

עדות קטין בעבירות-מין – בחינה מחדש

מאת

שי ניצן *

א. מבוא. ב. עבירות-מין בקטינים. ג. עיקרי החוק. ד. נימוקים בעד ההסדר המאפשר העדה בידי ח"ג; 1. טובת הילד; 2. נימוקים הקשורים בעשיית הצדק. ה. הנימוקים כנגד ההסדר המאפשר העדה בידי ח"ג; 1. זכויות הנאשם; 2. התרשמות בית-המשפט מן העד ומחה"ג; 3. הבנת החובה לומר אמת; 4. פגיעה בתחושתה של עשיית הצדק; 5. חששותיו של בית-המשפט להרשיע בהסתמך על עדות ח"ג. ו. דרישת הסיוע; 1. האם דרישת הסיוע מהווה פיצוי נאות לפגיעה בזכויות הנאשם; 2. הראיות היכולות לשמש כסיוע הנדרש. ז. קבילות התרשמותו של חוקר-הנוער לגבי מהימנות הקטין. ח. עדות שנבנתה בידי ח"ג מול עדות הקטין עצמו בבית-המשפט. ט. עדות קטין שהורשתה העדתו בבית-המשפט; 1. שיקולי חה"ג בשאלת הרשאת העדתו של הקטין – המצוי והרצוי; 2. הפסקתה של גביית העדות במהלך ההעדה; 3. הנוכחים באולם; 4. הצעות לשינויים בחוק לגבי ילד שאושרה העדתו. י. גיל הילד. יא. חיקף תחולתו של החוק. יב. הצעות לשינוי ההסדר הקיים. יג. סיכום.

א. מבוא

33 שנים מלאו לחקיקת החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו–1955 (להלן: החוק)¹. חוק ייחודי זה, שהינו פרי יצירה ישראלית חדשנית, נועד לטפל בבעיית העדתם של קטינים בפגעי עבירות-מין בבית-המשפט. על-פיו, קטין המעורב בעבירה נגד המוסר, תורשה העדתו בבית-משפט רק על-פי הרשאה של חוקר-הנוער. קטין שנאסרה העדתו, תיגבה עדותו על-ידי חוקר-הנוער עצמו אשר יגישנה כראיה לבית-המשפט. עדות זו קבילה על-אף היותה בגדר עדות-שמיעה².

* המאמר מתבסס על עבודה סמינריונית שנכתבה במסגרת הסמינריון "זכויות הנאשם והמלחמה בפשיעה", שניתן על-ידי פרוץ א' הרנון בשנת תשמ"ו.

1 ס"ח 96.

2 סעיפים 9 ו-11 לחוק.

במשך השנים נחקרו אלפי ילדים בידי חוקרי-נוער, והצטבר ניסיון רב בהפעלת החוק בידי החוקרים, המשטרה ובתי-המשפט. בעיות אשר לא שערם המחוקק התעוררו מעת לעת והוכרעו בפסיקה. מחקרי-שדה לא מעטים נערכו בנושאים הקשורים לחוק ויצרו תמונת-מצב לגבי יישומו והצלחתו. בשנת תשמ"ה אף מונחה ועדה בראשותו של השופט מלמד לשם בדיקת נושא העבירות על רקע מיני נגד קטינים, והמלצותיה פורסמו בדו"ח מיוחד, ובו סמכה הוועדה את ידיה על ההסדר הקיים (להלן: דו"ח מלמד)³. ברם, עד כה לא נעשה ניסיון שיטתי להעריך את כלל היבטיו המשפטיים של החוק לאור הניסיון הרב שנצבר במהלך שנות הפעלתו. מטרתה של רשימה זו היא עריכתו של ניסיון כזה.

מכיוון שחוק זה נחקק ללא כל תקדים כדוגמתו בעולם, היה קשה להעריך בעת חקיקתו אם ההסדר שנקבע בו לגבי העדת הקטין הוא אכן הסדר המשלב בצורה אופטימלית את הרצון להתחשב בטובת הילד ככל האפשר, מחד גיסא, ועם הרצון שלא לפגוע בזכויות הנאשם, מאידך גיסא. אולם הניסיון המצטבר מאפשר לנו כיום לבחון שאלה זו, הן לגבי עצם ההסדר והן לגבי פרטיו השונים.

במהלך רשימה זו, לאחר שנבדוק את השיקולים השונים בעד ההסדר הקבוע בחוק וכנגדו, ולאחר שננתח בעיות שונות שהתעוררו בפסיקה בקשר ליישומו של החוק, נבחן הצעות שונות לשינויים בחוק, הן באשר לקטין שהורשתה העדתו והן באשר לקטין שחוקרי-הנוער אסר על העדתו בפני בית-המשפט.

את ההצעות השונות העלינו בפני שני אנשי-מפתח בנושא החוק. בפני ניצב-משנה שלמה גל — מי שהיה האחראי במשטרת ישראל על נושא חוקרי-הנוער; ובפני אילנה קרניאל — המרכזת הארצית של חוקרי-הנוער. תגובותיהם והערותיהם סייעו לגיבושה של שורת ההמלצות לתיקונים בחוק, ותודתנו נתונה להם⁴.

ב. עבירות-מין בקטינים

במקרים רבים ילדים מהווים קורבן לתקיפה מינית. אנשים אלימים או סוטי-מין נטפלים לילד, הן משום שאיננו מסוגל להתנגד להם פיזית, והן משום שילד סקרן מטבעו ונוטה להתפתות בקלות ובתמימות, הן משום שילדים נוהגים בדרך-כלל להישמע להוראות מבוגרים והן משום שילד עונה על הצרכים המיניים של סוטים מסוימים⁵. אחוז עבירות-המין המדווחות בילדים מכלל עבירות-המין כולן הוא גבוה מאוד⁶. במקרים רבים,

3 דו"ח-השבון הועדה לבדיקת נושא העבירות על רקע מיני נגד קטינים (ירושלים, תשמ"ז), בראשות השופט מלמד (להלן: דו"ח מלמד).
4 במהלך הרשימה יכוננו ראיונות אלו ראיון ש"ג, ראיון א"ק.
5 א' בן-עמי, "היבטים משפטיים וטיפוליים בחקירת ילד המעורב בעבירת מין" הכרה ורווחה א (תשל"ט) 421.
6 ד' רייפן, יעוד ומטרה בבית משפט לנוער (תל-אביב, תשכ"ח) 142. יצוין כי הנתונים השונים ביחס לעבירות-מין, בכלל, ולעבירות-מין בילדים בפרט, מתייחסים לעבירות שדווח עליהן לרשויות. יש להגות, כי אחוז מסוים מן העבירות המבוצעות אינו מדווח בשל חשש או בושה. ראה, למשל, להלן, הערה 11.

הילד מכיר את העבריינין (שכן, מכר, קרוב משפחה) — עובדה המקלה על הגעת העבריינין לילד.⁷ הנתונים שנאספו על-ידי שירות המבחן לנוער בשנת 1984, והמובאים בדו"ח מלמד, מלמדים כי 15% מן הקורבנות שנחקרו היו עד גיל 5. 42% מן הנחקרים היו ילדים בני 6–9 ו-42% אחרים היו ילדים בני 10–14. הנתונים שנאספו על-ידי שירות המבחן לנוער מלמדים עוד, כי בשנת 1984 72% מן הקורבנות היו ילדות. כן נמצא, כי רוב העבירות המדווחות מבוצעות ביום ולא בלילה, כי חלק ניכר מהן מבוצע במקומות ציבוריים — כגון ברחוב⁸ — וכי הילדים בדרך-כלל משתפים פעולה⁹. יש אף ילדים אשר מתגרים בעבריינין ומדרבנים אותו לפעול, דבר הנובע מסקרנות ומרצון תת-מודע להתנסות בחוויה. כלומר: ילדים רבים תקיפתם אינה מקרית כלל וכלל. עוד נמצא, כי מעט מאוד אלימות מופעלת נגד ילדים, שכן לרוב אין צורך בכך¹⁰. ברוב המקרים, הקורבן והעבריינין הם הנוכחים היחידים בזירת המעשה, ועל-כן בעבירות מסוג זה הילד הוא העד המרכזי כנגד העבריינין.

במקרים רבים, לאחר תום ביצוע העבירה, העבריינין מזהיר את קורבנו לבל יספר דבר, משלחו מבלי לפגוע בו לרעה ולעתים אף קובע עמו פגישה נוספת. ואכן, ילדים רבים אינם מספרים על המקרה להוריהם¹¹ בייחוד אם הם שיתפו פעולה עם העבריינין, וזאת עקב הרגשות בושה, אשם ופחד. מקרים אלו אינם מגיעים כלל לידיעת המשטרה. נוסף על כך, גם מתוך אותם מקרים שבהם הילדים מספרים להוריהם על ביצוע המעשה, רק חלק קטן מגיע לידיעת המשטרה, שכן הורים רבים מעדיפים להימנע מלהודיע על ביצוע העבירה, הן כדי לנסות ולסגור חוויה קשה זו, הן מחשש לחקירת הילד (ואולי אף מהזמנתו להעיד), הן משום שלדעתם הילד עצמו אשם חלקית בכך והן מחמת הבושה. לפיכך, רק חלק קטן מאוד מכלל העבירות מגיע לידיעתנו¹². התקיפה עצמה עלולה לגרום לילדים נזק פיזי, נפשי או חברתי — או שלושתם גם יחד. אולם הנזק לא מתמצה באירוע עצמו — כפי שפורט בהרחבה בדו"ח מלמד (עמ' 3 ואילך) — גישה לא נכונה לקורבן לאחר מעשה — כגון תגובת הורים חריפה ומאשימה, חקירה לא נכונה, שיתופו בהליכים משפטיים, לעג הסביבה וכדומה — יכולה להחריף את הנזק במאוד. נזק רב במיוחד גרם מהעדת הקורבן בבית-המשפט. ילד הנדרש לספר במקום פומבי פרטים רבים ומדויקים על מעשים אינטימיים ביותר

7 י' רימרמן, "אספקטים התפתחותיים בחקירת נוער" עבריינות והפרה ב (תשכ"ז) 18. על-פי הנתונים של שירות-המבחן לנוער בשנת 1984, ב-20.3% מן המקרים היתה היכרות קודמת בין העבריינין לקורבנו.

8 ח' דוד, "רשמים מעבודתה של חוקרת נוער" עלון האגודה הישראלית לקרימינולוגיה 5–6 (1960) 26.

9 L. Bender & A. Blau, "The Reaction of Children to Sexual Relations with Adults" *7 American Journal of Orthopsychiatry* (1937) 510–513.

10 ש' גל, חקירת עבירות מוסר בהן מעורבים ילדים (אוניברסיטת ת"א, 1978, עבודה לקבלת תואר שני בקרימינולוגיה).

ראה טבלאות סטטיסטיות בדו"ח מלמד (לעיל, הערה 3), 16 ו-17.

11 ראה א' בן-עמי (לעיל, הערה 5), שם. מתוך 113 ילדים, רק 62 גילו את המקרה להוריהם.

12 (לעיל, הערה 6), 153; וכן ראה נתונים סטטיסטיים בדו"ח מלמד לגבי כמות העבירות שנחשפה ודרך הטיפול בהן (לעיל, הערה 3), 13–15.

שנעשו בו, חווה מחדש את החוויה המועזת שעברה עליו. חקירתו שתייער, הטלת דופי בהתנהגותו במהלך האירוע והחשדתו בשקר אך מגבירים נזק זה. החשש לנזק זה וסיבות אחרות, הגיעו את המחוקק הישראלי לחפש דרכים להגן על אותם ילדים אשר סבלו דיים ולנסות למנוע את החרפת הנזק.¹³ ביקורת חריפה אשר מתחו שופטים על עורכי-דין שחקרו ילדים רכים, במשך שעות רבות וישיבות רצופות ובחקירה גוקשה, עודדה את המחוקק לחפש הסדר כלשהו אשר יחסוך העדה שכוון.¹⁴ מקרים רבים שבהם המשטרה והתביעה — מחשש לנזק שייגרם לילד — ויתרו על הבאתו למשפט, ובכך סיכלו כמעט כל סיכוי להרשעה, היוו מניע נוסף ליצירת הסדר כלשהו שיאפשר לקטין לספר את שקרה, מבלי שייאלץ להתייצב בבית-המשפט.¹⁵ לפיכך ישבה "ועדת גרושקה" — אשר הורכבה מפסיכיאטרים, מפסיכולוגים, ממחנכים, מרופאים, משוטרים וממשפטיים — ועיבדה הצעת חוק בנושא זה.¹⁶ וממנה צמח ההתקבל בכנסת החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו—1955.

ג. עיקרי החוק

החוק חל על ילדים מתחת לגיל 14 אשר נעשו בהם, על-ידם, או בנוכחותם — עבירות נגד המוסר. ילד שכזה מטופל בידי חוקר-נוער (להלן: ח"נ) — תפקיד חדש שנוצר על-ידי חוק זה. על ח"נ מטלת האחריות הבלעדית לחקור את הילד והוא מוסמך לאסור את הופעת הילד בבית-המשפט, למנוע את הגשתה של הודעת הילד בבית-משפט, להתנגד לחקירה נוספת של ילד (שהורשה להעיד), להתנגד להצגת שאלות העלולות להזיק לו ואף לבקש מן השופט להפסיק את עדותו אם הוא סבור כי ההעדה עלולה להזיק לילד. החוק הכשיר כראיה משפטית את העדות שגרשמה על-ידי ח"נ וכן את זכרון-הדברים או הדו"ח שנערך בשעת החקירה או לאחריה. עוד נקבע כי עדות הילד תינתן בדלתיים סגורות וכי ייאסר כל פרסום שיש בו כדי לגלות את זהות הילד. ברשימה זו נבקש להתמקד בהסדר שנקבע בחוק לגבי העדת קטין.¹⁷ כאמור, על-פי ההסדר, ההחלטה אם ילד יעיד אם לאו נתונה בידי ח"נ בלבד. הדרך האחת הפתוחה בפני ח"נ היא להרשות את העדת הקטין, אולם גם אז, במהלך העדות, בית-המשפט רשאי להפסיק את גבייתה אם הוא סבור, לאחר ששמע את ח"נ, שהמשכה עלול לגרום נזק נפשי לילד. הדרך השנייה הפתוחה בפני ח"נ היא לאסור על הופעת הקטין. במקרה שכזה, הכשיר החוק כראיה את העדות שחה"נ עצמו גובה מפני הקטין (סעיף 9 לחוק). זהו חריג חשוב לכלל הפוסל עדות-שמיעה,¹⁸ שכן מתקבלת כאן עדות מאדם

13 דברי ההסבר להצעת החוק. פורסמו בהצעת חוק לתיקון פקודת העדות (עדות ילדים), תשי"ד—1954, הצ"ח 264.

14 א' הרנון, דיני ראיות א' (המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר, תשל"ל). ראה למשל ע"פ י"ם (12/50) יאנטיק ג' הייעץ המשפטי, פ"מ ד' 362.

15 ד"כ ז' (1954/55) 262 — דברי השר רוזן.

16 לעיל, הערה 13.

17 ראה סעיפים 2, 9, 10 ו"11.

18 בע"פ 433/77 מדינת ישראל נ' הג'ני, פ"ד לב(1) 548, 551 השופט ח' כהן אומר: "מטרת המחוקק היתה להכשיר, לענין עבירות מסוימות שנעברו בגופו או בנוכחותו של ילד קטין,

אשר כעיקרון יכול לברא ולהעיד, ועדות זו אינה חשופה כמעט לחקירה נגדית. אמנם, סעיף 10 לחוק מאפשר לשופט לצוות, כי ח"ג יחקור את הילד חקירה נוספת וישאלו שאלה פלוגית, אך ח"ג רשאי לסרב. ההצדקה היחידה לחריג זה היא טובת הילד. אין ספק כי נפגעות כאן זכויות הנאשם, ואף מוצרים צעדי המשטרה ובית-המשפט, אלא שהחוק בחר בהסדר הנותן עדיפות לטובת הילד באופן בולט¹⁹. כדי למנוע פגיעה חמורה מדי בנאשם, נקבע בסעיף 11 לחוק כי עדות שנתקבלה לפי סעיף 9 לחוק חייבים לצרף לה סיוע, אם רוצים להרשיע על-סיה. אכן, בעת חקיקת החוק (1955) לא תרמה דרישה זו דבר, שכן ממילא היה גדרש סיוע לעדות מתלונן בעבירת-מין. אולם כיום, משבוטלה דרישה זו²⁰, קיבל סעיף 11 משנה-חשיבות.

כאמור, חל החוק על שלושה סוגי קטינים: קורבן, עד ונאשם. האם קיימת הצדקה להחלת החוק על כל שלושת הסוגים?

המאחד את הקורבן והעד הוא המשבר הרגשי האפשרי של שניהם. דעה מקובלת היא, כי יש ילדים שאף כי היו עדים בלבד לביצוע עבירת-מין, הם נפגעים פגיעה טראומטית קשה יותר מזו של הקורבן²¹. אולם מהי ההצדקה להחלת החוק על קטינים הנאשמים בביצוע עבירת-מין?

נשאלת השאלה במה זכו עבריינים צעירים אלו, יותר משאר העבריינים הצעירים? מדוע דווקא הם לא יובאו לבית-משפט לנוער? רק משום שביצעו עבירת-מין? הרי כאן הם מבצעי העבירה ולא הקורבנות לה. ייתכן כי יש מקום לטענה שלא תיגרם להם טראומה מיוחדת מהופעה בבית-משפט, מה גם שבבית-משפט לנוער קטינים מוגנים היטב באמצעים שונים. אכן, ניתן לטעון כי גם הם קורבנות. קורבנות חינוך לקוי, קורבנות סביבה וכיו"ב. ניתן אף לטעון, כי גם מהם סביר שח"ג יצליחו לקבל עדות מלאה ואמתית יותר משיצליח השופט וכי גם להם המשפט עלול לגרום נזק נפשי. אולם דומה, כי בכל אלו אין כל דבר המייחדם בקרב אוכלוסיית הקטינים העבריינים. יש אפוא מקום לבחון אם קיימת הצדקה להמשיך בהחלת החוק על קטינים הנאשמים בביצוע עבירות-מין²².

ד. נימוקים בעד ההסדר המאפשר העדה בידי ח"ג

ניתן להעלות נימוקים רבים בעד הסדר זה, שלפיו ח"ג גובה עדות מהילד, הרחק מעיני בית-המשפט ומאזיניו, מהסניגור ומהנאשם, ומגישה כעדות.

גם עדות מבלי שני כאמור; ומטרת המחוקק תסוכל כליל אם בתי המשפט ישללו מהימנות או משקל מעדויות כאלה אך באשר נגבו על ידי חוקר נוער בהתאם לחוק...
19 ש' גל, "היבטים שונים בחקירת עבירות מוסר בהן מעורבים ילדים" משטרה וחרבה 2 (תשל"ט) 16.

20 סעיף 54 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א—1971.

21 לעיל, הערה 6.

22 בהקשר זה ראה מ' רימן, "חוקר נוער — תפקידו ודרך פעולתו" אפקים 14 (1960) 301, 302.

1. טובת הילד

הופעת הילד בבית-המשפט יכולה לגרום לו נזק נפשי חמור ולהשפיע על התפתחותו בעתיד. מקובל לחשוב, כי מי שעובר בילדותו חוויה מינית כפויה, יסבול מנזק נפשי ובריאותי בעתיד²³. אולם מחקרים שנערכו הוכיחו, כי רק 3%—5% מן הילדים סבלו מנזק לטווח הרחוק עקב החוויה עצמה, דבר המוסבר בכך שרוב המקרים של "עבירות מין" הם מקרים המוגדרים כקלים (נשיקה, לטיפה וכדומה)²⁴. אולם אותם מחקרים העלו, כי הופעת הילד בבית-משפט ושהזור המעשה עלולים לגרום נזק הגדול מן הנזק הנגרם עקב העבירה עצמה²⁵. במחקר אחד נמצא²⁶, כי 73% מהנחקרים בבית-משפט סבלו מהפרעות נפשיות גלויות, לעומת 51% בקבוצת-הביקורת שבה נכללו נפגעי אותן עבירות אשר לא נחקרו בבית-משפט. נוסף על כך, 56% מתוך הנפגעים בקבוצת-הביקורת החלימו לאחר זמן קצר, בעוד שרק 18% מהנפגעים בין הקבוצה שנחקרה החלימו באותו פרק-זמן.

מחקר זה ואחרים מבססים בדרך-כלל תשתית עובדתית שממנה ניתן להסיק, כי ההליכים המשפטיים אכן גורמים נזק. הסיבות לכך הן רבות. המשפט עלול לעורר את הטראומה מחדש, בייחוד אם עבר זמן רב מאז העבירה ולעתים רק העדות מביאה לתודעת הילד כי אכן היה קורבן לעבירת מין. המשפט, מעבר לאירוע התקיפה עצמה גם עלול לפתח בילד רגשי אשם. ילד ששיתף פעולה במעשה חש ממילא רגשי אשם וכעת, משהובא לבית-משפט, הם גוברים (בייחוד כאשר הסניגור מרמו לכיוון זה ושואל שאלות קשות, כגון "האם את פיתית אותו או התגרית בו?" וכדומה)²⁷. ייתכן שהסניגורים צודקים בנסותם לחפש נסיבות מקילות אך שאלות מעין אלו גורמות נזק, נוסף על זה שנגרם ממילא בגין האירוע הטראומתי עצמו.

דומה כי הבעיה חמורה במיוחד, וזאת לאור הנתונים שנאספו במחקר המלמדנו כי רוב הילדים משתפים פעולה עם העברייני, ויש ילדים שאף מתגרים בו ומדרבנים אותו לפעול²⁸. רוב עברייני-המין אינם אלימים וקל להתנגד להם, ואף-על-פי-כן נמצא באותו מחקר כי כ-85% מהילדים משתפים פעולה עם העברייני, 48% מהם — באופן אקטיבי. כמובן אין בכך כדי להטיל עליהם את משא האשמה, אולם יש לזכור כי ילדים שכאלו, המודעים לכך שהם שיתפו פעולה, משיקראו להעיד במשפט, עלולים לחוש כי חצי האשמה מכוונים גם אליהם, ורגשי האשם שבהם יחמירו. לכך יש להוסיף את החקירה הצולבת המזיקה לילד. גם ילד חזק נפשית, שלא שיתף פעולה, נבוך כאשר בעדותו עליו לפרט את פרטי עבירת-המין שבוצעה בו. מבוכה זו מחמירה בעת החקירה

23 גל (לעיל, הערה 19) 17.

24 המדובר במחקריהם של קגנון ולגדיס, המחקרים במאמרו של ליבאי: D. Libai, "The Protection of the Child Victim of Sexual Offences in the Criminal Justice L. Schutz, "The Child Sex System" 15 Wayne L. R. (1969) 977 וכמו-כן ראה

25 עיין גם ז' גליק, "אספקטים פסיכולוגיים אצל קרבנות עבירות מין", עבריינות וחברה ד (תשל"ל—1970) 15.

26 T. C. N. Gibbens, *Child Victims of Sex Offences* (London, I.S.T.D., 1963) 26.

27 גליק (לעיל, הערה 25).

28 בלאו (לעיל, הערה 9).

הנגדית אשר במהלכה יש סניגורים שאינם חסים על הילד בשאלותיהם ואף מבססים למוטטו כליל.

במקרים רבים, שבהם הילד מעיד כנגד אדם שהוא קשור אליו רגשית (קרוב-משפחה, מורה, מכר), הוא יסבול אחרי-כן מקונפליקט נפשי²⁹. מקרים אלו הם מרובים, שכן נמצא³⁰ כי כ-48% מהעבירות מבוצעות בידי אדם שהכיר את הילד היכרות קודמת, ובחלק מהמקרים הילד אף קשור אליו רגשית. לכל זאת מתוספים חששו של הילד מפני נקמת העבריינין³¹, בייחוד אם הוזהר על-ידו לשתוק, והיותו של החקירה וגביית העדות במשפט רחוקים בזמן ממועד העבירה, דבר היוצר מתח אצל הילד עקב הסכבת. האירוע עצמו ממשיך להטרידו ובמחוחו מקנן חשש לא-מודע מפני עונש שיוטל עליו במשפט³².

מעבר לכל הנימוקים הללו, הרלבנטיים דווקא בעבירות-מין, יש לזכור כי לגבי קטין עצם השתתפותו בהליכים משפטיים, יוצרת בדרך-כלל לחץ נפשי; האולם הרשמי, אנשי-החוק מסביב, האווירה הפורמלית, ההמתנה במשך שעות בחברת נאשמים, כל אלו סביר שייצרו לחץ המגיע לשיאו בחקירת הילד³³. העמדה בחקירת שתי-וערב עלולה לגרום לכל ילד נזק נפשי; קל-וחומר לקטין שכבר נגרם לו נזק בהיותו קורבן לעבירת-מין.

2. נימוקים הקשורים בעשיית הצדק

עד צאת החוק, הורים רבים לא התלוננו כלל במשטרה שכן חששו מן הצפוי לקטין בבית-המשפט. גם במקרים שבהם סיפור המעשה הגיע למשטרה, קרה שההורים התנגדו לחקירה ולהעדה ואף עודדו את הילד שלא לשתף פעולה עם המשטרה³⁴. החוק צמצם את חששות ההורים, שכן ניתנה לח"ג הסמכות למנוע את ההעדה, ואם כי גם כיום מקרים רבים לא מגיעים למשטרה, הרי במקרים המגיעים, הצטמצמה התופעה של התנגדות ההורים לחקירה³⁵. במקרים רבים ההורים מבינים כי ח"ג מטרתו לעזור, ולפיכך גם הם-עצמם משתפים פעולה. שיתוף-פעולה זה מאפשר קבלת מידע מהילד, ובכך תורם ללכידת הנאשם ולהרשעתו על-פי עדות הילד³⁶. לכך יש להוסיף כי בעבר, גם במקרים שבהם הילדים שתפו פעולה, העדיפו לעתים המשטרה והתביעה שלא להעמיד עבריינים לדין, עקב החשש מפני נזקים העלולים להיגרם לילד במהלך

30 V. De-Francis, *Protecting the Child Victim of Sex Crime* (Denver, 1965) 4, 12

31 ריימן, לעיל, הערה 7, 28.

32 ד' רייפן, "דברי פתיחה ביום עיון לחוקרי נוער" עבריינות והכרה ד (2) (תשל"ג—1970) 6.

33 מ' אמר, עבריינות מין ומוסר נכד קטנים (מכון הגרייטה סולד, תשכ"ח) פרק ו.

34 ראה על כך אצל בן-עמי (לעיל, הערה 5), 426; רייפן (לעיל, הערה 6), 155; וכן צ' טלמון,

"אספקטים אחדים בחקירת נוער" אופקים 14 (ג) (1960) 299, 300.

35 ד' רייפן, "תגובות אישיות ובהיגות חברתיות בעבירות מין" הפרקליט יג (תשי"ז) 337, 343.

36 ד' רייפן (לעיל, הערה 34); וכן ח' דוד (לעיל, הערה 8). רייפן מצא, כי מתוך 800 הורים

התנגדו 96 בלבד.

37 בן-עמי (לעיל, הערה 5), 427, מספר כי בארצות שבהן אין חוק דומה, מעט מאוד הורים

מתלוננים, וכתוצאה מכך רבים מאוד עברייני-המין המבצעים את עבירותיהם בכמה ילדים.

המשפט³⁷. חשש זה איננו קיים כיום. נמצא, כי החוק מאפשר לכידת עבריינים רבים והרשתתם יותר מאשר בעבר.

החוק גם הגביר את הסיכויים לקבלת עדות אמתית ומלאה מאת הקטין. במקרים רבים עדות קטין אינה מהימנה³⁸, הן מפאת אי-הבנה, הן עקב דמיון פורה והן מפאת הבושה והפחד האותומים בו באולם בית-המשפט. מחקרים אף הוכיחו כי כמעט כל ילד עד גיל 7-8, ורוב הילדים עד גיל 14, אינם מסוגלים לתת עדות מהימנה בבית-המשפט³⁹. חשש זה חמור במיוחד בייחוד בעבירות-מין, שבהם מרובים תהליכי "שכחה" ו"עצירה" אצל הקטין המשמשים כמנגנוני-הגנה מפני התנסות מחודשת בחוויה והנובעים מרגשי האשם והפחד⁴⁰.

גם הזמן הרב החולף מעת ביצוע העבירה עד למשפט, מקשה לעתים על הילד להבדיל בין מה שראה ושמע במהלך העבירה לבין דברים ששמע מאחרים (כגון השערות שהעלו הוריו)⁴¹. לכל זאת יש להוסיף את חקירת השתי-וערב, אשר ילדים רבים מסוגלים להתבלבל ממנה. אין ספק, כי חקירה זו היא כלי יעיל כנגד כמה מגרעות שיש בעדות קטין, כגון דמיון-יתר, אולם כלי זה גם עלול למוטט אומרי אמת. סניגורים רבים חוקרים את הילד במשך שעות, מציגים אותו כשקרן, מטיחים בו כי שיתף פעולה וכיו"ב⁴². גם ילד שאינו "נשבר" לגמרי, לא יכול במקרים רבים לדייק בדבריו, מתבלבל, ובעדותו גוצרות "סתירות" מדומות. הילד עלול לוותר בקלות ולענות לסניגור כרצונו, ובלבד שיניתוהו לנפשו⁴³.

כנגד כל זה עומד "ההסדר" שנקבע בחוק. אל הילד הנפגע מגיע אדם בעל גישה טיפולית (לרוב עובד סוציאלי או פסיכולוג), אדם שאינו איש-מרות ואינו לובש מדים, אדם שקל לו בהרבה לעורר יחס אמון בילד. אדם שכזה קל לו לדובב את הילד, לשחררו מרגשי אשם, להוציא ממנו פרטים רבים ולבדוק האם אמת בפיו. הוא גובה את העדות בפרטיות (דבר המועיל כנגד הבושה) ויכולתו רבה לגלות אם הילד מדמיין אם לאו, דבר היכול להועיל אף לנאשם. ישנם ילדים המדמיינים עבירה מינית בתחכום כה רב, עד שקשה להפריך זאת. בבית-משפט, ילד כזה יעמוד על שלו בתוקף, ואילו לח"ג יהיה יותר סיכוי לדבבו⁴⁴. לפיכך אין כמעט ספק כי ח"ג מוכשר לקבל עדות יותר מלאה ואמתית מעדות הניתנת בבית-המשפט.

לאחר גביית עדותו של הקטין, ח"ג מעיד בבית-המשפט, מספר בדיוק את דברי הילד בלשונו המקורית, כפי שנרשמו, ומגיש דו"ח מלא על התנהגותו במהלך העדות. בניגוד לילד, ח"ג מסוגל לעמוד מול הסניגור בלי להתבלבל וכלי לחזור בו. שיטה זו מבטיחה אפוא, כי עדות הקטין הנמסרת לבית-המשפט תהא אמתית ומדויקת הרבה

37 על כך העיד השר רוזן בעצמו (לעיל, הערה 15), ואף נרמז על כך בדברי ההסבר להצעת החוק (לעיל, הערה 13). עוד ראה רייפן (לעיל, הערה 34).

38 רוזן (לעיל, הערה 15); אמיר (לעיל, הערה 32); בן-עמי (לעיל, הערה 5), 433.

39 רוזן (לעיל, הערה 15).

40 ח' דוד (לעיל, הערה 8) מציינת, כי מתוך 300 ילדים שטופלו והורשו להופיע בבית-המשפט, הרי שלהערכתה רק אחד (!) סיפר את האמת במלואה.

41 טלמון (לעיל, הערה 33).

42 למשל: ע"פ 67/58 יוסטי ג' היוהמיש, פ"ד יב 557.

43 כך ח"ג ותיקה מספרת בראיון א"ק (לעיל, הערה 4).

44 בן-עמי (לעיל, הערה 5), 434; ח' דוד (לעיל, הערה 8).

יותר. נמצא כי לא רק "טובת הקטין" מצדיקה את ההסדר אשר בחוק, כי אם גם שורת הצדק והרצון להוציא את האמת לאור מחייבים את גביית העדות בשיטה זו.

ה. הנימוקים כנגד ההסדר המאפשר העדה בידי ח"נ

1. זכויות הנאשם

אין חולק על כך כי ההסדר בחוק מהווה פגיעה בזכויות הנאשם, אשר דרישת הסיוע בסעיף 11 לחוק מפצה עליה באופן חלקי בלבד.⁴⁵

המתחוקק הישראלי יצר בחוק זה חריג נוסף לכלל הפוסל עדות-שמיעה. רישום עדות הוכשר כאן כראיה עצמאית לכל דבר⁴⁶ ועמו גם זכרון-הדברים או הדו"ח אשר נרשמו בעת החקירה או אחריה.⁴⁷

מן הנאשם נשללה זכותו לחקירה נגדית. נאסרה גם נוכחות הסניגור בעת גביית העדות מפי הילד. סעיף 10 לחוק, שלפיו "אם הוגשה ראייה לפי סעיף 9 לחוק, רשאים הנאשם או התובע לדרוש, וכן רשאי השופט לצוות, שח"נ יחקור את הילד חקירה נוספת וישאלו שאלה פלונית" אינו מספיק כמובן, שכן עיקר כוחה של החקירה הנגדית הוא בהיותה חקירת שתי-וערב ספונטנית. לא זו אף זו: סעיף 10 סיפא מקהה את עוקצה של הרישא, באומרו: "אולם רשאי ח"נ לסרב לשאול את השאלות הנדרשות... אם הוא סבור ששאלתן עלולה לגרום נזק נפשי לילד". בהעניקו סמכות זו לח"נ, החוק מאפשר קבלת עדויות ללא שמץ חקירה נגדית. נמצא כי ה"מכשיר היעיל ביותר לגילוי האמת"⁴⁸, "המינימום ההכרחי לכל נאשם"⁴⁹, נשלל מן הנאשם בענייננו.

נפגעת גם זכותו של הנאשם לעמוד פנים-אל-פנים מול העד, זכות החשובה בפני עצמה, גם בלי קשר לחקירה הנגדית. כבר נאמר במקורותינו: "אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו"⁵⁰, שכן כל עד יהסס לתת עדות-שקר לנוכח פני הנאשם. עיקרון זה המעוגן גם בתיקון השישי לחוקה האמריקנית — כעקרון ה"עימות", ה"קונפרונטציה" — חשוב לקיימו דווקא בקטין המעיד על עבירת-מין, שכן במקרים רבים הקטין בודה את העבירה מלבדו, אך בעומדו אל מול הנאשם וטא מודה כי שקר דיבר.⁵¹

2. התרשמות בית-המשפט מן העד ומתח"נ

השופט גם אינו יכול להתרשם ישירות מהילד המעיד. כך, למשל, השופט לבדוי אומר, כי "שום שופט אינו יכול להשתכנע שכנוע מלא שעדותו של עד היא עדות אמת,

45 מופלה, "עוד קידמה כזו ואבדנו" הפרקליט יא (תשט"ו) 281.

46 ראה על כך י' קדמי, "על הראיות בפלילים" קובץ הרצאות (דיונון, תשמ"ג) 3.

47 סעיף 9 לחוק.

48 ע"פ 631/76 אביטן נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 527, 528.

49 *Pointer v. Texas* 380 U.S. 400 (1965).

50 גמרא, בבא קמא, קו, א.

51 (לעיל, הערה 6), 145.

מבלי שראה את העד לפניו ועקב אחר מתן תשובותיו בחקירה הנערכת בעל פה⁵². לכך יש להוסיף, כי העדות המוגשת בידי ח"נ לא תמיד משקפת בדיוק את שהיה לילד לתגיד. טענה זו נתמכת בעדויות של ח"נ עצמם המודים כי יש חשיבות רבה לדרך שבה מתנהלת החקירה, לצורה שבה נשאלות השאלות ולאשר ח"נ רוצה לשמוע. כך, למשל, בשאלה הנשאלת בצורה של שתי חלופות, הילד נוטה לבחור אחת משתי האפשרויות, ובדרך-כלל בוחר באחרונה ואינו מעלה על דעתו את האפשרות כי אף אחת משתייהן אינה נכונה⁵³.

כמו-כן יש שח"נ מערב את ההורים בשיחה, משום שלדעתו יש בכך כדי להועיל לילד החש חוסר-ביטחון⁵⁴. אין ספק כי הדבר חשוב לילד, אלא שמשעה שההורה משתתף בשיחה, הילד מושפע מדבריו. אכן, פגמים מסוימים מאלו שנמנו יכולים לקרות גם במשפט. אלא שבמשפט, ההליך גביית העדות מתרחש תחת עינו הבוחנת של השופט, בעוד שח"נ הגובה עדות לא תמיד מביא את הדברים כהווייתם. אמנם נהוג ומקובל לרשום את הדברים כפי שיצאו מפי הילד⁵⁵, אך מי לנו ערב שח"נ החש הזדהות עם הילד שנגרם לו עוול נורא, לא ישמיט פרט כלשהו או ישאל שאלה מגמתית? וכפי שנראה, חוקרי נוער נוהגים לשאול שאלות מדריכות את הנחקר ובית-המשפט מאשר נוהג זה בלי פיקפוקים⁵⁶.

לא זו אף זו: גם בשלב הגשת העדות מפי ח"נ יש פגיעה בנאשם בכך שח"נ מעיד בשם הילד. חוקרי-נוער מעידים על עצמם, כי "כשח"נ משתכנע שהילד צודק, הוא נלחם לשכנע בכך, עומד כסלע מול עורכי-הדין, ובדרך-כלל — גם מצליח לשכנע את בית-המשפט"⁵⁷. ואכן, בעניין זה אומרת השופטת בן-עתו⁵⁸: "כאשר מעיד מתלונן הנוגע בדבר, אין קושי לבית המשפט לקבוע לפעמים שהוא אינו מהימן, אולם כאשר מדובר בח"נ, הממלא תפקיד ציבורי, הרי רק במקרים נדירים ביותר ידחה ביהמ"ש את עמדתו — שהרי אינו צד מעונין". זהו פגם רציני, שכן הנאשם עומד חסר-אונים מול עד שאינו "צד מעונין", אשר רק "מביא דברים בשם אומרם". קיים אפוא החשש, כי ח"נ המאמין אמונה שלימה בדברי הקטין ינסה לשכנע בכל כוחו כי דברי הילד אמת, ומאחר שבית-המשפט מתייחס אליו כאל "צד נייטרלי" — יאמין לו הרבה יותר מאשר היה מאמין לילד. ילד המעיד על המקרה — מהסס, שוקל ומתלבט. ח"נ המביא דברים בשם אומרם, מציג גרסה חדה ובהירה ועלול לסחוף בקלות את בית-המשפט עמו. צירוף זה של ח"נ אשר השתכנע בצדקת הילד, יחד עם השופט שבדרך-כלל מקבל את דבריו במלואם — הוא הרה-אסון לנאשם.

למעשה, ח"נ אף ממלא חלק ניכר מתפקידי השופט. הוא גובה את העדות העיקרית במשפט והתרשמותו בדבר מהימנות הילד היא מכרעת, שכן בדרך-כלל בית-המשפט

52 ע"פ 192/56 יהודאי נ' היוהמי"ש, פ"ד יא 365, 367.

53 (לעיל, הערה 7), 19.

54 ח' דוד, "דברים בסימפוזיון שנערך בסמינריון קציני משטרה לבעיית עבריינות נוער ב-10/5/1970", מצוטטת אצל גל (לעיל, הערה 19), 18.

55 ח' דוד (לעיל, הערה 8).

56 הגי' (לעיל, הערה 18), 551.

57 דברי חוקרת-הנוער אילנה קרניאל בראיון שנערך עמה (לעיל, הערה 4).

58 בע"פ 906/83, לא פורסם (הודע: 18.7.83).

מאמץ את חוות-דעתו לגבי מהימנות הילד⁵⁰. אמנם, בית-המשפט יכול עדיין להעביר את עדות חה"ג תחת שבט-ביקורתו, מטעמי סבירות, אך למעשה "מתפרק בית המשפט כמעט כליל מסמכותו להכריע בשאלת המהימנות"⁵¹. במצב זה טמונות סכנות רבות. ח"ג אינו מתמנה על-פי הכישורים הדרושים לשופט, ואף-על-פי-כן נמסר בידיו במידה לא מבוטלת גורלו של גאשם במשפט פלילי.

3. הבנת החובה לומר אמת

פגם נוסף בהפקדת חה"ג על גביית העדות טמון בעובדה כי על חה"ג לא מוטלת החובה לבדוק אם הקטין מבין החובה לומר אמת. כדי שעדותו תהא קבילה בבית-המשפט, נדרש קטין רגיל למצער כי יבין את טיב החובה לומר אמת. קטין שאיננו מבין זאת — עדותו לא קבילה⁵². קבלת עדות קטין בלא חקירה מקדמית זו מהווה סטייה הידרת לשורשו של משפט ומצדיקה אפילו ביטול ההרשעה שהתבססה על עדות זו⁵³. קטין שנפל קורבן לעבירת-מין אשר לא הגיע לשלב התפתחות זה, לו היה נדרש להעיד בבית-המשפט, היה השופט משוחח עמו, מגלה כי אינו מבין את החובה לומר אמת וקובע כי עדותו אינה קבילה⁵⁴.

מאידך גיסא, קטין שעדותו נגבית על-ידי ח"ג, תתקבל עדותו גם במקרה שכזה, שכן החוק לא דורש מחה"ג לבדוק זאת כתנאי מינימום לגביית עדות, אם כי חה"ג יכול לברר גם נקודה זו. לכל היותר יציין חה"ג בדו"ח שלו כי התרשם שהקטין לא דובר אמת, אך בוודאי לא יתייחס לשאלה אם הקטין "מבין את החובה לומר אמת". לשופט המקבל את עדות הקטין מפי חה"ג אין כל דרך לברר אם הקטין מבין חובה זו ובדרך-כלל ידלג על שלב מקדמי זה ויקבל את העדות.

בכל פסקי-הדין העוסקים בנושא לא מצאנו כי השופטים או חה"ג ביררו תחילה אם הקטין (אשר העיד בפני חה"ג) אכן "מבין את החובה לומר אמת", ורק משתברר להם כי כך הוא — קיבלו את העדות. נמצא, כי הגם שהחוק לא ויתר על דרישה זו לענין ילדים שעדותם נגבית בידי ח"ג, הרי שבפועל אין מי שבדוק קיום הבנה זו כתנאי מקדמי לקבילות העדות. חה"ג לא עושה זאת, שכן החוק לא חייבו לכך, בעוד שהשופט לא עושה כן מן הטעם שהילד כלל לא מופיע בפניו.

59 הג'ג' (לעיל, הערה 18), 551; וכן בע"פ 906/83 (לעיל, הערה 58). כמריכך ראה דיונונו להלן, בפרק 7.

60 דברי השופטת בן-עתו (לעיל, הערה 58).

61 ע"פ 89/57 יוסף ג' היהמיש, פ"ד יא(2) 1071, 1072. כך היה המצב בעבר, דהיינו: לפני שיצא החוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), תשמ"מ—1980, ס"ח 202, והדעה המקובלת היא כי גם השמטת סעיף 155 לחסד"פ לא שינתה מצב זה.

62 יאנטיק הערה 14.

63 מכיוון שעדות הקטין היא בדרך-כלל העדות העיקרית במשפט, פסילת עדותו מובילה בדרך-כלל לזיכוי הנאשם. ראה ע"פ 591/79 אסיאס ג' מי, פ"ד לד(4) 253, 260. שופט שדילג על שלב זה, הדבר יכול לגרום את ביטול ההרשעה. ראה יאנטיק (לעיל, הערה 14).

4. פגיעה בתחושתה של עשיית הצדק

מעבר לכל המגרעות שנמנו לעיל, יש גם לציין כי תחושת הנאשם אף היא נפגעת. גם מי שסובר כי זכויות הנאשם בפועל לא נפגעות, בין משום שח"ג ממלאים את תפקידם באמונה ובין משום שה"סיוע" הנדרש מכסה על כל הפגמים, גם הוא יודה כי תחושת הנאשם נפגעת וכי הוא חש כי לא נעשה עמו משפט הוגן. גם תחושה זו שלו ושל אנשים אחרים הסוברים כמותו, רעה טמונה בקיומה, שכן הצדק חייב לא רק להיעשות, אלא גם להיראות.

מנינו אפוא שורת זכויות נאשם אשר נפגעות, דבר המגביר, לפחות תיאורטית, את החשש להרשעת חפים מפשע.

5. חששותיו של בית-המשפט להרשיע בהסתמך על עדות ח"ג

אולם בכך לא תמו הנימוקים כנגד ההסדר שבחוק. ישנן טענות המועלות מהכיוון ההפוך, כי החוק מגביר דווקא זיכוי אשמים אשר ראוי כי יורשעו. טענות אלו סובבות סביב החשש כי השופטים אינם סומכים על העדות שח"ג מגיש, מפקפקים בכושרו של ח"ג לגבות עדות ומודאגים מהפגיעה בזכויות הנאשם. עקב כל אלו הובע בעבר החשש שמא השופטים יהססו מאוד בטרם ירשיעו נאשמים על-סמך עדות שכזו.⁶⁴

שופטים אחדים אכן נתנו אישור לחששות אלו. כך, למשל, בע"פ 106/83⁶⁵ השופטת בן-ענתו מפרטת את מגרעות החוק בעיניה ומעידה על עצמה, כי "מרגישה אני שלא בנוח כשעלי לשקול מהימנות עד מבלי שראיתיו או שמעתיו, ומבלי שהתרשמתי מהתנהגותו". גם דרישת הסיוע איננה מספקת לטעמה, ודעתה אף אינה נוחה מכך שח"ג ממלא את רוב תפקידיו של השופט. ואכן, בהמשך פסק-הדין מנתחת השופטת את העובדות ואת מהימנות הקטין, ומחליטה לזכות את הנאשם, לאחר שמתחה ביקורת על חה"ג באותו עניין. ניתן להניח, כי "הרגשתה הלא נוחה", דעתה השלילית על העדות שנמסרה בידי ח"ג ואי-יכולתה להיפגש עם הילד שמשו גורם חשוב בהחלטתה לזכות את הנאשם.⁶⁶

אולם יש לציין, כי בדרך-כלל השופטים סומכים על חה"ג ומקבלים הם על עצמם גזירת החוק. כפי שנאמר בפסק-הדין חג"ז: "החוק רצה להכשיר כאן עדות מכלי שני, וביהמ"ש ימלא רצונו"⁶⁷.

טענה נוספת בכיוון זה, כנגד ההסדר, היא כי עדות ילד שח"ג מביא טעונה תמיד סיוע, ולפי הלכת יהודאי⁶⁸ — סיוע ממשי דווקא. מאידך גיסא, לולא ההסדר, אם הקטין

64 ראה רייפן (לעיל, הערה 34).

65 לעיל, הערה 58.

66 עוד ראה יהודאי (לעיל, הערה 52).

67 לעיל, הערה 18. עוד ראה ע"פ 421/71 מירון נ' מדינת ישראל, ס"ד כו(1) 281, 283.

שם אפילו הועדפה העדות שגבה חה"ג על פני עדות שנתנה הקטינה בהגיעה לגיל 14, בבית-המשפט עצמו. גם אילנה קרניאל (לעיל, הערה 4) מעידה, שבדרך-כלל השופטים סומכים כיום על חה"ג.

68 יהודאי (לעיל, הערה 52).

היה מופיע בבית-המשפט ומעיד — לא תמיד היה נדרש סיוע לעדותו (שכן לפי סעיף 55 לפקודת הראיות רק עדות קטין שנתקבלה בלי שבועה טעונה סיוע)⁶⁹. בעת חקיקת החוק לא היתה קיימת בעיה זו, שכן ממילא נדרש סיוע לעדות מתלונן בעבירות-מין — בכל גיל. אולם כיום, משבוטלה דרישת הסיוע לעדות מתלונן בעבירות-מין⁷⁰, מהווה דרישתה סיוע לעדות קטין שנגבתה בידי ח"ג, שנותרה בעינה, מכשול של ממש בדרך להרשעת אשמים. טענה זו תומכת יתדותיה במספר התיקים הגבוה הנסגר עוד במשטרה, בשל חוסר סיוע⁷¹.

מחקרים שניסו לבחון את תוצאותיו המעשיות של החוק על הרשעות הנאשמים לא הצליחו להצביע על השפעה כלשהי של ההסדר על שיעורי ההרשעה הזיכויים^{72, 73}. ברם, נתונים אלו אינם בהם כדי להשיב על שאלות, כמו כיצד השפיע ההסדר שבחוק על שיעור הרשעות-השווא, מחד גיסא, ועל שיעור זיכויי-השווא וסגירת התיקים ללא הגשת כתבי-אישום מאידך גיסא⁷⁴, וכיוצא באלו שאלות מרכזיות לבחינת תוצאות ההסדר. אשר להשפעת ההסדר על הקטין קורבן העבירה עצמו, המומחים מסכימים כי עד כמה שהדברים מדידים, הפחית החוק מאוד את שיעור הנוקים הנפשיים שנגרמו לילד בעבר⁷⁵.

ו. דרישת הסיוע

סעיף 11 לחוק קובע: "לא יורשע אדם על סמך ראיה לפי סעיף 9, אלא אם יש לה סיוע בראיה אחרת". עמדנו לעיל על הפגיעה החמורה שההסדר אשר בחוק, המעוגן בסעיף 9, פוגע בנאשם ובזכויותיו. כפיצוי-מה על פגיעה זו, סעיף 11 דורש כי הרשעה תיעשה רק על-סמך סיוע. כבר בשנים הראשונות להפעלת החוק נפסק⁷⁶, כי כיוון שזכויות הנאשם נפגעות קשה, אין די בסיוע "טכני" (כלומר: אותו סיוע שבעטיו נדרש השופט לבקש לו חוספת משקל ל-100% אשר כבר השיג באמצעות התוכחה העיקרית, כדברי

69 כיום, מכיוון שבוטלה השבועה, קיימת בעיה בפרשנות סעיף זה. יש אומרים, כי הסעיף בוטל ביטול מכללא וכי ניתן לקבל כל עדות קטין בלא סיוע. יש אומרים, כי דרישת הסיוע נותרה אך לגבי חלק מן הקטנים ויש אומרים כי גם כיום נדרש סיוע לכל עדות קטין. לדיון נרחב בנושא עיין קדמי (לעיל, הערה 46); א' אנקר, "עדות קטין בלא שבועה לאור החקיקה החדשה" משפטים יב (תשמ"ב) 358; דיונונו להלן פרק ו (1).

70 כיום נדרש, כי השופט יפרש את נימוקיו אם הרשיע על-פי עדות יחידה שכוון. ראה סעיף 54 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א—1971.

71 בזמנו, ב-1960, ח' דוד (לעיל, הערה 8) דיווחה על כ-60% מהתיקים הנסגרים מסיבה זו. ב-1978 דיווח ש' גל על מחקר שערך על כ-40% מהתיקים הנסגרים מסיבה זו (לעיל, הערה 10). אין עמנו נתונים חדשים יותר.

יצוין כי כיום, לפי ע"פ 318/79 אנגיל ג' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 98 אסור למשטרה לעשות זאת. כיום הטיעון יהיה, כי זיכויים רבים נובעים מהעדר ראיות סיוע במשפט.

72 ד' רייפן, "עברייני מין והגנת ילדים" עלון האגודה הישראלית לקרימינולוגיה, גיליון 5-6 (1960) 17. כמו-כן ראה ד"כ, ל (1960) 342, דברי השר רוזן.

לעיל, הערה 10.

74 שם, עוד ראה ח' דוד (לעיל, הערה 8). לדבריה (שנאמרו בשנת 1960), כ-60% מהתיקים נסגרו בגין העדר סיוע; וכן ראה ברו"ח מלמד, בעמ' 11.

75 ד' רייפן, "חקירת עבירות מין נגד ילדים" הפרקליט יג (תשי"ז) 273.

76 יהודאי (לעיל, הערה 52).

השופט זילברג בע"פ (128/52) 77, אלא נדרש "סיוע ממש"י, משום שמטבע הדברים עדות הילד אינה יכולה לנטוע בלב השופט אותו ביטחון של 100% בהתחשב בליקויים באופן הבאתה. הלכה זו, שלפיה נדרש סיוע "מהותי" ולא "טכני", נקלטה בפסיקה מאוחרת יותר⁷⁸. עוד נקבע, כי הסיוע דרוש הן לגבי עצם ביצוע המעשה והן לגבי היות המערער מבצע המעשה⁷⁹. השופט בערכאה הראשונה נדרש לפרש בפסק-דינו מהו בדיוק הסיוע אשר מצא, כדי שערכאת-הערעור תוכל לבקר זאת⁸⁰, ואכן, ערכאות-ערעור מתערבות בדרך-כלל בקביעה האם ראיה כלשהי מספיקה כסיוע אם לאו⁸¹.

1. האם דרישת הסיוע מהווה פיצוי נאות לפגיעה בזכויות הנאשם?

בעבר היה מקובל לסבור⁸² כי הפיצוי הוא חלקי בלבד, מכמה טעמים. ראשית, הראיה העיקרית היא עדיין ראיה מקלי שני, ובסופו של דבר ראיה זו היא העיקר. שנית, בעבירות-מין ממילא נדרש תמיד סיוע לעדותו של הקורבן (כך היה בעבר). ושלישית, בהרבה מקרים, סביר שהיה נדרש סיוע גם מטעם אחר, משום שמדובר בקטין שהעיד שלא בשבועה, שגם לפי עדותו אין להרשיע בלא סיוע (סעיף 55 לפקודת הראיות). מאחר שבינתיים נשתנה המצב החוקי, יש מקום לבדיקה אם טעמים אלו נותרו בעינם. ראשית, נכון אמנם כי הראיה העיקרית היא מקלי שני, אולם במציאות, נאשמים רבים לא מגיעים למשפט ותיקיהם נסגרים עקב העדר הראיות הנוספות הנדרשות לשם סיוע. מחקרים שונים מצאו כי כ-40%—60% מהתיקים נסגרו עקב העדר סיוע⁸³. נמצא כי דרישה זו מסייעת מאוד להגנה על הנאשם. שנית, דרישת הסיוע לעדות-יחיד של קורבן בעבירות-מין בוטלה, כידוע, ובמקומה נדרש כיום אך ורק כי השופט המרשיע יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו⁸⁴. עקב כך, גם דרישת הסיוע לעדות על-פי החוק אינה חסרת משמעות כפי שהיתה בעבר. ושלישית, לגבי הטענה כי במקרים רבים נדרש ממילא סיוע מכיוון שמדובר בקטין המעיד בלא שבועה—אף טענה זו איבדה מתוקפה לאור שינויים בחוק.

בעבר נחלקו הילדים המעידים לשלוש קבוצות⁸⁵: לילדים שאינם מבינים את החובה לומר אמת—אולם אין לשמוע כלל בבית-משפט; לילדים המבינים את החובה לומר אמת—וגוסף על כך, מכירים בטיבתה של שבועה—הללו עדותם קבילה לגמרי,

77 ע"פ 128/52 שוויילי נ' היוהמ"ש, פ"ד ז 438.

78 ראה, למשל, ע"פ 532/82 פייבר נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 243; ע"פ 40/85 דקל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 652, 654; ולאחרונה ע"פ 694/83 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 249, 256.

79 ע"פ 79/62 עתאמנה נ' היוהמ"ש, פ"ד טז 2820.

80 ע"פ 197/58, דהן נ' היוהמ"ש, פ"ד יב 1861.

81 שם, שם; וכן פייבר (לעיל, הערה 78).

82 לעיל, הערה 14.

83 לעיל, הערות 8 ו-10, וכן עיין בהשוואה סטטיסטית שהציג השר רוזן בכנסת בעת דיון על תיקון החוק (לעיל, הערה 72).

84 סעיף 54 לפקודת הראיות. לגבי עדות קטין הנגבית עליידי ח"נ, נקבע במפורש כי ביטול זה אינו חל. ראה סעיף 54א(ג) לפקודת הראיות.

85 לחלוקה זו ראה פסקי-דין יוסף (לעיל, הערה 61).

כמבוגרים; ולילדים אשר לא מכירים בטיב שבועה, אולם מבינים את החובה לומר אמת. קבוצת-ביניים זו, עדותם היתה קבילה בלא שבועה, אלא שחל עליהם סעיף 55 לפקודת הראיות אשר דרש סיוע לעדותם.

חלוקה זו התבססה על שני סעיפי חוק: על סעיף 155 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965 (להלן: החסד"פ), אשר קבע כי בית-משפט רשאי לקבל עדות קטין שלא בשבועה אם הוא סובר כי אין הקטין מבין טיבה של שבועה; ועל סעיף 55 לפקודת הראיות אשר קבע, כי נדרש סיוע ל"ילדים שהעידו בלא שבועה".

כך היה המצב כל עוד נהגה חובת השבועה, וכל קטין אשר נמצא כי הוא מבין את החובה לומר אמת, אולם אינו מבין טיבה של שבועה, נתקבלה עדותו ובלבד שנמצא לה סיוע. מצב זה שונה בשנת תשמ"מ.⁸⁶ חובת השבועה בוטלה, ועמה הושמע גם סעיף 155 לחסד"פ. מאידך גיסא, סעיף 55 לפקודת הראיות נותר בעינו. מצב זה הוא בעייתית, שכן גשאלת השאלה, עדותו של איזה קטין ניתן לקבל כיום, לעדות איזה קטין נדרש סיוע ועל מי יחול כיום סעיף 55 לפקודת הראיות.

קיימות כמה גישות אפשריות לפתרון שאלות אלו. גישה אחת טוענת, כי משבוטל סעיף 155 לחסד"פ ממילא בטלה ההבחנה בין עד בגיר לבין עד קטין בכל הקשור לכשרות קטין להעיד, ומכאן ואילך היותו של עד "קטין" ורמתו השכלית יהיו אך ורק שיקולים להערכת מהימנות ומשקל העדות ולא תנאי לקבילותה. לפי גישה זו, סעיף 55 לפקודת הראיות בטל מכללא ולא נדרש עוד כל סיוע לעדות קטין.⁸⁷

כאן המקום לציין כי משרד-המשפטים הגיש הצעת תזכיר לתיקון סעיף 55 הג"ל ולפיה יידרש "חיווק" בלבד לעדות קטין מכל סוג שהוא. אם תתקבל הצעה זו, יהווה הדבר גושפנקא לפרשנות זו שהצגנו לעיל.⁸⁸

כנגדה, קיימת גישה שנייה הטוענת כי אין לחוק ביטול השבועה השלכה כלשהי על עדות קטין. המבחנים לכשרותה נותרים על כנם מכוח הפסיקה, וסעיף 55 הג"ל, שנותר בתוקפו, מלמדנו כי קטין המבין טיב שבועה תישמע עדותו בשבועה (הדבר אפשרי לפי סעיף 5 לחוק ביטול השבועה), בעוד שקטין שאינו מבין טיבה של שבועה, עדותו תתקבל, אלא שיידרש לה סיוע. גישה זו מסתמכת על אי-ביטולו של סעיף 55, ועל כך שהמבחנים לכשרות קטין היו מעוגנים בפסיקה עוד לפני שנחקק סעיף 155 לחסד"פ. לפי גישה זו לא חל אפוא כל שינוי של ממש, וגם כיום נדרש סיוע לכל קטין המעיד בלי שבועה הגם שבמקרים רבים הסיוע הנדרש הוא טכני בעיקרו.⁸⁹

גישה שלישית טוענת כי בכל מקום השבועה הוחלפה באזהרה, ואף בקטין. לפיכך, קטין שאינו מבין את החובה לומר אמת — עדותו לא קבילה. קטין המבין חובה זו — יזהירו השופט (מעל גיל 12 — גיל האחריות הפלילית — אזהרה כי ייענש; מתחת גיל זה — אזהרה מוסרית בלבד), ודי בכך לקבל את עדותו כעדות מבוגר לכל דבר. במקרה זה גם לא יידרש כל סיוע לעדותו. רק אם אין די באזהרה זו לדעת השופט, הוא רשאי

86 חוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), תשמ"ג—1980, ס"ח 202 (להלן: "חוק ביטול השבועה").

87 קדמי, בתוספת לספרו המוזכר לעיל (הערה 46), 319.

88 ראה מ' לנדוי, "הערות על הצעת חוק הראיות המתוקנת", משפטים טז(1) (תשמ"ו) 17, 28; א' אנקר, הערות לחוק הראיות המוצע" משפטים טז(1) (תשמ"ו) 54, 59.

89 דנינו (לעיל, הערה 78), 255, גישת השופטת נתניהו.

גם להשביעו ובלבד שיברר קודם-לכן אם הקטין מבין את טיב השבועה. אם הוא מבין את טיבה, יושבע, ועדותו קבילה כשל מבוגר. אם אינו מבין, לא יושבע, ועדותו תישמע בכל מקרה. אלא שבמקרה זה, מכיוון שהדבר נבצר ממנו רק משום שאין הקטין מבין טיב שבועה — כאן בלבד יחול סעיף 55 ויידרש סיוע. לפי גישה זו, צומצמה מאוד תחולת סעיף 55, ולרוב הקטינים לא יידרש סיוע⁹⁰.

על-פי גישה רביעית יפורש החוק כפשוטו. השבועה הוחלפה באזהרה ולפיכך כל ילד המבין את החובה לומר את האמת, יזהר או אף יושבע, וזאת על-פי החלטת השופט. סעיף 55 יפורש כפשוטו, היינו: לכל ילד שהעיד בלי שבועה או בלי אזהרה, יידרש סיוע. לפי גישה זו, הורחבה למעשה דרישת הסיוע.

גישה חמישית גורסת, כי יש להחיל החלפת השבועה באזהרה גם על סעיף 55 לפקודת הראיות. סעיף 3 לחוק ביטול השבועה קובע, כי "מקום שהחוק מתיר או מחייב כי דבר פלוני יעשה בשבועה, יעשה הדבר באזהרה בשינויים המחוייבים". לפיכך, קטין שאינו מבין את החובה לומר את האמת, פסולה עדותו. קטין שמבין זאת, ונוסף על כך מבין את טיבה של "אזהרה" (במקום שבועה), עדותו קבילה לכל דבר. קטין המבין את טיב החובה לומר אמת, אך אינו מבין טיבה של "אזהרה" — תישמע עדותו, בלי שיוזהר, וסעיף 55 הנ"ל יפורש כאילו נקבע בו "לא יורשע נאשם ע"פ עדות קטין שנתקבלה שלא באזהרה (במקום "בשבועה") אלא אם יש לה סיוע". מכיוון שנראה לנו, כי רק בנדיר ימצא ילד שאינו מבין טיב אזהרה (להבדיל מ"טיב שבועה"), הרי שלפי גישה זו צומצמה למעשה דרישת הסיוע.

לדידה של הגישה החמישית, האחרונה, הרי על-אף שבטלה השבועה, יש להמשיך ולברוק, כמעין קריטריון לרמתו של הילד, אם הוא מבין "טיב שבועה". אם הוא מבין זאת, לא נדרש סיוע (הגם שאינו נשבע); אם אינו מבין, יידרש סיוע לעדותו.

חמש גישות אלו חלוקות אפוא ביניהן בשאלה אם נדרש כיום סיוע לעדות קטין "רגיל" המעיד בפני בית-המשפט.

אם נשוב לענייננו, הרי שבעבר נטענה הטענה כאילו אין משמעות רבה לסעיף 11 ל"חוק", משום שבלאו הכי נדרש סיוע לעדותם של קטינים רבים. אולם אם אכן בוטל כיום סעיף 55 ביטול מכללא או צומצם — כפי שעולה מכמה מן הגישות שהוצגו לעיל — דרישת הסיוע בילד המעיד דרך ח"נ מקבלת משנה-חשיבות.

לפי רוב הגישות הנ"ל, קטין רגיל המעיד בבית-משפט, רק לעתים נדירות נדרש סיוע לעדותו; ובכל אופן, כל-אימת שנמצא כי הקטין מבין את טיב החובה לומר אמת, יוכל בית-המשפט להשביעו או להזהירו כדי שלא יהיה צורך בסיוע לעדותו. בעוד שקטין אשר עדותו מוגשת על-ידי ח"נ לעולם יידרש סיוע לעדותו. בהקשר זה נבקש להפנות לסעיף 53(א)(2) להצעת חוק הראיות, התשמ"ה-1985, המציע לדרוש סיוע לכל עדות של קטין מתחת לגיל 14. הצעה זו מעידה עד כמה חשובה דרישת הסיוע

90 אגקר (לעיל, הערה 69). השופטת נתניהו בעניין דיניו (לעיל, הערה 78), 255, מביעה תמיכה בשיטה זו, אלא שלדבריה, מכיוון שלשוננו של סעיף 55 היא חד-משמעית, אין מנוס אלא לפרשו כפשוטו, היינו: כפרשנות שהוצעה על-ידי הגישה הקודמת. מאידך גיסא, השופטת בן-פורת (שם, עמ' 265) מביעה תמיכה בגישה זו ומוסיפה, כי נוסף על כך, על בית-המשפט לברר כבר בשלב הראשוני אם הקטין מבין את טיבה של אזהרה. השופט השלישי אשר ישב בדין, השופט בייסקי, נמנע מלהביע עמדה בשאלה זו (שם, עמ' 266).

לשם שמירה על זכויות הנאשם ועד כמה רב ההבדל בין קטין המעיד ישירות לבין קטין המעיד דרך ח"ג.

ניתן אפוא לסכם ולומר, כי עקב השינויים בחקיקה בדבר הצורך בסיוע לעדות קטין "רגיל" ולעדות מתלונן בעבירות-מין, דרישת הסיוע מהווה כיום "פיצוי" רציני ביותר לנאשם, ויתכן גם כי בפועל עבריינים רבים יוצאים מזוכים עקב ההסדר בחוק, המחייב את קיומו של סיוע לעדות הקטין.

נחה אם כן דעתנו בדבר היות הסיוע "פיצוי" גאות לנאשם. אולם מן העבר השנוי, האם לא ניתן לטעון כי לאור האפשרות לזיכוי בגלל דרישת הסיוע⁹¹ ולאור מגמת המחוקק הכללית לבטל את הסיוע⁹², היא זה מן הראוי דווקא להגמיש דרישה זו? האם לא ניתן להסתפק ב"דבר לחיזוקה" של עדות הקטין המוגשת על-ידי ח"ג או בחיוב השופט לפרט נימוקיו? או לפחות, שמא ראוי להגמיש כיום את הדרישה שנקבעה בפסק-דין יהודאי ולהסתפק בסיוע טכני ולא "ממשי"? לדעתנו, יש מקום להקל, בדרך כלשהי, בדרישה נוקשה זו לסיוע, בייחוד אם יינקטו אמצעים להבטיח כי עדות הילד המגיעה לידי בית-המשפט תהא מהימנה ומדויקת, למשל, על-ידי הקלטתה⁹³.

2. הראיות היכולות לשמש כסיוע הנדרש

שתיקת הנאשם, שאמנם לפי סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב—1982, "יכולה לשמש סיוע לתביעה... במקום שדרוש סיוע" איננה מהווה סיוע לצורכי החוק נשוא דיונו; שכן סעיף 162 סיפא לחסד"פ קובע במפורש, כי שתיקת הנאשם לא תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק. קביעה זו היא חלק מהמגמה הכללית של המחוקק שעליה עמדנו, להשתמש בסיוע כפיצוי הולם על הפגיעה בנאשם. מכיוון שהן סעיף 162 רישא לחסד"פ והן סעיפים 9 ו-11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים) פוגעים בנאשם, נזוהר המחוקק מלצרף פגיעה לפגיעה⁹⁴.

מלבד שתיקת הנאשם אשר לא יכולה לשמש סיוע, נדונה כל ראייה לגופה, אם היא יכולה לשמש סיוע אם לאו. בפסיקה אנו מוצאים כמה דוגמאות: כתם-דם על הילד מהווה סיוע לעצם המעשה⁹⁵, בעוד שהודאת נאשם כי נכח במקום וחוסר-יכולתו לתת לכך הסבר מהווים סיוע לזהות העברייני⁹⁶. עוד נפסק, כי גיסיון להסתיר מידיעתם של

91 הערה 83 והטקסט שלצדה; וכן קרתי, "הערות ליום העיון" עבריינות וחברה ד (תשל"ד) 30.
92 ראה סעיף 54א לפקודת הראיות, אשר ביטל את הדרישה לסיוע לעדות שותף לעבירה וכן את הדרישה לסיוע לעדות מתלוננת בעבירות-מין. על המגמה הכללית לביטול הסיוע ראה, למשל, את-מגמת המחוקק כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיף 10א לפקודת הראיות, שם מסתפקים בדרישת "דבר מה נוסף".

ראה גם ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 225, 291.

93 הצעות אלו ואחרות יידונו בהמשך.

94 לביקורת על סעיף 162 הנ"ל עיין ח' כהן, "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו (תשל"ד) 42; ע' קפלן "על זכות השתיקה" זכרית אורה בישראל — קובץ מאמרים לכבוד ח' כהן (ירושלים, תשמ"ב) 241. וראה לאחרונה ש' ניסים, "מקומה הדיוני של דרישת הסיוע בהליכים פליליים" עיוני משפט יב(3) 621, 633.

95 ראה עתאמנה (לעיל, הערה 79); וכן ראה ע"פ 675/81 אלבוז נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 265.

96 עתאמנה (לעיל, הערה 79).

הורי הילד את הקשרים בין הנאשם לילד⁹⁷, מצבו הנפשי של הקטין סמוך לארוע⁹⁸ ושקרי הנאשם⁹⁹, כולם יכולים לשמש סיוע נדרש.

הבעיה המרכזית בסוגיא זו היא אם עדות קטין א, אשר נגבתה על-ידי ח"נ והוגשה כראיה לפי סעיף 9, יכולה לסייע לעדות קטין ב שגם היא נגבתה והוגשה באותה דרך. לשאלה זו חשיבות מעשית רבה, שכן במקרים רבים נוכחים בזירת העבירה ילדים בלבד¹⁰⁰ ויש לזכור כי החוק חל גם על "קורבן" וגם על "עד" למעשה. לפיכך, במקרים אלו יש בידי התביעה שתי עדויות שגב ח"נ, והשאלה היא האם די בכך להרשעה. כמו-כן במקרה שבו קטין ביצע עבירת-מין בקטין אחר (ומקרה זה הוא הנפוץ בעבירות-מין המבוצעות על-ידי קטינים, שכן בדרך-כלל קטין לא מבצע עבירת-מין בבוגר), יכולה להתעורר בעיה דומה. במקרה זה ייתכן שייווצר מצב שבו יהיו בידי התביעה עדויות שגבה ח"נ הן מהקורבן והן מהנאשם. והיה אם שתי העדויות תוגשנה לפי סעיף 9, היתה די בכך להרשעה? התוכל עדות הנאשם לשמש סיוע לעדות הקורבן? שאלה שנייה היא, אם עדותו של קטין אשר ניתנה בבית-משפט, אולם טעונה סיוע בעצמה מטעם אחר, יכולה לשמש סיוע הדרוש בסעיף 11 לעדותו של קטין שני, שנגבתה על-ידי ח"נ.

לגבי השאלה, מיהו אותו קטין המעיד בבית-משפט שעדותו טעונה סיוע, חלוקת הדעות — כפי שהובהר לעיל. מלבד תומכי הגישה הטוענת כי סעיף 55 לפקודת הראיות בוטל מכלילא, תומכי כל שאר הגישות מסכימים כי ישנם ילדים המעידים בבית-משפט שעדותם טעונה סיוע. כדי לפשט את הדיון ובהתחשב בכך שההלכות בעבר התייחסו תמיד ל"ילד המעיד בלי שבועה" כאל אותו קטין הטעון סיוע, נתייחס בהמשך לשני סוגי קטינים המעידים בבית-משפט: "קטין המעיד בלי שבועה", ולפיכך טעון סיוע, מול "קטין המעיד בשבועה, ולפיכך אינו טעון סיוע. אולם כל אשר יאמר על הקטין מהסוג הראשון מתייחס לאותם קטינים ש"עדותם טעונה סיוע", כל גישה — על-פי שיטתה-היא. לפיכך נוכל לנסח מחדש את השאלה בדרך הבאה: האם עדותו של קטין המעיד בבית-משפט בלי שבועה יכולה לשמש סיוע הדרוש בסעיף 11?

שאלה שלישית היא, אם עדות שגבה ח"נ יכולה לשמש כסיוע הנדרש בסעיף 55 לפקודת הראיות לעדות "קטין שניתנה שלא בשבועה". שאלה זו חשובה, למשל, בעבירת-מין שבה מעורבים שני קטינים — קורבן ועד. הקורבן הורשה להעיד, אלא שהעיד בעדות הטעונה סיוע לפי סעיף 55 לפקודת הראיות; ואילו הקטין השני שהיה עד למעשה עדותו נגבתה בידי ח"נ, ורוצים שזו תשמש כעת סיוע לצורך סעיף 55.

ניסוח פשוט של המקרים שבשאלות, ייראה כדלקמן:

- (1) האם עדות שגבה ח"נ תסייע לעדות שגבה ח"נ?
- (2) האם עדות קטין בלי שבועה תסייע לעדות שגבה ח"נ?
- (3) האם עדות שגבה ח"נ תסייע לעדות קטין בלי שבועה?
- (4) האם עדות קטין בלי שבועה תסייע לעדות קטין בלי שבועה?

97 ע"פ 906/83 (לעיל, הערה 58) 15 לפסק-הדין.

98 ע"פ 556/85 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 731.

99 פסק-דין דנינו (לעיל, הערה 78), 256.

100 רייפן (לעיל, הערה 6).

התשובה לכל ארבע השאלות הללו תלויה בשאלת קיומו של כלל שהיה מושרש עמוק בפסיקה, אשר קבע: "עדות הטעונה בעצמה סיוע, לא יכולה להוות סיוע, במקום אחר בו גדרש סיוע"¹⁰¹. להלן נכנה כלל זה בשם "כלל הסיוע". ההיגיון שבכלל זה לפי Cross¹⁰² הוא, כי אם אי-אפשר לסמוך על עדות א לבדה, כיצד ניקח עדות זו ונשתמש בה כסיוע לעדותו של ב, שגם עליו לבדו אי-אפשר לסמוך? ניתן כמובן לחלוק על היגיון זה ולטעון כי אמנם על כל אחד מהם לבדו, איננו סומכים כדי להרשיע, אולם שניהם יחד יוצרים בנו ודאות מספקת. ואכן, יש כיום נטייה בפסיקה לראות כלל זה כנחלת העבר, וייתכן שכיום, בעניינים רבים, אין לו עוד קיום¹⁰³.

הבעיה היא, אם גם בעניין עדות קטין הנגבית מחוץ לכותלי בית-משפט על-ידי ח"נ יש מקום לקבוע כי אין עוד מקום ל"כלל הסיוע". שאלה זו קשה, שכן אם לא יישמר כלל זה יכול להיווצר מצב שבו יורשע נאשם אך ורק על-סמך שתי אמרות של קטינים שניתנו מחוץ לכותלי בית-המשפט. היינו: על-סמך שתי עדויות-שמיעה בלבד.

הפסיקה המועטה בעניין זה התלבטה אף היא בשאלה זו. בפסק-דין כהן¹⁰⁴, שבו עלתה לראשונה בעיה זו, נפסק כי עדות קטין שנגבתה בלא שבועה לא תוכל לשמש סיוע הנדרש על-פי סעיף 11 לחוק לעדות שנגבתה בידי ח"נ. בהחלטתם הסתמכו השופטים על הליכת חליל¹⁰⁵, הלכה שהשתרשה בפסיקה, אשר לפיה עדות קטין המעיד בלא שבועה איננה יכולה לשמש סיוע הנדרש לעדותו של קטין אחר המעיד אף הוא בלא שבועה. מכיון שאין ספק כי עדות שגבה ח"נ מחוץ לכותלי בית-המשפט היא חלשה יותר מעדות קטין שניתנה בין כותלי בית-המשפט (אף כי ללא שבועה), פסקו השופטים מדין קל-וחומר מהלכת חליל, כי עדות קטין בלא שבועה לא תסייע לעדות שנגבתה בידי ח"נ. נמצא, כי פסק-דין כהן נתן תשובה שלילית לא רק לשאלה הרביעית, אלא גם לשאלה השנייה שהוצגה לעיל. והנה, בפסק-דין הג'י¹⁰⁶, שבו בדונה השאלה הראשונה, פסק השופט ח' כהן כי אין עוד זכות קיום ל"כלל הסיוע" בענייננו. השופט כהן היה מודע לפסקי-הדין מן העבר שבהם נזוהרו בתי-המשפט שלא לקבל סיוע מראיה הטעונה בעצמה סיוע, אולם לדבריו היה זה אך ורק כלל של זהירות, אשר כיום, משהפך הפשע אכזרי כל-כך, אי-אפשר להמשיך ולעמוד בו עוד. לא ייתכן שהחוק יעמוד חסר-אונים מול אנס שביצע את זממו בילדה קטנה, וזולתה וזולת קטינים אחרים, אין מי שיוכל להוכיח בעדותו את הפשע.

אולם גם השופט כהן עצמו שנוהר מלהתייחס בוודאות אל הכלל כאל כלל שעבר

101 עיין קדמי (לעיל, הערה 46), 81; כן ראה ד"נ 25/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 457.

102 *Cross On Evidence* (London, 5th ed., 1979) at p. 192

103 קדמי (לעיל, הערה 46). כך, למשל, נפסק לגבי שותף המסייע לשותף אחר לעבירה (בזמן שעוד גדרש סיוע לכל עדות שותף לעבירה) כי אין תוקף עוד לכלל זה (ראה קטאשווילי, [לעיל, הערה 101]).

104 ע"פ (ת"א) 92/58 כהן נ' היהמ"ש, פ"מ יז 265; ועיין גם הרנון (לעיל, הערה 14), ב, עמ' 9.

105 ע"פ 79/38 חליל נ' היהמ"ש, אס"ק (1938) חלק 2, 113; וכן ראה ע"פ (י"ם) 193/60 בש נ' היהמ"ש, פ"מ כט 380; וכן הרנון (לעיל, הערה 14), הערה 153. כך נפסק גם באנגליה: *Director v. Hester* (1973) A.C. 296.

106 לעיל, הערה 18.

מן העולם, טרח ומצא דרך להכשיר סיוע בין שתי עדויות שגבו ח"ג, גם בהנחה שהכלל קיים.

ואכן, משעלתה שאלה זו (השאלה הראשונה) שוב בפסק-דין פייבר¹⁰⁷ ניתנה מפי השופט חלימה תשובה הפוכה לתשובה שניתנה בפסק-דין הגינץ היינו: כי עדות קטין שגבה ח"ג לא יכולה לשמש סיוע הנדרש בסעיף 11. אולם גם פסק-דין פייבר לא קבע הלכה חדת בעניין זה, הותיר את השאלה בצריך עיון ונמנע מלחלוק במפורש על פסק-דינו של השופט כהן בחגיג.

ארבעת פסקי-הדין הללו דגו בשאלה הראשונה, השנייה והרביעית בלבד, אולם על-פי הלכת פייבר (שהינה מאוחרת להלכת הגינץ) ניתן לענות בשלילה גם לשאלה השלישית. תימוכין לגישה זו ניתן למצוא גם בטעמים סוציולוגיים. מומחים הבקיאים בנושא מדווחים¹⁰⁸, כי כשיש קבוצת-ילדים המעורבת במעשה עבירה אחד, קורה שילד אחד מבטל את גרסתו-שלו מפני גרסתו של ילד אחר, והוא מתחיל להאמין כי אכן ראה בדיוק את שראה חברו או את מה שחברו טוען כי געשה בו. אם אכן כך המצב, הרי שטמונה סכנה בהסתמכות ובהרשעה על-סמך שתי עדויות של ילדים המעורבים במעשה בלי סיוע נוסף כלשהו.

על-אף נימוק זה, נראית לנו הלכת חגיג' מהלכת פייבר. שכן, בעבירות-מין רבות העדים היחידים הם קטינים, שעדותם אף היא טעונה סיוע. על כן, לדעתנו אין ברירה אלא לאפשר את קבלת עדותם זו כסיוע הנדרש לעדות הקורבן שנגבתה על-ידי ח"ג. שאלה אחרת היא, אם עדות הורה הילד, אפטרופסו או האדם שהילד היה בפיקוחו, כי הילד סיפר להם על מעשה העבירה נגד המוסר — יכולה לשמש עדות המסייעת; וכמו-כן, האם תוכן הסיפור יכול לשמש סיוע הנדרש?

בהצעת החוק נקבע במפורש, כי ראיות אלו תוכלנה לשמש סיוע¹⁰⁹. אולם הצעה זו הושמטה מהחוק, מכיוון שעוררה התנגדות רבה בכנסת. כך, למשל, טען ח"כ ששון¹¹⁰ כי הורים נוטים להגוים בתיאור הסיפור, מעוניינים לנקום בעברייני ועלולים להעליל על הנאשם עלילת-שווא. מטעמים אלה קיים החשש, כי ההורים יתמכו בגרסת ילדם ככתבה וכלשונה ללא כל קשר לאמת העובדתית ולפיכך אין זה רצוי כי עדותם תהווה את הסיוע הנדרש. עקב התנגדות זו ואחרות הושמט סעיף 11(ב) להצעת החוק. יחד עם זאת, עדיין ייתכן שסיפורו של הקטין שסופר בהודמנות הראשונה יוכל להתקבל כראיה ולשמש סיוע הנדרש, וזאת על-פי סעיף 10 לפקודת הראיות או על-פי העיקרון הכללי של *res gestae*¹¹¹. נוסף על כך, ישנה גם אפשרות להשתמש בסיפורו של הקטין שסופר בהודמנות הראשונה כראיה לעקיבותו של הקטין¹¹² בדיוק כפי שאפשר לקבל קובלנה כראיה לעקיבותו של ילד המעיד בלי שבועה¹¹³.

107 לעיל, הערה 78.

108 ראה, למשל, ח' דוד, "לדרך ניהול חקירת עבירת מין בקטינים" עבריינות וחברה ד (תש"ל) 35.

109 סעיף 11(ב) להצעת החוק, הערה 13.

110 ד"כ יז (1954) 266.

111 ראה הרנן (לעיל, הערה 14), 77, הערה 14.

112 לדיון כללי בנושא הקובלנה כראיה לעקיבות עיין סלנט, ראיות (תל-אביב, תשכ"ג) 255.

113 ע"פ 104/40 איסמעיל ג' היוהמיט, אסיק (1940) 395.

אמנם ישנה הלכה הקובעת, כי קובלנה מוכיחים על-ידי עדות הקובל בצירוף לעדות האדם ששמעו קובל, ובדרך-כלל נדרש שהקובל עצמו יעיד בבית-משפט, אולם כשהקובל מת, ועקב זה לא יכול להגיע לבית-משפט, הסתפקו בהוכחה מפי השומע בלבד (מאידך גיסא, כשהקובל חי ולא נקרא להעיד, בלי סיבה, סירבו לשמוע על קובלנתו מאחרים)¹¹⁴. נדמה כי בענייננו, שבו הקטין מעיד בפני ח"ג, מן הראוי כי תתקבל קובלנתו כראיה לעקיבותיו וזאת אף אם אינו מופיע בבית-משפט עקב איסור שהטיל ח"ג יחד עם זאת, יש לדרוש כי הילד, בעדותו בפני ח"ג, יעיד על כי קבל מיד לאחר המעשה. עדותו זו, שתוגש בידי ח"ג, בתוספת העדתו בבית-המשפט של שומע הקובלנה, תוכל לשמש ראיה לעקיבותו.

שאלה אחרונה היא, אם "מעשים דומים" יכולים לשמש סיוע הנדרש. בפסק-דין דהן¹¹⁵ שבו דובר בשני קטינים שהיו קורבנות עבירות-מין בשני אירועים שונים מצד אותו העבריין, נפסק כי עדות א לא תוכל לסייע לעדות ב מדין סיוע של "מעשים דומים". ברם, עיון בפסק-דין דקל¹¹⁶ ובפסק-דין דנינו¹¹⁷ המאוחרים בהרבה, מעלה כי באופן עקרוני אין מניעה לקבלת "מעשים דומים" או "עדות שיטה" כסיוע הנדרש לעדות קטין, ובלבד שכל העדויות המעידות על "שיטה" זו הן מהימנות על בית-המשפט. נפסק שם, כי אם העדויות הן מהימנות ואם הסיוע הנדרש אינו סיוע "ממשי" כי אם סיוע "טכני" בלבד, אוי אם המדובר במעשים דומים שבהם אין הדמיון מגיע עד כדי "כרטיס-ביקור" או "חתימת-ידו" של העבריין, יהא בכך משום ראיה מסייעת לראיה העיקרית והמהימנה; ואילו אם הדמיון הוא רב ביותר, עד כדי היותו מעין "כרטיס-ביקור", תהא בכך גם ראיה עיקרית לזהות העבריין¹¹⁸.

ז. קבילות התרשמותו של חוקר-הנוער לגבי מהימנות הקטין

הוויכוח בפסיקה בשאלה זו מתמקד בשאלה, במה מתמצה תפקידו של ח"ג. האם עליו רק להביא את דברי הילד כפי שנגבו ונרשמו, בצירוף דו"ח שבו יתאר ממצאים כגון התנהגות הילד במהלך החקירה¹¹⁹, או שמא יש מקום לקבל את התרשמותו בשאלת מהימנות הקטין כראיה קבילה. בפסיקה ניתן למצוא שתי גישות סותרות בשאלה זו. אולם בטרם נפנה לפסיקה, נעיין קמעא בלשון החוק. סעיף 9 לחוק קובע, כי אפשר לקבל כראיה גם את "הדין-וחשבון בדבר חקירה בעבירה שגרשם על-ידי ח"ג בשעת החקירה או אחריה" — המקום האחר שבו "דין-וחשבון" זה נזכר בחוק, הוא סעיף 8. סעיף 8(א) קובע, כי אם המשטרה ביקשה את עריכת החקירה, "יגלה ח"ג לפניה את פרטי חקירתו ויביא לפניה את מסקנותיו". סעיף 8(ב) קובע איסור פרסום ומתייחס "לדין-וחשבון חוקר הנוער — לפי סעיף זה". נמצא, כי בסעיף 8 התכוון המחוקק לכלול

114 לעיל, הערה 112.

115 לעיל, הערה 80.

116 (לעיל, הערה 78), 658.

117 (לעיל, הערה 78), 257.

118 שם, עמ' 262—263.

119 ממצאים אלו קבילים הם לכל הדעות. ראה דנינו (לעיל, הערה 78), 261, מול האות ו.

במלים "דין-וחשבון" הן את פרטי החקירה והן את מסקנות הה"ג באילו מסקנות מדובר? האפשרות ההגיונית היא כי המדובר במסקנות שח"ג מגיע אליהן, הנוגעות למהימנות דברי הקטין. סעיף 8 דורש לספרן למשטרה, וסעיף 9 – מכשיר "דין-וחשבון" זה – כראיה. לפיכך, לפי פשטות לשון הסעיף, מסקנת ח"ג בדבר מהימנות הקטין כשרה היא כראיה במשפט¹²⁰.

תוצאה זו מתיישבת עם שורת ההיגיון. אמנם בדרך-כלל, בית-המשפט הוא הקובע את מהימנות העדות, אלא שקביעה זו מתאפשרת רק כשהעד מופיע לפניו. אולם במקרה כשלנו, כאשר רק ח"ג ראה את הילד, סביר והגיוני לקבל את הוות-דעת הה"ג על מהימנותו, אם כי מובן שמסקנתו איננה מחייבת את בית-המשפט. אין זה סביר להסתמך רק על הפרוטוקול היבש של גביית העדות כדי לקבוע אם הקטין מהימן או לא¹²¹. אולם, כאמור, ישנה גישה בפסיקה המפרשת את סעיפים 8 ו-9 בניגוד לפירוש שהועלה זה עתה. לראשונה עלתה בעיה זו בפסק-דין יהודאי שבו פסק השופט לגדוי כי "בנוסח החוק, אין שום רמז לכך, שמלאכת השופט נמסרה לח"ג גם במובן זה שח"ג יביע את דעתו על מהימנות הילד, ושהשופט יסתמך בנדון זה על דעת ח"ג"¹²². פסק-דין זה שימש הלכה המחייבת משך שנים רבות.

חוקרי-נוער אמנם התנגדו לפרשנות זו של הסעיף ודגלו בפרשנות המוצעת לעיל, אולם בדרך-כלל קיבלו עליהם את הדין ולא פירושו את דעתם לגבי מהימנות הילד. במקרה שסברו שהילד משקר, סיפרו על כך למשטרה בעל-פה, אך לא כללו זאת כראיה בחומר המוגש לבית-משפט¹²³.

העניין עלה שוב, בפסק-דין גנדלר¹²⁴. הפעם אירע מקרה הפוך: ח"ג לא מסר בדו"ח לבית-משפט את ה"מסקנות" שהסיק לעניין מהימנות הילד, הנאשם טען אפוא כי מעשה זה פגום, שכן סעיף 8 דורש מסירת המסקנות. השופט אולשן דחה טענה זו, בקובעו כי יש להבדיל בין הדברים שאותם ח"ג מוסר למשטרה, לבין הדברים הקבילים בבית-משפט כראיה. לדבריו, מסקנות לעניין מהימנות יש להביא למשטרה כדרישת סעיף 8 וייתכן שמתור למשטרה להיות מושפעת ממסקנה שכזו ולהימגע מהגשת כתב-אישום לאור מסקנה כלשהי. אולם לגבי קבילות כראיה – שאני בעניין זה הוא מאמץ את הלכת יהודאי, שלפיה אין להביא מסקנה כלשהי כראיה. השופט מסתמך על השוני הלשוני בין סעיפים 8 ו-9 לחוק, ולשיטתו, ההדגשה המצויה בסעיף 8 והקובעת כי למשטרה יוגשו "מסקנות", מלמדת כי ההיפך הוא הנכון לגבי בית-משפט. הדין-וחשבון המוגש במשפט יכול להכיל רק תיאור מסירת העדות ותיאור התנהגות הקטין בזמן מסירתה, אך אין הוא יכול להכיל מסקנות על מהימנות, שהן עניין לבית-משפט לענות בו.

120 והשווה הרבון (לעיל, הערה 14); ח' דוד (לעיל, הערה 8).

121 להיגיון זה מסכימים הן שלמה גל – נציג המשטרה, והן אילנה קרניאל – נציגת חוקרי-נוער (לעיל, הערה 4); ועיין ר"ע 78/84 טטרואשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 659, 662.

122 (לעיל, הערה 52), 367.

123 כך מוסרת ח' דוד במאמרה (לעיל, הערה 8).

124 המ' 324/59 גנדלר נ' היהודים, פ"ד יג 1495, 1496.

בשני פסקי־הדין הללו ניכרת מגמתו הכללית של פסק־דין יהודאי: הסתייגות מהחוק ומחוקרי־הנוער¹²⁵. והנה, בפסק־דין חג'ג'י¹²⁶ נעשה ניסיון להפיכת ההלכה. השופט ח' כהן קבע, כי אמנם שאלת המהימנותה של עדות הקטין ושאלת משקלה הן עניין לבית־המשפט לענות בו, ועצם העובדה כי ח"ג כותב בדו"ח ואף מעיד כי התרשם שהעדות מהימנה, אין בה כדי לחייב את בית־המשפט. אולם טעות היא לחשוב שעדות חג'ג' על המהימנות אינה רלבנטית. לדבריו, "אין לענין המהימנות ראייה חזקה וחשובה יותר מאשר התרשמותו של ח"ג וחוות דעתו על הילד, על מידת הבנתו, על כושר הסתכלותו, דמיונו ושלב התפתחותו השכלית". השופט כהן אמנם לא הזכיר את הלכות יהודאי וגנדלר, אך גראה כי נהפכה ההלכה.

ואולם, בפסק־דין פייבר¹²⁷ שבו עלתה שוב שאלה זו שב השופט חלימה להלכות יהודאי וגנדלר ואימץ את הפירוש אשר ניתן על־ידי השופט אולשן לסעיפים 8 ו־9. כאסמכתא נוספת לדבריו הפנה השופט חלימה לפסק־דין חג'ג' והסתמך עליו, בצטטו את דברי השופט כהן אשר אמר שם כי שאלת המהימנות היא שאלה לבית־משפט לענות בה, והעובדה שח"ג הביע את דעתו על כך איננה מחייבת את בית־המשפט. אלא שככל הנראה נעלמו מעיני השופט חלימה דברי השופט כהן בהמשך פסק־דין חג'ג', שבהם התיר לקבל את התרשמות חג'ג' תוך שקבע כי אין לעניין המהימנותה של עדות הקטין ראייה חזקה וחשובה יותר.

פסק־דין חג'ג', לא רק שאינו תומך בדברי השופט חלימה אשר קבע כי יש טעם לפגם בהכללת מסקנות על עניין המהימנות בדו"ח המוגש כראיה, אלא עומד בסתירה גמורה לדברים אלו.

פסק־דין פייבר, אשר חזר ואימץ את הלכת יהודאי, היה פסק־הדין האחרון שבו אומצה גישה זו. פסקי־הדין הבאים שעסקו בשאלה זו נטו כולם לגישת השופט ח' כהן בפסק־דין חג'ג'.

כך היה בעניין פאראשוילי¹²⁸, שבו צירף הנשיא שמגר את דעתו לדעת השופט כהן, אם כי בדברים שנאמרו אגב אורחא בלבד¹²⁹. לדבריו, החוק כולו מבוסס על רעיון של שאיבה מכלי שני והוא מוותר על הסתכלות והתרשמות ישירה מן הקטין. תוצאת־לוואי בלתי־נמנעת היא חוסר־יכולתו של השופט להתרשם במישורין מהתנהגות הקטין. לדעתו, המחוקק הציב את ח"ג הן כמי שגובה את ההודעה והן כמי שמעמיד את התרשמותו לאור נסיונו והבנתו המקצועיים לרשות בית־המשפט, כדי שיווצר תחליף כלשהו להתרשמות בית־המשפט מכלי ראשון — התרשמות שהיא בלתי־אפשרית.

125 לעיל, הערה 52, והטקסט לידה.

126 הערה 18. כן ראה פס"ד מימרן (לעיל, הערה 67), שבו השופט מציין כי חוקרת־הנוער נחקרה בבית־המשפט על התרשמותה מהילדה וכי אין בכך כל פגם.

127 לעיל, הערה 78.

128 (לעיל, הערה 121), 662, 663.

129 גם בעניין רקל (לעיל, הערה 78), 654 העדיף השופט וייס להותיר שאלה זו בצריך עיון; רעיון גם בב"ש 980/84 סופר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (4) 167, שבו הביע השופט בייסקי את הדעה כי מהימנות קטינה המעידה בפני ח"ג יכול שתיקבע גם בהתחשב בהתרשמות שתתקבל ממנהימנותה.

"אין לגלות סיבה טובה לכך, שמתוך מכלול הנתונים שהצטברו בידי החוקר, יושמט או יקוצץ אותו חלק הכולל התרשמות החוקר, היכול לסייע רבות בידי בית המשפט". לאחרונה זכתה שאלה זו לדיון גרחב בפסק-הדין בעניין דנינו¹³⁰. השופט נתניהו הצטרפה לדעה, כי בית-המשפט רשאי להתחשב בחוות-דעת חה"ג בשאלת המהימנות כראיה בין יתר הראיות שלפניו, אך הוסיפה כי כמובן אין חוות-דעת זו מהווה סוף פסוק לגבי בית-המשפט. השופט סקרה את הפסיקה שהובאה לעיל תוך העלאת הטענה¹³¹ כי פסק-דין יהודאי לא אסר למעשה על קבלת התרשמות חה"ג כראיה וכי פסק-דין נגדלר לא התכוון לקבוע הלכה עצמאית, אלא אך לפרש את פסק-דין יהודאי וממילא פסק-דין חה"ג הוא המשקף — לדעתה — את ההלכה המנחה זה שנות-דור. לדעתה, גישה אחת בלבד מצויה בכל פסקי-הדין היא הגישה המאפשרת קבלת התרשמות חה"ג לגבי המהימנות כראיה בין יתר הראיות. סבורני, כי פרשנותה זו מוטעית, לפחות לגבי פסק-דין יהודאי. השופט נתניהו מתאר את עמדתו של השופט לנדוי במלים הבאות:

אומר השופט לנדוי... כי בלשון החוק אין רמז לכך שהשופט "יפתח בנדון זה על דעת חוקר הנוער" (ההדגשה שלי — ש"נ), אך לא נאמר כי בית המשפט איננו רשאי להתייחס להתרשמותו של חוקר הנוער, או להיעזר בה, כראיה בין יתר הראיות.

אלא שעיון מדוקדק בפסק-דין יהודאי מעלה, שהשופט לנדוי אמר מפורשות כי "בנוסח החוק אין שום רמז לכך שמלאכת השופט נמסרה לחוקר נוער גם במובן זה שחוקר הנוער יביע את דעתו על מהימנות הילד"¹³² (ההדגשה שלי — ש"נ). כוונת הדברים ברורה. אם נוסח החוק לא מאפשר לחוקר להביע את דעתו על מהימנות הילד, הרי שממילא אם פעל חה"ג בניגוד לכך, לא יתייחס בית-המשפט להתרשמותו זו ולא יעזור בה. לא יעלה על הדעת, כי בית-המשפט יתייחס להתרשמות שניתנה בניגוד לחוק. לפיכך נראים הדברים, כי לא גישה אחת הנחתה את בית-המשפט העליון בכל פסקי-הדין שהוצגו לעיל, אלא שתי גישות סותרות הן המועלות בפסיקה. מאחר שגם בעניין דנינו העדיפה השופט נתניהו, כקודמיה, שלא לפסוק הלכה סופית חדה בשאלה זו¹³³, אין לנו אלא לשוב ולהביע את דעתנו כי לאור פרשנותם הלשונית של סעיפים 8 ו-9 לחוק, לאור רוח החוק ועקב ההכרח עדיפה הגישה המאפשרת את קבלת התרשמות כראיה¹³⁴.

הצעתנו היא, כי המחוקק יתקן את סעיף 9 באורח שיבהיר כי אכן כך הדבר ובכך תבוא מחלוקת פוסקים זו לקצה.

130 (לעיל, הערה 78), 257—260.

131 שם, 259, מול האותיות א—ב.

132 יהודאי (לעיל, הערה 52), 367.

133 דנינו (לעיל, הערה 78), 260, מול האות ה.

134 לפי הדעה הסוברת כי התרשמות חה"ג פסולה כראיה, בית-המשפט חייב להכריע בעצמו בשאלת המהימנות ללא שהתרשם ישירות מן העד. סוגיא זו התעוררה גם בעניינים נוספים ובהם קבעה הפסיקה ברורות, כי על-אף חוסר-ההתרשמות, בית-המשפט רשאי לדבריע בסוגיא זו על-פי שיקול-דעתו. ראה לעניין זה דברי השופט נתניהו בעניין דנינו (לעיל, הערה 78), 260.

ח. עדות שנגבתה בידי ח"נ מול עדות הקטין עצמו בבית-המשפט

לכאורה לא ייתכן מצב שבו יימצאו בפני בית-המשפט הן העדות שאותה גבה חה"נ הכשרה כראיה, והן עדות הקטין עצמו שנגבתה על-ידי בית-המשפט. סעיף 9 לחוק המאפשר הגשת עדות שגבה ח"נ, עושה זאת אך ורק כדי שבמקרה שבו אסר החוקר על העדת הקטין בבית-המשפט עצמו תוכל העדות שנגבתה על-ידי חה"נ להיות קבילה כראיה. מאידך גיסא, במקרה שהחוקר התיר את ההופעה, הילד עצמו מופיע, ואזי לכאורה אין כל צורך בעדות שאותה גבה חה"נ ואין לה כל ערך. אף-על-פי-כן, בשלושה מקרים יכול להיווצר מצב שבו שתי העדויות גם יחד תהיינה בפני בית-המשפט.

(א) מקרה שבו ח"נ התיר ההופעה, הילד העיד, ויחד עם זאת המשטרה או התביעה מחליטה להגיש גם את העדות שגבה ח"נ¹³⁵.

(ב) מקרה שבו ח"נ אסר על ההעדה והוגשה לבית-המשפט עדות לפי סעיף 9, כאשר במהלך המשפט נמלך חה"נ בדעתו והחליט להתיר את הופעת הקטין¹³⁶.

(ג) מקרה שבו ח"נ אסר על ההעדה והוגשה עדות לפי סעיף 9, אלא שבמהלך המשפט הקטין הגיע לגיל 14, החוק הפסיק לחול עליו ולפיכך הוזמן להעיד, שכן דינו כדן בגיר (בעבר הועלתה אמנם הצעה כי כל מי שנעשתה בו עבירה לפני הגיעו לגיל 14, החוק כולו ימשיך לחול עליו¹³⁷, אלא שהצעה זו לא נתקבלה וספק אם ראוי להרחיב עד כדי כך את תחולת החוק, אם כי בהצעה זו יש כדי למנוע ניסיון של סניגורים להאריך את המשפט כדי שהקטין יגיע בינתיים לגיל 14).

בשלושת המקרים הללו אין ספק, כי עדות הקטין בבית-המשפט היא קבילה (בתנאי שמתקיימים התנאים הרגילים לקבילות עדותו של קטין). הבעיה המתעוררת היא, מה דינה של העדות שהוגשה לפי סעיף 9: האם קבילה היא? האם ניתן להעדיפה על-פני העדות הישירה של הקטין?

בעניין מימרן¹³⁸ הואשם אדם באינוס ילדה בת שלוש-עשרה וחצי. הילדה מסרה עדותה לח"נ, וכיוון שנאסרה העדתה בבית-המשפט, הגישה חה"נ את העדות לפי סעיף 9 ואף נחקרה עליה — והכול לפני הגעת הילדה לגיל 14. משהגיעה הילדה לגיל 14, נקראה להעיד מטעם ההגנה ובעדותה מסרה גרסה הפוכה לגמרי מזו שנמסרה לחה"נ (דהיינו: הגערה הכחישה כי בוצע בה אונס). השאלה שנשאלה היתה, מה דין עדותה הקודמת שהוגשה לפי סעיף 9 לחוק. בית-המשפט קבע פה אחד, כי עדות זו קבילה כראיה לכל דבר ואיננה כשרה אך ורק להוכחת אמיתות העדות שבעל-פה. אכן עדות לפי סעיף 9 משקלה פחות מעדות רגילה, שכן לא עברה חקירה נגדית, אך אף-על-פי-כן קבילה היא. העדת הילדה בבית-המשפט איננה פוגמת בעדותה בפני חה"נ, שכן סעיף 9 איננו מתנה את קבילות העדות שחה"נ מגיש באי-הופעת הילדה בשלב מאוחר יותר בבית-המשפט. זהו מצב שבו עומדות בפני בית-המשפט שתי עדויות

135 לפי דברי חה"נ א"ק (לעיל, הערה 4), הדבר הוא נוהג שבשגרה.

136 לפי דברי חה"נ א"ק (לעיל, הערה 4), מקרים אלו נפוצים אמנם פחות, אך גם הם מתרחשים מפעם לפעם.

137 בן-עמי (לעיל, הערה 5).

138 (לעיל, הערה 67), 204, מול האות ב.

סותרות, כמו במצב הנוצר במקרה של עדות שניתנה בחקירה ראשית שלמזלה עומדת עדות סותרת שניתנה על-ידי אותו אדם בחקירתו הנגדית. כפי שבמקרה זה שתי העדויות כשרות, כך הדין גם בענייננו.

כל השופטים אף הסכימו, כי באופן עקרוני ניתן להעדיף כל אחת משתי העדויות, אלא שהשופט עציוני הוסיף, שבדרך-כלל עד הסותר את עצמו כמו כאן, אין לייחס משקל לאף אחת משתי עדויותיו, אלא אם ניתן הסבר סביר לסתירה. מטעם זה החליט, כי במקרה שלפניו אין הוא מוכן לקבל אף אחת משתי העדויות כנכונה. בניגוד לו, העדיף השופט ח' כהן דווקא את העדות שנגבתה בידי חה"ג, הן עקב היותה קדומה בזמן, הן עקב היותה יותר מהימנה והן מפאת יחס של חשד כלפי עדות מאוחרת הסותרת עדות קדומה.¹³⁹ לענייננו חשובה הקביעה, כי שתי העדויות קבילות וכי כעיקרון ניתן להעדיף את העדות לפי סעיף 9 על-פני העדות בבית-המשפט.

פסק-דין מימון הפך לכאורה את ההלכה אשר נפסקה שנים הרבה לפני-כן בעניין גימעה, עניין שבו נדונה לכאורה בעיה זהה¹⁴⁰ (פסק-דין זה נעלם מעיני השופט ח' כהן במימון, אשר קבע כי "זו היא הפעם הראשונה מאז תחולת החוק, ששאלה מעין זו מתעוררת"¹⁴¹). בפסק-דין זה נקבע, כי מרגע שהילד הגיע לגיל 14 הוא חדל מלהיות "ילד" במשמעות החוק ולפיכך אין להגיש לבית-המשפט עדות של ח"ג שנגבתה מפיו בטרם הגיעו לגיל 14.

לכאורה פסקי-הדין סותרים. אולם ניתוח מדוקדק של העובדות בשני המקרים מעלה כי ניתן לאבחנם זה מזה. בעניין גימעה נגבתה העדות בידי חה"ג בטרם הגיע הקטין לגיל 14, אלא שבטרם הוגשה כראיה הגיע הילד לגיל 14. במקרה זה נפסלה העדות.

מאידך גיסא, מלשונו של פסק-דין מימון משתמע, כי העדות אשר נגבתה בידי חה"ג הוגשה כראיה עוד בטרם הגיע הילד לגיל 14.¹⁴² במקרה זה נתקבלה עדות זו כראיה קבילה. לפיכך ייתכן שכשרות העדות שנגבתה על-ידי חה"ג תלויה בשאלה אם עדות זו הוגשה כראיה לפני הגעת הקטין לגיל 14 אם לאו.

דרך זו אכן מבחינה בין שני פסקי-דין אלו, אלא שהיא מתעלמת מן ה"רציונל-גיס" של פסק-דין מימון שעיקרו כי את סעיף 9 הנ"ל יש לפרש בהרחבה. על-פי רציונל זה, משנגבתה העדות על-ידי חה"ג כדין (דבר המתקיים בכל ילד מתחת לגיל 14) היא כשרה כראיה אף אם הוגשה רק לאחר שהגיע הילד לגיל 14. בין אם כך הוא הפירוש ובין אם אחרת, כולי עלמא לא פליגי כי עדות שנגבתה מילד על-ידי ח"ג, לאחר הגיעו לגיל 14, פסולה כראיה, גם אם העבירה נעשתה בו בטרם הגיע לגיל 14. מסקנה זן מבוססת על לשון סעיפים 2 ו-9 לחוק הדגים בהערת הקטין. הגיל הקובע הוא גילו של הילד בזמן העדתו לפני חוקר הנוער ולא בעת התרחשות העבירה.

139 יש לציין, כי פסק-דין זה ניתן לפני חקיקת סעיף 10א לפקודת הראיות, וככל הנראה שימש פסק-הדין גורם מאיץ לחקיקתו של סעיף זה.

140 ת"פ (ח"א) 395/59 היהמ"ש נ' גימעה, פ"מ כג 495.

141 (לעיל, הערה 67), 285 לפסקי-הדין, מול האות א.

142 בפסקי-הדין, בעמוד 283—284 השופט מתאר את העובדות: ולדה בת 13.5 נאנסה, נחקרה על-ידי ח"ג, וחה"ג הגישה את דו"חה לבית-המשפט. בישיבה ב-15/2/71 הפנה בית-המשפט את תשומת-הלב לעובדה, כי לילדה מלאו ביום 14/1/71 14 שנה. מתיאור זה משתמע בבירור, כי העדות נמסרה לבית-המשפט כראיה בפרם הגיעה הילדה לגיל 14.

פסקי-הדין הללו עסקו בסיטואציה השלישית שהוצגה לעיל. שתי הסיטואציות האחרות לא נדונו ישירות בפסיקה, אך ככל הנראה חלה גם עליהן ההלכה, כי שתי העדויות הן כשרות ובית-המשפט רשאי להעדיף כל אחת מהן. השופט כהן מוכיח מקרה שכזה במימרו¹⁴³ ומביע את דעתו, כי המחוקק ראה מראש את האפשרות שהמתלונן יורשה להתיצב בבית-המשפט, להעיד ולהיחקר, על-אף היותו "ילד", ואף-על-פי-כן לא הגביל את כשרות הראיה לפי סעיף 9 לאותם המשפטים בלבד אשר בהם הקטין לא יעיד בעצמו בבית-המשפט. מכיוון שכך, אף אם העיד הקטין בבית-המשפט מטעם כלשהו גם עדותו, שנגבתה בידי חה"ג כשרה כראיה.

בעיה דומה קיימת במקרה שבו הרשה ח"ג את הופעתו של הילד בבית-המשפט, אלא שהתביעה ויתרה על שמיעת עדותו בבית-המשפט והסתפקה בהגשת עדותו אשר נגבתה על-ידי חה"ג. גם במקרה זה נפסקה הלכה על-פי הלכת מימרו ונקבע כי אף פה קבילה עדות הקטין¹⁴⁴.

הלכת מימרו איננה נקיה מספיקות. כבר בעבר נמתחה ביקורת על הלכה זו¹⁴⁵ בטענה כי קשה ליישב הלכה זו עם הפירוש המתחייב מניסוח ומכוונת החוק. ואכן, מקריאת סעיפים 2, 4, 9 ו-10 לחוק, עולה המסקנה כי המחוקק סבר שיש שתי אפשרויות בלבד: או שיורשה הילד להעיד — וזאת במקרה שאין חשש לשלומו, שאז אין מקום שח"ג עצמו יגבה העדות; או שח"ג לא ירשה את העדתו של הקטין, עדותו תוגש מפי חה"ג לפי סעיף 9 ועדות זו תשמש תחליף לעדות הילד בבית-המשפט.

השופט ח' כהן תומך את יתדותיו בכך, שמלשון סעיף 9 לא עולה כל הגבלה לגבי הגשת העדות שגבה חה"ג. אלא שנראים הדברים כי החוק לא סבר כלל כי יעלה על הדעת להגיש את שתי העדויות גם יחד ולפיכך לא טרח לצמצם את תחולת סעיף 9 במפורש. רק פרשנות זו עולה בקנה אחד עם מטרת החוק. חוק זה, אשר יצר הסדר בה ייחודי הפוגע קשות בזכויות הגאסם, יש להחילו בצמצום האפשרי. במקרה של ילד היכול להעיד (בין משום שהוא כבר מעל גיל 14 ובין עקב הרשאת חה"ג) אין שום הצדקה להחיל את ההסדר שבסעיף 9, אשר מגרעותיו פורטו בהרחבה לעיל. כאשר בית-המשפט מתרשם ישירות מהילד, מה טעם יזקק לחריג לכלל הפוסל עדות-שמיעה? לפיכך נראה, כי בכל ארבעת המקרים שפורטו לעיל עדות הקטין שנגבתה על-ידי חה"ג לא תהיה קבילה.

כיום משנחקק סעיף 10א לפקודת הראיות, פותחת חשיבותה של המחלוקת שבין שתי הגישות ככל שהן נוגעות למישור הפלילי, שכן אפילו לפי הגישה הטוענת כי סעיף 11 לא מאפשר לקבל כראיה את העדות שנגבתה על-ידי חה"ג מחוץ לכותלי בית-המשפט, עדיין פתוחה הדלת להגשתה מכוח סעיף 10א הנ"ל: התנאים האמורים בסעיף זה קל להוכיחם בענייננו. התנאי הראשון הוא קיומה של אַמְרָה בכתב. תנאי זה מתמלא שהרי ח"ג רושם את האמרת וכידוע אין חשיבות לכך שהאמרה נרשמה על-ידי אחרים ולא על-ידי העד עצמו. גם שאר תנאי הסעיף מתקיימים בדרך-כלל. מתן האמרה

143. עמ' 286 בפסקי-הדין.

144. חניב (לעיל, הערה 18).

145. הרנון (לעיל, הערה 14), ב, עמ' 9 ו-146; ובעיקר 182, 185—188; וכן א' הרנון, "אמרות מחוץ לבית המשפט — כראיה לאמיתות תוכנו" משפטים ד (תשל"ב) 229, 230.

מוכח בדרך-כלל במשפט על-פי עדות חה"נ (10א(א)(1)): גותן האמרה הוא אכן עד במשפט (10א(א)(2)); העדות שזנה מהאמרה בפרט מהותי (דבר זה טעון הוכחה בכל מקרה לגופו) (10א(א)(3)). לפיכך גם אם יפורש סעיף 9 לחוק בצמצום בניגוד להלכת מימרה, עדיין יהיה ניתן בדרך-כלל לקבל את העדות שגבה ח"ג מכוח סעיף 10א, אם כי רק את העדות ולא את התרשמיותיו של ח"ג מן הקטין.

ט. עדות קטין שהורשתה העדתו בבית-המשפט

1. שיקולי חה"נ בשאלת הרשאת העדתו של הקטין — המצוי והרצוי

סעיף 2 לחוק קובע, כי הילד יעיד בבית-המשפט והודעתו תהא קבילה רק ברשות חה"נ. על-פי מחקרים שונים¹⁴⁶, שיעור המקרים שבהם מתירים חוקרי-הנוער את הופעת הילדים בבית-המשפט נע בין 20% ל-25%, בניגוד מורשים להופיע יותר מבנות, וככל שגיל הילד עולה, גדל הסיכוי כי תורשה העדות. עדותם של קטינים ערבים הותרה בדרך-כלל. כל המחקרים גילו כי אין שיטחיות או היגיון אחיד בקביעת ההיתר, והדבר תלוי הרבה בגישתו של כל חוקר וחוקר.

בהקשר זה ניתן להעלות כמה שאלות: מהם השיקולים העומדים לנגד עיני חוקרי-הנוער בבואם להחליט אם להתיר את ההעדה אם לאו? האם ישנה רשימת שיקולים רצויים? ואם ישנה רשימה שכזו, האם רצוי לעגנה במסגרת מחייבת? נדון בשאלות אלו בסדרן.

סעיף 2 לחוק איננו דורש מחה"נ לפרט את נימוקיו ואף איננו כולל הדרכה כלשהי בשאלה זו. בפועל, חוקרי-הנוער אינם נוטים לפרט את שיקוליהן והם מעדיפים לנמק את האיסור על הופעת הקטין בנימוק כללי, כגון גילו "הרך מדי" של הקטין או "קיומו של חשש לנזק נפשי"¹⁴⁷. במחקר שבדק מהי רשימת השיקולים הרצויה — לדעתם של 155 אישים (רובם ח"ג ומיעוטם שוטרים, שופטים ואנשי אקדמיה) — נתקבלו התוצאות הבאות. תשעת השיקולים החשובים ביותר הם: הנזק הנפשי הצפוי לקטין כתוצאה ממתן העדות במשפט; החשש להרעת היחסים במשפחת הקטין עקב המשך העיסוק באירוע; גילו הביולוגי ומצבו ההתפתחותי, הרגשי והנפשי של הקטין; קיומו של חשש לפגיעה בתפקודו המיני בעתיד; חומרת העבירה; האמון שאותו גותן חה"נ בעדות הקטין; הזמן שיחלוף ממועד העבירה ועד ליום המשוער של מתן העדות; הסכמתם או סירובם של הורי הילד להעדתו במשפט והכרחיות העדתו של הילד להרשעה¹⁴⁸.

ככל הנראה, ניתן לראות ברשימה זו אינדיקציה לשיקולים הנשקלים בפועל על-ידי חה"נ בעת עבודתם. האם אכן כל השיקולים הללו ראויים שיישקלו? ספק רב בעיני אם רוח החוק מתירה את שקילת כולם. החוק אמנם לא קובע רשימת שיקולים. אולם נדמה לכאורה כי מטרת סעיף 2 לחוק היתה להסמיך את חה"נ לאסור את מתן העדות אך ורק

146 לעיל, הערות 6 ו-8 וכן אהרוני, אלירם וגל, הקירת עבירות מספר בהן מעורבים ילדים על-ידי ח"ג אורחיים (משטרת ישראל, המודר לעבריינות נוער, 1976).

147 (לעיל, הערה 10), 17.

148 שם, שם.

כדי למנוע נזק מהילד. כך מגומק סעיף 2 בדברי ההסבר¹⁴⁹ ורמז לדבר קיים הן בסעיף 10 לחוק האומר, כי ח"ג רשאי לסרב לשאול את הילד שאלות נוספות אם הוא סבור ששאלתו תגרום "נזק לילד", והן בסעיף 2(ג) לחוק המאפשר לשופט להפסיק את העדת ילד אם הוא סבור שהמשכחה עלולה לגרום "נזק נפשי לילד". רובם של השיקולים שנמנו לעיל אכן קשורים לחשש מפני נזק נפשי. אולם מה להן ל"חומרת העבירה" ול"הכרחיות העדות להרשעה" עם הנוק הצפוי לקטין? גם הסכמת ההורים להופעת ילדם היא בדרך-כלל שיקול זר, אלא-אם-כן יש חשש שילד שיעיד ללא הסכמת הוריו יוחמר מצבו הנפשי. עוד שיקול המשמש לפעמים אחד משיקולי ח"ג בבואו להחליט אם לאסור על ההעדה, הוא השיקול כי "הילד לא מוכן לדבר אלא-אם-כן יובטח לו שלא יופיע בבימ"ש". נראה לי, כי ח"ג העושה "עסקה" כזו עם הקטין ובשל לחצו של הקטין בלבד אוסר על ההעדה, שוקל שיקול זר בעשותו כן. על החוקר לגבש את דעתו ולשקול את שיקוליו רק לאחר שחקר את הילד והתרשם כיצד העדתו במשפט תשפיע על מצבו. שיקול נוסף שחוקרי-נוער מודים (אם כי רק בשיחות בעל-פה) כי הם שוקלים הוא השיקול שלפיו משמרשה ח"ג את הופעת הילד, הוא מאבד את הזכות להפסיק את העדת הקטין במהלך העדות, וזאת אפילו אם הוא סבור כי טעה טעות חמורה בהרשותו את ההעדה. הסמכות נתונה בידי השופט בלבד (סעיף 2(ג)). לפיכך חוקרי-נוער שיש בלבם חששות באשר למהלך העדות מעדיפים לאסור מראש את ההעדה כדי למנוע כל התפתחות לא-רצויה. גם שיקול זה זר, כמובן, אם כי ייתכן שסעיף 2(ג) הנ"ל אכן טעון תיקון, ועוד נשוב לכך בהמשך.

מאחר שמצאנו כי חוקרי-הנוער שוקלים שיקולים זרים לרוח החוק, אם לא ללשונו המפורשת, ייתכן שרצוי לעגן את השיקולים הראויים להישקל במסגרת מחייבת כלשהי או לפחות להדריך את חה"ג בשאלה זו.

2. הפסקתה של גביית העדות במהלך ההעדה

סעיף 2(ג) קובע, כי "רשאי בית המשפט להפסיק גביית העדות או את קבלת ההודעה לפי סעיף 2(א), אם הוא סבור לאחר ששמע את חה"ג שהמשכו יכול לגרום נזק נפשי לילד". סעיף זה לא נכלל בחוק המקורי, אלא נוסף בתיקון מספר 2 לחוק¹⁵⁰. דברי ההסבר מסבירים¹⁵¹, כי במקרים רבים הרשה חה"ג את ההעדה ובמהלך העדות נוצר מצב שבו עמד הילד על סף התמוטטות עקב לחץ הסניגור או המעמד (דבר שחה"ג לא צפה את התרחשותו מראש). במקרים אלו לא יכלו חה"ג או השופט להתערב, שכן המחוקק לא חשב על אפשרות שכזו. לפיכך הוחלט לתקן את החוק, תוך מסירת הסמכות לשופט להפסקת העדות. אין ספק כי בכך נפתרה הבעיה לפחות באופן חלקי, שכן חזקה על השופט שבדרך-כלל ימלא את בקשת חה"ג להפסיק את ההעדה¹⁵². אף-על-פי-כן יש

149 לעיל, הערה 13.

150 חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תיקון מס' 2, תשכ"ג-1963, ס"ח 382, עמ' 9.
151 הצעת חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים) (תיקון מספר 2), תשכ"ב-1962. ה"ח 147.
152 חה"ג א"ק מעידה, כי בדרך-כלל השופט נענה לבקשה זו; ולא זו בלבד, אלא היא מספרת שופטים בדרך-כלל לא מכירים את החוק די הצורך וטוברים כי הסמכות להפסיק נתונה בידי חה"ג (לעיל, הערה 4).

מקום לשקול את תיקון החוק באופן שהסמכות להפסיק את ההעדה תופקד בידי חה"ג, האמור להיות האחראי לבריאות הילד לאורך כל הדרך. ואכן, עד שלב התרת העדות האחריות כולה בידיה. העברת הסמכות בשלב האחרון לידי השופט סותרת את כוונת המחוקק המקורי שחוקק את החוק, אשר רצה למנוע כל פגיעה בילד והפקיד כל החלטה בעניין זה בידי חה"ג.¹⁵³

שיקול נוסף בעד הצעה זו כרוך בהתנהגותם של חוקרי-נוער מסוימים אשר עקב חששם להתפתחויות לא-צפויות במשפט אשר יויקו לילד, מעדיפים מראש לאסור על העדתו, בירדעם כי מרגע שהם מתירים את ההעדה – השליטה יוצאת מתחת ידיהם. מצב זה לקוי, שכן יש לשאוף להגברת המקרים שבהם מורשה הילד להופיע. גם מטעם זה ראוי לתקן את החוק בעניין זה, בתקווה שתיקון כזה יעודד ח"ג להגדיל את כמות המקרים שבהם הם נותנים לקטין רשות להופיע.

3. הנוכחים באולם

סעיף 2(ב) לחוק קובע כי "הרשה ח"ג עדותו של ילד, לא יהיו נוכחים בשעת גביית העדות אלא התובע, הנאשם, עורך דינו, חוקר הנוער, ומי שבית המשפט הרשהו להיות נוכח".

מהסעיף משתמע, כי כוונת החוק היא שבכל מקרה של העדת הקטין תישמע העדות בדלתיים סגורות. במציאות אין כלל הקפדה על קיום הסעיף והנוהג הוא כי רק כאשר ח"ג מבקש זאת, הוא נענה.¹⁵⁴ זהו פגם שראוי לתקנו.

בעיה אחרת נוגעת לנאשם, אשר על-פי החוק זכאי לנכוח בשעת מתן העדות. לא פעם נטען, כי גם ילד שח"ג סובר כי יש לו חוזק נפשי די הצורך למסירת עדות, עלול להיזקק מהעימות עם העבריין.¹⁵⁵ גם בהקשר זה יש מקום לסברה כי אם ייקבע שהנאשם לא ינכח בשעת גביית העדות, ירשו חוקרי-הנוער את העדת הילדים במקרים רבים יותר. לגבי הפגיעה בזכויות הנאשם, היא קטנה מאוד, היות שסניגורו של הנאשם נוכח באולם ועומדת לו זכותו לחקירה נגדית. גם השופט מתרשם מהילד וממהימנותו כך שהזכות היחידה הנשללת מן הנאשם היא זכות "העימות" (confrontation). אולם כידוע, אם קיימת הזכות לחקירה נגדית והפגיעה היא ב"זכות העימות" בלבד, אין בכך פגיעה של ממש.¹⁵⁶

בהקשר זה ניתן גם להציע כי הנאשם יצפה במשפט מחוץ לאולם, בטלביזיה במעגל סגור, וכך יוכל לעזור לסניגורו לנהל את החקירה. יחד עם זאת, שינוי החוק באופן שייקבע בו כי לנאשם אסור לנכוח באולם בשעת גביית העדות נראה לנו מרחיק-לכת, ולפיכך דעתנו היא כי ההסדר הרצוי יימצא בהענקת שיקול-דעת לשופט להורות על הוצאת הנאשם בעת גביית עדות הקטין – שיקול-דעת שאיננו נתון לו כיום. הסדר זה מתיישב גם עם העובדה כי במקרים מסוימים קיימת לקטין תועלת מפגישתו עם הנאשם

153 ועיין בדברי בן-עמי (לעיל, הערה 5).

154 לעיל, הערה 4.

155 רייפן (לעיל, הערה 31).

156 כך סובר ויגמור בספרו *On Evidence* (Little, Brown & Comp., 1974) Vol. V, 1365.

פנים-אל-פנים (מעין קתרוזים)¹⁵⁷, וגם מטעם זה לא רצויה הטלת איסור גורף על נוכחות הנאשם באולם בעת העדת הקטין.

בעיה נוספת נוגעת לנוכחותו של ח"ג במשפט. החוק לא קובע חד-משמעית אם ח"ג חייב לנכוח בעת גביית העדות. ישנם שופטים הסוברים, כי ח"ג חייב לנכוח באולם אך ורק אם אסר את הופעת הילד, שאזי הוא חייב להגיש את עדות הקטין ולהיחקר במקומו; אולם אם התיר ח"ג את ההופעה, הסעיף רק מרשה לו לנכוח (ואין שיקול-דעת לשופט לאסור עליו זאת), אך אינו מחייבו לעשות כן¹⁵⁸.

מכיון שזוהי פרשנותם של שופטים רבים לחוק, הם נמנעים, במקרים שבהם הורשתה העדת הקטין, מהזמנת ח"ג לנכוח במשפט. ח"ג שבדרך-כלל ניתק הקשר בינו לילד לאחר שהרשה לו להופיע, אינו יודע כלל על המשפט, וממילא אינו נוכח במהלך גביית עדותו של הקטין. מצב זה לקוי, ראשית, ספק רב אם פרשנותו הנכונה של סעיף 2(ב) היא, כי אין חובה לגבי נוכחות ח"ג. סעיף 2(ג), המאפשר לח"ג לבקש מבית-המשפט להפסיק את העדות, מחייב לפרש את סעיף 2(ב) כקובע חובת נוכחות על ח"ג.

שנית, גם לגוף העניין אנו סבורים כי נחוצה נוכחות ח"ג — הן כדי שיוכל לבקש הפעלת סעיף 2(ג), אם מתעורר צורך בכך, והן מכיון שהילד מכיר ובוטח בח"ג ונוכחותו של החוקר יכולה להוסיף רבות לבטחון הילד. כמו-כן ניתן להניח כי גם ההורים יתנגדו פחות להעדת ילדם, אם ידעו כי ח"ג ינכח במקום כשהוא מוכן ומוזמן להגן על הילד. לפיכך ראוי — לדעתנו — לתקן את החוק ברוח זו תוך קביעת חובת נוכחותו של ח"ג וחובת הזמנתו למשפט — במפורש¹⁵⁹.

4. הצעות לשינויים בחוק לגבי ילד שאושרה העדתו

מלבד ההצעות שהועלו לעיל, הועלו בעבר כמה הצעות נוספות לשם שיפור ההסדר לגבי קטין שהותרה העדתו. כך, למשל, הגשת רשימת השאלות שמתעתד הסניגור לשאול את הילד — לשופט — לאישור מקדמי, יכולה לצמצם את הסיכויים להיזנקות הילד, מכיוון שאחד מגורמי הנזק העיקריים לילד הוא לפעמים הסניגור, אשר בחקירה קשותה של הילד יכול להגיע עד כדי "שבירת" הילד, שלא לדבר על גרימת רגשי-אשם לילד (אם, למשל, הוא מרמו שהילד הוא שפיתה את העבריין). כפתרון לדבר הוצע בעבר¹⁶⁰, כי הצדדים יגישו מראש את רשימת השאלות לשופט, ולאחר שישמע השופט חוות-דעת מח"ג, יחליט אלו שאלות יוצגו ואלו לאו. הבעיה המרכזית בהצעה זו טמונה בקושי הפרקטי ביישומה. חקירת שתי-וערב, האמורה להשיג תוצאות ולחשוף את האמת, לא תהיה אפקטיבית כלל וכלל אם תוגבל לשאלות שאושרו מראש. לפיכך ספק בעיני אם ראוי לאמץ הצעה זאת.

הצעה אחרת שהעלה בן-עמי היא¹⁶¹, כי אם ח"ג קרשה את ההופעה והנאשם כבר מצוי בידי המשטרה, ייערך המשפט במהירות האפשרית. מהירות זו נדרשת כדי שהילד

157 א"ק (לעיל, הערה 4).

158 לעיל, הערה 5.

159 הצעה ברות זו העלה גם בן-עמי (לעיל, הערה 5).

160 שם, שם.

161 שם, שם.

לא ישכח את שקרה לו, כדי שצלקותיו לא תספקנה להגליד ולהיפתח מחדש, כדי לא לגרום למתח מתמשך שלא יאפשר לחוויה להירגע וכיו"ב. נוסף על כך, גם כאן יש לזכור את השיקול האומר כי אם חוקרינו ידעו שהמשפט ייערך במהירות, ללא סחבת, יטו יותר להרשות ההעדה – והדבר אכן רצוי. מכל הטעמים הללו נראית הצעה זו כסבירה וכרצויה.

באשר למקרה שבו ח"ג אישר את ההעדה, אלא שהעבריינין טרם נתפש, ההצעה היא כי תוך שלושה חודשים מיום מתן ההיתר יוזמן הילד לגביית "עדות מוקדמת" שתיעשה בידי שופט. לפי שיקול-דעתו של השופט ימונה סניגור לנאשם "האלמוני", ועדות מוקדמת זו תשמע עדות לכשייחשש הנאשם. בניגוד לקודמתה, הצעה זו נראית לנו מרחיקת-לכת, שכן יש לזכור כי המדובר בקטין שח"ג אישר העדתו בבית-משפט, דהיינו: לא קיים חשש לבזק שייגרם לו. אם ידוע מי הנאשם וניתן להקדים את המשפט, אין דבר זה מזיק לאיש ולכן ראוי לאמץ זאת. אולם גביית עדות ללא נאשם וללא סניגור שתורדר בידי נאשם, ספק בעינינו אם מוצדקת היא.

י. גיל הילד

סעיף 1 לחוק קובע את גיל 14 כגיל המקסימלי שעליו חל החוק. האם גיל זה הוא המתאים ביותר?

אין ספק, כי חייבים למתוח קו גבול כלשהו, אף-על-פי שייכתנו מצבים שבהם מחד גיסא, ילד גם מתחת לגיל הנקבע יהא מפותח נפשית וכשיר להעיד בבית-משפט, ומאידך גיסא – ילד מעל לגיל שנקבע, יינזק מאוד בהעידו במשפט. באשר לילד מתחת לגיל, הבעיה אינה קשה, שכן לא נאסרה העדתו לגמרי, אלא חה"ג, לפי שיקול-דעתו יכול להרשותו להעיד. הבעיה הקשה היא באשר ל"ילד" מהגדרתו בסעיף 9 לחוק. ייפגע מההעדה, שאינו עוד בגדר "ילד" כהגדרתו בסעיף 9 לחוק.

בעיה דומה קיימת בחוקים רבים, הקובעים גבול חד בעניין הגיל. ניקח לדוגמא נושא הקרוב לענייננו: עדות רגילה של קטין. עד מתי צריך לבדוק אם הקטין מבין את טיב השבועה, שאזי, אם העיד בלי שבועה, עדותו טעונה סיוע ומאיוזה גיל ניתן לקבל את עדותו כעדות מבוגר לכל דבר? לפני חקיקת חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה, החוק הקודם אשר דן בעדות קטין לא קבע גיל מסוים, אלא דיבר על "ילד רך" או "רך בשנים"¹⁶². הפסיקה התלבטה במונח זה. היו שסברו כי גיל 14 הוא הגיל העליון לעניין זה, וכנגדם היו שפסקו כי ילדה בת 13 כבר אינה בבחינת "ילד"¹⁶³. עקב כך נחקק סעיף 155 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה–1965, אשר הסדיר את עניין עדות קטין וקבע קטיגורית: "קטין שלא מלאו לו 14 שנה...". חוק זה העדיף לקבוע גבול חד לעניין הגיל וזאת על-אף העיוות היכול להיווצר לגבי ילדים מעל גיל 14, אשר אינם מפותחים נפשית די הצורך. אולם יושם אל לב כי גם לפני התערבות המחוקק,

162 ראה הסעיף 20 לפקודת בתי-משפט השלום, 1947; וכן תקנה 23 לתקנות בתי-המשפט המחוזיים (משפטים תכופים) 1938.

163 ראה משה ורבה, עדותו של קטין (עבודה סימנריונית, ירושלים, 1954).

הפטיקה עצמה ראתה בגיל 14 קו-גבול עליון ולא מתחה את המונח "ילד" עד כדי הכללת נערים בני 15—16 אשר התפתחותם השכלית נראתה כנמוכה מזו של ילד בגיל 14, בתוך גדרו¹⁶⁴.

כך הוא הדין גם בחוקים רבים אחרים הדגים בקטינים אשר נקבע בהם גיל כלשהו באופן חד וכך צריך להיות הדין גם בענייננו. לפיכך החלט לאחר התלבטויות רבות לקבוע את הגיל המקסימלי לעניין החוק לגיל 14¹⁶⁵.

גיל זה אכן נראה כסביר וכמשקף את מכלול השיקולים המעורבים בקביעת גיל מסוים לתחולת החוק. יחד עם זאת, ייתכן שיש מקום לשקילת האפשרות כי לגבי ילדים בגילאי 14—16 יוקנה שיקול-דעת לשופט הדן בעניינם להחליט בשלב מקדמי ולאחר התרשמות השופט מהנסיבות, כי עדותם תיגבה בידי ח"ג. שיקול-דעת זה, אשר יופעל במקרים נדירים בלבד, יאפשר מניעת מצב שבו ייגרם נזק כבד לילד אשר ביולוגית הינו מעל לגיל 14, אך נפשית ושכלית טרם הגיע לשלב התפתחותו של ילד רגיל זה.

כמ-כך יש היגיון לקבוע, כי המועד הקובע יהיה הגיל שבו קורבן העבירה נדרש להעיד, ולא הגיל שבו נעברה העבירה, אם כי יש לוודא כי סניגורים לא יוכלו ליצור סחבת כדי למשוך את המשפט עד שקורבן העבירה יגיע לגיל 14.

עניין נוסף שיש לתת את הדעת עליו, הוא הרשאת עדותם של מפגרים בשכלם. לדעתנו, יש מקום לשקול חקיקתו של חוק מיוחד אשר יקבע הסדר דומה למפגרים כלקטינים. "חוקרי מפגרים" מיוחדים ידרשו לאשר את מתן עדותם של מפגרים בבתי-המשפט ותיקבע גם האפשרות לחוקרים אלו לגבות את עדות המפגרים מחוץ לכותלי בית-המשפט ולהגישם כראיה קבילה. הסדר זה נחוץ בוודאי לגבי עבירות-מין שמפגרים היו קורבנותיהן, אך ייתכן שיש מקום להחילו גם לגבי מפגרים שהיו עדים לעבירות אלו או אף נאשמים בביצוען.

יא. היקף תחולתו של החוק

סעיף 1 לחוק קובע, כי החוק יחול לגבי העבירות המפורטות בתוספת. התוספת כוללת את רוב העבירות הכלולות בחוק העונשין בפרקים העוסקים ב"זנות ותועבה" וב"עבירות נגד המוסר", למעט סעיפים לא-רלבנטיים, כגון סעיף 213 הדן ב"מתן צו חיפוש בבית" וסעיף 214 הדן ב"פרסום חומר תועבה". גם סעיף 211 הדן ב"גבר הנכנס בלבוש אשה למקום המיוחד לנשים" הוצא מתחולת החוק, אף כי אין זה ברור במה נבדל מעשה מגונה זה, אשר קטין עלול להיות עד לראיתו, משאר העבירות הסמוכות.

הבעיה המרכזית באשר לתחולת החוק נוגעת לכל אותן עבירות שאינן בגדר "עבירה נגד המוסר", אולם קשורות לעבירות אלו בצורה כלשהי. ניקח לדוגמא את הפרשה שנחשפה בע"פ 106/83¹⁶⁶. אדם שהואשם בביצוע מעשים מגונים בילד הואשם גם

164 שם, שם.

165 בהצעת החוק (לעיל, הערה 13), נקבע תחילה גיל 13, אלא שגיל זה שונה בעקבות הדיון בכנסת (לעיל, הערה 15).

166 לעיל, הערה 58.

באיום על הילד, לבל יספר דבר להוריו. באשר למעשה המגונה, נחקר הילד בידי ח"נ; אולם באשר לאיום, מכיוון שהחוק לא חל על עבירה זו, היה על הילד להופיע בבית-המשפט ולהעיד על שאירע לו. למעשה, כתוצאה מכך נחשף הילד לחקירה נגדית באשר למעשים המגונים שבוצעו בו וכל הסבל והנוק העלולים להיגרם לילד כתוצאה מהופעתו בבית-משפט לא נחסכו ממנו.

השופטת בן-עתו, שהיתה מודעת לכך, קבעה כי "יתכן והמצב הזה אינו משביע רצון", אך יחד עם זאת קבעה כי חוק המכשיר עדות שמיעה הוא כה יוצא-דופן בשיתנו עד כי יש לפרשו בדרך הצמצום. לפיכך — לדעתה — "עבירות הקשורות לעבירות נגד המוסר" אין החוק חל עליהן.

לדעתנו, מצב זה טעון תיקון בדרך של הרחבת תחולתו של החוק עד כדי קביעה כי הוא יחול גם בכל "עבירה הקשורה לעבירות נגד המוסר", או בדרך של הקניית שיקול-דעת לשופט לקבל כעדות גם את דברי ילד שהושמעו באוזני ח"נ בקשר לעבירה הקשורה לעבירות נגד המוסר. אם תתקבל ההצעה השנייה, יגבה ח"נ מהילד גם את עדותו הנוגעת לעבירה הקשורה לעבירה נגד המוסר ובידי השופט יהא שיקול-דעת אם לקבל זאת כראיה. אם יראה השופט כי הבאת הילד להעיד ב"עבירה הקשורה" תחייב בהכרח את העדתו על כל הפרשה, דבר אשר יסכל את מטרת החוק, יאפשר הגשת העדות שנגבתה בידי ח"נ על כל חלקיה. ברם, אם ימצא השופט כי הילד יכול להעיד בבית-המשפט בלא שיאלץ להיכנס לפרטי העבירה נגד המוסר שבוצעה בו או שהיה עד לה, יחייבו למסור את עדותו ישירות לבית-המשפט.

בעיה נוספת נוגעת בשאלה מדוע מצומצמת תחולת החוק ל"עבירות נגד המוסר" ותו לא. לשם המחשה נשווה ילד שהיה עד לפיתויו של אדם במקום ציבורי, בדיבור או בתנועות, למעשה בלתי-מוסרי — שעליו חל החוק (גם אם לא בוצע מעשה אלימות וגם אם לא ראה הילד את המעשה, אלא רק את הפיתוי) לילד אחר אשר צפה ברצח אכזרי שהתרחש לבגד עיניו, שעליו לא חל החוק. הילד השני, אשר יצטרך לבוא ולהעיד בבית-המשפט ולשחזר את כל החוויה הטראומטית שעברה עליו, בודאי יינזק כאן יותר מהילד הראשון! המחוקק סבר, כי יש להגן באופן מיוחד על ילדים המעורבים בעבירות-מין, אך התעלם כליל מילדים המעורבים בעבירות טראומטיות לא פחות.

כל הצעה להרחיב את היקף העבירות שבהן ח"נ יספג בילד ויגבה את עדותו כרוכה כמובן, בקשיים ארגוניים ותקציביים. ישנם גם קשיים בהחלטה על מה בדיוק ראוי להרחיב את תחולת החוק.

היו מי שהציעו, שהחוק יחול על עדות ילד בכל עבירה שהיא¹⁶⁷. הצעה זו, מלבד הקשיים התקציביים והארגוניים הכרוכים בה, היא מרחיקת-לכת מאוד, שכן אי-אפשר להתעלם מזכויות הנאשם עד כדי קבלת עדות-שמיעה נגדו גם בלא כל סיבה מיוחדת לכך.

יחד עם זאת, ברצוננו להציע כמה הצעות-ביניים אשר מימושן אינו כרוך בקשיים ניכרים. ברוח הצעתנו הקודמת (לגבי גיל הילד) ייתכן להציע כי יונתן שיקול-דעת לשופט לפנות אל ח"נ בכל עבירה שעדות עליה (להערכת השופט) עלולה להזיק לילד באופן קשה ולבקשו כי יגבה את העדות ויגישנה כראיה. לחלופין ניתן להציע את

167 תה"כ כפרית וברמן, ד"כ יז (1954/5) 266.

החלת החוק בכל: "עבירת אלימות בין אדם לאדם, שילד מעורב בה" (כקורבן, כעד, כנאשם). בהקשר זה יצוין, כי לגבי קטינים המואשמים בביצוע עבירות נהוג כיום במשטרה לחוקרם בידי ח"ג, הגם שאין הדבר מתחייב מהחוק ונהוג זה איננו מוגבל רק לעבירות גג המוסר¹⁶⁸.

כמובן ניתן להציע כי בעבירות אלימות, גם אם לא יוחל החוק בצורתו הקיימת, תיקבע דרך אחרת שתוכל להגן על הילד ולהקטין את הנזקים הנפשיים העלולים להיגרם לו, כגון גביית עדותו בלשכת השופט; הוצאת הנאשם בעת מתן עדותו וכיו"ב.

יב. הצעות לשינוי ההסדר הקיים

מששקלנו את הנימוקים בעד ונגד ההסדר הקיים ומשבדקנו עד כמה דרישת הסיוע מפצה על המגרעות שבו, נעבור ונדון בהצעות שונות שהועלו בעבר לשינוי של ההסדר ובהצעותינו שלנו לשיפור ההסדר.

ההצעה אשר עלתה בעבר, שלפיה יבוטל ההסדר כולו, תוך הסתפקות בגביית עדותו של הילד בדלתיים סגורות ובמתן סמכות לשופט לגבות את העדות במקום ובזמן שהוא יחליט עליהם¹⁶⁹ איננה נראית לנו כלל, שכן היא מחזירה את המצב אשר שרר לפני צאת החוק, על כל מגרעותיו, לעינו.

גם הצעתה של השופטת בן-עזתו¹⁷⁰ המציעה לבטל את ההסדר, תוך הסתפקות בהרחקת הנאשם בעת הקירת הילד ובמתן סמכות לשופט לחקור את הילד בלשכתו, כאשר הסניגור ממציא לשופט את השאלות שהוא מבקש להציג לילד, איננה נראית לנו אכן, לפי הצעה זו לא יאלץ השופט להסתמך על עדות שמיעת, ברם, הקירת של הקטין בידי איש מרות, אשר נעדר כל גישה טיפולית לילד, יש בה כדי לגרום נזק רב לקטין. לפי הצעתה, יועבר הטיפול בילד מידי ח"ג (שעיסוקו, נסיונו והבנתו בילדים) לשופט, אשר גם אם עבר הכשרה מסוימת כלשהי, הבנתו בילדים פחותה היא. קיים חשש, כי השופט עלול לגרום נזק לקטין במהלך הקירתו ואף סיכויי הצלחתו לדובב את הילד אינם רבים.

הצעה מרוככת יותר היא הצעה להעביר את סמכות ההחלטה בדבר הופעת הילד בבית-המשפט מידי ח"ג לידי השופט, אשר ישוחח עם הילד, יקבל חוות-דעת מח"ג, ואחרי-כן יחליט האם ראוי שהילד יופיע או שמא עדיף כי ח"ג יגבה את עדותו, שאזי יחולו סעיף 9, 10 ו-11 לחוק במלואם¹⁷¹. בניגוד לשתי ההצעות הקודמות, הצעה זו משנה רק במעט את המצב דהיום וממילא נעלמים רוב החששות מפני העדת הילד. השינוי החשוב שבה הוא העברת הסמכות להרשאת ההעדה מידי ח"ג לשופט. השופט יצטרך להכריע בין שני שיקולים נוגדים: חשיבותה המשוערת של העדות הישירה,

168 מוסר על כך ש' גל, "תישאלו קטינים במשטרת ישראל" עבריינות ופמייה חברתית ו(1) (תשל"ח) 13.

169 מופלה (לעיל, הערה 45).

170 (לעיל, הערה 58), עמ' 4 בפסק-הדין. הצעה דומה העלה כבר בעת הדיון בכנסת ח"כ ששון (לעיל, הערה 15).

171 לעיל, הערה 45; וכן דברי ח"כ חת (לעיל, הערה 15), 273.

מול הנזק המשוער שייגרם לילד. כדי לענות על הקושי בדבר חוסר המיזמנות וההבנה של שופט בנפש הילד, ניתן להציע כי שופטים יעברו קורס-הכשרה לנושא זה. הנימוקים בעד הצעה זו ברורים. אמנם עדיין נותרת פגיעה רצינית בזכויות הנאשם, אלא שהפעם השופט הוא המתרחש מהילד וממידת מהימנותו והוא המברר אם הקטין מבין את החובה לומר אמת. השופט גם ישקול ביתר כובד-ראש את זכויות הנאשם, דבר שח"נ לא מתחשב בו בדרך-כלל. חה"נ לא יתגדר בסמכויותיו של השופט, ואף תחשש שהועלה, שמא השופט לא יסמוך על העדות הניתנת מפי חה"נ מכיוון שלא התרחש כלל מהילד ויזכה את הנאשם בליית ברירה, ייעלם במקרה דגן. אין ספק כי הצעה זו פותרת חלק נכבד ממגרעות ההסדר הקיים ומשנה את המצב והיום שלפיו גורל הנאשם מסור כמעט לגמרי בידי חה"נ (המתמנה אך ורק על-פי הבנתו בילדים), בעוד שהשופט מתפרק מחלק ניכר מסמכותו. אולם הצעה זו, חסרונה העיקרי הוא בכך שהיא הופכת את הדאגה לילדים לשיקול משני; שכן לשופט אין בדרך-כלל את ההכשרה המקצועית הנדרשת בנסיבות כאלה. השופט הוא איש מרות ועצם הפגישה עמו עלולה להזיק לילד. גם העובדה כי פגישה זו נערכת רק בעת פתיחת המשפט, לאחר שעבר זמן רב מאז מועד ביצוע העבירה (בניגוד לפגישה עם חה"נ הנערכת מיד לאחר האירוע), מעלה את הסיכויים לגרימת נזק לילד הנדרש להתמודד מחדש עם הטראומה אשר חווה לפני זמן רב.

מכל הטעמים הללו נראית לנו כעדיפה ההצעה הבאה. חה"נ ימשיך להיות המחליט אם הילד יופיע אם לאו, אלא שבמקרה שהוחלט על אי-העדת הילד, יוזמן הילד ללשכת השופט כדי להתרחש ממחימנותו. הצעה זו קרובה עוד יותר למצב הקיים, ויחרונה העיקרי — בהתגברותה על הפגם של חוסר-התרחשותו של השופט מן הילד. כיום נאלץ השופט להסתמך בשאלת מהימנות הילד על דעת חה"נ (לפי גישת חג"צ) או על העדות הכתובה בלבד (לפי גישת יהודאי)¹⁷². מאידך גיסא, על-פי ההצעה, יתרחש השופט ישירות מהילד וממהימנותו. כזכור, פגם זה, לצד הפגם של העדר חקירה נגדית, הינו הפגם העיקרי בהסדר, והצעה זו מציעה פתרון לפגם זה. יחד עם זאת, חה"נ הוא שיוסמך להרשות את העדת הקטין וזאת עקב הבנתו העדיפה בטיב הילד. אכן, גם לפי הצעה זו ייאלץ הילד לנכוח בבית-משפט, להיפגש עם איש מרות (השופט) ולחוות את האירוע מחדש, אך נראה שהנזק הוא כדאי, שכן הוא מאפשר את צמצום הפגיעה הרחבה בנאשם.

הצעה בכיוון אחר היא ההצעה להרשות לסניגורו של הנאשם לנכוח בעת חקירת הקטין (בתנאי, כמובן, שבעת החקירה כבר ידוע מיהו החשוד במעשה וכבר מונה לו סניגור). בניגוד להצעות הקודמות, אשר טיפלו בפגם של "חוסר התרחשות השופט", הצעה זו מטפלת בפגם של "העדר חקירה נגדית". ניתן להציע כי הסניגור יוכל להציג שאלות לילד לאחר גביית העדות, ובכך יזכה הנאשם לחקירה נגדית או לפחות כי יוכל להציג לילד שאלות באמצעות גורם מתווך או למצער כי יוכל לנכוח, גם בלי להתערב; ואף בכך ישנה תועלת, שכן נוכחות זו תגרום לחה"נ להיות יותר אובייקטיבי ותימנענה טענות על כך שחה"נ נטה לצד הילד. אמנם בכך לא השגנו "עימות" ישיר בין הילד

172 ראה דיונונו לעיל, בפרק ז.

לנאשם, אך כדברי ויגמור¹⁷³, הרבה יותר חשובה האפשרות לחקירה הנגדית מאשר "העיונות".

שילובה של הצעה זו יחד עם ההצעה הקודמת יכול לפתור את שתי הבעיות המרכזיות שבהסדר¹⁷⁴. אולם הצעה זו מרובים חסרונותיה, שכן הסניגור הוא אדם זר אשר יש לו "אינטרס" להציק לילד ואם יורשה לחקור את הילד, עלולה החקירה לגרום נזק רב¹⁷⁵. עדיף בהרבה הוא הרעיון להקליט את גביית העדות ולהגיש את תמליל ההקלטה לבית-המשפט¹⁷⁶. ההקלטה תאפשר לשופט ולהגנה להתרשם מדברי הילד באופן בלתי-אמצעי, לבדוק אם חה"ג שאל שאלות מדריכות בצורה פסולה¹⁷⁷ ולקבל עדות יותר מדויקת. ההקלטה גם תמנע טענות בדבר סילוף העדות והצגתה המשוחזרת על-ידי חה"ג. יצוין כי שיטה זו מופעלת כיום לפחות על-ידי ח"ג אחת בירושלים, הנהוגת להקליט את עדות הקטין ולהעתיקה בכתב ועדויותיה המדויקות זוכות להערכה רבה בבתי-המשפט¹⁷⁸. התנגדות להצעה זו יכולה לגבוע משתי סיבות: תקציבית ועקרונית. החשש העקרוני הוא, שח"ג לא יהא חופשי לגמרי בדיבוב הקטין ולא יוכל להשיג ממנו את האמת המלאה; שכן לעתים, כדי לרובב את הילד, יש לספר לו סיפורים, למושכו בלשון וכדומה. אם תוקלט גביית עדות שלה קדמו מעשים מעין אלו, תתעוררנה מאליהן טענות מצד ההגנה שלא בצדק. נוסף על כך, קיימת הבעיה האם לספר לילד על קיום המכשיר אם לאו. אם לא יספרו לו על כך ויגלה את המכשיר בעצמו, יתערער אמונו בחה"ג. מאידך גיסא, אם יספרו לו על כך, קיים חשש כבד כי הילד יסרב לשוחח בחופשיות. על-אף החששות הללו, נראית לנו הצעה זו כרצויה ביותר. באשר לאמצעים השונים שחה"ג נוקט במהלך דיבוב הקטין, גם אם הם מועילים לעתים לגילוי האמת, הם יכולים במקרים אחרים לשים גרסה בפי הקטן אשר יאשרנה אך ורק כדי לרצות את חה"ג. פיקוח על החקירה — באמצעות הקלטתה — ישים מחסום ללהיטות-יתר של חה"ג להמציא למשטרה גרסה בכל מחיר. באשר ל"חופשיות" הקטין, נראה לנו שגם אם ייאמר לקטין כי דבריו מוקלטים על קלטת ויוגשו לבית-המשפט, לא ימנע הדבר ממנו את מסירת האמת במלואה; שהרי גם כיום מספרים לילד שכל אשר ייאמר יסופר לבית-המשפט ואף-על-פי-כן אין כל טענה כאילו כיום הקטיגים אינם משוחחים בחופשיות מלאה עם החוקר. ואכן, חוקרי-נוער מומחים מאוחדים בדעה כי הילד יתרגל במהירות למכשיר וידבר בחופשיות¹⁷⁹. הקלטה שכזו נהוגה בדנמרק כדבר שבשגרה¹⁸⁰. באשר לבעיה התקציבית, אף היא איננה נראית לנו כבעיה של ממש עקב תפוצתם הרבה ומחירם הזול של מכשירי-הקלטה וקלטות. ראויות הן זכויות הנאשם כי ישולם מחיר זה בעבורן.

הצעה נוספת בכיוון זה היא, כי גביית העדות, או לפחות שחזור האירוע, יצולמו

173 לעיל, הערה 156.

174 שילוב זה נהוג בדנמרק. ראה על כך בדברי ליבאי (לעיל, הערה 24).

175 ראה על כך בדיונו לעיל, בפרק ד(1).

176 כך מציעים הן גל (לעיל, הערה 19) והן ליבאי (לעיל, הערה 24). כך המצב גם בדנמרק.

177 חה"ג רשאי לשאול שאלות מדריכות סתם. ראה על כך בעניין חגי' (לעיל, הערה 18).

178 על כך מספרת ח"ג א"ק (לעיל, הערה 4).

179 שם.

180 ראה על כך בליבאי (לעיל, הערה 24).

ויוסרטו בתדר מיוחד¹⁸¹. הצעה זו היא מרתיקת-לכת, ומגרעותיה מרובות מקודמתה; שכן בצילום מעורב אדם זר גוסף, דבר שבוודאי יגרום חוסר-נוחות לקטין¹⁸² ואף מעוררת בעיה תקציבית של ממש. יחד עם זאת, אין ספק כי באופן עקרוני יש מקום לשקול את הסרטת העדות במסרטה אוטומטית או במצלמה נסתרת. אולם במגבלות הקיימות, נראה לנו כי בהחלט כדאי, לפחות כניסיון בשלב ראשון, לדרוש שח"נ יקליט את העדות הנגבית על-ידם, ובמקרים חמורים ביותר – לאפשר לח"נ גם להסריט את גביית העדות (אם במסרטה אוטומטית ואם במצלמה נסתרת).

עד כה עסקנו בהצעות המשנות את ההסדר לטובת הנאשם. אולם בעבר הועלו כמה הצעות הדואגות דווקא לטובת הילד והמיועדות להגן עליו עוד יותר מהיום. מציעיהן טענו, כי במקרים רבים קורה שח"נ מתיר את הופעת הילד בסוברו כי לא ייגרם לו כל נזק, ואף-על-פי-כן הילד גיוזק במהלך המשפט¹⁸³. אכן, באופן עקרוני ניתן להפעיל את סעיף 2(ג) לחוק המרשה לשופט להפסיק את ההעדה, אלא שהפעלה זו נתונה לשיקול-דעתו של השופט, אשר לא תמיד מודע לנזק ההולך ונגרם לקטין; ואף אם מודע הוא לכך, קורה לפעמים כי עד שהסעיף מופעל, הנזק כבר נגרם. מטעם זה הוצע לאסור על העדת ילדים כליל או לפחות לדרוש אישור פסיכיאטר או פסיכולוג לשם כך. גם הצעות אלו אינן נראות לנו, שכן בסופו של דבר יש לזכור כי רוב עבירות-המין בקטינים אינן אלימות, ומחלקן אין הילדים נפגעים כלל. במקרים קלים שכאלו אין כל סיבה שלא תותר ההופעה. לכך יש להוסיף, כי חזקה על חוקרי-נוער שירשו לקטין להעיד אך ורק בהעדר כל חשש מפני נזק, ואף קיומו של סעיף 2(ג) משמש בדרך-כלל ערובה מספקת לשלום הקטין. ההסדר היום מגן בצורה טובה על הקטין, ואף אם הגנה זו איננה מושלמת, אין בכך כדי להצדיק פגיעה נוספת בנאשם.

לסיים, נעלה בקצירת האומר שתי הצעות נוספות, שנועדו לתקן ליקויים שונים במצב הקיים כיום, מבלי שתיפגענה זכויות הנאשם או הילד. ההצעה הראשונה היא לחייב פגישה נוספת של חה"נ עם הילד זמן קצר לפני המשפט. כיום נפגשים השניים לשם גביית העדות מיד לאחר העבירה. לרוב, הקשר ביניהם מתחיל ומסתיים בפגישה זו. מצב זה הוא לקוי, שכן בהחלט ייתכן מצב שבו החליט חה"נ לאחר פגישה זו לאסור את ההעדה, בעוד שבעבור זמן, כשמגיע מועד המשפט, הילד כבר בוגר דיו כדי להעיד. במציאות הקיימת כיום, מכיוון שנאסרה ההופעה, הקטין איננו מעיד, וזאת על-אף השתנות הנסיבות. מאידך גיסא, אם יפגשו השניים בטרם המשפט, יוכל חה"נ לשקול שאלה זו מחדש.

עוד מוצע לאסור על חה"נ החוקר את הילד הנפגע וגובה עדותו, לחקור ולגבות את עדותם של הילדים האחרים שהיו עדים לאותו מעשה. כיום קורה, שח"נ אחד גובה עדות מכולם ומעיד בבית-המשפט בשם כולם. מצב זה לוקה בחסר, שכן תמיד קיים החשש כי ח"נ זה מושפע מדברי הקורבן ומחפש תימוכין לגרסתו בעדויות העדים.

181 שם, שם.

182 גל (לעיל, הערה 19).

183 א"ק (לעיל, הערה 4). וראה גם רשימת ההצעות שהובאו בדו"ח מלמד (לעיל, הערה 3), 30–32. אולם הדו"ח אינו מאמץ אף אחת מן ההצעות הללו, אלא את המצב הקיים. אין בדו"ח מלמד התייחסות פרטנית להצעות שהועלו בפניו ולפיכך לא ניתן ללמוד ממנו מדוע בחרה הוועדה שלא לאמץ אף אחת מן הרעיונות שהובאו בפניה.

גם מצב של גביית עדויות מכמה קטינים שהיו כולם עדים לאירוע אחד, על-ידי ח"ג יחיד, הוא לקוי — אם כי פחות מקודמו — וראוי למונעו.

יג. סיכום

מטרתה העיקרית של רשימה זו היתה בדיקת ההסדר הקיים לגבי העדת קטין, על יתרונותיו וחסרונותיו, תוך למידה מנסיון שלושים-ושלוש שנות הפעלת החוק. במהלכה של בדיקה זו נתקלנו לא-אחת במגרעות ובליקויים שבהם ההסדר הקיים לוקה. נראה לנו, כי יש מקום להכנסת כמה תיקונים משמעותיים בחוק אשר ירככו את הפגיעה הקשה בזכויות הנאשם מבלי שיעלו באופן ממשי את החשש לגרימת נזקים לקטין, ולהיפך. לצדם יש מקום גם לכמה תיקונים נוספים אשר יפחיתו את הסיכוי הקיים עדיין לגרימת נזקים לקטין, מבלי שיהיו כרוכים בפגיעה קשה בזכויות הנאשם, הפגועות בלאו הכי.

לגבי קטין אשר נאסרה העדתו, הצעותיו העיקריות הן להזמין תמיד ללשכת השופט כדי לאפשר לשופט להתרשם ממידת מהימנותו, ונוסף על כך — לחייב את חה"ג להקליט את גביית העדות ולהגישה כראיה לבית-המשפט. שניים אלה יקנו לשופט — ואף לנאשם במידת-מה — תמונה מלאה בהרבה על אשר התרחש במהלך גביית העדות. עוד מוצע לחייב עריכת פגישה נוספת של חה"ג עם הילד זמן קצר לפני המשפט כדי לאפשר לחה"ג לבדוק שמא נעלם החשש מפני גרימת נזקים לילד עקב עדותו, שאזי יוכל חה"ג לשנות את החלטתו ולהתיר את העדת הילד.

באשר לדרישת הסיוע, בדקנו ומצאנו כי לאור השינויים בחקיקה בשנים האחרונות, הפכה דרישה זו לפיצוי של ממש על הפגיעה בזכויות הנאשם. כדי להימנע ממצב שלפיו דרישת הסיוע תהפוך למפלטם של עבריינים רבים — שהרי בזירת העבירה נוכח בדרך-כלל הקורבן לבדו — הצענו כי תישקל הגמשה בדרישת הסיוע, בין בדרך של הפחתתה לדרגה של "דבר לחיווקה" בלבד ובין בדרך של הסתפקות בסיוע טכני במקום בסיוע ממשי.

אם תאומץ אחת ההצעות שהועלו לעיל לגבי שינוי ההסדר, דבר שירכך את הפגיעה בזכויות הנאשם, תקבל ההצעה להגמשת דרישת הסיוע משנה-תוקף.

מכל-מקום, כל עוד דרישה זו עומדת בעינה, הרי שבשאלה הפרשנית העיקרית הנוגעת לסיוע הנדרש, דעתנו היא כי עדות קטין הטעונה בעצמה סיוע מטעם כלשהו יכולה לשמש סיוע הנדרש על-פי סעיף 11 לחוק.

אשר לשאלת קבילות התרשמותו של חה"ג לגבי מהימנות הקטין, הבענו את הדעה כי הן פרשנותם הלשונית של סעיפים 8 ו-9 לחוק והן רוח החוק מחייבות את הפירוש כי התרשמות זו קבילה כראיה. יחד עם זאת מוצע, כי המחוקק יתקן את סעיף 8 ויעגן הלכה זו בחוק.

אשר לקטין שהורשתה העדתו בבית-המשפט, נראה לנו כי רצוי ליתן הדרכה כלשהי לחה"ג, בדבר השיקולים אשר ראוי כי יישקלו על-ידם בשאלת הרשאת ההעדה — בין על-ידי קביעתם בתקנות ובין בדרך אחרת.

עוד מוצע, כי סעיף 2(ג) לחוק ישונה באופן שהסמכות להפסיק את העדת הילד במהלכה תוקנה לחה"ג וכי החוק יחייב את נוכחותו של חה"ג במהלך ההעדה. אשר

לנאשם, מוצע כי תוקנה לשופט הסמכות להורות על הוצאתו בעת גביית עדות הקטין, אם יימצא צורך בכך.

אשר להיקף תחולתו של החוק, הצעתנו היא כי תישקל הרחבת תחולתו של ההסדר שבחוק, הן מבחינת גיל הילד (על-ידי הקניית שיקול-דעת לשופט להורות כי גם עדותם של ילדים בגילאי 14–16 תיגבה על-ידי חוקרי-נוער) והן מבחינת היקף העבירות (על-ידי החלת החוק גם על "עבירות הקשורות בעבירות נגד המוסר" או אפילו על כל "עבירת אלימות בין אדם לאדם"). לחלופין ניתן להציע, כי לפחות יינתן לשופט שיקול-דעת להורות על גביית עדות קטין בידי חוקרי-נוער בעבירה מסוג זה. כמו-כן מוצעת חקיקתו של חוק מיוחד אשר יקבע הסדר דומה לגבי מפגרים.

ולשיטה אחרונה: חלקן של ההצעות שהועלו לעיל הועלו גם בפני הוועדה המיוחדת אשר בדקה את נושא העבירות על רקע מיני נגד קטינים¹⁸⁴. אלא שוועדה זו החליטה פה אחד, כי "על מנת לשמור מכל משמר על החוק הנ"ל... ולאור האיזון העדין והרגיש בין המגמות השונות לתיקון חוק זה, ממליצה הוועדה להשאיר את החוק במתכונתו הנוכחית וללא כל שינוי"¹⁸⁵.

המלצה זו לא זכתה להסבר נוסף כלשהו בדו"ח. עם כל הכבוד, דעתנו היא כי הרצון לשמור על "איזון קדוש" זה איננו מהווה נימוק של ממש לדחייה גורפת של כל ההצעות לשינויים ולשיפורים בחוק. מעבר לכך, חלק מן ההצעות המיועדות לשפר את המצב הקיים אינן פוגעות כלל וכלל באיזון האמור. לפיכך, תקוותנו היא, כי המחוקק יטה אוזן קשובה להצעותינו המבוססות על הניסיון שהצטבר במשך שנות הפעלתו של החוק, תוך שקילת כל הצעה והצעה לגופה ובחינתה, ולא יאמץ את המלצת הוועדה אשר בחרה לדחות מכול-יכול את כל ההצעות כולן.

184 (לעיל, הערה 3), 31–33.

185 שם, בעמ' 34.