

ע"פ 6813/16 - פלוני נגד מדינת ישראל, פלוני

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 6813/16

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם (בדימ')
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: פלוני

נגד

המשיבים: 1. מדינת ישראל
2. פלוני

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
מיום 28.07.2016 בתפ"ח 7565-05-14 שניתן על ידי
כבוד השופט מ' פינקלשטיין

בשם המערער: עו"ד ששי גז; עו"ד עידן שני; עו"ד הילי גז

בשם המשיבים: עו"ד דפנה שמול

בשם שירות המבחן: גב' ברכה וייס

פסק-דין

עמוד 1

1. ראיית הסיוע במשפט הפלילי דורשת את בחינת יריעת המחלוקת בין הצדדים. השאלה המרכזית הניצבת בפנינו היא באיזה שלב במשפט מוגדרת יריעה זו.

נגד חשוד בביצוע מספר עבירות מוגש כתב אישום. העדות המרכזית שבידי התביעה - עדות ילד בפני חוקר ילדים, דורשת ראייה מסייעת לצורך הרשעת הנאשם. אחד משלושת התנאים לקיומה של ראייה מסייעת הוא התייחסותה של הראייה לנקודה ממשית שבמחלוקת בין הצדדים. בחקירתו במשטרה הכחיש החשוד כל קשר לפרשה, אך במענה לכתב האישום הודה בחלק מהעבירות המיוחסות לו, תוך המשך כפירתו בביצוע העבירות החמורות יותר. עולה השאלה - האם לצורך הרשעה די בכך שראיית הסיוע תתייחס לנקודה שהייתה במחלוקת במהלך החקירה במשטרה, אולם כבר אינה במחלוקת לאור המענה לכתב האישום?

הערעור שלפנינו מופנה כנגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (תפ"ח 7565-05014, כבוד השופטים מ' פינקלשטיין, ל' ברודי, ור' אמיר), בגדרו הורשע המערער בעבירות אינוס ואיומים. בגין עבירות אלו נגזרו על המערער 10 שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי, ותשלום פיצוי לילדה נפגעת העבירה. הערעור מופנה כלפי הכרעת-הדין וגזר-הדין.

כתב האישום

2. על פי העובדות המתוארות בכתב האישום, ביום האירוע טיילה הילדה, שהייתה בת תשע, עם כלבתה ברחוב באזור ביתה. המערער, שהיה בן 31 באותה עת, הבחין בילדה, עקב אחריה לבניין בו היא מתגוררת, תוך שגמלה בליבו החלטה לאנוס אותה. לאחר שנכנסה לבניין, שאל אותה המערער האם היא "רוצה לבוא אליו הביתה ו'לשכב' איתו", והילדה סירבה. המערער דחף אותה לעבר גרם המדרגות כך שהיא נפלה ונחבלה במרפקיה. תוך שהוא אוזח בילדה בכוח, הרים המערער את שמלתה, הפשיל את תחתוניה, ליקק את איבר מינה, והחדיר את אצבעו בכוח לאיבר מינה. הילדה ניסתה להתנגד, וביקשה מהמערער שיניח לה. המערער איים עליה שאם תצעק או תספר למישהו על מעשיו הוא יפגע בה. המערער ליקק שוב את איבר מינה של הילדה, והחדיר את אצבעו פעם נוספת. המערער דרש מהילדה להוריד את שמלתה על מנת לגעת בגבה וישבנה, אך היא סירבה. כשסיים לבצע את זממו שאל המערער את הילדה האם נהנתה ממעשיו, והיא השיבה שלא. המערער שחרר את הילדה והיא נמלטה לביתה. המערער והילדה לא הכירו לפני האירוע.

השינוי בגרסאות המערער

3. בחקירותיו במשטרה הכחיש המערער כל קשר לאירוע. כך למשל אמר: "אני אף פעם לא ראיתי שום ילדה ואני אומר לך שכל זה טעות אחת ולא ראיתי שום ילדה" (ת/1, בעמ' 3). על הכחשה זו חזר לאורך חקירותיו השונות במשטרה, תוך ניסיון להרחיק עצמו כמה שניתן מהאירוע. כך למשל הודה במהלך חקירתו ששיקר בכך שאמר בתחילה שהוא גר בנתניה, ולא ברעננה, לדבריו משום שרצה להימנע מעימות עם בעל הדירה (ת/5א, בעמ' 2).

אולם, במענה לכתב האישום צומצמה יריעת המחלוקת, והמערער הודה באמצעות סנגורו בכל עובדות כתב האישום, לרבות בכך שליקק פעמיים את איבר מינה של הילדה, אך למעט בהחדרת אצבעו לאיבר מינה של הילדה. כמו כן כפר המערער בגרימת חבלה במרפקה השמאלי של הילדה, ובכך שדרש מהילדה להוריד את שמלתה - לטענתו היה מדובר בבקשה ולא בדרישה. כפי שיובהר בהמשך, בעדותו בבית המשפט המערער אף הכחיש כל נגיעה בידיו באיבר מינה של הילדה, ולא רק את מעשה החדרת האצבע, והודה בנגיעה באיבר המין רק על ידי לשונו.

הכרעת דינו של בית משפט קמא

4. המערער הורשע בעבירת האיזמים לפי הודאתו. בנוגע לעבירת האיזום, המחלוקת העובדתית שנותרה לאחר המענה לכתב האישום הייתה האם הנאשם החדיר את אצבעו לאיבר מינה של הילדה. הראיות המרכזיות שהוצגו בפני בית משפט קמא היו: תיעוד של שלוש חקירות הילדה על ידי חוקרת ילדים; עדות חוקרת הילדים; עדות אמה של הילדה; עדות הפתולוג שבדק את הילדה אחרי האירוע; עדויות ראש צוות החקירה ושוטרים נוספים; חוות דעת מומחה בנוגע לממצאי DNA של המערער שנמצאו על איבר מינה של הילדה; מסמכי מסדר זיהוי תמונות בו זיהתה הילדה את המערער; עדות המערער; ותיעוד חקירות המערער במשטרה.

בית משפט קמא הרשיע את המערער בעבירת האיזום בהחדרת אצבעו לאיבר מינה של הילדה. מסקנה זו נשענה על אמרתיה של הילדה אשר נמצאה מהימנה, תוך התרשמות מאמרות אלו באמצעות תיעוד החקירות שבוצעו לאחר האירוע, ועל ידי עדות חוקרת הילדים. מאחר שעדותה של הילדה בבית המשפט נאסרה בהוראת חוקרת הילדים, נדרשה ראיה מסייעת על מנת להרשיע את המערער, זאת לפי הוראת סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן: חוק הגנת ילדים). בית משפט קמא אימץ את גישת המשיבה לפיה ראיית הסיוע יכולה להתייחס ליריעת המחלוקת הרחבה שפרש המערער בחקירותיו במשטרה - דהיינו, הכחשת כל קשר ומגע עם הילדה - ועל כן מצא סיוע בראיית ה-DNA, במסדר זיהוי התמונות שנערך לילדה בו זיהתה באופן ודאי את המערער, ובמצבה הנפשי של הילדה אחרי האירוע כפי שעלה מעדות אמה. למעשה, נקבע כי ניתן לבחון את ראיית הסיוע אל מול נקודה שכבר לא נמצאת במחלוקת לאחר הגשת כתב האישום, אלא הייתה במחלוקת בשלב החקירה במשטרה - זאת לאור פסק הדין שניתן בעניין מובארק (ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל (10.4.2013) (להלן: מובארק)).

יצוין כי המשיבה טענה לחלופין שבמקרה שבית משפט קמא יקבע שלא ניתן לבחון את ראיות הסיוע אל מול יריעת המחלוקת הרחבה, אשר נפרסה טרם הגשת כתב האישום - ישנן ראיות סיוע אחרות התומכות בהרשעת המערער גם בהינתן יריעת המחלוקת הצרה לגבי סוגית קיומה של חדירה. ראיות סיוע אלו מצאה המשיבה בשקריו של המערער, ובעדות אמה של הילדה לגבי מצבה הנפשי לאחר האירוע. כאמור, בית משפט קמא לא נזקק לראיות אלו, ומצא מענה לדרישת הסיוע בראיות ה-DNA, מסדר הזיהוי, ומצבה הנפשי של הילדה, בבחינה אל מול יריעת המחלוקת הרחבה.

טענות המערער ביחס להכרעת-הדין

5. הערעור על הכרעת-הדין נחלק לשני מישורים. במישור הראשון טוען המערער כי שגה בית משפט קמא בקביעתו, לפיה מחקירות הילדה עולה שבוצעה פעמיים חדירה על ידי אצבעו של המערער לאיבר מינה. נטען כי הילדה נחקרה שלוש פעמים, כאשר משתי החקירות הראשונות לא ניתן לקבוע כי אכן הייתה חדירה. החקירה השלישית נעשתה לבקשת הפרקליטות כהשלמת חקירה קונקרטייה לסוגית החדירה. לטענת המערער עצם הצורך בביצוע חקירה שלישית

משלימה, מלמד כי בתום החקירה השנייה לא היה ניתן להוכיח את יסודות עבירת האינוס. לגישתו, החקירה השלישית לקתה במספר פגמים, ביניהם שאלותיה המנחות של החוקרת, ונוכחותו של אבי הילדה – השוללים את האפשרות להסיק ממנה על ביצוע החדירה. בנוסף, בהיבט הפורנזי, טוען המערער כי העובדה שלא נמצאו ממצאי DNA על ציפורניו או אצבעותיו, תומכת בגישתו לפיה לא בוצעה חדירה. כך גם העובדה כי לא נמצא פצע כלשהו באבר מינה של הילדה.

במישור השני טוען המערער כי המשיבה לא עמדה בנטל להביא ראיות סיוע לעדותה של הילדה, הואיל וראיות הסיוע אשר שימשו להרשעה לא נגעו בנקודה שבמחלוקת. מאחר שהמערער הודה בביצוע מעשים מגונים, ראיות ה-DNA, מסדר הזיהוי, ומצבה הנפשי של הילדה, אינן מסייעות לעדותה של הילדה בנקודה הנמצאת בתוך יריעת המחלוקת, אשר נפרשה במענה לכתב האישום. לגישת המערער, לא היה מקום לביצוע הבחינה החריגה של ראיות הסיוע אל מול יריעת המחלוקת הרחבה שנפרשה בחקירתו במשטרה, אשר צומצמה זה מכבר. המערער מצביע על הבדל מרכזי בין עניינו לעניין מובראק, אשר מתבטא בכך שהמערער הודה בביצוע עבירה, ולא צמצם את גרסתו כמהלך טקטי על מנת להתחמק מהרשעה כלשהי – כפי שנעשה בעניין מובראק. דהיינו, בעניינו שינוי הגרסה וצמצום יריעת המחלוקת נעשו במסגרת הודאה בעבירה, בעוד שבמובראק שינוי הגרסה נעשה במסגרת התכחשות לביצוע עבירה.

דיון והכרעה

6. הכרעת דינו של בית משפט קמא, המרשיעה את המערער בעבירת אינוס על פי עובדות כתב האישום, מבוססת על שני אדנים – אמרות הילדה, וראיות הסיוע לאמרות אלו. הערעור מופנה כלפי כל אחד מאדנים אלו. אדן אדן במקומו מונח. הראשון, עדות הילדה בפני חוקרת הילדים, ורק בפניה, הינו חיוני להרשעה. אם עדות הילדה לא תתקבל, ראיות הסיוע אינה מסייעת. רק אם עדותה מתקבלת, נדרש כאמור סיוע על פי דין. אומר כבר עתה, כי באשר לאדן הראשון, לדעתי אין מקום להתערב בקביעות התוכן והמהימנות של בית משפט קמא ביחס לעדות הילדה. באדן השני בעניין הסיוע אכן מתעורר קושי בהכרעת-הדין, ועל כך אעמוד בהרחבה בהמשך.

תוכן עדות הילדה – האם בוצעה חדירה?

7. הילדה נחקרה על ידי חוקרת הילדים שלוש פעמים. כאמור, לגישת המערער, משתי החקירות הראשונות לא עולה כלל כי בוצעה חדירה, והאמרות העולות בנושא זה מהחקירה השלישית נבעו משאלות מנחות, ומזיהום החקירה על ידי נוכחות האב. בית משפט קמא קבע באופן ברור כי תוכן עדות הילדה מלמד כי בוצעה חדירה:

"בחנתי את עדויות הקטינה חזור ובדוק, ולדעתי אין כל ספק שהקטינה העידה במפורש על החדרת האצבע לאיבר המין. מטבע הדברים, שעדותה של נפגעת עבירת מין, ולא כל שכן ילדה רכה בשנים, אינה ערוכה כמשנה סדורה. הדברים הקשים נאמרים פעמים רבות באופן הדרגתי ו"משחררים לאיטם". לעתים יש אף קושי לאמרם במפורש. ואמנם, גם בעניינו נמסרו הדברים ע"י הקטינה באופן הדרגתי. אך יש לראות, כי כבר בסופו של יום החקירות הראשון נאמרו הדברים במפורש, ואף הודגמו פיזית ע"י הקטינה." (פס' 37 להכרעת דינו של בית משפט קמא מפי כבוד השופט ר' אמיר).

מעיון בתיעוד החקירות עולה כי מסקנתו זו של בית משפט קמא מבוססת כדבעי. בחקירתה הראשונה מיום 15.4.2014 סיפרה הילדה מספר פעמים כי: "הוא ליקק אותי ונגע לי שם" (ת/8/א, בעמ' 6, 11, 15). כאשר נשאלה הילדה בפירוט לגבי הליקוק היא הצביעה על איבר מינה, ובתשובה לשאלה על מה היא מצביעה ענתה: "כאילו הפות שלי" (ת/8/א בעמ' 15). בהמשך נשאלה הילדה לגבי הנגיעה באיבר מינה, והיא פירטה כיצד המערער נגע בה "עם האצבע שלי" וסיפרה כי: "הוא התחיל לחטט לי שם". גם בתשובה לשאלה למה כוונתה של הילדה בדבריה "שם" היא ענתה: "לפוח שלי. הוא גם רצה לגעת בעוד אזורים" (ת/8/א, בעמ' 16). כשנשאלה הילדה מה הרגישה כשהמערער חטט עם האצבע היא ענתה: "שאין לי כבר פרטיות יותר", "הוא הכאיב לי", "כמו לתת מכה", "הוא עשה את זה חזק", "שהוא חטט לי אז הוא עשה את זה חזק מאוד" (ת/8/א, בעמ' 18). לקראת סיום החקירה נשאלה הילדה שוב מה המערער עשה עם האצבע, וענתה: "הוא חטט לי, הוא עשה משהו כזה (הדגימה תנועה סיבובית עם אצבע זקורה)", ולאחר שנשאלה "זה היה בחוץ בפות?" ענתה "בפנים". לאחר מכן נשאלה הילדה איך ידעה שזה היה בפנים, וענתה: "אני הרגשתי את זה" (ת/8/א, בעמ' 22).

החקירה השנייה מיום 20.4.2014 עסקה בעיקר במסדר הזיהוי ובשאלה האם הילדה תהיה מסוגלת להעיד בבית המשפט. הילדה אף חזרה על התיאור הכללי של הליקוק והנגיעה באיבר מינה, אולם ללא פירוט וללא שאלות נוספות מצד חוקרת הילדים (ת/10/א, בעמ' 4). בחקירה השלישית מיום 1.5.2014 ענתה הילדה לשאלות חוקרת הילדים אשר היו ממוקדות בשאלת החדרת האצבע, והשיבה בחיוב לשאלה האם המערער הכניס את אצבעו לאבר מינה, אולם לא הרחיבה הרבה מעבר לדבריה בחקירתה הראשונה (ת/12/א, בעמ' 3).

האפשרות לפיה הילדה בדתה מליבה את ההדגמה של התנועה הסיבובית עם האצבע הזקורה, בתשובתה לשאלה מה המערער עשה לה עם האצבע - הינה אפשרות לא סבירה, או לכל הפחות לא ניתן כל הסבר לכך, אם הדבר אינו פרי ניסיון חייה. הדגמה זו נעשתה כבר בחקירתה הראשונה, כך שאף לא מתעורר החשש לזיהום לו טוען המערער לגבי החקירה השלישית.

8. המערער טוען כי עד לתחילת החקירה השלישית, הפרקליטות סברה בעצמה כי אין די ראיות על מנת להרשיע את המערער בעבירת אינוס, ולכן ביקשה לבצע את החקירה השלישית המשלימה. לגישתו, מסיבה זו אין להסתמך על החקירה הראשונה כהוכחה לביצוע חדירה. בית משפט קמא קבע בצדק כי אין לפסול את עדות הילדה מפני שהפרקליטות ביקשה להמשיך באיסוף הראיות, וכי אף לא היה מקום והצדקה לעריכת החקירה השלישית. אין לי אלא להצטרף לקביעה זו. החלטת הפרקליטות על ביצוע חקירה נוספת אינה שוללת ממצאים ראייתיים העשויים לעלות מחקירה קודמת. שיקול דעתה בהקשר זה הינו רחב, וגישה לפיה ההחלטה לבקש חקירה שלישית שוללת את האמרות המרשיעות בחקירות הקודמות, אינה עומדת בהיגיון הדין או הליכי החקירה. לאמור, אין בדרישה לעדות נוספת כדי להבהיר, לחזק או אפילו לוודא עובדה מסוימת בכדי לשלול את הערך הראייתי של העדות הקודמת. מסכים אני במקרה זה, בהתאם בין היתר לציטוטים שהובאו לעיל מהחקירה הראשונה, כי יש בחקירה זו בכדי ללמד על ביצוע חדירה.

9. חדירה מהי? הסתייגות חלופית של הסניגור ברובד המשפטי היא כי אין בעדות הילדה לגלות עבירה, אף אם עדותה תתקבל. הסניגור סומך ידיו על הפסיקה לפיה חדירה משמעה חדירה או תחילת חדירה לתוך הנרתיק, ולגישתו מדברי הילדה לא עולה כי בוצעה פעולה שכזו. בהקשר זה הופנתי לעניין אפגאן שם נכתב:

לא כל מישוש, ליטוף או נגיעות באיבר המין של האישה והאזור הסמוך לו מהווים 'חדירה' כמשמעותה בעבירת האינוס בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין. שכן, 'חדירה' משמעה חדירה לתוך הנרתיק או תחילת חדירה לתוכו" (ע"פ 3579/04 אפגאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 119, 129 (2004) (להלן: אפגאן)).

ברם, כבר השתרשה בפסיקה גישה לפיה חדירה אין משמעה דווקא חדירה לתוך הנרתיק ממש, אלא די בחדירה של איבר מאברי הגוף לכל חלק של איבר המין. כך למשל בעניין אבו לשין כתב חברי השופט א' שהם:

"סבורני כי צדק בית משפט קמא בקובעו כי הוכחה, למצער, "תחילת חדירה", והדבר עולה בבירור מתיאוריה של ל' אודות מעשיו של המערער. עצם העובדה כי הוחדר איבר מאברי הגוף, ובמקרה דנן - לשונו של המערער, אל מעבר לשפתי איבר המין החיצוניות של המתלוננת, די בכך כדי לשמש בסיס להרשעתו של המערער בעבירת האינוס, ואין צורך להוכיח את עומק החדירה" (ע"פ 8479/13 אבו לשין נ' מדינת ישראל, פס' 64 לפסק דינו של השופט שהם (3.8.2015)).

השופט א' רובישנטיין אף התייחס במפורש לדברים שהובאו בפרשת אפגאן, באופן התומך בגישה לפיה התביעה אינה נדרשת להוכיח חדירה לתוך הנרתיק כדי שיתקיים יסוד הבעילה:

"אמנם ישנה אולי אי בהירות מסוימת, שכן בע"פ 3599/04 אפגאן נ' מדינת ישראל פ"ד נט(4) 119, 130 עולה מדברי השופט ג'ובראן, כי "מישוש איבר המין של האישה והאזור הסמוך לו, ליטופו או נגיעות בו מהוים, 'מעשה מגונה' אם אלו נעשו לשם, גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", וראו שם בעמ' 129, כי "חדירה' משמעה חדירה לתוך הנרתיק או תחילת חדירה לתוכו". כשלעצמי נוטה אני לומר כי קשה מאוד לקבוע עובדתית לא אחת מה ההבדל - המועט בעליל - שבין נגיעה באיבר המין לבין ראשית חדירה, וסבורני כי ככל שהנגיעה היא בפתח איבר המין תוכל להיחשב חדירה." (ע"פ 1484/10 אבו חאמד נ' מדינת ישראל, פס' ד' לפסק דינו של השופט א' רובישנטיין (22.10.2012)).

בפסיקה אף ישנה הסכמה כי די בהתחלת חדירה, ואין צורך להוכיח חדירה של ממש:

"כפי שנפסק לא אחת, מספיקה התחלת חדירה, ואין צורך בחדירה ממש אל תוך איבר המין" (ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, פס' 92 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר (1993)).

"נמצאנו למדים כי לעניינה של "החדרה" די בקיומו של "מגע" עם איבר המין של האישה, "התחלת חדירה", ואין הכרח בחדירה של ממש אל תוך איבר המין של קרבן מעשה האינוס (וממילא גם אין כל מניעה כי קרבן האינוס תישאר בתולה). הנזק הפסיכולוגי, הנגרם מהחדרה כפויה, אינו מבחין בין החדרה למחצה לשליש או לרביע (או לכזו אשר "אינה" משאירה סימנים), ואף המחוקק לא נתכוון לברור בכך." (ע"פ 5165/98 דסה נ' מדינת ישראל (23.12.1998)).

לבסוף נפנה לפסק הדין שניתן לאחרונה מפיו של השופט ג' קרא, שם אושר שוב הכלל לפיו אין צורך בחדירה מלאה לאיבר המין של האישה, וכי די בהתחלת חדירה, וכך נכתב:

"גם לאחר צפייה בסרטון, מובן כי אין מקום לשנות מקביעותיו של בית המשפט המחוזי במישור זה. בסרטון נראה בבירור חדרת קצה איבר מינו של המערער לבין שפתי איבר מינה של הקטינה." (ע"פ 2375/15 מדינת ישראל נ' נס, פס' 41 לפסק דינו של השופט ג' קרא (22.2.2018)).

בחנית החקיקה והתפתחותה אף תומכת במסקנה כי חדרה כוללת תחילת חדרה. סעיף 345(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 מגדיר כך: "בועל" - המחזיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המינשל האישה". הגדרה זו נקבעה בחוק העונשין במסגרת תיקון מס' 30 משנת 1990, על מנת להרחיב את המקרים בהם מתקיימת עבירת האינוס. כלשון דברי ההסבר: "להוסיף הגדרת 'בועל' באופן שתכלול דרכים שונות של ביצוע מעשי אינוס" (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 33), התש"ן-1990). המחוקק לא התייחס להחזרה לנרתיקה של האישה אלא לאיבר המין, כלומר, איבר המין על כל חלקיו. אני סבור שלשון החוק בעניין זה ברורה. לאמור, גם חדרה לחלקיו החיצוניים של איבר המין, כגון מעבר לשפתיים החיצוניות, עשויה להוות חדרה המקימה את עבירת האינוס. ראו לעניין זה את הדברים הבאים, שנכתבו לפני שנים רבות בהקשר של בעילת ילדה:

"תצא הקטיגוריה ידי חובתה אם הוכחה התחלה של חדרה לאבר המין של הקרבן [...] סבורים אנו, כי על יסוד ההודאה של הנאשם במשטרה והעדות שמסרה הילדה לפני החוקרת אסתר מנחמי, היה רשאי בית-המשפט המחוזי להגיע אל המסקנה, שהמערער הכניס את אבר מינו בין השפתיים של אבר מינה של הילדה, הגם שלא גרם לקרע בתוליה" (ע"פ 31/60 אל-ג'אזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד יד 758, 759 (1960); ההדגשות הוספו).

אכן לא כל נגיעה מהווה חדרה, למשל במקרה של נגיעה חיצונית, אולם כל נגיעה פנימית בחלק מחלקי איבר המין מהווה חדרה. במובן זה, כך אף ניתן להבין את הנפסק בעניין אפגאן. החדירה מתקיימת כאשר המגע הוא מגע פנימי בין איבר מאברי גופו של פלוני, לאיבר מינה של האישה. כך עולה מהדין והפסיקה. העיסוק במידת החדירה אינו מעלה או מוריד בדבר קיומה של עבירת האינוס. מבחינה מעשית, כל תוצאה אחרת, כגון דרישה לחדירה ממשית, עמוקה, או מלאה - איננה בגדר מונח מדיד, בהינתן אופי היכולת של הנפגעת לדייק בתיאור האירוע. אכן עבירה פלילית יש להוכיח מעבר לכל ספק סביר, אך אין טעם להגדיר עבירת מין כה מרכזית באופן שלא ניתן יהיה, או למצער קשה מאוד יהיה, להוכיחה. כמובן, עוצמת נקודה זו מתחדדת כאשר מדובר בעדות של ילדה רכה בשנים.

האם תנאי העבירה לא הוכחו כאשר ילדה בת תשע מספרת את סיפורה בביטויים כגון: "הוא חיטט לי שם", "בפות שלי", "בפנים", "שהוא חיטט לי אז הוא עשה את זה חזק מאוד"? על פי דין - לא נדרש פירוט מעבר לכך, וכל דרישה נוספת מהווה פגיעה חמורה באינטרס הציבורי של הגנה על בנותיה הצעירות של החברה. פשיטא כי מסירת העדות אינה מחייבת את קבלתה. ההיפך הוא הנכון במובן זה שהנטל הוא על התביעה. אך עסקינן בטענה שאפילו והדברים יקבעו כממצא עובדתי, אין בהם בכדי ללמד על התקיימות יסודות העבירה - גישה כזו אין לקבל.

10. לסיום הדיון באדן הראשון יוזכר הכלל המושרש בשיטתנו, לפיו ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בממצאי מהימנות ועובדה שקבעה הערכאה הדיונית. הערכאה הדיונית היא זו אשר התרשמה בענייננו מהעדויות המרכזיות, ובפרט מעדותה של חוקרת הילדים ומעדות המערער, וקבעה כי המערער החדיר את אצבעו לאיבר מינה של הילדה.

עת עסקינן בילד אשר אינו מעיד בפני בית המשפט, ועדותו מוקלטת ומתועדת באמצעים שונים, ניתן לטעון כי

יכולה ערכאת הערעור להתרשם מעדותו זו באופן זהה לאופן בו התרשמה ממנה הערכאה הדיונית. אולם, עדותו של הילד בחקירה אינה ניצבת לבדה, אלא היא באה לעולם בהקשר מסוים. עדות כזו נתמכת בעדותה של חוקרת הילדים, המסייעת לערכאה המבררת להבהיר שאלות שהתעוררו מצפיה בחקירות הילד המתועדות. ודוקו, הערכאה המבררת ולא ערכאת הערעור. חוקרת הילדים בענייננו הדגישה את מהימנותה של הילדה, שללה מגמה מפלילה בעדות הילדה, וציינה את עקביותה בעדותה. כדבריה: "התרשמתי מילדה ורבאלית כמו שצינתי מקודם, היא נתנה עדות עקבית ברורה קוהרנטית ואותנטית" (עמ' 32 לפרוטוקול בית משפט קמא (להלן: הפרוטוקול)). בית משפט קמא נתן אמון בעדותה של חוקרת הילדים והצדיק את אופן התנהלותה בחקירות, וכך סיכם את תשובותיה לחקירה הנגדית של הסניגור:

"סיכומי של דבר - חוקרת הילדים פעלה כהלכה ובהתאם להנחיות המקצועיות הרלבנטיות; לא נפל כל פגם בניהול החקירה בעניין זה; ואין כל עננה שמעיבה על עדות הקטינה ומהימנותה בעניין זה." (פס' 50 להכרעת-הדין).

באשר למערער, בית משפט קמא לא נתן אמון בגרסתו לפיה לא נגע באיבר מינה של הילדה, וקבע כי:

"כל ניסיונותיו של הנאשם לתרץ את שקריו במשטרה ואת שינוי הגרסה בבית המשפט - קרסו והופרכו. עוד הראיתי את המניע האמיתי והפסול של הנאשם לשינוי גרסאותיו - ניהול "קרב בלימה" ע"י "תפירת" גרסה, ש"תשרוד" את הראיות המוצקות והמפלילות, ותרחיק את הנאשם מהרשעה בעבירה החמורה יותר, עבירת האונס. התנהלות מניפולטיבית כזו נזקפת כשלעצמה כחלק מהמכלול הראייתי לחובת הנאשם. היא שוללת את האפשרות והנכונות לסמוך על עדותו, כדי לקבוע ממצאים לזכותו" (פס' 69 להכרעת-הדין).

דוגמה להיבט המניפולטיבי של עדות המערער תוצג עתה. בתשובה לשאלה: "הידיים שלך לא התקרבו לאיבר המין שלה" ענה המערער: "לא". בהמשך חזר והדגיש זאת המערער בדבריו לשאלה האם נגע עם הידיים באיבר מינה של הילדה: "לא נגעתי לה באיבר המין בכלל" (עמ' 321-319 לפרוטוקול). על אמירות אלו חזר המערער בעקשנות מספר פעמים. כשהתבקש המערער להגיב להדגמת הילדה את התנועה הסיבובית עם האצבע ענה: "אולי כנראה היד שלי זזה לרגל שלה וזה היה ליד, והיא חשבה אולי שאני עושה משהו" (עמ' 350 לפרוטוקול).

קביעותיה של הערכאה הדיונית מעוגנות בחומר הראיות. עדותה הראשונה של הילדה מלמדת על ביצוע חדירה, ובהקשר זה אף אין בטענות שעלו בעניין החקירה השלישית בכדי לערער את עוצמת העדות. מסקנה זו מתחזקת נוכח הכחשתו של המערער כל מגע עם ידיו באיבר מינה של הילדה - בעוד שעולה מעדותה באופן ברור, שאכן נגע גם נגע. אמרותיה של הילדה נקבעו כמהימנות, ואף עדות חוקרת הילדים, אשר התרשמה כי עדות הילדה אמת היא, לימדה כי לא נפל פגם בחקירת הילדה. לזאת הצטרף חוסר מהימנותו של המערער, כפי שעלה מחקירותיו ומעדותו בפני בית המשפט. כל אלו מבססים כדון, וכפי שנקבע על ידי בית משפט קמא, את המסקנה לפיה עדות הילדה מלמדת כי בוצעה חדירה. התוצאה היא שאין מקום להתערב במסקנת בית משפט לפיה יש לקבל את עדות הילדה בדבר ביצוע העבירה. עתה יש לעבור לאדן השני, הוא ראיית הסיוע.

ראיית הסיוע - מתי נדרשת?

11. מאחר שהילדה לא העידה בפני בית המשפט בהוראת חוקרת הילדים, נדרשה ראיית סיוע לחקירתה

המתועדת לפי סעיף 11 לחוק הגנת ילדים. כאמור, בית משפט קמא קבע כי ממצאי ה-DNA, מסדר הזיהוי, ומצבה הנפשי של הילדה, מהווים ראיות סיוע. בחינה זו נעשתה אל מול יריעת המחלוקת הרחבה שפרש המערער בחקירתו במטרה - בה הכחיש כל קשר לאירוע, ולא אל מול היריעה הצרה שנפרשה במענה לכתב האישום - לפיה הודה המערער בביצוע מעשים מגונים אך לא באינוס. הסיוע חייב לגעת בנקודה ממשית שבמחלוקת בין הצדדים. זהו אחד משלושת התנאים לבדיקת קיומה של ראיית סיוע. הואיל ויריעת המחלוקת בין הצדדים עשויה להשתנות במהלך המשפט, יש נפקות לשאלה - יריעת מחלוקת, מתי ובאיזה שלב? כדי להשיב לשאלה זו נציג את המצב המשפטי הרלוונטי.

12. ישנן עדויות אשר הרשעת נאשם על יסודן בלבד עלולה לעורר קושי לנוכח מאפייני העדות. על כן נדרשת ראייה המסייעת לעדות היחידה המרכזית, המפצה על קושי זה, ומשלימה את החסר על מנת שיהיה בסיס מספק להרשעה. זוהי מעין בקרה על בית המשפט עצמו. אין בית משפט יכול לקבוע כי לנוכח חוזק העדות אין צורך בסיוע. עניין זה לא נתון לשיקול דעתו.

במשך השנים צומצמו המקרים בהם נדרשת ראיית סיוע בדין הפלילי, כגון בעדות קורבן עבירת מין ובעבירות זנות - בהן בוטלה דרישת הסיוע לצורך הרשעה על סמך עדות יחידה. בין המקרים בהם עדיין נדרשת ראיית סיוע הם ניתן למנות את: עבירת עדות שקר ועבירות המרדה; הרשעה המתבססת על ראייה יחידה של עדות שותף שקיבל טובת הנאה ומהווה עד מדינה; עדות ילד שמסר גרסתו רק בפני חוקר ילדים; ואמרת אדם עם מוגבלות נפשית או שכלית שפטור ממסירת עדות (להרחבה ראו: גבריאל הלוי תורת דיני הראיות כרך ד 611 (2013) (להלן: תורת דיני הראיות)). הטעמים העומדים בבסיס דרישת הסיוע במקרים אלו הינם שונים, אך המשותף להם הוא שבאופן מובנה הראייה העיקרית לוקה בחסר. דרך השלמת החסר היא דרישת ראיית סיוע, ודוקו, ראיית סיוע - קל וחומר שבהתקיים ראייה עצמאית נוספת דרישת הסיוע מתייתרת.

כך למשל נקבע בפסיקה כי על מנת להרשיע נאשם בעבירה של עדות שקר על סמך עדות יחידה, נדרשת ראיית סיוע המלמדת על השקר שבעדות הנאשם. הטעמים לכך הם הרצון להעניק הגנה מסוימת לעדים במשפט, אשר נדרשים להעיד נגד בעל דין ולמנוע את הרתעתם מלהעיד. לכאורה ללא הגנה זו, עדותו של אותו בעל דין אשר נפגע מעדות העד, עלולה להביא לבדה להרשעת העד בעבירה של עדות שקר. כמו כן הסיוע נדרש לאור הקושי להכריע בין שתי גרסאות סותרות בהיעדר ראייה חיצונית (ע"פ 4/51 פיפרלינג נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה' 1209, 1213 (1951); ע"פ 675/81 מדינת ישראל נ' אלבזיז, פ"ד לו(3) 265, 268 (1982); ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, 294 (1983)).

לגבי שותף שהינו עד מדינה, דרישת הסיוע נקבעה על ידי המחוקק בסעיף 54א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, כך שלא ניתן להרשיע נאשם על סמך עדותו של שותפו לעבירה שהינו עד מדינה, דהיינו שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה, ללא ראייה מסייעת. לכלל זה נקבע חריג בעבירות משחקים אסורים ושוחד (סעיפים 232 ו-296 לחוק העונשין). הטעמים לדרישת הסיוע לעדות עד מדינה, במקרים שלא הוחרגו, הם העובדה שמדובר בעדות של אדם אשר הינו שותף לעבירה שבוצעה על ידי הנאשם נגדו הוא מעיד, ואשר הובטחה לו טובת הנאה כלשהי בגין עדותו. החסר או הכתם בטוהר עדותו הוא כי העדות המפלילה נגד שותפו תזכה אותו בטובת הנאה. אף קיים חשש לניסיון להרשעת הנאשם כחלק מנקמה או סגירת חשבונות (יעקב קדמי על הראיות - חלק ראשון 203 (2009) (להלן: על הראיות)).

13. במקרה של אמרת ילד, הרלוונטית לענייננו, הדרישה מופיעה בסעיף 11 לחוק הגנת ילדים, המחייב ראיית סיוע על מנת להרשיע נאשם על סמך עדות שתועדה בידי חוקר ילדים, כאשר הילד אינו מעיד במשפט. הטעם המרכזי לכך כיום הוא היעדר האפשרות לביצוע חקירה נגדית של הילד על ידי ההגנה. ראו דבריו של השופט א' ריבלין בעניין זה:

"הרשעה על סמך עדותו של ילד בפני חוקר ילדים טעונה סיוע (סעיף 11 לחוק הגנת ילדים). דרישה זו היא בבחינת שובר הקבוע בצד ההקלה הראייתית הקבועה בחוק הגנת ילדים: מחד גיסא, מכשיר החוק את עדות הילד שנגבתה על ידי חוקר הילדים, כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה, תוך פגיעה בזכותו של הנאשם לעמוד מול מאשימו ותוך סטייה מן התפיסה הרואה חשיבות רבה בקיום חקירה נגדית של עד כאמצעי לגילוי האמת. מאידך גיסא, מבטיח החוק כי לא יורשע אדם על יסוד עדות שנגבתה על ידי חוקר ילדים, אלא אם נמצא לה בחומר הראיות סיוע" (ע"פ 446/02 מדינת ישראל נ' קובי, פ"ד נז(3) 783, 769 (2002)).

יצוין כי מטעם דומה נובעת גם דרישת הסיוע לאמרת אדם בעל מוגבלות שלא העיד במשפט, הקבועה בסעיף 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005.

14. בעבר, דרישת הסיוע נועדה אף להתגבר על קושי משמעותי נוסף, הנובע מאי-יכולתו של בית המשפט להתרשם באופן בלתי-אמצעי מעדות הילד, אלא באמצעות דו"ח חוקר הילדים (ע"פ 4009/90 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מז(1) 303, 292 (1993); ע"פ 192/56 יהודאי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 367, 365 (1957)). כיום לאור ההתקדמות הטכנולוגית ויכולות הצילום והתיעוד של חקירת הילד, התרשמותו של בית המשפט מהעדות המוקלטת מתקרבת יותר לרמה של התרשמות מעדות בבית המשפט.

ברם, מסופקני עד מאוד, גם על סמך ניסיוני כשופט בערכאה המבררת ושופט בערכאת הערעור, אם אכן אין הבדל בין עדות חיה בה השופט מהווה חלק מהאירוע, ולא רק רואה-שומע, אלא משתתף ושואל, לבין ראיית הדברים דרך עין המצלמה. יתרה מזאת, היעדר חקירה נגדית אינו עניין של מה בכך, אלא החקירה הנגדית הינה כלי חשוב מאוד, ולמעשה הטוב ביותר, לחשיפת האמת. בדומה, יש לבחון את המכלול - עוצמת הסיוע ועוצמת הראיה העיקרית - בטרם בית משפט יחליט אם להרשיע, אם לאו. דהיינו, יש לערכאה המבררת שיקול דעת האם לקבל ראיה מרכזית בתוספת ראיית סיוע אם לאו. אך האחרונה נדרשת, על תנאיה השונים, על מנת להרשיע.

דרישת הסיוע - התנאים לה

15. על מנת לענות על דרישת הסיוע, הראיה המסייעת חייבת לעמוד בשלושה תנאים: מקור הראיה צריך להיות נפרד ועצמאי מהעדות הדרושה סיוע; הראיה נוטה לסבך את הנאשם באחריות לביצוע המעשה; והראיה צריכה לגעת לנקודה ממשית השנויה במחלוקת בין הצדדים (ע"פ 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(4) 197, 203 (1985)); על הראיות, בעמ' 265). תנאי תנאי על פי מידותיו. התנאי הראשון מדבר בעד עצמו. ראיה עצמאית ונפרדת מהראיה העיקרית. התנאי השני מתייחס לנטייה לסבך, ולא להפליל. במסגרת התנאי השלישי בודקים את המחלוקת הקונקרטית בין הצדדים והזיקה של ראיית הסיוע אליה, תוך שימת דגש על כך שלא כל נקודה השנויה במחלוקת תספיק, אלא נקודה ממשית.

בהתאם, בניגוד לתוספות הראייתיות המאמתות מסוג חיזוק ודבר מה נוסף, ראיית הסיוע ייחודית בכך שנדרש שתיטה לסבך את הנאשם בביצוע העבירה. דרישת הסיבוך באה לידי ביטוי בכך שראיית הסיוע אינה מחזקת את הראיה המרכזית, אלא את המסקנה העולה ממנה - דהיינו, התקיימותם של יסודות העבירה. מכאן נגזר גם התנאי השלישי המתייחס לרלוונטיות של הראיה המסייעת, ודורש כי היא תתייחס לנקודה שבמחלוקת בין הצדדים. אם הראיה המסייעת אינה מתייחסת לנקודה ממשית שבמחלוקת, היא אינה מחזקת את המסקנה לפיה מתקיימים יסודות העבירה. תנאי שלישי זה הוא הנמצא במוקד פרשתנו. לצד אלה, אין דרישה כי ראיית הסיוע תהא ראייה מפלילה בפני עצמה. לדוגמה, טביעת אצבע של נאשם במקום מחשיד עשויה להוות ראייה עצמאית מפלילה לביצוע עבירה, ובתור שכזו היא בעלת איכות טובה יותר מראיית סיוע, ומייתרת את הצורך בה.

16. ביחס לגזרת התנאי השלישי, ברי כי ככל שנאשם מרחיב את יריעת המחלוקת, יהיה קל יותר לאתר ולהוכיח ראיית סיוע, ומנגד ככל שהנאשם מצמצם את יריעת המחלוקת - הוכחת סיוע תהפוך קשה יותר. במקום אחר כתבתי בהקשר זה:

"יש לבחון את חזית המריבה שבין הצדדים במקרה הקונקרטי, באופן שכלל שהכשתו של הנאשם את המעשים היא כללית וטוטאלית יותר, גם היקפה של ראיית הסיוע הנדרשת יכול להיות מצומצם יותר. בהתאם לכך, אינו דומה היקפה הנדרש של ראיית הסיוע במקרה בו נאשם טוען כי כלל לא היתה התרחשות, לבין היקפה הנדרש במקום שמסכים לכך שהיה אירוע, אך מכחיש את מעורבותו. במקרה האחרון, ראיית הסיוע צריכה למשל להתייחס לזהותו של הנאשם, ואילו בראשון די בכך שתתמוך בקיום ההתרחשות" (ע"פ 9608/11 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 12 לפסק דיני (7.7.2014)).

17. הקושי במילוי תנאי זה משתנה אפוא לפי גדר המחלוקת. כאשר יריעת המחלוקת השתנתה לאורך ההליך, נדרש בית המשפט לקבוע ביחס לאיזו יריעת מחלוקת יש לבחון את ראיית הסיוע. כך בענייננו, האם מדובר ביריעת המחלוקת הראשונה, הרחבה, בה הכחיש המערער מכל וכל את מעורבותו במקרה, או שמא מדובר ביריעת המחלוקת השנייה, הצרה, העוסקת בשאלת ביצוע חדירה. ולא נסתיר, כי על פי המוסכם ראיות הסיוע עליהן הצביע בית המשפט המחוזי, עונות על הדרישה רק אם מדובר ביריעה הרחבה שנפרשה בחקירה במשטרה, לפיה למערער לא היה כל קשר לילדה. ראיות אלו אינן עונות על הדרישה אם מדובר ביריעה הצרה בה המחלוקת נסובה סביב מעשה החדירה, בנפרד מביצוע עבירות מעשים מגונים.

מתי מוגדרת יריעת המחלוקת?

18. נקדיש דברי הקדמה לסוגיה, בגדר כלי עזר להכרעה. התנאי לפיו ראיית הסיוע צריכה לגעת בנקודה ממשית הנמצאת בתוך יריעת המחלוקת בין הצדדים, מחייב את בחינת הפער בין עמדות הצדדים בצורה אינדיבידואלית. סיוע הוא תוספת ראייתית, ובתור שכזו הראיה חייבת להוסיף לעדות העיקרית. להוסיף - בצורה אמיתית וקונקרטית למחלוקת שנפלה בין התביעה לבין הנאשם. כפי שצוין לעיל, יש יחס גומלין בין רוחב הכפירה לבין רוחב דרישת הסיוע. לאמור, אם נאשם כופר מכל וכל ומכחיש כל קשר לאירוע, אזי יריעת המחלוקת בין הצדדים מתרחבת, ומתרבות הנקודות השנויות במחלוקת שניתן להסתייע בהן. לעומת זאת, ככל שהכפירה מצומצמת, למשל כשהנאשם מודה כי שהה עם הקטינה במועד הרלוונטי, ואף נגע בה באופן מיני, אך לא בהיקף הנטען - או אז הסיוע הנדרש לעדות הילדה שנמסרה רק בפני חוקרת ילדים, מצומצם ונקודתי יותר מהדוגמה בה הכפירה רחבה. צא ולמד, ככל שהכפירה בעובדות רחבה יותר, יריעת המחלוקת גדלה, ובהתאם השטח שעשוי לספק סיוע. מהצד האחר, ככל שהכפירה בעובדות מצומצמת יותר, כך יריעת

המחלוקת צרה יותר, ויגבר הקושי להצביע על סיוע.

הנגזר מכך הוא כי התשובה לשאלה האם בכוחה של ראייה לשמש סיוע אם לאו, תלויה גם במידת הכפירה של הנאשם בעובדות כתב האישום. טול דוגמה פשוטה – עד ראה נאשם נכנס לדירה בה מתגוררת הילדה שנפלה קורבן, על פי הנתען, לתקיפה מינית באותה עת, ונאסר על ידי חוקרת ילדים שתעיד במשפט. אם הגנת הנאשם היא שהיה בדירה אך לא נגע בילדה, עדות עד הראיה לא מהווה סיוע. לעומת זאת אם הנאשם מכחיש שהיה בדירה, אותה עדות עשויה לשמש סיוע. ההבדל נובע מרוחב הכפירה. הדבר לא ייחשב כתגלית אם נוסף כי עמדת הנאשם ביחס לעובדות עשויה להשתנות במהלך החקירה ובמהלך המשפט. מכאן החשיבות של הגדרת העיתוי הקובע את יריעת המחלוקת.

אחרון בדברי ההקדמה, יושם אל לב קיומם של שני צירים ככלי הבהרה. ציר אחד הוא ציר הזמן. ישנם שלבים שונים בחקירה ובמשפט, שבכל אחד מהם יריעת המחלוקת עשויה להשתנות בהתאם לעמדת הנאשם. על כן חיוני להגדיר את השלב במשפט הקובע. ציר שני הוא ציר הגרסה. תנועת העמדות שונות של הנאשם. במהלך החקירה ובמהלך המשפט הנאשם עשוי לכפור בעובדות נוספות, שלא כפר בהן בתחילה, ובמובן זה להרחיב את המחלוקת. מהצד האחר, הנאשם אף רשאי לצמצם את שדה המחלוקת בכך שהוא מודה בעובדות שקודם לכן כפר בהן. הניתוח של כל ציר – הזמן והגרסה – והקשר ביניהם, יוצג בהמשך. די בשלב זה להפנות זרקור אליהם במהלך הדיון.

שאלת עיתוי הגדרתה של יריעת המחלוקת, לצורך בחינת ראיית הסיוע, לא הוכרעה בפסיקה עד כה באופן ברור בדין הישראלי. מעיון ראשוני ניתן לסבור שהשאלה כבר הוכרעה, באופן שניתן לקבוע את גדר המחלוקת כבר בשלב החקירה הראשונית, אף אם המחלוקת מצטמצמת לאחר הגשת כתב האישום (להלן: הגישה המרחיבה). ברם, כפי שיוסבר, שאלה זו לטעמי לא קיבלה הלכה למעשה מענה בפסיקה בהקשר של דרישת הסיוע.

19. בספרות הובעו דעות לפיהן במקרים בהם מתעורר חשש לשימוש טקטי של הנאשם, ניתן לבחון את ראיית הסיוע אל מול נקודה שהייתה בעבר במחלוקת, למרות שיריעת המחלוקת כבר צומצמה ואינה כוללת את אותה נקודה. גישה זו הביע השופט י' קדמי בספרו:

"הדעת נותנת – וכך נוהגים למעשה – כי לעניין העימות האמור, תובא בחשבון הגרסה הראשונה שמוסר הנאשם במסגרת חקירתו, לאמור: לפני שהיתה לו הזדמנות לבדוק ולבחון את חומר הראיות ולכוון על-פיו את עמדתו, באופן שיוכל לקבוע 'חזית מריבה' שאינה 'מכוסה' בראיית סיוע" (על הראיות – חלק ראשון, בעמ' 279).

ניתן להבין מדברים אלה כי גישה זו, לפיה גרסת הנאשם הראשונה היא הרלוונטית לבחינת ראיית הסיוע בכל מצב, היא זו שאומצה בפסיקה כהלכה. ברם, אינני סבור כי זה המצב. שאלת העיתוי או השלב בו נקבעת יריעת המחלוקת, הינה מורכבת יותר כאשר הנאשם משנה את גרסתו לאחר הגשת כתב האישום. בפרשה הראשונה אליה מפנה השופט י' קדמי, בעניין אנגל, דובר בשאלת הסגרה לקנדה, אשר עוררה גם את הצורך לבחון האם יש די ראיות בידי התביעה לצורך עמידה בתנאי ההסגרה. בפרשה זו לא נקבע כי גרסתו הראשונה של הנאשם היא זו הרלוונטית לצורך דרישת הסיוע, אלא נדונה השאלה האם מתקיימים התנאים להסגרת המערער, ונקבע שלצורך ההסגרה אין הכרח להוכיח את קיומה של ראיית סיוע. וכך נכתב על ידי הנשיא א' ברק, בתקופה בה עדיין נדרש סיוע לעדות קרבן עבירת מין:

"טול נאשם בעבירת אונס אשר בחר בזכות השתיקה, ולא מסר כל גרסה שהיא למשטרה. ניתן לדעת מראש, כי לשם הרשעתו בדין יהא על התביעה לספק ראית סיוע, ולו קלה כנוצה. נניח כי בידי התביעה מצויה עדותו של עד שראה את הנאשם נכנס לבית בו מתגוררת המתלוננת. האם זו ראית סיוע לזהותו של הנאשם? אין להשיב על שאלה זו כל עוד אין יודעים את גרסתו של הנאשם. מכיון שהנאשם לא העיד במשטרה, הרי כל עוד לא יעיד בבית-המשפט, אין לדעת את 'יריעת המריבה'" (ע"פ 318/79 אנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 98, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (1980) (להלן: אנגל)).

הפרשה השנייה שהובאה בספרו של השופט י' קדמי הינה בעניין יהודאי, אשר עסקה בין היתר בדרישת הסיוע לעדות שותף העונה להגדרת עד מדינה. שם מפנה השופט א' גולדברג לעניין אנגל לעיל, בדבריו:

"משלא מסרו המערערים גרסה בעת שנחקרו במשטרה, לא ניתן, במקרה זה, לעמת את עמדת התביעה מול עמדת ההגנה על-פי הגרסה הראשונה שמסר הנאשם במסגרת חקירתו (ע"פ 318/79 בעמ' 106) כדי לקבוע את זירת המחלוקת. לשם כך עלינו לעמוד על גרסתם, כפי שהעלוה לראשונה בבית המשפט." (ע"פ 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(4) 197, פס' 7 לפסק דינו של השופט א' גולדברג (1985) (להלן: יהודאי)).

גם בפרשה זו לא נקבע כי הגרסה הראשונה שמסר חשוד בחקירתו במשטרה תגדיר את יריעת המחלוקת, כאשר החשוד, אשר הפך לנאשם בהגשת כתב האישום, מוסר במענה לכתב האישום גרסה שונה מזו שמסר בחקירתו. אלא נקבע כי עבור נאשם אשר שמר על זכות השתיקה בחקירה, יריעת המחלוקת לא תוגדר כיריעה מלאה המבוססת על היעדר הסכמה לכל עובדה בכתב האישום. תחת זאת העמדה שהוצגה במענה לכתב האישום היא תגדיר את יריעת המחלוקת בין הצדדים.

עמדה זו ראויה בעיני משום שיש בה הכרה בצורה מהותית בזכות השתיקה של הנאשם. נקודה נוספת היא שהטענה שהתביעה הייתה עשויה לטעון לפיה לא ידעה איך לחקור טרם הגשת כתב האישום - לא מתקבלת. התביעה חייבת לחקור כמיטב הבנתה תוך איסוף מלוא הראיות להשגת הרשעה גם אם מהות הסיוע הנדרש אינה ברורה טרם הגשת כתב האישום. לכך השלכה למקרים האחרים כפי שיוסבר בהמשך.

20. מנימוקים אלה, ובהתאם לפסיקה לעיל - אני מסתייג מהעמדה שהובאה בספרות על ידי י' הורביץ (יאיר הורביץ "ראיית הסיוע במשפט הפלילי - מגמות חדשות" משפטים ט 249, 257 (1979) (להלן: הורביץ)). במאמר הוצגה העמדה לפיה במקרים בהם הנאשם פורש יריעת מחלוקת רחבה בחקירתו במשטרה, ולאחר מכן מצמצם אותה בהתאם לחשיפתו לראיות התביעה - ראוי לבחון את ראיית הסיוע אל מול יריעת המחלוקת הרחבה. על פי גישה זו, הפעם הראשונה בה נאשם פורש את גרסתו היא הקובעת את גדר המחלוקת - בין אם בחקירתו במשטרה ובין אם במענה לכתב האישום. גם שתיקתו של הנאשם בפעם הראשונה שניתנה לו הזדמנות לפרוש את גרסתו - מהווה כפירה בכל העובדות המפלילות, כך שנפרשת יריעת מחלוקת רחבה (הורביץ, בעמ' 257). עמדה זו ביחס לשתיקת נאשם בחקירה נדחתה בפסק הדין האמור בעניין אנגל, שניתן כשנה לאחר פרסום המאמר. הדברים מובאים מפני שעל אף האמור, המאמר הובא בפסיקה מאוחרת בעניין מובארק, ואף בהכרעת-הדין של בית המשפט המחוזי. לדעתי נכון לשאול האם ראוי להסתמך על הגישה שהוצגה במאמר. ונניח כי נאשם כופר בחקירה הראשונה במשטרה ובחקירה השנייה מוסר גרסה, מה הטעם לתת עליונות לעמדה בחקירה הראשונה אם תכליתה של ראיית הסיוע היא להעניק ביטחון נוסף להרשעה? האם לא נכון יותר להגדיר את יריעת המחלוקת על פי העדות המפורטת בחקירה השנייה,

שלעיתים נמסרה תוך יום יומיים ממועד החקירה הראשונה? עד כאן לגבי שתיקת נאשם בחקירתו.

21. בפסיקה מאוחרת נדונה שאלת שלב הגדרת יריעת המחלוקת בשתי פרשות - פלוני ומובארק (ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל (27.8.2012) (להלן: פלוני); עניין מובארק לעיל). פרשת פלוני עסקה בנושא בהקשר של דרישת הסיוע, אולם בסיטואציה הפוכה לענייננו, בה הנאשם פרש תחילה יריעת מחלוקת מצומצמת ובהמשך הרחיב אותה, בעוד שפרשת מובארק עסקה בנושא בהקשר הכללי של בחינת התשתית הראייתית, ולא בהקשר של דרישת הסיוע.

22. פרשת פלוני ממחישה כיצד הכלל לפיו גרסתו הראשונה של הנאשם היא זו המגדירה את יריעת המחלוקת - אינו מתאים תמיד. באותו עניין הנאשם הודה בהודעתו במשטרה בביצוע עבירות של מעשים מגונים והכחיש ביצוע אונס, אך לאחר הגשת כתב האישום הכחיש את מכלול המעשים המיוחסים לו. נקבע כי במקרה כזה ניתן לבחון את ראיית הסיוע לנוכח הגרסה המאוחרת הרחבה יותר, בניגוד לטענת הנאשם אשר סמך ידיו על גישתו של השופט י' קדמי שהובאה לעיל, לפיה הגרסה הראשונה היא התוחמת את גדר המחלוקת. וכך כתב השופט צ' זילברטל:

"קשה לומר, כי נפגעת זכותו של הנאשם להליך הוגן מקום בו קבע בית המשפט את יריעת המחלוקת על-פי הגרסה המוצגת על ידו בשלב המאוחר, וזאת לאחר שניתנה לו ההזדמנות לבדוק ולבחון את חומר הראיות ולכוון על-פיו את עמדתו.

[...]

סבורני, כי הדברים הנ"ל בספרו של י' קדמי, אליהם הפנה בא-כוחו של המערער, נועדו להתמודד דווקא עם החשש מפני שימוש טקטי של הנאשם עצמו, אשר יציג גרסה מתפתחת ומותאמת לחומרים עמם עומת, לאחר שנשמעו עדי התביעה, והכל תוך מטרה לקבוע חזית מריבה שאינה "מכוסה" בראיית סיוע. כלומר, ההיגיון שביסוד האמור בספרו של י'קדמי יפה בעיקר למצבים בהם הנאשם מצמצם את יריעת המחלוקת במהלך משפטו כדי לגרום לכך שלא תימצא בידי התביעה ראיית סיוע. בענייננו המצב הפוך, המערער הרחיב את יריעת המחלוקת לעומת זו שנמתחה בדברים שמסר במשטרה, ובמצב זה אין כל סיבה שלא לזקוף לחובתו מהלך זה, לעניין בחינת הסיוע הנדרש." (פלוני, פס' 20 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל).

נראה כי קשה להצדיק את בחינת ראיית הסיוע אל מול גרסתו המצומצמת של הנאשם שנמסרה בחקירתו, אם במהלך המשפט פרש יריעת מחלוקת רחבה יותר. הדרישה מראיית הסיוע כי תיגע בנקודה שבמחלוקת בין הצדדים, מתקיימת בבירור, שכן נכון למהלך המשפט, ובעיקר למועד ההכרעה - יריעת המחלוקת בין הצדדים היא הרחבה, אשר לאורה ראיית הסיוע קושרת את הנאשם לביצוע העבירה. המקרה המורכב יותר הוא המצב ההפוך, כבענייננו, בו במהלך המשפט יריעת המחלוקת מצטמצמת, וראיית הסיוע אינה מצליחה עוד לקשור את הנאשם לעבירה, אלא בנקודות שכבר מוסכמות על הצדדים. כאמור, על פי הגישה המרחיבה שאומצה על ידי בית המשפט המחוזי, במצב כזה ניתן לבחון את ראיית הסיוע אל מול יריעת המחלוקת הרחבה שנפרשה בחקירה במשטרה על אף שצומצמה לאחר מכן. הטעמים להסתייגותי מגישה זו יובהרו בהמשך.

23. דעה המאמצת את הגישה המרחיבה הובעה בפרשת מובארק, אם כי לא בהקשר של ראיית סיוע, אלא במסגרת הבחינה הכללית של השאלה האם התשתית הראייתית מוכיחה מעל לספק סביר את התקיימות יסודות

העבירה. נקבע כי בהיעדר הסבר המעלה ספק סביר באשר למניע הנאשם בשינוי גרסתו, ניתן יהיה לאמץ את גרסתו המרחיבה שמסר בחקירתו, כגרסה המגדירה את יריעת המחלוקת.

פרשת מובארק עסקה ברצח אדם בדירתו. תחילה הכחיש הנאשם לחלוטין את הימצאותו בדירה, אולם בהמשך שינה את גרסתו וטען שהיה בדירה, אך לא ביצע את הרצח. בזירה נמצאו טביעות רגלו ואצבעו של הנאשם, והתעוררה השאלה – הגם שלא נדרשה ראיית סיוע כדי להרשיע – ביחס לאיזו יריעת מחלוקת יש לבחון ראיות אלו. וכך נכתב באותו עניין:

"יריעת המחלוקת במשפט הפלילי נקבעת באמצעות גרסת הנאשם (ככל שמסר גרסה). מסר הנאשם גרסה אחת – יריעת המחלוקת נקבעת על-פיה. מסר הנאשם יותר מגרסה אחת – רשאי בית המשפט, נוכח חשש לשינוי גרסה מטעמים טקטיים ובהיעדר הסבר לכך המעלה ספק סביר, לחייבו בהתאם ליריעת המחלוקת הרחבה ביותר שפרס."

[...]

"בהיעדר הסבר המעלה ספק סביר, כאשר נאשם פרש באחת מגרסאותיו בחקירה או במשפט יריעה רחבה המכחישה כל קשר לזירת העבירה, אך קיימות ראיות חד משמעיות הקושרות אותו אליה, העובדה שהוא מסר גם גרסה אחרת בה הודה בנוכחות בזירה, בנסיבות המעלות חשש להתנהגות טקטית וללא הסבר המעלה ספק סביר, אינה גורעת מראיות התביעה; היא מוסיפה לראיות התביעה. החקירה והמשפט אינם לוח משחק עליו ניתן "להזיז" את השחקנים. לשינוי מהותי של גרסאות – יש ויש משקל.

על כן, בהיעדר הסבר המעלה ספק סביר, די היה במציאת טביעות כף הרגל של פריד בדירתו של עמוס (בנוסף לטביעת האצבע בחדר המדרגות ו-ד.א.א.י. על מיטלטלין בדירה) לצד טענתו הברורה שמעולם לא היה בדירה, כדי להביא להרשעתו ברצח." (עניין מובארק, פס' 26-28 לפסק הדין).

חשוב להבהיר כי בעניין מובארק, במסגרת התשתית הראייתית שביססה את הרשעתו של הנאשם, עמדו גם הודאותיו של נאשם נוסף, אשר נמצאו כקבילות ובעלות משקל מלא גם בעניינו של הנאשם הראשון. אומנם נקבע כי גם ללא הודאת הנאשם הנוסף היה ניתן להרשיע את הנאשם הראשון, באמצעות הראיות הקושרות אותו לאירוע לפי יריעת המחלוקת הרחבה המוקדמת, ולא הצרה המאוחרת. אולם, בבואנו לבחון את עניין מובארק לצורך הבנת הדין בסוגית הסיוע, יש לשים לב שקביעה זו לא עמדה לבדה לצורך ההכרעה. עוד יש להבהיר כי בעניין מובארק הנאשם לא צמצם את גרסתו במהלך המשפט באופן שהודה בביצוע עבירה, אך הכחיש את ביצועה של עבירה אחרת. אלא צמצום הגרסה העובדתית נעשה תוך שמירת טענותיו המרחיקות אותו מהרשעה כלשהי. והעיקר הוא, הכלל שאומץ בעניין מובארק לא נגע לראיית סיוע, שכן זו לא נדרשה לצורך הרשעה באותו עניין. נראה שהכלל שאומץ בעניין מובארק לא יושם בפועל עדיין בבית משפט זה בהקשר של דרישת הסיוע, באופן שאושרה הרשעתו של נאשם רק על בסיס ראיה מסייעת התומכת בגרסת התביעה ליריעת מחלוקת רחבה, כאשר יריעה זו צומצמה בהמשך על ידי הנאשם.

ראוי לציין כי בפרשת סקורדוק התעוררה שאלה דומה מאוד לעניינו, שם הנאשמים הציגו בחקירתם במשטרה יריעת מחלוקת רחבה יותר מזו שהוצגה לבסוף במשפט (ע"פ 4087/14 סקורדוק נ' מדינת ישראל (5.1.2017)). התביעה טענה כי יש לבחון את ראיות הסיוע אל מול היריעה הרחבה שנפרשה בחקירה במשטרה, אולם לבסוף נקבע על ידי בית המשפט שיש סיוע גם ליריעת המחלוקת הצרה יותר, שנפרשה במשפט – ועל כן לא היה צורך להכריע

24. מן הסקירה עולה כי הפסיקה טרם אמרה את דבריה בשאלת השלב הקובע את יריעת המחלוקת בין הצדדים, בהקשר של דרישת הסיוע. אומנם יש אמרות וגישות שונות, אך ללא הכרעה פסיקתית. עוד מתברר כי ישנן וריאציות שונות לתשתית העובדתית של השאלה. למשל - מהרחבה לצמצום, ומצמצום להרחבה. יש להדגיש כי ראיית הסיוע הינה דרישה ראייתית שנקבעה בחוק, אך אין הגדרה עלי ספר החוקים למהותה של ראייה זו. לנוכח כל אלה ההכרעה נדרשת, אך יש לנקוט זהירות בקביעתה תוך התייחסות להשלכת הכלל על מקרים שונים, באופן שישמור על דרישת הסיוע וזכויות הנאשם, אך בד בבד ישמר תכליות נוספות של המשפט הפלילי.

ציר הגרסה - מהרחבה לצמצום או מצמצום להרחבה

25. כאמור ישנם שני צירים רלוונטיים להכרעה. ציר הזמן, וציר הגרסה. נפתח בבדיקת ציר הגרסה - ציר כיוון השינוי בעמדת הנאשם.

האם השינוי מהרחבה לצמצום, כפי שכאן, או מצמצום להרחבה? באשר לכיוון השינוי האחרון, ניתן לומר כי מתבקשת תוצאה ברורה בדבר השלב של ההליך הקובע את הגדרת סלע המחלוקת בין הצדדים. דעתי היא שמוטב שהאמרה המאוחרת יותר היא אשר תקבע, כלומר שהמועד הקובע יהיה עמדת הנאשם במהלך המשפט, ולא במהלך החקירה. תוצאה זו מובילה לכך כי במועד ההכרעה ראיית הסיוע מתייחסת לנקודה שהיא זו שבמחלוקת בשלב ההכרעה. נמחיש את הציודק לגישה זו תוך שימוש בעובדות המקרה שלפנינו אך מהכיוון ההפוך מכפי שהתרחשו. נתאר מצב היפותטי לפיו בענייננו המערער תחילה היה מודה בשלב הראשון בחקירתו במשטרה בביצוע מעשים מגונים בילדה, אך בהמשך, במענה לכתב האישום היה מכחיש כל קשר ומגע עם הילדה. אך ניתן להניח כי הסניגור היה מעדיף שהגרסה בשלב הראשון היא שתקבע, לפיה זירת המחלוקת נוגעת רק לעבירת האינוס. כך קשה יותר לתביעה להוכיח את קיומו של סיוע. ואולם, נראה כי תוצאה זו נעדרת היגיון דיוני. הרי לפי הדוגמה, בעת שיהיה על בית המשפט להכריע את הדין - המחלוקת רחבה מאוד. אם כן מדוע להתנהל כאילו יריעת המחלוקת מצומצמת? על פי הדוגמה, עובר להכרעת-הדין, המערער מכחיש כל נגיעה. אם כן מדוע לא תהיה התאמה בין המחלוקת בשלב ההכרעה לבין השלב במשפט שיגדיר את תנאי הסיוע. גישה מתואמת כזו מתייחסת בצורה מהותית לתוספת הראייתית בדמות סיוע. תוצאה אחרת, לפיה בית המשפט יבחן את הסיוע על פי מחלוקת שאינה שייכת לצדדים בשלב זה, אלא על פי הגרסה הראשונה בחקירה, או אפילו האחרונה בחקירה - אינה תואמת את המחלוקת בין הצדדים בפועל. בל נשכח כי דרישת הסיוע נועדה להבטיח תוצאה ראויה. המטרה אינה להקל או להחמיר עם צד זה או אחר, אלא לפעול ולהקפיד על דרישת הסיוע ותכליתה.

מה הדין בכיוון השינוי הנגדי - מהרחבה לצמצום? כך במקרינו, בו במועד ההכרעה פרושה בפני בית המשפט יריעת מחלוקת מצומצמת. האם הגרסה הרחבה תהיה אמת המידה, או הגרסה המצומצמת? אם נבחר באפשרות השנייה, מועמדים לסיוע שהיו יכולים להתאים על פי הגרסה המורחבת, עשויים שלא להתאים. הובא חשש שהנאשם יצמצם את גרסתו דווקא כדי להקשות על התביעה, ותיק זה מהווה דוגמה לכך. בית המשפט המחוזי איתר ראיות סיוע בעלות משקל כגון DNA, מסדר זיהוי, ומצבה הנפשי של הילדה. אך אלה מתאימות לגרסה בה הנאשם מכחיש את ביצוע עבירה, ולא לגרסה המאוחרת לפיה הוא מודה בעבירת מעשה מגונה אך לא בעבירה של אינוס. בהתחשב בדינמיקה בין שני הצירים - ציר הגרסה וציר הזמן - נעבור כעת למיקוד הדיון בציר הזמן, המתייחס לשלב במשפט בו

ציר הזמן - ארבעת המועדים האפשריים להגדרת יריעת המחלוקת

26. בבואנו לבחון את מועד הגדרת יריעת המחלוקת במשפט הפלילי, למעשה ישנם ארבעה מועדים אפשריים מרכזיים: מועד א' - חקירתו הראשונה של הנאשם במשטרה. מועד ב' - חקירתו האחרונה של הנאשם במשטרה. מועד ג' - מענה הנאשם לכתב האישום. מועד ד' - עדות הנאשם במשפט. זהו אחד משני הצירים הרלוונטיים להכרעה, והעיקרי שבהם - ציר הזמן.

בכל אחד מארבעת השלבים במשפט פורש הנאשם גרסה מסוימת - לרבות היעדר גרסה בשל בחירה לשמור על זכות השתיקה - כאשר השוואה בינה לבין גרסת התביעה תוחמת יריעת מחלוקת כלשהי. בהיעדר שינוי בין גרסאותיו של הנאשם מחקירתו הראשונה ועד סוף עדותו במשפט - לא מתעוררת כלל שאלת העיתוי להגדרת יריעת המחלוקת, וראיית הסיוע תיבחן אל מול יריעת המחלוקת האחידה. הדילמה מתעוררת כאשר יש שינוי בין המועדים השונים.

השלכות הגשת כתב האישום על ציר הזמן

27. בין מועדים א' ו-ב' לבין מועדים ג' ו-ד' מפריד אירוע חשוב, אפילו מכונן, והוא הגשת כתב האישום, ההופך את החשוד לנאשם במשפט. להגשת כתב האישום יש מספר מאפיינים והשלכות רלוונטיות לסוגית עיתוי הגדרת יריעת המחלוקת.

ראשית, רק לאחר הגשת כתב האישום זכאי הנאשם לעיין בחומרי החקירה של התביעה (סעיף 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמב-1982 (להלן: החוק)). אין לחשוד זכות לעיין בחומרי החקירה הנאספים בעניינו. לעומת זאת לאחר הגשת כתב האישום נחשף הנאשם לתשתית הראייתית נגדו. על כן, במענה לכתב האישום יכול הנאשם לצמצם את יריעת המחלוקת לפי חומרי החקירה בהם עיין. החשש מניצול זה של ההליך הפלילי הוא כאמור העומד בבסיס אימוץ הכלל המרחיב שהובא לעיל, המאפשר להתייחס לגרסתו המוקדמת של הנאשם שנמסרה במשטרה טרם העיון בחומר החקירה, כזו המגדירה את יריעת המחלוקת.

שנית, נכון להבחין בין שלושה מצבים ביחס לשתיקת החשוד או הנאשם. הראשון, שתיקה בזמן החקירה. הדין אינו קובע כי שתיקה כזו מהווה באופן ישיר ועצמאי חיזוק או תוספת ראייתית שנדרשת על פי דין. עם זאת שתיקה כזו עשויה לחזק את ראיות התביעה ולו בעקיפין על דרך השלילה (ע"פ 395/06 חליסטוב נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (16.11.2006)); ע"פ 3452/11 שאלתיאל נ' מדינת ישראל, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (8.7.2013)); על הראיות - חלק ראשון, בעמ' 308). המצב השני, הוא שתיקה במענה לכתב האישום. סעיף 152 לחוק מתיר לנאשם שלא להשיב לאישום, ואף לא לשאלות בית המשפט, אך הימנעות כזו עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה. המצב השלישי, בחירת הנאשם שלא להעיד במשפט, יכולה לשמש כחיזוק ואף סיוע, אך לא במקרה של עדות ילד בפני חוקר ילדים (סעיף 162 לחוק). כך אלא אם התקבלה חוות דעת מומחה, לפיה הנאשם הוא אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית, על פי ההגדרה בחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם

שלישית, המשפט מחולק לשניים באופן מובנה - פרשת התביעה ופרשת ההגנה (ראו סעיפים 156 ו-159 לחוק). בסיום פרשת התביעה, על התובע להכריז שפרשת התביעה הסתיימה (ראו סעיף 157 לחוק), אז ורק אז הכדור עובר לצד השני של המגרש. הנאשם מתבקש להודיע האם הוא בוחר להעיד אם לאו. הרלוונטיות לענייננו היא כי התביעה מיצתה את תפקידה בשלב של הבאת הראיות. היא אינה חוקרת עוד חקירה ראשית, אלא חקירה נגדית. התביעה איננה הגורם היוזם כפי שהייתה בפרשת התביעה, אלא הופכת בפרשת ההגנה לגורם מגיב. למעשה, תוכן כתב האישום בנוי על תיק החקירה. למשל, רשימת עדי התביעה נשענת על עדויות שנגבו מהם טרם הגשת כתב האישום. מכאן, הבאת ראיות על ידי התביעה לאחר שהסתיימה פרשת התביעה, ואף כתגובה לגרסה חדשה של הנאשם או לראיה חדשה, כפופה לאישורו של בית המשפט. עניין זה קיבל ביטוי בגדר חריג לכלל, בסעיף 165 לחוק, שכותרתו ראיות נוספות מטעם התובע:

בית המשפט רשאי להרשות לתובע להביא ראיות לסתור טענות העולות מראיות ההגנה ואשר התובע לא יכול היה לצפותן מראש, או להוכיח עובדות שהנאשם חזר בו מהודייתו בהן לאחר סיום פרשת התביעה.

מצב דיוני זה משליך על הגדרת המועד הקובע לבחינת יריעת המחלוקת, כדי לעמוד באחד התנאים של ראיית הסיוע. במבט ראשון, כפי שהובהר לעיל יש היגיון בכך שהמועד הקובע יהיה השלב המאוחר ביותר. כך על פי הנימוק שדרישת הסיוע תתייחס למחלוקת בין הצדדים, כפי שהיא בשלב בו בית המשפט עוסק במלאכת הכרעת-הדין. ואולם, כשם שיש להגן על זכויות הנאשם, יש לתת משקל לאינטרס הציבורי שבהענקת אפשרות הוגנת לתביעה להוכיח את האשמה. במועד ג' בו הוגש כתב אישום, אף אם הנאשם במענה לכתב האישום מצמצם את היריעה, התביעה עודנה רשאית להביא את ראיותיה, ואף לבקש לתקן את כתב האישום במידת הצורך (סעיפים 91 ו-92 לחוק). הניסיון מלמד כי בית משפט איננו נוקשה במיוחד במתן היתר לתיקון כתב האישום, ובמיוחד כאשר התביעה מנמקת את הסיבה לבקשה ואת חשיבות התיקון. ברם, במועד ד' בו מתחילה פרשת ההגנה, האפשרות של התביעה לפעול מוגבלת. הבמה בידי ההגנה. צמצום זה מנקודת מבטה של התביעה, עשוי להיות רלוונטי בקביעת המועד הקובע - מועד ג' או מועד ד'. על כך יורחב בהמשך.

עתה, לאחר שהצטיידנו במשמעויות הגשת כתב האישום הדרושות לעניין, ניגש לבחון את ארבעת המועדים. זאת על מנת לענות על השאלה המרכזית - מתי מוגדרת יריעת המחלוקת לצורך דרישת הסיוע?

א. מסירת הכחשה גורפת במועד א', וצמצום יריעת המחלוקת במועד ב'

28. נפתח במצב האפשרי הראשון, בו במועד א', בשלב החקירה הראשונה, מסר החשוד גרסה הפורשת יריעת מחלוקת רחבה, אולם תוך כדי חקירותיו, ועד לסיומן במועד ב', צמצם את יריעת המחלוקת. מטבע הדברים ייתכנו מקרים בהם לאורך כל החקירות במשטרה נמסרת גרסה זרה, או שישנה רק חקירה אחת. ברם, השאלה מתעוררת במקרה בו במועד א' נמסרה הכחשה רחבה, למשל כזו השוללת כל קשר לאירוע, בעוד שבמועד ב' נמסרה הכחשה מצומצמת יותר, בה דבק הנאשם עד תום המשפט. במצב דברים זה אין חשש למהלך טקטי של הנאשם מאחר שהוא לא נחשף עדיין לחומר החקירה. אני סבור שבכך לבד יש משום מענה לשאלה במצבים מסוג זה.

ברם, ישנו שיקול נוסף התומך באימוץ הגרסה המאוחרת ביותר בחקירה. שיקול זה נשען על ריאליזם משפטי וניסיון חיי המשפט, או ליתר דיוק חיי החקירה. לא פעם ולא פעמיים תגובת החשוד בחקירה הראשונה אינה דומה כלל לתגובתו בהמשך. הכחשה גורפת של חשוד בשלבים המוקדמים של חקירתו הינה תופעה מוכרת, וישנו חשש שמא חשוד מכחיש מכל וכל את מעורבותו בפרשה, מהפחד שמא יורשע בעבירה חמורה שלא ביצע (ראו דוגמה בה נקבע שראיית הסיוע לא מועילה להוכחת העבירה החמורה, שכן הכחשת הנאשם מכל וכל יכלה לנבוע גם מרצונו להתרחק מהעבירה הקלה יותר בע"פ 61/79 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לג(3) 684, 688 (1979)). הפער בין גרסאותיו השונות של החשוד בחקירה, עשוי לנבוע מחשש הנחקר מעצם החקירה, מתהליך התפתחות החקירה, ועוד. כך או כך, נעבור למהות העניין. ראיית הסיוע אמורה להיות כלי לסייע לבית המשפט להגיע לחקר האמת, ולהבטיח כי אם יורשע הנאשם, ניתן משקל אמיתי לחסר בעדות העיקרית, העומד בבסיס דרישת הסיוע. מכאן, גישה לפיה העדות הראשונה במשטרה קובעת רק מהטעם שהיא ראשונה, הופכת את דרישת הסיוע לעניין פורמלי, וכאילו העיקר ללכוד את הנאשם ברשת אמרותיו כמה שיותר מהר. בל נשכח כי בשינוי גרסתו של החשוד יש לעיתים משום התפתחות שעשויה להיות חיובית. זאת מאחר שהוא עשוי להודות בביצוע עבירה קלה, או בעובדות מסוימות שייתכן שהתביעה הייתה נדרשת להוכיח.

המסקנה היא כי בין המועדים השונים בחקירה, יש להגדיר את המחלוקת לפי המועד המאוחר. כך בהנחה שהנאשם דבק בגרסתו האחרונה כחשוד גם במהלך המשפט. מאחר שבכל מקרה החקירה האחרונה במשטרה עודנה חקירה משטרתית, אין זה משנה באיזה כיוון שינה החשוד את גרסתו - האם הרחיב או צמצם את היריעה.

ב. מסירת הכחשה גורפת במועדים א' ו-ב', וצמצום יריעת המחלוקת במועד ג'

29. במצב האפשרי השני, הרלוונטי במיוחד לענייננו, הנאשם בחקירותיו במשטרה מרחיק עצמו מהאירוע, ומכחיש את ביצוע העבירה, אך לאחר הגשת כתב האישום וגילוי חומר החקירה - הוא, ולמעשה סנגורו, חוזר בו ומצמצם את יריעת המחלוקת במסגרת המענה לכתב האישום. צמצום זה יכול להיעשות בשתי רמות. ברמה הראשונה, אשר תכונה צמצום בלתי מפליל, הנאשם יכול לצמצם את יריעת המחלוקת בשאלות עובדתיות, אך זאת תוך שהוא ממשיך לכפור בביצוע עבירה כלשהי. זהו למשל המקרה שהיה בפרשת מובארק, שם הנאשם צמצם את יריעת המחלוקת והודה שהיה בדירה בה בוצע הרצח, אך המשיך להכחיש את ביצוע הרצח על ידו. ברמה השנייה, אשר תכונה צמצום מפליל, הנאשם יכול לצמצם את יריעת המחלוקת דרך הודאה בביצוע חלק מהעבירות המיוחסות לו, אך תוך המשך כפירה בביצוע העבירות החמורות יותר. זהו המקרה שנדון בענייננו, שכן המערער הודה בביצוע מעשים מגונים בילדה, אך המשיך להכחיש את ביצוע יסודות עבירת האינוס.

המצב הנדון - מהרחבה בחקירה, לצמצום לאחר הגשת כתב האישום - מעורר בצורה הבולטת ביותר את שאלת מועד הגדרת יריעת המחלוקת. או אז החשש לשימוש טקטי בהליך הינו משמעותי ביותר, שכן הנאשם שינה את גרסתו רק לאחר שנחשף לחומר החקירה, לאחר הגשת כתב האישום. חשש זה תואר בעניין מובארק כקרב נסיגה:

"עיתוי השינוי בגרסה שלו - רק כאשר נהיר לו שקיימות ראיות שיש בהן כדי להפריך את גרסתו הראשונה - מעלה חשד כבד שהחשוד היה מעורב בביצוע העבירה, ניסה להרחיק עצמו מכך בגרסתו הראשונה ושנה והתאים את גרסתו נוכח הראיות, המוצגות בפניו, במעין "קרב נסיגה". מטרת "קרב הנסיגה" היא שימור המרחק המרבי, אשר הולך ומתקצר נוכח הראיות שעמן הוא מועמת, מהמסקנה שהוא ביצע את העבירה" (מובארק, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה מ')

החשש מפני ביצוע מהלך טקטי מטה לכאורה את הכף לכיוון הגדרת יריעת המחלוקת כבר במועד ב', טרם הגשת כתב האישום, וטרם נחשף הנאשם לחומר החקירה. שיקול נוסף שצוין לעיל, הוא סיום הליך החקירה ואיסוף הראיות, ברגע שמוגש כתב האישום. לפי שיקול ראייתי זה, טרם הגשת כתב האישום עמדה לנגד עיני התביעה גרסתו של הנאשם במועד ב', אשר הינה גרסה הפורשת יריעת מחלוקת רחבה. התביעה הגישה את כתב האישום בהינתן יריעת מחלוקת זו, כאשר בידיה מצויה ראיית סיוע אשר נוגעת לנקודה החוסה תחת יריעת המחלוקת הרחבה. ברם, לאחר שנמסרה גרסת הנאשם במועד ג', במסגרת המענה לכתב האישום, צומצמה יריעת המחלוקת, וכעת ייתכן כי ראיית סיוע מסוימת אינה עונה עוד על התנאי השלישי, הדורש את נגיעתה בנקודה ממשית שבמחלוקת.

30. עמדתי היא כי למרות שיקולים אלה, התומכים בגישה המרחיבה לפיה הגדרת יריעת המחלוקת תעשה כבר במועד ב' - הגדרת יריעת המחלוקת צריכה להיעשות רק לאחר הגשת כתב האישום, הוא מועד ג'. זאת במיוחד כאשר שינוי גרסתו של הנאשם נעשה בדרך של צמצום מפליל, כבענייננו. בבסיס עמדתי זו עומדים ארבעה טעמים מרכזיים:

א. הטעם הראשון מתחשב במצב בו שריו החשוד בחקירתו במשטרה, הן מבחינה רגשית, והן מבחינת ייצוגו. הגרסאות שנמסרות במועדים א' ו-ב' נמסרות טרם הוגש כתב אישום, כאשר החשוד אומנם נחקר באזהרה, אולם עדיין שריו בערפל מסוים. לא אחת קורה שחשוד נדחף להכחשה כללית וגורפת בשלבים הראשונים של חקירתו במשטרה, מתוך רצון להרחיק את עצמו מהפללה בעבירות חמורות יותר, או מסיבות אחרות כגון בושה, הפגיעה במשפחתו, ולחץ נפשי. כמו כן בשלבי החקירה ייתכן שהחשוד עדיין לא מיוצג על ידי עורך דין, מה שעשוי להשפיע על הבנת החשוד את מצבו בחקירה, ועל תוכן אמירותיו (ביחס לטעם זה ראו גם את הדיון בהמשך בנוגע לחשש מהשימוש בשקרי נאשם, בפסקאות 38-40).

ב. הטעם השני נוגע לתכליתה של דרישת הסיוע. כך למשל בהקשר של חוק הגנת ילדים, דרישת הסיוע נועדה לפצות על היעדר האפשרות לחקירה נגדית של הילד. ברם, לנאשם אין כל צורך בביצוע חקירה נגדית בנוגע לעובדות שכבר הודה בהן במועד ג', כגון ביצוע מעשים מגונים בענייננו, אלא הצורך בחקירה נגדית הוא בעיקר לגבי הנקודות שנתרו במחלוקת גם לאחר מועד ג', כגון קיומה של חדירה בענייננו. על כן, ראיית הסיוע המחליפה במידה מסוימת את החקירה הנגדית, אינה יכולה להתייחס לנושאים אשר כבר מוסכמים, ואין צורך לחקור לגביהם בחקירה נגדית.

היבט נוסף של תכלית הסיוע הוא השאיפה כי בית המשפט יכריע את דינו של הנאשם על פי המחלוקת שבאמת שוררת בין הצדדים באותה עת. המשפט, לרבות דרישת הסיוע, אמורים לשקף את המצב כפי שהוא. המשפט הפלילי על דרישותיו הראייתיות אינו משחק אשקוקי, או משחק בכלל. מכאן יש חיזוק לעמדה כי ראוי להגדיר את יריעת המחלוקת במועד מאוחר יותר, או בהסתכלות אחרת - במועד קרוב יותר להכרעת-הדין. זאת אלא אם ישנו אינטרס ציבורי כבד שתומך במסקנה אחרת.

ג. הטעם השלישי נעוץ בזכות השתיקה של חשוד בחקירתו במשטרה. כפי שהוסבר לעיל, כאשר חשוד שותק בחקירתו במשטרה, שתיקתו זו אינה משמשת באופן אוטומטי כראיה ישירה נגדו במהלך המשפט מכוח הדין. השתיקה בחקירה המשטרית אף אינה פורשת יריעת מחלוקת רחבה, כאילו הכחיש החשוד את כל המיוחס לו. מצב זה שונה משתיקתו של נאשם במענה לכתב האישום, או בעדותו במשפט. כך כותב י' קדמי, בהקשר זה:

"מה יהיו, אם כן, תחומיה של חזית המריבה, כאשר חשוד בוחר לשתוק במסגרת חקירתו במשטרה; ואין הוא מגלה את גרסתו אלא במסגרת הדיון; אם בעקיפין במסגרת חקירת עדי התביעה ואם במישרין בעת שהוא מוסר עדותו להגנתו?

הטענה היא, כי אין להשוות את מעמדו של מי שבוחר לעשות שימוש בזכות השתיקה, למעמדו של 'הכופר-מכל-וכל' הפותח חזית מריבה רחבה לאורך האירוע כולו; שהרי לא ייתכן שעשיית שימוש בזכות יסוד תהיה לו, למשתמש, לרועץ. ברם, מאידך גיסא, אין הדעת נותנת, שחזית המריבה תיקבע לאחר שמיעת עדי התביעה, באופן שתחומיה יותאמו למידותיה של ראיית הסיוע המצויה ברשות התביעה, לאמור: שהכפירה תשתרע אך ורק על אותו תחום שלגביו אין לתביעה כל ראייה מסייעת.

נראה כי אין מנוס, במקרה כזה, מלהנות את הנאשם מזכות השתיקה עד תומה; ולראות את הנאשם כמי שהצליח לקבוע את 'חזית המריבה' הנוחה ביותר לזכותו והמכבידה ביותר על התביעה" (על הראיות - חלק ראשון, בעמ' 279).

זכות השתיקה זכות יסוד היא. נחקר רשאי אף שלא למסור גרסה. בהתאם, הלכה היא, כפי שהובא לעיל, כי אם נאשם שותק בחקירתו, יריעת המחלוקת לצורך ראיית הסיוע לא תהא רחבה וגורפת, אלא תתחם על פי תשובתו לכתב האישום (ראו פרשות אנגלויהודאי לעיל, בפסקה 19). לשון אחר, הפסיקה קובעת כי המועד הקובע להגדרת יריעת המחלוקת עבור נאשם השותק בחקירה הוא מועד ג', במענה לכתב האישום, ולא מועדים א' או ב'.

שאלה יפה היא מדוע דינו של נאשם שמוסר גרסה בחקירה יהיה שונה. אם נאמץ את הגישה המרחיבה, לפיה יריעת המחלוקת תוגדר כבר במועד ב' לעומת מועד ג', למעשה יש בכך משום הענשת הנאשם על כך ששיתף פעולה בחקירתו, כך שאמרותיו במשטרה כבר פרשו את יריעת המחלוקת הרחבה. זאת כאשר שתיקתו בחקירה לא הייתה גובה ממנו מחיר בהמשך. לפי הגישה שתגדיר את יריעת המחלוקת במועד ב', אם החשוד פצה את פיו בחקירתו במשטרה, ובכך פרש יריעת מחלוקת רחבה, הוא למעשה ויתר במידה רבה על ההגנה שמעניקה לו דרישת הסיוע. זאת אף שהיה יכול לשתוק מבלי ששתיקתו תהווה תוספת ראייתית משמעותית. גישה כזו למעשה יוצרת אסטרטגיה דומיננטית לחשוד לשתוק בחקירתו, שכן דבריו בחקירה עשויים לפרוש יריעת מחלוקת רחבה, ולהקל על התביעה לעמוד בדרישת הסיוע. ומילה על טקטיקה במשפט הפלילי. אין בכך פסול או גנאי. אף התביעה נוקטת טקטיקה או אסטרטגיה בהבאת ראיותיה. שימוש בזכות יסוד כמו זכות השתיקה, או אפילו הזכות להודות בעבירה מסוימת במענה לכתב האישום, לאחר שהסניגור ראה את החומר לראשונה - מהווים מהלכים לגיטימיים, ואין בהם כשלעצמם חוסר תום לב.

ד. הטעם הרביעי הוא בחשש שדרישת הסיוע תרוקן מתוכן, לו תאומץ הגישה המרחיבה. ברגע שהנאשם צמצם את גדר המחלוקת במועד ג', והודה בחלק מהעובדות שהכחיש במועד ב' - הרי שלפי הגישה המרחיבה המגדירה את יריעת המחלוקת כבר במועד ב', ייתכן ולא יהיה צורך כלל בראיית סיוע חיצונית, שכן תשובתו של הנאשם לכתב האישום עשויה היא עצמה לשמש ראיית סיוע. זאת, מאחר שתשובתו לכאורה נוגעת בנקודה שהייתה במחלוקת לפי הגדרת יריעת המחלוקת במועד ב'. למעשה, ברגע שהודה הנאשם במענה לכתב האישום בדברים שהכחיש קודם לכן, יש בתשובתו ראייה הסותרת נקודות שהיו שנויות במחלוקת במועד ב'. הדבר אף מגביר את הפגיעה בתמריץ להודות בעבירה לאחר שביצועה הוכחש בחקירה.

31. לארבעת טעמים אלו יש להוסיף כי הגישה לפיה במשפט הפלילי, ולא דווקא בהקשר של דרישת הסיוע, יריעת המחלוקת בין הצדדים נתחמת במענה הנאשם לכתב האישום בשלב פתיחת המשפט - אינה גישה חדשה. כך

כותב המלומד ג' הלוי בהקשר זה:

"הפועל היוצא של שלב פתיחת המשפט בהקשר זה הנו בדרך-כלל יצירתה ותחימתה של זירת המחלוקת בין הצדדים. המשך המשפט, אם יהיה צורך בכך, יתנהל ביחס לאותה זירת מחלוקת שהותוותה במסגרת שלב פתיחת המשפט. זירת המחלוקת מתייחסת גם לעניינים מהותיים הרלוונטיים לאישום עצמו וגם לעניינים דיוניים שאינם מתייחסים באופן ישיר למהות האישום. מאחר שאין במסגרת ההליך הפלילי אקט של הגשת כתב הגנה, כפי הקיים במסגרת חלק מן ההליכים האזרחיים, הרי שאת התפקיד הדיוני של כתב ההגנה המתבטא ביצירתה ותחימתה של זירת המחלוקת ממלא שלב פתיחת המשפט" (תורת הדיון הפלילי כרך ב, בעמ' 585).

"ליבתו הפורמלית של שלב פתיחת המשפט נעוצה בתשובת הנאשם לאישום, אשר השפעתה המרכזית הנה על תחימת זירת המחלוקת בין הצדדים" (תורת הדיון הפלילי כרך ב, בעמ' 621).

במקום אחר, בהקשר הקונקרטי של דרישת הסיוע, מסכם ג' הלוי:

"אם אין בידי התביעה להציג מספר ראיות המתייחסות לנקודות הרלוונטיות המצויות בזירת המחלוקת העובדתית בין הצדדים, הרי שאין מתקיימת בהקשר זה דרישת הרלוונטיות. בהתאם לכך, עשויים שיקולים מלכתחילה (ex ante) לתמרץ את רשויות התביעה להציג בפני בית המשפט מספר ראיות מסייעות לצורך התייחסות לכלל הנושאים העשויים להיכלל בזירת המחלוקת העובדתית השנויה בין הצדדים לאחר תשובת הנאשם לכתב האישום" (תורת דיני הראיות חלק ד, בעמ' 609 וההפניות שם, ההדגשות הוספו).

בדברים אלו יש אף מענה לקושי שהוזכר לעיל, לפיו בשינוי גרסת הנאשם עשויה התביעה להיאלץ להביא ראיות נוספות על אלו שהיו בידה בעת שהוגש כתב האישום, דרך סעיף 165 לחוק. המענה הוא כי ייתכן ומוטב שהתביעה תפעל לאיתור ראיות סיוע מראש, עד כמה שתשיג ידה, מבלי להסתמך באופן מוחלט על יריעת המחלוקת, כפי שעולה מדברי הנאשם במועד ב' עוד טרם הגשת כתב האישום. דהיינו, התביעה צריכה לצאת מנקודת הנחה שאפשר שהנאשם ימסור במועד ג' גרסה מצומצמת יותר, אשר תביא לכך שתידרש ראיית סיוע ממוקדת יותר (ראו בהקשר זה: עניין אנגל, פס' 8 לפס' דינו של הנשיא א' ברק).

עוד אציין כי בפסיקה באה לידי ביטוי במקרים רבים הגישה לפיה יריעת המחלוקת נפרשת בין התביעה וההגנה, כלומר בין בעלי דין ממש לאחר שהחל המשפט (ע"פ 3021/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 31 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (11.1.2018)); ע"פ 8631/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק דינו (10.3.2016); ע"פ 9804/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן (14.4.2011); ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פס' 142 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (10.11.2011)).

32. לסיכום מצב זה – כאשר הנאשם מוסר במועדים א' ו-ב' גרסה הפורשת יריעת מחלוקת רחבה, אך במועד ג' מוסר גרסה מצומצמת, תוך המשך כפירה בחלק מהעבירות המיוחסות לו – דעתי היא כי יריעת המחלוקת נתחמת רק במועד ג', כלומר במענה לכתב האישום. אמירות שאמר הנאשם בחקירתו במשטרה, טרם הגשת כתב האישום, אינן פורשות יריעת מחלוקת רחבה שלגביה יהיה ניתן לבחון את ראיית הסיוע. הטעמים שצוינו לכך לעיל הם: זכות השתיקה

של הנאשם בחקירתו במשטרה, והעובדה ששתיקה בשלב זה אינה מהווה תוספת ראייתית; מצבו הקוגניטיבי והרגשי של הנאשם בחקירתו, והחשש שמא נדחף להכחשה גורפת טרם היה מיוצג; פגיעה בתכלית שלשמה נדרשה ראיית סיוע במקרה הקונקרטי; ריקון מתוכן של דרישת הסיוע, הנובע מאימוץ הגישה המרחיבה, והפגיעה בתמריץ להודות לאחר הכחשה בחקירה; ומועד פתיחת המשפט כמגדיר את יריעת המחלוקת בין הצדדים בהליך הפלילי.

ג. מסירת הכחשה גורפת במועדים א', ב' ו-ג', וצמצום יריעת המחלוקת במועד ד'

33. במצב השלישי הנאשם מוסר, כבר בתחילת דרכו של המשפט, גרסה הפורשת יריעת מחלוקת רחבה, ודבק בה לאורך כל ההליך עד למועד ד' בעדותו במשפט. רק אז, לאחר שנשמעו כבר עדויות התביעה, מוסר הנאשם בעדותו גרסה המצמצמת את יריעת המחלוקת. האם תידרש כעת התביעה להביא ראיית סיוע המתייחסת ליריעת המחלוקת המצומצמת? דעתי היא בשלילה. אני סבור כי לאחר שהחל המשפט, ניתן לבחון את ראיית הסיוע אל מול יריעת המחלוקת הרחבה ביותר שפרש הנאשם לאחר הגשת כתב האישום. לעמדה זו מספר סיבות. ראשית, הטעמים הראשונים שהובאו כתמיכה להגדרת יריעת המחלוקת במועד ג', ולא במועד ב' הקודם לו, אינם תקפים לתמיכה בהגדרת יריעת המחלוקת במועד ד' ולא במועד ג', על אף שגם הוא הקודם. כך למשל כבר איננו נמצאים בשלב בו שתיקתו של הנאשם אינה מהווה ראייה נגדו, באופן ששתיקתו במענה לכתב האישום כבר פורשת כשלעצמה יריעת מחלוקת רחבה, ושתיקתו בעדותו עשויה אף להוות סיוע במקרים מסוימים. עוד יש להוסיף כי החשש מהידחפות להכחשה גורפת, עקב הלחץ הראשוני של החקירה, והיעדר ייצוגו של החשוד על ידי סניגור – גם הם אינם מתקיימים לאחר שהחל המשפט. שנית, ואין זה העיקר לטעמי, החשש לבחירה טקטית אף גובר, שכן ייתכן שהנאשם נחשף לעדויות נוספות, אשר ככל הנראה שידרו מהימנות. אפשר שזוהי הסיבה לבחירתו לצמצם את יריעת המחלוקת, מתוך ידיעה שאם תישאר רחבה, עדויות אלו שכבר נשמעו יטו את הכף לטובת התביעה.

בנקודה זו רצוי להתייחס גם למצב בו במועד ג' מצטמצמת היריעה, ואז במועד ד' היא מתרחבת שוב – למשל כאשר בחקירותיו במשטרה מכחיש הנאשם כל קשר למקרה, במענה לכתב האישום הוא מודה בביצוע חלק מהעבירות המיוחסות לו אך מכחיש את היתר, ובעדותו חוזר להכחשתו הגורפת שהובאה בחקירותיו. הכלל האמור במצב השלישי חל גם פה, שכן לאחר שהתחיל המשפט ניתן לגיטימי לבחון את ראיית הסיוע אל מול היריעה הרחבה ביותר שפורש הנאשם. רק מהשלב שמתחיל המשפט ניתן לקבוע את יריעת המחלוקת בין התביעה וההגנה. יריעת המחלוקת ככלל נקבעת במענה לכתב האישום, אלא אם במועד מאוחר יותר הרחיב הנאשם את הכחשתו ופרש יריעת מחלוקת רחבה יותר.

34. ובאשר לשיקול לפיו מוטב להגדיר את המחלוקת על פי הגרסה המאוחרת של הנאשם, דהיינו בשלב עדותו טרם מלאכת הכרעת-הדין, אשיב באופן הבא. יש לשמור על זכויות הנאשם, אך יש גם לתת משקל לתפקיד התביעה במהלך המשפט. היא הגורם המוציא ומביא בפרשת התביעה, עד שמפנה את כתר העשייה לנאשם בפרשת ההגנה. מהעובדה הדיונית לפיה התביעה מסיימת את תפקידה כגורם המביא את הראיות עם סיום פרשת התביעה, עולים שיקולים מעשיים, התומכים במסקנה שאין לשנות את התמונה ביחס ליריעת המחלוקת בשלב של פרשת ההגנה. הבאת ראיות בשלב זה מותנית בקבלת אישור מטעם בית משפט (סעיף 165 לחוק). בפסיקה ובפרקטיקה הכלל הוא אי-קבלת בקשות מעין אלה. עוד יצוין כי אם יותר לתביעה להביא ראיות נוספות, הנאשם רשאי להביא ראיות נוספות מטעמו לסתור אותן (סעיף 166 לחוק). ומה יהא אם באותו שלב הנאשם יודה בעבירה שלא הודה בה לפני כן, כדי לשנות את יריעת המחלוקת? אל לנו להיכנס למעגל שוטה דיוני מעין זה. זהו עניין של סדר דין, פשוטו כמשמעו. בל נשכח כי הנאשם וסנגורו נחשפו לראיות התביעה טרם המענה לכתב האישום. המשפט מתנהל במתח שבין כתב האישום ומענה

הנאשם. נראה כי מועד ג' הינו הנקודה הראויה ביותר, תוך איזון הזכויות והאינטרסים, להיות השלב בו תוגדר יריעת המחלוקת. כך ביחס למועדים א' ו-ב' שכבר חלפו - בחקירה המשטרית, וכך ביחס למועד ד' העתידי - בעדות הנאשם.

מבחינה עיונית יש מועד נוסף שניתן לשקול כמועד הקובע, מועד ה', והוא סיכומי הצדדים. אך האמור לגבי מועד ד', עדות הנאשם, נכון ביתר שאת לסיכומי ההגנה. הרי כידוע הנאשם מסכם אחרי התביעה. לכן קביעת עמדה לאחר שמיעת מלוא הראיות ואף סיכומי התביעה, אינה ראויה מכוח קל וחומר, מהנימוקים שהוצגו ביחס למועד ד'.

35. נסכם את המסקנה המשפטית. השלב הקובע להגדרת יריעת המחלוקת לצורך בחינת ראיית הסיוע הוא מועד ג', במענה לכתב האישום. בחירת נקודה זו מתחשבת בתהליך החקירה כפי שהוא, בנאשם שעובר אותו, בזכות הנאשם לשתיקה בחקירה, ובתכליות ומהות דרישת הסיוע. לכן המועד הקובע את יריעת המחלוקת לא יהיה במהלך החקירה, בין אם בתחילתה במועד א' ובין אם בסיומה במועד ב'. מהצד האחר המועד הקובע לא יהיה מועד ד', בעדות הנאשם במשפט. הסיבה לכך היא כי יש לשמור לא רק על זכויות הנאשם, אלא גם על האינטרס הציבורי בדמות תפקיד התביעה. נראה כי השלב המבדיל הוא בנקודה שבין סיום החקירה, לתחילת המשפט - שלב המענה לכתב האישום. עולה אפוא, כך דעתי, כי איזון ראוי של זכויות הנאשם, האינטרס הציבורי, וניהול משפט הוגן - כל אלו ביחד מובילים למסקנה כי הנקודה הקובעת להגדרת יריעת המחלוקת היא במועד ג', במענה הנאשם לכתב האישום.

סיכום ביניים - מן הכלל אל הפרט

36. המערער הכחיש בחקירותיו במשטרה את המיוחס לו, אולם כבר במועד ג' במענה לכתב האישום הודה בביצוע מעשים מגונים. עם זאת המשיך המערער לעמוד על כך שלא החדיר את אצבעו לאיבר מינה של הילדה, כך שלא התקיים יסוד הבעילה של עבירת האינוס. כפי שהוזכר, המערער אף טען שלא נגע כלל בידיו באיבר מינה של הילדה, אלא רק בלשונו. ראיות הסיוע ששימשו להרשעת המערער בפסק דינו של בית משפט קמא היו ממצאי DNA, מסדר הזיהוי, ומצבה הנפשי של הילדה אחרי האירוע. ראיות אלו נוגעות אומנם לנקודה שהייתה במחלוקת במועדים א' ו-ב', אולם אינן נוגעות לנקודה שבמחלוקת לפי הגרסה שנמסרה במועד ג'. רוצה לומר, הראיות האמורות עשויות לשמש סיוע לעבירת המעשה המגונה, אך לאו דווקא לעבירת האינוס.

יש לציין כי צמצום יריעת המחלוקת על ידי המערער לאחר הגשת כתב האישום הוא צמצום מפליל, ולא צמצום בלתי-מפליל כגון זה שנעשה בעניין מובארק. מאחר שעמדתי היא שבמצבים אלו יריעת המחלוקת נקבעת רק במענה הנאשם לכתב האישום - אין מנוס מהמסקנה לפיה שלוש ראיות הסיוע ששימשו להרשעת המערער אינן מהוות סיוע כנדרש, שכן הן אינן מתייחסות לנקודה שבמחלוקת, ביחס ליסוד חדירת האצבע בעבירת האינוס. אולם, בכך לא תם מסענו. יש לבחון האם יש ראיית סיוע אחרת בנמצא. עניין זה נדון במסגרת טענות הצדדים בעל פה בדיון בפנינו.

ראשית הודאה כסיוע

37. בפסיקה נקבע כי ראשית הודאה של נאשם עשויה לשמש כראיית סיוע. ראשית הודאה רבת פנים היא, ויכולה לבוא לידי ביטוי במספר דרכים. הודאה ידענו מה היא, אך היכן מתחילה ומסתיימת ראשיתה? הפסיקה מאירה את עינינו בזאת. כך למשל אמרת נאשם המביעה נכונות, בתנאים מסוימים, להודות בביצוע העבירה, יכולה להוות סיוע (ע"פ

275/74 אביטן נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 470 (1975); ע"פ 323/85 אלרמאק נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 057 (1985). גם אמירה אחרת של נאשם, המעידה על תחושת אשם, עשויה לעלות לכדי ראשית הודאה המהווה סיוע (ע"פ 3043/90 פלוני נ' מדינת ישראל (31.12.1990); ראו לעניין זה את דבריו של השופט י' קדמי:

"הלכה פסוקה היא, כי התבטאויות שיש בהן ביטוי לתחושת אשם - או להכרת אשמה - מהוות ראשית הודאה, ובתור שכאלה בכוחן להצטבר לראיה בסיסית קיימת ולשמש לה "סיוע" או "דבר-מה" במקום שנדרשת תוספת מאותו סוג" (ע"פ 638/87 רדעי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 297, פס' 7 לפסק דינו של השופט י' קדמי (1989).

ראשית הודאה נבדלת מהודאה. אין הראשונה ראיה עצמאית, שבכוחה להביא להרשעה בתוספת דבר מה נוסף, אך היא בעלת משקל. ישנה מעין חשיפה של הנאשם - גילוי טפח - המשלימה את החלל הפעור בעדות המרכזית. אומנם, אותה ראשית הודאה מהווה לא פעם ולא פעמיים, אמירה ספונטנית של הנאשם, וכאמור אינה עולה לכדי הודאה ממשית העומדת בפני עצמה לצורך הרשעה. אולם למרות זאת, היא עשויה להוות סיוע לעדות עצמאית אחרת, הטעונה סיוע על פי דין. ראשית הודאה מהווה מקור עצמאי מהראיה הטעונה סיוע, הנלמד מהנאשם עצמו, ומסייע לראיה העיקרית שדרושה סיוע, כגון עדות מפלילה של ילד בפני חוקר ילדים.

ראשית הודאה עשויה להימצא בדברי נאשם המעידים על רצונו לבצע את מעשה העבירה, אף אם טוען שלבסוף לא ביצע אותה (על הראיות, בעמ' 293). כך למשל אמרת נאשם לפיה התכוון לקיים את יסודות העבירה, עשויה להוות ראשית הודאה וסיוע לעדות המרכזית. נפתח בדברי המערער בענייננו, כאשר תיאר את מעשיו טרם פגש בילדה, עוד בזמן ששהה בביתו: "התקשרתי בהתחלה לנערות ליווי, אז חיפשתי ללכת לשכב עם בחורה" (עמ' 296 לפרוטוקול). לכך יש להוסיף, וזהו העיקר, גם את דבריו של המערער לילדה בחדר המדרגות לפיהם הציע לה ללכת לביתו ולשכב עמו. אומנם מקורה של העדות בדברי הילדה לפני חוקרת הילדים, והמערער מכחיש שהתכוון באמת לשכב עם הילדה. ואולם הוא בעצמו העיד שאמר את הדברים, כך שנכונות אמירת הדברים, מוסכמת. כדברי המערער: "אמרתי לה בהתחלה, אבל לא, לא התכוונתי באמת כאילו לקחת אותה או לשכב איתה" (עמ' 322 לפרוטוקול). הסבר הנאשם לדבריו אלו היה כי הם נועדו להוציא את הילדה מחדר המדרגות "מקום שעוברים אנשים". בית המשפט המחוזי לא קיבל הסבר זה.

הדגש בעניינינו הוא על ראשית ההודאה. אמרותיו אלו של המערער מלמדות כי היה ברצונו לא רק לשכב עם אישה, לא רק עם ילדה, אלא עם הילדה מושא האישום. לכך יש להוסיף כי על פי עדותו, הביע רצון זה בפני הילדה עצמה. סיוע זה חזק הוא. כעת, נעבור למועמד נוסף במקרנו לסיוע - שקרי הנאשם.

שקרי נאשם כסיוע

38. נציג את עמדת הפסיקה בדבר השימוש בשקר הנאשם כראיית סיוע. נזכיר כי סוגיה זו עברה תמורות, ובשנת 1974 הכיר בית המשפט העליון בשקר כראיית סיוע (ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 203 (1974) (להלן: סרסור)). ניתן להבין את הגישה לפיה אין להכיר בשקרי הנאשם כסיוע, יען כי השקר טמון בדברי הנאשם ולא בראיה חיצונית. אף יש חשש להיגיון מעגלי, הכיצד נקבע שנאשם מדבר שקר קודם ההכרעה אם עבר את העבירה. עוד, אפשר לתהות האם כל שקר, יהא אשר יהא, בהכרח מסייע עניינית לראיה הטעונה סיוע. הפסיקה, תוך מודעות לקשיים אלו קבעה מספר תנאים להכרה בשקר של נאשם כראיית סיוע.

עמוד 25

תחילתה של דוקטרינת שקרי נאשם כסיוע הינה כאמור בפרשת סרסור. בפרשה זו אומנם שקרי הנאשם לא היו הכרחיים לצורך הרשעה שכן היו ראיות סיוע אחרות, אולם באותו עניין פורטו ארבעת התנאים שהשתרשו בהמשך, אשר בהתקיימם ניתן יהיה להשתמש בשקרי הנאשם כראיית סיוע: א. שקר ברור וחד משמעי; ב. שקר מהותי ולא בעניין פחות ערך; ג. שקר המכוון להטעיית בית המשפט; ד. השקר הוכח מתוך עדות עצמאית ולא מתוך העדות הדרושה סיוע (עניין סרסור; ע"פ 556/74 פדידה נ' מדינת ישראל, פ"מ כט(2) 387 (1975); ע"פ 557/06 עלאק נ' מדינת ישראל (11.4.2007); ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל (3.9.2009); ע"פ 2686/15 בנטו נ' מדינת ישראל (5.3.2017)).

בהמשך נוסף תנאי חמישי בפרשת נגר, לפיו השקר צריך להיות קשור לעבירה עליה נסב המשפט, ולא לעילה אחרת שאינה רלוונטית לצורך בחינת האשמה (ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר (1980) (להלן: נגר); ראו גם: ע"פ 5920/13 אטלן נ' מדינת ישראל, פס' 24 לפסק דינו של השופט א' שהם (2.7.2015); ע"פ 7752/03 חלאילה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 259, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (2004); ע"פ 8754/13 סעדה נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן (15.1.2015)).

39. על פי הפסיקה מספר טעמים עומדים בבסיס הדוקטרינה לפיה ניתן לראות בשקרי הנאשם כראיה מסייעת. ראשית, תחושת האשם העולה מההתנהגות המפלילה שבשקר. היחס לשקרי הנאשם כאל התנהגות מפלילה טמון בתפיסה כי יש סיבה מדוע נאשם משקר. בחירת נאשם לצעוד בדרך זו חושפת את רצונו להסתיר את האמת. על בסיס זה עולה התהייה מדוע רצה להסתיר את אותה אמת. לפי גישה זו, שקריו של הנאשם מבטאים תחושת אשם, ומהווים סוג של התנהגות מפלילה מצדו. לכן השקר עשוי להיות ראיה נגדו, ואף ראיית סיוע (ראו למשל: ע"פ 258/83 מדינת ישראל נ' אהרוני, פ"ד מ(1) 617, 622 (1986); ע"פ 814/81 אל שבאב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 826, 832; על הראיות, בעמ' 304).

אולם, המציאות מלמדת כי נאשם עשוי לשקר מתוך לחץ ואי הבנת מצבו. חשש זה טמון בכך שלעיתים גם מי שאינו אשם נדחף לשקרים, מתוך מחשבה שאם יגלה את כל האמת הוא עלול לקרב עצמו מאוד לעבירה, כך שהכחשתו לבדה לא תזכה לאמון מצד בית המשפט. דאגה זו מצאה את ביטויה בפרשת בכר:

"אין להפריז במשקלם של שקרים אלה, הואיל וניסיון החיים לימדנו שלעיתים מגיב באותה דרך גם מי שלא חטא אך נקלע למצוקה עקב החשש שהכחשתו את המעשה הפלילי המיוחס לו לא תזכה לאמון, ואז הוא מחליט לפנות להסברים כוזבים." (ע"פ 8002/99 בכר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 135, 142 (2001)).

חשש מסוג אחר למשמעות מתן עדות שקר, הובהר על ידי הנשיא מ' שמגר בפרשת נגר:

"לא מן המותר לחזור ולהדגיש, כי ראיות בדבר כזבים, כביכול, צריכות להיבחן בזהירות מיוחדת: יכול והנאשם יעלה טענה כוזבת לאו דווקא בשל כך, שהוא שביצע את העבירה המיוחסת לו, אלא בשל טעמים אחרים, יהיו אלה טעמים הכרוכים בביצועה של עבירה אחרת או טעמים אישיים, אשר אינה דבקה בהם תווית עבריינית. על-כן מן הנכון, שבית המשפט יחזור וישקול בזהירות, לאור מכלול הנתונים והטענות שבפניו, שמא השקר, אף כי הוא גלוי, נובע מעילה, שאין זיקה בינה לבין האשמה המסוימת בה דן בית המשפט" (עניין נגר, בפס' 18 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר).

עמוד 26

40. אלו קרנות הדילמה. ראיית השקר עשויה לקדם את תכלית הסיוע, אך עשויה גם שלא. נדמה כי תנאי הפסיקה שהוצגו, מהווים כלי עזר נחוצים על מנת להבחין בין שקר לשקר. ראשית, השקר צריך להיות ברור וחד משמעי, שאם לא, אולי לא יצא שקר מפיו של הנאשם. שנית, השקר צריך להיות מהותי ולא בכל עניין. שלישית, השקר מכוון להטעות את בית המשפט. רביעית, השקר הוכח מתוך עדות עצמאית ולא מתוך העדות הטעונה סיוע. תנאי זה וקודמיו, מטרתם לוודא שלא עסקינן במעגל סגור. חמישית, השקר צריך להיות קשור לעבירה מושא המשפט. תנאי זה נועד לקרב בין השקר לבין הסוגיה המהותית השנויה במחלוקת. תנאים אלה מטרתם להבטיח שהשקר לא רק ילמד על מהימנות הנאשם, אלא יסייע למסקנה כי הוא אשם. הנה כי כן, הפסיקה הכירה בשקר כראיית סיוע, אך בה בעת צמצמה את המקרים לכך לפי תכלית הדרישה לראיית הסיוע.

יש לזכור כי עת שנאשם מצמצם את גרסתו באופן מפליל, כך שהוא מודה בביצוע עבירות מסוימות אך ממשיך להכחיש את ביצוע אחרות - נדרש ששקריו המהווים סיוע יתייחסו לנקודה שנותרה במחלוקת. הרי אחרת ייתכן ששקריו מהווים התנהגות מפלילה, המבטאת את תחושת האשם רק לגבי העבירות בהן כבר הודה, ואינם מבטאים תחושת אשם לגבי העבירות שעודנו מכחיש.

41. מצוידים בכלים אלה ניגש למקרה, אך טרם נעשה זאת מצאתי מקום להידרש לשאלה נוספת, רלוונטית גם היא לענייננו, והיא האם השקר יכול להיות מוכח מעדותו של הנאשם עצמו, או שמא נדרשת ראייה שהינה חיצונית גם לעדות הדרושה סיוע וגם לעדות הנאשם. דעתי היא כי דרישת עצמאותה של הראייה המוכיחה את השקר, מתייחסת רק לעצמאות מהעדות הדרושה סיוע, כך שלא ייתכן שהשקר יוכח באמצעות אמרות מתוך העדות הדרושה סיוע. לצד זאת, אין כל מניעה ששקרים המוכחים רק מתוך עדותו של הנאשם, ללא ראייה חיצונית נוספת, יהוו שקרים העולים לכדי ראיית סיוע, בהתקיים שאר התנאים. גישה זו אף מצאה ביטוי בפסיקה במספר מקרים. כך למשל בעניין אל שבאב נכתב:

"אין סיבה, מדוע לא יראו בשקרים פוזיטיביים כמתואר את הסיוע הנדרש; כמובן, בתנאי שהשקר האמור מוכח על-ידי הודאתו של הנאשם או על-ידי ראיות בלתי תלויות ולא עולה רק מטענותיו של המתלונן" (עניין אל שבאב, בעמ' 832, ההדגשות הוספו).

גם בפרשת סעדה הוכחו השקרים מתוך עדות הנאשם:

"אשר לתנאי השלישי, אין ספק כי השקרים היו ברורים וחד משמעיים, ואין דרך לפרשם כשיתוף פעולה עם הגורמים הרלבנטיים. לבסוף, ניתן לקבוע כי השקרים הוכחו מתוך עדותו העצמאית של המערער ולא מתוך עדות עיקרית אחרת הטעונה סיוע. כאמור, המערער אינו טוען כי הוא לא נכח במקום או לא היה מעורב במאורע, אלא שהוא לא היה הנהג." (ע"פ 8754/13 סעדה נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' גובראן (15.1.2015), ההדגשות הוספו).

הכרה בשקר העולה מתוך גרסתו של הנאשם כסיוע נעשתה גם במקרה נוסף, בו ההתפתחות בגרסתו של הנאשם לאורך ההליך, תוך חשיפת שקריו, מהווה סיוע לעניין כמות האירועים שהייתה שנויה במחלוקת:

"בית המשפט המחוזי הוסיף, כי בראשית ההודעות לא אמר המערער אמת בטענו כי ביצע מעשה מגונה אחד בלבד בא'. עם התקדמות החקירה, כאשר עומת עם גרסת א', פתח המערער את סגור ליבו והודה במעשים מיניים נוספים. בית המשפט המחוזי קבע כי 'מדובר בגרסה והודאה מתפתחת ומשתנה. לכאורה, הנאשם בא למשטרה בשל מצפון מציק, וזאת כדי לפרק את מועקתו ולספר כל הסיפור מתחלה ועד סוף, ולמרות זאת לא היסס לשקר באותה אמרה עצמה... שקרים כאלה באמרות שהפכו להיות תשובה לכתב האישום, מהווים ראיה מסייעת בעניין כמות האירועים

[...]

בקריאת מכלול ההודעות יש, לכל הפחות, כדי לחזק את המסקנה שהאמירות המובאות מעלה הן "ראשית הודיה" במעשי אינוס" (ע"פ 7832/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (4.5.2006)).

לדוגמאות נוספות בהקשר זה ראו: ע"פ 7707/11 לחאם נ' מדינת ישראל, פס' 74 לפסק דינו של השופט א' שהם (29.7.2015); ע"פ 458/14 אדרי נ' מדינת ישראל, פס' נה לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (29.1.2015); ע"פ 846/10 בדוי נ' מדינת ישראל, פס' 106 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (14.7.2014); עניין פלוני, פס' 21 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל.

42. מבחינה עיונית הייתי מבסס את הכלל באופן הבא: סיוע ראוי לשמו חייב לבוא ממקור עצמאי, ולא מהעדות הטעונה סיוע. תנאי זה שהתוספת הראייתית המסבכת לא תבוא מאותו מקור, נועד להעלות את הרף באיכות הראיה, לעומת דבר מה נוסף להודאת נאשם, שעשוי לבוא מאותו מקור. כך לגבי הדרישה הראייתית. לעומת זאת, בחינת השקר של הנאשם הינה תנאי עובדתי שמטרתו להבטיח שניתן לסמוך על השקר בתור שכזה, במסגרת הכרעת-הדין הקובעת את אשמת הנאשם. אם זו המסגרת - בירור עובדתי - הרי שסתירות מהותיות של הנאשם עשויות לספק את הסחורה, ובכפוף לתנאים הנוספים על מנת ששקר נאשם יהווה סיוע.

מן הכלל אל הפרט

43. האם שקרי המערער בענייננו עולים לכדי ראיית הסיוע הדרושה להרשעה בעבירת האינוס? הייתי משיב בחיוב. השקר המרכזי העולה לכדי סיוע לאמרות הילדה הוא בגרסתו של הנאשם לפיה לא הציע לילדה לשכב עמו, גרסה אשר נוגדת את תשובתו לכתב האישום, ואשר אף הודה באי-נכונותה בהמשך.

במהלך עדותו במשפט אמר המערער: "הפסקתי להסתכל וראיתי שהיא לא ברחוב, כנראה הייתי יותר מדי כאילו במחשבות של לעשות משהו, לקיים משהו". כאשר נשאל: "מה זה לעשות משהו?" ענה בהמשך: "התקשרתי בהתחלה לנערות ליווי, אז חיפשתי ללכת לשכב עם בחורה" (עמ' 296 לפרוטוקול). בהמשך לתשובתו זו נשאל המערער האם החליט לשכב עם הילדה, וענה בשלילה. בהמשך לכך נשאל המערער: "אז למה הודית בכתב האישום בזה ששאלת אותה אם היא רוצה לשכב איתך?". בתשובה לשאלה זו ענה המערער בתחילה שאינו זוכר שהודה בדבר כזה. כשנשאל בתגובה לאי-זכרונו: "לא זוכר. אז עכשיו אני שואלת אותך, אתה מודה בזה?" ענה המערער: "לא, לא מודה בזה". כשנשאל שוב: "לא מודה בזה. לא שאלת את הילדה אם היא רוצה לשכב איתך?", ענה המערער: "לא" (עמ' 296 לפרוטוקול).

בהמשך, לאחר שעומת עם תשובתו של הסניגור לכתב האישום, הודה המערער ששאל את הילדה אם היא רוצה לשכב איתו, אך המשיך להכחיש שרצה לשכב איתה (עמ' 298 לפרוטוקול). לדבריו: "אמרתי לה בהתחלה, אבל לא, לא התכוונתי באמת כאילו לקחת אותה או לשכב איתה", והוסיף: "לא התכוונתי כאילו באמת לשכב איתה או משהו, פשוט היינו בחדר מדרגות, וזה מקום שעוברים אנשים, סתם רציתי להוציא אותה משם" (עמ' 322 לפרוטוקול). כשנשאל מדוע שיקר קודם לכן ענה שהוא לא זכר, אבל כעת נזכר.

44. שקריו אלו של המערער עומדים בתנאים הנדרשים על מנת שיהוו ראיות סיוע. ראשית, מדובר בשקר ברור וחד משמעי עליו חזר המערער מספר פעמים בעדותו בבית המשפט. לא מדובר בפליטת פה ממנה חזר מיד לאחר מכן, אלא חזרתו של המערער מהשקר הייתה רק לאחר שעומת עם דבריו של הסניגור במענה לכתב האישום. שנית, מדובר בשקר בעניין מהותי שכן הוא מצביע על כוונתו ורצונו של המערער לשכב עם הילדה, קרי ביצוע חדירה. שלישית, השקר היה מכוון להטעיית בית המשפט, ולא ניתן כל הסבר העשוי להצדיק את השקר. רביעית, השקר לא הוכח מעדותה של הילדה הדרושה סיוע, אלא מעדותו של הנאשם עצמו. כפי שהובהר, אין צורך כי השקר יוכח בראיה החיצונית גם לעדות הנאשם, אלא רק לעדות הדרושה סיוע. חמישית, השקר קשור לעבירת האינוס, ולא לעבירה אחרת.

בענייננו השקר של המערער נוגע בנקודה ממשית שבמחלוקת, היא שאלת הרצון לשכב עם הילדה, וכפועל יוצא מכך גם שאלת החדירה, ומסבך אותו בביצוע המעשה. יריעת המחלוקת הינה למעשה רחבה יותר משאלת החדירה, שכן המערער מכחיש כלל שנגע עם ידיו באיבר מינה של הילדה. אמירתו של המערער לפיה "חיפשתי ללכת לשכב עם בחורה" (עמ' 296 לפרוטוקול), ושקריו בהמשך לפיהם הכחיש שהציע לילדה לשכב עמו, מלמדים על רצון כוונה באופן המסייע לעדותה של הילדה, אשר אף הדגימה את אופן הפעולה.

45. עולה כי יש באמרותיו של המערער שני מרכיבים היוצרים את הסיוע הנדרש - ראשית הודאה העולה מרצונו "לשכב עם בחורה" והצעתו לילדה לשכב עמו, יחד עם השקר המהווה התנהגות מפלילה המבטאת את תחושת האשם לגבי ביצוע חדירה. הואיל ועסקינן בראיית סיוע, הביטוי "חדירה" או "לשכב" עונה על הדרישה, ואין זה משנה אם באמצעות אצבע או איבר אחר. יריעת המחלוקת מתייחסת לעבירת האינוס, ומרכיב החדירה. ראשית ההודאה והשקר עומדים בניגוד לטענת המערער כי הוא ביצע עבירת מעשה מגונה בלבד.

מודע אני לכך שיש קשר ישיר בין שתי ראיות הסיוע. האחת - ראשית הודאה ברצון לשכב עם הילדה, והשנייה - השקר שהכחיש אמרה זו. נקודה זו אינה מחלישה את העמידה בדרישת הסיוע, אלא היפוכו של דבר. מספר טעמים לכך. הראשון כי מבחינה פורמלית די בראיית סיוע אחת כדי להרשיע. כאן ראיות הסיוע חזקות. הן פוערות צוהר לעולמו הפנימי של הנאשם בסמוך למעשה. ראשית ההודאה והשקר עניינן מהות עבירת האינוס, בה כפר המערער, לעומת העבירה של מעשה מגונה בה הודה. שנית, הראיות מחזקות ואף משלימות זו את זו. תופנה תשומת הלב לכך שמקורן של שתיהן בפיו של המערער. פעם הוא מוסר ראשית הודאה, ופעם הוא כופר בה. בכך מתממשת השאיפה לראיית סיוע חזקה ורלוונטית המסבכת בצורה ממשית את הנאשם. ניתן אף לראות את ראשית ההודאה כעיקר, ואת שקרי הנאשם כחיזוק ממשי לכך, וכן להיפך. אודה כי להשקפתי הסיוע שבראשית ההודאה הוא החזק מבין השניים. יש לזכור שמדובר בשיחה של גבר בגיל 31 לבין ילדה בת תשע. הברור האם הילדה מוכנה לשכב עם הנאשם, הוא אמרה מפתיעה ומנותקת מכל הקשר, אלא אם כן זוהי כוונתו של המערער. הסברו של המערער כי הוא והילדה עמדו בחדר המדרגות, ולכן אמר זאת כדי שיצאו למקום אחר, רחוק מאוד מלהיות משכנע בלשון המעטה, עד כדי שניתן להגדיר זאת כהיעדר הסבר. מהצד האחר נראה כי בית המשפט המחוזי העניק משקל רב יותר לשקרי המערער. הוא דן בעניין במסגרת בחינת דברי המערער, וניכר כי נתן משקל משמעותי לכך. כמובן, השקר באמרה רק מבליט עד כמה יש בה בכדי לסבך

לסיכום, לגישתי יש מקום להרשיע את המערער אף בעבירת האינוס. הוענק משקל רב על ידי בית המשפט לראיה העיקרית - עדות הילדה לפני חוקרת הילדים - ולצד ראיה זו תשתית סיוע חזקה ומשמעותית, הנשענת על שני היבטים - ראשית הודאה ושקרי הנאשם. על כן דעתי היא כי יש לדחות את הערעור על הכרעת-הדין.

הערעור על גזר-הדין

46. הערעור על גזר-הדין מופנה נגד עונש המאסר בפועל של עשר שנים, והפיצוי בסך 150,000 ש"ח. באשר לעונש המאסר, טוען המערער כי העונש שנפסק הינו מופלג בחומרתו. עוד טוען המערער כי בית משפט קמא לא נתן משקל מספק לנסיבות חייו הקשות, שבאו לידי ביטוי בגדילתו בבית לא יציב, ללא קשר ממשי עם הוריו, וגירושיו מאשתו לאחר שנולדה לו בת. המערער אף מסתייג מהמשקל לחומרה שנתן בית משפט קמא לחוסר האמפתיה שלו כלפי הילדה. לדבריו הוא הביע חרטה כנה כלפי הילדה ומשפחתה, ואף הודה בביצוע חלק מהמעשים שיוחסו לו. בא כוח המדינה תומך בעונש שנגזר מנימוקי בית המשפט.

ילדה רכה בת תשע שנים מטיילת עם כלבתה ברחוב מגוריה, לפתע אוחז בה אדם מבוגר זר, מפשיט ממנה בכוח את בגדיה התחתונים, ותוך איומים מלקק את איבר מינה ומחדיר אליו בכוח את אצבעו. סוג העבירה ונסיבותיה חמורים מאוד. כפי שהדגיש בית המשפט המחוזי הילדה נאנסה "באור יום ובלב העיר, בחדר המדרגות של ביתה". המערער עקב אחרי הילדה ונכנס אחריה לבניין מגוריה. סירובה של הילדה גרם לכך שהמערער אחז בה בכוח, הפיל אותה על המדרגות ואף גרם לה להמטומות. הוא החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה של הילדה באופן שהכאיב לה. מעשה זה ביצע פעמיים. המערער אף איים על הילדה שיפגע בה אם תצעק או תספר על מעשיו, ובשל כך הורשע בעבירת איומים. סיפור המעשה מטריד, ודורש עונש מרתיע באופן פרטני, ובאופן כללי.

אין להשלים עם מצב בו רחובות העיר במהלך היום יהפכו למלכודת מין לקטינות שיוצאות לרשות הרבים לשחק או לטייל. על החברה להגן על בנותיה ובניה מהתנהגות כזו, תוך קביעת עונשים ראויים. מתפקידו של בית משפט להטיל עונשים כבדים במקרים המתאימים מעין זה. האירוע, קשה ככל שיהיה, אינו מסתיים עם סיום המעשה. הניסיון מלמד כי החוויה עשויה ללוות את הנפגעת שנים רבות.

בית המשפט המחוזי בחן את נסיבותיו האישיות של המערער. על סמך התסקיר, צוין סיפור חייו הקשה של המערער, אשר מגיל צעיר לא חי עם הוריו, עלה ארצה עם סבו וסבתו, והסב נפטר בסמוך לאחר מכן. תסקיר המבחן התייחס לעברו הפלילי של המערער מנעוריו, אורח חייו הבלתי יציב, והתמכרותו לסמים. עוד צוין כי זהו עונש המאסר המשמעותי הראשון שנגזר עליו.

עונש המאסר הינו חמור, אך אין מקום לקבוע כי הוא סוטה מעיקרון ההלימה המחייב לפי תיקון 113 לחוק העונשין. בית המשפט המחוזי איזן את השיקולים לקולה ולחומרה, תוך בחינת נסיבות העושה והמעשה. אף אם ניתן היה

להטיל עונש מאסר לתקופה מקלה בצורה מסוימת, העונש אינו חמור עד כדי הצדקת התערבות. זאת ועוד, רבדים שונים של אכזריות, החפצת הילדה, האדישות כלפיה, והפגיעה בכבודה ובאוטונומיה שלה - מצדיקים מאסר לתקופה ארוכה. באשר לפיצוי, אין להתייחס למצבו הכלכלי של המערער בלבד, אלא אף לנקודת המבט של הילדה. בראיה זו הסכום מידתי. די להפנות לטיפול שמקבלת הילדה, ולצערי ייתכן ותזדקק לו בשנים הבאות, כדי להבין שהסכום שנפסק אינו בגדר עונש מובהק, אלא צורך השעה והשעות הבאות כתוצאה ממעשי המערער.

אחר הדברים האלה והאלה

47. עיינתי היטב בחוות דעת חברי השופט א' שהם וחברתי השופטת ד' ברק-ארז. אם יורשה לי, שניהם חידדו נקודות משפטיות חשובות בסוגיית הסיוע. שופט שופטת לפי השקפתם. במכלול, מצאתי לנכון להשלים את חוות דעתי בשני מישורים. האחד, לסכם את המסקנות המשפטיות אשר נפסקו בענייננו. חשוב עד מאוד כי פסק דין יהיה בהיר באופן שיהיה ניתן לעמוד על אשר נקבע, ואף להאיר את אשר לא נקבע. השני, בעקבות דברי חברי השופט א' שהם, מצאתי כי חשוב להעיר ביחס לסוגיה משפטית מסוימת.

ניתן להתייחס לארבעה נושאים בתיק זה, שניים כלליים, ושניים פרטניים. נפתח בנושא הכללי הראשון. בדעת רוב שלי ושל השופט א' שהם, נפסק כי המועד הקובע לצורך הגדרת יריעת המחלוקת בין הצדדים, הדרושה במסגרת אחד מתנאי הסיוע, הוא במועד ג', במענה הנאשם לכתב האיטום. השופטת ד' ברק-ארז סבורה כי המועד הקובע הוא מועד ב', בחקירתו האחרונה של הנאשם במשטרה.

הנושא השני הינו פרטני למקרה זה. הוחלט פה אחד כי יש לדחות את הערעור על ההרשעה, תוך קביעה כי דרישת הסיוע מתמלאת בתיק זה. יוזכר כי הסיוע נדרש בענייננו מאחר שהעדויות העיקריות היא עדות ילדה בפני חוקרת ילדים, כאשר הילדה לא העידה במשפט. זאת לפי מצוות המחוקק בסעיף 11 לחוק הגנת ילדים.

הנושא השלישי, אף הוא פרטני. ישנה הסכמה שלי ושל השופט א' שהם לפיה שקר הנאשם ביחס להצעתו לילדה לשכב עמו, מהווה סיוע בענייננו. השופטת ד' ברק-ארז מצאה סיוע בראיות ה-DNA, מסדר הזיהוי, ומצבה הנפשי של הילדה, כפי שמצא בית המשפט המחוזי.

הנושא הרביעי, שמעורר עניין כללי, הינו קביעת השופט א' שהם כי יש סיוע בשקר הנאשם לפיו כלל לא פגש את הילדה. בנושא זה ברצוני להרחיב כעת.

48. השקר שנקבע כסיוע, ואילו אתייחס בהמשך, נעוץ במהלך הבא. המערער במועד ב' מסר כי מעולם לא פגש את הילדה, ואילו במועד ג' מסר כי ביצע בה מעשים מגונים, אך הכחיש את ביצוע חדירה. על אף שדעתו של חברי השופט א' שהם כמוני ביחס למועד הגדרת יריעת המחלוקת, ולפיה המועד הקובע הוא מועד ג', ניתן לגישתו להיעזר כסיוע בשקר שנאמר במועד ב'. חברתי השופטת ד' ברק-ארז העירה בצדק כי יש בכך מבחינה מעשית בכדי להתקרב לעמדתה, במובן זה שעצם שינוי עמדת הנאשם עשויה להוות סיוע.

עמדת חברי מעוררת קושי בעיניי במקרה מסוג זה, ולדעתי חייבת להדליק סימני אזהרה גם במקרים מסוג אחר. ארחיב.

אינני שולל את המהלך של חברי לפי הפסיקה בדבר התנאים לשקר על מנת שיהווה סיוע. ייתכן שנדרש לשקול שינוי בהלכת שקרי הנאשם, לנוכח קביעת המועד המגדיר את יריעת המחלוקת במועד ג' בפסק דין זה. אך אינני נדרש לכך, ואשאר במסגרת המשפטית הקיימת. מבחינה עיונית, ניתן להקשות על חברי באופן הבא. אם המועד הקובע הוא יריעת המחלוקת בשלב ג', מענה הנאשם לכתב האישום, בו הנאשם הודה בביצוע מעשים מגונים בילדה - אזי הכחשתו ביחס לכך בשלב מוקדם יותר, אינה נוגעת ליריעת מחלוקת זו. אלא יושם הלב כי מהפסיקה עולה שהתנאים לסיוע באופן כללי הינם שלושה, ואילו התנאים לשקר כסיוע הינם חמישה, כאשר התנאים שונים אלו מאלו. שלושת התנאים לסיוע הם ראייה המסבכת את הנאשם, ממקור עצמאי, אשר נוגעת בנקודה שבמחלוקת. התנאים לשקר נאשם כסיוע הם שקר - ברור וחד משמעי, מהותי, המכוון להטעיית בית המשפט, שהוכח מעדות עצמאית ולא מזו הדרושה סיוע, והקשור לעבירה מושא האישום (ראו בפס' 38 לחוות דעתי). יודגש כי נראה שהדרישה לשקר מהותי אינה בהכרח חופפת לדרישה שראיית הסיוע תיגע בנקודה שבמחלוקת. מכאן דעתי היא כי מבחינה פורמלית אין פגם בהבאת השקר כסיוע, על אף שהוא לא נוגע ביריעת המחלוקת.

הטעם לדבר הוא כי מבחינה היסטורית, וכך עד לימינו, השקר כראיית סיוע הינו חריג המבוסס על תפיסה אחרת. על פי תפיסה זו השקר מהווה סיוע אם הוא מלמד על תחושת אשם של הנאשם, ונועד להרחיק אותו מקשר לעבירה בה הוא מואשם. תזכר בהקשר זה ההתפתחות ההיסטורית לפיה בתחילה הפרכת אליבי באופן פוזיטיבי הוכרה כשקר המהווה סיוע, כי היא מילאה את התנאים של תחושת אשם וניסיון להתרחק מהעבירה, ולא מאחר שנגעה בנקודה בנמצאת בגבולות יריעת המחלוקת. עיון בפסיקת בתי המשפט מלמד כי כך נהגו. אין הדבר מפתיע, כי באחד מפסקי הדין העקרוניים באנגליה, אשר שימש את הבסיס לאימוץ השקר כראיית סיוע אף בישראל, נקבע כך: "To be capable of amounting to corroboration the lie told out of court must first of all be deliberate. Secondly, it must relate to a material issue. Thirdly, the motive for the lie must be a realisation of (guilt and a fear of the truth)" (Regina v. Lucas [1981] Q.B. 720 (Eng)). נתרגם את התנאי השלישי החשוב למקרונו: המניע של השקר חייב להיות הגשמה של אשמה ופחד מהאמת. יוצא שהשקר הינו מעין חריג בין הראיות המועמדות לסיוע, הן במועד קליטתו, הן ברציונל שעומד בבסיסו, והן בתנאים לקבלתו.

ואולם, דווקא בשל כך אינני מסכים כי השקר של הנאשם בעניינו, בעצם צמצום הגרסה, יכול לשמש כסיוע. כאן יודגש התנאי שאף אם התמלאו חמשת התנאים לשקר, עדיין אין לקבל שקר כסיוע אם לנאשם הסבר לכך. דרישת ההסבר, או ליתר דיוק היעדר הסבר לשקר, מושרשת בפסיקה (כדוגמה ראו: ע"פ 400/84 מדינת ישראל נ' אנג'ל, פ"ד מ(3) 481 (1986)). המערער הכחיש כל קשר למקרה ולילדה, ולאחר מכן הודה בביצוע עבירה של מעשים מגונים, אך לא באינוס. הצמצום הוא בכך שבמקום לכפור בכל כתב האישום, הוא הודה בעבירה חמורה פחות מזו המיוחסת לו.

סבורני כי אם השקר הוא באופן הזה, צמצום מפליל הכולל הודאה בעבירה חמורה פחות, כי אז לא ניתן לראות בשקר שנאמר במועד ב', בו הכחיש הנאשם כל מגע וקשר, כסיוע. הטעם לדבר הוא זה. כדי ששקר יהיה סיוע הוא צריך ללמד על תחושת אשם, וניסיון להתרחק מהעבירה (ראו בפס' 39 לעיל). משהודה המערער בעבירה, השקר יכול להיות מוסבר על ידי תחושת האשם העולה מעבירת המעשים המגונים בה הודה, ולא מעבירת האינוס בה כפר. יש לזכור כי עבירת מעשים מגונים בקטינה הינה עבירה חמורה. לכן יש ספק שאף סביר ומבוסס הוא, בכך שיש בשקר זה סיוע. אף כמדיניות משפטית הובהר לעיל כי יש משמעות לכך שנאשם מקבל על עצמו אחריות, גם אם לא בעבירה המיוחסת לו

עתה יש לעבור לשקר נאשם מסוג אחר, בין מועד ב' למועד ג'. צמצום בעניין עובדתי, אך לא הודאה בעבירה אחרת. לדוגמה, נאשם במועד ב' מכחיש שהיה ליד בית המתלוננת הקטינה, בזמן הרלוונטי, ובמועד ג' מודה שהיה ליד הבית, אך ממשיך להכחיש שביצע עבירה. ואניח אף שניתן לטעון כי ישנה עדות לפיה הנאשם נצפה בקרבת הבית. במצב כזה, על פי גישת חברי השופט א' שהם, שכאמור במקרה מהסוג המתואר כעת אינני שולל את נכונותה מבחינה משפטית - עקב השינוי בעמדה, העדות של עד הראייה אינה מהווה סיוע מאחר שאינה נוגעת ליריעת המחלוקת. ואולם ניתן לעשות שימוש בשקר של הנאשם לגבי הימצאותו בקרבת הזירה, כסיוע לעדות הילדה. ביחס לכך אעיר שתי הערות.

הערה ראשונה היא שהגם והדבר אפשרי, יש להיזהר מכך שלא ליצור סיוע באופן מובנה, מבלי לבדוק אותו כנדרש. הסיוע אינו עניין פורמלי, אלא מהותי. כפי שאמרתי בתחילת הדברים, דרישת הסיוע נועדה להתמודד עם חסר בראיות התביעה. אם נמשיך באותה דוגמה, החסר הוא בכך שהמתלוננת לא מעידה במשפט ולא ניתן לחקור אותה בחקירה נגדית. נדרשת זהירות ובדיקה עצמאית. כאמור אינני סבור ששקר מסוג זה - צמצום בעובדות בלבד, לעומת צמצום והודאה בעבירה - לא יחשב בסיוע על פי ההלכות דהיום. שאלה אחרת היא האם נכון לשנות את התנאים להכרה בשקרי הנאשם כסיוע, לנוכח הקביעה שמועד קביעת יריעת המחלוקת הוא במועד ג', במענה לכתב האישום. אין צורך להידרש לשאלה זו. באי כוח הצדדים לא התייחסו אליה, בניגוד לסוגיה של המועד בו מוגדרת יריעת המחלוקת. כאמור, השופט א' שהם ואנוכי מצאנו בשקר האחר סיוע, אשר אף נוגע ביריעת המחלוקת בין הצדדים במועד ג'. ועדיין, אף אם השקר האמור עונה על דרישת הסיוע, הזהירות הכרח השעה.

הערה שנייה היא כי יש לברר בכל מקרה לגופו האם השקר של נאשם, אשר עומד בשאר התנאים, אינו מקבל הסבר אחר השולל את האפשרות ללמוד ממנו על תחושת אשם. בעניין זה ובהנחה שיש שקר בנמצא, והנאשם בוחר להעיד, טוב יעשה אם יציג את ההסבר במהלך החקירה הראשית. זאת דרך ראויה להתמודד עם האפשרות שהתביעה תבקש לראות בשקר כסיוע. הדברים מודגשים כי הניסיון המשפטי מלמד שלא פעם הסנגור מעלה הסבר בסיכומים, שנשמע לראשונה מפיו ולא מפי הנאשם. חשוב כי בית המשפט יבחן באופן עצמאי את השאלה האם יש הסבר לשקר, בנפרד מהשאלה האם הנאשם עשה את המעשה המיוחס לו. כאמור הסיוע הוא עניין מהותי, עצמאי, ודורש הפעלת שיקול דעת שיפוטי.

49. טרם סיום אחזור לשאלה העיקרית שהוכרע בה, והיא המועד בו נקבעת יריעת המחלוקת לצורך דרישת הסיוע. אחד מהחששות שהובאו בעניין מובארק, ואף בעמדת חברתי השופטת ד' ברק ארז, הוא האפשרות שהנאשם ינצל באופן טקטי את ההליך, ויצמצם את יריעת המחלוקת כדי לחמוק מדרישת הסיוע. בהקשר זה נהוג להביא את פסק הדין הפלילי הראשון (ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5, 18 (1949)), ואת האמרה שם כי "הדין הפלילי אינו צריך לקבל צורה של משחק אשקוקי". החשש קיים הוא, והסברתי מדוע יש להעדיף שיקולים אחרים. אך בכל הקשור למשחק ולמשפט הפלילי אומר זאת. פסק הדין בעניין סילוסטר ניתן לפני שבעים שנה, ולי נדמה כי הבנתנו בעניין מהות המשחק השתנתה בתקופה זו. די לפנות לתורת המשחקים ששיימה בכל תחומי החיים, ממלחמות ועד מסחר, בקנה מידה גדול. באשר למשפט, התייחסתי לכך בעניין וולקוב (ע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב (18.10.2010)), ביחס לזהירות המתבקשת בקבלת הודאות נאשמים, שכן ייתכן שהנאשם יתנהג בהתאם להבנתו כדי לזכות במשחק, ולהשתחרר ממאסר או לקבל עונש פחות חמור (וראו גם מאמרו של חברי המלומד השופט א' שטיין, והמלומד סיידמן: Alex Stein & Daniel J. Seidmann, *The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege*, 114 HARV. L. REV. 430 (2000)). ואשר

לטקטיקה, הרי היא לא פסולה כשלעצמה, אלא מהווה חלק מכללי המשחק.

לסיכום את זאת יש לזכור. אנשים משחקים משחקים, ושוקלים שיקולי משחק בנושאים הרציניים ביותר בחייהם. זאת אף כאשר מדובר בנאשם המואשם בעבירה חמורה. החלטתו של הנאשם לשקר אינה בהכרח מלמדת על אשמה, אלא עשויה לנבוע מרצונו לחלץ עצמו מהמבוך הסבוך והסגור, הנדמה ללא יציאה, אליו נקלע. שקר נאשם אינו כשתיקת נאשם. רק האחרונה היא זכות. ואולם שקר לחוד ואשמה לחוד.

50. נוכח כל האמור, הייתי מציע לחברי לדחות את הערעור על הכרעת-הדין ועל גזר-הדין.

שׁוֹפֵט

השופט ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט נ' הנדל. אין לי כל ספק כי המדינה עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח אשמתו של המערער בכל העבירות שיוחסו לו. אני אף סבורה שנוכח החומרה המפליגה של מעשיו – אינוס של ילדה רכה בימים – אין מקום להקלה בעונש שנגזר עליו. כשלעצמי אני סבורה כלל שהעונש נוטה במקרה זה לצד המחמיר.

2. חברי הוסיף ופרס יריעה רחבה בכל הנוגע לדרישת הסיוע במשפט הפלילי. קראתי את הדברים המקיפים, אך במישור העקרוני אינני מסכימה להם באופן מלא, כמפורט להלן.

מהו המועד להגדרה של חזית המחלוקת לצורך דרישת הסיוע במקרה של ריבוי גרסאות?

3. השאלה המרכזית שאליה נדרש חברי בחוות דעתו היא מהו השלב שבו נקבע רוחבה של "חזית המחלוקת" בין התביעה לבין ההגנה לצורך בחינתה של ראיית הסיוע במקרים שבהם הנאשם מסר מספר גרסאות. לקביעת חזית המחלוקת יש חשיבות רבה משום שכפי שמציין חברי בצדק – הסיוע שהתביעה נדרשת להביא נקבע בהתאם לרוחבה של זו. ככל שחזית המחלוקת רחבה יותר, למשל משום שהנאשם מכחיש כליל מעורבות בפרשה המתוארת בכתב האישום, כך קלה יותר מלאכתה של התביעה, במובן זה שדי בכך שתצביע על מעורבות מסוימת של הנאשם במעשים. לעומת זאת, ככל שחזית המחלוקת צרה יותר, כמו למשל במקרים שבהם הנאשם מודה במעורבות באירועים אך מכחיש חלק מעובדות האישום, הרי שהסיוע צריך להתייחס לאחד העניינים שהנאשם כופר בהם. דא עקא, לא אחת, עמדתו של הנאשם היא דינאמית. כך למשל, הוא עשוי למסור במשטרה מספר גרסאות. הוא אף יכול לשנות מהגרסה שמסר

במשטרה בשלב המענה לכתב האישום או כאשר הוא מעיד במשפט. שינוי הגרסה משפיע, על פני הדברים, על רחבה של חזית המחלוקת. הקושי מתמקד במצבים שבהם הנאשם מחליט להודות, בחלוף הזמן, בחלק מן העובדות, וכך הסיוע הנדרש הופך להיות ספציפי יותר.

4. השאלה שמגדיר חברי היא אכן בעלת חשיבות רבה, וניתן להתפלא על כך שטרם זכתה לדיון מספק בפסיקתו של בית משפט זה. למעשה, פסק הדין היחיד שבו השאלה עמדה במרכזה של ההתדיינות הוא ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל (27.8.2012) (להלן: ע"פ 7508/10), שבו הנאשם הודה, במסגרת חקירתו במשטרה, בביצועם של מעשים מגונים בקטינה - להבדיל מאונס - אך בהמשך, עם פתיחת משפטו, כפר באשמה באופן גורף. כלומר, באותו מקרה נדונה הרחבה של חזית המחלוקת על-ידי הנאשם לאחר שנחשף לראיות התביעה. למעשה, המקרה שבפנינו, שבו הנאשם צמצם את היקף כפירתו לאחר שנחשף לראיות התביעה, הוא "הצד השני של המטבע", ולכן השיקולים העקרוניים והמעשיים החלים עליו הם שונים.

5. הלכה למעשה, חברי מגדיר נקודות שונות על ציר ההליך הפלילי - מועד א' (מועד מסירתה של הגרסה הראשונה במשטרה), מועד ב' (מועד מסירתה של הגרסה האחרונה במשטרה), מועד ג' (העמדה המוצגת בתשובה לכתב האישום) ומועד ד' (מועד העדות במשפט). לאחר שקלא וטריא של מכלול השיקולים חברי מגיע למסקנה כי המועד הנכון לקביעת רחבה של חזית המחלוקת הוא מועד ג' - תחילת המשפט. לאחר שבחנתי את חוות דעתו המקיפה של חברי ראיתי מקום להצטרף למסקנה זו באופן חלקי בלבד.

6. ראשית יובהר כי אני תמימת דעים עם חברי שהשלב המתאים לקביעתה של זירת המחלוקת לצורך בחינת ראיית הסיוע, מקום שבו נאשם מוסר מספר גרסאות, אינו יכול להיות מועד ד'. כאשר הנאשם מעיד במשפט הושלמה כבר פרשת התביעה, וממילא ברור שקשה לצפות ממנה - במקרה הרגיל - להביא בשלב זה ראיית סיוע חדשה.

7. כמו כן, אני מסכימה עם חברי כי מקום שבו חשוד פורש בחקירתו הראשונה (מועד א') חזית מחלוקת רחבה ובהמשך מצמצם את חזית המחלוקת תוך כדי חקירותיו (מועד ב'), יש לבחון את ראיית הסיוע לפי הגרסה המאוחרת. חברי, אף אני סבורה שלצורך בחינת ראיית הסיוע אין מקום "לתפוס" את הנאשם על כל פרט שמסר במשטרה כחשוד, למשל כאשר מסר הכחשה גורפת בחקירה ראשונית שבה היה מצוי בלחץ ובתחושת בלבול.

8. הנקודה שבה דרכו של חברי ודרכי שלי נפרדות נוגעת אפוא למקרים שבהם הנאשם מוסר הכחשה רחבה במועדים א' ו-ב', אך לאחר הגשתו של כתב האישום וגילוי חומר החקירה הוא משנה את גרסתו ומצמצם את יריעת המחלוקת במסגרת המענה לכתב האישום. במקרה כזה, בניגוד לחברי, אני סבורה שיש לבחון את ראיית הסיוע לפי הגרסה הרחבה יותר שמסר החשוד במשטרה. במלים אחרות, באותם מקרים שבהם צומצמה זירת המחלוקת במועד ג', תיבחן ראיית הסיוע לפי הגרסה שנמסרה במועד ב'. מאחר שהפער ביני לבין חברי נוגע בעיקרו לסוגיה זו, אתמקד בה בהמשך הדברים.

האיזון הנדרש בין הגנה על זכויות הנאשם לבין מניעת התנהלות טקטית פסולה

9. הטעם המרכזי העומד ביסוד גישתי הוא החשש מפני התנהלות טקטית פסולה של הנאשם, שעלול להציג גרסה אשר מותאמת לחומרי החקירה שנגלים לפניו, והכול תוך חתירה לקביעתה של חזית מחלוקת שאינה "מכוסה" על-ידי ראיית סיוע. חברי מכיר בטעם זה, אולם הוא סבור כי שיקולים אחרים מטים את הכף לעבר המסקנה שלפיה הגדרתה של חזית המחלוקת תיעשה רק לאחר שהוגש כתב האישום. כאמור, דעתי שונה.

10. כידוע, רק עם הגשת כתב האישום נגדו רשאי הנאשם לעיין בראיות התביעה (ראו הוראות פרק ד' סימן ג' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי)). קודם לכן, בשלב החקירה, חומר הראיות אינו עומד לעיונו של החשוד. בהתאם לכך, עד להגשת כתב האישום נגדו הנאשם אינו יכול לדעת באופן מלא מהן ראיות התביעה, מהי עוצמתן, ולאלו היבטים בעבירות המיוחסות לו הן מתייחסות. נקודת הזמן שבה נחשף הנאשם לחומר הראיות היא אפוא בעלת משמעות רבה, והדברים מקבלים משנה תוקף מקום בו הראיה המרכזית שעליה נשענת התביעה טעונה סיוע. כך, על בסיסם של חומרי החקירה ורשימת עדי התביעה הנלווית לכתב האישום, יכול הנאשם לנסות לעצב לעצמו קו הגנה עדכני במטרה "לנטרל" את ראיות הסיוע הקיימות שנמצאות בידי התביעה.

11. החשש המתואר לעיל - לפיו הנאשם יתפור את גרסתו בהתאם למידותיה של המסכת הראייתית שהתגבשה נגדו - אינו חשש בעלמא. שינוי מהותי בגרסתו של הנאשם מלמד על כך שלא כל המידע שמסר, בגרסתו הנוכחית או בגרסה הקודמת, הוא אמת. בפועל, במקרים מסוג זה מודה למעשה הנאשם, בגרסה הנמסרת במענה לכתב האישום, כי שיקר בחקירה. אכן, יכולים להיות הסברים שונים לשינויים בגרסה במהלך ההליך הפלילי, ולא בכל המקרים גרסה מתפתחת נובעת מניסיון של הנאשם להימלט מעבירה שהוא עצמו ביצע. זהו הטעם העומד בבסיס עמדתי שלפיה יש לבחון את ראיית הסיוע לפי הגרסה המאוחרת במקרה של צמצום הגרסה בשלב החקירתי (ראו בפסקה 7 לעיל). אולם, מקום בו הנאשם משנה את קו ההגנה לאחר שנחשף כבר לראיות שיש בהן כדי להפריך את גרסתו הראשונה - מתעורר חשד כבד שבסיס הגרסה העדכנית עומד שיקול טקטי פסול (ראו והשוו: ע"פ 7508/10, בפסקה 20; ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, פסקאות 26-27 (10.4.2013) (להלן: עניין מובארק); ע"פ 3452/11 שאלתיאל נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (8.7.2013) (להלן: עניין שאלתיאל)).

12. במקרים שבהם התביעה מבקשת את מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים נגדו, הנאשם עשוי לעצב את קו ההגנה המצומצם גם לאורו של ההליך שבו בית המשפט שדן בסוגיית המעצר בוחן האם מתקיימות "ראיות לכאורה" להוכחת האשמה במשפט (סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996). אכן, לקביעותיו של בית המשפט בהחלטה על מעצר עד תום ההליכים אין נפקות כלפי הערכאה המבררת בהליך העיקרי, בהינתן העובדה שראיות התביעה בשלב זה הן ראיות גולמיות שטרם עברו את כור ההיתוך של המשפט הפלילי (בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996)). אולם, הנאשם עשוי ללמוד לעתים על עוצמת הראיות נגדו מן האופן שבו אלה הוצגו על-ידי התביעה בהליך המעצר, כמו גם מקביעותיו של בית המשפט שדן בבקשת המעצר ביחס לראיות לכאורה. ראוי להבהיר, כי אין להבין דברים אלה כהסתייגות מהזכויות הנתונות לנאשם לפי דיני המעצרים וסדרי הדין הפליליים. עם זאת, יש בהם כדי להצביע על המשמעות הרבה שנודעת לשלב שבו נחשף הנאשם לחומר הראיות בהקשר של השאלה העומדת לפניו.

13. על התמורות שיכולות לחול בקו ההגנה של נאשם ועל הקשיים שהן מעוררות ניתן ללמוד מהתנהלותו של המערער בהליך שבפניו. המערער נחקר שבע פעמים במשטרה ומסר הכחשה גורפת לכך שביצע עבירות מין במתלוננת. כתב האישום נגד המערער הוגש ביום 7.5.2014, ונסמך, בין היתר, על הראיות הבאות: עדותה של המתלוננת בפני חוקרת הילדים, שרידי DNA של המערער שנמצאו על גופה של המתלוננת, תיאור התוקף כפי שעלה

מחקירת המתלוננת זיהויו של המערער במסדר זיהוי תמונות על-ידי המתלוננת. בד בבד עם הגשת כתב האישום הוגשה גם בקשה לעצור את המערער עד תום ההליכים נגדו. המערער חלק על קיומן של ראיות לכאורה, ואף הגיש ערר על ההחלטה שדחתה את טענותיו בעניין זה (בש"פ 5483/14 פלוני נ' מדינת ישראל (1.9.2014)). רק ביום 11.11.2014, לאחר שנחשף לכך שקיימות ראיות משמעותיות נגדו, הודה המערער במסגרת תשובתו לכתב האישום בביצוע עיקר המעשים שיוחסו לו, למעט בסוגיית "החדרת אצבע בכוח או בשום דרך כלשהי לאיבר מינה" של המתלוננת (עמ' 9 לפרוטוקול הדין בבית המשפט המחוזי מיום 11.11.2014). כל ההסברים שסיפק המערער לשינוי הגרסה נדחו על-ידי בית המשפט המחוזי. בהכרעת הדין נקבע ששינוי הגרסה נבע מתוך רצון "למזער נזקים", לאחר שהתברר למערער שראיות ה-DNA ומסדר הזיהוי הן ראיות מוצקות שמפריכות את הכחשתו הגורפת.

14. האם בנסיבות אלה ראוי היה לבחון את ראיית הסיוע בהתאם לגרסה שמסר המערער בתשובתו לכתב האישום? אני סבורה שהתשובה על כך חייבת להיות שלילית. חברי הצביע על כמה טעמים שמצדיקים לבחון את ראיית הסיוע לפי תשובתו של הנאשם לכתב האישום, ביניהם מצבו של החשוד בעת חקירתו במשטרה (מבחינה רגשית ומבחינת ייצוג באותה עת) והעובדה שיריעת המחלוקת בין הצדדים, לאו דווקא בהקשר של דרישת הסיוע, נתחמת ככלל במענה הנאשם. חברי סבור שיתרון נוסף בגישתו טמון בכך שהיא מתמרצת את התביעה לפעול לאיתור ראיות סיוע רבות ככל הניתן מראש.

15. להשקפתי, אין בשיקולים אלה כדי להטות את הכף. כאמור לעיל, אני סבורה שאת מצבו המיוחד של החשוד בעת חקירתו במשטרה יש להביא בחשבון במסגרת הבחינה של שאלת שינוי הגרסה בתוך השלב החקירתי, בין מועד א' לבין מועד ב'. אולם, בשלב שבו נחשף הנאשם לראיות התביעה, הוא שלב ג', משתנה נקודת האיזון וגובר החשש שמא צמצום יריעת המחלוקת נבע רק מתוך ההבנה שקיימות ראיות חזקות שמפריכות את ההכחשה הגורפת במשטרה.

16. זאת ועוד: אכן, ברגיל יריעת המחלוקת בין הצדדים נתחמת במענה לכתב האישום. אולם, בית משפט זה כבר קבע בעבר כי המועד שלפיו נקבעת יריעת המחלוקת עשוי להיות כפוף לשאלה אם מסר הנאשם יותר מגרסה אחת במשפט (עניין מובארק, בפסקה 26). לגישה זו ניתן למצוא גם תימוכין בספרות המשפטית, ובאופן ספציפי בהקשר של קביעת חזית המחלוקת לצורך בחינתה של ראיית הסיוע (ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 279 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009) (להלן: קדמי)). מכל מקום, ראוי להדגיש כי בנסיבות ענייננו מדובר בתחימת חזית המחלוקת לצורך בחינתה של ראיית הסיוע בלבד, ולא לצורך בחינתה של המחלוקת בכללותה.

17. לבסוף, אינני סבורה שהכלל המוצע על-ידי חברי יהיה אפקטיבי בכל הנוגע למתן תמריץ לתביעה להשקיע מאמצים באיתור ראיות סיוע. אכן, טוב תעשה התביעה אם "תצטייד" מלכתחילה, כבר בשלב החקירה, בכמה שיותר ראיות. אולם, כאשר הנאשם משנה את גרסתו לאחר שעיון בכל חומר החקירה, ובכלל זה בראיות המסייעות, דומה שמאמץ מוגבר זה לא יסייע בהכרח לתביעה, משום שהגרסה החדשה עשויה להיבחר באופן ש"יתחמק" מכל ראיות הסיוע הקיימות.

18. דברים אלה מקבלים משנה תוקף מקום בו ראיית הסיוע נדרשת, כבענייננו, מכוח סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן: חוק הגנת ילדים). לדאבון הלב, לא נדרש מחקר אמפירי כדי להניח

שחלק ניכר מהתיקים שבהם התביעה נדרשת לספק ראיית סיוע מכוחו של סעיף זה נסבים על עבירות מין בקטינים. עבירות אלה מתבצעות במקרים רבים בחדרי חדרים, בנוכחות המבצע והקורבן בלבד, והן מתאפיינות במיעוט ראיות (רע"פ 3904/96 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 409, 385 (1997) (להלן: עניין מזרחי); ע"פ 8187/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (19.8.2013)). בנסיבות אלה, מתן אפשרות לנאשם לקבוע באופן מניפולטיבי את חזית המחלוקת לצורך נטרול ראיות הסיוע של התביעה בעניינו, גם אם תוך הודאה בעובדות מפלילות, מעורר קושי מיוחד.

19. המאפיינים המיוחדים של עבירות מין בקטינים, שעליהם עמדתי לעיל, עמדו נגד עיניו של בית משפט זה גם כאשר דן בהיבטים אחרים הנוגעים לאופן יישומה של דרישת הסיוע. יפים בהקשר זה דבריה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בעניין מזרחי:

"יש לזכור כי מעיקרה נועדה דרישת הסיוע לשכנע כי אין מדובר בעלילה ובסיפור בדים ולהבטיח כי חלילה לא יורשע החף מפשע, אך יש להקפיד כי הדרישה לסיוע לא תסכל מטעמים טכניים את חשיפת האמת ואת האפשרות להרשיע את אלה המבצעים פשעים כלפי קרבנות רכים ומועדים כילדים" (שם, בעמ' 413).

האם יש מקום להשוואה לעניינו של נאשם ששתק בחקירה?

20. שיקול נוסף שמעלה חברי נוגע להשוואה לעניינו של מי ששתק בחקירתו במשטרה. לשיטת חברי, ביחס לנאשם ששותק בחקירתו נתחמת זירת המחלוקת עם המענה לכתב האישום, ועל כן ראוי להחיל בעניין זה גישה אחידה שתחול גם ביחס לנאשם שמסר גרסה בחקירתו.

21. אני מבקשת להסתייג מנימוק זה. בעיקרו של דבר, אני סבורה שאין מקום לגזירה שווה מעניינו של נאשם ששמר על זכות השתיקה לעניינו של נאשם שמסר גרסה שקרית בחקירתו. בנוסף לכך, גם אם למעלה מן הצורך, אציין כי לשיטתי יש מקום לעיון נוסף בעקרונות החלים על נקודת הזמן שבה נקבעת זירת המחלוקת אף ביחס לנאשם ששתק בחקירתו. מכל מקום, סוגיה זו עצמה אינה בפנינו ולכן אקצר בהתייחסותי אליה.

22. אפתח בטעם העיקרי להסתייגותי מן ההשוואה. ככלל, לחשוד עומדת זכות שתיקה בחקירה. אולם, זכות לשקר לא עומדת לו כלל ועיקר. לדעתי, התוצאה המעשית של עמדת חברי עלולה להיות – הגם שזו אינה כוונתו כמובן – מתן תמריץ לחשוד לשקר בחקירתו במשטרה, שקרים שלכאורה אין להם מחיר מן הטעם שהנאשם יוכל תמיד "לשפר עמדות" בשלב המענה לכתב האישום. יתרה מכך, אימוץ גישתו של חברי משמעו כרסום משמעותי בפסיקה שהכירה, בכפוף לקיומם של מספר תנאים, בכך ששקרים מהותיים של נאשם בחקירה יכולים לעלות כדי ראיית סיוע (ראו בהרחבה: ע"פ 557/06 עלאק נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (11.4.2007); ע"פ 7707/11 לחאם נ' מדינת ישראל, פסקאות 74-75 (29.7.2015); קדמי, בעמ' 300-305).

23. ההבחנה בין שמירה על זכות השתיקה לבין מסירת גרסה שקרית בהקשר שבפנינו – עדות ילד בפני חוקר ילדים – אף עולה בבירור מסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי. לפי סעיף זה הימנעות נאשם מלהעיד יכולה להיחשב סיוע, אך זאת בכפוף לחריגים, שאחד מהם הוא המקרה שבו העדות הטעונה סיוע היא עדות ילד לפי סעיף 11 לחוק להגנת

ילדים. אם כן, שתיקתו של נאשם בעדות במשפט לא תוכל לשמש סיוע במקרה מן הסוג דנן, שבו העדות שטעונה סיוע היא עדות ילד בפני חוקר ילדים. לעומת זאת, שקריו של הנאשם בעדות בבית המשפט - ככל שהוא מעיד - יוכלו גם יוכלו לשמש סיוע כזה.

24. מעבר לכך, וזאת למעלה מן הצורך, אציין כי לשיטתי ייתכן ויש מקום לעיון נוסף בפסקי הדין שעליהם נהוג לבסס את הטיעון כי נאשם אשר שמר על זכות השתיקה יוכל לתחום את חזית המחלוקת לעניין דרישת הסיוע רק במועד מתן עדותו במשפט. ראוי לשים לב לכך שבפסקי דין אלה לא הועמדה לדיון השאלה שבפנינו, והקביעות הנלמדות מהם נאמרו מבלי שהמחלוקת בסוגיה לובנה. למעשה, פסק הדין המרכזי שנדרש לשאלת המועד שעל-פיו צריכה להיבחן דרישת הסיוע בעניינו של נאשם שמר על זכות השתיקה - ע"פ 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(4) 197 (1985) - קובע שיש להתייחס לגרסה שמסר הנאשם במשפטו, אך זאת מבלי להידרש להבחנה בין מועד ג' למועד ד'. לעומת זאת, ע"פ 318/79 אנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 98 (1980) שבו נדרש השופט (כתוארו אז) א' ברק לאפשרות של דחיית הבדיקה של דרישת הסיוע לשלב העדות במשפט, עסק למעשה בסוגיה שונה בתכלית: בחינת הראיות שיש להציג במסגרת הליך הסגרה. לפחות חלק מדבריו של השופט ברק נאמרו בעניין זה מעבר למה שהתחייב בנסיבות העניין. כשלעצמי אני נוטה לדעה שקיים קושי בכך שנאשם אשר שמר על זכות השתיקה בחקירה יוכל לתחום את זירת המחלוקת בשלב של מסירת עדותו במשפט, באופן שיסכל - באופן טקטי - את יכולתה של התביעה להביא ראיות סיוע. הדברים אמורים ביתר שאת במקרה שבו העדות הטעונה סיוע היא עדות ילד בפני חוקר ילדים. במקרה כזה, הימנעות הנאשם מלהעיד אינה יכולה להוות סיוע (כפי שצוין בסעיף 23 לעיל), וכך עלול להיווצר מצב שבו יריעת המחלוקת בין הצדדים תיתחם בשלב מאוד מאוחר, אם בכלל, מבלי שתהיה לכך משמעות ראיתית מבחינת הנאשם. מכל מקום, מאחר שזו אינה השאלה שבפנינו, אינני נדרשת להכריע בה.

25. מכל הטעמים האמורים, אני סבורה כי במקרה שבו הנאשם מצמצם את זירת המחלוקת במסגרת המענה לכתב האישום (מועד ג'), תיבחן ראיית הסיוע לפי הגרסה שמסר הנאשם במועד ב' (מועד מסירת הגרסה האחרונה בחקירה). במצבים מסוימים, אם חל איחור או שיבוש במסירתם של חומרי החקירה לידי ההגנה, זה עשוי להיות אף "מועד ב' משופר", כלומר מועד שמאוחר לחקירה המשטרית, ובלבד שהנאשם טרם נחשף לחומר הראיות של התביעה. למצער, ובשים לב למאפיינים המיוחדים של עדויות ילדים לפי חוק הגנת ילדים והסיוע הנדרש בהקשרן, אני סבורה כי יש לקבל את גישתי בכל הנוגע לעדויות אלה.

האם, לצורך קביעתה של חזית המחלוקת, על בית המשפט לבחון הסבר שמספק הנאשם לשינוי הגרסה?

26. חרף השוני ביניהן, הגישה המוצעת על-ידי חברי והגישה המוצעת על-ידי חולקות מכנה משותף: בהקשר הדיון שבפנינו, הן אינן נדרשות לשאלה מדוע שינה הנאשם את גרסתו. חברי סבור שנקודת הזמן לבחינתה של זירת המחלוקת במצב שבו נאשם מצמצם את גרסתו בתשובה לכתב האישום היא מועד המענה על כתב האישום, ואני סבורה שנקודת הזמן היא מועד מסירתה של הגרסה האחרונה במשטרה. זוהי המחלוקת - ותו לא.

27. לעומת זאת, בית המשפט המחוזי סבר כי כאשר בית המשפט ניגש להכריע בשאלת המועד שעל פיו תיקבע חזית המחלוקת לצורך בחינת ראיית הסיוע, עליו לבחון גם אם הנאשם סיפק "הסבר סביר" לשינוי שחל בגרסאותיו (שם), בפסקה 61 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי. בהתאם לכך, בית המשפט המחוזי אכן בחן בהרחבה בהכרעת דינו את ההסברים שסיפק המערער לכך ששיקר במשטרה ביחס למעורבותו באירוע. רק לאחר שמצא כי הסברים אלה משוללי יסוד, קבע בית המשפט המחוזי כי ראיית הסיוע צריכה להיבחן אל מול גרסת ההכחשה הכללית שמסר הנאשם

28. נשאלת השאלה: האם אכן ראוי שבית המשפט יבחן, לצורך קביעתה של זירת המחלוקת ביחס לראיית הסיוע, את הסיבות שהביאו את הנאשם למסור גרסאות שונות, במשטרה ובמענה לכתב האישום? כפי שיפורט להלן, לדעתי יש להשיב על כך בשלילה.

29. עיון בהכרעת הדין בעניינו של המערער מעלה כי בית המשפט המחוזי אימץ את התנאי בדבר קיומו של "הסבר סביר" לשינוי הגרסה מפסק הדין בעניין מובארק, שעסק גם הוא בשינוי גרסאות של הנאשם וההשלכות שיש לשינוי על הראיות שנדרשת התביעה להציג. בעניין מובארק הנאשם טען תחילה כי כלל לא נכח בזירת הרצח שבו הואשם, ואילו בהמשך הודה בנוכחות בזירה, אך שלל מעורבות בביצוע הרצח עצמו. בנסיבות אלה, השאלה הייתה איזו גרסה תובא בחשבון כאשר בידי התביעה היו ראיות חזקות המעידות על נוכחותו של הנאשם בזירה (DNA וטביעות אצבע). המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור קבעה בהקשר זה את הדברים הבאים:

"יריעת המחלוקת במשפט הפלילי נקבעת באמצעות גרסת הנאשם (ככל שמסר גרסה). מסר הנאשם גרסה אחת - יריעת המחלוקת נקבעת על-פיה. מסר הנאשם יותר מגרסה אחת - רשאי בית המשפט, נוכח חשש לשינוי גרסה מטעמים טקטיים ובהעדר הסבר לכך המעלה ספק סביר, לחייבו בהתאם ליריעת המחלוקת הרחבה ביותר שפרס" (שם, בפסקה 26. ההדגשה אינה במקור).

ביסוד הכלל שהותווה בעניין מובארק היה מונח - כמו בעניינו - החשש מפני שינוי עמדה של הנאשם מטעמים טקטיים. בנסיבות אותו עניין, מאחר שלנאשם לא היה הסבר טוב לשינוי הגרסה, הוא הורשע בעבירת הרצח על בסיס הראיות הפורנזיות שהעידו על נוכחותו בזירה.

30. אם כן, האם ראוי להעתיק את הכלל שנקבע בעניין מובארק גם להקשר של קביעת זירת המחלוקת לצורך בחינת ראיות סיוע? אינני סבורה כן. דרישת הסיוע היא אחד הביטויים (הבלתי שכיחים כיום) של דיני קבילות בידי ראיות, להבדיל מדיני משקל. לשאלות של קבילות יפה גישה פורמאלית וברורה. על כן, להשקפתי אין לקבוע את זירת המחלוקת בהתאם לכלל שמבוסס על מרכיב של שיקול דעת באשר לקיומו של "הסבר המעלה ספק סביר" (כלשונה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בעניין מובארק) או "הסבר סביר" (בניסוחו של בית המשפט המחוזי) לשינוי הגרסה. ראוי להוסיף, בהקשר זה, כי בעניין מובארק המשמעות של הקביעה שזירת המחלוקת תיבחן לפי הגרסה שמסר הנאשם במשטרה (שלפיה מעולם לא נכח בזירה שבה בוצע הרצח) הייתה הרשעתו ברצח. זאת, בשים לב לכלל שלפיו בנסיבות מתאימות, ראיה פורנזית הקושרת את הנאשם לזירת עבירה יכולה להספיק, בהעדר הסבר המעלה ספק סביר, כדי להביא להרשעה. לעומת זאת, בעניינו משמעות הקביעה באשר לזירת המחלוקת מוגבלת לשאלה של עמידת ראיות התביעה בדרישת הסיוע. במלים אחרות, בעצם העובדה שראיית הסיוע נבחנת ביחס לזירת המחלוקת כפי שהותוותה בשלב מוקדם יותר אין כדי ללמד דבר באשר לעמדה שיאמץ בית המשפט לגוף הדברים ביחס לעדות שטעונה סיוע לגופה או לגרסתו העדכנית של הנאשם. ייתכן שבית המשפט ימצא שהגרסה המצמצמת שמסר הנאשם במענה לכתב האישום מהימנה עליו, חרף העובדה שקודם לכן הכחיש בצורה רחבה את מעורבותו באירוע. על בית המשפט יהיה אפוא לבחון את מכלול הראיות, הן מטעם התביעה הן מטעם ההגנה, ואם ישאר ספק סביר בלבם באשר לאשמתו של הנאשם הרי שהוא יזוכה (ראו והשוו: יאיר הורביץ "ראיית הסיוע במשפט הפלילי - מגמות חדשות" משפטים ט 249,

בשולי הדברים

31. לבסוף, למעלה מן הצורך, אציין כי אילו הייתי הולכת בדרכו של חברי באשר לאופן הגדרתה של זירת המחלוקת, הייתי מתלבטת באשר לשאלה האם התביעה אכן עמדה בדרישת הסיוע. כך למשל, אינני משוכנעת שהעובדה שהמערער הציע למתלוננת "לשכב" עמו, יכולה לעלות כדי סיוע לכך שדווקא החדיר את אצבעו לאיבר מינה, להבדיל מאשר ליקק את איבר מינה.

32. מכל מקום, לשיטתי הסיוע הנדרש בנסיבות דנן צריך להיבחן לפי חזית המחלוקת הרחבה שפרש המערער בגרסתו במשטרה, בטרם נחשף לראיות התביעה. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, כאשר זוהי חזית המחלוקת הרי שהוצגו בהליך שלוש ראיות סיוע מוצקות, שיש בהן כדי לבסס את הרשעתו של המערער בעבירת האינוס.

33. אשר על כן, אני מצטרפת למסקנתו של חברי כי דין הערעור להידחות על כל חלקיו. אני מבקשת להוסיף עוד - בכל הנוגע לפיצוי שנפסק - כי הוא אכן ראוי ואין להתערב בו, כפי שציין חברי, כאשר אני מבקשת להטעים כי לצורך קביעה זו איני נדרשת כלל למצבו הכלכלי של המערער, שאינו אמור להיבחן במסגרת פסיקת הפיצויים על-פי עקרונות המשפט האזרחי (ראו למשל: ע"פ 5761/05 מג'דלאוי נ' מדינת ישראל, פסקה ט(2) (24.7.2006)).

גישת ביניים?

34. בשלב זה הגיעה לידי חוות דעתו של חברי השופט (בדימ') א' שהם. חוות דעת זו מבקשת להציע מעין דרך אמצע בין גישתו של חברי השופט הנדל לבין גישתי. השופט שהם מצטרף לעמדה העקרונית של השופט הנדל לפיה המועד לקביעתה של זירת המחלוקת לצורך בחינת ראיית הסיוע הוא מועד המענה לכתב האישום. לצד זאת, הוא סבור כי ניתן לראות בגרסה השקרית שמסר החשוד במשטרה, בטרם שינה את גרסתו בשלב המענה לכתב האישום, כראיית סיוע עצמאית. זאת, כך נראה, בשונה מעמדתו של השופט הנדל. מסיבה זו מציין חברי השופט שהם כי המשמעויות המעשיות של גישתו לא יהיו שונות בהרבה מאלה אשר נובעות מעמדתו. אני מבקשת להתייחס לדברים בקצרה. אכן, הבדלי הגישות העקרוניים שהתגלעו כאן הובילו אותנו לאותה תוצאה, אך לנקודות המחלוקת עשויה להיות משמעות במקרים אחרים.

35. מטעמים מעשיים, כפי שפירטתי לעיל, אני סבורה כי במסגרת המענה לשאלה שבפנינו איננו יכולים להתעלם משקריו של הנאשם במשטרה, וזאת כדי למנוע התנהגות טקטית פסולה של הנאשם במסירת הגרסאות השונות. למעשה, שיקול זה עמד במידה רבה במרכז גישתי. הסתייגתי מגישתו של חברי השופט הנדל בעיקר בשל החשש שדחיית המועד לקביעתה של זירת המחלוקת למועד המענה לכתב האישום תאפשר לנאשמים להתאים את גרסתם לחומר החקירה שאליו נחשפו עם הגשת כתב האישום, באופן שיאיין את האפשרות להציג סיוע לראיות התביעה. במובן זה, המעשי, עמדתו של חברי השופט שהם כמובן מקובלת עלי.

36. לצד זאת, אינני יכולה שלא להצביע על כך שגישתו של חברי השופט שהם מעוררת בעיני קשיים מושגיים, גם אם לא קושי מעשי. לשיטתו, שקרי הנאשם בגרסתו במשטרה יכולים לשמש סיוע כאשר הם נוגעים לזירת המחלוקת בין הצדדים. אולם, אם יריעת המחלוקת נקבעת רק בשלב המענה לכתב האישום כיצד ניתן להתייחס לשקרים הנוגעים לזירת מחלוקת אחרת, מוקדמת יותר? קושי נוסף שעולה מן הדברים נוגע לסברתו של חברי השופט שהם כי עמדתו תיתן מענה לחשש שאם תתקבל עמדתי במלואה חשודים יעדיפו לבחור בזכות השתיקה. אולם, ככל שחברי סבור שניתן להתחשב בשקריו של החשוד בגרסה שמסר בחקירתו כראיית סיוע עצמאית, הרי שלמעשה גם גישתו נותנת עדיפות למי שבחר בזכות השתיקה בחקירה. כך או כך, התוצאה היא שמבחינה מעשית - הגם שלא מבחינה הגדרתית - דומה שאף לשיטתו של חברי השופט שהם יש משמעות לזירת המחלוקת כפי שנקבעה בשלב מתן הגרסה בחקירה במשטרה, ולכך אני כמובן מסכימה.

37. לבסוף, עיינתי גם בהתייחסותו המשלימה של חברי השופט הנדל, שביקש להגדיר את תחומי ההסכמה ואי-ההסכמה העולים מחוות הדעת השונות. המשותף בין חוות הדעת הוא ברור: כולנו הגענו בנסיבות העניין למסקנה כי דין הערעור להידחות. עם זאת, אני מבקשת לציין כי הגם שקיימת תמימות דעים בין השופט הנדל לבין השופט שהם באשר לבחירה במועד ג' כמועד הרלוונטי לקביעתה של זירת המחלוקת לצורך בחינתה של ראיית הסיוע, אין להתעלם מהעובדה שלכך נלווית הסתייגות לא מבוטלת של השופט הנדל בשאלה אלו שקרים של הנאשם יוכלו לשמש כסיוע. מכל מקום, משהסכמנו כולנו על התוצאה, דומה שההלכה בעניין תצטרך עוד להוסיף ולהתפתח בהמשך הדרך.

לפני חתימה

38. כבר בפסק דינו הראשון בערעור פלילי עמד בית משפט זה על כך שחרף החשיבות הנודעת להגנה על זכויותיו הדיוניות של הנאשם, הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורה של "משחק אשקוקי" (ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 5, 18 (1949)). עשרות שנים לאחר מכן, הדגישה גם המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור, בהקשר קרוב לענייננו, כי "החקירה והמשפט אינם לוח משחק עליו ניתן 'להזיז' את השחקנים. לשינוי מהותי של גרסאות - יש ויש משקל" (עניין מובארק, בפסקה 27). אני סבורה שהגישה המוצעת על-ידי כאן מפחיתה את החשש שנאשמים "ישחקו" עם גרסאותיהם, בהתאם לראיות הסיוע שנמצאות בידי התביעה. משחק כזה אינו משרת את התכליות שלשמן נועדה ההגנה על זכויות נאשמים בהליך הפלילי.

שופטת

השופט (בדימ') א' שהם:

1. אפתח בכך שהנני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט נ' הנדל, בחוות דעתו המקיפה, היינו דחיית הערעור על ההרשעה ועל מידת העונש.

2. עם זאת, מוטל עליי לנקוט עמדה במחלוקת שהתגלעה בין חבריי, השופטת ד' ברק-ארז והשופט נ' הנדל, בנקודה מסויימת אשר טרם הוכרעה על ידי בית משפט זה, והכל כפי שיובהר להלן.

3. הנושא המרכזי העומד במוקד הערעור על הכרעת הדין, נוגע לשאלה, האם קיים סיוע לעדותה של המתלוננת, ילדה כבת 9 שנים, אשר נחקרה על ידי חוקרת ילדים בחשד כי בוצעו בה עבירות מין שונות על ידי המערער, ועדותה בבית המשפט נאסרה בהוראת חוקרת הילדים. בהתאם להוראת סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955, נדרשת תוספת ראייתית בדמות סיוע לעדותה של המתלוננת בפני חוקרת הילדים, על מנת להרשיע את המערער. כפי שהבהיר השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בע"פ 446/02 מדינת ישראל נ' קובי, פ"ד נז(3) 769 (2002):

"דרישה זו היא בבחינת שובר הקבוע בצד ההקלה הראייתית הקבועה בחוק הגנת ילדים: מחד גיסא, מכשיר החוק את עדות הילד שנגבתה על ידי חוקר הילדים, כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה, תוך פגיעה בזכותו של הנאשם לעמוד מול מאשימו ותוך סטייה מן התפיסה הרואה חשיבות רבה בקיום חקירה נגדית של עד כאמצעי לגילוי האמת. מאידך גיסא, מבטיח החוק כי לא יורשע אדם על יסוד עדות שנגבתה על-ידי חוקר ילדים, אלא אם נמצא לה בחומר הראיות סיוע" (שם, בעמ' 783).

הלכה היא, כי "על ראיית הסיוע לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: על הראיה לבוא ממקור נפרד ועצמאי ביחס לעדות הטעונה סיוע; על הראיה לסבך, או לפחות, להיות נוטה לסבך את הנאשם, במובן זה שהיא אינה מתיישבת עם גרסתו; ועל הראיה להתייחס לנקודה ממשית ביריעת המחלוקת שבין התביעה לבין הנאשם" (ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל (27.8.2012) פסקה 19 (להלן: עניין פלוני), וראו גם, ע"פ 9804/08 פלוני נ' מדינת ישראל (14.4.2011); ע"פ 6877/09 פלוני נ' מדינת ישראל (25.6.2012)).

עוד נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, כי משקלו הראייתי של הסיוע הנדרש עשוי להשתנות בהתאם לטיבה ולמשקלה הראייתי של העדות הטעונה סיוע. כך, ככל שניתן לעדות הטעונה סיוע משקל רב, ניתן יהיה להסתפק בראיית סיוע שמשקלה מועט יותר, ובלבד שהיא עונה על התנאים שפורטו לעיל. נקבע בנוסף, כי רוחב יריעת המחלוקת בין התביעה לנאשם משפיע בהכרח על אופייה וטיבה של ראיית הסיוע הנדרשת. ככל שיריעת המחלוקת רחבה יותר, ניתן להסתפק בראיית סיוע המתייחסת לנקודה מהותית על פני אותה יריעת מחלוקת; ומנגד, ככל שמדובר ביריעת מחלוקת צרה, ראיית הסיוע אמורה להתייחס לנקודה מהותית באותה יריעה צרה ומצומצמת (ע"פ 318/79 אנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 98 (1980) (להלן: עניין אנגל); ע"פ 814/81 אל שבאב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 826 (1982); ע"פ 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(4) 197 (1985) (להלן: עניין יהודאי); עניין פלוני).

4. על יסוד הכללים הללו, המקובלים על הכל, נפנה לבחון את הסוגיות המתעוררות במקרה דנן, ככל שהדבר נוגע להגדרת יריעת המחלוקת, כרכיב מרכזי בדרישת הסיוע. הדברים יבחנו בהתאם להצעתו של חברי, השופט הנדל, תוך התייחסות לארבעה מועדים אפשריים להגדרת יריעת המחלוקת: מועד א' - מסירת גרסתו הראשונה של הנאשם במשטרה; מועד ב' - מסירת גרסתו האחרונה של הנאשם בחקירת המשטרה; מועד ג' - מענה הנאשם לנטען נגדו בכתב האישום; מועד ד' - עדות הנאשם ומסירת גרסתו בבית המשפט.

זכיר, בראש ובראשונה, את עמדתו של חברי, שאליה הצטרפה גם חברתי, לפיה אין להגדיר את יריעת המחלוקת במועדים א' ו-ד'. אשר למועד א', מקובל עליי כי אין לתפוס את הנאשם בגרסתו הראשונה במשטרה, כאשר לעיתים נמסרת גרסה זו עת הוא נתון "בלחץ ובתחושת בלבול", כפי שציינה חברתי. כן הדבר גם לגבי מועד ד'. כאשר עדותו של הנאשם נמסרת לאחר שהושלמה פרשת התביעה, אין לצפות מהמאשימה כי תביא, בשלב מתקדם זה, ראיית סיוע חדשה. למען הסר ספק, דבריי אלה מתייחסים למצב שבו הגרסה האחרונה מצמצמת את חזית המחלוקת, מה שאין כן לגבי גרסה המרחיבה את החזית, כשזו כללי "המשחק" משתנים, כפי שהובהר בעניין פלוני. המחלוקת בין חבריי נוגעת, אפוא, לשאלה האם המועד הנכון להגדרת חזית המחלוקת הוא במועד ג', כפי שהציע חברי, או שמא במועד ב', כפי הצעתה של חברתי.

5. טרם שאדרש למחלוקת זו, ברצוני להתייחס למצב שבו הנאשם שותק בחקירתו ואינו מוסר כל גרסה, כאשר תגובתו הראשונה לנטען נגדו נמסרת במענה לכתב האישום. חברתי, השופטת ברק-ארז, סבורה, כי "אין מקום לגזירה שווה מעניינו של נאשם שמר על זכות השתיקה לעניינו של נאשם שמסר גרסה שקרית בחקירתו". ועוד גורסת חברתי, כי "יש מקום לעיון נוסף בעקרונות החלים על נקודת הזמן שבה נקבעת זירת המחלוקת אף ביחס לנאשם ששתק בחקירתו". מן הראוי להבהיר, כי בניגוד לשאלה המתעוררת במקרה דנן, אשר טרם הוכרעה (היינו: האם יריעת המחלוקת תקבע במועד ב' או במועד ג'), הנושא הנוגע לשתיקת הנאשם בחקירה כבר נדון והוכרע, וכפי שציין השופט א' גולדברג בעניין יהודאי, "משלא מסרו המערערים גרסה בעת שנחקרו במשטרה, לא ניתן, במקרה זה, לעמת את עמדת התביעה מול עמדת ההגנה על-פי הגרסה הראשונה שמסר הנאשם במסגרת חקירתו... כדי לקבוע את זירת המחלוקת. לשם כך עלינו לעמוד על גרסתם, כפי שהועלה לראשונה בבית המשפט" (שם, בעמ' 203, וראו גם, עניין אנגל בעמ' 107; יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 279 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009) (להלן: קדמי)). לטעמי, הלכה זו נכונה היא, ולמרות שאין לשלול עשיית שימוש טקטי בזכות השתיקה העומדת לנחקר, אין לראות את מי ששותק בחקירתו כמי שכופר מכל וכל, ויוצר בכך חזית מחלוקת רחבה ביותר. עוד גורס אני, כי יש לנושא זה השלכה על ענייננו, כפי שיובהר בהמשך.

6. לאחר הקדמה זו, ומאחר שאין מנוס מהכרעה במחלוקת שהתגלעה בין חבריי, על מנת להעמיד הלכה על מכונה, אומר כבר עתה כי הנני מצדד בעמדתו של השופט הנדל, אך בסופו של יום המשמעויות המעשיות לא יהיו שונות בהרבה, לו התקבלה עמדתה של השופטת ברק-ארז. הטענה העיקרית שבפי מצדדי מועדי א' ו-ב' היא, כי אין לאפשר התנהלות טקטית פסולה של הנאשם, אשר יכחיש, מכל וכל, את המיוחס לו במסגרת החקירה, או ימסור גרסה שקרית אשר תפתח חזית מחלוקת רחבה, ולאחר שיעיין בחומר החקירה יתאים את גרסתו לראיות, במגמה להצר ככל הניתן את חזית המריבה. זאת ועוד, נטען כי בשלב זה החקירה באה על סיומה וקיים קושי לאתר ראיית סיוע, אשר תתאים לחזית המחלוקת החדשה, ובכך עלול האינטרס הציבורי להיפגע (ראו, בהקשר זה, קדמי בעמ' 279; יאיר הורביץ "ראיית הסיוע במשפט הפלילי - מגמות חדשות" משפטים, כרך ט', עמ' 249 (להלן: הורביץ)).

הורביץ אף הביע את הדעה, כי:

"הגיונה של השיטה מכתוב את התשובה החד משמעית, המורה כי את יריעת המחלוקת פורש הנאשם פעם אחת בלבד, והוא עושה זאת בהזדמנות הנאותה הראשונה שניתנה לו. בדרך העניינים הרגילה משמעות הדברים היא, שכאשר הרשות החוקרת מבהירה לנאשם מה החשד המיוחס לו והוא מתבקש ליתן את גרסתו, אם רצונו בכך, תהא זו, בדרך כלל, ההזדמנות הנאותה שבה מתווה הנאשם את יריעת המחלוקת" (שם, בעמ' 257).

ועוד גורס הורביץ, כי משבחר הנאשם לשתוק בחקירתו, כאשר ניתנה לו הזדמנות נאותה להבהיר את גרסתו, יש לראותו כמי שכפר, כפירה מוחלטת, באשמות שיוחסו לו, "שאם לא נייחס לשתיקתו של הנאשם את המשמעות של גירסה כופרת, כי אז יוכל הנאשם לדחות את גרסתו עד לרגע הנראה לו מתאים, שאז יוכל לדעת ביתר וודאות איזו גירסה עשויה להועיל לו יותר, וכל ראיות התביעה שלא תועמדה במחלוקת על ידי הנאשם לא תוכלנה לשמש כראיות סיוע" (שם, בעמ' 258).

7. למרות שאינני מתעלם מהחשש שפורט לעיל, עליו הצביעה גם חברתי, ישלהעדיף, לטעמי, את הגישה הגורסת כי חזית המחלוקת תקבע בשלב המענה לכתב האישום, וזאת בין אם שתק הנאשם בחקירתו, ובין אם מסר גרסה המרחיבה את חזית המחלוקת בעת חקירתו במשטרה. אעיר, בהקשר זה, כי מקובלת עליי עמדתם של חבריי לפיה יש לקבוע מועד אחד וודאי, שלא יהיה נתון לוויכוחים ולפרשנויות, ואין ליתן כל משקל להסבריו של הנאשם, מדוע שתק או מסר גרסה זו או אחרת במשטרה, ובחר לשנות בהמשך את גרסתו במענה לכתב האישום או בעדותו בבית המשפט. הטעמים העומדים ביסוד עמדתי, לפיה יש להעדיף את קיבוע הגרסה בשלב המענה לכתב האישום, הם אלה:

א. בהתאם להלכה הנוהגת, שתיקתו של נאשם בחקירה אינה נתפסת כהכחשה טוטאלית, ולפיכך קיבוע חזית המריבה יעשה במענה לכתב האישום. כאמור, השתיקה בחקירה יכולה לנבוע מצעד טקטי של הנאשם, לעיתים בעצת סנגורו, שלא למסור כל גרסה, מתוך הבנה כי שתיקה זו מחזקת את ראיות התביעה. רק לאחר שחומר הראיות נפרס לנגד עיניו של הנאשם, הוא בוחר בקו הגנה שעשוי לצמצם עד מאוד את חזית המריבה, ולהקשות על התביעה בהצגת סיוע המותאם לחזית זו. אינני סבור כי יש הבדל מהותי בין מי שמכחיש, באופן גורף או חלקי, את האשמות המיוחסות לו, לבין מי שאינו משיב לשאלות ועוטף את עצמו בשתיקה, משיקוליו הוא. יצוין, כי אין לשלול לחלוטין את החשש כי אם תתקבל הגישה לפיה חזית המחלוקת תיקבע בשלבי החקירה, יגברו השיקולים הטקטיים שלא למסור גרסה, מתוך הבנה כי ניתן יהיה להשלים את החסר בשלב המענה לכתב האישום. ככל שמדובר בשיקולים טקטיים קרים, ולא בשיקולים אחרים, הרי שמבחינתו של הנאשם השתיקה בחקירה עדיפה על פני מסירת גרסה שקרית, המרחיבה את חזית המחלוקת, לעיתים על פני היריעה כולה.

ב. אין להתעלם מהעובדה, שגם חברתי מכירה בה, כי בשלבי החקירה נתון החשוד בלחץ ובבלבול, ולעיתים הוא נוטה להרחיק את עצמו מהפללה בעבירות חמורות, וזאת מטעמים של בוש, חשש לפגיעה במשפחתו, וחוסר הבנה מלאה של הסיטואציה שבה הוא מצוי. כפי שצוין לעיל, ובניגוד לעמדה שהובעה בע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל (10.4.2013) (להלן: עניין מובארק), מקובלנו כי אין לשעות להסבריו של הנאשם לגבי הסיבות שהביאו אותו לשינוי גרסתו, כך שקיבוע הגרסה יהיה סופי, יהיו הטעמים שהביאו את הנאשם למסור גרסה שקרית, כאשר יהיו. כך, לא יתקבל הסבר של הנאשם, אמין ככל שיהיה, כי הוא נמנע מלהודות בקיומו של קשר מיני עם קורבן העבירה מחשש להתפרקות התא המשפחתי וקרע עם בת זוגו; או שהוא נמנע משרבוב שמו של מעורב נוסף בעבירה, מחשש לפגיעה באדם קרוב, או מפני אפשרות של נקמה, אם תימסר גרסה מפלילה כלפי אחר. אינני סבור כי יש לרכך את ההלכה, וליתן משקל להסבריו של הנאשם לגבי שינויי הגרסה, ככל שהדבר נוגע לקביעת יריעת המחלוקת, אך הפועל היוצא מגישה זו הוא, כי ראוי לאפשר לנאשם לקבוע את חזית המחלוקת בשלב המענה לכתב האישום.

ג. אחד הטיעונים שמעלים מצדדי גישת קיבוע חזית המחלוקת בשלבי החקירה במשטרה הוא, כי ראיית הסיוע, ככל שנדרשת ראייה כזו, מותאמת, ככלל, לגרסתו של הנאשם בחקירה, ואין לצפות מגורמי אכיפת החוק לתור אחר ראיות סיוע נוספות, ללא כל הגבלה, מחשש כי הנאשם יצמצם את יריעת המחלוקת במענה לכתב האישום. טענה זו שובה את הלב ולא ניתן להתעלם ממנה, אך מענה חלקי לאותה טענה ניתן למצוא בהוראת סעיף 165 לחוק סדר הדין הפלילי

"בית המשפט רשאי להרשות לתובע להביא ראיות לסתור טענות העולות מראיות ההגנה ואשר התובע לא יכול היה לצפותן מראש, או להוכיח עובדות שהנאשם חזר בו מהודייתו בהן לאחר סיום פרשת התביעה".

שמע מינא, כי במקום שהנאשם משנה את גרסתו כשהוא עובר, למשל, מהתכחשות מלאה לביצוע העבירה ואף מכחיש נוכחות במקום, לגרסה מצמצמת לפיה הוא ביצע עבירה פחותה, כמו במקרה שלפנינו, כי אז ניתן יהיה להשלים את החקירה ולהציג ראיות סיוע המותאמת לגרסה החדשה של הנאשם. עם זאת, מקובלת עליו עמדתו של חברי, כי "מוטב שהתביעה תפעל לאיתור ראיות סיוע מראש, עד כמה שתשיג ידה, מבלי להסתמך באופן מוחלט על יריעת המחלוקת, כפי שעולה מדברי הנאשם במועד ב' עוד טרם הגשת כתב האישום" (פסקה 31 לחוות דעתו של השופט הנדל).

8. סוף דבר, עמדתי היא, בדומה לעמדה שהוצגה על ידי חברי, השופט הנדל, כי יריעת המחלוקת תקבע, ככלל, במועד המענה לכתב האישום, וזאת בין אם בחר הנאשם לשתוק בחקירתו ובין אם מסר גרסה שונה בחקירתו במשטרה. כלל זה יחול שעה שהנאשם יצר, בחקירתו במשטרה יריעת מחלוקת רחבה, כאשר במענה לכתב האישום צומצמה יריעת המחלוקת. במקרה ההפוך, כפי שהיה בעניין פלוני, היינו הרחבת חזית המחלוקת על ידי הנאשם, בין אם במענה לכתב האישום ובין אם בעדות בבית המשפט, יש להתייחס, כמובן, לחזית הרחבה ולא לחזית המצומצמת שנוצרה בעת החקירה במשטרה.

9. ועתה, אבקש לעמוד על משמעויות שינוי הגרסה, ככל שהדבר נוגע לדרישת הסיוע. הדרך האלטרנטיבית לגישה הסוברת כי יריעת המחלוקת תיקבע במועד א' או במועד ב', וממנה תיגזר דרישת הסיוע, היא לראות בשקרי הנאשם כראיית סיוע עצמאית. יובהר, כי מעצם מסירת גרסה שונה במענה לכתב האישום או בעדות בבית המשפט, עולה, כדבר מובן מאליו, כי הגרסה בחקירה במשטרה הייתה שקרית.

וכפי שהובהר על ידי הורביץ:

"המצבים שבהם גולל הנאשם גרסה אחת ולאחר מכן שינה את גרסתו הראשונה ומסר גרסה אחרת עמדו בפני בית המשפט העליון כמה וכמה פעמים בתקופה האחרונה, ובית המשפט הפיק מתוך שינוי הגרסה את ראיות הסיוע, תוך פריצת דרך חדשה שבסופה נקבע כי שקרי הנאשם עשויים לשמש כראיית סיוע" (שם, בעמ' 258).

המחבר מביא כדוגמא לכך את פסה"ד שניתן בע"פ 556/74 פדידה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 387 (1975), שם דובר בסיוע לעדותה של מתלוננת בעבירת מין (בתקופה שבה נדרש סיוע כזה), אשר נמצא בשקרו של הנאשם. באותו מקרה, טען הנאשם בחקירתו במשטרה כי כלל לא פגש את המתלוננת ביום האירוע (חזית מחלוקת רחבה), אך משהתוודע לעדותו של אדם אשר ראה את השניים יחדיו, שינה הנאשם את גרסתו בבית המשפט ומסר כי ראה את המתלוננת ואף החליף עמה דברים (חזית מחלוקת צרה), אך לא ביצע את העבירה. בית משפט זה ראה בשקרו של הנאשם, המתייחסים "לנקודה ממשית הנוגעת לעניין", כסיוע לעדותה של המתלוננת. יצוין עם זאת, כי הורביץ עדיין גורס, כשהוא נאמן לשיטתו, כי עדיף שלא להיזקק "להלכה בדבר שקרי הנאשם כסיוע, אלא לומר כי הנאשם התווה כאן

את תחום המחלוקת מצדו בגרסה שגולל בהזדמנות הנאותה הראשונה שניתנה לו, והראיות הנכללות בגרסתו השנייה עשויות לשמש ראיות סיוע כאשר הן מקשרות את הנאשם לנקודה שהיא מהותית לביצוע העבירה" (שם, בעמ' 261). עוד מבהיר המחבר, כי "הדרך המוצעת כאן לבחינתה של ראיית הסיוע, והדרך השנייה המוליכה אל שקרי הנאשם כסיוע, יכולות לדור זו לצדה של זו ולהשלים האחת את השנייה במצבים שונים" (שם).

10. ואכן, שקרי הנאשם הוכרו, ברבות השנים, כחיזוק לראיות התביעה ואף כסיוע, על ידי בית משפט זה.

בע"פ 3731/12 סוילם נ' מדינת ישראל (11.11.2014) צינתי, בפסקה 75, כי:

"הלכה היא, כי בנסיבות המתאימות רשאי בית המשפט ליתן לשקרים מהותיים שנמסרו על-ידי נאשם במהלך חקירתו, משקל ראייתי עצמאי, עד כדי ראיית סיוע במקום שנדרשת ראיה כזו. כל זאת, בהתקיימם של מספר תנאים: מדובר בשקר בעניין מהותי; אשר מוכח בראיה או בעדות עצמאית; השקר ברור וחד משמעי; והוא מכוון להכשיל את החקירה ולהטעות את בית המשפט; תנאי נוסף הוא כי השקר קשור לעבירה עליה נסב המשפט ואינו נובע מעילה שאינה רלבנטית, לצורך בירור האשמה" (וראו גם, דנ"פ 4342/97 אל עביד נ' מדינת ישראל (28.4.1998); ע"פ 8754/13 סעדה נ' מדינת ישראל (15.1.2015); ע"פ 2686/15 בנטו נ' מדינת ישראל (5.3.2017)).

שקרי הנאשם בחקירה אינם יכולים לשמש, כמובן, כתחליף לתשתית הראייתית הנדרשת לצורך הרשעה, אך ניתן לייחס לשקרים אלה משקל עצמאי, כראיה המחזקת את ראיות התביעה, ואף משמשת כסיוע, במקום שהדבר נדרש. עוד יש להדגיש, כי כוחם הראייתי של השקרים מותנה בהיעדרו של הסבר סביר, שניתן לאותם שקרים על ידי הנאשם. בכך טמון הבדל ממשי בין הגישה האומרת, כי זירת המחלוקת המרחיבה תיגזר מדבריו של הנאשם בחקירה, מבלי שיש ליתן משקל כלשהו להסבריו, לעומת השימוש בשקרו של הנאשם כסיוע, כשאז יש להידרש לשאלה, האם ניתן על ידו הסבר מניח את הדעת לשקרו אלה?

וכפי שצינתי המשנה לנשיאה (כתוארה אז) השופטת מ' נאור בעניין מובארק:

"...כאשר נאשם מכחיש שהיה בזירת העבירה אף שמוכח שהוא נכח בה, יכול הדבר להספיק כתשתית ראייתית להרשעה. אולם, אם במקום לעמוד על הכחשת הנוכחות, הנאשם משנה את גרסתו בהתאם לראיות המוצגות בפניו (ובהעדר הסבר לכך המעלה ספק סביר), הוא אינו משפר את מצבו; נהפוך הוא. נאשם כזה מרע את מצבו. בנסיבות אלה, מוסכם למעשה ששיקר בגרסתו הראשונה, ובהעדר הסבר המעלה ספק סביר, שקרו מחזקים את הראיות נגדו בעניין ביצוע העבירה" (שם, בפסקה 26).

כאמור, שקרי הנאשם אינם מהווים חיזוק בלבד אלא סיוע לראיות התביעה, במקום שהדבר נדרש.

11. ומן הכלל אל הפרט. במקרה דנן מסר המערער בחקירתו במשטרה גרסה אשר יצרה זירת מחלוקת רחבה ביותר, בכך שהכחיש את עצם המפגש עם המתלוננת. לפיכך, ראיות הסיוע שעליהן עמד בית משפט קמא (ד.נ.א., מסדר זיהוי, ומצבה הנפשי של המתלוננת), התייחסו לנקודות מהותיות שהיו במחלוקת, על פי הגרסה המרחיבה. לאחר

שהמערער צמצם, בדבריו בבית המשפט, את יריעת המחלוקת, בכך שהודה בביצוע מעשים מגונים במתלוננת אך לא באינוס, מובן כי ראיות אלה אינן מספקות את הסיוע הנדרש. ואולם, במקרה דנן ניתן לראות בשקריו של המערער, אשר בחקירותיו במשטרה הכחיש כל קשר לאירוע, וטען כי כלל לא פגש את המתלוננת, משום סיוע לעדותה בפני חוקרת הילדים. שקר זה עונה על כל הדרישות: מדובר בשקר בעניין מהותי; הוא מוכח בראיה או בעדות עצמאית, מעצם העובדה כי המערער הודה כי שיקר; השקר ברור וחד משמעי; שקרי הנאשם נועדו להכשיל את החקירה ולהטעות את בית המשפט; והשקר קשור לעבירה עליה נסב המשפט. עוד יובהר, כי המערער לא נתן כל הסבר סביר לשקריו אלה, פרט לרצונו להרחיק עצמו מביצוע העבירה. בנוסף, ניתן לראות כשקר מהותי ואף כסיוע, גם את גרסתו של המערער, לפיה הוא לא הציע למתלוננת לשכב עמו, בניגוד לתשובתו לכתב האישום, כפי שקבע חברי, השופט הנדל. עם זאת, אותיר לעת מצוא את השאלה האם יש לראות בדברי הנאשם, המעידים על רצונו לבצע את מעשה העבירה, כראשית הודיה, שיש בה משום סיוע לראיות התביעה.

12. על יסוד האמור לעיל, המסקנה המתבקשת היא כי יש לדחות את הערעור על כל חלקיו.

ש ו פ ט (בדימ')

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ח' בתשרי התשע"ט (17.9.2018).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט (בדימ')

ש ו פ ט