

## ההסדר החקיקתי הישראלי בדבר עדות מתלוננת במשפטי אונס

### - סקירה וביקורת -

#### מבוא

על רקע תחילת שלב העדויות במשפטו של הנשיא לשעבר קצב, עלתה לסדר היום הציבורי מחדש שאלת מעמד המתלוננת במשפטי אונס, ובפרט אופן חקירתה על ידי הסנגוריה.

ברשימה זו אבקש להציג את הטענה, כי הגבלת חקירה של מתלוננת בעבירת מין על עברה המיני צריכה לכלול רשימה סגורה של מקרים בהם יותר לסנגוריו של הנאשם לקיים חקירה שכזו, ולחרוג מהכלל הרחב לפיו חקירה שכזו איננה מותרת. בכך, אני מציעה לאמץ את המודל שנקבע במדינת מישיגן.

בדומה לעבירות מין חמורות אחרות, מלווה עבירת האונס במטען אמוציונאלי רגיש במיוחד. המתלוננת נדרשת לתעצומות נפש בבואה לשחזר חוויה טראומטית מול הנאשם ונוכחים זרים, בכללם פרקליטי ההגנה שחותרים להטלת דופי בעדותה.

עדות זו מקבלת משנה חשיבות על רקע המצוקה הראייתית הקשה המאפיינת עבירות אונס, המתבצעות מטבען בצנעה ובאין רואה, ועדים להן רק הנאנסת והאנס. לרוב מדובר בעדות אחת של מתלוננת, ללא ראיות חפציות, ויש צורך להסתמך על אמינות דבריה בלבד.

קושי זה היה יכול לתמוך בדרישה **שלא להגביל** את חקירת המתלוננת על עברה המיני, על-מנת לאפשר לנאשם לעורר ספקות בגרסת המתלוננת. אולם בשל האינטרס להגנת הקורבן בעבירות אלו, ומשיקולים נוספים שיוצגו להלן, נקבעה **הגבלה על חקירת עברה המיני של המתלוננת**, המנסה לאזן בין סיוע לנאשם ובין ההגנה על הקורבן, ועל המטרה החברתית של הבאת עברייני מין לדין.

הרשימה תפתח בתיאור הרפורמה החקיקתית שהתקיימה בישראל בשנות ה-80 והמניעים לה; לאחר מכן יובא התיקון נשוא הרשימה; בהמשך תיסקר בקצרה הביקורת על התיקון, ולבסוף יוצע לאמץ מודל חלופי.

#### הרפורמה

שנות ה-1980 אופיינו בסדרה של תיקוני חקיקה בדין העונשי, המסדירים את ההעמדה לדין בעבירות אינוס.<sup>1</sup>

לרפורמה קדמו ניתוחים ביקורתיים, שהצביעו באופן חוזר ונשנה על הפלייה עמוקה של האישה על ידי מערכת המשפט, ועל מציאות בה זוכה המתלוננת ליחס חשדני, משל הייתה היא הנאשמת ועליה חובת ההוכחה. הראיה השמרנית במאות הקודמות תפסה אישה "בלתי צנועה", בעלת עבר מיני, כבלתי ראויה להגנת החוק. ההנחה הייתה שאישה שנענתה בעבר ליחסי-מין נענית תמיד ("פעם פרוצה תמיד פרוצה"), וכי היעדר צניעות מלמד על היעדר אמינות. תפיסות אלו עמדו בבסיס הפרקטיקה שהשתרשה לחקור מתלוננות על קשרים מיניים בעבר ובהווה, נוהגיהן האינטימיים, מלבושן, נוהגי הבילוי שלהן ועוד.<sup>2</sup> במקביל, ראיות בדבר עברו המיני (גם הפילי) של הנאשם נתפסו כבלתי רלבנטיות והוכרזו כלא קבילות.

פרקטיקה זו נתפסה כגורם מרכזי שהרתיע מתלוננות מפניה למשטרה. ההשפלה הכרוכה בתחקור על דוכן העדים כונתה "אונס שני" והעצימה את הטראומה הנלווית למתלוננות בהליך המשפטי של מיצוי הדין עם האנס, בין אם הורשע או זוכה, דבר שהביא לפיחות משמעותי בהגשת תלונות.<sup>3</sup>

נראה שלהנחה, שמתירנות הנאשמת בעבר מרמזת על "התמסרותה" לנאשם ו"הזמנת" האונס, אין מקום בדין הרווח היום. שנים של ביקורות נוקבות ומאבק פמיניסטי, ציבורי, ופוליטי הביאו לרפורמה משמעותית בדיני האינוס - בארה"ב (תחת השם Rape shield laws),<sup>4</sup> ובישראל.

ברקע לרפורמה עמד הרצון לקדם שינוי בתפיסת הציבור את עבירת האינוס. חשוב לציין כי המניעים לרפורמה בכלל ולחקיקה שיוצג להלן בפרט לא היו רק להקל על המתלוננות - לשם כך היה ניתן, למשל, להקצות תקציבים לליווין בהליך. שינויי החקיקה נועדו בראש ובראשונה לתקוף את ההנחה לפיה יש סיבה לפקפק באמינות המתלוננת. מיתוסים שציירו נשים כפתייניות ונקמניות הביאו לקושי שבשמיעת קולה של האישה, ואת המטענים הללו שאפה הרפורמה לנתק.

<sup>1</sup> במסגרת הרפורמה בוטלה גם דרישת הסיוע החיצוני לעדות המתלוננת, שונתה הגדרת הבעילה, ועוד. הגבלת חקירת העבר המיני הייתה אך נדבך בחקיקה מסועפת, שחוללה רפורמה בדיני האינוס בישראל ובעולם. לסקירה מקיפה בנושא ראו: אמנון סטרשנב "עבירות מין - חידושי החקיקה והפסיקה" המשפט ב 265 (1994).

<sup>2</sup> דן ביין "השינויים בנקודת האיזון שבין ההגנה על קורבן עבירת האונס לבין השמירה על זכויות הנאשם" הפרקליט מב 281, 289 (1995); Richard Klein, *An Analysis of Thirty-Five Years of Rape Reform: A Frustrating Search*; 41 AKRON L. REV. 981, 984 (2008); אסתר עילם **נאנסות, אונס והרשויות בישראל** 67 (1994) (להלן: **נאנסות, אונס והרשויות בישראל**); JENNIFER TEMKIN, *RAPE AND THE LEGAL PROCESS* 119 (1987).

<sup>3</sup> שם, בעמ' 120.

<sup>4</sup> Klein, לעיל ה"ש 2, בעמ' 990.

בין השאר, אומץ בשנת 1988 תיקון לדיני הראיות המגביל את החקירה על עברה המיני. הסעיף הרלבנטי מופיע בחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) התשי"ח-1957<sup>5</sup> וקובע, תחת הכותרת "חקירת נפגע בעבירות מין", כך:

"בית-המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעבירה לפי סימן ה' של פרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אלא אם ראה מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין".

תיקון זה נועד לחזק הוראה קודמת שכבר הייתה קבועה בדין, לפיה בית המשפט לא ירשה חקירה מעליבה או מביישת של עד, שאינה לעניין הנדון.<sup>6</sup> כוונת המחוקק הייתה להגן על כבודו של עד המסייע בגילוי האמת. כל עד - לרבות קורבן אונס. דא עקא, שחרף הוראה קודמת זו נשתרשה הפרקטיקה, המתירה לסנגור במשפטי אונס לחקור מתלוננות על עברן המיני, ואף אם גלשה החקירה לפסים של העלבה או ביוש נמנע ביהמ"ש מלפסול אותה.<sup>7</sup> נראה שהימנעות ביהמ"ש מאכיפת הוראת סעיף 2 כלשונה הניעה את המחוקק לחדד ולהבהיר דרך התיקון דנן כי ההנחה, שפרטים הנוגעים לעברה המיני ולהרגליה המיניים של המתלוננת רלבנטיים להכרעה, מוטעית.

אף דברי ההסבר לסעיף עומדים על כך, ש"הסעיף בא להגביל חקירה בדבר עברו המיני של נפגע בעבירות מין. בדרך כלל אין לחקירה כזו כל שייכות לעניינו של הנאשם, אך יש בה כדי להביך את הנפגע ולטעת בו תחושה שהפך ממאשים לנאשם. האפשרות שתיערך חקירה כזו עלולה להניא את הנפגע מלהתלונן... מוצע להגביל חקירה מסוג זה, ולאפשר רק במקרים שבהם קבע בית-המשפט בהחלטה מנומקת כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין".<sup>8</sup>

## הביקורת

אין ספק כי החיקוק נועד להיטיב עם נפגעות, ולעודדן להגיש תלונה. ואולם, חרף תכליתו הראויה בהחלט, ספק אם התיקון משרת אותה, והוא מעלה קשיים בשני מישורים מרכזיים:

<sup>5</sup> סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957.

<sup>6</sup> סעיף 2 שם.

<sup>7</sup> שם; נאנסות, אונס והרשויות בישראל, לעיל הי"ש 2, בעמ' 66.

<sup>8</sup> דברי הסבר להצעת החוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו-1986, הי"ח 1797, 303.

**מהבחינה המהותית** המסר העולה מלשון התיקון הוא כי חקירת המתלוננת על עברה המיני אינה בהכרח לא רלבנטית, שהרי ניתן לשכנע את בית המשפט בחיוניותה, דבר ששם לאל במובן מסוים את המטרה העולה מהרפורמה, זו של מיגור סטיגמות ותפיסות מוטעות הרווחות בציבור.

באופן פרדוקסאלי, מעניק החוק גושפנקה לחקור את עבר המתלוננת, היות ולבקשת הסנגור ניתן להתיר זאת, והוא אינו נתקל בקשיים מיוחדים להמציא "טעמים" לכך. במקום חקירה ש"בדרך- כלל אינה רלבנטית", כלשון הצעת החוק, היא למעשה רלבנטית ככל שאין טעמים מיוחדים להגבילה. **יוצא אפוא, שהסעיף האוסר הוא גם הסעיף המתיר.**<sup>9</sup>

**מבחינה פרוצדוראלית** טמון קושי בהיות מבחן "מניעת עיוות דין" רחב למדי ומאפשר בכל זאת לערער את מהימנות העדה באופן שכזה. האיסור אינו "מוחלט", היות ואינו מגביל את מרחב שיקול הדעת של השופטים, או מורה באילו תנאים תהיה חקירת העבר המיני בלתי-לגיטימית. השופטים אמנם נדרשים לנמק את התרת החקירה, אך אין בחוק הנחיה ברורה של השיקולים לכך.

בהינתן כך, לא מפליא לגלות כי רבים מלינים על אי-יישום התיקון בבתי-המשפט.<sup>10</sup> השופטים ממשיכים ובוחנים את עברן המיני של נחקרות וזה משמש להם כאומדן למהימנותן.

כדוגמא אחת מיני רבות ניתן לציין את פסק-הדין בעניין **ויאדיסלב**.<sup>11</sup> המתלוננת הוסעה על-ידי הנאשם לראיון עבודה, שלאחריו הציע להחזירה לביתה. חרף זאת, לטענתה, סטה מהדרך למקום מבודד וביצע בה באלימות אינוס ומעשי סדום. המתלוננת נמלטה מן המכונית למפעל סמוך, יחפה ועירומה למחצה, וסיפרה לפועלים שבמקום את שארע. אלו העידו על כך בבית-המשפט. מול גרסא זו עמדה טענת הנאשם, לפיה לא הכיר את הנערה קודם לכן וחשבה לזונה. אף שגרסתו לא התיישבה עם מנוסתה המבוהלת מפניו, ואף שציין כי השתכנע שהמתלוננת התנגדה למעשי הנאשם, מגיע השופט למסקנה כי המתלוננת הסכימה למעשים שביצע בה, וזאת, כך מציין, משום "התנהגותה המינית המתירנית הקודמת"<sup>12</sup> (שעלתה מחקירתה), ומזכה את הנאשם מעבירת האינוס.

<sup>9</sup> ראו בעניין זה מאמרה המרתק של ציפורה האופטמן "אונס - יסוד ההסכמה ודיני הראיות" מעמד האישה בחברה ובמשפט 189 (פרנסס רדאי, כרמל שלו, מיכל ליבן קובי, 1995).

<sup>10</sup> נאנסות, אונס והרשויות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 66; רינה בוגוש ורחל דון-יחיא מגדר ומשפט - אפליית נשים בבתי-המשפט בישראל 201, 226 (2000) (להלן: מגדר ומשפט).

<sup>11</sup> ת"פ (חיפה) 21/95 מדינת ישראל נ' ויאדיסלב בנימינוב (פורסם בנבו, 12.6.1997).

<sup>12</sup> שם, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט פיוס.

הנה כי כן, אישה שהסכימה בעבר ליחסי מין מוחזקת ככזו המסכימה להם תמיד, עם כל אחד ובכל מקום. ההנחה, שלא ניתן לאנוס אישה כזו, כה מושרשת ומובנת מאליה, עד כי ביהמ"ש אינו מתאמץ להסביר את מסקנותיו בפסק הדין. האפשרות שגם אישה "מתירנית", ואפילו זונה, עשויה לסרב לגבר, אינה עולה על הדעת.

הגישה הכללית של ביהמ"ש זזה אמנם מעט בשנים לאחר התיקון והד לכך נשמע בדברי הנשיא שמגר בעניין בארי: "השיטה לפיה מעביר הסנגור, כאילו בסרט נע, את היסטוריית חייה המיניים של מתלוננת, כבר איננה מקובלת ואיננה מותרת".<sup>13</sup> עם-זאת וכפי שתואר לעיל תזוזה זו רחוקה מלהיות מספקת.

יש לציין כי ניתן באמת ובתמים לחשוב על מובנים בהם העבר המיני רלבנטי ואין להגביל את החקירה, למשל כשישנה היכרות מוקדמת ועבר מיני משותף לנאשם ולנאנסת (בייחוד במקרי אינוס "בתוך הזוגיות"), או כשקיימים ממצאים פורנזיים, כגון ביתוק, קריעה וסימני חדירה אלימים (בייחוד בחשד לאינוס קטינות). אולם מחקרים בנושא מתריעים ששאלות על עבר מיני שאינן בקטגוריות הללו מעצבות את הדין המשפטי, והתרת החקירות לא עוברת במסגרת שמציב החוק.<sup>14</sup> עיון בפסקי דין נוספים מעלה כי השופטים נוטים לא רק להתיר או להימנע מלהתערב בחקירות בוטות ופוגעניות אלא גם משתמשים בממצאיהן כיסוד מעצב ומכריע בהחלטותיהם.<sup>15</sup>

אין חולק, שהכללת הגבלה חשובה זו בחוק הנה סימן למודעות המחוקק לבעייתיות שבתפיסת האינוס במערכת המשפטית. אלא שבפועל, אין הדבר מונע מסנגורי נאשמים להמשיך לחקור בצורה פסולה זו. המיתוסים והדימויים ה"ישנים", שניסתה הרפורמה התחקית לברא, עודם מפעפעים בפסקי הדין. נוכח כך, נראה שעודנו רחוקים מלקצור את פירות הרפורמה.

התופעה אינה ייחודית לישראל: הנהגת תיקונים דומים במערכות משפט נוספות לא צלחה בעקירת תופעת החקירה הצולבת אותה עוברות מתלוננות במשפטי אונס על דוכן העדים.<sup>16</sup> אחת הסיבות לכך, לדעתי, היא שרוב המדינות אימצו נוסח המבטיח הותרת שיקול הדעת לשופט. ניתן להסביר זאת בקושי לחזות כל מקרה אפשרי שבו היסטוריה מינית עשויה להיות עניינית ונחוצה. לכן, נוטה המחוקק לבחור בפתרון ה"קל"; שיקול הדעת כנקודת המוצא.

<sup>13</sup> ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, פסקה 85 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1993).

<sup>14</sup> מגדר ומשפט, לעיל ה"ש 10, בעמ' 201, 226.

<sup>15</sup> ראו למשל את דברי השופטת בתפ"ח (ת"א) 355/89 מדינת ישראל נ' מסנר, פ"ד תשי"ן(2) 451 (1989), הסוקרת בהרחבה ובשיפוטיות לא מוסווית את אורח חייה של המתלוננת שכונתה "חסרת ערכים" בשל מנהגה לצאת לפאבים באופן תכוף. השופטת מצינת כי האמונה בעדות המתלוננת היא "על אף התנהגותה המתירנית" (שם, בעמ' 455).

<sup>16</sup> Temkin, לעיל ה"ש 2, בעמ' 122.

בטקסט, למשל, כל ראייה הנוגעת לעבר מיני רלבנטית לדיון ככל שמוצא לנכון השופט.<sup>17</sup> בניו-יורק החוק פותח בהוראה לפיה ככלל, ראייה שכזו אינה קבילה, ממשיך ברשימת יוצאי דופן ארוכה, ומקנח בהוראת שסתום רחבה למדי, המתירה כל שקובע ביהמ"ש כרלבנטי וקביל.<sup>18</sup>

### הצעה למודל חלופי

נקודת אור מסתמנת ברפורמה שהנהיגה מדינת מישיגן. בעוד שהחוק הישן התיר חקירת עבר מיני בהרחבה בדומה ליתר המדינות, הרפורמה במישיגן הסירה את שיקול הדעת השיפוטי ובמקומו הציבה הוראה חקיקתית, המתוארת ככזו שאינה פוגמת בזכויות הנאשם ובה בעת מבטיחה שמידע שאינו רלבנטי לא יועלה בביהמ"ש.

התכלית הייתה לבטל את ההנחה שאונס מצריך 'טיפול מיוחד', ולמצבו ככל עבירה פלילית, בה שאלות חודרניות לקורבן שאינן מן העניין לא תותרנה. **החקירה נשללת בחוק לחלוטין, למעט שני יוצאי-דופן בלבד:** עבר מיני של המתלוננת עם הנאשם עצמו, ועדויות הקשורות בזרע, הריון או מחלה. גם בהתרת חקירה מהטעמים הללו נדרש השופט לנימוק ההחלטה.

חרף הקשיים בקליטתו, דומה שהחוק היום מקובל ומיושם בעקביות, למעט נסיבות קיצוניות המחייבות חריגה ממנו. מחקרים שאמדו את השפעת הרפורמה במישיגן, שכללה תיקונים נוספים, העלו תוצאות מעניינות: בעוד שלא חל, מייד לאחריה, שינוי משמעותי בהגשת תלונות על אונס, הרי שבהמשך חלה עלייה מרשימה בכך, אותה ייחסו החוקרים לשינוי שחל בחברה בתפיסת האונס. בנוסף, עדויות מצביעות על פיחות בטרואמה שחווה המתלוננת בהליך נוכח ההגבלות החדשות.<sup>19</sup>

שוטרים ותובעים מעידים שעדיין ניכרת חשדנות כלפי מתלוננות, אך התופעה הולכת ומצטמצמת במישיגן, הודות לרפורמה.

למרות השוני המהותי בין שיטות המשפט, נראה כי אין מניעה ללמוד גזירה שווה מהמודל המישיגני, שאימוצו על ידי המחוקק יכול להוות פתרון לקשיים שבמודל הישראלי.

<sup>17</sup> ZSUZSANNA ADLER, RAPE ON TRIAL 138 (1987); Texas Penal Code Ann. § 21.13(a) (1976-1977) (להלן: RAPE ON TRIAL).

<sup>18</sup> N.Y. Crim. Proc. Law Para. § 60.42(5) (1976-1977); שם.

<sup>19</sup> RAPE ON TRIAL, לעיל ה"ש 17, בעמ' 145-146.

ניתן לטעון כי קיום שופט מקצועי בישראל להבדיל מחבר מושבעים בארה"ב מסיר את החשש מהשפעות שאינן מן העניין, אך כפי שצוין לעיל נמצא כי מיתוסים וסטריאוטיפים אכן מזינים את פסיקות השופטים, המביעים פעמים רבות עמדה מוסרנית המשפיעה במישור החינוכי בעיגון דעות קדומות כלפי מתלוננות בעבירות אינוס ונשים בכלל. דווקא משום כך, לדעתי, יש לבחור בדרך של רשימה סגורה שתגביל את שיקול הדעת השיפוטי.

המודל רלבנטי לישראל על רקע שתי מגמות חשובות בשנים האחרונות בדין הישראלי: הראשונה - שינוי תודעתי בתפיסת זכויות הקורבן, המתבטא למשל בחוק נפגעי עבירה התשס"א-2001 (העוסק לראשונה באופן מקיף בזכויות נפגעים מעבירות פליליות), ובשינוי בנקודת האיזון שבין אינטרסי הנאשם והקורבן, בכיוון הגנה מוגברת על הקורבן על-חשבון זכויות הנאשם.<sup>20</sup>

המגמה השנייה עניינה בהכרה החוקתית בכבוד האדם בכלל ובערך השוויון בפרט, כפועל יוצא של המהפכה החוקתית. נראה לי כי תפיסת מעמד האישה בקרב הציבור בישראל מודרנית ומפותחת דיה על מנת להצדיק שינויים בדין הקיים בדמות מקרים מוגדרים בהם תותר החקירה בדרך של הסדר שלילי.

## סיכום

על-ידי הצרת שיקול דעתם של השופטים יודר, אולי, רגלן של חקירות כאלו מבית-המשפט ויתפנה המקום לדין עובדתי בנסיבות המקרה, במקום בהרגלים מיניים של מתלוננת בעבר. רק כאשר יסווג האונס ככל פשע ולא כפשע "מיוחד" יחול שיפור ממשי במפגש קורבנות עם מערכת המשפט ואולי גם בתפיסת הציבור יומר החשד המקדמי בהאזנה לא שיפוטית לסיפורן, ובדרישה למיצוי הדין עם אנשים.

מיכל נתניהו.

<sup>20</sup> ביינן, לעיל הי"ש 2, בעמ' 285, 294.