

## **חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית), התשס"ו–2005 בראי לימודי ביקורת מוגבלות – נגישות למערכת הצדק לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית**

### **יהודית לייבה ונטע זיו\***

חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית), התשס"ו–2005 מתאים ומנגיש את הליכי החקירה והעדה הפליליים לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. במסגרת הליך המבוסס על גישה אדוורסרית, החוק מחייב גביית עדות על ידי חוקר בעל מומחיות מקצועית בשלב החקירה המשטרית, וקובע כללים ראייתיים ייחודיים לדיון בשלב המשפט. התאמות אלו נועדו לנטרל את הקשיים העומדים בפני אנשים עם מוגבלות בהליכי החקירה הפלילית והעדות בבית המשפט. המאמר בוחן האם ועד כמה משקף החוק את הגישה הביקורתית-חברתית למוגבלות, הרואה את המוגבלות בעיקרה כתוצר של הבנייה חברתית-תרבותית, ודוחה את התפיסה המסורתית הרואה במוגבלות מצב רפואי-פיזי. המאמר טוען כי חוק הליכי חקירה והעדה אמנם מושתת על הגישה הביקורתית למוגבלות, אך יחד עם זאת אינו נעדר את סממני הגישה הרפואית. לפיכך, מסקנתנו היא שהחוק משקף את הגישה המורכבת למוגבלות: אף שבבסיסו מונחת ההבנה כי בכדי להבטיח נגישות למערכת הצדק יש לפעול להנגשת הליכי אכיפת החוק לאנשים עם מוגבלות, הוא אינו מתכחש לרכיב הלקות ולהיבטים הרפואיים, הנפשיים, השכליים והפיזיים של המוגבלות, המהווים חלק בלתי נפרד מחוויית החיים של אוכלוסייה זו. בכך מאמץ החוק את הביקורת המרכזית שנמתחה על הגישה החברתית-ביקורתית למוגבלות, המתכחשת לקשיים הפיזיים והממשיים הכרוכים במוגבלות: כאבים, תסכולים, תופעות פיזיולוגיות, בדידות ותלות באחרים, שאינם בהכרח קשורים להבניות חברתיות.

\* יהודית לייבה משמשת כפרקליטה בכירה (מנהלת מחלקה בתחום הפלילי) בפרקליטות מחוז תל-אביב. במסגרת תפקידה היא מרכזת את תחום הטיפול באנשים עם מוגבלות בפרקליטות ומכהנת כיו"ר הפורום בפרקליטות המדינה ליישום חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו–2005. נטע זיו היא פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ומרצה בתחום זכויות אנשים עם מוגבלות. מאמר זה הוא עיבוד של עבודת מחקר שעשתה במסגרת סמינר. ברצוננו להודות לחברי מערכת כתב העת על הערותיהם המועילות.

מבוא. פרק א: הגישה הביקורתית-חברתית למוגבלות. פרק ב: הביקורת על הגישה הביקורתית-חברתית. פרק ג: הגישה הביקורתית למוגבלות והזכות לשוויון. פרק ד: אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בהליך הפלילי. פרק ה: הערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בהליך הפלילי בישראל לפני חקיקת החוק; 1. קווי יסוד להערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית; 2. יישום המבחנים להערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. פרק ו: חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005; 1. הרקע לחקיקת החוק; 2. מטרת החוק; 3. הוראות החוק; 4. הליכי החקירה; 5. ההליכים המשפטיים. פרק ז: החוק והגישה הביקורתית-חברתית למוגבלות ומשפט. סיכום.

## מבוא

אנשים עם מוגבלות, בעיקר אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, חשופים לניצול ולפגיעה יותר מכלל האוכלוסייה. סדרי הדין ודיני הראיות המסדירים את הליכי החקירה וההעדה אמורים לאפשר לכלל האוכלוסייה ובכללה אנשים עם מוגבלות ליהנות מהגנה שווה של הדין (equal protection of the law). כללים אלה נחזים ככללים נתונים, ניטרליים ומובנים. אולם כללים אלה עוצבו מבלי להביא בחשבון את צורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. סדרי הדין ודיני הראיות מעמידים בפני אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית מחסומים שפתיים, קוגניטיביים ורגשיים, המונעים מהם להיחקר ולהעיד עדות מלאה, מדויקת, מפורטת וקוהרנטית. בשל אי-התאמת הליכי החקירה והעדה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית קל לחלץ מהם הודאות שווא בהיותם חשודים ולהביא להרשעת חפים מחד גיסא, ותלונותיהם אינן מטופלות טיפול הולם, הגם שהיו קרבנות לעברות מין ואלים חמורות, מאידך גיסא. במקרים רבים המשטרה לא מיצתה את החקירה, והתביעה הכללית גנזה את התיקים מבלי שהעבריינין הועמד לדין או ערכה הסדרי טיעון מקלים מאוד עם העבריינים. ההליכים המשפטיים הסתיימו לרוב בזיכוי העבריינין. אי-התאמת הליכי חקירה והעדה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית גרמה לפגיעה קשה באכיפת החוק, מנעה מיצוי הדין עם עבריינים, פגעה בזכותם לשוויון, באפשרות גישתם לצדק ומנעה מהם להיות חלק מן המרחב הציבורי.<sup>1</sup>

חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית), התשס"ו-2005 שהתקבל בכנסת ב-9.12.2005 ונכנס לתוקף בחודש דצמבר 2006 שואף לתקן מציאות זו.<sup>2</sup> החוק הוא יישום קונקרטי של המהלך החקיקתי הרחב לקידום זכותם לשוויון של אנשים עם מוגבלות המתבטא בעקרונות היסוד שנקבעו בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998,

1 הוועדה הציבורית לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא: זכויות אנשים עם מוגבלות דו"ח הוועדה 74 (1997) (להלן: דוח הוועדה).

2 חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005.

והכולל הכרה בזכות להשתתפות שוויונית בכל תחומי החיים תוך מתן מענה הולם לצורכיהם המיוחדים של אנשים עם מוגבלות, ובאופן ששומר על כבודם.<sup>3</sup>

החוק מתאים את הליכי החקירה וההעדה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, קובע הסדרים ראייתיים ייחודיים שנועדו לנטרל את הקשיים שמעמידים הליכי החקירה וההעדה בפניהם, מתאים ומנגיש את הליכי החקירה וההעדה לצורכיהם המיוחדים. החוק חורג וסוטה מכללים ראייתיים ומסדרי דין אדוורסריים החלים במשפט בכלל ובמשפט הפלילי בפרט ומגמיש אותם. משכך, מדובר במהלך חקיקתי ייחודי המיישם במידה רבה גישות חדשות וביקורתיות למוגבלות, שהתפתחו בעשורים האחרונים בחשיבה ובאקטיביזם בתחום המוגבלות. גישות אלו מבוססות על ההכרה כי מוגבלות אינה מסתכמת בלקות הפיזית של האדם, כי אנשים עם מוגבלות סובלים מדעות קדומות הרואות בהם בעלי "פגם", וכי ערכי השוויון, ההשתתפות וכבוד האדם צריכים להיות בבסיס מדיניות חברתית, וכך גם במשפט. מאמר זה מבקש אפוא לבחון את הבסיס הרעיוני והתאורטי המצוי בבסיסו של החוק דרך משקפיים אלו ולהצביע על הדרכים שבהן החוק מקדם את ערך השוויון במובנו זה ואת השמעת קולם של אנשים עם מוגבלות במסגרת עולם המשפט ואכיפת החוק.

הגישה ששלטה עד שנות השבעים של המאה העשרים בתפיסת המוגבלות התמקדה בליקוי עצמו. זהותו של האדם עם המוגבלות הוגדרה לפי סוג מוגבלותו ועל פי יכולותיו התפקודיות לעומת מי שאינו בעל מוגבלות. המוגבלות נתפסה כפתולוגיה. על הפרט עם המוגבלות הוטלה האחריות להתאים עצמו לחברה ולסביבה, שנתפסו פנורמטיביות וכניטרליות. גישה זו מכונה "המודל הרפואי".<sup>4</sup>

למן שנות השבעים של המאה העשרים התפתחה תפיסה חברתית-ביקורתית באשר למוגבלות. לפי תפיסה זו, הנחתנו בדבר מקור ה"בעיה" משתנה לנקודת מבט שלפיה הסביבה היא שעוצבה בידי קבוצת ההגמוניה של אנשים שאינם עם מוגבלות. לפיכך המוגבלות נתפסת כהבניה חברתית, תוצאה של תהליכים תרבותיים וחברתיים. משכך, על החברה מוטל התפקיד לשנות את המבנים החברתיים, התרבותיים והפיזיים כדי לקדם את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות. על פי תפיסה זו, הזכות לשוויון שבבסיס המודל החברתי כוללת דרישה להתאמת הסביבה לצרכים הייחודיים של אנשים עם מוגבלות לפי אופי הצרכים ורמתם.<sup>5</sup>

3 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

4 אתר ארגון זכויות לאנשים עם מוגבלות: [disability-studies.leeds.ac.uk/library](http://disability-studies.leeds.ac.uk/library); נטע זיר "אנשים עם מוגבלות – בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל 813, 816 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2000). ראו גם MICHAEL OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE 27-30 (1996).

5 Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The Social Model of Disability: An Outdated Ideology?* 9 RESEARCH IN SOCIAL SCIENCE AND DISABILITY 2, 9-28 (2002); Arlene S. Kanter, *The Law: What's Disability Studies Got to Do with it or An Introduction to Disability Legal Studies*, 42 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 403 (2011); JOSEPH P. SHAPIRO, NO PITY: PEOPLE WITH DISABILITIES FORGING A CIVIL RIGHTS MOVEMENT (1993); THERESIA DEGENER & YOLAN

לימודי ביקורת מוגבלות – המצויים בשלבי התפתחות ראשונים בישראל – הם מסגרת תאורטית עיונית המציעה תובנות תאורטיות ביקורתיות על התופעה האנושית של מוגבלות. בלב גישת לימודי מוגבלות (או לימודי ביקורת מוגבלות – disability studies) מצויה ההנחה כי מוגבלות אינה מסתכמת במצב רפואי, פיזי או קליני. שורה של גורמים וכוחות חברתיים מעצבים את מחשבתנו על מדיניות בתחום המוגבלות, את חווייתנו אותה ואת קידומה. לפי גישה זו, מוגבלות היא במידה רבה תוצר של יחסי רוב-מיעוט, אידאולוגיה רווחת, תרבות והיסטוריה מקומית. גם המשפט – כמוסד חברתי מרכזי – הוא אתר לכינון תפיסות בדבר מוגבלות. המשפט יכול לשקף עמדות מסורתיות שלפיהן מוגבלות היא "טרגדיה רפואית" ומהותה הוא הלקות הגופנית. לעומת זאת המשפט יכול להיות גם אמצעי לקידום תפיסות הרואות באנשים עם מוגבלות אנשים שווי זכויות לכל אדם אחר, תוך שיקוף גישה חברתית הרואה בנחיתותם של אנשים עם מוגבלות תוצר של מוסדות חברתיים מרכזיים אשר התעצבו ונבנו בלי להביא בחשבון את צרכיה הייחודיים של קבוצה זו.

מאמר זה מבקש לבחון את השפעת עקרונות הגישה הביקורתית למוגבלות על החוק ולברוק אם וכיצד משקף חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו–2005 את התפיסה הביקורתית-חברתית למוגבלות ומשפט. המאמר בוחן אם ועד כמה ניתן לראות בחוק ביטוי חקיקתי לתפיסה הביקורתית-חברתית למוגבלות בתחום ההליך הפלילי, במובן זה שיש בו הכרה בעובדה שהבנת הליכי החקירה וההעדה שאינה מביאה בחשבון את צורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, היא מדירה, מפלה אותם ותורמת לנחיתותם. נבקש לבחון עד כמה הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט (disability legal studies) משתקפת בחוק, ועל פי זה לחשוף את תפקידו של המשפט בהבניה החברתית של מוגבלות: האם המשפט מקדם תפיסה הרואה במוגבלות נחיתות וטרגדיה אישית, או שהוא מציע גישה חלופית הרואה במוגבלות תוצר של המנשק בין הלקות לבין הסביבה שבה חי אדם עם מוגבלות?

ההתמקדות במאמר תהיה בחוק גופו ולא בדרך יישומו באמצעות פרשנות בפסיקה בת המשפט. זאת, מכיוון שלמרות חלוף הזמן מאז חקיקתו וכניסתו לתוקף לא התפתחה פסיקה בהיקף משמעותי הבוחנת את העקרונות והרעיונות המונחים בבסיסו. לדעתנו, בחינת לשון החוק על רקע הבסיס התאורטי של לימודי מוגבלות תוכל לתרום תרומה גדולה להבנת מטרת החוק ועקרונותיו וליישומו.

בפרק הראשון נציג את הגישה החברתית-ביקורתית למוגבלות – המודל החברתי – ונעמוד על הגישה החברתית למוגבלות ומשפט; בפרק השני נדון בביקורת שעורר המודל החברתי למוגבלות; בפרק השלישי נצביע על משמעותה של הזכות לשוויון לאנשים עם מוגבלות לפי הגישה הביקורתית ונעמוד על רכיביה של הזכות לשוויון כפי שעוצבו על ידי הגישה הביקורתית-חברתית למוגבלות: איסור הפליה במובן של שילובם והכללתם של אנשים עם מוגבלות בכל תחומי החיים החברתיים, החובה לבצע התאמות בהינתן מצבם השונה של אנשים

KOSTER-DREESE, HUMAN RIGHTS AND DISABLED PERSONS: ESSAYS AND RELEVANT HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS (1995).

עם מוגבלות והחובה לתת מענה הולם לצורכיהם כדי להשיג שוויון ושילוב; בפרק הרביעי נעמוד על הקשיים העיקריים שמציבים הליכי החקירה וההעדה בפני אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית; בפרק החמישי נצביע על המצב המשפטי שקדם לחוק: בהיעדר הסדרה חוקית כוללת המתאימה את הליכי החקירה וההעדה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, נקטו בתי המשפט גישה לא אחידה ולא עקיבה כשנדרשו להעריך את עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. כפי שנראה בפרק החמישי, בחלק מהמקרים העריכו בתי המשפט את עדויותיהם של עדים אלה במוגבלותם, אך באחרים התעלמה הכרעת בתי המשפט ממאפייני המוגבלות; בפרק השישי נסקור את הרקע לחקיקת החוק, את מטרותיו והוראותיו המרכזיות ככל שאלה סוטות מכללי החקירה וההעדה המקובלים וקובעות מנגנוני התאמה להליכי החקירה וההעדה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית; בפרק השביעי נבדוק באיזו מידה משקף החוק את הגישה הביקורתית למוגבלות, ועל בסיס תפיסה זו נבחן את המנגנונים הקבועים בחוק כדרכים להתאים את הליכי החקירה וההעדה לאוכלוסייה זו. מסקנתנו היא שהחוק משקף את הגישה המורכבת למוגבלות: הוא מאמץ את המודל החברתי בתפיסת המוגבלות ובד בבד מכיר בביקורת שנמתחה עליו, ואין בו התעלמות מן ההיבטים הרפואיים, הנפשיים, השכליים והפיזיים של המוגבלות, או הכחשתם.

## פרק א: הגישה הביקורתית-חברתית למוגבלות

עד שנות השבעים של המאה העשרים התמקדה הגישה ששלטה בתפיסת המוגבלות בליקוי עצמו. העיסוק במוגבלות נעשה בעיקרו בעזרת הדיסציפלינות הרפואיות-טיפוליות. מוגבלות נתפסה כפתולוגיה וכנחיתות טבעית שמקורה בלקות. גישה מסורתית זו, המכונה "המודל הרפואי" או "המודל האינדיווידואלי", הניחה שאפשר להבחין בין מוגבלים ללא מוגבלים, בחנה את הדרכים להתגבר על המוגבלות, "לתקן" או לנטרל אותה כדי לאפשר לאדם להתמודד עם הסביבה שנתפסה אובייקטיבית, ניטרלית ונורמטיבית. גישה זו הטילה על הפרט – על האדם עם המוגבלות – את האחריות להתאים את עצמו לסביבתו או להשלים עם מוגבלותו. תפקידה של החברה הסתכם בסיוע לפרט למלא משימה זו. תפיסה זו אמנם הכירה בהפליה כלפי אנשים עם מוגבלות, אבל זו נחשבה תוצאה של הלקות התפקודית ולא תוצר של נחיתות חברתית.<sup>6</sup> בשנות השבעים של המאה הקודמת החלה לפעול בארצות הברית ובאנגליה תנועה חברתית בהנהגתם של אנשים עם מוגבלויות, לקידום זכויותיהם. תנועה זו, שביקשה לקדם את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ולהביא לשילובם ולהכללתם בחברה ולהסרת מחסומים המביאים לדיכויים,<sup>7</sup> קראה תיגר על התפיסות שבבסיס המודל הרפואי ועיצבה גישה ביקורתית כלפי מוגבלות (להלן: "המודל החברתי"). לפי הגישה הביקורתית, יש להבחין בין לקות (impairment)

6 שם.

7 TOM SHAKESPEARE, DISABILITY RIGHTS AND WRONGS 9 (2006).

לבין מוגבלות (disability).<sup>8</sup> המושג הראשון מתייחס למגבלה הגופנית (פיזית, נפשית או קוגניטיבית) של הפרט. המושג השני מתייחס לאי-יכולתו של האדם לבצע משימה כלשהי בגלל המבנה החברתי והמחסומים שהחברה מציבה בפניו באופן המדיר אותו מהפעילות ומהחיים החברתיים. על פי גישה זו, רוב הקשיים הניצבים בפני אנשים עם מוגבלות הם תוצאה של מנגנונים חברתיים אלה ולא של הנכות הפיזית.<sup>9</sup> לכן האחריות הישירה להסרת המחסומים הפיזיים והתודעתיים המונעים מאנשים עם מוגבלות לממש את זכויותיהם, להיכלל ולהשתלב בחברה רובצת על החברה, שייצרה את החסמים הללו. לימודי ביקורת המוגבלות, שהתפתחו על בסיס הגישה החברתית למוגבלות המכונה גם המודל החברתי, דוחים את התפיסה הרפואית בנוגע למוגבלות ורואים במוגבלות בעיקר תוצר של יחסי רוב-מיעוט, אידאולוגיה רווחת, תרבות והיסטוריה מקומית היוצרים את נחיתותם של אנשים עם מוגבלות בחברה ומדירים אותם מן החיים החברתיים.<sup>10</sup>

הגישה הביקורתית למוגבלות דוחה את הגישה המסורתית/רפואית למוגבלות, שלפיה זהותו של אדם עם מוגבלות נקבעה תוך שימוש באמצעים טיפוליים/רפואיים הכוללים אבחון, מיון, הבחנה וסיווג לפי דיסציפלינות רפואיות מקובלות (פסיכיאטריה, רפואה פנימית, שיקומית, עבודה סוציאלית וכיו"ב). המודל החברתי מתח ביקורת נוקבת על מרכזיותן של הדיסציפלינות הטיפוליות בתפיסת המוגבלות וראה בהן גורם מרכזי בהבנייתה.<sup>11</sup> דיסציפלינות אלו הגדירו את זהותם של אנשים עם מוגבלות (חולי נפש, מפגרים, עיוורים וכיו"ב) על פי יכולותיהם התפקודיות בתחומי החיים השונים מתוך השוואה ל"אדם הנורמלי",<sup>12</sup> תוך שהם רואים במוגבלות מחלה<sup>13</sup> ומתמקדים במציאת דרכים ל"תיקון" ול"ריפוי" המוגבלות כדי לאפשר לאנשים עם מוגבלות להתמודד בחברה ה"נורמטיבית".<sup>14</sup> הגישה הביקורתית למוגבלות עוצבה כניגוד למודל הרפואי האינדיווידואלי, הרואה במוגבלות טרגדיה אישית, ובתלות ובנכות – תוצאה של גורמים ביולוגיים. המודל החברתי דוחה את חוויית המוגבלות כעניין אישי ואינדיווידואלי ומעמיד את המוגבלות כתופעה חברתית תלויה הקשר חברתי רחב.<sup>15</sup> המודל החברתי הוחל גם על עולם המשפט ובא לידי ביטוי בגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט. גישה זו מאפשרת לבחון בביקורתיות את תפקידו של ה"נורמלי", הטבעי והניטרלי בהקשר של משפט. גישה זו מאתגרת את הנחות היסוד של המשפט באשר להבדלים בין בני האדם. המשפט, על פי לימודי ביקורת המוגבלות – כמוסד חברתי מרכזי – הוא אתר לכינון תפיסות בדבר הבדלים בין בני אדם בכלל לרבות מוגבלות. המשפט יכול לשקף עמדות

8 שם, בעמ' 34.

9 שם, בעמ' 10, 27–30.

10 שם; OLIVER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 27–30; SHAPIRO, לעיל ה"ש 5.

11 SHAKESPEARE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 15.

12 SIMI LINTON, CLAIMING DISABILITY: KNOWLEDGE AND IDENTITY 322 (1998).

13 זיו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 815–816.

14 OLIVER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 27–30.

15 SHAKESPEARE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 31.

חוקים ח 2016 חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית), התשס"ו-2005  
בראי לימודי ביקורת מוגבלות – נגישות למערכת הצדק לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית

מסורתיות שלפיהן מוגבלות היא "טרגדיה רפואית" ומהותה הוא הלקות הגופנית. לעומת זאת המשפט יכול גם להיות אמצעי לקידום תפיסות הרואות באנשים עם מוגבלות אנשים שווי זכויות לכל אדם אחר, תוך שיקוף גישה חברתית הרואה בנחיתותם של אנשים עם מוגבלות תוצר של מוסדות חברתיים מרכזיים אשר התעצבו ונבנו בלי להביא בחשבון את צרכיה הייחודיים של קבוצה זו.<sup>16</sup>

## פרק ב: הביקורת על הגישה הביקורתית-חברתית

הביקורת המרכזית המופנית נגד המודל החברתי נמתחה בידי Shakespeare & Watson.<sup>17</sup> לטענתם, המודל החברתי מתכחש לקשיים הפיזיים/הממשיים הכרוכים במוגבלות: כאבים, תסכולים, תופעות פיזיולוגיות, בדידות ותלות באחרים, שאין להם בהכרח קשר להבניות חברתיות.<sup>18</sup> גישתו של Shakespeare אינה מצמצמת את חוויית המוגבלות לבעיה רפואית אישית ועם זאת אינה מתכחשת לקושי שבמוגבלות הגופנית.<sup>19</sup> תפיסת המוגבלות לפי עמדה זו היא שהנכות הפיזית והמוגבלות החברתית אינן תופעות דיכוטומיות אלא נקודות שונות המצויות על אותו הרצף.<sup>20</sup> כלומר, המוגבלות היא שילוב של תופעות ביולוגיות, פסיכולוגיות, חברתיות ותרבותיות שאי אפשר להפריד ביניהן. תפיסת המוגבלות בהתעלם מהנכות הפיזית היא התעלמות ממרכיב כבד משקל בזהותם של אנשים עם מוגבלות.<sup>21</sup> הנכות, לשיטתם של Shakespeare & Watson, היא חלק בלתי נפרד מהדיכוי החברתי כלפי אנשים עם מוגבלות.<sup>22</sup> להבנתם, "אנשים מוגבלים הן בשל מחסומים חברתיים והן בשל גופם. זה ברור ולא שנוי במחלוקת".<sup>23</sup>

נקודה מרכזית נוספת בביקורת על המודל החברתי נוגעת להתייחסות השלילית הגורפת של המודל החברתי לגורמים הטיפוליים. הגישה הביקורתית למוגבלות העמידה את הדיסציפלינות הטיפוליות באור שלילי, כמי שמילאו תפקיד מרכזי בעיצוב ההבניה החברתית-תרבותית באשר למוגבלות ותרמו תרומה מרכזית לדיכויים, להדרתם ולנחיתותם של אנשים עם מוגבלות. לשיטתם של המבקרים, עמדה זו של הגישה הביקורתית למוגבלות מתעלמת מתפקידם החיובי של מקצועות הבריאות, הרפואה והרווחה בשילובם ובהכללתם של אנשים עם מוגבלות בחיים

KANTER, לעיל ה"ש 5.	16
SHAKESPEARE & WATSON, לעיל ה"ש 5, בעמ' 20.	17
שם.	18
SHAKESPEARE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2 ו-9.	19
SHAKESPEARE & WATSON, לעיל ה"ש 5, בעמ' 20 ואילך; SHAKESPEARE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 20.	20
SHAKESPEARE & WATSON, לעיל ה"ש 5, בעמ' 12.	21
שם, בעמ' 15.	22
שם.	23

החברתיים ובתרומתם לרווחתם של אנשים עם מוגבלות.<sup>24</sup> יודגש, גם הביקורת על המודל החברתי דוחה את המודל הרפואי בתפיסת המוגבלות כמודל דכאני. אולם ביקורת זו מופנית בעיקרה נגד מרכזיותן של הדיסציפלינות הרפואיות בתפיסת המוגבלות.<sup>25</sup> ביקורת זו גורסת כי שינוי במעמדם של אנשים עם מוגבלות וקידום זכויותיהם אכן צריך להיעשות באמצעות הסרת מחסומים סביבתיים ועריכת שינויים חברתיים, אך מבלי להתעלם מקיומה של הלכות (ובכלל זה פעולות למניעתה), ושתי הדרכים יכולות לפעול במשולב. השינוי צריך לשלב תחומים רפואיים/ אישיים ופיזיים עם תחומים סביבתיים/חברתיים, ואף אחד מהיבטים אלה אינו יכול לבוא במקום האחר.

הביקורת על המודל החברתי/ביקורתי למוגבלות, המבקשת להכיר בנכות הרפואית כחלק בלתי נפרד מהמוגבלות, מדגישה כי הטיפול הרפואי והשיקום ממלאים תפקיד בשיפור מצבם הפיזי של אנשים עם מוגבלות. עם זאת אין בהם, כשלעצמם, כדי ליצור סולידריות חברתית ולהעניק לאנשים עם מוגבלות שוויון מלא בחברה.<sup>26</sup> לדעת המבקרים את המודל החברתי, השילוב בין תפיסת המוגבלות כהבניה חברתית להכרה בלקות כתופעה פיזית-נפשית כמרכיב את תופעת המוגבלות אינו מתחייב רק מהאינטראקציה שבין המבנים והגורמים הסביבתיים והחברתיים לבין הגוף, אינטראקציה שיש לה השפעה על בריאותם ועל תפקודם של אנשים עם מוגבלות. שילוב זה מתחייב גם משום שההסדרים והמבנים החברתיים הם המעניקים משמעות למצב הגופני הפיזי בכל סיטואציה נתונה. לגישתה של Susan Wendel למשל, ההבניה החברתית של מוגבלות נובעת מהאינטראקציה שבין המצב הביולוגי לבין החברה היוצרת את המוגבלות, או אינה מונעת אותה.<sup>27</sup>

זווית אחרת של ביקורת על המודל החברתי מראה שההבחנה שעורך המודל החברתי בין מוגבלות ללקות מונעת דיון אפקטיבי בהשלכות שיש ללקות על חייהם של אנשים עם מוגבלות. על פי טענה זו, מאבק חברתי למען זכויות אנשים עם מוגבלות שמתעלם מהנכות הגופנית הוא חלקי ואינו יכול להביא להישגים בקידום מעמדם של אנשים עם מוגבלות.<sup>28</sup> הביקורת על המודל החברתי גורסת כי רק תפיסה כוללת של המוגבלות והנכות כנחיתות חברתית, כלכלית ופסיכולוגית, תוך הבנת התשתית הרעיונית לצמיחתה של נחיתות זו, יכולה ליצור כלים ראויים לקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות. על בסיס ניתוח זה נבקש במאמר להתבונן לעומק בחוק הליכי חקירה והעדה ולבחון אם וכיצד משקף החוק את הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט, על גווניה השונים. במסגרת זו

LINTON, לעיל ה"ש 12, בעמ' 332.

SHAKESPEARE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 15.

Melinda Jones, *Inclusion, Social Inclusion and Participation*, in CRITICAL PERSPECTIVES ON HUMAN RIGHTS AND DISABILITY LAW 57 (2011)

SUSAN WENDEL, THE REJECTED BODY: FEMINIST PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY 26, 35-36 (1996)

Liz Crow, *Including All of Our Lives: Renewing the Social Model of Disability*, in DISABILITY & ILLNESS: EXPLORING THE DIVIDE 55 (Colin Barnes & Geof Mercer eds., 1996)



נעמוד על המתח המשתקף בחוק בין המודל החברתי הנוקשה בתפיסת המוגבלות לבין זה המכיר גם בהיבטים הנפשיים והשכליים הרפואיים של המוגבלות ועל הדרך שבה משקף החוק מתח זה.

### פרק ג: הגישה הביקורתית למוגבלות והזכות לשוויון

על פי הגישה הקלאסית לשוויון, הגישה האריסטוטלית, שוויון משמעו יחס דומה לדומים: "כאשר מתקיים מצב עובדתי של דמיון (או זהות) בין פרטים יש לנהוג בהם בשוויון. כלומר להעניק להם יחס דומה".<sup>29</sup> הזכות לשוויון על פי התפיסה האריסטוטלית מבוססת על הדרישה לדמיון רלוונטי בין פרטים בהקשר הנדון.<sup>30</sup> תפיסה זו של שוויון אומצה בתרבות המערבית ומקובלת בשיטות משפט מערביות רבות. היא מבוססת על הנחת יסוד כי טבעם של בני האדם נתון וקיים באופן "טבעי". במקום שקיים דמיון בין פרטים באותו טבע יש להעניק להם יחס דומה באותו הקשר ולנהוג בהם בשוויון.<sup>31</sup> הגישה הביקורתית בלימודי מוגבלות, כמו גישות ביקורתיות אחרות (פמיניזם, תפיסות ביקורתיות בנוגע ללאום, לגזע, למיניות וכיו"ב), מערערת על תפיסת היסוד בגישה האריסטוטלית שלפיה לבני האדם תכונות טבעיות ניטרליות ומהותניות. על פי גישות ביקורתיות אלה, המשמעות שאנו נותנים לתכונותיהם של בני האדם היא במידה רבה פעולה של הבניות חברתיות. הדמיון והשוני בין בני האדם אינם מבוססים על מציאות "טבעית", אלא הם תוצר של הכרעות ובחירות חברתיות, ערכיות, פוליטיות, מעמדיות ואידאולוגיות המעניקות משמעות כזו או אחרת לתכונה אישית או קבוצתית. אלה הגורמים היוצרים את המציאות החברתית והמגדירים דמיון ושוני בהקשרים השונים.<sup>32</sup>

לאור האמור, הגישה הביקורתית בתפיסת המוגבלות, כמו גם גישות ביקורתיות אחרות, מערערת על היסודות של דמיון ושוני כבסיס להענקת הזכות לשוויון. היא דוחה את הדרישה לדמיון ל... כלומר להשוואה למצב "נורמלי", כבסיס להחלת שוויון. שוויון מבוסס על ההכרה במציאות האנושית כמציאות של שוני בין בני אדם,<sup>33</sup> כביטוי נוסף למגוון ולריבוי הקיימים בחברה אשר החברה נדרשת לנהוג בהם כשווים בערכם.<sup>34</sup> התפיסה האריסטוטלית לשוויון, שמשמעותה הענקת יחס שווה לשווים, ובהקשר זה של אנשים עם מוגבלות – הענקת יחס שווה לאנשים עם מוגבלות כמו לאחרים – מתעלמת מהשוני של אנשים עם מוגבלות כנקודת מוצא,

29 אורית קמיר "תפיסות של שוויון – משוויון המושתת על דמיון, לשוויון המושתת על כבוד האדם" פמיניזם זכויות ומשפט 16, 16 (אורית קמיר עורכת, 2002).

30 שם.

31 שם, בעמ' 17.

32 שם, בעמ' 18-19; שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" נגישות לצדק חברתי בישראל 79, 90 (גיזני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

33 קמיר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 17; זיו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 819.

34 שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" עיוני משפט לה 97, 106 (2012).

והיא מניחה קיומו של אדם נורמלי כמצב נתון, אובייקטיבי וניטרלי. גישה זו אינה מביאה בחשבון את ההבניות החברתיות ואת התנאים הסביבתיים המדירים אנשים עם מוגבלות מתחומי החיים השונים (תעסוקה, חינוך ומשפט). כדי להשיג שוויון ממשי ומהותי הרחיבה הגישה הביקורתית למוגבלות את מושג השוויון והוא כולל כמה רכיבים: הרכיב הראשון בזכות לשוויון לאנשים עם מוגבלות כולל את הדרישה לשילוב, כלומר שוויון לאנשים עם מוגבלות אינו רק שוויון פורמלי – יחס שווה – אלא כולל שילובם של אנשים עם מוגבלות והכללתם בתוך החברה הכללית.<sup>35</sup> לפי רכיב זה בעקרון השוויון, חינוך נפרד לילדים עם מוגבלות, לדוגמה, עלול להיחשב פגיעה בזכות השוויון בהיותו פוגע ברכיבי השילוב וההכללה. הרכיב השני בזכותם של אנשים עם מוגבלות לשוויון, לאור התפיסה החברתית, הוא הדרישה לביצוע התאמות. הדרישה לביצוע התאמות כחלק מזכות השוויון קובעת כי על מנת להשיג את רכיב השילוב וההכללה של אנשים עם מוגבלות יש לשנות את הסביבה כדי להסיר את המחסומים הסביבתיים והחברתיים המונעים את שילובם והכללתם של אנשים עם מוגבלות. הדרישה מופנית לחברה להתאים את עצמה לאלה שעד כה היא התעלמה מצורכיהם. לכן עליה להתאים את הסטנדרטים החברתיים, את התפיסות התרבותיות ואת הסביבה לאנשים עם מוגבלות. כך לדוגמה היעדר תרגום לשפת הסימנים של שידורי טלוויזיה בשביל אנשים עם מוגבלות שמיעה יש בו כדי לפגוע בזכותם לשוויון, והוא עלול להוות הפליה אסורה. הרכיב השלישי בזכותם של אנשים עם מוגבלות לשוויון, על פי המודל החברתי, כולל מתן מענה הולם לצורכיהם. רכיב זה מתייחס לאנשים עם מוגבלות שבעניינם לא די בהתאמות חברתיות סביבתיות כדי להביא לשילובם ולהכללתם בחברה, והם נזקקים למענה ייחודי לצורכיהם. כך לדוגמה אנשים עם מוגבלות פיזית או נפשית שהתאמות במקום עבודה לא יהיה בהן די כדי להביא להעסקתם. אלו יזדקקו למקומות עבודה מוגנים. זכותם של אנשים אלה לשוויון תכלול העסקתם במפעלים מוגנים לפי צורכיהם.<sup>36</sup>

הדרישות להתאמות ולמתן מענה הולם לצרכים הייחודיים של אנשים עם מוגבלות, כחלק מזכותם לשוויון, מתמודדות בין השאר גם עם הגישה החברתית המכלילה ומתייגת אנשים עם מוגבלויות תיוג סטראוטיפי כקבוצה הומוגנית נפרדת בעלת תכונות מהותניות. הדרישות להתאמות ולמענה הולם כחלק מזכות השוויון מבטאות את ההכרה בכך שאין מדובר בקבוצה הומוגנית שיש לה תכונות פנימיות, מהותיות ואחידות, אלא בקטגוריה המובנית בידי גורמים חברתיים/סביבתיים, שכוללת בתוכה פרטים השונים זה מזה. הכללתם ושילובם בחברה דורשים נקיטת אמצעים שונים לפי צורכיהם.<sup>37</sup> כפי שנראה בהמשך המאמר, רכיבים אלו של שוויון, ובראשם החובה לבצע התאמות בהליכי חקירה והעדה, באים לידי ביטוי מובהק בחוק הליכי חקירה והעדה, ובדרך זו מקדמים את ערך השילוב.

35 SHAKESPEARE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 22.

36 ראו גם מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 32, בעמ' 79; זיו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 821–822.

37 שם.

## פרק ד: אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בהליך הפלילי

אנשים עם מוגבלות בכלל ואנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בפרט הם טרף קל לעבריינים. הם חווים אלימות פיזית, נפשית ומינית בשיעור גבוה בהרבה מאנשים ללא מוגבלות. הגורמים העיקריים לכך קשורים בעובדה שבשל מצבם הם לעתים תלויים יותר באחרים וזקוקים לעזרה. תלות זו הופכת אותם לפגיעים יותר ומפחיתה את יכולתם להתנגד כאשר הם מותקפים. הם נופלים קרבן למטפלים ולבני משפחה שהם נותנים בהם אמון ותלויים בהם.<sup>38</sup> אנשים עם מוגבלות שכלית מפרשים לעתים ניצול כמתן יחס, כאהבה או כהפגנת חיבה. אנשים עם מוגבלות, בעיקר שכלית, מחונכים להיות ממושמעים ופסיביים. כשהם מותקפים הם אינם מסוגלים להתנגד מחמת חוסר מיומנות, חוסר ביטחון וחינוך לסבילות. אנשים רבים עם מוגבלות שכלית או נפשית אינם מסוגלים לדווח על תקיפה שעברו. הדבר נובע בין היתר מקשיי שפה ותקשורת. היות שרבים מהם מתגוררים במוסדות מרוחקים ומנותקים מבני משפחה, הדבר מקשה עליהם את הדיווח. כך גם פחד וחוסר הבנה של הסיטואציה. לכן, מספר הפגיעות המדווח קטן בהרבה מזה שבמציאות.

אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית מעורבים בביצוע עברות פליליות, מכמה סיבות שכיחות: גורמים עברייניים מנצלים את מגבלותיהם הרגשיות, את חוסר הביטחון שלהם ואת רצונם להשתייך לחברה, וגוררים אותם לפעילות פלילית. בשל החינוך לפסיביות הם מתקשים להתנגד להוראות שאנשים ללא מוגבלות נותנים להם. לעתים אנשים עם מוגבלות שכלית שותפים למעשה פלילי אף מבלי להבין את הפסול שבו.<sup>39</sup>

הכללים הראייתיים וסדרי הדין, התנאים הסביבתיים בבית המשפט, אופן ניסוח השאלות לעדים/נאשמים, אופן הצגתן ואופן ההעמדה (setting) של הליכי החקירה והעדה – כל אלה משפיעים על יכולתם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית למסור מידע מדויק וקוהרנטי ועל המידה שבה ניתן לבסס ממצאים על עדותם. באופן מסורתי, וכך גם בישראל טרם חקיקת חוק הליכי חקירה והעדה, לא היו הליכי החקירה וההעדה מותאמים לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית.<sup>40</sup> כפי שנקבע בדוח הוועדה הציבורית לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא זכויות אנשים עם מוגבלות, שפורסם לפני חקיקת החוק: "בישראל, המשטרה ובתי המשפט אינם ערוכים בצורה הולמת לטפל בתלונותיהם של אנשים עם מוגבלות, שהיו קורבנות לעבירות מין ואלמות: במשטרה אין חוקרים אשר הוכשרו לחקירתם של אנשים וילדים עם מוגבלות, ובבתי המשפט אין מערך מתאים להעדתם, והם נאלצים לתת עדות ללא התאמה לצורכיהם ולקשייהם

Rodrigo Jimenez, *The Right To Live a Life Free of Violence for People With Disabilities*, in 38  
CRITICAL PERSPECTIVES ON HUMAN RIGHTS AND DISABILITY LAW RIOUX 397, 405 (2011)

נעמה לרנר "צדק צדק תרדוף – התאמת ההליך הפלילי לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית נפגעי עבירה ופוגעים" עניין של גישה 5, 41 (2007); Petersilia Joan, *Doing Justice? Criminal Offenders with Developmental Disabilities*, 2 CORRECTIONAL MENTAL HEALTH CIVIC RESEARCH INSTITUTE 65 (2001)

שם. 40

המיוחדים, דהיינו, לתת עדות בפני הנאשם, ולעמוד בחקירה ראשית ובחקירה נגדית. בשל העדר מנגנונים מתאימים, הם נותרים ללא ההגנה הניתנת לכל אדם אחר, ולא מתאפשר מיצוי הדין עם העבריינים".<sup>41</sup>

חוסר המיומנות של חוקרי המשטרה בזיהוי אנשים עם מוגבלות נפשית או שכלית, במיוחד מוגבלות מתונה, וחוסר מיומנותם באיתור הצרכים של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, כפי שתוארו לעיל, מונעים מהם להפיק את הראיות הטובות ביותר, ובכך תורמים לכך שקרבנות עם מוגבלות שכלית או נפשית עלולים לחזור בהם מגרסתם או לבטל את תלונתם.

בבית המשפט החקירה הנגדית בשיטה האדוורסרית מתמקדת ברובה בהצגת שאלות לעדים המעמדות את גרסתם בבית המשפט עם גרסאות אחרות שמסרו בהודמנויות אחרות, בעיקר במהלך חקירתם במשטרה. ככלל, עימות זה נתפס כאמצעי חשוב וחיוני לברור האמת: הוא מאפשר להתרשם מתגובת העד להצגת גרסתו הקודמת, את תגובתו להצגת הפערים בין הגרסאות השונות, והכול לצורך בחינה אם מדובר בפערים שניתן ליישב ביניהם או שמא אין מדובר כלל בפערים. השוואה מדויקת בין הגרסאות עשויה לגלות כי אין סתירה כלל, או שמדובר בסתירה אמיתית ומהותית שאי אפשר ליישבה.<sup>42</sup> חקירה לא מותאמת של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית עלולה להוביל למסקנה כי מדובר בסתירה מהותית בעוד למעשה מדובר בסתירה מדומה, הנובעת מהקשיים שמציבה החקירה האדוורסרית בפני העד. בשל חוסר מיומנותם של תובעים ופרקליטים בזיהוי צורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, כפי שתוארו לעיל, קיימת מגמה של הערכת עדויותיהם בחסר, כעדויות שאין בהן לעבור את המשוכה הראייתית להוכחת אשמתו של העבריין מעבר לספק סביר.<sup>43</sup>

תאוריות קרימינולוגיות מצביעות על שכיחותם הגבוהה של קרבנות עברה בקרב קבוצות חברתיות שבשוליים: קבוצות מיעוט וקבוצות מודרות אחרות לעומת שיעורם של קרבנות עברה בקרב האוכלוסייה הכללית. לפי תאוריות אלה עבריינים בוחרים את קרבנותיהם גם על פי הערכתם את היחס ואת מידת ההגנה שיקבלו קרבנות אלה מהחברה. יחס סטראוטיפי, הפליה ואי־שוויון כלפי קבוצות אלה מביאים עבריינים להעריך כי קרבנות עברה הנמנים עם קבוצות אלה נתפסים על ידי החברה כבלתי ראויים להגנה מספקת. במקומות שבהם המשפט הפלילי כושל בהגנה על קרבנות הנמנים עם קבוצות שוליים חברתיות, הוא מעלה את שיעורי הפגיעה בהם.<sup>44</sup> כלומר אותם מחסומים שמונעים מאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית להיחקר ולהעיד על עברות שבוצעו בהם הם ההופכים אותם לקרבנות קלים לעבריינים. הפרדוקס הוא

41 דוח הוועדה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 16.

42 מרדכי קרמינצ'ר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים?" משפטים יז 475, 476 (1987).

43 ANDREW SANDERS ET AL., CRIMINAL JUSTICE 733 (4th ed. 2010).

44 ראו: Ryken Grattet & Valerie Jenness, *Examining the Boundaries of Hate Crime Law: Disabilities and the Dilemma of Difference*, 91 JOURNAL OF CRIM. L. & CRIMINOLOGY 653 (2001).

שאחת הקבוצות המנוצלות ביותר בחברה בידי גורמים עבריינים זוכה להגנה פחותה מזו שזוכים לה קרבנות "רגילים".<sup>45</sup>

זאת ועוד, הכרעת בית המשפט בהתרחשות העובדתית נעשית בהחלט כללים וקטגוריות כמו קוהרנטיות, סבירות, המסקנה ההגיונית המתבקשת וכיו"ב.<sup>46</sup> הכרעות בתי המשפט מבוססות על הכללות והנחות באשר להתנהגות אנושית אמינה, הגיונית וסבירה. הנחות אלה נחזות ככלליות, ניטרליות ואובייקטיביות. אולם הביקורת הפמיניסטית שלפיה הכללות אלה הנחזות להיות אובייקטיביות וכלליות מתעלמות מהניסיון ומהחוויה האנושית של נשים,<sup>47</sup> וכן הביקורת שהצביעה על התעלמותן של הכללות אלה מהבדלים הנובעים מגזע, ממוצא, ממעמד ומנטייה מינית,<sup>48</sup> יפות גם למקרים של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. אמינותם נבחנה מתוך ההנחה שקיים "אדם נורמטיבי" שאליה יש להשוות את האנשים עם המוגבלות השכלית או הנפשית.

כללים "ניטרליים" ו"אובייקטיביים" אלה שמפעיל בית המשפט כדי להגיע לחקר האמת ולקבוע את ההתרחשות העובדתית מניחים שיש "אדם נורמטיבי" – שעדותו היא עדות אמת. לעדותו הקוהרנטית, ההגיונית, המלאה והמדויקת יש להשוות את עדותם של כלל העדים כדי לבחון אם עדותם היא עדות אמת. "סטיית" עדויותיהם של עדים עם מוגבלות נפשית או שכלית מה"נורמה" מובילה את בית המשפט להטיל ספק באמינותו של העד, כפי שיוכיח הפרק הבא.

### **פרק ה: הערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בהליך הפלילי בישראל לפני חקיקת החוק**

בפרק זה נבחן את דרכי ההתמודדות של בתי המשפט עם האתגרים שמזמנים ההליכים המשפטיים הפליליים לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית שעליהם הצבענו בפרק הקודם. בחלקו הראשון של הפרק נעמוד על המתווה שקבעה הפסיקה להערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. בחלקו השני נבחן את דרכי יישומם של העקרונות שנקבעו. כפי שיפורט כאן בהמשך, בשל היעדר הסדר חוקי כולל ומקיף ולמרות העקרונות שנקבעו בפסיקה שלפיהם הערכת מהימנותו של עד עם מוגבלות שכלית או נפשית מחייבת הערכה מותאמת לצרכיו הייחודיים, הפסיקה אינה קוהרנטית. בחלקה נעשתה הערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בהתחשב בצורכיהם. לעומת זאת בחלקה האחר

---

SANDERS, לעיל ה"ש 43, בעמ' 732. 45  
HO HOCK LAI, A PHILOSOPHY OF EVIDENCE LAW: JUSTICE IN THE SEARCH FOR TRUTH 46  
(2008) 51. 46  
Marilyn MacCrimmon, *The Social Construction of Reality and the Rules of Evidence*, 35 U. 47  
BRIT. COLUM. L. REV. 36, 38 (1991). 47  
Donald Nicolson, *Gender, Epistemology and Ethics*, in FEMINIST PERSPECTIVES ON 48  
EVIDENCE THEORY 28 (2000). 48

משקפת הפסיקה גישה בעייתית כלפי מהימנות עדותם של עדים אלה, כאשר עדויותיהם הוערכו בלא להתחשב במוגבלותם.

### 1. קווי יסוד להערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית

סעיף 53 לפקודת הראיות קובע כי "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם עניין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט". החוק קובע במפורש כי ההתרשמות מהתנהגות העד היא כלי מרכזי בהכרעת בית המשפט בשאלת מהימנותו.

המבחנים לקבילות עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית נקבעו בשורה של פסקי דין שהראשון שבהם הוא עניין ג'אברי.<sup>49</sup> בית המשפט העליון קבע כי לצורך קבילות עדותו של אדם עם מוגבלות שכלית על העד לעמוד במבחן כפול: האחד – העד מבין את חובתו להעיד אמת; השני – כי למרות המוגבלות לא נפגע כושר ההעדה של העד לדיוח דיווח אמין לבית המשפט על האירועים. בעניין מלכה<sup>50</sup> קבע בית המשפט העליון כי יש להבחין בין היעדר הכושר לשאת באחריות פלילית לבין כושר ההעדה. לעניין הנשיאה באחריות פלילית נבחנת יכולתו של העד עם המוגבלות הנפשית או השכלית להבין את מהות מעשהו או את הפסול שבמעשהו, ולעניין כושר ההעדה נבחנת יכולתו של העד לקלוט אירועים ולהציגם מאוחר יותר. לכן עדותו של אדם עם מוגבלות נפשית או שכלית קבילה גם אם נמצא לא אחראי למעשיו או לא כשיר לעמוד לדין. הכושר לשאת באחריות פלילית נקבע מטבע הדברים על ידי בית המשפט, בהסתמך בין השאר על עדויות מומחים לדבר, ואילו כושר ההעדה נקבע על ידי בית המשפט, על פי התרשמותו מן העד העומד בפניו, אם כי הוא יכול להסתייע בעניין זה בעדות מומחה.

העקרונות המנחים להערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית נקבעו וסוכמו בבית המשפט העליון על ידי השופטת דורנר בעניין מדינת ישראל נ' פלוני.<sup>51</sup> בית המשפט העליון חזר על ההלכה שנקבעה בפסיקה בישראל ואשר אימצה את ההסדר שהתפתח במשפט המקובל האנגלי שלפיו הותנתה קבילות עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בהבנת מהות השבועה והחובה לומר אמת, וכן בכושר למסור עדות. עוד קבע שם בית המשפט כי אין לשלול קבילות ולחסום על הסף קבלת עדויות של אנשים עם מוגבלות נפשית או שכלית, וכי ההתחשבות במצבו הנפשי או השכלי של העד צריכה להיעשות בשלב הערכת משקלה של העדות. בנוסף נקבע שם שכושר העדה, קרי כושר תפיסת המציאות, הזיכרון והתקשורת עם הזולת, שונה מאדם לאדם, ועל בית המשפט לבחון כל עדות המובאת בפניו לגופה. כושר העדה נמוך – למשל בשל אישיות, גיל או מצב גופני – עשוי לאפיין גם עדים הנחשבים "רגילים" לחלוטין, ובכל זאת אין איש מפקפק בקבילות עדותם, וההתחשבות בכושר

49 ע"פ 712/94 ג'אברי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 332 (1995).

50 ע"פ 2445/98 מלכה נ' מדינת ישראל, פס' 3-4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.8.1999).

51 ע"פ 5339/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נו(3) 769 (1999) (להלן: מדינת ישראל נ' פלוני).

ההעדה הנמוך שלהם נעשית במסגרת קביעת משקל העדות. לעניין קביעת משקלה של עדותו של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית קבע שם בית המשפט העליון כי הליקוי בנפשו או בכושרו השכלי של עד הוא שיקול שעל בית המשפט להביא בחשבון בקביעת משקל העדות, וזאת בהתחשב במכלול הראיות המובאות בפניו, אולם אין בו כשלעצמו כדי לפסול את העדות. עוד קבע שם בית המשפט כי אין מקום להבחין בין קבילות הודאה של נאשם עם מוגבלות נפשית לבין קבילות הודאה של נאשם עם מוגבלות שכלית, וכך גם אין מקום להבחין בין קבילות עדות של עד עם מוגבלות נפשית לבין עדות של עד עם מוגבלות שכלית.

לעניין הערכת משקל עדותם של אנשים עם מוגבלות נפשית או שכלית חזר בית המשפט על ההלכה כפי שנקבעה בעניין ברדה,<sup>52</sup> שלפיה כדי להעניק לעדותו של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית את מלוא המשקל ולבסס עליה ממצאים על העדות לעמוד במבחן משולש: ראשית, מבחן ההתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט מן העד; שנית, מבחנה הפנימי של העדות, על פי סימני האמת העולים ממנה; שלישית, והעיקר, מבחנה של העדות על פי סימני אמת חיצוניים אשר יש בהם, לפי מבחני השכל הישר, כדי לשפוך אור על אמתותה.<sup>53</sup>

בית המשפט העליון, מפי כבוד השופט דורנר בעניין מדינת ישראל נ' פלוני,<sup>54</sup> הוסיף וקבע עקרונות מנחים שלאורם יש להחיל את המבחנים שנקבעו להערכת עדויותיהם של עדים אלה. העיקרון המרכזי כפי שקבע בית המשפט – שיש בו היבט מסוים של הגישות הביקורתיות – הוא ההכרה בייחודו של כל עד עם מוגבלות נפשית או שכלית, הכרה המחייבת בהערכת מהימנותו התייחסות מיוחדת למוגבלות. לפיכך קבע שם בית המשפט כי אין דומה הערכת מהימנות עדותו של אדם בריא להערכת עדותו של הלקוי בנפשו או בכושרו השכלי. על בית המשפט לקבוע את ממצאיו מתוך התחשבות בליקוי הנפשי או השכלי של העד. כך למשל תשובה מפי העד רק לאחר שאלות חוזרות ונשנות עשויה לפגוע במהימנות עד מן השורה, אך התנהגות דומה של עד עם מוגבלות שכלית עשויה ללמד רק על קשיי תקשורת הנובעים מליקוי השכלי. עוד נקבע שם כי הכלים המקובלים להערכת הגיונה הפנימי של עדות – כגון מידת הדייקנות של העד והסתירות הפנימיות שבעדותו – אינם תמיד ישימים במקרים של עד הלוקה בנפשו או בשכלו, ועל בית המשפט לבחון את העדות באופן מותאם לליקוי הנפשי או השכלי הספציפי שבו לוקה העד. עוד נקבע שם כי אין מקום לכבול את שיקול דעתו של בית המשפט בכלל טכני נוקשה ואחיד של דרישת תוספת ראייתית לצורך הרשעה על פי עדות של עד עם מוגבלות שכלית או נפשית, ואשר יחול על כל מקרה שנדרשת בו הכרעה על פי עדותם של עדים אלה. בשל המגוון הרחב של ליקויים נפשיים ושכליים ובשל הפערים הקיימים בכושר ההעדה של הלוקים בליקויים

52 ע"פ 800/85 ברדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 266, פס' 11 לפסק הדין (1986).  
53 ע"פ 2864/01 מסילתי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 315, 329 (2001); ע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל, פס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 31.5.2007); ע"פ 4901/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.12.2009); ע"פ 3106/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.9.2013).  
54 עניין מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 51.



אלה, יש להשאיר לבית המשפט את שיקול הדעת לקבוע אם לנוכח משקלה העצמי של עדות הלוקי בנפשו או בכושרו השכלי נדרשת לה תוספת ראייתית כזו או אחרת.

## 2. יישום המבחנים להערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית

עיון בפסיקת בתי המשפט, כפי שתובא להלן, מעלה כי על אף הרחבת שיקול הדעת שהוענק לבתי המשפט בהערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית ועל אף קביעתו של בית המשפט העליון כי הערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית צריכה להיות מותאמת לליקוי הנפשי או השכלי של העד, רק בחלק מן המקרים יושמו עקרונות אלו בפועל, ובית המשפט אכן העריך את עדותם של עדים עם מוגבלות הערכה מותאמת.

הספרות המשפטית וכן פסיקת בית המשפט העליון עמדו על הקושי בקביעת ממצאים הנוגעים למהימנות עדים כאשר מדובר בעדים שמוצאם ברקע חברתי ותרבותי שונה שאינו מוכר לבית המשפט או למושבעים.<sup>55</sup> קביעות מהימנות המבוססות בעיקר על שפת גוף, על הבעות פנים, על נימת קול, על נכונות ליצור קשר עין ועל סמני דיבור עלולות להתפרש פירוש לא מדויק כאשר מדובר בעד שרקעו החברתי והתרבותי שונה מזה של בית המשפט והמושבעים. שוני זה מגביר את הסיכויים שבית המשפט והמושבעים יטעו בפרשנות המחוות וסמני הדיבור של עד מתרבות שונה. קושי זה חל ביתר שאת כאשר בית המשפט נדרש להתרשם מאותות האמת ולהעריך את מהימנותו של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית, כפי שעמדה על כך השופטת דורנר בעניין מדינת ישראל נ' פלוני.<sup>56</sup>

לכן, כפי שנצביע להלן, למרות העקרונות שנקבעו בפסיקה שלפיהם הערכת מהימנותו של עד עם מוגבלות שכלית או נפשית מחייבת התייחסות לצרכיו הייחודיים, הוחלה תפיסה מכלילה, נוקשה, פורמליסטית ולרוב שלילית כלפי מהימנות עדותם של עדים אלה.

דוגמה בולטת להערכה לא מותאמת של מהימנות עדותה של מתלוננת עם מוגבלות שכלית היא בעניין ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל.<sup>57</sup> בית המשפט העליון קיבל בדעת רוב את ערעור הנאשם על הרשעתו בבית המשפט המחוזי וזיכה אותו מביצוע עברות מין במתלוננת, קטינה עם מוגבלות שכלית מסוג תסמונת ויליאמס. דעת הרוב בבית המשפט המחוזי, שהרשיעה את הנאשם וגזרה עליו חמש עשרה שנות מאסר, בחנה את עדות המתלוננת בחינה מותאמת

55 Joseph W. Rand, *Demeanor Gap: Race, Lie Detection, and the Jury*, 33 CONN. L. REV. 1 (2000); D.J. Procaccini, *What We Have Here is a Failure to Communicate: An Approach for Evaluating Credibility in America's Multilingual Courtrooms*, 31 BC THIRD WORLD L.J. 163, 177-178 (2011); ע"פ 8649/11 אבום נ' מדינת ישראל, פסק דינה של השופטת ברק-ארז ופסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 20.12.2012); ע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 12.1.2012); עניין מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 51. 56 ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769 (2004). תיק זה נוהל על ידי יהודית לייבה, מטעם התביעה, בערכאה הראשונה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב. 57 עניין מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 51.



למוגבלותה, מצאה אותה אמינה וקבעה למשל כי למרות החקירה המדריכה שנערכה למתלוננת יש לאמץ את גרסתה ולבסס עליה הרשעה, בשל העקביות בגרסאותיה במשטרה ובבית המשפט בנוגע לפרטים ולעובדות העומדים בלבו של האירוע ובשל עדות המומחה שלפיה בשל מוגבלותה של המתלוננת אין ביכולתה לטוות עלילת שווא. כך גם סתירות מסוימות שעלו בגרסתה של המתלוננת נבחנו בידי דעת הרוב בבית המשפט המחוזי, באופן מותאם ובהסתמך על חוות דעת מומחה שקבעה כי סתירות אלה נובעות מהמאפיינים הייחודיים של מוגבלותה, הכוללים חשיבה קונקרטיית וקשיים בחשיבה מופשטת. כאשר נתבקשה המתלוננת להסביר בעדותה מדוע פעלה כך ולא אחרת – מדוע לא סיפרה מיד על מעשי הנאשם – השיבה – בשל מאפיינים אלה – תשובות סותרות. בית המשפט המחוזי שבחן את עדותה של המתלוננת בהתחשב במאפיינים אלה של מוגבלותה, לא ראה בסתירות אלה יש כדי לפגוע במהימנות המתלוננת.

בדעת רוב כאמור זיכה בית המשפט העליון את הנאשם מהעברות שבהן הורשע. עיון בנימוקי הזיכוי של בית המשפט העליון מלמד כי הזיכוי מבוסס על הנחת יסוד ברורה בדבר אי-מהימנותה של המתלוננת, וביתר כלליות: אי-מהימנותם של עדים עם מוגבלות שכלית מסוג המוגבלות תסמונת ויליאמס, שבה לוקה המתלוננת. בית המשפט ביסס את זיכוי של הנאשם על ההיבטים ה"שליליים" של המוגבלות, ובמילים אחרות: בית המשפט פירש את עדותה של המתלוננת פירוש מותאם אך שלילי על סמך מוגבלותה, והתעלם מההשלכות ה"חיוביות" שיש למוגבלותה של המתלוננת על מהימנותה. בסיס למסקנה שלפיה הנחת היסוד של בית המשפט היא כי אין לתת אמון בדברי המתלוננת בשל מוגבלותה ניתן למצוא בדבריו המפורשים של בית המשפט, שקובע כי קביעות בדבר מהימנותה של המתלוננת "הכוללות בהכרעת דינה של הערכאה הדיונית, והמתייחסות לעדים רגילים, עדים 'מן הישוב', בדרך כלל אינן מותרות פתח להתערבותו של בית-משפט שלערעור. אולם, למרבה הדאבה, המתלוננת אינה ככלל עד, ועיון בחוות-דעתו של ד"ר גוטהלף [המומחה, י"ל] ובעדותו מבהירות עד כמה מוחשית היא הסכנה הנשקפת מביסוס הרשעתו של המערער בעיקר על עדותה" (ההדגשה הוספה – י"ל, נ"ז).

את הפרשנות המותאמת השלילית שמעניק בית המשפט העליון לעדותה של המתלוננת בשל מוגבלותה ניתן למצוא, בין השאר, במסקנתו של בית המשפט העליון כי בשל מוגבלותה השכלית של המתלוננת, המתאפיינת בין היתר בנטייה של המתלוננת לרצות את הזולת, יש להניח כי הדברים שמסרה בחקירה נמסרו כדי לזכות באהדת שומעיה, גם אם אינם אמת. עם זאת בית המשפט מתעלם מהפן ה"חיובי" שמאפיין את התסמונת שבה לוקה המתלוננת והוא חוסר יכולתה לטוות עלילה ולשקר, והוא ממשיך וקובע כי בשל השיחות הרבות שניהלה המתלוננת עם גורמים רבים מאז חשיפת הפרשה ועד למסירת גרסתה המפלילה בחקירה ובבית המשפט, אפשר ששיחות אלה תרמו לגיבוש הגרסה המפלילה.

שלא כדעת הרוב בבית המשפט המחוזי שפירשה פירוש מותאם למוגבלותה של המתלוננת את הסתירות בגרסתה לעניין תחושותיה בנוגע לנאשם: כעס ותועומת לעומת גילויי אהבה, וכן תשובותיה הסותרות לשאלה אם המעשים נכפו עליה או שנעשו בהסכמה ונעמו לה, סתירות הנובעות מחשיבה קונקרטיית ומקשיים בחשיבה מופשטת, ראה בית המשפט העליון לקבוע כי המתלוננת אינה אמינה, ושאין לבסס הרשעה על גרסתה.

מלבד היעדר הערכה מותאמת של מהימנות עדויותיהם של קרבנות עברה עם מוגבלות שכלית או נפשית, הכשל בהערכת מהימנותם של עדים אלה נובע גם מהעובדה שהמבחנים שקבעה הפסיקה להערכת מהימנותם של עדים עם מוגבלות שכלית או נפשית אינם מותאמים לצורכיהם. כך למשל הכלל שנקבע בעניין ג'אברי שלפיו לצורך קבילות עדותו של אדם עם מוגבלות שכלית יש להוכיח כי העד מבין את חובתו להעיד אמת, אינו מותאם לצרכיו של עד עם מוגבלות שכלית שיכול להעיד עדות אמת על האירוע הספציפי שבו נפל קרבן לעברה או שהיה עד לה, אך לא בהכרח מבין את החובה המופשטת לומר את האמת.<sup>58</sup> עדותו של עד כזה לפי הכלל המנחה שנקבע בפסק דין ג'אברי לא תהיה קבילה, והעברייני לא יועמד לדין, ואם יועמד לדין – יזוכה. יתר על כן, כלל זה כפי שנקבע בפסק דין ג'אברי הוא התנאי הבסיסי והמרכזי לקביעת ממצאים על בסיס כל עדות באשר היא והוא יכולתו של העד להעיד עדות אמת. יכולת זו מסוללת מניה וביה כשמדובר בעדים עם מוגבלות שכלית או נפשית בהיעדר התאמת הליכי ההעדה לצורכיהם.

סדרי הדין ודיני הראיות הקיימים, כפי שעולה מהדיון המפורט בפרק הקודם, אינם מותאמים לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית ופוגעים ביכולתם להעיד עדות אמת, מלאה, קוהרנטית ומדויקת. בהיעדר התאמת כללי הדין לצורכיהם של עדים אלה סוכלה יכולתו של בית המשפט להעריך את עדותם של עדים אלה הערכה מותאמת וראויה לחשוף את האמת ולבסס עליה ממצאים. זאת ועוד, המבחן המשולש שנקבע בעניין ברדה להערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית מעוגן במבחני השכל הישר המשליכים אור על אמתות העדות. אולם מבחנים אלו מניחים כי קיימים כללים אובייקטיביים, ניטרליים ורציונליים – מבחני "השכל הישר" – להערכת עדויותיהם של עדים אמינים. מבחן זה סותר את הרעיון שנקבע בעניין מדינת ישראל נ' פלוני,<sup>59</sup> שלפיו עדותו של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית תהיה מותאמת אישית וספציפית למוגבלות.<sup>60</sup> בנוסף, מבחן "הגיונה הפנימי של העדות" (המבחן השני בהלכת ברדה) – מכוון לתיאור קוהרנטי של העובדות ולתיאור של רצף כרונולוגי והגיוני. אולם מבחן זה מתעלם מהקשיים הרגשיים והקוגניטיביים שמעמידים מנגוני הדין הפלילי בפני אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית.

בשל התפקיד החיוני, המרכזי והחשוב שממלאות גרסאותיהם של עדים ונאשמים כפי שנמסרו במשטרה בהליך הפלילי בישראל, אי-התאמת הליכי החקירה לצורכיהם של קרבנות עברה עם מוגבלות שכלית או נפשית יצרה כשל רציני נוסף באכיפת החוק הפלילי כאשר מדובר בקרבנות עברה אלה. כפי שעולה מהדוגמאות שנציג כאן בקצרה, בהיעדר התאמה של הליכי החקירה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית הטיל בית המשפט ספק באמינותם של עדים אלה – וזיכה את הנאשמים.

58 עניין ג'אברי, לעיל ה"ש 49.

59 עניין מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 51.

60 Neta Ziv, *Witnesses with Mental Disabilities: Accommodations and the Search for Truth, The Israeli Case*, 27 DISABILITY STUDIES QUARTERLY 4, 16 (2007).

בעניין ג'וליאני<sup>61</sup> זוכו שני הנאשמים מביצוע עברות מין באדם עם מוגבלות שכלית שיוחס להם בכתב האישום. זיכוי הנאשמים נבע מאי-התאמת הליכי החקירה למוגבלותו של המתלונן. המתלונן נחקר כשהעובד הסוציאלי המטפל בו, ששמע ממנו לראשונה את גרסתו לאירוע, נכח בחקירה והתערב במהלכה בהשלמת משפטים שהמתלונן התקשה בהשלמתם, עד כי היה בלתי אפשרי להבחין בין גרסת המתלונן האותנטית לבין גרסתו של העובד הסוציאלי. הנאשמים זוכו מאשמה, בין היתר בשל אי-התאמת פעולות החקירה לצרכיו של המתלונן, אדם עם מוגבלות שכלית, תוך שבית המשפט קובע כי "יש להדריך את חוקרי המשטרה הרגילים לתת את הדעת לקשיים המיוחדים המלווים באופן אינהרנטי את חקירת תלונותיהם של מתלוננים מיוחדים אלו".<sup>62</sup>

בעניין שוויקי<sup>63</sup> זיכה בית המשפט המחוזי את הנאשם, עובד בבית אבות, מאשמה בעברות מין במתלוננת, אישה עם מוגבלות שכלית מסוג תסמונת ויליאמס. גם במקרה זה נבע הזיכוי מחקירתה של המתלוננת שלא על פי צרכיה. המתלוננת, שמוגבלותה מתאפיינת בין השאר בצורך נפשי עמוק להיות אהובה ומקובלת וברצון לרצות את הסובבים אותה, תושאלה בידי קרובי משפחה, בידי צוות העובדים האחראי לה ובידי חוקרי המשטרה על האירועים תשאל מדריך וסוגסטיבי. ככל שרבו ההזדמנויות שבהן נחקרה ותושאלה, כך רבו גרסאותיה. כמו כן התברר כי המתלוננת נכחה במהלך חקירתה של אמה במשטרה. גם העדים האחרים נחקרו במשטרה בנוכחות המתלוננת. כך סוכלה האפשרות לדעת מהי גרסתה האותנטית של המתלוננת לאירועים. לפי האמור קבע בית המשפט כי אי אפשר לשלול כי בשל מוגבלותה השכלית ומאפייני מוגבלותה, מבלי שהתכוונה לשקר, אימצה המתלוננת פרטים רבים שהציגו עדים בחקירתם או שאותם עדים ומעורבים הציגו בפניה כאשר אלו תשאלו אותה. כך קרה שגרסתה, שייחסה לנאשם תחילה נגיעה חד-פעמית – עברה של מעשה מגונה – התפתחה לגרסה שייחסה לו כמה מקרי אונס ומעשי סדום רבים ותכופים, ולכן אי אפשר היה לבסס הרשעה על סמך עדותה. על זיכוי זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון.<sup>64</sup> בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה על זיכוי הנאשם בחלקו והרשיע את הנאשם בעברה הקלה יותר שיוחסה לו – מעשים מגונים, והשאיר את הזיכוי מהעברות החמורות יותר – אינוס ומעשה סדום – על כנו. בית המשפט העליון עמד בפסק הדין על הצורך בהתאמת הליכי החקירה לאנשים עם מוגבלות שכלית כדי שיהיה ניתן להגיע לחקר האמת.

הסכנה הממשית האורבת מחקירה משטרתית לא מותאמת נוגעת לחקירת חשודים עם מוגבלות שכלית או נפשית שעלולה להביא לידי הרשעות שווא ולהקשות את חשיפת האמת. כפי שנחשף בעניין בן חסן,<sup>65</sup> הנאשם בפרשה זו הועמד לדין בגין רצח קשישה במהלך שוד שביצע

61 ת"פ (מחוזי י-ם) 145/99 מדינת ישראל נ' ג'וליאני (פורסם בנבו, 28.6.1999).  
62 שם.  
63 ת"פ (מחוזי י-ם) 8/96 מדינת ישראל נ' שוויקי (פורסם בנבו, 31.3.1998).  
64 ע"פ 7104/96 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.2.1998).  
65 תפ"ח 113/96 מדינת ישראל נ' בן חסן (פורסם בנבו, 4.9.1997).

בביתה. בתחילת החקירה העלו בני משפחת הנרצחת חשד כי הרצח והשוד בוצעו בידי שני אחרים, אנשים עם מוגבלות שכלית שהתגוררו בהוסטל סמוך. חרף המלצות המשטרה להעמיד לדין את השניים קבעה הפרקליטות כי אין ראיות נגדם לביצוע העברות, גנזה את תיק החקירה שנפתח נגדם והעמידה לדין את הנאשם. בשל טענת הנאשם כי החשודים שלא הועמדו לדין הם המבצעים נדרש בית המשפט לבחון את ניהול החקירה המשטרית של שני החשודים עם המוגבלות השכלית. בית המשפט קבע כי אין ספק שהשניים אינם מעורבים בביצוע העברות. החשודים נחקרו חקירה שאינה מותאמת למוגבלותם: הם נחקרו במשך שעות ארוכות ללא הפסקה, לא הוזהרו בכל דרך שתובן להם על זכותם לחיסיון מפני הפללה עצמית, איש מהם לא מסר גרסה עקיבה וקוהרנטית, ותשובותיהם לשאלות שנשאלו בחקירה סותרות ואינן מתיישבות עם הממצאים בזירה. החוקר ליקט וריכז פרטים מתוך שלל הגרסאות תוך הוצאתם מהקשר שבו נמסרו ובבחינת "מחק את המיותר" או "בחר את התשובה המתאימה" וראה בהם ראיות מפלילות. בית המשפט קבע כי החוקרים לא פעלו מתוך כוונת זדון אלא מתוך קושי/חוסר ידע להתמודד עם חקירתם של אנשים עם מוגבלות שכלית. מעניין זה ניתן ללמוד עד כמה חקירה לא מותאמת פוגעת ביכולת לברר את העובדות כהווייתן ולהגיע לחקר האמת.

המסקנה המתבקשת היא כי הליכי החקירה וההעדה לפני חקיקת החוק לא אפשרו בירור מלא ואמתי של העובדות כאשר היו מעורבים בהן אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. הכללים הראייתיים וסדרי הדין לא הותאמו לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, ומשנעברה עברה כלפי אנשים אלה או משנחשדו בה, אי אפשר היה לחשוף את מבצעייה או לאסוף די ראיות שיוכלו להרשעת עבריינים מעבר לכל ספק סביר. התקדימים שהוצגו בפרק זה מדגימים כי בשיטת המשפט הקיימת, שבה גרסת העד בחקירה המשטרית מהווה בסיס מרכזי בהערכת עדותו של העד, אי-התאמת הליכי החקירה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית פגעה ביכולת הרשויות למצות את החקירה. כמו כן העדתם של עדים אלה בפני בית המשפט שלא באופן מותאם מנעה מבית המשפט להעריך נכונה את מהימנותם של עדים אלה ולחשוף את האמת.<sup>66</sup> מהתקדימים שהובאו כאן עולה כי בהיעדר חקיקה כוללת המסדירה ומתאימה הן את הליכי החקירה והן את הליכי ההעדה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, לא הייתה הפסיקה שיטתית ועקיבה ולא העריכה תמיד את עדויותיהם של עדים אלה בהתחשב במוגבלותם. מנקודת מבטה של הגישה הביקורתית-חברתית למוגבלות ומשפט, תקדימים אלה חושפים את תרומת המשפט בהבניה החברתית של המוגבלות. כאשר ההליך הפלילי מבוסס על הנחות יסוד באשר לדרכי בירור האמת וקביעת מהימנותם של עדים על בסיס העד ה"נורמלי". אי-התאמת הליכי החקירה וההעדה לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית גרמה להערכת עדויותיהם של עדים אלה כבלתי מהימנות וככאלה שאי אפשר לבסס עליהן הרשעה בפלילים. על בסיס הגישה הביקורתית למוגבלות יש לומר כי המשמעות השלילית שייחסו בתי המשפט לעדויותיהם של עדים אלה היא שתורמת לנחיתותם של אנשים עם מוגבלות שכלית או

66 על חשיבות בירור האמת העובדתית ראו Edwin Meese, *Promoting Truth in the Courtroom*, 40 VAND. L. REV. 271, 272 (1987).

חוקים ח 2016 חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית), התשס"ו-2005  
בראי לימודי ביקורת מוגבלות – נגישות למערכת הצדק לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית

נפשית, ולא מוגבלותם.<sup>67</sup> המסקנה המתבקשת על פי הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט היא  
כי כדי להעניק שוויון לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, להביא לשילובם, להכללתם  
ולהשתתפותם בהליכים המשפטיים, שהם חלק מהחיים החברתיים, יש לפעול להתאמת הליכי  
החקירה וההעדה לצורכיהם.

## **פרק ו: חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005**

### **1. הרקע לחקיקת החוק**

ארגון "בזכות" – המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלות<sup>68</sup> – פועל החל משנת 1992  
לקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומשפחותיהם. ארגון זה יזם ופעל, בין השאר, לשינויי  
חקיקה שיקדמו זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות. בעקבות פעילות זו ופעילותם של ארגונים  
נוספים שעוסקים בקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות מינו שרי המשפטים, העבודה  
והרווחה דאז, ביום 13.11.1997, ועדה לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא זכויות אנשים עם מוגבלות  
(ועדת כץ).<sup>69</sup> ממצאי הוועדה שימשו בסיס למהלך החקיקתי שנועד לקדם את זכויותיהם של  
אנשים עם מוגבלות, ובעיקר את זכותם לשוויון. תחילתו של המהלך בחקיקת חוק שוויון זכויות  
לאנשים עם מוגבלות שהתקבל בכנסת בשנת 1998 (להלן: "חוק השוויון").<sup>70</sup> המשכו בשנת  
2005 בחקיקת פרק הנגישות (פרק ה לחוק השוויון), ולאחריו חקיקת חוק הליכי חקירה והעדה  
(התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005 (להלן: "החוק") שהתקבל  
בכנסת ביום 9.12.2005 ונכנס לתוקף שנה לאחר מכן.

החוק הוא יישום קונקרטי של חוק השוויון שמטרתו הקניית שוויון לאנשים עם מוגבלות  
ומניעת הדרתם והפלייתם בכל התחומים. חוק זה הוא פרי עבודת צוות בין-משרדי בראשות  
המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז יהודית קרפ, שכלל נציגים ממשרדי הממשלה השונים  
ונציגי ארגונים שונים, לרבות ארגון "בזכות", העוסקים בקידום זכויותיהם של אנשים עם  
מוגבלות. עבודת הוועדה נמשכה כעשר שנים.<sup>71</sup> החוק הוא חלק ממערך החקיקה שמבטא את  
הכרתו של המשפט הישראלי בזכות השוויון לאנשים עם מוגבלות כפי שבאה לידי ביטוי בעקרון  
היסודי שבסעיף 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998:

---

67 השו"ק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 443; מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות בתעסוקה",  
לעיל ה"ש 34, בעמ' 110.  
68 ראו אתר ארגון "בזכות": [www.bizchut.org.i](http://www.bizchut.org.i).  
69 דוח הוועדה, לעיל ה"ש 1.  
70 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.  
71 הצעת חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ד-2004,  
ה"ח 417.

“זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושגות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות”.

ולאור התכלית האמורה בסעיף 2 שבו:

“להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו להיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד תוך מיצוי מלוא יכולתו”.

## 2. מטרת החוק

החוק, כפי ששמו מעיד עליו, קובע התאמות לחקירה והעדה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית שיהיה בהן כדי להתגבר על הקשיים שמעמידים בפניהם הליכי החקירה וההעדה האדוורסריים, כפי שעולה מהפרקים הקודמים וכפי שנאמר בחלק הכללי לדברי ההסבר להצעת החוק:

“לקבוע תכנים ודרכי יישום לעיקרון הכללי של התאמת מערכת המשפט, בכל הקשור באנשים עם מוגבלויות שכליות או נפשיות: זאת על ידי יצירת אמצעים שיסייעו לאנשים עם מוגבלויות להתגבר ככל שניתן בהליכי העדה וחקירה, על הבעיות הנובעות ממוגבלותם”.

וכן:

“...לתת כלים, הן לרשויות המשפט והן לאדם עם מוגבלות, שימזערו, במידת האפשר, את הפגיעה במשקל עדותו של אדם עם מוגבלות, כך שניתן יהיה להפיק מעדותו את המרב”.

ובהמשך:

“...מוצעים אמצעים שיתאימו את הליכי ההעדה בבית המשפט לצרכיהם של עדים עם מוגבלויות נפשיות או שכליות”.<sup>72</sup>

## 3. הוראות החוק

כפי שיפורט להלן, החוק חורג משורה של כללים משפטיים החלים על הליכי החקירה וההעדה של עדים, חשודים ונאשמים. החוק קובע שורה ארוכה של הסדרים ספציפיים המתאימים הליכים

72 שם, בעמ' 417.

חוקים ח 2016 חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית), התשס"ו-2005  
בראי לימודי ביקורת מוגבלות – נגישות למערכת הצדק לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית

אלה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. ההתאמות תלויות בנסיבות ובצרכים הקונקרטיים של העד/הנאשם, והחוק קובע מנגנונים חלופיים לחקירתם ולהעדתם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. מנגנונים אלה, שנועדו להתגבר על הקשיים שמציבים הליכי החקירה וההעדה בפני אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, כפי שעמדה עליהם הפסיקה שהובאה בפרק הקודם, משקפים תפיסה ביקורתית-חברתית למוגבלות ומשפט, המכירה הן בהיבט הפיזי של המוגבלות – מוגבלות שכלית או נפשית – והן בהיבט החברתי שלה – דהיינו שכללי החקירה וההעדה עוצבו מבלי להביא בחשבון את צרכיה של אוכלוסייה זו.

#### 4. הליכי החקירה

החוק חל על קבוצה מובחנת של אנשים עם מוגבלות, ולצורך ההוראות בו מגדיר סעיף 1 לחוק מיהו אדם עם מוגבלות וקובע את תחולתו על אדם עם מוגבלות שכלית וכן על אדם עם מוגבלות נפשית, כהגדרתם בחוק. וכך מוגדר בחוק:

“אדם עם מוגבלות נפשית” – אדם עם לקות נפשית שבשלה מוגבלת יכולתו להיחקר או למסור עדות,

“אדם עם מוגבלות שכלית” – כל אחד מאלה:

(1) אדם עם פיגור שכלי;

(2) אדם עם לקות שכלית אחרת שבשלה מוגבלת יכולתו להיחקר או למסור עדות;

(3) אדם עם הפרעה התפתחותית מורחבת, לרבות אדם עם אוטיזם, שבשלה מוגבלת יכולתו להיחקר או למסור עדות;

“אדם עם פיגור שכלי” – מי שאובחן כמפגר בשכלו בידי ועדת אבחון, שהוקמה לפי חוק הסעד טיפול במפגרים.<sup>73</sup>

סעיף 3 לחוק קובע הסדר ייחודי שלפיו אדם עם מוגבלות שכלית ייחקר בידי חוקר מיוחד “פסיכולוג, עובד סוציאלי, קרימינולוג קליני, בעל הכשרה בחינוך מיוחד ואשר עבר הכשרה מיוחדת לביצוע תפקיד זה”.<sup>74</sup> כך גם כל פעולת חקירה (שחזור, עימות, זיהוי, וכיו”ב) של נחקר עם מוגבלות שכלית שנעשית לפי הוראותיו של החוקר המיוחד.<sup>75</sup> הסדר זה חורג מהכלל הקבוע

73 ס' 1 לחוק הליכי חקירה והעדה.

74 ס' 1 ו-6 לחוק הליכי חקירה והעדה.

75 ס' 12 לחוק הליכי חקירה והעדה.

בסעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) שלפיה חקירתו של אדם תתבצע בידי איש משטרה.<sup>76</sup>

החוק מכיר בעובדה כי התאמת הליכי החקירה לאנשים עם מוגבלות שכלית מחייבת התמקצעות ומומחיות. חקירתם של אנשים עם מוגבלות שכלית מתבצעת, על פי החוק, בידי חוקרים מומחים שהוכשרו לדיכוב אנשים עם מוגבלות שכלית וליצירת תקשורת מותאמת עמם.<sup>77</sup> חקירה מותאמת כזו נועדה להסיר את המחסומים שמציבה החקירה שנעשית כאמור בדרך כלל בידי איש משטרה, בפני אדם עם מוגבלות שכלית. תפיסת החוק היא כי חקירה המתבצעת בסביבה תומכת בידי חוקר מיוחד שהוכשר לדיכוב אנשים עם מוגבלות שכלית, שאינו לבוש מדים, עשויה להניב מידע מלא וחשוב.<sup>78</sup>

### 5. ההליכים המשפטיים

הוראות החוק סוטות מן הכללים החלים על הדיון הפלילי ומגמישות אותו, כדי להתאים את ההליך למצבם ולצורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. נזכיר את העיקריים שבהם:

סעיף 18 לחוק קובע כי בית המשפט רשאי להסביר לאדם עם מוגבלות שכלית כי עליו להעיד אמת, במקום להזהירו, כנדרש על פי סעיף 2 לחוק דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול השבועה), התש"ם-1980, אם מצא שאין באזהרה כדי לסייע לגילוי האמת.<sup>79</sup> שלא על פי הכלל המעגן את זכותו של בעל דין לחקור את העדים המעידים נגדו בחקירה נגדית,<sup>80</sup> סעיף 19 לחוק קובע כי נאשם לא יחקור בעצמו עד עם מוגבלות שכלית אלא באמצעות סנגורו.

בשונה מהכלל האוסר עדות שמיעה, סעיף 20(ב)(1) לחוק קובע כי אמרת החוץ של עד עם מוגבלות שכלית או נפשית קבילה במשפט, וניתן להגישה כראיה לבית המשפט בכפוף לחקירתו הנגדית של העד, להעדת גובה ההודעה (החוקר המיוחד – כשמדובר באדם עם מוגבלות שכלית; חוקר משטרה – כשמדובר באדם עם מוגבלות נפשית) על מסירתה, ובכפוף לקבלת חוות דעת מומחה כי העד הוא אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית.

זאת ועוד, סעיף 20(ב)(2) קובע כי אמרת החוץ של העד בעל המוגבלות הנפשית או השכלית תהיה קבילה בתנאים הקבועים שם גם אם העד לא העיד במשפט. הסעיף מסמיך את בית המשפט לפטור אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית ממתן עדות בבית המשפט בשל אי-יכולתו להעיד ולהסתפק באמרת החוץ שמסר העד במהלך חקירתו.<sup>81</sup>

76 ס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927.

77 ס' 6 ו-7 לחוק הליכי חקירה והעדה.

78 ס' 16-18 לחוק מאפשרים נוכחות של מלווה בחקירתם של אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית.

79 על פי סעיף זה נדרש חיזוק בחומר הראיות כדי להרשיע על פי עדות זו.

80 ס' 174 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

81 תחולתו של סעיף זה כפופה לקבלת חוות דעת מומחה שלפיה העד הוא אדם עם מוגבלות שאינו יכול להעיד בשל מוגבלותו.



בניגוד להוראות הקבועות בפרק ח' לחוק סדר הדין הפלילי,<sup>82</sup> ובעיקר בסימן ה' לפרק, העוסק בניהול המשפט הפלילי, הקובעות את זכותו/חובתו הדיונית של נאשם להיות נוכח במשפטו,<sup>83</sup> סעיף 22 לחוק הליכי חקירה והעדה קובע כמה חלופות ואמצעי התאמה להעדתם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בבית המשפט. הוראות אלו סוטות מכללים אלה ומאפשרות בין השאר לגבות את עדותו של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית שלא בנוכחות הנאשם אלא בנוכחות סגורו.<sup>84</sup> כמו כן מאפשר החוק לגבות עדותו של עד כזה מאחורי פרגוד.<sup>85</sup>

התאמה מיטבית נעשתה בכל הנוגע למתכונת החקירה הנגדית, המצויה בלב ההליך הפלילי האדוורסרי. בית המשפט העליון הביע לא אחת את העמדה כי זכות החקירה הנגדית היא אחת מזכויות היסוד החשובות ביותר של הנאשם במשפט פלילי.<sup>86</sup> כדברי השופט זוסמן: "איש לא יחלוק על חשיבותה הרבה של הזכות לחקור שתי וערב המשמשת אחת מאבני היסוד של דיון משפטי הוגן".<sup>87</sup> החקירה הנגדית מתאפיינת בהצגת שאלות סגורות, מנחות ובעלות גוון כפייתי. עורכי דין נוקטים בטכניקות אלה משום שהן מאפשרות להם לבחור את הנושא, להתמקד בו ולבנות באמצעותן את המציאות הרצויה להם. טכניקות אלה מאפשרות לעורכי הדין להשיג שליטה על העדים, לאלץ אותם להשיב באופן המשרת את הצד החוקר בחקירה נגדית ולהסיר את החשש שאם לעד תינתן חירות לבחור את נרטיב העדות, הוא עלול להזיק לעניינו של הצד החוקר, להחמיץ נקודות חשובות או להתמקד בפרטים שוליים.<sup>88</sup>

טכניקות אלה אינן מותאמות לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית שמתאפיינת פעמים רבות בפגיעה ביכולת ורבליית, בהפרעה בשטף הדיבור או בבהירותו. כאשר הן ננקטות בחקירה נגדית, הן עלולות להוביל להשלכות שליליות מבחינתם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, המתבטאות לעתים בחוסר יכולת או בקשיים להשיב לשאלות מורכבות. דוגמה לכך היא חקירה הנעשית בדרך של הצבת שתי האופציות בשאלה הנשאלת. במצב זה נוטים רבים מהנשאלים בעלי מוגבלות נפשית או שכלית להדהד את האופציה הקרובה לסוף השאלה, גם כאשר זו אינה בהכרח התשובה הנכונה.<sup>89</sup> כדי להתאים את החקירה הנגדית לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית מאפשר החוק לבעל דין להיעזר ביועץ, בעל

82 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].  
83 ס' 126 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].  
84 ס' 22(א)(1) לחוק הליכי חקירה והעדה.  
85 ס' 22(א)(2) לחוק הליכי חקירה והעדה.  
86 ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1) 436, 429 (1950).  
87 ד"נ 13/75 מפקד משטרה צבאית חוקרת נ' פלוני, פ"ד (3) 617 (1996). על חשיבות הזכות לחקירה נגדית להגנתו של הנאשם ולבירור האמת במשפט ראו גם דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661, פסק דינו של המשנה לנשיא אלון (1993).  
88 Jenny McEwan, Evidence and the Adversarial Process: The Modern Law 1, 15-16 (1998).  
89 לרנר, לעיל ה"ש 39.

הכשרה בתחום, שיסייע בידו בניהול חקירתו של העד/הנאשם, לרבות בחקירתו הנגדית ושיהיה רשאי להציע נוסח חלופי לשאלות ולהתריע מפני פגיעה אפשרית בעד.<sup>90</sup> עוד קובע החוק<sup>91</sup> כי ההוראות המתירות לבית המשפט לאסור על חקירת עד בנסיבות שלדעת בית המשפט החקירה בהן אינה רלוונטית, אינה הוגנת, ויש בה משום עלבון, הטעיה, הפחדה או ביוש שאינם לעניין הנדון ואינם הוגנים, תתחשבה במוגבלותו השכלית או הנפשית של העד/הנאשם.<sup>92</sup>

לסיכום, החוק קובע שורה ארוכה של אמצעים, מסוגים שונים, הסוטים מכללי החקירה וההעדה המקובלים. הסדרים אלה נועדו להתאים את הליכי החקירה וההעדה לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. עיון בהסדרים אלה מלמד כי החוק מבקש לתת מענה לקשיים שמעמידים הליכי החקירה וההעדה בפני אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, כפי שחשפה הפסיקה. הוראות החוק מבקשות למלא אחר הדרישות שהעמידה הפסיקה למתן מענה הולם לצרכים הייחודיים של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בהליכי החקירה וההעדה. נבחן כעת עד כמה משקפות הוראות אלו את הגישות השונות למוגבלות שתוארו בפרק א.

### פרק ז: החוק והגישה הביקורתית-חברתית למוגבלות ומשפט

נאמר כבר עתה, לדעתנו החוק חושף את תפקידו של המשפט, ובהקשר הספציפי כאן – את תרומתם של הליכי החקירה וההעדה להבניה החברתית של מוגבלות.

חקיקת החוק כשלעצמה משקפת את הנחות היסוד של התפיסה החברתית-ביקורתית למשפט. יזמת החקיקה מעוגנת באקטיביזם החברתי שהוביל ארגון "בזכות" לקידום שוויון לאנשים עם מוגבלות.<sup>93</sup> היא מבוססת על שיח השוויון ומבקשת ליצור מנגנון דינוני שימנע את הפלייתם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. חקיקת החוק מכירה במציאות המתוארת בפרקים הקודמים. היא בוססה על הנחת היסוד שלפיה אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית מופלים לרעה בהליך הדיוני הפלילי,<sup>94</sup> המתעלם מצורכיהם ומזכויותיהם של נפגעי עברה, חשודים ונאשמים עם מוגבלות שכלית או נפשית.

החוק מאמץ את הנחת היסוד של הגישה החברתית למוגבלות ומשפט ומכיר בתרומתו של המשפט – בענייננו הליכי החקירה וההעדה – לנחיתותם של אנשים עם מוגבלות שכלית או

90 ס' 22(א)(9) לחוק הליכי חקירה והעדה.

91 ס' 22(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה.

92 סמכות הקיימת מכוח ס' 2 לחוק לתיקון סדרי דין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, ס"ח 237, עמ' 16.

93 אתר ארגון "בזכות", לעיל ה"ש 68.

94 ס' 22(ב) לחוק מאפשר להתאים את תהליכי ההעדה של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית גם להליכים משפטיים שאינם פליליים. אולם ליבת החוק והדין במאמר זה הוא ההליך הפלילי.

נפשית כחלק מהבניה חברתית,<sup>95</sup> והוא מעצב מנגנון דיוני מותאם שימנע את הפלייתם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בהליך הפלילי.<sup>96</sup> ואכן, קביעת הסדרי חקירה והעדה מותאמים לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית מצביעה על ההכרה כי המוגבלות היא במידה רבה הבניה חברתית, וכי משמעותה מתעצבת במסגרת האינטראקציה בין אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית לבין הליכי החקירה וההעדה. החוק מבקש להתמודד עם היחס המכליל, על פי רוב שלילי, שבו נתקלים אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית בבתי המשפט, המבוסס במקרים רבים על תפיסות מוטעות את מהימנותם וגורם לנטייתם של בתי המשפט שלא להעניק לעדויותיהם את המשקל הראוי.<sup>97</sup>

הנחת המוצא של החוק היא כי הליכי החקירה וההעדה עוצבו תוך התעלמות מצורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. החוק מבטא את ההכרה בהבניה החברתית-משפטית של מוגבלות שכלית או נפשית ומיישם את הגישה הביקורתית-חברתית למוגבלות שלפיה הנטל להשגת שוויון לאנשים עם מוגבלות אינו מוטל על כתפו של הפרט: האדם עם מוגבלות שכלית או נפשית אינו נדרש לעמוד בסטנדרטים של הליכי החקירה וההעדה הרגילים. נקודת המבט משתנה – הליכים אלו מותאמים למצבה ולצרכיה של קבוצה באוכלוסייה שטרם חקיקת החוק התעלמו מצרכיה.

עיון במנגנונים שקובע החוק מעלה כי החוק מאמץ את המודל החברתי הדוחה את רעיון השוויון הפורמלי כאמצעי להשגת שוויון זכויות ומתאים את הליכי החקירה וההעדה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית באמצעות חריגה מן התבניות הפורמליות הכלליות של הליכי החקירה וההעדה והגמשתן. החוק מתאים ומנגיש את כל השלבים של ההליך הפלילי לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית – החל משלב החקירה על כל רכיביה וכלה במתן העדות בבית המשפט על כל שלביה: חקירה ראשית, חקירה נגדית, עדויות הזמה והצגת שאלות על ידי בית המשפט.

תפיסה זו של החוק מעוגנת בגישה הביקורתית למוגבלות שלפיה השגת שוויון לאנשים עם מוגבלות מחייבת תיקון מבני כולל ועמוק של הסביבה הקיימת, של המבנים והמוסדות החברתיים שנוצרו, תוכנו, עוצבו והפועלים על פי ראיית העולם, החוויות והצרכים של אנשים ללא מוגבלות. ואכן, מרכיבי הזכות לשוויון במובן של שוויון מהותי, הכולל חובת ביצוע התאמות, נכללו בחוק בכמה דרכים.

כך למשל בין ההתאמות הקבועות בחוק מצויה האפשרות לגבות את עדותו של אדם עם מוגבלות נפשית או שכלית שלא בנוכחות הנאשם אלא בנוכחות סנגורו,<sup>98</sup> או גביית העדות מאחורי פרגוד.<sup>99</sup> התאמות אלו מבקשות להסיר את המחסומים הניצבים בפני אנשים עם

95 KANTER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 403, 426.

96 ZIV, לעיל ה"ש 60, בעמ' 4, 27.

97 ראו דיון מפורט לעיל בפרק ה.2, וכן הצעת חוק הליכי חקירה והעדה, לעיל ה"ש 71.

98 ס' 22(א)(1) לחוק הליכי חקירה והעדה.

99 ס' 22(א)(2) לחוק הליכי חקירה והעדה.

מוגבלות שכלית או נפשית כאשר הם נאלצים להעיד בבית המשפט נגד התוקף כשהם מתייצבים מולו. מתן עדות בנוכחות הפוגע אינו אפשרי מבחינת אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית ואף עלול להסב להם נזק נפשי, למנוע מהם למסור עדות ולחזור בהם מהאשמה שמסרו.<sup>100</sup> בהתאמות הקבועות בחוק המאפשרות לגבות את עדותו של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית כשהשופט ועורכי הדין אינם לבושים מדי משפט,<sup>101</sup> או גביית עדות בלשכת השופט או בכל מקום אחר<sup>102</sup> מכיר החוק בכך שההליך המשפטי המסורתי-הפורמלי אינו מותאם לקבוצה זו.

הוראות החוק משקפות את ההכרה שמהות ההליך, כלליו ותפקיד הגורמים השונים המעורבים בו עלולים להיות לא מובנים לקבוצה זו, מאיימים ומפחידים באופן שישפיע על יכולתם להסביר ורבליית את מה שהם חוו, וימנע מהם להעיד עדות אפקטיבית, קוהרנטית ומדויקת.<sup>103</sup> לכן החוק מתאים את הליכי ההעדה של אנשים עם מוגבלות נפשית או שכלית לצורכיהם ומאפשר להעידים בסביבה תומכת ומותאמת לצורכיהם: כשהשופט ועורכי הדין אינם לבושים מדי משפט, בלשכת השופט וכיו"ב.<sup>104</sup>

השקפה חברתית באשר למוגבלות מונחת בבסיסו של החוק, הרואה חשיבות עליונה בעובדה שעדים עם מוגבלות שכלית או נפשית יישמעו בבית המשפט, ועמדותיהם יובאו בחשבון בהכרעות הדין הנוגעות להם.<sup>105</sup> ביטוי קונקרטי להיבט זה של הגישה הביקורתית-חברתית למוגבלות מצוי בהוראת החוק, המכפיפה את החלת התאמתם של הליכי ההעדה לאנשים עם

100 בת"פ (מחוזי ת"א) 1049/08 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 17.7.2011) הורשע הנאשם בסדרה של עברות מין שביצע במתלוננת, נערה עם מוגבלות שכלית, בעת שהסיע אותה במסגרת עבודתו כנהג מבית הספר לחינוך מיוחד שבו למדה לביתה. עדותה של המתלוננת, כמו גם חקירתה, הותאמו להוראות החוק, לרבות חקירתה בידי חוקר מיוחד, תוך החלת ס' 22(א)(1) לחוק, כשהמתלוננת העידה שלא בנוכחות הנאשם, ונעשה שימוש בטלוויזיה במעגל סגור. עדות המתלוננת שנגבתה בדרך האמורה הייתה מלאה, אפקטיבית וקוהרנטית, והיותה בסיס מוצק להרשעת הנאשם במיוחס לו.

101 ס' 22(א)(4) לחוק הליכי חקירה והעדה.

102 ס' 22(א)(5) ו-22(א)(6) לחוק הליכי חקירה והעדה.

103 ראה דיון מפורט בקשיים שמציבים הליכי ההעדה האדוורסריים בפני אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בפרק ג למאמר זה.

104 כך לדוגמה, בת"פ (מחוזי י-ם) 502/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.1.2010), בחוות דעת מומחה שהוגשה לפי החוק נקבע כי הפורמליות והרשמיות שבאולם בית המשפט, לרבות לבושם המיוחד (גלימות) של השופט ועורכי הדין, עלולים להפחיד את המתלוננת המוגבלת בשכלה ועלולים למנוע ממנה להעיד. על פי הוראות ס' 22(א)(3) לחוק וס' 22(א)(4) לחוק, ועל פי חוות הדעת, כדי להתאים את ההליך לצרכיה של העדה ולהפיג את פחדיה נשמעה עדותה בבית המשפט כשהיא יושבת על כיסא באולם ולא בעמידה על דוכן העדים, כששלושת השופטים, חברי המותב, הציגו עצמם בפניה בשמותיהם הפרטיים, כשהם יושבים באולם על כיסאות לידה, וללא גלימות. כך, התאמת ההליך לצרכיה המיוחדים של העדה מימשה את זכותה לשוויון, להכללתה ולשילובה בחיים החברתיים/המשפטיים, לפי דרישות הגישה הביקורתית למוגבלות.

105 SANDERS, לעיל ה"ש 43, בעמ' 44.

מוגבלות שכלית או נפשית "בשים לב לרצונו של העד..."<sup>106</sup> תנאי זה להחלת הסעיף – ביצוע התאמות בהעדתם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בכפוף לרצונם של עדים אלה – משקף רעיון יסוד בגישה החברתית למוגבלות. תנאי זה מכיר ביכולתם לבטא את רצונם ולהשמיע את קולם בבית המשפט ומעוגן ברעיון המחייב לאפשר לאנשים עם מוגבלות להחליט, לקבוע ולהשפיע בכל עניין הנוגע לענייניהם הן במישור האישי והן במישור החברתי-סביבתי, לרבות בקביעת מדיניות.

החוק משקף רעיון יסוד זה ומאפשר לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית להשפיע על האופן שבו יעידו בפני בית המשפט. תנאי זה מבוסס על התפיסה כי אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית מסוגלים להביע עמדה עניינית ורציונלית בנוגע לרצונותיהם ולהעדפותיהם, והיא שוללת את גישת המודל הרפואי שהתעלם מהעדפותיהם של אנשים עם מוגבלות וראה בהם מי שאינם מסוגלים להביע עמדה רציונלית ועניינית.<sup>107</sup> החוק מותיר בידי האדם עם מוגבלות שכלית או נפשית את הבחירה וההזדמנות להתעמת עם הנאשם בבית המשפט בפומבית.

החוק נותן גם ביטוי גם לרעיון המצוי בבסיס הגישה הביקורתית למוגבלות שלפיו השגת שוויון לאנשים עם מוגבלות מחייבת גם מתן מענה הולם לצורכיהם. הגישה הביקורתית למוגבלות מכירה במגוון האנושי של אנשים עם מוגבלות: יש מי שיוכלו להשתלב ולהיכלל בחברה ולהשיג שוויון באמצעות אי-הפליה, יש מי שיוכלו לממש את זכותם לשוויון באמצעות התאמות, ויש מי שזכותם לשוויון תמומש באמצעות מתן מענה הולם לצורכיהם המיוחדים.<sup>108</sup> החוק, כמו הגישה הביקורתית למוגבלות, מכיר בכך שקבוצת האנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית אינה קבוצה הומוגנית. לכן יש מי שההתאמות הקבועות בחוק יסירו את הקשיים שהליכי ההעדה מציבים בפניהם ויאפשרו להם למסור עדות מלאה, קוהרנטית ואפקטיבית; יש מי שבשל אופי צורכיהם יזדקקו להתאמות אחרות, שאינן מפורטות בסעיף, כדי לממש את זכותם לשוויון בהליכים המשפטיים; יש מי שבשל צורכיהם המיוחדים לא יוכלו כלל לממש את זכותם להעיד, גם אם ייעשו התאמות כלשהן. כמענה הולם לצורכיהם של האחרונים פוטר אותם החוק ממסירת עדות וקובע כי חקירתם – אמרת החוץ שמסרו – תהיה קבילה כראיה.<sup>109</sup>

החוק מבטא רעיון מרכזי נוסף בגישה החברתית למוגבלות שאינה רואה במוגבלות קטגוריה קבועה ויציבה אלא כזו הנתונה לשינויים על פי ההקשר. החוק מכיר בכך שיש אנשים עם

106 ס' 22(א) לחוק הליכי חקירה והעדה.  
107 OLIVER, לעיל ה"ש 4. עיקרון זה מצא ביטוי בלוגו של התנועות השונות לזכויות אנשים עם מוגבלות: "Nothing About Us Without Us".

108 בס' 20(ב)(2) לחוק נקבע כי אמרת חוץ של עד עם מוגבלות נפשית או שכלית תהיה קבילה כראיה אם בשל צרכיו הייחודיים לא יוכל להעיד, או שהוא עלול להיפגע ממתן העדות, למרות ביצוע התאמות. גם ס' 22(א)(10) לחוק וס' 22(ג) לחוק מאמצים את רעיון הגישה הביקורתית למוגבלות, למתן מענה הולם לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות. סעיפים אלה מאפשרים, בכפוף לתנאים המנויים בהם, ביצוע שינויים/התאמות בהליכי ההעדה של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית גם כשההתאמות אינן מנויות ברשימת ההתאמות הקבועה בס' 22(א)(1)–22(א)(9) לחוק.

109 זיו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 821.

מוגבלות שכלית או נפשית שבעת חקירתם היו יכולים למסור גרסה טובה, עם התאמות או בלעדיהן, אך בחלוף הזמן שבין חקירתם ובין מועד מסירת העדות צורכיהם השתנו,<sup>110</sup> ובשל אופיים ורמתם של צורכיהם המיוחדים במועד מסירת העדות הם לא יוכלו לממש את זכותם להעיד, גם אם ייעשו התאמות.<sup>111</sup>

הוראות החוק מאמצות את הגישה הביקורתית למוגבלות גם בהבחנה הקיימת בהן בין אנשים עם מוגבלות שכלית לאנשים עם מוגבלות נפשית וגם באי-החלתן את כל ההסדרים החלה גורפת גם על אנשים עם מוגבלות שכלית וגם על אנשים עם מוגבלות נפשית. הבחנה זו בתחולת התאמות מסוימות בין אנשים עם מוגבלות שכלית לאנשים עם מוגבלות נפשית מבטאת גישה ביקורתית-חברתית למוגבלות היוצאת נגד התפיסה המכלילה הרואה באנשים עם מוגבלות קבוצה הומוגנית העומדת כחטיבה אחת מול הקבוצה של אנשים ללא מוגבלות. ייחוד החלתם של הסדרים מסוימים בחוק על אנשים עם מוגבלויות שכליות ואי-החלתם על אנשים עם מוגבלויות נפשיות מבטא הכרה של החוק בהבדלים בין אופי המוגבלויות ובקימו של מגוון רחב של מוגבלויות נפשיות. הכרה זו משקפת תפיסה ביקורתית.<sup>112</sup>

עם זאת החוק אינו נעדר סמנטי הגישה הרפואית לחלוטין. תחולתו מבוססת על ההגדרות הקבועות בסעיף 1 המחייבות מיונו וסיווגו של האדם כבעל מוגבלות נפשית או שכלית ואבחוננו כמי שבשל מוגבלות זו מוגבלת יכולתו להיחקר או להעיד. החוק מתמקד בלקות השכלית או הנפשית של הפרט – העד/הנאשם – תוך בחינת מסוגלותו להעיד ולהיחקר לעומת מי ש"אינו מוגבל". השוואה זו לאדם שאינו מוגבל מאפיינת את הגישה הרפואית, ויש בה כדי לתרום לתיוגם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית כנחותים.<sup>113</sup> השיקולים המקצועיים של המומחים מהדיסציפלינות הטיפוליות הם מרכיב מהותי ודומיננטי בהחלת ההתאמות בחוק. הרעיון המרכזי שעליו מבוססת ההתאמות הקבועות בחוק הוא ההכרה בעובדה שהתאמת הליכי

110 ס' 20(ב) לחוק הליכי חקירה והעדה.

111 זאת, בניגוד למודל הרפואי הרואה במוגבלות סטטוס קבוע העומד מול "העדר מוגבלות". ראו מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה", לעיל ה"ש 34. בת"פ (מחוזי ת"א) 1025/08 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.7.2014), יישם בית המשפט את הוראת ס' 20(ב) לחוק וקבע כי חקירתה של המתלוננת, קטינה עם מוגבלות שכלית, קבילה כראיה אף שעדותה בפני בית המשפט לא נבחנה בחקירה נגדית. זאת, לאחר שערב המועד שנקבע לשמיעת העדות אושפזה המתלוננת בבית חולים בשל מעשה אברני. לקראת עדותה ניכרה אצלה החמרה במצבה הנפשי, ופסיכיאטר מומחה קבע כי גורם הדחק המהווה מִזְנָק (טריגר) להחמרה במצבה הנפשי של המתלוננת היא העובדה כי היא אמורה להעיד בפרשה זו בפני בית המשפט.

112 כך למשל בפרק ב' סימן א' לחוק הליכי חקירה והעדה נקבע כי אדם עם מוגבלות שכלית ייחקר בידי חוקר מיוחד, ואדם עם מוגבלות נפשית ייחקר בידי חוקר משטרה, כאמור בסימן ב' לחוק. ס' 18 לחוק מאפשר לבית המשפט להסביר לאדם עם מוגבלות שכלית שאינו מסוגל להבין את משמעותה של האזהרה המשפטית הפורמלית, כי עליו להעיד את האמת. זאת, במקום להזהירו בדבר חובתו להעיד את האמת, כמתחייב מהוראות ס' 2 לחוק דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול השבועה), התש"ם-1980. גם ההסדר הקבוע בס' 19 לחוק, האוסר חקירת עד עם מוגבלות שכלית בידי הנאשם עצמו, אינו חל על אדם עם מוגבלות נפשית.

113 השו" Oliver, לעיל ה"ש 4.

החקירה וההעדה הפליליים לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית היא תחום מקצועי שמחייב מעורבות של אנשי מקצוע מהדיסציפלינות הטיפוליות: קלינאי תקשורת, עובדים סוציאליים, פסיכולוגים ואנשי טיפול.<sup>114</sup> גורמים טיפוליים אלה, שמומחיותם בהכרה מעמיקה של צורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית מתווכים למעשה בין עדים אלה לבין רשויות האכיפה והמשפט.<sup>115</sup>

כדי להעריך את עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית הערכה אינדיווידואלית, מותאמת והולמת נעזר החוק בדיסציפלינות רפואיות-פסיכולוגיות, פסיכיאטריות ובמומחים רלוונטיים. אולם לדעתנו הסיווג, המיון וההיעזרות בגורמים הטיפוליים אין בהם כדי להקהות את הדומיננטיות של הגישה החברתית-ביקורתית. היא מתיישבת עם התפיסה המורכבת של הגישה החברתית המכירה בכך שבחיהם של אנשים עם מוגבלות יש משמעות גם ללקות וגם לחסמים חברתיים, והיא אינה מתעלמת ממכלול ההיבטים האלו.

גם ההבחנה שעורך החוק לעניין החלתם של הסדרים מסוימים על אנשים עם מוגבלות שכלית ואי-החלתם על אנשים עם מוגבלות נפשית מתבססת על מיון וסיווג לפי קריטריונים רפואיים המסווגים וממיינים את העד/הנאשם לאחת משתי הקטגוריות, מוגבלות שכלית או מוגבלות נפשית, מלמדת כי החוק אינו מתעלם לחלוטין מהלקות ואינו מצמצם את תפיסת המוגבלות אך ורק להיבט הסביבתי-החברתי. גם בהקשר זה החוק אינו מאמץ את המודל החברתי השולל שלילה גורפת את מקומם של מקצועות הטיפול והרפואה אלא מכיר בתפקידם בזיהוי הצרכים של העד/הנאשם המעיד בבית המשפט. במילים אחרות, החוק אינו מתעלם מהלקות הנפשית או השכלית של העד/הנאשם ומכיר במוגבלות כמורכבת גם מההיבט החברתי-משפטי של הליכי החקירה וההעדה וגם מההיבט הנפשי-שכלי.

עם זאת החוק דוחה את מרכזיותן של האבחנות הרפואיות בתפיסת המוגבלות וכן את תפיסת המודל הרפואי שלפיה הבעיה מצויה באדם עצמו – האדם עם המוגבלות השכלית או הנפשית –

114 McEwan, לעיל ה"ש 88, בעמ' 158–161.

115 ס' 3 לחוק הליכי חקירה והעדה קובע כאמור כי אדם עם מוגבלות שכלית יחקר בידי חוקר מיוחד שהוכשר לדיכוב אנשים עם מוגבלות שכלית. כל פעולות החקירה (שחזור, עימות, זיהוי וכיו"ב) של הנחקר עם מוגבלות שכלית נעשות לפי הוראותיו של החוקר המיוחד (ס' 12 לחוק). חוקר מיוחד הוא מי שהכשרתו בתחומים פסיכולוגיה, עבודה סוציאלית, קרימינולוגיה קלינית וחינוך מיוחד, והוא עבר הכשרה מיוחדת לביצוע תפקיד זה (ס' 6 לחוק). ס' 7 (ב) לחוק מאפשר לחוקר המיוחד, בין היתר להיעזר באיש מקצוע המומחה בתחום המוגבלות הספציפי של הנחקר, וס' 7 (ג) לחוק מסמיך את החוקר המיוחד להמליץ על ההתאמות הנדרשות לגביית עדותו של העד במהלך המשפט. החלתו של ס' 20 (ב) לחוק מסמיכה את בית המשפט לפטור אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית ממתן עדות בבית המשפט בשל אי-יכולתו להעיד ולהסתפק באמרת החוץ שמסר העד במהלך חקירתו, בכפוף לקבלת חוות דעת מומחה כי העד הוא אדם עם מוגבלות, וכי אינו יכול להעיד בשל מוגבלותו. ס' 21 לחוק מאפשר לבעל דין להגיש חוות דעת מומחה הן בדבר המאפיינים הכלליים של מוגבלות העד מטעמו והן בדבר השפעתה של המוגבלות על מסירה העדות. השווה: Ziv, לעיל ה"ש 60, בעמ' 4, 27.



ואת השימוש בדיסציפלינות אלה כאמצעי להדיר אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית מהחברה ומההליך הפלילי.

המסקנה המתבקשת היא שהחוק אינו מתעלם מההיבטים הפיזיים-הנפשיים-השכליים של הלוקות. יש בו אימוץ של הביקורת שהופנתה כלפי המודל החברתי ופורטה בהרחבה בפרק ב לעיל. החוק, לתפיסתנו, מבוסס על המודל החברתי בתפיסת המוגבלות המכיר גם בקשיים הממשיים הכרוכים במוגבלות, כפי שמציעים Shakespeare & Watson. על בסיס המודל החברתי שהתוו Shakespeare & Watson, המכיר גם בהיבטים הממשיים-הפיזיים והנפשיים בתפיסת המוגבלות, החוק דוחה את ההתייחסות השלילית הגורפת של המודל החברתי הקיצוני לדיסציפלינות הטיפוליות. החוק מכיר במומחיותם של גורמים טיפוליים אלה, בידע שלהם ובהכרתם את צורכיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית ומעניק להם תפקיד מרכזי בהנגשת הליכי החקירה וההעדה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית ובהתאמת הליכים אלה לצרכיה של אוכלוסייה זו. בכך מבטא החוק הכרה קונקרטי בתרומתם של גורמים אלה לשילובם ולהכללתם של אנשים עם מוגבלות בחיים החברתיים.

## סיכום

חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו–2005 הוא צעד חשוב בקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית לנגישות לצדק, ולשילובם והכללתם בחיים החברתיים-המשפטיים. לדעתנו החוק מדגיש ומשקף מודל חברתי-ביקורתי למוגבלות ומשפט. כביטוי לגישה החברתית למוגבלות ומשפט החוק חושף את הטיות החשיבה וההנחות שהמשפט – ובהקשרנו דיני הראיות וסדרי הדין – הוא אובייקטיבי וניטרלי. החוק מכיר בהיותם של הליכי החקירה וההעדה חלק מההבניה החברתית התורמת לנחיתותם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, מאמץ את תפיסת השוויון כפי שעוצבה במודל החברתי למוגבלות וקובע מנגנונים מותאמים לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות בהליכי החקירה וההעדה, כדי לכלול ולשלב אנשים אלה בהליכים האמורים.

החוק מציע חשיבה חלופית לחוויה האנושית ולדרך התקשורת האנושית כשהוא אינו מתעלם מההיבטים הנפשיים והשכליים של המוגבלות. הוא נעזר בדיסציפלינות טיפוליות ובדרכי הפעולה של דיסציפלינות אלה במיון, בסיווג ובהבחנה, כדי לאתר את הצרכים של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, על מנת להתאים הליכים אלה באופן שייתן מענה ממשי והולם לצורכיהם. החוק אינו מקנה זכות כללית להתאמת הליכי החקירה וההעדה, והוא חל רק לפי סיווג והבחנה מובחנים. בדרך זו החוק מצמצם את המקרים שבהם אנשים עם מוגבלות יימצאו זכאים להתאמות הקבועות בחוק, ומהיבט זה של הגישה הביקורתית חברתית למוגבלות ומשפט, מתעוררות שאלות החורגות מהדיון במאמר זה באשר למידת תרומתו של החוק לשוויון כולל לאנשים עם מוגבלות, וביתר הרחבה – באשר למידת היכולת של המשפט כדיסציפלינה בינארית ופורמליסטית, ובעיקר ההליך הפלילי, להכיל מודל חברתי-ביקורתי של המתאפיין בהיותו עמום ותלוי-הקשר. החוק מאמץ את הביקורת שהופנתה כלפי המודל החברתי, והוא מציע לדעתנו איזון ראוי בין התפיסה הביקורתית-חברתית למוגבלות ומשפט לבין הכרה בלקות



הפיזית או הנפשית הכרוכה במוגבלות, בדומה למודל שמציעות הגישות הביקורתיות כלפי המודל החברתי-ביקורתי.

שלא כגישה הביקורתית הנוקשה למוגבלות, המצביעה על היותם של המומחים מהתחומים הטיפוליים מנציחים את תפיסת המוגבלות כנחיתות ושוני אינהרנטי, החוק רואה בהם מי שביכולתם דווקא לשנות סטראוטיפים ותפיסות מוטעות בנוגע לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, להפריך דעות קדומות באשר לחוסר מהימנותם כעדים ולהביא את בית המשפט להעריך את עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית הערכה עניינית. החוק מעניק למומחים אלה תפקיד דומיננטי בהליך המשפטי על בסיס ההכרה ביכולתם להביא בפני בית המשפט מדדים אחרים להערכה ולהבנה של התנהגות אנושית ולהציג בפני בית המשפט את המוגבלות השכלית או הנפשית כביטוי נוסף למגוון ולריבוי החברתי.

החוק משקף במידה רבה את גישתו של המלומד Shakespeare שלפיה גישה ביקורתית-חברתית מובהקת למוגבלות אינה הגישה הפרוגרסיבית היחידה שיש בכוחה לקדם שוויון לאנשים עם מוגבלות.<sup>116</sup> החוק מדגים את תפיסתו שלפיה שילוב המודל החברתי והכרה במצב הרפואי או הנפשי של אדם עם מוגבלות אינן שתי תופעות דיכוטומיות באופן שהראשונה – התפיסה החברתית למוגבלות – משקפת תפיסה פרוגרסיבית של המוגבלות, תפיסה של זכויות שבכוחה להביא לשילובם ולהכללתם של אנשים עם מוגבלות בחברה, ואילו השנייה – הכרה בנכות הרפואית – היא גישה אנכרוניסטית, שאינה מקדמת את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות. החוק מכיל כאמור את שתי התפיסות כתפיסות שאינן דיכוטומיות ואינן סותרות זו את זו. הוא מבטא גישה שלפיה הכרה בנכות הנפשית והשכלית על בסיס הגישה הביקורתית למוגבלות היא גישה פרוגרסיבית, המקדמת את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות.<sup>117</sup> באמצעו את השיח המשפטי-ביקורתי למוגבלות חולל החוק מהפכה של ממש מבחינת נגישותם של הליכים משפטיים ושל צדק לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית. נגישות זו שהעניק החוק לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית להליכים משפטיים ולצדק היא צעד ראשון לקראת שינוי בהערכת עדויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית בידי בתי המשפט וגופי האכיפה. המבחן האמתי בשאלת תרומתו של החוק לקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית טמון בשאלת השפעתו על הערכת עדויותיהם של אנשים אלה בצורה עניינית, ללא דעות קדומות, בנטרול יחס שלילי, סטראוטיפים וסטיגמות באשר לאמינותם.

116 SHAKESPEARE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2, 9.

117 שם, בעמ' 27.