

ילדים נפגעי עברה בישראל עשור לאחר "מהפכת זכויות הקורבן": בחינה דרך מודל צרכים-זכויות

מאת
טלי גל*

תקציר

ילדים ובני-נוער נמצאים בסיכון מוגבר להיפגע מעברות מכל הסוגים, וחשופים לפגיעות בשיעור רב יותר מאשר בגירים. לנוכח השיעור הגבוה של קורבנות של ילדים ובני-נוער, נשאלת השאלה אם מערכת המשפט הישראלית נותנת מענה לצורכיהם ומכירה בזכויותיהם, ובאיזו מידה.

אכן, במובנים רבים מצבם של ילדים נפגעי עברה בישראל עשוי להיות דווקא טוב יחסית למדינות רבות בעולם. זאת, בהינתן השימוש שנעשה בישראל בחוקרי ילדים וההקלות השונות הניתנות בארץ לנפגעי עברות מין ואלימות במשפחה שגילם עד ארבע-עשרה; בהינתן חוק זכויות נפגעי עברה וההתאמות שהוא מחייב ביישום הזכויות בו לגבי קטינים; ובהינתן חוקים נוספים המתייחסים להגנה על הקהילה ועל נפגעים חסרי ישע מפני עברייני מין וכן הוראות חוק אחרות המתייחסות לילדים בסיכון.

מאמר זה בוחן את השאלה באמצעות מודל המשלב צרכים וזכויות של ילדים נפגעי עברה. רובד הזכויות במודל כולל שש זכויות הלקוחות מאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, המשמשת בסיס נורמטיבי למודל: ארבעה "עקרונות מנחים" – טובת הילד, השתתפות, אי-הפליה והתפתחות; ושתי זכויות ייחודיות לנושא – הזכות להגנה מפני פגיעה והזכות לשיקום. רובד הצרכים, או הרובד האמפירי במודל, מבוסס על מכלול ממצאים מהספרות הפסיכו-סוציאלית בדבר השלכותיה של הפגיעה על ילדים, דרכי ההתמודדות של ילדים עם טראומה ומתח, תפיסות צדק של ילדים וגורמים התורמים לחוסנם של ילדים, וכן על ממצאים מתחום הוויקטימולוגיה ההתפתחותית. המודל יוצר קשרים בין הממצאים השונים לבין הקביעות הנורמטיביות בדבר זכויות הילד, וכך נוצרים ארבעה "מקבצים" של צרכים-זכויות המתמקדים בארבעה תחומים: קידום רווחת הילד, ילדים כשותפים בהליך, הגנה והליך הוגן.

דרך ארבעת המקבצים המאמר מנתח את התייחסותן של הפסיקה והחקיקה בישראל לילדים נפגעי עברה, בעיקר בעשור האחרון, במטרה לבחון באילו מן התחומים ניתן מענה

* חברת סגל, בית-הספר לקרימינולוגיה, אוניברסיטת חיפה. תודה חמה לעו"ד ורד וינדמן על הערות חשובות שסייעו בחידוד הטיעונים במאמר. תודות גם לעורכי כתב-העת עיוני משפט על הערות מאירות-עיניים.

לצרכים־זכויות של ילדים ובאיזו מידה. מהניתוח עולה כי קיימת אומנם הצלחה כלשהי בהגנה על ילדים (אם כי חסרה גישה התפתחותית במענים הקיימים), אולם ההליך הפלילי אינו מקדם את טובתם של ילדים כמטרה, ובוודאי אינו עונה על צורכיהם וזכויותיהם של ילדים בכל הקשור להשתתפות ולהליך הוגן. המאמר מעלה הצעות לקידום הצרכים־זכויות של ילדים נפגעי עברה הן במסגרת ההליך הפלילי והן מחוץ לו.

מבוא

א. המסגרת התיאורטית: מודל צרכים־זכויות של ילדים נפגעי עברה

1. הרובד הנורמטיבי של המודל: אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד

2. הרובד האמפירי של המודל

3. מודל צרכים־זכויות של ילדים נפגעי עברה: שילוב הרובד הנורמטיבי עם

הרובד האמפירי

ב. בחינת המצב בישראל בראי מודל הצרכים־זכויות

1. ההליך הפלילי בפרספקטיבה טיפולית – קידום טובת הילד ורווחתו

(א) חקירה והעדה

(ב) פיצויים לנפגעי עברה

2. ילדים כשותפים בהליך הפלילי – ההשתתפות כמקדמת תחושת שליטה

(א) השתתפות בדיון בעונש

(ב) מעמד בהסדר־טיעון

(ג) הבעת עמדה לפני ועדת השחרורים

(ד) שיתוף בנושאי העדה

3. הזכות להליך הוגן – תפיסות צדק של ילדים נפגעי עברה

4. הזכות להגנה בראי הוויקטימולוגיה ההתפתחותית

(א) חובת הדיווח

(ב) מגבלות ופיקוח על עברייני מין – חוקי ההגבלה של עברייני מין

משוחררים

ג. אינטגרציה: מגבלות ההליך הפלילי בישראל במתן מענה למכלול הצרכים־

זכויות של ילדים נפגעי עברה

סיכום ומסקנות

מבוא

חוק זכויות נפגעי עברה, שהתקבל בשנת 2001,¹ הביא עימו בשורה לנפגעי עברה בישראל, בהכירו במעמדם המיוחד כבעלי עניין בהליך הפלילי המתנהל בעקבות העברה

1 חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 183 (להלן: חוק זכויות נפגעי עברה).

שנעברה בהם.² בכך הצטרף המחוקק הישראלי למדינות רבות אחרות שהכירו, החל בשנות השמונים של המאה העשרים, בזכויותיהם של נפגעי עברה לקבל מידע על-אודות ההליך בעניינם, להיות נוכחים בו ולהביע עמדה לגבי החלטות שונות במהלכו, תוך שמירה על כבודם, פרטיותם ובטחונם. במקביל קיימת כיום הכרה בארץ ובעולם בזכויותיהם של ילדים: אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד³ נחתמה על-ידי המספר הרב ביותר של מדינות שחתמו אי-פעם על אמנה, ומשקפת קונסנזוס רחב לגבי זכויות הילד, ובכלל זה זכויותיהם להשתתפות, למידע, לשיקום ולהגנה. האמנה חוללה מהפכה של ממש בתפיסת הילד על-ידי עולם המשפט: מאובייקט הנתון להגנת ההורים והמדינה נהפך הילד, בהתאם להוראות האמנה, לסובייקט עצמאי בעל מכלול של זכויות, אינטרסים ורצונות שהינם נפרדים מאלה של הוריו. לצד ההכרה בחשיבותו של התא המשפחתי לילדים ובתלותם בהוריהם, האמנה מבטאת הכרה עמוקה בכך שילדים אינם רכוש הוריהם, אלא ישויות נפרדות הזכאיות לסיוע במימוש זכויותיהן, באופן הדרגתי, בהתאם ליכולותיהן המתפתחות. מדינת-ישראל חתמה על האמנה ואשררה אותה, וניתן לראות כי רטוריקת הזכויות כלפי ילדים מושרשת כיום, לפחות במידה מסוימת, בחקיקה ובפסיקה בארץ.⁴

אולם אלה הנופלים תחת ההגדרה הכפולה של ילדים, מחד גיסא, ונפגעי עברה, מאידך גיסא, אינם זוכים עדיין, ברוב המקרים, ביחס של נושאי זכויות. התייחסותן של הפסיקה והחקיקה לילדים נפגעי עברה היא ככלל כאל אובייקטים הזקוקים להגנה. המחוקק הישראלי קבע הוראות מרחיקות-לכת ביחסו המגונן כלפי ילדים אלה, בעיקר ככל שמדובר בעברות מין ובעברות במשפחה.⁵ שפת הזכויות – אשר חלחלה אל ההליך הפלילי, לפחות במידה מסוימת, דרך חוק זכויות נפגעי עברה – נתקלת בקשיי יישום מיוחדים בתחום המענים המשפטיים והטיפוליים הניתנים לילדים נפגעי עברה. גם הספרות הוויקיטימולוגית אינה מתייחסת ככלל לילדים נפגעי עברה כאל נושאי זכויות. הספרות מדברת על נזקי הקורבנות

-
- 2 לסלי סבה וטלי גל "זכויות נפגעי עברה בישראל" ספר שמגר כרך ב 157 (מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, 2003).
 - 3 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: אמנת זכויות הילד או האמנה).
 - 4 לסקירה מקיפה של התייחסות הפסיקה הישראלית לזכויות הילד ראו תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 15 (תמר מורג עורכת, 2010). פסק-הדין שעסק באופן המפורט ביותר בתפיסת זכויות הילד ובמעמדן אל מול טובת הילד הוא ע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221 (1995). לעניין זכויות הילד במקרים של אימוץ ללא הסכמת ההורים ראו דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48 (1995). לדיון בזכויות הילד כבסיס לאיסור ענישה גופנית ראו ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000). לעניין זכויות הילד כתחומות את האוטונומיה ההורית ראו דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246 (2004). לחקיקה שאימצה את רטוריקת הזכויות כלפי ילדים ראו, לדוגמה, חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000; חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971; וחוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ"ו-1996.
 - 5 לדיון מפורט בחוקים המבטאים תפיסה מגוננת כלפי אוכלוסייה זו ראו טלי גל וורד וינרמן "ילדים נפגעי עברה בישראל: ריבוי קשיים, מיעוט מענים" ביטחון סוציאלי 63, 210 (2002).

של ילדים נפגעי עברה, על הקורבנות החוזרת שהם חווים בהליך הפלילי, ועל הצורך בהגנות מיוחדות, בעיקר בהקשר של קורבנות התעללות.⁶ אכן, ילדים נופלים קורבן לעברות יותר מבגירים,⁷ והם חשופים הן לסוגי הקורבנות הרגילים (שוד, גנבה, תקיפה, תקיפה מינית) והן לסוגים נוספים, הייחודיים לקטינים ולחסרי ישע, כגון התעללות פיזית, נפשית ומינית, הזנחה ואלימות מידי האחראים עליהם. אולם למרות הסיכון הרב שילדים מצויים בו מפני היפגעות בעברות, טרם התגבשה תפיסה כוללת של ילדים נפגעי עברה כקבוצת אוכלוסייה בעלת קשת של זכויות.⁸

עם זאת, בעשור האחרון חלו בישראל התפתחויות שיש בהן פוטנציאל לשינוי היחס כלפי ילדים נפגעי עברה לכיוון של התייחסות אליהם כאל נושאי זכויות, ולא רק כאל מושאי הגנה.⁹ בעיקר ניתן לציין את סעיף 4(א) לחוק זכויות נפגעי עברה, אשר קובע מפורשות כי "מתן הזכויות לנפגע עבירה שהוא קטין ייעשה תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות הענין בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו של הקטין, וברוח עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד". שינויים בחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשס"ו-1955 (להלן: חוק הגנת ילדים), הוסיפו את החובה לשאול את דעת הילד נפגע העברה, בשלבים שונים בהליך, כאשר לאופן עדותו.¹⁰ במקביל נחקקו שלושה חוקי הגנה חדשים במטרה להגן על נפגעי עברה, על קטינים וחסרי ישע ועל הקהילה כולה מפני עברייני מין המשתחררים ממאסר, תוך הטלת הגבלות משמעותיות על חירויותיהם של האחרונים.¹¹ חוקים אלה מבטאים הכרה

6 ראו, לדוגמה, את הפרקים השונים בספר התעללות והזנחה של ילדים בישראל – הנפגעים, אכיפת החוק והמשפט, רפואה, חינוך ורווחה (דבורה הורוביץ, יורם בן-יהודה ומאיר חובב עורכים, 2007).

7 DAVID FINKELHOR, CHILDHOOD VICTIMIZATION: VIOLENCE, CRIME, AND ABUSE IN THE LIVES OF YOUNG PEOPLE ch. 1 (2008); טלי גל "ילדים נפגעי עברה והזכות להשתתפות" זכויות הילד והמשפט הישראלי 267 (תמר מורג עורכת, 2010).

8 TALI GAL, CHILD VICTIMS AND RESTORATIVE JUSTICE: A NEEDS-RIGHTS MODEL ch. 2 (2011).

9 מי שהובילה, באופן מפורש ומובנה, את הטמעת שיח זכויות הילד אל תוך המשפט הישראלי, ובכלל זה בכל הנוגע בילדים נפגעי עברה, הייתה הוועדה בראשותה של השופטת סביונה רוטלוי, אשר מונתה על-ידי שר המשפטים לבחון את יישומן של זכויות הילד בחקיקה. הוועדה הפיקה שישה דוחות המציעים שלל המלצות בתחומים שונים, לרבות בתחום הילד וההליך הפלילי (להלן: ועדת רוטלוי). ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי (2003) (להלן: דוח ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי).

10 לדיון בסעיפים אלה ראו גל, לעיל ה"ש 7, וכן בחלק ב להלן. במאמר זה, בכל מקום שמצוין בו "ילד", הכוונה גם לילדה.

11 חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו-2006 (להלן: חוק ההגנה על הציבור); חוק מגבלות חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה, התשס"ה-2004 (להלן: חוק המגבלות); חוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, התשס"א-2001. לדיון בחוקים אלה ראו להלן פרק ב וכן דנה פוגין "ביום שאחרי" – גישות חדשות במערכת המשפט לניהול סיכון של פגיעה מינית – מענישה בלבד לפיקוח ומניעה" הפרקליט נא 139 (2011) (להלן: פוגין "ביום שאחרי").

בזכותם של נפגעי עברה בכוח או בפועל לביטחון אישי, תוך איזון בינה לבין זכויותיהם של עברייני מין משוחררים. אחד משלושת החוקים הללו – חוק המגבלות – אף מעניק לנפגע העברה, ובכלל זה לנפגע עברה קטין, מעמד של צד, בכך שהוא מאפשר לנפגע העברה להגיש בקשה לבית-המשפט להטלת מגבלות על מבצע העברה.¹²

בהינתן התפתחויות חשובות אלה נשאלת השאלה עד כמה מתאפשר לילדים נפגעי עברה, במסגרת המשפטית הקיימת, לממש את זכויותיהם באופן הנותן מענה לצורכיהם. מאמר זה מציע ניתוח ביקורתי של ההליך הפלילי ויחסו לילדים נפגעי עברה, תוך שימוש במסגרת התיאורטית של מודל צרכים-זכויות,¹³ אשר פורש – תוך שילוב מינוחים מעולם הפסיכולוגיה והסוציולוגיה בשפה המשפטית, את מכלול הצרכים והזכויות של ילדים נפגעי עברה. הניתוח מראה כי ההליך הפלילי הישראלי נכשל, בדרגות שונות של חומרה, במתן מענה למכלול הצרכים-זכויות של ילדים נפגעי עברה, ואף מציע כיוונים ראשוניים לשיפור. מאמר זה אינו מתיימר לדרון במכלול ההוראות המתייחסות לפגיעות בילדים; הוא אינו מתייחס לדין הפלילי המהותי, ואף לא לדיני הראיות (למעט, כאמור, חוק הגנת ילדים).¹⁴ המאמר מתמקד בסדר הדין הפלילי ובבחינת מעמדם של נפגעי עברה בו. אם בכל-זאת נכללת בו התייחסות ל"חוקי ההגנה", הרי זה מכיוון שהם משקפים את המעמד המשמעותי שקיבלו נפגעי עברה בכוח ובפועל בקביעת המדיניות בנוגע להתמודדות עם תופעת הפגיעה.

חלק א במאמר מציג את מודל הצרכים-זכויות של ילדים נפגעי עברה, המהווה את המסגרת התיאורטית לניתוח הביקורתי של ההליך הפלילי. חלק ב מנתח את מצבם של ילדים נפגעי עברה בישראל תוך הפרדת הדיון, בהתאם לחלקי המודל התיאורטי, לארבעה תחומים: קידום רווחת הילד, השתתפות הילד בהליך, הזכות להגנה והזכות להליך הוגן. חלק ג עורך אינטגרציה של הממצאים ומציג את קוצר-ידו של המשפט הפלילי הדינוני בישראל לתת מענה למכלול הצרכים והזכויות של ילדים נפגעי עברה. החלק האחרון מסכם את הדיון ומציג את המסקנות העיקריות העולות ממנו.

א. המסגרת התיאורטית: מודל צרכים-זכויות של ילדים נפגעי עברה

העובדה שההתייחסות האופיינית לילדים נפגעי עברה אינה כאל נושאי זכויות, אלא יותר כאל מושאי הגנה, אינה מפתיעה. המקרה של ילדים נפגעי עברה הוא מקרה "קשה" לשיח הזכויות הן מבחינה רעיונית והן מבחינה מעשית. מעבר לבעייתיות הכרוכה במעמדו של כל נפגע עברה באשר הוא בהליך הפלילי¹⁵ (עקב החשש מפגיעה בזכויות החשוד והנאשם,

12 ס' 3(ב)(1)(א) בחוק המגבלות.

13 GAL, לעיל ה"ש 8.

14 לדיון בהתפתחויות דינוניות העונשין המשקפות יחס מיוחד כלפי קטינים ראו דנה פוגץ' "קטינים נפגעי עבירה בראי המשפט: מגמות בחקיקה ובפסיקה" התעללות והזנחה של ילדים בישראל 99 (דבורה הורוביץ, יורם בן-יהודה ומאיר חובב עורכים, 2007) (להלן: פוגץ' "קטינים נפגעי עבירה בראי המשפט").

15 שהרי נפגעי עברה היו עד לאחרונה "כלים ראייתיים", "בנים חורגים" במערכת המשפט הפלילי, והטמעת שיח הזכויות כלפיהם כרוכה בשינויים מהותיים בתפיסת ההליך הפלילי ובמעמד הקורבן בו. ראו משרד המשפטים קרבנות עברה (1987) (כתבה עו"ד יהודית קרפ);

החשש מסרבול עבודתן של הרשויות, הקושי התקציבי ועוד), כאשר מדובר בילדים, נערמים קשיים נוספים – מעשיים ומושגיים. הקושי המעשי נובע מכך שילדים נפגעי עברה נתפסים בעיקר כמי שיש להצילם מפני ההליך הפלילי ומפגעיו. זכויות דיוניות – כגון הזכות להביע עמדה במהלך ההליך, להיות נוכח בדיונים ולקבל מידע – חושפות לכאורה ילדים לתכנים שאינם רצויים להם ואשר עלולים לפגוע בשלומם הנפשי. הקושי המושגי העיקרי נעוץ בשאלת יכולתם של ילדים להיות נושאי זכויות אם הם אינם מסוגלים לקבל החלטות באופן רציונלי ומושכל, וכך לממש את זכויותיהם או לוותר עליהן באופן עצמאי. אכן, שיח הזכויות הליברלי הקלסי מדיר מגדרו ילדים צעירים, כפי שהוא עושה לאוכלוסיות "לא-רציונליות" אחרות, כגון אנשים עם מוגבלויות נפשיות.¹⁶ הדרה זו היא תוצאת-לוואי של "תיאוריית הבחירה" העומדת בבסיס שיח הזכויות הליברלי, אשר מתייחסת ליכולת (capability) כתנאי הכרחי להקניית זכויות, כפי שיפורט בהמשך. התיאוריה המתחרה – "תיאוריית האינטרס", אשר תידון בהמשך המאמר – מתמודדת עם קושי זה באמצעות התמקדות בנושא (מהות הזכות) במקום במושא (נושא הזכות). תוצאת הדרתם של ה"לא-רציונלים" משיח הזכויות הליברלי היא מה שמרתה מינו (Minow) מכנה "דילמת השוני": אלה הנחשבים בעלי יכולת קבלת החלטות זכאים למלוא הזכויות המשפטיות, בעוד אלה שיכולתם נחשבת מוגבלת מקבלים סיוע והגנות אך במחיר שלילה של האוטונומיה שלהם וזכויותיהם.¹⁷

למרות הקושי המושגי ששיח הזכויות מעורר בהקשר של ילדים, יש לו גם יתרונות ברורים – תועלתניים ומוסריים. בין היתר ניתן לציין את הכוח החינוכי והפוליטי של זכויות דווקא כאשר מדובר באוכלוסייה מוחלשת ומודרת כילדים; את ההצדקה המוסרית – כחלק מתפיסה של משפט הטבע – מעצם היות הילדים בני-אדם; את חשיבותה של שפת הזכויות כתזכורת קבועה למבוגרים להיזהר מפטרנליזם מיותר; ואת חשיבותן של הזכויות במצבי משבר וקונפליקט, אשר דווקא במהלכם בולטים העדר הכוח של הילדים ומולו הצורך בשפת הזכויות כדי להגן על האינטרסים שלהם, אשר מנוגדים, במקרים מסוימים, לאלה של הוריהם.¹⁸ מכל מקום, בעידן שלאחר קבלתה של אמנת זכויות הילד והצטרפותן של רוב מדינות העולם אליה, זכויות הילד הן עובדה קיימת. השאלה, אם כן, אינה אם לילדים יש זכויות, אלא אילו זכויות יש לילדים.¹⁹ התשובה המוצעת על-פי המודל – אשר פותח על-ידי המחברת במקום אחר²⁰ ומוצג במאמר זה לראשונה בעברית – היא מסגרת נורמטיבית אשר חוצה את גבולות השפה המשפטית ושואבת הן את ההצדקה לזכויות והן את תוכניהן הקונקרטיים מעולם הפסיכולוגיה והסוציולוגיה. המודל מורכב משני רבדים: רובד הזכויות, או הרובד הנורמטיבי, המבוסס על סעיפים מרכזיים באמנת זכויות הילד;

ורד וינדמן "נפגעי עבירה – לא עוד בניס חורגים אלא בעלי מעמד חוקי ומוכר" הסניגור 3, 50 (2001).

JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 22–23 (1859) 16

MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION AND AMERICAN LAW 126 (1990) 17

ראו GAL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 23–22. 18

ראו את דיונו של קס סנסטיין בשפת הזכויות ובקשיים שהיא מעלה: Cass Sunstein, *Rights and Their Critics*, 70 NOTRE DAME L. REV. 730, 757 (1995) 19

GAL, לעיל ה"ש 8. 20

ההרובד האמפירי, הוא רובד הצרכים, הממפה ממצאים אמפיריים מרכזיים הלקוחים מהספרות הפסיכו-סוציאלית בדבר צורכיהם של ילדים נפגעי עברה.

יסודו של המודל בהכרה בקשר הבלתי-ניתן לניתוק בין זכויות של ילדים לבין צורכיהם, בדומה לזרם בפילוסופיה של המשפט התומך ב"תיאוריית האינטרס"²¹. ראשית, עצם ההצדקה לקיומן של זכויות ילדים נשאבת משיח הצרכים. היכולת לקבל החלטות באופן מושכל אינה רלוונטית כלל לקביעה אם אדם מסוים הוא בעל זכויות אם לאו. המבחן מתמקד בנושא, ולא במושא: האם אינטרס מסוים מהווה צורך בסיסי, אוניוורסלי עד כדי כך שיש לתת לו מעמד של זכות? לפי תיאוריה זו, אין הכרח ביכולת לממש את הזכות או לוותר עליה, ואף לא בצד אחר המחויב לפי החוק לקיימה. ההצדקה לקיום זכות היא חשיבות הצורך שעליו היא מגינה.²²

גם שיח הזכויות אינו עומד בפני עצמו ואינו מהווה מסגרת מספקת לטיפול בנושא ילדים נפגעי עברה. אומנם, מבחינה מושגית טהורה, מרגע שהתגבשה זכות, היא עומדת בפני עצמה, במנותק מהאינטרסים שבנו אותה; אולם זכויות בסיסיות מנוסחות על-פירוב – בוודאי במסמכים בין-לאומיים דוגמת האמנה – באופן כללי ורחב, תוך שטטוש ההבחנה הרווחת בין זכויות לבין עקרונות-יסוד. מצד אחד, ניסוח רחב כזה מאפשר גמישות והתאמות בהתאם לתרבויות השונות, לנסיבות ולילדים השונים. מצד אחר, הניסוח הרחב מחייב בירור חוזר של האינטרסים הספציפיים העומדים לדיון, כדי שהזכות או העיקרון ייפכו מהכרזה ערטילאית לקביעה בתיישום. במילים אחרות, כדי לתת לזכויות ולעקרונות תוכן קונקרטי המעוגן במציאות חיייהם של הילדים המדוברים, יש צורך בממצאים אמפיריים לעניין יכולותיהם, צורכיהם הספציפיים ורצונותיהם. השילוב של הרובד הנורמטיבי עם הרובד האמפירי גם מחזק את הלגיטימציה של המודל כבסיס לדיון במצב הרצוי לגבי ילדים נפגעי עברה. כך, זכותם של ילדים להשתתפות עלולה להיתקל בחיצי ביקורת הנשענים, בין היתר, על

21 התומכים בתיאוריית האינטרס טוענים כי הגדרתן של זכויות תלויה באינטרסים שהן מקדמות. לעומתם, התומכים בתיאוריית הבחירה מתמקדים ביכולתם של בעלי הזכויות לממשן או לוותר עליהן. הוויכוח בין שני הזרמים נמשך מאות שנים, ומשתתפים בו גדולי הפילוסופים של המשפט, ביניהם קנט והרט, המצדדים בתיאוריית הבחירה, ובנתם, מקורמיק ורוז, התומכים בתיאוריית האינטרס. ראו: H.L.A. HART, *ESSAYS ON BENTHAM: STUDIES IN JURISPRUDENCE AND POLITICAL THEORY* (1982); Neil MacCormick, *Rights in Legislation, in LAW, MORALITY AND SOCIETY: ESSAYS IN HONOUR OF H.L.A. HART* 189 (P.M.S. Hacker & J. Raz eds., 1977); JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* (1986)

22 ראו: NEIL MACCORMICK, *LEGAL RIGHTS AND SOCIAL DEMOCRACY: ESSAYS IN LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY* 158 (1982). תיאוריית האינטרס קרובה לגישת היכולות (Capabilities Approach) שפיתח אמרטיה סן (Sen), שלפיה חובת המדינה להבטיח איכות חיים לכל אדם, שמשמעותה היכולת לממש את מגוון היכולות, החל בסיפוק צרכים בסיסיים ועד החירות לבחור בהשתתפות בחיים הציבוריים והאפשרות להגיע להישגים רוחניים, חברתיים ואינטלקטואליים. ראו: AMARTYA K. SEN, *COMMODITIES AND CAPABILITIES* (1985). מרתה נוסבאום קידמה את גישת היכולות באמצעות הגדרת עשר יכולות בסיסיות המגדירות מהו קיום אנושי. ראו: MARTHA C. NUSSBAUM, *WOMEN AND HUMAN DEVELOPMENT: THE CAPABILITIES APPROACH* (2000)

חששות לגבי טובתם של הילדים. ממצאים בדבר חשיבותה של תחושת השליטה ובדבר יכולתם של ילדים להשתתף בהצלחה בהליכי קבלת החלטות, גם בנושאים רגישים, יכולים לספק מענים לביקורות אלה. באופן דומה, זכותם של ילדים נפגעי עברה לשוויון עלולה להתקבל כבלתי-ניתנת למימוש מלא בהליכים פלייליים המתמקדים בהבטחת שוויון לחשודים ולנאשמים, ולא לנפגעים. ממצאים המצביעים על קשר בין תפיסת הליך כהוגן (ובתוך כך כמבטא התייחסות שוויונית, ניטרלית ומכבדת) לבין הנכונות לקבל את תוצאותיו עשויים לבסס את הטענה כי יש להתורר להענקת יחס שוויוני לילדים נפגעי עברה. ג'רמי וולדרון (Waldron) מתאר בצורה ממצה את הקשר ההדדי בין זכויות לבין צרכים: הצרכים מספקים אבחנה (דיאגנוזה); שילובם עם שיח הזכויות מעניק להם כוח.²³ התוצאה של ההזנה ההדדית בין צרכים וזכויות היא שיח זכויות רחב, המשלב חירויות עם הגנות.

1. הרובד הנורמטיבי של המודל: אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד

מסמך הזכויות המרכזי החל על ילדים הוא ללא ספק אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989, ולפיכך היא משמשת כבסיס הנורמטיבי של המודל. ההיזקקות לדין הבין-לאומי כפלטפורמה שעליה המודל נשען נובעת מההיקף הרחב של הזכויות המוכרות במשפט הבין-לאומי ומאיתנות בעיגונם של הזכויות והעקרונות בחוק. האמנה מתאימה לשמש כמסגרת הנורמטיבית של המודל מפני שהיא משקפת הסכמה בין-לאומית רחבה, ונחשבת חלק מהמשפט הבין-לאומי המחייב. האמנה גם בולטת בתפיסה הרחבה והכוללנית של זכויות הילד שהיא מבטאת, בהכילה את מכלול סוגי הזכויות והעקרונות, לרבות זכויות להגדרה עצמית, להגנה, לתנאים סוציאליים ולהתפתחות, וכן זכויות פוליטיות וקבוצתיות. האמנה היא מסמך קוהרנטי, הוליסטי, ולכן יש לקרוא את סעיפיה כמשפיעים זה על זה. בלב האמנה ארבעה עקרונות מנחים, אשר מהווים כלי לאיזון בין זכויות במצבים מורכבים, ומשקפים את השילוב הפנימי, הבלתי-ניתן לגיתוק, של זכויות וצרכים. ארבעת העקרונות המנחים הם עקרון השוויון, עקרון ההשתתפות, עקרון ההתפתחות (הזכות לחיים, להישרדות ולהתפתחות) וכן עקרון טובת הילד. עקרונות אלה מהווים כלים פרשניים ביישומן של יתר הזכויות הקבועות באמנה.²⁴

הרובד הנורמטיבי של המודל מורכב משישה עקרונות וזכויות: ארבעת העקרונות המנחים של האמנה, בתוספת שתי זכויות המתתייחסות באופן בלעדי לילדים נפגעי עברה – הגנה, מצד אחד, ושיקום, מן הצד האחר (ראו איור 1).²⁵ הזכות להגנה מפני פגיעה מידי אחרים, המופיעה בסעיף 19 לאמנה, מחייבת כל מדינה לברר אם מערכת אכיפת החוק שלה יעילה דייה לממש את זכותם של ילדים להגנה מפני כל סוגי הפגיעה – לרבות התעללות, ענישה גופנית והזנחה – מידי האחרים עליהם. זכותם של ילדים נפגעי עברה לשיקום, הקבועה בסעיף 39 לאמנה, מחייבת מדינות לברר אם הן עושות די למימוש זכותם של ילדים שכבר

Jeremy Waldron, *The Role of Rights in Practical Reasoning: "Rights" versus "Needs"*, 4 J. ETHICS 115 (2000) 23

לדיון מפורט בארבעת העקרונות ראו מורג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 35-51. 24

להסבר מפורט של הבחירה בששת היסודות הללו כמרכיבים הנורמטיביים של המודל ראו GAL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 49-56. 25

נפגעו להשתקם. סביב שתי הזכויות הללו ממוקמים, כאמור, ארבעת העקרונות המנחים, שהם שוויון, שיתוף ילדים, התפתחות וטובת הילד, אשר מהווים כשלעצמם הנחיות כיצד יש להתייחס לילדים נפגעי עברה, ונוסף על כך משמשים כלי פרשני ליישום שתי הזכויות הספציפיות להגנה ולשיקום.

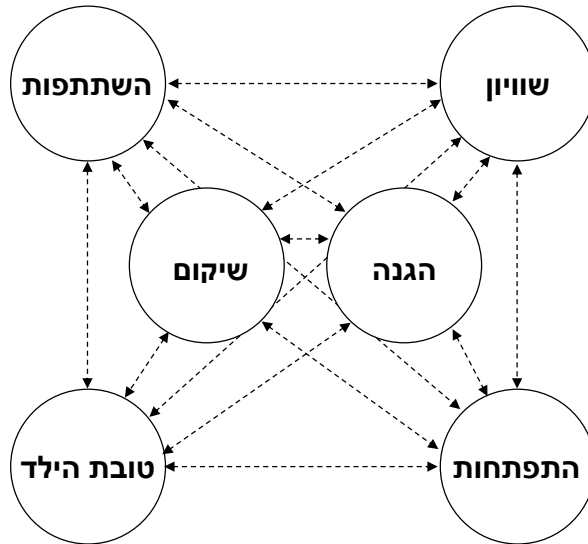
עקרון השוויון, הקבוע בסעיף 2 לאמנה, קובע את חובתן של מדינות להבטיח את הזכויות המנויות באמנה לכל ילד שבתחום שיפוטן, ללא הפליה מכל סיבה שהיא. המדינות מחויבות גם להגן על ילדים מפני הפליה כלשהי. עקרון טובת הילד, המצוין בסעיף 3 לאמנה, קובע כי בכל פעולה הנוגעת בילדים תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה. ההוראה קובעת גם את חובתן של המדינות להבטיח לילדים הגנה וטיפול ככל שטובתם דורשת, ולצורך כך לדאוג לקיומם של שירותים ותקנים מתאימים. סעיף 6 לאמנה מציין את זכותם של ילדים לחיים, להישדרות ולהתפתחות. לבסוף, עקרון ההשתתפות, המצוין בסעיף 12 לאמנה, קובע כי יש לאפשר לכל ילד המסוגל לכך לחוות את דעתו בחופשיות, ולהעניק לדעותיו משקל ראוי בהתאם לגילו ולמידת בגרותו.²⁶

ששת העקרונות והזכויות המרכיבים את הרובד הנורמטיבי ניצבים באיור 1 זה מול זה, ולא בכדי: בהתאם לרוח האמנה, הם משפיעים זה על זה ומהווים כלי פרשנות הדדיים זה לזה. החיצים מראים את הקשר ההדדי בין העקרונות והזכויות. כך, למשל, יישום הזכות להגנה על ילדים מפני פגיעה צריך להיעשות תוך שמיעת הילד ושיתופו בהחלטה, ותוך הבטחת שוויון מהותי בין ילדים שנסיבות חייהם שונות. אחת המסקנות המתבקשות מאמות-מידה אלה היא שכדי לממש את זכותם של ילדים להגנה באופן שוויוני ותוך שיתופם, יש להפעיל מנגנוני תלונה ודיווח מיוחדים לילדים הנתקלים בקשיים בתחום זה, דוגמת ילדים החוסים במוסדות, ולהפעילם יחד עם ילדים, ככל האפשר, ולא בניגוד לרצונם.²⁷ מובן שעקרון טובת הילד מוסיף למשוואה דרישות נוספות, וכך גם עקרון ההשתתפות. אכן, לעיתים מתקיים מתח מסוים בין העקרונות השונים. בעיקר, פעמים רבות מתעורר מתח (לכאורי לפחות) בין עקרון ההשתתפות לבין עקרון טובת הילד, כאשר עצם שיתוף הילד בהליך קבלת ההחלטות מעורר חשש מפני היחשפותו למידע ולתכנים העלולים לפגוע בשלומו הנפשי.²⁸ המידע הנוסף הטמון ברובד האמפירי של המודל מסייע בפרשנותן של הנורמות האמורות, ביישומן ובאיזון ביניהן בעת הצורך.

26 לפירוט ארבעת העקרונות הכלליים באמנה ויישומם בישראל ראו טלל דולב ודליה בן-רבי "האמנה ברב רב זכויות הילד: עקרונות כלליים ויישומם בישראל" ביטחון סוציאלי 63, 131 (2002).

27 ראו תמר פלד-אמיר ורמי בנבנישתי "זכות התלונה של ילדים בהשמה חוץ-ביתית – רציונל ומתווה של מנגנון למימושה" זכויות הילד והמשפט הישראלי 223 (תמר מורג עורכת, 2010).

28 לדיון מפורט בששת העקרונות והזכויות העומדים בבסיס הרובד הנורמטיבי של המודל, ובמערכת היחסים ביניהם, ראו Gal, לעיל ה"ש 8, בעמ' 36-56. לדיון בחשיבות מימושו של עקרון ההשתתפות דווקא לשם קידום טובת הילד ראו גל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 273-276.



איור 1: מודל צרכים-זכויות לילדים נפגעי עברה – הרובד הנורמטיבי

2. הרובד האמפירי של המודל

כאמור, לפי תפיסה המשלבת זכויות וצרכים, אין די בהסתמכות על קביעות נורמטיביות באשר לזכויותיהם של ילדים נפגעי עברה, אלא יש צורך לפנות לעולם המציאות ולבחון מהם צורכיהם המוכחים, מהן תפיסות הצדק שלהם, מהם רצונותיהם, ומה מסייע להם להתמודד עם קורבנות ועם טראומה. הפנייה ל"עולם המציאות" נעשית דרך הספרות המדעית הפסיכו-סוציאלית, המספקת לנו, באמצעות מחקרים, ממצאים אמפיריים מבוססי-ראיות העונים על השאלות הללו. אכן, הרובד הנורמטיבי והרובד האמפירי המרכיבים את המודל משקפים שני עולמות תוכן שונים. הפסיכולוגיה ההתפתחותית, הוויקיטימולוגיה והסוציולוגיה שהרובד האמפירי מתבסס עליהן עושות שימוש במינוחים שונים מאלה המקובלים בעולם המשפט. הרובד הנורמטיבי מבוסס על הצהרות כלליות המשקפות ערכים חברתיים הנתפסים כראויים וכחשובים על-ידי הקהילה הבין-לאומית. ככזה, הוא מהווה נקודת מוצא לאיתור ממצאים רלוונטיים במדעי החברה, כלומר, הוא שמתווה בעבורנו את הכיוון שבו נחפש אחר ממצאים אמפיריים. אולם הממצאים האמפיריים, מצידם, ממלאים בתוכן קונקרטי את העקרונות והזכויות של הרובד הנורמטיבי. הדינמיקה בין שני הרבדים היא אם כן של מעבר הלך-ושוב מרובד אחד לרובד האחר – מהצהרות ערכיות לממצאים עובדתיים ובחזרה. בתוך כך יש צורך ב"גישור" בין שני עולמות התוכן. המושגים המשפטיים זקוקים ל"תרגום" לשפת הפסיכולוגיה והסוציולוגיה, ולהפך. כך, המונח המקביל לעקרון ההשתתפות הוא מושג השליטה,²⁹ ושלובם יחד (בצירוף ממצאים רלוונטיים נוספים) מתבטא, ברובד האמפירי,

29 לפירוט הקשר בין ההשתתפות כעיקרון נורמטיבי של ילדים לבין שליטה כצורך פסיכולוגי והתפתחותי שלהם ראו גל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 274-275.



איור 2: מודל צרכים־זכויות לילדים נפגעי עברה – הרובד האמפירי

במושג "ילדים כשותפים". מקבילתו של עקרון טובת הילד היא רווחתו. זיהוי המקבילה המשפטית למינוח ממדעי החברה מאפשר למצוא נקודות ממשק מהותיות בין עולם המציאות לבין עולם הזכויות של ילדים נפגעי עברה. בעזרת ההכוונה שהרובד הנורמטיבי מספק, המודל ממפה, מסווג וממייין את הממצאים הפסיכו־סוציאליים לארבעה תחומים המתקשרים להליך הפלילי (ראו איור 2).

התחום הראשון ברובד האמפירי עוסק בממצאים הקשורים לקידום רווחת הילד, לרבות ממצאים בנוגע לחשיבותן של רשתות תמיכה, לחשיבותם של ההכרה בפגיעה ואשרור התנהגותו של הילד נפגע העברה, ולחשיבותו של הפיצוי. בנושא של רשתות תמיכה, בספרות הפסיכולוגית קיימים ממצאים לגבי חשיבותם של אחאים כמקור לתמיכה בעת משבר,³⁰ נוסף על אימהות, אבות, סבות וסבים.³¹ כאשר לסביבה שמחוץ למשפחה, ילדים ומתבגרים

30 Patricia L. East & Karen S. Rook, *Compensatory Patterns of Support Among Children's Peer Relationships: A Test Using School Friends, Nonschool Friends, and Siblings*, 28 DEVELOP. PSYCH. 163 (1992); Michelle L. Caya & Joan H. Liem, *The Role of Sibling Support in High-Conflict Families*, 68 AM. J. ORTHOPSYCH. 327 (1998); Eric Widmer & Christopher Weiss, *Do Older Siblings Make a Difference? The Effects of Older Sibling Support and Older Sibling Adjustment on the Adjustment of Socially Disadvantaged Adolescents*, 10 J. RES. ADOLESCENCE 1 (2000); Corinna Tucker, Susan McHale & Ann Crouter, *Conditions of Sibling Support in Adolescence*, 15 J. FAM. PSYCH. 254 (2001).

31 Wyndol Furman & Buhrmester Duane, *Children's Perceptions of the Personal Relationships in Their Social Networks*, 21 DEVELOP. PSYCH. 1016 (1985)

מדווחים על כמה רשתות תמיכה הפועלות במקביל. מערכת זו יוצרת "אקולוגיה של תמיכה", המאפשרת להיעזר בזירה תומכת אחת (הזירה החברתית, לדוגמה) כאשר מתעורר קושי בזירה אחרת.³² יכולתם של ילדים להיעזר בזירות התמיכה השונות שלהם מתפתחת בהדרגה; מגיל חמש-עשרה נערים ונערות מסוגלים לפנות בנקל לגורמי התמיכה המתאימים להם ביותר בהתאם לנסיבות.³³ בנושא של הכרה חברתית בפגיעה, זו נמצאה חשובה בהפחתת תסמינים פוסט-טראומטיים.³⁴ בצידה, אשורר התנהגותו של נפגע העברה, להבדיל מהאשמתו, יכול לסייע בשיקום הזהות העצמית ותחושת ההשתייכות שלו.³⁵ תחושת אשמה מלווה כמעט כל נפגע עברה, והדבר נכון במיוחד לילדים, והם זקוקים לאוזן קשבת ותומכת כדי להגיע בעצמם להבנת הפגיעה בהם באופן שיאזן בין תחושת אשם לא-מצויאותית לבין תחושה של אובדן שליטה בגורלם.³⁶ לבסוף, קיימים ממצאים המצביעים על חשיבות הפיזיו לגבי נפגעי עברה, הן מהמדינה (לעיתים באופן מידי, כדי לענות על הצרכים הדחופים שיצרה העברה) והן – ובעיקר – מהפוגע עצמו, כדרך לביטוי ההכרה בפגיעה בהם.³⁷ התחום השני שקיימים בו ממצאים אמפיריים לגבי צורכיהם של ילדים נפגעי עברה מאגר ידע מהספרות הפסיכו-סוציאלית הקשור לראיית ילדים כשותפים בקבלת החלטות. בין היתר נעשו מחקרים בנושא השליטה ככלי להתמודדות עם טראומה ועם מתח.³⁸ תחושת שליטה מקושרת בספרות הפסיכו-סוציאלית עם יכולת התמודדות, שיקום והערכה חיובית של המציאות לאחר טראומה ומתח.³⁹ עם זאת, ניסיון להפעיל שליטה במצבים בלתי-נשלטים עלול לגרום לילדים תחושות של כעס, חוסר שביעות-רצון ותסכול.⁴⁰ שליטה משמעה יכולת להשפיע על מצב קיים או לשנותו.⁴¹ לפיכך היכולת להשתתף בהליכים הנובעים מההיפגעות

- KATHLEEN CALL & JEYLAN MORTIMER, ARENAS OF COMFORT IN ADOLESCENCE: A STUDY OF 32
ADJUSTMENT IN CONTEXT (2001)
- .INGE SEIFFGE-KRENKE, STRESS, COPING, AND RELATIONSHIPS IN ADOLESCENCE (1995) 33
- Andreas Maercker & Julia Muller, *Social Acknowledgment as a Victim or Survivor: A* 34
Scale to Measure a Recovery Factor of PTSD, 17(4) J. TRAUMATIC STRESS 345 (2004)
- JUDITH L. HERMAN, TRAUMA AND RECOVERY 192 (1992); ELIZA AHMED, NATHAN 35
HARRIS, JOHN BRAITHWAITE & VALERIE BRAITHWAITE, SHAME MANAGEMENT THROUGH
.REINTEGRATION 191 (2001)
- .HERMAN, שם, בעמ' 68. 36
- Joanne Shapland, *Victims, the Criminal Justice System and Compensation*, 24 BRIT. J. 37
.CRIM. 131, 278 (1984)
- לסקירה מפורטת של ממצאים אמפיריים בדבר חשיבותה של תחושת השליטה בקרב ילדים, 38
ובדבר הקשר בין השתתפות לבין תחושת שליטה, ראו גל, לעיל ה"ש 7.
- .RICHARD LAZARUS & SUSAN FOLKMAN, STRESS, APPRAISAL AND COPING (1984) 39
- Christopher Thurber & John Weisz, "You Can Try or You Can Just Give Up": 40
The Impact of Perceived Control and Coping Style on Childhood Homesickness,
33(3) DEVELOP. PSYCH. 508 (1997); David Langer, Edith Chen & Janet Luhmann,
Attributions and Coping in Children's Pain Experiences, 30(7) J. PEDIAT. PSYCH. 615
(2005).
- Philip Brickman, Vita Carulli Rabinowitz, Jurgis Karuza, Dan Coates, Ellen Cohn & 41
.Louise Kidder, *Models of Helping and Coping*, 37(4) AM. PSYCH. 368, 369 (1982)

בעברה – ויותר מכך תחושה שההשתתפות עשויה להשפיע על תוצאות ההליך – יוצרות תחושת שליטה, המסייעת בהתמודדות עם הקורבנות.⁴² לעיתים קרובות נפגעי עברה מייחסים לעצמם אחריות לפגיעה שנגרמה להם. האשמה עצמית הינה למעשה מנגנון התמודדות – בהעדר יכולת לשלוט במציאות החיצונית, הקורבן מייחס לעצמו שליטה במעשה העברה עצמו.⁴³ אכן, אחד האתגרים הניצבים בפני מי שמסייעים לנפגעי עברה וטראומה הוא "ניקוי" הנפגע מתחושת שליטה במעשה (האשמה עצמית) תוך ייחוס עוצמה ואחריות לנפגע בתהליך ההחלמה והאחוי.⁴⁴ לבסוף, התחום של "ילדים כשותפים" מאגד גם ממצאים המצביעים על חשיבות ההשתתפות במפגש ישיר עם הפוגע ועם מקבלי ההחלטות.⁴⁵

התחום השלישי הכלול ברובד האמפירי של המודל מאגד ממצאים המאירים את חשיבותו של ההליך ההוגן לילדים. תפיסות הצדק של ילדים משתנות בהתאם לגיל, והן תלויות-מגדר,⁴⁶ אולם הרצון לזכות ביחס מכבד והוגן מצד הגורם המחליט חוצה תרבויות, נסיבות וגילאים.⁴⁷ ילדים ובני-נוער מייחסים חשיבות לייצוג על-ידי עורך-דין, ומצפים שמקבלי ההחלטות בעניינם יהיו ניטרליים, הוגנים ורגועים, וישמרו על פרטיותם.⁴⁸ גם במצבי משבר, כגון גירושי ההורים, ילדים מביעים רצון ברור שדעותיהם יישמעו ויובאו בחשבון.⁴⁹ אכן, הממצאים בדבר החשיבות של השתתפות או קיומו של "קול" בהליך רלוונטיים הן לתחום של "ילדים כשותפים" והן לתחום "ההליך ההוגן" ברובד האמפירי של המודל. אולם תפיסות באשר לקיומו של הליך הוגן חורגות מעבר לקיומו של "קול", ומתייחסות גם לניטרליות, לכבוד, לפרטיות ולהגינות, כמוזכר לעיל.

- 42 בהקשר של פגיעה מינית נמצא כי תחושת שליטה בהווה, כלומר בתהליך ההחלמה מהפגיעה, יעילה יותר בהתמודדות עם הקורבנות לעומת ייחוס שליטה פנימי או חיצוני בעבר, בהתייחס לעצם קרות העברה (האשמת העצמי או האשמת הפוגע), ואף לעומת ייחוס שליטה בעתיד (שינוי התנהגות עתידית כדי למנוע היפגעות נוספת): Patricia Frazier, *Perceived Control and Distress Following Sexual Assault: A Longitudinal Test of a New Model*, 84 J. PERSON. & SOC. PSYCH. 1257 (2003).
- 43 Fred Rothbaum, John Weisz & Samuel Snyder, *Changing the World and Changing the Self: A Two Process Model of Perceived Control*, 42 J. PERSON. & SOC. PSYCH. 5 (1982).
- 44 Brickman et al., לעיל ה"ש 41.
- 45 לדיון מפורט ביתרונות הטיפוליים שבמפגש ישיר ובטוח עם מבצע העברה, לרבות חשיבותה של ההתנצלות, ראו Gal, לעיל ה"ש 8, בעמ' 74-78. לדיון בכוח הטיפולי הטמון בהשתתפות במפגש קבוצתי שבו נידונה העברה ראו שם, בעמ' 78-81.
- 46 Anthony J. Hicks & Jeanette A. Lawrence, *Children's Criteria for Procedural Justice: Developing a Young People's Procedural Justice Scale*, 6 Soc. JUST. RES. 163 (1993).
- 47 Gary B. Melton & Susan P. Limber, *What Children's Rights Mean to Children: Children's Own Views*, in THE IDEOLOGIES OF CHILDREN'S RIGHTS 167 (Michael Freeman & Phillip Veerman eds., 1992).
- 48 Hicks & Lawrence, לעיל ה"ש 46.
- 49 Anne Graham & Robyn Fitzgerald, *Taking Account of the 'To and Fro' of Children's Experiences in Family Law*, 31(2) CHILDREN AUSTRALIA 30 (2006), available at http://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=educ_pubs

התחום הרביעי והאחרון שהרובד האמפירי של המודל מתמקד בו מאגד בתוכו ממצאים מתוך גוף הידע המתקרא ויקטימולוגיה התפתחותית, שפותח בעיקר על-ידי דייוויד פינקלהור (Finkelhor) ועמיתיו, המציעים התייחסות מודרגת, רגישת-גיל ורגישת-התפתחות, כלפי תופעת הקורבנות של ילדים ובני-נוער.⁵⁰ מחקריו של פינקלהור מצביעים על הבדלים הן בסוג העברות הנעשות נגד ילדים ובני-נוער מקרב גילאים שונים, הן בהשלכותיהן של הפגיעות על הילדים ובני-הנוער לאורך טווח הגילים, והן בדרכי ההתמודדות של הילדים עצמם ושל הסביבה, אשר משתנות בהתאם לגיל ולמידת הכגרות של הנפגעים. מחקרים אחרים הנכללים במודל במסגרת המושג "ויקטימולוגיה התפתחותית" עוסקים בהשלכות הפגיעה בילדים עם צרכים מיוחדים ובהבדלים מגדריים המשליכים הן על ההתמודדות עם קורבנות והן על סוג הסיכון הייחודי לכל תת-אוכלוסייה.⁵¹

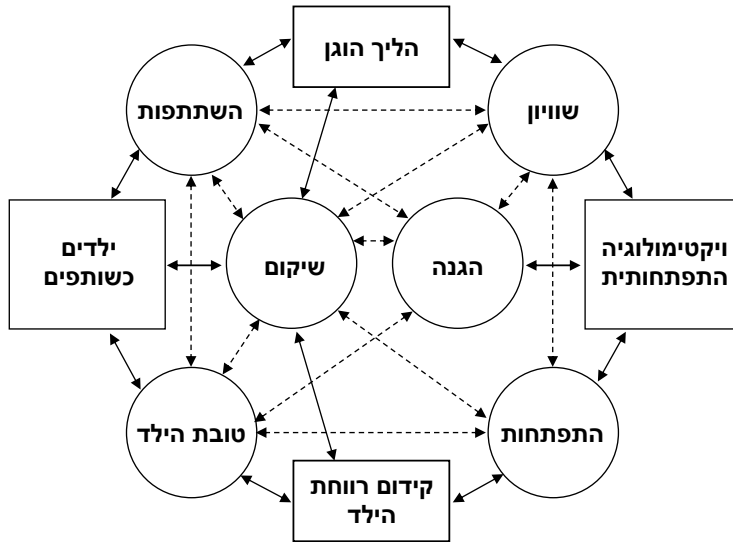
3. מודל צרכים-זכויות של ילדים נפגעי עברה: שילוב הרובד הנורמטיבי עם הרובד האמפירי

חוזקו של המודל נעוץ באינטגרציה שהוא יוצר בין שני עולמות התוכן השונים. להבדיל מהתייחסות נפרדת לזכויות ילדים, מחד גיסא, ולצורכיהם של ילדים נפגעי עברה, מאידך גיסא, מערכת היחסים בין הצרכים והזכויות של ילדים נפגעי עברה במודל מתאפיינת בהזנה הדדית מארבעה סוגים: ראשית, צרכים אוניוורסליים מספקים הצדקה לקיום זכויות, כמו ב"תיאוריית האינטרס"⁵², שנית, איתור צרכים ייחודיים מסייע במתן משמעות מעשית וקונקרטית לזכויות, תוך מתן מקום לרב-תרבותיות ולשונות הנובעת מנסיבות אחרות; שלישית, הזכויות מעניקות כוח לצרכים – מכיוון שהאמנה זוכה בהסכמה בין-לאומית רחבה, הקישור בין צורכיהם של ילדים נפגעי עברה לבין זכויותיהם מעניק לאותם צרכים כוח נורמטיבי רב יותר, היוצר מחויבות של המדינה להבטיח את קיומם; רביעית, שפת הזכויות מוסיפה היבטים שזנחו במידה רבה, ומצביעה על פערים בפרקטיקה ובמחקר הפסיכו-סוציאלי. כך, למשל, עקרון השוויון ועקרון ההשתתפות מצביעים על המחסור בידע לגבי יכולותיהם של ילדים עם צרכים מיוחדים להשתתף בהליכי קבלת החלטות. כמודגם באיור 3, המודל מסודר כך שכל אחד מארבעת המרכיבים בו משקף גוף ידע אמפירי המתייחס לתוכן הקונקרטי של העקרונות והזכויות המקיפים אותו. למעשה, המודל

50 David Finkelhor & Jennifer Dziuba-Leatherman, *Victimization*; לעיל ה"ש 7, FINKELHOR & KENDALL-TACKETT, *of Children*, 49 AM. PSYCH. 173 (1994); David Finkelhor & Kathleen Kendall-Tackett, *A Developmental Perspective on the Childhood Impact of Crime, Abuse, and Violent Victimization*, in DEVELOPMENTAL PERSPECTIVES ON TRAUMA: THEORY, RESEARCH, AND INTERVENTION I (Dante Cicchetti & Sheree Toth eds., 1997); David Finkelhor, Richard Ormrod, Heather Turner & Sherry Hamby, *The Victimization of Children and Youth: A Comprehensive, National Survey*, 10 CHILD MALTREATMENT 5 (2005)

51 Joan R. Petersilia, *Crime Victims with Developmental Disabilities*, 28 CRIM. JUST. & BEHAV. 655 (2001); Susan Vig & Ruth Kaminer, *Maltreatment and Developmental Disabilities in Children*, 14 J. DEVELOP. & PHYS. DISABIL. 371 (2002)

52 ראו ה"ש 22 לעיל והטקסט שלידה.



איור 3: מודל צרכים-זכויות לילדים נפגעי עברה

יוצר ארבעה מקבצים של צרכים-זכויות,⁵³ שכל אחד מהם מורכב מתחום אחד מהרובד האמפירי (מרובע) ומכמה מרכיבים מהרובד הנורמטיבי (עיגולים). הקשרים ההדדיים בין הממצאים האמפיריים לבין העקרונות והזכויות שהם ממלאים בתוכן ויונקים מהם את כוחם מבוטא בחיצים הרצופים. החיצים המקוטעים מבטאים את היחסים ההדדיים בין מרכיבי הרובד הנורמטיבי לבין עצמם, כפי שהוסבר לעיל.

מקבץ הצרכים-זכויות לעניין טובת הילד, הממוקם ברבע התחתון של המודל, סובב סביב ממצאים אמפיריים מתחום רווחת הילד, כפי שתואר לעיל. ידע קונקרטי בנוגע לחשיבותם של מעגלי תמיכה בילדים, בנוגע לצורך של ילדים נפגעי עברה בהכרה בפגיעה בהם ובאשרור התנהגותם, ובנוגע לצורך לקבל פיצוי חומרי וסמלי – כל אלה מעניקים הצדקה, תוכן קונקרטי ורעיונות לשינוי מדיניות בקשר לעקרון טובת הילד, לעקרון ההתפתחות ולזכות לשיקום.⁵⁴

מקבץ השליטה, הממוקם בחלק השמאלי של המודל, מאגד בתוכו את הממצאים האמפיריים הקשורים להתייחסות לילדים כאל שותפים – חשיבותה של תחושת השליטה ככלי להתמודדות עם לחץ; החשיבות של דיאלוג ישיר עם הפוגע כהזדמנות להצגת שאלות ולקבלת תשובות; החשיבות הטמונה בהתנצלות של הפוגע והערך הטיפולי של מחילה; והערך המוסף של השתתפות בדיון קבוצתי, בטוח ותומך, בנושא העברה – ומקשר בינם לבין עקרון ההשתתפות, עקרון טובת הילד והזכות לשיקום.⁵⁵

53 במונח "צרכים-זכויות" משמעות המילה "זכויות" הינה רחבה וכוללת גם את העקרונות הכלולים ברובד הנורמטיבי של המודל, ולא רק את הזכויות.

54 GAL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 104.

55 שם, בעמ' 107.

המקבץ העליון במודל מקשר בין עקרון ההשתתפות, עקרון השוויון והזכות לשיקום לבין הצורך של ילדים בהליך הוגן.⁵⁶ ממצאים לגבי תפיסות הצדק של ילדים מאששים את עקרון ההשתתפות, עקרון השוויון והזכות לשיקום, ואף נותנים להם תוכן קונקרטי. מעבר להעשרת הידע לגבי המשמעות הרצויה של עקרון ההשתתפות מבחינת הילדים, מקבץ זה מדגיש את הקשר בין תחושות של הליך הוגן לבין שיקום. במילים אחרות, הבטחת הליך הוגן בהתאם לתפיסות הצדק הקונקרטיות של ילדים נפגעי עברה מקרב גילאים, מגדרים ותרבויות שונים מהווה לא רק מימוש אמיתי של זכותם להליך הוגן, אלא עשויה גם לקדם את זכותם לשיקום.

מקבץ ההגנה, בצידו הימני של המודל, מקשר בין הידע הרב שנצבר במסגרת הוויקיטימולוגיה ההתפתחותית לבין זכותם של ילדים להגנה, עקרון ההתפתחות ועקרון השוויון.⁵⁷ השילוב של הידע האמפירי בדבר סוגי הסיכון בהתאם לפילוחים שונים של אוכלוסיית הילדים, בדבר השפעות הפגיעה על ילדים בגילים שונים ובדבר מנגנוני התמודדות גילאיים עם הקביעות הנורמטיביות עשוי לסייע בקביעת מדיניות המקדמת הגנה על הילדים ומניעת פגיעה נגדם. בכוחו של המקבץ גם להעניק כלים מעשיים לקידום השוויון המהותי בהגנה על ילדים ובהתייחסות לילדים בהתאם לרמתם ההתפתחותית, כמתבקש מהאמנה.⁵⁸

ב. בחינת המצב בישראל בראי מודל הצרכים-זכויות

בעשור האחרון חלה מהפכה במעמדם של נפגעי עברה בישראל. אף-על-פי שמבחינה מבנית לא נהפכו נפגעי העברה לצד בהליך הפלילי, השינוי שחולל חוק זכויות נפגעי עברה משקף את הכרת המחוקק באינטרס המיוחד שהם מחזיקים בהליך הפלילי, הנובע מהפגיעה בהם.⁵⁹ אולם הטמעת החוק בפרקטיקה רחוקה עדיין מלהסתיים. עיון בפסיקה מוכיח כי במקרים רבים זכויותיהם של נפגעי עברה שנקבעו בחוק נשארות "על הנייר".⁶⁰

56 שם, בעמ' 109.

57 שם, בעמ' 111.

58 לדיון מפורט במודל השלם של צרכים-זכויות ראו שם, בעמ' 83-88.

59 ראו סבה וגל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 190. עם הזכויות שניתנו במסגרת החוק לנפגעי עברה נמנות הזכות לקבלת מידע, הזכות להבעת עמדה בצמתים מסוימים בהליך, הזכות להגנה מפני הנאשם ושלוחיו, הזכות לנוכחות בהליך והזכות לפרטיות.

60 כך, לדוגמה, חיפוש במאגר המשפטי "נבו" אינו מעלה ולו הליך אחד בשנים 2012-2013 שבו קיבל בית-המשפט העליון עתירה או בקשה של נפגעי עברה. עתירות אלה נדחות על הסף או לגופן. לעניין דחיית עתירות של נפגעי עברה וכני משפחה לביטול הסדר-טיעון, בטענה שזכותם להבעת עמדה לא מוצתה, ראו, למשל, ע"פ 3636/12 שאויש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.1.2013); בג"ץ 6119/12 רהיג'ה נ' פרקליטות המדינה (פורסם בנבו, 30.8.2012); בג"ץ 1353/11 שיטרית שריר נ' פרקליטות המדינה (פורסם בנבו, 7.4.2011); בג"ץ 4395/12 כהן נ' פרקליטות מחוז מרכז (פורסם בנבו, 15.11.2012). ראו גם בג"ץ 5961/07 פלונית נ' פרקליט המדינה, פ"ד סב(3) 206 (2007) (להלן: עניין פלונית נ' פרקליט המדינה); בג"ץ 2477/07 פלוני נ' פרקליט המדינה, תק-על 2007(2) 2534.

נוסף על כך, החוק עצמו משקף פשרה ואינו מבטיח את מלוא זכויותיהם של כלל נפגעי העברה, כפי שנחזה בעיני "הקואליציה לקידום זכויות נפגעי עבירה בישראל", שהובילה את המהלך לחקיקתו של החוק.⁶¹

בהקשר של נפגעי עברה שהם קטינים הבעיה קשה אף יותר, שכן נוסף על הקשיים המעשיים ביישום החוק בעניינם, גם החוק עצמו סתום ובלתי-מספק. הוראת סעיף 4(א) לחוק קובעת, כאמור, כי "מתן הזכויות לנפגע עבירה שהוא קטין ייעשה תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות הענין בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו של הקטין, וברוח עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד". לשון ערטילאית זו מאפשרת ביצוע התאמות רחבות התאמות את מלוא הצרכים והזכויות של ילדים נפגעי עברה.⁶² אכן, ועדת רוטלי כללה בהמלצותיה הצעות ליציקת תוכן קונקרטי בסעיף 4(א) האמור, שעיקרן מתן מידע מותאם גילאית לקטינים, הבטחת השתתפות באופן התואם את הגיל וההתפתחות, קביעת זכות למלווה בעת ההליך הפלילי ולקבלת כל הטיפול שהוא זקוק לו בעקבות העברה תחת קורת-גג אחת, ואף קביעת זכות לשירותי שיקום נפשי וגופני לקטינים נפגעי עברה.⁶³ בפועל הפוטנציאל הגלום בסעיף טרם מומש. המלצותיה של ועדת רוטלי הנוגעות בקטינים נפגעי עברה נותרו מיותמות כמעט כליל. חריג בולט לכך הוא זכותם של קטינים נפגעי עברה לקבלת טיפול תחת קורת-גג אחת, אשר עוגנה בשנת 2008 בחוק סיוע לקטינים נפגעי עברות מין או אלימות,⁶⁴ ומקוימת באופן חלקי, כפי שיפורט בהמשך. הסעיף גם לא זכה בפיתוח פסיקתי, ולמעט המקרים שיוזכרו בהמשך, טרם נרשמה התייחסות משמעותית בפסיקה לסעיף מרכזי זה ולפרשנותו. רמז למשמעותו המעשית של הסעיף ניתן למצוא בתקנה 18 לתקנות זכויות נפגעי עבירה, התשס"ב-2002, הקובעת:

18. (א) בתקנה זו –

'אדם אחר' – לרבות הקטין או חסר הישע;

...

(ב) זכויותיו לפי החוק של קטין שטרם מלאו לו 14 שנים או של חסר ישע

ניתנות למימוש באמצעות הורה או אפוטרופסו.

- 61 הצעת החוק המקורית, שנוסחה על-ידי הקואליציה והוגשה לכנסת כהצעת חוק פרטית על-ידי מספר רב של חברי-כנסת, כללה, נוסף על הזכויות הפרוצדורליות, גם זכויות סוציאליות חשובות, ובכלל זה זכות לפיצוי מהמדינה וזכות לשירותי סיוע במימון ציבורי. גם הזכויות הפרוצדורליות צומצמו בחוק שהתקבל, ונקבעה להן תחולה מודרגת ומוגבלת בהתאם לסוג העברה. לתיאור השתלשלות העניינים סביב החוק עד קבלתו, ולתיאור חזונה של "הקואליציה לקידום זכויות נפגעי עבירה בישראל", ראו: Uri Yanay & Tali Gal, *Lobbying for Rights: Crime Victims in Israel*, in *THE INTERNATIONAL HANDBOOK OF VICTIMOLOGY* 373 (Martin Kett, Paul Knepper & Shlomo G. Shoham eds., 2009).
- 62 לדיון בהשפעות האפשריות של עקרונות האמנה על יישום הסעיף ראו גל ווינדמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 226-228.
- 63 רוח ועדת-המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 227-229.
- 64 חוק סיוע לקטינים נפגעי עבירות מין או אלימות, התשס"ח-2008, ס"ח 485 (להלן: חוק סיוע לקטינים נפגעי עברות מין או אלימות).

- (ג) זכויותיו לפי החוק של קטין שמלאו לו 14 שנים ניתנות למימוש על ידי הקטין וכן באמצעות הורה או אפוטרופוס, אלא אם כן ביקש הקטין שהמימוש ייעשה על ידו בלבד.
- (ד) על אף הוראות תקנות משנה (ב) ר-ג), לא ימומשו זכויות לפי החוק באמצעות הורה או אפוטרופוס, אלא באמצעות אדם אחר שהחליט עליו חוקר, לאחר שהתייעץ עם פקיד סעד ובמידת האפשר לאחר ששמע את עמדת הקטין או חסר הישע, אם נתקיים אחד מאלה:
 (1) ההורה או האפוטרופוס חשוד או מעורב בביצוע העבירה שנפגע ממנה חסר הישע או הקטין;
 (2) מימוש הזכויות באמצעות ההורה או האפוטרופוס עלול לפגוע בשלמו הגופני או הנפשי של חסר הישע או הקטין.
- (ה) על אף הוראות תקנות משנה (ב) ר-ג), אם סבר חוקר, לאחר שהתייעץ עם פקיד סעד, כי קיים חשש שזכויות חסר הישע או הקטין לא ימומשו כראוי על ידי ההורה או האפוטרופוס, מחמת שבן משפחה אחר של הקטין או של האפוטרופוס חשוד או מעורב בביצוע העבירה שנפגע ממנה חסר הישע או הקטין, יורה על מימוש הזכויות כאמור באמצעות אדם אחר, לאחר שהתייעץ עם פקיד סעד ובמידת האפשר לאחר ששמע את עמדת הקטין או חסר הישע לענין זהותו של האדם האחר."

ההסדר הקבוע בתקנה זו מרוקן למעשה מתוכן את זכותם להשתתפות של ילדים שטרם מלאו להם ארבע-עשרה, ובאופן רחב יותר את עצם ההתייחסות אליהם כאל נושאי זכויות במסגרת החוק, שכן הוריהם או אפוטרופסיהם ממונים על מימוש זכויותיהם. חריגים לכך מתקיימים רק במקרים של חשש לפגיעה בקטין או לניגוד עניינים בייצוגו על-ידי האפוטרופוס, כמפורט בהמשך הסעיף. אולם גם במקרים אלה מימוש הזכויות אינו מועבר באופן אוטומטי אל הקטין, אלא לאדם אחר, הנכנס לנעלי ההורה. אומנם, גם הקטין עצמו נכלל בגדר המונח "אדם אחר" בהתאם לסעיף-קטן (א) לעיל, אולם ההחלטה מיהו אותו "אדם אחר" שייצג את הקטין במקרים אלה נעשית על-ידי החוקר. לכאורה ניתן לטעון כי ילדים שגילם נמוך מארבע-עשרה ממילא אינם מסוגלים לקבל החלטות מהסוג הנדרש בעת מימוש הזכויות לפי החוק, ועל-כן הגבלה זו מוצדקת.⁶⁵ אולם גם הזכות להשתתפות הקבועה באמנה אין משמעה זכות לקבלת החלטות עצמאית, ואף לא זכות וטו על החלטות המתקבלות על-ידי מבוגרים; משמעה תפיסת הילד כחלק מתהליך קבלת החלטות, יחד עם אחרים, באופן המאפשר לילדים להשמיע את עמדותיהם ותחושותיהם בחופשיות ומקנה לדבריהם משקל בהתאם לבגרותם.⁶⁶ לפיכך ההוראה הגורפת של תקנה 18(ב), שאינה מאפשרת לילדים מתחת לגיל ארבע-עשרה לממש את זכויותיהם בעצמם גם אם הם רוצים

65 ראו, למשל: Bruce C. Hafen & Jonathan O. Hafen, *Abandoning Children to Their* *Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child*, 37 HARV. INT'L L.J. 449 (1996).

66 ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח הוועדה – חלק כללי 207-229 (2003) (להלן: דוח הוועדה – חלק כללי). ראו עוד גל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 272-273.

זאת ומסוגלים לכך, מנוגדת למעשה לעקרונות האמנה ולרוחה, ולפיכך עומדת לכאורה בניגוד להוראות סעיף 4(א) עצמו.

חֶסֶר בולט אחר בחוק ובתקנות הוא העדר כל הוראה מפורטת בדבר הצורך להסביר לילדים בצורה ברורה את זכויותיהם השונות ואת המשמעות הנלווית לכל זכות, ולסייע להם במימוש הזכויות, וזאת מעבר לזכות לקבל מידע על ההליך הפלילי, הנתונה לכל נפגעי העברה. ללא הנחיה מפורשת להנגיש את המידע לילדים באופן התואם את התפתחותם, קשה לצפות שזכות זו תמומש באופן מלא.

כך יוצא שלפי התקנה היחידה שהותקנה בנוגע לילדים נפגעי עברה מכוח חוק זכויות נפגעי עברה, ילדים עד גיל ארבע-עשרה אינם יכולים, במצב הרגיל, לממש בעצמם את זכויותיהם להשתתפות, למידע ולנוכחות בהליך הפלילי. גם ילדים שהוריהם אינם יכולים לייצגם ביעילות אינם זוכים בחופש החלטה אם לממש את זכויותיהם ובאיזה אופן; אנשי המקצוע הם שקובעים מי ייצגם, ככל האפשר לאחר שדעתם נשמעה. לגבי ילדים שגילם מעל ארבע-עשרה, לעומת זאת, זכות ההשתתפות וכן הזכות למידע ולהגנה מיושמות לכאורה כמו לגבי מבוגרים, ללא התאמות מיוחדות. כאמור, עד כה לא נבחן הסדר זה בפסיקה. יהיה מעניין לראות מה תהיה עמדתו של בית המשפט אם הוא יעמוד לביקורת חזיתית.

אולם העדר הסדר מפורט בחוק לעניין מימוש זכויותיהם של קטינים אינו מונע בתי משפט מלמצוא פתרונות אד-הוק. כך, במסגרת הליכי נזקקות בבית המשפט לנוער בחיפה נתנה השופטת עדנה בן-לוי החלטה תקדימית המורה על מינוי "נגה" – המרכז הישראלי לזכויות נפגעי פשיעה" כאפוטרופוס לדין נוסף של קטינה שהתלוננה על פגיעות מיניות שנעשו בה, מתוך מטרה שהמרכז "ייצג את הקטינה וישמור על ענייניה וילווה אותה ליווי מלא בכל עניין הקשור לזכותה כנפגעת עבירה על פי חוק זכויות נפגעי עבירה תשס"א-2001".⁶⁷ חשיבותה של החלטה נעוצה בכך שהוכר במסגרתה בצורך בייצוג נפרד של קטין לצורכי ההליך הפלילי באמצעות אפוטרופוס לדין נוסף על האפוטרופוס לדין ה"רגיל" שמונה לצורך הליכי הנזקקות. החלטה זו מהווה צעד ראשון בהכרת הפסיקה בחשיבות קיומו של גורם כלשהו שסייע לילדים במימוש זכויותיהם מכוח החוק.

הפסקות שלעיל דנו באופן כללי במעמדם המשפטי של ילדים כנפגעי עברה. כעת אבחן את מודל הצרכים-זכויות, על ארבעת מקבציו, במשפט הישראלי. אבחן בכל מקבץ את יישום העקרונות והזכויות שמרכיבים אותו בראי הצרכים שמהם הוא שואב את כוחו.

1. ההליך הפלילי בפרספקטיבה טיפולית – קידום טובת הילד ורווחתו

מקבץ טובת הילד מקשר, כאמור, בין עקרון טובת הילד, עקרון ההתפתחות והזכות לשיקום לבין ממצאים אמפיריים באשר ליסודות המקדמים את רווחתם של ילדים נפגעי עברה. עקרון טובת הילד מלמדנו כי כל ילד נפגע עברה זכאי שטובתו תהווה שיקול ראשון במעלה בהליכים הנובעים מהפגיעה בו, כפי שמורה סעיף 3 לאמנה. הזכות לשיקום מדגישה את הצורך להתייחס גם לאינטרסים ארוכי-הטווח של הילד, ולא רק לצרכיו המידיים, ומעניקה מיקוד לעקרון טובת הילד במובנו הרחב. עקרון ההתפתחות, המעוגן בסעיף 6 לאמנה, מהווה תזכורת לכך שבהערכת מכלול האינטרסים של הקטין חשוב להביא בחשבון

67 תנ"ז (נוער חי') 10-10-29852 מח' לשירותים חברתיים נ' פלוניס (לא פורסם, 18.11.2010).

את השלב ההתפתחותי שבו הוא נמצא ואת הצרכים הנדרשים להבטחת התפתחותו הבריאה. הממצאים האמפיריים המצויים במקבץ זה מסייעים באיתור האינטרסים האפשריים של הקטין, אם כי עקרון טובת הילד מחייב הערכה אישית לגבי כל ילד.⁶⁸ ככלל, יש חשיבות לחיזוק רשתות התמיכה של הקטין ולמעורבותם של בני המשפחה השונים בהליך. על כל המעורבים לדעת כי הטלת אשמה עלולה לפגוע קשות בילדים נפגעי עברה, ואילו לאשרור התנהגותם יש ערך טיפולי משמעותי, וכך גם להכרה בפגיעה שנגרמה להם ולקבלת פיצוי שיבטא הכרה זו.

מקבץ טובת הילד והנקודות שהוא מעלה תואם את טענותיה של גישת המשפט הטיפולי (Therapeutic Jurisprudence) – גישה חדשנית של המשפט אשר חושפת את ההשלכות הטיפוליות והאנטי-טיפוליות שיש למשפט כסוכן חברתי על בעלי-הדין, וטרה אחר דרכים לקדם, בתוככי המשפט, את רווחתם של המתדיינים.⁶⁹ המשותף למקבץ טובת הילד ולגישת המשפט הטיפולי, בהקשר שלפנינו, הוא ששניהם מציגים טענה שיוורדת לשורשן של מטרות המשפט הפלילי (ואשר שנויה לפיכך במחלוקת), דהיינו, שאחת ממטרותיו של המשפט הפלילי היא קידום טובתם של הצדדים המעורבים, ולענייננו – קידום טובתם של ילדים נפגעי עברה.

בהינתן המתח בין מחויבותה של המדינה להגנה על שלומם וזכויותיהם של ילדים נפגעי עברה לבין מטרותיו האחרות של המשפט הפלילי, אילו מרכיבים מתוך מקבץ טובת הילד המשפט הפלילי הישראלי מציע לילדים נפגעי עברה?

אכן, הטבת מצבם של נפגעי עברה אינה נחשבת אחת ממטרותיו של ההליך הפלילי, אף שלאחרונה ניכרת מגמה בפסיקה להכיר בהיבטים הרגשיים, החיוביים והשליליים, הטמונים במעורבותם של נפגעי עברה בהליך.⁷⁰ המשפט הפלילי מתמקד בקביעת אחריות פלילית ובהענשת אלה שנמצאים אשמים. אומנם, לעיתים מטרות המשפט הפלילי הנוגעות בגיוני המעשה, בהרתעה ובמניעה מקדמות גם את רווחתם של נפגעי העברה בכוח ובפועל, אולם במקרים רבים אחרים מטרות אלה מקודמות על-חשבון האינטרסים של נפגעי העברה, ביניהם קטינים.

68 Gal, לעיל ה"ש 8, בעמ' 39.

69 David B. Wexler & Bruce J. Winick, Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence (1996).

70 ראו, למשל, את דבריה של השופטת עדנה ארבל בעניין פלונית נ' פרקליט המדינה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 19-20, שלפיהם לעיתים יש מקום להתחשב, בעת החלטה בדבר הסכמה להסדר-טיעון, ברצונה של נפגעת עברת מין להעיד בבית-המשפט וביתרונות הטיפוליים העשויים להיות גלומים בהעדה וולונטרית. ראו עוד רע"ב 10349/08 מדינת ישראל נ' גנאמה, תק-על 2009(3) 639, פס' 60 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה, שם נקבע כי ניתן לאפשר לשאריו של קורבן רצח לשטוח את דבריהם מול ועדת השחרורים, גם אם הדבר חורג מההגדרה המצומצמת של הסיכון הצפוי משחרור הרוצח, וזאת בשל העוצמות הרגשיות הנלוות למעמדם כשאר המנוח. ראו גם רע"פ 9727/05 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(3) 2033, פס' 15 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (להלן: רע"פ פלוני), שם נאמר כי הפיצוי לנפגע העברה הקבוע בס' 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, מלמד כי הטבת נזקו של הנפגע מהווה חלק חשוב בהליך הענישה.

הפעולות הכרוכות במעורבות בהליך הפלילי, ובעיקר מתן עדות פעמים מספר והחקירה הנגרית, נתפסות כעומדות בניגוד לטובת הילד, לפחות באופן זמני.⁷¹ בניגוד לצורך של קטינים נפגעי עברה בקהל אוהד ותומך, שיאשש את התנהגותם ויימנע מהאשמות, הם מוסרים את עדותם באופן שאינו מספק כל תמיכה. במקום לאשרר את התנהגותו, את תגובותיו ואת רגשותיו של הילד נפגע העברה המעיד, ההליך הפלילי מעורר את הבאתם של אלה אשר יש ביכולתם לקעקע את דבריו ולהטיל ספק באמינותו או לכל-הפחות למזער את חומרת המעשה.⁷² יותר מכל, החקירה הנגרית מחייבת את הקטין המעיד לספר על הפגיעה בו באווירה בלתי-תומכת, בנוכחות הנאשם, תוך התמודדות עם רמזות בדבר אי-אמינותו כעד או אף האשמתו.⁷³ נסיונות למזער את הפגיעה בטובת הקטין נפגע העברה עומדים דרך קבע בתחרות עם זכויות הנאשם. דווקא כאשר הנפגע הוא קטין, מתח זה מתחדד, בשל מעורבותם של גורמי טיפול ממסדיים ובשל דרכי הביטוי הייחודיות בדרך-כלל לילדים. כך, לדוגמה, זכותם של מתלוננים לפרטיות עומדת מול זכותו של הנאשם להליך הוגן במקרים שבהם ההגנה מבקשת לחשוף יומנים פרטיים, בהיותם "חומר חקירה".⁷⁴ כך גם במקרים שבהם מתבקשים רישומים חסויים של גורמים טיפוליים וחינוכיים בקשר למתלונן⁷⁵ או במקרים שבהם נדרשת חשיפתם של צילומים אינטימיים שנלקחו במסגרת בדיקה פורנזית.⁷⁶

71 עם זאת, הממצאים ארוכי-הטווח אינם חד-משמעיים, ויש הסבורים כי לגבי ילדים מסוימים ההזדמנות להעיד נגד הפוגע בהם ולהיות מעורבים בהליך עשית הצדק עשויה לשרת דווקא את טובתם. ראו רונית צור "ערויות ילדים בבית המשפט – דילמות בהתרת עדותם" התעללות והזנחה של ילדים בישראל 309 (דבורה הורוביץ, יורם בן-יהודה ומאיר חובב עורכים, 2007). לפירוט הסיבות לקורבנות המשנית של ילדים כתוצאה ממעורבותם בהליך הפלילי ראו גל ווינדמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 216-217.

72 CAROLINE S. TAYLOR, COURT LICENSED ABUSE: PATRIARCHAL LORE AND THE LEGAL RESPONSE TO INTRAFAMILIAL SEXUAL ABUSE OF CHILDREN (2004).

73 CHRISTINE EASTWOOD & WENDY PATTON, THE EXPERIENCES OF CHILD COMPLAINANTS OF SEXUAL ABUSE IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM (2003), available at <http://www.criminologyresearchcouncil.gov.au/reports/eastwood.pdf>.

74 ראו, לדוגמה, בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' שרים, פ"ד ס(1) 360 (2006).

75 ראו, לדוגמה, מ"ת (מחוזי ב"ש) 27207-04-11 פחימה נ' מדינת ישראל, תק-מח 2012(1) 863.

76 ראו בש"פ 8706/07 מדינת ישראל נ' ס' פ', תק-על 2007(4) 2883. ראו, לעומת זאת, את ההחלטה בבש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-על 2011(3) 4442, שבה התקבל ערר המדינה על החלטתו של בית-המשפט המחוזי להעביר העתק דיגיטלי של תמונות איבריה המוצגים של הקטינה, נפגעת עברת המין, לידי מומחה מטעם ההגנה. בית-המשפט העליון קובע כי באיזון בין זכותם של נפגעי עברה לפרטיות אל מול זכותם של נאשמים להליך הוגן, שיקול הנוחות אינו יכול להכריע. בית-המשפט מוצא לנכון גם להזכיר את התנגדות הנערה להעברת העותק הדיגיטלי למומחה, ומציין כי "אמנם נכון הוא כי לא קולה יקבע, אך בוודאי יישמע" (שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט הנדל). ההתחשבות ברצון הנפגע ובפרטיותו היא העומדת מאחורי שתי הצעות חוק פרטיות שהוגשו לכנסת השמונה-עשרה לדיון מוקדם: הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (הסרת חיסיון), התשס"ט-2009, פ/857/18 (הונחה על

אומנם, הליך פלילי המסתיים בהרשעה ובענישה משמעותית משרד לקטיץ נפגע העברה מסר של הכרה חברתית בחומרת הפגיעה שנעברה נגדו, אולם מסר המגנה את העברה אינו זהה למסר המכיר בנזקים שנגרמו לקורבן.⁷⁷ לא ברור גם עד כמה תוצאות ההליך עונות על צרכיו ומקדמות את טובתו ושיקומו. גזירת עונש מאסר על מבצע העברה אינה עולה פעמים רבות בקנה אחד עם טובתו של הקטיץ נפגע העברה, עם שיקומו ועם התפתחותו התקינה. כך, למשל, במקרים של עברות בתוך המשפחה טובתו של הילד מחייבת את הפסקת ההתעללות, ולא את כליאתו של המתעלל, וזהו גם בדרך-כלל רצונו של הנפגע.⁷⁸ הכליאה נועדה אומנם לשרת מטרות חברתיות כלליות לגיטימיות וחשובות, אולם היא עלולה לעמוד בניגוד לטובת הנפגע ולעכב את תהליך השיקום בשל הקשיים הכלכליים, הנפשיים והמשפחתיים שהיא מעוררת. אומנם, בהעדר חלופות אחרות דומה שאין מנוס במקרים רבים מלתת עדיפות לאינטרס הציבורי החזק בגמול ובהרתעה, אולם עקרון טובת הילד מהווה תזכורת לכך שחובתה של המדינה להמשיך לחפש חלופות שגם אם לא יקדמו את טובת הילדים, לכל-הפחות ימזערו את הפגיעה בה. זאת, בעיקר לנוכח העובדה שבניגוד למקרים של פגיעות במשפחה ופגיעות מיניות, שבהם קיימים מנגנוני סיוע נפשי מחוץ למערכת המשפט הפלילי המקנים לילדים הנפגעים תמיכה, היחשפות של ילדים לעברות ה"טריוויאליות", כגון תקיפות, שוד או גנבה מביתם, מצריכה סיוע נפשי שאינו ניתן בדרך-כלל על-ידי רשויות המדינה.⁷⁹

(א) חקירה והעדה

הצורך באיזון בין זכויות הנאשם לבין החובה לשמור על כבודו ושלומו של הילד נפגע העברה עולה באופן מובהק במסגרת חקירות על-ידי חוקר ילדים מכוח חוק הגנת ילדים, הקובע את הגיל ארבע-עשרה כגבול העליון לתחולתו.⁸⁰ החוק מכיר בכך שמעמד החקירה הינו קשה במיוחד לילדים צעירים שנפגעו, על-פי החשד, מעברות התעללות שנעשו על-ידי

-
- שולחן הכנסת ביום 4.5.2009); והצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון) – עיון בחומר חקירה רגיש), התשס"ט-2009, פ/560/18 (הונחה על שולחן הכנסת ביום 1.4.2009).
- 77 Howard Zehr, *CHANGING LENSES: A NEW FOCUS FOR CRIMINAL JUSTICE* 192 (1990) בשנים האחרונות ניכרת אומנם מגמה של התייחסות לנזקי הקורבן, בעיקר כאשר מדובר בילדים נפגעי עברת מין – ראו, למשל, ע"פ 1281/06 בורשטיין נ' מדינת ישראל, תק-על 2008 (2) 495 (להלן: פרשת בורשטיין); אולם מדובר עדיין במיעוט המלמד על הכלל.
- 78 Jane Fortin, *CHILDREN'S RIGHTS AND THE DEVELOPING LAW* 521 (2003) ניתן למנוע פגיעה חוזרת גם בכלים אחרים שאינם כרוכים בכליאת הפוגע, כגון צווי מניעה והרחקה, פיקוח אלקטרוני וניטור קהילתי. לסקירת תוכניות צדק מאחה שבהן ננקטו צעדים קהילתיים למניעת פגיעות בילדים ראו גל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 290-293.
- 79 Finkelhor, לעיל ה"ש 7, בעמ' 111.
- 80 איזונים מסוג דומה נעשו גם בחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957 (להלן: חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים)). אולם מפאת מגבלות המקום לא יידונו כאן הוראותיו של חוק זה.

אחראים עליהם. הפסיקה מכירה בכך שאין למצות את חקירת הילד בכל מחיר, ושיש להישמר מפני פגיעה בשלומם הנפשי. בהצבעת ברי כי יש לעשות מאמצים כדי להגיע לחקר האמת.⁸¹ למרות המאמצים הנעשים על-ידי רשויות האכיפה, עצם העובדה שההליך הפלילי הוא זרועה של המדינה בהסדרת התנהגות ובתגובה על פשיעה מביאה לידי כך שטובתו של הילד לעולם נמצאת בתחרות עם זכויות הנאשם להליך הוגן ועם האינטרס הציבורי במציאת האמת.⁸² אלמלא אותם אינטרסים נוגדים, התנהלות בהתאם למקבץ טובת הילד הייתה מחייבת לנהל שיח חופשי עם הקטין נפגע העברה, בנוכחות אנשי אמונו, שבו הייתה ניתנת לקטין הזדמנות לספר את שקרה בהתאם לרצונו, ללא צורך לחזור שוב ושוב על אותן נקודות לא-ברורות, ולהביע את דעתו באשר לתוצאות ההליך הרצויות מבחינתו.⁸³ בשנת 2008 נחקק חוק סיוע לקטינים נפגעי עברות מין או אלימות, הקובע את זכותם של ילדים שנפגעו בעברות המקבילות לחוק הגנת ילדים לקבל שירותי סיוע, טיפול וחקירה מיידיים באופן מרוכז במקום אחד, המכונה "מרכז הגנה" (בלשון החוק – "מרכז סיוע"). החוק נועד לאפשר לילדים נפגעי עברות מין ואלימות לבוא במגע עם מכלול הגורמים המקצועיים המעורבים בהליך הפלילי והטיפול הנובע מהעברה באופן מתואם ובמקום אחד, מבלי שייאלצו לעבור ממקום למקום ולחזור פעמים רבות על דבריהם.⁸⁴ מרכזי ההגנה מבוססים על מודל ה-Children Advocacy Centers, אשר מופעל בהצלחה בארצות-הברית ונחשב יעיל בהפחתת המתח הכרוך במעורבותם של קטינים בהליך הפלילי.⁸⁵ אולם אף שלפי סעיף 6 לחוק הייתה המדינה אמורה להקים שמונה מרכזים בתוך שלוש שנים מיום תחילתו, עד היום הוקמו ארבעה מרכזים בלבד: אחד בירושלים (שהוקם עוד בטרם נחקק

- 81 ע"פ 446/02 מדינת ישראל נ' קובי, פ"ד נז(3) 769, 777-779 (2002) (להלן: פרשת קובי).
- 82 Tali Gal & Vered Shidlo-Hezroni, *Restorative Justice as Therapeutic Jurisprudence: The Case of Child Victims*, in THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND VICTIM PARTICIPATION IN JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 139 (Edna Erez, Michael Kilchling & Jo-Anne Wemmers eds., 2011).
- 83 ההמלצות של ועדת-המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי כללו הצעה לקביעת הוראה בחוק הגנת ילדים שלפיה "בכל החלטה הנוגעת לילד לפי חוק זה תהא טובת הילד שיקול מכריע". בין הגורמים שנמנו כחלק מטובת הילד נכללו שלומו הנפשי והגופני, רצונו ודעתו, גילו ומאפייניו, ההשפעות הצפויות של ההחלטה בהווה ובעתיד, מימד הזמן בחייו, הצורך בקיום רציפות וקביעות בחייו, וכל גורם אחר שיימצא רלוונטי. המלצה זו לא נכללה בהצעת החוק שהובילה לתיקון משנת 2004 (ראו להלן ה"ש 136). השוו את ההמלצות בדוח ועדת-המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 253, עם הצעת חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) (תיקון מס' 4) (דרכים מיוחדות להערת קטין), התשס"ד-2004, ה"ח הכנסת 126 (הצעה לתיקון עקיף של חוק הגנת ילדים).
- 84 דברי הסבר להצעת חוק סיוע לקטינים נפגעי עבירות מין או אלימות, התשס"ז-2007, ה"ח 130.
- 85 ראו את תיאור המודל אצל גל ווינדמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 229-232; כן ראו דוח ועדת-המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 232-233.

החוק) ושלושה נוספים בתל-השומר, בבאר-שבע ובחיפה. קשיים תקציביים וארגוניים מעכבים את הקמתם של מרכזים נוספים.⁸⁶

אם טובתם של ילדים נפגעי עברה קשורה, בין היתר, להימנעות מהאשמתם בפגיעה בהם, אין ספק שאחד התחומים הבעייתיים הוא חקירתם בדבר עברם המיני. סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, אוסר חקירת נפגע עברת מין בדבר עברו המיני, אלא אם כן הגבלה זו עלולה לגרום לנאשם עיוות דין. ההגנה על פרטיותם וכבודם של נפגעי עברות מין הורחבה בסעיף 13 לחוק זכויות נפגעי עברה, האוסר על המשטרה לחקור נפגעי עברות מין ואלומות בדבר עברם המיני, אלא אם כן יש צורך בחקירה לעניין קשר מיני קודם עם אותו חשוד או אם קבע הקצין הממונה, מטעמים שיירשמו, כי יש צורך חיוני בחקירה כזו כדי להגיע לחקר האמת. בפרשת פלוני נ' מדינת ישראל⁸⁷ העלה הסגור טענות בדבר "תלונת-שווא" קודמת של המתלוננת הקטינה באונס, תוך אזכור עובדות שהתגלו במהלך חקירתה במשטרה. בית-המשפט העליון דחה את הטענות, תוך ציון תפקידה של הפרקליטות לסייע במימוש זכויותיהם של נפגעי עברה. השופט הנדל הטעים ופירט כי חשוב להקפיד על מילוי ההוראות האוסרות חקירה בדבר עברו המיני של מתלונן, ולהניח כי ככלל אין לחקור מתלונן על עברו המיני, ואם הדבר הכרחי בכל-זאת – יש לעשות כן בזהירות המרבית ותוך שמירה על כבודו.⁸⁸ דווקא בשל חשיבות קביעותיו של השופט הנדל בולט חסרונה של התייחסות בדבריו לזהירות המיוחדת שיש לנקוט באישור חריגה מהוראות סעיפים 2א ו-13 האמורים כאשר מדובר בנפגע עברה קטין. בנסיבות אלה מיתוסף על הזכות לפרטיות, הנתונה לכל נפגע עברה, גם עקרון טובת הילד, העשוי להטות עוד את נקודת האיזון אל עבר שלילת חקירתו בדבר עברו המיני.

(ב) פיצויים לנפגעי עברה

מקבץ טובת הילד כולל, כאמור, גם את הזכות של ילדים נפגעי עברה לשיקום. בהעדר הסדרה חקיקתית של שירותי שיקום וקצבאות לילדים נפגעי עברה מטעם המדינה, הדרך המרכזית לקידום שיקומם של ילדים אלה היא פיצויים על-ידי מבצע העברה. הטלת חובה על הנאשם לפצות את הקטין נפגע העברה עשויה לא רק לסייע במימון ההוצאות השיקומיות, אלא גם לקדם את טובת הקטין מבחינה הצהרתית, בהיותה ביטוי להכרה בעוול שנגרם לו

86 תזכיר חוק סיוע לקטינים נפגעי עבירות מין או אלימות (הארכת מועד תחילה), התשע"א-2011.

87 ע"פ 4/9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2012(2) 766.

88 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט הנדל: "ההנחיה העולה משילובם של סעיף 13 לחוק נפגעי עבירה וסעיף 2א לחוק לתיקון סדרי דין מורה, אפוא, לחוקרים, לקציני המשטרה הממונים ולבית המשפט לעמוד על זכויותיהם של נפגעי העבירה בשלבי חקירתם השונים. זאת בראש ובראשונה נוכח העבירות החמורות והרגישות שהם נחקרים לגביהם כמתלוננים. שנית, מאחר שנפגעי העבירה אינם מהווים צד להליך, לרוב הם אינם מיוצגים על-ידי עורך דין אשר ישמור על זכויותיהם... בנוסף, וכפי שעולה מסעיף 23 לחוק נפגעי עבירה, גם על נציגי הפרקליטות – כמייצגים את אינטרס המדינה – לקחת חלק במימוש זכויותיהם של נפגעי העבירה שלא להיחקר על עברם המיני."

ובאחריות הפוגע לתקנו.⁸⁹ אומנם, דרך-המלך לקבלת פיצוי ממבצע העברה היא לכאורה באמצעות תביעה נזיקית, שיכולה אף להיות מוגשת כתביעה נגרת להליך הפלילי.⁹⁰ אולם מעטים הם נפגעי העברה – בגירים וקטינים – הבוחרים בדרך זו,⁹¹ משום הצורך בהעסקת עורך-דין פרטי לשם מימושה, ההוצאות הכרוכות בהליך והסיכויים המועטים לקבל בסופו של דבר את הפיצוי ממבצע העברה (בעיקר אם הוא נושא בעונש מאסר).⁹² לקטינים שנפגעו במסגרת המשפחתית אפשרות זו אינה עומדת כלל על הפרק פעמים רבות, בהעדר נציג בגיר בעל עניין בקידום תביעה אזרחית כזו.

סעיף 77 לחוק העונשין מאפשר פסיקת פיצוי לטובת הנפגע במסגרת ההליך העונשי. השימוש בסעיף זה היה מועט לאורך שנים ארוכות, אולם בעשור האחרון ניכרת עלייה מסוימת בשימוש בו, בעיקר בעברות מין.⁹³ מגמה זו משפיעה ממילא על פסיקת הפיצויים לטובת קטינים וקטינות נפגעי עברות מין, המהווים חלק ניכר מכלל הנפגעים מעברות אלה.⁹⁴ אולם גם כאשר הפיצוי מושת על הפוגע במסגרת גזר-הדין, רק לעיתים רחוקות פסיקת הפיצוי מבוססת על הרצונות והצרכים הספציפיים שנקבו על-ידי הנפגע או בשמו,⁹⁵ וייתכן שכך הדבר ביתר שאת כאשר מדובר בקטינים. כך, למשל, בע"פ פלוני הוחלט על הטלת פיצוי לטובת הקטינה נפגעת עברת המין אף שזו הביעה את דעתה נגד הפיצוי.⁹⁶ מעבר לבעייתיות בקביעת סכום הפיצוי, באותם מקרים שבהם הפיצוי מוטל כחלק מגזר-הדין, בפועל השתת הפיצוי לטובת הנפגעים נתפסת כמתחרה עם הטלת עונש מאסר,

- 89 דנה פוג' "מהפכת הקורבנות" – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים? "קריית המשפט ד 229 (2004) (להלן: פוג' "מהפכת הקורבנות"). לאחרונה תוקן החוק העוסק בגביית קנסות באופן המאפשר לילדים נפגעי עברה לקבל באופן מיידי סכום עד תקרה של 10,000 ש"ח מתוך הפיצוי שנפסק לטובתם בהליך הפלילי. המרכז לגביית קנסות, האחראי לתשלום זה, ישופה כאשר ישולם הפיצוי על-ידי החייב. ראו חוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (תיקון מס' 14), התשע"ב-2012 ס"ח 170.
- 90 באמצעות ס' 77 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, הקובע כי הכרעת הדין בהליך הפלילי יכולה לשמש ראייה לאחריות הנתבע בהליך אזרחי.
- 91 פוג' "מהפכת הקורבנות", לעיל ה"ש 89, בעמ' 256.
- 92 בנימין שמואלי "בין דיני עונשין, דיני נזיקין וסדרי דין: מבט מחודש על פיצוי לקרבן עבירה בתביעה נזיקית ואזרחית נגרת ובמסגרת ההליך הפלילי" (טרם פורסם, התכתבות עם המחבר מיום 17.9.2013).
- 93 שם. פסק-הדין המרכזי שבו נשמעה קריאה ברורה של בית-המשפט לעשות שימוש בסמכות הנתונה לפי ס' 77 האמור הוא רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418, 476 (2002). ראו גם רע"פ פלוני, לעיל ה"ש 70; ע"פ 5761/05 מג'דלאוי נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3) 1009; ע"פ 6720/04 מדינת ישראל נ' זחאיקה, תק-על 2004(4) 519.
- 94 ראו, לדוגמה, ע"פ 9665/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(3) 4906. ראו גם ע"פ 11178/04 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(3) 2798 (להלן: ע"פ פלוני), שבו הוחלט, במסגרת ערעור על עונש המאסר, להותיר את תקופת המאסר שנקבעה על כנה אולם להטיל גם פיצוי לטובת הקטינה נפגעת עברות המין, אף שפיצוי כאמור לא הוטל בגזר-הדין המקורי ואף לא התבקש בערעור.
- 95 ראו גם את הדיון אצל פוג' "מהפכת הקורבנות", לעיל ה"ש 89, בעמ' 258-260.
- 96 ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 94.

בין במפורש ובין במרומז.⁹⁷ בפרשת בורשטיין,⁹⁸ לדוגמה, נידונה השאלה אם נכונותו של הנאשם לשלם פיצוי לנפגעים יכולה להוות שיקול להקלה בעונשו. הנאשם הורשע בביצוע מעשי סדום ומעשים מגונים בחמישה ילדים, ביניהם ארבעה מאותה משפחה. לאחר שאחד הילדים העיד, הגיעו הצדדים להסדר-טיעון המגביל את העונש וקובע סכום פיצוי. בית-המשפט העליון קבע, מפי השופטת עדנה ארבל, כי פיצוי הנפגעים יכול שיהיה אחד מהשיקולים לקבלת הסדר-טיעון, בעיקר כאשר הנכונות לתשלום פיצוי מבטאת נטילת אחריות אמיתית מצד הנאשם. עם זאת הטעים בית-המשפט כי פיצוי הנפגעים אינו יכול להוות שיקול מרכזי. במילים אחרות, אף-על-פי שכית-המשפט מכיר בחשיבות הטבת מצבם של נפגעי עברה באמצעות כלי הפיצוי, מתברר שהאינטרס הציבורי יגבר במקרים שבהם העברה מצדיקה ענישה חמורה.⁹⁹

2. ילדים כשותפים בהליך הפלילי – ההשתתפות כמקדמת תחושת שליטה

זכותם של ילדים להשתתפות היא מהזכויות המרכזיות באמנה.¹⁰⁰ בעוד מימוש עקרון ההשתתפות בקרב ילדים מעורר אתגרים לא-פשוטים במגוון תחומים, בשל הימצאותם בנקודות שונות על הרצף ההתפתחותי מבחינה רגשית, שכלית, חברתית, מוסרית וחברתית, שיתוף ילדים בהליך הפלילי הנוגע בפגיעה בהם הינו סוגיה מורכבת במיוחד. ראשית, לצד זכותם להשתתפות עומדות זכויותיו של החשוד והנאשם וכן האינטרס הציבורי, ויש

97 ראו את הדיון בע"פ 10549/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(1) 5034. אולם ראו את גזר-הדין בתפ"ח (מחוזי מר') 7723-08-10 מדינת ישראל נ' בזה, תק-מח 2011(2) 18455, שבו השית בית-המשפט על הנאשם פיצוי בסכום של 100,000 ש"ח לטובת הורי אשתו המנוחה, שאותה רצה, וסכום זהה לטובת בנו הפעוט, שהיה בזרועותיה בעת הרצח. הפיצוי הושת נוסף על עונש מאסר-עולם שהוטל על הנאשם, ולמרות טענות בדבר אי-יכולתו לעמוד בתשלום. ראו גם את גזר-הדין בתפ"ח (מחוזי מר') 3319-01-09 מדינת ישראל נ' שייחרוזיב, תק-מח 2010(4) 8311, שבו נגזר על הנאשם שהורשע ברצח מאסר-עולם וכן פיצוי בסך 40,000 ש"ח לבנו הקטין של הנרצח, נוסף על פיצוי אלמנתו בסך 80,000 ש"ח.

98 פרשת בורשטיין, לעיל ה"ש 77.

99 "למרות ההכרה בכך שהאינטרס הציבורי במובנו הרחב מחייב את בתי המשפט לעודד קיומם של הסדרי טיעון, אין לעשות זאת 'בכל מחיר'. הרצון לחסוך את הצורך בהעדתם של נפגעי עבירה ובניהול הליך הוכחות ארוך ומתיש; הרצון בפיצוי הקרבנות ובהטבת מצבם; הרצון בייעול ההליך ובחסכון במשאבים – הם כולם שיקולים חשובים... יחד עם זאת, שיקולים אלו אינם יכולים להיות חזות הכל. אין הם יכולים לבוא על חשבון ענישה ראויה ומידתית לנאשם, כמו גם על חשבון יתר מובניו של האינטרס הציבורי, ובכלל זאת על חשבון הצורך בשמירה על שיוויון בפני החוק ובשמירה על מדיניות ענישה אחידה, יציבה ועקבית" פרשת בורשטיין, לעיל ה"ש 77, פס' 28 לפסק-דינה של השופטת ארבל. יש לשים לב שאף לא אחד מהנפגעים נשאל לדעתו, אף שחלקם היו בגיל הנעורים. כמו-כן לא נמסרו הצהרות נפגע מידיהם, אלא רק תסקירים. לא צוין גם אם הילדים האחרים – מלבד הילד שהעיד – רצו להעיד או היו נכונים להעיד, ומה הייתה עמדתם לעניין העונש הראוי.

100 ס' 12 לאמנה קובע כי זכותו של כל ילד להביע את דעתו באופן חופשי בעניינים הקשורים אליו, וכי הוא זכאי לכך שדעתו תובא בחשבון בהתאם לגילו ולמידת בגרותו.

לערוך איזון בין מכלול הזכויות והאינטרסים הללו. שנית, אף בנפרד משיקולים חיצוניים לילד, עצם שיתופם של ילדים מגילאים שונים בהחלטות הקשורות להרשעת הפוגעים בהם ולענישתם עלול לפגוע בטובתם ולחשוף אותם ללחצים, לאיומים, לתחושות אשם, לכידוד חברתי ומשפחתי ועוד, ולכן לכאורה לפחות יש לערוך איזון גם בין עקרון ההשתתפות לבין עקרון טובת הילד.¹⁰¹

עם זאת, לצד האתגר המיוחד שזכות ההשתתפות מציבה בהקשר זה, הספרות הפסיכר-סוציאלית מלמדת כי השתתפות אינה מנוגדת בהכרח לטובת הילד, כפי שנטען לעיתים, אלא דווקא תורמת להשתתפות, לדימוי העצמי ולכשרים המתפתחים של הילד.¹⁰² מימוש הזכות להשתתפות גם מאפשר לילדים לחוש שליטה מסוימת בהליך קבלת ההחלטות, דבר שמסייע להם להתמודד עם לחץ וקשיים.¹⁰³ מעל לכל, שיתוף ילדים מבטא כבוד כלפיהם כבני-אדם נושאי זכויות, ולא כאובייקטים הניתנים לתפעול.¹⁰⁴ את הזכות להשתתפות יש לפרש בהתאם ליתר העקרונות המנחים של האמנה, כמוצע לפי מודל הצרכים-זכויות. עקרון השוויון מחייב עריכת התאמות מיוחדות כדי לאפשר לכל ילד לממש את הזכות להשתתפות הקבועה בחוק בהתאם ליכולותיו. עקרון טובת הילד מלמד כי יש להימנע מהפעלת לחץ על ילדים להשתתף בהליך, שכן יש בוודאי ילדים שאינם מעוניינים להשתתף באופן פעיל ואשר אין זה אף מטובתם. שיתוף ילדים בהחלטות שונות, בעיקר בהקשר הפלילי, מטיל עליהם אחריות רבה והופך אותם למעורבים בהליך שאינו קל אפילו למבוגרים, לא כל שכן לילדים. יש לראות אם כן את ההשתתפות כרצף, החל באי-השתתפות ועד השתתפות מלאה וישירה, כאשר בתווך מצויות דרגות רבות ואופנים שונים של השתתפות. את מידת ההשתתפות והדרך שבה היא נעשית יש להתאים לרצון הילד, לטובתו, לרמת התפתחותו וליכולותיו. יודגש כי גם הבעת עמדה נגד מעורבות בהליך מהווה השתתפות.¹⁰⁵ עקרון

101 שאלת קיומו של מתח בין עקרון ההשתתפות לבין עקרון טובת הילד נידונה באריכות במקומות אחרים, ולא כאן המקום להתעמק בה. אציין בקצרה את המודל לעיגון עקרון טובת הילד שפותח על-ידי ועדת רוטלוי, שלפיו בעת קביעת טובת הילד יישקל "מכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד". ראו דוח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 68, בעמ' 137. מודל זה אכן מנטרל במידה מסוימת את עוקצו של המתח בין השניים. ראו גם שולמית אלמוג ואריאל בנדור "טובת ילדים, זכויות האדם" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 93, 117-114 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

102 MÅLFRID GRUDE FLEKKØY & NATALIE HEVENER KAUFMAN, THE PARTICIPATION RIGHTS OF THE CHILD: RIGHTS AND RESPONSIBILITIES IN FAMILY AND SOCIETY 62 (1997); Esperanza Ochaita & M. Angeles Espinosa, *Children's Participation in Family and School Life: A Psychological and Development Approach*, 5 INT'L J. CHILD. RTS. 279 (1997)

103 לפירוט המחקרים המראים כי תחושת שליטה מסייעת לילדים בהתמודדות עם לחץ וקשיים ראו גל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 274-275.

104 ראו גל, לעיל ה"ש 7.

105 אכן, ייתכנו מקרים שבהם ילדים יביעו רצון להשתתף בהליך קבלת ההחלטות אולם משיקולים הנוגעים בטובתם יוחלט כי אין לאפשר להם להשתתף בו בכל דרך שהיא. עם זאת, ראשית, עקרון ההשתתפות מנחה אותנו לתת משקל ראוי לבקשתו הברורה של ילד להשתתף, ולנסות למצוא דרך לשלבו בדיון, ולו בדרך עקיפה, חלקית או סמלית. שנית, אם שיקולי טובתו

ההשתתחות מחייב לתת מידע על הזכויות בהתאם לגיל הילד ולמידת התפתחותו, וכן לתת משקל לדעותיהם של ילדים בהתאם להתפתחותם.

את הזכות להשתתפות יש למלא בתוכן, כאמור, בהתאם לידע על צורכיהם של ילדים נפגעי עברה. מכלול הממצאים מצביע על כך שזכותם של הילדים להשתתפות אינה צריכה להשתוות לזכות הכרעה, אולם אין די בהתייחסות אליהם כאל "אורחים לרגע", המוסרים את עמדתם ומותירים את הדיון לאחרים. ילדים מעוניינים שיתייחסו אליהם בכבוד, שיקשיבו לדעותיהם וישקלו אותן באופן רציני. עם זאת, הספרות מצביעה גם על הסיכון במתן הזדמנות לילדים להשתתף בהחלטות כאשר אין נכונות אמיתית מצד מקבלי ההחלטות לאפשר להם להשפיע על ההליך או על תוצאותיו.¹⁰⁶ לפיכך התייעצות לקראת הסדר-טיעון שנעשית ברגע האחרון וללא הסבר מלא ואמיתי עלולה לגרום נזק נוסף ולהוליד רגשות של כעס, ייאוש, בושה ותסכול.

ניתוח הזכות להשתתפות בהתאם למודל הצרכים-זכויות מצביע על החשיבות של תפיסת ילדים נפגעי עברה כשותפים בהליך הפלילי. התייחסות לילדים כאל שותפים משמעה תפיסתם כמי שיכולים לתרום, באופן פוטנציאלי, להגעה להחלטה מיטבית, ועל-כן דעותיהם, תחושותיהם ורצונותיהם מתבקשים לא בחסד, אלא מתוך הבנת חשיבותם בהליך קבלת ההחלטות. אין מדובר במעמד שווה-ערך לזה של מבוגרים, אולם ככל שגילו של הילד מתקדם כן תגבר באופן טבעי יכולת ההשפעה שלו על ההחלטה. שותפות עם ילדים מבטיחה מעמד כלשהו – ולו סמלי – גם לילד הצעיר, היכול לתרום להחלטה את זווית-הראייה הייחודית שלו. התייחסות לילדים כאל שותפים מכבדת את הצורך הטבעי של ילדים בשליטה, אשר גובר במצבים של מתח, קורבנות והתמודדות עם טראומה.¹⁰⁷ התייחסות לילדים כאל שותפים מבטאת גם את ההכרה בתלות של ילדים בסביבתם, שכן הזכות להשתתפות אינה יכולה להתקיים בריק, ללא נוכחותם של שותפים אחרים להחלטה אשר מקשיבים לילד באופן מכבד ומנהלים איתו דיאלוג.

עד כמה אם כן מוענקת לילדים נפגעי עברה בישראל הזכות להשתתפות, והאם ניתן לראות אצלנו סימנים של ראיית הילד כשותף בהליכי קבלת ההחלטות? בטרם נפנה לבחינת המצב הקיים בחוק ובפסיקה בארץ, יש לזכור כי זכותם של ילדים נפגעי עברה להשתתפות מושפעת בראש ובראשונה מהיקף הזכות להשתתפות המוקנית לבגירים שנפלו קורבן לעברה, וזו, כאמור, מוגבלת. במובנים רבים נפגעי עברה בגירים צופים עדיין בהליך הפלילי מן הצד – בין משום שהחוק אינו מאפשר להם ליטול חלק ישיר ופעיל בהליך באופן רציף, ובין משום שגם בצמתים שבהם החוק מאפשר להם להביע עמדה או לקבל מידע, יישום הזכויות הללו טרם הוטמע באופן מלא, והוא תלוי ביכולתו של כל נפגע ונפגע לדרוש זאת. כאשר

מחייבים להרחיקו כליל מהליך קבלת ההחלטות, יש לכל-הפחות להסביר לו את הסיבות לכך. לממצאים בדבר נטייתם של אנשי-מקצוע "לעטוף ילדים בצמר-גפן" ראו: KATHLEEN MARSHAL, CHILDREN'S RIGHTS IN THE BALANCE: THE PARTICIPATION-PROTECTION DEBATE (1997).

106 Anne Stafford, 85-86 בעמ' 8, לעיל ה"ש GAL; 49, לעיל ה"ש Graham & Fitzgerald 106 Ann Laybourn, Malcolm Hill & Moira Walker, "Having a Say": Children and Young People Talk about Consultation, 17 CHIL. & SOC'Y361 (2003)

107 ראו את הדיון המפורט והאסמכתות אצל GAL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 70-72.

נפגע העברה הוא קטין, נערמים קשיים נוספים בדרך למימוש הזכות להשתתפות, הנובעים הן משיקולים של טובת הילד עצמו והן מהצורך לערוך התאמות המחייבות משאבים וידע במערכות השונות.

(א) השתתפות בדיון בעונש

הכלי הנרחב ביותר לשיתוף נפגעי עברה בהליך הפלילי נקבע בסעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עברה, הקובע את זכותם של נפגעי עברה למסור לגוף התובע הצהרה בדבר הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מהעברה, על-מנת שזו תוגש לבית-המשפט בשלב הדיון בעונש.¹⁰⁸ ההסדר הקובע את זכותם של נפגעי עברה למסור הצהרת נפגע ללא קשר לתסקיר, אם הוגש כזה, מבטא הכרה במעמדם כמשתתפים פעילים בקבלת ההחלטה בדבר גזר-הדין של הנאשם.¹⁰⁹ הצהרת הנפגע מהווה הזדמנות לילד נפגע העברה לחוש תחושת שליטה כלשהי בהליך או לכל-הפחות יכולת השפעה עליו, ובכך היא מהווה כלי טיפולי מובהק.

השתתפות עקיפה וחלקית של ילדים נפגעי עברה בדיון בעונש יכולה להתממש גם באמצעות תסקיר קורבן – מנגנון שהיה קיים עוד קודם לחקיקת חוק זכויות נפגעי עברה, ואשר שימש כלי ליידוע בית-המשפט בדבר הנזקים שגרמה עברת מין לנפגע, לצורך קביעת העונש הראוי.¹¹⁰ בשנת 2007 הורחב השימוש בתסקיר גם למקרים של עברות אלימות.¹¹¹ חשיבותו של התסקיר נעוצה ביכולתו לספק לבית-המשפט מידע קונקרטי ועדכני לגבי השלכותיה של העברה על הנפגע הספציפי, להבריל מהנחות כלליות בדבר השלכותיהן של עברות מין ואלימות על נפגעים מקרב גילאים שונים ובעלי מאפיינים נבדלים.¹¹² אף שתסקירי קורבן נערכים על-ידי עובדי ציבור, הנחות פנימיות מורות שיש לכלול בתסקיר גם את קולו האותנטי של הנפגע, כדי להשיב את השליטה לנפגע ולבני משפחתו

108 על ההבדלים בין הצהרת נפגע מכוח חוק זכויות נפגעי עברה לבין תסקיר קורבן מכוח חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, ס"ח 43 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), ראו סבה וגל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 199-200. תסקיר קורבן והצהרת נפגע אינם הסדרים חלופיים, אלא משלימים, והתביעה אינה מנועה מלהביא את נפגע העברה לעדות בשלב הדיון בעונש אף אם הוגש כבר תסקיר קורבן בעניינו. ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 26690-03-10 מדינת ישראל נ' הורמן (פורסם בפדאור, 20.12.2011).

109 סבה וגל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 200.

110 ס' 187(ב) לחוק סדר הדין הפלילי.

111 חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) (תיקון מס' 52), התשס"ז-2007, ס"ח 456.

112 מחקר כמותני שבחן הצהרות נפגע שהוכנו על-ידי ילדים נפגעי עברות מין באוסטרליה מדגים עד כמה הפגיעה המינית נחווית באופן אישי וייחודי על-ידי כל נפגע עברה. הנזקים משתנים מילד לילד ומילדה לילדה, ונבדלים זה מזה בעוצמות, בתחומי ההשפעה ובשילובים של קשיים שונים. ממצאים אלה ממחישים כי אין די בהסתמכות על הנחות כלליות בדבר השלכותיהן של פגיעות מיניות על ילדים. ראו: Rita Shackel, *Victim Impact Statements in Child Sexual Assault Cases: A Restorative Role or Restrained Rhetoric?*, 34 UNIV. NSW L.J. 211 (2011).

התומכים ולתת קדימות לטובתו ולשלומו.¹¹³ עם זאת, בפועל תסקירי קורבן של ילדים מהווים למעשה שיקוף של האופן שבו העובדת הסוציאלית המכינה את התסקיר תופסת את מעשה העברה ואת תוצאותיו, והציפייה שמכני התסקיר יהיו שופר אובייקטיבי וניטרלי להעברת קולו האותנטי של הילד נפגע העברה אינה מתממשת.¹¹⁴ בשנים האחרונות קיימת מודעות רבה יותר בקרב שופטים להשלכות החמורות של עברות מין על הילדים שנפגעו מהן, וקיימות התבטאויות שיפוטיות רבות המפנות לתסקיר ומתארות את נזקי הנפגע כנימוק להחמרת הענישה.¹¹⁵ עם זאת, בתי-המשפט אינם מפנים כמעט להתבטאויות אותנטיות של קטינים נפגעי עברה שנכללו בתסקירים.¹¹⁶ אכן, להבדיל מהצהרת נפגע, המהווה זכות השתתפותית מפורשת של נפגעי עברה, תסקיר קורבן לא עוגן בחקיקה ואף אינו מפורש כזכות הנתונה לנפגעי עברות מין ואלומות. התסקיר הינו כלי-עזר של בית-המשפט בעת גזירת הדין, וככזה

113 רחל לויין-איגר וחווה לוי "תסקיר נפגע עבירת מין" התעללות והזנחה של ילדים בישראל 365 (דבורה הורוביץ, יורם בן-יהודה ומאיר חובב עורכים, 2007).

114 Ronit D. Leichtentritt & Bilha Davidson-Arad, *Construction of the Victim Impact Statement for Sexually Abused Minors: A Dramaturgy Approach*, 32 Br. J. Soc. Work 1067 (2002) (ניתוח תסקירי קורבן ישראליים שנכתבו במקרים של עברות מין נגד ילדים מעלה, בין היתר, שהעובדות הסוציאליות המופקדות על הכנת התסקיר פועלות להקניית משמעות משלהן לפגיעות המיניות; הן עושות שימוש מועט בלבד בהתבטאויות אותנטיות של הילדים, ומעדיפות "ביוגרפיות" על "אוטוביוגרפיות", ככל הנראה מתוך הצורך שלהן בריחוק ורצונן לעניין את הקורא). החלטתו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב בבקשה שהוגשה מטעם קטינה בשם ג' ג' באמצעות הוריה מהווה דוגמה לייעוד השונה בתכלית המיוחס לתסקיר קורבן. הנאשם בפרשה זו הורשע במעשים מגונים נגד קטינות. הורי הנפגעת ביקשו לעיין בשמה בתסקיר הקורבן שהוכן בעניינה, בין היתר כדי "להחליט האם להגיש הצהרת נפגע עבירה מעודכנת וכן ביחס להיקפה של הצהרת נפגעת העבירה שתוגש אם תוגש". בית-המשפט סקר את הוראות החוק הרלוונטיות וקבע כי מאחר שהמחוקק לא הקנה מפורשות לנפגעי עברה זכות לעיין בתסקיר קורבן, חזקה עליו שעשה כן ביודעין. לנוכח זאת דחה בית-המשפט את הבקשה. גישה זו מרוקנת מתוכן את המטרה הטיפולית של השמעת קול הנפגע באמצעות תסקיר קורבן, שכן הנפגע עצמו לא יהיה מודע לכך שדבריו הובאו, וגם לא יוכל לתקן או לשנות את הדברים במקרים של אי-דיוקים אם לא יתאפשר לו לעיין בתסקיר. מאידך גיסא, הנמקת בית-המשפט חשובה, שכן אחת הסיבות שהוא מונה לדחיית הבקשה היא האפשרות שנפגעי עברה קטינים מוסרים לעורך התסקיר מידע שהם אינם חולקים עם הוריהם, המבקשים לעיין בו. יש בכך הכרה, לפחות באופן עקיף, בזכות הנפגע הקטין לפרטיות, גם אם לא זו הייתה כוונתו של בית-המשפט. ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 10-03-26690-ג.ג. (באמצעות הוריה) נ' מדינת ישראל (פורסם בפדאור 23.11.2011).

115 ראו דוגמות אצל פוגץ' 'קטינים נפגעי עבירה בראי המשפט', לעיל ה"ש 14.

116 אולם ראו את גזרי-הדין בתפ"ח (מחוזי ת"א) 1040/05 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח 2006(3) 11632, שם הסתמך בית-המשפט, בין היתר, על תסקיר קורבן שהוכן בעניין ילד בן שמונה שנפל קורבן לעברת אלימות שביצע כלפיו אביו, ואשר הוגש במסגרת הליך שעסק גם בעברות אלימות שביצע האב נגד האם. תסקיר הקורבן מציין את רצונו של הקטין בהחזרת חיי המשפחה למסלולם. פקידת הסעד הדגישה כי הקטין הביע שוב ושוב רצון שהנאשם יחזור לביתם, אולם ציינה כי התרשמה שהוא הושפע בעניין זה מדברי האם.

אין פלא שהשימוש בו – הן על-ידי מכיני התסקיר והן על-ידי קוראיו השופטים – לא נעשה מתוך מחשבה על זכותם של ילדים נפגעי עברה להשתתף בהליך הפלילי.

אף שהתסקיר מאפשר השתתפות עקיפה בלבד של ילדים, בעוד הצהרת נפגע מאפשרת השתתפות ישירה, יש בו גם יתרונות ברורים עליה. ראשית, דווקא משום שטובתם של ילדים אינה לקבוע בעצמם מה היא העונש – ופעמים רבות גם הם עצמם אינם מעוניינים בכך – התסקיר מסיר מעליהם את האחריות לקבלת ההחלטה, ומאפשר לקולם להשתלב בתמונה כוללת, רחבה יותר, שמסקנותיה מעוצבות על-ידי גורם אחר, ניטרלי. שנית, התסקיר נערך בצורה העונה על רבים מצורכיהם ומרצונותיהם של ילדים נפגעי עברה, שכן להבדיל מהצהרה, שהינה טופס אחיד שהילד ממלא ללא סיוע מקצועי, התסקיר נערך על-ידי עובד סוציאלי שמונה במיוחד למשימה זו, לאחר שביקר בבית הקטין וקיים עימו ריאיון. עצם ההקשבה לילד לצורך הכנת התסקיר יש בה, כאמור, ערך טיפולי רב. במקביל, דווקא העובדה שהתסקיר נכתב על-ידי איש-מקצוע מקנה לו משקל רב בשיקול-הדעת השיפוטי, שכן הוא נתפס כמסמך מקצועי שהוכן על-ידי גורם אובייקטיבי וניטרלי, ולכן ייתכן שדעתו של הילד תועבר באופן יעיל יותר דווקא דרך ערוץ זה. לבסוף, הצהרת נפגע חושפת נפגעי עברה לסיכון שהם יוזמנו לבית-המשפט לצורך חקירה נגדית. אומנם בפועל סנגורים רבים נמנעים מכך בשל החשש שהחקירה הנגדית תזיק ללקוחם, אולם ככלל אין מניעה חוקית להזמין את נפגע העברה לחקירה נגדית, דבר העלול לפגוע בטובתו של הקטין ולחשוף אותו לחוויה קשה ואף טראומתית.¹¹⁷ התסקיר, לעומת זאת, אינו חושף את הנפגע לחקירה נגדית בגינו. נראה, אם כן, שכל אחד מהמכשירים – הצהרת נפגע ותסקיר קורבן – עשוי להתאים לילדים נפגעי עברה בנסיבות שונות ובגילים שונים; לכל אחד מהם יש יתרונות וחסרונות, והם מצויים במקומות שונים על הרצף שבין השתתפות ישירה ומלאה לבין התמקדות בהגנה מפני פגיעה.

מכל מקום, באשר למצב בפועל, חיפוש שנעשה לצורך מאמר זה במאגר המידע "נבו" מעלה כי בעשור האחרון נעשה שימוש רב יותר בתסקיר קורבן מאשר בהצהרת נפגע בהקשר של ילדים נפגעי עברה. במקרים נדירים בלבד התייחס בית-המשפט ישירות להצהרת נפגע שנכתבה על-ידי קטין נפגע עברה, וכאשר הייתה התייחסות כזו, דובר לרוב בקטינים שגילם מעל חמש-עשרה שנה.¹¹⁸ מסקירת פסיקתם של בתי-המשפט בשנים האחרונות עולה אם כן

117 יש לציין כי אם לנפגע טרם מלאו ארבע-עשרה, ואם העברה נכנסת לגדרו של חוק הגנת ילדים, עשויה לעלות הטענה כי אי-אפשר להזמין לחקירה נגדית בעניין הצהרת הנפגע שהגיש אלא באישורו של חוקר הילדים. נקודה זו מצריכה פרשנות שיפוטית, שכן לשון החוק מתמקדת בהעדה "על עבירה" (ס' 2 לחוק הגנת ילדים), ואין התייחסות להעדה בנוגע לעונש. מכל מקום, סייג זה מובגל מבחינה גילאית ומבחינת סוג העברה.

118 כך, לדוגמה, בת"פ (שלום אש') 957/09 מדינת ישראל – פרקליטות אשקלון נ' ז' ד' (פורסם בפדאור, 17.7.2011) הגישה אחת משתי המתלוננות הקטינות הצהרת נפגע שבה סיפרה על מצבה הנפשי עקב המעשה המגונה שביצע בה גיסה בעת היותה בת חמש-עשרה. בית-המשפט הזכיר את הצהרתה בנמקו את גזר-הדין. לא צוין מדוע לא הוגשה הצהרת נפגע מטעם המתלוננת האחרת. בגזר-הדין בת"פ (שלום ת"א) 35577-07-10 מדינת ישראל נ' שרקיה (עציר), תק-של 2010(3) 55539, התחשב בית-המשפט בהצהרת הנפגע שנמסרה על-ידי המתלוננת, שגילה היה נמוך מ-16 כאשר תקף אותה הנאשם מינית. השלכות העברה כפי

כי קיימת נטייה ברורה להסתמך על תסקירי קורבן המתארים את מצבם של ילדים נפגעי עברה, ולא על הצהרות נפגע שהוגשו על-ידי הנפגעים עצמם. כך, לדוגמה, בפרשת קסטל¹¹⁹ הורשע הנאשם בעבירות אינוס ומעשה מגונה שביצע בקטינה כאשר שימש מעסה בספא. במסגרת הדיון בעונש הובא תסקיר קורבן המתאר את ההשלכות הנפשיות הקשות שנגרמו לנפגעת, אולם לא הוזכרה כלל הצהרת הנפגעת ולא עלתה השאלה אם זכותה למוסרה לתובע מומשה.¹²⁰

חריג בולט למגמת ההתעלמות של הפסיקה מהשאלה בדבר זכותם של ילדים נפגעי עברה למסור הצהרת נפגע ניתן למצוא בפרשת אגאי,¹²¹ שבמסגרתה קיים בית-משפט השלום בירושלים דיון מפורט בסוגיה. בית-המשפט נוכח כי הזכות ההליכית הופרה, ודחה את מועד מתן ההחלטה לעניין העונש כדי שזו תמומש. בעשותו כך הדגיש בית-המשפט את מטרת החוק לממש את זכות הנפגע לכבוד, לעומת האינטרס של הנאשם – שאינו עולה כדי זכות – להליך מהיר. בית-המשפט העלה את השאלה אם יש לפנות ישירות לקטין נפגע העברה, שהינו כבן ארבע-עשרה, או להוריו, והשאיר את ההחלטה לשיקול-דעתה של התביעה. בהעדר התייחסות שיטתית של שופטים להצהרות נפגע של ילדים או לעצם קיומה של זכות להגישה, מוחמצת ההזדמנות להטמיע מרכיב זה של הזכות להשתתפות בהליך הפלילי, אשר מהווה ממילא – ככל הידוע משיטות משפט אחרות – אתגר מערכתי לגבי כלל נפגעי העברה,¹²² ובמיוחד לגבי ילדים.¹²³

הפסיקה שנידונה לעיל לגבי השימוש המצומצם בהצהרות נפגע וההימנעות מהבאת קולם האוטנטי של נפגעים במסגרת תסקירי קורבן כאשר הנפגע הוא ילד מעלה חשש שילדים אינם חווים את ההליך הפלילי ככזה המאפשר להם להשמיע את קולם בו. בין שהדרתם

שתוארו על-ידיה בהצהרה פורטו בגזר-הדין, שכלל 22 חודשי מאסר, מהם 10 בפועל, ופיצוי בסך 10,000 ש"ח לטובת הקטינה. אלה הן, כאמור, דוגמות חריגות המעידות על הכלל שלפיו אין אזכור של הצהרות נפגעי עברה קטינים.

- 119 ע"פ 723/10 קסטל נ' מדינת ישראל, תק-על 2010(2) 3097.
- 120 לדוגמות נוספות להעדר התייחסות שיפוטית להצהרת נפגע עברה קטין (או לשאלה אם הזכות להגישה מומשה) ראו ע"פ 1434/10 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2010(4) 1131; פרשת בורשטיין, לעיל ה"ש 77; ע"פ 3273/09 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2010(4) 3690.
- 121 ת"פ (שלום י-ם) 1070/05 מדינת ישראל נ' אגאי (פורסם בפדאור, 11.7.2006).
- 122 ראו, למשל: Mary L. Boland & Russell Butler, *Crime Victim's Rights: From Illusion to Reality*, 24 CRIM. JUST. 4 (2009) (המפרטים את הקשיים שעלו במימוש הזכות להבעת עמדה במסגרת גזר-הדין במדינות השונות בארצות-הברית בתקופה שלפני השינוי בחוק שהעניק לנפגעי עברה תרופה במקרים של הפרת הזכות). לנטייה האירופית להתעלם מהצהרות נפגע או לדחותן ראו: Joanna Shapland, *Victims and Criminal Justice in Europe*, in THE INTERNATIONAL HANDBOOK OF VICTIMOLOGY 347 (Shlomo Giora Shoham, Paul Knepper & Martin Kett eds., 2009).
- 123 JUDY CASHMORE & KAY BUSSEY, *THE EVIDENCE OF CHILDREN* (1995) (מתוך 517 מקרים של פגיעות מיניות בילדים שנרשמו בשנים 1991-1992 במדינת ניו-סאות-וויילס שבאוסטרליה, כפחות מרבע מהמקרים הוכנו הצהרות נפגע של ילדים, ורק כ-14% מהמקרים הוגשו הצהרות נפגע לבית-המשפט).

מההליך נעשית על-ידי הוריהם מתוך רצון להגן על שלומם, ובין שאנשי-המקצוע אינם מתייחסים אליהם כאל נושאי זכויות מכוח החוק, התוצאה היא שתחושותיהם של ילדים נפגעי עברה, ועוד יותר מכך רצונותיהם ומשאלותיהם לגבי תוצאות ההליך, אינם מושמעים כמעט. בדומה לצמתים אחרים בהליך הפלילי, גם בשלב של גזירת הדין קיימת משוכה כפולה ומכופלת בפני השמעה ברבים של קולם של ילדים נפגעי עברה. הנטייה למעט בהקשבה לקולם האותנטי של ילדים מצטרפת לקושי הרחב יותר של כלל נפגעי העברה להגיע אל הזירה הציבורית. הממצאים באשר לחשיבותה של תחושת השליטה ככלי להתמודדות עם מתח וטראומה מדגישים כי התייחסות לתחושותיהם, לעמדותיהם ולמחשבותיהם של ילדים באשר לפגיעה בהם ולתוצאות הראויות בגינה יכולה להיטיב את מצבם הנפשי ואף להוות חלק מתהליך ההחלמה שלהם. מאידך גיסא, הדרתם מההליך עלולה לא רק להחמיץ הזדמנות זו, אלא אף לחזק בקרבם את תחושת אובדן השליטה ובכך לגרום לקורבנות משנית.

(ב) מעמד בהסדר-טיעון

צומת חשוב נוסף במסלול הפלילי נוגע בהחלטה על קבלת הסדר-טיעון בין התביעה והנאשם. בהתאם לסעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עברה, מי שנפגעו מעברות מין ואלימות חמורות רשאים להביע את עמדתם לעניין האפשרות שהתביעה תגיע להסדר-טיעון עם הנאשם. על-פי תיקון מס' 5 לחוק, משנת 2008, נפגעים אלה זכאים גם לקבל את פרטיו של הסדר-טיעון המתגבש עם הנאשם (אולם אם מדובר בעברות אלימות במשפחה, יש לבקש זאת במיוחד); וכאשר מדובר בעברות החמורות ביותר – רצח, אונס או חטיפה – הנפגע זכאי גם להביע את עמדתו לפני התובע בעל-פה או בכתב לפי בחירתו. עוד הוסף בתיקון האמור שבית-המשפט הדן בהסדר-טיעון בעברות אלה יוודא כי הוראות החוק קוימו.¹²⁴ לצד ההרחבות האמורות, הנוסח שהתקבל לא כלל את הזכות שדבריו של נפגע העברה יהוו שיקול בהכרעה של הגופים המחליטים – הוראה שנכללה בהצעת החוק המקורית.¹²⁵ במקביל צמצם התיקון את תחולת הסעיף בקובעו כי אם פרקליט המחוז סבור שקבלת עמדתו של הנפגע תפגע באופן ממשי בניהול ההליך, הוא יכול לקבוע שלא תיעשה היוועצות כאמור. התייחסות מפורטת לאופן שבו יש ליישם את הוראות סעיף 17 האמור ניתנה בעניין פלונית נ' פרקליט המדינה,¹²⁶ שבו נידונה עתירתה של קטינה נפגעת עברת מין לביטול אישורו של הסדר-טיעון בנימוק שמשמעות ההסדר לא הובהרה לה באופן מדויק, לטענתה. השופטת עדנה ארבל קבעה כי אף-על-פי שהפרקליטות מילאה באופן פורמלי את הוראות החוק, היה ראוי לנקוט צעדים נוספים כדי לוודא שהנפגעת מבינה את משמעות קבלתו של הסדר-הטיעון, והוסיפה גם כי על התביעה מוטלת חובה לשקול את עמדת הנפגע:

"...לאחר שנמסר לנפגע מידע מפורט אודות הכוונה לחתום על הסדר טיעון; לאחר שהוסברו לו משמעויותיו; ולאחר שניתנה לו הזדמנות לגבש עמדתו בעניין ולהביעה בפני התובע, על התביעה להוסיף וליתן משקל לעמדתו זו של

124 חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון מס' 5), התשס"ח-2008, ס"ח 624.

125 הצעת חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון מס' 5) (הבעת עמדה לעניין הסדר טיעון), התשס"ח-2008, ה"ח הכנסת 136.

126 עניין פלונית נ' פרקליט המדינה, לעיל ה"ש 60.

נפגע העבירה במסגרת מכלול השיקולים הנשקלים על-ידיה בהתייחס לאפשרות עריכתו של ההסדר. עמדה זו עשויה להיות בעלת חשיבות ניכרת בהתייחס למגוון שיקולים הנוגעים להסדר הטיעון. כך למשל, יכול נפגע העבירה, בעמדה שהביע בפני התביעה, להאיר באור אחר פן ראייתי שהיווה קושי בעיני התביעה בהבאת המקרה בפני בית המשפט ולפיכך היווה שיקול בהחלטה להגיע עם הנאשם להסדר טיעון. בנוסף, יכולה עמדתו להשפיע על שיקולים אחרים, ובהם על הרצון לחסוך מנפגע העבירה את הצורך למסור עדות בבית המשפט. למעשה, רצונו של נפגע עבירה להעיד עשוי, לצד יתר השיקולים, לשמש גם כשיקול עצמאי בהחלטה האם לחתום על הסדר טיעון.¹²⁷

לצד חשיבותו של פסק־דין זה בהבהרת חובתה של הפרקליטות להבטיח כי נפגעי עבירה מבינים את משמעות ההחלטה ולשקול את עמדתם לפני קבלתה, בולטת העדרה של כל התייחסות לקטינותה של העותרת, שנמצאה על סף גיל הבגרות. אולם ברי כי על-פי רוח הדברים על התביעה לוודא – ואף ביתר שאת ככל שנפגע העבירה צעיר יותר – כי משמעותה של הזכות להשתתפות ומשמעותו של הסדר־הטיעון המתגבש הובהרו היטב באופן שמתאים למידת ההבנה של הנפגע. גם בנושא זה טרם נפסקה הלכה שיפוטית.¹²⁸ התייחסות יחידה לסוגיה נרשמה מפי השופט ירון לוי מבית־משפט השלום ברחובות. השופט דחה בקשה לקבלת "הסדר־טיעון" לעניין העונש שהתקבל בין התביעה וההגנה לאחר ההרשעה. בנמקו את הסירוב קבע השופט לוי, בין היתר, כי לא ניתנה לנפגעות הקטינות הזדמנות להביע את עמדתן באשר לסיכום המתגבש. עוד הוסיף בית־המשפט כי החלת סעיף 4 לחוק זכויות נפגעי עבירה על סעיף 17 לחוק מחייבת את התביעה להודיע לנפגע קטין על האפשרות שיתגבש הסדר־טיעון, אף אם הנפגע לא ביקש זאת.¹²⁹ אולם בהעדר הלכה מחייבת ברוח אמירה זו, קטינים נפגעי עבירה שזכותם להביע עמדה לעניין הסדר־טיעון לא מומשה באופן התואם את גילם נותרים ללא תרופה.

(ג) הבעת עמדה לפני ועדת השחרורים

גם לאחר סיום ההליך הפלילי יש לנפגעי עבירה עניין להמשיך להיות מעורבים בהחלטות שונות הנוגעות בנאשם, בעיקר ככאלה הקשורות למהלך הנשיאה בעונשו. סעיף 19 לחוק זכויות נפגעי עבירה מאפשר לנפגעי עבירות מין ואלמות להביע את עמדתם בכתב בנוגע לשחרורו המוקדם של האסיר שפגע בהם, בטרם יידון העניין לפני ועדת השחרורים. ברע"ב פלוני נידונה השאלה אם מוצדק לאפשר את שחרורו המוקדם של אדם שפגע מינית בנכדתו במשך שנים מספר בהיותה קטינה, לנוכח המחלה הסופנית שבה חלה.¹³⁰ בית־המשפט

127 שם, בעמ' 19 (ההדגשות הוספו).

128 ראו, לדוגמה, ע"פ 351/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.6.2007), שבו התקבל הסדר־טיעון מקל שנחתם עם נאשם באונס קטינה, לאחר שהמקרה נודע למשטרה שנים ארוכות לאחר האונס. לגבי עמדת המתלוננת צוינה רק "ההסכמה שהביעו המתלוננת ומשפחתה להסדר הטיעון" (שם, פס' 12 לפסק־הדין). לא פורט אם עמדתה זו של הנפגעת נמסרה לבית־המשפט, ואם היא נשאלה מפורשות לדעתה בדבר הסדר־הטיעון המתגבש.

129 ת"פ (שלום רח') 3957/01 מדינת ישראל נ' וייס, תק-של 2003(3) 1879.

130 רע"ב 11860/05 פלוני נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, תק-על 2006(1) 1032.

העליון מדגיש בפרשה זו את מגמת ההכרה בזכויותיהם של נפגעי עברה, ובכלל זה את זכותו של נפגע עברת מין ואלים להביע את עמדתו לעניין שחרור מוקדם. יש לזכור כי מעורבותם של נפגעי עברה בהליך הפלילי בכלל, ובוועדת השחרורים בפרט, הינה חדשה יחסית, כאמור, ועל רקע זה יש להבין את רצונו של בית המשפט לפתח את ההלכה בנושא. אולם ההתייחסות לעניינה של הנפגעת מתמַצָּה בהפניה למצבה הנפשי הקשה, כפי שתואר על-ידי העוברת הסוציאלית. קולה האוטנטי לא הושמע בפסק-הדין, וניתן לשער שגם לא הובא לפני בית המשפט. במקרה אחר, לעומת זאת, בית המשפט העליון מוצא לנכון לצטט ממכתבה של נפגעת עברות אונס שנעשו בה בהיותה חיילת, אשר נמסר לוועדת השחרורים בהיותה בת עשרים ושבע.¹³¹

(ד) שיתוף בנושאי העדה

מטרתו של חוק הגנת ילדים, לפי ההלכה השיפוטית, היא לאזן בין זכויות הנאשם לבין הצורך למנוע פגיעה בשלומם הנפשי של ילדים מתחת לגיל ארבע-עשרה.¹³² כלומר, זכויותיו של הילד נפגע העברה אינן חלק ממשוואת האיזון שהוכרה בפסיקה. החוק העניק כזכור סמכויות נרחבות לחוקרי ילדים, שמונו מטעם משרד העבודה והרווחה, בקשר לחקירה ולהעדה של ילדים מתחת לגיל ארבע-עשרה אשר נפגעו או היו עדים או חשודים בעברות מין או עברות אלימות בתוך המשפחה.¹³³ הנחת החוק היא שמתן עדות בבית המשפט הינה חוויה קשה לילדים המעידים בנסיבות הללו, ולכן יש למנוע את העדתם או לכל-הפחות למתן את החוויה לגבי הילדים המעידים (ובאותה הזדמנות גם להביא לידי כך שעדות הילד תהיה אפקטיבית יותר).¹³⁴

אולם למרות אופיו הפטרנליסטי,¹³⁵ בתיקונים האחרונים שהוכנסו לחוק נקבעו דרכים לשתף ילדים בהליכי קבלת ההחלטות המתקבלות במסגרת החוק, באופן המשקף נטייה להתייחס לילדים החוסים במסגרת החוק כאל נושאי זכויות. בפרט, על-פי תיקון משנת 2004 לסעיף 2(ו) לחוק, חוקר ילדים מחויב לשמוע את עמדת הילד בטרם יקבל החלטה בדבר העדתו בבית המשפט והתנאים שבה היא תיעשה.¹³⁶ עוד קובע הסעיף כי השופט עצמו מחויב לתת לילד המסוגל לחוות דעה משלו הזדמנות להביע את עמדתו בדבר עדותו ודרכי גבייתה בטרם יקבל החלטה הנוגעת בהפסקת העדות או בתנאים למסירתה. עמדת הילד

131 בג"ץ 6067/11 הפרקליט הצבאי הראשי נ' הוועדה הצבאית לעיון בעונש, תק-על 2012(1) 2917.

132 פרשת קובי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 775.

133 גל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 280.

134 דנה פוג' "הזכות להישמע? עדויות ילדים בהליך הפלילי" הפרקליט מו(א) 121, 153 (2002).

135 שם, בעמ' 128.

136 ס' 5 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) (תיקון מס' 4), התשס"ד-2004, ס"ח 532 (תיקון עקיף לחוק הגנת ילדים). חובתו זו של חוקר הילדים לשמוע את עמדת הילד לגבי העדתו בטרם יקבל החלטה בעניין נקבעה בפסיקה עוד בטרם תוקן החוק. ראו את החלטתה של השופטת רוטלוי בת"פ (מחוזי ת"א) 40069/00 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח 2000(2) 30054.

מהווה שיקול גם בקבלת החלטה להזמינו לחקירה בלא ידיעת ההורה (סעיף 4א לחוק), וכן חל איסור על הוצאת הילד ממקום שהייתו לצורך חקירה בניגוד לרצונו (סעיף 4ב לחוק).¹³⁷ אכן, שינויים אלה, שהסתמכו על המלצותיה של ועדת רוטלוי,¹³⁸ מהווים מהפכה של ממש בהתייחסות לילדים נפגעי עברות מין והתעללות במשפחה הנכנסים לגדרו של החוק. אולם חיפוש בהחלטות של בתי-המשפט בתקופה שלאחר התיקון משנת 2004 מגלה כי בתי-המשפט אינם דנים כמעט בנקודה זו. החלטות לא להעיד ילדים נסמכות על המלצות של חוקר הילדים, מבלי שמצוין בהנמקה מהי עמדת הילד ואם זו התבקשה בכלל לפני גיבוש ההמלצה.¹³⁹ בין אם הוראת סעיף 2(1) מיושמת על-ידי חוקרי הילדים ובין אם לאו, נראה שבתי-המשפט אינם משתמשים כלל בהסברים הקשורים לרצון הילדים בהביאם את נימוקיהם של חוקרי הילדים מדוע אין להביאם לעדות, אלא מתמקדים בנימוקים הקשורים למצבם הנפשי של הילדים כפי שצוינו על-ידי חוקרי הילדים. גם כאן שתיקתו של בית-המשפט מחמיצה הזדמנות להטמיע שינוי מהותי בהתייחסות לילדים החוסים במסגרת חוק הגנת ילדים – מאובייקטים הראויים להגנה לסובייקטים נושאי זכויות הראויים הן להגנה והן למימוש רצונותיהם וזכויותיהם על-פי החוק. חריג יחיד למגמה זו נמצא בהערתו של בית-משפט השלום בחיפה בפרשת הלון,¹⁴⁰ שניתנה במהלך חקירתה הנגדית של חוקרת הילדים, כאשר התברר שהחוקרת החליטה לא להתיר את חקירתם של שני ילדים בפרשה. על החלטתה זו של החוקרת הגיב השופט ערן קוטון באומרו:

”בהקשר הנוכחי עסקינן בשני ילדים אשר כיום הם תלמידי כתיב ו' ועל פי הנראה גילם הוא כ-13 שנים. בנסיבות אלה, דומה כי יש מקום לבחון את דעתם האישית ביחס להליך הנוכחי ולאפשרות שיעידו במסגרתו. עובר לדיון לא נשאלו שני הקטינים דבר שכן, הורה של כל אחד מן הקטינים, הביע את הסתייגותו

137 גל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 280.

138 דוח ועדת-המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 253-258.

139 ראו, למשל, תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1132/09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.7.2010) וכן ע"פ (מחוזי ת"א) 7299/09 מלכא נ' מדינת ישראל, תק-מח 2009(3) 2297. בשני המקרים הללו התייחס בית-המשפט להחלטתן של חוקרות הילדים לא להעיד את הילדות הנפגעות כאל עובדה מוגמרת, מכוח סמכותן לפי ס' 2(א) לחוק, וזאת מבלי להתייחס כלל לס' 2(1) לחוק. פרשת מלכא האמורה אף נידונה בבית-המשפט העליון, וגם בפסק-דינו הוזכרה, ללא כל דיון נוסף, החלטתה של חוקרת הילדים לא להביא לעדות את בתו של הנאשם, בהתאם לס' 2(א) הנ"ל. ראו רע"פ 6864/09 ד' מ' נ' מדינת ישראל, תק-על 2009(3) 4180. ראו גם את ההחלטה בת"פ (שלום טב') 1250-07 מדינת ישראל נ' י' א', תק-של 2009(2) 8711, אשר דוחה את בקשתו של אדם שנאשם באלימות נגד אשתו להביא כעדה את בתם בת האחת-עשרה, לאחר שחוקרת הילדים החליטה לא להביאה לעדות. בית-המשפט דן בס' 2 לחוק וחוזר על הצורך למנוע פגיעה בילדים, תוך מתן אמון בהערכתה של חוקרת הילדים כי העדת הילדה תסב לה נזק נפשי רב. ס' 2(1) לחוק לא הוזכר על-ידי מי מהצדדים – לא על-ידי חוקרת הילדים בהסבריה ואף לא על-ידי בית-המשפט.

140 ת"פ (שלום חי') 2169-11-10 מדינת ישראל נ' הלון (פורסם בנבו, 12.7.2011).

מן העדות... בנסיבות שנוצרו, סבור אני כי ראוי שהעדה תנסה לשוחח עם כל אחד מן הקטינים פעם נוספת.¹⁴¹

מרכיבים נוספים המשתייכים למקבץ השליטה – כגון חשיבות הדיאלוג הישיר עם הפוגע כהזדמנות להצגת שאלות ולקבלת תשובות, החשיבות של קבלת התנצלות כנה ומלאה מהפוגע, והערך המוסף של השתתפות פעילה בדיון תומך בנושא העברה שבו מבוטאת הכרה בעוול שנגרם לילד הנפגע – אינם באים כלל לידי ביטוי בהליך הפלילי הרגיל. ככלל, ההליך הפלילי מונע הידברות ישירה בין פוגעים ונפגעים בחסותו. יתר על כן, הוא מייצר תמריצים לחשודים ולנאשמים למזער את אחריותם ולהאשים את הקורבן, או לחלופין להביע התנצלות באופן אינטרסנטי ולא-אמין, וחוסם כל אפשרות לדיון פתוח, אמיתי ורגשי על העברה והשלכותיה.¹⁴² כך הדבר לגבי נפגעי עברה בגירים, וכך אף ביתר שאת כאשר נפגע העברה הוא קטין.¹⁴³

3. הזכות להליך הוגן – תפיסות צדק של ילדים נפגעי עברה

האם ההליך הפלילי נתפס כהוגן בעיני הילדים נפגעי העברה עצמם? שאלה זו מצריכה מעצם טבעה בחינה אמפירית, וכזו טרם נעשתה בישראל. עצם העלאת השאלה בדבר תפיסת ההליך כהוגן במסגרת המודל מהווה חידוש, שכן על-פי-רוב שאלה זו אינה נשאלת לגבי ילדים ובני-נוער. כמוזכר לעיל, מתברר שההגינות בהליך חשובה גם לילדים, ואינה ייחודית למבוגרים. ילדים מייחסים חשיבות לכך שההליך ינוהל באופן ניטרלי, שווינוני, מכבד והוגן, שתינתן להם הזדמנות להשמיע את דעתם, ושיהיה מי שייצג אותם לפני מקבלי ההחלטות.¹⁴⁴ בניגוד למקבץ השליטה, המתמקד בערך הטיפולי של תחושת השליטה, מקבץ ההליך ההוגן מדגיש את הקשר בין חוויית ההליך כהוגן בקרב ילדים לבין שביעות-רצון רבה יותר ממנו.¹⁴⁵ והשלמה עם תוצאותיו, גם אם אלה אינן תואמות את ציפיותיהם של הילדים.¹⁴⁶ מקבץ ההליך ההוגן, המאמץ ממצאים מתחום מדעי החברה בדבר משמעותו של ההליך ההוגן, מלמד אותנו גם כי לנפגעי עברה, בגירים כקטינים, חשובה ההזדמנות להתדיין בהליך, ולא דווקא לקבוע את תוצאותיו.¹⁴⁷

הדוגמות שהובאו בחלק הדין במקבץ השליטה ממחישות כי הן בשלב הענישה והן בצמתים אחרים של ההליך הפלילי ילדים אינם זוכים ככלל בהליך הוגן בכל הנוגע ביכולתם להשפיע על ההליך. קשה יותר לברר עד כמה ההליך נחוה כהוגן על-ידי ילדים נפגעי עברה

141 שם, בעמ' 2-3.

Stephanos Bibas & Richard A. Bierschbach, *Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure*, 114 YALE L.J. 85 (2004)

143 GAL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 109-108.

144 Melton & Limber, לעיל ה"ש 47; Hicks & Lawrence, לעיל ה"ש 46.

145 Tali Gal & Shomron Moyal, *Juvenile Victims in Restorative Justice: Findings from the Reintegrative Shaming Experiments*, 51 BRIT. J. CRIMINOL. 1014 (2011)

146 Graham & Fitzgerald, לעיל ה"ש 49.

147 Jo-Anne Wemmers, *Victims Perspectives on Restorative Justice: How Much Involvement Are Victims Looking For?*, 11 INT'L REV. VICTIMOL. 259

בהתאם למדרים האחרים שהמקבץ מציע, דהיינו, עד כמה הם חשים כי השופטים ניטרליים, שוויוניים והוגנים, וכי הם עצמם זוכים ביחס של כבוד. לא ברור, למשל, עד כמה נפגעי עברה קטינים מבינים את ההליך ואת תפקידם בו, ועד כמה הם מקבלים מידע על זכויותיהם בגדרו. העדר הנחיות ברורות ומפורטות באשר למימוש סעיף 4 לחוק זכויות נפגעי עברה מדגיש כי חסרה הבניה חקיקתית של התייחסות מכבדת כלפי נפגעי עברה צעירים. לא ברור גם עד כמה מערכת המשפט הפלילי מתייחסת באופן שוויוני לנפגעי עברה קטינים שמתגוררים באזורים שונים בארץ, שמשתייכים לאוכלוסיות שונות או שנמצאים במסגרות שונות. בחינת הגינותו של ההליך צריכה להיעשות, כאמור, באופן אמפירי. דרך-המלך היא לראיין ילדים נפגעי עברה המשתייכים לקבוצות אוכלוסייה שונות ולגילאים שונים, ולברר באיזו מידה הם חשים כי זכו ביחס הוגן, שוויוני ומכבד. אולם דרך זו מאתגרת מבחינה אתית ומעשית, ובישראל טרם נעשו מחקרים שבהם נשאלו ילדים נפגעי עברה לגבי חוויותיהם בהליך הפלילי.¹⁴⁸ דרך נוספת לבחינת שאלות אלה היא לברוק את אופן פעולתן של מערכות אכיפת החוק עצמן – האם רשויות התביעה מספקות שירותי תרגום לקטינים נפגעי עברה דוברי רוסית, ערבית או אמריקאית המעוניינים למלא הצהרות נפגע, להתייחס להסדר-טיעון עתידי או לקבל מידע על-אודות התקדמות התיק בעניינם? האם יש די חוקרי ילדים דוברי שפות אלה כדי להבטיח שילדים המשתייכים לאוכלוסיות מיעוט לא יאלצו להמתין תקופות ארוכות יותר, בהשוואה לדוברי עברית, בטרם ייחקרו? האם ארבעת מרכזי ההגנה הקיימים מספקים שירות שווה לילדים תושבי הפריפריה, בעיקר בצפון? ללא מחקר אמפירי אי-אפשר לקבוע באופן נחרץ באיזו מידה ההליך הפלילי זמין, הוגן ושוויוני לכלל ילדי ישראל שנפלו קורבן לעברה. תרומתו של המודל המוצע כאן היא שהוא מצביע, לכל-הפחות, על החשיבות בבחינתן של שאלות אלה.

4. הזכות להגנה בראי הוויקטימולוגיה ההתפתחותית

המקבץ הרביעי והאחרון במודל הצרכים-זכויות, הקרוי "מקבץ ההגנה",¹⁴⁹ מאגד בתוכו ממצאים מתחום הוויקטימולוגיה ההתפתחותית, ומצביע על חשיבותם של ממצאים אלה לקידום זכותם של ילדים להגנה, לשוויון ולהתפתחות תקינה. כך, למשל, יש חשיבות בהבנת ההשפעה של גיל הנפגע והשלב ההתפתחותי שבו הוא נמצא על ביטויי התגובה שלו לפגיעה, על חשיבותן של המשפחה ורשתות התמיכה האחרות לגביו, ועל מנגנוני ההתמודדות האופייניים לו.¹⁵⁰

148 חריג יחיד הוא מחקר מקיף שנעשה בישראל על-ידי חוקרים מאוניברסיטת חיפה, אשר בוחן את תופעת ההתעללות בילדים ומשלב, מעבר לסקר אפידמיולוגי, גם מחקר איכותני שבמסגרתו רואיינו מספר רב של ילדים. המחקר טרם פורסם. דוח ראשוני נמצא בידי המחברת.

149 ראו שם, בעמ' 111-114.

150 Finkelhor & Kendall-Tackett, לעיל ה"ש 50. ראו גם את הממצאים על ההשלכות ההתנהגותיות, הקוגניטיביות והרגשיות של פגיעות מיניות בילדים מגילאים שונים: John Briere & Diana Elliott, *Immediate and Long-Term Impacts of Child Sexual Abuse*, 4(2) THE FUTURE OF CHILDREN 54 (1994).

ידע התפתחותי מסוג זה עשוי לשפר את יכולת הזיהוי של סימני מצוקה בקרב ילדים מגילאים שונים, ובכך לשפר את יכולת ההגנה עליהם. ידע מסוג זה יכול גם לסייע בהפחתת הקורבנות המשנית של ילדים בעת ההליך המשפטי, שכן הוא יכול לאפשר את התאמת ההליך באופן רגיש יותר לצורכיהם ההתפתחותיים, ובכך להגביר את ההגנה עליהם מפני פגיעו של ההליך הפלילי עצמו.¹⁵¹ הוויקטימולוגיה ההתפתחותית מספקת גם מידע חשוב באשר לרמות הסיכון של ילדים ממגזרים שונים לסוגי פשיעה שונים, וכך יכולה לסייע בפיתוח מנגנוני מניעה ממוקדים יותר. כך, למשל, נערים מצויים בסיכון גבוה יותר ליפול קורבן לעברות הריגה, תקיפה ושוד, בעוד נערות מצויות בסיכון גבוה יותר להיפגעות מעברות מין.¹⁵² ידע התפתחותי יכול לסייע גם בפיתוח מענים רגישים ושוויוניים יותר לילדים עם צרכים מיוחדים, שכן ילדים אלה נמצאים בסיכון גבוה במיוחד ליפול קורבן לעברות ובמקביל נתקלים במחסומים רבים יותר המונעים אותם מלדווח, דוגמת ילדים עם פיגור או מוגבלויות פיזיות אשר שוהים במוסדות ומתקשים באופן מיוחד לדווח על פגיעות שנעשו על-ידי המטפלים בהם.¹⁵³

עד כמה הדין הפלילי הישראלי משרת את זכותם של ילדים להגנה באופן שוויוני ובהתאם לרמת התפתחותם? עד כמה המשפט הישראלי ניוון מידע מתחומי הוויקטימולוגיה ההתפתחותית ביישמו עקרונות אלה? במילים אחרות, האם המשפט הפלילי הישראלי מספק לילדים מגילאים שונים ומקבוצות אוכלוסייה שונות הגנה יעילה מפני היפגעות מעברות? במסגרת רשימה זו איי אפשר לענות על שאלה זו באופן מלא, תוך בחינת נתוני הקורבנות המלאים של ילדים ושיעורי ההצלחה של מערכת החוק במניעת פשעים נגד ילדים. ברי שרשויות האכיפה אינן יכולות למנוע לחלוטין פגיעות בילדים, ונראה אף שאין זה מעשי שכל עברה נגד קטין תזכה בתגובה משפטית. עם זאת, בחינת הסוגיה בפרספקטיבת הצרכים-זכויות של ילדים מבהירה כי המדינה מפרה את זכויותיהם של ילדים ככל שהיא אינה מגינה עליהם באופן אפקטיבי ושוויוני מפני פגיעות. על-פי נתונים של משטרת ישראל, בשנת 2012 נפתחו 10,045 תיקי חקירה בגין עברות אלימות שנעשו נגד קטינים, אשר כ-30% מהן נעשו בתוך התא המשפחתי. מתוך כלל עברות האלימות נגד קטינים, כ-1,800 היו עברות מין (רובן בתוך המשפחה), וכ-7,400 היו עברות אלימות (רובן מחוץ למשפחה). מיעוט קטן – פחות מ-300 תיקי חקירה – התייחסו לעברות של חבלה גופנית חמורה (רובן הגדול מחוץ למשפחה).¹⁵⁴ נתונים אלה מתייחסים לעברות שדווחו לרשויות. על-פי נתוני השנתון הסטטיסטי של המועצה הלאומית לשלום הילד, 9% ממשקי-הבית עם ילדים דיווחו בשנת 2008-2009 למשטרה כי ילדיהם נפגעו מעברות אלימות או כי איימו עליהם. רוב מקרי האלימות (64.2%) התרחשו בשטח בית-הספר, אך לא דווחו למשטרה. רבע מהמקרים לא דווחו לגורם כלשהו.¹⁵⁵ לנוכח שיעורי הדיווח הנמוכים, מספרן האמיתי של

151 GAL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 87-88.

152 Finkelhor & Kendall-Tackett, לעיל ה"ש 50.

153 ראו, למשל, Petersilia, לעיל ה"ש 51; Vig & Kammer, לעיל ה"ש 51.

154 משטרת ישראל, מדור מחקר וסטטיסטיקה שנת המפנה 2012: השנתון הסטטיסטי – משטרת

ישראל 41 (2013) www.police.gov.il/Doc/TfasimDoc/st2012.pdf

155 המועצה הלאומית לשלום הילד בישראל: שנתון סטטיסטי 2009 לוח 13.8 (2010).

העברות שנעשו נגד ילדים הוא ככל הנראה גבוה בהרבה.¹⁵⁶ ילדים המשתייכים לאוכלוסיות מוחלשות וילדים עם צרכים מיוחדים הם אלה שזכותם להגנה מופרת בתדירות הגבוהה ביותר, לנוכח האתגרים שנסכיבותיהם מציבות בכל הנוגע באיתור, בדיווח ובהעמדה לדין של הפוגעים בהם.¹⁵⁷ חלף דיון מקיף באופנים שבהם רשויות האכיפה מתמודדות עם אתגרים אלה, הפסקות שלהלן ידונו בשני תחומים הנוגעים ביישום מקבץ ההגנה במודל הצרכים-זכויות: חובת הדיווח וההגבלות המוטלות על עבריינים משוחררים.

(א) חובת הדיווח

אחת הדרכים המרכזיות לממש את זכותם של ילדים להגנה מפני פגיעה היא הטלת חובה רחבה על הציבור לדרווח על פגיעות בהם – חובה שאינה קיימת בהקשרים אחרים. חובה זו חוצה מגדרים, מוגבלויות, מקום מגורים וגילאים (למעט דרישת הקטינות), ומתמקדת רק בפגיעות שנעשו על-ידי מי שאחראי על הקטין שנפגע או בתוככי המשפחה. בישראל, בשנת 1989, קבע תיקון מס' 26 לחוק העונשין את חובת הדיווח, המחייבת כל אדם לדרווח על מעשי התעללות ופגיעה שנעשו על-ידי אחראי על קטין, אף אם הילד עצמו אינו רוצה שהמעשה ידווח.¹⁵⁸ סעיף 368 לחוק העונשין, שהוסף בתיקון האמור, קובע כי על כל אדם שיש לו יסוד סביר לחשוב כי אחראי על קטין פוגע בו מוטלת החובה לדרווח על כך בהקדם האפשרי לפקיד סעד או למשטרה. בשנת 2007 הורחבה החובה באופן שגם אם החשד הוא שבן משפחה קטין הוא המבצע עבֵרת מין בקטין או בחסר ישע, חובת הדיווח חלה, לרבות על הורי הנפגע.¹⁵⁹ חובת הדיווח חלה גם מקום שהפוגע אינו נושא באחריות פלילית מחמת גילו הצעיר.¹⁶⁰ בעשור האחרון חלה אומנם עלייה בשיעורי הדיווח על עבֵרות נגד קטינים וחסרי ישע בהתאם לחובת הדיווח הקבועה בחוק, אולם בחינת פסקי-הדין שדנו בחובת הדיווח בעשור האחרון מעלה כי המקרים שבהם הובילה עצם ההפרה של חובת הדיווח להרשעה ולענישה הם ספורים.¹⁶¹ מקרים ספורים אלה התמקדו אך בהפרות שנעשו על-ידי

156 בארצות-הברית רק 28% מעבֵרות האלימות נגד בני-נוער מדווחות למשטרה (Finkelhor), לעיל ה"ש 7, בעמ' 103). עבֵרות מין, התעללות והזנחה מדווחות בשיעורים הנמוכים ביותר (שם, בעמ' 152). אחת ההערכות היא כי רק 6% ממקרי ההתעללות בילדים שנעשות על-ידי אדם מחוץ למשפחה מדווחים, וכי רק 2% ממקרי ההתעללות בתוך המשפחה מדווחים. ראו: Judith Lewis Herman, *The Mental Health of Crime Victims: Impact of Legal Intervention*, 16(2) J. TRAUMATIC STRESS 159 (2003).

157 לדיון מפורט בקשיים אלה ראו Gal, לעיל ה"ש 8, בעמ' 111-114.

158 חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן-1989, ס"ח 10.

159 חוק העונשין (תיקון מס' 94), ס"ח 316.

160 בג"ץ 7374/01 פלונים נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נו(6) 529 (2003).

161 לדיון במיעוט ההתייחסות בפסיקה לעבֵרה של הפרת חובת הדיווח, ולאזכור המקרים הספורים המצויים בה, ראו גם בנימין שמואלי "חובת הדיווח על אלימות כלפי ילדים על-פי המשפט העברי ובהשוואה למשפט הישראלי" *משפחה במשפט* ג-ד 279, 285 (2010); יצחק קדמן "במותה ציוותה לילדים רבים את החיים: חובת הדיווח על עבירות בילדים – רקע, סקירה ומהות" *משפחה במשפט* ג-ד 337, 343 (2010).

הורי הילדים,¹⁶² אשר הואשמו ככלל בעברות נוספות. מהפסיקה המועטה הקיימת ניתן עם זאת לראות כי בתי-המשפט מודעים לחשיבותה של חובת הדיווח, בהיותה הסיכוי היחיד, לעיתים קרובות, להגן על קטין הנתון בידיו של אחראי המתעלל בו.¹⁶³ כך, לדוגמה, בת"פ (מחוזי י-ם) פלונית¹⁶⁴ הרשיעה השופטת בן-אור את הנאשמים, הוריהם של שנים-עשר ילדים, בעברות רבות של תקיפה והתעללות שביצעו בילדיהם במשך שנים ארוכות. בית-המשפט קבע כי האם ביצעה את עיקר ההתעללות, אולם האב בחר לא למנוע את מעשיה, נמנע מלדווח עליהם לרשויות, ובמקרים מסוימים אף הצטרף אליה. לפיכך הורשע האב גם בהפרת חובת הדיווח. בית-המשפט קבע כי דווקא משום שמילוי חובת הדיווח משמעו במקרים מסוג זה גרימת קרע משפחתי, חשוב ליצור נורמה פלילית שתדרבן את בן-הזוג של ההורה המתעלל לנקוט כל אמצעי סביר להפסקת ההתעללות.¹⁶⁵ בדומה לכך, בת"פ (שלום ת"א) פלונית¹⁶⁶ החמירה השופטת רייך-שפירא עם אמה של ילדה כבת שבע בגין נטישת בתה במלון עם אחיה הבוגר וחברו, שביצעו בה מעשי אונס ומעשים מגונים, וזאת לאחר שבאירוע מוקדם יותר תפסה האם את בנה מבצע בילדה מעשה מגונה.

162 לא מצאתי פסקי-דין מהעשור האחרון המרשיעים בהליכים פליליים אדם שאינו הורה או בן משפחה בעברה של הפרת חובת הדיווח. לזיכוי מעברה זו, תוך אי-התייחסות למהותה, ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 2184/06 מדינת ישראל נ' מרגולין (פורסם בנבו, 13.12.2012), שבו הרשיע השופט צבי סגל חברי סגל בכירים בבית-החולים "איתנים" בעברות שונות של התעללות בחוסים והזנחה שלהם. אף שחברי הסגל ידעו על העברות הללו, רק אחד מהנאשמים – מנהל המחלקה – הואשם גם בהפרת חובת דיווח, אך זוכה ממנה בשל ויתור התביעה על הרשעה בה כ"תמורה" על הרשעתו בעברת התעללות. בית-המשפט לא קיים דיון ענייני בהתייחסותם של יסודות העברה. להתייחסות של בית-המשפט העליון לחשיבות החינוכית, ההרתעתית והשיקומית של חובת הדיווח החלה על מוסדות חינוך, בהקשר שאינו פלילי, ראו בג"ץ 7374/01 פלוני נ' מנכ"לית משרד החינוך, פ"ד נז(6) 529, 540 (2003). כן ראו תחיה שפירא "חובת הדיווח על עבירות בקטינים ובחסי ישיע והעצמת מעמדו של פקיד הסעד: מבט רטרופקטיבי" משפחה במשפט ג-ד 317, 325 (2010).

163 יצוין כי בשנים האחרונות נשמעת ביקורת בשיח האקדמי על החלת חובת הדיווח על עובדים סוציאליים, בנימוק שסמכותם של עובדים סוציאליים לפתוח בהליכים משפטיים נגד הורים פוגעת אנושות ביכולתם לסייע למשפחות בטרם הגיעו למצב משכרי, ותורמת למעשה להחמרת התופעה. ראו: Nathan Harris, *Does Responsive Regulation Offer an Alternative? Questioning the Role of Formalistic Assessment in Child Protection Investigations*, 41 BRIT. J. SOC. WORK 1383 (2011). ראו עוד שמואל גולדשטיין ורינה לאור "היבטים בין-תרבותיים בחובת הדיווח ובאיתורם של ילדים נפגעי התעללות והזנחה" התעללות והזנחה של ילדים בישראל 858 (דבורה הורוביץ, יורם בן-יהודה ומאיר חובב עורכים, 2007).

164 ת"פ (מחוזי י-ם) 152/08 מדינת ישראל נ' פלונית, תק-מח 2009(4) 3300.

165 שם, פס' 120 לפסק-דינה של השופטת בן-אור.

166 ת"פ (שלום ת"א) 5369/06 מדינת ישראל פמת"א נ' פלונית, תק-של 2007(4) 9092. בערעור על גזר-הדין אימץ בית-המשפט המחוזי בתל-אביב את קביעותיה של השופטת, אולם החליט להקל במקצת את עונשה של האם לשנים-עשר חודשים. ראו ע"פ (מחוזי ת"א) 71904/07 פלונית נ' פרקליטות מחוז ת"א – פלילי, תק-מח 2008(3) 6080.

בגזרה על האם שמונה-עשר חודשי מאסר בפועל בגין הפרת חובת דיווח והזנחת ילדים (עברות לפי סעיפים 368דג) ו-362 לחוק העונשין), קובעת השופטת כי החוק מעניק משקל בכורה לאינטרס ההגנה על קטינים וחסרי ישע, אף על-חשבון שלמותו של התא המשפחתי (במקרה זה – דיווח של אִם נגד בנה הבוגר).

גם בפרשת חרדאן הורשע אביו הביולוגי של קטין בהפרת חובת דיווח ובשיבוש הליכי משפט, לאחר שהתברר לו כי אשתו השנייה, שגידלה את הבן, הכתה אותו באכזריות.¹⁶⁷ אומר על כך השופט בן חמו:

"מטרת הדיווח על פגיעה או התעללות בקטין, איננה רק כדי לנקוט פעולה ולהעניש על מעשה שנעשה בעבר, אלא היא צופה בחובה גם את פני העתיד ומטרתה למנוע הישנות המקרה, וטיפול על ידי הגורמים המוסמכים כדי למנוע הישנות של מקרה כזה. אי דיווח יש בו כדי לסכן את שלומו ובריאותו של הקטין גם לעתיד, שהרי בהעדר דיווח גם לא ניתן יהיה לטפל באותו הורה או גורם אחר..."¹⁶⁸

בת"פ (מחוזי חי') פלונית שימשה הפרת חובת הדיווח נימוק להרשעתו של אבי התינוקת שבבלה התעללות, כמי שבמחדלו אפשר את ההתעללות שנעשתה בה על-ידי האם, אשתו.¹⁶⁹ כך קובע השופט שיף שם באשר לחובת הדיווח:

"דרישת המחוקק מציבה את אמת המידה להתנהגותו של מי שנדרש, על ידי המחוקק, לפעול על מנת למנוע התעללות. אמרו מעתה, מי שלא דיווח, בנסיבות נשוא דיוננו, על התעללות בת זוגו, אין להסתפק בהרשעתו בעבירה לפי סעיף 368דג) לחוק העונשין, שכן, היה עליו לשמש לתינוקת לפה, אלא אם כן, היה מצליח לנקוט צעדים אחרים שהיו מביאים להפסקת ההתעללות."¹⁷⁰

נראה אם כן שלצד התייחסות רצינית של הפסיקה לחשיבותה של חובת הדיווח ככלי המחייב בני משפחה לדווח על בני משפחה אחרים הפוגעים בילדים, הפסיקה שותקת כמעט לחלוטין באשר לתחולתה של חובת הדיווח על אנשי-מקצוע ועל הציבור בכללותו. גם כאן מוחמצת הזדמנות לקדם את מימוש זכותם של ילדים להגנה באמצעות מסר שיפוטית.

(ב) מגבלות ופיקוח על עברייני מין – חוקי ההגבלה של עברייני מין משוחררים

ילדים, להבדיל ממבוגרים, תלויים באחרים בקביעת מקום מגוריהם, לימודיהם ועיסוקיהם בשעות הפנאי, ולפיכך קיימת חשיבות מיוחדת במימוש זכותם להגנה בחיי היומיום שלהם מבלי שהם יוצרכו לשנות את שגרת חייהם. הצרת צעדיהם של עברייני מין משוחררים עשויה לממש את זכותם להגנה הן של ילדים שנפגעו מעברות מין והן של ילדים אחרים, בהיותם

167 ת"פ (שלום נצ') 5750/00 מדינת ישראל נ' חרדאן, תק-של 2002 (1) 23230.

168 שם, בעמ' 6.

169 לניתוח פסק-הדין ראו פוגין' "קטינים נפגעי עבירה בראי המשפט", לעיל ה"ש 14, בעמ' 109-108.

170 ת"פ (מחוזי חי') 178/02 מדינת ישראל נ' פלונית, פ"מ תשס"ג (2) 769, 799 (2003).

קורבנות בכוח, אולם היא פוגעת, באופן טבעי, בחירויותיהם של עברייני מין משוחררים. כיצד מערכת המשפט הישראלית מגינה על ילדים בשלב שלאחר גזר-הדין?

בשנים האחרונות התקבלו שלושה חוקים חשובים המטילים הגבלות על עברייני מין שהורשעו.¹⁷¹ חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו-2006 (להלן: חוק ההגנה על הציבור), מסמך את בית-המשפט, על-סמך הערכת מסוכנות, להוציא צו פיקוח ומגבלות לגבי תנועותיו של עבריין מין שמסוכנותו אינה נמוכה. במסגרת הצו ניתן גם להטיל מגבלות הקשורות ליצירת קשר עם נפגע העברה או לעבודה או מגורים בקרבתו, אולם לנפגעי עברה אין מעמד במסגרת החוק. החוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, התשס"א-2001, אוסר את העסקתו של מי שהורשע בעברת מין ברשימה ארוכה של מקומות שנמצאים בהם ילדים או חסויים. בניגוד לשני חוקים אלה, המתמקדים בהגנה על כלל הציבור מפני עברייני מין, עניינו של חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העברה, התשס"ה-2004 (להלן: חוק המגבלות), הוא להגן על הנפגע הספציפי. החוק מאפשר הטלת מגבלות הן בנוגע למקום המגורים והן בנוגע למקום העבודה של עבריין מין, כדי למנוע קרבה למקום המגורים או למקום העבודה של נפגע העברה. בניגוד לחוק ההגנה על הציבור, אמת-המידה הקובעת בחוק זה אינה מסוכנותו של העבריין, אלא תחושתו הסובייקטיבית של נפגע העברה והחשש שקרבת העבריין תחמיר את מצבו הנפשי. כאמור, חשיבותו של חוק זה רבה בעיקר כאשר נפגע העברה הינו ילד, הן משום חוסר היכולת של ילדים להעתיק את מקום מגוריהם באופן עצמאי והן בשל יחסי הכוחות הלא-שוויוניים בינם לבין העבריין הבגור. החידוש בחוק הוא המעמד של צד בהליך שהוא נותן לנפגעי עברה. עם זאת, בולטת העובדה שאין הוא מאפשר להטיל מגבלות שאינן מתייחסות למקום המגורים או למקום העבודה של נפגע העברה, כגון איסור ליצור קשר עם הנפגע. בהקשר של ילדים בולטת בהעדרה גם האפשרות להטיל על העבריין מגבלות הקשורות למקום לימודיו של הקטין הנפגע. חסר זה בולט במיוחד במקרים שבהם אי-אפשר להטיל על העבריין מגבלות מכוח חוק ההגנה על הציבור משום שמסוכנותו לכלל הציבור מוערכת כנמוכה. כתוצאה מכך ילדים אלה נופלים בין כסאות החקיקה – מחד גיסא, אין אפשרות להרחיק את העבריין ממקום לימודיהם, למשל, בשל הוראות חוק המגבלות; ומאידך גיסא, אי-אפשר גם להגבילו מליצור קשר עם הנפגע הקטין מכוח חוק ההגנה על הציבור, בשל העדר מסוכנות גבוהה.¹⁷² חוסר האחידות בין החוקים מביא לידי כך שכדי להתאימם למציאות חיייהם של נפגעי עברות מין, בתי-המשפט מפעילים יצירתיות בהחלתם. בפרשת ג'אמל,¹⁷³ למשל, התבססה השופטת דיסקין על שניים מחוקי ההגבלה של עברייני מין משוחררים באופן מאוחד. בהחלטה העיקרית הוטל על העבריין צו פיקוח ומגבלות, לרבות איסור התקרבות לביתה של הנפגעת, מכוח חוק ההגנה על הציבור. אולם המעמד שניתן לנפגעת העברה הן בבקשה עצמה

171 לדיון מפורט בחוקים אלה ראו פוגין' "ביום שאחרי", לעיל ה"ש 11.

172 פוגין' "ביום שאחרי", לעיל ה"ש 11. נקל לתאר שגם כאשר מסוכנותו הכללית של עבריין מין מוערכת כנמוכה, מסוכנותו לעניין הנפגע עצמו גבוהה, בעיקר אם מדובר בבני משפחה. מכל מקום, חוק המגבלות אינו מבוסס, כאמור, על מסוכנותו של העבריין לנפגע, אלא על תחושותיו הסובייקטיביות של הנפגע.

173 ב"ש (מחוזי ת"א) 91076/08 מדינת ישראל נ' ג'אמל, תק-מח 2008 (3) 2006.

והן כמשיבה בערר שהגיש העברייני חודשיים מאוחר יותר התאפשר מכוח חוק המגבלות. גם ההנמקה, שהתמקדה בצורך להגן על הנפגעת, התבססה על תכליתו של חוק המגבלות, ולא על תכליות החוק שבמסגרתו ניתן הצו – חוק ההגנה על הציבור:

"מטרת החוק להגן על שלומם של נפגעי עבירות מין ולמנוע פגיעה בהם באמצעות הטלת מגבלות מגורים או עבודה על עברייני מין. צמצום המרחק באופן העלול לחשוף את הקטינה למפגש עם המבקש או להצר את צעדיה ותנועתה החופשית מחטיא את מטרת המחוקק. לכן, גם לו עמד טעם זה לבדו היה בו כדי להוות שיקול לרחיית הבקשה."¹⁷⁴

בהתייחס לפגיעה האפשרית בזכויות יסוד של עברייני מין, קבע בית-המשפט העליון כי המחוקק הכיר בכך שמוצדק לפגוע בזכויות העברייני למטרה של מניעת פגיעה נוספת בנפגע, ולכן כל שצריך לבחון הוא אם הפגיעה אינה "עולה על הנדרש":

"טענה של פגיעה בנוחיות חייו של עברייני המין, או אפילו פגיעה לא מכבידה מדי בקניינו, בחופש העיסוק, או בחופש התנועה שלו, או בזכותו לחיי משפחה... לא יהוו, לשיטתי, הגנה מוחלטת מפני הפעלת חוק המגבלות כנגד עברייני המין. עם זאת במסגרת הבדיקה על בית המשפט לוודא כי המגבלה המבוקשת נובעת מהנזק הנפשי שעלול להיגרם לנפגע עבירת המין, ולא מרצון להגן על הציבור בכללותו, שהרי לשם כך נועד חוק ההגנה... או מניסיון להעניש עונש נוסף את עברייני המין..."¹⁷⁵

חוקי ההגבלה של עברייני מין משוחררים, ובעיקר חוק המגבלות, היוו אם כן שינוי של ממש ביכולת ההגנה על נפגעי עבירות מין, בגירים וקטינים כאחד, מפני עברייני מין משוחררים. מוקדם עדיין לקבוע אם האופן שבו בתי-המשפט מחילים את חוקי ההגבלה במקרים שבהם נפגע העברה הינו קטין שונה מהאופן שבו הם מחילים אותם במקרים אחרים, ואם הם מתחשבים בצרכים הייחודיים של ילדים המצויים בנקודות שונות על-פני הרצף ההתפתחותי והגילאי וכן של ילדים עם צרכים מיוחדים, כמתחייב ממקבץ ההגנה.

* * *

שתי הדוגמות שנידונו ביחס לאופן שבו מערכת המשפט הישראלית מממשת את הצרכים־זכויות של ילדים נפגעי עברה במקבץ ההגנה – דהיינו, הצורך בהתאמות התפתחותיות ונסיבתיות לשם קיומו של שוויון מהותי ביישום הזכות להגנה בקרב ילדים – מראות כי אכן ננקטים מאמצים חקיקתיים ושיפוטיים להגן על ילדים אלה. עם זאת, ניתוח בהתאם למקבץ ההגנה מדגיש כי אין די במאמצים אלה. כך, למשל, בנוגע לחובת הדיווח ברור שקיימים הבדלים עצומים מבחינה התפתחותית בין ילדים רכים בשנים החשופים להזנחה או לפגיעות מצד הוריהם לבין נערים ונערות הסובלים מניצול מיני או מאלימות מידי האחראים עליהם.

174 שם.

175 בש"פ 7057/09 פלונית נ' אלמוני, פס' 20 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 13.12.2010) (ההדגשות במקור).

התייחסות להבדלים התפתחותיים אלה מצדיקה אולי החלה שונה של חובת הדיווח. בעוד ניתן להניח שילדים בגיל הרך תלויים באופן מוחלט באחרים בכל הנוגע בדיווח על הפגיעות בהם, נערים ונערות רבים יכולים לספר על הפגיעות בהם בעצמם לאדם קרוב. אולם חובת הדיווח, כפי שהיא מיושמת כיום, עלולה להרתיע נערים ונערות אלה מלספר על המצב שבו הם נתונים, שכן היא מונעת מאנשי אמונם את האפשרות לשמור את סודם. ניתן לקבוע מדיניות המתייחסת להבדלים גילאיים, מגדריים, התפתחותיים ואחרים, ולממשה באמצעות ועדות הפטור הקיימות מכוח החוק, אשר מופעלות כיום באופן פרטני ולא־שיטתי במחוזות השונים.¹⁷⁶ ברומה לכך, לשם מימוש מלוא הצרכים־זכויות שבמקבץ ההגנה, ייתכן שמן הראוי להחיל את חוקי ההגבלה של עברייני מין משוחררים באופן שיהא מותאם גילאית והתפתחותית, כלומר, תוך הגמשת תנאי־הסף של החוקים השונים ושימוש מודולרי בהגבלות השונות שהם מאפשרים בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל נפגע ובהתחשב ברמות הסיכון הגילאיות, כפי שפורט לעיל.

ג. אינטגרציה: מגבלות ההליך הפלילי בישראל במתן מענה למכלול הצרכים־זכויות של ילדים נפגעי עברה

ניתוח המענים הניתנים לצרכים־זכויות של ילדים נפגעי עברה במסגרת ההליך הפלילי בישראל מראה כי המערכת המשפטית נכשלת בכל אחד מארבעת המקבצים, אם כי בדרגות חומרה שונות. התחום שבו המערכת המשפטית מצליחה ככל הנראה לתת מענה בדרגה סבירה (אם כי חלקית) הוא תחום ההגנה בראי הוויקטימולוגיה ההתפתחותית. זאת לא בכדי, שהרי מטרתו של המשפט הפלילי טובבת סביב מניעת פגיעות, ואוכלוסיית הילדים זוכה בהגנה מיוחדת. מעבר להוראות החוק המהותיות האוסרות פגיעה והתעללות בילדים, קבע המחוקק הישראלי חובת דיווח רחבה שנועדה להגן על ילדים אף במחיר פגיעה אנושה בפרטיותו של התא המשפחתי. אולם קיים פער ניכר בין ההסדר החוקי המקיף לבין יישומו בפועל. מתברר כי אכיפתה של חובת הדיווח היא חלקית בלבד, מכוונת רק להורים ולאחראים ישירים על קטינים, ומתמקדת במקרים שבהם אי־הדיווח מצטרף לעברות אחרות. אין אכיפה של חובת הדיווח במובנה הרחב, שנועדה לשבור את מעגל השתיקה העוטף מערכות יחסים פוגעניות בין קטינים לבין האחראים עליהם באמצעות הטלת חובה פעילה על כל מי שרואה את הפגיעות לדווח עליהן. אפילו חובת הדיווח המוגברת המוטלת על אנשי־המקצוע המטפלים במשפחה אינה נאכפת כמעט. למעשה, מתגלה כאן מדיניות של הימנעות מאכיפה ככל שמדובר בהפרה של חובת הדיווח בלבד, ללא עברות "עיקריות", כגון התעללות או הזנחה. פער זה בין המילה הכתובה לבין המציאות בשטח פוגע ביישום זכותם של ילדים להגנה. ייתכן שאילו הוטלה חובת הדיווח באופן דיפרנציאלי, המותאם לגילאים שונים, לאוכלוסיות שונות (כגון ילדים עם מוגבלות) ולעברות שונות, כפי שמציע מקבץ ההגנה, הייתה אכיפתה משמעותית יותר. עם זאת, אין להמעיט בחשיבותו של ההסדר הנורמטיבי. למרות נטייתן

176 ס' 368(ד) לחוק העונשין. לדיון בשימוש בוועדות הפטור ראו מאיר־דב ברקוביץ' "היבטים משטרתיים של חקירת פגיעות והתעללות בילדים" התעללות והזנחה של ילדים בישראל 209, 243-244 (דבורה הורוביץ, יורם בן־יהודה ומאיר חובב עורכים, 2007).

של רשויות התביעה למעט באכיפתה של חובת הדיווח, ניכר כי למן חקיקתה חלה עלייה מתמדת בשיעורי הדיווח על פגיעות בילדים, המצביעה על ההשפעה החינוכית המשמעותית שהייתה לעצם חקיקתה של חובת הדיווח, ללא קשר למידת אכיפתה בפועל.

תחום נוסף שבו נקט המחוקק הישראלי צעדים מרחיקי-לכת לצורך הגנה על קטינים הוא חוקי ההגבלה של עברייני מין משוחררים, כפי שפורט בסעיף 33(ב) לעיל. יש להמתין ולראות כיצד יפורשו חוקים חדשים אלה על-ידי בתי-המשפט, ואם החלתם תיעשה באופן רגיש למידע שהוויקטימולוגיה ההתפתחותית מספקת לנו בדבר הסיכונים, דרכי ההתמודדות והתגובות על פגיעה, אשר משתנים לאורך שנות הילדות והנעורים.

המשפט הפלילי מצליח פחות במתן מענה לצורך בקידום רווחתם של ילדים, כמשמעותו במקבץ טובת הילד. כפי שהראה הניתוח, אכן נעשים מאמצים חקיקתיים מרשימים לצמצם את השפעות-הלוואי השליליות של ההליך הפלילי על ילדים נפגעי עברה, בעיקר באמצעות הטלת הגבלות על עדותם ועריכת התאמות מיוחדות בעבור אותם ילדים שנדרשים להעיד בבית-המשפט. אמצעים אלה, ובראשם חוק הגנת ילדים, תואמים את גישת המשפט הטיפולי, שכן הם מבקשים למזער את ההשפעות האנטי-טיפוליות של ההליך, ובעיקר את תחושות הפחד, הבושה וההאשמה העצמית הקשורות למעמד ההעדה המאיים.¹⁷⁷ למרות זאת, גם במערכת משפט אידילית מבחינת ההתייחסות לילדים נפגעי עברה, יסודות מסוימים במשפט הפלילי לעולם יעמדו בניגוד לרווחתם הנפשית או בתחרות עימה.¹⁷⁸ המשפט הפלילי עניינו מציאת האמת המשפטית וקביעת עונש הולם והוגן בהתאם לה. לצורך הבטחת תכליות אלה נקבעו כללים פרוצדורליים שנועדו למנוע הרשעות-שווא וענישה לא-הוגנת, ביניהם זכותו של הנאשם לקיים חקירה נגדית ולעמת את הילד המעיד עם גרסת ההגנה.¹⁷⁹ מקבץ טובת הילד מגלה כי ההליך הפלילי האדוורסרי מנוגד באופן אינהרנטי לחלק מן הצרכים והזכויות של נפגעים בכלל, ושל ילדים נפגעי עברה בפרט, המאוגדים במקבץ זה, לרבות הצורך לספר את סיפור הפגיעה באופן חופשי ומלא, לקבל הכרה בעול שנעשה להם ואשרור להתנהגותם, ולחוות תחושות של שליטה, תמיכה והעצמה במסגרת ההליך הפלילי. אכן, האינטרס הציבורי במניעת הרשעות-שווא ובחירויות הפרט של נאשמים, הניצבים בפני איום בעונש מאסר, מהווה שיקול-נגד כבד-משקל אל מול טובתו של הקטין. ההליך הפלילי מפר אם כן באופן מבני את עקרון טובת הילד הקבוע באמנה, שלפיו טובתם של ילדים צריכה להוות "שיקול ראשון במעלה" במסגרת קבלת החלטות הקשורות לגורלם.¹⁸⁰ אין זה מפתיע, אם כן, שדיון מפורט ומעמיק בשאלה מהי טובתם של ילדים נפגעי עברה, בהתאם למתווה שהוצע על-ידי ועדת רוטלוי,¹⁸¹ אינו מתקיים במסגרתם של הליכים פליליים. קידום פרואקטיבי של טובת

Michael S. King, *Therapeutic Jurisprudence, Child Complainants and the Concept of a Fair Trial*, 32 CRIM. L.J. 303 (2008). גם החוק לתיקון סדרי הדיון (חקירת עדים) מבקש להקל על קטינים מעידים ולמזער את ההשפעות האנטי-טיפוליות של ההליך.

Gal & Shidlo-Hezroni, לעיל ה"ש 82. 178

Laura Hoyano & Caroline Kennan, *Child Abuse: Law and Policy Across Boundaries* 179 (2007). 685.

ס' 3(1) לאמנת זכויות הילד, לעיל ה"ש 3. 180

רוח ועדת-המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 254. לפי המודל, טובת הילד מורכבת ממכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד. המודל מציע כי אלה יישקלו

הילד אינו חלק ממטרותיו של ההליך הפלילי. לכל-היותר נעשים מאמצים, ריאקטיביים, למנוע פגיעה מיותרת בטובתם של ילדים נפגעי עברה. אכן, נציגיהן של מערכות אכיפת החוק המטפלים בעברות שנעשו נגד קטינים יכולים לשאוב השראה ממקבץ טובת הילד, ולנסות לנהל את הקשר עם ילדים נפגעי עברה באופן שיצמצם פגיעות אפשריות בשלומם הנפשי ויעצים את הסיכוי לקדם את טובתם.¹⁸² עם זאת, מענה מלא לצרכים-זכויות שבמקבץ טובת הילד ומעמד-על לטובתם של ילדים יכולים להינתן רק במסגרות אחרות, שבהן מטרת-העל אינה הרשעה וענישה, דוגמת הליכי צדק מאחה. הליכים אלה מאפשרים קיומם של מפגשים בטוחים, קונסטרוקטיביים וישירים בין פוגעים לבין נפגעים יחד עם תומכיהם, שאינם מבוססים על האשמות הדדיות, אלא על הכרת העוול שנגרם לנפגע וחיפוש אחר דרכים לאיחוי הפגיעה. הליכי צדק מאחה יכולים להתנהל כתוספת להליך הפלילי או במקומו, בהתאם לנסיבות.¹⁸³ גם הזכות לשיקום הקבועה באמנה ומהווה חלק ממקבץ טובת הילד אינה ממומשת כמעט. אומנם, הטלת פיצויים לטובת הנפגע נעשית בשנים האחרונות באופן שכיח יותר מבעבר, אולם היא אינה מהווה עדיין חלק קבוע מגזרי-הדין במקרים של פגיעות בילדים. גם בחקיקה אחרת, החורגת מתחומי ההליך הפלילי, אין עיגון לזכות גורפת של ילדים נפגעי עברה לקבלת שירותי סיוע ופיצוי. עם זאת, נעשים נסיונות להרחיב את רשת הסיוע, אם באמצעות מרכזי ההגנה ההולכים ונבנים ברחבי הארץ (אשר מטרתם אינה שיקומית אך יש בהם פוטנציאל לסייע גם בטווח הארוך, לכלי-הפחות באמצעות הפניה לשירותי שיקום בקהילה) ואם באמצעות הסדרת העברתם של כספי פיצויים לילדים נפגעי עברה עד שיועבר הפיצוי ממבצע העברה עצמו.

התחומים שבהם מערכת המשפט הפלילי הישראלית נכשלת כישלון חרוץ בהתייחסות לצרכים-זכויות של ילדים נפגעי עברה הם אלה המתמקדים בראיית ילדים כשותפים בהליך הפלילי ובהבטחת קיומו של הליך הוגן בעבורם. הניתוח באמצעות מקבץ השליטה הדגים עד כמה מערכת המשפט הפלילי מתקשה להתייחס לילדים נפגעי עברה כאל שותפים – ולו חלקיים וזוטרים – בהליך הנובע מהפגיעה בהם. השינוי שהביא עימו חוק זכויות נפגעי עברה לעניין הזכות להבעת עמדה בצמתים שונים של ההליך הפלילי אינו פשוט ליישום אף ביחס לנפגעי עברה בגירים, לא כל שכן כאשר מדובר בנפגעי עברה קטינים. סקירת הפסיקה שנעשתה במסגרת מחקר זה העלתה כי קולם האותנטי של ילדים נפגעי עברה אינו בא כמעט לידי ביטוי בהנמקותיהם של שופטים בגזרי-הדין, בין באמצעות ציטוטים מהצהרות נפגע ובין באמצעות הפניות לדבריהם בתסקירי קורבן. בהתייחס לזכות להגיש הצהרת נפגע, קשה לדעת באיזה שלב ב"מירוץ המכשולים" הקשה מאבדים למעשה ילדים נפגעי עברה את זכותם להגיש: האם כבר בשלב התלונה למשטרה, בהעדר הקפדה על יידועם – נוסף על יידוע הוריהם – בדבר הזכות להגיש הצהרת נפגע? האם בשלב הקשר עם נציגי התביעה,

בכל מקרה ומקרה בהתאם לרשימה של גורמים, כגון רצון הילד, שלומו הגופני והנפשי, גילו ורמת התפתחותו, מימד הזמן בחייו, מין הילד, השפעותיה של ההחלטה על חייו בהווה ובעתיד, קשריו עם הוריו ועם אנשים אחרים, עמדתם של ההורים ותומכים אחרים, הידע המקצועי הרלוונטי וכל גורם רלוונטי אחר.

182 לדוגמה, לבטא הכרה בסבלם, לעודד תמיכה פעילה של בני משפחה ואחרים, להימנע ממתחת ביקורת ומהאשמה, ולקדם קבלת פיצוי מהפוגע. ראו Gal, לעיל ה"ש 8, בעמ' 205.

עקב אי־השקעת מאמצים לאפשר לילדים מגילאים שונים לכתוב את ההצהרה בפועל תוך קבלת סיוע הולם? האם בשלב הריון בעונש, שבו על התביעה למסור את ההצהרה לבית־המשפט? או שמא הדבר קורה בשלב הסיום, כאשר השופט יושב על המדוכה ונדרש לבחור את הקולות שעליהם יסתמך לצורך גזירת הדין? בהתייחס לתסקירי קורבן, אלה אינם נתפסים ככלי למימוש זכותם של קטינים להשתתפות, אלא ככלי־עזר לבית־המשפט בגזירת הדין. בהתאם לכך, בתי־המשפט נוטים לצטט הערכות שנעשו על־ידי אנשי־מקצוע לגבי מצבם הנפשי והפיזי של ילדים נפגעי עברה, וממעטים להביא מדבריהם של הקטינים עצמם. כך לעניין השימוש בתסקירי קורבן לצורך קביעת העונש, וכך לעניין ההסתמכות על המצב הנפשי של ילדים נפגעי עברות מין ואלומות לעניין השחרור המוקדם. גם כאן קשה לקבוע מתי נאלם קולם של ילדים נפגעי עברה – אם כבר בעת עריכתם של תסקירי קורבן או שמא בעת ההסתמכות עליהם בשלב גזירת הדין. כך או כך, קשה מאוד למצוא בפסיקה עדויות לכך שרצונותיהם ותחושותיהם של ילדים נפגעי עברה הגיעו לייעוד והשפיעו על תוצאות ההליך. גם שמיעת עמדתו של הנפגע בנוגע להסדר־טיעון עם הפוגע נעשית, אם בכלל, ללא התייחסות המותאמת באופן מיוחד לגיל ולנסיבות המיוחדות של הקטין נפגע העברה, ונראה שהמערכת מתקשה באופן מיוחד לאכוף זכויות השתתפות שמימושן מחייב נקיטת מאמצים פעילים כאשר נפגע העברה הינו קטין. למרות הוראות החוק ולמרות מרכזיותה של זכות ההשתתפות באמנה, בפועל קולם של ילדים נפגעי עברה לא נשמע בצמתים השונים של ההליך הפלילי. ככל שמדובר בגילאים רכים, אין מנוס מליישם את זכות ההשתתפות באמצעות אנשי־מקצוע או הורי הקטינים. אולם לנוכח הממצאים באשר לרצונם של ילדים מגילאי בית־ספר יסודי להישמע ולזכות ביחס מכבד ובהקשבה,¹⁸⁴ לא ברור אם הימנעות המדינה מפנייה ישירה אל הילדים, באמצעות אנשים המוכשרים לכך ובאופן המותאם לגילם ולטובתם, ניתנת להצדקה, וזאת בעיקר לנוכח העובדה שלמרות ההנחיות הפנימיות, תסקירי קורבן אינם מהווים בפועל שופר לקולם של הילדים.

כשלונה של המערכת המשפטית בהתייחסות לעמדותיהם של ילדים נפגעי עברה בולט במיוחד ביישום חוק הגנת ילדים, שכן בחוק זה נקבעו באופן מפורש הוראות המחייבות את שמיעת דעתו של הילד עצמו לפני קבלת החלטות לעניין העדתו.¹⁸⁵ גם אם חוקרי הילדים מקיימים את חובתם ומתייעצים עם "לקוחותיהם" הילדים, אין כל תיעוד לכך בהחלטות השופטים. פסקי־הדין אינם כוללים כל תיעוד גם לעניין יישום חובתם של השופטים עצמם לשמוע את עמדת הילד לגבי המשך עדותו או הפסקתה. נוסף על כך, לא ברור עד כמה זכותם של ילדים נפגעי עברה לקבלת מידע כללי על מהות ההליך ומעמדם בו ועל התקדמות התיק בעניינם ממומשת באופן התואם את מידת בגרותם, כמתחייב מסעיף 4(א) לחוק זכויות נפגעי עברה. אין בנמצא ולו פסק־דין אחד שבו נבחן אם זכויות אלה מומשו באופן התואם את גילו ומידת בגרותו של המתלונן.

מתברר אפוא שכאשר מדובר בילדים, מרגע שהתגלו חשדות בדבר עברות שנעשו נגדם נלקחת מידיהם כל שליטה בהליך הפלילי ובתוצאותיו, וזאת ללא קשר לגילם ולמידת בגרותם. גם אם מאפשרים להם להגיש הצהרת נפגע, גם אם מבררים את עמדתם לעניין

184 Melton & Limber, לעיל ה"ש 47; Hicks & Lawrence, לעיל ה"ש 46.

185 ראו גל, לעיל ה"ש 7.

הסדר-טיעון, וגם אם שואלים אותם לגבי אופן העדתם במקרים שבהם חוק הגנת ילדים חל עליהם – מסקירת הפסיקה עולה כי קולם אינו מגיע בסופו של דבר אל הגורם הקובע, הוא השופט. המקרים הנדירים שבהם שופטים מצטטים מדבריהם של ילדים נפגעי עברה, והמקרים הנדירים עוד יותר שבהם אי-מימוש זכותו של קטין נפגע עברה השפיעה על החלטה שיפוטית, מעידים על הכלל. ככלל, זכותם של ילדים נפגעי עברה להשתתפות בהליך הפלילי אינה זוכה בהגנה שיפוטית; הצורך של ילדים נפגעי עברה בשליטה אינו מעוגן באכיפה שיפוטית.

ודוק, הממצאים בדבר תפיסות הצדק של ילדים מדגישים כי ילדים אינם רוצים להיות מקבלי ההחלטות עצמם.¹⁸⁶ העברת יכולת קבלת ההחלטות כולה אל כתפיהם של ילדים נפגעי עברה עומדת גם, ככלל, בניגוד לטובתם, שכן היא חושפת אותם ללחצים מצד המעורבים בעניין ומטילה עליהם אחריות כבדה. אולם יש חשיבות רבה להתייחסות מכבדת, קשובה ומעצימה כלפי ילדים, אשר תרגומה בפועל הוא הזמנתם לתרום את נקודת-מבטם בצמתים השונים של ההליך הפלילי וייחוס משקל ראוי לעמדותיהם. יחס כזה, אם קיים, אינו משתקף בפסיקה של השנים האחרונות. בהינתן מצב זה, ולנוכח הידע הקיים בדבר חשיבותה של תחושת השליטה דווקא במצבי לחץ וטראומה, נקל להבין מדוע ילדים ובני-נוער רבים בוחרים לנקוט את הדרך האחת שתאפשר להם לחוש שליטה מסוימת במצבם: להמשיך לשתוק.

לבסוף, חוק זכויות נפגעי עברה לא העניק לנפגעי עברה זכות כללית להליך הוגן, אלא הסתפק בקביעת זכויות פרוצדורליות נקודתיות לחלק מנפגעי העברה. בשנים האחרונות יש אומנם ניסיון לקרב את נפגעי העברה אל ההליך הפלילי, ולא להדירם כבעבר, אולם הם אינם נחשבים עדיין צד להליך. גם הפסיקה לא קבעה זכות כללית של נפגעי עברה להליך הוגן, לא כל שכן בהקשר של ילדים. לכאורה אין הכרח בעיגונה של זכות להליך הוגן על-מנת שילדים נפגעי עברה יחוו את ההליך בעניינם כהוגן. די בכך שנוכל לראות כי ילדים בישראל חווים את ההליך ככזה. אולם בפועל מתברר כי רק במקרים מעטים מתאפשר לילדים נפגעי עברה להשפיע באופן כלשהו על ההליך. קשה לקבוע קביעה נחרצת לגבי מימוש מרכיביו הנוספים של מקבץ ההליך ההוגן – יחס שוויוני כלפי כלל הילדים נפגעי העברה, ניטרליות, שקיפות, יחס מכבד והבנת ההליך. אולם ככל שיכולת השפעה על ההליך מבטאת מאפיין של הליך הוגן, ניתן לשער כי לפחות במרכיב זה ייתנו ילדים נפגעי עברה ציון נמוך להליך הפלילי בישראל. מכל מקום, רק מחקר אמפירי שיבחן ישירות את דעותיהם ותחושותיהם של ילדים נפגעי עברה לעניין ההליך הפלילי שנערך בעניינם יוכל לספק תשובה אמינה לגבי המידה שבה מרכיבי המקבץ בדבר ההליך ההוגן מתממשים לגביהם.

Nigel Thomas & Claire O'Kane, *Experiences of Decision-Making in Middle Childhood: The Example of Children 'Looked After' by Local Authorities*, 6 CHILDHOOD 369 (1999).

סיכום ומסקנות

במאמר זה נבחנה התייחסותו של המשפט הפלילי הישראלי לילדים נפגעי עברה בעשור שלאחר חקיקתו של חוק זכויות נפגעי עברה. הבחינה התמקדה בדין הפרוצדורלי, ונעשתה באמצעות מודל צרכים-זכויות אשר פותח במקום אחר¹⁸⁷ ומוצג כאן לראשונה בעברית. המודל מורכב משני רבדים – נורמטיבי ואמפירי. הרובד הנורמטיבי מורכב ממשש הוראות המנויות באמנת זכויות הילד: ארבעה עקרונות מנחים – טובת הילד, שוויון, התפתחות והשתתפות; ושתי זכויות ספציפיות – הזכות להגנה והזכות לשיקום. הרובד האמפירי מייצג מכלול של ידע מהספרות הפסיכו-סוציאלית. רובד זה חולק לארבעה חלקים המתייחסים להיבטים שונים של ילדים וקורבנות: קידום רווחתם של ילדים נפגעי עברה; חשיבות השליטה והדיאלוג ככלים טיפוליים; נתונים שאובים מתוך הוויקטימולוגיה ההתפתחותית, המתייחסת לייחודה של הקורבנות בכל גיל ובכל שלב התפתחותי; ולבסוף תפיסות הצדק של ילדים. השילוב של הרובד הנורמטיבי ("זכויות ועקרונות") עם הרובד האמפירי ("צרכים") נעשה באמצעות "תרגום" של מושגים הלקוחים משתי שפות שונות וסידורם, מיונם וחיבורם לארבעה מקבצים משולבים של צרכים-זכויות. ארבעת מקבצי הצרכים-זכויות – טובת הילד, שליטה, הגנה והליך הוגן – היוו את ארבע אמות-המידה לבחינת יחסו של המשפט הפלילי הישראלי כלפי ילדים נפגעי עברה.

מודל הצרכים-זכויות מתאים ליישום במקרה של ילדים מפני שרק תפיסה עשירה ורב-ממדית של זכויות יכולה לחול על מי שיכולת קבלת החלטות שלהם נמצאת בהתפתחות מתמדת ואשר תלויים באחרים לצורך מימוש זכויותיהם. תפיסה פורמליסטית דווקנית של זכויות, השמה דגש בחירויות ומעניקה משקל מכריע ליכולת קבלת החלטות רציונלית, אינה משקפת את מציאות חייהם של ילדים, ואינה יכולה לסייע להם.¹⁸⁸ המודל תואם גם את המציאות המשפטית הבין-לאומית, שכן אמנת זכויות הילד – "מסמך-הדגל" של תפיסת זכויות הילד ברחבי העולם – מותירה מקום רב לפרשנות ולמילוי הזכויות בתוכן קונקרטי. אכן, המודל מסייע במילוי הזכויות בתוכן קונקרטי תוך הותרת מרחב לשונות תרבותית. המודל מתאים גם למרחב המשפטי המקומי החל בישראל בהקשר של נפגעי עברה, שכן סעיף 4 לחוק זכויות נפגעי עברה מותיר חופש פעולה רב למחוקק-המשנה ולרשויות המבצעות בהתאמת הזכויות המנויות בחוק לילדים, תוך הפניה לעקרונות האמנה ולרוחה. אכן, המודל מספק מידע ורעיונות לגבי יכולותיהם, צורכיהם ותפיסות הצדק של ילדים נפגעי עברה, ובכך יכול לסייע במילוי הוראת סעיף 4 בתוכן ממשי.

בכוחו של המודל גם לקדם את המחקר בתחום הפגיעות בילדים מעבר לעדשה הצרה שדרכה נבחן הנושא על-פי-רוב, והניתוח שנעשה במאמר זה מהווה צעד ראשון בכיוון. מעל לכל, השימוש במודל חושף את נקודות החולשה ביחסה של מערכת המשפט הפלילי הישראלי כלפי ילדים נפגעי עברה, ומאתר מקומות שבהם ניתן לערוך שיפורים במסגרת

187 Gal, לעיל ה"ש 8.

188 ראו רות זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס" זכויות הילד והמשפט הישראלי 129 (תמר מורג עורכת, 2010); Martha Minow, *Rights for the Next Generation: A Feminist Approach to Children's Rights*, 9 HARV. WOMEN'S L.J. 1 (1986).

השיטה הקיימת. כך, למשל, המודל חושף כי הדרתם של ילדים מהחלטות המתקבלות במסגרת ההליך הפלילי מובילה לכמה תוצאות ברי-זמנית. ראשית, העדר שיתוף מהווה פגיעה בזכותם של ילדים להשתתפות על-פי האמנה. חסך זה בולט כיום במיוחד לנוכח הנחיה שפורסמה לאחרונה על-ידי ועדת זכויות הילד של האו"ם, שלפיה יש לממש את זכותם של ילדים להשתתפות גם בהליכים פליליים הנובעים מפגיעות בהם.¹⁸⁹ שנית, אי-מתן הזדמנות לילדים להשמיע את קולם גורם להחמצת הפוטנציאל הטיפולי שעשוי להיות לשיטתם בהליך הפלילי תוך הקניית תחושה מסוימת של שליטה בו. שליטתם של ילדים מהשיח הפלילי מונעת מהם את ההזדמנות לחוות את ההליך כהוגן, וכך מקטינה את שביעות-רצונם ממנו ומקשה עליהם לקבל את תוצאותיו. המסקנה שניתוח זה מוביל אליה אינה כי יש לשתף בכל מקרה ומקרה ילדים נפגעי עברה בהחלטות הקשורות להליך הפלילי הנובע מהפגיעה בהם. המודל מכיר בכך שפעמים רבות מוצדק למזער את חשיפתם של ילדים להליך. אולם ניתוח מפרספקטיבה של צרכים-זכויות מדגיש את הבעייתיות הטמונה בהדרת ילדים מההליך באופן גורף, מחד גיסא, ואת היתרונות הגלומים במעורבותם בו במידות משתנות, מאידך גיסא.

במקביל המודל מהווה גם כלי עבודה מעשי שבכוחו לקדם תפיסה רחבה של מימוש זכויותיהם, צורכיהם ורצונותיהם של ילדים נפגעי עברה במסגרת ההליך הפלילי, ובכך לשפר את המענים הניתנים כיום לילדים אלה. כך, לדוגמה, הממצאים באשר לתפיסות הצדק של ילדים מצביעים על חשיבותה של התייחסות מכבדת, הוגנת ומשתפת אל ילדים נפגעי עברה לאורך ההליך הפלילי, גם אם אין להם היכולת לקבל החלטות הקשורות אליו. ממצאים מהספרות הוויקטימולוגית יכולים לסייע בהבנת הנזקים הנגרמים לילדים מגילאים שונים כתוצאה מפגיעות מיניות ומהתעללות, ועל-ידי כך להנחות את מקבלי ההחלטות בנוגע לאופן יישומם של חוקי ההגבלה של עברייני מין משוחררים. ממצאים ממקבץ רווחת הילד עשויים להאיר יסודות שונים בהליך הפלילי שיש בהם פוטנציאל טיפולי (למשל, הכנת הצהרת נפגע) ולעומתם יסודות אחרים שעלולות להיות להם השלכות קשות על שלומם הנפשי של ילדים נפגעי עברה (למשל, העמדת ילד לחקירה נגדית בנוגע להצהרת הנפגע שהגיש). לבסוף, המודל יכול לשמש כלי לפיתוח תוכניות חלופיות, כגון הליכי צדק מאחה, שהיוו נגישות – במובן העמוק של המילה – לילדים נפגעי עברה.¹⁹⁰

חשיבה מחודשת על המענים הניתנים לילדים נפגעי עברה מפרספקטיבה מורכבת זו של צרכים-זכויות יכולה להוליד רעיונות חדשים שביכולתם לקדם לא רק את רווחתם של ילדים אלה, אלא גם מטרת מערכתיות נרחבות. כך, לדוגמה, יישום חובת הדיווח באופן התואם את הידע הנצבר בארבעת מקבצי הצרכים-זכויות עשוי להביא לידי שינוי מהותי בהפעלתה. אימוץ מקבצי השותפות עם ילדים וההליך ההוגן מכוון להפעלת שיקול-דעת רחב ביישום חובת הדיווח, תוך קיום היוועצות עם נערים ונערות בדבר עיתוי הדיווח, בדבר

Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 12 – The Right of the Child to be Heard* (51st sess., UN Doc CRC/C/GC/12, 20 July 2009)

190 לדיון בהפעלתן של תוכניות צדק מאחה במקרים של פגיעות בילדים ראו גל, לעיל ה"ש 7. ראו גם Gal & Moyal, לעיל ה"ש 145, המצביעים על חוסר שביעות-רצון של ילדים נפגעי עברה שהשתתפו בהליכי צדק מאחה שלא הותאמו באופן מיוחד לקטינים.

זהות הגורם שאליו יימסר הדיווח ובדבר האפשרות לפנות לוועדת הפטור לצורך הימנעות מדיווח. מקבץ טובת הילד מהווה תזכורת קבועה לכך שלצד הרצון לתת משקל רב לרצונם של נערים ונערות ולכבד את פרטיותם, טובתם צריכה להיות לעולם שיקול ראשון במעלה, וזו מצדיקה לעיתים דיווח לרשויות אף בניגוד לרצונם (אף שאו, ככל האפשר, לשתפם בהחלטה ובנימוקים לה). מקבץ הוויקיטימולוגיה ההתפתחותית מסייע להתאים את מרחב שיקול-הרעת לגיל ולרמה ההתפתחותית של הילד הנידון, וכן מיידע מקבלי החלטות בדבר יכולותיהם של ילדים מגילאים שונים לפנות לעזרה. מכל מקום, אם נערים ונערות יחוו כי יש להם שליטה מסוימת בהתרחשויות הקורות לאחר פנייתם למבוגר בעניין הפגיעה בהם, ייתכן שהם יחוו את ההליך כהוגן יותר, ויחוו העצמה ושביעות-רצון רבה יותר. ברמה המערכתית, יישום חובת הדיווח באופן גמיש יותר, המתחשב בכשרים המתפתחים של נערים ונערות, ברצונותיהם, בתפיסות הצדק שלהם ובטובתם, עשוי להוביל לשיעורי דיווח גבוהים יותר, ומכאן לשיפור היכולת להגן על כלל ילדיהם.¹⁹¹

בעשור האחרון חל מהפך בהתייחסותו של המשפט הפלילי לנפגעי עברה. השפעתו של חוק זכויות נפגעי עברה ניכרת לא רק ביישום הזכויות המנויות בו, אלא אף בפרשנותם של חוקים אחרים באופן המכיר במעמד המיוחד של נפגעי עברה. אולם מאמר זה הראה כי בעוד מהפכת זכויות הקורבן מחלחלת באיטיות לפסיקה ולפרקטיקה הנוגעות בנפגעים בגירים, אוכלוסיית הקטינים נפגעי העברה אינה נהנית ממנה כמעט. שיקולים הגנתיים-פטרנליסטיים הקשורים למניעת פגיעה נוספת בילדים קיבלו אומנם חיזוק במסגרת "מהפכת זכויות הקורבן", בדמות חקיקתם של חוק זכויות נפגעי עברה וחוקי ההגבלה של עברייני מין משוחררים, אולם אינטרסים אחרים, ובעיקר הזכות והצורך להשתתף בהליך, לא מומשו כמעט בפסיקה בעניינם של ילדים נפגעי עברה. ללא מדיניות מפורטת וברורה לעניין התאמתן של הזכויות המפורטות בחוק – ובראשן הזכות להבעת עמדה – לילדים מגילאים שונים, קשה לראות כיצד ימומשו זכויות אלה על-ידי ילדים מבלי שהם ייחשפו לסיכון של פגיעה נוספת. ההליך הפלילי, כפי שהוא כיום, מציב במקרים רבים, הן בפני הילדים והן בפני מקבלי ההחלטות, שתי אפשרויות בלבד: מימוש הזכות להשתתפות תוך חשיפת הילד לנפגעי ההליך או הדרה מוחלטת תוך הפרת הזכות להשתתפות. במאמר זה, לעומת זאת, הובאו דוגמות לדרכים שבהן ניתן לשפר באופן משמעותי את המענים הניתנים לילדים נפגעי עברה, באופן התואם את מכלול הצרכים והזכויות שלהם.

191 ראו גם Harris, לעיל ה"ש 163.