

עדות מוגבלת: מוגבלות וקול בהליך הפלילי

שגית מור ואסנת עין-דור*

מאמר זה נועד לחשוף את המציאות החברתית-משפטית שאותה חווים אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות בבואם במגע עם מערכת המשפט הפלילי והאתגרים העומדים בפני המערכת בבואה לדון במקרה שבו נפגע העבירה הנו אדם עם מוגבלות שכלית. הוא מראה כי החסמים העומדים בפני אנשים עם מוגבלויות בהליך הפלילי אינם רק חסמים הקודמים להתדיינות המשפטית, אלא הם מתקיימים גם בין כתליו של בית המשפט, המושפע מהכללים המשפטיים המוטלים ומפעולתן של סכמות קוגניטיביות המשפיעות על השימוש הלא-מודע בסטראוטיפים ובהנחות מוקדמות. בשנת 2005 נחקק בישראל חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005, שתכליתו הנגשת הליכי החקירה וההעדה לאנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות. חוק זה הביא לשינוי המצב המשפטי, אך כפי שעולה מן המאמר, פעולת החסמים לא תמה גם לאחר חקיקתו. מטרת מאמר זה הנה גיבוש תפיסה כוללת בדבר הנגשת ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלויות. נבחנים בו ההסדרים המשפטיים הקיימים, הרקע לחקיקתם ויישומם הנוכחי, ומוצעת בו מסגרת נורמטיבית שלאורה יש ליישם בעתיד. מסגרת תאורטית זו נשענת על שלוש פרספקטיבות משלימות: לימודי מוגבלות, תאוריה פמיניסטית וזכויות נפגעי עבירה. יש בה מענה לשתי קבוצות של מטרות בהליך הפלילי: האחת קשורה במטרות המסורתיות של בירור אשמה וחפות תוך שאיפה להגיע לחקר האמת; השנייה קשורה בעקרונות משפטיים מאוחרים יותר של נגישות לצדק ושל הליך משפטי הוגן, ובכללם שוויון מהותי ומתן קול

* שגית מור הנה מרצה בכירה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אסנת עין דור הנה בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ועורכת דין ומגשרת במשרד עורכי הדין שלמה כהן ושות'. המאמר נכתב במשותף. שמות הכותבות מופיעים על פי סדר הא"ב. אנו מודות לכל מי שתרמו לפיתוח הטיעונים במאמר זה ותמכו בתהליך כתיבתו. בעיקר אנו מודות לארנה רבינוביץ-עיני, יופי תירוש ושולמית אלמוג על הערותיהן לטיוטות מוקדמות של המאמר וכן לנויה רימלט ולחברי מערכת משפט וממשל על הערותיהם המצוינות ועבודתם היסודית לאורך כל הדרך. לסיום, תודה מיוחדת לעידן חצב וויקטור וינברגר.

לצדדים להליך, כולל נפגעי העבירה. טענתנו היא שהתאמת ההליך הפלילי הנה חלק ממארג הזכויות המהותיות של אנשים עם מוגבלויות וכי יש לפרשה על רקע החקיקה כולה. מכלול ההתאמות שיצר חוק הליכי העדה וחקירה מאפשר לקולם של אנשים עם מוגבלויות ליהנות ממעמד שווה בקרב מגוון הקולות בחברה בהקשר של ההליך המשפטי הפלילי; הוא מאפשר להם גם להשמיע את קולם וגם להישמע. יישום מלא ועקבי של החקיקה תוך היכרות עם ההצדקות והתכליות העומדות מאחוריה יסייע לבית המשפט בבירור שאלות של אשמה וחפות. אכן, ההכרעה בדבר ההתאמות הנדרשות בכל מקרה ובדבר המשקל שיינתן לכל עדות נותרה בידיו של בית המשפט בלבד, אך הכלים לקבלת הכרעה כזו השתכללו. בבוא בית המשפט להתמודד עם מקרה קונקרטי המצריך הכרעה בדבר ההתאמות המבוקשות, עליו להעניק את מלוא המשקל לזכות המהותית להנגשת ההליך הפלילי והתאמתו.

מבוא. א. מוגבלות, מגדר ונפגעי עבירה; 1. מוגבלות; 2. מוגבלות מגדר וקול; 3. אנשים עם מוגבלויות כנפגעי עבירה. ב. אתגרים פרוצדורליים; 1. כשרות להעיד והערכת העדות; 2. חסמים מבניים בהליכי החקירה וההעדה; 3. סכמות קוגניטיביות ורטוריקה שיפוטית. ג. חסמים בפעולה – מקרה מבחן; 1. ערכאה ראשונה; 2. בחירות נרטיביות בדרך הצגת העובדות; 3. הערכת העדויות; 4. הדיון בערכאת הערעור. ד. חוק הליכי חקירה והעדה; 1. ההתפתחויות שהובילו לחקיקת החוק; 2. ההתאמות שבחוק – פרוצדורה ומהות; 3. החוק בפעולה; 4. חסמים ביישום החוק. סיכום.

מבוא

משפטו של נ', נאשם באונס, נפתח לפני כחודש באווירת סוף ידוע מראש [...] שנתיים קודם לכן אנס באכזריות נ' [...] את אמירה [...] חוסה במוסד למפגרים שבו הוא עובד כמטפל, במחסן צדדי הניצב בחצר המוסד. מיד לאחר האונס רצה אמירה לאחת המטפלות וסיפרה מה עולל לה נ'. הם ניגשו למשטרה. אמירה נשאלה שם על ידי החוקר שאלות בסיסיות כמו "מתי התרחש האונס?", והשיבה: "בשש בלילה". חוקר המשטרה התקשה להבין, שש בערב או שמא שש בבוקר? הוא ניסה לקבל תשובה ברורה מאמירה, אך לא הצליח. זו לא היתה הבעיה היחידה בחקירה. לאמירה יש מוגבלות גם בתחום הקשב והריכוז, כזו שלא מאפשרת חקירה רצופה של יותר מרבע שעה. לא ניתן לקיים אתה

שיחה עם קשר עין ישיר בישיבה פנים מול פנים, ואי־אפשר לנהל דיון על נושא מסוים ללא פריט קונקרטי הקשור לאותו נושא. העניין נראה כמעט חסר סיכוי.¹

מקרה זה הנו אחד מני רבים הממחישים את המציאות החברתית־משפטית שחווים אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות כבואם במגע עם מערכת המשפט הפלילי ואת האתגרים העומדים בפני המערכת בבואה לדון במקרה שבו נפגע העבירה הנו אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית. במקרה המתואר לעיל אפשרו מעורבותן ורגישותן של הפרקליטה המטפלת בתיק ושל נציגת ארגון "בזכות", שליוותה את אמירה, מציאת פתרונות לאתגרים אלו. כאשר נשאלה אמירה, בעצת נציגת "בזכות", באיזו משמרת התרחש האירוע, התברר לבית המשפט שאמירה מחלקת את היממה לפי המשמרות הקיימות במוסד. כאשר אמרה "שש בלילה" התכוונה לשעה שש השייכת למשמרת הלילה, כלומר שש בבוקר.² בשל מוגבלותה בתחום הקשב והריכוז אפשר בית המשפט לפרקליטה שניהלה את התיק לקיים את עדותה של אמירה במקטעי זמן בני רבע שעה; כאשר אמירה חשה צורך בהפסקה היא הודיעה על כך, ולאחר מנוחה קצרה שבה להעיד.³ בסיום מתן העדות חשו הפרקליטה ונציגת "בזכות" סיפוק רב מכך שניתנה לאמירה האפשרות להציג בפני בית המשפט עדות מסודרת, בהירה ומובנת.

ברקע המקרה של אמירה ומקרים דומים נוספים עומדים קשיים מורכבים ומגוונים הקשורים ביחס החברה והמשפט כלפי א/נשים עם מוגבלויות שכליות, במורכבות התקשורת עם ובקושי של המערכת לייחס להם אמינות ומהימנות.⁴ עדותם של נפגעי עבירה עם מוגבלויות שכליות או נפשיות מאתגרת את כללי הקבילות והמשקל בדיני הראיות;⁵ היא מצריכה את שינויים והתאמתם באופן שמאגרו את העקרונות האדברסריים העומדים ביסוד ניהולו של ההליך הפלילי.⁶ קשיים אלה נעוצים גם בכללים הפורמליים של ניהול ההליך וגם בסכמות קוגניטיביות המוטבעות עמוק בתרבותנו ואשר משפיעות על פסיקת השופטים.⁷ במהלך העשורים האחרונים נחשף המחקר המשפטי לביקורת הפמיניסטית אשר חקרה את ההטיות המצויות במשפט המהותי, בדיני הראיות ובסדרי הדין, ואשר השפיעו לרעה על יכולתן של נשים להוכיח את העובדה שהיו קורבנות עבירה, בעיקר בהקשר של עבירות מין או אלימות.⁸ ביקורת זו יצרה את הפתח לבחינת הנחיתות המבנית והמערכתית שממנה סובלים גם אנשים עם מוגבלויות. אנשים אלה פגיעים יותר לעבירות של מין ואלימות, אך למרבה

1 מרב בטיטו-פריד "אין מילים לתאר את הזוועה" מעריב 28.10.2005 www.abiliko.co.il/index2.php?id=1056&lang=HEB

2 שם.

3 שם.

4 צורת הכתיבה א/נשים עם מוגבלויות (או א/נשים בכלל) מעבירה מסר ביקורתי כלפי הכתיבה בלשון זכר הדומיננטית בשפה העברית. לאורך הכתיבה נשתמש בצורת הכתיבה א/נשים ואנשים באופן חלופי. אנו סבורות ששימוש זה מתאים בכל עניין ובמיוחד בהקשר הנוכחי, שכן המאמר מחבר, בין היתר, בין תובנות מתחומי המוגבלות והמגדר.

5 ראו להלן פרק ב.1.

6 ראו להלן פרק א.3.

7 ראו להלן פרק ב.3. ופרק ג.

8 ראו להלן פרק א.3.

האירוניה ככל שמוגבלותם חמורה יותר ופגיעותם רבה יותר כך גם הוכחת הפגיעה הופכת מורכבת יותר.

מטרת מאמר זה הנה גיבוש תפיסה כוללת בדבר הנגשת ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלויות. נבחנים בו ההסדרים המשפטיים הקיימים, הרקע לחקיקתם ויישומם, ומוצעת בו מסגרת נורמטיבית שלאורה יש ליישם הסדרים אלו. מסגרת החשיבה המוצעת נשענת על חיבור בין שלוש פרספקטיבות תאורטיות: לימודי מוגבלות, תאוריה פמיניסטית וזכויות נפגעי עבירה, באופן שנותן מענה לשתי קבוצות של מטרות בהליך הפלילי: האחת קשורה במטרות הליכה המסורתיות של ההליך הפלילי, והן בירור שאלות של אשמה וחפות תוך שאיפה להגיע לחקר האמת והרשעת אשמים; השנייה קשורה בעקרונות משפטיים מאוחרים יותר של נגישות לצדק ושל הליך משפטי הוגן, ובכללם שוויון מהותי ומתן קול לצדדים להליך, לרבות קולם של נפגעי העבירה.

התאמת ההליך הפלילי לצורכיהם ולמציאות חייהם של אנשים עם מוגבלויות שכליות מצריכה דיון בדבר האפשרות לקיים חקירה ולמסור עדות באופן שיאפשר לאדם לספר את אשר אירע לו. היכולת לספר את שאירע נפגעת לעתים בשל החסמים המצויים בבסיס ההליך הפלילי, כפי שנחשפו על ידי ביקורת המגדר וזכויות נפגעי עבירה. חסמים אלה פוגעים בראש ובראשונה ביכולתו של בית המשפט לברר מיהו הפוגע ולהשית עליו סנקציה. הליך פלילי שבו, באופן שיטתי, אין אפשרות לנפגע העבירה להעיד או להיות מובן כהלכה הנו הליך חסר, משום שאינו כולל את מלוא המידע הנדרש לשם הכרעה ומשום שהמידע הנמצא בידי בית המשפט מוטה וחסר. אגב בירור מקורם ודרך פעולתם של חסמים אלה עולים היבטים נוספים הקשורים בחיבור בין קול לזהות ובתהליכים החברתיים אשר עיצבו את הקולות המושמעים בקרב קבוצות מוחלשות בחברה, אשר פעמים רבות הביאו להשתקתם. העיקרון של נגישות לצדק נועד להתגבר על חסמים אלו ולתקן את אי-השוויון ופערי הכוחות שהם נטועים בהם. הבעייתיות בהשתקה בהקשר הפלילי איננה רק בהיעדר האפשרות להתבטא, אלא בפגיעה הנגזרת בהליך הפלילי וביכולתו להביא לחקר האמת ולהרשעת אשמים ולספק הגנה שווה לכול.

מימוש מטרות אלו דרך התאמת ההליך הפלילי קשורה הדוק בזכותם של אנשים עם מוגבלויות לנגישות ולהתאמות שמקורותיהן החוקיים הם שניים: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998 והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות משנת 2006, שמדינת ישראל חתמה עליה ולא מזמן אף אשררה אותה.⁹ בהיעדר הליך מותאם נעדר קולם של אנשים עם מוגבלויות מן הספירה הציבורית והשתתפותם האזרחית נפגעת.¹⁰ התאמת

9 האמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות אומצה בעצרת הכללית של האו"ם ב-13.12.2006. ישראל חתמה על האמנה ב-31.3.2007 ואשררה אותה ב-10.9.2012. האמנה ידועה בשם הקיצור שלה באנגלית (Convention on the Rights of People with Disabilities) CRPD. לנוסח האמנה בעברית ובאנגלית ראו -437E7522BCBF/31830/HaamanaHebEng1.pdf

10 להרחבה בנושא ההשתקה וההדרה רבות השנים שאנשים עם מוגבלויות מתמודדים עמן ראו להלן פרק ד.2.

ההליך הפלילי הנה זכות מהותית שתכליתה הנגשת ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלויות. מתן קול לאנשים עם מוגבלויות שכליות בהליך הפלילי מאפשר להם להשמיע וגם להישמע; זהו נדבך נוסף בתהליך רחב יותר של שינוי חברתי ומאפשר לאנשים עם מוגבלויות ליהנות גם מן הסיכוי למשפט צדק.

הכלים המשפטיים להתאמת ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלויות מוסדו בצורה פורמלית בשנת 2005 עם חקיקת חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התס"ו–2005, שנועד להנגיש את הליכי החקירה וההעדה עבור אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות. בהצעת החוק צוטט דו"ח שהוגש כבר בשנת 1997 על ידי הוועדה הציבורית לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא זכויות אנשים עם מוגבלות, שלפיו:

אנשים עם מוגבלות בעיקר שכלית או נפשית, חשופים לניצול ולפגיעה מינית ופיסית יותר מכלל האוכלוסייה. המשטרה ומערכת בתי המשפט בישראל אינן ערוכות בצורה הולמת לטפל בתלונותיהם של אנשים עם מוגבלות, שהיו קורבנות לעבירות מין ואליומות. במשטרה אין חוקרים אשר הוכשרו לחקירתם של אנשים וילדים עם מוגבלות ובבתי המשפט אין מערך מתאים להעדתם, והם נאלצים להעיד ללא התאמה לצורכיהם ולקשייהם המיוחדים, דהיינו, לתת עדות בפני נאשם ולעמוד בחקירה ראשית וחקירה נגדית. בשל העדר מנגנונים מתאימים נותרו אנשים עם מוגבלות ללא הגנה הניתנת לכל אדם אחר, ולא מתאפשר מיצוי הדין עם העבריינים.¹¹

מימוש תכלית החקיקה מצריך, לטענתנו, היכרות עם התשתית התאורטית והעקרונית שמזינה אותה. התשתית המוצעת במאמר זה מבוססת בעיקרה על הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט, הבוחנת את תפקידו של המשפט בתהליכי ההבניה החברתית של מוגבלות ואת מעמדם ומקומם של אנשים עם מוגבלויות בחברה, בתרבות ובמשפט.¹² המאמר נשען על תרומתה של התאוריה הפמיניסטית לביקורת ההליך הפלילי והמשפט הפלילי המהותי, אשר חשפה את ההטיות המגדריות שבבסיסם, בעיקר בתחום של עבירות מין ואליומות. עם זאת, המאמר אינו מתמקד בנשים עם מוגבלות באופן ספציפי, משום שהן נשים והן גברים עם מוגבלות שכלית סובלים מנחיתות מובנית עמוקה בהליך.¹³ רובד נורמטיבי שלישי קשור בזכויות נפגעי עבירה והתחזקות מעמדם בהליך הפלילי, זאת תוך הכרה ביתרונות הגלומים בכך הן מבחינת ההוגנות והלגיטימיות של ההליך והן מבחינת שיקומם של נפגעי עבירה.

11 הצעת חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התס"ד–2004.

12 Sagit Mor, *Between Charity, Welfare, and Warfare: A Disability Legal Studies Analysis of Privilege and Neglect in Israeli Disability Policy*, 18 YALE J. L. HUM. 63, 68 (2006); Arlene S. Kanter, *The Law: What's Disability Studies Got to Do With It or An Introduction to* שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" *עיוני משפט* לה 97 (2012).

13 הביקורת הפמיניסטית מעשירה את הדיון אך אינה מצויה בלב הטיעון של מאמר זה, המתמקד בהנגשת ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלויות והתאמתו להם.

חוק הליכי חקירה והעדה ביקש ליצור מנגנון התאמות המעמיד את עדותם של א/נשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות במקום זהה לכלל העדויות ("רגילות") הנשמעות בבית המשפט משתי בחינות: האפשרות לחקור ולהעיד את נפגע/ת העבירה וההתייחסות למהימנות העדות ולמשקלה.¹⁴ מטרת החוק אינה להחריג את אותן עדויות אלא דווקא להשוותן לשלל הקולות והעדויות הנשמעים מדי יום באולמות בתי המשפט, מהן מהימנות יותר ומהן מהימנות פחות. כדי לממש תכלית זו קובע החוק שני סוגים עיקריים של התאמות: האחד קשור ביצירת חלופות העדה ופרוצדורות אשר מאפשרות לנותן העדות לעבור את מסלול החקירה וההעדה עד לסיום המשפט; האחר קשור בעירובם של גורמים מקצועיים בשלבי החקירה וההעדה ועיקרו מתן תפקיד משמעותי לאנשי מקצוע מוסמכים בחקירת אנשים עם מוגבלויות ובהנגשת העדות לשופטת. לסוג הראשון של ההתאמות נתייחס במאמר זה כהנגשה פיזית-פרוצדורלית ולסוג השני כהנגשה מהותית. בהנגשה מהותית כוונתנו להנגשה שאינה רק פיזית, אלא כזו המבארת את התוכן הנמסר של העדות ומסייעת בהבנתם של מאפייני הלקות והאופן שבו הם משפיעים על התוכן. הנגשה מהותית אמורה לצמצם את נטיית השופטת להישען על מקורות חיצוניים לעדות ואת הנטייה לעשות שימוש, גם אם לא תמיד מודע, בסכמות קוגניטיביות מוכנות מראש ולעתים מוטעות.¹⁵ הדבר מתרחש באמצעות תהליך השלמת הפרטים על ידי השופטים, על סמך הנחות ומודלים בנוגע לעולם, אשר השימוש בו מתרחב ככל שהעדות הנמסרת אינה מובנת באופן מידי.¹⁶ הבהרת תוכנה של העדות מצמצמת את הצורך בהשלמת פרטים ומפחיתה את השימוש בסטריאוטיפים ובהנחות מוקדמות שאינן מבוססות. אף על פי שהחוק עוסק בנפגעי עבירה ובמבצעי עבירה כאחד, המאמר מתמקד בנפגעי עבירה בלבד ובמורכבויות המאפיינות קבוצה זו. נוסף על כך, הגם שהחוק עוסק גם במוגבלויות שכליות וגם במוגבלויות נפשיות, המאמר מתמקד במוגבלויות שכליות בלבד, אם כי במקרים רבים יש הקבלה בין התחומים.

חקיקת חוק הליכי חקירה והעדה מעידה על מודעות גוברת לנושא ועל הכרה מערכתית לא מבוטלת בחשיבותו. עם זאת, הבעיות המתעוררות ביישומו של החוק עדיין רבות. המחקר מעלה כי בעיות אלו נחלקות לשני סוגים: האחד, חיוק מערך ההנגשה והקצאת משאבים, והאחר, העמקת ההבנה וההפנמה של העקרונות העומדים ביסוד החוק. התוצאה הקשה של התמשכות בעיות אלו עשויה להיות סגירת תיקים, כפי שקרה בעתירה שהגיש לבג"ץ איגוד מרכזי הסיוע בשמה של אישה עם מוגבלות שכלית. בעתירה נטען שאי-החלת החוק, ובשל כך אי-מתן התאמות, פגעו בחקירה והביאו לסגירת התיק.¹⁷ סופה של העתירה היה שנמחקה

14 ראו להלן פרק ד.2.

15 רינה בוגוש ורחל דון-יחיא מגדר ומשפט: אפליית נשים בבתי המשפט בישראל 200 (עידן ירון עורך ומתרגם מדעי, 1999).

16 יונתן יובל "צדק נרטיבי" מחקרי משפט יח 283, 304–306 (2002).

17 כתב העתירה בבג"ץ 6210/11 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 14.3.2012). לדיון מפורט בקשיים אלו, ראו את בקשת ארגון "בזכות" להצטרף כידיד בית המשפט לעתירה, מיום 6.10.2011 <http://bizchut.org.il/he/wp-content/uploads/2011/10/yadidnonames2.pdf>.

והתיק הועבר להשלמת חקירה על ידי חוקר מיוחד.¹⁸ אמנם תוצאת התיק הייתה חיובית, אך למרבה הצער הוחמצה ההזדמנות לפסיקה עקרונית ודיון בחלק מהחסמים הללו והגורמים להם.

סקירת הפסיקה שפורסמה מאז חקיקת החוק ועד כה מעידה כי תהליך השינוי בעיצומו, אולם הסקירה גם חושפת שנדרשים צעדים נוספים על מנת לחזק את מערך ההנגשה ואת הטמעתו. הדבר יכול להיעשות הן באמצעות הכשרה נכונה והקצאת המשאבים הנדרשים והן על ידי הגברת המודעות וההפנמה של העקרונות העומדים ביסוד החוק מבחינת ההנגשה המהותית.¹⁹ נראה כי שופטים עדיין מושפעים, גם אם באופן בלתי מודע, מהטיות קוגניטיביות בשל היעדר ביאור מספק של עדויות אנשים עם מוגבלות שכלית. הדבר פוגע ביכולת בירור האמת בשאלות של אשמה וחפות וכן בנגישותם של אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות לצדק ובזכותם להליך הוגן. במובן זה המאמר חושף את העובדה שהחסמים העומדים בפני אנשים עם מוגבלויות בהליך הפלילי אינם רק חסמים הקודמים להתדיינות המשפטית, אלא גם כאלה המתקיימים בין כתליו של בית המשפט.

בפרק א' למאמר מוצגת הגישה הביקורתית למוגבלות ונפרסים הקשרים בין מוגבלות, מגדר וזכויות נפגעי עבירה אגב התמקדות בא/נשים עם מוגבלויות שכליות כנפגעי עבירות מין ואלימות. פרק ב' עניינו האתגרים הפרוצדורליים הקשורים בחקירה והעדה של אנשים עם מוגבלויות שכליות ומפורטים בו האתגרים הקשורים בכשרות להעיד ובהערכת העדות, החסמים המבניים בהליכי חקירה והעדה והשפעתן של סכמות קוגניטיביות על שיקול הדעת והשיפוט כאשר מדובר בעדותו של אדם עם מוגבלות שכלית. כל אלו מבהירים את הצורך בהנגשת המערכת המשפטית לאנשים עם מוגבלויות שכליות. בפרק ג' מתואר האופן שבו ההבניה החברתית של אדם עם מוגבלות שכלית מחלחלת למערכת המשפט הלכה למעשה, בשלבים השונים של ההליך הפלילי: החקירה, ההעדה והשפיטה. במוקד פרק זה עומד ניתוח מעמיק של מקרה אחד שנדון בשתי ערכאות, אשר במרכזו עדותה של נערה עם מוגבלות שכלית. בפרק ד' מוצגות ההתפתחויות שהובילו לחקיקת החוק ומפורטות בו ההתאמות שבחוק וההצדקות והמטרות שמאחוריהן. נוסף על כך נסקרים בפרק זה הפסיקה שפורסמה לאחר חקיקת החוק והקשיים העולים ממנה וכן חלק מהחסמים המשפיעים על הטמעת החוק וקליטתו, ונבחנות ההרחבות וההתאמות הפרוצדורליות הנדרשות להבטחת הגשמתן של המטרות שעמדו מאחורי החקיקה.

א. מוגבלות, מגדר ונפגעי עבירה

הדיון בהתאמת הליכי חקירה והעדה לאנשים ונשים עם מוגבלויות שהם נפגעי עבירות מין ואלימות מחבר תובנות מתחום המוגבלות, מתחום המגדר ומתחום הזכויות של נפגעי עבירה. הביקורת הפמיניסטית חשפה את ההטיות המגדריות שביסוד ההליך הפלילי ואת החסמים

18 עניין פלונית, לעיל ה"ש 17.

19 ראו להלן פרק ד.3.

המונעים מנשים ליהנות מהגנתה של מערכת המשפט הפלילי. הביקורת העוסקת במעמדן של נפגעי עבירה מצביעה על אופני הדרתם מן ההליך הפלילי ועל ההשלכות הקשות של ההתעלמות מצורכיהם על יכולתה של מערכת המשפט לקדם צדק. שתי גישות אלה, ביחד ולחוד, על קשרי ההזנה ההדדיים שביניהן, משמשות מצע תאורטי חיוני לביקורת המוגבלות, הנמצאת עדיין בראשית דרכה.

ביקורת המוגבלות, בתורה, מרחיבה ומעשירה את ביקורת המגדר וזכויות נפגעי עבירה. היא כוללת את ניסיונם וחוויותיהם של אנשים עם מוגבלויות כבואם במגע עם מערכת המשפט הפלילי; את קריאת התיגר על המשמעות של מוגבלות כקטגוריה חברתית והאופן שבו המשפט משתתף בתהליכי ההבניה החברתית של מוגבלות כנחיתות; ואת אפיקי הפעולה הנגזרים מגישה זו, המדגישים את תיקון החברה באמצעות נגישות והתאמות. ההתמקדות באנשים עם מוגבלות שכלית מביאה ביקורת זו לידי מיצוי הן במישור ההנגשה של תוכן העדות והן במישור ההתמודדות עם הטיות קוגניטיביות סמויות בקרב אנשי מערכת המשפט, לרבות שופטים.

פרק זה הנו התשתית התאורטית למאמר. הפרק פותח בהצגת עיקריה של הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט והמאפיינים של נפגעי עבירה עם מוגבלות. לאחר מכן נבחנים הקשרים בין מוגבלות, מגדר וקול ובין מוגבלות וזכויות נפגעי עבירה.

1. מוגבלות

(א) הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט

בעשורים האחרונים הולכת וגוברת ההכרה שלחברה, לתרבות ולמשפט תפקיד מרכזי בהדרתם של אנשים עם מוגבלויות מן החברה. במשך שנים נתפסה המוגבלות כאסון או טרגדיה, שהם תולדה של "פגם" שממנו סובל האדם. נקודת מבט זו, הקרויה גם "המודל האינדיבידואלי" של מוגבלות,²⁰ משייכת את הגורם למוגבלות לאדם הנושא את הלקות. על פי גישה זו, המוגבלות הנה בעיה של הפרט עצמו והאחריות להתמודדות עמה מוטלת על כתפיו בלבד.²¹ בבסיס הגישה האינדיבידואלית כמה הנחות: הבעיה נמצאת באדם עצמו; הפתרון לבעיה הוא בהתאמה של הפרט למערכות הקיימות; החברה אינה נושאת באחריות ליצירת המוגבלות. בצד המודל האינדיבידואלי למוגבלות נמצא גם המודל הרפואי, המעניק את הבכורה למקצועות הרפואה והטיפול. הביקורת על המודל הרפואי קוראת תיגר על מרכזיותם של מקצועות הרפואה והרווחה בעיצוב ההבנה החברתית-תרבותית ביחס למוגבלות ובעיצוב המדיניות החברתית כלפי אנשים עם מוגבלויות.²²

מתוך התנגדותם של אנשים עם מוגבלויות להנחות החברתיות והתרבותיות שהגישה האינדיבידואלית והגישה הרפואית מבטאות נולד "המודל החברתי". המודל החברתי מקדם

20 MICHAEL OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE 32 (1996)

21 שם.

22 להרחבה ראו מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה", לעיל ה"ש 12.

תפיסה שלפיה הגורם למוגבלות איננו הלקות, אלא כישלונה של החברה לתת מענה לאנשים שאינם תואמים את הסטנדרטים שהחברה הגדירה אותם "נורמליים".²³ המודל מסביר את המוגבלות כנגזרת של דעות קדומות, של אפליה, של חוסר נגישות, של חינוך נבדל וכיוצא באלה, אשר כופים מכשולים וחסמים על אנשים מסוימים וכך הופכים אותם לאנשים עם מוגבלויות. במילים אחרות, מוגבלות היא הרבה מעבר לליקוי הרפואי, וההגבלה נוצרת פעמים רבות על ידי החברה ולא על ידי הלקות עצמה.²⁴ הגישה החברתית-ביקורתית ממקמת את המוגבלות באינטראקציה שבין הפרט לחברה ומטילה את האחריות להתמודדות עמה על כתפי החברה.²⁵ המוגבלות איננה טרגדיה אישית של האינדיבידואל כי אם טרגדיה של החברה, שהיא תולדה של הזנחת חלק מחבריה. הפתרון לפיכך איננו בתיקון הפרטים שאינם תואמים את הנורמה, אלא בתיקון החברה על ידי שינוי מבנים חברתיים, פוליטיים ותרבותיים בסיסיים המאפשרים הזנחה זו.²⁶ התפיסה שבבסיס המודל החברתי רואה אנשים עם מוגבלויות כקבוצה מופלית בחברה, בדומה לקבוצות מופלות אחרות על בסיס גזע, מין, דת או העדפה מינית. קבוצה זו, כמו קבוצות מודרות אחרות, נולדה מתוך דיכוי חברתי ארוך שנים אשר הנציח אי-שוויון והשריש מבנים חברתיים מפלים.²⁷

המודל החברתי והגישה הביקורתית למוגבלות חדרו גם לעולם המשפט. המשפט הנו מערכת אשר בכוחה לשמר פערי כוחות חברתיים ולהנציחם, אך גם להשפיע על תהליכי שינוי, מאבק והעצמה. מתוך אמונה בכוחו של המשפט להיות שותף פעיל בעיצוב תפיסות חברתיות-תרבותיות-כלכליות ביקשו פעילי הזכויות בתחום המוגבלות להעתיק את המאבק החברתי גם למחוזות משפטיים. כך, במקום לשמר סטריאוטיפים, סטיגמות ודעות קדומות נקרא המשפט לאסור על אפליה; במקום לקבל את עיצוב הסביבה והנורמות החברתיות כנתונים "טבעיים" ו"ניטרליים", המשפט מתבקש לקדם נגישות והתאמות. נוסף על כך, המשפט נקרא להתערב באופן אקטיבי יותר בשאלות הנוגעות לחלוקת המשאבים ולקיומם של שירותים חברתיים מותאמים לאנשים עם מוגבלויות.²⁸

23 שם, בעמ' 32.

24 שם, בעמ' 33.

25 שם, בעמ' 43.

26 MICHAEL OLIVER, THE POLITICS OF DISABLEMENT 3 (1990).

27 Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The Social Model of Disability: An Outdated Ideology?*, 2 Res. Soc. Sci 9, 10 (2002). מאמר זה מפרט גם את הביקורת כלפי המודל החברתי, אשר מתמקדת בהיעדר העיסוק בלקות הפיזית שממנה סובל הפרט עד כדי הכחשת הקשיים האינדיבידואליים (כאבים, תופעות פיזיולוגיות, יחסי תלות וכדומה) שהם בהכרח נפרדים ממבנה חברתי כזה או אחר. מצדדי המודל החברתי הקלסי ענו לביקורת זו בכך שלתנועה החברתית אין מענה לסבל האינדיבידואלי, ולכן מרכז הכובד הוא במנגנונים החברתיים שביכולתם לייצר ולמנוע מוגבלות. מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 6-7.

28 להרחבה ראו שם, בעמ' 8-11.

(ב) אנשים עם מוגבלויות שכליות כמועדים לפגיעה וניצול

עוד בטרם נבחן את הממשק הישיר של אנשים עם מוגבלויות שכליות עם מערכת המשפט הפלילי נבקש להצביע על מארג היחסים שהם נמצאים בתוכו, אשר משפיע על היותם מועדים לניצול ועל יכולתם לרווח על הפגיעה. מקורה של הפגיעות היתרה של אנשים עם מוגבלויות שכליות באינטראקציה שבין מאפייני הלקות לבין יחס הסביבה אליהם. פעמים רבות אנשים עם מוגבלות שכלית תלויים באחרים לצורך תפקוד יומיומי. תלות זו הופכת אותם חשופים יותר לפגיעה ומקשה את יכולתם להתנגד, שכן לרוב לא קל להתלונן כנגד מי שמסייע לך בביצוע פונקציות בסיסיות בחיי היומיום.²⁹ אנשים עם מוגבלות שכלית מחונכים פעמים רבות להיות פסיביים וצייטנים ביחס למבוגרים ולהישמע להוראותיהם.³⁰ יתרה מכך, בדרך כלל קיים יחס של אינטימיות, חיבה ואף אהבה מצד אדם עם מוגבלות כלפי האדם המטפל בו. אהבה זו לעתים מטשטשת את תפיסתה של מציאות הניצול, ואנשים עם מוגבלויות שכליות עלולים לפרש ניצול זה כיחס של חיבה עזה. כמו כן, אנשים עם מוגבלויות חיים במקרים רבים בסביבה סגורה, הקשר שלהם עם דמויות מחוץ למערכת הסגורה מוגבל ועל כן התלות מתעצמת.³¹ רבים מהתוקפים מודעים לעובדה זו וכן לסיכויים הנמוכים שתוגש נגדם תלונה ומאמינים כי הסיכויים לתפיסתם פחותים בשל כך.³²

בהקשר המשפטי, פגיעותם של אנשים עם מוגבלויות שכליות מיתרגמת לכדי חסמים המונעים את השתכללותה של הפגיעה שחוו לכלל סכסוך משפטי. כפי שהראו פלסטינר, אייבל וסאראט, חסמים אלו נובעים מהקושי להמשיג אירוע כחוויה של פגיעה, לזהות אותו כפגיעה שיש סעד משפטי בצדה ולדרוש את תיקון הפגיעה באמצעים משפטיים.³³ קושי זה איננו ייחודי לאנשים עם מוגבלויות, אך הוא מועצם בשל חוויית החיים עם מוגבלות. בשל יחסי התלות שבהם מצויים אנשים עם מוגבלויות בכלל ומוגבלויות שכליות בפרט, הם עלולים להימנע מהגשת תלונה כנגד אדם מבוגר, בייחוד כאשר מדובר במטפל הנתפס כבעל מרות.³⁴ כיום יש תכניות הדרכה המלמדות תלמידים עם מוגבלויות שכליות מהי אלימות מינית וכיצד ניתן לזהותה. למרות זאת, במקרים שבהם קיים יחס אוהב כלפי המטפל עלול להיווצר מצב

29 נעמה לרנר "אנשים בעלי מוגבלות כנפגעי תקיפה: נתונים, תיאור מקרים והטיפול בהם" תקשורת תומכת וחליפית 19, 77 (2003); "אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית בהליך הפלילי" אתר ארגון בזכות www.bizchut.org.il; נטע דגן "ללא הגנה וללא מיצוי הדין: אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית כקורבנות עבירה" על הקן 23 (2000).

30 נעמה לרנר "צדק צדק תרדוף – התאמת ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית נפגעי עבירה ופוגעים" עניין של גישה 5, 41, 42 (2007).

31 לדיון בנושא זה ראו רונית ארגמן "גורמים מנבאים פגיעות מינית בקרב אנשים עם פיגור שכלי המתגוררים במעונות פנימייה" 15 (עבודת גמר לקבלת התואר "מוסמך אוניברסיטה", בית הספר לעבודה סוציאלית, אוניברסיטת תל אביב, 2006).

32 נורית שטרנסברג וגלית איתן-ריבליס נשים בנות 18–60 עם מוגבלות בישראל: ממצאים נבחרים מניתוח משנה של נתוני סקרים ארציים 10 (2006).

33 ויליאם ל.פ. פלסטינר, ריצ'רד ל. אייבל ואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות... מעשי משפט ג' 17 (זהר כוכבי מתרגם, 2010).

34 ארגמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 23.

שבו חרף הלמידה התאורטית על ניצול מיני לא ידעו קורבנותיו לזהות שעברו חוויה כזו בעצמם.³⁵ במקרים מסוימים הם עלולים להפנים תפיסות חברתיות הרואות בהם מוגבלים או שווים פחות ולפיכך לאמץ דימוי עצמי קורבני.³⁶ פיחות התלונות ביחס לתקיפות הרבות נובע גם מקשיים קוגניטיביים לגולל את הסיפור בפני מטפל אחר, ועל אחת כמה וכמה בפני אדם זר.³⁷

הקשיים והמורכבויות המאפיינים את הנושא מקשים גם על איתור מידע מדויק בנוגע לנתוני התקיפה ביחס לאנשים עם מוגבלויות שכליות. המחקר בתחום מאופיין במיעוט נתונים בשל קשיי תקשורת ובשל שיטות המחקר הננקטות. מחקרים מסוג זה נעשים בדרך כלל באמצעות סקר טלפוני שאינו מותאם לאנשים עם מוגבלות שכלית, ואילו אמצעים אחרים מצריכים עלות גבוהה.³⁸ מנתונים כלליים עולה כי אנשים עם מוגבלות שכלית חשופים לאלימות ולתקיפה מינית בשיעור גבוה יותר מהשיעור המקביל באוכלוסייה הכללית. ממחקרה של רונית ארגמן עולה כי אנשים עם מוגבלות שכלית חשופים לפגיעה מינית פי שניים-שלושה ביחס לאוכלוסייה הכללית, וכי הסיכון אף עולה (פי שניים עד חמישה) ככל שמדובר בפגיעות רבה יותר. יתרה מכך, עולה כי אפיוני הפגיעה קשים יותר בקרב אנשים עם מוגבלות שכלית.³⁹ המחקרים שהתמקדו בנשים עם מוגבלות כקורבנות עבירות מין ואלימות רבים יותר. מצבן של נשים אלה מורכב מאוד שכן הן סובלות משוליות, הדרה והשתקה משולשות – בשל היותן נשים, בשל המוגבלות ובשל היותן נפגעות עבירה. מצב זה נעשה מורכב עוד יותר כאשר מדובר בנשים עם מוגבלות שכלית. כך, למשל, מחקר רחב שבוצע בישראל בשנת 2006 התייחס לאלימות כלפי נשים עם מוגבלות פיזית, אך לא כלל נשים עם מוגבלות שכלית עקב קשיי התקשורת עמן.⁴⁰ מחקרים נוספים שנערכו בעולם מצביעים על כך שנשים עם מוגבלויות בכלל, ומוגבלות שכלית בכללן, מותקפות בשיעור גבוה יותר משיעור התקיפה באוכלוסייה הכללית. במחקר שנערך בשנת 2000 בצפון קרוליינה נמצא כי לנשים עם מוגבלויות (שכלית ופיזית) סיכוי הגדול פי ארבעה להיות קורבן לתקיפה מינית מסיכוייהן של נשים ללא מוגבלויות.⁴¹ מחקר אחר, שנערך בקנדה, העלה שסיכוייהן כמעט כפולים להיות קורבן אלימות

35 ש.ם.

36 ש.ם, בעמ' 15.

37 לרנר "אנשים בעלי מוגבלות כנפגעי תקיפה מינית", לעיל ה"ש 30, בעמ' 78–79.

38 איגוד מרכז הסיוע לנפגעות תקיפה מינית ולנפגעי תקיפה מינית בישראל "פגיעות מיניות בקרב בעלי מוגבלויות ופיגור שכלי" hrc.1202.org.il/template/default.asp?siteID=4&PageId=644 &catId=141&maincat=9.

39 ארגמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 17.

40 שטרסברג ואיתן-ריבליס, לעיל ה"ש 32, בעמ' 2.

41 Sandra L. Martin, *Physical and Sexual Assault of Women With Disabilities*, 12 VIOLENCE AGAINST WOMEN 823, 828–829 (2006).

בין בני זוג.⁴² במחקר אחר נמצא כי כ-80% מהפגיעות המיניות המדווחות בקרב אנשים עם מוגבלויות שכליות הנפגעת היא אישה.⁴³ על אף ריבוי התקיפות כלפי אנשים עם מוגבלויות, מעטות הן התלונות המגיעות למשטרה ומעטות עוד יותר אלו המגיעות לבית המשפט. התוצאה היא ששיעור התלונות וההעמדה לדין במקרים אלו נמוך מן המקובל וכך גם שיעור ההרשעות. בטרם נעמיק בשאלת החסמים העומדים בפני אנשים עם מוגבלויות בהליכי העדה וחקירה, נפנה לבחון את החיבור בין מוגבלות מגדר וקול ובין מוגבלות וזכויות של נפגעי עבירה.

2. מוגבלות מגדר וקול

(א) מוגבלות ומגדר

החיבור בין מוגבלות למגדר איננו מקרי.⁴⁴ שתי הגישות מצביעות על יחסי הכוחות החברתיים הבנויים על נורמה סמויה דומיננטית – של גבריות או נורמליות גופנית – אשר מביאה להדרתן של קבוצות מתוכה ומצדיקה את הפלייתן ודיכויין.⁴⁵ סוזן ונדל, בכתיבתה על פמיניזם ומוגבלות, מראה שכמו נשים, גם אנשים עם מוגבלויות נתפסים כ"אחר" הנחות, אשר ביחס אליו מגדיר הרוב את עצמו, בעוד האדם ללא המוגבלות אינו זקוק להגדרה.⁴⁶ לדבריה, אנשים

-
- Douglas A. Brownridge, *Partner Violence Against Women with Disabilities*, 12 VIOLENCE AGAINST WOMEN 805 (2006) 42
- ארגמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 19; SHEILA MANSELL & DICK SOBSEY, COUNSELING PEOPLE WITH DEVELOPMENT DISABILITIES WHO HAVE BEEN SEXUALLY ABUSED (2001) 43
- הוא נוצר מתוך האינטראקציה שבין תפיסות פמיניסטיות, שלפיהן להיות אישה משמעו לחוות סוג של מוגבלות בעיני החברה, ומתוך גישות ביקורתיות למוגבלות אשר צמחו על רקע הפמיניזם והרחיבו את הביקורת אל תחום ההבניה החברתית של מוגבלות. נקודת חיבור אחת קשורה במנגנוני ההדרה והאפליה הדומים המופעלים כלפי שתי הקבוצות. תפיסה חברתית של מוגבלות רואה את המוגבלות כתוצר של תהליכים היסטוריים, חברתיים, תרבותיים ופוליטיים. באופן דומה, גישות פמיניסטיות מצביעות על מנגנונים חברתיים אשר ממקמים את הנשים במקום של נחיתות על בסיס הנחות בדבר היותן נחותות פיזית ואינטלקטואלית. ראו Rosemarie Garland-Thomson, *Integrating Disability, Transforming Feminist Theory*, 14 NWSA 3 (2002); Douglas C. Baynton, *Disability and the Justification of Inequality in American History*, in THE NEW DISABILITY HISTORY: AMERICAN PERSPECTIVES 33 (Longmore & Umansky eds., 2001); WOMAN WITH DISABILITIES: ESSAYS IN PSYCHOLOGY, CULTURE, AND POLITICS (Michelle Fine & Adrienne Asch eds., 1988); WOMEN AND DISABILITY: THE DOUBLE HANDICAP (Mary Jo Deegan & Nancy A. Brooks eds., 1984) 44
- בהקשר הפמיניסטי ראו קתרין מקינון פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה 6, 30–34 (דפנה ברק-ארז עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005). בהקשר של ביקורת מוגבלות ראו OLIVER, THE POLITICS OF DISABLEMENT, לעיל ה"ש 26. יתרה מכך, ההתייחסות החברתית כלפי שתי הקבוצות מתרכזת בגופן, בחריגותו אל מול הנורמה הסמויה, ובאה לידי ביטוי בניסיונות למשטר ולנרמל אותו. Garland-Thomson, לעיל ה"ש 44, בעמ' 7; SUSAN WENDELL, THE REJECTED BODY: FEMINIST PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY 38 (1996) 45
- שם, בעמ' 60. ונדל ממשיכה את עבודתה של סימון דה-בובואר בפיתוח מושג ה"אחר". ראו סימון דה-בובואר המין השני כרך ראשון: העובדות והמיתוסים (2001). 46

עם מוגבלויות קובצו יחדיו לקבוצת "אחרות" מרוחקת וזרה, נטולת סובייקטיביות, אשר הוגדרה כנגד קבוצת הרוב, אך הרוב אינו יכול להזדהות עמה. אנשים אלה הפכו לסמל מוחלט של חוסר שלמות, של כישלון, של כאב ושל מוות, כאלה שהרחקתם מהחברה מוצדקת.⁴⁷ מכנה משותף רלוונטי נוסף הנו האופן שבו גם נשים וגם אנשים עם מוגבלויות נתפסים על ידי החברה כתלותיים/ות, פגיעים/ות, חלשים/ות וחסרי/ות אונים. תפיסה זו מצדיקה את השאתם במרחב הפרטי, המוגן לכאורה, ומנציחה אותה, ובכך תורמת להשתקתם במרחב הציבורי ולהדרתם ממנו.⁴⁸ ביקורת מוגבלות וביקורת פמיניסטית מערערות על ההנחה שמדובר באוכלוסייה פגיעה ותלותית, אך בד בבד מבקשות ליצוק תוכן אלטרנטיבי לאותם מושגים ולייחס ערך חיובי לערכים כמו תלות הדדית ודאגה לזולת.⁴⁹ שניות זו ביחס לפגיעות ולתלותיות המיוחסות לנשים ולאנשים עם מוגבלויות מאפינת גם את הדיון בדבר התאמת ההליך הפלילי.

הממשקים בין מגדר למוגבלות חושפים גם את האפליה הכפולה שנשים עם מוגבלות חשופות לה, הן בשל היותן נשים והן בשל היותן עם מוגבלות.⁵⁰ בהקשר זה חשוב לציין שנשים עם מוגבלויות מועדות לפגיעה ולניצול מיני אף יותר מנשים ללא מוגבלויות.⁵¹ למרבה האירוניה, נתון זה מחזק את הטענה הפמיניסטית שלפיה עבירות מין הנן עבירות אלימות, שכן נשים עם מוגבלויות מודרות לרוב מן הסטנדרטים המגדירים את היופי המושלם ואת המראה הנשי הנחשק ועדיין מועדות לפגיעה מינית.⁵² עם זאת, בחרנו שלא להתמקד בנשים עם מוגבלות בלבד, משום שדפוס הניצול וההדרה מחד גיסא והחסמים והמורכבויות המאפיינים את ההליך הפלילי מאידך גיסא רלוונטיים הן לנשים והן לגברים עם מוגבלות שכלית. המאמר מתמקד אפוא באנשים עם מוגבלויות, אך בה בעת מדגים את הפוטנציאל הטמון בחיבור בין מוגבלות למגדר. בשל קוצר היריעה לא נוכל לקיים כאן דיון מעמיק במלוא הפוטנציאל הזה,

47 WENDELL, לעיל ה"ש 45.

48 Garland-Thomson, לעיל ה"ש 44, בעמ' 8.

49 קרול גיליגן בקול שונה: התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האישה (1995); EVA FEDER; KITTAY, LOVE'S LABOR: ESSAYS ON WOMEN, EQUALITY, AND DEPENDENCY (1999); BARBARA HILLYER, FEMINISM AND DISABILITY (1993).

50 ראו את המקורות לעיל בה"ש 44; לדיון במהותה של "אפליה כפולה" זו בהקשר הישראלי ראו אלה קורן "להיות אישה להיות נכה – אפליה כפולה" רפואה ומשפט 25, 273 (2001). האפליה הכפולה באה לידי ביטוי בתחומים רבים. אחד הבולטים שבהם הוא תחום המיניות וההורות. במקרה זה סטריאוטיפים תרבותיים מתווספים לאלו המגדירים כל קבוצה בפני עצמה ומציגים נשים עם מוגבלויות כלא מיניות, לא מושכות ונעדרות יכולת הורית. ראו Michelle Fine & Adrienne Asch, *Disabled Women: Sexism Without the Pedestal*, in WOMEN AND DISABILITY: Garland-; THE DOUBLE HANDICAP (Mary Jo Deegan & Nancy A. Brooks eds., 1984) Thomson, לעיל ה"ש 44, בעמ' 17. ראו גם שטרוסברג ואיתן-ריבליס, לעיל ה"ש 32, בעמ' 6–8, 11–10.

51 ראו להלן פרק א.4.

52 הקשיים שנשים עם מוגבלויות מתמודדות עמם מתעצמים נוכח הקישור החברתי בין נשיות ליופי. ראו WENDELL, לעיל ה"ש 45, בעמ' 42.

אך נוכל לומר שעוצמתו איננה בשאלת האפליה הכפולה אלא בקרבה התאורטית בין שתי הגישות הביקורתיות, אשר חולקות תובנות ומתודולוגיות המשלימות ומעשירות זו את זו.⁵³

(ב) קול, דיכוי ושוני

הקרבה התאורטית בין ביקורת המוגבלות לביקורת המגדר ניכרת היטב בתחום שמאמר זה עוסק בו – ביקורת ההליך הפלילי והצורך בהתאמתו – ובמיוחד בדיון על תפקידן של שאלות בדבר "קול", ייצוג והשתקה במסגרתו. החיבור בין פמיניזם ובין "קול" אינו מקרי, בוודאי בדת היהודית שבה מצויה האמרה "קול באישה ערווה".⁵⁴ התרבות המערבית המודרנית מאופיינת אף היא בדומיננטיות של קולות גבריים לעומת היעדרם של קולות נשיים. הוויכוח המרתק בין קרול גיליגן לקת'רין מקינון, מהכותבות הפמיניסטיות המשפיעות ביותר, ביחס לעצם קיומו של "קול נשי" ומשמעותו ולמקומו בשיח הציבורי מעיד על מרכזיותו של מושג זה. גיליגן טוענת שהקול הנשי הנו "קול שונה" הסובל מנחיתות חברתית-תרבותית בשל הדומיננטיות של ניסיון החיים הגברי, שכן המבנים החברתיים אינם מאפשרים לקולות הנשיים הקיימים להישמע ולייצר מערכת הרמונית לצד הקולות הגבריים הבולטים.⁵⁵ לעומתה, מקינון מייחסת את ההבדלים בין הקול הנשי לקול הגברי ליחסי הכוח וההכפפה בין גברים לנשים. מכיוון שיחסי כוחות בלתי שוויוניים הם שיצרו מלכתחילה קולות שונים בין גברים לנשים, הקול הנשי שגיליגן מדברת עליו איננו קול אותנטי של נשים כי אם קול שנולד וסוּגָל מתוך מציאות של דיכוי.⁵⁶ מבנים חברתיים היררכיים הרחיקו את הקול הנשי אל השוליים, האלימו (מלשון אֶלֶם)

53 הכתיבה בתחום המוגבלות יכולה לתרום לחשיבה הפמיניסטית בדבר תהליכי ההכנה של האחרות (שם; ראו גם Baynton, לעיל ה"ש 44) וגם לסייע בחשיבה על התאמות – על החובה המשפטית לעצב מחדש את המרחב הציבורי כך שקבוצות מגוונות יבואו בו לידי ביטוי. בדרך כלל התאוריות הביקורתיות של מוגבלות ומגדר אכן משלימות זו את זו, אך יש לציין כי בתחום אחד, תחום הביואתיקה (בעיקר בכל הקשור לסוגיות של פריון, טכנולוגיות רבייה והחלטות בדבר הפלות) הן מצויות במתח ביניהן ולעתים אף בקונפליקט. לכתבה מרכזית בתחום המבקשת ליישב מתח זה ראו Adrienne Asch, *Why I Haven't Changed My Mind About Prenatal Diagnosis: Reflections and Refinements*, in *PRENATAL TESTING AND DISABILITY RIGHTS* 234 (Erik Parens & Adrienne Asch eds., 2000).

54 מסכת ברכות דף כ"ד.

55 ליאורה בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג 421, 426 (2000). קרול גיליגן בספרה בקול שונה: התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האישה מתארת את קולן השונה של נשים כנובע מתוך הפער שבין החוויה הנשית לחוויה הגברית בתחומים של מוסר, שיפוט ופרשנות. ראו גיליגן, לעיל ה"ש 49, בעמ' 9. גיליגן מתארת שתי צורות שונות של חשיבה אתית: האחת דרך אוריינטציה של קשר ודאגה לזולת (זו הנשית) והאחרת דרך אוריינטציה של צדק וזכויות (זו הגברית). ראו שם, בפרק 3. ראו גם Fredrik Björklund, *Differences in the Justification of Choices in Moral Dilemmas: Effects of Gender, Time Pressure and Dilemma Seriousness*, 44 *SCAN. J. PSYCH.* 459 (2003).

56 מקינון, לעיל ה"ש 45, בפרק 3. לדברי מקינון, יחסי ההכפפה יצרו נחיתות של נשים כך שהדרך העיקרית שדרכה מצאו את מקומן והגיעו להישגים הייתה באמצעות ייחוס חשיבות לקשר לגבר, נשא הזכויות.

והעלימו אותו, כך שהקול המוכר כיום כ"קול הנשי" איננו בהכרח הקול שנשים היו משמיעות במציאות שוויונית.

הכתיבה הפמיניסטית שצעדה בעקבותיהן של גיליגן ומקינן בחנה את המקום שניתן לקול הנשי במערכת המשפט ואת האופנים שבהם באו לידי ביטוי הדומיננטיות של הקול הגברי וניסיון החיים הגברי בדרך ארגון של מערכות המשפט הפלילי, הדיון הפלילי ודיני הראיות.⁵⁷ פסיקת בית המשפט משמשת בהקשר זה זירה מרתקת לבחינת יחסי הכוחות החברתיים ומעמדם של הקולות השונים בחברה. דרך ההסתכלות על הקולות הנשמעים והלא נשמעים בבית המשפט אפשר ללמוד רבות על יחסי הכוחות בין קבוצות שונות והייצוגים שלהן בחברה.⁵⁸ מחקרים שבחנו את פסיקת בתי המשפט בתחומי המשפט הפלילי, המהותי והדיוני הצביעו על ההגנה המועטה שהמשפט הפלילי מספק לנשים. הסיבה לכך היא שחוויות החיים שלהן זרה לבית המשפט ולמחוקק ודרכי פעולתן נתפסות לא סבירות או אינן תואמות את הציפיות וההנחות החברתיות והתרבותיות המוטמעות באופן מודע ובלתי מודע בקרב שופטים.⁵⁹

הכתיבה הביקורתית בתחום המוגבלות ממשיכה את הדיון בשאלות של קול ומתייחסת לאתגרים הספציפיים המוצבים בפני אנשים עם מוגבלויות, חלקם דומים לאלו של נשים וחלקם ייחודיים. כמו נשים, גם א/נשים עם מוגבלויות סבלו וממשיכים לסבול מהשתקה ודיכוי. מעידה על כך סיסמת התנועה החברתית של אנשים עם מוגבלויות: "שום דבר עלינו בלעדיו", שמשמעותה שאין לקבל החלטות הן במישור האישי והן במישור הפוליטי מבלי להביא בחשבון את עמדותיהם של האנשים שהן נוגעות להם.⁶⁰ המקור לסיסמה זו הוא ההשתקה הנמשכת של אנשים עם מוגבלויות בכל תחומי החיים. כמו מקינן, גם אנשים עם מוגבלויות טוענים כי יש פערי כוחות חברתיים בין אנשים ללא מוגבלויות, המאיישים את עמדות הכוח ומעצבים את החברה בדמותם, לבין אנשים עם מוגבלות, הסובלים מנחיתות חברתית עמוקה.⁶¹ השתקה זו הנה תוצר של תהליכים היסטוריים וחברתיים הבאים לידי ביטוי לא רק בנורמות החברתיות הרווחות, אלא גם באופן שבו הסביבה והמוסדות החברתיים בנויים ומעוצבים. כך, למשל, הדרתם ודחיקתם של אנשים עם מוגבלויות אל מחוץ לחיים החברתיים באמצעות הקמת מערכות דיור וחינוך נפרדות והיעדר נגישות גורמים לכך שהם הופכים לבלתי נראים ובלתי נשמעים. יתרה מכך, גם כאשר קולם נשמע, הוא אינו זוכה לתשומת לב והערכה. הם נתפסים כמי שאינם יודעים מה טוב עבורם, חסרים את הכושר הרציונלי והאינטלקטואלי

57 בילסקי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 428; יובל מרין "מבט פמיניסטי על דיני הראיות: ה"אמת" הממוגדרת והשתקת הקול השונה" המשפט טז 97 (2011).

58 בילסקי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 427.

59 ראו, למשל, שם; יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי" משפטים 31(3) 579 (2001); Susan Estrich, REAL RAPE (1987); מרין, לעיל ה"ש 57.

60 JAMES I. CHARLTON, NOTHING ABOUT US WITHOUT US – DISABILITY OPPRESSION AND EMPOWERMENT (2000).

61 ראו לעיל פרק א.1.

הנדרש או דוברים באופן אישי ולא מתוך מומחיות ואובייקטיביות, ולכן תרומתם לשיח המקצועי והציבורי נתפסת שולית או מוטלת בספק.⁶² בדומה למאמץ של גיליגן לאתר את הקול הנשי, שמאתגר את סולם הערכים הגברי השולט בחברה, הגישה הביקורתית למוגבלות מבקשת להשמיע את הקול האלטרנטיבי הנובע מחוויית החיים עם מוגבלות ולא את הנחות היסוד של הרוב בחברה ביחס לחוויה זו. הנחות יסוד אלו מטילות כאמור ספק בערך הטמון בקולם של אנשים עם מוגבלויות ואינן מכירות בו כרכיב הכרחי בעיצוב ההסדרים החברתיים הנוגעים לתנאי חייהם. במסגרת המאבק ל"השמעת קול" אפילו השימוש במונחים "קול" ו"שמיעה" הנו בעייתי, שכן הוא חושף את הנורמות הסמויות של החברה ואת נטייתה להעדיף דרכי ביטוי מקובלות על פני דרכי ביטוי אלטרנטיביות. הביטוי "שיח חירשים", למשל, מניח היעדר יכולת הקשבה והבנה בעת תקשורת עם אדם חירש או בין אנשים חירשים. הביטוי "עיוורת לנעשה סביבה" מניח שעיוורים אינם מודעים לסביבתם ואינם מבינים אותה. לא זו בלבד שביטויים אלה משקפים הנחות תרבותיות שגויות, אלא הם גם משמרים ומנציחים אותן ומעבירים מסר שקולם של אנשים עם מוגבלויות אינו אמין וערכו פחות.

ואולם, האתגר שבהשמעת קולם של א/נשים עם מוגבלויות הוא בעל רובד בסיסי ועמוק עוד יותר: אנשים עם מוגבלויות צריכים להתמודד עם ההנחה שחייהם הנם חיי סבל מתמשך ועם התפיסה החברתית, הרווחת למדי, שלפיה עדיף למות מאשר לחיות עם מוגבלות.⁶³ הקול שפעילים וכותבים רבים בתחום משמיעים שונה מהקול המדוכא, הפסיבי והמיואש שחברת הרוב מצפה מאנשים עם מוגבלויות להשמיע. זהו קול שחושף עולם תרבותי מקביל של מאבק, משמעות ויצירה, הנאה ושמחה וגם גאווה.⁶⁴ זהו קול שאיננו מבטא ניסיון "להתגבר" על המוגבלות ולהפוך "נורמלי", אלא קול המבקש לתת משמעות למוגבלות, לראות בה חלק מן המצב הקיומי ולהרחיב את המגוון האנושי המתקיים בכל חברה. עם זאת, עבור חלק מן הא/נשים עם מוגבלויות, הדרישה להשמעת קול אינה יכולה להתמצות בהסרת דעות קדומות ובהקשבה גרידא. פעמים רבות נדרשים שינויים מבניים בעיצוב הסביבה הרלוונטית באמצעות נגישות והתאמות שיאפשרו לאנשים עם מוגבלויות להיות חלק מהמרחב הציבורי. הרחבת הדיון אל עבר שינויים מבניים המאפשרים הקשבה והשמעה אפקטיבית יכולה להעשיר את הדיון הפמיניסטי, אשר לכוד לעתים בשאלות של

62 SIMI LINTON, CLAIMING DISABILITY: KNOWLEDGE AND IDENTITY (1998)

63 Martin Pernick, *Defining the Defective: Eugenics, Aesthetics, and Mass Culture in Early 20th-Century-America*, in THE BODY AND PHYSICAL DIFFERENCE: DISCOURSES OF DISABILITY 89 (David T. Mitchell & Sharon Snyder eds., 1997); Steven Selden, *Eugenics and the Social Construction of Merit, Race and Disability*, 32 J. CURR. ST. 235 (2000); Ruth Hubbard, *Abortion and Disability – Who Should and Who Should Not Inhabit The World*, in THE DISABILITY STUDIES READER 187 (Lennard J. Davis ed., 1997)

64 John Swaine & Sally French, *Towards an Affirmation Model of Disability*, 15 DISABILITY & SOC'Y 569 (2000); Carol J. Gill, A *Psychological View of Disability Culture*, 15 DIS. STUD. Q. 16 (1995)

דמיון ושוני ומתקשה לפרוץ את גבולות השיה מבלי לחזק הנחות בדבר נחיתותן ושונויות האינהרנטיות של נשים.

(ג) נגישות וקול

הזכות לנגישות במובנה הרחב מתייחסת לאפשרות של א/נשים עם מוגבלויות, כמו גם א/נשים בכלל, לנוע במרחב, להשתתף בפעילויות וליהנות משירותים המוצעים לכלל הציבור.⁶⁵ הנגישות לצדק, להליך משפטי הוגן ולשירותי המשפט שהמדינה מספקת הנה חלק מעקרונות הנגישות הרחב, החולש על פני תחום הזכויות של אנשים עם מוגבלויות בכללותו, והיא נגזרת גם מעקרונות השוויון בפני החוק.⁶⁶ בעשורים האחרונים התפתחה ספרות משפטית העוסקת בקשר בין יכולתו של צד לדין לספר את סיפורו ולהשמיע את קולו לבין נגישות לצדק והליך הוגן, בעיקר במסגרת גישת הצדק הפרוצדורלי (procedural justice) וגישת המשפט הטיפולי (therapeutic jurisprudence).⁶⁷ שיאה של ההתפתחות הזו הוא הטענה שהעיקרון של "השמעת קול" הוא תכלית עצמאית נוספת של ההליך הפלילי.⁶⁸ מאמר זה מתיישב עם כיוונים אלו ואף תומך בהם, אך לצורך הדיון נבקש להתמקד בטענה שהשמעת קול הנה אמצעי לכירורג אשמה וחפות וחשובה לצורך נגישות לצדק ושוויון בהליך, ולא באפשרות שהיא מקימה תכלית עצמאית נפרדת מהן.

עבור אנשים עם מוגבלויות, הקשר בין השמעת קול ובין נגישות לצדק הנו לעתים בסיסי ביותר, שכן קולם של רבים מקרבם אינו נשמע במובן המילולי והפיזי, כגון אנשים עם לקויות שמיעה ולקויות בדיבור או אנשים עם מוגבלויות נפשיות, שכליות או קוגניטיביות. הסרת סטיגמה ודעות קדומות יכולה לסייע למי שדיבורה רהוט באופן שעומד בסטנדרטים של חברת הרוב או למי שההקשבה לה דורשת מאמץ קל בלבד. ואולם, אנשים עם מוגבלויות מתמודדים עם חסמים פיזיים ומבניים נוסף על אלו התפיסתיים. במקרים רבים השמעת קול אפקטיבית

65 ראו נגישות החברה הישראלית לאנשים עם מוגבלות בפתח המאה ה-21 (דינה פלדמן, יעל דניאל-להב ושמאל חיימוביץ' עורכים, 2007).

66 יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497 (2003). ראו גם ג'וני גל ומימי אייזנשטדט "מבוא: נגישות לצדק חברתי בישראל" ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

67 גישת הצדק הפרוצדורלי (procedural justice) מבקשת להדגיש כי תחושת הצדק של האדם שהוא צד להליך אינה בהכרח נגזרת מתוכן ההכרעה הסופית בתיק, אם הוכרע לטובתו או לרעתו, אלא מדרך קבלת ההכרעה ומהשאלה אם הרגיש שקולו נשמע ו"ניתן לו יומו בבית המשפט". ראו Tom R. Tyler, *What is Procedural Justice: Criteria Used By Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures* 22 L. & Soc. Rev. 103 (1988). גישת המשפט הטיפולי בוחנת את הפוטנציאל התרפויטי או האנטי-תרפויטי הטמון בהליך המשפטי. ראו David B. Wexler & Bruce J. Winick, *A Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* (1996).

68 למאמר המבקש לקדם תפיסה כזו בנוגע לתכליותיו של ההליך הפלילי ביחס לנפגעות תקיפה מינית ראו Hadar Dancig-Rosenberg, *Sexual Assault Victims – Empowerment or Re-Victimization? The Need for a Therapeutic Jurisprudence Model*, in *TRENDS AND ISSUES IN VICTIMOLOGY* 150–174 (Ronel N., Jaishankar K., & Bensimon M. eds., 2009).

דורשת את התאמת הסביבה והנגשתה כדי לממש הקשבה אמיתית ומלאה וליצור תנאים של שיח שבמסגרתו כל המשתתפים מתבטאים באופן שמאפשר להם להביע את עצמם ולהבין את זולתם.

התאמת הסביבה והנגשתה באות לידי ביטוי, למשל, בתקשורת של אנשים עם לקויות שמיעה המתאפשרת באמצעות שפת סימנים ושימוש בכתב או באמצעים טכנולוגיים שונים. דוגמה נוספת היא התקשורת עם אנשים עם לקויות שכליות,⁶⁹ אשר מתאפשרת על ידי שימוש באמצעים טכנולוגיים המותאמים ללקות וכן באמצעות הנגשה מהותית המסייעת בביאור התוכן הנמסר. עם זאת, יש הבדל בין המקרים. בעוד בהקשר של לקויות שמיעה אמצעי התקשורת יוצרים מישור שיח שוויוני העומד בנורמות החברתיות המקובלות מבחינת תוכן, רהיטות וקוהרנטיות, במקרה של אנשים עם מוגבלויות שכליות נדרשת לעתים גם הנגשה מהותית. כאמור, בהנגשה מהותית כוונתנו להנגשה שאינה רק פיזית, אלא כזו המבארת את התוכן הנמסר ומסייעת בהבנת מאפייניה של הלקות הרלוונטית והאופן שבו הם משפיעים על תוכן הדברים, כגון התמצאות במרחב ובזמן, הבחנה בין אמת לבדיה ועוד. הנגשה כזו מסייעת בהסרתו של רובד נוסף של דעות קדומות וסטריאוטיפים, שלפיהם אי-אפשר להאמין לדבריהם של אנשים עם מוגבלויות או לסמוך עליהם כדוברים בעלי ערך.⁷⁰

אנו מציעות לראות את ההנגשה המהותית הנדרשת ולהמשיגה כפעולה של תרגום, על פי משנתו של ג'יימס בויד וייט.⁷¹ פעולת התרגום המשפטי שרויה במתח פנימי בין שתי תכליות מנוגדות: מצד אחד, היא מחויבת לשמירה על קולו האותנטי של העד, כך שמתוך הצורך ב"חקר האמת" צומחת הכרה באחרותו של הזולת ובמאפייניו הייחודיים; מצד אחר, היא מצריכה עיבוד מידע כך שיתאים לדין ולביסוס הטיעון המשפטי באופן שבהכרח מטשטש את החוויה האותנטית של העד, בשל הצורך בהדגשת פרטים מסוימים והשמטת פרטים אחרים. המסקנה המתבקשת היא אפוא שעל המשפט לספר את הסיפורים האישיים של העדים בדווקנות על מנת לנטרל ככל שניתן את העיבוד הפוגע באובייקטיביות של הסיפור.⁷² דברים אלו מקבלים משנה תוקף עת מדובר בתרגום עדותם של אנשים עם מוגבלויות שכליות או נפשיות. בכוחה של ההנגשה המהותית, הנוכרת לעיל, להקטין במידת האפשר את העיבוד המשפטי ולהציג בפני שופטים עדות אישית, כזו שתעשה צדק עם העדה בכך שתאפשר לה לספר את סיפורה וכך תקדם גם את המטרה של בירור חפות ואשמה. בדיון זה אין חשיבות בהכרח לשאלה אם האדם המעיד הנו נפגע העבירה, מבצע העבירה או עד תמים; כל

69 הדברים האמורים כאן בנוגע למוגבלויות שכליות נכונים בקשר לטווח רחב של מוגבלויות, כולל מוגבלויות נפשיות, אוטיזם ולקויות קוגניטיביות אחרות. יש לזכור כי מדובר במגוון של מוגבלויות, וכי לאנשים שונים צרכים שונים.

70 להרחבה בעניין הכללים בדבר עדותם של אנשים עם מוגבלות, ראו להלן פרק ב.1.

71 JAMES BOYD WHITE, JUSTICE AS TRANSLATION: AN ESSAY IN CULTURAL AND LEGAL CRITICISM (1990). ראו גם אורית קמיר "תרגיל במשפט וספרות: המשפט כמתרגם ומכונן זיכרון (או: ג'יימס בויד וייט פוגש במשפט יהודי ודמוקרטי, במחמוד דרוויש ובפסק הדין מדינת ישראל נ' יגאל עמיר)" מחקרי משפט יח 323 (2002).

72 ש.ם.

המעורבים בהליך ראויים ליהנות מהליך הוגן, מהגנה על זכויותיהם ומהאפשרות להשמיע את קולם. בחלק הבא נבקש להתמקד במעמדם של נפגעי עבירה בהליך הפלילי ובשינויים שחלו בתחום זה בשנים האחרונות.

3. אנשים עם מוגבלויות כנפגעי עבירה

התאמת ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלויות שהם נפגעי עבירות מין ואלמות קשורה באופן הדוק גם לדיונים המתקיימים בעשורים האחרונים בדבר מעמדם של נפגעי עבירה בהליך הפלילי.⁷³ לפיכך הם נמצאים בנקודת מפגש של שני צירים של שוליות והדרה חברתית-משפטית – ראשית כאנשים עם מוגבלויות ושנית כנפגעי עבירה. נפגעי עבירה נחשבים גם הם קבוצה מוחלשת בשל מבנהו המסורתי של ההליך הפלילי, המדיר אותם ממנו. נפגעי העבירה נחשבו חסרי מעמד מיוחד במסגרת ההליך, אלא כעדים פוטנציאליים, ומעורבותם בהליך נתפסה כפגיעה בזכויות הנאשמים.⁷⁴ המאבק על מעמדם של נפגעי העבירה בהליך העניק להם מקום משמעותי יותר בהליך מתוך ההכרה בחשיבות קולם לצורך בירור האמת ומתוך הכרה ביתרונות של מעורבות זו כמקדמת את שיקומם מן הפגיעה.

ברקע המאבק לזכויות נפגעי עבירה נמצא ההליך הפלילי המערבי המסורתי, והאדברסרי בפרט, אשר מתנהל בין המדינה לבין מי שחשוד בביצוע עבירה, הליך שמאפייניו זכו לביקורת פמיניסטית בשל ההנחות הגבריות שעליהן הוא מבוסס.⁷⁵ נפגע העבירה מודר בדרך כלל מהליך זה ותרומתו מתמצית בשלב החקירה ובמתן עדות בבית המשפט. קידום זכויותיהם של נפגעי העבירה נועד לתת לנפגעים מקום חשוב יותר בהליך תוך הכרה במעמדם הייחודי כמי שהיו יעד הפגיעה ועדיין נושאים את תוצאותיה בגופם ובנפשם. הקושי העיקרי בקידום זכויות של נפגעי עבירה בהליך הפלילי הוא בכך שהן נתפסות כפוגעות בזכויות הנאשמים המוחזקים כחפים עד שלא יוכח אחרת וכמי שצריכים לשלם את חובם במסגרת העונש המוטל עליהם בבית המשפט ולא מחוצה לו. החשש הוא שהאינטרס הפרטי של הקורבן יגבר על האינטרס הציבורי הכללי וכי רגש הרחמים וההזדהות עם קורבן העבירה ישפיעו על בית המשפט ויפגעו בשיפוטו האובייקטיבי ונטול הפניות. מנגד, הנימוקים התומכים בזכויות נפגעי העבירה בהליך הפלילי מדגישים כי נקודת המבט של נפגע העבירה הכרחית לצורך קבלת הכרעות נכונות לאורך הדרך.⁷⁶

המאבק לקידום מעמדם וזכויותיהם של נפגעי ונפגעות עבירה קשור אף הוא קשר הדוק לשאלות של קול ושל יחסי כוחות במשפט, והכתיבה הפמיניסטית סייעה רבות בקידומו. התומכים במתן קול לנפגעי עבירה בהליך הפלילי מוצאים אותו רב חשיבות מכמה סיבות. סיבות אלה קשורות הן בחוויה האישית של הפרט, שזהותו העצמית מתעצבת מתוך השיח עם

73 ראו פרק ב.3.

74 ש.ם.

75 בילסקי, לעיל ה"ש 55; מרין, לעיל ה"ש 57.

76 ש.ם, בעמ' 190–201.

האחר, ⁷⁷ הן בתהליכי עיצוב זהות קולקטיביים והן בקידום הסדרים משפטיים ראויים יותר. ראשית, היעדרו של קול, כלומר שתיקה, נתפס כסימן לחולשה, לפסיביות ולהיות קורבן העבירה נתונה לשליטתם של הפוגע, של הנורמות החברתיות ושל הפרוצדורות המשפטיות.⁷⁸ כך, למשל, התפיסות החברתיות המטילות אשם בנפגעת תקיפה מינית, מייצרות אווירה של בושח מצדה ומטילות ספק באמינותה, בהתנהגותה או באופייה משתיקות אותה מלהתלונן ומונעות הגשת כתבי אישום.⁷⁹ מתן קול בהליך הפלילי מאפשר לנפגעת העבירה להיות מעורב בהליך, להיות אקטיבי ולומר את דברו. מבחינה אישית, זוהי אפשרות לשקם את חוויית הפגיעה.⁸⁰ מבחינה חברתית, זוהי אפשרות למתן לגיטימציה לנפגעת ולהסרת מעטה ה"אשם" והפסיביות מעליה.⁸¹ מבחינה משפטית, התוצאה היא הגברת הסיכוי למיצוי הדין עם הפוגע. שנית, הקול האנושי יוצר שיח בין השחקנים השונים ומעמיד אותם במעמד שווה, באופן שנועד לערער על היררכיית הכוח שבאה לידי ביטוי באירוע האלימות עצמו ולא לשכפל אותה.⁸² שלישית, מתן מקום ולגיטימציה לריבוי קולות בהליך הפלילי יסייע בחיזוק מעמדם של קולות אלו במשפט ובחברה ותחייב את מערכת המשפט ואת החברה בכללותה ללמוד להקשיב לקולות אחרים ומגוונים.⁸³ לסיום, הקול בהליך המשפטי איננו רק קולו של האינדיבידואל, אלא הוא פותח צוהר לעולמה של קבוצה שלמה שאליה משתייך הפרט.⁸⁴ כאשר מדובר בקבוצה נטולת כוח חברתי, שהשפעתה על עיצוב ההסדרים החברתיים מועטה, יש בהשמעת הקול פוטנציאל תרומה לשינוי מערך הכוחות החברתי. כך בנוגע לנשים, כך בנוגע לנפגעי עבירה וכך בנוגע לאנשים עם מוגבלויות.

- 77 בילסקי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 424. סיבות אלו קשורות גם לעקרונות של צדק הליכי ומשפט טיפולי.
- 78 שם, בעמ' 429, 461–462.
- 79 שם, בעמ' 441–443.
- 80 טלי גל וורד וינדמן "ילדים נפגעי עבירה בישראל: ריבוי קשיים, מיעוט מענים" בטחון סוציאלי 63, 210, 213 (2002).
- 81 למעשה, מנגנון העדות, מעבר להיותו גורם מסייע בחקר האמת, תורם לפרט על ידי הרחקתו מתפיסתו בעיני הציבור ובעיני עצמו כקורבן נצחי. רטוריקה של קורבנות יוצרת, כדבריה של מרתה מינו, "נטייה לצבוע את כל זהותו של אדם במונחי תכונה אחת – אישה מוכה, נכה, נאנסת". ראו Martha Minow, *Surviving Victim Talk*, 40 UCLA L. REV. 1411, 1429 (1993). היעדר אפשרות לפעולה אקטיבית מקשה להילחם בתפיסה זו ואף מסייע בהנצחתה. ראו שמחה לנדאו "התפיסה החברתית לגבי קורבנות: קווים להגדרת ממדי הוויקיטימולוגיה" מגמות בקרימינולוגיה 797, 806–807 (2003).
- 82 בילסקי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 430.
- 83 שם, בעמ' 429.
- 84 שם, בעמ' 431. באומרנו שקול זה משמש צוהר לעולמה של קבוצה שלמה איננו מתכוונות לכך שהוא מייצג את הקבוצה כולה, אלא שהוא מאפשר היכרות עם קול אחד ממגוון הקולות הקיימים בתוכה. לדיון בשאלת היחס בין הקול האינדיבידואלי לקול הקולקטיבי בהקשר של נשים מוכות, ראו Hadar Dancig-Rosenberg & Dana Pugach, *Pain, Love and Voice: The Place of Domestic Violence Victims in Sentencing*, 18 MICHIGAN JOURNAL OF GENDER & LAW 423 (2012).

ארבעת הטיעונים הללו מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בקבוצות המתמודדות עם שוליות כפולה או משולשת, כגון אנשים עם מוגבלויות. כך, חוויית הקורבנות (victimization) של נפגעי עבירה עם מוגבלות שכלית עשויה להתעצם בשל תחושת הנחיתות והפסיכיות שהיא נחלתם מלכתחילה.⁸⁵ אנשים עם מוגבלות שכלית חווים לעתים קרובות בידוד חברתי⁸⁶ ודבריהם אינם זוכים להקשבה ואמון וליחס כאל בני אדם בעלי ערך.⁸⁷ קיומו של שיח משמעותי בעת החקירה, או בבית המשפט, יכול למלא פונקציה של תיקון בהקשר זה ולהשפיע לחיוב על תהליכי עיצוב זהות, שכן הוא מאפשר לנפגע או לנפגעת העבירה להשמיע ולהישמע; קולה האותנטי של נפגעת העבירה המספר את סיפורה מופנה לאדם אחר, המקשיב הקשבה מלאה לאותו קול ומייחס לו משמעות ומשקל ראויים.⁸⁸

הערך הטמון בהשמעת הקול מתחבר לסיסמת התנועה של אנשים עם מוגבלויות שנוכרה לעיל: "שום דבר עלינו בלעדינו". השמעת קולם של נפגעי עבירה עם מוגבלות שכלית מאפשרת להם לבטא את עצמם כפרטים ולהעביר מסר קבוצתי לציבור, שלפיו לא ניתן להניח שכל המשתייכים לקבוצה הזו אינם מסוגלים להעיד, שעדותם אינה אמינה, שדבריהם מבוססים על שקרים ובדיות וכדומה. העדות מעבירה מסר של מסוגלות ויכולת וממחישה את הצורך בבחינת כל מקרה לגופו, זאת תוך הימנעות מהשמת כלל הציבור המשתייך לקבוצה מסוימת באותה הקטגוריה ותוך הבנה שכל אדם חווה את חוויית החיים עם המוגבלות באופן שונה ושחשוב שהסיפור האישי של כל אחד ואחת יישמע.⁸⁹ רק דרך יציאה למרחב הציבורי, אינטראקציה עם אנשים והישמעות ניתן להילחם בסטריאוטיפים המזיקים לכלל הפרטים בקבוצה.

נכון שהקול הנשמע בבית המשפט אינו נקי ו"אותנטי"; זהו קול שעובר תרגום לשפה משפטית וכן מסננות של חקירה במשטרה, חקירה נגדית, שאלות שופטים וכדומה.⁹⁰ טענה זו אפשר להפנות כלפי כל עדות שהיא. האתגר בעדותם של אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות הוא ליצור מערך התאמות שיאפשר לקולם ליהנות ממעמד שווה לזה של קבוצות אחרות בהליך הפלילי. מעמד זה כולל, כאמור, הן את האפשרות להשמיע והן את האפשרות

85 לנדאו, לעיל ה"ש 81, בעמ' 799.

86 Margaret A. Nosek, Rosemary B. Hughes, Nancy Swedlund, Heather B. Taylor & Paul Swank, *Self Esteem and Women With Disability*, 56 Soc. SCIE. & MED. 1737, 1741-1743 (2003).

87 פעמים רבות ה"הישג" העיקרי במסגרת ההליך המשפטי מבחינת נפגעות עבירה הוא שהקשיבו להן, שהאמינו להן, שהתייחסו אליהן כאל אדם בוגר, שהתייחסו אליהן כאל אדם. מתוך ריאיון עם נעמה לרנר, מנהלת המחלקה הקהילתית של ארגון "בזכות" (15.5.2007). מחקרים מראים שנפגעי עבירה בכלל, ונפגעות עבירות מין בפרט, מבקשים פעמים רבות הכרה בפגיעה, השמעת קול והתייחסות מכבדת ומכילה. ראו למשל אורי ינאי "חידוש במשפט הפלילי: הגשת 'תסקיר נפגע עבירת מין' על ידי שירות המבחן למבוגרים" מגמות בקרימינולוגיה: תיאוריה, מדיניות ויישום 235 (2003); Mary J. Coombs, *Telling the Victim's Story*, 2 TEX. J. WOMEN & LAW ; (1993) 277.

88 בילסקי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 430.

89 Mor, לעיל ה"ש 12, בעמ' 71.

90 בילסקי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 431; קמיר, לעיל ה"ש 71.

להישמע. האפשרות להשמיע משמעותה האפשרות להתבטא, לספר סיפור, למסור מסר, ואילו האפשרות להישמע משמעה האפשרות שהמסר ייקלט על ידי הנמען או הנמענת שלו. התאמה מלאה של מערכת המשפט מצריכה הקשבה קולקטיבית לניסיונם של אנשים ונשים עם מוגבלויות בדבר היעדר הנגישות הכולל של המערכת וכן הקשבה פרטנית לאיש או לאישה הבאים לספר את סיפורם בעת חקירה או מתן עדות. בלעדי הקשבה זו לא תוכל המערכת להתאים את עצמה למגוון הקולות הקיים ותיפגע יכולתה לענות לשאלות של אשמה וחפות. בהמשך המאמר נתמקד באותן תלונות המצליחות למצוא את דרכן אל תחנת המשטרה ואל אולם בית המשפט למרות הקשיים העצומים שבדרך. נדון בחסמים העומדים בפני נפגעי עבירה עם מוגבלויות שכליות בהליך הפלילי ובמנגנונים להתאמת ההליך שיאפשרו גם את מיצוי הדין עם הפוגעים.

ב. אתגרים פרוצדורליים

בפרק זה משורטטים התנאים שבמסגרתם ניתנה עדותם של אנשים עם מוגבלויות שכליות בטרם נחקק חוק הליכי חקירה והעדה. הוא פורס את הרקע לחקיקה ואת העקרונות שהנחו את יוזמיה ומנסחיה.

1. כשרות להעיד והערכת העדות

ההסדר המשפטי בדבר הערכת עדותם של אנשים עם מוגבלויות שכליות עבר שינויים מספר במהלך השנים. בעבר לא הייתה התייחסות מפורשת לכך בחקיקה. כך, סעיף 2 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 קבע כי "הכל כשרים להעיד" בכפוף לחריגים הנוגעים לעדות בני זוג ולעדות הורים וילדיהם.⁹¹ למרות כלל מצומצם זה, על פי הכלל שהתגבש בפסיקה קבילות עדותם של אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות מותנית במבחן כפול, אשר נקבע במשפט האנגלי,⁹² ואומץ בעניין בשארי.⁹³ על פי המבחן הכפול, אדם עם מוגבלות נפשית יהיה כשיר למסור עדות בהתאם להבנתו את משמעות השבועה והחובה לומר אמת ובהתאם לכושרו למסור עדות בעניין נשוא הדיון בבית המשפט. כשירות למסור עדות נבחנה על פי המדדים הבאים: (1) הכושר לתפוס ולהבין את המתרחש סביב (capacity of observation); (2) כושר הזיכרון (capacity of recollection); (3) כושר ההתקשרות עם האחר (capacity of communication).⁹⁴ כללים אלו אפשרו לשופטת שהתרשמה מעדות מסוימת כמבולבלת ובעלת

91 ס' 3 ו-4 לפקודת הראיות; דניאל יחזקאל דיני ראיות 41 (2001).

92 Reg. v. Hill, 5 Cox C.C. 259 (C.A.) (1851).

93 ע"פ 507/62 בשארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 675, 679 (1963).

94 יעקב קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה חלק ראשון 508 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009). עניין בשארי, לעיל ה"ש 93. פסק הדין קובע כי בכוחם של המבחנים האמורים לעיל לאפשר לבית המשפט לבחון באיזו מידה פגעה המחלה בכושר ההעדה של העד עם המוגבלות, אך בחינת הדברים אל לה להיעשות על פי קנה מידה קבוע כי אם על פי בירור פרטני של מצבו של העד. שם, בעמ' 679–680.

סתירות לשייך את הקשיים המתעוררים למחלתו של העד או למוגבלותו ואף לפסול בשל כך את העדות.⁹⁵

עם השנים עברו דיני הראיות מכללי קבילות לכללי משקל.⁹⁶ על פי גישה זו, העדות היא קבילה ואם יתגלו סדקים באמינותה, הדבר יבוא לידי ביטוי במשקל שיינתן לה.⁹⁷ סעיף 53 לפקודת הראיות קובע כי "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם עניין שעל בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".⁹⁸

גם בהקשר של מוגבלות התחולל מעבר לכללי משקל. בעניין ברדה סוכמה ההלכה באשר להערכת משקל עדותו של אדם עם מוגבלות נפשית, המבוססת על מבחן משולש: (1) מבחן ההתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט מן העד (תוך מתן משקל לחוות דעת רפואית); (2) מבחנה הפנימי של העדות – בחינת העדות דרך אומדן של היגיון ושכל ישר; (3) מבחנה החיצוני של העדות – השוואה בין דברי העד ובין ראיות אחרות.⁹⁹ בפסק הדין בעניין מעודה הרחיב השופט סטרשנוב את תחולת המבחן גם ביחס לעדותם של עדים עם מוגבלות שכלית.¹⁰⁰ השופט דורנר בעניין פלוני הדגישה כי יש ליישם את המבחנים הללו מתוך התחשבות במוגבלות העד או העדה. כך, למשל, ביחס למבחן הראשון, תשובה שעלולה לפגוע במהימנותו של עד "רגיל" לא בהכרח תפגע במהימנותו של עד עם מוגבלות. גם ביחס למבחן השני מציינת השופטת כי יש להבין את ההיגיון של העדות בעזרת מי שיכול להסבירה, כגון מומחים שחוות דעתם תוגש לבית המשפט ותסייע לשופטים בהבנת העדות.¹⁰¹ חשיבותו של פסק הדין היא גם בהבנה שביטא לקשר בין דיני הראיות לבין מעמדם של אנשים עם מוגבלויות בחברה בציינו כי אין מקום להטלת סטיגמה גורפת על כלל האנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות.¹⁰² נוסף על כך, האפשרות להציג חוות דעת של מומחה בנושא הייתה פתח חשוב להתרת התאמות מסוימות בהליך הפלילי במסגרת כללי הראיות הרגילים.

- 95 לאחר חוק ביטול השבועה התמקדו שופטים בבחינת קבילותה של עדות בעיקר בהתאם לכושרו של העד למסור עדות. את חלקו הראשון של המבחן הכפול שאומץ בעניין בשארי – הבנת משמעות השבועה והחובה לומר אמת – החליף מבחן הכבודק את הבנתו של העד בנוגע לחובה החברתית למסור עדות אמת. קדמי, לעיל ה"ש 94, שם.
- 96 ע"פ 5339/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נו(3) 769, 775 (1999).
- 97 הדבר בא לידי ביטוי גם ב-601 Federal Rules of Evidence שנחקק בארצות הברית ב-1975 ושיקף ריחוק מן המודלים של המשפט המקובל שיצרו קטגוריות של אי-כשירות. לקוח מתוך: Mary M. Colier, *The Mentally Deficient Witness: The Death of Incompetency*, 14 L. & PSYCH. REV. 107, 109–111 (1990).
- 98 ס' 53 לפקודת הראיות.
- 99 ע"פ 800/85 ברדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 271, 266 (1986). ראו גם קדמי לעיל ה"ש 94, בעמ' 514–516.
- 100 ת"פ (ת"א) 7/95 מעודה נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- 101 ע"פ 5339/98 פלוני, לעיל ה"ש 96 (השופטת דורנר מפרטת בפסק הדין את ההסדרים שיהוו לימים את הבסיס לחוק הליכי חקירה והעדה).
- 102 שם, בעמ' 776.

לכאורה המעבר מכללי קבילות לכללי משקל אמור היה להיטיב את מצבם של אנשים עם מוגבלויות שכליות, להקל את קבלת עדותם בבית משפט ואת הגשת כתבי אישום במקרים שבהם נפגעו מעבירה כלשהי. בפועל, אנשים עם מוגבלויות המשיכו לסבול מנחיתות בהליך הפלילי, ששורשיה הם סטיגמה וסטריאוטיפים מצד אחד והיעדר נגישות והתאמות מצד אחר. אלו הזינו הן את ההתרשמות מן העדות לגופה והן את ההתרשמות היחסית מן העדות אל מול עדות התוקף, אשר נהנה מיתרון בהיותו ללא מוגבלות. קשיים אלו הביאו בסופו של דבר, בשנת 2005, לחקיקת חוק הליכי חקירה והעדה, אך בטרם נציג את החוק והשינוי שביקש להביא נדגים את הקשיים שהיו כרוכים במצב המשפטי שקדם לו.

2. חסמים מבניים בהליכי החקירה וההעדה

הגמשת כללי הראיות והמעבר מכללי קבילות למשקל הייתה מהלך הכרחי אך לא מספיק על מנת לאפשר את חקירתם והעדתם של אנשים עם מוגבלויות. חסמים ומכשולים נוספים נותרו ברמה המוסדית והארגונית, ומקורם בהימשכותן של דעות קדומות המפקקות מלכתחילה ביכולת לגבות עדות מאנשים עם מוגבלויות וכן בהיעדר היערכות מתאימה במשטרה ובבתי המשפט לקבלת העדות.

בעיה מרכזית בגביית עדויות מאנשים עם מוגבלויות שכליות היא הצורך בקיומו של כוח אדם משטרי שהוכשר והתמקצע בחקירת אנשים עם מוגבלויות. תחקור מתלוננים עם מוגבלויות דורש מיומנות; יש לדעת כיצד לדובב, כיצד להפנות שאלות כך שיהיו ברורות במקרים של קשיי הבנה או תקשורת וכיצד לשמור על סגנון דיבור ונימת קול רגועה על מנת שלא להרתיע את הנחקרת. החוקרים נדרשים לידע בדבר תופעות מסוימות העלולות לפגוע באחידות תשובותיו של המתלונן, כמו למשל החשש להיתפס כ"לא יודע", הצורך לרצות את בעל הסמכות (השוטר או עורך הדין בבית המשפט), קושי בחשיבה מופשטת או שימוש שגוי בביטויים ובסלנג.¹⁰³ כמו כן, פעמים רבות יש להיעזר בגורמים מקצועיים שמכירים את המתלונן הספציפי על מנת לפרש את תוכן תלונתו.¹⁰⁴ היעדרו של כוח מקצועי בעל מיומנות בתחום גרם לא פעם לחוסר אמון מספיק בדברי המתלונן ולכך שתיקי המשטרה לא הבשילו להליך משפטי עקב חוסר בראיות.¹⁰⁵ בעבר התבטאה בעיה זו בחוסר מודעות לעצם הצורך בכוח אדם מיומן ובהנחה שהקושי במתן העדות נובע מהמוגבלות עצמה, אשר אינה מאפשרת תקשורת ראויה עם הנפגע. עם השנים גברה המודעות לנושא, אך היעדר נכונות לשינוי מבני פנימי, היעדר משאבים, מכשולים פרוצדורליים וקשיים נוספים גרמו להתגבשות ההכרה שרק שינוי בחקיקה, בדומה לזה שנעשה בהקשר של העדת ילדים, יוכל להביא לשינוי.

מיעוט המקרים שעברו את "משוכת" המשטרה והגיעו לבית המשפט העמידו אתגרים נוספים בפני מתלוננים, ביניהם זרותו של אולם בית המשפט, הכללים הנוקשים שבו, הלבוש המיוחד, השפה הרשמית, כללי הכבוד, המפגש עם הנאשם בבית המשפט, החקירה הנגדית

103 לרנר "צדק צדק תרדוף", לעיל ה"ש 30, בעמ' 43.

104 לרנר "אנשים בעלי מוגבלות כנפגעי תקיפה מינית", לעיל ה"ש 29, בעמ' 78.

105 דגן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 24.

והזמן הרב שעבר מקרות המקרה ועד המשפט, העלול להביא למצב של הדחקה קיצונית וחוטר יכולת לספר את שהתרחש.¹⁰⁶

המקרה שהוצג בתחילת המאמר מדגים את חשיבות ה"תרגום" הנדרש לעתים כדי להנגיש את העדות בפני השופטת ולהופכה לבהירה ולמהימנה. אלא שבמקרים רבים נעדר מבית המשפט הגורם אשר "יתרגם" עבור השופטים עדות שניתנה על ידי נפגעת עבירה עם מוגבלות שכלית ונעדרת גם מודעותם של בתי המשפט לחסר זה.¹⁰⁷ בתי המשפט הסתמכו על התרשמותם האישית מעדותם של אנשים עם מוגבלויות, על פי מבחני עניין ברדה, ובמערכת לא ניתן דגש מספק לצורך בעדותו של גורם מקצועי מוסמך שידע לתרגם עבור השופטים את אשר שמעו.¹⁰⁸ היעדר התרגום יצר מערך כוחות בלתי שוויוני, אשר העניק בעקביות יתרון לעדותו של נאשם ללא מוגבלות על פני עדותה של אישה עם מוגבלות שכלית. כך, למשל, בעניין ג'ולאני,¹⁰⁹ קרא בית המשפט "להדריך כדבעי את חוקרי המשטרה הרגילים לתת את הדעת לקשיים המיוחדים המלווים באופן אינהרנטי את חקירת תלונותיהם של מתלוננים מיוחדים אלו".¹¹⁰ בעניין קהלני,¹¹¹ קבע בית המשפט כי יש קושי בהערכת עדותה של אישה עם מוגבלות שכלית, הנובע בין היתר מחוסר יכולתה "לספר סיפור", מהצורך שלה בשאלות קונקרטיים ובסיסיות, משימוש לא נכון במונחים שהביא לסתירות בעדותה, מקושי בהגדרת זמנים וכן מניסיון לרצות את בעלי הדין בתשובה לשאלותיהם.

הצורך בהסדרה כוללת של התחום התעורר בקרב גורמים רבים, ביניהם ארגונים חברתיים, המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט. שותפות אינטרסים זו אפשרה את היווצרותה של תמיכה רחבה בחקיקה יחד עם תהליכים חברתיים נוספים שהתרחשו בד בבד עמה. החלק הבא מתמקד בחסמים העומדים בפני שופטים אשר צריכים לשמוע את העדות ולהעריכה – לקלוט ולהבין את המסרים והתכנים המועברים במסגרת עדותם של אנשים עם מוגבלויות שכליות ולקבל הכרעה בדבר משקלה של העדות.

3. סכמות קוגניטיביות ורטוריקה שיפוטית

לאחר שלבי החקירה במשטרה וההעדה בבית המשפט מגיע שלב הערכת העדות וההכרעה על ידי הרכב השופטים היושב בדין. בשלב זה באות לידי ביטוי הגישות, האמונות, ההנחות וההטיות המנחות את פסיקת השופטים, אם באופן גלוי ואם באופן סמוי, ואשר עלולות לשמש

106 "אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית בהליך הפלילי", לעיל ה"ש 29; ריאיון עם נעמה לרנר (15.5.2007), לעיל ה"ש 87.

107 פרק ג למאמר עוסק בהרחבה במקרה לדוגמה שבו הגורם המתרגם ומתווך הנו הרופא המטפל בנפגעת העבירה.

108 דוגמאות לטיעון ניתן למצוא בפסקי הדין הבאים: תפ"ח (מחוזי-י) 3021/00 מדינת ישראל נ' אבו אלהוא (פורסם בנבו, 30.1.2001); תפ"ח (מחוזי ת"א) 7/96 מדינת ישראל נ' קהלני (פורסם בנבו, 29.12.1996); פ"ח (מחוזי חי') 1073/04 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.4.2005).

109 ת"פ (מחוזי-י) 145/99 מדינת ישראל נ' ג'ולאני (פורסם בנבו, 28.6.1999).

110 ש.ם.

111 עניין קהלני, לעיל ה"ש 108.

חסם נוסף בדרך לכירור דבר התרחשותה של עבירה והתקיימות יסודותיה. בחלק זה נבחן את חלקם של השופטים כ"מספרי סיפורים" בבואם להכריע אם לקבל את עדותה של אישה עם מוגבלות שכלית, כיצד להבין את הדברים שמסרה בעדותה וכיצד להציג את השתלשלות העניינים הנוגעת לאירוע הנדון. לצורך כך נבחן גם את תפקידן של סכמות קוגניטיביות אשר משפיעות על שיפוט המקרה.

תשומת הלב לעולמו הפנימי של השופט והשפעתו על פסיקותיו חלחלה לעולם המשפט בעקבות עלייתה של גישת הראיזם המשפטי, שצמחה בשנות העשרים והשלושים של המאה העשרים והביאה לשינויים רבים בעולם המשפט האנגלו-אמריקני.¹¹² במאמר זה נתמקד בהיבט אחד של השינוי שהביאה גישה זו: תפיסת השופט כמי ש"בתוך עמו הוא חי",¹¹³ כמי שאינו מנותק מהשפעה תרבותית, ערכית, פסיכולוגית, היסטורית או פוליטית. גישה זו הייתה מהפכנית ביחס לתורת המשפט הפורמליסטית שרווחה לפנייה. תורה פורמליסטית זו ראתה במשפט מערכת כללים אוטונומית הפועלת בצורה כמו-מדעית, אסופה סגורה וממצה של כללים שמספקת פתרון לכל סוגיה עובדתית.¹¹⁴ בהתאם לכך נתפס השופט בעבר כנושא תפקיד טכני בלבד של יישום החוק באמצעות התאמה בין הכלל המשפטי ובין המקרה העובדתי הקונקרטי, לא כמי שנושא על כתפיו תפקיד של יוצר משפט.¹¹⁵ גישה סטרילית זו יצרה מרחק בין המשפט ובין ערכים חברתיים, פוליטיים ותרבותיים, אשר נתפסו כחיצוניים למערכת המשפט המדעית הסגורה.¹¹⁶ היחסים בין משפט לחברה במסגרת הגישה הפורמליסטית שרווחה בתחילת המאה העשרים נתפסו כיחסים של שיקוף: המשפט, בהיותו נפרד מן החברה, נתפס כמנותק ממנה או כמשקף את הערכים החברתיים הרווחים, אך לא כמעצב את פני החברה או את הערכים והעקרונות המקובלים במסגרתה. הגישה הראליסטית, לעומת זאת, זיהתה את התפקיד האינסטרומנטלי של המשפט כאמצעי למימוש מטרות ערכיות וחברתיות הנתונות לשינוי על רקע תקופה, תרבות וחברה.¹¹⁷ על פי גישה זו, המשפט אינו מערכת כללים סגורה, הוא אינו מנותק מהחברה שסביבו, כי אם ניזון ממנה ומזין אותה. השפעת הגישה הראליסטית ניכרת בפסיקות בית המשפט העליון הישראלי החל משנות השמונים. השימוש המתרחב במונחים פתוחים כגון "ערכי היסוד של השיטה" או מושגי שסתום דוגמת "תום לב" ו"סבירות" אפשר לשופטים להכניס לפסיקותיהם לא מעט מעולמם הפנימי.¹¹⁸

112 עומר שפירא תורת המשפט – פרקי מבוא 400 (2007).

113 הנשיא בדימוס ברק התבטא פעמים מספר באופן שנתן ביטוי לגישה זו, בין היתר בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817, 845 (1999).

114 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993); בוגוש ודון-יחיא, לעיל ה"ש 15, בעמ' 200.

115 מאוטנר, לעיל ה"ש 114. להשפעת התפיסה הפורמליסטית על הכרעות שיפוטיות של בתי המשפט בארצות הברית ראו אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא 405, 427 (1998) (גרוס מדגים את צורת החשיבה הפורמליסטית על הכרעה בעניין (Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)).

116 שפירא, לעיל ה"ש 112, בעמ' 401.

117 שם, בעמ' 411.

118 שם, בעמ' 418; מאוטנר, לעיל ה"ש 114.

כיום כבר רווחת ההסכמה שלא ניתן לצפות מהשופטת להתעלם מגורמים נוספים מלבד הכללים המשפטיים שבפניה. השופטת מביאה לבית המשפט הרבה יותר מאשר ידע מקצועי גרידא; היא מביאה עמה את עולמה הסובייקטיבי, ערכיה, אמונותיה, השקפת עולמה וניסיון חייה. לעולמה האישי והפנימי של השופטת מתווספות השפעות חיצוניות הנגזרות מן המוסר הרווח בחברה, ערכיה ומוסכמותיה.¹¹⁹

חשוב להבחין בהקשר זה בין הטיה שיפוטית לבין הטיה מערכתית ולשים לב לאופני ההשפעה השונים של שתיהן על תוצאת פסק הדין.¹²⁰ ההטיה המערכתית היא תוצר של גורמים מבניים ומערכתיים שונים העשויים להעמיד קבוצות מיעוט בעמדת נחיתות בהליך הפלילי, כגון אופן פעולת המשטרה ורשויות התביעה. בהקשר של עדות א/נשים עם מוגבלויות שכליות תבוא הטיה מבנית לידי ביטוי בהימנעות מחקירה מספקת מצד המשטרה בשל המעטה בערך התיק, בהיעדר הנגשה מספקת שתאפשר התייחסות לעדות לגופה וכדומה. הטיה שיפוטית היא הטיה שנובעת מאופן פעולת השופטת או מדרך חשיבתה, ככל שניתן לבודדן. עם זאת, ההטיה השיפוטית אינה בהכרח עדות לסגנון חשיבה אישי של השופטת, אלא פעמים רבות, כאמור, היא ביטוי לגישות הרווחות בחברה, בעיקר כלפי קבוצות מיעוט.¹²¹ באופן פרדוקסי, הטיות שיפוטיות אלו באות לידי ביטוי דווקא כאשר השופטת מפעילה שכל ישר והיגיון שיפוטי כללי. מאמרו של מאוטנר, "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים",¹²² מלמד על אופן פעולת ההטיה השיפוטית ועל הדרכים שבהן מושג ה"שכל הישר" הממלא תפקיד ביצירת משפט על ידי שופטים, ביניהן השימוש בסטריאוטיפים רווחים כצורת התנהלות אנושית בלתי נמנעת.¹²³ השכל הישר משמש הן לצורך הפעלתו של הדין המהותי, כאשר השופט משתמש בידע הקיים באמתחתו על אודות הסיטואציה שבפניו,¹²⁴ והן כאמצעי מפתח ביישום דיני הראיות, שכן בחינת מהימנות עדות ומשקלה בהכרח מושפעת מהשכל הישר.¹²⁵ מעניינת בהקשר זה התבטאותו של השופט זילברג בעניין "מדור":

שאלת מהימנותם של העדים, היא דבר המסור ללב ליבו של השופט, הוא אינו חייב לאדם דין וחשבון על כך, ולפעמים אף לעצמו לא יגדיר את גורמיו ומחולליו של חוסר-אמונו [...] לא תמיד יוכל אדם להסביר, מדוע אינו מאמין

- 119 לביקורת פמיניסטית ברוח זו ראו מריין, לעיל ה"ש 57, בעמ' 104–111.
- 120 אורן גזל-אייל, רענן סוליציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערכים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטים לח 627, 630 (2009).
- 121 שם, בעמ' 649. המחקר המוצג במאמר אינו בוחן עמדות אישיות של שופטים אלא הטיות ברמת ההשתייכות הקבוצתית של מקבלי ההחלטה (השופטים) ושל אלו שהחלטה התקבלה בנוגע אליהם (עצורים).
- 122 מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים 7 11 (1998).
- 123 שם, בעמ' 42–46.
- 124 שם, בעמ' 14–16.
- 125 שם, בעמ' 48–50.

לדברי חברו, ולא תמיד יהא מסוגל להצביע על מקור החשדנות שלו. יען כי, לגבי רחשי אמון או אי-אמון בדברי הזולת, הקובע והמכריע הוא: הרושם הכללי שקיבלת מן האיש ומן שיחו גם יחד; ורושם זה כוחו יפה בשלמותו ותמימותו דווקא, והוא נפגם ומיטשטש על ידי ניתוח, שכלי-אנליטי, של חלקיו הבודדים.¹²⁶

התבטאות מעין זו אינה מקובלת עוד, שכן בית המשפט נדרש לנמק ולהסביר את הכרעותיו, אך עדיין יש בה כדי לתת ביטוי לאופייה של הכרעה מסוג זה.¹²⁷ בהקשר הנוכחי, לא למותר להזכיר כי על פי מבחני פסק דין ברדה עדותו של אדם עם מוגבלות שכלית תיבחן, בין היתר, על פי אומדן של היגיון ושכל ישר.

את אופן השפעתם של ההטיה השיפוטית והשכל הישר, המושפעים מן המוסר, הערכים והמוסכמות של החברה, אפשר להסביר גם באמצעות פעולתן של סכמות קוגניטיביות בזמן השפיטה. רינה בוגוש ורחל דון יחיא טוענות בספרן "מגדר ומשפט" כי השפעה חיצונית זו מציידת את השופטים במודלים קוגניטיביים מוכנים מראש, אשר יופעלו בעת שהמקרה הנדון יהיה דומה למודל הקוגניטיבי המסוים שבו מחזיק השופט.¹²⁸ כך, למשל, בעת הכרעה בתיק אונס יפעיל השופט מודל של הגדרת "אונס אמתי" (real rape): כזה שבוצע בנערה בתולה, על ידי אדם זר, בסמטת רחוב חשוכה, תוך הפעלת אלימות והכנעת התנגדות ברורה של הנאנסת.¹²⁹ מודל זה אינו תואם את המציאות החברתית, שבה מרבית מעשי האונס נעשים בסביבה מוכרת בידי אדם מוכר ובלא הפעלת אלימות קיצונית.¹³⁰ הסקמה הקוגניטיבית פועלת באופן הבא: כל התרחקות של המקרה הקונקרטי המובא בפני בית המשפט מהאופן, הגלוי או הסמוי, שבו תופס השופט את מאפייניו של "אונס אמתי" תגרור התרחקות של ההכרעה השיפוטית מן האופן שבו היה מוכרע התיק לו התאים לסכמה הקוגניטיבית המנחה. המודל הקוגניטיבי פועל בדרך של תהליך "השלמת פרטים" אוטומטי, שתפקידו להשלים את הפער בין הסקמה הקוגניטיבית למקרה הקונקרטי, זאת בהתאם לידע שנצבר במודל ותוך שימוש בפרטים שלא תמיד תואמים את המקרה הספציפי.¹³¹

מודלים קוגניטיביים מאובחנים במסגרת חקר הקוגניציה החברתית. תחום זה עניינו חקר התהליכים המנטליים העומדים בבסיס ההתנהגות החברתית. ידועות שתי צורות של קוגניציה חברתית: האחת אוטומטית ולא מכוונת ולכן גם פחות מודעת; האחרת נשלטת, שקולה

126 ע"א 91/50 "מדור" בע"מ נ' ביק, פ"ד ה 792, 796 (1951).
 127 עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכות ערעור בממצאי עובדה" עיוני משפט כ 551 (1997).
 128 בוגוש ודון-יחיא, לעיל ה"ש 15, בעמ' 200.
 129 ESTRICH, לעיל ה"ש 59; בילסקי, לעיל ה"ש 55.
 130 ESTRICH, לעיל ה"ש 59.
 131 ATINSON & HILGARD'S, INTRODUCTION TO PSYCHOLOGY 646-647 (14th ed. 2003); Charles Stangor & David McMillan, *Memory for Expectancy – Congruent and Expectancy Incongruent Information: A Review of the Social and Social Developmental Literatures*, 111 PSYCH. BULL. 42 (1992).

ומודעת. המודלים הקוגניטיביים, או הסכמות הקוגניטיביות, מוצאים ביטוי גם ברמה האוטומטית וגם בזו הנשלטת. סכמות אלו מבוססות על ידע שצבר הפרט מניסיון העבר. הן מסייעות להתמודד עם מצבים חדשים באמצעות השוואתם למצבים מן העבר המעוגנים בסכמה. הסכמה הקוגניטיבית הנה צורך אנושי, שכן היא מסייעת בארגון הידע בנוגע לעולם החברתי ולאינפורמציה האינסופית המגיעה אל האדם.¹³² מידע עקבי ביחס לסכמה קיימת, התואם ציפיות קיימות, יקודד טוב יותר בזיכרון מאשר מידע שאינו עקבי ביחס לסכמה. עם זאת, מערכת התפיסה של אדם עלולה לסנן מידע שאינו תואם את הסכמה, להתעלם ממנו או לפרשו מחדש, כך שיתאים לסכמה החברתית ולציפיות הקיימות באשר לו.¹³³ פעולתן של סכמות קוגניטיביות יכולה אפוא להטעות ולהביא לתוצאות שגויות גם במערכת משפטית בעלת כללים ברורים, הממזערת לכאורה את השימוש בהן.¹³⁴

בפרק הבא מודגמת פעולתן של הסכמות הקוגניטיביות בהקשר של עדות א/נשים עם מוגבלויות בהליך הפלילי. כפי שטענו, מעמדם של אנשים עם מוגבלויות שכליות הנו תוצר של הבניה חברתית עמוקה וארוכת שנים. אחת מתוצאות ההבניה החברתית הנה סכמות קוגניטיביות המטות את השיפוט האנושי בצורה מודעת ולא מודעת גם יחד. הפרק מציג קריאה נרטיבית בין השורות של שני פסקי דין המתייחסים למערכת עובדתית אחת, תוך התעכבות על הרטוריקה שנוקטים השופטים השונים ועל הבחירות הנרטיביות שהם מבצעים. ניתוח מעין זה מאפשר לחשוף את אופן פעולתן של סכמות קוגניטיביות כפי שהן באות לידי ביטוי בטקסט השיפוטי.

ג. החסמים בפעולה – מקרה מבחן

בפרק זה נבחן האופן שבו ההבניה החברתית של דמותו של אדם עם מוגבלות שכלית ותוצריה מחלחלים למערכת המשפט וכיצד הם באים לידי ביטוי בשלביו השונים של ההליך הפלילי: החקירה, ההעדה והשפיטה. לשם כך ננתח את אופן ההתייחסות של שופטים שונים לעדותה של נערה עם מוגבלות שכלית: כיצד העריכו את אמינותה, את יכולתה להעיד ואת יכולתה לתרום למשפט? היכן מיקמו את עדותה ביחס לעדויות האחרות? האם בתהליך הערכת העדות בוצעה השלמת פרטים באמצעות מוסכמות מוטמעות? האם הכיר בית המשפט בפערי הכוחות המובנים המתקיימים בין מגישת התלונה (המתלוננת)¹³⁵ לנאשם והאם ניסה לתקן פערים אלו? חשוב לציין כי מטרתנו אינה לטעון שבכל מקרה יש לקבל את עדותה של אישה עם מוגבלות כמהימנה וכמספקת לצורך ביסוס הרשעה. ייתכנו ללא ספק מקרים שבהם עדותה תהיה בלתי מהימנה. עם זאת, קריאה נרטיבית של פסקי הדין מאפשרת לראות כי ההבניה החברתית והאופן

132 Atkinson & Hilgard's, לעיל ה"ש 131, בעמ' 647. ראו גם בוגוש ודון-יחיא, לעיל ה"ש 15, בעמ' 200; Eliot Aronson, Timothy D. Wilson & Robin M. Akert, Social Psychology; ch. 3 (15th ed. 2005).

133 Stangor & McMillan, לעיל ה"ש 131, בעמ' 43.

134 בוגוש ודון-יחיא, לעיל ה"ש 15, בעמ' 200.

135 ראו להלן ה"ש 140.

שבו היא באה לידי ביטוי בסכמות קוגניטיביות שמיישמים השופטים עשויים להטות את התוצאה השיפוטית ואת היכולת להתייחס לעדות לגופה ולהעריך את משקלה באופן שאינו מוטא.¹³⁶

במוקד הניתוח עומדים שני פסקי דין המבוססים על מערכת עובדתית אחת. האחד, ת"פ (ת"א) 1084/01,¹³⁷ הנו פסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי, ואילו השני, ע"א 10009/03,¹³⁸ הנו פסק הדין שניתן בערעור בבית המשפט העליון. כל אחד מפסקי הדין מגיע לתוצאה שונה, וביחד הם מציגים מגוון עמדות וגישות שיפוטיות בנושא. השוני בעמדות ובגישות מדגים את הגורמים הרבים המשפיעים על פסיקת בית המשפט וביניהם את השפעת ההבניה החברתית הן על התוצאה והן על ההנמקה של בית המשפט.

1. ערכאה ראשונה

סיפורו של ת"פ 1084/01 מעיד על המצב המשפטי ששרר בטרם נחקק חוק הליכי חקירה והעדה ומדגים את השאלות שהעלינו בדבר הבניית הנרטיב השיפוטי. מקרה זה הגיע לידיה של עורכת הדין יהודית לייבה, פרקליטה ממונה במחלקה הפלילית של פרקליטות תל אביב, שעסקה רבות בתיקים שמעורב בהם נפגע עבירה עם מוגבלות.¹³⁹ כאשר קיבלה עו"ד לייבה את התיק מידי המשטרה, יחד עם תיקים נוספים, התעכב חוקר המשטרה על התיק ואמר, ספק בצנינות ספק ברצינות: "את התיק הזה את יכולה לגרוס. מדובר באדם מוכר, המחזיק בתפקיד חברתי-ניהולי, שלא מכבר קיבל את אות הנשיא, החשוד כי אנס ילדה עם פיגור שכלי, שגם ככה אף אחד לא יאמין לה". אותו אדם הוא אביה של ת' (שם בדוי), הנערה שהגישה את התלונה.¹⁴⁰ למרות עצת השוטר החלה עו"ד לייבה בחקירת המקרה. במהלך העבודה למדה על מאפייני התסמונת המדוברת, תסמונת ויליאמס, ועל ביטוייה הספציפיים אצל ת'. תסמונת ויליאמס מתבטאת לרוב במוגבלות שכלית קלה המלווה ביכולת מילולית גבוהה ויכולת טובה בהעברת מסרים. התנהגותם החברתית של אנשים עם תסמונת ויליאמס מאופיינת במחוות גופניות, היעדר חשש מזרים וידידותיות יתר, לעתים עד כדי "חברתיות יתר" (hyper)

136 יובל, לעיל ה"ש 16; בילסקי, לעיל ה"ש 55.

137 ת"פ (מחוזי ת"א) 1084/01 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.9.2003) (להלן: "ת"פ 1084/01" או "פסק הדין במחוזי").

138 ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, נח(6) 769 (2004) (להלן: "ע"פ 10009/03" או "פסק הדין בעליון").

139 התאור מבוסס על ריאיון שנערך עם עורכת הדין יהודית לייבה מפרקליטות מחוז תל אביב, המחלקה הפלילית (13.6.2007).

140 במהלך המאמר נכנה את המתלוננת ת'. חשוב לנו מחד גיסא שלא לחשוף את שמה של נפגעת העבירה שבה מדובר, ומאידך גיסא שלא לכנותה "המתלוננת", כינוי שיוצר קונוטציה שלילית כלפיה. במקומות אחרים בחרנו להחליף את הביטוי "מתלוננת" ב"מגישת התלונה". לביקורת הכינוי "מתלוננת" בפסיקה הפלילית ראו תירוש, לעיל ה"ש 59, בעמ' 587.

141. (social). הרופא המטפל של ת' העיד בבית המשפט כי היא יודעת להבחין בכירורג בין אמת לדמיון ואינה נוטה לבדות מעשיות שכן אינה מתוחכמת מספיק לשם כך. 142. נוסף על כך, לדבריו, ת' אינה מבלבלת בין אירועים שקרו לה לאירועים שקרו לאחרים בסביבתה, וגם אם קיימות סתירות בדבריה, אין הן קשורות לעובדות שקרו אלא לתפיסתה ביחס לרגשות. 143. במהלך החקירה הבחינה עו"ד לייבה ביכולתה המילולית הגבוהה של ת' ובהבירות תיאוריה, ובסופה חשה שבפניה סיפור קוהרנטי ונהיר אשר אין לה ספק באשר לאמתותו. כתב האישום הוגש, והמקרה הגיע לדיון בבית המשפט המחוזי. על מנת לאפשר למתלוננת להעיד ולבית המשפט להתרשם מאיכות העדות ולתת לה את המשקל הראוי ננקטו כמה צעדים ייחודיים. העיקרי שבהם היה העדת ד"ר גוטהלף, הרופא אשר טיפל בת' בתקופה הרלוונטית, כעד מומחה, שעדותו תשמש תשתית לעדותה של ת' ותסייע לבית המשפט להבינה. תפקידה של עדות המומחה היה "לתרגם" את עדותה של ת', ולהוות הנגשה מהותית שתאפשר את שמיעת העדות והבנתה. 144. הצעד השני היה העדתה של ת' באולם בית המשפט בהיעדר הנאשם, שצפה בעדות בטלוויזיה במעגל סגור. התאמות אלו התבססו על הכללים שהתגבשו בפסיקה ועל הניסיון שהתגבש בפרקטיקה, אך הן טרם זכו באותה עת לעיגון חקיקתי. 145. בסופו של הדיון החליטו שופטי הרוב להרשיע את הנאשם בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום, הכוללות מעשה מגונה, אינוס ומעשה סדום בקטיין בן משפחה תוך ניצול ליקוי שכלי. 146. דעת הרוב, שנמסרה בעיקרה על ידי השופט בר-אופיר ובהסכמת השופטת אחיטוב-הרטמן, אשר הוסיפה הערות מספר, הביעה אמון מלא בעדותה של ת'. שופטי הרוב מצאו את תיאוריה של ת' קולחים, נהירים, הגיוניים וללא סתירות עקרוניות. שופטי הרוב לא התעלמו מייחודיותה של העדה שבפניהם נוכח מוגבלותה השכלית. בשל כך ציינו כי גם אם נתגלו קשיים קלים בעדות, הובאו בחשבון ההתאמות הנדרשות, באמצעות עדותו של העד המומחה, אשר נמסרה על מנת לתת את הפירוש הנכון לקשיים אלו. 147. סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות קובע כי אם הרשיע בית המשפט אדם בעבירת מין על סמך עדות יחידה, יוטל עליו לפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות היחידה. 148. שופטי הרוב הרשיעו את הנאשם על

- ELEANOR SEMEL & SUE R. ROSNER, UNDERSTANDING WILLIAMS SYNDROME: BEHAVIORAL PATTERNS AND INTERVENTIONS 1–14 (2003). ראו גם פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 137, פס' 7–4 לפסק דינו של השופט בר-אופיר. 142 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט בר-אופיר. 143 שם. 144 ריאיון עם נעמה לרנר (15.5.2007), לעיל ה"ש 87. 145 הן היו מוכרות גם מתחום חקירות ילדים וכן מחוק זכויות נפגעי עבירה, בפרק העוסק בעבירות מין ואלומות. 146 ס' 345(א), 347(ב), 348(א), 351(א) ו-354(א) (5) לחוק העונשין, התשל"ז–1977. ראו גם פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 137, פס' 1 לפסק דינו של השופט בר-אופיר. 147 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט בר-אופיר. 148 הכלל במשפט הפלילי הוא שניתן לבסס הרשעה על סמך עדותו היחידה של עד כל עוד זוכה העדות לאמון בית המשפט, למעט מקרים שבהם הרשעה על סמך עדות יחידה טעונה תוספת ראייתית. כך למשל ביחס למשקלה של עדות יחידה בעבירות מין קובע ס' 54א(2) כי הרשעה על סמך עדות יחידה של סוג עבירות זה טעונה הנמקה.

סמך עדותה היחידה של ת' ונימקו זאת בעוצמת השכנוע והאמינות של העדות. הם העניקו משקל רב לעדותה בביסוס ההכרעה הסופית, והרשיעו את הנאשם בעבירות המיוחסות לו.¹⁴⁹ דעת המיעוט, מפי השופטת נירה לידסקי, קבעה כי יש לזכות את הנאשם מחמת הספק, משום שעדותה של ת' אינה אמינה ולפיכך לא הצליחה התביעה להרים את הנטל המוטל עליה.¹⁵⁰

2. בחירות נרטיביות בדרך הצגת העובדות

המסכת העובדתית מתוארת על ידי דעת הרוב מצד אחד ודעת המיעוט מצד אחר. בחינתה מציגה נרטיבים שונים המבטאים נקודות מבט ופרשנויות שונות לאותו אירוע ואשר חבויות בהן הנחות סמויות בנוגע לדמויות הראשיות הנוטלות חלק בהשתלשלות העניינים. הבדל ראשון ניתן למצוא בנקודת המבט שאימצו השופטים השונים ואשר משפיעה על תיאור עובדות המקרה. דעת הרוב מציגה את תיאור העובדות דרך התמקדות בחוויה של ת'.¹⁵¹ הפרק העובדתי של דעת הרוב נפתח באופן הבא:

המתלוננת [...] הינה בתו של הנאשם ושל גרושתו. ההורים התגרשו כאשר המתלוננת הייתה כבת חודש ימים [...] המתלוננת לוקה בתסמונת נדירה הקרויה תסמונת ויליאמס.¹⁵²

התיאור ממשיך ומספר את קורות חייה של ת' בצורה תמציתית ולקונית מעט, ולאחר מכן נוסף תיאור של מוגבלותה. התיאור יוצר תמונה מלאה של נסיבות חייה של ת', ובמרכזו נמצאת ת' אשר מעוררת רגשות הזדהות בקרב הקורא.¹⁵³ תיאור התסמונת של ת' כולל אמירות כלליות על אנשים החיים עם תסמונת זו ובצדן מודגשים מאוד ביטוייה של התסמונת אצל ת' באופן ספציפי, מתוך עדותו של ד"ר גוטהלף. דעת המיעוט בוחרת להגיש את הסיפור, כפי שהוא מוצג בכתב האישום, באופן שמדגיח את נקודת מבטו של הנאשם:

[...] הנאשם [...] שהה עם המתלוננת ביחידות [...] נהג לצפות עימה בסרטים [...] שלאחריהם נהגו שניהם להתפשט [...] המעשים הופסקו ביוזמת הנאשם שאמר למתלוננת כי אם נמשיך יחשבו שאנחנו משוגעים.¹⁵⁴

בסיפור זה החוויה של הנאשם היא שקובעת את אופן העברת הסיפור. הנאשם הוא הפעיל והיוזם, אך יוזמתו היא היוזמה להפסקת המעשים. הנאשם הוא במרכז, אך מקומו הוא "עם"

149 פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 137, פס' 24 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.

150 שם, פס' 6 (יב) לפסק דינה של השופטת לידסקי.

151 שם, פס' 3-4 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.

152 שם (ההדגשות הוספו). כינויה של ת' בפסק הדין "מתלוננת" פוגע במידת האקטיביות שלה בסיפור (תירוש, לעיל ה"ש 59), אך עדיין מעמיד אותה במרכז הבמה. אילו החלפנו כינוי זה בשם מלא הייתה מידת ההזדהות של הקורא עולה.

153 תירוש, לעיל ה"ש 59, בעמ' 587.

154 פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 137, פס' 1 לפסק דינה של השופטת לידסקי.

הנערה-בתו, לצדה, משל היו זוג ככל זוג אחר. הדבר מתבטא גם באופן שבו הוא תופס את האחריות למעשים כמשותפת: "אם 'נמשיך', יחשבו ש'אנחנו' [...]" הנאשם מתואר כמי שיזם את הפסקת ה"מעשים", אך לא נאמר דבר על מי שיזם את תחילתם. באופן אירוני, זכתה כאן ת' למקום עצמאי ושוויוני לכאורה, אשר אינו משקף את פערי הכוחות הגלומים ביחסים ביניהם (יחסי הורה-בת, פערי הגיל והבדלים הקשורים במוגבלות). נקודת מבטה של ת' נעדרת מתיאור זה,¹⁵⁵ אך מתוך הדברים משתמע תפקידה כשותפה מלאה למעשים, ואולי אף כמי שהייתה מעוניינת בהמשכם.

לנקודת המבט הנבחרת נלווים תיאור מוגבלותה של ת', תיאור הנאשם ותיאור מקום התרחשות האירועים, המבטאים הבדלים בין עמדות השופטים והסיפורים שהם מספרים. כך, מוגבלותה של ת' מוצגת בדעת המיעוט בהתמקדות בהיבטים הביולוגיים של התסמונת:

תסמונת ויליאמס, הינה תסמונת גנטית שברוב המקרים, כמו במקרה של [...], איננה תורשתית, כלומר נגרמה בשל איבוד חלק מהכרומוזום בזמן היווצרות תא הזרע או הביצית [...].¹⁵⁶

באמצעות הבלטת התסמונת ביקשה דעת המיעוט להראות את חלקה של ת' בהשתלשלות האירועים. הודגשה בה העובדה שת', בשל אותה תסמונת, נוטה לרצות ולהשמיע את מה שמצפים ממנה ואומצה הטענה שלפיה העובדה שאמה סיפרה לה שגם היא עברה התעללות מינית יצרה אצלה תהליך של השלכה.¹⁵⁷ דעת הרוב, לעומת זאת, ביססה את הכרעתה על עדות המומחה, הרופא המטפל, אשר הדגיש את ההיבטים התפקודיים הרלוונטיים של הלכות והבהיר כי ת' אינה נוטה לבדות מעשיות, לבלבל בין אמת ודמיון או לאמץ סיפורים שהתרחשו לאחרים.¹⁵⁸ דעת הרוב התייחסה אף היא לכך שאמה של ת' סיפרה לבתה על ההתעללות המינית שבוצעה בה בילדותה, אך מיד לאחר מכן צוין שת' אינה נוטה לבלבל בין אירועים שקרו לה ושקרו לאחרים.¹⁵⁹

בהמשך לכך, תיאור הנאשם בדעת המיעוט כולל פרטים אשר נעדרים מדעת הרוב. עדות הנאשם בדעת המיעוט נפתחת בתיאור פועלו החברתי ועברו הצבאי:

עד שהקים את [בית המחסה לנוער במצוקה] לפני 25 שנה, בהיותו בן 40, שירת בצבא הקבע, שימש כמנהל עבודה בנמל אילת, עסק בקולנוע, היה פעלולן, כפיל ותפאורן [...]. גידל 7 ילדים ואב ל-6 [...].¹⁶⁰

תיאור זה מציג את הנאשם כמי שמייצג ישראליות טובה, תורמת, מתנדבת, אשר ממוקמת ופועלת בספירה הציבורית. הוא מוצג גם כדמות רב-ממדית ורב-פעלים. לעומת זאת, ת' מתוארת בדעת המיעוט בעיקר דרך התסמונת המאפיינת אותה, ומודגשים מאפייניה הכלליים

155 תירוש, לעיל ה"ש 59, בעמ' 588.

156 פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 137, פס' 4 לפסק דינה של השופטת לידסקי.

157 שם, פס' 5 (ב) לפסק דינה של השופטת לידסקי.

158 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.

159 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.

160 שם, תיאור עדות הנאשם בפסק דינה של השופטת לידסקי.

של התסמונת ולא דווקא ביטוייה הספציפיים. בדעת המיעוט נבנית דמות הנאשם כך שקשה לקורא להשלים עם העבירות המיוחסות לו, ואילו ת' מוצגת בה כנערה עם פיגור, הממוקמת בהקשר פרטי וחלש יותר.¹⁶¹

גם מקום התרחשות האירועים מתואר בצורה שונה בעמדות השונות בפסק הדין. בדעת הרוב מתואר המקום כ"צריף המשמש לנאשם למגורים" או במקום אחר "מוסד מסוים אותו ניהל [אביה של ת']".¹⁶² בפסק הדין של דעת הרוב מקום ההתרחשות אינו זוכה אפוא להתייחסות מיוחדת. זהו מקום עלום שם וכללי בעל משמעות ניטרלית, פרט שחשיבותו אינה רבה לצורך ההכרעה במקרה. לעומת זאת, פסקת הפתיחה של דעת המיעוט מבהירה כי המעשים בוצעו בביתו של הנאשם, שהיה ידוע בהיותו בית מחסה לנוער במצוקה.¹⁶³ ציון שם ביתו של הנאשם הופך אותו למקום קונקרטי בעל משמעות, אשר זכה לפרסום והערכה הודות לתרומתו החברתית הענפה. זהו מרחב ציבורי מוכר המספק לנאשם הכרה חברתית ושומר על מעמדו כאדם מוערך בקהילה. אם כן, ייחוס אקטיביות לנאשם יחד עם האדרת פועלו החברתי תרמו להעצמת מערך הכוחות הבלתי שוויוני בינו לבין ת'.

לא רק העובדות מוצגות באופן שחושף העדפות נרטיביות. גם הרצף הראייתי משקף הטיות אלו ומשפיע על הקוראת הפוטנציאלית. רצף הראיות בדעת הרוב התחיל בעדותו של הרופא המטפל ומיד לאחר מכן עבר לעדותה של ת'. כך קיבלה עדותה של ת' את המקום המרכזי בטענות התביעה, כמי שעל סמך עדותה יקום או ייפול התיק. אמנם לפני עדותה של ת' הוצגה עדות הרופא המטפל, אך תפקידה היה לספק את מערך ההנגשה הנדרש, ליצור קרקע בטוחה שתיתן לעדותה של ת' תוקף ומשקל ראויים. עדות הרופא המטפל משולה, למעשה, לעדותו של מתורגמן עבור עד ששפתו אינה עברית – בלעדיה תהיה העדות סתומה. רק אחרי שהמתרגם "לימד" את השופטים את השפה שדוברת העדה שעתידיה להעיד בפניהם, יכולים היו להבינה כראוי ולתת לדבריה את הפירוש הנכון והמדויק.¹⁶⁴ משסיים המומחה את עדותו קיבלה ת' את מרכז הבמה. בדעת המיעוט, לעומת זאת, הוצג רצף העדים בצורה שונה: עדותה של ת' הופיעה רביעית, לאחר עדויותיהם של הרופא, אמה של ת' והמטפלת במוזיקה, שת' הייתה תלמידתה. בכך הוסט מקומה של ת' לשוליים. סדר עדים זה מעביר מסר סמוי שלפיו עדותה של ת' לא תוכל לשמש בסיס להרשעה במקרה זה. לעתים נראה כי המסר הסמוי רחב אף יותר ולפיו הרשעת אדם על סמך עדות יחידה של נערה עם פיגור שכלי אינה מתקבלת על הדעת, אף על פי שכללי הראיות הרגילים מאפשרים זאת.

פעולות אלו של הדגשת פרטים מסוימים בטקסט והתעלמות מפרטים אחרים, וכן אופן הצגת רצף העובדות לקוראת, מקבלות לפיכך ממד פוליטי ממש.¹⁶⁵ השופטים מציגים בפנינו שני סיפורים המובחנים זה מזה על פי סוג הקוהרנטיות המניעה כל אחד מהם. הסיפור הראשון, המוצג בדעת הרוב, מונע על ידי בחינת הקוהרנטיות הפנימית של גרסת העדה, המבקשת ליישב בין עדותה במשפט לבין תלונתה במשטרה, חקירתה ומכלול העדויות שהוצגו במשפט.

161 תירוש, לעיל ה"ש 59, בעמ' 600–602.

162 פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 137, פס' 2 ו-4 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.

163 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת לידסקי. שמו המלא של בית המחסה מופיע בפסק הדין.

164 ריאיון עם נעמה לרנר (15.5.2007), לעיל ה"ש 87.

165 תירוש, לעיל ה"ש 59, בעמ' 579.

הסיפור השני, המוצג בדעת המיעוט, מונע על ידי בחינת הקוהרנטיות החיצונית של גרסתה, המסתמכת על "הבנות סמויות המוטמעות בתוך התרבות שלנו המשותפות ל[שופט] ולקוראיו".¹⁶⁶ הקוהרנטיות החיצונית בוחנת את העדות לאורו של רצף תרבותי-חברתי. כאשר נוצר פער בין העדות לבין הרצף התרבותי המוכר, מתעורר בקרב השופט הצורך הלא מודע בהשלמת פרטים באמצעות סכמות קוגניטיביות, שסייעו במיקום הסיפור בהקשר המוכר: דמות של מציל ישראל מצד אחד ומנגד דמות אישה עם פיגור שמצבה גורם לה לספר מעשיות.¹⁶⁷ דרך זו של הצגת עובדות מחייבת גם אותנו, הקוראים, "להעלות באוב" רכיבים נרטיביים הנתפסים בעינינו כדומים על מנת להחיות את התמונה.¹⁶⁸ התוצאה היא תהליך של האחדה – "כל המפגרים אותו דבר" – אשר מונעת מהתבוננות במקרה הספציפי.¹⁶⁹ ההבדלים בדרך הצגת העובדות על ידי השופטים השונים מלמדים כי השפה המשפטית אינה ניטרלית אלא יוצרת מציאות וכי לנרטיב המשפטי אופי סובייקטיבי ואידאולוגי ולא עובדתי אובייקטיבי, המנסה להתחקות אחר מציאות אותנטית כלשהי.¹⁷⁰ הקשבה לסיפור אינה מלמדת אותנו רק על הטיות אידאולוגיות של שופטים ספציפיים אלא על הווייה חברתית רחבה יותר. הקצאת כוח שונה לגיבורים השונים בסיפור אינה משקפת רק את יחסי הכוחות הלא שוויוניים, אלא גם מחזקת, מבצרת ומנציחה אותם; היא מלמדת אותנו על הנחות יסוד בדבר חזקים וחלשים בחברה, על היחסים ביניהם ועל חוקי המשחק בעולם שהם פועלים בו.¹⁷¹ מכאן שאופן הצגת העובדות הנו פעולה אתית שיפוטית לכל דבר שבבסיסה אחריות רבה.¹⁷² פעולה זו אינה רק חושפת את השקפות השופט ואת ההשקפות החברתיות הקיימות אלא גם מחזקת אותן ונותנת להן אשרור נוסף בבית המשפט. הגושפנקה המשפטית מעניקה הכשר לתפיסות חברתיות ומנציחה סטריאוטיפים רווחים ביחס לאנשים עם מוגבלויות שכליות.¹⁷³

3. הערכת העדויות

דעת הרוב בפסק הדין מתייחסת בפירוט רב לאמון שיש לתת בעדותה של ת':

התשתית הראייתית נסמכת בעיקרה על עדותה של המתלוננת, ואני נותן אמון מלא בדבריה. אני קובע כי העדה מודעת לחובתה לומר אמת ולהתמיד באמירת האמת. הליקוי השכלי ממנו היא סובלת איננו פוגע בכושרה לזכור את הארועים שעברה ולתת עליהם עדות אמינה. תיאוריה רהוטים, קולחים, הגיוניים והדברים מתקשרים זה בזה ומחזקים זה את זה. [...] רק מי שחווה את

166 יובל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 306.

167 שם, בעמ' 288–289.

168 שם, בעמ' 304.

169 לנדאו, לעיל ה"ש 81, בעמ' 806–807.

170 יובל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 309.

171 תירוש, לעיל ה"ש 59, בעמ' 582–583.

172 שם, בעמ' 583.

173 מקינון, לעיל ה"ש 45. מקינון התייחסה בדבריה לכלל אוכלוסיית הנשים ולא ספציפית לנשים עם מוגבלות שכלית.

האירועים האלה יכול היה לתאר אותם כפי שתארם. אין סתירות מהותיות בין אמרותיה במשטרה לבין עדותה בפנינו, וככל שקיימות סתירות כאלה – לדעתי אינן מהותיות ואינן מכרסמות ביסודות עדותה הבסיסית. יש לראות סתירות כאלה (ככל שהן קיימות) על רקע הקשיים המיוחדים שהיא נתקלה בהם במהלך עדותה, וכפי שעמד עליהם ד"ר גוטהלף בעדותו. גם מתלוננת רגילה, שאיננה לוקה בכושרה השכלי, אמורה להתבלבל ולטעות בתיאור מדויק של העובדות, בייחוד כאשר מדובר באירועים אינטימיים וטראומטיים מאין כמותם כמו תקיפות מיניות למגווניהן השונים. על אחת כמה וכמה כאשר העדה לוקה בכשירותה השכלית כמו העדה שבפנינו.¹⁷⁴

דעת הרוב התייחסה למוגבלותה של ת' כמענה לקשיים העולים מן העדות ולא כנתון המחליש את אמינות העדות. פסק הדין נתן משקל רב לעדות הרופא המטפל וזקף את יכולת בית המשפט להתמודד עם הקשיים העולים מעדותה של ת' לזכות עדות הרופא:

עדותו של ד"ר גוטהלף נראית בעיני אמינה ומקצועית מאוד, ואני סומך ללא היסוס על חוות דעתו ת/1 ועל עדותו בפנינו [...] במקרה כזה – שבו מופיעה בבית המשפט מתלוננת בעבירות מין אשר לוקה בתסמונת ויליאמס – חשוב מאוד שתבוא בפנינו עדות מקצועית מהימנה כדי שתעזור לנו להבין את מבנה אישיותה ואת הבעיות האישיות הקשות שעליה להתמודד אתן יום ויום ושעה שעה.¹⁷⁵

דעת הרוב מצאה כמה חיזוקים לעדותה של ת', ביניהם חיזוק שנמצא בעדות הנאשם. נקבע כי "הנאשם לא הצביע בפנינו על סימן דרך משמעותי ומהימן שיוביל אותנו אל המסקנה לפיה התלונה איננה תלונת אמת",¹⁷⁶ וכי מלבד הכחשות גורפות לא סיפק הסבר חלופי משכנע לדברים הנטענים בכתב האישום. דעת הרוב גם עמדה על כך שהטענות בדבר תחושות מרירות ונקם מצד האם אינן עולות בקנה אחד עם מציאות היחסים בין השניים,¹⁷⁷ וקבעה כי דבר המעשים עלה בדרך אגב, בבחינת "פליטת פה".¹⁷⁸ חיזוק מפליל נוסף נמצא בהתנהגותו של הנאשם במקרה קודם שבו טענה ת' כי הותקפה מינית. הנאשם, בעדותו במשטרה, התייחס בביטול לאותו אירוע באומרו "אני ראיתי בזה יותר פנטזיה מאשר מציאות", וכן "זה לא נראה לי אמת, לכן לא עשיתי כלום בעניין".¹⁷⁹ דעת הרוב לא התייחסה לשאלת אמתותו של האירוע, אלא ראתה בו אינדיקציה ליחס הנאשם אל ת', אשר בתגובה לדבריה רק "אמר למתלוננת שתלך להתרחץ ולא עסק בכך יותר".¹⁸⁰ התנהגות זו, קבע בית המשפט, מנוגדת הייתה לחובתו

174 פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 137, פס' 17 לפסק דינו של השופט בר-אופיר (ההדגשות הוספו).
 175 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.
 176 שם, פס' 38 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.
 177 שם, פס' 39 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.
 178 שם, פס' 27 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.
 179 שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.
 180 שם.

כהורה כלפי בתו והיא מפלילה משום שהיא מעידה על חששו מפני החקירה המשטרית.¹⁸¹ לסיכום, קבעה דעת הרוב, עדות הנאשם איננה מהימנה.¹⁸² גם השופטת אחיטוב, אשר הצטרפה לדעת הרוב כפי שנמסרה על ידי השופט בר-אופיר, מצאה לנכון להדגיש את הדברים הבאים בנוגע לגרסת הנאשם:

גירסת הנאשם [...] אינה גרסה; אין בהודעותיו ובעדותו אפילו גירסאות אלא הכחשות, דברים שאינם סדורים ואינם מתישבים בינם לבין עצמם, מלל אשר הושמע במקום מתן תשובות לשאלות, תאורים והסברים לאשר לא נשאל והתחמקות מלידתן מענה לאשר נשאל. [...] לא אחת התרשמתי, שהנאשם גילה טפח וכיסה שניים, ולא היה בדבריו המרובים כדי לסייע להבין עמדתו לבד מהכחשותיו ולבד מתאור בעיתיות בהתנהגותה של המתלוננת – שללא ספק הינה שונה. באי הבהירות של דבריו, אם לנקוט לשון המעטה, יש כדי לתרום לעמדת התביעה.¹⁸³

אם כן, לא זו בלבד שדעת הרוב מצאה את עדותה של ת' אמינה ומהימנה, אלא היא גם מצאה את עדותו של הנאשם לא מהימנה. חשדנות בית המשפט מעניינת משום שאינה מופנית רק כלפי תוכן עדותו של הנאשם אלא גם כלפי האופן שבו הוא מתייחס אל ת', כמי שבוודאי דברים מלכה ואינה ראויה להגנה מפני פגיעה מינית.

פסק הדין של דעת המיעוט מצייר תמונה שונה לחלוטין בנוגע לעדויות המרכזיות בהליך. לעומת דעת הרוב אשר אימצה כאמור את עדותו של ד"ר גוטהלף כאמצעי הנגשה מהימן ושימושי, דעת המיעוט הסתמכה על עדות זו בעיקר לשני צרכים: הראשון, אפיון פיזיולוגי-רפואי של התסמונת, והשני, הדגשת נטייתה של ת' לרצות אחרים. דעת המיעוט דחתה למעשה את עיקר עדות המומחה והביעה ספקות משמעותיים ביחס לתשתית העובדתית של העדות, שהתבססה על דברים שמסרו למומחה ת' ואמה.

לאחר שנדחתה חוות דעת המומחה, נותרה דעת המיעוט עם "בררת המחדל" של יציקת תוכן לתוך המקרה על ידי "השלמת פרטים" התואמים את התפיסות החברתיות הרווחות באשר לעדותה של נערה עם מוגבלות שכלית. וכך קובעת דעת המיעוט:

המתלוננת לא היתה מעידה כפי שהעידה, ולא היתה רואה עצמה כשליחתן של נשות ישראל לצורך הגנה מפני הנאשם שהיה אונס אותן – אילמלא הוזנה, ופעמים רבות, במה שהוזנה. ודאי לא מתלוננת בעלת אישיות כמתלוננת זו.¹⁸⁴

181 שם, פס' 28–29 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.

182 שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט בר-אופיר.

183 שם, פסק דינה של השופטת אחיטוב-הרטמן.

184 שם, פס' 5 לפרק דיון ומסקנות לפסק דינה של השופטת לידסקי (ההדגשה הוספה).

לבהמ"ש הגיעה המתלוננת כשמשנתה סדורה באופן מוחלט [...] בין השאר, היא באה לבהמ"ש בעיקר על מנת לגונן על נשים אחרות מפני מסוכנותו של הנאשם [...] דא עקה, שעדותה אינה מתיישבת עם נתוני אישיותה [...] 185.

דעת המיעוט מנמקת את עמדתה על דרך הצבעה על הבלבולים והסתירות בדבריה של ת' בעת העדות בבית המשפט ובחקירותיה במשטרה (כולל בלבול בסדר הזמנים, חוסר עקביות ביחס לשאלות אם הסכימה ואם נהנתה וטעויות בזיהוי מאפיינים גופניים של הנאשם) וכן תוך הצבעה על "הכוונה והנחיה", 186 שקיבלה בעת החקירות והשיחות שקדמו לעדותה. ואולם, מוקד הדברים הוא ההתייחסות לאישיותה של ת'. הרושם הוא שמאחרי הביטוי "אישיותה", שהוא לכאורה ספציפי וסובייקטיבי, מסתתרות הנחות מכלילות הנוגעות למוגבלותה. דעת המיעוט מציינת שעדותה הקולחת של ת' מחייבת את המסקנה שהיא "הזונה" על ידי אנשים בסביבתה ועברה "חזרות גנרליות". 187 אלא שמסקנה זו איננה בהכרח מתחייבת במקרה זה. כל עד עובר הכנה למשפט המעוררת את החשש מפני הזנה לא ראוייה של נתונים על ידי עורך דינו או משפחתו, ולכן נדרשות עדויות קונקרטיות לעניין הזנה כזו ולא רק חשש כללי העולה מתוך השתלשלות העניינים. דעת המיעוט מבטאת חשדנות עמוקה כלפי עדותה של ת', הנובעת מן הקושי לראות בה עדה אמינה, וזאת בעיקר בשל היותה עם פיגור שכלי. חשדנות זו מעוררת חשש נגדי, שלפיו משנדחתה עדות המומחה נזקקה דעת המיעוט לפעולת השלמה קוגניטיבית, ולכן פעלה על פי הטיה שיפוטית המבטאת סטריאוטיפים והנחות שליליות ביחס למוגבלות. דעת המיעוט קבעה כי יש לזכות את הנאשם מחמת הספק, 188 והדגישה כי הנטל הוא על התביעה להוכיח את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר. עם זאת, דעת המיעוט לא כללה אמירה פוזיטיבית כלשהי המייחסת אמינות לגרסת הנאשם. ההסבר החלופי של דעת המיעוט להתרחשויות נשוא כתב האישום מעיד על מידת אי-האמון המפורש שרחשה לת' ומידת האמון המשתמע שרחשה לאב:

קצת אמת (אולי חיבוקים, ליטופים ונשיקות של אב מסור), קצת משאלת לב (משיכה מינית לכולי עלמא וכולל אביה), קצת עיסוק במין – שעמד במרכז חייה, קצת שיפוט לא נכון, קצת שיחות בלתי פוסקות בנושא, עם כל מי שחפץ לשמוע, קצת גינוי של אב וגילוי סימפטיה וחיבה למתלוננת שנפגעה (והרי לכך היא זקוקה), והרי לך מתכון למה שאירע פה. 189

נוסף על כך ציינה שופטת המיעוט כי אין היא סבורה ש"נכון וצודק להשתית הרשעתו של אדם בעבירות המיוחסות לו על עדה מסוג המתלוננת, עם כל כאב הלב בגין אישיותה וגורלה". 190

185 שם, פס' 6(ג) לפסק דינה של השופטת לידסקי (ההדגשות הוספו).
 186 שם.
 187 שם.
 188 שם, פס' 6(ב) לפסק דינה של השופטת לידסקי.
 189 שם, פס' 6(י) לפסק דינה של השופטת לידסקי (ההדגשות הוספו).
 190 שם.

דעת המיעוט ראתה אפוא בעדותה של ת' עדות שאיננה מהימנה ביסודה, הגם שלא נסתרה או הופרכה.¹⁹¹ ניכר כי עדותה של ת' לא עמדה במבחניה הסמויים של הקוהרנטיות החיצונית, הנמדדת ביחס לרצף חברתי-תרבותי מוכר. אפשר שעדותה לא נתפסה כמהימנה משום שלא עמדה במבחן ההתרשמות הבלתי אמצעית מהעדות.¹⁹² מבחן זה, כזכור, מאפשר, בקלות רבה יחסית, את כניסתם של שיקולים לבר-משפטיים, אישיים וקודמים, שאינם בהכרח קשורים רק לעדות עצמה.¹⁹³ הטקסט הסמוי של דעת המיעוט מביא למסקנה שת' תיארה אירועים שלא קרו ומכאן שבדתה את הדברים מלבה. הרושם המצטבר הוא, לכן, שעל אף הקביעה המוצהרת אין מדובר בזיכוי מחמת הספק, אלא בזיכוי מוחלט.

4. הדיון בערכאת הערעור

כשנתיים לאחר מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי הגיע המקרה לדיון בבית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור (ע"פ 10009/03). פסק הדין בבית המשפט העליון היה קצר בהרבה מזה של בית המשפט המחוזי, אך גם בו ניכרים עקבותיהם של הליכי ההבניה החברתית ביחס למוגבלות, בדמות חשדנות יתר ודעות קדומות. בולטת במיוחד החלטת דעת הרוב בבית המשפט העליון להתערב בממצאי הערכאה הדיונית המבוססים על התרשמות ישירה מהעדים.¹⁹⁴ התערבות כזו היא חריגה, ועל פי דיני הראיות תיעשה רק אם "הגרסה העובדתית שקיבלה הערכאה הקודמת אינה מתקבלת על הדעת",¹⁹⁵ שכן ערכאת הערעור כלל אינה נחשפת לעדויות באופן ישיר.¹⁹⁶ כזכור, סעיף 53 לפקודת הראיות וכן מבחני הפסיקה קובעים שהמבחן הראשון והמכריע לשם הערכת מהימנותו של עד הנו התרשמות הבלתי אמצעית מהעדות. התרשמות זו כוללת את הצורה שבה מוסר העד את עדותו, את קוהרנטיות דבריו, את הבעות פניו, את נימת דיבורו וכיוצא באלה.¹⁹⁷

במקרה דנן, כבר בפתח הדיון מציינת דעת הרוב, מפי השופט לוי (שאליו הצטרף השופט טירקל), שהגרסה העובדתית המתוארת בבית המשפט המחוזי איננה מתקבלת על הדעת וכי ביסוס ההרשעה בעיקר על עדותה של ת' אינו משכנע. דעת הרוב דחתה את קביעות בית המשפט המחוזי בענין אמינותה ומהימנותה של עדותה של ת', ביניהן הקביעות כי דברי העדה "רהוטים קולחים [ו]הגיוניים", כי "רק מי שחוהה את האירועים האלה יכול היה לתאר אותם

191 יש לציין שהסתירות הפנימיות שעליהן עמדה דעת המיעוט לא עסקו בשאלה האם התרחשו האירועים, אלא בשאלה האם נהנתה מהם או לא, שאלה שאיננה רלוונטית כאשר מדובר באב המקיים יחסי מין עם בתו הצעירה.

192 ייתכן שניתן לתאר את עדותה של ת' כמצויה על קו התפר הדק שבין אי-קבילות להיעדר משקל. 193 קדמי, לעיל ה"ש 94, בעמ' 1599–1602. ראו גם ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 218 (2002).

194 פסק הדין בעליון, לעיל ה"ש 138, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי.

195 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט ברק. ראו גם ע"פ 2439/93 זריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 265, 280 (1994); ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, 924 (2001).

196 גרוס, לעיל ה"ש 127.

197 קדמי, לעיל ה"ש 94, בעמ' 1599–1600.

כפי שתארם", וכי "אין סתירות מהותיות בין אמרותיה [...] לבין עדותה".¹⁹⁸ במקום זאת קבעה דעת הרוב:

אמירות מסוג זה הכלולות בהכרעת דינה של הערכאה הדיונית, והמתייחסות לעדים רגילים, עדים "מן הישוב", בדרך כלל אינן מותירות פתח להתערבותו של בית-משפט שלערעור. אולם, למרבה הדאבה, המתלוננת אינה ככלל עד, ועיון בחוות-דעתו של ד"ר גוטהלף ובעדותו מבהירות עד כמה מוחשית היא הסכנה הנשקפת מביסוס הרשעתו של המערער בעיקר על עדותה.¹⁹⁹

הקושי כאן כפול. נוסף על הקושי הרגיל הטמון בכך שערכאה שאינה חשופה לעדות באופן ישיר מעריכה את מהימנותה, כאן מדובר בעדות שההתרשמות הספונטנית ממנה אינה מספיקה, אלא היא מצריכה סיוע והנגשה. לאמתו של דבר, הערכת מהימנות עדותה של ת' הייתה כרוכה בהתרשמות מעדותו של ד"ר גוטהלף, הרופא המטפל, שאף אליה לא נחשף בית המשפט במישרין. ואולם, בעוד בית המשפט המחוזי ראה בעד המומחה אמצעי סיוע והנגשה, בית המשפט העליון ראה בעדותו פוטנציאל של סכנה. התוצאה היא שמרחב "השלמת הפרטים" הפוטנציאלי שבמסגרתו פעלה ערכאת הערעור היה גדול יותר, ויחד עמו גבר החשש מפני השפעתן הסמויה של השקפת העולם הפנימית של השופטים לצד ההשפעה החיצונית הנובעת מעמדות חברתיות-תרבותיות המטילות ספק באמינותו של אדם עם מוגבלות שכלית.²⁰⁰ דעת המיעוט בערכאת הערעור, מפי הנשיא ברק, נקטה עמדה שונה בהדגישה את הקשיים שבהתערבות מעין זו בכל מקרה, ובעיקר במקרה שבו מעורבת עדות של אדם עם מוגבלות:

שאלת המהימנות מופקדת כולה בידי הערכאה הראשונה, אשר רואה, שומעת ומתרשמת מן העדויות באורח ישיר ובלתי אמצעי. עלינו לסמוך על תחושתו, על הגיונו ועל שיקול דעתו של בית-משפט של דיון. כלל זה עומד בתוקפו גם בנוגע לעדים חריגים ויוצאי דופן. ההתערבות בממצאים שנקבעו על-ידי בית-משפט של דיון על יסוד התרשמות ממהימנות עדים שהופיעו לפנינו מוגבלת למקרים יוצאי דופן, כגון מקרים בהם הגרסה העובדתית שאימץ אינה מתקבלת על הדעת. המקרה שלפנינו אינו נופל לגדרם של מקרים יוצאי דופן אלה.

בענייננו, לא מצאתי עילה להתערב בקביעתו של בית-משפט המחוזי כי יש לתת אמון מלא בגרסת המתלוננת. דווקא על רקע המורכבות באישיותה, בולט יתרונה של הערכאה הראשונה, אשר שמעה את עדותה החיה של המתלוננת

198 פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 137, פס' 17 לפסק דינו של השופט בר-אופיר; פסק הדין בעליון, לעיל ה"ש 138, פס' 6 לפסק דינו של השופט לוי.

199 שם.

200 ריאיון עם נעמה לרנר (15.5.2007), לעיל ה"ש 87.

והתרשמה ישירות מטבעה, מאישיותה ומאמינותה. לפנינו מקרה בו העיון בפרוטוקול הכתוב אינו מספק תמונה מלאה של מסירת העדות.²⁰¹

מוקד הספק בדעת הרוב בבית המשפט העליון, בעקבות דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי, הוא באפשרות שלחץ שהופעל על העדה במסגרת ההכנה למשפט הביאה למצב שבו תאשר עובדות שלא התרחשו.²⁰² זהו חשש חשוב ורב משמעות, אך יש להיזהר ולבחון אם אינו מועלה ביתר שאת כלפי עד עם מוגבלות באופן שנובע מסטריאוטיפים ודעות קדומות. בעניין זה העיד הרופא המטפל:

באופן כללי היא לא נוהגת לבדות עובדות. אם מפעילים עליה לחץ כזה, אני מאמין שדבר כזה יכול לקרות, רק שאני מאמין שזה יכול לקרות לכל אחד.²⁰³

ידוע שעד אינו מגיע לדוכן העדים טאבולה ראסה. ראשית, תהליך עיבוד הפגיעה כולל פעמים רבות את סיפור המעשה לגורמים רבים. נוסף על כך, במסגרת ההכנה למשפט כל צד יכול ואף נדרש להכין את עדיו וברד בכד להימנע מלשים מילים בפי העד או לתדרך אותו כך שיאשר עובדות שלא התרחשו.²⁰⁴ התפיסה העולה מעמדת הרוב הנה כי במקרה של אנשים עם מוגבלות שכלית, הסיכון להזין את העד רב יותר בגלל אופיו המיוחד. אכן ייתכנו מקרים שבהם חשש זה יהא מוגבר, אך במקרה דנן חזר העד המומחה והסביר פעמים מספר בעדותו את הימנעותה של ת' מסיפורי מעשיות, שקרים ובדיות על אף הצורך שלה לרצות את סביבתה.²⁰⁵ יתרה מכך, עדה עם מוגבלות שכלית חייבת לעבור הכנות מסיביות לפני הגעתה לבית המשפט; ללא הכנה מוקדמת, ממושכת ויסודית לא תוכל לעמוד בחויה הקשה של מסירת עדות. הליך הכנה זה אכן טומן בחובו קשיים ואתגרים, אך יש לראות בו הליך של התאמה טכנית למצב העדה ואין להזדרז לתארו כסדרה של "חזרות גנרליות".²⁰⁶ כמו דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי, גם דעת הרוב בבית המשפט העליון מפקפקת ביכולתה של ת' למסור עדות רהוטה ומקבלת את תזת הקשר בין רהיטות העדות לבין ההכנה שעברה לקראת המשפט:

אפשר שאותן שיחות רבות אשר קוימו עם המתלוננת לקראת עדותה, הן הן ההסבר לכך שעדותה נשמעה בבית המשפט רהוטה וקולחת.²⁰⁷

חששו המוגבר של בית המשפט מפני הדרכה אסורה מופנה גם כלפי ד"ר גוטהלף עצמו, אשר העיד כי בעת ההכנה למשפט ערך עם ת' סימולציה שמטרתה הייתה הבנת הסיטואציה ולא דיון בתוכן העדות. בית המשפט מעיר בהקשר זה:

-
- 201 פסק הדין בעליון, לעיל ה"ש 138, פס' 3-4 לפסק דינו של השופט ברק (ההפניות הושמטו, ההדגשות הוספו).
- 202 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט לוי.
- 203 שם, פס' 2(ד) לפסק דינו של השופט לוי.
- 204 יחזקאל, לעיל ה"ש 91, בעמ' 63.
- 205 פסק הדין בעליון, לעיל ה"ש 138, פס' 2(ד) לפסק דינו של השופט לוי.
- 206 ריאיון עם עורכת דין יהודית לייבה, לעיל ה"ש 139.
- 207 פסק הדין בעליון, לעיל ה"ש 138, פס' 11 לפסק דינו של השופט לוי.

מי לידנו יתקע שחרף כוונותיו הטובות של העד, לא גלשה השיחה לתחומים שאסור היה לה לעסוק בהם, לאור אישיותה המורכבת והמיוחדת של המתלוננת?²⁰⁸

דעת הרוב בבית המשפט העליון מצאה הסבר חלופי משולב לעדותה הקולחת של ת': נטייתה של ת' לרצות את סביבתה ולהיות מושפעת מחיזוקים חיוביים, כפי שעלה מעדות המומחה; הפעמים הרבות שבהן סיפרה את סיפורה לאנשים שונים; החיזוקים החיוביים שקיבלה מן החוקרות והגורמים המסייעים (נציגה מעמותת נפגעות תקיפה מינית), אשר ביקשו ליצור אווירה נוחה ונעימה בחקירתה, החמיאו לה ואמרו שהן נותנות אמון מלא בגרסתה וכי יסייעו לה בכל דבר; הספקות הספקולטיביים בדבר שמירת הגבול בין הכנה אסורה למותרת על ידי הרופא המטפל.²⁰⁹ ואולם, חשדנות השופטים כלפי אותם חיזוקים חיוביים מעידה על היעדר היכרות עם תהליך הסיוע לנפגעות תקיפה מינית והקשיים הרבים העומדים בפניהן בעת חקירתן במשטרה ומתן עדותן בבית משפט, ביניהם התמודדות חוזרת עם התוקף ועמידה בחקירה נגדית צולבת ולרוב אף משפילה.²¹⁰ הטראומה הקשה והטרייה גורמת פעמים רבות לסגירות ולהדחקה שבעטיין הקורבן מסרבת לגולל את הסיפור, ולכן יש לגרום לה תחושת ביטחון ומסוגלות שתסייע לה לספר את שהתרחש. חוויה זו, המתוארת לעתים כ"אונס שני",²¹¹ הביאה את הגופים התומכים בקורבנות של עבירות מין לפעול למען יצירת תנאי חקירה שהיא אמפתית יותר, תוך ליווי צמוד של גורמים מקצועיים.²¹² התבטאויות השופטים מדגימות את האפליה שעמה מתמודדים אנשים עם מוגבלויות כמו גם נשים, וביתר שאת – נשים עם מוגבלות. שופטי הרוב מניחים הנחות בנוגע למקרה המבוססות על סכמות קוגניטיביות קיימות באשר להתנהגות המצופה מנשים נפגעות אונס מחד גיסא ומעדים עם מוגבלות שכלית מאידך גיסא; הנחות אלה אינן בהכרח תואמות את המקרה שלפניהם. מעניין לציין שהפעלת הנחות אלו בנוגע לנשים נפגעות אונס רווחה בעבר, וכיום כבר הפכו שירותי ליווי ותמיכה בנפגעות עבירה לדבר מקובל ומוכר, גם אם כי לא חף מקשיים ובעיות. נראה כי בהקשר של מוגבלות מתקשה בית המשפט עוד יותר להכיר בנחיצותם של שירותים אלו ולקבל את אופן פעולתם.

208 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט לוי.

209 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט לוי.

210 אסתר עילם נאנסות, אונס והרשויות בישראל 28–29, 67 (1994).

211 שם, בעמ' 28.

212 מרכז הסיוע לנפגעות אונס ותקיפה מינית מספק ליווי צמוד בהליך המשפטי לכל נפגעת אונס המעוניינת בכך. הליווי מוצע עם הגשת התלונה במשטרה וכן מפורסם באמצעי תקשורת למיניהם. למתנדבות לא ניתנת הכשרה מיוחדת לליווי של נפגעות עם מוגבלות שכלית (מתוך שיחה שערכתי עם מתנדבות במרכז). הפרויקט המשלים לחוסר זה הנו פרויקט "הליך הוגן" של ארגון "בזכות", אשר במסגרתו ניתן ליווי לאנשים עם מוגבלות שכלית נפגעי אלימות במסגרת החקירה המשטרית והעדות בבית המשפט. הליווי כולל גם הכנה מוקדמת דרך שיחות, סימולציות והיכרות פיזית עם אולם בית המשפט, מתוך: "אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית בהליך הפלילי", לעיל ה"ש 29.

דעת המיעוט, לעומת זאת, מתייחסת באופן שונה לכל אותם קשיים שמעלה דעת הרוב ואשר הביאוו למסקנה כי יש לזכות את המערער מחמת הספק. על פי דעת המיעוט:

כל אותן "תקלות" ונקודות תורפה שמציין חברי השופט [...] עמדו גם הן לנגד עיני בית-המשפט המחוזי. בית-המשפט היה ער לכל אלה אך לא מצא כי הם יורדים לשורש אמיתות הדברים או שיש בהם כדי לקעקע את אמינות גרסתה של המתלוננת.²¹³

* * *

הנרטיבים אשר נגלו לנו לאורך שני פסקי הדין שונים זה מזה. בממד הגלוי, הנרטיב הנו הסיפור שהשופט מגוללת בפנינו בהכרעה על מנת לשכנע אותנו בצדקת הנמקתה. הנרטיב הגלוי הוא נרטיב נשלט ומודע. בממד הסמוי, הנרטיב הנו אסופת סיפורים פנימיים המעוצבים על ידי אישיות השופט, אמונותיה, דעותיה וניסיון חייה. הנרטיב בממד הסמוי אינו מודע ואינו נשלט. שימוש בנרטיב הסמוי הוא בלתי נמנע, אולם הנרטיב המשפטי, בשונה מנרטיבים אחרים, הוא בעל ממד נורמטיבי ובעל הכוח להכריז על סיפור מסוים כ"מציאות".²¹⁴ בית המשפט העליון, מכוח מעמדו הנורמטיבי במסגרת פירמידת הנורמות של שיטת המשפט הישראלית ומעמדו הקנוני בחברה הישראלית, הנו גוף היוצר משפט ומשתתף באופן אקטיבי בעיצוב פני החברה. קביעותיו המשפטיות אינן רק מצהירות על מצב דברים משפטי, אלא מעצבות תפיסות חברתיות שגורות – מחלישות אותן או נותנות להן הכשר. יש תחומים במשפט הישראלי שבהם נטל בית משפט על עצמו את ההובלה. נראה כי בהקשר של א/נשים עם מוגבלויות בית המשפט התקשה להוביל את השינוי. פסק הדין של בית המשפט העליון ניתן כחמש שנים לאחר שעבר בכנסת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, אך החוק והעקרונות שביקש לקדם לא נזכרו בפסק הדין ולא השפיעו על רוח הדברים שבו. ניכר היה שנדרש שינוי בחקיקה על מנת לקדם שינוי זה, שינוי קונקרטי המכיר בצורך בהנגשת ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלויות ואשר מפרט את הדרך לעשות כן.

ד. חוק הליכי חקירה והעדה

1. ההתפתחויות שהובילו לחקיקת החוק

שתי התפתחויות עיקריות הובילו לחקיקת חוק הליכי חקירה והעדה, התשס"ה–2005. התפתחות אחת חלה במישור סדרי הדין והראיות וההכרה בזכויות נפגעי עבירה; ההתפתחות השנייה התרחשה במישור ההכרה בזכויות של אנשים עם מוגבלויות.

²¹³ פסק הדין בעליון, לעיל ה"ש 138, פס' 4 לפסק דינו של השופט ברק.

²¹⁴ שולמית אלמוג "עיני המערער חשכו – בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט 15, 295, 298–300, 315 (2000).

הצורך בהתאמת ההליך הפלילי ובהסדרת הליכי חקירה והעדה אינו ייחודי לתחום המוגבלות. ברקע הדברים ניתן למצוא את ההסדרים הייחודיים בתחום העדת ילדים ואת השפעת המאבק למען ההכרה בזכויות נפגעי עבירה בהליך הפלילי. הראשונים לזכות בהתאמות בהליך הפלילי שישקפו את צורכיהם היו ילדים. החוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים) נחקק כבר בשנת 1955 ועבר מאז תיקונים מהותיים. החוק מכיר בכך שקטין שהנו נפגע או מבצע עבירה מצריך התייחסות שונה אשר תספק מענה הולם לצרכים האופייניים לקטינים בשלבי החקירה וההעדה, כולל חקירה בידי חוקר ילדים, תיעוד, נוכחות קרוב בחקירה וכן חלופות העדה שונות.²¹⁵ בשנת 2001 נחקק חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001, שעיקרו הוא צירופו של שחקן חדש להליך הפלילי – נפגע העבירה.²¹⁶ בבסיסו של החוק עומדת מחויבותה של המדינה להגן על קורבן העבירה ולספק לו תמיכה שיקומית, בצד ההבנה ששילובו במערך המשפטי, תוך הכרה בצרכיו, יועיל להרשעת אשמים.²¹⁷ החוק מעגן את זכויותיו של נפגע העבירה, הנוגעות למגוון נושאים, ביניהם הגנה ושמירה על פרטיותו, קבלת מידע בנוגע לשלבי ההליך הפלילי, עיון בכתב האישום, נוכחות בדיון משפטי הנערך בדלתיים סגורות וכן ליווי בידי אדם נוסף. זכויותיהם של נפגעי עבירות מין או אלימות רחבות יותר והן כוללות גם קבלת מידע על מאסרו של הנאשם, ליווי בשלב החקירה והשמעת עמדה בשלבים שונים בהליך. מכוח החוק הוקמו יחידות האמונות על מימושו בפרקליטויות השונות ומורה על מינוי שוטרים אשר יבטיחו את מימוש זכויותיהם של נפגעי עבירה. בשנת 2003 התקבל תיקון לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח–1957,²¹⁸ אשר הסמיך את בית המשפט לאפשר לקורבן עבירת מין להעיד שלא בנוכחות הנאשם. שינויי חקיקה אלה הנם הכרה בכך שההליך הפלילי המסורתי אינו מותאם לצרכים של קבוצות שונות.²¹⁹

215 חוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים), התשט"ו–1955. החוק קובע שילדים עד גיל 14 ייחקרו בקשר לעבירות מין ורוב עבירות האלימות בידי חוקר ילדים וכי החקירה תהיה מתועדת במלואה (ס' 4–5 לחוק). ככלל, ילד ייחקר בידיעת הורהו, והוא זכאי שההורה או קרוב אחר יהיו נוכחים בחקירה. החוק גם קובע שאין להעיד ילד אלא ברשות חוקר ילדים וכי החוקר רשאי להתנות את עדותו בהתאמות, כגון עדות שלא בנוכחות נאשם, שלא על דוכן העדים, גביית עדות באתר חלופי ועוד, וכי החלטותיו צריכות להיות מנומקות (ס' 2 לחוק). החוק מבהיר כי עדות שנמסרה בלי חוקר ילדים כשרה להתקבל כראיה בבית המשפט, אך לצורך הרשעה נדרש סיוע בראיה אחרת (ס' 11 לחוק).

216 בסוף שנות התשעים הקימו כמה ארגוני זכויות את "קואליציית הארגונים לקידום זכויותיהם של נפגעי העבירה בישראל". החוק הנו תוצר של פעילות קואליציה זו. לסלי סבה וטלי גל "זכויות נפגעי עבירה בישראל" ספר שמגר – מאמרים חלק ב' 157, 166–167 (יובל שני עורך, 2003). המאבק הושפע מהפמיניזם בארצות הברית, שקרא להגנה על נפגעי עבירה בהליך הפלילי ובמיוחד על נפגעות עבירות מין ואלימות. כמו כן בזירה הבינלאומית פרסם האו"ם בשנת 1998 את "הצהרת האו"ם בדבר עקרונות הצדק הבסיסיים לנפגעי עבירה". שם, בעמ' 158.

217 דברי הסבר להצעת חוק זכויות נפגעי עבירות בהליך הפלילי, התשס"א–2001.

218 ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח–1957.

219 מעיד על כך גם ס' 4 לחוק זכויות נפגעי עבירה, הקובע שמימוש הזכויות המוקנות בחוק כולל התאמות נדרשות לקטינים ולאנשים עם מוגבלויות וכן מתן מידע והודעות בשפה מובנת.

בצד התפתחויות אלה התרחש, בישראל ובעולם, תהליך נוסף של צמיחת שיח הזכויות של אנשים עם מוגבלויות וחקיקת הזכויות שנלוותה לו. גם נושא נגישותו של ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלויות זכה לתשומת לב במסגרת תהליך זה, ומדינות מספר חוקו במהלך העשורים האחרונים חוקים ותיקוני חקיקה שנועדו להתאים את ההליך לצורכיהם של אנשים עם מוגבלויות.²²⁰ לאחרונה עוגנה זכותם של אנשים עם מוגבלויות ל"נגישות לצדק" במסגרת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות. סעיף 13 לאמנה קובע: "מדינות שהן צדדים תבטחנה כי תהא לאנשים עם מוגבלויות נגישות לצדק בפועל, בשוויון עם אחרים, לרבות תוך מתן התאמות בהליך והתאמות תואמות גיל, על מנת לסייע להם להשתתף באורח מועיל בכל הליך משפטי, במישרין ובעקיפין, לרבות כעדים, ולרבות בשלב החקירה ובשלבים מקדמיים אחרים".²²¹

שיאו של תהליך ההתגבשות וההכרה המשפטית בזכויות אנשים עם מוגבלויות בישראל היה חקיקת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.²²² ציון דרך נוסף בתהליך זה התרחש בשנת 2005, השנה שבה תוקן חוק השוויון ונוסף לו פרק נגישות רחב היקף המסדיר את תחום הנגישות כמעט בכל מישורי החיים,²²³ וכן נחקק חוק הליכי חקירה והעדה. שני החוקים קשורים זה בזה ומשלימים זה את זה בתפיסת הנגישות הרחבה שמנחה אותם. לאמתו של דבר, נושא הנגישות להליך הפלילי נכלל כבר בהצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות שנוסחה על ידי ארגון "בזכות" בשנת 1995.²²⁴ באותה שנה הגיש הארגון גם דוח מקיף אשר פירט את הכשלים במערכת החל מרגע הגשת התלונה במשטרה ועד ההגעה לבית המשפט, תוך השוואה למתרחש במדינות אחרות והצעות להתאמות אפשריות. בעקבות דוח זה הוקמה ועדה לבחינת הנושא במשרד המשפטים.²²⁵ עבודת הוועדה הביאה לניסוח הצעת חוק באשר להליכי

220 כך, למשל, כבר בשנת 1990 תוקן חוק הראיות הפלילי הקנדי (Canada Evidence act, Criminal Code), והוא כולל כיום מגוון התאמות, לרבות האפשרות להיות מלווה על ידי Support Person (ס' 486) וכן להשתמש בכל אמצעי על מנת שעדותו של אדם עם מוגבלות תהיה מובנת (ס' 6). באנגליה נחקק בשנת 1999 The Youth Justice and Criminal Evidence Act הקובע הוראות לעניין העדה של אנשים עם מוגבלויות. החוק כולל הנחיות לשוטרים בתהליך החקירה ומאפשר שימוש במתווך שיכול לבצע בדיקות של העד בעת הצורך ולסייע בשאלות המופנות אליו ובהסבר של תשובותיו. חוק סדר הדין הפלילי האוסטרלי (Criminal Procedure Act 2009) כולל פרק המתייחס לעדות של אדם עם מוגבלות שכלית וחוק ספציפי נוסף מתייחס לעדותו של אדם עם מוגבלות נפשית (Mental Health (Criminal Procedure) Act). בארצות הברית בחרו לנקוט דרך אחרת במישור הפדרלי, ובשנת 1998 נחקק ה־ Crime Victims With Disabilities Awareness Act of 1998 (Pub.L. 105-301), שנועד להגביר את המודעות לפשעים נגד אנשים עם מוגבלויות ומורה על איסוף נתונים על אופי הפגיעה בהם ועל המגע שלהם עם מערכת המשפט. לפירוש ההסדר הישראלי בתחום ראו להלן פרק ד.2.

221 CRPD, לעיל ה"ש 9. האמנה אושררה כאמור על ידי מדינת ישראל בשנת 2012.

222 ראו שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" נגישות לצדק חברתי בישראל 79 (גי'ני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

223 פרק ה'1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

224 הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ו-1996.

225 עיקרי הדו"ח מופיעים בדברי ההסבר להצעת החוק, ראו הצעת חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ד-2004.

החקירה וההעדה של אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות, תוך התאמת הליכים אלו לצורכיהם ולניסיון חייהם.²²⁶ הצעת חוק הליכי חקירה והעדה הוגשה לכנסת בשנת 2004 כהצעת חוק ממשלתית, והתקבלה בכנסת בשנת 2005 בשינויים קלים בלבד. ההסדרים שבחוק חלים באופן שוויוני על נפגעי עבירה ומבצעי עבירה. מאמר זה מתמקד בנפגעי עבירה, אך חשוב לציין שהחוק בא להיטיב גם עם חשודים ונאשמים עם מוגבלויות.²²⁷ נוסף על כך, עיקר ההתאמות שבחוק מיועד לאנשים עם מוגבלויות שכליות, שבהם מתמקד מאמר זה, ומסגרת מצומצמת יותר של הוראות חוק מיועדת לאנשים עם מוגבלויות נפשיות.

2. ההתאמות שבחוק – פרוצדורה ומהות

ההתאמות הכלולות בחוק הליכי חקירה והעדה משקפות את התהליכים שקדמו לו. אנו מצייעות לחלק את ההתאמות שבחוק לשני סוגים עיקריים: הנגשה פיזית-פרוצדורלית והנגשה מהותית. הסוג הראשון קשור ביצירת חלופות העדה ופרוצדורות אשר יקלו על נותן העדות במסלול שעליו לעבור מהחקירה ועד לסיום המשפט. כך, פרק ב' לחוק עוסק בשלב החקירה ומפרט את ההתאמות הרלוונטיות לשלב זה, ביניהן הודעה על חקירה של אדם עם מוגבלות שכלית לאפוטרופוס (מלבד במקרים המנויים בחוק), זכאות לליווי בחקירה, הסבר לחשוד בדבר זכויותיו בלשון המובנת לו ותייעוד מלא של החקירה.²²⁸ פרק ג' לחוק עוסק בהליך המשפטי ומתמקד בשלב העדות. בין התאמות אלו מצויות האפשרויות שלא להזהיר עד עם מוגבלות שכלית, לאסור על חקירה נגדית בידי נאשם וכן לפטור ממתן עדות ולהתיר הגשת קלטת החקירה במקומה.²²⁹ החוק מאפשר לבית המשפט, מיוזמתו או ביוזמת בעל דין, להורות על גביית העדות שלא בנוכחות הנאשם, שלא באולם בית המשפט, מבלי לעלות פיזית לדוכן העדים או כאשר השופטים ועורכי הדין אינם לובשים גלימות.²³⁰ הן גם מאפשרות לתמוך בנפגע העבירה בהליכי החקירה וההעדה, למשל באמצעות ליווי אדם קרוב.²³¹ כמו כן קובע החוק שאפשר לתת לעד עם מוגבלות פטור ממתן עדות בתנאים מסוימים וכי האמרה שמסר בחקירה המוקדמת תהיה קבילה כראיה, אם כי תצריך סיוע בראיה אחרת לצורך הרשעה על

פיה.²³²

226 שם. על הרקע לחקיקה ראו גם Neta Ziv, *Witnesses With Mental Disabilities: Accommodations and the Search for Truth*, 27 DISABILITY STUDIES QUARTERLY Part IV.B. (2006), available at <http://www.ds-q-sds.org/article/view/51/51>.

227 ההתאמות שנקבעו בחוק הליכי חקירה והעדה נועדו הן עבור נפגעי עבירה עם מוגבלויות והן עבור אנשים עם מוגבלויות החשודים כמבצעי עבירה. יש לזכור כי גם מי שנמנים עם הקבוצה השנייה אמורים ליהנות מהחוק ומההסדרים שהוא קובע. ראו למשל אליעזר ויצטום, יעקב מרגולין ואברהם לביא "הודאות שווא על רקע נפשי: רקע תאורטי והשלכות מעשיות" רפואה ומשפט 39 147 (2009); להתייחסות ישירה לחוק הליכי חקירה והעדה, ראו שם, בעמ' 152-153.

228 ס' 5, 8, 9 ו-10 לחוק הליכי חקירה והעדה.

229 ס' 18, 19 ו-20 לחוק הליכי חקירה והעדה.

230 ס' 21 לחוק הליכי חקירה והעדה.

231 ס' 8, 16 ו-22 לחוק הליכי חקירה והעדה.

232 לפירוט התנאים בעניין זה, ראו ס' 20 לחוק הליכי חקירה והעדה.

סוג שני של התאמות כרוך בעירובם של גורמים מקצועיים כגורמים מומחים או מתווכים בשלבי החקירה וההעדה. יש בהתאמות אלו הנגשה מהותית משום שהן מאפשרות גישה לתוכן העדות. כך, החוק קובע שאדם עם מוגבלות שכלית יחקר רק על ידי חוקר מיוחד שהוא איש מקצוע מוסמך (פסיכולוג, עובד סוציאלי, קרימינולוג או מתחום החינוך המיוחד) שעבר הכשרה מתאימה, וכי החוקר המיוחד "רשאי להיעזר באיש מקצוע המומחה בתחום המוגבלות של הנחקר".²³³ בסיום החקירה על החוקר המיוחד לכתוב חוות דעת ובצדה הוא רשאי להוסיף "המלצות בדבר אמצעי העדה רצויים אם יעיד הנחקר בבית המשפט".²³⁴ החוק קובע שבשלב המשפט ניתן להגיש חוות דעת כראיה להיות העד אדם עם מוגבלות, לסוג המוגבלות שלו ולהשפעתה האפשרית של המוגבלות על מסירת העדות או על העד.²³⁵ חשיבותה של חוות דעת זו בכך שהיא מאפשרת לאנשי מקצוע לשאת בתפקיד ההנגשה של העדות עבור בית המשפט.²³⁶ נוסף על כך, החוק מורה שבמקרים שבהם נקבע שהנאשם לא יחקר את העד בעצמו והוא סירב שימונה לו סגור, אפשר שהחקירה תיעשה באמצעות "מתווך", שהוא אדם בעל הכשרה מתאימה לכך (סעיף 19).

החשיבות הטמונה בחלק ניכר מההתאמות הפיזיות-הפרוצדורליות היא כאמור בתרומתן ליכולתם של אנשים עם מוגבלויות שכליות לבטא את דבריהם ולמסור את עדותם, כלומר להשמיע. ההתאמות המהותיות, לעומתן, מאפשרות להם להישמע, בכך שהן מסייעות לבית המשפט להבין את העדות ולהתייחס לתוכנה באופן שוויוני מבחינה מהותית. הבחירה בין ההתאמות השונות או שילובן מצריכים היכרות עם המאפיינים הייחודיים של כל מקרה. אנשים עם מוגבלויות שונות צריכים התאמות שונות, וגם בקרב אנשים עם אותו סוג מוגבלות עשויה להיות שונות במידת המוגבלות ובהשפעתה על העד. החשוב בשלב זה הוא להכיר את מכלול ההתאמות הקיים ולשקול באופן יזום את יישומן במקרים המתאימים, אך בד בבד יש להבין גם את חשיבות ההתאמות ואת תכליתן.

ניתן להסביר את תכליתן של התאמות אלו בשתי דרכים משלימות: האחת קשורה במטרות המסורתיות של ההליך הפלילי והאחרת קשורה בנגישות להליך, בשוויון מהותי ובמתן קול לנפגעי עבירה עם מוגבלות. אחת המטרות המסורתיות המרכזיות של ההליך הפלילי הנה חקר האמת. כאשר בית המשפט אינו שומע עדות נדרשת, אינו מבין עדותו של עד, נותן לעדות פרשנות לא נכונה או מעניק לה משקל נמוך מן הראוי במסגרת מכלול העדויות שבפניו, לא זו בלבד שנעשה עוול לקורבן עצמו, אלא גם הרציונל של חשיפת האמת אינו בא לכלל מימוש.²³⁷ ההתאמות מן הסוג הראשון מאפשרות לאדם עם מוגבלות שכלית להעיד בתנאים שונים מאלו המקובלים. ניתן לשייך פרוצדורות תומכות אלו למטרה של הגנה על נפגעי עבירה

233 ס' 3, 6 ו-7 לחוק הליכי חקירה והעדה. יצוין בהקשר זה כי ס' 14 לחוק קובע כי חוקיות החקירה של אדם עם מוגבלות שכלית שלא נעשתה בידי חוקר מיוחד לא תיפגע.

234 ס' 7(ג) לחוק הליכי חקירה והעדה.

235 ס' 21 לחוק הליכי חקירה והעדה.

236 שם. המדובר באנשי מקצוע מדיסציפלינות טיפוליות (פסיכיאטריה, פסיכולוגיה ועבודה סוציאלית).

237 Ziv, לעיל ה"ש 226, חלק IV.B.

וקידום זכויותיהם, אך בהקשר הנוכחי חשוב לציין כי יש להן קשר ישיר למימוש המטרה של חקר האמת: בלא אותו מערך התאמות לא יוכלו עדים למסור את עדותם בצורה מיטבית או עשויים שלא למסור אותה כלל. במצב זה יכולת חקירת האמת נפגמת, משום שמידע רלוונטי להכרעה המהותית בתיק נמנע מבית המשפט.

גם יישום ההתאמות מן הסוג השני נועד לאפשר הכרעה בתיק על סמך מרב המידע הרלוונטי. ראשית, החקירה המותאמת, המנוהלת על ידי מי שמכיר את הצרכים והמאפיינים של חקירת אנשים עם מוגבלויות, הנעזר באיש מקצוע מומחה לפי הצורך, מאפשרת את מיצוי המידע המצוי אצל נפגע העבירה. שנית, ההתאמות הקשורות במסירת העדות הכלולות בחוק מבטאות הבנה שההתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט, כפי שנקבע בסעיף 53 לפקודת הראיות ובמסגרת מבחני פס"ד ברדה, אינה אפקטיבית לצורך קביעת אמינותו של עד עם מוגבלות שכלית, שכן "ניסיון החיים של השופטת" ו"התרשמותה הבלתי אמצעית" אינם מספקים לה את הכלים המקצועיים הנדרשים לצורך הערכת העדות. פעמים רבות, ההפך הוא הנכון – אידאל ההתרשמות הישירה והבלתי מתווכת הוא שמאפשר שימוש לא מבוקר בסטריאוטיפים ועמדות לא מבוססות. לפיכך יש לראות בגורמים המקצועיים מהדיסציפלינות הטיפוליות סוכנים המנגישים את העדות עבור השופטת, באמצעות "תרגום" של מכלול המסרים והמידע שנמסרים במסגרת העדות לשפה שהנה מובנת למי שאינו בעל מקצוע טיפולי. הנגשת העדות תאפשר לשופטת להגיע להכרעה שיפוטית מושכלת בתיק, המבוססת על מידע מלא ומדויק. לאמתו של דבר, כפי שטוענת נטע זיו: "היכולת של עד עם מוגבלות שכלית או נפשית להיות עד אמין תלויה בגורמים חיצוניים לא פחות מאשר במגבלה שנוצרת מהליקוי עצמו".²³⁸

תכליתן הנוספת והמשלימה של ההתאמות היא, כאמור, נגישות לצדק תוך הבטחת שוויון מהותי ומתן קול לאנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות בהליך הפלילי ובמשפט ובחברה בכלל. כפי שציינו קודם לכן, קולם של אנשים עם מוגבלויות הושק במהלך השנים ונעדר מכל זירות החיים. אנשים רבים עם מוגבלויות לא נשאלו לדעותיהם, לא יכלו לבטא את עמדותיהם, וגם כאשר התבטאו, זכו פעמים רבות להתעלמות ולביטול. מתן קול לאנשים עם מוגבלויות – באופן מעשי וסמלי – מאפשר להם לקחת חלק במרחב החברתי ומאפשר לחברה להכיר אותם ואת עולמם, את החוויות המעצבות את חייהם ואת האופנים שבהם החברה מדירה אותם מתחומיה, במודע או מבלי משים. מדינת ישראל הכירה בעקרון הנגישות לצדק בחתימתה על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות ובאשררה אותה. על פי סעיף 13 לאמנה: "מדינות שהן צדדים תבטחנה כי תהא לאנשים עם מוגבלויות נגישות לצדק בפועל, בשוויון עם אחרים, לרבות תוך מתן התאמות בהליך והתאמות תואמות-גיל, על מנת לסייע להם להשתתף באורח מועיל בכל הליך משפטי, במישרין ובעקיפין, לרבות כעדים, ולרבות בשלב החקירה ובשלבם מקדמיים אחרים".

מכלול ההתאמות שחוק הליכי העדה וחקירה יצר נועד לאפשר לקולם של אנשים עם מוגבלויות ליהנות ממעמד שווה בקרב מגוון הקולות בחברה בהקשר של ההליך המשפטי הפלילי – הוא מאפשר להם גם להשמיע את קולם וגם להישמע: להשמיע באמצעות החקירה המותאמת ופרוצדורות ההעדה, ולהישמע באמצעות החקירה המותאמת ועדות המומחה. הבנת הרקע לחקיקה ובירור תכליתה חשובים גם לצורך מתן מענה לחשש מפגיעה בזכויות נאשמים המלווה בדרך כלל חקיקה מסוג זה. ראשית, יש לזכור כי חוק הליכי חקירה והעדה חל על נפגעי עבירה ומבצעי עבירה גם יחד וכן על עדים שעשויים לתמוך בצד זה או אחר. תמונת הדברים הכוללת מראה אפוא שלעתים הוא יופעל על מנת לסייע לנאשם ולעתים לנפגע, ומכאן שאין בו הטיה בסיסית ראשונית כנגד נאשמים. שנית, הכללים הנוהגים עד כה היטיבו עם מי שפגעו באנשים עם מוגבלות שכלית באופן שאינו צודק ואינו מאפשר מיצוי דין והרשעת אשמים (ובמידה רבה הרעו עם נאשמים עם מוגבלות שלא זכו להתאמת ההליך לצורכיהם). לאמתו של דבר, ההסדרים שבחוק באים לתקן את עוולות העבר ולהבטיח שוויון מהותי. משמעותו של שוויון מהותי הנה מתן מענה לשונות רלוונטיות המצדיקה הבחנה מותרת.²³⁹ השוויון המהותי, השואף לשוויון בתוצאות, מבוסס על ההבנה שרק יחס שונה לפרטים ישיג את המטרה של שוויון בין העדויות.²⁴⁰ לחיזוק טענה זו ניתן להזכיר את סעיף 3 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, שעל פיו "אין רואים כאפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן אפליה קודמת או קיימת של אנשים עם מוגבלות או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות". שלישית, אנו טוענות שהתאמת ההליך הפלילי הנה חלק ממארג הזכויות המהותיות של אנשים עם מוגבלויות אשר יש לפרשה על רקע החקיקה כולה. זוהי הזכות לנגישות לצדק הכוללת את הנגישות להליך הפלילי, הזכות להליך הוגן והזכות לזכות בהגנת המשפט. יישום מלא ועקבי של החקיקה תוך היכרות עם ההצדקות והתכליות שעומדות מאחוריה יסייע לבית המשפט בבירור שאלות של אשמה וחפות. ההכרעה בדבר ההתאמות הנדרשות בכל מקרה ובדבר המשקל שיינתן לכל עדות נותרה בידי בית המשפט בלבד, אך הכלים לקבלת הכרעה כזו השתכללו. לכן, בבוא בית המשפט להתמודד עם טענה קונקרטית בדבר פגיעה בזכותו המהותית של הנאשם להליך הוגן, עליו להעניק להתאמות המבוקשות לצורך אותו הליך את מלוא משקלה של הזכות המהותית להנגשת ההליך הפלילי והתאמתו. ראוי לציין שהמסר שהחוק נושא הוא מסר מורכב המאפיין את חקיקת השוויון והנגישות בתחום המוגבלות. מצד אחד, מדובר בחקיקת זכויות המבקשת לתקן את עוולות העבר שחוו אנשים עם מוגבלויות כאשר ההליך הפלילי התעלם מצורכיהם, מניסיון חייהם ומיחסי הכוחות הלא שוויוניים שבהם הם שרויים.²⁴¹ מצד אחר, מדובר בחקיקה מגינה היוצרת מערך זכויות "מיוחד" ונפרד, המדגישה את שונותם של אנשים עם מוגבלויות, הנשענת על תיוכם של אנשי

239 ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה (1) 35, 7 (1971).

240 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט (4) 94, 104–107 (1995).

241 ראו גם את דבריה של ח"כ זהבה גלאון, המביעה עמדה שלפיה החוק משמש כמכשיר למזעור סטיגמות חברתיות כלפי אנשים עם מוגבלות, ישיבה 259 של הכנסת ה-16 בעניין הצעת חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית) קריאה שנייה ושלישית (29.11.2005), www.knesset.gov.il/TqI/mark01/h0024766.html#TQL.

מקצוע ואשר עשויה בשל כך לחזק סטיגמות וסטריאוטיפים.²⁴² מורכבות זו מעידה על כך שהחקיקה לבדה אינה מספיקה וכי נדרש תהליך עומק משמעותי נוסף הכרוך בשינוי עמדות ותפיסות יסוד ביחס למוגבלות ולתהליכי ההבניה החברתית המשפיעים על יישום החקיקה. אמנם החקיקה נותנת כלים לכך, אך השימוש הנכון בכלים אלו תלוי בטרנספורמציה מבנית ותפיסתית רחבה יותר הדורשת גיוסם של מגוון משאבים – משפטיים, חברתיים וכלכליים גם יחד.

3. החוק בפעולה

פסיקת בית המשפט בתקופה שלאחר חקיקתו של חוק הליכי חקירה והעדה ממחישה את השימוש המתרחב בהתאמות שהחוק מאפשר, מחד גיסא, ואת האתגרים שהחוק מציב בפני שופטי הערכאות הדיוניות, מאידך גיסא. את פסקי הדין וההחלטות שניתנו לאחר חקיקת החוק ניתן לחלק לשני סוגים: האחד, החלטות בדבר הכרעת דין, והאחר, החלטות הנוגעות לשלבים שונים בהליך הפלילי.²⁴³

מסקירת הפסיקה העוסקת בהכרעות דין עולה כי ההתאמות הנפוצות ביותר הן חקירה בפני חוקר מיוחד, מסירת עדות בנוכחות חוקר מיוחד ומתן עדות שלא בפני הנאשם.²⁴⁴ ניכר כי נעשה שימוש מועט בלבד בהתאמה המהותית המאפשרת את הנגשת תוכנה של העדות

242 לדיון דומה בדבר שימוש בחוות דעת מומחים בהקשר של נשים ראו Regina Schuller & Sara Rzepa, *Expert Testimony Pertaining to Battered Woman Syndrome: Its Impact on Jurors' Decisions*, 26 L. & HUM. BEHAVIOR 655 (2002); Robert F. Schopp, Barbara J. Strugis & Megan Sullivan, *Battered Woman Syndrome Expert Testimony, and the Distinction Between Justification and Excuse*, 1994 U. ILL. L. REV. 45 (1994); Regine Schuller & Neil Vidmar, *Battered Woman Syndrome Evidence in the Courtroom: A Review of the Literature*, 16 L. & HUM. BEHAVIOR 273 (1992).

243 הדיון מבוסס על אותם מקרים אשר הסתיימו בפסק דין ופורסמו במאגרים המשפטיים השונים. יש לזכור כי לא כל ההחלטות מפורסמות במאגרים. חלקן אינן מפורסמות בשל מדיניות פרסום לא אחידה, ורבות אחרות אינן מפורסמות משום החיסיון המוטל על התיקים אם בשל סוג העבירות ואם מתוך רצון להגן על המעורבים בתיק. בשל הגישה המוגבלת לתיקים אלו לא היה אפשר לדון בהם במסגרת מאמר זה. משום כך בחרנו שלא להציג את דברינו כמבטאים מסקנות מבוססות וחד-משמעיות בנוגע ליישום החוק בשטח, אלא רק לתאר תמונת מצב חלקית כפי שזו עולה מן הפסיקה ולציין את מסקנות הביניים ונקודות הקושי אשר עולות מתמונת מצב זו.

244 ראו למשל תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1053/06 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.3.2009). במסגרתו חתן בית המשפט המחוזי בבאר שבע את שאלת כשירותה ומשקלה של עדות של המתלוננת שנפגעה במוחה כתוצאה של תאונת דרכים, כנגד מעשים מגונים שביצע בה, לטענתה, אביה. בין יתר ההתאמות שניתנו לוותר המתלוננת בחקירתה במשטרה על ידי נציגת ארגון "בזכות", העידה שלא בנוכחות הנאשם ובליווי נציגת "בזכות". טרם מתן העדות הוזהרה כי עליה לומר את האמת ונדרשה להרים את ידה על מנת לאותת לשופט כי הבינה את תוכן האזהרה. חוות דעת מומחה הוגשה מטעם התביעה וההגנה. ראו גם תפ"ח (מחוזי י-ם) 502/08 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 12.1.2010). לדיון מפורט בהתאמות שניתנו באותו מקרה, ראו להלן ה"ש 259–255.

באמצעות חוות דעת מומחה. עם זאת, גם ברוב המקרים שבהם ניתנו התאמות על פי החוק עדיין נמצאה עדותם של נפגעי עבירה עם מוגבלות בלתי מספקת לצורך הרשעה על ידי בית המשפט. ניכר שבית המשפט עדיין נרתע וחושש מפני הסתמכות על עדויות של אנשים עם מוגבלויות. החלטות השופטים אינן חושפות מודעות להטיות הקוגניטיביות שהם עשויים ללקות בהן ואינן כוללות התבטאויות ערכיות ועקרונות בדבר חשיבותן של ההתאמות והמשגתן כעניין של זכות. הן גם אינן מציגות את חוק השוויון כחלק מן המסגרת הנורמטיבית שעוטפת את חוק הליכי חקירה והעדה, אשר הייתה יכולה להעשיר את ניתוח המקרה ולספק תמיכה עקרונית לשימוש בהליכי חקירה והעדה חלופיים.

את ההחלטות הנוגעות לשלבים שונים של ההליך הפלילי ניתן לחלק לשלושה נושאים: בקשות להארכת מעצר, החלטות בדבר הסדרי טיעון, בקשות למתן התאמות בהליך. אשר לבקשות בדבר הארכת מעצר, נראה כי הפסיקה שאותרה בהקשר זה מעידה על השפעה עקיפה של השינויים בגישה החברתית כלפי עדויותיהם של א/נשים עם מוגבלויות, שכן הן נמצאו מספיקות על מנת לבסס כתב אישום. בעבר, מקרים רבים לא היו עוברים משוכה ראשונית זו. עם זאת, המקרים הללו מעלים תהייה מרכזית אחרת: מדוע גם לאחר חקיקת החוק לא ניתנות ההתאמות הנדרשות על פיו. ייתכן שהתשובה לכך נמצאת בחסמים במימוש החוק הקשורים בהכשרה, בהטמעה ובשאלות של הקצאת משאבים לנושא.²⁴⁵ הגם שדומה שזוהי שאלה מנהלתית גרידא, היא חושפת היבטים הקשורים בסדרי עדיפויות, בהפנמת חשיבות הנושא ובהמשגתן של ההתאמות כענף של זכויות אנשים עם מוגבלויות ולא כמנגנון המעניק הקלות או חסדים. מסקירת החלטות בדבר הסדרי טיעון שבהן היה נפגע העבירה אדם עם מוגבלות עולה כי פעמים רבות אישר בית המשפט את הסדר הטיעון ללא התייחסות לאופן החקירה ולשאלת ההתאמות שניתנו במהלכה.²⁴⁶ באחד המקרים דובר בכך שהודאת הנאשם חסכה את הצורך במתן עדות מצד נפגעת העבירה.²⁴⁷ החלטות אלו אינן מגלות דבר בקשר להשפעת החוק על המקרים הנדונים: האם נפגע/ת העבירה נחקר/ה במסגרת בירור התיק? האם ניתנו התאמות בחקירה? האם הייתה לחקירת הנפגע/ת השפעה על הסדר הטיעון? ייתכן שאין מקום לציין נושאים אלו בהחלטות בדבר הסדרי טיעון, אך התייחסות לדברים הייתה מסייעת בהטמעת החקיקה ועקרונותיה.

קבוצת המקרים השלישית, והמעניינת ביותר לדעתנו, עניינה בקשות למתן התאמות בהליך. מקרים אלו מעידים על התפתחותו של הליך ביניים חדש במצבים שנדרשת בהם התערבות בית המשפט על מנת להכריע אם לתת התאמות לנפגע/ת העבירה. בעניין שלום,²⁴⁸ בחן בית משפט השלום בכפר סבא בקשה לגביית עדות מוקדמת של מגישת התלונה ולמתן אמצעי התאמה. באותו מקרה הואשם המשיב בביצוע מעשה מגונה תוך שימוש בכוח ובאיומים כלפי אישה עם מוגבלות שכלית (שלא אובחנה) אשר הגישה נגדו תלונה. על פי הבקשה, בשל מוגבלותה

245 ראו להלן פרק ד.4(א).

246 תפ"ח (מחוזי י-ם) 7004/06 מדינת ישראל נ' לוי (פורסם בנבו, 5.11.2006); תפ"ח (מחוזי חי') 5012/08 מדינת ישראל נ' אבו חמדה (פורסם בנבו, 14.9.2008).

247 עניין אבו חמדה, שם.

248 ב"ש (שלום כ"ס) 3489/08 מדינת ישראל נ' שלום (פורסם בנבו, 18.9.2008).

השכלית של נפגעת העבירה, ולנוכח חוות דעתו של החוקר המיוחד בעניינה, התבקש בית המשפט לשמוע את עדותה במועד סמוך ככל הניתן, בלשכת השופט, בליווי גורמים מקצועיים וללא נוכחות המשיב או בני משפחתו. בית המשפט קבע כי מגישת התלונה תמסור עדות מוקדמת מאחורי פרגוד. בעניין אבוטבול,²⁴⁹ נדונה בקשה דומה. גם באותו מקרה הגישה המדינה בקשה למתן עדות מגישת התלונה ללא נוכחות הנאשם. הבקשה נדחתה משום שבאת כוחה של המאשימה אמנם צירפה המלצה של חוקרת ילדים בנוגע לעדותה של מגישת התלונה ללא נוכחות הנאשם, אך לא התייחסה למצבה השכלי והנפשי ולא מסרה כל מסמך אחר המביא למסקנה שהיא "אדם עם מוגבלות" כהגדרתו בחוק. במרכז הדיון כאן שני מוקדים: הראשון, השאלה אם מדובר באדם עם מוגבלות; השני, ההתאמות שיש לתת לנפגע העבירה. מקרים אלו חושפים את המתח שברקע החוק, הקשור בפגיעתו האפשרית בזכויות נאשמים, אך בה בעת גם מעוררים חששות. חשש אחד הוא בדבר המקום והמשקל שיש לתת להתנגדותו של נאשם למתן ההתאמות, כולל האפשרות הנתונה לו למנוע את התאמת ההליך מנפגע עבירה הזקוק להתאמה כזו. חשש נוסף קשור בהשפעת איכותו של הייצוג המשפטי, והפערים בייצוג, על מתן התאמות בהליך הפלילי.

קיומו של הליך ביניים חדש זה מעלה שאלות נכבדות בדבר מהותן של ההתאמות: האם הן זכויות המוקנות לאדם בהיותו בעל מוגבלות, או שמא הן תלויות בהסכמת הנאשם ובאיכות הייצוג של הצדדים המעורבים?²⁵⁰ אנו טוענות שההתאמות הן בגדר זכות מהותית המוקנית לאדם עם מוגבלות מכוח החקיקה, בין שמדובר בנפגע עבירה, עד או נאשם. הדיון במתן התאמות בהליך מצריך אפוא התייחסות לתכלית החקיקה כמו גם למיקומה בהקשר הרחב של זכויות אנשים עם מוגבלויות, לרבות הידרשות להוראותיו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ולמטרותיו. עוד אנו טוענות כי נדרשת תשומת לב רבה יותר להליכי הביניים שבהם נדונה שאלת המוגבלות, השלכותיה וההתאמות הנדרשות על מנת לאפשר לנפגעת העבירה להשמיע את קולה מצד אחד, ולבית המשפט למצות את הדיון ולהכריע בשאלות העומדות בפניו מצד אחר.

סקירת הפסיקה מלמדת כי גם לאחר חקיקת החוק האתגרים העומדים בפני יישומו עדיין רבים. מובן שהחוק לא נועד "להבטיח" הרשעה בכל מקרה העוסק בפגיעת אלימות כלפי אדם עם מוגבלות, שהרי ברבים מההליכים הפליליים תיקי חקירה נסגרים ואישומים נדחים. השאלה שנתרת היא אם במקרים שבהם החוק מיושם, ואשר מגיעים לדיון בבית המשפט, אכן נוצרת סביבה שוויונית, הבאה לידי ביטוי בכך שקולה של עדה עם מוגבלות שכלית נשמע ככל עדות אחרת,²⁵¹ או שמא עדותה עדיין סובלת מנחיתות מהותית בהליך המשפטי. לשם בירור זה נבחן את אופן ההתייחסות של שופטים שונים לעדותה של אישה עם מוגבלות שכלית לאחר חקיקת

249 תפ"ח (מחוזי ת"א) 22072-01-10 מדינת ישראל נ' אבוטבול (פורסם בנבו, 8.6.2010).
 250 השו"ד לדיון בדבר מהותן של ההתאמות עבור אנשים עם מוגבלויות בתחום התעסוקה, מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה" לעיל ה"ש 12.
 251 תשובה חיובית לכך מצאנו בריאיון עם נעמה לרנר, מנהלת המחלקה הקהילתית של ארגון "בזכות" (16.2.2010).

החוק. במוקד הבחינה יעמדו שני פסקי דין: הראשון הוא עניין מדינת ישראל נ' פלוני,²⁵² שבמסגרתו זיכה בית המשפט המחוזי בירושלים את סיעודי בהוסטל מביצוע עבירות מין שאחת מדיירות ההוסטל טענה שביצע בה. השני הנו עניין אבוהי,²⁵³ שבמסגרתו הרשיע בית המשפט המחוזי מרכז את הנאשם, את בהוסטל של אקי"ם, באינוס דיירת אשר תוארה בפסק הדין כ"חוסה הסובלת מפיגור עמוק".²⁵⁴

תפ"ח 502/08 (עניין פלוני)

במקרה זה עדותה של דיירת ההוסטל, נפגעת העבירה ומגישת התלונה, הייתה העיקרית ובעצם היחידה על אודות האירוע. חקירתה ועדותה של הדיירת בבית המשפט היו בהתאם להוראותיו של חוק הליכי חקירה והעדה: בשלב החקירה המשטרית נגבתה גרסתה על ידי חוקר מיוחד; החקירה תועדה בתיעוד חזותי ונערכה בנוכחות עובד סוציאלי המטפל במגישת התלונה; אמרתה של מגישת התלונה הוגשה לבית המשפט כראיה קבילה; עדותה בבית המשפט נמסרה כעדות מוקדמת, שבמהלכה ישבו השופטים בסמוך לעדה ובלא גלימות ובינה לבין הנאשם חצץ פרגוד; כמו כן הוגשה לבית המשפט חוות דעת בעניין מוגבלותה של העדה והשפעתה האפשרית של המוגבלות על העדות.²⁵⁵ עם זאת זוכה הנאשם מכל העבירות אשר יוחסו לו. ההחלטה, ברוב דעות, קבעה כי לא ניתן לבסס את הרשעת הנאשם על סמך עדותה היחידה של מגישת התלונה.

ניתוח הערכת העדות כלל גם התייחסות לתכלית חוק הליכי חקירה והעדה ולמקום שבו ביקש לשים נפגעי עבירה עם מוגבלות שכלית. כך למשל מסביר השופט נועם בפסק דינו:

החוק לא נועד להכיר בקבילות העדות של הלוקים במוגבלויות שכליות ונפשיות, שכן זו הוכרה משכבר בפקודת הראיות ובהלכה הפסוקה. הוא נועד להפחית, במידת האפשר, את הפגיעה במשקל עדותו של אדם עם מוגבלות, כך שניתן יהיה להפיק מעדותו את המרב.²⁵⁶

השופט מסיים את פסק דינו באמירה:

אחרית דבר: קשה מלאכת הכרעת הדין, וקשה היא שבעתיים כאשר ניצבת לפני בית המשפט, באישומים בעבירות מין חמורות, גרסתה של מתלוננת הלוקה בפיגור שכלי, אשר אין סיבה, לכאורה, שתטפול אשמת שווא על הנאשם. המתלוננת העידה באומץ לב הראוי להערכה ולשבח, על המעשים המיוחסים לנאשם ועל חוויותיה הקשות באירועים הנטענים. מסקנתי, לפיה לא ניתן לסמוך הרשעה על-יסוד עדותה, אין משמעה כי המתלוננת בדתה תלונת

252 תפ"ח 502/08, לעיל ה"ש 244.

253 תפ"ח (מחוזי מר') 53-10-08 מדינת ישראל נ' אבוהי (פורסם בנבו, 28.6.2011).

254 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט פינקלשטיין.

255 תפ"ח 502/08, לעיל ה"ש 244, פס' 9 לפסק דינו של השופט נועם.

256 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט נועם (ההדגשות הוספו).

כזב על הנאשם, או כי הפיגור השכלי שבו היא לוקה פוגם באמינות גרסתה. הזיכוי נובע מכך שגרסאותיה היו רוויות תמיהות וסתירות בעניינים מהותיים; מהעובדה שהמתלוננת עצמה חזרה בה במהלך חקירתה לפני החוקר המיוחד ממרבית גרסתה המפלילה את הנאשם; ומכך שבעניין העבירה של מעשה מגונה, אשר בוצעה על-פי הנטען במוצאי שבת, נמסרה על-ידה גרסה כללית בלבד, ללא כל תימוכין חיצוניים, המעוררת ספק ולו בשאלת זיהויו של הנאשם.²⁵⁷

עם זאת במקומות שבהם נדרשו השופטים להתרשמות בלתי אמצעית מהעדות, כזו החשופה להשפעתם של שיקולים לבר-משפטיים, לתפיסות קודמות ולאמונות אישיות, או אז ניתן בדבריהם ביטוי לספק מובנה שעודנו מתקיים ברבים מאתנו. כך למשל קובע השופט דרורי בפסק דינו:

הארכתי בציטוט דברי המתלוננת, כדי לומר את הדברים הבאים, ללא כחל וסרק:

מבלי לגרוע משלוש המבחנים שהוסברו והוצגו בצורה מפורטת ויסודית על ידי חברי, [...] נראה לי, כי העדות של המתלוננת בפני החוקר מר הרן, איננה עוברת את המבחן הבסיסי של הצגת גרסה סבירה, שלא לומר, גרסה קוהרנטית.

לפיכך, הגעתי למסקנה, כי לא ניתן לקבוע ממצא עובדתי כלשהו, על בסיס דברים שאומרת נחקרת כלשהי, כמצוטט לעיל.

כך הייתי קובע, ביחס לנחקרת "רגילה"; לא כל שכן, שכך ראוי וצריך לקבוע, כאשר מדובר בנחקרת שבפנינו, שהיא, כאמור, מפגרת.²⁵⁸

בדבריו אלו עושה השופט דרורי הבחנה בין עדות "רגילה" לעדות של אדם עם מוגבלות. ההבחנה מעלה את התהייה מדוע נקבע רף התרשמות שונה מעדותה של אישה עם מוגבלות שהוגשה תוך שימוש במכלול ההתאמות שהחוק מאפשר (כפי שהיה במקרה זה) על מנת להנגישה לשופטים, לעומת ההתרשמות מעדות "רגילה"? בקביעתו זו מחמיץ בעינינו השופט דרורי את אחת ממטרותיו העיקריות של חוק הליכי חקירה והעדה, והיא השוואת מעמדם של עדים עם מוגבלויות למעמדם של עדים ללא מוגבלויות וזאת באמצעות ההתאמות שמקנה החוק.

גם השופט נועם מתאר את השונות של עדות יחידה של אישה עם מוגבלות שכלית, לגישתו, וקובע:

257 שם, פס' 30 לפסק דינו של השופט נועם (ההדגשות הוספו).
258 שם, פס' 39–41 לפסק דינו של השופט דרורי (ההפניות הושמטו, ההדגשות הוספו).

נקודת המוצא לדיון בעניין הערכת עדותה של המתלוננת, הנה כי המתלוננת, הלוקה בפיגור שכלי בדרגה נמוכה עד בינונית, מסוגלת למסור פרטים בסיסיים על עצמה ועל אירועים שחוותה, כפי שציינה הפסיכולוגית מיכל קדרי בחוות דעתה ובעדותה. ואולם סבורני, כי לא ניתן לבסס הרשעה בנטל המוטל על המאשימה, דהיינו – מעבר לכל ספק סביר, בהסתמך על עדות המתלוננת, זאת נוכח הסתירות הרבות שנתגלו בגרסאותיה, וחזרתה בה, פעם אחר פעם, מעיקר הגרסה המפלילה את הנאשם. מדובר בסתירות מהותיות היורדות לשורש העניין, אשר מעמידות בספק את האפשרות לסמוך על עדותה, כעדות יחידה של עד הלוקה בפיגור שכלי, לקביעת ממצאים מפלילים לחובתו של הנאשם.²⁵⁹

פסק דין זה הוא דוגמה ליישום מנגנוני ההתאמות שמאפשר החוק אשר אמורים להנגיש לשופט את העדות ולתרגמה לשפת העדויות "הרגילות" כך שהשופט תוכל להתרשם ממנה כפי שהיא מתרשמת מכל עדות אחרת. אלא שבפועל שוב אנו נתקלים בקושי להימנע מהשלמת פרטים בלתי מודעת ומשימוש בסכמות קוגניטיביות מכליליות מקום שבו נדרשת התרשמות בלתי אמצעית מהעדה הקונקרית.

תפ"ח 53-10-08 (עניין אבוהי)

פסק דין זה הפוך במידה מסוימת מפסק הדין בעניין פלוני שנדון לעיל. מצד אחד, אף על פי שיש בו התייחסות לחוק הליכי חקירה, החוק לא יושם באותו מקרה. מצד אחר, הגם שהנאשם בתיק הורשע, ההרשעה התבססה על עדויות אחרות. פסק הדין מבטא אתגר נוסף העומד בפני חוק הליכי חקירה והעדה הקשור בהשמעת קולו של נפגע העבירה בשלבי ההליך השונים. על חשיבות מתן הקול עמדנו לעיל: הוא מאפשר לנפגע ביטוי ואקטיביות ומעניק אגב כך לקולו מעמד שווה לזה של שלל הקולות האחרים בהליך. כאשר נפגע העבירה משתייך לקבוצה בעלת מאפיינים ייחודיים, יש למתן הקול חשיבות נוספת: הוא נותן במה לקולם של רבים ורבות אחרים כמותו, שקולם מושתק ובלתי נשמע רוב הזמן. אלא שבעניין אבוהי סברו השופטים כי מאחר שמדובר באישה עם מוגבלות שכלית כה קשה, אין טעם וצורך לערוך חקירה מותאמת או לאפשר את העדתה. כך קובע השופט פינקלשטיין:

חוק הליכי חקירה והעדה נועד אכן להסדיר את הליכי החקירה וההעדה של אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות, תוך התאמתם לצורכיהם המיוחדים [...] ואולם, נוכח מצבה של ע', ברי כי לא ניתן היה לחקור אותה ולגבות ממנה אמרה כלשהי. בנסיבות אלה, אינני רואה פגם בכך שחקר מיוחד, כהגדרתו בחוק הליכי חקירה והעדה, לא נפגש עמה, ולא כתב חוות דעת

259 שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט נועם (ההדגשות הוספו).

בעניין קשיי התקשורת עמה, וזאת מעבר לכך שטענה זו נטענה בשלב כה מאוחר של ההליך.²⁶⁰

אין חולק על כך שבמקרה זה נפגעת העבירה הנה אישה עם מוגבלות שכלית ניכרת. הרופאה המטפלת בהוסטל שבו שהתה תיארה את מצבה:

חוץ מללכת מספר צעדים ולומר מספר הברות, היא לא מסוגלת לעשות שום דבר. היא יכולה להביע כאב בבכי. היא יכולה להביע שמחה במחייאות כפיים. רוב הזמן היא יושבת, היא מריירת, יש לה תנועות סטריאוטיפיות בידיים. זה כאלה חסרות משמעות. היא יכולה ללכת. היא הולכת על בסיס רחב, לא יציב, כמה מטרים.²⁶¹

עם זאת, תיאור זה של מגישת התלונה לא נעשה בתשובה לשאלה אם היא מסוגלת להעיד, אלא כחלק מתיאור מצבה. הרופאה המטפלת כלל לא נשאלה מהן ההתאמות שבעזרתן תוכל המתלוננת להעיד. יתרה מכך, כפי שעולה מדברי בית המשפט, נפגעת העבירה כלל לא נחקרה בחקירה מותאמת, אפשרות העדתה תוך מתן התאמות כלל לא נשקלה ואף לא האפשרות של הגשת אמרתה תוך פטור ממתן עדות. השופט הגיע למסקנה שלאור מצבה של המתלוננת אין טעם לחקור ולהעיד אותה על סמך הנחות כלליות לא מבוססות. גם אם לא היה צורך בהעדתה של נפגעת העבירה בשל קיומן של ראיות מספקות אחרות, קביעת השופט שלא היה פגם בשלב החקירה מעוררת קושי, שכן ללא הנגשה מהותית בדמות חוקר מומחה או עד מומחה יכולת ההתרשמות של השופט מהעדה מוגבלת ואף מוטית מיסודה.

שני פסקי הדין מלמדים על מגמה מעורבת שלפיה ניתן להצביע על יישום של החוק ומודעות לו, אך גם על היעדר שינוי מספק בהבניה החברתית של מוגבלות ובחשיבות של מתן קול לאנשים עם מוגבלויות בהליך הפלילי. בירור המצב לאשורו מצריך מחקר המשך אמפירי מעמיק יותר, אשר יבחן גם את התיקים הרבים אשר ההחלטות בהם לא פורסמו מטעמים שונים.

4. חסמים ביישום החוק

חוק הליכי חקירה והעדה יצר מערך של כלים ראייתיים שתכליתם יצירת סביבה המאפשרת לא/נשים עם מוגבלויות להשמיע את קולם ולהעיד במשפט פלילי אשר מתנהל בעניינם. סקירת הפסיקה מעידה על כך שתהליך השינוי נמצא בעיצומו, אך טרם הגיע למיצוי. בפרק זה נבקש לעמוד על חלק מן החסמים אשר משפיעים על הטמעת החוק וקליטתו.²⁶² דיון זה מתבסס על נתונים וסוגיות שעלו מן השטח במסגרת המחקר.

²⁶⁰ עניין אבוהי, לעיל ה"ש 253, פס' 260 לפסק דינו של השופט פינקלשטיין (ההדגשות הוספו).

²⁶¹ שם, פס' 233 לפסק דינו של השופט פינקלשטיין (ההפניות הושמטו).

²⁶² לדיון מקיף בחסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות ראו מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 115–123.

(א) הכשרה והטמעה

חסם מרכזי במימוש זכויות כרוך בהיבטים תקציביים. בהקשר של זכויות אנשים עם מוגבלויות יש לחסם זה משמעות רבה ומיוחדת, משום שזכויות אנשים עם מוגבלויות כרוכות מטבען בהיבטים אפירמטיביים אשר נדרשים לצורך מימוש הזכות.²⁶³ שיקולי תקציב הנם אכן שיקולים כבדי משקל בעולם של משאבים מוגבלים, אך הם גם משמשים לעתים רבות כסות לעמדות המתנגדות לזכות ולמימושה או כאלה המעניקות לה עדיפות מועטה.²⁶⁴ בהקשר של חקירות מותאמות, הקצאת תקציבים הכרחית על מנת להכשיר חוקרים, לבצע חקירות ולהטמיע את החשיבה החברתית ביחס למוגבלות בהליכי חקירה והעדה. על חשיבות ההכשרה וההטמעה עומדת גם האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, הקובעת בסעיף 13(2) כי "כדי לסייע בהבטחת נגישות יעילה לצדק עבור אנשים עם מוגבלויות, תקדמנה מדינות שהן צדדים עריכה של הדרכות הולמות לעובדים בתחום עשיית הצדק, לרבות סגל המשטרה ובתי הסוהר".

נתוני השטח מראים כי מדי שנה עולה מספר הבקשות לחקירה מותאמת: בשנת 2007, השנה הראשונה לחקיקת החוק, התקבלו 330 בקשות לחקירה, בשנה השנייה יותר מ-600, ובשנת 2010 מעל 700 בקשות לחקירה.²⁶⁵ נוכח מגמה זו, הקרשי המרכזי ביישום החוק מקורו בהיעדר משאבים.²⁶⁶ היעדר המשאבים נותן אותותיו במיוחד בחוסר בתקנים לחוקרים מיוחדים. המשמעות היא שתלונות רבות ממתונות לחקירה בידי חוקר מיוחד. עיכוב זה הוא מכשול ממשי כאשר מדובר במתלוננים עם מוגבלות שכלית, שכן ממד הזמן, והחשיבות שבתיאור המקרה מיד לאחר התרחשותו, הנם מכריעים. התוצאה היא שתיקים רבים נסגרים, שכן בשל חלוף הזמן מהגשת התלונה ועד רגע החקירה נפגעי עבירה רבים אינם מסוגלים לספק בחקירתם תשתית ראייתית מספקת לצורך הגשת כתב אישום. נוסף על כך, חוק הליכי חקירה והעדה מגדיר אדם בכל מוגבלות שכלית: "(1) אדם עם פיגור שכלי, (2) אדם עם לקות שכלית אחרת שבשלה מוגבלת יכולתו להיחקר או למסור עדות, (3) אדם עם הפרעה התפתחותית מורחבת, לרבות אדם עם אוטיזם, שבשלה מוגבלת יכולתו להיחקר או למסור עדות". אלא שהלכה למעשה מתבצעות חקירות על ידי חוקר מיוחד בעיקר במקרים הנכנסים לגדרי סעיפים קטנים 1 או 3. הדבר מונע מאוכלוסייה שלמה, אשר לפי החוק זכאית לחקירה בידי חוקר מיוחד, לממש את זכאותה זו. לרוב מדובר באנשים עם מוגבלות שכלית קלה, המשולבים בקהילה ומסתירים לעתים את מוגבלותם גם מפני חוקר המשטרה. חוקר המשטרה, הנעדר הכשרה טיפולית, ידע לרוב להבחין בצורך בחקירה מיוחדת רק במקרים הקשים, והוא

263 ש.ם.

264 ש.ם, בעמ' 199–121.

265 נתונים אלו וכן הדברים המובאים בהמשך הפסקה מתבססים על פרוטוקול מס' 267 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, דיון בנושא "מעקב אחר יישום חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית)", התשס"ו–2005, מיום 14.11.2010, www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2010-11-14-01.html (להלן: "מעקב אחר יישום חוק הליכי חקירה והעדה").

266 ש.ם.

עלול להחמיץ מקרים רבים הנכנסים לגדרי הוראות החוק.²⁶⁷ גם קושי זה נובע ממיעוט של חוקרי משטרה שעברו השתלמויות והכשרה רלוונטיות, שיכולות לצייד אותם בכלים לזהות נפגע/ת עבירה או חשוד/ה עם מוגבלות שכלית או נפשית ולעמוד על הצורך בהעברתם לחקירה בידי חוקר מיוחד.

קושי נוסף קשור בכך שבשל הניסיון לאחד משאבים החוקרים המיוחדים הנם חוקרי נוער שהוכשרו לחקור גם אנשים עם מוגבלות שכלית. פעמים רבות חוקרים אלו משתמשים בכלים מעולם חקירת הנוער, שאינם מתאימים בהכרח לצרכים של אנשים עם מוגבלויות שכליות.²⁶⁸ גם בתיקים שבהם מתקבלת ההחלטה להגיש כתב אישום יש חשיבות מכרעת לזמן העובר בין שלב החקירה לשלב מתן העדות בבית המשפט. כאשר מגיע תיק שבו המתלונן הנו אדם עם מוגבלות נפשית או שכלית מבקשת הפרקליטות עדות מוקדמת, שכן ברוב המקרים המלצתו של החוקר המיוחד היא להעיד את הנפגע באופן מידי. למרות זאת, ברוב המקרים מקשה העומס על המערכת על קביעת התיק לעדות מוקדמת.²⁶⁹ נגזרת נוספת של השיהוי בין שלב החקירה לשלב מתן העדות טמונה בחשש מהשפעה על העדות עקב עירוב של גורמים מקצועיים מיד לאחר קרות האירוע הפוגעני. מצב שבו גורמים טיפוליים אינם נכנסים לתמונה בשלב המידי עקב המתנה ממושכת לחקירה או עדות עלול לפגוע בעדות. בהקשר זה יש לציין כי גם הכשרת השופטים נמצאה לקויה, ושופטים רבים אינם מודעים לקיומו של החוק, לתכליתו ולצרכים הקשורים ביישומו הראוי.²⁷⁰

קושי אחר ביישומו של החוק נובע ממקרים רבים שבהם הדיון ביישומו נדחה מאחר שהעבירות נשוא המקרה אינן נכללות בגדרי התוספת לחוק. כך, למשל, עבירות הנחשבות "קלות" יותר, דוגמת שוד או צווארון לבן, אינן מטופלות במסגרת הוראות החוק.²⁷¹ בכך מחמיץ החוק הן את האפשרות לקבל עדות מבוססת והן את החשיבות שבמתן הקול למתלוננת. על אף הקשיים היישומיים המתוארים לעיל, בדיון שנערך בכנסת ביישום החוק עלה כי בחלק מהמחוזות נעשית עבודה הטמעה והכשרה של חוקרים ופרקליטים, הכוללת השתלמויות רבות-גורמים, מתוך רצון ללמוד את החוק והשלכותיו. כמו כן מתקיימת עבודה משולבת פרטנית בין החוקרים המיוחדים לפרקליטים, והחוקר המיוחד נמצא בקשר מתמשך עם הפרקליט המטפל, גם לאחר סיומה של החקירה. מנגד קיים קושי בהעברת נתונים ברמת המקרו בין הגופים השונים: משרד הרווחה, הפרקליטות, המשטרה, נציבות שירות המדינה.²⁷²

267 בקשת "בזכות" להצטרפות לדיון כידיד בית המשפט במסגרת בג"ץ 6210/11 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 14.3.2012).

268 ריאיון עם נעמה לרנר (16.2.2010), לעיל ה"ש 251.

269 מעקב אחר יישום חוק הליכי חקירה והעדה, לעיל ה"ש 265.

270 ש.ם.

271 ראו למשל ת"פ (שלום פ"ת) 3322/06 המחלקה לתיקים מיוחדים נ' שיינר (פורסם בנבו, 2.2.2009); ב"ש (מחוזי נצ') 1594/08 מדינת ישראל נ' אלקאדר (פורסם בנבו, 27.10.2008).

272 מעקב אחר יישום חוק הליכי חקירה והעדה, לעיל ה"ש 265.

(ב) הרחבת ההתאמות המהותיות

חוק הליכי חקירה והעדה מספק מגוון כלים להתאמת ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלות שכלית, אך השימוש בכלים אלה נותר מצומצם. בחלק זה נטען שבצד הצורך ביישום תכופ יותר של מכלול הכלים העומדים לרשות בית המשפט ושיפור מערך החקירה יש להרחיב את מערך ההתאמות המהותיות שהחוק מציע וגם את השימוש בהן.²⁷³ הגברת השימוש בכלים אלה והרחבתו ויישום נכון שלהם מצריך כמובן היכרות עם התכליות והעקרונות שבבסיס החקיקה, כמוצע במאמר זה.

הרחבת השימוש בחוות דעת מומחה: במהלך המאמר הומשלה חוות דעתו של מומחה לפעולתו של מתורגמן. נטען כי במקרים רבים נדרשת עדותו של בעל מקצוע אשר ידע לפרש את דברי העד בבית המשפט, שכן בלעדיה יתקשה השופט להבין את העדות ולא יהיה בידו מידע מלא, שבעזרתו יוכל להגיע להכרעה שיפוטית מושכלת.²⁷⁴ ההתרשמות הבלתי אמצעית של השופט מן העד דרך הופעתו, אופן התנסחותו, שפת גופו, קוהרנטיות דבריו, כל אלו הם בבחינת מדדים בהערכת מהימנותה של העדות. ואולם, מדדי התרשמות אלו אינם מותאמים לעדותם של אנשים עם מוגבלויות שכליות שהמחוות המילוליות והגופניות שלהן יכולות להתפרש כבעלות משמעות שהיא הפוכה לחלוטין מזו שאליה התכוונו.²⁷⁵ סעיף 21 לחוק הליכי חקירה והעדה קובע כי בעלי דין רשאים להגיש חוות דעת מומחה כראיה כאשר העד הוא אדם עם מוגבלות. סקירת הפסיקה שפורסמה מראה כי במקרים מעטים בלבד מבין המקרים שפורסמו במאגרי המידע נעשה שימוש בחוות דעת מומחה.²⁷⁶ לדעתנו יש להרחיב את השימוש בחוות דעת מומחה ולצמצם את שיקול הדעת של בעלי הדין בעניין. מדובר באינטרס ציבורי שעליו אמון בית המשפט: חשיפת האמת וקיום משפט הוגן. יש לפתח אפוא כלים שיוודאו שבכל מקרה שבו יש צורך בחוות דעת כזו היא אכן תובא בפני בית המשפט. ניתן להציע כמה אפשרויות לתיקון החוק במישור זה. אפשרות אחת היא ליצור כלל הקובע כי הבאת חוות דעת מומחה הנה חובה כאשר מדובר בעד עם מוגבלות שכלית. מודל דומה מעוגן בסעיף 140 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], התשמ"ב–1982, אשר קובע כי ברגע שהוברר לבית המשפט כי העד אינו מדבר עברית – ימנה לו מתרגם. הקושי באפשרות זו שהיא עשויה לחזק חשיבה סטריאוטיפית שלפיה כל אדם עם מוגבלות שכלית זקוק למתורגמן, ובמשתמע – שאף אדם עם מוגבלות שכלית אינו יכול להעיד בלא עדות מתווכת. אפשרות

273 לפתרונות אחרים שהוצעו במשפט המשווה, כולל הסדרים שתכליתם התאמה מהותית ראו פירוט לעיל בה"ש 220.

274 למשל, בעניין קהלני קובע השופט כי לדעתו למתלוננת אין תובנה בנוגע למושג "לפעמים". השופט מפרש כי כאשר היא אומרת "לפעמים" וכאשר היא עונה תשובות סותרות, כלומר פעם אחת "כן" ומיד לאחר מכן "לא" במענה לאותה שאלה, הרי שהיא מתכוונת למושג "לפעמים" (בעמ' 8 לפסק הדין). מקרה זה מזכיר את המקרה שפתח את המאמר בנוגע לפירוש השעה "שש בלילה". לדעתנו מי שצריך להיות אמון על הפירוש המקצועי לתשובות הוא מי שמכיר ומוסמך להבין ולפרש את התשובות, ולא השופט העושה זאת על סמך התרשמות כללית.

275 Ziv, לעיל ה"ש 226, בעמ' 1, 5.

276 ראו למשל תפ"ח (ב"ש) 1053/06, לעיל ה"ש 244; תפ"ח 502/08, לעיל ה"ש 244, והדין בו ליד הערות 255–259.

אחרת היא ליצור כלל המחייב שימוש בחוות דעת מומחה, שבצדו חריג הקובע שיש לנמק את ההימנעות משימוש בחוות דעת מומחה. כלל זה מאפשר גמישות תוך שהוא מחייב את בעלי הדין לשקול את הצורך בחוות דעת מומחה ואינו מאפשר להתעלם ממנו. מודל כזה ירחיב את זרועות החוק אל עבר הנגשה מהותית של ההליך, שכן רק הבנה אמיתית של העדות תיתן לה את המעמד הראוי ואת היחס ההולם והשווה לעדויות "רגילות"²⁷⁷. מייקל אמרט (Michael Emert) קורא במאמרו להסתכלות על המומחה המעיד במקרים מסוג זה כמתווך שמסייע במציאת העובדות ורואה זאת ממש כחובתו של השופט.²⁷⁸ תרגום של עדות המתלונן על ידי גורם מוסמך תביא לצמצום המקרים שבהם המסכת העובדתית אינה בהירה דיה ושל השלמת פרטים בלתי מודעת וכך תצמצם את הספק המובנה ביחס לעדות. תפקידה של הדיסציפלינה הטיפולית מתרחב כאן מעבר לשאלות של אחריות פלילית,²⁷⁹ אל תרגום וסיוע בקבלת החלטות בדבר אמינות עדים ומהימנותם.²⁸⁰

חקירה נגדית מותאמת: התאמת אופן ניהולה של החקירה הראשית היא אינטרס של התביעה, אשר מעוניינת לאפשר הבאת גרסה מלאה ומשכנעת של נפגעת/העבירה. הקושי בהקשר של חקירה נגדית הוא בכך שניהול חקירה נגדית מותאמת איננו עומד בקנה אחד עם אינטרס הנאשם המבקש לקעקע את העדות ואת מהימנותה. האופן שבו הפרקליט מפנה שאלות לעד, מנסח את השאלות, שומר על נימת קול מסוימת, יוזם הפסקות (או שומר על עדות שהיא קצרה), כל אלו משפיעים על תשובות העד. לדוגמה, מחקר שנעשה בקנדה הראה כי אנשים עם מוגבלות שכלית מספקים תשובות מדויקות יותר לשאלות פתוחות כמו "ספר לי מה קרה" ולא לשאלות סגורות כמו "מה ראית אתמול בשעה שתיים?", שכן שאלות סגורות גורמות להם ללחץ ולרצון לרצות את מי שנתפס בעיניהם כבעל סמכות.²⁸¹ זו כמובן דוגמה אחת שאינה

²⁷⁷ יצוין כי ס' 140 לחוק סדר הדין הפלילי אף הוא אינו מיושם בכל המקרים כהלכה. לאחרונה דחה בית המשפט העליון ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי שבמסגרתו הורשע המערער, עובד זר מסין, ברצח. המערער התקשה להבין את הדיון נוכח איכות התרגום שניתן לו, מאחר שהמתורגמן דיבר בניב סיני השונה מהניב שמדבר המערער. השופט דנציגר קבע בפסק דינו: "מצב דברים זה הינו בלתי ראוי בעליל ומנוגד הוא לתקינות ההליך כמו גם לכללי הצדק הטבעי אשר מורים כי על אדם העומד בלב הליך משפטי, ובמיוחד כאשר עסקינן בפלילים, להבין במה הוא מואשם, לאן וכיצד מתקדמים ההליכים בעניינו ובפני מה עליו להתגונן. לכל אדם עומדת זכות הטיעון אם מכוח עקרונות הצדק הטבעי ואם מכוח זכותו לכבוד ואף לחירות בהתאם לזכויות היסוד המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חשודים ונאשמים יוכלו למצות זכויות יסוד אלה רק אם יבינו את השאלות המופנות אליהם ואת הטענות המועלות כנגדם". ראו ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.11.2010).

²⁷⁸ בכך הוא מרמז על צידודו בשיטה האינקוויזיטורית, שבמסגרתה השופט אמן על חשיפת האמת, הוא שיחקור ויאסוף ראיות וכל הגורמים בבית המשפט נדרשים לסייע לו בתפקידו זה. מתוך: Michael D. Ermert, *Mental Disorder in Witnesses: An Overview of Competency and Credibility Issues*, 41 ALABAMA L. REV. 167, 180 (1989).

²⁷⁹ ס' 34 לחוק העונשין.

²⁸⁰ Ziv, לעיל ה"ש 226, בעמ' 8.

²⁸¹ אחד ממחקרים אלו נעשה בארצות הברית שם השוו בין שתי קבוצות: 30 נבדקים עם מוגבלות שכלית ו-30 נבדקים ללא מוגבלות שכלית. הנבדקים צפו בקליפ קצר ולאחריו נשאלו חמישה סוגים שונים של שאלות. התוצאות הראו כי אמנם בתגובה לשאלות פתוחות וכלליות לא סיפקו

תואמת את כל סוגי המוגבלויות, אך היא ממחישה את החשיבות שבלמידת המוגבלות הספציפית של העד, בהיוועצות עם הגורמים הטיפוליים וברכישת הידע כיצד לפנות לעד על מנת להציג תמונה אמينة ככל האפשר.²⁸² אותו מחקר הראה גם אי-דיוק רב במסגרת חקירה נגדית של נבדקים עם מוגבלות שכלית. במחקר ניסו לדמות חקירה נגדית על ידי תחקור נוקב ולעתים מכשיל של הנבדקים בנוגע לסרט שבו צפו. התשובות שהתקבלו לקו באי-דיוק רב, והיו מדויקות הרבה פחות מתשובות שהתקבלו על ידי קבוצת נבדקים ללא מוגבלות שכלית. מחקר זה ממחיש את הקושי הכרוך בחקירה נגדית של אנשים עם מוגבלויות שכליות כאשר היא איננה נתונה למסגרת של התאמות רלוונטיות, והוא תומך במסקנה שלפיה גם חקירה נגדית הנה הליך שצריך להיות מותאם לצרכיו של עד עם מוגבלות שכלית. החוקר בעניין זה מאפשר לבית המשפט להורות כי החקירה הנגדית לא תיעשה בידי הנאשם כי אם רק בידי סנגורו, ואם אינו מיוצג רשאי בית המשפט, בהסכמתו, למנות לו סנגור.²⁸³ השאלה העולה הנה אם התאמה זו מספקת ואם לא צריכה להיות גם התאמה של האופן שבו חוקר הסנגור את העד שבפניו, שכן חקירה שאינה מותאמת עשויה להכשיל את העד. הכוונה איננה לשלילת זכותו הבסיסית של הנאשם לחקירה נגדית, אלא למימוש הזכות תוך התחשבות במאפיינים של עדים עם מוגבלויות. האתגר כאן הוא בעיצוב הסדר מיטבי אשר יבטא את ההבנה שהתאמת ההליך באה לשרת את האינטרס הכללי שבחשיפת האמת וזיהוי האשם.

סיכום

מאמר זה חושף את החסמים הניצבים בפניהם של א/נשים עם מוגבלויות שכליות בבואם ליהנות מהגנתו של ההליך הפלילי. ניכר כי עד לחקיקת חוק הליכי חקירה והעדה נכשל ההליך הפלילי מלשרת בצורה ראויה אנשים עם מוגבלויות ולעתים אף פגע בהם. במקרים רבים, חשודים ונאשמים בביצוע עבירות מין ואללימות כלפי אנשים עם מוגבלויות לא הועמדו לדין ולא הורשעו, שכן היעדר ההתאמה של המערכת הקשה את מיצוי הדין עמם. חקיקת החוק נועדה לתקן מצב זה. עם זאת, במישורים רבים השינוי עודנו בתחילת הדרך. עדיין רווחות גישות מסורתיות בדבר אופי ההליך הפלילי וחדשנות כלפי שינויים במסגרתו, אשר עלולים לפגוע ב"ניקיון ההליך" וכתוצאה מכך בזכויות הנאשמים להליך הוגן. בהקשר של אנשים עם מוגבלויות שכליות עלולה להיווצר התפיסה שהתאמת ההליך הנה מהלך אינטרסנטי, סקטוריאלי ומגמתי, אשר דווקא מתרחק מחקר האמת תוך התעלמות מפערי הכוחות ומנחיתותם המובנית של אנשים עם מוגבלויות שכליות בהליך הפלילי. בהתאם לכך, החסם

הנבדקים עם המוגבלות תשובות מלאות לחלוטין, אך הם סיפקו תשובות מדויקות בדיוק כמו הקבוצה השנייה. שתי הקבוצות, ובמיוחד הקבוצה שנבדקה היו עם מוגבלות שכלית, סיפקו תשובות מדויקות פחות לשאלות ספציפיות. לקוח מתוך: Nitzza B. Perlman, Kristine I. Ericson, Victoria M. Esses & Barry J. Isaacs, *The Developmentally Handicapped Witness: Competency as Function of Question Format*, 18 L. & HUM. BEHAV. 171 (2004).

282 ריאיון עם עורכת דין יהודית לייבה, לעיל ה"ש 139.

283 ס' 19 לחוק הליכי חקירה והעדה.

התקציבי עלול לשמש אמתלה לעמדות המפחיתות מחשיבותן של זכויות אנשים עם מוגבלויות או לעמדות מסורתיות הדבקות במבנה המסורתי של ההליך הפלילי.

אף על פי שהחוק הנו פריצת דרך בכל הקשור להנגשה הפיזית-פרוצדורלית של שלבי החקירה וההעדה של אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית, לא התרחשה אותה פריצת דרך ביחס להנגשה המהותית של ההליך ולא ניכר שינוי עמדות עמוק דיו כלפי אנשים עם מוגבלויות שכליות. התוצאה היא המשך קיומה של הבניה חברתית שלילית של מוגבלות והמשך השימוש בהשלמת פרטים מצדם של שופטים. המאמר מראה כי פעמים רבות האופן שבו נתפסת עדות תלוי בגורמים סביבתיים לא פחות מאשר בהשפעת הלקות על יכולת העד למסור אותה.²⁸⁴ אם יהיה מי שידע לתרגם את התוכן ואם יהיה מי שידע לנסח נכונה את השאלות, הדבר ישפיע על העדות הרבה יותר מאשר הלקות עצמה. לאמתו של דבר, הסביבה המשפטית והמנגנונים שיצרה הם שמקימים או מסירים את המגבלות שחווה האדם עם הלקות; לכללי הראיות היבשים יש תפקיד של עיצוב מציאות, שכן הם קובעים איזה סיפור ראוי שיתקבל וייתפס כמהימן, ועל כן יינתן לו המשקל הראוי, ואיזה סיפור יידחה כבלתי מהימן.²⁸⁵

נפגעי עבירה עם מוגבלויות שכליות חווים אפליה כפולה, ואף משולשת, וקולם נדחק לשוליים במהלך ההיסטוריה. על מערכת המשפט לבחון את עצמה באופן ביקורתי ולשאול אם יש הטיה ביחסו של המשפט לא/נשים עם מוגבלויות ואם הוא שותף בדחיקת קולם אל מחוץ לסימפוניית הקולות הבוקעים מבית המשפט.²⁸⁶ מתן במה לקולם של נפגעי ונפגעות עבירה מקדם את מטרות ההליך הפלילי, הכוללות הן בירור שאלות של אשם וחפות והן הליך הוגן ונגישות לצדק. בצד אלו נודעת חשיבות רבה למתן קול גם במישור האישי והקבוצתי – של אפשרות לשמוע ולהשמיע. מבחינת הפרט הבודד מדובר בביטוי אישי, התרחקות מזהות קורבנית וקבלת מעמד שווה. במישור הקולקטיבי ההשלכות הן מזעור סטריאוטיפים והקשבה לאוכלוסייה שלמה של א/נשים עם מוגבלויות שכליות. מתן קול במובנו המהותי והעמוק יחשוף את הציבור בכלל, ואת השחקנים בשדה המשפטי בפרט, למציאות חייהם המורכבת של אנשים עם מוגבלויות שכליות שהם נפגעי עבירה, ההופכת אותם מועדים לפגיעה וניצול מחד גיסא, אך נטולי הגנה משפטית מאידך גיסא. בכל אלו יש למשפט אפשרות לשמש גורם מעצב של תפיסות עומק חברתיות ביחס לאנשים עם מוגבלות ואף גורם משפיע בצמצום מוגבלותם.

Ziv 284, לעיל ה"ש 226, בעמ' 5-6.

285 שם, בעמ' 4.

286 להשוואה ראו נויה רימלט "כאשר נשים נעשות אלימות" פלילים י 277, 279-280 (2001).