי המעשה המיוחס נעשה בידי אדם אחר היא, על פני הדברים, רחוקה – כאשר זהות הנאשם היא למעשה חלק אינטגרלי מסיפור המעשה – אין להציב דרישה לסיוע המסבך את הנאשם בנפרד מהסיוע לגרסה כולה (ראו רע"פ 3904/96 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 385, 406, 409 (1997)).

29 ראו ע"פ 4583/13 **סן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.9.2015); ע"פ 4596/98 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 165, 145 (2000); ע"פ 1538/02 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(3) 590 (2003); ע"פ 387/83 **מדינת ישראל נ' יהודאי**, פ"ד לט(4) 197 (1985).

30 ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל**, פס' 361 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 10.11.2011).

31 ע"פ 4721/99 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(1) 696, 684 (1999). כן ראו ע"פ 7832/04, לעיל ה"ש 27.

32 ראו עניין **קצב**, לעיל ה"ש 30.

33 "אין ראית הסיוע חייבת להתייחס לכל העובדות השנויות במחלוקת, ודי לה אם היא תתייחס לאחת – או לאחדות – מהן, ובלבד שתהא זו, בנסיבות העניין, עובדה מהותית" (עניין **כהן**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 409).

34 ע"פ 9608/11 **מדינת ישראל נ' פלוגי** (פורסם בנבו, 7.7.2014); עניין **סן**, לעיל ה"ש 29; ע"פ 3021/17 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פס' 31 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 11.1.2018). ניתן לתהות אם גישה זו מיטיבה להגשים את תכליתה של ראית הסיוע. למשל, ספק אם כאשר נאשם כופר ככלל בכתב

נכח כלל במקום, או שהוא אינו מכיר כלל את המתלוננת הקטינה, כל ראייה התומכת בנוכחותו או בכך שקיים יחסי מין עם המתלוננת עשויה לשמש סיוע נגדו. לעומת זאת אם הנאשם המואשם באיננו מאשר כי קיים יחסי מין עם המתלוננת אך טוען כי אלה נעשו בהסכמה, תקוים דרישת הסיוע רק אם היא תתייחס לסוגיה בדבר היעדר ההסכמה.³⁵ ודוק, מדובר ביריעת המחלוקת בין התביעה לבין כל אחד מהנאשמים בנפרד,³⁶ בכל אחת מהעבירות המיוחסות לו בכתב האישום.³⁷ לפיכך ייתכנו מצבים שבהם ראיות יוכלו לשמש סיוע נגד נאשם אחד (שכן לפי גרסתו, אותה ראייה נוגעת לעניין שנוי במחלוקת בין התביעה לבינו), אך לא יוכלו לשמש ככאלה נגד נאשם אחר (שכן לפי גרסתו, אותו עניין אינו שנוי במחלוקת, ועל כן אותה ראייה אינה מקיימת את התנאי האמור). כשמדובר במסכת אחת של פרשות הכוללת כמה אישומים, כאשר כל אישום עניינו בפרשה שאומנם היא נפרדת ועם זאת קשורה לפרשות האחרות, ניתן להסתפק בסיוע לאחד או לאחדים ממעשי העבירה (לכל אחד מהנאשמים) כדי לבסס הרשעה גם בקשר לפרשות האחרות המרכיבות את המסכת הכוללת.³⁸ די בראיית הסיוע שתתייחס, בראיה עצמאית, לאחת מהפרשות מתוך הפרשה הכוללת כולה, שכן סיוע כזה יש בו כדי ללמד על אמיתות הגרסה כולה, כמקשה אחת.³⁹ לדוגמה, כאשר עד מדינה מספר על ביצוע כמה עבירות עם הנאשם יחד, והנאשם מכחיש את ביצוע העבירות הכחשה גורפת, די בעדות מסייעת נגד הנאשם באשר לביצועה של אחת העבירות כדי לספק את דרישת הסיוע לכל העבירות המיוחסות לו.⁴⁰ מכאן שדי בסיוע שיימצא לאחד מהאירועים כדי שהוא יקריין על כל חוליותיה של המסכת, כשחוליות אלה אחוזות זו בזו עד שהן מהוות שרשרת אחת של אירועים.⁴¹

לצד הדרישה לשלושת התנאים הללו נקבע כי הם אינם חייבים להתקיים כולם בראיה אחת ויחידה, והם עשויים להתקיים בכמה ראיות נפרדות, באופן שכולן יחד מקיימות את דרישת הסיוע.⁴²

האישום – האם כל הוכחה של נתון שנכתב בכתב האישום – יהיה שולי כאשר יהיה – משרתת את המטרה הנורמטיבית של דרישת הסיוע?
 35 ראו שם; עניין קצב, לעיל ה"ש 30, פס' 142.
 36 עניין חזן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 516. ע"פ 323/85 אלרמאק נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 57, 62 (1985).
 37 ע"פ 4938/94 שמרלינג נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 181 (1996).
 38 עניין קורקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 812. כן ראו ע"פ 361/70 ג'ובארה נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(2) 747, 750 (1970); ע"פ 635/88 מדינת ישראל נ' אורי, פ"ד מד(4) 227, 241 (1990).
 39 בש"פ 70/90 צדוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 250, 252 (1990).
 40 שם; עניין חזן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 519.
 41 ע"פ 632/83 הרוש נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 253, 261 (1985); ע"פ 591/79 אסיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 253, 261 (1980). עם זאת ניתן לתהות על צדקתה של הלכה זו בכל מיני מצבים, כגון במצב שבו העבירות אינן דומות זו לזו או שאינן ממש קשורות זו לזו.
 42 עניין כהן, לעיל ה"ש 26; עניין זגורי, לעיל ה"ש 3, פס' פג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין. וראו גם ע"פ 5546/06 מוערו נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 4.1.2007); ע"פ 2544/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 7.2.2019); ע"פ 5385/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 29 והפסיקה המובאת שם (פורסם בנבו, 4.12.2013).

ג. תיחומה של יריעת המחלוקת לעניין ראיית הסיוע

1. כללי

מאמר זה יתמקד בתנאי השלישי מבין תנאיה של ראיית הסיוע, שעניינו קביעת מועד יריעת המחלוקת. לתחימתה של יריעת המחלוקת נודעת חשיבות רבה משום שראיית הסיוע שהתביעה נדרשת להביא נקבעת לפי רוחבה, ועל כן כל שינוי ביריעת המחלוקת משפיע על שאלת קיומה של ראיית סיוע בחומר החקירה ועשוי להשפיע על תוצאת המשפט. בהיעדר שינוי בין גרסאותיו של הנאשם אין מתעוררת שאלת העיתוי להגדרתה של יריעת המחלוקת, וראיית הסיוע תיבחן אל מול יריעת המחלוקת הנגזרת מגרסתו היחידה (או מגרסאותיו האחידות) של הנאשם.

יריעת המחלוקת בין הצדדים עשויה להשתנות במהלך החקירה ובמהלך המשפט; רוחבה עשוי להתרחב או להצטמצם. לפיכך מתעוררת השאלה: כשיריעת המחלוקת משתנה לאורך ההליך, לאיזו יריעת מחלוקת יש להתייחס בבחינת ראיית הסיוע – האם ליריעת המחלוקת שנקבעה לפי גרסתו הראשונה של הנאשם, או שמא לפי גרסה אחרת שמסר? השנייה? השלישית? האחרונה? האם גדר המחלוקת צריך להיקבע לפי הגרסה המצמצמת של הנאשם או לפי זו המרחיבה? ומה כאשר הנאשם שומר על זכות השתיקה?

כדי להמחיש סוגיה זו ניטול את הדוגמה הזאת: נאשם מואשם בביצוע עבירות אלימות בקטיין.⁴³ הוא מוסר גרסה במשטרה שלפיה הוא אינו מכיר את המתלונן ומעולם לא נפגש עימו, כל שכן לא ביצע בו כל עבירת אלימות. לאחר מכן הוא משנה את גרסתו ומוסר גרסה אחרת שלפיה הוא נפגש עם המתלונן אולם לא ביצע בו עבירת אלימות. אם תיקבע יריעת המחלוקת על פי גרסתו הראשונה, אזי מדובר ביריעת מחלוקת רחבה, וכל ראיה אשר תוכיח קשר בין הנאשם למתלונן עשויה לעלות כדי ראיית סיוע. במקרה כזה הימצאותה של ראיית DNA של הנאשם על גופו של המתלונן (או להפך – הימצאות ראיית DNA של המתלונן על גופו של הנאשם) תצביע על קשר בין הנאשם למתלונן ותעלה כדי הסיוע הנדרש להרשעתו (אם הנאשם לא יספק הסבר אחר להימצאותה של הראייה). ואולם, אם תיקבע יריעת המחלוקת על פי גרסתו השנייה – ולפיה נפגש עם המתלונן אולם לא ביצע בו עבירת אלימות – יהיה מדובר ביריעת מחלוקת צרה, ותידרש ראיית סיוע המתייחסת אך למחלוקת זו. במקרה זה הימצאותה של ראיית DNA לבדה, שאין בה כדי להצביע על ביצוע אלימות, לא תעלה כדי ראיית סיוע, שכן כעת אין בה כדי להתייחס לנקודה שנויה במחלוקת בין הצדדים.

על כן בניגוד לתנאים האחרים, תנאי זה לקיומה של ראיית הסיוע – שלפיו על ראיית הסיוע להתייחס לנקודה ממשית השנויה במחלוקת בין הצדדים – מעורר קושי מיוחד, שכן קיומו או אי-עמידה בו עשויים להשתנות לאורך ההליך. יריעת המחלוקת עשויה להתרחב לאורך ההליך ובאותה מידה יכול שהיא תצטמצם, והכול בעקבות שינוי הגרסאות שבפי הנאשם: הנאשם יכול למסור בחקירתו במשטרה (בהיותו חשוד) גרסה מסוימת, ואילו בהמשך, בתשובתו לאישום בתחילת משפטו, למסור גרסה אחרת.

43 אשר מסר את עדותו לפני חוקר ילדים והעדתו במשפט נאסרה.

על כן שאלה היא באיזה שלב נקבעת יריעת המחלוקת לעניין בחינת טיבן של ראיות הסיוע – האם לפי הגרסה הראשונה שמסר הנאשם במשטרה (אשר תכונה להלן: 44 מועד א) ? האם לפי הגרסה האחרונה שמסר במשטרה (אשר תכונה להלן: מועד ב) ? האם לפי הגרסה שמסר הנאשם במשפט במענה לכתב האישום (אשר תכונה להלן: מועד ג) ? או לפי הגרסה שמסר בעדותו כעד הגנה (אשר תכונה להלן: מועד ד) ? אולי זו שנמסרה במהלך סיכומי ההגנה (אשר תכונה להלן: מועד ה) ?

2. הדין הנוהג

במפתיע, שאלת מועד קביעתה של יריעת המחלוקת התעוררה בעבר בפסקי דין ספורים בלבד, ונדונה רק לאחרונה דיון מקיף ומעמיק בעניין נחמני.⁴⁵ עיון בכל אותם פסקי דין (לרבות בפסק הדין בעניין נחמני) מגלה קיומן של דעות שונות ומגוונות. עם זאת המשותף לכולן הוא הניסיון לקבוע מועד אחד ויחיד שבו תיקבע יריעת המחלוקת בכל מקרה ומקרה קביעה גורפת.

בעניין אנגל הביע דעתו השופט ברק באמרת אגב כי אם הנאשם שומר על שתיקה בעת חקירתו במשטרה, וכל עוד הוא לא מסר את גרסתו בבית המשפט, לא ניתן להכריע בדבר רוחבה של יריעת המחלוקת, ולכן לא ניתן לקבוע אם הראיות הקיימות בתיק עולות כדי ראיית סיוע.⁴⁶ בעניין יהודאי שמר הנאשם על שתיקה בחקירה במשטרה. בית המשפט ציין כי יריעת המחלוקת תיקבע לפי גרסתו של הנאשם כפי שתימסר במשפט.⁴⁷ מפסקי דין אלה עולה כי לא ניתן לראות בשתיקתו של הנאשם במשטרה משום גרסה שלפיה תוכרע יריעת המחלוקת (ולפיה הנאשם כופר בכל עובדות כתב האישום, וככזו – היא תגרום לקביעתה של יריעת מחלוקת רחבה ביותר), אלא שיריעת המחלוקת תיקבע לפי הגרסה שתוצג בבית המשפט.

בעניין מובארק הואשם הנאשם ברצח אדם בדירתו. בגרסתו הראשונה במשטרה הכחיש הנאשם לחלוטין את הימצאותו בדירה. בהמשך שינה את גרסתו וטען שהיה בדירה, אך שלל מעורבות בביצוע הרצח עצמו. נפסק שבשל החשש לשינוי גרסה מטעמים טקטיים ובהיעדר הסבר לשינוי הגרסאות ניתן לקבוע את יריעת המחלוקת הרחבה ביותר העולה מגרסאותיו. בית המשפט הדגיש כי כאשר קיים חשש לשינוי גרסה מטעמים טקטיים ובהיעדר הסבר לכך המעלה ספק סביר, רשאי בית המשפט לחייב את הנאשם לפי יריעת המחלוקת הרחבה ביותר שפרס, בין שמדובר בגרסה מוקדמת שמסר ובין שמדובר בגרסה מאוחרת.⁴⁸

44 לצורך הנוחות השמות תואמים את שמות המועדים שנקבעו בפסק הדין בעניין נחמני, ראו ע"פ 6813/16 נחמני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.9.2018).

45 ש.ס.

46 עניין אנגל, לעיל ה"ש 20, פס' 8 (ב) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק.

47 עניין יהודאי, לעיל ה"ש 29, פס' 7 לפסק דינו של השופט גולדברג (בית המשפט לא התייחס לאפשרות של שינויי גרסאות במשפט ולא נדרש לשאלה איזו גרסה יש לאמץ מבין אלה שנמסרו במשפט).

48 ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, פס' 26–28 (פורסם בנבו, 10.4.2013), אם כי פרשה זו לא עסקה בשאלה מהי ראיית הסיוע הצריכה להיגזר מיריעת המחלוקת.

בעניין פלוני יוחסה לנאשם עבירת אינוס. הנאשם הודה במשטרה בביצוע עבירות של מעשים מגונים והכחיש ביצוע אונס, אך לאחר הגשת כתב האישום חזר בו מהודאתו והכחיש את מכלול המעשים המיוחסים לו. נקבע כי במקרה כזה ייקבע גדר המחלוקת לפי הגרסה שמסר הנאשם במשפט, הרחבה יותר. לדעת השופט זילברטל, כאשר נקבעת יריעת המחלוקת על פי הגרסה שהציג הנאשם בשלב מאוחר, ולאחר שניתנה לו ההזדמנות לבדוק ולבחון את חומר הראיות ולכוון על פיו את עמדתו, אין נפגעת זכותו להליך הוגן, ואין סיבה שלא לזקוף לחובתו את גרסתו המאוחרת.⁴⁹

בעניין סקורדוק מסרו הנאשמים בחקירתם במשטרה גרסה אשר פרסה יריעת מחלוקת רחבה מזו שהוצגה לבסוף במשפט. התביעה ביקשה לבחון את ראיות הסיוע אל מול היריעה הרחבה שנפרסה בחקירה במשטרה. ואולם, בית המשפט נמנע מלהכריע בסוגיה לאחר שנמצא סיוע גם ליריעת המחלוקת הצרה יותר.⁵⁰

דעות שונות בסוגיה זו ניתן למצוא גם בספרות, ואולם גם כאן כל הדעות שהושמעו מצדדות בקביעת מועד אחד ואחיד שבו תקבע יריעת המחלוקת. המלומדים קדמי והורביץ הביעו את דעתם כי יש לבחון את ראיית הסיוע אל מול הגרסה הראשונה שמוסר הנאשם בחקירתו. על פי גישה זו, יריעת המחלוקת צריך שתקבע לפני שהייתה לנאשם הזדמנות לבדוק את חומר הראיות ולכוון על פיו את עמדתו וכך יוכל לקבוע חזית מריבה שאינה מכוסה בראיית סיוע.⁵¹ עם זאת קדמי סבור שאם הנאשם שומר על שתיקה בחקירה, יש ליתן לו ליהנות מזכות השתיקה עד תומה, ועל כן יריעת המחלוקת תיקבע לפי הגרסה שימסור במשפט, גם אם יש בכך כדי לאפשר לנאשם לקבוע את חזית המריבה הנוחה ביותר לזכותו והמכבידה ביותר על התביעה.⁵² לעומת זאת לדעת המלומד הורביץ, כאשר הנאשם שומר על זכות השתיקה במשטרה, יש לראות בשתיקתו משום כפירה בכל העובדות המפלילות. על כן תיקבע יריעת מחלוקת רחבה.⁵³

מהסקירה שהובאה לעיל עולה כי לא ניתן לגזור הלכה ברורה מהמקרים שנדונו בעבר. נוסף על זה, ומטבע הדברים, בתי המשפט הכריעו במקרה שהובא לפנייהם ולא הרחיבו את הדיון לכל המצבים האפשריים העשויים לעלות בעקבות שינוי הגרסאות של הנאשם.

3. פסק הדין בעניין נחמני

בעניין נחמני נדונה שאלת קביעת מועדה של יריעת המחלוקת באריכות, ונקבעה לראשונה הלכה בנושא. באותו מקרה הואשם הנאשם באינוסה של ילדה. בחקירתו במשטרה הכחיש הנאשם כל מעורבות באירוע וכל היכרות עם הילדה. בהמשך, במהלך המשפט וכחלק מתשובתו לאישום, שינה הנאשם את גרסתו והודה בביצוע מעשים מגונים בילדה והכחיש

49 ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 27.8.2012). בקשה לדין נוסף נדחתה, ראו דנ"פ 6713/12 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.10.2012).

50 ע"פ 4087/14 סקורדוק נ' מדינת ישראל, פס' 63 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 5.1.2017).

51 יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 279 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009); יאיר הורביץ "ראיית הסיוע במשפט הפלילי – מגמות חדשות" משפטים ט 249, 256–257 (1979).

52 קדמי, שם.

53 הורביץ, לעיל ה"ש 51, בעמ' 257.

את ביצוע האונס. בית המשפט קיים דיון מעמיק בסוגיה והביע את דעתו לא רק על מצב דברים זה – שבו הנאשם מצמצם את יריעת המחלוקת לאחר הגשת כתב האישום – אלא גם באשר למצבים אחרים המעוררים את הסוגיה, כגון כאשר שינה הנאשם את גרסאותיו במשטרה ודבק במשפט בגרסה האחרונה שמסר במשטרה; כאשר שתק הנאשם בחקירתו במשטרה ומסר לראשונה את גרסתו בבית המשפט, ועוד.

כלל השופטים הסכימו כי יש לקבוע מועד אחד אשר רלוונטי לכל המקרים שבהם נדרש להכריע במועד יריעת המחלוקת, ואולם הדעות נחלקו באשר לעיתוי. נוסף על זה, כל השופטים הסכימו כי אין להגדיר את יריעת המחלוקת במועד א, לפי גרסתו הראשונה של הנאשם שנמסרה בחקירתו במשטרה, וגם לא לפי גרסתו האחרונה שמסר במשפטו (מועד ד). ואולם, דעות השופטים נחלקו באשר לשאלה אם ראוי שיריעת המחלוקת תיקבע לפי גרסתו של הנאשם שנמסרה במענה לכתב האישום (מועד ג) או לפי גרסתו האחרונה שמסר במשטרה (מועד ב). בדעת רוב, של השופט הנדל ושל השופט שהם, נפסק כי המועד הקובע לצורך הגדרתה של יריעת המחלוקת בין הצדדים הוא מועד מתן המענה של הנאשם לכתב האישום (מועד ג). לעומת זאת השופטת ברק-ארז סברה, בדעת מיעוט, כי המועד הקובע הוא מועד חקירתו האחרונה של הנאשם במשטרה (מועד ב).

לפי דעת הרוב, הטעם העיקרי לתחמת יריעת המחלוקת לפי גרסאותיו של הנאשם במשפט עצמו נעוץ בצורך שראיית הסיוע תתייחס לנקודה שבמחלוקת בשלב ההכרעה, בניגוד לגרסה מוקדמת יותר שנמסרה בחקירה אשר אינה תואמת את המחלוקת בין הצדדים בפועל. לפיכך ככל שהשלב שבו נקבעת יריעת המחלוקת הוא מאוחר יותר וסמוך לנקודת ההכרעה במשפט, כך הדרך שבה תשרת יריעת המחלוקת את תכליתה של ראיית הסיוע תהיה טובה יותר. עם זאת בשל הצורך ליתן משקל לאינטרס הציבורי שבהענקת אפשרות הוגנת לתביעה להוכיח את האשמה, סויגה עמדה זו ונפסק כי המועד הקובע יהיה שלב תשובת הנאשם לאישום (ולא שלב מאוחר יותר, כגון השלב שבו הנאשם מסר את עדותו כעד הגנה או שלב הסיכומים).⁵⁴ לפי גישה זו, ניתן לקבוע את יריעת המחלוקת בין התביעה לבין ההגנה רק מהשלב שבו מתחיל המשפט, ועל כן לא ניתן לקבוע את יריעת המחלוקת על סמך גרסאותיו של הנאשם במשטרה ואף לא על פי גרסתו האחרונה שנמסרה בחקירה.⁵⁵ לעומת זאת לדעת השופטת ברק-ארז, יש לתחום את יריעת המחלוקת לפי גרסאותיו של הנאשם בחקירה, ולא במשפט. לגישתה, קיים חשש מפני התנהלות טקטית פסולה של הנאשם. בשלב שבו נחשף הנאשם לראיות התביעה, לאחר הגשת כתב האישום, גובר החשש שמא צמצום יריעת המחלוקת נבע רק מההבנה שקיימות ראיות איתנות שמפריכות את ההכחשה הגורפת של הנאשם במשטרה. על כן, לשיטתה, יש לקבוע את יריעת המחלוקת לפי הגרסה שמסר הנאשם במשטרה.⁵⁶ עם זאת בשל מצבו של

54 עניין נחמני, לעיל ה"ש 44, פס' 25 ו-27 לפסק דינו של השופט הנדל.

55 שם, פס' 33.

56 שם, פס' 9 ו-15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. השופטת ברק-ארז לא התייחסה במפורש למצב שבו שינוי גרסאותיו של הנאשם הוביל להרחבת יריעת המחלוקת. ואולם מעצם העובדה כי השיקול העיקרי הוא השיקול בדבר החשש להתנהלות מניפולטיבית מצד הנאשם לאחר שנחשף לחומרי חקירה, נדמה כי במקרה שבו הנאשם מרחיב את היריעה מתאיין אותו חשש, וניתן לקבוע את יריעת המחלוקת לפי גרסתו המאוחרת גם אם ניתנה בבית המשפט.

הנאשם בחקירה, המצוי בתנאי לחץ ובתחושת בלבול, סבורה ברק-ארוז כי אין מקום "לתפוס" את הנאשם בגרסתו הראשונה שמסר במשטרה. על כן הביעה דעתה כי יש לקבוע את יריעת המחלוקת לפי גרסאותיו המאוחרות שנמסרו בחקירה, גם אם יש בהן כדי לצמצם את יריעת המחלוקת.⁵⁷

גם כאשר למצב דברים שבו הנאשם שומר על זכות השתיקה במשטרה ומוסר את גרסתו רק במשפט, נחלקו דעות השופטים.⁵⁸ בעומדם על חשיבותה של זכות השתיקה כזכות יסוד קבעו השופטים הנדל ושהם כי אין לראות בשתיקה משום הכחשה גורפת המייצרת יריעת מחלוקת רחבה. הובע, גם במקרה זה, כי יריעת המחלוקת תיקבע לפי הגרסה שהוצגה במענה לכתב האישום.⁵⁹ השופטת ברק-ארוז נמנעה מלהכריע בסוגיה זו לא בלי שהביעה את דעתה כי יש מקום לעיון נוסף בפסקי הדין⁶⁰ שעליהם נהוג לבסס את הטיעון שלפיו נאשם אשר שמר על זכות השתיקה יוכל לתחום את חזית המחלוקת לעניין דרישת הסיוע רק במועד מתן עדותו במשפט. לגישתה, טמון קושי בכך שנאשם אשר שמר על זכות השתיקה בחקירה יוכל לתחום את זירת המחלוקת בשלב של מסירת עדותו במשפט ולאחר שנחשף לראיות התביעה, וכך יסכל – טקטית – את אפשרותה של התביעה להביא ראיית סיוע.⁶¹

באשר למצב דברים שבו הנאשם מרחיב את יריעת המחלוקת, הביע דעתו השופט הנדל כי ניתן להצדיק את בחינתה של ראיית הסיוע אל מול גרסתו המאוחרת והעדכנית של הנאשם, שכן במקרה כזה ראיית הסיוע תיגע בנקודה שבמחלוקת בין הצדדים, נכון למהלך המשפט, ובעיקר למועד ההכרעה במחלוקת. עם זאת עמדה זו הובאה כנימוק לעמדתו העיקרית שלפיה אין לקבוע את יריעת המחלוקת לפי הגרסה שמסר הנאשם במשטרה, אם מסר גרסה אחרת במשפט. על כן לא ברור אם הכרעתו של השופט הנדל (ושל דעת הרוב) היא כי במקרה זה – של הרחבת היריעה – המועד הקובע הוא מועד מתן תשובתו של הנאשם לכתב האישום (מועד ג) או המועד המאוחר ביותר שבו מסר הנאשם את גרסתו, לדוגמה בעדותו כעד הגנה (מועד ד).⁶² השופט שהם, שסבר כי במקרה של שינוי גרסאות המוביל להרחבת החזית משתנים "כללי המשחק", הגביל את הכרעתו אך למצב שבו שינוי הגרסאות מוביל לצמצום יריעת המחלוקת ונמנע מלהכריע בסוגיה.⁶³ גם לגישת השופטת ברק-ארוז, חלים במקרה כזה "שיקולים עקרוניים ומעשים שונים", אולם כיוון שהדבר לא נדרש, נמנעה גם היא מלהכריע בעניין.⁶⁴

57 שם, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.
 58 באמרות אגב, שכן לא נדרשה הכרעה בסוגיה בנסיבותיו של אותו מקרה.
 59 שם, פס' 19 ו-30 לפסק דינו של השופט הנדל; פס' 5 ו-7 (א) לפסק דינו של השופט שהם.
 60 ניין אנגל, לעיל ה"ש 20, פס' 8 (ב) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק; עניין יהודאי, לעיל ה"ש 29, פס' 7 לפסק דינו של השופט גולדברג.
 61 עניין נחמני, לעיל ה"ש 44, פס' 21 ו-24 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.
 62 שם, פס' 22 ו-25 לפסק דינו של השופט הנדל.
 63 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט שהם.
 64 שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

4. הצעה למבחן גמיש לקביעת מועד יריעת המחלוקת

ניתן להצביע על כמה קשיים עיקריים הנובעים מהכרעה המבקשת לתחום את יריעת המחלוקת במועד אחד קבוע ובלתי משתנה. הכרעה כזו אינה רגישה לנסיבות המיוחדות של המקרה ואינה מאפשרת להביא בחשבון את **מכלול השיקולים הרלוונטיים** בכל מקרה ומקרה. נוסף על זה, הכרעה כזו אינה מביאה בחשבון כי **עוצמתם של השיקולים** השונים עשויה להשתנות לפי נסיבותיו של כל מקרה ובכך לשנות את נקודת האיזון בין האינטרסים השונים.

קביעת מועד קשיח לתחילת יריעת המחלוקת אינו מאפשר עריכת איזון בין האינטרסים הנוגדים והתחשבות בזכויות ובאינטרסים חשובים נוספים, כאשר היא נותנת עדיפות מוחלטת לשיקולים מסוימים ודוחה כליל את האינטרסים הנוגדים. למשל, קביעת מועד ג כמועד קשיח אינה מביאה בחשבון את סוג העבירה שעל הפרק ואת האינטרס הציבורי במניעתה (הבדל למשל בין עבירות מין אשר ככלל מתאפיינות בקושי אינהרנטי באיסוף ראיות לבין עבירות אחרות אשר ניתן למצוא להן ראיות). לעומת זאת גם קביעת מועד קשיח במועד ב עשויה להתעלם מזכויות הנאשם שאפשר שיהיה מצוי במצב נפשי קשה בחקירתו. נוסף על זה, ההכרעה שניתנה בעניין נחמני עוסקת במצב דברים שעמד להכרעה (צמצום יריעת המחלוקת) ואינה חלה על מצבים אחרים שבהם משתנה יריעת המחלוקת (כגון שינוי יריעת המחלוקת בתוך כדי הרחבת היריעה או במקרים שבהם הנאשם שתק בחקירתו במשטרה ומסר את גרסתו לראשונה במשפט).

אני סבור כי לצורך הכרעה בסוגיה זו בכללותה, על כל קשת המצבים האפשריים, יש לעצב מבחן גמיש המאפשר איזון אינטרסים קונקרטי לכל מקרה ומקרה. לצורך כך על מבחן זה להביא בחשבון ארבע קבוצות של שיקולים עיקריים,⁶⁵ כאשר ההכרעה בסוגיה תימצא, בכל מקרה, בפתרון אשר ייטיב לאזן בין ארבעת השיקולים הללו.

השיקול הראשון עניינו בצורך לטייב את ראיית הסיוע ולהגשים את תכליתה במתן חיזוק של ממש לעדות המפלילה. לפיכך ראיית הסיוע צריכה להתייחס לנקודה שבמחלוקת בין שתי הגרסאות שביניהן נדרש בית המשפט להכריע ולא אל גרסאות מוסכמות, כל שכן היא אינה צריכה להתיישב עם הגרסה המזכה. על כן נדרש כי ראיית הסיוע תוכל לבוא לידי ביטוי רק בראיות אשר מתייחסות ליריעת המחלוקת בין הצדדים בשלב שבו בית המשפט נדרש להכריע במחלוקת. שיקול זה מטה את הכף, ככלל, לעבר הדעה שיריעת המחלוקת תוגדר בסוף המשפט ולפי הגרסה האחרונה שמסר הנאשם, שבה נדרש בית המשפט להכריע.⁶⁶

ניטול לדוגמה מצב שבו מדובר בעדות של עד מדינה נגד נאשם בכיצוע עבירת רצח, שלפיה הכה הנאשם את הקורבן למוות. גרסתו הראשונה של הנאשם במשטרה היא כי לא

65 כפי שתואר לעיל, מדובר בשיקולים אשר הובאו בפסק הדין בעניין נחמני (שם), ואשר שימשו את השופטים לצורך הכרעתם. ואולם, כפי שיובהר להן, המודל המוצע מבקש לארגן את השיקולים השונים לפי קטגוריות הכוללות שיקולים נוספים, כאשר כל קבוצה של שיקולים מושכת את מועד תיחומה של יריעת המחלוקת לכיוון אחר.

66 וידוגש, שיקול זה מושך תמיד לכיוון קביעת יריעת המחלוקת במועד מאוחר, בניגוד לשיקולים האחרים אשר ביכולתם להשתנות בכפוף לנסיבות המקרה, כפי שיובהר להלן.

נכח כלל בזירת העבירה או בסמוך לה ביום הרצח, ואולם גרסה זו השתנתה, ובמענה לכתב האישום טען הנאשם כי אומנם נכח במקום העבירה, אולם לא הכה כלל את הקורבן, כל שכן לא המיתו. לפי השיקול הראשון, ראיית הסיוע צריכה להתייחס למחלוקת המצומצמת שבין המאשימה לנאשם – לא רק להצביע על נוכחותו בזירה (שכן נושא זה אינו עוד שנוי במחלוקת ובית המשפט לא נדרש להכריע בעניין זה בין גרסאות נוגדות) אלא גם לקשור אותו למעשה ההכאה וההמתה עצמו, שבעניינו בית המשפט נדרש להכריע בין גרסאות הצדדים.

השיקול השני עניינו במתן אפשרות להתמודד עם החשש מפני ביצוע מהלך טקטי של הנאשם אשר משנה את גרסתו כדי לצמצם את יריעת המחלוקת, וכך לא יוכלו הראיות הקיימות נגדו לשמש ראיות סיוע (לפי יריעת המחלוקת המצומצמת). שיקול זה, ככלל, מטה את הכף לכיוון הגדרתה של יריעת המחלוקת לפי גרסתו המוקדמת של הנאשם, ולרוב זו אשר ניתנה בשלב של טרום הגשת כתב האישום ולפני שהנאשם נחשף לחומר החקירה. המדד העיקרי לבחינת משקלו של שיקול זה נעוץ בשלב שבו הנאשם משנה את גרסתו. אם הנאשם משנה את גרסתו לאחר שנחשף לחומר החקירה שנאסף נגדו, מתחזק החשש ששינוי הגרסאות נעשה כמהלך טקטי שנועד לנטרל את ראיית הסיוע שנמצאה בעניינו. עם זאת לעניין שיקול זה ניתן להביא בחשבון גם את ההסבר שהנאשם מספק לשינוי הגרסה ואת הסיבות שהביאו אותו למסור גרסאות שונות.⁶⁷ אם ההסבר שהנאשם סיפק הניח את דעתו של בית המשפט כי שינוי הגרסאות לא נבע משיקול טקטי אשר נועד כל כולו לנטרל את ראיית הסיוע שבידי התביעה, יפחת משקלו של שיקול זה במאזן השיקולים הכללי. אם שוכנע בית המשפט כי שינוי הגרסאות לא נעשה מטעמים טקטיים, יאבד שיקול זה מכוחו.⁶⁸

בקווים כלליים יותר, ניתן להניח כי יכול שיהיו הסברים שונים לשינוי גרסאות מצד הנאשם. לא בכל המקרים מקורה של גרסה מתפתחת טמון בשיקולים טקטיים פסולים. הניסיון מלמד כי רבים מהמקרים אכן מדובר בשינוי גרסאות שנבע מרצונו של הנאשם למלט את עצמו מהעבירה שביצע, ועל כן ניתן לראות בגרסה מתפתחת של הנאשם כמקימה חזקה שלפיה מדובר בשינוי שנבע משיקול טקטי גרידא. ואולם, חזקה זו ניתנת לסתירה. אם יעלה בידיו של הנאשם לסתור את החזקה, אין מקום לייחס לשיקול זה כל משקל. מטבע הדברים, כשהנאשם משנה את גרסתו רק לאחר שנחשף לראיות (שעולה מהן כי יש בהן כדי

67 והשוו, דעתה של השופטת (כתוארה אז) נאור, בעניין **מובאוק** (לעיל ה"ש 48, פס' 26), אשר סבורה כי יש להביא בחשבון את הסברו של הנאשם לשינוי הגרסאות, בניגוד לעמדתם של השופטים ברק-ארוז ושהם בעניין **נחמני** (לעיל ה"ש 44, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז, ופס' 7 לפסק דינו של השופט שהם), אשר סבורים כי אין מקום להותיר שיקול דעת ויש להעדיף גישה פורמלית וברורה. ואולם, גישה המאפשרת בחינת הסבריו של הנאשם ושקילתם בכל מקרה ומקרה משתלבת עם הגישה הכללית שביסודו של המודל המוצע, המבכרת גמישות ושיקול דעת על פני פורמליות ונוקשות, מתוך הנחה כי בכך ניתן להגיע לתוצאות צודקות יותר. על יתרונותיו של המודל המוצע ירחב להלן.

68 ויודגש, ששיקולים טקטיים יכולים להיות כלי בידי חף שהוא חשוד או נאשם להפוך את חפותו לאי-הרשעה. אם חשוד או נאשם חף מצמצם את יריעת המחלוקת על מנת שהתביעה לא תוכל להציג ראיות סיוע, אז אותו חף עשה מהלך לעשיית צדק, הוא הבטיח שהוא לא יורשע הרשעת שווא, ועל כן מהלך זה לגיטימי.

להפריך את גרסאותיו הקודמות)⁶⁹ מתעורר חשד כבד שמא בבסיס הגרסה העדכנית מונח שיקול טקטי פסול, ויהיה מוטל על הנאשם נטל מכביד להסרת החשד. כך או כך, אין מדובר בחזקה חלוטה, ומכל מקום ניתנת לנאשם האפשרות להפריך את החזקה כי נקט מהלך טקטי.

בדומה לזה, גם שינוי גרסאות שכרוך בקבלת אחריות ובהודאה בעבירות מסוימות עשוי להקטין את החשש כי שינוי הגרסאות נבע ממניעים טקטיים גרידא. לעניין זה יש לבחון בין השאר אם קיים פער גדול וניכר בין העבירה המיוחסת לנאשם לבין זו שהודה בה, הן מבחינת סוג העבירה הן מבחינת חומרתה. כחלק ממערכת השיקולים שתוארה לעיל יש להביא בחשבון גם את השאלה אם שינוי גרסאותיו של הנאשם מרע את מצבו ביחס לגרסה הקודמת, או מקל עימו, בתפיסתו שלו. כך למשל במצב שבו מוסר הנאשם גרסה ראשונה המכחישה הכחשה גורפת כל קשר לעבירה, ובהמשך משנה את גרסתו ומודה בעבירות מסוימות, שונות או פחותות בחומרתן מאלה שבהן הוא נחשד. ככל שהנאשם מצמצם את יריעת המחלוקת על דרך הודאה בביצוע חלק מהעבירות המיוחסות לו או בעבירות אחרות (אגב כפירה בביצוע העבירות החמורות יותר), כך פוחת משקלו של השיקול בדבר המהלך הטקטי. מטבע הדברים, משקלו של שיקול זה ייקבע בין השאר בשים לב ליחס שבין חומרתה של העבירה המיוחסת לנאשם לבין העבירה שבה הוא הודה, בשים לב לתשתית הראייתית הקיימת בתיק. למשל, נאשם אשר מכחיש בגרסתו הראשונה כי חטף את הקורבן והמיתו, אולם בגרסה מאוחרת מודה כי חטף את הקורבן אך לא הוא המיתו. במצב זה, חרף צמצום יריעת המחלוקת, כיוון שהנאשם מודה בעבירה חמורה ומרע במידה ניכרת את מצבו, עוצמתו של שיקול זה עשויה לפחות.⁷⁰

על כן שינוי גרסאות שכרוך בקבלת אחריות ובהודאה בעבירות מסוימות, או במתן הסבר משכנע המסיר את החשש כי שינוי הגרסאות נבע משיקולים טקטיים, מקהה את עוצמתו של שיקול זה וכפועל יוצא של זה משפיע על השלב שבו תיקבע יריעת המחלוקת.⁷¹ הבחירה היא בין שתי אפשרויות: לפי גרסתו האחרונה במשטרה (אם קיים פער גדול וניכר בין העבירה המיוחסת לנאשם לבין זו שהודה בה; או אם לא נתן הנאשם הסבר לשינוי הגרסאות) או לפי גרסתו האחרונה, בין שמסר אותה בחקירה ובין שמסר אותה במשפט (ובלבד שקיים פער קטן וזניח בין העבירה המיוחסת לנאשם לבין זו שהודה בה, או שהנאשם סיפק הסבר לשינוי הגרסאות).

השיקול השלישי עניינו בצורך לאפשר לתביעה להיערך לשינוי החזית של הנאשם אשר מובילה לצמצום יריעת המחלוקת ויוטל עליה אפוא איסוף מחדש של ראיות. שיקול זה עניינו בשמירה על אפשרותה של התביעה להגשים את האינטרס הציבורי באכיפת החוק ובהעמדת עבריינים לדין. שיקול זה מאפשר להביא בחשבון גם את סוג העדות הטעונה סיוע

69 ודוק, הנאשם עשוי להיחשף לראיות לא רק לאחר הגשת כתב האישום אלא גם במהלך החקירה, בין ישירות, או מעמיתים החוקרים את הנאשם עם הראיות שנאספו נגדו, ובין אחרת, למשל בעימות עם עד אשר מפליל אותו, או בכל דרך אחרת. ואולם, לרוב החשוד אינו נחשף למלוא חומר החקירה, ולעיתים הוא אף נחשף למציאות מסולפת שמוצגת לפניו.

70 ראו לעניין זה גם דעתו של השופט הנדל בעניין נחמני, לעיל ה"ש 44, פס' 30 לפסק דינו.

71 שיקול זה עשוי להיחלש גם במקרים נוספים, כגון כאשר הנחקר מוטעה או כאשר משקרים לו.

ואת אופי העבירה שבה מדובר מבחינת היכולת לאסוף ראיות להוכחתה. שיקול זה מטה ככלל את הכף לכיוון הגדרתה של יריעת המחלוקת בשלב החקירה המשטרתית לפני סיום החקירה וגמר איסוף הראיות. למשל, כאשר מדובר בעדות של ילד מתחת לגיל 14 שנמסרה בפני חוקר ילדים, בגין עבירת מין שבוצעה בו, היות שמדובר בעבירות הנעשות במחשכים ואשר מתאפיינות במיעוט ראיות, שיקול זה עשוי להטות את הכף לכיוון קביעת יריעת המחלוקת במועד ב. לעומת זאת כשמדובר למשל בעדות של עד מדינה נגד שותפו לביצוע כמה מעשי שוד אשר נעשו בפרהסיה, יכולתה של התביעה לאסוף ראיות אשר יעלו כדי סיוע גם באשר ליריעת מחלוקת מצומצמת גדולה יותר, ודאי בהינתן ההלכה שלפיה כשמדובר במסכת אחת של פרשות קשורות ניתן להסתפק בסיוע לאחד או לאחדים ממעשי העבירה. על כן במצב דברים זה כוחו של שיקול זה פוחת.

השיקול הרביעי עניינו בשמירה על זכויות הנאשם ככל שנודעת להן השפעה על גרסתו. במסגרת שיקול זה יש להביא בחשבון את האפשרות כי גרסתו הראשונה של הנאשם במשטרה נמסרה במצב שבו הוא התקשה להבין את משמעות מתן הגרסה או מבלי שהיה סיפק בידו להבין את הסיטואציה שאליה הוא נקלע או שהוטעה בידי החוקרים באשר למצבו, וכיו"ב. שיקול זה עניינו בחשש שדברי החשוד אינם מאפשרים לייצר מסגרת הולמת לבחינת הסיוע.

שיקול זה מביא בחשבון למשל חשש כי החשוד ניסה בגרסתו להגן על אחרים או את מצבו הנפשי הרעוע של החשוד בחקירתו וכן מאפשר לתת משקל גם לשאלה אם הנאשם היה מיוצג על ידי עורך דין בעת שמסר את גרסאותיו בחקירה. אם הנאשם לא היה מיוצג בעת מסירת גרסתו, או אם קיימות ראיות המעידות על מצב נפשי רעוע שלו בעת חקירתו, תהיה הנטייה לקבוע את יריעת המחלוקת לפי הגרסה המאוחרת שמסר. ולהפך – אם הנאשם מיוצג ואין כל חשש כי בזמן החקירה הוא היה נתון במצב נפשי אשר השפיע על גרסתו, תהיה הנטייה להגדיר את יריעת המחלוקת בשלב החקירה. נוסף על זה, שיקול זה מביא בחשבון גם את הצורך בשמירה על זכויותיו של החשוד בחקירתו, לרבות זכותו לשתוק, הזכות לאזהרה, זכותו לייצוג ועוד.

מדובר בשיקולים מנוגדים זה לזה, ועל כן יש לתור אחר נקודת האיזון אשר תיטיב, בר-זמנית, להגשים כל אחד מהם אגב צמצום הפגיעה בשיקולים האחרים. השיקול הראשון והרביעי מטים את הכף לעבר קביעת יריעת המחלוקת לפי הגרסה המאוחרת שמסר הנאשם במשפט, ואילו לפי השיקול השני והשלישי יש לקבוע את יריעת המחלוקת על פי גרסאותיו המוקדמות של הנאשם אשר ניתנו בשלב החקירה.

אני סבור כי לא ניתן להעדיף א-פריורית אינטרס אחד מהאינטרסים הגלומים בשיקולים הללו, ולהעניק אפוא משקל מיוחד לאחד מהם על פני השיקולים האחרים. לפי המבחן המוצע יש לבחון לא רק מי מהשיקולים מתקיים אלא גם את מידת מובהקותו של כל אחד מהם ואף לערוך איזון בין השיקולים השונים לפי נסיבותיו של כל מקרה לגופו.

למבחן גמיש יש כמה יתרונות בולטים. עיקרם בכך שהוא מאפשר מתן הכרעה מדויקת וצודקת יותר אשר ניתנת על סמך הנסיבות הייחודיות של המקרה. ואולם, ביתרון זה טמון גם חיסרון של חוסר ודאות, באשר תחימת יריעת המחלוקת במועד אחד קבוע הייתה מוסיפה ממד של ודאות. נוסף על זה, קביעת יריעת המחלוקת לפי שיקול דעתו של בית

המשפט בכל מקרה לגופו עשויה לגרור לריבוי התדיינויות ולכזבו של זמן שיפוטי יקר. עם זאת יש לדעת להעדיף את המודל המוצע, מכמה סיבות עיקריות: ראשית, היתרונות שבהפעלת המודל עולים על החסרונות שבו. המודל מציע שיטה מסודרת לבחינת יריעת המחלוקת אשר מיטיבה לקדם ולממש את תכליתה של ראיית הסיוע, מבלי להתעלם מאינטרסים ומזכויות חיוניים אחרים במשפט. זהו מתווה אשר מיטיב לאזן בין זכויות נאשמים והצורך בניהול הליך הוגן לבין האינטרס הציבורי באכיפת הדין הפלילי. מתווה זה, כאמור לעיל, מאפשר להביא בחשבון את כל השיקולים הרלוונטיים ולתת משקל שונה לכל אחד מהם לפי נסיבות המקרה, ובכך לאפשר את קביעת יריעת המחלוקת לצורך בחינת ראיית הסיוע באופן צודק יותר.

שנית, החיסרון שבמודל המוצע המתבטא בחוסר ודאות מצטמצם בשל ההבנה שהגם שמדובר במבחן גמיש, הוא מבוסס על קבוצות של שיקולים מוגדרות, והוא מופעל באמצעות מתודה ברורה ושוויונית. הפעלתו של המודל המוצע על פי קריטריונים ברורים צפויה לצמצם מחלוקות ולקצר התדיינויות בנושא. על זה יש להוסיף כי ברבות הימים וככל שתיתנה עוד ועוד הכרעות בנושא, יאופיינו המצבים השונים ותתגבשנה הלכות בדבר המועדים לתחימת יריעת המחלוקת בכל מקרה ומקרה. שלישית, חוסר הודאות מצטמצם למקרים מסוימים בלבד. ניתן להניח שיהיו מקרים שבהם תישמר ודאות מסוימת, למשל כאשר העבירה הנדונה היא עבירת מין בקטיץ, וכאשר החשוד מיוצג בשלב החקירה. במרבית המקרים האלה יוביל המודל המוצע לתחימת יריעת המחלוקת במועד ב.

5. יישום המודל המוצע במצבים השונים

יתרון בולט נוסף של המודל המוצע טמון בכך שהוא מציע מענה קוהרנטי ושלם לא רק למצב דברים אחד של שינוי יריעת המחלוקת על דרך של צמצום (כפי שנדון בעניין נחמני), אלא גם למצבים אפשריים אחרים, לרבות מצב שבו הנאשם שותק בחקירתו וכן שהנאשם מרחיב את יריעת המחלוקת בגרסה מאוחרת, כפי שיפורט להלן.

אשר למצב שבו שותק הנאשם בחקירתו ומסר גרסה לראשונה במהלך המשפט ולאחר שנחשף לחומר החקירה,⁷² הרי שלפי השיקול הראשון, יש לקבוע את יריעת המחלוקת לפי הגרסה האחרונה של הנאשם, היינו זו שנמסרה בבית המשפט, כדי שראיית הסיוע תתייחס למחלוקת שבין הצדדים כפי שהיא משתקפת במשפט. לפי השיקול השני, יש לבחון אם שתיקתו של החשוד הייתה מהלך טקטי שנועד לנטרל את ראיית הסיוע שנמצאה בעניינו. כאמור לעיל, אין מדובר בחזקה חלוטה, ומכל מקום ניתנת לנאשם האפשרות להפריך את החזקה כי נקט מהלך טקטי. כיוון שמדובר בזכות קנויה העומדת לנאשם לשתוק בחקירתו, ניתן להניח כי יקל על הנאשם לסתור את החזקה, ואם יעשה כן אין מקום לייחס לשיקול זה כל משקל. נוסף על מכלול השיקולים הקשורים בשיקול זה, כאמור לעיל, יש לבחון גם את הנסיבות האופפות את שתיקתו של החשוד ואת הסיבות שהובילו אותו לשתוק בחקירתו,

⁷² אם ייקבע שהגרסה הקובעת לעניין גדר המחלוקת תהא זו שנמסרה במשטרה, יש לראות בשתיקה הכחשה גורפת של הנאשם מכל המיוחס לו, ותוגדר יריעה מלאה המבוססת על היעדר הסכמה לכל עובדה בכתב האישום.

כגון אם מדובר בשתיקה מלאה או סלקטיבית וכיו"ב. ודאי שיש להבחין, לעניין שיקול זה, בין נאשם אשר שמר על זכותו לשתוק בחקירה לבין נאשם שמסר גרסה שקרית. לפי השיקול השלישי יש לשמור על אפשרותה של התביעה להגשים את האינטרס הציבורי באכיפת החוק ובהעמדת עבריינים לדין. לצורך כך יש לאפשר לתביעה להיערך לגרסה של הנאשם אשר מובילה לצמצום יריעת המחלוקת, דבר שיצריך ממנה איסוף ראיות. עם זאת כיוון שזכות השתיקה עומדת לכל נחקר, על רשויות האכיפה להביא בחשבון כי החשוד ישתמש בזכותו זו ויערך מראש גם לתרחיש זה. על כן במקרה הייחודי שבו החשוד שותק בחקירתו, שיקול זה מאבד מעוצמתו. ויודגש: שיקול זה אינו מתאיין כליל, והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. לעומת זאת לפי השיקול הרביעי, יש לקבוע את יריעת המחלוקת לפי הגרסה האחרונה של הנאשם, היינו זו שנמסרה בבית המשפט, כדי להגן במידה המיטבית על זכויות הנאשם, ובמקרה זה – על זכותו לשתוק בחקירה. כיוון שמדובר בזכות יסודית הנתונה לנאשם, שנודעות לה הצדקות חשובות,⁷³ ניתן להניח כי שיקול זה יזכה למשקל סגולי גדול יותר שיטה את הכף לעבר קביעת מועד יריעת המחלוקת בשלב המשפט. ואולם, ההכרעה בין האינטרסים הנוגדים תינתן לפי הנסיבות הקונקרטיות של המקרה ובתלות במשקל שיינתן לכל אחד מהשיקולים האמורים בנסיבות המקרה.⁷⁴

גישה זו משתלבת עם התפיסה הנוהגת כיום בשיטת המשפט בישראל, המכירה בחשיבותה של זכות השתיקה ובצורך בשמירה עליה ולצידה התפיסה כי זכות השתיקה אינה נפגעת כשניתן להסיק משתיקתו של נאשם מסקנות לחובתו.⁷⁵ גישה זו מבטאת עמדה שלפיה הסקת מסקנות מפלילות משתיקתו של נאשם אינה גורעת מזכות השתיקה שהדין מעניק לו. ומכל מקום, גם לפי גישה זו, לא ניתן לראות בשתיקה משום ראייה בעלת ערך עצמאי, וברור שהרשעתו של נאשם אינה יכולה להתבסס על שתיקתו בלעדית.⁷⁶

73 ראו אצל בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה" הפרקליט מח 163, 165–169 (2004).

74 לפי מתודת הבחינה של המודל המוצע, נמנעת הכרעה קטגורית גורפת: מחד כזו הפוגעת בזכות השתיקה של החשוד פגיעה גורפת וקובעת כי כל אימת שהחשוד שתק בחקירתו במשטרה יראו בכך הכחשה הקובעת יריעת מחלוקת רחבה. וראו הצעתו של המלומד הורביץ לעניין זה (לעיל ה"ש 51, בעמ' 257). ומאידך כזו, שגם היא אינה מקובלת כיום בשיטתנו, המעניקה לזכות השתיקה מעמד מיוחד שאינו מאפשר הסקת מסקנות לחובת הנאשם, ותוחמת אפוא את יריעת המחלוקת רק לפי גרסאותיו של הנאשם במשפט. ניטול לדוגמה מצב שבו נאשם שתק בחקירתו הראשונה במשטרה ובחקירה השנייה מסר גרסה. ברי כי במצב זה אין הצדקה לתחום את יריעת המחלוקת לפי גרסתו הראשונה ולראות בה הכחשה גורפת. מנגד, אם החשוד מסר גרסה בחקירתו הראשונה, ובשנייה שתק, לא בהכרח מוצדק לקבוע את יריעת המחלוקת לפי גרסתו במשפט. המציאות מורכבת, ועל כן יש להתאים לה פתרון שייטיב ליתן מענה מוצדק למגוון המצבים. את זאת, לטעמי, מיטיב לעשות המודל המוצע, ודאי יותר מן החלופות שהוצעו עד היום אשר מגבילות את תחמת יריעת המחלוקת למועד אחד קבוע, בלתי משתנה ושאינו רגיש לאינטרסים השונים והמשתנים.

75 הגם שלנאשם מוקנית הזכות לשתוק בחקירתו, העמדה המקובלת היא כי לשתיקה זו יש מחיר ראייתי, כל שכן כאשר לא נתן הנאשם הסבר סביר לשתיקתו. ראו, למשל, ע"פ 230/84 חג'בי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 785, 788–789 (1985); ע"פ 395/06 חליסטוב נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (פורסם בנבו, 16.11.2006); ע"פ 3452/11 שאלתיאל נ' מדינת ישראל, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל, והפסיקה המובאת שם (פורסם בנבו, 8.7.2013).

76 יניב ואקי דיני ראיות כרך ב (צפוי להתפרסם ב-2020).

המודל מספק מענה גם למקרה שבו הנאשם משנה את גרסתו שינוי המרחיב את יריעת המחלוקת (בין שהגרסה המרחיבה ניתנה במהלך החקירה ובין שניתנה רק בשלב המשפט). אם הנאשם מרחיב את יריעת המחלוקת – לדוגמה, כאשר גרסתו הראשונה קושרת אותו לאירוע, ובגרסתו השנייה הוא מרחיק עצמו מכל מעורבות באירוע – כל השיקולים מטים את הכף לעבר קביעתה של יריעת המחלוקת לפי גרסתו האחרונה של הנאשם, גם אם זו נמסרה במשפט.⁷⁷ במצב זה השיקול הראשון מטה את הכף לעבר תחילתה של יריעת המחלוקת במועד שבו נדרש בית המשפט להכריע בה, שכן מצטמצם החשש לשיקול טקטי הנועד "לנטרל" ראיות העשויות לשמש סיוע (השיקול השני). נוסף על זה, אין בשינוי הגרסאות כדי להכשיל את עבודתם של גופי האכיפה ולחייבם לפתוח בחקירה לאחר שזו כבר הסתיימה (השיקול השלישי), שכן ראיות הסיוע, אם ישנן, אשר נבחנו לפי הגרסה הראשונה, תקפות גם לגרסה השנייה, אשר מרחיבה את יריעת המחלוקת. כמו כן ניתן להניח כי השיקול בדבר זכויות נאשם לא ישנה ממסקנה זו, שכן אין מדובר בגרסה הראשונה שנתן הנאשם, שקיים חשש כי ניתנה בעת שהנאשם היה נתון בלחץ ובבלבול ולא היה מודע למשמעותה של גרסה זו, אלא בגרסה שהציג הנאשם בשלב מאוחר יותר, ולאחר שניתנה לו ההזדמנות לבדוק ולבחון את חומר הראיות. על כן במקרה כזה, על פי רוב, תיקבע יריעת המחלוקת שבין הצדדים במועד מתן גרסתו האחרונה של הנאשם, ואפשר שתקבע אף במועד ד או ה.

דוגמה אחרת עניינה מצב שבו הנאשם מצמצם את יריעת המחלוקת על דרך הודאה בביצוע חלק מהעבירות המיוחסות לו. למשל כשהנאשם מוסר גרסה ראשונה המכחישה הכחשה גורפת כל קשר לעבירה, ובהמשך משנה את גרסתו ומודה בעבירות מסוימות, שונות או פחותות בחומרתן מאלה שבהן הוא נחשד. לפי השיקול הראשון מתחזק הצורך לדחות את ההכרעה בעניין יריעת המחלוקת לשלב שבו נדרש בית המשפט להכריע בה, היינו: לפי הגרסה המאוחרת ביותר של הנאשם. נוסף על זה, משקלו של השיקול השני בדבר מהלך טקטי עשוי לפחות (בתלות בשאלת הפער בין העבירות שבהן הודה הנאשם לבין אלה שהוא מואשם בהן).⁷⁸ זאת ועוד, במצב זה פוחת גם משקלו של השיקול השלישי, המביא בחשבון את הנזק שנגרם לאינטרס הציבורי בעקבות פגיעה בעבודתם של גופי האכיפה, שכן הנאשם הודה בעבירות מסוימות שבגינן הוא צפוי לתת את הדין (גם עוצמתו של שיקול זה תלויה בין השאר בחומרת העבירות שבהן הודה הנאשם ביחס לחומרת העבירות שבהן הוא מואשם). השיקול הרביעי מטה אף הוא את הכף לתחילת יריעת המחלוקת בשלב המשפט. יוצא אפוא כי הפתרון לסוגיה הוא במציאת נקודת האיזון אשר מיטיבה להגשים כל אחד מהשיקולים בר־זמנית, ועם זאת פגיעתה בכל אחד מהשיקולים היא הקטנה ביותר. לכן לדעתי נקודת האיזון עשויה להשתנות ממקרה למקרה לפי נסיבותיו. יתרונה של הצעה זו בגמישות שהיא מאפשרת, בהיותה מותאמת למורכבות המציאות, לגוניה ולתת־גוניה.

77 במצב זה גרסת החשוד הראשונה עשויה לשמש בעצמה תוספת ראייתית של סיוע לראיה העיקרית.

78 להרחבה על משקלו של השיקול בדבר "צמצום מפליל", ראו לעיל בטקסט בסמוך לה"ש 71.

ד. סיכום

במאמר זה ביקשתי לחלוק על הגישה המקובלת שלפיה יש לקבוע מראש, קביעה גורפת, מועד אחד וקבוע, שאינו משתנה ממקרה למקרה, לתחילת יריעת המחלוקת בין הצדדים לעניין ראיית הסיוע. חרף קביעותיהם של כל שופטי פרשת נחמני, המבקשים לגדור את יריעת המחלוקת במועד אחד וקבוע, אני סבור כי יש לאמץ מבחן גמיש המותאם לכל מקרה לגופו ואשר יאפשר לבית המשפט לפסוק לפי מה שנראה לו צודק ביותר בכל מקרה ומקרה. אומנם מדובר במבחן גמיש, אולם הוא נשען על קריטריונים ברורים למדי, ויש בכך כדי למזער את הפגיעה האפשרית בעקרון הבהירות, השוויוניות והודאות. כך תתאפשר גמישות רבה יותר בתחילת יריעת המחלוקת לצורך ראיית הסיוע. גמישות זו תוביל לתוצאות מדויקות, הוגנות וצודקות יותר.

המבחן המוצע כולל ארבעה שיקולים, כאשר שניים מהם מטילים את הכף לכיוון קביעת יריעת המחלוקת בשלב מאוחר (השיקול הראשון בדבר הגשמת תכלית ראיית הסיוע, והשיקול הרביעי בדבר זכויות נאשם), ושניים מהם מטילים את הכף לכיוון קביעת המחלוקת בשלב מוקדם (השיקול השני בדבר החשש ממהלך טקטי של הנאשם, והשיקול השלישי שעניינו באינטרס הציבורי לאפשר לתביעה להתמודד עם שינוי חזית של הנאשם). כך יהיה אפשר לקבוע בכל מקרה לגופו, לפי נסיבותיו הקונקרטיות, אם יריעת המחלוקת תיקבע בשלב המשפט (במועד ג, ד או ה) – קביעה שתיטיב עם הנאשם ותקשה על התביעה, או בשלב החקירה (מועד א או ב) – קביעה שתפגע בנאשם ותקל על התביעה. אומנם קביעת יריעת המחלוקת בשלב החקירה עשויה להקל את מלאכת התביעה, אולם היא תיעשה על חשבון פגיעה קשה בזכויותיו של הנאשם. קביעת גדר המחלוקת בשלב המשפט מאפשרת לנאשם לממש את זכויותיו במידה הרחבה ביותר, אך זאת במחיר של פגיעה באינטרסים האחרים, שעלולה להיות אנושה. כל מועד קשיח אחר לתחילתה של יריעת המחלוקת עשוי להוביל במקרים מסוימים לתוצאה צודקת, ואולם במקרים אחרים הוא עלול להחטיא את מטרתו.

על כן, לדעתי, יש להותיר לבית המשפט שיקול דעת לקבוע את המועד שבו תיקבע יריעת המחלוקת, וכך יתאפשר לו לשקול את מכלול השיקולים שצוינו לעיל, בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה לגופו. אומנם ייתכן שקביעת כלל שלפיו יריעת המחלוקת תיקבע במועד ידוע וקבוע מראש תוסיף ממד של יציבות וודאות, אך בבחירה: צדק ויציב – צדק עדיף.