

## הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

אסף הרדוף\*

לפני שישים וחמש שנה נולד החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים),  
התשט"ו-1955, שיצר הסדר חסר תקדים בעולם. ההסדר נוגע בחקירת  
ילדים במעמד התלונה ולאחריו, ובמניעת העדתם – בהחלטת חוקר ילדים  
– תוך אפשרות להגיש לבית-המשפט את עדותם המצולמת ולהישען עליה  
לשם הרשעה, בתנאי שקיים סיוע להפללה.

שלוש מגמות מנווטות את ההסדר: הגנת נפגעי עברה, מצד אחד; הזכות  
להליך הוגן, מצד אחר; והגעה לאמת העובדתית, מצד שלישי. המאמר בוחן  
עד כמה ההסדר הקיים מאפשר להגשים את המגמות המשתקפות ממנו ועד  
כמה האיזון הנוכחי ביניהן ראוי, תוך התבוננות עצמאית על כל אחת  
מהשאיפות המשתקפות מההסדר מצד אחד, והתבוננות רוחבית על אותן  
שאיפות בהסדרים אחרים בישראל מצד אחר.

בהשראת הסרט ״שומון״, המאמר מציג פרספקטיבות שונות, מבט אנליטי  
המפרק את השאלה לגורמים ובוחרן כל סוגיה בנפרד, בשאיפה להציג את  
התמונה השלמה בהגינות, בנאמנות לזווית-הראייה הנדונה ובאמפתיה לכל  
הנוגעים בדבר, ולא מתוך תמיכה מובנית באפיק אחד בלבד. בכל  
פרספקטיבה המאמר חושף קשיים מגוונים בהשגת המגמות השונות שעל

---

\* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מרצה מן החוץ באוניברסיטת חיפה; לשעבר תובע  
וסנגור בפרקליטות הצבאית; מלמד וחוקר, בין היתר, דיני ראיות, סדר דין פלילי ודיני עונשין;  
מנהל ערוץ היוטיוב ״משפטים בקטנה״.

בכתיבת המאמר נעזרתי בנקודות-מבט מגוונות. תודה רבה לד"ר טלי בוסתנאי מהחוג לעבודה  
סוציאלית, המכללה האקדמית צפת, קצינת מבחן לנוער בעבר ומומחית בפגיעות מיניות  
בקטינים; לחוקר עברות המין, תלמידי האהוב בשיר עאמר; לד"ר דנה פוגין, אבירת זכויות נפגעי  
עברה וראש מרכז נגה; לקוראת החיצונית; וכמובן למערכת משפט וממשל על הערות מאתגרות  
שתרמו מאוד להשבחת המאמר. תודה גם לעורך הלשוני על עבודה יסודית ודקדקנית. אני לבדי  
אחראי לכל טעות שנפלה במאמר. לתגובות: asafhardoof@gmail.com. מאמרי מוקדש באהבה  
ובהערכה לתלמידתי לשעבר עורכת-הדין דפנה פלר, אשר הותקפה מינית כילדה, וגדלה להיות  
אדם רגיש, חומל אדם וחי, אמיץ ולוחם צדק. פרסום שמה הוא באישורה הכתוב, משקף ומכבד  
את רצונה המפורש, תוך הבעתו החוזרת לאורך זמן.

הפרק, תוך הצבעה על מקרים בעייתיים נוספים שההסדר המשפטי הנדון אינו מטפל בהם במישרין. בכך המאמר נמנע מהתבוננות על עדויות ילדים כסוגיה מבודדת, ושואף לייצר תמונה שלמה ומורכבת יותר, המאירה גם קושיות אחרות בדיני הראיות: זכויותיו של ילד נפגע עברת מין מאירות על זכויותיו של ילד נפגע עברת אלימות ועל זכויותיהם של בגירים נפגעי עברות; הזכות להליך הוגן של נאשם בעברת מין בילדים מאירה על הזכות להליך הוגן של נאשם בעברת מין בבגירים; היכולת להגיע לאמת בהישען על עדות-שמועה בתיקי עברות מין בילדים מאירה על היכולת להגיע לאמת בהישען על עדויות-שמועה אחרות בתיקים אחרים; וכדומה. בתום המבט האנליטי הביקורתי בשלוש המגמות שלעיל ובאיזון ביניהן, המאמר מציע חמישה כיוונים אפשריים לשינוי, שחלקם קיימים בשיטות משפט זרות וחלקם מקוריים.

מבוא. א. הגנת נפגעי עברה וזכויותיהם: 1. הגנת נפגעי עברה בחוק לתיקון דיני הראיות; 2. מבט באיזון – זכות הילד להעיד; 3. מבט באיזון – הסדר צר מדי להשגת תכליתו; 4. מבט באיזון – הגנה רחבה מדי; 5. הגנת נפגעי עברה וזכויותיהם – סיכום-ביניים. ב. הזכות להליך הוגן: 1. זכות לחקירה נגדית כחלק מהזכות להליך הוגן; 2. פגיעות בחקירה הנגדית – ייחוד ההסדר לעומת הסדרים פוגעניים אחרים. ג. הגעה לאמת העובדתית: 1. מבוא: מקבילות למשקל – עדות-שמועה, עדות-סברה וההגעה לאמת; 2. הגעה לאמת על-ידי חוקר הילדים; 3. החקירה הראשית – מבחן הבנייה; 4. החקירה הנגדית – מבחן העמידות; 5. דרישת הסיוע כערכה לאמת. ד. מבט באיזון וחלופות אפשריות: 1. סטנדרטיזציה פורמלית של הראיון; 2. הליך שיפוטי מוקדם; 3. הליך שיפוטי רגיש ומותאם; 4. עדות במעגל סגור; 5. החוקר הספקן. ה. סיכום.

## מבוא

ניצול מיני של ילדים הינו בעיה נפוצה בעולם כולו, ולהעמדה לדין בגינו יש תפקיד חשוב בהגנה על ילדים.<sup>1</sup> בהקשר זה נולד בישראל, לפני כשישים וחמש שנה, החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו–1955 (להלן: חוק הגנת ילדים), אשר יצר הסדר חסר תקדים בעולם.<sup>2</sup> הצעת החוק כללה כעמוד וחצי בלבד.<sup>3</sup> בדברי ההסבר, שכללו אך מעט יותר מפסקה

1 John E.B. Myers, *Taint Hearings for Child Witnesses? A Step in the Wrong Direction*, 46 BAYLOR L. REV. 873, 875–876 (1994) (להלן: Myers, *Taint Hearings*).  
 2 שי ניצן "עדות קטין בעבירות-מין – בחינה מחדש" משפטים יח 297, 297–298 (1988); אליהו הרנון "עדות ילדים בעבירות-מין – האם לא הגיעה השעה לעיין מחדש בהסדר הישראלי?" משפטים כד 151, 152 (1994) (להלן: הרנון "עדות ילדים"); אהרון מלמד "העדת ילדים בבית-המשפט בעבירות מין – תגובה להצעותיו של השופט א' סטרשנוב" הפרקליט מג 453, 453, 456 (1997); הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי 242 (2003) (להלן: דוח רוטלוי).  
 3 הצעת חוק לתיקון פקודת העדות (עדות ילדים), התשי"ד–1954, ה"ח 264.

יחידה, נכתב שרופאים ופסיכולוגים הסיקו כי עדות ילדים בעברות מין, במיוחד בחקירה נגדית, עלולה להסב להם נזק נפשי רב ולפגוע בהתפתחותם. כדי למנוע זיכוי עברייני מין מחוסר הוכחות, הוצע הסדר מיוחד שיאפשר לבית-המשפט לקבל את עדותם של ילדים נפגעי עברות מין לפני חוקרי ילדים, תוך דרישת סיוע ראייתי, שעשויה לבוא על סיפוקה בעובדה שהילד סיפר על המעשה לאחראי עליו.<sup>4</sup>

הנוסח שהוצע היה קצר ובהיר יחסית. אולם בחלוף השנים והתיקונים התארך החוק מאוד ונהיה מורכב, ולעיתים אף מבלבל.<sup>5</sup> כיום החוק יוצר הסדר הנוגע בחקירת ילדים הן כחשודים והן כעדים, הן במשטרה והן בבית-המשפט. "ילד" מוגדר כמי שטרם מלאו לו ארבע-עשרה שנה. כאשר לילד הנחקר בעברות המפורטות בתוספת לחוק, שכוללות בעיקר עברות מין, החקירה נערכת בהליך מיוחד, על-ידי חוקר ילדים ותוך צילום החקירה או למצער הקלטתה הקולית. חוקר הילדים מוסמך לקבוע אם הילד כשר להעיד בבית-המשפט, ויכול להציב לכך תנאים מגוונים, שרובם מיועדים להקל את תהליך העדות. אם קבע החוקר כי הילד אינו כשר, איש מלבדו אינו יכול להפוך את החלטתו. התביעה יכולה להגיש את תיעוד חקירתו של הילד כראיה קבילה לבית-המשפט, אף שההגנה אינה יכולה לחקור את הילד, אלא רק לחקור את חוקר הילדים על עבודתו והתרשמותו, וגם לבקשו להציג לילד שאלות מסוימות. התרשמותו של חוקר הילדים מהילד אף היא ראייה קבילה. בית-המשפט יכול להישען על תיעוד חקירתו של הילד כראיה מפלילה עיקרית, ובלבד שהצביע על תוספת ראייתית מסוג סיוע שתתמוך בראיה המפלילה.<sup>6</sup> כל אלה יחד יוצרים הסדר משפטי דיוני-ראייתי חריג, מורכב, מעניין ומעורר מחלוקת (להלן: ההסדר).

על פני הדברים ניתן למצוא שלוש מגמות או שאיפות המנווטות את ההסדר: הגנת נפגעי עברה וזכויותיהם, מצד אחד; הגינות ההליך וזכויות הנאשם, מצד אחר; והגעה לאמת העובדתית, מצד שלישי.<sup>7</sup> שאלת המחקר תהיה עד כמה ההסדר הקיים מאפשר להגשים את המגמות המשתקפות ממנו ועד כמה האיזון הנוכחי ביניהן ראוי, תוך התבוננות עצמאית על כל אחת מהשאיפות המשתקפות מההסדר, מצד אחד, והתבוננות רוחבית על איתן שאיפות בהסדרים אחרים בישראל, מצד אחר. האם ההגנה על ילדים מרחיקה לכת על-חשבון זכויות הנאשמים וההגעה לאמת<sup>8</sup> או שמא ההגנה אינה מספקת וראוי לחזקה? המאמר יציע כי במובנים מסוימים ההגנה על ילדים אינה מספקת, בעוד במובנים אחרים הפגיעה בזכויות נאשמים ובאפשרות להגיע לאמת אינה מידתית.

המאמר יציג את השאלה מנקודות-מבט שונות, וזאת בהשראת שומון, סרט הקולנוע היפני המפורסם של אקירה קורוסוהו משנת 1950. סרט זה תיאר אונס ורצח מבעד לעיניהם של

4 ראו שם, דברי ההסבר.

5 לסקירת חלק מתיקוני החקיקה ראו דוח רוטלוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 249–252.

6 ראו ס' 1–11 לחוק הגנת ילדים.

7 השוו רע"פ 3904/96 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 385, פס' 13 לפסק-דינו של השופט גולדברג (1997).

8 השוו Jean Montoya, *Something Not So Funny Happened on the Way to Conviction: The Pretrial Interrogation of Child Witnesses*, 35 ARIZ. L. REV. 927, 927 (1993) (להלן: Montoya, *Pretrial Interrogation*).

ארבעה עדים: הנאשם, הנרצח, הנאנסת וצופה מהצד. עיניו של כל אחד סיפרו סיפור שונה באמיתותו, בדגשיו, בפרשנויותיו ובערכיו. ברוח זו, וכמובן בשינויים המתבקשים, המאמר יציג מבט אנליטי בשאלה, המפרק אותה לגורמים ובוחן כל סוגיה בנפרד, בשאיפה להציג את התמונה השלמה בהגינות, בנאמנות לזווית-הראייה הנדונה ובאמפתיה לכל הנוגעים בדבר, ולא מתוך תמיכה מובנית באפיק אחד בלבד. במובן מסוים, זהו ניסיון בלתי-צליח. הרגשת הנוחות שקורא בעל עמדה מגובשת עשוי לחוש בעת קריאת הפרק המביט בחמלה בעמדתו תיעלם בוודאי בשעה שיקרא את הפרק המביט בחמלה בעמדה ההפוכה. הואיל וחמלה נוטה להתבטא בעיקר במצבים שבהם החומל מרגיש דמיון אישי בינו לבין הנחמל,<sup>9</sup> אתגר החמלה עולה בעיקר לגבי חשודים ונאשמים. סביר שהקורא הטיפוסי (וכמוני כמוהו) מזדהה עם קורבנות עברה הרבה יותר מאשר עם חשודים ונאשמים, והדבר נכון ביתר שאת כאשר מדובר בחשד ואישום בפשע קשה ודוחה.<sup>10</sup> מידת הזדהותנו משפיעה בוודאי על האופן שבו אנו מעבדים טיעון, ובמידה רבה של אי-נוחות ניתן להודות כי בבואנו לדיון מצוידים בעמדה ערכית ברורה, אנו מבכרים להיווכח בעמדה חדה שתתמוך בעמדתנו, ולא להיתקל באמפתיה גם לצד האחר. כשם שחווית הצפייה פֶּסֶרֶט המציע נקודות-מבט שונות עשויה לבלבל, להבדיל מהצגת נרטיב יחיד ועקיב, כך גם מאמר הבוחן נקודות-מבט שונות באמפתיה עשוי להותיר את הקוראת עם סימני שאלה רבים. כאשר הדיון בסוגיה אחת מעמיק ונקודת-המבט מתחדדת, ניתן לשכוח לרגע את החיבור לסוגיה אחרת (ואת העימות עימה); כאשר הדיון מתרחב ומפשט, החיבור להסדר שעל הפרק נעלם לרגע מהעין. במובן מסוים, המבנה הוא חלק מהחידוש שהמאמר מציע כאמצעי להבנת מורכבותה של הסוגיה. שינויי העומק והרוחב מחייבים אורך-רוח בקריאה, בעיקר מצד מי שמתעניין בעדויות ילדים ותו לא; אולם ההנחה שנדרש הסדר מיוחד בסוגיה אינה ניתנת לבחינה ביקורתית מבלי לגעת בהסדרים אחרים, אשר ההסדר הנבחר יציב בפניהם מראה וזורה אור על בררות-מחדל דינויות וראייתיות. אכן, אחת מתרומותיו המיוחדות של המאמר היא להזכיר ולהאיר קושיות אחרות בדיני הראיות, להימנע מהתבוננות על עדויות ילדים כעל סוגיה מבודדת, ולייצר תמונה שלמה ומורכבת יותר: זכויותיו של ילד נפגע עברת מין מאירות על זכויותיו של ילד נפגע עברת אלימות ועל זכויותיהם של בגירים נפגעי עברות; הזכות להליך הוגן של נאשם בעברת מין בילדים מאירה על הזכות להליך הוגן של נאשם בעברת מין בבגירים; היכולת להגיע לאמת בהישען על עדות-שמועה בתיקי עברות מין בילדים מאירה על היכולת להגיע לאמת בהישען על עדויות-שמועה אחרות בתיקים אחרים; וכדומה.

התוצאה היא שכל פרק דיון עצמאי (א-ג) יכלול לא רק רובד דסקריפטיבי, אלא גם – ובעיקר – רובד נורמטיבי ביקורתי, כך שלפרק המשולב (ד) תגיע הקוראת חמושה בתובנות-

9 על החמלה ראו אבי שגיא "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק" צדק שלי, צדק שלך – צדק בין תרבויות 173, 176–184 (ידידיה צ' שטרן עורך, 2010); אסף הרדוף "התעללות ראווה? בין צער בעלי חיים לעונג האדם" דין ודברים י 141, 197–198 (2017) (להלן: הרדוף "התעללות ראווה?").

10 ראו אסף הרדוף "הרומן שאינו נגמר והנרטיב שאינו מוכר: צללים של ספק ציבורי – בעקבות תיק זדורוב" מאזני משפט יא 271, 290–293 (2016).

הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

עומק ותובנות רוחב ביקורתיות הן לגבי ההסדר הנדון והן לגבי הסדרי בררת-המחדל. הפרקים העצמאיים אינם חשובים פחות מהפרק המשולב, הדין באיזון. ממילא, אף שאיזון הוא תהליך שהמשפט עושה שוב ושוב, מסקנתו לרוב קלה יחסית לתקיפה. המגמות שבבסיס האיזון המשפטי ניתנות לדיון מעמיק, הוגן וביקורתי בהרבה לעומת האיזון, אשר מגלם במידה רבה פיקציה של אובייקטיביות או מדעיות באשר להכרעה קונקרטיה בין ערכים, זכויות ואינטרסים.<sup>11</sup>

המאמר יפתח בפרק א, שיעסוק בשאיפתו של חוק הגנת ילדים להגן על נפגעי עברה. אציג בקצרה את תחום ההגנה על נפגעי עברה וזכויותיהם, אשר למרבה השמחה הולך ומתחזק בבירור במשפט ובאקדמיה בישראל. לאחר-מכן אבחן את ההגנה שחוק הגנת ילדים מציע לנפגעי עברה ואת הגיונה, ואראה כי אף שממבט ראשון ההגנה מצטיירת כצודקת ונחוצה, מצד אחד היא צרה מדי, הן מבחינת היקפו של חוק הגנת ילדים והן מבחינת ההסדרים הקיימים או הלא-קיימים בחקיקה לגבי נפגעי עברה אחרים; ומצד אחר היא רחבה מדי, באפשרה לקבל עדות-שמועה גם מבלי שהדבר מגן על הילד.

פרק ב ימשיך את הדיון בזכויות ובאינטרסים, אך בשינוי זווית – מהמתלונן לנאשם – ותוך התבוננות על הזיקה שבין חוק הגנת ילדים לבין הזכות להליך הוגן. אפתח בסקירת הזכות להליך הוגן בישראל, ואראה את נוכחותה הפסיקתית המורגשת. אדון בעיקר בשלילת זכותו של הנאשם לערוך חקירה נגדית לנפגע העברה, ואמשיג אותה כפגיעה קשה בזכות הנאשם להליך הוגן, תוך השוואתה לפגיעות מתוננות יותר בחקירה הנגדית שעולות בהסדרים אחרים.

פרק ג יעסוק בשאיפתו של חוק הגנת ילדים לקדם את ההגעה השיפוטית לאמת העובדתית או למצער למנוע הגעה שיפוטית לקביעה עובדתית שגויה. אפתח בהבהרה על חשיבות האמת העובדתית בהליך המשפטי בכלל ובהליך הפלילי בפרט, מצד אחד, ובציון מגמות, לעיתים סותרות, אשר מקשות את ההגעה לאמת העובדתית ואף מונעות אותה. לאחר המשגת הראיות שחוק הגנת ילדים מאפשר לקבל כעדוּת-שמועה וכעדוּת-סברה, אבחן באופן ביקורתי כיצד ההסדר מקדם או מסיג את ההגעה השיפוטית לאמת העובדתית. אדגיש בקצרה את החריגות – המשתקפת בהסדר – של היחס השיפוטי לעדוּת-סברה. באשר לעדוּת-שמועה ארחיב לגבי העדרן של החקירה הראשית והחקירה הנגדית של נפגע העברה, הפעם לא מזווית של הגינות וזכויות, אלא מזווית ההגעה לאמת, קרי, החשש לפגיעה ביכולת השיפוטית להגיע לעובדות כהווייתן.

לאחר מבט אנליטי ביקורתי בשלוש המגמות שלעיל ובאיזון ביניהן, יציע פרק ד חמישה כיוונים אפשריים לשינוי. סטנדרטיזציה פורמלית של הריאיון המוקדם עשויה לתרום לכל הנוגעים בדבר ואולי אף להאיר על הסדרים אחרים, וכמוה גם קידום של הליך שיפוטי רגיש ומותאם. עדות מוקדמת או שימוע, מצד אחד, ועדות במעגל סגור, מצד אחר, הם פתרונות שקיימים בשיטות משפט אחרות, ויש בהם תועלת פוטנציאלית גם להסדרים נוספים. לבסוף יוצע כיוון מקורי לשיפור – מינוי חוקר ספקן, שתפקידו יהיה לבחון באופן ביקורתי הן את

11 ראו T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, (1987) 972; מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 595–596 (2003).

גרסת הילד העד והן את מסקנותיו של חוקר הילדים האחראי, בזמן-אמת, ולהחדיר מעט אדוורסריות בהליך אינקוויזיטורי בעיקרו.  
פרק ה יסכם בקצרה את המאמר, יאיר הסדרים אחרים וכן יצביע על אפיק שהמשפט אינו מקדם דיו: מניעת עברות מין בפרט ועברות בכלל נגד ילדים.

### א. הגנת נפגעי עברה וזכויותיהם

קשה דרכם של נפגעי עברה בהליך הפלילי. אחרי הפגיעה העבריינית שסבלו, וההתמודדות עם הכאב הנפשי ולעיתים גם הפיזי, עליהם לצאת למסע ארוך, קשה, חסר ודאות ולא אחת מתסכל למען הגשמת הצדק והדין. עליהם למצוא את הכוח הנפשי להתלונן, להיחקר במשטרה, לחזור על סיפור הפגיעה בהם, לשכנע בדבר נכונותו, להתמודד עם כוחות-נגד משפחתיים, חברתיים ומשפטיים המטילים ספק בגרסתם ובבחירתם להתלונן, ובהמשך גם להעיד בבית-המשפט ולהיחקר על-ידי ההגנה. קשה הדרך לקורבנות, הנאלצים לנווט בזירות חדשות וזרות, ואולי כך במיוחד בעברות מסוימות. עד כמה הדין הדיוני והדין הראייתי מתחשבים באלה שהדין המהותי כשל בהגנה עליהם?

במאה השמונה-עשרה, בשיטות משפט מסוימות, הייתה ההעמדה לדין מעשה פרטי – הקורבן הוא שיוזם את הפעולה, איתר עדים וארגן את הופעתם בבית-המשפט.<sup>12</sup> כיום, בישראל, ההליך הפלילי מנוהל על-ידי נציגי המדינה, כעולה מסעיפים 11 ו-12 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ). זאת, כחלק מתפיסה שהמשפט הפלילי אינו עניין פרטי, ושפגיעה בפרט היא עניין ציבורי המצדיק תגובה וניהול משפט ציבוריים, כאחד מענפי המשפט הציבורי,<sup>13</sup> למעט במקרים החריגים של קובלנה.<sup>14</sup>

רק במילניום הנוכחי הוקמה מסגרת זכויות לקורבנות, בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, אך גם תחתיו נותרה שליטתם של נפגעי עברה בהליך הפלילי בישראל דלה.<sup>15</sup> החוק מקנה לנפגעי עברה מסוימים זכויות מהותיות ודיוניות, לרבות הזכות להגנה מפני מי שנטען כי הוא העבריין, להגבלת מסירת פרטים אישיים, לקבלת מידע על ההליך הפלילי, לניהול ההליכים בזמן סביר ולהבעת עמדה לעניין הסדר-טיעון. בשנים האחרונות שיח הזכויות

12 ראו (1996) 103, 103 B.U. L. REV. David Friedman, *Beyond the Tort/Crime Distinction*, 76 B.U. L. REV. 103, 103 (1996).  
לסקירה היסטורית של מעמד הקורבן בהליך הפלילי ראו Lynne N. Henderson, *The Wrongs of Victim's Rights*, 37 STAN. L. REV. 937, 938-953 (1985).

13 ראו Markus D. Dubber, *Criminal Law Between Public and Private Law*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 191, 200-201 (R.A. Duff et al. eds., 2010); מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה (מאמר ביקורת) מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 609, 622, 624 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

14 ראו ס' 68-73 לחסד"פ. כן ראו בש"פ 3503/91 שוברט נ' צפרי, פ"ד מו(4) 136 (1992); ע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ, פ"ד מז(5) 289 (1993).

15 דנה פוגץ "סלבריטאים על כורחם (ובחסות בית המשפט?) – מחשבות על פרטיותם של נפגעי עברות בהליך המשפטי" קרית המשפט י 79, 87-88 (2014).

הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

של נפגעי עברה בישראל הולך ופורח, <sup>16</sup> גם כמשקל-נגד לזכויותיהם של חשודים ונאשמים.<sup>17</sup> אולם לצד תרומתן הרבה לנפגעי עברה, הזכויות הקיימות מאירות את מה שהמשפט טרם הגדיר זכויות של קורבנות: האינטרס שהצדק יושג, האינטרס שתיפתח חקירה משטרית ושהיא תנוהל ביסודיות, האינטרס שהחשוד יועמד לדין לפחות בעברות שעליהן התלונן הקורבן, האינטרס להעיד או לא להעיד, האינטרס להעלות טענות משפטיות בבית-המשפט, האינטרס שהנאשם יורשע, האינטרס שהמורשע ייענש בחומרה או בכלל, האינטרס למנוע הסדר-טיעון או לכל-הפחות להתנגד לו, וכדומה.<sup>18</sup>

לקראת המשך הדיון, כעניין מינוחי ומהותי כאחד, חשוב להבחין בין "נפגע עברה" לבין "מתלונן" ולהסכים כי אין ביניהם חפיפה מלאה, וזאת בשני מובנים. במובן האחד, ברי שיש נפגעי עברה שאינם מתלוננים ואינם נודעים. באופן מילולי, וכך גם בחוק זכויות נפגעי עבירה, נפגע עברה הוא "מי שנפגע במישרין מעבירה, וכן בן משפחה של מי שהעבירה גרמה למותו, למעט החשוד, הנאשם או הנידון". מבחינה עובדתית, אדם נפגע מעברה מעצם עשייתה; לא מעצם היוודעה לרשויות האכיפה, ולא בתלות בקביעה שיפוטית מרשיעה המאמצת את גרסתו. במובן האחר, אשר לא נוח אך חשוב להזכיר, לא כל מתלונן אכן נפגע מעברה. במקרים שונים אין מחלוקת שנעברה עברה, אך עשויה להתגלע מחלוקת באשר לזהות הפוגע או בסוגיות הנוגעות בחומרת העברה, בתדירותה ובסוגה. במקרים אחרים תפיסת מתלוננים כנפגעי עברה מעצם התלונה מנוגדת באופן מובהק לחזקת החפות, ומייתרת את החקירה המשטרית, את ההעמדה לדין ואת ניהול המשפט. המינוח של חוק זכויות נפגעי עבירה משרד האמנה למתלוננים, שמכבדת את המתלוננים ומתנגשת בחזקת החפות. הדיון בהמשך המאמר ידבק ככלל במינוח זה של חוק זכויות נפגעי עבירה, ויעסוק בנפגעי עברה שהם מתלוננים. עם זאת, מפעם לפעם יוזכר ויודגש כי מערכת המשפט בכלל ובית-המשפט בפרט אינם מניחים אשמה מעצם התלונה, וכי האיזון בין זכויות, אינטרסים וערכים עשוי להשתנות לאור השאלה הקריטית אם מדובר בתלונת-אמת או בתלונת-שווא (או ביצור-כלאיים). המתלונן עשוי לשקר או לשגות בתום-לב, ואף אם הוא מדייק, העובדות עשויות לא לשקף עברה, שהרי רבות הפגיעות הרגשיות שהמשפט הפלילי אינו ממשיג כעברה.

## 1. הגנת נפגעי עברה בחוק לתיקון דיני הראיות

16 דנה פוג'ן "מהפכת הקרבנות" – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים? קריית המשפט ד 229, 233–236 (2004) (להלן: פוג'ן "מהפכת הקרבנות").

17 חיה זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד 43 (2001); עמנואל גרוס "הזכויות החוקתיות של הקרבן – מחקר השוואתי" מחקרי משפט יז 419, 420–421 (2002).

18 לקריאה על יצירת מסגרת דיונית נאותה שתאפשר לנפגעי עברה להגשים חלק מהאינטרסים הללו ראו אסף הרדוף "ויתור, הידברות, בג"ץ: שחרור חסמים בסדר הדין הפלילי, צמצום הכוח המנהלי והגברת הביקורת השיפוטית" ספר אליקים רובינשטיין (אהרן ברק, מרים מרקוביץ'-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים, צפוי להתפרסם ב-2020).

פגיעותם של ילדים ופגיעותם של נפגעי עברה מצטלבות בהסדר הנדון במאמר, ולעיתים מצטלבות גם עם פגיעותם של הסובלים מאלימות ומנצלנות בתוך המשפחה והבית.<sup>19</sup> חוק הגנת ילדים מגן עליהם בשני מובנים חשובים. האחד הוא חקירתם על-ידי גורמים מיוחדים – "חוקרי ילדים" (בעבר: "חוקרי נוער"). חוקרי ילדים אינם שוטרים שעברו הכשרה מיוחדת; הם אינם שוטרים כלל. ההנחה היא שעבור הילד אין מחפשים מומחה בשיטור, אלא גורם רגיש יותר שמומחה בילדים נפגעים (ובמקרים מסוימים – בילדים פוגעים).<sup>20</sup>

המובן האחר שבו חוק הגנת ילדים מגן על נפגעי עברה הינו מוקד מאמרי: מניעת ערות. חשוב לזכור כי בישראל, באופן כללי, עדות או הימנעות מעדות אינן "זכות" של נפגע העברה, כשם שהן אינן זכות של איש.<sup>21</sup> חוק זכויות נפגעי עבירה אינו מכונן זכות להעיד או זכות להימנע מהעידה. סעיף 2 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971, יוצר בררת-מחדל שלפיה הכל כשרים להעיד, בכפוף לסעיפים 3–4, שעניינם עדויות שונות במסגרת התא המשפחתי. ככלל, עם הפשרות להעיד באה החובה להתייצב לעדות לפי זימון בית-המשפט, להעיד ולהשיב על שאלות המוצגות לעד.<sup>22</sup> חובה זו אף מגובה בסנקציה עונשית.<sup>23</sup>

חוק הגנת ילדים יוצר חריג נוסף ומעניין לכלל הפשרות להעיד. כאשר חוקר הילדים מחליט כי הילד כשר להעיד, ניתן להעיד את הילד בתנאים מגוונים שיקלו עליו את התהליך, כעולה מסעיף 2 לחוק. למשל, אפשר לקיים עדות במעגל סגור בלי נוכחות הנאשם; עדות לא על דוכן העדים, כאשר השופט ועורכי-הדין אינם לבושים מדי משפט; עדות בלשכת השופט; עדות במקום אחר, ועוד.<sup>24</sup> כל אלה ועוד נתונים לשיקול-דעתו של חוקר הילדים, אשר אינו כפוף לביקורת שיפוטית.<sup>25</sup> מה שנתון להחלטת הילד הוא זכות חדשה יחסית, משנת 2017, לנוכחות של מלווה בעדותו, כעולה מסעיף 2ב(א) לחוק.<sup>26</sup>

כמובן, כאשר חוקר ילדים מחליט כי הילד נפגע העברה אינו כשר להעיד, הילד לא יגיע כלל לבית-המשפט. אכן, המציאות במשך שנים ארוכות הייתה שברוב התיקים לא התיר חוקר

19 ראו דוח רוטלוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 221; כרמית פולק כהן "זכותם של קטינים נפגעי עבירה להשמיע ולהשמע – אינטרס פרטי כאינטרס ציבורי" איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בדלתיים סגורות – פגיעה מינית וההליך הפלילי, ישראל 2015, 67, 67 (2016).

20 ניצן תהה מדוע זה המצב גם כאשר הילד הוא החשוד, ולא המתלונן. ראו ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 301.

21 השו"ר ע"פ 6836/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750 (1997).

22 נינה זלצמן "הכשרות לעדות, החובה להעיד וראיות חסויות" משפטים טז 62, 62 (1986) (להלן: זלצמן "הכשרות לעדות").

23 ראו ס' 5 לפקודת בזיון בית המשפט, חא"י א 332; ע"פ 217/59 היועץ המשפטי לממשלה נ' נבולסי, פ"ד יד 73 (1960); ע"פ 4491/07 בן דוד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2007); ע"פ 10317/08 קורקוס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.12.2008).

24 לדיון ראו דנה פוגץ' "הזכות להישמע? עדויות ילדים בהליך הפלילי" הפרקליט מו 121, 153–159 (2002) (להלן: פוגץ' "הזכות להישמע"). מאמרה של פוגץ', מלפני כמעט שני עשורים, היה האחרון שדן בסוגיה זו בישראל.

25 סטרשנוב היה מוטרד מהפעלה של שיקול-דעת זה באופן מגמתי ביותר, ולפיכך הציע לחפש דרך לבקרו שיפוטית ואף לפסול אותו. ראו אמנון סטרשנוב "העדת ילדים בבית-המשפט בעבירות-מין – גישה אחרת" הפרקליט מב 484, 497 (1996).

26 ראו דוח רוטלוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 231–232.



משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

הילדים את עדות הנפגע,<sup>27</sup> ודומה שזה המצב גם כיום.<sup>28</sup> הדבר אינו מפתיע אם מתבוננים על חוקר הילדים במבט פשוט מבעד למשקפיה של תורת המשחקים,<sup>29</sup> הבוחנת כיצד שחקנים רציונליים, בעלי חלופות פעולה, פוטנציאל של העדר ידע<sup>30</sup> ופונקציה של תגמול,<sup>31</sup> אשר מקושרים זה לזה או תלויים זה בזה באופן הדדי,<sup>32</sup> מקבלים החלטות בסביבה שאינה סטטית, אלא אסטרטגית.<sup>33</sup> במבט כזה דומה שחוקר הילדים ייטה להחליטה כי הילד אינו כשר להעיד,<sup>34</sup> גם לאור הגישה שבית-המשפט אינו מקום לילדים.<sup>35</sup> חוקר הילדים אינו פועל כשוטר, והצלחתו אינה נמדדת בסטטיסטיקה של כתבי אישום או הרשעות. אם יקבע החוקר כי הילד כשר להעיד, ובהמשך יתברר שחזונית העדות הייתה קשה מאוד לילד, הדבר עלול להוביל לתלונות רשמיות או לא-רשמיות נגד החוקר. לעומת זאת, אם יקבע החוקר שהילד אינו כשר להעיד, אף שהילד היה מסוגל לעבור בשלום את חזונית העדות, מדובר בטעות שלעולם לא תיחשף ולא תשליך לרעה על החוקר. עוד ראוי להדגיש, כאשר מתבוננים על השחקנים החשובים, כי קביעת אי-כשרות אינה מעוררת על חוקר הילדים את זעמה של התביעה, בין היתר משום שבמקרים רבים קביעה כזו נוחה לה, כפי שיפורט בהמשך. אילו פירושה של קביעת אי-כשרות היה אובדן התיק לרשויות האכיפה ולאינטרס הציבורי, ייתכן שהרשויות היו מביעות מורת-רוח מקביעה כזו, ולאורך זמן היו הדברים משתנים. אולם לא זה המצב בישראל. החלטתו המנהלית של החוקר כי הילד אינו כשר להעיד הינה סופית, ומרגע שהתקבלה – לא רצון הילד, לא רצון התביעה, לא רצון הנאשם ואף לא רצון בית-המשפט יוכלו להופכה.<sup>36</sup> ככתוב במבוא, מניעת העדות הייתה לב ההסדר כאשר נולד החוק, ודומני שהיא ליבו גם כיום. הרציונל פשוט, ובמבט ראשון משכנע מאוד: ההסדר מבקש לצמצם את הטרואמה הכרוכה בעדות.<sup>37</sup> הנחת-המוצא היא שחזונית העדות בבית-המשפט בכלל וחזונית החקירה הנגדית

- 
- 27 ראו הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 152; סטרשנוב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 484–485; פוגין "הזכות להישמע", לעיל ה"ש 24, בעמ' 134.
- 28 ראו את דבריה של ראשת השירות לחקירות ילדים רונית צור "אתגרים בחקירות ילדים" בדלתיים סגורות – פגיעה מינית וההליך הפלילי, ישראל 2015, 37, 41 (2016). זו הייתה גם תשובתו של בכיר בפרקליטות על פנייתי בתחילת שנת 2019.
- 29 JOHN VON NEUMANN & OSKAR MORGENSTERN, THEORY OF GAMES AND ECONOMIC BEHAVIOR (1944).
- 30 מוק מציינ כי משחקים של מידע לא-מושלם יובילו באופן כללי לאיתות. William B.T. Mock, *Game Theory, Signaling, and International Legal Relations*, 26 GEO. WASH. J. INT'L L. & ECON. 33, 38 (1992).
- 31 GUILLERMO OWEN, GAME THEORY 1 (2nd ed. 1982).
- 32 FRANK C. ZAGARE, GAME THEORY: CONCEPTS AND APPLICATIONS 7 (1984).
- 33 MORTON D. DAVIS, GAME THEORY: A NONTECHNICAL INTRODUCTION 3–4 (rev. ed. 1983).
- 34 השוו ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 326.
- 35 ראו צור, לעיל ה"ש 28, בעמ' 41.
- 36 הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 153, 158.
- 37 Tanya Asim Cooper, *Sacrificing the Child to Convict the Defendant: Secondary Traumatization of Child Witnesses by Prosecutors, Their Inherent Conflict of Interest, and the Need for Child Witness Counsel*, 9 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 239, 243 (2011).

בפרט הינן לא רק קשות, אלא טראומטיות בכוח, <sup>38</sup> ועלולות לפגוע הן בעדות והן בעד באופן מתמשך, <sup>39</sup> אף שהיו שציינו כי הבסיס האמפירי לכך אינו חד־משמעי. <sup>40</sup> נפגע העברה חושש מאוד מפגישה עם הפוגע, ונוסף על כך הוא לחוץ מעצם ההגעה להעיד בבית־המשפט. <sup>41</sup> החרדה הכללית מהעתיד מועצמת בלחץ המשפט, שעלול לייצר טראומה ופחד. <sup>42</sup> ההנחה היא שטראומה פסיכולוגית מתרחשת כאשר הילד מעיד במעמד הנאשם, שכן חששו העיקרי של הילד הוא עימות חזותי מול הנאשם. <sup>43</sup> הקושי עלול אף לגדול כאשר הנאשם אינו מיוצג ועל־כן חוקר את הילד בעצמו. <sup>44</sup> מעבר לכך, ההנחה המשתקפת בחוק הישראלי היא שעושר האפשרויות לצמצום פוטנציאל הטראומה – הליכי־המגן (shielding procedure) המגוונים שתוארו בקצרה לעיל, כגון עדות מחוץ לאולם – אינו מספק, ולפיכך חוקר הילדים מוסמך למנוע את חוויית העדות של הילד כליל, בניגוד למצב במדינות אחרות, שבהן על הילד למסור עדות בחקירה הנגדית. <sup>45</sup>

כמובן, שאלת המטרות בהליכים המיוחדים שההסדר מכונן תלויה לא רק בהשקפות ערכיות, אלא גם בשאלה העובדתית. מבחינה מערכתית, בהנחה שהנאשם אשם, דומה שמטרת ההליך היא להשיג הרשעה, למזער את הנזק לילד ובוד בבד לאפשר הליך הוגן לנאשם, כמפורט להלן בפרק ב. בהנחה שהנאשם חף מפשע, מטרת ההליך היא להשיג זיכוי, לחשוף את שגיאות הילד או שקריו ולאפשר הליך הוגן לנאשם. כלומר, החשש בדבר הנזק הנפשי משקף אחת משלוש תפיסות, המשיבות אותנו להבחנה המינוחית בין נפגע עברה לבין מתלונן: האחת והפשוטה היא שנפגע עברה שהתלונן עלול להינזק נפשית כתוצאה משחזור חוויית האירוע, וראוי להגן עליו באמצעות מניעת עדות ובאמצעות חקירה על־ידי גורם רך יותר; השנייה, הסבוכה יותר והאינטואיטיבית פחות, היא שמתלונן עלול להינזק נפשית אף אם עדותו כוזבת או מוטעית, ועל־כן ראוי להגן עליו מנזק גם במצב כזה; ותפיסה שלישית תהיה שאנו מבקשים להגן על מתלונני־האמת בלבד, אך באין דרך משפטית לסננם ממתלונני־השווא, ייהנו גם האחרונים מגסות המסננת ויזכו בהגנה פריפריאלית.

- 
- Paula E. Hill & Samuel M. Hill, *Videotaping Children's Testimony: An Empirical View*, 85 38  
MICH. L. REV. 809, 818 (1987).
- Carol A. Chase, *The Five Faces of the Confrontation Clause*, 40 HOUS. L. REV. 1003, 39  
1005–1006 (2003).
- Myrna S. Raeder, *Distrusting Young Children Who Allege Sexual Abuse: Why Stereotypes 40*  
*.Don't Die and Ways to Facilitate Child Testimony*, 16 WIDENER L. REV. 239, 258 (2010)
- Kathryn Leader, *Closed-Circuit Television Testimony: Liveness and Truth-Telling*, 14 L. 41  
TEXT CULTURE 312, 316–317 (2010).
- Dawn Hathaway Thoman, *Testifying Minors: Pre-trial Strategies to Reduce Anxiety in 42*  
*Child Witnesses*, 14 NEV. L.J. 236, 240 (2013)
- Dorothy F. Marsil et al., *Child Witness Policy: Law Interfacing with Social Science*, 65 43  
LAW & CONTEMP. PROBS. 209, 213–214 (2002)
- Tyler D. Carlton, *A Balancing Act: Providing the Proper Balance Between a Child Sexual 44*  
*Abuse Victim's Rights and the Right to Personal Cross-Examination in Arizona*, 49 ARIZ.  
ST. L.J. 1453, 1459–1460 (2017)
- Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 211, 217. 45

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

## 2. מבט באיזון – זכות הילד להעיד

כפי שנכתב בקצרה במבוא וכפי שיורחב בהמשך, ההסדר מקדם את ההגנה על הילד הנפגע על-חשבון זכות הנאשם להליך הוגן, ולעיתים תוך פגיעה ביכולתו של בית-המשפט להגיע לאמת. קל יותר לתמוך במניעת עדות כאשר הילד רוצה בכך, אך קשה לתמוך בה כאשר היא אינה חופפת את רצון הילד. כאמור לעיל, הימנעות מעדות אינה זכותו של הילד נפגע העברה, אלא החלטה של חוקר הילדים. כלומר, ההסדר משקף לא את רעיון "זכויות הילד", אלא את רעיון "טובת הילד"<sup>46</sup> – תפיסה פטרנליסטית<sup>47</sup> שלפיה לא הילד יבחר מה שטוב לו, אלא גורם אחראי, מחושב ומפוכח הוא שיעשה זאת, כמובן על בסיס ידע בתחום התפתחות ילדים. לעומת זאת, גישת זכויות הילד – שמתבטאת, בין היתר, באמנה בדבר זכויות הילד, אשר אושררה ונכנסה לתוקף בישראל בשנת 1991 – מטעימה את זכות ההשתתפות של הילד בהליכים,<sup>48</sup> וגם דוח רוטלוי קרא להגברתה של השתתפות הילד בהליכים, אם כי בזהירות המחויבת מהטלת נטל כבד מדי על כתפי הילד.<sup>49</sup> עד כמה ההסדר מיטיב לקדם את ההגנה על טובת הילד וזכויותיו?

ניתן לגרוס כי לחוקר הילדים אין היכרות מעמיקה עם הילד, ולפיכך הוא יתקשה להעריך את השפעת ההליכים עליו בהמשך. בספרות נכתב כי למטפלים ולהורים יש דעה קדומה לגבי היכולות והצרכים של ילדים.<sup>50</sup> היו שהדגישו כי ילדים מסוימים רוצים שקולם יישמע וישפיע,<sup>51</sup> וכי למען רווחתם הנפשית יש לאפשר להם להעיד, לתאר את חווייתם באופן מילולי וכך להתעצם.<sup>52</sup> מחקרים הראו כי רמת התפקוד של ילדים שהעידו דומה לזו של ילדים שלא העידו, ואולי אף טובה ממנה. מחקרים מסוימים הציעו כי עדות בבית-המשפט היא חוויה מרפאת, הודות לתחושת התגמול וההעצמה. הודגש כי לעיתים קרובות תובעים, הורים ומרפאים אינם מעריכים כראוי את יכולתם הרגשית של ילדים להעיד בבית-משפט.<sup>53</sup> עוד נכתב שמערכת המשפט צריכה להכיר בכך שבטווח הארוך שימוש בהליכי-מגן עשוי להיות יעיל פחות מהכנה לעדות, שהעדות יכולה להיות חוויה מעצימה לילד, ושל הגנה על ילדים יש אפקט

46 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 302.

47 Meir Dan-Cohen, *Basic Values and the Victim's State of Mind*, 88 CAL. L. REV. 759, 765 (2000); JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO SELF* 57–58, 68–69 (1986).

48 לפירוט על תפיסת הזכויות בהקשר זה ראו פוגן' "הזכות להישמע", לעיל ה"ש 24, בעמ' 122–128 Kelsey Marie Ellen Till, *Empowering Voices: Working Toward a Children's Right to ; 128 Participatory Agency in Their Courtroom Experience*, 64 BUFF. L. REV. 609, 620 (2016).

49 ראו דוח רוטלוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 230.

50 Jean Montoya, *Lessons from Akiki and Michaels on Shielding Child Witnesses*, 1 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 340, 367 (1995) (להלן: Montoya, *Shielding Child Witnesses*).

51 Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 259.

52 כדבריו של ילד קורבן, "כל שרציתי הוא להישמע". ראו Thoman, לעיל ה"ש 42, בעמ' 238. כן ראו Till, לעיל ה"ש 48, בעמ' 643.

53 Katherine W. Grearson, *Proposed Uniform Child Witness Testimony Act: An Impermissible Abridgement of Criminal Defendants' Rights*, 45 B.C. L. REV. 467, 489–490 (2004).

שילי על הילדים ועל החברה.<sup>54</sup> כלומר, לפי קו מחשבה זה, ההגנה על הילד הינה לעיתים הגנה פוגענית – שאיפה לעשות טוב, שלעתים מרעה לילד. בישראל הפטרנליזם מרוכך מעט, כעולה מסעיף 2(ו) לחוק הגנת ילדים: חוקר הילדים יגיע להחלטה רק לאחר שהילד הביע את דעתו, ככל שהוא מסוגל לכך. אף שהחוק אינו מותיר את ההחלטה לילד ולמשפחתו, סביר להניח שלעמדת הילד יש משקל רב בהחלטה. אני מתקשה לדמיין חוקר ילדים שכופה עדות על ילד שנחוש להימנע ממנה או מונע עדות מילד שנחוש לספקה גם לאחר שהובהרה לו משמעות הדבר על-ידי משפחתו ועל-ידי החוקר.<sup>55</sup> ממילא, תחת תפיסת זכויות, לכפייה כזו אין מקום כלל בספר החוקים, גם אם היא עיונית. ניתן להוסיף ולהעריך שגם אלמלא חוק הגנת ילדים לא סביר שתובע כלשהו היה מאלץ ילד נפגע עברת מין להעיד בניגוד לרצונו.

### 3. מבט באיזון – הסדר צר מדי להשגת תכליתו

גם מי שאינו מוצא כי ההסדר פוגעני כלפי הילד עשוי לגרום כי ההסדר צר מכדי להשיג את מטרתו. בהנחה האינטואיטיבית שחווית העדות היא לא רק קשה, אלא גם טראומטית בכוח, החלטה של חוקר הילדים למנוע את עדותו של הילד נפגע העברה מספקת אומנם לילד הגנה חזקה מאוד. אולם מבט ביקורתי בחוק הגנת ילדים עצמו מגלה כי ההגנה המשפטית לנפגע עברה מפני חווית עדות טראומטית הינה צרה מדי.

ראשית, אף בהנחה שההסדר המגן חל, הגנתו על הילד נוגעת בעיקר במשפט, ואין זה מספיק. בהקשר זה נכתב כי הנזק לילד עלול לגדול מאוד בעקבות תגובת הורים חריפה ומאשימה, חקירה לא-נכונה ולעג של הסביבה.<sup>56</sup> הליך החקירה המוקדם של העד עלול להיות נצלני ומלחיץ. לעיתים הריאיון הוא חוזר ובלתי-נלאה, ולעיתים העד חש מאוים.<sup>57</sup> הליכים מיוחדים לעדות ילדים קודמו על בסיס ההנחה שהליכים רגילים של הֶעָדָה יוצרים חווית קורבנות מחודשת למתלונן; אבל היו שטענו כי הליך המוקדם עלול להיות טראומטי אף יותר.<sup>58</sup> לילדים מנוצלים קשה לבטוח באחרים, וחוסר אמון ביחסים מקצועיים מותיר את הילדים פגיעים במיוחד. גם כללי הראיות וכללי האחריות המקצועית אינם שוקלים כראוי, לעיתים קרובות, את האפקטים של ההליכים והאתיקה על הפסיכופתולוגיה של ילדים.<sup>59</sup> כלומר, לראיונות מוקדמים מסוימים ואפילו לעיכובים בהליך המשפטי עלול להיות אפקט שילי על נפש הילד.<sup>60</sup> אין זה מובן מאליו שהמערכת מפרה את אמונו של הילד במהלך

54 Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 239; צור, לעיל ה"ש 28, בעמ' 41-42.

55 למען האמת, אני מתקשה גם לדמיין ילד שמתעקש להעיד בניגוד לעמדתו של חוקר הילדים. סביר להניח שלעמדת החוקר יש משקל מכריע בעיני הילד ומשפחתו.

56 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 299.

57 לטיעון ולדוגמאות ראו Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 938, 944.

58 שם, בעמ' 937.

59 William Wesley Patton, *Viewing Child Witnesses Through a Child and Adolescent Psychiatric Lens: How Attorneys' Ethical Duties Exacerbate Children's Psychopathology*, 16 WIDENER L. REV. 369, 378-379, 415 (2010).

60 Grearson, לעיל ה"ש 53, בעמ' 490.

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

חקירתו – למשל, כאשר היא מטעה אותו לגבי תפקיד המצלמה בחקירתו או אינה מסייעת לו להבין שהאדם שפגע בו יצפה בצילומו מדבר<sup>61</sup> או גרוע מכך.<sup>62</sup>

הגנה על הילד מחייבת מבט רחב יותר, ואין להניח שדי במניעת עדותו בבית-המשפט. גם בהנחת עדות, ייתכן שלא רק העימות עם הנאשם והסנגור יהיה טראומטי; אפילו התייחסות-הגומלין עם התובעים עלולה להוות מקור לטראומה משנית לילדים העדים.<sup>63</sup> חוק סיוע לקטינים נפגעי עבירות מין או אלימות, התשס"ח–2008 (להלן: חוק הסיוע לקטינים), מקדם את ההגנה על ילדים נפגעי עברה למן השלבים המוקדמים, אך לא בטוח שהוא פותר את כל הבעיות שהוזכרו לעיל.<sup>64</sup>

לפי קו מחשבה דומה אך שונה, אף שאין חולק כי העדות מלחיצה, בעיקר בחקירה הנגדית, מחקרים שונים מציעים כי אין נזק בריאותי או טראומה נפשית מהעדות. מחקר לטווח ארוך, שנעשה עד לאחר שהילדים הגיעו לבגרות, התקשה לזהות הבדל לטובה אצל ילדים שלא העידו לעומת ילדים שהעידו, וחויית העדות לא קושרה להשלכות שליליות, ולעיתים אף נראתה מועילה. הגישה השלילית ביותר נבעה דווקא מזיכוי או מענישה קלה.<sup>65</sup> כלומר, ההגנה על נפשו של נפגע עברה מחייבת להתחשב במלוא צרכיו ובהשפעות ההליך עליו.<sup>66</sup> אלה אינם באים בהכרח על-חשבון הזכות להליך הוגן והאפשרות להגיע לאמת.

שנית, באשר לתחולת ההסדר המגן, נדרשים שני תנאים מצטברים. הראשון הוא שמדובר בילד: "ילד" מוגדר בחוק כמי שטרם מלאו לו ארבע-עשרה שנה (אף שבהצעת החוק המקורית הוצעה תקופה צרה יותר – עד גיל שלוש-עשרה). התנאי המצטבר השני להגנת החוק הוא שמדובר בעברה המנויה בתוספת. בחוק המקורי דובר בעברות מין בלבד; בחוק הנוכחי נוספו עברות זנות ותועבה, ובמקרים מסוימים גם עברות אחרות מחוק העונשין. אולם התוספת עודנה

61 כהן כתבה כי גורמים רשמיים מפצירים בילד לשתף בסיפורו תוך הבטחה שהמידע יישמר עימם ולא יועבר לנאשם – כהן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 67. מדריך העבודה לחוקרי ילדים מנחה את החוקר להפנות את הילד למצלמה ולומר לו כי "המצלמה עוזרת לי לזכור את השיחה שלנו". ראו משרד הרווחה והשירותים החברתיים מדריך לחקירת ילדים 2011, 2 (2011) (להלן: מדריך לחקירת ילדים). כלומר, מטעים את הילד במכוון במגמה להרגיעו. לא למותר לציין כי ס' 3(2) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981, אוסר לצלם אדם ברשות היחיד בלי הסכמתו, וס' 3 מגדיר "הסכמה" כ"הסכמה מדעת".

62 הפגיעה בנפשו של הילד הקורבן עלולה להחריף בגלותו בהמשך הדרך שאפילו צילומים אינטימיים שלו, לרבות כאלה שצולמו על-ידי רשויות החקירה בהסכמתו, יגיעו לא רק לידי בית-המשפט, אלא גם לידי ההגנה. בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.9.2011). Cooper, לעיל ה"ש 37, בעמ' 264.

63 להצעה להרחבת שירותי הסיוע לילד נפגע עברה ראו דוח רוטלוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 232–233.  
64 John E.B. Myers, *Cross-Examination: A Defense*, 23 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 472, 474  
65 (2017) (להלן: Myers, *Cross-Examination*).

66 בקשר לילדים הודגש כי גם תוצאת המשפט ממלאת תפקיד בקביעת מידת הסיפוק שלהם לטווח ארוך ממערכת המשפט ובעיצוב תחושותיהם לגבי השפעות התיק המשפטי על חייהם. אם ילדים לא יעידו והדבר יפעל לטובת הנאשם בתיק, יהיו ילדים שיסבלו מהשלכות לטווח ארוך, בדומה לאלה הפוקדות ילדים שעברו את חוויית ההעדה. Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 258–259. בישראל ס' 8 לחוק זכויות נפגעי עבירה מקנה לנפגע עברה זכות לקבל מידע על ההליך. הדבר מאותת על חשיבות המשפט לקורבן.

קצרה למדי. רוב העברות בספר החוקים מודרות מתחולתו של חוק הגנת ילדים. בהעדר תחולה לחוק המיוחד, בררת-המחדל בדיני הראיות עולה מסעיף 2 לפקודת הראיות: הכל כשרים להעיד בכל משפט.

מה מיוחד באלה הזוכים בהגנה לעומת אלה שאינם זוכים בה? משני התנאים המצטברים שנמנו ניתן לנסות להציע שלושה מאפיינים מופשטים: יעד לעברה שהוא פגיע במיוחד מבחינה שכלית או רגשית; עד שהתקשורת עימו מצריכה כישורים מיוחדים; וחויית עדות הטומנת בחובה פוטנציאל טראומטי במיוחד. ניתן להציע כי רק שילוב של המאפיינים מזכה בהגנה שהסדר מספק, אולם הדבר מעלה תהיות ערכיות קשות בנוגע לצדקת האיזון. האומנם רק שילוב הפרמטרים הללו מספק הסבר מתי אנו מוכנים לסטות מסדרי הדין ומדיני הראיות הרגילים, תוך פגיעה בהגינות ההליך ואולי גם באפשרות להגיע לאמת? מבט מעמיק יראה כי מבחינה נורמטיבית קשה להשעין איזון כזה על תנאי החוק.

המאפיין הראשון המשתמע מחוק הגנת ילדים הוא כאמור פגיעות מיוחדת. בהנחה שילדים הינם פגיעים במיוחד וראויים להגנה יתרה לעומת מבוגרים, בגין גילם וחוסר הבגרות שמיוחס להם,<sup>67</sup> בחירת גיל ארבע-עשרה מעלה שאלות. להבדיל מגילאי-מפתח משפטיים אחרים בישראל – כגיל הבגרות (שמונה-עשרה),<sup>68</sup> גיל ההסכמה ליחסי מין (שש-עשרה)<sup>69</sup> וגיל האחריות הפלילית (שתים-עשרה)<sup>70</sup> – לגיל ארבע-עשרה אין חשיבות עקרונית גדולה במשפט הפלילי בישראל.<sup>71</sup> מהגדרת "ילד" כאמור נובע כי מי שמלאו לו ארבע-עשרה שנה אינו "ילד" עוד, והחוק אינו מספק לו כל הגנה. אף שמתחת קווים טכניים היא מלאכה משפטית הכרחית וקשה תמיד, הדיכוטומיה הדרמטית של הגנה חזקה לבני שלוש-עשרה והעדר הגנה לבני ארבע-עשרה ואילך קשה להצדקה.<sup>72</sup> הטענה שלאחר גיל ארבע-עשרה מוצדק לשוב אל בררת-המחדל הדיונית והראייתית קשה מאוד להגנה, והמציאות מרמזת שיש מי שחש אחרת.

בתקדים מפורסם, כאשר לנפגעת עברה מלאו ארבע-עשרה במהלך המשפט, לאחר שעדותה לפני חוקר הנוער כבר הוגשה, לא קראה לה התביעה להעיד חרף כשרותה, וגם בית-המשפט המחוזי נמנע מלקרוא לה. בית-המשפט העליון זיהה בעייתיות בכך, אך אישר את ההרשעה

67 Angela R. Dunn, *Questioning the Reliability of Children's Testimony: An Examination of the Problematic Elements*, 19 LAW & PSYCHOL. REV. 203, 209 (1995)

68 ראו ס' 34 כד לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

69 שם, ס' 345-349. ועדת רוטלוי שקלה להעלות את גיל ה"ילד" לשש-עשרה, אך החליטה להסתפק בהקלת מתן העדות בגיל מתקדם יותר. ראו דוח רוטלוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 273-274.

70 ראו ס' 134 לחוק העונשין.

71 באופן שאינו מפורסם מאוד, גיל ארבע-עשרה מסמל את המעבר מאונס סטוטורי, בס' 345(א)(3) לחוק העונשין, לבעילה אסורה בהסכמה, בס' 346 לחוק העונשין. הוא חשוב גם כגיל ההסכמה למעשה מיני שאינו מגיע כדי חדירה, כעולה מס' 348 לחוק.

72 לפני יותר משני עשורים, הרבה לפני מהפכת המרשתת בישראל, קרא סטרשנוב לחשוב מחדש על גיל זה ולהורידו לשתים-עשרה או עשר, בין היתר לנוכח חשיפת ילדים לתכנים בוגרים בגיל צעיר – סטרשנוב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 492-493, 497. מלמד הציע להותיר את המצב כמות שהוא, בתופסו את גיל ארבע-עשרה כגיל מכריע בתהליך ההתפתחות – מלמד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 455-456. השוו לדין באינוס הסטוטורי אצל אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65, 105 (2016).

בערעור, <sup>73</sup> ובהמשך גם בדיון הנוסף. <sup>74</sup> מדוע לא קראה לה התביעה להעיד, ונפטרה אגב כך מחובתה להציג ראיות סיוע? לבד משיקולים ראייתיים, שיידונו בפרק ג, אשר דוחפים לעיתים את התביעה להימנע מההעדה, דומני שהתשובה היא רצונה הכן של התביעה להגן על הנפגעת, מתוך תפיסה חברתית שהפגיעות אינה נעצרת בגיל ארבע-עשרה, <sup>75</sup> ושאם יש אפשרות להגן על הקורבן מפני עדות מבלי להפסיד בתיק, אזי כך יש לנהוג.

בהנחה שילד ראוי להגנה מיוחדת, בהיותו פגיע יותר מבחינה שכלית או רגשית מנפגע עברה "רגיל", מתבקש להשוותו לאחרים שלכאורה פגיעים יותר מהאדם הרגיל מבחינות אלה. באופן מעניין, רק בחלוף יובל שנים לחוק הגנת ילדים נולד בישראל חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו–2005 (להלן: חוק הליכי חקירה והעדה). <sup>76</sup> הן ילדים והן אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית נתפסים כפגיעים וכראויים להגנה, מצד אחד, <sup>77</sup> וכמי שיש סיבות לפקפק בעדותם, מצד אחר. בעבר נתפסה עדות ילדים כבלתי-אמינה, <sup>78</sup> ולפיכך גם כבלתי-כשרה. <sup>79</sup> הדאגה בדבר מהימנותם של ילדים היא עתיקת-יומין, <sup>80</sup> בעיקר לגבי תלונות על עברות מין. <sup>81</sup> כך גם עדותם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, <sup>82</sup> בין היתר לנוכח יכולתם המוגבלת להכיר באמת ובחובה לאומרה. <sup>83</sup> כאן עולה גם המאפיין השני שהוזכר לעיל – ייחודיות התקשורת. לכאורה, עדים מסוימים מצריכים לא רק רגישות, אלא גם כלי תקשורת מיוחדים, שיסייעו להם להעביר במילים תחושות שאיש (לא כל שכן ילד) אינו אמור לחוות, תחושות שספק אם לומדים לבטאן בגני-ילדים ובכתב-ספר.

- 73 ע"פ 1360/93 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.6.1994) (להלן: עניין פלוני).
- 74 דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621 (1994). פרשה דומה ופסיקה דומה עלו עשרים שנה לפני כן: ע"פ 421/71 מימרן נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 281 (1972).
- 75 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 328–329.
- 76 ניצן קרא לשקול מתן הגנה כזו שבע שנים לפני קבלת החוק. ראו שם, בעמ' 329.
- 77 Anthony Gray, *The Right to Confrontation in Common Law Systems: A Critical Comparison*, 18 *NEW CRIM. L. REV.* 129, 163 (2015).
- 78 Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 810; פוגין "הזכות להישמע", לעיל ה"ש 24, בעמ' 133. פוגין הדגישה את שינוי המגמה. ראו שם, בעמ' 140.
- 79 מבחינה היסטורית התייחסה מערכת המשפט האמריקאית לעדות הילד בספקנות, ולאורך שנים רבות לא היו הילדים כשרים להעיד בארצות-הברית. באירופה החלו מחקרים בדבר אמינות ילדים בתחילת המאה העשרים, ואילו בארצות-הברית החלו מחקרים כאמור להופיע רק בסוף שנות השבעים של אותה מאה. כיום ברור שילדים מסוגלים לזכור ולספר את האמת, אבל נוטים גם לשלב רעיונות שהוצעו להם. Dana D. Anderson, *Assessing the Reliability of Child Testimony*, 69 *S. CAL. L. REV.* 2117, 2118, 2121 (1996).
- 80 למשל, עד שנות השמונים של המאה העשרים תפסה מערכת המשפט בקנדה ילדים כעדים לא-אמינים באופן מובנה. Nicholas Bala, *Child Witnesses in the Canadian Criminal Courts: Recognizing Their Capacities and Needs*, 5 *PSYCHOL. PUB. POL'Y & L.* 323, 323 (1999).
- 81 Fiona E. Raitt, *Judging Children's Credibility – Cracks in the Culture of Disbelief, or Business as Usual?*, 13 *NEW CRIM. L. REV.* 735, 737 (2010).
- 82 ע"פ 800/85 ברדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 271–270, 266 (1986); ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769, פס' 11 לפסק-דינו של השופט לוי (2004).
- 83 זלצמן "הפשרות לעדות", לעיל ה"ש 22, בעמ' 64.

חוק הליכי חקירה והעדה מייצר הסדר שיש לו קווי דמיון רבים להסדר שנבחן במאמר זה. הוא מגדיר "אדם עם מוגבלות שכלית" ו"אדם עם מוגבלות נפשית", מכונן הסדר חקירה מיוחד, ומחיל את עצמו על רשימת עברות קצרה למדי, אף יותר מזו שבחוק הגנת ילדים, רשימה שכוללת בעיקר עברות מין. אולם בחוק זה אין גורם מנהלי המוסמך לקבל את ההחלטה שנפגע העברה לא יעיד בבית-המשפט. החלטה כזו יכול לקבל, בתנאים מצטברים, רק בית-המשפט עצמו. כעולה מסעיף 20(ב), אמרה שנגבתה מאדם עם מוגבלות תתקבל רק בתנאי שהוא מעיד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחוקרו, או לחלופין כאשר בית-המשפט פטר אותו ממסירת עדות על-סמך חוות-דעת מומחה שלפיה מתן העדות עלול לפגוע בעד או שאין הוא מסוגל להעיד, ובלבד שבית-המשפט שוכנע כי אי-אפשר לגבות את העדות בדרך שתקל עם העד. כלומר, חוויית העדות נדרשת ככלל גם מעדים כאלה, והנחת המחוקק היא שהדבר אפשרי ורצוי.<sup>84</sup> ושרק בית-המשפט מוסמך למנוע זאת במקרים המתאימים.<sup>85</sup> כמו לגבי ההסדר הנבחן, אם העד הופטר מעדות, יידרש סיוע כתנאי להרשעה.

ההגנה שחוק הליכי חקירה והעדה מספק לנפגעי עברה חלשה בעליל מזו שחוק הגנת ילדים מספק, וזאת אף שמדובר בעברות דומות, אף שנדרשת תקשורת ייחודית עם הנחקרים ואף שמדובר בקורבנות פגיעים במיוחד.<sup>86</sup> ניתן לסבור כי קורבנות אלה, להבדיל מילדים, מצויים במצב קוגניטיבי תמידי, ולפיכך אין חשש מהותי מפגיעה בהתפתחותם, מה שמצדיק הגנה פחותה. אולם ניתן גם לגזור מסקנה הפוכה: לנוכח פגיעותם התמידי של הקורבנות ומועדותם לפגיעה,<sup>87</sup> ראוי לספק להם הגנה חזקה יותר.<sup>88</sup>

מעבר לאמור לעיל, פגיעות שכלית או רגשית אינה חופפת תמיד "מוגבלות". אנשים מסוימים ניתנים בוודאי לאפיון כרגישים ופגיעים יותר מאחרים. חוויות מסוימות – מלבד חוויית הקורבנות – מגבירות בוודאי את פגיעותו של אדם בהקשרים או בזמנים מסוימים. מדוע

84 כדבריו של יעקב קדמי בספרו על הראיות חלק ראשון 514 (2009), "דין חולה הנפש והמפגר כדין כל אדם בכל הקשור לכשרותם להעיד". מצוטט בת"פ (מחוזי-י) 54272-09-14 מדינת ישראל נ' מלול, פס' 112 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 7.6.2018).

85 לפני יותר מעשרים שנה כתב השופט המחוזי סטרשנוב כי זהו המצב הרצוי בנוגע לעדויות ילדים – סטרשנוב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 485–486. אולם כשנה אחר כך חלק עליו השופט מלמד, בכותבו כי מדובר בשאלה שמוטב להותירה לעובדים סוציאליים מיומנים – מלמד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 455.

86 Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1011.

87 אנשים עם מחלות נפש ממושכות מועדים פי ארבעה עד פי עשרה לתקיפות פיזיות ולאונס. דורית גורני "קווים צהובים: זיהוי, אבחנה וטיפול בנפגעי פגיעה מינית בתוך אשפוז פסיכיאטרי" התמודדות עם פגיעה מינית בקרב אנשים עם מוגבלויות 13, 14 (איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בשיתוף עם "בזכות" – המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות, 2015); שרון פרימור ונעמה לרנר "פגיעות מיניות באנשים המתמודדים עם מוגבלות נפשית – היבטים משפטיים ייחודיים" התמודדות עם פגיעה מינית בקרב אנשים עם מוגבלויות 20, 21 (איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בשיתוף עם "בזכות" – המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות, 2015). לקושי בחוויית העדות שלהם בבית-המשפט ראו שם, בעמ' 21–22.

88 המאמר האחרון שפורסם בישראל בנוגע להסדר נכתב לפני חוק הליכי חקירה והעדה, ולפיכך ההשוואה שלעיל טרם נערכה.



הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

ראוי להגן על אנשים פגיעים על רקע הגדרה פורמלית דוגמת גילם, ולא להתחשב במיהותם ובמצבם המיוחד?<sup>89</sup> הרי פגיעות היא מצב מהותי, ולא מצב פורמלי. אנו מגינים על ילדים משום היותם פגיעים: ההצדקה היא הפגיעות; הילדות רק מלמדת לכאורה על הפגיעות, ואינה מקימה הצדקה עצמאית. דאגה וכבוד אמיתיים לפרט אינם עוצרים בשיוכו לקבוצה מסוימת, אלא מתמקדים במיהותו כפרט.

המאפיין האחרון שעולה מהסדר הוא כאמור צפי לחוויית עדות קשה. ניתן להניח כי מלכתחילה מסובך להתמודד עם זיכרון טראומטי, לא כל שכן לתרגם תחושות כואבות למלל, בוודאי בגיל צעיר. אולם בהקשר זה עולה תהייה באשר לבחירת העברות שמזכות בהגנת ההסדר. באופן לא-אינטואיטיבי, בררת-המחדל אפילו לגבי מי שמוגדרים בחוק הגנת ילדים כ"ילדים" היא להתייחס אליהם כאל נפגעי עברה רגילים. רשימת העברות והתנאים בתוספת – קצרה.<sup>90</sup> איומים אינם מופיעים בתוספת כלל, וכמוהם גם סחיטה באיומים ושווד;<sup>91</sup> גם תקיפה, התעללות וחבלה חמורה שנעשו לא על-ידי ההורה או האחראי על הילד אינם בתוספת.<sup>92</sup> ילדים הם קורבנות גם לעברות אלימות שאינה מינית,<sup>93</sup> אולם לפי החוק הישראלי, ילד שנשדד על-ידי זרים, ילד שהוכה, ילד שעבר התעללות ואף חבלה חמורה לא מידי בן משפחתו – יקבל יחס של נפגע עברה רגיל.<sup>94</sup> האם חוויית העדות קלה ופשוטה בעברות הללו לעומת עברות מין, זנות ותועבה?<sup>95</sup> היש בסיס מדעי להבחנה?<sup>96</sup> האומנם תוצאת ההבחנה צריכה להיות כה דרמטית?<sup>97</sup>

לכאורה אין הצדקה להגביל את דאגתנו לעדים ילדים בתיקי עברות מין. מצד אחד, מבחינה חברתית, קוגניטיבית והתפתחותית מדובר תמיד בילדים, בלי קשר לאישומים; מצד אחר,

89 היל והיל כתבו כי כעד או קורבן לניצול, הילד מושלך למערכת שנוצרה עבור מבוגרים. לטענתם, חקירה נגדית עלולה אומנם לייצר חרדה אצל כולם, אולם ילדים אינם מבינים את מטרתה ומגמתה לפגוע באמינותם. כלומר, לכאורה השניים כתבו על שיקול הוכחתי. אולם בהמשך הם הטעימו כי בניין ההבדלים הפסיכולוגיים בין מבוגרים לילדים, אין לכפות את האחרונים לפגוש את הנאשם בבית-המשפט, שכן השלכות המפגש על הילד עלולות להיות חמורות. Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 821–822, 827.

90 לסקירה ראו פוגין "הזכות להישמע", לעיל ה"ש 24, בעמ' 129.

91 ראו, בהתאמה, ס' 192, 428, 402 לחוק העונשין.

92 ראו, בהתאמה, ס' 368, 368ג, 329 לחוק העונשין.

93 Cooper, לעיל ה"ש 37, בעמ' 248.

94 מלשונם המבלבלת משהו של ס' (ו) ו-(ז) לתוספת לחוק הגנת ילדים עולה כי עברות אלימות רבות ואף חמורות אינן נכללות, למעט כאשר החשוד הוא בן משפחה, וגם זאת לא במצב של תאונת-דרכים, מעשה טרור או פגיעת איבה. כלומר, עם כל הכבוד לנפשו של הילד, יהיה עליו להעיד ככל אדם אחר אפילו לגבי רצח וטרור שהוא היה עד להם. גם ס' 2ג לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, שמגן על קטינים באפשרו להם להעיד בבית-המשפט לא בנוכחות הנאשם, אינו עושה כן לגבי חלק ניכר מעברות האלימות.

95 השוו פוגין "הזכות להישמע", לעיל ה"ש 24, בעמ' 130.

96 במדינות שונות בארצות-הברית ההגנה על ילדים מההשפלה ומהנוק הנפשי הכרוכים בעדויות מוענקת גם במקרים של עברות אלימות כלפי הילד. Sophia Rowlands, *Cole's Law Confronts Constitutional Issues: Expanding the Availability of Closed-Circuit Child Testimony in the Face of the Confrontation Clause*, 37 MCGEORGE L. REV. 294, 295–296 (2006).

97 השוו ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 330–331.

החששות הנוגעים בראיונות להוטים מדי עשויים לעלות גם בתיקי רצח, הריגה או חטיפה.<sup>98</sup> היה מי שכתב כי רוב עדויות הילדים בבית-משפט הן בנושא ניצול מיני, ולא בפשעים אחרים, לא משום שהם אינם עדים לפשעים אחרים, אלא פשוט משום שהם אינם עדים אידיאליים.<sup>99</sup> אם זה המצב, אזי ייתכן שנדרש הסדר מיוחד גם בתיקים אחרים, כדי להגן על הילדים, מצד אחד, ולאפשר הגעה לאמת, מצד אחר.

כמובן, גם הזכויות והאינטרסים שכנגד – אלה שיידונו בהמשך המאמר – אינם מספקים הצדקה להבחנה כאמור. האם זכות הנאשם להליך הוגן בתיק שוד חשובה יותר מזכותו להליך הוגן בתיק אונס? האם זכותו להליך הוגן בתיק תקיפה חשובה יותר מזכותו להליך הוגן בתיק מעשה מגונה? האם חשיבות ההגעה לאמת משתנה בהתאם לתיק? קשה מאוד להשיב על שאלות אלה בחיוב.

מבטנו אינו צריך לעצור במשפט הפלילי. גם הליכים אחרים, דוגמת משמורת, קשים מאוד לילדים.<sup>100</sup> למשל, בארצות-הברית מיליוני ילדים עדים משתתפים בהליכים המתנהלים במערכת המשפט מדי שנה – לא רק בפלילים, אלא גם בהליכי גירושים ומשמורת.<sup>101</sup> האם לא ראוי לכונן הסדר מיוחד גם לתיקים כאלה? האם רגישותנו ודאגתנו לילדים עוצרות בעברות מין בפרט או בעברות פליליות בכלל? האם הזכויות ההליכיות של הפרט הנפגע מהעדות חשובות לנו פחות בתיקים אלה? שמא ההגעה לאמת חשובה לנו בהם יותר? קשה מאוד להסביר את ההבדל.

בהנחה שאדם מסוים פגיע במיוחד מבחינה שכלית או רגשית, האין די בכך לשכנענו להגן עליו מפני חוויית העדות מבלי לייצר דיכוטומיה בנוגע לעברות, ואף מבלי להיזקק לשאלת התקשורת הנדרשת עימו? ההנחה שבתיקים מסוימים חוויית העדות קשה יותר בכוח אין פירושה שבתיקים אחרים החוויה אינה קשה כלל. אם נסיף על כך יסוד של פגיעות גדולה, מדוע שלא נבקש להגן על עדים כאלה? באופן דומה, בהנחה שחוויית העדות בתיקים מסוימים כוללת פוטנציאל טראומטי במיוחד, ובהנחה שאנו מסוגלים לאפיין את התיקים שבהם הסכנה לכך גדולה, דוגמת עברות מין ואולי גם עברות אלימות, האין די בכך לשכנענו להגן על אדם מפני חוויית העדות אף בהנחה שאותו אדם לא אופייני כפגיע בגין מאפיין חיצוני כגיל? אכן, חוויית העדות (ולעיתים אף חוויית החקירה המשטרית) של נפגעות עברת מין אופיינה לא פעם כטראומטית וקשה במיוחד. הבעיה קשה ורחבה עד כדי כך שהיא זכתה בכינוי המוכר מאוד "אונס חוזר" או "אונס שני". במקרים של תקיפה מינית חקירה נגדית עלולה להסב נזק נפשי למתלונן, שבעטיו הוא אף עלול לספק עדות לא-מדויקת. שאלות על עבר מיני של מתלוננות בתיקי אונס מסיבות להן מבוכה ואינן תורמות לגילוי האמת.<sup>102</sup> הטראומה של

98 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 939.

99 Livia L. Gilstrap et al., *Child Witnesses: Common Ground and Controversies in the Scientific Community*, 32 WM. MITCHELL L. REV. 59, 61–62 (2005).

100 Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 273–270. קלינאים הבחינו בעלייה בהאשמות-שווא בהקשר של גירושים או שימוע משמורת, ומדעני החברה תיעדו את נסיונותיהם של ילדים לספק את רצונן של דמויות סמכותיות בחקירה. Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 984–983.

101 Thoman, לעיל ה"ש 42, בעמ' 238.

102 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 476.

האונס עלולה לסכן את יכולותיה של העדה לתפוס, לזכור ולהסביר; ובמקרים של טראומה קשה עלולה להיעלם אפילו היכולת לדבר על נושא כה כואב – לפרוטוקול, בחדר מלא זרים – ולהשיב על שאלות. אף אם החקירה הנגדית אינה מכוונת להכעיס את הקורבן, אלא רק לקרוא תיגר על גרסתו, לעיתים קרובות היא כוללת מתקפה מילולית על העד. יש שההגנה מנצלת לרעה דעות קדומות וסטריאוטיפים לגבי מין, ושוזרת בדבריה מינניות (סקסיזם).<sup>103</sup> בתיקי ניצול מיני הסנגוריה עשויה לנסות להסיט את תשומת-הלב של קובעי העובדות מהנאשם למתלוננת, על-ידי חשיפת כל דופי אנושי בה, כדי לחתור תחת מהימנותה. חקר החיים הפרטיים של הקורבן עלול להגדיל את הטרומה.<sup>104</sup> אפילו מבטים ממושכים מצד הנאשם יוצרים סבל גדול לקורבן במצבו הפגיע כל-כך.<sup>105</sup> המחשבה על חקירה נגדית אינטנסיבית שתעבור הקורבן בבית-המשפט הינה מצמררת. באופן כללי, החקירה הנגדית עלולה להזיק לעדים, ואפילו השופט המוכשר ביותר אינו יכול להגן על העדים מכל ההיבטים השליליים של חקירה נגדית קשה, מהחוויה הטרומטית של העדות ומשחזור חוויית הקורבנות. שאלות מסוימות אינן מקדמות את חשיפת האמת, אלא באות רק להביך, לנצל ולפלוש לחיים הפרטיים, עד כדי כך שרבים רואים בחקירה הנגדית כלי לשפיטת הקורבן. פולשנות בחקירה עלולה להסב לקורבן מצוקה פיזית ונפשית, שתימשך גם לאחר המשפט.<sup>106</sup> בריונות כלפי עדים בחקירה הנגדית אינה נחלתם של עדים ילדים בלבד.<sup>107</sup> יש סנגורים הנכונים לקרוע לגזרים מתלוננים ולפגוע בנפשם לטווח ארוך.<sup>108</sup> סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין מצמצם במידת-מה את הקושי האמור, בהסמיכו את בית-המשפט להורות בתיק פלילי של עברת מין או סחר בבני-אדם על מסירת העדות לא בנוכחות הנאשם, אלא בנוכחות סנגורו, וזאת אם הוא סבור כי עדות רגילה עלולה לפגוע במתלונן או לפגום בעדות, ובלבד שיתאפשר לנאשם לצפות בעד, לשמוע אותו ולשמור על קשר עם סנגורו. הסדר זה מידתי הרבה יותר כלפי הנאשם, ומתחשב הרבה פחות בנפגע העברה, שכן הלה צריך עדיין לעבור חקירה נגדית בידי הסנגור. האם העובדה שהוא חצה את גיל ארבע-עשרה תגן על נפשו?

Abbe Smith, *Representing Rapists: The Cruelty of Cross Examination and Other Challenges for a Feminist Criminal Defense Lawyer*, 53 AM. CRIM. L. REV. 255, 279, 282–284, 290 (2016)

William J. Migler, *An Accused Student's Right to Cross-Examination in University Sexual Assault Adjudicatory Proceedings*, 20 CHAP. L. REV. 357, 370–372 (2017)

Hannah R. Norman, *Adult Rape Victims Need Protection Too: The Application of Closed Circuit Television and the Exception from Maryland v. Craig to Adult Rape Victim Testimony*, 55 WASHBURN L.J. 701, 714–716 (2016)

H. Hunter Bruton, *Cross-Examination, College Sexual-Assault Adjudications, and the Opportunity for Tuning Up the "Greatest Legal Engine Ever Invented"*, 27 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 145, 175–177 (2017)

Alanna Clair, *"An Opportunity for Effective Cross-Examination": Limits on the Confrontation Right of the Pro Se Defendant*, 42 U. MICH. J.L. REFORM 719, 744 (2009)

Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 259.

הבעיה אינה נעצרת בפגיעה הנפשית הקשה בנפגעות העברה. אם ידיעת הציבור שילדים אינם צריכים להעיד בבית-המשפט מהווה תמריץ להתלונן במשטרה,<sup>109</sup> סביר מאוד להניח שאילו נפגעי עברת מין בכל גיל לא היו צריכים להעיד, הייתה ידיעת הדבר ממריצה תלונות.<sup>110</sup> אולם מכיוון שהציבור יודע כי המציאות הפוכה, מצטמצם בוודאי הסיכוי להגשת תלונות על-ידי קורבנות;<sup>111</sup> ובאין תלונות אי-אפשר לממש את מטרות הדין המהותי. כאשר תשאול נצלני נהפך לשיטתי, קבוצות אנשים מסרבות לשתף פעולה עם מערכת המשפט; ובלי שיתוף-פעולה לא תוכל מערכת המשפט להעניש ולהרתיע.<sup>112</sup>

מערכת האכיפה צריכה לשנות את תמונת המצב הנוכחית בעניין זה, כדי שהציבור ידע שהיא תפעל להגן על הקורבן לכל אורך ההליך, שאם לא כן יגבר התת-דיווח בסוגיה, שלעיתים מגמתו היא לשים את החוויה מאחור.<sup>113</sup> אם אנו מבקשים להגן על קורבנות מפני חוויית עדות טראומטית ולאפשר בכך גם את הגשמתן של מטרות הדין המהותי, מדוע לא להחיל הסדר דומה גם על אנשים שלא הוגדרו פגיעים לפני היותם קורבנות? האם חוויית הקורבנות לא הפכה אותם לפגיעים מאוד לקראת חוויית העדות הקשה?<sup>114</sup> גם קורבן בגיר לפשע רגיש, פולשני או אלים עלול להיות בסיכון נפשי כמו ילד.<sup>115</sup> האם לא ראוי לייצר דרכים פורמליות כדי להגן גם עליו מפני פוגענותו של ההליך המשפטי? האם זכויות הנאשם בתיק אונס של בגירה גוברות על שמירת הקורבן? ומדוע זכויותיו חשובות יותר מזכויותיו של נאשם בתיק מעשה מגונה בילדה? האם השאיפה להגיע לאמת אינה זהה בכל התיקים? מבט קצר אל מעבר לזכויותיו של נפגע העברה – אל עבר הערכים שכנגד – אינו מספק הצדקה להבחנה הדרמטית.

אם נרחיב עוד את המבט, חשובה לא פחות מההגנה על נפש העד היא ההגנה על חייו. במצבים מסוימים, שניתנים לאפיון, עדות כרוכה בסיכון חיים מוקדם או מאוחר כנקמה על העדות.<sup>116</sup> האם לא ראוי לשאוב מרוח ההסדר ולאפשר קבלת עדות מצולמת גם כדי להתמודד עם סכנות חיים כאלה – למשל, בתיקי פשע מאורגן? העובדה שהעדים בגירים, ובמצבים מסוימים עבריינים בעצמם, אינה גורעת מחובתה של מערכת המשפט – ובוודאי מהאינטרס שלה – לשמור על חייהם ועל עדותם המפלילת.

109 כך כתב מלמד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 454 (הגם שמסופקני עד כמה הציבור מכיר את דיני הראיות, ובוודאי עד כמה הוא מבין את ההסדר המורכב שלפנינו).

110 השוו מירי מדעי "עדות אישית" חוק וצדק – נפגעות ונפגעי תקיפה מינית ומערכת אכיפת החוק 27, 26 (דוח שנתי של איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בישראל, 2007).

111 מחקרים הראו כי החשש מההליך המשפטי בכללותו ומהחקירה הנגרדת בפרט הוא אחת הסיבות המרכזיות לתת-דיווח על תקיפות מיניות. Migler, לעיל ה"ש 104, בעמ' 370, Norman; לעיל ה"ש 105, בעמ' 715.

112 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 175.

113 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 299.

114 לפרויקט חדש בניו-זילנד העוסק בנפגעי עברת מין כעדים פגיעים ראו Leader, לעיל ה"ש 41, בעמ' 327.

115 Clair, לעיל ה"ש 107, בעמ' 742.

116 Liza I. Karsai, *You Can't Give My Name: Rethinking Witness Anonymity in Light of the United States and British Experience*, 79 TENN. L. REV. 29, 30–31 (2011)

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

#### 4. מבט באיזון – הגנה רחבה מדי

סקרתי לעיל מצבים שבהם ההסדר הנבחן אינו מגן על נפגעי עברה, ילדים ואחרים, מפני חוויית העדות הטראומטית. לעומתם קיים סוג של מקרים שבהם ההסדר מספק דווקא הגנה רחבה מדי, במובן זה שהוא מאפשר לקבל אמרה בחקירה מבלי שהדבר מקדם את ההגנה על נפשו של הילד הנפגע. בית-המשפט העליון קיבל בעבר עדויות לפני חוקר ילדים גם כאשר הילדים העידו.<sup>117</sup> לאחרונה עמל השופט עמית לבסס אמרת-אגב שלפיה ניתן לקבל אמרות שנגבו תחת ההסדר מילדים לא רק כאשר הם מתחת גיל ארבע-עשרה ולא העידו, אלא גם כאשר הם העידו,<sup>118</sup> גם כאשר הם התבגרו לאחר הגשת האמרה, ואפילו כאשר הם התבגרו לפני ההגשה.<sup>119</sup> ברי שכאשר אמרתו של הילד מוגשת במקרה שבו הוא גם מעיד בבית-המשפט, הטעם לקבל את האמרה אינו יכול להתקשר להגנת נפשו של הילד.

#### 5. הגנת נפגעי עברה וזכויותיהם – סיכום-ביניים

לעומת בררת-המחדל בדין הישראלי, חוק הגנת ילדים מקנה הגנה כפולה למתלוננים: במישור החקירה, במקום שוטר חוקר – אשר מורגל בעיסוק הקשה והמורכב בפלילים ואולי פיתח קהות רגשית על-מנת להכיל את החוויות והסיפורים ששמע על הכיעור האנושי – הילדים המתלוננים נחקרים על-ידי גורם רגיש יותר, אשר מומחה לא באכיפה פלילית, אלא בהתמודדות עם נפגעי עברה ילדים; ובמישור המשפט, חוקר הילדים מוסמך למנוע את חוויית העדות לגמרי, במגמה לחסוך את השלכותיה הרעות על הילד, אף שהיו שהציעו כי ההסדר עלול דווקא לשלול מהילדים חוויה מעצימה.

הגנת ההסדר הינה תלוית-גיל ותלוית-עברה גם-יחד. מעל גיל ארבע-עשרה החוק אינו מציע הגנה אפילו לנפגעי עברות מין; ובעברות אחרות, לרבות עברות אלימות קשות, החוק אינו מציע הגנה אפילו לילדים. בהקשרים אלה עולה התהייה שמא תכליתו של החוק צרה מדי או שמא יכולתו להשיג את תכליתו צרה מדי. גם מבט קצר בזכויות ובאינטרסים שכנגד אינו מספק מענה לתהיות הללו. לעומת זאת, לפחות בהקשר אחד עולה תהייה הפוכה שמא החוק יוצר הסדר חריג שחל גם הרחק מחוץ לגדרי המטרה של הגנה על נפשם של ילדים נפגעי עברה.

#### ב. הזכות להליך הוגן

117 למשל, עניין מימרן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 285–286; רע"פ 6533/93 בן אברהם נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 698, 700 (1994); עניין מזרחי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 402. סטרשנוב מתח ביקורת על מגמה זו, בהקשותה על השופט באיתור האמת. ראו סטרשנוב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 493.

118 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 321.

119 ע"פ 3204/17 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 33–46 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 24.1.2018).

קשה דרכם של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי. בהנחה שהם חפים, עליהם להתמודד עם חשדות ואישומי-שווא, עם לחצי החקירה והחקורים, עם שיפוטיות חברתית קשה, עם אימת המשפט, עם פגיעה קשה ומוקדמת בזכויות כגון חירות התנועה, פרטיות, שם טוב וכבוד, ועם ביוש מגוון.<sup>120</sup> עליהם למצוא את הכוח הנפשי לעמוד על גרסתם ולהתמודד עם כוחות-נגד חזקים בזירה שבה הם חלשים במיוחד, בקרב שהם מפסידים בו מעצם השתתפותם הכפויה כחשודים וכנאשמים, ובמלחמה שאם יפסידו בה, עלולות להיות לכך השלכות קשות על המשך חייהם. כמובן, גם חשודים ונאשמים שהם אשמים נפגעים בהליך – לפעמים באורח קשה – הרבה לפני הרשעתם (הרצויה), וזאת אף שהמערכת אינה מגדירה פגיעות אלה כעונש.<sup>121</sup> עד כמה המשפט שומר על זכויות חשודים ונאשמים? בפרק הקודם הוארו הפגיעות בנפגעי עברה שההסדר מבקש למנוע, כמו-גם פגיעות שההסדר אינו מונע. פרק זה יציג בקצרה את תמונת המראה – את פגיעת ההסדר בנאשם ובזכותו להליך הוגן.

למונח המורכב "הליך הוגן" יש תחולה כללית, בכל מצב שרשות שלטונית מבקשת לפגוע בזכות פרט, אך עיקר פעולתו היא בהליך הפלילי.<sup>122</sup> אף שהזכות להליך הוגן אינה מנויה בחוקי-היסוד, בשנים האחרונות עלתה קרנה. למשל, בשנת 2007 הוסף לחסד"פ סעיף 149(10), המתיר לנאשם להעלות טענה מקדמית שלפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית",<sup>123</sup> המוכרת יותר כ"הגנה מן הצדק".<sup>124</sup>

הזכות להליך הוגן עשירה בהרבה מטענת ההגנה מן הצדק, והזוכרה רבות בפסיקה. בין היתר היא קושרת לזכות ההיוועצות;<sup>125</sup> לזכות הנאשם לעיין בחומרי חקירה במגמה לאפשר לו הזדמנות אפקטיבית להגן על עצמו;<sup>126</sup> לזכות לעיין בראיות כדי לבקש משפט חוזר;<sup>127</sup> לזכות לתרגום אפקטיבי לשפתו של הנאשם;<sup>128</sup> ואף לזכות לברר את האשמה לגופה, ולא לעצור את הדיון (עקב אי-כשירות לעמוד לדין).<sup>129</sup> הזכות להליך הוגן הועלתה גם כמסגרת אפשרית

- 
- 120 איתן לבונטין "על הסמכות להגביל פרסום שמות חשודים" משפטים ל 249 (1999).
- 121 אסף הרדוף "ההליך הוא הביוש: השיימינג של הפרוצדורה הפלילית" משפט ועסקים כג (צפוי להתפרסם ב-2020).
- 122 אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 863 (2014).
- 123 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007, ס"ח 308.
- 124 ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 77-89 (מהדורה שנייה, 2009).
- 125 רע"פ 8860/12 קוטלאייר נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק-דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 16.1.2014).
- 126 בש"פ 3488/17 ג'רושי נ' מדינת ישראל, פס' 33, 41 להחלטה (פורסם בנבו, 22.6.2017); בש"פ 7585/14 שטרם נ' מדינת ישראל, פס' 9 להחלטה (פורסם בנבו, 18.11.2014); ע"פ 3105/06 זוזיאשווילי נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 2.12.2010).
- 127 בש"פ 713/15 גור אריה נ' מדינת ישראל, פס' 5 להחלטה (פורסם בנבו, 5.2.2015).
- 128 ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק-דינו של השופט דניציגר (פורסם בנבו, 3.11.2010).
- 129 רע"פ 2675/13 מדינת ישראל נ' וחנן, פס' 4 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 3.2.2015).

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

להתמודדות עם הפרת חובתה של הרשות לתעד חקירה,<sup>130</sup> עם פגיעה בזכות ייצוג<sup>131</sup> או כשל בייצוג,<sup>132</sup> עם מחדלי חקירה בכלל<sup>133</sup> ועם אי-בדיקת טענת אליבי בפרט.<sup>134</sup> כן צוינה השפעתה בהליכי הסרת חיסיון,<sup>135</sup> בהליכי הסגרה<sup>136</sup> ואף לגבי שאלת הענישה.<sup>137</sup> באופן מפורסם, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הקימה שני תנאים לפסילת ראייה בהליך פלילי: האחד הוא השגת הראייה לא כדין, והאחר הוא שהגשת הראייה בבית-המשפט תפגע בזכותו של הנאשם להליך הוגן.<sup>138</sup> בית-המשפט העליון ציין כי הזכות להליך הוגן מהווה "זכות כבדת משקל",<sup>139</sup> "זכות חוקתית",<sup>140</sup> "זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם ומן הזכות לחירות",<sup>141</sup> ואף "זכות חוקתית מהמדרגה הראשונה",<sup>142</sup> מ"נשמת אפה של הדמוקרטיה".<sup>143</sup> אכן, אין קושי רב לקשר את הזכות להליך הוגן לזכות לכבוד האדם ולזכות לחירות.<sup>144</sup>

- 130 ע"פ 1361/10 מדינת ישראל נ' זגורי, פס' לו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2.6.2011).
- 131 רע"פ 8058/12 אבו לבן נ' מדינת ישראל, פס' יא להחלטה (פורסם בנבו, 12.11.2012); רע"פ 8094/12 אבו טיר נ' מדינת ישראל, פס' 10 לחוות-דעתו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.1.2014); ע"פ 2950/11 חן נ' מדינת ישראל, פס' 53 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 8.5.2014).
- 132 ע"פ 10153/07 קייסי נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 30.7.2012); עניין אבו טיר, לעיל ה"ש 131, פס' 10 לחוות-דעתו של השופט רובינשטיין; עניין חן, לעיל ה"ש 131, פס' 53 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור.
- 133 ע"פ 5019/09 חליוה נ' מדינת ישראל, פס' 40, 46 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 20.8.2013).
- 134 ע"פ 2099/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 48 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 22.5.2016).
- 135 ע"פ 3676/14 מדינת ישראל נ' פקיה, פס' 8 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 21.8.2014).
- 136 ע"פ 8801/09 מאיו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 25 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 21.9.2010); ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353, פס' 53–56 לפסק-דינו של השופט לוי (2005); ע"פ 7742/15 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 50 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 28.8.2016).
- 137 ע"פ 2994/12 זגורי נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.12.2012).
- 138 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פס' 65–74 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2006); ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פס' 105 לפסק-דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 2.8.2018).
- 139 עע"ם 3908/11 מדינת ישראל הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר, פס' 19 לפסק-דינה של השופטת (בדימ') ארבבל (פורסם בנבו, 22.9.2014).
- 140 דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377, פס' 16 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2012).
- 141 בש"פ 7365/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 9 להחלטה (פורסם בנבו, 11.11.2013).
- 142 בע"ם 9447/16 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה, פס' 12 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 28.2.2017).
- 143 בג"ץ 5277/13 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרות הבטחון הכללי, פס' כג לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.2.2017).
- 144 ברק, לעיל ה"ש 122, בעמ' 868–869; דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קרית המשפט ד 169, 185–187 (2004).

לא למותר לציין שההגינות חשובה לא רק כלפי חשודים ונאשמים שבהמשך יתברר כי הם חפים מפשע, אלא גם כלפי אלה שבהמשך יתברר כי הם אשמים. כפי שהיטיב לכתוב השופט לוי, הזכות להליך הוגן אינה באה רק לטובת הפרט החשוד או הנאשם, אלא היא מראה לכל פרט בציבור "שאם וכאשר יתקיימו נגדו הליכים פליליים, הם יתנהלו באופן ראוי והוגן".<sup>145</sup>

### 1. זכות לחקירה נגדית כחלק מהזכות להליך הוגן

כפי שיוטעם בתת-פרק 4ג, החקירה הנגדית מוכרת בישראל כמכשיר מכריע ביכולת להגיע לאמת. אף שניתן כמובן לתארה כמהלך חשוב בחתירה לאמת, ניתן להמשיגה גם כזכות. פרק זה יביט באפשרות לערוך חקירה נגדית כרכיב בזכות להליך הוגן.<sup>146</sup>

כמו הזכות להליך הוגן, גם הזכות לחקירה נגדית אינה מנויה בחוקי-היסוד אך הוכרה בישראל כזכות דיונית מן המעלה הראשונה.<sup>147</sup> יתר על כן, להבדיל מהזכות להליך הוגן, הזכות לחקירה נגדית מופיעה בחקיקה. סעיף 174 לחסד"פ קובע כי עדותו של עד תחל בחקירתו על-ידי בעל-הדין שקרא לו, המכונה "חקירה ראשית", תימשך בחקירתו על-ידי בעל-הדין שכנגד, המכונה "חקירה נגדית", ותסתיים ב"חקירה חוזרת" על-ידי בעל-הדין שקרא לעד, וכי בכל שלב בית-המשפט רשאי להציג לעד שאלות משלו.<sup>148</sup> ככלל, בעל-דין אינו זכאי לבחור את העדים שיעידו נגדו, ואינו זכאי אפילו שאמרותיהם יוגשו ללא חקירתם מבלי שהעד האחר מסכים לכך. אולם הוא זכאי גם זכאי לחקור את העדים שכנגד או לוותר על חקירתם; הצד האחר ואפילו בית-המשפט אינם רשאים למנוע אותו מלערוך חקירה נגדית לעדי הצד האחר. הסכמה להגשת אמרה בכתב משקפת הסכמה פורמלית של הצדדים לתוכנה, כעולה מסעיף 10ב לפקודת הראיות, וגם הימנעות מחקירה נגדית של עד משקפת הסכמה לתוכנה.<sup>149</sup> שלילת האפשרות של בעל-דין לערוך חקירה נגדית עשויה להביא במצבים מסוימים לידי כך שבית-המשפט ימחק את העדות מהחקירה הראשית ויתעלם ממנה כליל, שכן האפשרות לחקירה נגדית היא "אחד מכללי היסוד, ואולי הכלל היסודי, של דיני הראיות".<sup>150</sup>

כמפורט להלן בפרק ג, החקירה הנגדית הקלסית משקפת מחלוקת עמוקה או נקודתית של בעל-הדין באשר לדברי העד שכנגד, ומאפשרת להציג שאלות קשות ודברי תוכחה במגמה להראות שהעד משקר, טועה, מגזים או מתבלבל. כך נכון באופן כללי, וכך נכון ביתר שאת

145 בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93, פס' 24 לפסק-דינו של השופט לוי (2006) (להלן: עניין מחוזי באר-שבע).

146 אכן, השופט לוי כתב כי הזכות להליך הוגן כוללת, בין היתר, "הגנה על זכותו של הנאשם להציג ראיות לחפותו, להשיג על ראיותיה של התביעה ולחקור את עדיה בחקירה נגדית" (שם).

147 ע"פ 5329/98 דג'אני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 280, 273 (2003).

148 החסד"פ מוסיף, בס' 161, כי אם יבחר הנאשם להעיד כעד הגנה, הוא יהיה חשוף לחקירה נגדית, בכפוף למגבלות מסוימות, כעולה מס' 163 לחסד"פ. ס' 10א לפקודת הראיות מכיר במתן ההזדמנות לצדדים לחקור עד במשפט כתנאי להגשת אמרתו.

149 השו" John G. Douglass, *Beyond Admissibility: Real Confrontation, Virtual Cross-Examination, and the Right to Confront Hearsay*, 67 GEO. WASH. L. REV. 191, 241 (1999).

150 ע"פ 102/62 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1205, 1207 (1962). ראו גם ע"פ 631/76 אביטן נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 527 (1977).



לגבי הנאשם. פער הכוחות בין הנאשם לבין הרשויות ידוע ומוכר היטב, וכמוהו גם המגמה לאזנו בהקשרים שונים.<sup>151</sup> למשל, כתב האישום משקף כוח גדול של התביעה. היא שאחראית לניסוחו, על-סמך תפיסה שהראיות המפלילות משקפות את האמת. הנאשם זכאי להעלות טענות מקדמיות מגוונות בנוגע לכתב האישום, כעולה מסעיף 149 לחסד"פ, אולם אף לא אחת מהן היא שהנרטיב המיוחס לו שקרי או שגוי. במשפט ההוכחות התביעה בוחרת את עדיה, את סדר העדויות המפלילות ואת אופן הצגתן. להבדיל מהכפירה, שאינה מטילה את חיציה בעד תביעה כזה או אחר, ולפני שלב הסיכומים, ההזדמנות העיקרית ואולי אף היחידה של הנאשם לתקוף גרסאות על-שום היותן שקריות, שגויות, מוגזמות וכדומה היא במסגרת החקירה הנגדית. החקירה הנגדית אינה רק אפשרות יקרת-ערך לנאשם להשפיע על התשתית העובדתית; היא חלק מהותי מחופש הביטוי של ההגנה, ונותנת פה לנאשם. פה זה אינו רק ביטוי-נגד לביטויים שמקימים את התשתית העובדתית להרשעתו, אלא גם הזדמנות יחידה לדבר ישירות עם עדי התביעה ולתקוף את גרסתם לא מאחורי גבם, בסיכומים, אלא מולם ממש, בעודם מגוללים את גרסתם בבית-המשפט. הזכות לחקירה נגדית כחלק מזכות ההשתתפות של הנאשם מקנה לו נרטיב משלו ומעט שליטה בהליך, בדומה לסיכומים.<sup>152</sup> בלי החקירה הנגדית, העובדות נוצרות ונתפרות מחוץ למשפט, על-ידי חוקרים ועדים מוכנים היטב. החקירה הנגדית מזכירה לקובעי העובדות שיש שני צדדים לכל סיפור, ושאינן רצף מושלם בין האירוע לבין סיפורו. כאשר הנאשם מתעמת עם מאשימו, קובע העובדות צריך להתעמת עם העובדה שהחלטתו תשפיע הן על המאשים והן על הנאשם.<sup>153</sup>

החקירה הנגדית ניתנת לתיאור גם כחלק מזכות העימות,<sup>154</sup> שהיא חלק חיוני בזכות ההשתתפות של אדם במשפט.<sup>155</sup> הזכות לעימות ותיקה מאוד, עם יסודות במשפט הרומי ובמשפט היהודי, בהתקשר לזכות הנאשם לפגוש את מאשימו.<sup>156</sup> הגבלת החקירה הנגדית פוגעת מאוד בזכות העימות.<sup>157</sup> חקירה נגדית משקפת עמידה לימין הנאשם, ושום גורם אינו יכול לעמוד במשימה זו כמו הסנגור.<sup>158</sup> זכות העימות מתחברת לחזקת החפות ולהגינות ההליך,<sup>159</sup> בעיקר בהינתן האסימטריה במשאבים בין הצדדים, וכן לנוכח הרצון בלגיטימציה

151 למשל, עניין רוזנשטיין, לעיל ה"ש 136, פס' 53 לפסק-דינו של השופט לוי.

152 Douglass, לעיל ה"ש 149, בעמ' 253.

153 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 173–174.

154 Alex Stein, *Constitutional Evidence Law*, 61 VAND. L. REV. 65, 72–73 (2008).

155 אליהו הרנון "הכלל הפוסל עדות שמיעה – מה מקומו במשפט הישראלי?" משפטים 73, 85–86 (1975) (להלן: הרנון "הכלל הפוסל"); דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות 205 (2008) (להלן: מנשה קבילות ראיות).

156 Rowlands, לעיל ה"ש 96, בעמ' 294; Gray, לעיל ה"ש 77, בעמ' 131.

157 נינה זלצמן "גביה מוקדמת של עדות, אימרה בכתב והחקירה שכנגד בהליך פלילי" עיוני משפט ח 584, 587–588, 597 (1982) (להלן: זלצמן "גבייה מוקדמת").

158 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 954.

159 Rowlands, לעיל ה"ש 96, בעמ' 302.

חוקתית.<sup>160</sup> אחת ממטרות הליטיגציה היא להבטיח שנאשם יקבל יחס הוגן מהממשלה, בהינתן שלתיוג כפושע יש השלכות אדירות – משפטיות וחברתיות.<sup>161</sup> במדינות רבות הזכות לעימות נושאת אופי חוקתי פורמלי.<sup>162</sup> לזכות לעימות יש מקום חשוב בהיסטוריה המשפטית האמריקאית.<sup>163</sup> התיקון השישי לחוקה האמריקאית קובע ב"פסקת העימות" כי בכל העמדה לדין פלילי הנאשם זכאי להתעמת עם העדים נגדו.<sup>164</sup> פסקת העימות מקנה לנאשם זכות לנכוח במשפט, מאפשרת לו לדרוש מהעדים להעיד בנוכחותו, מעניקה לו זכות לערוך חקירה נגדית לעדים המעידים נגדו, מגבילה את השימוש בעדות-שמועה, ולבסוף מגבילה את השימוש בהודאות של נאשם במשותף נגד נאשם אחר. הנאשם צריך לנכוח פיזית בבית-המשפט במהלך העדויות נגדו; כאשר מדובר בעדות חיה, היא צריכה להינתן בנוכחותו.<sup>165</sup> התיקון השישי נתפס כמגן על זכות הנאשם להזדמנות שלמה והוגנת לבחון את הראיות, ובית-המשפט העליון האמריקאי – שתיאר את החקירה הנגדית כ"מטרה העיקרית והמהותית של העימות"<sup>166</sup> – מקפיד בהגנה על זכות העימות והחקירה הנגדית, ומוודא שהיא תכלול עד בדוכן העדים אשר מעיד תחת שבועה ומגיב על השאלות בצורה עניינית.<sup>167</sup> לפיכך ניכרת זהירות בהטלת מגבלות על החקירה הנגדית.<sup>168</sup> בעוד הזכות לעימות חלה לגבי המשפט הפלילי בלבד,<sup>169</sup> הזכות לחקירה נגדית מובטחת בכל הליך, פלילי ואזרחי, כהיבט של הליך הוגן.<sup>170</sup> אכן, בתי-משפט במדינות רבות ציינו כי הזכות לעימות היא רכיב חיוני בזכות ההליך הוגן.<sup>171</sup> באנגליה הזכות לעימות עם עדים אינה חוקתית, אך יש לה מסורת עתיקה במשפט המקובל, והיא קשורה לכלל נגד קבלת עדות-שמועה.<sup>172</sup> סעיף 6(3) לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם מקנה לכל נאשם זכויות מינימליות, ביניהן הזכות לחקור את העדים נגדו.<sup>173</sup> ניתן אפילו לתפוס את שלילת החקירה הנגדית כעניין שעיקרו פגיעה בזכויות

- Bruton 160, לעיל ה"ש 106, בעמ' 171–172.  
 161 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 472.  
 162 Rowlands, לעיל ה"ש 96, בעמ' 297–296.  
 163 Cathleen J. Cinella, *Compromising the Sixth Amendment Right to Confrontation—United States v. Gigante*, 32 SUFFOLK U. L. REV. 135, 138 (1998).  
 164 Randall L. Hagen, *Maryland's U.S. CONST. amend. VI להיסטוריה של פסקת העימות ראו* Child Abuse Testimony Statute: Is Protecting the Child Witness Constitutional?, 49 MD. L. REV. 463, 464–466 (1990).  
 Robert Kry, *Forfeiture and Cross-Examination*, 13 CN REV. 463, 464–466 (1990).  
 LEWIS & CLARK L. REV. 577, 578 (2009).  
 165 Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1005–1006, Cinella; לעיל ה"ש 163, בעמ' 135.  
 166 Delaware v. Van Arsdall, 475 U.S. 673, 678 (1986).  
 167 Clair, לעיל ה"ש 107, בעמ' 726–728.  
 168 Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 830.  
 169 Penny J. White, "He Said," "She Said," and Issues of Life and Death: The Right to Confrontation at Capital Sentencing Proceedings, 19 REGENT U. L. REV. 387, 395 (2007).  
 170 John Nivala, *Fair Process and Fair Play: Professionally*; Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1025; Responsible Cross-Examination, 14 WIDENER L. REV. 449, 449 (2009).  
 171 Gray, לעיל ה"ש 77, בעמ' 155.  
 172 Karsai, לעיל ה"ש 116, בעמ' 70.  
 173 Roger W. Kirst, *Hearsay and the Right of Confrontation in the European Court of Human Rights*, 21 QUINNIPIAC L. REV. 777, 777–778 (2003).

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

כערך דיוני עצמאי,<sup>174</sup> שהרי ניתן לתאר את החקירה הנגדית כזכות-יסוד,<sup>175</sup> "מזכויות היסוד החשובות ביותר של הנאשם במשפט פלילי".<sup>176</sup>

כמו זכויות דיוניות אחרות, הזכות לעימות והזכות לחקירה נגדית אינן מוחלטות, אפילו במשטרים שבהם הן נושאות אופי חוקתי.<sup>177</sup> כמו זכויות דיוניות ומהותיות אחרות שמנוצלות לרעה,<sup>178</sup> גם הזכות לחקירה נגדית מנוצלת לרעה במקרים רבים,<sup>179</sup> במגמה לא לתת לעד הזדמנות להסביר את גרסתו, אלא למוטט אותה ואגב כך לעיתים גם אות,<sup>180</sup> ולעיתים גם להלך אימים על הקורבן ולפגוע בו, וכל זאת בשאיפה להסיט את בית-המשפט מהאמת.<sup>181</sup> חקירה נגדית עשויה ללחוץ לשינוי העדות, לעיתים תוך שימוש בשאלות מטעות, במשוב שלילי ובשאלות שליליות כפולות או משולשות, כדי להוביל לבלבול, לעיוות זיכרון או להסכמה מאולצת של העד.<sup>182</sup>

לעומת זאת, מי שמסכים כי גם חפים עומדים לדין מפעם לפעם סביר שיסכים כי החקירה הנגדית היא שופר הגנה חיוני לזעקה אותנטית נגד הפללה שקרית, שגויה או מוקצנת. היו שגרסו כי אין זה סביר להציב גבול אתי לחקירת עורך-דין רק בגין הסיכון לטראומה חוזרת של העד, משום שגבול כאמור פירושו נטישת התפקיד העומתי (האדוורסרי); ההליך כולו עלול לייצר טראומה חוזרת לעד, ולמרבה הצער טראומה הינה חלק מובנה במשפט.<sup>183</sup> כאשר המפליל אינו מגיע לבית-המשפט להעיד אך גרסתו בחקירה דווקא מגיעה, בלי אפשרות לחוקרו, ומהווה בהמשך את הבסיס העיקרי והכמעט-יחיד להרשעה,<sup>184</sup> הפגיעה בנאשם קשה. מובן מאליו שחפים שנאשמו בפשע חמור ראויים להגנה,<sup>185</sup> אך הפגיעה קשה גם בנאשמים אשר אשמים באופן חלקי או אף לגמרי.

174 אלכס שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית-המשפט העליון" **משפטים** כא 325, 328, 340–341 (1992) (להלן: שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א").

175 אליהו הרנון "היש מקום למהפכה בדיני הראיות?" **משפטים** יב 575, 580 (1982) (להלן: הרנון "היש מקום למהפכה?").

176 ע"פ 414/71 סלטון נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 346, 351 (1973).

177 Clair, לעיל ה"ש 107, בעמ' 719; Rowlands, לעיל ה"ש 96, בעמ' 295; Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1007; Cinella, לעיל ה"ש 163, בעמ' 142, 136.

178 Stein, לעיל ה"ש 154, בעמ' 72.

179 זלצמן "גבייה מוקדמת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 588.

180 מרכזי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" **משפטים** יז 475, 476–475 (1987). ראו גם ע"פ 7915/15 גדבאן נ' מדינת ישראל, פס" 6, 13 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 9.7.2017).

181 גם הסדרים אחרים אינם מונעים קו פעולה כזה מהסנגוריה. לדוגמה, בקשת נאשם לעיין ב"חומר חקירה" עשויה לפגוע בפרטיותה של המתלוננת. ראו בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פ"ד סו(3) 442, פס" 15 להחלטה (2014).

182 Migler, לעיל ה"ש 104, בעמ' 369.

183 התרופה לחשש שהוצעה הייתה לא לאסור תשואול, אלא לשנות מיקום – למשל, לקיימו במעגל סגור. Jules Epstein, *Ruminations on an Ethical Issue When Examining the Child Witness: Zealous Advocacy or Destroying Evidence*, 19 WIDENER L. REV. 165, 172 (2013).

184 Dunn, לעיל ה"ש 67, בעמ' 204; Anderson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 2118; Myers, *Taint Hearings*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 876; Carlton, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1470.

185 Myers, *Taint Hearings*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 944.

בהקשר זה נכתב כי הגנת הילד, שהיא מטרה ראויה וחשובה, אינה צריכה לבוא על-חשבון הזכויות החוקתיות של נאשמים, במיוחד כאשר הם נאשמים בפשעים אכזריים במיוחד.<sup>186</sup> היה מי שגרס כי לעימות הפיזי יש ערך, וכי הליכי-מגן פוגעים בזכות הנאשם ומעודדים הרשעות-שווא; כי ההגנה אינה רוצה בהכרח להפחיד את הילד, משום שהפחדה כזו עלולה לשרת את התביעה; כי יש להגנה אינטרס שהילד העד יראה ללא טראומה בחוויית העדות; וכי אם הנאשם חף, אזי יש ערך רב בכך שהמושבעים יראו כיצד הילד העד מתייחס אליו.<sup>187</sup> מי שמסוגל לדמיין אדם יקר לליבו, חף מפשע, שניצב בסיכון להרשעה בלי אפשרות לערוך חקירה נגדית לעד המפליל, עשוי להיות ביקורתי יותר כלפי ההסדר.<sup>188</sup> כלומר, תמיכה בהסדר מתכתבת עם תפיסה רחבה יותר בדבר נטייתנו לרצות להגשים את האינטרס הציבורי ולהזדהות עם קורבנות אל מול הקושי שלנו לדמיין את עצמנו בנעליו של חשוד חף.<sup>189</sup> חמלה היא מפתח לרגישות ולהבנה, גם כאשר מדובר בנאשמים.<sup>190</sup>

## 2. פגיעות בחקירה הנגדית – ייחוד ההסדר לעומת הסדרים פוגעניים אחרים

קשת הפגיעה בזכות לחקירה נגדית רחבה יחסית. היא חורגת מההסדר הנבחן, ועולה בהקשרים מגוונים, שחשוב להזכירם כדי להציב את ההסדר הנדון במסגרת רחבה. פגיעה מתונה ולא-נדירה היא הגבלת החקירה הנגדית. הואיל והחוק אינו יוצר סטנדרטים לחקירה נגדית, והואיל וחקירות נגדיות מסוימות מתארכות מאוד, והואיל וזמנו של בית-המשפט וסבלנותו מוגבלים, הוא עשוי להגביל את החקירה הנגדית, ברמזים או במפורש.<sup>191</sup> פגיעה שהיא אולי קשה יותר בחקירה הנגדית היא כאשר העד הנחקר נהנה מחיסיון מסוים, שמאפשר לו לא להשיב על שאלות רלוונטיות וחשובות, מה שפוגם בהכרח באפקטיביות של החקירה הנגדית.<sup>192</sup> גם שמירה על האנונימיות של העד עשויה לפגוע כאמור<sup>193</sup> – למשל, כאשר ההגנה מנועה מלחשוף את העבר הפלילי של עד התביעה.<sup>194</sup> פגיעה נוספת נוגעת

186 Grearson, לעיל ה"ש 53, בעמ' 498.

187 Montoya, *Shielding Child Witnesses*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 348–349.

188 השו"ש טיי"ן "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174, בעמ' 342–343. כמוכן, לא תמיד החקירה הנגדית מעלה את הסיכוי לזיכוי; לעיתים היא עשויה דווקא לשכנע את בית-המשפט באשמת הנאשם.

189 אלכס שטיין "הצעת החוק בדבר החלפת סעיף 10א לפקודת הראיות" מחקרי משפט י 157, 162 (1993) (להלן: שטיין "החלפת סעיף 10א").

190 Smith, לעיל ה"ש 103, בעמ' 266, 291–293.

191 עניין סלטון, לעיל ה"ש 176, בעמ' 352, 354–357; עניין דגיאני, לעיל ה"ש 147, בעמ' 280–283; ע"פ 5518/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 21.6.2018).

192 שטיין "החלפת סעיף 10א", לעיל ה"ש 189, בעמ' 175, Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 958.

193 Karsai, לעיל ה"ש 116, בעמ' 33, 37.

194 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 957.

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

בהכנה: ניתן לסבור כי חקירה נגדית נפגעת כאשר מונעים מן ההגנה גישה לחומרי חקירה,<sup>195</sup> מה שעשוי לקרות גם בהקשר של חקירת ילדים.<sup>196</sup>

פגיעה קשה אחרת בחקירה הנגדית עולה מהאפשרות להגיש אמרות עד מחוץ לבית-המשפט חרף סירובו להשיב או סירובו להשיב לעניין, דוגמת העד שאינו רק "עוין" מבחינה פורמלית,<sup>197</sup> אלא עוין בצורת שתיקה ("העד השותק") או פטפט-סרק ("העד המקשקש")<sup>198</sup> או בטענה שאינו זוכר.<sup>199</sup> עד כזה מגיע לבית-המשפט וניתן להציב לו שאלות ולהטיח בפניו שהוא משקר או טועה, אלא שבחירתו לא להשיב לעניין או לא להשיב כלל נוטלת חלק גדול מהעוקץ של החקירה הנגדית, ואולי את העוקץ כולו.<sup>200</sup>

לבסוף, הפגיעה הקשה ביותר בחקירה הנגדית היא שלילתה המוחלטת, כפי שקורה, למשל, כאשר העד אינו זמין. זאת, לדוגמה, משום שהוא ברח בגין הפעלת אמצעי פסול נגדו, כעולה מסעיף 10א(ב) לפקודת הראיות, או להבדיל – משום שהוא מת כתוצאה מעברת אלימות, כעולה מסעיף 10. הפגיעה כביכול מוצדקת בגין אשמה המיוחסת לנאשם (או למכריו), שכן מעשיו הם שהובילו לכאורה למניעת העדות.<sup>201</sup> בהעדר חלופה מציאותית, עדות-השמועה נהפכת לראיה הטובה ביותר שקיימת.<sup>202</sup> זאת, אף שלגבי עדות-שמועה אין לנאשם זכות אמיתית לחקירה נגדית.<sup>203</sup>

בענייננו, עד התביעה חי וזמין, וסביר מאוד להניח שהוא לא יהיה עד עוין לתביעה.<sup>204</sup> הימנעותו מלהעיד ולהגן על גרסתו אינה כורח המציאות, אלא צעד שנובע מערך מתנגש – שְׁלום נפשו של העד. ההגנה נותרת עם הכלי המשני: האפשרות לחקור בחקירה נגדית רק את אלה ששמעו את עדותו, לרבות – ובעיקר – חוקר הילדים. הכלי המשני אינו חסר ערך, וההגנה יכולה לנסות להאיר באמצעותו חורים בגרסת הילד, ובעיקר ליקויים בעבודתו של חוקר

- 
- 195 Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1034–1036.
- 196 ת"פ (מחוזי י-ם) 31257-06-13 מדינת ישראל נ' ד', 1, 72–85 (פורסם בנבו, 29.3.2018).
- 197 זלצמן "גבייה מוקדמת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 613–614.
- 198 ע"פ 722/85 מדינת ישראל נ' אשכנזי, פ"ד מ(2) 361 (1986); ע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 221 (1991); דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661 (1991).
- 199 Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1035.
- 200 זלצמן "גבייה מוקדמת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 616; נינה זלצמן "אמרה בכתב לפי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש] – שיקולי מדיניות משפטית מנחים בפירוש ההוראה" משפטים כא 353, 360–362 (1992). ראו גם Douglass, לעיל ה"ש 149, בעמ' 242.
- 201 שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174, בעמ' 336; שטיין "החלפת סעיף 10א", לעיל ה"ש 189, בעמ' 178. ראו גם ע"פ 648/87 סבן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 669 (1988). בהקשר של ילדים ראו Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 264; Clair, לעיל ה"ש 107, בעמ' 734; Thomas D. Lyon & Julia A. Dente, *Child Witnesses and the Confrontation Clause*, 102 J. CRIM. L. & CRIMINOL. 1181, 1192, 1227 (2012).
- 202 שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174, בעמ' 329. עדות-השמועה תידון בהרחבה להלן בפרק ג.
- 203 Douglass, לעיל ה"ש 149, בעמ' 242.
- 204 השוו ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 301. על המתאם השלילי בין זמינות העד לבין קבלת עדות-שמועה ראו Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1045, 1052. בהקשר של ילדים ראו Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 965.

הילדים.<sup>205</sup> אולם מדובר בכל-זאת בכלי עימות חלש יחסית, מהסיבה הפשוטה שחוקר הילדים אינו יכול להגן על תוכן עדותו של הילד, ולפיכך גם אינו צריך לעשות כן. זו המשמעות הטיפוסית של עדות-שמועה, כמודגש להלן בפרק ג.

לבד מההשלכות על האפשרות להגיע לאמת, מדובר בפגיעה קשה בזכות להתגונן. הנאשם אינו יכול להביט בפני מאשימו (אלא רק בצילומי עדותו), ובא-כוחו אינו יכול לבקר את גרסתו ולדרוש ממנו הסברים. אומנם, כעולה מסעיף 10 לחוק הגנת ילדים, הנאשם או התובע רשאים לדרוש – והשופט רשאי לצוות – שחוקר הילדים יחקור את הילד חקירה נוספת ויציג לו שאלות מסוימות. אולם הסעיף מסמיך את חוקר הילדים לסרב להציג לילד שאלות שעלולות לגרום לו נזק נפשי. לבד מכך, כמודגש בהמשך, אין בהצגת שאלות באופן זה משום ביטוי אמיתי לזכות הנאשם להתעמת עם הגרסה המפלילה, בין שהנאשם אשם ובין שהוא חף. דרישת הסיוע לדאיה מפלילה כזו (שתידון בהמשך), אף אם היא מפצה את הנאשם על הפגיעה בהגינות ההליך (ולא למותר להזכיר שלנאשם אין אפשרות לוותר על דרישת הסיוע בתמורה לחקירה נגדית), אינה מאפשרת משהו הדומה לחקירה נגדית.

יודגש כי עסקינן במצב שבו לא הנאשם הוא שמנע את חקירתו הנגדית של העד, ומשכך היה מי שהציע כי הפגיעה בזכותו של הנאשם להתגונן הינה קשה ובלתי-מוצדקת – סיכון לא-מקרי אשר הטלתו על הנאשם נוגדת את עקרון השוויון לפני החוק ואת עקרון ההגנה על חפים מפשע.<sup>206</sup> מבחינה ציבורית ותדמיתית היו שהציעו כי ככל שהחריגות לרעת הנאשם מתרבות, עלולה לעלות התהייה למה לטרוח בכלל לקיים משפט.<sup>207</sup> תחושת הנאשם בדבר ההגינות והצדק נפגעת בהכרח, סביבתו חולקת עימו תחושה זו, ומראית פני הצדק נפגעת.<sup>208</sup> הבעיה מחריפה בהינתן שמדובר בתיקים בדלתיים סגורות שיש לגביהם איסור פרסום,<sup>209</sup> שכן במצב זה גם יכולת הבקרה הציבורית נעלמת: הפומביות היא בקרה חזקה על המשטרה, התביעה ובית-המשפט,<sup>210</sup> ולנאשם עשוי להיות עניין אמיתי בה.<sup>211</sup>

### ג. הגעה לאמת העובדתית

#### 1. מבוא: מקבילות למשקל – עדות-שמועה, עדות-סברה וההגעה לאמת

205 Myers, *Taint Hearings*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 944.  
 206 שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174, בעמ' 335; שטיין "החלפת סעיף 10א", לעיל ה"ש 189, בעמ' 163, 168.  
 207 Leader, לעיל ה"ש 41, בעמ' 327.  
 208 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 308.  
 209 ראו ס' 352 לחוק העונשין; ס' 68(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.  
 210 ראו לבונטין, לעיל ה"ש 120, בעמ' 251, 289; בש"פ 5759/04 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 658, פס' 4 לפסק-הדין (2004).  
 211 ראו Gerhard O.W. Mueller, *Problems Posed by Publicity to Crime and Criminal Proceedings*, 110 U. PA. L. REV. 1, 10-11 (1961); Sadiq Reza, *Privacy and the Criminal Arrestee or Suspect: in Search of a Right, in Need of a Rule*, 64 MD. L. REV. 755, 805-807 (2005).

סבוכה דרכה של מערכת המשפט אל האמת העובדתית. כך, מלאכתם של חוקרי המשטרה מורכבת ביותר: לזהות שקר ואמת, דיוק ושגגה; לכבד את הפרטים שלפניה גם כאשר היא חושדת בהם וגם כאשר היא מפקפקת בדבריהם; ולייצר תשתית ראייתית חזקה להמשך הדרך. מאוחר יותר בית המשפט אמור לזהות את האמת מתצרף של ראיות, אשר מחלקן הוא יכול להתרשם במישרין אך מחלקן לא, מה שמסבך עוד יותר מלאכה קשה ממילא.<sup>212</sup> במשפט הפלילי, ולא רק בו, לצדדים להליך יש אינטרסים חזקים, שאינם חופפים את ההגעה לאמת, ולעיתים אף מתנגשים בה. אף שלעיתים צד מסוים מבקש לקדם את הסיכוי להגעה לאמת העובדתית, סביר שהצד שכנגד רואה תמונה שונה. גם לעדים יש אינטרסים ותפיסות משלהם בתיאור חלקם באירוע מושא המחלוקת. עד כמה המשפט מקדם את ההגעה לאמת העובדתית ומאפשר לדלג מעל כל המכשולים שבדרך? עד כה הבטתי בהסדר במסגרת שיח זכויות ואינטרסים – תחילה של נפגעי העברה, ובהמשך של הנאשמים. פרק זה יבחן עד כמה ההסדר מקדם את ההגעה לאמת העובדתית, לאמת כהווייתה.

אין חולק על חשיבותה של ההגעה השיפוטית לאמת העובדתית. ניתן לתפוס את האמת העובדתית כאידיאל משפטי העומד על רגליו,<sup>213</sup> ככלי הכרחי להשגת צדק<sup>214</sup> ולמימוש מטרתיו של הדין המהותי,<sup>215</sup> או למצער ככלי אפשרי אחד לסיום תיקים.<sup>216</sup> מאידך גיסא, האמת אינה חזות הכל. בהקשרים מגוונים המשפט מוכן לצמצם את הסיכוי להגיע לאמת העובדתית כדי להגן על ערכים ולקדםם,<sup>217</sup> מצד אחד, וכדי להתייעל,<sup>218</sup> מצד

212 ראו סטרשנוב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 486. השופטת בן-עתו כתבה: "כשלעצמי אני תמיד מרגישה שלא בנוח כשעלי לשקול מהימנות של עד – ובדרך כלל מדובר בעד עיקרי במשפט מסוג זה – מבלי שניתנה לי הזדמנות לראות אותו ולשמוע אותו ולהתרשם מהתנהגותו ומבלי שניתנה לסניגור אפשרות לחקירת שתי וערב". ראו ע"פ (מחוזי ת"א) 906/80 (לא פורסם), כמצוטט אצל הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 165.

213 מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" מחקרי משפט יד 269, 271–272 (1998).

214 מנשה קבילות ראיות, לעיל ה"ש 155, בעמ' 21.

215 אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" משפט וממשל כ 141, 142, 144, 184–186 (2019).

216 ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446, פס' 1–6 לפסק-דינו של השופט גולדברג, פס' א–ב לפסק-דינו של השופט אלון (1988).

217 כך בסוגיות של פסילת ראיות: Rohith V. Srinivas, *The Exclusionary Rule as Fourth Amendment Judicial Review*, 49 AM. CRIM. L. REV. 179, 224 (2012). כך בסוגיות של כשרות עדים, כמו בעניינינו ובעדויות במשפחה: Patricia A. Boies, Note, *Husband-Wife Testimonial*, 59 B.U.L. REV. 894, 905–907 (1979); אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273, 284–350 (2007). וכך גם בנוגע לחסיונות: Paul W. Grimm et al., *Discovery About Discovery: Does the Attorney-Client Privilege Protect All Attorney-Client Communications Relating to the Preservation of Potentially Relevant Information?*, 37 U. BALT. L. REV. 413, 418 (2008); יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247, 263–270 (בועז סנג'ור עורך, 2007); אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך-דין וירטואלי" משפט ועסקים יט 305, 311–313 (2015).

אחר. לנוכח הנקודתיות של המשפט, ולנוכח מגבלות דיוניות, ראייתיות ואחרות,<sup>219</sup> מערכת המשפט מכירה בכך שהממצא העובדתי שהפיקה עשוי לא לתאום את המציאות, ולפיכך מכנה אותו "אמת משפטית".<sup>220</sup> "אמת" היא מונח חמקמק, והמשפט אינו יכול לשחזר את העבר, אלא חייב להתפשר על גרסה לא-מושלמת שלו.<sup>221</sup> עם זאת, השאיפה להגיע לאמת שרירה וקיימת.

פסילת ראיות עשויה לקדם את האמת או להסיגה. "פסילה ערכית" נוטה להסיגה: ראיות שהושגו לא כדין, דוגמת האזנת-סתר פרטית או צילום אדם ברשות היחיד ללא הסכמתו, עשויות להיפסל, וזאת כדי להגן על ערכים.<sup>222</sup> להבדיל, "פסילה הוכחתית" מבקשת לקדם את האמת ולשמור עליה: ראיות מסוגים מסוימים נפסלות לשימוש בבית-המשפט בגין החשש שיסיטו אותו מהאמת, מצד אחד, ובגין החשש מאפקט "משחד" שמלווה סוגים מסוימים של ראיות, אפקט חזק שקשה מאוד לסתור, מצד אחר. כך, דיני הראיות מונעים קבלת סוגים מסוימים של ראיות ממקורות מפוקפקים.<sup>223</sup> לדוגמה, ראייה שלא צלחה את רף הראייה המדעית נפסלת לא בגין היותה מופרכת לחלוטין, אלא בגין תוקפה הבלתי-מספק.<sup>224</sup> חשוב לזוהר שטיבה המדויק של הפסילה ההוכחתית הוא שאין היא סובבת רק סביב חולשתה של הראייה, אלא גם סביב מוגבלותו של השופט בהתמודדות עם החולשה. חולשתה של הראייה אינה מסבירה מדוע היא נפסלת לגמרי, להבדיל מהערכתה במישור המשקל; לא חולשתה היא ההסבר, אלא דווקא כוחה ה"משחד" והאפשרות המציאותית שבית-המשפט, חרף הבנת הבעיה באופן כללי, ייתן לראייה שלפניו משקל גבוה מזה הראוי לה.<sup>225</sup>

באופן דומה, עדות-שמועה נפסלת ככלל לא משום שעדויות-שמועה הן כזב בהכרח, ולא בגין העדר משקל,<sup>226</sup> אלא דווקא לנוכח החשש מהטיה שיפוטית חזקה מדי לגבי עדויות-

218 לדוגמה, הודאת נאשם בבית-המשפט מסיימת את התיק בהרשעה, אף שבית-המשפט זיהה קושי בכך. ראו ע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 169 (1983).

219 חיים כהן "דין אמת לאמתו" ספר חיים כהן 309, 315–365 (אהרן ברק ורות גביוון עורכים, 2001); נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263, 264–266 (2000) (להלן: זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית"); Doron Menashe, *Is Judicial Proof of Facts a Form of Scientific Explanation? A Preliminary Investigation of 'Clinical' Legal Method*, 12 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 32, 39–48 (2008).

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

221 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 173.

222 זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית", לעיל ה"ש 219, בעמ' 269.

223 Aviva A. Orenstein, *Children as Witnesses: A Symposium on Child Competence and the Accused's Right to Confront Child Witnesses*, 82 IND. L.J. 909, 909 (2007).

224 DONALD E. SHELTON, *FORENSIC SCIENCE EVIDENCE—CAN THE LAW KEEP UP WITH SCIENCE?* 165 (2012); אסף הרדוף "מדעי ההסכמה: שילוב בדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי" הפרקליט נד 125, 156–157 (2016).

225 שם, בעמ' 157–159.

226 שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174, בעמ' 327. שטיין אף גרס כי השימוש במונח "פסילה" מטעה, והבהיר כי הכלל שעניינו עדות-שמועה סובב סביב זכויות (שם, בעמ' 328). זלצמן, לעומת זאת, הבהירה כי עדות-שמועה נפסלת לא בגין פגיעה בזכות, אלא בשל



הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

שמועה מסוימות,<sup>227</sup> מצד אחד, ובגין פקפוק של מערכת המשפט ביכולת השיפוטית לעמוד על אמינותה, מצד אחר,<sup>228</sup> בין היתר לנוכח העדר האפשרות לחקירה נגדית אפקטיבית, מה שמותיר את השמועה בשיא כוחה.<sup>229</sup>

החוק אינו מגדיר עדות-שמועה, אך ניתן לתופסה כראיה שאין גורם זמין שיכול ומוכן להגן על תוכנה: לפרש, להוסיף, לגרוע, לתקן, לחדד ולהתעקש. במובן מטפורי, עדות-שמועה היא ציור של המציאות הנטענת, להבדיל מצילום, כשהצייר אינו זמין, אינו מסוגל או אינו מוכן להגן על תוכנה ולהסבירו. ככלל, עדים מעידים על מה שקלטו באופן אישי, ואינם חוזרים על דברים שנאמרו לפניהם.<sup>230</sup> ללא העד הישיר לאירוע גובר החשש למרמה או לטעות, בהעדר דרך לבחון במישרין את כנות העד, את מידת יכולתו לקלוט את האירוע, את איכות הזיכרון ושימורו, ואת צורת הדיווח, כדי לברר את מידת דיוקו, אם טעה בתום-לב או אם התבסס על היסק.<sup>231</sup> הנחת-המוצא במערכת המשפט הלעומתית (האדוורסרית) היא שההגעה המיטבית לממצאי עובדה תתרחש על-ידי שמיעת עדות חיה מכל עד, צפייה בחקירה הנגדית ובחינת התנהגות העד, כנותו וזכרונו, במגמה להעריך את מהימנותו.<sup>232</sup> מטרה מרכזית של הכלל האוסר קבלת עדות-שמועה היא לחזק את תהליך מציאת העובדות באמצעות פסילת הצהרות שאין מי שיעיד על תוכנן, באשר עדות-שמועה שוללת מהיריב את ההזדמנות לקרוא תיגר על מהימנות התוכן.<sup>233</sup>

חרף הצידוקים לקיומם של כללי פסילה, בישראל קיימת מגמה מוכרת וארוכת-שנים של מעבר מקבילות למשקל. מגמה זו מניחה שאיכות השפיטה גבוהה דייה להתמודד עם אתגרים ראייתיים במישור המשקל, להבדיל מהותרתם מחוץ לאולם.<sup>234</sup> התפיסה היא ששופטים ניחנו במקצועיות המאפשרת להם להתמודד בהצלחה עם מכשולים שהאדם מהיישוב עלול למעוד בהם.<sup>235</sup> יתר על כן, בתוך סוג מסוים של ראיות הנתפס כבעייתי מבחינה הוכחתית המערכת

העדר החקירה הנגדית ואי-עמידת התוכן במבחן מהותי – זלצמן "גבייה מוקדמת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 591–592.

227 מנשה קבילות ראיות, לעיל ה"ש 155, בעמ' 202.

228 הרנון "הכלל הפוסל", לעיל ה"ש 155, בעמ' 76, 84–85; דורון מנשה "שיקול דעת עובדתית, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 111–113 (1997) (להלן: מנשה "שיקול דעת עובדתית").

229 שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174, בעמ' 328; הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 153.

230 Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 225.

231 הרנון "הכלל הפוסל", לעיל ה"ש 155, בעמ' 84–86; מנשה קבילות ראיות, לעיל ה"ש 155, בעמ' 199–200.

232 Anderson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 2123.

233 Miguel A. Méndez, *Forfeiture of Cross-Examination Rights in California*, 20 STAN. L. & POL'Y REV. 501, 505 (2009).

234 למשל, ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 529, 532 (1989); ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, פס' 12 לפסק-דינו של השופט מצא (1997); אפרת פינק ורתם רוזנברג רובינס "הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית: עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף בהליכים פליליים" הפרקליט נג 295, 322–325 (2014).

235 אורי שטרומן "האמת קבורה בעדות שמיעה" המשפט א 239, 241 (1993).

מזהה לעיתים תת-סוג שבו לדעתה הבעיה נפתרת או למצער מצטמצמת. כך לגבי עדויות-שמועה מסוימות שיש ערובה כלשהי לאמיתותן<sup>236</sup> או כאשר נסיבות מתן האמרה מצמצמות את החשש לשקר ולטעות.<sup>237</sup>

## 2. הגעה לאמת על-ידי חוקר הילדים

קשה מלאכתם של חוקרי הילדים. עליהם לתקשר עם ילד שהתלונן שנעברה בו עברת מין, ולהיות רגישים וחומלים אך בד בבד ביקורתיים. הם רואים לפניהם ילד, ועליהם להביט בו ולברר עימו את הדברים בזהירות ובעדינות, משתי נקודות-המבט שהוצגו לעיל בפרקים א ו-ב, תוך תפיסתו כקורבן אך גם כמתלונן-שווא בכוח; לראותו בו-זמנית כדובר אמת וכדובר שקר, לפחות בהתחלה. בדומה לשוטר החוקר, יש להם כוח לדחוף לסגירת התיק כאשר הם אינם מאמינים למתלונן, וכוח לדחוף את התביעה להעמדה לדין כאשר הם מאמינים למתלונן. אולם להבדיל מהשוטר החוקר, בכיר ומנוסה ככל שיהא, יש להם כוח לעשות מהלך ששום תובע, סגור או שופט לא יוכל לבלום – למנוע את עדות הילד במשפט. אם כך יעשו, יחול ההסדר הנבחן במאמר, שהוא חריג מבחינה ראייתית, בהכשירו עדות מכלי שני אף שהכלי הראשון זמין ונגיש. האם ההסדר מקדם את ההגעה לאמת או דווקא פוגע בה?

יודגש כי ההסדר הנבחן ייחודי לא רק באפשרו לקבל עדות-שמועה, אלא גם באפשרו לקבל עדות-סברה, שגם היא ככלל אסורה. בעדות-סברה העד אינו מוסר עובדות שהוא קלט במישרין ומסוגל להגן עליהן, ואף לא דברים שהוא שמע במישרין ומסוגל לכל-הפחות להגן על העובדה שהוא שמע אותם, אלא מציג היסק הנובע מעובדות, כמו במקרה של עד מומחה טיפוס, או משמועה, כמו במקרה הנדון כאן. ככלל, עד מעיד רק על מה שקלט במישרין בחושיו, ומותר את המסקנות לבית-המשפט.<sup>238</sup> בניגוד לכלל האוסר קבלת עדות-שמועה, שיש לו חריגים רבים בישראל<sup>239</sup> ובמקומות אחרים,<sup>240</sup> החריגים לכלל האוסר קבלת עדות-סברה מעטים יחסית, ועוסקים בעיקר בעדויות מומחים בשדות שבהם בית-המשפט ממעט להבין,<sup>241</sup> להבדיל משדה העובדות. בענייננו איננו עוסקים ב"מומחה" המגיע לבית-המשפט לתאר שאלה מקצועית מתחום מומחיותו, אלא באיש-מקצוע מוכשר,<sup>242</sup> המתאר לא רק את חקירת המתלונן, כפי שעושה שוטר חוקר כדבר שבשגרה בתיקים רבים, אלא גם את סברתו באשר למהימנות של

236 הרנון "הכלל הפוסל", לעיל ה"ש 155, בעמ' 89; ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון סילוורמן, פ"ד לז(4) 281, פס' 8 לפסק-דינו של ממלא-מקום הנשיא שמגר (1983); ע"פ 7293/97 ז'אפר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 460, 474 (1998); מנשה קבילות ראיות, לעיל ה"ש 155, בעמ' 223–227; Chase; לעיל ה"ש 39, בעמ' 1051.

237 זלצמן "גבייה מוקדמת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 592.

238 ע"פ 4115/08 גלעד נ' מדינת ישראל, פס' 2 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 24.1.2011); שי אוצרי "מודל ביוזרי של קביעת עובדות – הצעה לגישה חדשה בעקבות עיון בספר 'הלוגיקה של קבילות ראיות' מאת דורון מנשה" הפרקליט נג 247, 254 (2014).

239 הרנון "הכלל הפוסל", לעיל ה"ש 155, בעמ' 86.

240 Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1036.

241 ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71, פס' 22 לפסק-דינו של השופט חשין (2003).

242 למסלול ההכשרה של חוקרי ילדים ראו צור, לעיל ה"ש 28, בעמ' 43.

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

המתלונן וגרסתו. עדותו קבילה גם לעניין זה, בהיותו גורם עיקרי שנחשף לעד התביעה הראשי, אשר לא יעיד בבית-המשפט.<sup>243</sup>

מה בענייננו מצמצם את החשש מהרשעת-שווא? ניתן לגרוס כי הגשת העדות בצורה כזו דווקא מגבירה את מהימנותה, לנוכח החופש שניתן לילד בבניית הנרטיב<sup>244</sup> ולנוכח יכולתו של חוקר הילדים לשחזר את דברי הילד.<sup>245</sup> אף שהנחה זו אינה מתיישבת עם בררת-המחדל של דיני הראיות, שלפיה עד אינו חופשי לבנות את הנרטיב, היא ראויה בכל-זאת לדיון. נכונות ההנחה לא תקהה את הפגיעה בזכות להליך הוגן, אך תספק בוודאי הצדקה נוספת וחזקה להגנה על נפש הילד.

ההנחה שהראיה המדוברת הינה אמינה באופן מובנה, המצדיק יחס משפטי חריג כלפיה לעומת היחס המשפטי לגרסאות מפלילות אחרות בחקירה, עשויה להתקשר לתפיסה שחקירת הילד על-ידי חוקר ילדים מובילה לאמת העובדתית גם ללא הליכי המשפט. תפיסה זו ניתנת לפירוק לשלוש הנחות אפשריות: האחת היא שילד נפגע עברת מין מהימן יותר ממתלונן אחר; הנחה שנייה היא שלחוקר ילדים יש כלים טובים יותר להגעה לאמת מאשר לחוקר אחר; והשלישית מניחה שחקירה נגדית של ילד עלולה דווקא לפגוע בהגעה לאמת. להלן נדון בנפרד בכל אחת מן ההנחות הללו.

#### (א) ילדים נפגעי מין כמתלוננים מהימנים במיוחד

את ההנחה שילד המתלונן על עברת מין אמין יותר ממתלוננים אחרים לא פשוט לבסס. שילוב של כמה גורמים בעייתיים בשנות השמונים בארצות-הברית – חקירות מקצועיות להוטות מדי, האמנת חלק מהפרופסיה שילדים לעולם אינם משקרים לגבי ניצול מיני, וחוסר מודעות לסכנה הכרוכה בשימוש מופרז בשאלות מדריכות בראיון של ילד – הוביל לחשיפה ציבורית מטרידה בדבר אישומי-שווא.<sup>246</sup> הדיון הציבורי האמריקאי הוביל למחקר עשיר מאוד בסוגיה. למשל, מחקר אחד הראה כי ניתן לאמן ילדים להאשים לשווא, וכי חקירה נגדית מועילה בחשיפת אישומי-שווא.<sup>247</sup> במובן זה, גם אם חקירה נגדית חותרת לעיתים תחת חיפוש האמת, בעוותה את עדות הילד, תועלותיה גדולות מנזקה. כלומר, יש בסיס עובדתי לסברה שאין להניח את אמינות הדיווח מעצם התלונה. כמובן, דיווחים של מדעי החברה הם מטיבם הסתברותיים, וברוב המחקרים יש ילדים שנהגו הפוך מהרוב, ולכן צריך תמיד להסתייג.<sup>248</sup> אולם הסתייגות זו נחוצה לא רק כאשר המחקר מוביל לתוצאה השוללת את ההסדר, אלא גם כאשר הוא מוביל לתוצאה התומכת בו.

243 ע"פ 694/83 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 260, 249 (1985); ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 318;

הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 155–156.

244 פוגץ' "הזכות להישמע", לעיל ה"ש 24, בעמ' 128.

245 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 304.

246 Myers, *Taint Hearings*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 879.

247 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 474; Rhiannon Fogliati & Kay Bussey, *The Effects of Cross-Examination on Children's Coached Reports*, 21 *PSYCHOL. PUB. POL'Y & L.* 10, 19–20 (2015).

248 Gilstrap et al., לעיל ה"ש 99, בעמ' 79.

אך ההנחה האמורה בעייתית גם אם מתעלמים מן הממצאים לעיל: מי שנוטה לסברה שעברות מין אינן מייצרות תלונות-סרק, לא סביר שיבדיל בין מתלוננים ילדים למתלוננים מבוגרים יותר; <sup>249</sup> מי שנוטה למסקנה כי הפללה במערכת יחסים מסוימת, משפחתית למשל, הינה אמינה משום שסביר בהרבה שילד ישמור לעצמו מידע על ניצול בידי אדם אהוב מאשר שיפיץ האשמות ביזריות נגדו, <sup>250</sup> אמור לנטות אליה גם כאשר אין מדובר עוד בילד; ומי שנוטה להאמין למתלוננים מעצם היותם ילדים, מתוך תפיסה שילדים הינם עדים אמינים, לא יבחין בוודאי בין עברות מין לעברות אלימות. <sup>251</sup>

### (ב) סיכויי של חוקר ילדים להגיע לאמת

לצד עדיפותו בפן של הרגישות, ניתן לסבור כי חוקר הילדים מיומן פחות משוטר בחקירה פלילית ובחיפוש האמת, וייתכנו בהחלט מתחים בין חוקר הילדים לבין חוקרי המשטרה. כנגד זה ניתן להציע שבישראל התפתחה פרופסיה בת יותר משבעים שנה, ושחוקרי הילדים מומחים בתקשורת עם ילדים ובאיתור הדיוק והאמינות בעדותם, באמצעות מתודות מיוחדות של אבחון וחקירה. החוקרים פועלים בהתאם למדריך, <sup>252</sup> אשר מנחה את החוקר ליצור אמון עם הילד ולהרגיעו, לגלות כלפיו חמלה, לתמוך בו באופן מילולי ובאופן לא-מילולי, להתייחס לרגשותיו, להגיע בזהירות לבידור החשדות, לא להסתפק בתשובות גנריות, להיזהר מהדרכת הילד, לברר את נכונות הילד להעיד ועוד.

קריאת המדריך מותירה רושם חזק שרגישות היא המאפיין המרכזי בו, בה"א-הידעה, ואילו ביקורתיות אינה מאפיין בולט בו. אולם אין פירוש הדבר שלא קיימת ביקורתיות בחקירה. כלי חקירה מסייעים בהערכת מהימנותה של העדות. החוקר בוחן את הלוגיות של העדות, את עיגונה בזמן, במקום ובאנשים, את הביטוי הפנימי לחוויותיו הבלעדיות של הילד. גם דינמיקת הריאיון מובאת בחשבון, וכמוה גם מידת החשיבות שהילד מייחס לאירוע העברייני. <sup>253</sup> החוקר נעזר גם בכלי אבחון, דוגמת ה-CBCA (Criteria-Based Content Analysis), המציע אמות-מידה מגוונות להערכת מהימנותה של גרסה, כגון רמת פירוט,

<sup>249</sup> הייתה מי שהציעה כי התרבות של אי-אמון בתלונות של ילדים בדבר עברות מין דומה מאוד לזו השוררת ביחס לקורבנות אחרים של עברות מין, כגון ההנחה שהמתלונן משקר או מגזים, וכנגד זה הציפייה שהוא יהיה "צדיק" ללא דופי, יתלונן ללא שיהוי, נראה פציעות מוחשיות ויספק דין-וחשבון מלא. ראו Raitt, לעיל ה"ש 81, בעמ' 737-738.

<sup>250</sup> Anderson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 2120, 2138-2139.

<sup>251</sup> פרשיות שונות של ראינות בעייתיים והעמדות לדין בעייתיות הובילו לדעת-קהל ספקנית מאוד בארצות-הברית ביחס למהימנותן של עדויות ילדים. אולם בספרות הודגש כי כשם שמבוגרים מסוימים מסוגלים לשקר באופן משכנע, כך יש גם ילדים שמסוגלים לעשות זאת, אך אין פירוש הדבר שילדים ככלל אינם אמינים. חוסר האמון בעדויות ילדים עשוי לנבוע גם מסירובה של החברה להאמין שקיימת מידה רבה כל-כך של ניצול מיני של ילדים, יחד עם החשש שהסימפטיה לילדים תטעה את המושבעים. Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 242, 245, 252.

<sup>252</sup> ראו מדריך לחקירת ילדים, לעיל ה"ש 61.

<sup>253</sup> ראו צור, לעיל ה"ש 28, בעמ' 40.

קוהרנטיות, תיאורים של התייחסויות-גומלין, והתייחסות לרגשותיו של הנפגע בעת האירוע.<sup>254</sup>

אם כן, המבט מכיוון תורת המשחקים, שהוצג בתת-פרק 1א, אין פירושו שחוקר הילדים מוטה לקבוע שעדות הילד הינה אמת. מבחינת ההשלכות האפשריות על החוקר, קביעה זו שונה מאוד מהקביעה אם להעיד את הילד. בהקשר זה קיים קושי מתודולוגי לבחון את מידת ההאמנה של חוקרי הילדים לתלונות, להבדיל מבדיקת אחוז התלונות שלא הובילו להעמדה לדין.<sup>255</sup> סביר שבתיקים שבהם חוקר הילדים סבור כי העדות שקרית התביעה נוטה לא להעמיד לדין, כך שאי-אפשר לקרוא בהמשך פסק-דין שדן במשמעות הדבר. הואיל והתביעה אינה מחויבת לפרט את הסיבות להימנעות מהעמדה לדין, אלא מסתפקת בכותרת עמומה (שהיטשטשה עוד יותר בשנת 2018),<sup>256</sup> כל מקרה כזה הינו בבחינת "סיפור שלא סופר", קרי, אירוע משפטי שהתחולל כולו מחוץ לבית-המשפט ולא נדון בו כלל.<sup>257</sup>

עם זאת, קיימות ראיות נחרצות לכך שחוקרי הילדים תרים אחר האמת, ולא אחר הפללה דווקא, ומוכנים אף לעמוד על שלהם מול גורמים חזקים ברשויות האכיפה. למשל, במסגרת בקשת הגנה לעיון בחומר חקירה נחשפה עמידה איתנה של חוקרת ילדים על עמדתה המקצועית מול התנהלות מטרידה של פרקליטה: באותו מקרה הואשם פלוני באינוס ובמעשים מגונים בילדה. לאחר חקירתה סיכמה חוקרת הילדים את התרשמותה בנוגע לעדות באמירה כי הילדה "לא הצליחה לתאר השתלשלות של אירוע נפרד כך שדבריה נותרו גנריים ועל כן אין באפשרותי לבסס את מהימנות עדותה". בחלוף שבוע זימנה הפרקליטה את המתלוננת לעריכת ריאיון עד, שבמהלכו עלו פרטים חדשים, שבעקבותיהם הפנתה הפרקליטה את הילדה לגביית הודעה נוספת. למחרת ערכה חוקרת הילדים חקירה שנייה של המתלוננת. ב"סיכום העדות" השני כתבה חוקרת הילדים כי "...מכיוון שהתרשמתי כי [המתלוננת] הייתה חשופה לתשואול מרובה ודיבור ממושך על הנושא שייתכן והשפיעו על צורת תיאורה אני מתקשה להתרשם ממהימנות דבריה".<sup>258</sup>

מקרה זה ממחיש לא רק ביקורתיות מתמשכת של חוקרת הילדים, אלא גם ישרה ואומץ מצידה. קיומם של ישרה ואומץ בקרב חוקרי הילדים הוא בשורה חשובה לחשודים ולנאשמים, לנפגעי עברה, לציבור ולמערכת המשפט. אולם ישרה ואומץ קיימים גם בקרב חוקרי משטרה, ומשכך אינם מספקים כשלעצמם הצדקה לייחודיות ההסדר. האם לחוקר הילדים יש יכולת מיוחדת, שאין לשוטר החוקר, לחשוף שקרים ותעתועים ולפצות בכך על

254 ראו ע"פ 8805/14 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 26–27 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 7.1.2016).

255 בעניין זה ראו, למשל, איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית מציאות מטרידה – 20 שנה לחוק למניעת הטרדה מינית: ישראל 2018, 32, 34 (2018).

256 בעבר נסגרו תיקים, בין היתר, בעילות של חוסר ראיות וחוסר עניין לציבור. לאחרונה תוקן החוק לעילה כללית של "נסיונות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין". ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 82), התשע"ח–2018, ס"ח 192.

257 אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 33, 55–56, 84 (2014).

258 בש"פ 3221/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.7.2012).

שלילת הזכות לחקירה נגדית מטעם ההגנה בהמשך?<sup>259</sup> יתר על כן, קיימים גם מקרים שבהם חוקרי ילדים התנהלו באופן בעייתי מאוד. בשנת 2018 קבע שופט מחוזי ממצא שלפיו לאחר שחקרת ילדים כתבה כי היא מתקשה להעריך את מהימנות דבריה של הילדה, פנתה אליה פרקליטה, ולאחר שיחתן, ובלי חקירה נוספת של הילדה, ערכה החוקרת את חוות-דעתה בכותבה כי להערכתה הילדה אכן חוותה סיטואציה מינית עם הנאשם.<sup>260</sup> העובדה שחוקר הילדים אינו שוטר ואינו מסונף למשטרה, אלא למשרד הרווחה,<sup>261</sup> אמורה להגביר את הסיכוי לניטרליות מצידו לעומת החוקר המשטרתי הרגיל. אולם ניתן לסבור שגם חוקר הילדים אינו מסוגל באמת לניטרליות, משום שעיסוקו מתמקד בילדים נפגעי עברה, והאמפתיה הטבעית שלו היא להם, מה-גם שלהבדיל מהשוטר החוקר, אין לו גישה מקבילה למתלונן ולחשוד. היו שהציעו כי ממילא קשה מאוד לשמור על ניטרליות בריאיון. הרעיון של ניטרליות הוא חמקמק, במיוחד בהקשר של חשד לניצול מיני של ילדים, שהוא נושא המעורר להט רב.<sup>262</sup> יריגיש קורא המאמר את אשר יריגיש, מסופקני אם "ניטרליות" תתקרב לתאר את תחושתו.

למראיין יש ברגיל האמנה מוקדמת לגבי מה שקרה לילד, ואילו הילד בתורו מבין אילו תשובות המראיין או הורהו מצפים לשמוע, ועלול להשיב כדי לרצותם. אף שמחקרים העלו כי יכולתם של ילדים לזכור ולתאר אירועים טראומטיים טובה מזו של מבוגרים,<sup>263</sup> נכתב גם שהם פגיעים מאוד להשאה (סוגסטיה) ולמילוי חורים בזיכרון בידי מבוגרים,<sup>264</sup> בעיקר בגיל צעיר,<sup>265</sup> לפחות בהקשרים מסוימים,<sup>266</sup> מה שמגביר את חשיבות הריאיון הראשון שלהם.<sup>267</sup> מחקרים הראו כי ילדים רכים פגיעים לשמועות, ונוטים לדווח על אירועים שהם שמעו עליהם גם אם הם לא התרחשו.<sup>268</sup> כן נכתב שילדים קטנים נתונים יותר להשפעה שמובילה לדיווח לא-מהימן.<sup>269</sup> קיימת סברה כי ניתן לעוות זכרונות של ילדים באמצעות העלאת אפשרויות שגויות, שעלולות לשכתב או לשנות את הזיכרון המקורי, לנוכח פגיעותם של ילדים להשאה ולשאלות משיאות. במצב כזה הגרסה מוצגת בכנות, אך היא פשוט לא-נכונה.<sup>270</sup> זכרונו של

259 מנשה קבילות ראיות, לעיל ה"ש 155, בעמ' 225.

260 עניין ד', לעיל ה"ש 196, בעמ' 85–88. סגן הנשיא דרורי ציין כי מדובר בכשל שהוא יותר מנקודתי, והפנה לכך את תשומת-ליבם של בכירים במערכת המשפט לבדיקה מערכתית. שם, בעמ' 296.

261 שם, בעמ' 93.

262 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 954.

263 היל והיל כתבו כי יכולת הריכוז של ילדים שונה, אך גם שימת הלב לפרטים שונה, ואולי לטובה – Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 812–813.

264 Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 237.

265 ההשאה של ילדים פוחתת בגיל עשר. Myers, *Taint Hearings*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 916.

266 נכתב כי ילדים פגיעים פחות להשאה לגבי מגע אנלי ומגע באיברי המין. Gilstrap et al., לעיל ה"ש 99, בעמ' 68, 70.

267 Dunn, לעיל ה"ש 67, בעמ' 204–208.

268 Angela D. Moore, *False Memories and Young Child Witnesses*, 19 NEW CRIM. L. REV. 125, 127 (2016).

269 Anderson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 2137.

270 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 936–937.

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

ילד שונה מזה של מבוגר, חשיל ומושפע יותר, ואפילו השאלה "מה קרה?" מגבירה את הסיכוי לתשובה שמהו קרה, גם אם לא קרה דבר. כאשר הילד מבין מה מטרת המראיין והטיותיו, עולה הסבירות שהוא ישיב בהתאם לציפיות, במגמה לרצותו.<sup>271</sup>

יודגש כי הביקורת האמורה אינה כתב אישום נגד המראיינים; המשימה שמוטלת עליהם סבוכה וקשה. ילדים נוטים לא לחשוף את המגע שעברו באיבר מינם אלא אם כן שואלים אותם, אלא שהשאלה מגבירה את הסיכוי לדיווח שגוי.<sup>272</sup> אופיו של הניצול המיני מוביל לאי-חשיפה, ולמראיין אין לעיתים בררה אלא לשאול שאלות משיאות. לגבי ילדים רכים יותר נדרשות אף שאלות ספציפיות כדי לעורר זכרונות, שכן ילדים קטנים אינם מספקים לרוב מידע לשאלות פתוחות ולא-ספציפיות. חלק מהשאלות הספציפיות הן משיאות, ולעיתים אף מובילות מעט. סכנת ההשאה עולה כאשר נעשה שימוש בשאלות חוזרות, בראיונות מרובים ובמראיינים רבים.<sup>273</sup> קיים גם חשש שקובעי העובדות במשפט, אף אם יזהו את ההשאה, לא יעריכו את כוח השפעתה.<sup>274</sup> ראיות ממדעי החברה הראו כי חקירה עיקשת לפני המשפט לילדים עדים עלולה לפגוע בחיפוש האמת, והיו שגרסו כי ההליך המוקדם לא תמיד מזקק האשמות, אלא לעיתים ממש מייצר אותן.<sup>275</sup> לצד החשש מהפללת-שווא (false positive), כאשר האירוע לא אירע אך המערכת מסיקה שהוא אירע, חקירת ילדים עלולה להוביל גם לטיהור-שווא (false negative), כלומר, להסקה מערכתית שהאירוע לא אירע אף שהוא אירע.<sup>276</sup>

מעבר להשאה, ראוי להדגיש שגם חוקר הילדים, כמו השוטר, פגיע לשקר,<sup>277</sup> גם אם הוא עצמו סבור אחרת.<sup>278</sup> בארצות-הברית הוצבע על הסכנה בתפיסה שילדים לעולם אינם משקרים בעניין זה ושיש להאמין להם – תפיסה שהלכה והתרחבה, והובילה ללהט-יתר, לאובדן אובייקטיביות ולראיון לא-הולם.<sup>279</sup> כאשר הילד אינו מעיד, פוטנציאל החשיפה של שקרים, אי-דיוקים וטעויות בבית-המשפט אינו נעלם אומנם לחלוטין, אלא מנותב לחקירה של חוקר

---

Clayton Gillette, *Appointing Special Masters to Evaluate the Suggestiveness of a Child-Witness Interview: A Simple Solution to a Complex Problem*, 49 ST. LOUIS U. L.J. 499, 499–501 (2005)

Montoya, *Pretrial Interrogation* 272, לעיל ה"ש 8, בעמ' 957.

Myers, *Taint Hearings* 273, לעיל ה"ש 1, בעמ' 923–922.

Maithilee K. Pathak & William C. Thompson, *From Child to Witness to Jury: Effects of Suggestion on the Transmission and Evaluation of Hearsay*, 5 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 372, 374, 378 (1999)

Montoya, *Pretrial Interrogation* 275, לעיל ה"ש 8, בעמ' 935–933.

Gillette 276, לעיל ה"ש 271, בעמ' 502.

Aaron M. Stronge, *Absolute Truth or Deus Ex Machina?: The Legal and Philosophical Ramifications of Guilt-Assessment Technology*, 10 J. HIGH TECH. L. 113, 125 (2009);

Madison Kilbride & Jason Iuliano, *Neuro Lie Detection and Mental Privacy*, 75 MD. L. REV. 163, 164 (2015).

Erica Beecher-Monas & Edgar Garcia-Rill, *Overselling Images: fMRI and the Search for Truth*, 48 J. MARSHALL L. REV. 651, 678–679 (2015); Frederick Schauer & Barbara A. Spellman, *Is Expert Evidence Really Different?*, 89 NOTRE DAME L. REV. 1, 19 (2013)

Myers, *Taint Hearings* 279, לעיל ה"ש 1, בעמ' 883–881.

הילדים, מקצועיותו, דיוקו והטיותו; אולם אפיק זה, אף שאינו חסר כוח, מוגבל כמובן בכוחו, כיאה לכלי מסדר שני. פן משלים לבעיה הוא שכאשר חוקר הילדים משתכנע באמיתות דבריו של הילד, סיכוייו לשכנע את בית-המשפט באמיתותה עולים מאוד לעומת מצב שבו הילד מעיד בעצמו. זאת, לנוכח מקצועיותו ומומחיותו, מצד אחד, ותפיסתו על-ידי בית-המשפט כעד ניטראלי, מצד אחר. כך, חוקר הילדים נהפך לשופט האמיתי.<sup>280</sup>

### (ג) חקירה נגדית של ילד עלולה לפגוע בהגעה לאמת

אף אם ניתן לפקפק בהנחה שתוצר של חקירת ילדים הינו אמין עד כדי כך שאינו צריך לעבור כור היתוך כלל, ניתן עדיין להציע שכור ההיתוך המסורתי של ההליך הלעומתי אינו מתאים לזיקוק האמת. היו שגרסו כי דרישת עימות ישיר עם הנאשם פוגמת במהימנות של עדות הילד, באיכותה ולעיתים אף בעצם קיומה. כלומר, הדאגה ממצב שבו הילד יפחד מהנאשם עשויה להיות כרוכה לא רק ברצון להגן על נפשו, אלא גם ברצון להגיע לאמת.<sup>281</sup> הפחד מטראומה עלול להשליך לרעה על האפקטיביות של עדות הילד, משום שהחרדה מפריעה לזכירה, מזיקה לביצוע ולאמינות, ופוגעת בצדק.<sup>282</sup> ילדים חוששים לעיתים קרובות להתעמת עם המנצל שלהם בבית-המשפט, והפחד עלול לפגום ביכולתם להעיד.<sup>283</sup>

אף שהחשש קיים גם אצל בגירים, לילד שאינו מבין את הסיבה לעימות, הציפייה הדרושה לקראת המפגש עם הנאשם וחויית הקרבה אליו קשות במיוחד לעיכול, ונוכחות הנאשם היא גורם הרסני לעדות.<sup>284</sup> חשש זה מוכר למשטרה, לעובדים סוציאליים, לפרקליטים, למטפלים, לרופאים ולשופטים. הערך ההוכחתי של העדות יורד בגין חרדת הילד מפני המצב הלא-מוכר. כלומר, היו שהציעו כי בעוד לחקירה נגדית יש אפקט מגביר אמת לגבי מבוגרים, לגבי ילדים היא דווקא פוגעת בדיוק של התשובה.<sup>285</sup> החקירה הנגדית היא כלי יעיל מאוד לבלבול הילד.<sup>286</sup> כאשר קורבן פגיע מעומת עם התוקף, עלולה להיגרם פגיעה לא רק בקורבן, אלא גם בעדותו.<sup>287</sup> כלומר, יש סברה שילד אינו מסוגל לתת עדות מדויקת ואפקטיבית בבית-המשפט, אך יכול לעשות כן בזירה לא-פורמלית ולא-לעומתית.<sup>288</sup> רמות גבוהות של טראומה עלולות לפגוע בזכרון הילדים ובנכונותם לחשיפת האמת,<sup>289</sup> ולייצר עדות שאינה מהימנה.<sup>290</sup> כמובן,

280 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 306–307.

281 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 951.

282 Thoman, לעיל ה"ש 42, בעמ' 237, 242–244.

283 Cooper, לעיל ה"ש 37, בעמ' 266.

284 ס' 6(2) לחוק זכויות נפגעי עבירה מקנה לנפגע עברה זכות "לקבל בבית המשפט, ככל הניתן, הגנה מפני מגע או קשר בלתי נחוץ בינו לבין החשוד, הנאשם או הנידון, שלוחיו או מקורביו".

285 Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 819–821; מלמד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 454; צור, לעיל ה"ש 28, בעמ' 42.

286 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 304.

287 Clair, לעיל ה"ש 107, בעמ' 732.

288 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 964; Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 473.

289 Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 209, 214–215.

290 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 304.



משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

קיימים גם טיעונים הפוכים. כך, היו שהציעו כי ההשאה של ילדים מחייבת את ההגנה של זכות העימות,<sup>291</sup> והיו מחקרים שהראו כי ילדים מסוגלים לזכור חוויות במדויק ולתארן ביעילות לבית-המשפט.<sup>292</sup>

#### (ד) חקירת ילדים מחוץ לבית-המשפט – סיכום-ביניים

מבחינה עובדתית קשה מאוד להכריע אם התוצרים של חקירת ילדים מחוץ לבית-המשפט הינם מהימנים מעבר לספק סביר כשלעצמם, והיו שגרסו אחרת. אף שאין בכוחי להכריע בשאלות אלה, ניתן להיטיב לעמוד על מה שאנו מרוויחים ומפסידים. כאן יועיל דיון מעמיק יותר במשמעות ובהשפעה של מניעת ההעדה בבית-המשפט על קביעת הממצאים בבית-המשפט. בתת-פרק 1ב דנתי בחקירה הנגדית כזכות של הנאשם הנשללת ממנו תחת ההסדר. לשלילת החקירה הנגדית יש השלכות פוטנציאליות דרמטיות על קביעת הממצאים. אף שלא אתעלם כמובן מהשלכות אלה, דומני שהאינטואיציה (והספרות הישראלית בנושא) נוטה להתמקד בהן, ולהחמיץ זווית חשובה נוספת, שבה אגע קודם. מדובר בכלי חשוב נוסף בדרך החתחתים של חיפוש האמת, שגם הוא נשלל בהסדר הנדון: החקירה הראשית בבית-המשפט.

### 3. החקירה הראשית – מבחן הבנייה

#### (א) קשיי החקירה הראשית

תחת השיטה הלעומתית התפיסה המקובלת היא שהאמת תיחשף מבין "אמיתות" מתחרות,<sup>293</sup> וזאת לאחר שלושת סוגי החקירות: הראשית, הנגדית והחוזרת.<sup>294</sup> בחקירה הראשית התובע מציג את העדות המפלילה באור המיטבי לאשמה.<sup>295</sup>

הדרך המקובלת בישראל להוכיח היא עדות בעל-פה, וזאת כדי שבית-המשפט יוכל להתרשם באופן בלתי-אמצעי מהעד.<sup>296</sup> להבדיל מהמשפט האזרחי, שנוהג לדלג על החקירה הראשית לטובת תצהיר ולהגיע מייד לחקירה הנגדית, המשפט הפלילי אינו מאפשר דילוג כזה, בוודאי לא כשיטה.<sup>297</sup> שלילת החקירה הראשית מקשה מאוד את החקירה הנגדית (גם בהנחה שמתקיימת כזו), משום שהחוקר אינו יכול להתרשם מהעד בחקירה הראשית ולהיערך

291 Grearson, לעיל ה"ש 53, בעמ' 488–489.

292 Lucy Berliner, *The Child Witness: The Progress and Emerging Limitations*, 40 U. MIA MIL. REV. 167, 171 (1985).

293 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 472.

294 הרנון "היש מקום למהפכה?", לעיל ה"ש 175, בעמ' 581.

295 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 473.

296 הרנון "היש מקום למהפכה?", לעיל ה"ש 175, בעמ' 582.

297 במגמה לחסוך זמן, החליט שופט מחוזי באחד המקרים כי עדותם בחקירה ראשית של הנאשמים תימסר בתצהירים, במקום בעל-פה. התביעה, שסברה כי אין לדלג ישירות לחקירה הנגדית, וכנראה גם ראתה את עצמה נפגעת מכך, עתרה לבג"ץ. בג"ץ החליט, בהיסוס, לסווג את ההחלטה כהחלטת-ביניים בהליך פלילי, ולא כהחלטה בחוסר סמכות, והדגיש כי אילו דובר בערעור, הייתה בקשת התביעה מתקבלת. בג"ץ 4318/95 מדינת ישראל נ' שופט בית המשפט המחוזי חיפה, פ"ד מט(3) 702 (1995).

בהתאם.<sup>298</sup> החקירה הראשית חשובה כדי להעריך את העד, מהימנותו, הסימפתי והאנטגוניזם שהוא עורך, קשר־העין שלו, התנהגותו ובטחונו, ולהחליט בהתאם איזו חקירה נגדית לנהל.<sup>299</sup> החקירה הראשית אינה רק הזדמנות להתכונן לחקירה הנגדית. אף שכור ההיתוך המפורסם הוא החקירה הנגדית, אין פירוש הדבר שהחקירה הראשית היא מבחן שהכל צולחים בקלות. מי שערך חקירות כאלה בפרקטיקה יודע כי לעיתים הן קשות, סבוכות ומלחיצות לגבי כל הנוגעים בדבר.

בחקירה הראשית העד מוזהר לומר את האמת, ולעיתים אף מושבע, מה שנועד להבהיר לו את החשיבות של אמירת האמת בבית־המשפט ולהציבו בסיכון לאישום בעדות־שקר.<sup>300</sup> על המתלונן לספר את סיפורו, ככל האפשר באופן עצמאי מזכרוננו בלבד, ללא עזרה וללא הישענות על מסמכים שהוכנו בעוד מועד. התובע אינו רשאי להציג לפניו שאלות מדריכות, והעדות אינה נפתחת כאשר העד מעיין בדברים שמסר בעבר. אומנם, אין פירוש הדבר הישענות מלאה על זיכרון רחוק. במשפט המודרני העדות אינה ספונטנית, אלא מגיעה לאחר חזרה:<sup>301</sup> באופן טיפוסי, לפני העדות התובע עורך ריאיון למתלונן ומרענן את זכרונו.<sup>302</sup> גם בעדות עצמה התובע עשוי להזכיר למתלונן במידת הצורך דברים שמסר בעבר, אולם השאיפה והציפייה היא שהמתלונן יוכל לספר את גרסתו המפלילה באופן רציף ואיתן גם בבית־המשפט, בלי עזרת התובע ומבלי להישען על גרסאות קודמות שמסר,<sup>303</sup> שכן הצגתן לעד במהלך חקירתו עלולה לפגוע במשקל העדות.<sup>304</sup> הנחת־המוצא היא שאירוע פלילי הינו זכיר דיו. אף כאשר מדובר בתובע החוקר עד תביעה המעוניין בהפללת הנאשם, החוויה עשויה עדיין להיות מלחיצה. המתלונן נדרש לראשונה לגולל את סיפורו מול עיניים שחלקן עשויות להיות ספקניות (השופט) וחלקן צפויות להיות עוינות (הסנגור והנאשם). כל טעות שיאמר עלולה להשליך על תפיסת מהימנותו בעיני שומעיו ולשמש קרקע לניגוח מצד ההגנה. גם לגבי התובע החוויה עשויה להיות מלחיצה. זאת, הן בגין דאגתו לרושם שיתיר המתלונן על בית־המשפט והן בגין אחריותו לבנות נרטיב שלם שיגבה באופן מושלם – או למצער מספק – את הנרטיב שהציג בכתב האישום. עליו לוודא שכל פרט בסיפור אשר חשוב לביסוס רכיב עברה או פן מחמיר בה יתואר היטב. ככל שהסיפור המקורי היה מפורט וארוך, מלאכה זו קשה יותר. אפילו תובע יסודי במיוחד עלול להחמיץ פרט שחסרונו יתגלה רק בהמשך, מאוחר מכדי להשלימו. על התובע להכין ביסודיות את העד לחקירה הראשית, לאותה פעם יחידה שבה ימצא העד

298 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 945.  
 299 Jack B. Swerling, "I Can't Believe I Asked that Question": A Look at Cross-Examination Techniques, 50 S. C. L. REV. 753, 762–763 (1999).  
 300 Thomas D. Lyon, *Child Witnesses and the Oath: Empirical Evidence*, 73 S. CAL. L. REV. 1017, 1021, 1028 (2000); גיא זיידמן "חידת ההניצה – על שבועות, מתנות, פרסים וביוש: חלק ראשון – על השבועה במשפט" *משפט ועסקים* כ 423 (2017).  
 301 Douglass, לעיל ה"ש 149, בעמ' 259.  
 302 ע"פ 226/54 אלופי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט 1345, 1348 (1955).  
 303 Chris William Sanchirico, "What Makes the Engine Go": Cognitive Limits and Cross-Examination, 14 WIDENER L. REV. 507, 518 (2009).  
 304 שם, והשוו ע"פ 854/79 גבריאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 371, 373–376 (1981).

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

במרכז הבמה כ"כוכב". הדבר דורש מהתובע מאמץ רב, תוכנית כרונולוגית מאורגנת, שימת לב לתשובות שעלולות לסטות מהמצופה ועוד.<sup>305</sup>

ראוי להדגיש כי באופן כללי אין בדיני הראיות מכשיר המאפשר לקבל את גרסתו המוקדמת של העד, במגמה להראות לבית-המשפט את עקיבותו או כדי לאפשר גרסה סדורה וחופשית יותר.<sup>306</sup> לפיכך החקירה הראשית הינה מבחן אמיתי, שיש לעמוד בו בהצלחה משום שעליו יתקבל ה"ציון", ולא על החקירה המוקדמת. להבדיל מסרט, שניתן לצלם כל חלק בנפרד ולערוך הכל ליצירה מושלמת, העדות בחקירה הראשית בבית-המשפט קרובה יותר להצגה בתיאטרון – לא במובן של היותה פיקציה מבדרת, אלא מבחינת הברזמניות של מסירת המידע ושל קליטתו, ומבחינת העדר האפשרות לתקן. החשיבות לדייק רבה במיוחד, והדינמיקה והלחץ שונים בעליל.

כלומר, הקביעה השיפוטית צריכה להתבסס על העדות שקלט בית-המשפט במישורין, וזה בדיוק מה שמקנה יתרון לערכאה הדיונית על ערכאת הערעור ומוביל למגמה המפורסמת של מיעוט התערבות בממצאי עובדה.<sup>307</sup> במקרים רבים מבחן הבנייה רחוק מלהיות פשוט, והיו שופטים שהציעו כי החקירה הראשית קשה מזו הנגדית, ועשויה להיות הרכיב הקשה ביותר במשפט, ועל-כן מקור לדאגה מרובה.<sup>308</sup>

#### (ב) מעקף החקירה הראשית – מבט הצידה

הישענות על הצהרות ועדות-שמועה מקילה על התביעה.<sup>309</sup> שחרור עד לא רק מכור ההיתוך של החקירה הנגדית, אלא גם מכור הבנייה של החקירה הראשית, הינו הליך מרגיע ומבטיח מאוד לבעל-הדין. ביטול כל הכורים ושיגור מוצלח של החקירה המוקדמת היישר אל תוך תיק בית-המשפט, בעיקר מבלי שהדבר נוגס מתפיסת בית-המשפט בדבר מהימנות העד, הינם מתכון מרשיע. הליך כאמור קורה לא רק בהסדר הנדון, כמודגש בהמשך, אלא גם לגבי עדויות-שמועה אחרות. חלק מרכזי מהחריגים לכלל האוסר קבלת עדות-שמועה מאפשר לחמוק ממבחן הבנייה או לעוקפו. ככל שתפקיד הראיה מרכזי יותר בביסוס האשמה כן המעקף בעייתי יותר לכאורה, וכך גם ככל שקיימת דרך מעשית להימנע מהמעקף. מבלי למצות את הסוגיה,

Alvin R. Sharp, *Fools Rush In Where Wise Men Prepare to Go: An Enchanted Evening with the Ten Commandments of Direct Examination*, 24 S. U. L. REV. 293, 295–300 (1997) 305

גם לפי דיני הראיות בקנדה, הצהרה קודמת של עד אשר עקיבה ביחס לעדותו בבית-המשפט אינה קבילה. הצהרות כאלה נחשבות לא-רלוונטיות וכמשרתות את עצמן. אפילו הצהרה קודמת של ילד אשר לא נקרא להעיד תיחשב עדות-שמועה בלתי-קבילה, וריאיון מצולם של ילד מתקבל רק נוסף על עדות, ולא במקומה. Bala, לעיל ה"ש 80, בעמ' 331, 336. 306

ע"פ 1651/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 35 לפסק-דינו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 8.11.2010); ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פס' 12–21 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 8.9.2011); עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית – התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף" ספר גבריאל בך 225 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011). 307

Sharp, לעיל ה"ש 305, בעמ' 298, 302. 308

Cooper, לעיל ה"ש 37, בעמ' 267. 309

אציג שלוש דוגמאות בולטות לראיות מרכזיות לכיסוס האשמה שלגביהן אין דרך מעשית להימנע מהמעקף.

הדוגמה הראשונה היא הודאת חוץ של נאשם. זו מוגשת ברגיל על-ידי חוקר משטרת גבנה את אמרת החשוד. החוקר מתבקש להעיד על נסיבות גבייתה של ההודיה, ולהראות כי היא נמסרה מרצון חופשי, כעולה מסעיף 12 לפקודת הראיות.<sup>310</sup> החוקר הוא לא רק איש משטרה – גוף אכיפה בעל קשרים רחבים ועמוקים עם התביעה – אלא גם גורם מקצועי, לעיתים קרובות בעל ניסיון עשיר בעדות. לכך מכך, החוקר אינו צריך לבנות בבית-המשפט נרטיב של אירוע פלילי, והתובע אינו צריך לסייע לו בכך. הנרטיב הפלילי שורטט היטב והושלם בתחנת המשטרה, וכל שנותר הוא להגישו לבית-המשפט.

דוגמה נוספת למעקף של מבחן הבנייה עולה בחריג מרכזי אחר בדיני הראיות – אמרת חוץ של עד. סעיף 10א לפקודת הראיות סולל דרך להתמודד עם מצב שבו עדי תביעה חוזרים בהם בבית-המשפט מדבריהם המפלילים בחקירה המשטרתית, שהוא מצב תדיר מאוד בפרקטיקה.<sup>311</sup> ברגיל הדבר נובע מלחצים ומנורמות עברייניות של שותפים לעברה.<sup>312</sup> במקרים אחרים דווקא קורבן העברה חוזר בו מדבריו – למשל, אישה שהתלוננה על אלימות משפחתית.<sup>313</sup> במצבים אלה התובע מבקש להכריז על העד כעד עוין, ובעזרת סעיף 10א פותר את הקושי: אין לו עוד צורך לסייע לעד התביעה לייצר נרטיב מפליל בבית-המשפט, משום שהתובע בונה על הנרטיב המפליל המוכן, הסדור והרהוט שנבנה בחקירה המשטרתית, בעזרת השוטר שגבה את אמרתו של העד. באופן אבסורדי ואפילו אירוני, המוכר היטב לכל תובע וסנגור, במקרה הטיפוסי העד העוין, המבקש לתת יד לנאשם ולהקשות על התביעה, דווקא מקל מאוד את מלאכת התובע לעומת עד המשתף פעולה. ב-בזמן הוא גם הופך את מלאכת ההגנה לבלתי-אפשרית: אי-אפשר עוד לערער את הגרסה באמצעות מתקפה ישירה על העד, שהרי זה כבר התנער מאמרתו. בא לקלל (את התביעה), ויצא מברך.

דוגמה שלישית לעקיפת מבחן הבנייה עולה בקשר לכללי הרס גסטה.<sup>314</sup> במסגרתם של כללים אלה עד התביעה חוזר על אמירה ששמע, מה שמאפשר לבית-המשפט, בתנאים מסוימים, להישען על האמירה לא רק לעצם אומרה, אלא גם לעצם תוכנה.<sup>315</sup> מבחן זה סבוך משני קודמיו, משום שלעיתים קרובות אין מדובר בעד מקצועי שרשם את הדברים ששמע סמוך לאמירתם מפי החשוד או המתלונן, מצד אחד, ומפני שהוא מצופה לחזור על גרסתו ולא

310 ראו, למשל, ע"פ 168/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197 (1984); זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית", לעיל ה"ש 219, בעמ' 268.

311 לדיון ביקורתי בסעיף ראו שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174.

312 ע"פ 71/76 מרילי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 813, 819 (1976); ע"פ 254/88 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מד(4) 663, 669 (1990); עניין מחוזי באר-שבע, לעיל ה"ש 145, פס' 8 לפסק-דינו של השופט לוי; דרורה פלפל "אמרה של עד מחוץ לכתלי בית המשפט ו-דבר לחיזוקה" הפרקליט לד 489, 488 (1982).

313 ע"פ 2949/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 636 (2001).

314 Anderson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 2125; Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 226.

315 ע"פ 171/81 פיטוסי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 9 (1981); ע"פ 1424/02 טוטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 615 (2003).

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

לגלות עוינות לתביעה, והכל בדיוק רב, מצד אחר. עם זאת, גם במצב זה העד פטור מלייצר את הנרטיב של תוכן האמרה, ותפקידו לבסס את שמיעתה גרידא.

בשלושת סוגי המקרים המוכרים הללו אין דרך מעשית להימנע מהמעקף, משום שאין לתביעה גישה לגורם אשר מסוגל או מעוניין לשוב על דבריו. לגבי הודיית חוץ, הנאשם הינו עד הגנה שאינו זמין לחקירה נגדית של התביעה אלא אם כן יבחר להעיד,<sup>316</sup> מהגם שבהנחה שבמשפט הוא כפר בהודאתו, הוא ממילא אינו מעוניין לשוב על גרסתו המפלילה. לגבי עדות של שותף לעברה, העד זמין לתביעה, אך התברר כי הוא אינו מעוניין לשוב על גרסתו המפלילה, וכל שהתביעה יכולה לעשות הוא לכפות אותו להגיע לבית-המשפט ולעמתו עם דבריו בחקירתו. ולגבי הרס גסטה, במקרים מסוימים אומר התוכן אינו זמין לתביעה – למשל, משום שמת<sup>317</sup> או משום שהוא נאשם במשותף וככזה מהווה עד הגנה שאינו זמין לחקירה מצד התביעה,<sup>318</sup> לפחות כל עוד לא בחר להעיד.<sup>319</sup> במקרים אחרים הוא אינו זמין משום שזהותו אינה ידועה.<sup>320</sup> המצב שונה לגבי ילד נפגע עברה.

#### (ג) עדות ילד מצולמת במעקף מבחן הבנייה

היו שכתבו כי ריאיון מצולם של ילד הוא כמו תצהיר מוקדם שנערך בזירה שאינה לעומתית בכוונה לשמש ראיה מפלילה במשפט, הווה אומר, סתירה קשה לבסיסו של ההליך הלעומתי.<sup>321</sup> גם מי שאינו מבקר חריף יסכים בוודאי לבעייתיות של ההסדר ולחריגותו. עדות של ילד לפני חוקר ילדים היא בבירור ראיה מרכזית לביסוס האשמה, מצד אחד, וקיימת דרך מעשית להימנע מהמעקף, מצד אחר. אין פירוש הדבר שההסדר הקיים שגוי, אולם יש לשים לב שבית-המשפט אינו רואה את הנרטיב נבנה אבן אחר אבן, אלא מקבלו כיצירה שלמה, מה שפוגם בהכרח בביקורתיות השיפוטית הפוטנציאלית לעומת מבט ביקורתי לא רק ביצירה כמכלול, אלא בכל אבן המונחת בנפרד בבית-המשפט.

בהקשר זה ראוי להתייחס לדרישת הצילום של החקירה, שאינה קיימת לגבי נפגעי עברה וגילום. הצילום נוטל חלק מהכוח של חוקר הילדים, ומאפשר התרשמות ישירה יותר של בית-המשפט.<sup>322</sup> הוא משרת באופן פוטנציאלי מטרות מגוונות, כגון תיעוד העדות כאשר היא טרייה יחסית, אפשרות לחלוק את התיעוד עם רשויות אחרות ולחסוך מהילד תשאול נוסף,

---

316 Stein, לעיל ה"ש 154, בעמ' 76.  
317 ההנחה היא שגוסס לא ישקר במילותיו האחרונות. Hagen, לעיל ה"ש 164, בעמ' 466–467; ע"פ 571/86 אדרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 329 (1989).  
318 עניין גלעד, לעיל ה"ש 238.  
319 ע"פ 501/81 אבן-חצירה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 141, 149–156 (1982).  
320 למשל, עניין ז'אפר, לעיל ה"ש 236.  
321 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 966–967.  
322 הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 173; ע"פ 446/02 מדינת ישראל נ' קובי, פ"ד נז(3) 769, 786–787 (2002).

קידום הסדרייטיעון באמצעות הגברת יכולתם של הצדדים להעריך את מהימנות הילד, וכמובן הגשה במשפט ומניעת הטראומה לילד.<sup>323</sup> לצד זאת, קביעת האמת על-סמך צפייה בקלטת של אדם המספר על אירוע עברייני, להבדיל מקלטת המתעדת את האירוע העברייני עצמו,<sup>324</sup> הינה דבר מורכב מאוד. למשל, כאשר הוצגו לפניו קלטות של ראיונות ילדים ממחקר סוציולוגי, רוב העדים ה"מומחים" לא היו מסוגלים לשפוט נכונה אם הילדים דיברו אמת.<sup>325</sup> האומנם ניתן לקבוע אמת ושקר על-סמך צפייה בתיעוד חד-צדדי של סיפור? ניתן לערוך מבחנים ולהציג סרטוני עדות, חלקם אותנטיים וחלקם מבוזזים, ולבחון אם הצופה – יהא זה פסיכולוג, תובע או שופט – מסוגל להבדיל בין אמת לשקר. כמובן, בבית-המשפט יתווספו מרכיבים חשובים לקביעת האמת, אולם המבחן עודנו קשה מאוד. ניתן להעמיד את בית-המשפט במבחן ולציין כי מתוך מאה עדויות ילדים מצולמות אחת תהיה של שחקן. האם ידע לזהותה?

סביר להניח שבמצבים מסוימים הצילום מאיר אמת בחושפו קשיים של הילד להשיב על שאלות שהוא אמור להיות מסוגל להשיב עליהן בקלות.<sup>326</sup> אולם ייתכן שבמצבים מסוימים דרישת הצילום דווקא מזיקה יותר לנאשם לעומת הסתפקות בהקלטת אודיו או בתיעוד בכתב. הרושם הראשוני שסרטון כאמור יוצר, לעומת חקירה ראשית וחקירה נגדית בבית-המשפט, הוא יוצא-דופן. ניתן לשער שהאפקט הפסיכולוגי של גרסת הפללה מצולמת הינו חזק במיוחד לעומת האפקט של גרסה כתובה, כמו סרט דוקומנטרי אשר מציג אמת אחת ואינו מתיר שאלות ביקורתיות וקשות, לעומת גרסה בעיתון.<sup>327</sup> מחקרים הראו כי קבלת עדות שמועה מצולמת של ילדים מגדילה את הסיכוי להרשעה אפילו בשיטות משפט שבהן הילד מעיד בהמשך בבית-המשפט.<sup>328</sup> הצגת התנהגותו של הילד למושבעים באמצעות קלטת, במיוחד אם היה מבוגר שהדריך אותו בצילום, מוחקת את רוב השאלות. קלטת הווידאו, שהיא בלי ספק מדיום עוצמתי, תופסת שבריר היסטוריה, והצופה אינו יודע מה קדם לה, דוגמת השאה, ראיונות מקיפים ואפילו חזרות.<sup>329</sup> סרטון של עדות מפלילה הוא עדות-שמועה בעלת אפקט חזק, וקשה מאוד לפתח ביקורתיות כלפי הנרטיב העולה ממנה, אפילו לצופה ביקורתי. בעברות מין מוכרת התופעה של "עדות כבושה", המתארת ברגיל תלונה שאינה מיידית, בניגוד למצופה מקורבנות

323 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 941–942. עוד ראו פוגין "הזכות להישמע", לעיל ה"ש 24, בעמ' 159–162.

324 למשל, רע"פ 3651/14 מיטה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.7.2014); (צבאי מר') 182/16 התובע הצבאי נ' אזריה (פורסם בנבו, 4.1.2017).

325 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 936.

326 חלק מהביקורתיות החרפה של סטרשנוב על ההסדר התייחסה להעדר הצילום – סטרשנוב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 494–495.

327 מצד אחד, המצלמה מצמצמת את אמינות העד בגין הסרת המגע בינו לבין קובעי העובדות ויצירת עדות מנוכרת; מצד אחר, העדות עשויה לקבל חיזוק מתופעה בשם "status conferral", לנוכח המעמד והיוקרה שחברתנו מייחסת לאנשים בטלוויזיה, מה שעלול להקשות את ההבדלה בין מיתוס למציאות בהערכת העדות המצולמת. Cinella, לעיל ה"ש 163, בעמ' 158.

328 Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 231.

329 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 948, 950, 952.

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

אחרים; <sup>330</sup> הפעם לפנינו מה שניתן לכנות "עדות כובשת" – עדות אשר קשה לעמוד בפני כושר השכנוע הגלום בה וקשה לפתח ביקורתיות כלפיה, במיוחד כאשר אין חקירה נגדית באופן.

#### 4. החקירה הנגדית – מבחן העמידות

##### (א) כור ההיתוך – מנוע האמת

בתת-פרק הקודם הוטעם הקושי במבחן הבנייה, אשר על המתלונן והתביעה לעמוד בו יחדיו. קושי זה הוא לעיתים כאין וכאפס לעומת האתגר שהחקירה הנגדית מציבה לבניין שהוקם – מבחן העמידה איתן גם לנוכח מתקפה עמוקה, רחבה ושיטתית על-ידי צד המעוניין בקריסתו. אף שהחקירה הנגדית מאריכה את המשפט וכוללת עלויות מנהליות, <sup>331</sup> קשה להפריז בחשיבותה לחשיפת האמת. לפני עשרות שנים נכתב כי זוהי "גולת הכותרת של דיני הראיות", <sup>332</sup> הדרך העיקרית לעמוד על כנות העד. <sup>333</sup> בית-המשפט העליון תיאר אותה כ"מכשיר היעיל ביותר... לשם גילוי האמת במשפט", <sup>334</sup> ובהמשך כ"כור ההיתוך של ההליך הפלילי" וכאחד ההבדלים החשובים והמכריעים בין ראיות גולמיות לראיות מעובדות. <sup>335</sup> אף שבית-המשפט עצמו אינו מומחה בהכרח בזיהוי אמת ושקר, <sup>336</sup> וחרף ראיות לכך שרוב ההתנהגויות שנתפסות כרמזים להונאה אינן מלמדות באמת על הונאה, <sup>337</sup> ניתן עדיין להניח שהחקירה הנגדית מספקת כלי חשוב לזיהוי אמת ושקר. בעצם קיומה היא מונעת מעד את האפשרות להישען בחקירה הראשית על התקווה שנקודת החולשה בעדותו לא תועלה. <sup>338</sup> החקירה הנגדית מכוונת לפרטים נסתרים, שהושמטו מהחקירה הראשית, וזאת במטרה לחשוף חוסר עקיבות בעדות או להראות שהעד טועה או משקר. <sup>339</sup> היא באה לחשוף פגמים ביכולתם של עדים לזכור ולתאר פרטי אירוע. <sup>340</sup> לא בכדי היא תוארה כמנוע לאמת, באפשרה לחשוף עדויות-שקר ואי-דיוקים של עדים בצפייה, בזכירה ובתיאור. <sup>341</sup> מדובר בכלי כירורגי שמסייע בהחלשת עמדתו של היריב, ואשר מבקש לא להסתפק בהאשמה, בהכחשה, בהסקה או בתיאור

330 לביקורת ראו דורון מנשה "משקלה הראייתי של כבישת עדות נאשם" הפרקליט נג 41 (2014).

331 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 184.

332 הרנון "היש מקום למהפכה?", לעיל ה"ש 175, בעמ' 580.

333 זלצמן "גבייה מוקדמת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 586.

334 בג"ץ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פ"ד יג 5, 23 (1959).

335 בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 146 (1996).

336 Frederick Schauer, *Can Bad Science Be Good Evidence? Neuroscience, Lie Detection, and Beyond*, 95 CORNELL L. REV. 1191, 1196, 1213 (2010).

337 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 155–156.

338 Sanchirico, לעיל ה"ש 303, בעמ' 521.

339 Douglass, לעיל ה"ש 149, בעמ' 241.

340 Méndez, לעיל ה"ש 233, בעמ' 505–506.

341 Migler, לעיל ה"ש 104, בעמ' 365–366; Sean Roman Strockyj, *Losing the Right of Confrontation & Cross-Examination in the Administrative Proceeding*, 46 U. TOL. L. REV. 95, 96 (2014).

מצד העד, אלא לבחון את יכולת התפיסה ויכולת הזכירה שלו, ואת המהימנות והעקיבות של דבריו.<sup>342</sup> שקרנים אינם נדירים בבית המשפט. הסיכון גבוה עד כדי כך שגם אנשים ישרים "מכופפים" את האמת כדי לסייע לחברים, למשפחה ולעצמם. השבועה אמורה לצמצם את השקר, וכך גם האפשרות לאישום בעדות-שקר, אולם העמדה לדין בגין עדות-שקר היא נדירה. משקלו של בית המשפט מרשים את העדים בדבר רצינות ההליך והצורך בכנות, אולם בהליך הלעומתי, כך נכתב, החומה העיקרית נגד עדות לא-מדויקת, לא-שלמה ולא-כנה היא החקירה הנגדית.<sup>343</sup> יש לזכור כי אפילו עד המנסה לתאר את האמת עלול לספק תיאור שרחוק ממה שקרה – למשל, בגלל זיכרון מוטעה, השמטות בהיסח-הדעת וכדומה. הנחת-המוצא של השיטה הלעומתית היא שכל צד להליך מייצג עמדה עובדתית ו"משווק" אותה לבית המשפט, ובתוך כך גם קורא תיגר על ה"סחורה" של הצד שכנגד, והשאיפה היא שהעיונות, ששיאו בחקירה הנגדית,<sup>344</sup> יאפשר לבית המשפט לזהות את האמת העובדתית.<sup>345</sup> הלעומתיות נועדה למקסם את מהימנות הראיות, בהנחה שהצדדים יביאו חלקי מידע סותרים ולעיתים לא-מהימנים, ולחשוף חוסר מהימנות, חולשה בעדות ועיוות בזיכרון.<sup>346</sup> החקירה הנגדית מזכירה לקובעי העובדות שמגבלות של תפיסה וזכירה משפיעות על העדות. חקירה נגדית יכולה להאיר תנאים סביבתיים המגבילים את הסבירות לזיהוי, מגבלות תפיסתיות ואפשרות של זיהום ראיות בידי אחרים. קשרים משפחתיים, אינטרסים כלכליים, אידיאולוגיה פוליטית, היסטוריה אישית ועוד קשורים לתפיסת מאורעות ולזכירתם. החקירה הנגדית היא הזדמנות כמעט יחידה להראות את ההטיות הללו לקובעי העובדות, משום שהעדים לרוב אינם מנדבים מידע זה. חקירה נגדית יכולה לחשוף את הקו הדק שבין גילוי ראיות לבין יצירתן – למשל, לנוכח מניע נסתר להגשת תלונה.<sup>347</sup> חקירה נגדית חושפת לא רק שקרנים, אלא גם פגמי זיכרון של עדים כנים, תפיסה שגויה של האירוע או הטיה מודעת או לא-מודעת.<sup>348</sup> כלומר, החקירה הנגדית אינה רק ביטוי לזכותו של הנאשם להשתתף בהליכים נגדו (או ביטוי לאינטרס של התביעה בחקירת עדי הגנה); היא גם – ואולי בעיקר – אינטרס מערכתי וציבורי מן המעלה הראשונה. בלי החקירה הנגדית קובעי העובדות שומעים רק צד אחד ומוטים לרעת הנאשם, וקיומה תורם ליושרה השיפוטית בהליך קביעת הממצאים.<sup>349</sup> הנחת-המוצא אינטואיטיבית מאוד ומתחברת ללקח אנושי מוכר. תזה כלשהי – עובדתית, מקצועית או אקדמית – נשמעת לעיתים קרובות משכנעת בעת הצגתה על-ידי משווקיה, אך

342 Swerling, לעיל ה"ש 299, בעמ' 753.

343 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 472.

344 דנ"פ חג' יחיא, לעיל ה"ש 198; רע"א 2508/98 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, פ"ד נג(3) 26 (1998).

345 עמנואל גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?" עיוני משפט יז 867, 872 (1993); רינת קיטאי-סנג'רו "חובת המדינה למנות סניגור ציבורי לכל נאשם בפלילים" מחקרי משפט כג 195, 200 (2006).

346 Lisa Manshel, *The Child Witness and the Presumption of Authenticity After State v. Michaels*, 26 SETON HALL L. REV. 685, 728–729, 743 (1996).

347 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 159–160.

348 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 473–474.

349 Clair, לעיל ה"ש 107, בעמ' 728–730.



משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

מבחנה האמיתי הוא מתקפת-הנגד. כוחה יימדד ביכולתה לשרוד היטב מול ביקורת רצינית, רחבה, עמוקה ונחושה. תזה מקצועית או אקדמית, כמו זו שעולה במאמר, חשופה למתקפות מצד גורמים אין-ספור; תזה עובדתית עשויה להיתקל במתקפות רבות מצד היסטוריונים ואחרים; נגד הגרסה העובדתית המפלילה במשפט הפלילי, לעומת זאת, תיתכן מתקפה ללוונטית אפקטיבית אחת ויחידה – החקירה הנגדית.

### (ב) חוויית העימות, חוויית המתקפה וקידום ההגעה לאמת

הזכות למתן העדות המפלילה במעמד הנאשם, כך נכתב, משרתת שתי מטרות. ראשית, קל יותר למסור תלונה כוזבת בטלפון באופן אנונימי, וקל יותר לספק האשמת-שווא נגד מישהו מאחורי גבו, למשל בתחנת המשטרה, מאשר בנוכחותו. הדרישה להפליל אדם בנוכחותו מבקשת לצמצם האשמות-שווא והרשעות-שווא. שנית, עימות פנים-אל-פנים נותן לקובעי העובדות הזדמנות לבחון את התנהגותו של העד המפליל וגם את התנהגותו של הנאשם השומע את ההפללה, כדי לקבוע מהימנותו.<sup>350</sup> לעימות יש השפעה מרתיעה מרעת מפני מסירת עדות מפלילה שקרית.<sup>351</sup> התפיסה היא שנוכחות חיה של העד לא רק תורמת להגינות, אלא גם מסייעת בהגעה לאמת.<sup>352</sup> עדים עשויים לחוש אחרת לגבי עיוות העובדות כאשר הם חייבים להביט בנאשם. כך, עד עשוי להימנע מלהביט בעיני הנאשם, והדבר עשוי להשפיע על קביעת מהימנותו.<sup>353</sup> בית-המשפט העליון האמריקאי קבע כי הזכות לעימות פנים-אל-פנים חשובה בצורה מרעת להבטחת מהימנותם של הממצאים.<sup>354</sup>

העימות אינו מבטיח שהראיה תהיה מהימנה, אלא שהמהימנות תוערך באופן מסוים: בחקירה הנגדית.<sup>355</sup> החקירה הנגדית היא לרוב כלי חיוני לבחינת ראיות התביעה ולחשיפת בעיות בהן.<sup>356</sup> היא כוללת באופן פוטנציאלי מתקפה על מהימנות העד ועל אמינות עדותו, במגמה להביא לידי פקפוק בעד, לחתור תחת עדות מזיקה, להפיק אמירות מועילות, להזיק ליריב, לחזק תמיה ולהתייחס לסוגיה חשובה.<sup>357</sup> חקירה נגדית יכולה לבחור קווי מתקפה מגוונים על עד: להראות מניע שהוביל אותו להקצנת עדותו או לסילוף עובדות, כגון יחסים עם אחר או סיבה לעוינות כלפי הנאשם; להראות שהעד הורשע בעבר בעדות-שקר; להראות יכולת פגומה שלו לתפוס או לזכור את האירועים – למשל, עקב קוצר-רואי, מכשולים בזירת האירוע

350 Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1011; Cinella, לעיל ה"ש 163, בעמ' 142, 147.

351 White, לעיל ה"ש 169, בעמ' 428.

352 Gearson, לעיל ה"ש 53, בעמ' 469; Leader, לעיל ה"ש 41, בעמ' 312. לידר עצמה הסיקה כי

הערך של הנוכחות החיה אינו אמיתי, אלא מיתי. ראו שם, בעמ' 319.

353 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 305.

354 Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012, 1019 (1988). כנגד זה נכתב כי אין תימוכין אמפיריים להנחת

הריחוק החברתי, דהיינו, להנחה שלעֵד יהיה קשה יותר לשקר אם יתעמת ישירות עם הנאשם או

יצטרך להביט בעיני השופט, ולהנחה שעדות חיה מגבירה את יכולתם של צופים לזהות שקרים

בהשוואה לעדות מצולמת. Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 168–169.

355 Lyon & Dente, לעיל ה"ש 201, בעמ' 1186.

356 Smith, לעיל ה"ש 103, בעמ' 255.

357 Swerling, לעיל ה"ש 299, בעמ' 764.

המפריעים לראייה או לשמיעה, ועוד; להראות הצהרות קודמות וסותרות של העד או סתירות בין דבריו בחקירה הנגדית לבין דבריו בחקירה הראשית.<sup>358</sup> באמצעות כל אלה החקירה הנגדית יכולה לתקוף בחוזקה או "להרוג ברפות".<sup>359</sup>

החקירה הנגדית מסייעת בהגעה לאמת לא רק באמצעות הלחץ הכבד שהיא מפעילה על העד, אלא גם באמצעות הדרישה לפירוט, מתוך תפיסה שלשקר אין רגליים וסופו להתגלות. מבחינה פסיכולוגית, אמירת שקר מצריכה משאבים קוגניטיביים רבים יותר מאמירת אמת, ולכן שאלות מפתיעות מקשות עוד יותר את הניסיון להתאים את התשובות לתמונה המתגבשת. הוספת פרטים אינה נעשית בריק, ושיבוץ בעקיבות לנרטיב השקרי הולך ומסתבך.<sup>360</sup> במילים אחרות, עדות מוערכת כאשר היא עקיבה, מפורטת ועמידה בפני מתקפה, אלא שהצגת עדות עקיבה, מפורטת וחזקה מצריכה משאבים קוגניטיביים רבים יותר מעד שקרן הממציא את סיפורו מאשר מעד כן הנזכר בדברים. עד שקרן צריך לבנות קו עלילה, שעלול לקרוס תחת דרישת הפירוט, כאשר הוא אינו יודע מראש כיצד ישתלב כל פריט שיספק עם יתר הפריטים. צפיית השאלות בהמשך הינה מלאכה קשה, קשה בהרבה מזו של אומר האמת. אף אם עקיבות וזכירה חזקה של פרטי האירוע אינן פשוטות תמיד לדובר האמת, הן סבוכות בהרבה לשקרן, וחקירה ממושכת ומעייפת קשה לו יותר מאשר לדובר האמת.<sup>361</sup>

היה כמובן מי שהציע כנגד זה כי החקירה הנגדית אינה כה מועילה לחשיפת האמת כפי שטוענים, שכן היא משפיעה אך מעט על עד מוכשר או מוכן היטב, ממעטת להזים עדות-ראייה שגויה, ומועילה רק במעט לגבי עדים כנים עם זיכרון שגוי.<sup>362</sup> בהבליטה במידה דומה את שגיאותיהם של כנים ושקרנים כאחד.<sup>363</sup> מעבר לכך, נטען, החקירה הנגדית אינה מיועדת בהכרח לקידום האמת, משום שהיא מבקשת לשלוט בעד ומשקפת אינטרסים של צד בהליך לעומתי.<sup>364</sup> במשפט האמת חשילה מאור, ומטרתו של עורך-הדין היא לכופפה לכיוונו. למעשה, עורך-הדין יכול לעצב את החקירה הנגדית כך שהעד לא יצטרך או לא יזכה לדבר כלל, אלא רק יסכים או יתנגד לאמירות שהושמו בפיו. חקירה נגדית אפקטיבית פירושה ניצול כל נקודה של אי-ודאות, חוסר עקיבות וחוסר שכנוע. פירושה תקיפת אופיו של העד.<sup>365</sup> כך, המנגנון שנועד לכאורה לחשוף אמת עשוי להסתירה בנסיבות מסוימות. לעיתים מטרת החקירה הנגדית היא דווקא לעמעם את האמת,<sup>366</sup> ללכוד עדים, בעיקר כאשר הם דוברי אמת, באמצעות הגבלת המידע הרלוונטי ומסגור המידע כך שיהיה לא-שלם ולא-מדויק. ההשאה של עדים מעניקה לחוקר הזדמנות לעוות את האמת, וזמן ועצבים הם ידידיו הטובים בחקירה הנגדית.

358 Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1025–1027.

359 Raitt, לעיל ה"ש 81, בעמ' 742.

360 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 162–163.

361 Sanchirico, לעיל ה"ש 303, בעמ' 514–517, 522.

362 Migler, לעיל ה"ש 104, בעמ' 368; Jules Epstein, *The Great Engine that Couldn't: Science*, ; 368 *Mistaken Identifications, and the Limits of Cross-Examination*, 36 STETSON L. REV. 727, 766 (2007).

363 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 158.

364 Douglass, לעיל ה"ש 149, בעמ' 254.

365 Smith, לעיל ה"ש 103, בעמ' 280–281, 283, 290.

366 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 472.

לחץ וחוסר ודאות משפיעים מאוד על עדים, ויש המשנים את סיפורם בהשפעתם. שאלות מטעות עלולות לייצר תגובה שגויה. החוקר עשוי לפתח רק כמה נרטיבים שנבחרו היטב על-חשבון ההקשר הרחב והדיוק, ולהימנע מלשאול שאלות מסוימות עקב החשש מפני התשובה. יודגש כי אין מדובר בטקטיקה לא-אתית, אלא בגישה שמלמדים בספרי הדרכה.<sup>367</sup>

בין שהיא מכוונת לאמת ובין שהיא מכוונת לאינטרס, החקירה הנגדית אינה נעימה לשום עד, תהא עדותו אשר תהא. המשפט בכלל והחקירה הנגדית בפרט אינם אירועים רגועים ומהנים.<sup>368</sup> בית-המשפט הוא תמיד זירה מלחיצה לעדים. אף שהחקירה משתנה בהתאם לנחקר – יהא זה שוטר, מודיע משטרתי, שותף לעברה, מומחה או קורבן דובר אמת<sup>369</sup> – היא מיועדת במכוון לקרוא עליו וליגרם לו מצוקה. המטרה העיקרית של החקירה הנגדית היא לפגוע באמינות העדות, בשלמותה, במקצועיותה וכדומה, ומטרה זו מתנגשת ברצון להגן על העדים.<sup>370</sup> לעיתים כוחה של החקירה הנגדית נובע מהליך התשאול העוין.<sup>371</sup> התפיסה היא שמי שמצליח לעמוד בחקירה הנגדית – סביר שיאמינו לו. יש אף מי שמאמין כי מידת הפחדה מסוימת תוביל לאפקט חיובי של מהימנות ותבטיח אמירת אמת, וכי סימני מצוקה של העד עשויים דווקא לשכנע במהימנותו ולהוביל להרשעה.<sup>372</sup> מחקרים הראו כי הטראומה של תהליך ההעדה מול הנאשם מגינה על הנאשם מפני אישומי-שווא ומגדילה את הסיכוי לאמירת אמת.<sup>373</sup> כלומר, תגובת העד על לחצי החקירה הנגדית, שעולה מהתנהגותו, מספקת אינדיקציה למהימנותו.<sup>374</sup> העימות בין ההגנה לבין עדי התביעה מייצר בהכרח אי-נוחות לעד, והיו שכתבו כי חייבים לשמור עליה באמצעות "חקירה נגדית אגרסיבית", וכי כל חריגה מהנורמה המשפטית הלעומתית הזו מצריכה קביעה ספציפית שסבלו של העד צפוי להיות יותר מאשר טראומה מזערית ויותר מהלחץ הרגיל בבית-המשפט.<sup>375</sup> עוד ראוי להדגיש כי החוויה עשויה להיות לא-נעימה גם לחוקר. למשל, פרופסורית למשפטים שהיא סנגורית ציינה כי עימות עם מתלוננות אונס אינו נעים אפילו כאשר הנאשם חף, לא שכל שכן כאשר המתלוננות דוברות אמת, שאז החקירה הנגדית שלהן עלולה להיות מייסרת לסנגורית. אף-על-פי-כן, גם במחקרים כאלה על הסנגורית לשמוע, לשמור על קור-רוח ולא למצמץ.<sup>376</sup>

367 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 164–166.

368 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 474.

369 Smith, לעיל ה"ש 103, בעמ' 256.

370 Raitt, לעיל ה"ש 81, בעמ' 748.

371 Douglass, לעיל ה"ש 149, בעמ' 249.

372 Leader, לעיל ה"ש 41, בעמ' 321.

373 Cinella, לעיל ה"ש 163, בעמ' 147, 156.

374 Douglass, לעיל ה"ש 149, בעמ' 258.

375 Clair, לעיל ה"ש 107, בעמ' 733, 745.

376 Smith, לעיל ה"ש 103, בעמ' 265. סמית תיארה תיק שבו הנאשם התוודה לפניו והיא ידעה שהקורבן דיברה אמת. נימת החקירה הנגדית שניהלה כסנגורית הייתה רכה, והיא הצליחה לבסס את הנקודות שביקשה. הילדה חיבבה אותה וניגשה אליה בהפסקה לשיחת-חולין, ולא הבינה את קו החקירה, שיעדו נשמר לסיכומים. סמית הדגישה כי אף לסנגורים להתנצל בפני הנפגע, למרות רצונם – שם, בעמ' 277.

## (ג) שלילת החקירה הנגדית של ילד

בנוגע לחקירת ילדים נכתב כי יש לפחות שני צדדים לכל סיפור, וכי לנוכח חמקמקותה של האמת, התקווה היא למוצאה דרך התנגשות הוגנת של יריבים. אין זה מובן מאליו שראיון על-ידי מקצוען ניטרלי הוא כלי טוב יותר להגיע לאמת במקרה של ילדים עדים. ילדים צעירים נוטים לספק מידע מועט בלבד בזכירה חופשית, והם תלויים במבוגר שיחקור וידריך אותם בתהליך הזכירה. בהקשר זה נכתב כי מה שמחפשים הוא מה שמוצאים: הסנגור מחפש כמובן משהו שהמראיין לא,<sup>377</sup> ולבד מההנחיה שיש לו ואין לחוקר הילדים, יש לו גם ניסיון ומומחיות בדיוק באפיק של החקירה הנגדית בבית-המשפט. הטלת מגבלה על החקירה הנגדית לאחר הגשת ריאיון מצולם בוקרה בחריפות כפוגעת במערכת הלעומתית, תוך הדגשה שזו פיקציה משפטית ואף שקר לומר שהצהרה כזו היא אמינה עד כדי כך שבחינה לעומתית לא תשנה דבר בתפיסת אמינותה.<sup>378</sup>

ההסדר הישראלי שולל לחלוטין חקירה נגדית של ילדים או למצער שולל ממנה את כל מה שעשוי להופכה ל"כור היתוך". שלילה זו גורעת לא רק מההגנה, אלא גם – ואולי בעיקר – מבית-המשפט.<sup>379</sup> ניתן להציג קושיות לחוקר הילדים, אולם כמו בכל עדות-שמועה, מלאכת ההגנה על התזה המועלית בה היא פשוטה יחסית. קל הרבה יותר להגן על הטענה כי "הילד אמר לי שפלוני תקף אותו" מאשר על הטענה כי "פלוני תקף אותי". העד המגולל את עדות-השמועה "אינו נכנס לפרטים, אינו מיישב סתירות, איננו מבהיר נקודות סתומות או דו-משמעיות; הוא יכול להצטמצם בתשובה אחת שכך נמסרו לו הדברים ותו-לא... ואילו עד ראייה הנקרא להעיד במשפט עדות מקורית, החשש מפני חשיפת דברי שקר בחקירה שכנגד מהווה לגביו תמריץ להעיד אמת".<sup>380</sup> חקירת חוקר הילדים אינה מאפשרת לעמוד על איכות הזיכרון של הילד ושימורו, לבחון את דיוק העדות, לבדוק את האפשרות שהילד טעה בתום-לב או התבסס על היסק, וכדומה.

הדרך היחידה הפתוחה לתובע, לנאשם ולבית-המשפט להציג שאלות למתלונן היא לבקש זאת מחוקר הילדים, כעולה מסעיף 10 לחוק הגנת ילדים. אולם חוקר הילדים מוסמך כזכור להימנע מהצגת שאלות אשר יסבו לדעתו נזק נפשי לילד. אפילו בהנחה שהוא יציג לילד שאלות קשות, אין בכך כדי לשקם את הפגיעה הקשה באפקטיביות של החקירה הנגדית וביכולתה לחשוף את האמת. שליחת שאלות לפני שימוע אינה יכולה להחליף חקירה נגדית; אפילו החוקר המיומן ביותר אינו יכול לשרטט מראש תת-שאלות לכל שאלה.<sup>381</sup> פרט לכך, להבדיל ממאמר תגובה אקדמי, שנכתב לאורך זמן ומשקף הרהור ממושך של מחבר או מחברים, לחקירה הנגדית בבית-המשפט יש בהכרח שני צדדים, והיא משקפת שיח מתמשך,

377 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 954–956.

378 שם, בעמ' 967, 984.

379 ראו סטרשנוב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 485–486. מאמר זה נכתב על-ידי שופט מזווית שיפוטית, והדגש במאמר הוא לחלוטין בפגיעת ההליך המיוחד ביכולתו של בית-המשפט להגיע לאמת.

380 הרנון "הכלל הפוסל", לעיל ה"ש 155, בעמ' 85.

381 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 169.

דיאלוג, ולא נאום. חקירה זו היא לעיתים קרובות עניין של מומנטום,<sup>382</sup> וכוחה שעון על הדינמיקה שבין החוקר לבין הנחקר, על המתח באוויר ועל ציפיית השומעים לקבל תשובות מהירות ועקיבות. קצב השאלות משפיע על מציאת העובדות,<sup>383</sup> ולעיתים מהירות התשובה היא מדד מכריע לנכונותה. מצב שבו יעד נשבר בחקירתו הנגדית ומודה כי הפלתו הייתה שקר הוא בעיקרו עניין לתסריט הוליוודי;<sup>384</sup> אך גם ללא רגעים הוליוודיים וללא תוצאה כה מובהקת,<sup>385</sup> החקירה הנגדית חושפת חוסר עקיבות<sup>386</sup> ויכולה להפיק ניצחון דרמטי, שאולי לא יבוא לידי ביטוי בשבירתו של העד, אך בהחלט בשתיקתו, בגמגומו וברפיון דיבורו. עד מפליל שאינו מצליח להשיב בקלות, במהירות ובביטחון על שאלה שלפי ההיגיון של הגרסה שהציג הוא אמור להיות מסוגל להשיב עליה כאמור – מספק לצד האחר בסיס אינטואיטיבי לטעון נגד אמינות גרסתו. והנה, העברת שאלות דרך מתווך פוגעת בטכניקות של העמסה קוגניטיבית, כאשר היא גורעת מן הקצב. חוסר עקיבות עולה כאשר עדי-שקר צריכים להשיב מהר על שאלות באופן שיתאים לנרטיב. תהליך התיווך מאט את התשואול ולפיכך גם מקטין את העומס הקוגניטיבי, וכך העד מסוגל לעיתים להתאים את השקר.<sup>387</sup>

מעבר לכך, כדי להגיע לניצחון, אין די בהצגת שאלה מסוימת כשלעצמה, כאשר דובר השקר מסוגל לעיתים להגן על שקריו; דרושה מיומנות חקירה גבוהה, ולא פחות ממנה – הניעה גבוהה. הריאיון מבקש להשיג את המידע שזכרון הילד מסוגל להפיק; מטרתו אינה לקרוא תיגר על דיוק הזכירה או להציע שהילד עשוי לשקר או לטעות. סנגורים, לעומת זאת, תוקפים מהימנות של עדים, משום שזה תפקידם בשיטה הלעומתית – תפקיד המתחדר לנוכח כוחה של התביעה ורצונה לנצח.<sup>388</sup> לחוקר הילדים אין הניעה לחשוף את הילד כשקרן, בוודאי לא בשלב שבו כבר הוגש כתב אישום, ובעיקר לא לאחר שהוא עצמו העיד על התרשמותו החיובית מגרסת הילד. לחוקר הילדים אין אינטרס בהרשעה, להבדיל מהחוקר המשטרי, אולם בשלב זה יש לו בוודאי אינטרס אישי להוביל לתוצאה שתצביע על כך שעמדתו המקצועית אינה שגויה. תבוסת התביעה – היא תבוסת הילד – היא תבוסת החוקר.

#### (ד) שלילת העדות בבית-המשפט – סיכום-ביניים

בהעדר חקירה ראשית, חקירה נגדית וכמובן גם חקירה חוזרת, המתקפה על הבית שנבנה ועל איתנותו נהפכת למתקפת-רפאים, כנגד בנאי ובית שאינם נוכחים. במקום דיבור עם העדים, מסתפקים בדיבור עליהם עם נציגים שלא הם מינו. הביקורתיות מצטמצמת בהכרח כאשר היא מופנית לנציג, בעיקר בהינתן שהנציג אינו מתיימר להגן על התוכן, אלא לכל-היותר על

382 השוו ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 305.

383 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 167.

384 ראו, למשל, את הסרט **עד התביעה** ("Witness for the Prosecution") (ארתור הורנבלאו ג'וניור, 1957). על הסרט ראו Jennifer L. Mnookin & Nancy West, *Theaters of Proof: Visual Evidence and the Law in Call Northside 777*, 13 YALE J.L. & HUMAN. 329, 351 (2001).

385 השוו Schauer, לעיל ה"ש 336, בעמ' 1194–1195.

386 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 161.

387 שם, בעמ' 170.

388 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 473, 475.

התרשמותו לחיוב מתוכן שהוצג במישרין רק לו. כבר קרה שעדות של ילד דרך החוקר הובילה להרשעה, בעוד עדותו של אותו ילד בבית-המשפט לאחר שבגר הובילה לזיכוי, תוך מתיחת ביקורת על עבודתו של חוקר הילדים ועל ההסדר כולו.<sup>389</sup> בעיית הנציג מוגברת בהינתן שמדובר בנציג מקצועי, אשר מיומן בהתמודדות עם חקירות נגדיות. קשה להניח באופן גורף שחקירה נגדית של הילד לא הייתה מסוגלת לעורר ספק בדבר אמינותה של התזה העובדתית המוקדמת.<sup>390</sup>

בהמשך לכך, אף שהעדרה של חקירה נגדית (או של חקירה נגדית אפקטיבית) אינו מאפיין ייחודי של ההסדר הנבחן, אין פירושו הדבר שכך ראוי.<sup>391</sup> העובדה שפגיעה מסוימת עולה גם בהקשרים אחרים אינה מצדיקה אותה. מופעים נוספים של בעיה אינם הופכים אותה למשהו אחר לכך מ"בעיה", אלא רק מעידים על רוחבה. אדרבה, הבעיה היא שמערכת המשפט מצדיקה או מתרצת העדר פתרונות בקיומן של בעיות דומות רבות,<sup>392</sup> והבעיות האחרות נהפכות לחלק מהרטוריקה השיפוטית כסיבה לא להתמודד עם הבעיה; רוחב הבעיה נהפך לבעיה עצמאית.<sup>393</sup>

## 5. דרישת הסיוע כערוכה לאמת

כל חריג לכלל האוסר קבלת עדות-שמועה מעביר את בית-המשפט מדיון במישור הקבילות לדיון במישור המשקל.<sup>394</sup> באשר לעדות ילד, משקלה עשוי להיקבע, בין היתר, לאור הספונטניות של התיאור הראשון של הניצול, העקיבות של התיאור וההלימות של אוצר המילים לתיאור המפליל.<sup>395</sup>

באופן כללי, מישור המשקל מוצג זה שנים רבות על-ידי בית-המשפט העליון כפתרון חלופי לפסילת ראיות, כהתמודדות שיפוטית מקצועית עם הבעיה הראייתית. אולם הסרת מגבלות משיקול-הדעת השיפוטי בקביעת העובדות אינה תורמת בהכרח לדיוק העובדתי ולהשגת צדק. חרף הניסיון הנצבר של השופטים ומקצועיותם, גם הם מועדים לטעויות

389 הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 164–165. הרנון תיאר במאמרו בהרחבה את השתלשלות העניינים בת"פ (מחוזי נצ') 490/86 מדינת ישראל נ' זגורי (לא פורסם, 16.10.1988).

390 שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174, בעמ' 335.

391 העדר הייחוד הועלה בעבר על-ידי בית-המשפט כתשובה לטענות הגנה בדבר פגיעה בחקירה הנגדית: "הבעייתיות הכרוכה בהעדתו או אי העדתו של 'נותן אימרה', שאימרתו כשרה כראיה כשלעצמה מכוח חריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, אינה מיוחדת ל'הודעת-קטין-בפני-חוקר-נוער'; והיא עשויה להתעורר בכל מקרה שבו ניתן להגיש אימרה כאמור ויחד עמה גם להעיד את האומר כמו, למשל: כאשר מוגשת כראיה אימרתו של 'קרובן-של-אלימות' שניתן להעידו". עניין פלוני, לעיל ה"ש 73, פס' 5 לפסק-דינו של השופט קדמי.

392 השוו לסיורבו של השופט גרוניס למנוע אכזריות כלפי אווזים בהנמקה שאכזריות קשה לא פחות קיימת כלפי עגלים ותרנגולות. בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 212, פס' 9–10, 17, 31 לפסק-דינו של השופט גרוניס (2003).

393 הרדוף "התעללות ראויה?", לעיל ה"ש 9, בעמ' 221–222.

394 הרנון "הכלל הפוסל", לעיל ה"ש 155, בעמ' 88.

395 Dunn, לעיל ה"ש 67, בעמ' 210.

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

ולהטיות.<sup>396</sup> הטלת מגבלות על שיקול-הדעת השיפוטי עשויה לצמצם את הטעויות וההטיות.<sup>397</sup> מגבלות כאמור נתפסות או מוצגות על-ידי בית-המשפט לא אחת כהפרעה טכנית לאמת, אולם בצדק כתב השופט ש' לויין כי מחסומים ראייתיים מהווים ערובה למניעת טעות ושרירות ולסטנדרטיזציה בקביעת העובדות, ואילו דווקא הסרתם עלולה להוביל לעיוותי-דין.<sup>398</sup> רעיון המשקל הגמיש מקנה כוח גדול לערכאה הדיונית על-חשבון היכולת של כללים פורמליים להפחית טעויות במשפט.<sup>399</sup>

אומנם, בענייננו לא הותר המחוקק את שאלת ההכרעה למישור המשקל בלבד, וביקש לייצר ערובה ראייתית נוספת כדי לצמצם את החשש מהרשעת חפים. כאן נכנס לפעולה מישור דיות הראיות: דרישה פורמלית המופנה לתביעה ולבית-המשפט לתוספת ראייתית לראיה העיקרית, בגין החשד שהראיה העיקרית מוטה, שקרית, פגומה או מטעה.<sup>400</sup> זה המצב גם במדינות אחרות שבהן עדות-שמועה של ילד מתקבלת.<sup>401</sup>

דרישת הדיות אינה חופפת את דרישת האשמה מעבר לספק סביר, אלא נוספת עליה. עצם קיומה מאותת על ספק מערכתי שמא אסטרטגיית ההכרעה במשפט הפלילי כשלעצמה לא תצליח להגן כראוי על חפים מפני הרשעות-שווא; ומכיוון שהגנה ראויה היא חיונית, שיטת המשפט מוכנה לשלם בעבורה מחיר של התרחקות מהאמת.<sup>402</sup> הדיות מגבילה את שיקול-הדעת השיפוטי כצורת "פיקוח על הפעלת אסטרטגיות הכרעה".<sup>403</sup>

קיימים שלושה סוגים של תוספות ראייתיות: סיוע, חיזוק ודבר-מה. מבין אלה, הסיוע נחשב בבירור התוספת הגדולה והמהותית ביותר – ראיה חיצונית המסבכת את הנאשם באופן עצמאי, להבדיל מראיה אשר רק מאמתת גרסה מפלילה.<sup>404</sup> מחסור בסיוע יוביל לזיכוי אפילו כאשר בית-המשפט משוכנע באשמת הנאשם.<sup>405</sup> בהסדר שנבחן במאמר זה הראיה העיקרית היא עדות-שמועה, כמודגש לעיל, ואין אפשרות להתרשם בצורה ישירה מהעד ולחקור בחקירה נגדית. לפיכך סעיף 11 לחוק הגנת ילדים מכונן דרישת סיוע המקנה לנאשם מעין פיצוי על הפגיעה הקשה בו.<sup>406</sup> דרישת הסיוע מתכתבת לכאורה עם שני ליקויים פוטנציאליים

396 בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות 173–182 (2014) (להלן: סנג'רו הרשעת חפים מפשע).

397 מנשה קבילות ראיות, לעיל ה"ש 155, בעמ' 205, 234–238.

398 ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309, פס' 3–6 לפסק-דינו של השופט לויין (1988).

399 עניין ז'אפר, לעיל ה"ש 236, פס' 2 לפסק-דינו של השופט לויין.

400 PETER MURPHY, MURPHY ON EVIDENCE 590 (10th ed. 2008).

401 Anderson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 2129.

402 דרון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים" קרית המשפט א 307, 312 (2001).

403 מנשה "שיקול דעת עובדתי", לעיל ה"ש 228, בעמ' 91–92.

404 יאיר הורביץ "ראיית הסיוע במשפט הפלילי – מגמות חדשות" משפטים ט 249 (1979); שלמה ניסים "מקומה הדיוני של דרישת הסיוע בהליכים פליליים" עיוני משפט יב 621 (1987); גבריאל הלוי תורת דיני הראיות כרך ד 591–600, 606–626 (2013); קדמי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 181–336.

405 ע"פ 389/73 בן-לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 489 (1974).

406 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 309–313.

בעדות: היותה עדות-שמועה, מצד אחד, והגעתה מילד שהינו במקרים רבים מתחת לגיל האחריות הפלילית, מצד אחר.<sup>407</sup>

ניתן לגרוס כי אין זה פתרון ממשי לצמצום הסיכוי להרשעת חף. ניתן לסבור כי דרישת התוספות הראייתיות אינה נותנת מענה מספק לסיכון של הרשעת חפים, ואינה בוחנת ברצינות את השערות החפות לגבי הנאשם.<sup>408</sup> הסיוע נקבע בהתאם לזירת המחלוקת, אשר משתנה מטיבה מתיק לתיק, מה שמותיר גמישות רבה לבית-המשפט, לרבות בקביעת המועד שבו זירת המחלוקת מוגדרת.<sup>409</sup> מעבר לכך, הואיל והחוק אינו מגדיר "סיוע" מהו, כאשר בית-המשפט מעוניין ללכת אחר הראייה העיקרית חרף הבעייתיות הגלומה בה, אין זה סבוך מבחינתו למצוא בראיות אחרות את התוספת המבוקשת.<sup>410</sup> כך, אין תמה שלעיתים עדות-שמועה אחת מסייעת לעדות-שמועה אחרת: עדות ילד אחד לפני חוקר ילדים, שמוגשת ללא חקירה נגדית, פותרת את הקושי של עדות ילד אחר לפני חוקר ילדים, שמוגשת אף היא ללא חקירה נגדית.<sup>411</sup> בית-המשפט מפחית בתפקידו המהותי וההוכחתי של הסיוע,<sup>412</sup> ומסתפק בראיות שאינן מסבכות את הנאשם כשלעצמן,<sup>413</sup> תוך תפיסת דרישת הסיוע כמשהו שעלול למנוע הוכחת פשעים חמורים הנעשים נגד ילדים.<sup>414</sup> הדרישה מפצה כביכול את הנאשם על שלילת זכות העימות. אולם הפגיעה במישור הדיוני מתבטאת בצמצום האפשרות האפקטיבית להצביע על שקרים, אי-דיוקים וטעויות של העד, בעוד הפיצוי במישור הראייתי מניח שבית-המשפט כבר מאמין לעד, וכל שנותר כעת הוא להצביע על תימוכין חיצוניים לגרסתו. הדרישה מסיטה את הדיון למחוז שאיש אינו מעוניין בו באמת – מחוז התימוכין.<sup>415</sup> כאשר בית-המשפט אינו מאמין לילד, העדר סיוע יכול לשמש הנמקה לזיכוי, אך אין בו צורך. לעומת זאת, קריאת פסיקה בנושא מותירה לא אחת את הרושם שכאשר בית-המשפט מאמין לגרסת הילד, דרישת הסיוע נתפסת כמשהו שדקדוק בו עלול להפריע לחשיפת האמת ולעשיית צדק, ולא כערוכה אמיתית

407 ס' 55 לפקודת הראיות מחייב חיזוק כתנאי להרשעה הנסמכת על עדות ילד מתחת לגיל האחריות, וזאת בהנחה שהוא מעיד בבית-המשפט. ראו דוח רוטלוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 276–277.

408 דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר במשפט הפלילי – מידת ההוכחה מעבר לספק סביר וההבחנה בין זיכוי מחמת הספק לזיכוי מוחלט 127–128 (2017).

409 ראו ע"פ 6813/16 נחמני נ' מדינת ישראל, פס' 18–35 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 17.9.2018).

410 השוו בועז סנג'רו "עדות שותף לעבירה – יעילות מול אמת (על ביטול הלכת קינזי)" ספר גבריאל בכ 335, 343–344 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים, 2011); שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174, בעמ' 341–342.

411 ראו, למשל, ע"פ 4009/90 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מז(1) 292, 306 (1993). בית-המשפט מוסמך כמובן להכריע אחרת – ראו ע"פ 4649/01 אסולין נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 616, 623–624 (2001).

412 ראו עניין מזרחי, לעיל ה"ש 7, פס' 1–4 לפסק-דינה של השופטת ביניש.  
413 למשל, עפ"א 2652/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 10.12.2012).

414 ראו עניין מזרחי, לעיל ה"ש 7, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

415 הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 154–155; ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 310. מאידך גיסא, במקרים רבים דרישת הסיוע מונעת העמדות לדין – ראו שם.



להגינות כלפי הנאשם וכגורם שמוביל לביקורתיות כלפי גרסת הילד, כתחליף ממשי לחקירה הנגדית.

להבדיל, ניתן לסבור כי דרישת הסיוע מכבידה על המדינה לא לצורך. ככל דרישה לתוספת ראייתית, היא מבקשת לצמצם את הסיכוי לטעות מסוג הרשעת-שווא. אף שסיכוי זה מצטמצם בהכרח לנוכח הטלת דרישה נוספת על התביעה ועל בית-המשפט בדרך להרשעה, ניתן לסבור כי הצמצום אינו מידתי. כאשר עדות משכנעת לחלוטין של קורבן אינה מספקת להרשעה, פירוש הדבר במקרים רבים הוא הימנעות מהעמדה לדין מלכתחילה או זיכוי בהעדר תוספת ראייתית גם כאשר בית-המשפט התרשם מצילום חקירת הילד כי גרסתו מהימנה ביותר.<sup>416</sup> התובנה שנוקדה של דרישת הסיוע רב מתועלתה הובילה בעבר לביטולה בנוגע לעדות של שותף לעברה<sup>417</sup> ובנוגע לעדות של מתלוננת בעברת מין.<sup>418</sup> אילו היה הילד יכול להעיד, ייתכן שהחקירה הנגדית לא הייתה מצליחה להטיל ספק בגרסתו, והיה אפשר להרשיע את הנאשם שפגע בו גם ללא הצבעה על ראייה מסייעת.

#### ד. מבט באיזון וחלופות אפשריות

פרק א למאמר תיאר את ההגנה המיוחדת הניתנת לילדים מתלוננים, בדמות חקירתם על-ידי מי שאינם שוטרים והאפשרות למנוע כליל את עדותם בבית-המשפט. צוין, מצד אחד, כי הגנה זו שוללת חוויה שעשויה להיות בעלת ערך למתלונן; מצד אחר, שההגנה צרה מאוד ותלויה בתנאים מצטברים, ומותירה לפיכך נפגעי עברה רבים לבררת-המחדל של חקירה משטרתית והעדה בבית-המשפט; ומצד שלישי, שההסדר החרגי חל גם במצב שבו הוא אינו מגן על המתלונן. פרק ב הראה את פגיעתו הקשה של ההסדר בזכות הנאשם להליך הוגן, ובעיקר בזכותו להתעמת עם מאשימו ולערוך לו חקירה נגדית, תוך הבלטת חריגותיה של הפגיעה בזכות לחקירה נגדית במצב שבו עד התביעה חי, זמין וצפוי לשתף פעולה. פרק ג עסק בניסיון לחילוף האמת, תוך דיון ביקורתי בהנחה שניתן לעשות כן מחוץ לכותלי בית-המשפט. הפרק האיר את מבחני ההוכחה שההסדר מוותר עליהם: החקירה הראשית תחילה, על מבחן הבנייה שאינו פשוט כלל; והחקירה הנגדית בהמשך, שהיא כור ההיתוך של האמת בשיטה הלעומתית. הודגשה חולשתן של החלופות – החקירה של חוקר הילדים או בקשה להצגת שאלות נוספות לילדים באמצעותו – כאמצעי לעמידה על דיוק העדות ושלמותה. דרישת הדיות אומנם מקשה במשהו על התביעה, ובכך תורמת לנאשם, אך לא בטוח שהיא מקדמת את חשיפת האמת.

לב ההסדר לא עבר שינויים דרמטיים בישראל כבר כשישים שנה. לנוכח הקשיים שאותרו בהשגת כל אחת מתכליות ההסדר, ראוי לבחון ברצינות כיוונים לשינוי.

כיוון אחד של שינוי אפשרי עולה מפרק א: חיזוק ההגנה על נפגעי עברה ילדים, על נפגעי עברות מין ועל נפגעי עברות פגיעים, אם בגין העברות שחוו (למשל, עברות מין ואליומות), אם

<sup>416</sup> להצעה להחלפת דרישת הסיוע בדרישת החיזוק הצנועה ראו דוח רוטלוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 245–246, 268–269.

<sup>417</sup> ס' 54א(א) לפקודת הראיות; ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(1) 62 (1993).

<sup>418</sup> ראו א' לסלי סבה "עבירת האונס – מגמות משפטיות וקרימינולוגיות" פלילים ג 46, 75–76 (1992).

בגין מצבם הקוגניטיבי (למשל, מוגבלים בשכלם ובנפשם) ואם בגין אירוע שאינו קשור (דוגמת אובדן משפחתי). כיוון זה מצריך שקידה בשני האפיקים שבהם ההסדר הנוכחי מקדם את התכלית האמורה: מצד אחד, לוודא שהחקירה המשטרית תהיה רגישה למתלוננים, ומצד אחר, לתור אחר דרכים לצמצום הטראומה שבחווית העדות בפרט והמשפט בכלל. עברות פליליות רבות הינן טראומטיות מאוד לנפגעייהן; החקירה והמשפט הפליליים אינם צריכים להוסיף על החוויה הקשה, אלא לרככה ולסייע בריפוייה. בנקודת הקיצון כיוון זה עשוי להציע מניעת עדים פגיעים מלהעיד במשפט והסתפקות בחקירתם על-ידי חוקרי העדים ובהגשת צילום של החקירה המוקדמת לבית-המשפט, וזאת בין שמדובר בילדים ובין שבבגירים, בין בעברות מיין ובין בעברות קשות אחרות. אף שכרוכה בכך פגיעה בזכות להליך הוגן וביכולת השיפוטית להגיע לאמת, מדובר בפגיעות שהמערכת נוטה להשלים עימן בהקשר שנבחן במאמר, ומתבקש להציע להשלים עימן גם בהקשרים דומים אחרים.

כיוון נגדי פשוט מסתמן מרוחו של פרק ב: ביטול ההסדר המיוחד וחזרה לבררות-המחדל של החקירה והמשפט הפלילי.<sup>419</sup> זאת, לנוכח התפיסה שההסדר הישראלי משקף איזון קיצוני מדי לרעת נאשמים – הסדר מהפכני שהתקבל בצעדי ענק, ולא בזהירות ותוך התחשבות אמיתית בשיקולי-הנגד ובעקרונות-יסוד.<sup>420</sup> בנקודת הקיצון כיוון זה עשוי להציע יצירת לעומתיות כבר בשלב החקירה המשטרית, כך שהעדות המפלילה תצטרך לעמוד בעימות ובכור היתוך מסוים כבר בשלב זה (וזאת לא רק לגבי עדים ילדים, כמובן);<sup>421</sup> ובהמשך הדרך צמצום האפשרות לקבל עדויות-שמועה, כגון אמרת חוץ של עד, כך שהעד המפליל יצטרך לספק בבית-המשפט את מלוא הסיפור המפליל. בנקודה מתונה יותר ניתן להשוות את ההסדר לזה שמעוגן בחוק הליכי חקירה והעדה, אשר מתיר העדה של מוגבלים בשכלם ובנפשם, ובמקביל מאפשר לבית-המשפט לפטור אותם מעדות במקרים מיוחדים.

ההסדר שנבחן במאמר חשוב לא רק כשלעצמו. האיזונים שהוא משקף בין זכויות, אינטרסים וערכים הם מהותיים, ומאירים הן הסדרים מיוחדים אחרים והן את בררות-המחדל בדין הישראלי. האיזון בכל הסדר דינו-ראייתי עשוי להשתנות בעקבות חשיבה מחדשת. הפרק הנוכחי, האחרון במאמר, יבחן בקצרה חמישה אפיקים לשינוי ההסדר הנדון ולשיפורו: סטנדרטיזציה פורמלית של הריאיון; עדות מוקדמת או שימוע; הליך שיפוטי רגיש ומותאם; עדות במעגל סגור; ומינוי חוקר ספקן. כל אפיק, בתורו, מאיר אפשרויות לשינוי ולשיפור גם בהסדרים אחרים.

## 1. סטנדרטיזציה פורמלית של הריאיון

אפיק שינוי אחד, שהוא מתון יחסית לכל אלה שיידונו אחריו, ואשר יכול גם להתווסף עליהם, הוא סטנדרטיזציה פורמלית של הריאיון המוקדם עם הילד. כאשר אין להגנה אפשרות לקיים חקירה נגדית ואין לבית-המשפט אפשרות להתרשם בצורה ישירה מהעד, חשיבות הריאיון מכרעת לא רק לגבי ההעמדה לדין, אלא גם לגבי ההרשעה. הואיל והריאיון הוא בכירור נקודת

419 להצעות שהועלו ברוח זו ולדחייתן ראו ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 331.

420 הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 172.

421 מדינות רבות שמתירות תיעוד וידיאו של עדות ילדים דורשות את נוכחות הנאשם בהקלטה, ולנאשם ניתנת הזכות לחקור את הילד בחקירה נגדית. Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 819.

המוקד, והואיל ובמקרים לא-מעטים נמתחה עליו ביקורת חריפה,<sup>422</sup> ראוי לייצר לגביו הליך קפדני יותר,<sup>423</sup> ולהגדיר דרישות-סף ברורות לתפקיד כה חשוב ורגיש כתפקידו של המראיין.<sup>424</sup>

חוק הגנת ילדים אינו יוצר סטנדרטים בנושא, ומותיר לחוקרי הילדים מרחב ניכר. בישראל צוין כבר בשנת 1988 כי אין היגיון או שיטתיות בהחלטות שונות של חוקרי ילדים, כגון ההחלטה המכרעת אם להעיד את הילד.<sup>425</sup> בחלוף שלושים שנה, בשנת 2018, חרף קיומם של נוהלי עבודה ומדריך לחקירת ילדים, התריע בית-המשפט המחוזי על העדר תורת עבודה משותפת סדורה והעדר אמות-מידה להחלטות מכריעות, דוגמת ההחלטה על נוכחות הורים בחקירת הילד וההחלטה אם להעיד את הילדים במשפט, ולנוכח זאת קרא למשרד הרווחה לשקול הקמת ועדה ציבורית בנושא.<sup>426</sup>

סטנדרטיזציה פורמלית פירושה אי-הסתפקות במדריך לחקירת ילדים, ויצירת חקיקה, תקנות או למצער הנחיות פורמליות ושקופות. יש לקצור תובנות של העוסקים בתחום – חוקרי הילדים מצד אחד והמשפטנים מצד אחר – ולתווך בין המשפט הפלילי לבין המומחיות המקצועית. הספרות המקצועית בתחום עשירה למדי, ותובנותיה רבות. למשל, הוצע להקפיד שהמראיין יהיה בלתי-מודע לחשדות, הן לגבי אדם מסוים והן לגבי האירוע הנטען, יאפשר לילד להתבטא בחופשיות, ויהיה ער לתגובותיו הפיזיות על דברי הילד;<sup>427</sup> להימנע משימוש בכמה מראינים ולהיצמד למראיין מיומן אחד;<sup>428</sup> לתעד את כל שלבי החקירה, ולא רק את הריאיון המצולם, בין היתר כדי לוודא ולהוכיח שהילד לא היה חשוף להשאה לפני הריאיון;<sup>429</sup> לעקוב כמה פעמים תושאל הילד, מהן ההיפותוזות של המראינים ואילו סוגי שאלות הוא נשאל, ולבחון את העקיבות של הדיווח שלו לאורך זמן;<sup>430</sup> לתעד את סיפור הילד במדויק ובשלמות,<sup>431</sup> ולשים לב כיצד נלמד המידע;<sup>432</sup> לבקש מהילד להסביר את ההבדל בין

422 הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 152.

423 Dunn, לעיל ה"ש 67, בעמ' 213.

424 הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 159–162.

425 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 324.

426 עניין ד', לעיל ה"ש 196, בעמ' 297–298.

427 Dunn, לעיל ה"ש 67, בעמ' 213–214.

428 Myers, Taint Hearings, לעיל ה"ש 1, בעמ' 923–924; Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 824.

429 Montoya, Pretrial Interrogation, לעיל ה"ש 8, בעמ' 973–974.

430 Stephen J. Ceci & Maggie Bruck, Suggestibility of the Child Witness: A Historical Review

and Synthesis, 113 PSYCHOL. BULL. 403, 433 (1993).

431 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 306.

432 מחקר על ראיונות של חוקרי ילדים ישראלים שהשווה בין הרישומים של החוקרים לבין הקלטות של הראיונות הראה כי החוקרים השמיטו מן התיעוד חלקים משמעותיים מסיפוריהם של הילדים מבלי לדווח על כך, ולא הצטיינו בזכירת הסיפור שסופר להם. מחקרים אחרים הראו כי מבוגרים – בעיקר אימהות אבל אפילו מראינים מקצועיים – אינם מצטיינים בזכירת פרטי השיחות עם ילדים. דאגה גדולה הובעה מכך ששתי הקבוצות לא זכרו איך הן למדו על המידע, דהיינו, אם הילד סיפר להם את הדברים מעצמו או שמא בעקבות שאלה ספציפית שהם שאלו אותו. Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 235–238.

אמת לשקר, ולוודא שהוא מבין את משמעותו;<sup>433</sup> להקפיד על אווירה נינוחה ועל ביסוס זיקה עם הילד, על שפה שהולמת את התפתחות הילד ועל טכניקות מסוימות של שאלות; להסביר לילד את מטרות הריאיון וכלליו, להשתמש בשאלות פתוחות וכלליות, ולהימנע משאלות מדריכות ומשיאות, מדיון על מגע טוב ומגע רע, משימוש בעזרים חזותיים ומשאלות מרובות חלקים; להסביר לילד את ההליכים המשפטיים; ולסיים את הריאיון באופן פורמלי.<sup>434</sup> סטנדרטיזציה פורמלית של הריאיון תגרע מעט מהגמישות, אך תתרום הרבה לשקיפות ולוודאות. היא עשויה להוביל לעבודה מנהלית משובחת יותר, מצד אחד, ולפיקוח וביקורת מהודקים והוגנים יותר עליה, מצד אחר. בכוחה להועיל לחוקרי הילדים בעבודתם, לתביעה בהחלטתה אם להעמיד לדין, להגנה בחקירה הנגדית של חוקרי הילדים, לבית-המשפט בדרכו אל האמת, ואפילו לילדים, שעלולים להיפגע כבר בשלב זה, כעולה מפרק א. סטנדרטיזציה של הריאיון אינה כה סבוכה, לנוכח עשרות שנות הניסיון שנצברו עד היום. למשל, פירוט השיקולים אם להעיד את הילד הינו אפשרי בהחלט.<sup>435</sup> לנוכח מרכזיותו של חוקר הילדים בהליך,<sup>436</sup> ניתן גם לשקול להעביר החלטות שונות מהחוקר אל השופט.<sup>437</sup> לסטנדרטיזציה פורמלית של חקירת ילדים יש חסרונות, ובראשם צמצום שיקול-הדעת החקירתי ואובדן חלק מהגמישות, אולם יש לה גם יתרונות. סטנדרטיזציה כזו עשויה להוות מקפצה והשראה לחקירה המשטרית, שגם לגבי היבטים מרכזיים בה אין כיום סטנדרטים פורמליים. לנוכח חשיבותה העצומה של החקירה המשטרית, סטנדרטיזציה שלה עשויה להועיל מאוד בהקשרים רבים. מבט בזווית הצרה יחסית של חקירת הילדים עשוי לפתוח פתח למבט בזווית הרחבה והחשובה של החקירה המשטרית.

## 2. הליך שיפוטי מוקדם

קצת לאחר לידתו של סעיף 10א לפקודת הראיות הוצע בספרות לנקוט הליך של עדות מוקדמת – שהיא סוג אחר של עדות-שמועה – כחלופה של הרע במיעוטו למצב שבו העד שהפליל בחקירה אינו משתף פעולה בבית-המשפט והזכות לחקירה נגדית נפגעת.<sup>438</sup> האם ניתן ליישם רעיון דומה בענייננו?

433 Lyon, לעיל ה"ש 300, בעמ' 1025, 1039, 1047, 1057, 1063.

434 Nancy E. Walker & Matthew Nguyen, *Interviewing the Child Witness: The Do's and the Don't's, the How's and the Why's*, 29 CREIGHTON L. REV. 1587, 1588, 1590–1591, 1593–1603 (1996).

435 עבודת השטח העשירה במחקרו של ניצן הצביעה על תשעה שיקולים: הנוק הנפשי הצפוי מהעדות; החשש להרעת היחסים במשפחת הילד עקב המשך העיסוק באירוע; גילו הביולוגי של הילד ומצבו ההתפתחותי, הרגשי והנפשי; החשש לפגיעה בתפקודו המיני של הילד בעתיד; חומרת העברה; האמון שהחוקר נותן בעדות הקטין; הזמן שיחלוף ממועד העברה ועד ליום המשוער של מתן העדות; עמדתם של הורי הילד בנוגע להעדתו במשפט; והכרחיות העדתו של הילד להרשעה. ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 324. ניצן גרס כי חלק מהשיקולים הללו זרים לחוק ולרוחו – שם, בעמ' 324–325.

436 הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 157–158.

437 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 331–332; הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 157–158, 175.

438 זלצמן "גבייה מוקדמת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 595, 599, 604–605.

בארצות-הברית מדינות שונות מתירות עדות מוקלטת של הילד כעדות מוקדמת, ובהמשך דורשות חקירה נגדית. מדינות מסוימות מתירות להגיש עדות מצולמת כתחליף לעדות ראשית, וכך להגנה יש הזדמנות כפולה לערוך לילד חקירה נגדית – הן בהקלטה והן במשפט. מדינות אחרות מאפשרות להגיש הצהרה מצולמת של הילד, ומתירות להגנה לחקור את הילד בחקירה נגדית על הדוכן; אם הילד עבר חקירה נגדית במעמד הצילום, הוא לא יעיד במשפט ולא תותר חקירה נגדית נוספת.<sup>439</sup> חלק מהתנגדותם של חוקרי הנוער להעדת ילדים התבססה על הריחוק בין חקירת הנוער לבין המשפט, כך שככל שהריחוק מצטמצם, גם ההתנגדות להעדת הילד אמורה להצטמצם עימו.<sup>440</sup> ניתן גם להיעזר במודל האמריקאי של מרכזי ההגנה לילדים, המשתמשים במראה חד-כיוונית כדי ליהנות מתרומתם של גופי החקירה והתביעה השונים לאורך הליך החקירה.

הליך שיפוטי מוקדם אחר, שנקרא Taint Hearing,<sup>441</sup> מבקש לבחון את כשרות הילד ולוודא שכל אחת מהצהרותיו מחוץ לאולם היא אמינה במובן זה שהיא לא זוהמה על-ידי מבוגר.<sup>442</sup> נכתב כי כאשר נערך שימוע כזה, יש להזמין מומחה מיוחד – מומחה לפסיכולוגיה, לסטטיסטיקה, לשיטות ניסוי ולראיונות ילדים – שיפקח על השימוע, כדי לאפשר החלטה מיועצת אם הריאיון היה משיא. פיקוח כזה יגן גם על הילד וגם על הנאשם.<sup>443</sup> עוד הוצע כי לפני המשפט יראיין שופט את העד מול המצלמה כדי לקבוע את מידת פגיעותו – מעין קדם-משפט לקביעת פגיעות העד – ואם ימצא כי העד עלול להיפגע מחקירת סנגורו של הנאשם בעתיד, יורה השופט על חקירתו המיידית על-ידי התובע ועל-ידי פרקליט ממונה.<sup>444</sup> שימוע מוקדם יכול לשמש גם לפתרון הבעיה של אובדן זיכרון טווח ארוך, בעיקר אצל ילדים רכים. אובדן זה מוביל לחקירה לא-אפקטיבית בחלוף חודשים, ולפיכך היה מי שהציע כי הילד יעיד בשלב מוקדם, ויוכפף לחקירה נגדית, וברגיל לא יתבקש להעיד בהמשך.<sup>445</sup> כן הוצעה האפשרות של עריכת משפט זוטא בעל אופי לא-פורמלי (evidence on commission) וקבלה של הצהרה מוקדמת כראיה במשפט הראשי.<sup>446</sup>

יצוין כי הפרוצדורות המוקדמות הללו אינן בשימוש רחב בארצות-הברית, בין היתר משום שגם כאשר נעשה בהן שימוש, הילד צריך להיות זמין לחקירה נגדית.<sup>447</sup> הזכות החוקתית

439 Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 822–823.

440 ראו סטרשנוב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 488. סטרשנוב הציע להשתמש בהליך זה לגבי עדויות ילדים – שם, בעמ' 489. גם ראשת השירות לחקירות ילדים כתבה כי עדות יכולה להיות חוויה תורמת לילד, אך אחד התנאים לכך הוא סמיכות זמנים בין האירוע לבין לחקירה. ראו צור, לעיל ה"ש 28, בעמ' 42.

441 Myers, Taint Hearings, לעיל ה"ש 1, בעמ' 890; Anderson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 2129.

442 Montoya, Pretrial Interrogation, לעיל ה"ש 8, בעמ' 984. השוו הצעתו של ניצן לאפשר התרשמות ישירה מוקדמת של השופט מהילד – ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 332.

443 Gillette, לעיל ה"ש 271, בעמ' 537.

444 Clair, לעיל ה"ש 107, בעמ' 738–742. השוו ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 328.

445 Montoya, Pretrial Interrogation, לעיל ה"ש 8, בעמ' 968–971. ראו גם הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 169–171.

446 Raitt, לעיל ה"ש 81, בעמ' 746.

447 שם.

האמריקאית של הנאשם לעימות מצמצמת את החלופות לעדות ילדים.<sup>448</sup> אצלנו המצב המשפטי שונה מאוד לרעת הנאשם, ולכן כל שינוי שיגדיל את הביקורתיות כלפי גרסת הילד יתרום לנאשם ואולי גם לבית-המשפט בנסיונו להגיע לאמת. ניתן למשל לחשוב על שופט שמביט בריאיון המצולם בזמן-אמת מבעד לחלון או אפילו באופן גלוי, תוך אפשרות – מתוכנת או ישירה – להציג לילד שאלות. כיוון זה אינו שווה-ערך לחקירה נגדית סנגוריאליית במשפט לאחר הכנה ושקידה, ואפילו אינו הליך לעומתי כמו זה שנערך במדינות שונות בארצות-הברית,<sup>449</sup> אך עדיין הולך צעד לכיוון הגברת הביקורתיות.

המודל של עדות מוקדמת עשוי לסייע בפתרון בעיות זכירה ולצמצם את המתח הכרוך בהמתנה למשפט.<sup>450</sup> ניתן לצעוד צעד נוסף ולגבות עדות בחדר קטן עם מראה חד-צדדית, שתאפשר לנאשם, לתובע, לסנגור ולשופט לצפות בריאיון; מראיין מיומן ישוחח עם הילד לבדו, חמוש באוזנייה, שתאפשר לו לשמוע את הצדדים ולשלוט בחקירה, והשופט יכריע אילו שאלות אינן מותרות.<sup>451</sup> הצעה מפורטת להליך של עדות מוקדמת בהקשר זה נדונה בישראל לפני שנים רבות, אך לא קודמה.<sup>452</sup>

כמובן, יש חסרונות לאפיק זה. הילד לא יוכל להימנע ממפגש עם הסנגור וממתן מענה לשאלותיו; אולם הקרבה בזמן לתלונה ולחקירה תאפשר לו בוודאי להגיע חזק יותר לתהליך העדות הן – מבחינה נפשית והן מבחינת כוח הזיכרון ודיוקו. מבחינת ההגנה, יריעת המחלוקת אינה פרושה בפירוט לפני ההגנה בשלב זה, ואף אין לה גישה לחומרי החקירה לפני הגשת כתב האישום.<sup>453</sup> פירוש הדבר הוא שהאפקטיביות של החקירה הנגדית מצטמצמת בהכרח. חרף זאת, מבחינת ההגנה לפחות, ייתכן שמוטב מוקדם מאשר לעולם לא. מבחינת בית-המשפט, סיום פרק העדות המפלילה הראשית בוודאי ייעל מאוד את ההליכים הבאים.

אפיק זה זורה אור על הליך העדות המוקדמת הקיים כיום, אשר אפשר שניתן לשפרו, וכן על הליכים שונים שניתן להקדים למשפט, דוגמת הכרעה בקבילותן של ראיות מסוימות לפני המשפט.<sup>454</sup>

### 3. הליך שיפוטי רגיש ומותאם

אפיק השינוי הראשון שנבחן לעיל – סטנדרטיזציה של חקירת הילד – אינו כולל בהכרח מעורבות שיפוטית בזמן-אמת. אפיק השינוי השני שנדון מניח את הגברת המעורבות

448 Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 818. בעבר אף סירבו בתי-משפט מסוימים להתחשב בצרכיו של הילד העד וברצון למנוע ממנו מבוכה או טראומה נפשית, וזאת בשם זכותו של הנאשם להתעמת עימו במישרין – שם, בעמ' 809.

449 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 965.

450 השוו ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 303, 327–328.

451 Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 824–825.

452 הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 171–172.

453 ראו ס' 74 לחסד"פ.

454 בנוגע לפסילת ראיות לפני ההליך ראו, למשל, ת"פ (שלום ת"א) 19159-05-16 מדינת ישראל נ' סולימנוב (פורסם בנבו, 31.12.2017); ת"פ (שלום ת"א) 44002-09-16 מדינת ישראל נ' וקנין (פורסם בנבו, 24.4.2018).

משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

השיפוטית בזמן-אמת, אך אינו כולל בהכרח מעורבות סנגוריאלי ממשית. האפיק השלישי, שיידון כעת, ממקם את עצמו בבית-המשפט, תוך פגיעה הוכחתית לעבר כור ההיתוך של המשפט – החקירה הנגדית – אך זאת במגמה ערכית רגישה כלפי העד, תוך התבוננות רחבה על החוויה המשפטית.

ילדים "קופאים" על הדוכן מסיבות מגוונות, כגון הכנה בלתי-מספקת, עוינות, טראומה ועוד.<sup>455</sup> על רקע זה היו מי שטענו כי אם מכינים את הילדים היטב למשפט ומספקים להם תמיכה בתהליך, רובם מעידים ביעילות ובלו נזק נפשי מתמשך.<sup>456</sup> התביעה היא באופן טיפוסי הגוף שיש לו גישה לילד ואשר יכול לסייע בהכנתו לעדות.<sup>457</sup> גם קליניקות בבתי-ספר למשפטים יכולות לתרום את חלקן, כפי שאכן קורה בארצות-הברית.<sup>458</sup> המערכת יכולה לנקוט אסטרטגיות להפחתת חרדה אצל ילדים עדים; לספק להם חינוך על מערכת המשפט, מתוך תפיסה שמי שמבין את ההליך יחשוש ממנו פחות; ללמדם להתמודד עם רגשות; לפתח זיקה בין הילד לבין התביעה; וכמובן לאפשר סביבה מתאימה.<sup>459</sup> אשר לא רק תשמור על הילד, אלא גם תגביר את שלמות העדות ודיוקה.<sup>460</sup> כלומר, ייתכן שניתן להעצים ילדים מבלי לפגוע באינטרסים של ההגנה, ולצידם בכלים להתמודד עם חקירה נגדית.<sup>461</sup> פילוט בקנדה אכן הצליח מאוד בהכנת ילדים לחוויית העדות. במסגרתו הסבירו לילדים את ההליכים ואת תפקידם, לימדו אותם טכניקות להפחתת לחצים ולהתמודדות עם שאלות מטעות, סיפקו להם תמיכה לפני העדות, במהלכה ואחריה, ובסופו של דבר הצליחו להפחית את הלחץ של הילדים בבית-המשפט.<sup>462</sup> הפחד להיות בבית-המשפט ולהעיד מוחרף לעיתים בחקירה הנגדית, אשר נעה בין מטרידה לבין בלתי-ניתנת להבנה.<sup>463</sup> אולם כאשר ילדים מוכנים היטב ונוח להם עם כוח-האדם והתהליך, עדותם משכנעת יותר.<sup>464</sup> הכנה היא מפתח אפשרי לשיפור.<sup>465</sup> היו שהציעו גם למנות עורך-דין לילד הקורבן, אשר יספק לו מידע וחמלה וישמור על זכויותיו.<sup>466</sup>

455 Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 262.

456 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 474; Till, לעיל ה"ש 48, בעמ' 651.

457 Cooper, לעיל ה"ש 37, בעמ' 269, 271.

458 במדינות שונות בארצות-הברית פותחו תוכניות חדשניות לסייע לילדים בהליך המשפט. קליניקות בפקולטות למשפטים פתחו "בתי-ספר לבית-משפט" שבהם סטודנטים מלמדים ילדים נאשמים, עדים וקורבנות על בית-המשפט ועל ההליך המשפטי, כדי להגביר את בטחונם של הילדים ולצמצם את חששם מבית-המשפט ומהלא-נודע. Till, לעיל ה"ש 48, בעמ' 652–653, 655.

459 Thoman, לעיל ה"ש 42, בעמ' 246, 249, 251, 255, 265–266.

460 Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 817.

461 Till, לעיל ה"ש 48, בעמ' 657.

462 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 972. למודל של מונטויה להעצמת ילדים עדים ראו Jean Montoya, *On Truth and Shielding in Child Abuse Trials*, 43 HASTINGS L.J. 1259 (1992).

463 Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 259.

464 Berliner, לעיל ה"ש 292, בעמ' 170.

465 הרנון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 166.

466 Cooper, לעיל ה"ש 37, בעמ' 244, 275; Till, לעיל ה"ש 48, בעמ' 655.

הצעה זו מעניינת ומאתגרת מבחינת השלכותיה על הדיון הפלילי, שככלל אינו מקנה מעמד לקורבן.<sup>467</sup>

שימת-לב מיוחדת נדרשת לניהול החקירה הנגדית. בהקשר זה נכתב כי אף שחקירה נגדית יכולה לטשטש את האמת, הפתרון אינו להשמיץ את המניע מאחוריה, אלא לשלוט בעורכי-דין שחורגים מן המותר.<sup>468</sup> על בית-המשפט להתערב כדי למנוע יחס לא-הולם אל העד,<sup>469</sup> בוודאי אם הוא ילד.<sup>470</sup> הלחץ כשלעצמו אינו מחיר גבוה מדי לעד,<sup>471</sup> אך ברי שיש לרסן את הסנגור.<sup>472</sup> ייתכן שיש לדרוש מסנגורים לעבור הכשרה בחקירה נגדית של ילדים רכים.<sup>473</sup> זהו גם אינטרס של הסנגור, שכן חקירתו עלולה לייצר אנטגוניזם שיפגע בנאשם.<sup>474</sup> באופן כללי, ולא רק לגבי ההסדר הנדון, יש ערך בסטנדרטיזציה של כללים לחקירה נגדית.<sup>475</sup> כמובן, לשופטים יש אחריות שילדים יקבלו יחס נאות בבית-המשפט.<sup>476</sup> עליהם לשלוט כראוי בחקירה הנגדית כדי להגן על ילדים, לאפשר קריאת תיגר על נכונות העדות אך למנוע שאלות שהילד אינו יכול להבין,<sup>477</sup> שאלות שגורמות לילדים מתח מיותר ומעוותות את חיפוש האמת.<sup>478</sup> הטלת מגבלת זמן נראית צודקת ונחוצה. גם מתן מעמד לנציג משפטי מטעם הילד, שאולי אף יועמד לרשות הילד על-ידי המדינה בהתאם לסעיף 3(ב)(5) לחוק הסיוע לקטינים, הינו אפשרות שראוי לשקול.

אפיק זה מבקש לקצור את התועלת וההגינות שבחקירה הנגדית אך למזער ולמנוע נזקים לילד העד. חיסרון אפשרי מובהק של הליך כזה הוא שהילד צריך לעבור חקירה בבית-המשפט. אפילו חקירה רגישה עודנה קשה, מה-גם שלא תמיד יצליח בית-המשפט להגן על הילד מפני הקושי שבחוויה. מעבר לכך, ידיעת הילד על החקירה הצפויה עלולה להדיד שינה מעיניו

- 467 הצעה זו נדונה בקצרה ונדחתה. ראו דוח רוטלוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 232.
- 468 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 475.
- 469 Raitt, לעיל ה"ש 81, בעמ' 750.
- 470 ראו סטרשנוב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 490–492; צור, לעיל ה"ש 28, בעמ' 42.
- 471 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 474.
- 472 Hill & Hill, לעיל ה"ש 38, בעמ' 822–823.
- 473 Raitt, לעיל ה"ש 81, בעמ' 741.
- 474 Montoya, *Pretrial Interrogation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 945.
- 475 דוגמאות לכללי חקירה נגדית בקרולינה הדרומית, ופירוט המותר והאסור בחקירה, ראו אצל Swerling, לעיל ה"ש 299, בעמ' 779–786.
- 476 Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 277. היו שהציעו להכשיר בתי-משפט מיוחדים להתמודדות עם מקרים המְעַרְבִים ילדים עדים. ראו Till, לעיל ה"ש 48, בעמ' 655.
- 477 מחקר שבחן חקירות של עדים קטינים בעברות מין הראה כי ברוב המקרים התנגדו הילדים למתקפה על מהימנותם, בעיקר כאשר המתקפה הייתה כללית יותר, וההתנגדות עלתה ככל שהשאלות היו קשות יותר להבנה. עוד הראה המחקר כי נעשה שימוש תדיר בשאלות המציגות דרישות לא-מציאותיות לגבי יכולת הזכירה של ילדים. Zsófia A. Szojka et al., *Challenging the Credibility of Alleged Victims of Child Sexual Abuse in Scottish Courts*, 23 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 200 (2017).
- 478 Myers, *Cross-Examination*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 475–476. בקליפורניה חוק הראיות מחייב את בית-המשפט להגן על ילד מתחת לגיל ארבע-עשרה מפני מבוכה או הטרדה בחקירה, דוגמת שאלות חוזרות, ולוודא שהשאלות יותאמו לרמתו הקוגניטיבית. California Evidence Code § 765(b) (2017).



משפט וממשל כא תש"ף הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)

בהמתנה למבחן המצפה לו. מאידך גיסא, שנתם של הקורבנות ממילא מודדת במשפט הפלילי, אפילו מבלי שיעידו, וזאת במתח לקראת הכרעת הדין, בהמשך לקראת מתן גזר-הדין, ומאוחר יותר אף לקראת הערעור (והשחרור מהכלא). דווקא ההשתתפות הממשית במשפט עשויה להחזיר לילד תחושה של שליטה מסוימת בגורלו, לאפשר לו חוויה מזככת ומפגש ישיר עם השופט – מפגש שעשוי אף להוביל לעונש חמור יותר לעבריין.

מבט רחב יותר יכול להציע שראוי לשקול סטנדרטיזציה משפטית של תהליך ההעדה והחקירה בבית-המשפט. העדר ההסדרה של המותר והאסור בחקירה, מצד אחד, ושל יחסם של עורכי-הדין לעדים ולשופט ושל השופט לעדים ולבאי-כוחם, מצד אחר, מוביל מן הסתם לחוויות קשות ומשפילות. שוב, ההתבוננות על ההסדר הנוכחי מאירה חלק רחב וחשוב מתמונת ההליך המשפטי שכיום אינו מוסדר, ואשר עשוי להפיק תועלת רבה מהסדרה פורמלית.

#### 4. עדות במעגל סגור

אפיק שינוי נוסף שאבחן אינו סותר את קודמו, אך מציע שינוי סביבתי מרכזי במגמה להגן על העד, לצד סירוב לוותר על החקירה הנגדית: עדות במעגל סגור (CCTV).

באופן כללי, בית-המשפט אינו יכול לסלק נאשם רק משום שנוכחותו מפחידה עד או מתלונן, אולם המצב שונה במקרים של מתלונן פגיע במיוחד, כגון ילדים.<sup>479</sup> עדות במעגל סגור – להבדיל ממיסוך, שכרוך בכל-זאת בקרבה פיזית של הילד לנאשם, גם אם הוא אינו חוזה בו ואינו חולק עימו אותו מרחב – מבקשת לחסוך מהילד את חוויית הקרבה לנאשם ולמנוע ממנו מצוקה רגשית חמורה.<sup>480</sup> עדות כזו שוללת את העימות, אך מאפשרת את החקירה הנגדית.<sup>481</sup> מעגל סגור מאפשר להגן על הילד ובו-בזמן להתיר חקירה נגדית בידי הסנגור והתורמות ישירה מהילד,<sup>482</sup> תוך שימוש בשידור חד-כיווני או דו-כיווני.<sup>483</sup> כך גם הדיוק בעדות עשוי לגדול.<sup>484</sup> הנאשם יכול לצפות בעדות ולתקשר עם סנגורו, אשר נוכח במקום גביית העדות.<sup>485</sup> במדינות מסוימות, כדרום-אפריקה, כל השאלות לילד מנותבות דרך מתווך, מה שמסיר את החשש לדיאלוג לא-פורי בין הסנגור לילד ומפחית את חוויית

479 Clair, לעיל ה"ש 107, בעמ' 730–731.

480 Leader, לעיל ה"ש 41, בעמ' 315–318, 326.

481 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 326.

482 ראו Laureen A. D'Ambra, *The Importance of Conducting In-Camera Testimony of Child Witnesses in Court Proceedings: A Comparative Legal Analysis of Relevant Domestic Relations, Juvenile Justice and Criminal Cases*, 19 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 323, 333 (2014).

483 ראו Joseph Meyer, *Confronting Victims: Why the Statements of Young Victims of Heinous Crimes Must Still Be Subject to Cross-Examination*, 98 MINN. L. REV. 2408, 2428–2429, 2433 (2014).

484 Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 222. מן הצד האחר ראו שם, בעמ' 223.

485 ראו Hagen, לעיל ה"ש 164, בעמ' 473–474.

הקורבנות המשנית.<sup>486</sup> ניתן גם להציע שהשאלות יסוננו מראש על-ידי השופט, כדי לצמצם את הסיכוי שהן יהיו פוגעניות, אף שכיוון זה סבוך מאוד לנוכח הדינמיות של החקירה הנגדית.<sup>487</sup> בארבעים ושש מדינות בארצות-הברית יש חוקים שמתירים עדות ילד במעגל סגור.<sup>488</sup> מדובר עדיין בסטייה מכללי העדות הרגילים, ולכן היא אינה אוטומטית: כדי שההליך יתרחש, דרושה קביעה שיפוטית מפורשת – על בסיס עדות ספציפית של מומחה – שעדות הילד בבית-המשפט תגרום לו מצוקה נפשית חמורה עד כדי כך שהוא לא יוכל לתקשר.<sup>489</sup> הטכנולוגיה המודרנית, שמתירה שידור בזמן-אמת של קול ותמונה יחד עם יכולת מיידית לחקירה נגדית, נהפכה למקבילה התפקודית של הזכות לעימות פנים-אל-פנים.<sup>490</sup> במקומות שבהם הילדים יכולים לבחור אם להעיד בבית-המשפט או במעגל סגור, תחושת השליטה שלהם הובילה, כך נכתב, לתוצאות טובות יותר מבחינתם ומבחינת מערכת המשפט.<sup>491</sup>

כמובן, הליך זה אינו נקי מבעיות ומקשיים. מעגל סגור מגביל מאוד את האפשרות לצפות בהתנהגות העד: נקודת-המבט תלויה לגמרי בזווית הצילום, במיקוד ובעוצמת השמע. שינוי קל בזווית ובתאורה עשוי להשפיע על תפיסת המהימנות.<sup>492</sup> היו שטענו כי מעגל סגור מפר את זכות הנאשם ועלול להגביר את הסיכוי להרשעות-שווא, וכי הספקת אמצעי מיגון לצד שוחקת את חזקת החפות.<sup>493</sup> ומחליפה אותה בחזות של אשמה,<sup>494</sup> בשולחה מסר תת-הכרתי למושבעים שהעד זקוק להגנה מהנאשם.<sup>495</sup> אחרים כתבו שיש להיזהר מלייחס משקל לאמצעי המיגון,<sup>496</sup> שמדעי החברה תומכים בכך שהליכי מיסוך אינם יוצרים דעה קדומה, שהמעגל הסגור עלול דווקא לצמצם את החיבור והאמפתיה של קובעי העובדות כלפי העד, ושהנטייה להרשיע גוברת בעדות חיה של ילדים, לעומת מעגל סגור או מיסוך, במצבים שבהם זו העדות היחידה.<sup>497</sup>

מעגל סגור הינו חלופה רווחת כיום בעולם, אולם כאשר היא נבחנה בספרות בישראל, היא הייתה בחיתוליה.<sup>498</sup> כיום הטכנולוגיה מתקדמת בהרבה, וניתן לקצור את התובנות מנסיון של מדינות רבות שמחילות הסדר כזה. אומנם, לאחר כשבעים שנה ללא אפשרות משפטית לנקוט אפיק זה בישראל, נכנס לתוקפו, באוגוסט 2017, תיקון מס' 17 לחוק הגנת ילדים, שלפיו אחד

486 Raitt, לעיל ה"ש 81, בעמ' 748.  
 487 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 327.  
 488 Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 258–259.  
 489 Chase, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1012–1019; Rowlands, לעיל ה"ש 96, בעמ' 297. התקדים האמריקאי המפורסם הוא Maryland v. Craig, 497 U.S. 836, 856 (1990).  
 490 Rowlands, לעיל ה"ש 96, בעמ' 302.  
 491 Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 275.  
 492 Cinella, לעיל ה"ש 163, בעמ' 157–158.  
 493 לניסיון לתרגום מעשי של חזקת החפות ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405 (2003).  
 494 Grearson, לעיל ה"ש 53, בעמ' 498.  
 495 Cinella, לעיל ה"ש 163, בעמ' 158–159.  
 496 Bala, לעיל ה"ש 80, בעמ' 328; Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 215.  
 497 Rowlands, לעיל ה"ש 96, בעמ' 299; Marsil et al., לעיל ה"ש 43, בעמ' 216–220; Raeder, לעיל ה"ש 40, בעמ' 260, 271. עוד ראו Carlton, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1478.  
 498 הרון "עדות ילדים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 166–167.

התנאים שחוקר הילדים יכול להציב לעדותו של ילד, וכעת אפילו הראשון ברשימה, הוא "גביית העדות שלא בנוכחות הנאשם, אלא בנוכחות סניגורו, באמצעות מערכת טלוויזיה במעגל סגור או בדרך אחרת".<sup>499</sup> אולם יש לשים לב לשוני הדרמטי בין המשטר הישראלי החדש לבין משטרים אחרים בעולם: בישראל לא נדרשת קביעה שיפוטית – על בסיס עדות מומחה ספציפית – בנוגע לתחזית של מצוקה נפשית חמורה של הילד, וממילא הקביעה אינה בידי בית-המשפט; הכוח עודנו לחלוטין בידי חוקר הילדים. הלה קיבל כלי נוסף למאגר הכלים המיוחדים שעל בסיסם ישקול אם להתיר את העדות, אולם שום גורם אינו יכול לכפות עליו בחירה בכלי זה. פרט לכך, בישראל שימוש בכלי זה הינו לכאורה צעד לטובת זכות העימות, לעומת מניעת עדות בבית-המשפט באופן מוחלט; ואילו במדינות אחרות השימוש בכלי הינו בבירור צעד לטובת הילד, על-חשבון זכות העימות של הנאשם, לעומת עדות רגילה בבית-המשפט.

אפיק שינוי זה משליך אף הוא על הסדרים אחרים. מי שמוצא כי עדות במעגל סגור היא תחליף ראוי לעדות חיה עשוי לתמוך בקיומה גם בהסדרים אחרים. כלומר, הליכי מעגל סגור עשויים לשמש אף בתיקים של עדים בוגרים, נפגעי מין<sup>500</sup> ואחרים.<sup>501</sup>

## 5. החוקר הספקן

ייתכן שהפתרון הראוי לבעיית העדר החקירה הנגדית בבית-המשפט היא להפוך את החקירה בידי חוקרי הילדים ללעומתית יותר. אפיק שינוי זה, האחרון שאבחן כאן, אינו מבוסס על מודל קיים, אך הוא מתכתב עם ההנחה השיפוטית שהאמת נאמרה מחוץ לכותלי בית-המשפט. הנחה זו אינה נחלתו הבלעדית של ההסדר הנבחר; היא עולה במשתמע גם לגבי גרסאות אחרות שהוצגו במשטרה, כגון הודיית חוץ של נאשם ואמרה בכתב של עד, לפי סעיפים 12 ו-10א לפקודת הראיות, בהתאמה. לאמרות מפלילות במשטרה יש לעיתים כוח ומשקל עצומים בבית-המשפט.<sup>502</sup> קיימת השקפה מעניינת שלפיה החקירה המשטרית היא למעשה כור ההיתוך ומרכז-הכובד האמיתי של המשפט.<sup>503</sup> השקפה זו ניתנת לנסות לבסס על קרבת החקירה לאירוע – שמבטיחה כי הזיכרון עודנו טרי, מצד אחד, וכי לא הייתה עדיין לעדים שהות מספקת להתארגן ולרקום שקר מבוסס, מצד אחר – ועל העדרו של "גורם מפריע" כסגור. אם ההשקפה האמורה אכן נכונה, היא מטילה צל כבד על ההליך המשפטי הפלילי בכללותו ועל הטעם בו. אם הזירה הטובה ביותר לאיתור אמת ושקר היא המשטרה, ולעיתים לא-רחוקות תוצריה של זירה זו מכריעים גם את הקרב בזירת בית-המשפט, עולה התהייה מה צורך יש בבית-המשפט.

499 ס' 2(ד)1 לחוק הגנת ילדים.

500 Leader, לעיל ה"ש 41, בעמ' 328; Norman, לעיל ה"ש 105, בעמ' 714.

501 Cinella, לעיל ה"ש 163, בעמ' 137. פסק-הדין המרכזי בנושא הוא United States v. Gigante, 971 F. Supp. 755 (E.D.N.Y. 1997).

502 שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174, בעמ' 327.

503 פלפל, לעיל ה"ש 312, בעמ' 491.

כמובן, קיים בסיס גם להשקפה נגדית, שלפיה חלקים מכריעים באמת אינם נחשפים בחקירה המשטרית. בין היתר ניתן לסבור כי גם בקרבה לאירוע עדים לוקים בהטיות ובטעויות;<sup>504</sup> כי עדים מסוימים מצליחים לייצר שקרים מפלילים כבר בחקירה – למשל, במגמה להטיל את האחריות על חבריהם;<sup>505</sup> כי הלחץ הכבד למצוא אשמים עלול לפגוע בצדק;<sup>506</sup> כי טכניקות משטריות שמתיימרות להבחין בין אמת לשקר אינן מדויקות;<sup>507</sup> כי המשטרה חופשית מדי מפיקוח על אופן חקירתה;<sup>508</sup> וכי בהעדר גורם הגנתי שיכול ורוצה לפקפק בתמונה שמוצגת לחובת המופלל, קל הרבה יותר לבנות תמונה משכנעת ולהחמיץ את חלקיה הבעייתיים.<sup>509</sup>

אף שהחקירה אינה אמורה לצאת מנקודת-הנחה מאשימה, אלא לבדוק הנחות עובדתיות מגוונות במגמה אובייקטיבית ככל האפשר להגיע לאמת, לעיתים מתפתחת קונספציה מסוימת, זווית-ראייה צרה (tunnel vision), שהחוקר מתקשה להשתחרר ממנה. לנוכח החשש שמגמתיות בחקירה המשטרית תוביל בהמשך לאישום-שווא ולהרשעת-שווא, הוצע כי כמו מדען המבקש לבחון את התזה שלו באמצעות הניסיון להפריכה, תקדיש גם המשטרה משאבים כדי לנסות להפריך את הנחת-העבודה המפלילה.<sup>510</sup> הוצע לייצר תפקיד שיטורי או תביעתי כללי של קריאת תיגר על התיק המתגבש.<sup>511</sup> גם בישראל, במגמה לצמצם את הסיכון של הרשעת חפים ולהגדיל את הביטחון בצדקת ההרשעות, הוצע למנות לצוות החקירה חוקר שתפקידו יהיה לחפש ראיות המוכיחות כי החשוד דווקא חף, בדומה לצוות "איפכא מסתברא" במודיעין הצבאי.<sup>512</sup> זאת, מתוך הבנה שקשה עד בלתי-אפשרי לאדם אחד למלא תפקידים הפוכים, של חיפוש ראיות לאשמה לצד חיפוש ראיות לחפות, ותוך הבנה שתפקיד מופשט של "חיפוש האמת" אינו מציאותי. נכתב כי אף שיש לכך מחיר כלכלי, זהו מחיר שראוי לשלמו.<sup>513</sup>

504 למשל, בנוגע לזיהוי חזותי, ראו דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 205, 208–209, 238–243 (2005); Sarah L. Grusin, A ; (2014) 1, 8–9, 21 (2014) *Recognition Intentionally Evoked: Extending Daubert to Eyewitness Identifications*, WILLAMETTE L. REV.

505 עניין מחוזי באר-שבע, לעיל ה"ש 145, פס' 15 לפסק-דינו של השופט לוי.

506 השוו מרדכי קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם" משפט וממשל ב 159, 160–161 (1994).

507 למשל, Louis M. Natali, Jr., *Can We Handle the Truth?*, 85 TEMP. L. REV. 839, 841–842 (2013).

508 שטיין "פרשנותו הראויה של סעיף 10א", לעיל ה"ש 174, בעמ' 350–351.

509 איתן מגן "הזכות ליצוג בפלילים" הפרקליט מד 243, 245–246 (1999). השוו עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 138, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

510 ANTONIO LAMER, THE LAMER COMMISSION OF INQUIRY PERTAINING TO THE CASES OF: RONALD DALTON, GREGORY PARSONS AND RANDY DRUKEN 132 (2006).

511 Kent Roach, *Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes*, 35 N.C. J. INT'L L. & COM. REG. 387, 418–419 (2010).

512 בסרט **מלחמת העולם Z** (בראד פיט ואח', 2013) מוצגת קטסטרופה עולמית שהמדינה היחידה שחזתה אותה בהצלחה ונערכה לה היא ישראל, וזאת הודות לשיטת "האיש העשירי": כאשר תשעה אנשים מגיעים לאותה מסקנה, ממונה אדם עשירי המתבקש לבחון בפתיחות אפשרויות אחרות.

513 סגירו הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 396, בעמ' 186–188.

אפיק זה מעניין במיוחד בענייננו, בהינתן שהחקירה חשובה לא רק משום שהיא מובילה את המשטרה והתביעה למסקנות, אלא גם משום שהיא ההזדמנות היחידה לחקור את המתלונן. אם נפתח את האפיק לענייננו, בכל תלונה על עברת מין בילד, לאחר שיתברר אם החוקר האחראי נוטה להאמין לילד או לא להאמין לו, והרכה לפני ההחלטה אם להעמיד את החשוד לדין או לסגור את התיק, ימונה חוקר נוסף, שתפקידו יהיה להציע בחינה ביקורתית של אותה נטייה וקווי חקירה קונקרטיים לקידום הביקורת.<sup>514</sup>

לחוקר הספקן תהיה גישה בזמן-אמת לכל חומרי החקירה – לגרסות הילד, לגרסות החשוד, לטענות הסנגור, לראיות אחרות שעלו, וכן לקו המתגבש בידי החוקר הראשי. החוקר הספקן יוכל לרכוש הכשרה בחקירת ילדים, ולקבל גישה עצמאית לילד. להבדיל מעורך-דין עם סדר-יום, חקירה בידי חוקר ספקן מקדמת את הסיכוי לקבל תשובות לשאלות בהקשר המלא, ולמנוע היטפלות לזוטות והכנסת מילים לפי הנחקר.<sup>515</sup>

לחלופין, אם יוחלט להגביל את חשיפת הילד לחוקר אחד, יוכל החוקר הספקן לנסח רשימת שאלות, והחוקר הראשי יצטרך ככלל להציגן לילד. החוקר הראשי יהיה מוסמך לנסח מחדש חלק מהשאלות, תוך ציון מדויק של העניין בפרוטוקול החקירה, כך שמצד אחד לא תיערך חקירה נגדית מדריכה ומכשילה, כפי שקורה בבית-המשפט, אך מצד אחר תהיה אפשרות, שחסרה כיום בבית-המשפט, לקבל תשובה עניינית. החוקר הספקן יצטרך לעבור הכשרה משפטית ולהיות מצויד בכלים ספקניים מתאימים, לרבות תודעה סנגוריאלי, בצד רגישות ואמפתיה. אין כל הכרח שהחוקר הספקן יפעל רק לקידום חזקת החפות; ניתן להציע שכאשר החוקר הראשי אינו מאמין לילד, יבחן החוקר הספקן ברצינות את ההנחה שהילד דובר אמת. כך יצמצם החוקר הספקן לא רק את הסיכוי להאשמת-שווא, אלא גם את הסיכוי לסגירת-שווא של תיק.

לרעיון האמור יש פוטנציאל לתרום לכל אחת משלוש המגמות שנבחנו במאמר. באשר לראשונה, הרעיון מגן על הילד מפני שתי פגיעות פוטנציאליות בנפשו – זו של העימות החזותי עם הנאשם וזו של החקירה הנגדית בבית-המשפט. אף שהילד עשוי להידרש להשיב על שאלות ביקורתיות (יותר), השואל יהיה איש-מקצוע אמפתי, הזירה תהיה סוערת פחות, ולא תהיה לה המשכיות בזמן המשפט.

באשר למגמה השנייה, הפוטנציאל של אפיק זה לקידום ההגינות הינו גבוה במיוחד משום שהוא פועל לא רק בזמן המשפט, אלא גם לפני ההחלטה על העמדת החשוד לדין. אומנם, זכותו של הפרט להליך הוגן אינה זוכה במענה מלא, ונוסף על כך הנאשם אינו חווה בזמן-אמת את מה שהוא זוכה בו. בכל תיק שבו יוחלט לבסוף להגיש כתב אישום, הידיעה בדבר פעולתו של החוקר הספקן לא תנחם את הנאשם, וההגנה לא תוכל לחקור את המתלונן. אולם הגינות ההליך נבחנת לא רק דרך חוויותיהם של חשודים ונאשמים, אלא גם דרך עיניו של מי שבוחן ברצינות קווי חקירה הגנתיים ומציב בזמן-אמת קושיות וביקורת בפני ההפללה. חשש אחר הוא

514 בית-המשפט כתב בעבר כי חוקר הילדים, כזרועו הארוכה של בית-המשפט, נדרש לחקור באופן שלא רק ייתן מענה להצגת העובדות המפלילות, אלא גם לקשיים שההגנה יכולה להעלות, כגון עימות הילד עם גרסת הנאשם – ע"פ 6304/11 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 28 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 20.9.2012).

515 השוו לתשאל בידי מתווך: Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 170–171.

שטענות הגנה בדבר חפות ייחלשו באופן מובנה במצב שבו הוגש כתב אישום, שכן ייטען כי החקירה הייתה ביקורתית, מאוזנת וספקנית. אולם בית-משפט שמוכן כיום לבקר בדיעבד את עבודתם של חוקרי ילדים מקצועיים, יהיה פתוח מחר לביקורת כזו גם לגבי החוקר הספקן. באשר למגמה השלישית – איתור האמת – דומה שהגברת הלעומתיות, הביקורתיות והספקנות בחקירת הילד תגדיל את הסיכוי להגיע לאמת לעומת המצב הנוכחי. במצב שבו עד התביעה הראשי אינו מעיד בבית-המשפט כלל, ועדותו בחקירה היא העדות המפלילה העיקרית, קידום ביקורתיות בחקירה הוא בבחינת "עכשיו או לעולם לא", בהינתן שככלל תשובת ההסדר הקיים היא "לעולם לא". ביקורתיות עשויה להתבטא במתקפה סנגוריאלי על ילד המעיד על עברת מין שנעשתה בו, בקצה האחד, או במתקפה על חוקר הילדים המעיד בשם הילד, בקצה האחר. הקצה האחר מגלם מחיר פוטנציאלי כבד מאוד לילד, ואולי גם לאמת, ואילו הקצה האחר מגלם מחיר פוטנציאלי כבד להגינות ולאפשרות ההגעה לאמת. ביקורתיות בזמן-אמת מצד חלק מגורמי החקירה אינה פתרון מושלם, ולו משום ש"אין חקר לתבונת סנגור מוכשר"<sup>516</sup> אולם דומה שהיא מהווה שיפור גדול של המצב הקיים, ללא הגדלה ניכרת של הפגיעה באחת המגמות הנדונות במאמר.

חקירת ילדים היא הזדמנות טובה לבחון את רעיון החוקר הספקן הן מהסיבות שהוזכרו לעיל והן משום שמדובר בחקירה מיוחדת, של נחקרים מיוחדים וחוקרים מיוחדים, כך ששינויה לא יטלטל את מערכת החקירה עד ליסוד. אולם ראוי לבחון את קידום הרעיון (או רעיונות דומים) גם בתחומים נוספים. אפשר להציע שבכל תיק פלילי, בוודאי בתיק חמור, מינוי חוקר ספקן ייתן ביטוי לחזקת החפות ולערכים שבבסיסה, מצד אחד, וליחס של כבוד כלפי המתלונן בתיקים שבהם הוא אינו מצליח לשכנע את החוקר, מצד אחר. מי שאינו מוכן לשקול טלטול של המערכת מן היסוד עשוי לשקול מינוי חוקר ספקן רק בתיקים שבהם תוצרי החקירה הם רכיב מכריע ישיר לא רק בהפללה, אלא גם בהרשעה. עדי משטרה מפלילים מסוימים, כגון שותפים לעברה, נוטים ליהפך לעדי בית-משפט שותקים או מכחישים, מה שמותיר את בית-המשפט עם ראיה מפלילה שהיא עדות-שמועה, כמו עדות ילד מצולמת. במצב זה הביקורתיות על תוכן העדות נחלשת בהכרח. ברי שלפחות חלק מההפללות במשטרה אינן אמת, אולם דווקא כאשר עד בבית-המשפט מתנער לגמרי מהפללתו בחקירה המשטרית, אין עוד דרך לבחון את הגרסה המקורית, ופירוש הדבר הוא שרצוי שהגרסה המקורית תהיה איתנה יותר, כזו שמשקפת מבט חקירתי ביקורתי ומאוזן, משום שגם מבט כזה הוא בגדר "עכשיו או לעולם לא".

## ה. סיכום

המאמר עוסק בסוגיה רגישה ביותר, המערכת זכויות, אינטרסים, ערכים, רגשות ותחושות. במורכבות הזו יש לשאוף לחמלה רחבה ולהימנעות מראייה חד-צדדית.<sup>517</sup> ההסדר שנבחן מגן

<sup>516</sup> ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 429, 433 (1950).  
<sup>517</sup> אם אפשר לייצג נאשמים בעברות מין ובו-בזמן גם לחוות אכפתיות לנשים ולילדים – כדברי סמית, פרופסורית למשפטים, פמיניסטית וסנגורית שייצגה נאשמים בתקיפה מינית (Smith), לעיל

על ילדים נפגעי עברות מין מפני חוויית העדות בבית-המשפט; שולל את הזכות לחקירה נגדית ופוגע קשות בזכות להליך הוגן; ויכולתו לקדם את ההגעה לאמת אינה ניתנת לזיהוי ברור. בלי יקומים מקבילים אי-אפשר לדעת כמה אמת וכמה הונאה גלומים בכל הליך, כמה הגינות וכמה כבוד.<sup>518</sup> אין שיטה תקפה לוודא שהפללה היא אמיתית, ואפילו הרשעה אינה אימות עובדתי, אלא פשוט יצירה של אמת משפטית. אולם ניתן לזהות פערים גדולים בין האופן שבו מבקשים לחשוף את האמת באופן כללי לבין האופן שבו הדבר נעשה במסגרת ההסדר המיוחד.

המאמר בחן אפיקים לשינוי, שחלקם עשויים להיטיב עם כל הנוגעים בדבר. סטנדרטיזציה פורמלית של חקירת הילדים היא דוגמה לכך, וכך גם סטנדרטיזציה פורמלית של תהליך ההעדה בבית-המשפט והניסיון להגביר במעט את רגישותו של המשפט הפלילי. לכל אלה עשויה להיות תועלת החורגת מהסוגיה שבלב המאמר. אף האפיקים של עדות מוקדמת, עדות במעגל סגור ומינוי חוקר ספקן ראויים לבחינה גם לגבי הסדרים אחרים.

באופן כללי, נקודות רבות שנבחנו במאמר מאירות הסדרים רבים וברורות-מחדל דיוניות ראייתיות שראויים לחשיבה שיטתית וביקורתית. רגישותה או קהותה של החקירה המשטרית ויכולתה לתרום לאמת מוארות אל מול עבודתם של חוקרי הילדים. תרומתה של החקירה בבית-המשפט להגעה השיפוטית לאמת, מחד גיסא, ומידת פגיעתה בנחקרים, מאידך גיסא, מוארות אל מול מניעה מוחלטת של עדות בבית-המשפט. פסילתן של עדויות-שמועה מסוגים מסוימים, וקבילותן של עדויות-שמועה מרכזיות אחרות, מוארות על-ידי קבילותה של עדות-שמועה במצב שבו העד חי, זמין ומעוניין בהפללת הנאשם. שאלת מעמדם של נפגעי עברה בפרט ועדים בכלל, השתתפותם בהליך ואולי גם ייצוגם עולה כאשר אנו מביטים ברצינות בנפגעים ילדים. להגנה המיוחדת ולרגישות הגדולה שההסדר מבטא כלפי ילדים שנפגעו מינית יש השלכות לא רק על זכויות נאשמים, אלא גם על נפגעים נוספים ועל מחוות שבהם המשפט אינו רגיש דיו. המאמר מתמקד בהסדר, אך מבקש גם לעורר מחשבה מחודשת על הסדרים מיוחדים אחרים, כמו-גם על ברורות-המחדל של הדין הדיוני והראייתי, צדקתן ומידתיותן.

רגע לפני סיום אסיט את הזרקור מהחקירה ומהמשפט אל מציאות הפגיעה. ילדים נפגעים בבית, בקהילה, בבית-הספר, במרשתת.<sup>519</sup> אולם רובן המוחלט של עברות המין נגד ילדים נעשות על-ידי בני משפחה או כאלה שקרובים לילד, שיש להם שפע של הזדמנויות לנצלן,<sup>520</sup> ורוב הניצול מתרחש בבית.<sup>521</sup> בושה, אשם ופחד מובילים לתת-דיווח למשטרה.<sup>522</sup> במקרים

ה"ש 103, בעמ' 309) – אזי בוודאי ניתן ואף רצוי לשאוף לדאוג לקורבנות וכד בבד לחתור להגינות כלפי נאשמים.  
 518 Bruton, לעיל ה"ש 106, בעמ' 186.  
 519 Cooper, לעיל ה"ש 37, בעמ' 245–246.  
 520 Rowlands, לעיל ה"ש 96, בעמ' 298; Anderson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 2140; ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 299, 303.  
 521 Raitt, לעיל ה"ש 81, בעמ' 743.  
 522 ניצן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 299.

רבים ילדים שנוצלו במשפחה נמנעים מלדווח או מלשתף פעולה, בשל חששם מהמנצלים;<sup>523</sup> ואלה שחושפים עלולים להצטייר כלא-אמינים בגלל העימות הרגשי שיחוו.<sup>524</sup> ייתכן שהמשפט אינו עושה מספיק בשלב שקודם למשפט, לחקירה ואף לעברה. גם אילו אותרו כל מקרי הניצול, לא היה די בענישה בדיעבד. חמורה ככל שתהיה, היא לא תרפא את הקורבן, וממילא הנאשם יצא לחופשי בעתיד. למעשה, נצחונותיו הגדולים של המשפט הפלילי הם אלה שעליהם לא נדע לעולם: העברות שהצלחנו למנוע. על המשפט להשקיע יותר באפיק המניעה. יצירת חובת דיווח על פגיעות בילדים הייתה התפתחות חשובה במודעות לניצול ילדים.<sup>525</sup> אולם התפתחות שטרם התרחשה היא מיטוט מסוים של הפרטיות, כדי לוודא שהילדים בטוחים גם מאחורי דלת הבית. החברה המערבית מחריגה ככלל מביקורת את רוב הפעולות הנעשות בתוך הבית. אומנם, התעללות בילדים היא מהחריגים להחרגה, אולם אפילו לגביה הכבוד לפרטיות מצריך לרוב שהמדינה תפעל רק לאחר שהשלכות המעשה קיבלו ביטוי גלוי מחוץ למרחב המוחרג.<sup>526</sup> המשפט אינו עושה די למען ילדים וזכויותיהם, שהן הרבה יותר מהזכות לא להעיד בבית-המשפט.<sup>527</sup> המשפט הפלילי, המגיב לאחר העברה, מבקש צדק לקורבנות ומניעת קורבנות עתידיים. אולי הגיעה השעה שהמדינה תשקול ברצינות להשקיע משאבים בתחום הקרימינולוגיה, גם על-חשבון המשפט הפלילי, כדי לעמוד על הדרכים שבהן עבריינות נוצרת ולפתח דרכי מניעה.<sup>528</sup> אם הפשע המושלם הוא זה שאינו מתגלה, ההסדרה המושלמת אינה זו שמענישה בגין הפשע, אלא זו שמונעת אותו.

523 Méndez, לעיל ה"ש 233, בעמ' 541.

524 Anderson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 2138–2139.

525 Myers, *Taint Hearings*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 878. אצלנו בישראל מדובר בס' 368 לחוק העונשין.

526 AMITAI ETZIONI, *THE LIMITS OF PRIVACY* 196 (1999).

527 לטיעון רחב ומעמיק שלפיו המדינה אינה מגינה מספיק על ילדים ועל זכויותיהם ראו יאיר רונן וישראל צבי גילת "האומנם הגנת הילד רווחת במשפט הישראלי?" *משפט ועסקים* יט 1143 (2016).

528 למשל, "מניעה מצבית" (situational prevention) של עברות: ניהול, עיצוב או תמרון של הסביבה הפיזית המיידית כדי להפחית הזדמנויות לעברות מסוימות. — SITUATIONAL CRIME PREVENTION— SUCCESSFUL CASE STUDIES 3, 4, 12–20 (Ronald V. Clarke ed., 1992); Neal Kumar Katyal, *Architecture as Crime Control*, 111 *YALE L.J.* 1039, 1050–1057, 1071–1077 (2002).