

## מבט פמיניסטי על דיני הראיות: ה"אמת" הממוגדרת והשתקת הקול השונה

יובל מריץ\*

הניתוח הפמיניסטי של הליך קביעת העובדות ושל ההנחות התאורטיות העומדות בבסיסו, מערער על ההנחה שבבסיס התאוריות המסורתיות של דיני הראיות, שלפיה דינים אלה מתאפיינים באובייקטיביות, בניטרליות, באוניברסליות ובהיעדר ממד ערכי. בחינת דיני הראיות מפרספקטיבה פמיניסטית מעלה כי בניגוד לתפיסה הרווחת, דיני הראיות למעשה מושגות במידה רבה על מיתוסים וסטראוטיפים מגדריים ועל הנחות סקסיסטיות, תוך שהם תורמים, באופן ישיר או עקיף, להשתקת קולן של נשים ולהפלייתן המתמשכת בבתי המשפט.

ההטיה הגברית בדיני הראיות באה לידי ביטוי באופן הברור ביותר בדוקטרינות שיש להן השלכות ישירות על נשים, כדוגמת ההסדרים הראייתיים בתחום עברות המין. הטיה זו מתבטאת גם בכך שההליך הראייתי, במתכונתו הנוכחית, מקנה עדיפות ברורה לתפיסה האפיסטמולוגית של קבוצה אחת בלבד, קרי: לקול הגברי. המאמר מציע לשקול מחדש את אופן עיצובם של כמה מעקרונות היסוד המנחים את קובעי העובדות כמו גם הערכים העומדים בבסיס עקרונות אלה, וטוען כי הכללתן של פרספקטיבות נוספות ומתן ביטוי לאתיקה ולאפיסטמולוגיה של "הקול השונה" עשויים להעשיר את השיח הראייתי ולהביא ליתר שוויוניות ביישומן של הדין.

1. מבוא. 2. מה לפמיניזם ולדיני הראיות? 3. ה"ניטרליות" של דיני הראיות והבנייתה החברתית של ה"אמת". 4. דוקטרינות ראייתיות מתחום עברות המין כדוגמה לשעתוק סטראוטיפים מגדריים בדיני הראיות; א. חקירת הנפגעת על עברה המיני – מיתוס "האישה

\* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר וחבר סגל ההוראה הקבוע של בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל. אני מבקש להודות לבעז סנג'רו, לרינת קיטאי-סנג'רו, למיכל אלפון ולחברי מערכת כתב העת "המשפט" על הערותיהם. התרגומים מאנגלית שלי, אלא אם כן צוין אחרת.

המתירנית"; ב. דרישת ההנמקה לעדות הנפגעת – מיתוס "האישה השקרנית והנקמנית". 5. אחרית דבר.

## 1. מבוא

הניתוח הפמיניסטי של המשפט התמקד עד כה בעיקר בתחומיו השונים של הדין המהותי, ובכלל זה המשפט הפלילי, דיני המשפחה, דיני החוזים ומשפט העבודה. דיני הראיות, לעומת זאת, זכו לניתוח פמיניסטי מועט וחלקי. ואכן, ניתן לתהות כיצד עשויה פרספקטיבה פמיניסטית להיות רלוונטית לבחינתם של כללי פרוצדורה "ניטרליים" שלכאורה אינם קשורים כלל ועיקר להיסטוריה של ההפליה נגד נשים. אולם, כפי שמעלה הניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות, הרי אין כל יסוד להנחה שתחום משפטי זה חסין מפני ההטיות המגדריות שנמצאו בתחומי משפט אחרים. לא בכדי אפיינה קתרין מקינאון (MacKinnon) את המשפט בכללותו כאנדרוצנטרי, ללא כל הבחנה בין הדין המהותי לבין דיני הפרוצדורה, וכלשונה:

"נראה כי המדינה משליטה את נקודת המבט הגברית ביתר שאת ככל שהיא מתקרבת לקריטריון הפורמלי הנעלה ביותר שלה, והוא ריחוק שאינו מאמץ נקודת מבט כלשהי [נטול פרספקטיבה]. דווקא במקום שבו היא ניטרלית ללא עוררין, היא גברית ללא מצרים; כשהיא מפגינה עיוורון-מינים, היא עיוורת במיוחד למין של הנורמה המוחלת. כשהיא מקפידה לדבוק בתקדימים, ב'עובדות', בכוונת המחוקק, אר-אז היא אוכפת ביתר שאת את הנורמות החברתיות הגבריות"<sup>1</sup>.

נוכח תובנה זו, מעמידה הביקורת הפמיניסטית בספק את ההנחה שעומדת בבסיס התאוריות המסורתיות של דיני הראיות שלפיה הליך קביעת העובדות מתאפיין באובייקטיביות, בניטרליות, באוניברסליות ובהיעדר ממד ערכי. הביקורת הפמיניסטית על דיני הראיות שואפת להביא לשינוי בסוג השאלות שאנו שואלים ולשינוי המתודולוגיות שבהן אנו משתמשים כדי להשיב על שאלות אלו. ניתוח פמיניסטי של הליך קביעת העובדות ושל ההנחות התאורטיות העומדות בבסיסו מעלה כי הזרם התאורטי המרכזי של דיני הראיות עדיין מושפע במידה רבה מעולם המושגים של ערכי הנאורות ומהפוזיטיביזם המשפטי, ומשום כך עדיין מתאפיין בהטיה גברית מובהקת. הטיה זו באה לידי ביטוי באופן הברור

1 .CATHARINE MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 248 (1989).

ביותר בדוקטרינות שיש להן השלכות ישירות על נשים, כדוגמת ההסדרים הראייתיים בתחום עברות המין. הניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות חושף גם כיצד דוקטרינות נוספות, שנחזות אף הן כניטרליות וכבעלות תחולה כללית, ושהשפעתן על נשים פחות גלויה לעין, מבוססות, למעשה, על נורמות גבריות המפלגות נשים.

עם זאת, כמו ביתר תחומי המשפט, הביקורת הפמיניסטית על דיני הראיות איננה אחידה. כל אחת מן האסכולות הפמיניסטיות עשויה להציע ניתוח שונה של דיני הראיות ולהצביע על פתרונות שונים שאינם מתיישבים בהכרח זה עם זה. אף כי לא ניתן לזהות את הכתיבה הפמיניסטית בתחום כמשתייכת באופן מובהק לאסכולה מסוימת, נראה כי עיקר הניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות נשען על תובנות הפמיניזם התרבותי, בשילוב תמות שונות של הפמיניזם הרדיקלי. בין שמצדדים בזרם פמיניסטי זה ובין שלא, דומני כי אין להמעט בחשיבות הביקורת הפמיניסטית על דיני הראיות, הטמונה לא רק בחשיפת המאפיינים הממוגדרים של השיטה האדברסרית ושל דוקטרינות ראייתיות ספציפיות, אלא גם בחשיפת האופנים שבהם פועלת הטיה מגדרית זו להפלייתן של נשים בחיי המעשה. חלק ניכר מהניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות אפוא הוא "המשפט בפעולה" ולא דווקא "המשפט בספרים".

מאמר זה דן בחשיבות הניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות, הן במישור התאורטי, הן במישור הדוקטרינרי והן במישור המעשי-יישומי. המאמר יפתח בדיון בתרומתן הפוטנציאלית של כל אחת מן האסכולות הפמיניסטיות המרכזיות לניתוח דיני הראיות (פרק 2). לאחר מכן נעמוד על הביקורת הפמיניסטית בנוגע להנחות התאורטיות הרווחות בדבר מאפייני הליך קביעת העובדות והערכים שבבסיסו (פרק 3). במסגרת זו נתמקד בביקורת הפמיניסטית על דיני הראיות כמכלול ועל התאוריות העומדות בבסיסם. המשך המאמר יוקדש לניתוח פמיניסטי של דוקטרינות ראייתיות ספציפיות: הכלל המגביל חקירה בדבר עברו המיני של המתלונן בעברת מין ודרישת ההנמקה לביסוס הרשעה על עדות המתלונן כעדות יחידה (פרק 4). הדיון בדוגמאות אלו נועד להמחיש כיצד כללים ראייתיים הנחזים להיות ניטרליים ואובייקטיביים משקפים למעשה את התרבות הפטריארכלית ובה בעת מבנים אותה. אטען כי הכללים האמורים, כמו גם דוקטרינות ראייתיות נוספות, מושתתים על סטראוטיפים מגדריים ועל הנחות סקסיסטיות, ומשרתים (בעיקר) אינטרסים גבריים תוך שהם תורמים, באופן ישיר או עקיף, להפלייתן המתמשכת של נשים בבתי המשפט. המאמר יוסיף ויטען כי ההליך הראייתי, במתכונתו הנוכחית, מקנה עדיפות ברורה לתפיסה האפיסטמולוגית של קבוצה אחת בלבד, קרי: לקול הגברי, וכי הכללתן של פרספקטיבות נוספות ומתן ביטוי לאתיקה ולאפיסטמולוגיה של "הקול השונה" עשויים להעשיר את השיח הראייתי ולהביא ליתר שוויוניות ביישומו של הדין.

## 2. מה לפמיניזם ולדיני הראיות?

הנחת היסוד של הפמיניזם היא כי שיטת המשפט, שנוצרה ועוצבה בידי גברים, בהכרח משקפת את עמדתה של קבוצה זו, מתעלמת מפרספקטיבות אחרות ובתוך כך תורמת לנחיתותן החברתית של נשים. המתודולוגיה הפמיניסטית, שבין היתר מזהה את ההשלכות המגדריות של כללים ופרקטיקות שנחזים, על פניהם, להיות ניטרלים ואובייקטיביים, נועדה לקדם את אחת המטרות המרכזיות של התנועה הפמיניסטית בכללותה – ביטול הכפיפות הנשית<sup>2</sup>. עם זאת, כידוע, הניתוח הפמיניסטי של המשפט איננו מבוסס על גישה אחידה. אף כי מרבית הכתיבה הפמיניסטית על דיני הראיות עולה בקנה אחד עם רעיונות השאובים מכלל האסכולות של הפמיניזם המשפטי – התרומה העיקרית לתחום היא של הזרם התרבותי והזרם הרדיקלי.

אף כי דיני הראיות, באופן מובלע, מבוססים על הסטנדרט הגברי, הרי נוכח ניסוחם הניטרלי, נראה כי הפמיניזם הליברלי, ששם את עיקר הדגש על קווי הדמיון בין נשים לגברים ומצדד בשוויון פורמלי ובעיצוב כללים ניטרליים מבחינה מגדרית כאמצעי להשגת שוויון זכויות, הוא בעל פוטנציאל התרומה הנמוך ביותר לשיח הראייתי הקיים. הפמיניזם התרבותי, לעומת זאת, עשוי לתרום תרומה של ממש לניתוח הביקורתי של דיני הראיות. הזרם התרבותי שם את עיקר הדגש על ההבדלים בין גברים לנשים, מתייחס לחלק מהתכונות שבאופן סטראוטיפי מזוהות עם "נשיות" כמקור לגאווה וקורא ללגיטימציה (ולעתים אף לעליונות) של הפרספקטיבה הנשית. קרול גיליגן, שספרה "בקול שונה" הוא מאבני היסוד של הפמיניזם התרבותי, זיהתה במסגרת מחקרה הבדלים פסיכולוגיים בין ילדים לילדות (ובין גברים לנשים) המובילים להבדלים בשיפוט המוסרי שהם מפעילים. גיליגן ערערה על ההנחה (הגברית) ארוכת השנים שלפיה השיפוט המוסרי של נשים נחות ביחס לזה הגברי. המחקרים האמפיריים שערכה העלו כי נשים שמות את עיקר הדגש על מערכות יחסים, תלות הדדית ודאגה לזולת, ואילו גברים מוקירים בעיקר שוויון פורמלי, אוטונומיה, הייררכיה ועקרונות אוניברסליים<sup>3</sup>. לגישתה של גיליגן, הבדלים אלה מיתרגמים לשתי פרספקטיבות אחרות. "אתיקה של צדק" (המזוהה עם החשיבה המוסרית הגברית) מצריכה התייחסות שוויונית לכול, ואילו "האתיקה של הדאגה" מצריכה שאף אחד לא ייפגע; האתיקה של הצדק מניחה שניתן לפתור דילמות מוסריות באופן אובייקטיבי ומתוך

2 Aviva Orenstein, *Feminism and Evidence*, in FEMINIST JURISPRUDENCE, WOMEN AND THE LAW: CRITICAL ESSAYS, RESEARCH AGENDA AND BIBLIOGRAPHY 509–510 (Betty Taylor, Sharon Rush & Robert J. Munro eds., 1999); Kit Kinports, *Evidence Engendered*, 1991 U. ILL. L. REV. 413, 414 (1991).

3 קרול גיליגן בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האישה 144–164 (1995).

ריחוק רגשי, באמצעות חשיבה מופשטת, אוניברסלית ומנותקת מנסיבות המקרה ומתוצאות ההכרעה. לעומת זאת, האתיקה של הדאגה באה לידי ביטוי בהכרעות תלויות-הקשר המתייחסות לנסיבות הקונקרטיות ולתוצאות ההכרעה, תוך שימת דגש על מעורבות רגשית והמשכיות היחסים הבין-אישיים. גיליגן טענה, כי השונות אינה מעידה על נחיתות, וכי יש לתת לקול השונה ביטוי שווה ערך לקול הדומיננטי בחברה ובתרבות ולשלב בין "צדק" ל"דאגה", כתפיסות מוסריות המשלימות זו את זו<sup>4</sup>. אם כן, הפמיניזם התרבותי מכיר בחלוקה דיכוטומית בין ה"גברי" ל"נשי" (או ליתר דיוק, בין הקול הדומיננטי לבין "הקול השונה"<sup>5</sup>), אולם דוחה את ההייררכיה בין השניים וקורא תיגר על הדומיננטיות של הקול הגברי.

אם מקבלים את ההנחות שבבסיס הפמיניזם התרבותי, הרי שגישה ביקורתית זו עשויה לתרום תרומה משמעותית לשיח הראייתי הקיים ולהעמיד בסימן שאלה את התאוריות האפיסטמולוגיות והאתיות הרווחות<sup>6</sup>. אם נשים, בשונה מגברים, אכן נוטות להעריך אינטואיציה, רגש וסובייקטיביות יותר מצדק, מהיגיון ומאובייקטיביות, להעדיף הכרעות תלויות-הקשר על פני כללים מופשטים ועקרונות אוניברסליים ולהדגיש את הערך שבשמירה על קשרים בין-אישיים ושיתוף פעולה על פני אוטונומיה ותחרותיות – הרי שדיני הראיות, כמו גם השיטה האדברסרית בכללותה, אכן מוטים מיסודם. תובנה זו הובילה להתפתחותה של אפיסטמולוגיה מנקודת מבט פמיניסטית (Feminist Standpoint Epistemology), הנסמכת על ניסיון החיים הנשי תוך העדפת הפרספקטיבה המגדרית על פני פרספקטיבות (המתיימרות להיות) אובייקטיביות וניטרליות<sup>7</sup>. ניתוח ביקורתי של דיני הראיות בראי הפמיניזם התרבותי עשוי אף לתרום לחשיפת האופנים שבהם כללים ראייתיים ספציפיים, הנחזים כניטרליים וכאובייקטיביים, למעשה פועלים להדרתן של נשים מן ההליך המשפטי ולהשתקת קולן במסגרת<sup>8</sup>.

4 לדיון במטפורת הקול בכתיבה הפמיניסטית ראו ליאורה בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג 421 (2000). כפי שמסבירה בילסקי, "היעדר הקול נתפס על ידי כותבות פמיניסטיות כמשל להתעלמות מצרכים של נשים ומניסיון חייהן, ועל כן כפגיעה בעקרונות של צדק כלפי נשים". שם, בעמ' 425.

5 כפי שמציינת גיליגן, דבריה אינם מכוונים לבסס טענה אמפירית על נשים ככלל, אלא אך לחשוף את "הקול השונה" ולהציג את צדדיו החיוביים. ראו: גיליגן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9. כן ראו לעניין זה ליאורה בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פילימ 5, 28 (1997).

6 ראו דיון בעניין זה בפרק 3 להלן.

7 ראו לעניין זה: CAROL SMART, LAW, CRIME AND SEXUALITY: ESSAYS IN FEMINISM 43–44 (1995).

8 ראו דיון בעניין בפרק 4 להלן.

עם זאת, התאוריה של הזרם התרבותי וההנחות האמפיריות שבבסיסה, עוררו ביקורת נוקבת. יש החולקות על עצם קיומם של ההבדלים בין נשים לגברים שעליהם הצביעה גיליגן תוך שהן סומכות ידן על מחקרים פסיכולוגיים וסוציולוגיים המעלים כי שני המינים משתמשים בפרספקטיבות של דאגה ושל צדק במשולב<sup>9</sup>. אף אלו המכירות בהבדלים המשוערים (או בחלקם) חלוקות ביניהן בשאלה אם אכן מדובר בהבדלים פסיכולוגיים (כפי שטענה גיליגן), או שמא מקור ההבדלים הוא ביולוגי<sup>10</sup>. אחרות טוענות כי "הקול השונה" שזיהתה גיליגן הוא ביטוי לנחיתות הנשית שמקורו בדיכוי הגברי המתמשך<sup>11</sup>. הגדרת ההתנסות ה"נשית" והערכים ה"נשיים" (אף מבלי להתייחס לשאלת מקורותיהם) נתונה אף היא במחלוקת<sup>12</sup>. כן נטען כי סיווגם של מאפיינים מסוימים ככאלה המזוהים עם "נשיות" מהווה הכללה גורפת הגובלת במהותנות מגדרית, תוך התעלמות מן ההבדלים הרבים בין נשים לבין עצמן ומכך שהמאפיינים האמורים אינם נחלתן הבלעדית של נשים. יתרה מכך, אף אם ניתן לעמוד על הבדלים מגדריים בחשיבה האתית והאפיסטמולוגית, פמיניסטיות רבות חוששות כי ההתמקדות בהבדלים בין המינים והדגשת מאפייני השונות עשויות דווקא לשעתק את הנחיתות הנשית, ולהנציח את ההבניה החברתית של ה"נשי" באופן המשרת את האינטרס הגברי<sup>13</sup>.

לצד הזרם הליברלי, המתמקד בדמיון בין נשים לגברים, והזרם התרבותי, המתמקד בהבדלים פסיכולוגיים וביולוגיים בין המינים, התפתחה אסכולה פמיניסטית נוספת – הפמיניזם הרדיקלי, המתמקד בהבדלים בין גברים לנשים מבחינת חלוקת הכוחות הפוליטית-חברתית-כלכלית: השליטה והעליונות הגברית לעומת הכפיפות והנחיתות הנשית, בפרט בתחומי המין והמיניות. על פי הגישה הפמיניסטית הרדיקלית, המשפט הוא רק דרך אחת שבאמצעותה מונחלת הפטריארכליות, ותפיסתו כמערכת של פרקטיקות

- 9 לדין במחקרים אלה ראו: Carrie Menkel-Meadow, *Portia Redux: Another Look at Gender, Feminism and Legal Ethics*, in LEGAL ETHICS AND LEGAL PRACTICE 28–30 (S. PARKER & CHAELES J.G. SAMPFORD eds., 1995).
- 10 Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. CHI. L. REV. 1, 13–42 (1988); כן ראו: Robin West, *The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory*, 3 WIS. WOMEN'S L.J. 81, 140–141 (1987).
- 11 ראו: CATHARINE MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED 39 (1987).
- 12 Orenstein, לעיל ה"ש 2, בעמ' 511.
- 13 Donald Nicolson, *Gender, Epistemology and Ethics: Feminist Perspectives on Evidence Theory*, in FEMINIST PERSPECTIVES ON EVIDENCE 13, 28 (Mary Childs & Louise Ellison eds., 2000).

מבט פמיניסטי על דיני הראיות

תרבותיות דכאניות חשובה במידה ניכרת מתפיסתו כמערכת של כללים ועקרונות<sup>14</sup>. הפמיניזם הרדיקלי שותף לביקורת של הזרם התרבותי על אמות המידה המתודולוגיות הרווחות, ואף עשוי לתמוך בידע המתקבל באמצעים יותר אינטואיטיביים, תלויי-הקשר ונרטיביים, אם כי נראה כי עמדתו בעניין זה קיצונית יותר מזו של הזרם התרבותי<sup>15</sup>. כדבריה של קתרין מקינן:

“אם הפמיניזם הוא ביקורת נקודת המבט האובייקטיבית כגברית, כי אז אנו מתנערות גם מן הנורמות המדעיות המקובלות כאמות מידה ההולמות את התאוריה שלנו, שכן נקודת המבט האובייקטיבית שאנו מבקרות היא יומרתו של המדע. במילים אחרות, ביקורת נקודת המבט האובייקטיבית כגברית שאנו נוקטות היא ביקורת על המדע כגישה גברית מובהקת לידע. בד בבד אנו מתנגדות גם למדדי האימות הגבריים”<sup>16</sup>.

יישום התאוריה הרדיקלית על דיני הראיות עשוי להצביע על האופן שבו תורמים דינים אלה להשתקת קולן של נשים בבתי המשפט ומנציחים את פערי הכוחות בין גברים לנשים. לא בכדי אפוא הסתייעה הביקורת הפמיניסטית-תרבותית על דיני הראיות גם בתוכנות הנשענות על התאוריה הרדיקלית.

נוסף על שלוש האסכולות המרכזיות התפתחו גם תאוריות פמיניסטיות המדגישות את ההבדלים בין נשים לבין עצמן והמבקרות את ההנחה הפמיניסטית הרווחת שלפיה כלל הנשים באשר הן חולקות אותן התנסויות ואותה הפרספקטיבה, ללא כל קשר למוצאן, לגזען, למעמדן החברתי והכלכלי ולנטייתן המינית<sup>17</sup>. נטען כי הקטגוריה של “מגדר” עשויה להיות רחבה מדי, וכי התאוריות הפמיניסטיות המרכזיות נסמכות רק על חוויותיהן והתנסויותיהן של נשים לבנות הטרוסקסואליות מהמעמד הבינוני-הגבוה ומתעלמות

Andrew E. Taslitz, *What Feminism Has to Offer Evidence Law*, 28 Sw. U. L. Rev. 171, 14  
176 (1999).

Roger C. Park & Michael J. Saks, *Evidence Scholarship Reconsidered: Results Of The  
Interdisciplinary Turn*, 46 B.C. L. Rev. 949, 999 (2006) 15

MacKinnon, לעיל ה"ש 11, בעמ' 54. 16

Patricia A. Cain, *Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories*, 4 BERKELEY  
WOMEN'S L.J. 191 (1990); Angela P. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal  
Theory*, 42 STAN. L. REV. 581 (1990); ליישום “תיאוריית הצמתים” בישראל ראו למשל  
הנרייט דהאן-כלב “פמיניזם בין מזרחיות לאשכנזיות” מין, מגדר, פוליטיקה 231 (דפנה  
יזרעאלי עורכת, 1999) (הספר להלן: מין, מגדר, פוליטיקה); מנאר חסן “הפוליטיקה של  
הכבוד: הפטריארכיה, המדינה, ורצח נשים בשם כבוד המשפחה”, מין, מגדר, פוליטיקה, שם,  
בעמ' 267. 17

מבעיית הצומת, קרי: ההצטלבות של מגדר עם בסיסי הפליה נוספים, כדוגמת גזע או נטייה מינית<sup>18</sup>. ביקורת זו מצביעה על כך שקבוצת הנשים איננה מונוליתית, וכי לא די בזיהויה של סוגיה כמגדרית, שכן המגדר נחוזה באופן שונה על ידי קבוצות נשים שונות. לפי גישה זו, יש לאמץ פרספקטיבה רחבה יותר שמביאה בחשבון את מגוון החוויות וההתנסויות הנשיות. אף כי תובנות אלו יושמו עד כה במגוון של תחומי משפט (ובהם המשפט הפלילי ודיני המשפחה), הרי המחקר הפמיניסטי של דיני הראיות עדיין לוקה, במידה רבה, במהותנות מגדרית.

כעולה מן האמור לעיל, וכפי שיפורט בהמשך הדברים, הפמיניזם התרבותי בשילוב התאוריה הרדיקלית הוא בעל פוטנציאל התרומה המשמעותי ביותר לשיח הראייתי. בחינת דיני הראיות מפרספקטיבה זו חשובה כמובן לביקורת הכללית שהושמעה על התשתית התאורטית והאמפירית של גישת הפמיניזם התרבותי. כאמור, ביקורת זו גורסת, בין היתר, כי אין לייחס לנשים, כקבוצה, חשיבה אתית ואפיסטמולוגית שונה וייחודית. נוכח הביקורת האמורה, ומתוך ניסיון להימנע מהנצחת סטראוטיפים מגדריים, נראה כי ראוי לערוך הבחנה חדה וברורה בין "פמיניזם" לבין "נשיות"; ייתכן שיהיה זה נכון יותר להשתמש בתובנות העולות מחקר האתיקה והאפיסטמולוגיה ה"אלטרנטיביות" מבלי לטעון כי הן בהכרח מייצגות את אופן החשיבה והשיפוט ה"נשי", אלא דווקא ככאלה המשקפות צורת חשיבה פמיניסטית<sup>19</sup>. השיח הראייתי הרווח נשען עד כה על צורת החשיבה הדומיננטית, מבלי להביא בחשבון את הפרספקטיבה הפמיניסטית. הימנעות משמיעת כלל הקולות הרלוונטיים עלולה להביא לעיוות ה"אמת" שדיני הראיות אמורים לתור אחריה. לפיכך, ראוי כי השיח הראייתי ייתן ביטוי שווה ערך גם לפרספקטיבה ולאפיסטמולוגיה הפמיניסטית. לעניין זה נעבור עתה.

### 3. ה"ניטרליות" של דיני הראיות והבנייתה החברתית של ה"אמת"

משך זמן רב נמנע הניתוח הדוקטרינרי והתאורטי של דיני הראיות מהסתמכות על הידע שנצבר בדיסציפלינות לבר-משפטיות. במהלך שני העשורים האחרונים הומרה גישה זו בסוגי שיח חדשים, אינטרדיסציפלינריים, הכוללים בחובם הסתמכות על המחקר

Kimberle Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989 U. CHI. LEGAL F. 139  
 18  
 19 Nicolson, לעיל ה"ש 13, בעמ' 31.



הפסיכולוגי, על המתמטיקה, על המדע הפורנזי כמו גם על המחקר הפמיניסטי<sup>20</sup>. אולם נראה כי על אף השפעתן ההולכת וגוברת של תובנות מתחומי ידע נוספים על השיח הראיתי, הרי האמונה בניטרליות המגדרית של דיני הראיות עומדת בעינה. הטענה כי כללים "פרוצדורליים" שאינם מבחינים במפורש בין גברים לנשים עשויים להשליך על שאלות מגדריות, יכולה להיראות תמוהה בעיני מרבית העוסקים בתחום. ואכן, דיני הראיות נחזים, לכאורה, להיות ניטרליים ואובייקטיביים ונטולי כל הבחנה על בסיס מין או מגדר. הביקורת הפמיניסטית גורסת כי תפיסה זו היא מוטעית מיסודה.

אף כי ביקורת על הניטרליות של עקרונות משפטיים שונים כבר הפכה לנושא מעט שחוק בכתובה האקדמית, הרי ביקורת זו טרם קיבלה ביטוי ראוי בתחום דיני הראיות. ייתכן שמרבית הדיונים התאורטיים בסוגיית הניטרליות והאובייקטיביות של המשפט פסחו על דיני הראיות מפאת תפיסתם (השגויה) כמערכת של כללים פרקטיים-פרוצדורליים גרידא<sup>21</sup>. בחינה מעמיקה יותר מעלה כי דיני הראיות קשורים קשר הדוק למשפט המהותי והם רוויים ערכים ונורמות המשקפים את עקרונות היסוד של השיטה.

דיני הראיות של המשפט האנגלו-אמריקני – כמו גם של שיטת המשפט הישראלי – התהוו במחצית השנייה של המאה השמונה-עשרה, ומאז מתאפיינים במידה רבה במסורת הרציונליסטית של עידן הנאורות. מסורת זו מתאפיינת באפיסטמולוגיה קוגניטיבית, בהסקת מסקנות אינדוקטיבית ובהדגשת הערך של גילוי האמת העובדתית כאמצעי לעשיית צדק<sup>22</sup>. מסורת זו של "פוזיטיביזם ראיתי" ("Fact Positivism")<sup>23</sup> מבית מדרשם של בנתהאם (Bentham) וויגמור (Wigmore), נסמכת על ההנחה כי ישנן עובדות אובייקטיביות שביכולתנו לגלותן ועל האמונה כי הליך קביעת העובדות נעדר ממד ערכי; מסורת זו מתמקדת באמת אחת ויחידה ובתפיסה אחידה של צדק<sup>24</sup>. הניתוח הפמיניסטי (התרבותי-רדיקלי) של דיני הראיות קורא תיגר על תפיסה זו ועל הנחותיה הסמויות בדבר טבען של ה"אמת" וה"מציאות", ובדומה לתאוריות ביקורתיות אחרות, מתייחס להליך קביעת העובדות וקבלת ההחלטות כרווי ערכים וכמוטה מיסודו. ההתמקדות של "הפוזיטיביזם הראיתי" בהיגיון הפנימי של החוק ולא דווקא בהקשרו החברתי, כמו גם הסוואת המרכיב

20 Park & Saks, לעיל ה"ש 15, בעמ' 952.

21 Orenstein, לעיל ה"ש 2, בעמ' 513.

22 ראו: WILLIAM TWINING, THEORIES OF EVIDENCE: BENTHAM AND WIGMORE 1, 16 (1985); WILLIAM TWINING, RETHINKING EVIDENCE: EXPLORATORY ESSAYS (1990).

23 Donald Nicolson, *Truth, Reason and Justice: Epistemology and Politics in Evidence Discourse*, 57 MLR 726, 734–740 (1994).

24 Nicolson, לעיל ה"ש 13, בעמ' 14–16.

הפוליטי של ההכרעה השיפוטית המאפשרת להציג את ההליך הראייתי כהליך מכני וניטרלי, הם המעניקים תוקף להסדרים המשפטיים הסקסיסטיים הקיימים.<sup>25</sup> האפיסטמולוגיה של עידן הנאורות מילאה תפקיד מרכזי בהכפפת נשים, הן באמצעות הדרת הפרספקטיבה ה"נשית" והן באמצעות הדרת נשים כסובייקטים אפיסטמולוגיים המסוגלים לייצר ידע.<sup>26</sup> לפיכך קוראת הביקורת הפמיניסטית תיגר הן על האונטולוגיה של הנאורות, הדוגלת באמונה בקיומה של מציאות אובייקטיבית שאינה תלויה בידע האנושי, והן על האפיסטמולוגיה של הנאורות, שלפיה ה"אמת" מוגדרת כידע התואם את המציאות האובייקטיבית האמורה וככזו הניתנת לבירור ולגילוי באמצעות היגיון ועקרונות לוגיים בסיסיים, תוך מתן עדיפות לעובדות על פני ערכים, להיגיון על פני רגש ולקיום חומרי על פני אינטואיציה.<sup>27</sup> הביקורת הפמיניסטית יוצאת כנגד הנחת קיומו של ידע אמיתי, ניטרלי, אובייקטיבי, נטול ערכים ונטול הקשר וגורסת כי דיני הראיות הם חלק מהשיח הממשטר של שְׁנִיּוֹת הייררכית המייחס ערך תרבותי גבוה יותר ל"גברי" מאשר ל"נשי", בין היתר באמצעות הזיהוי של ה"גברי" עם היגיון וקיום חומרי, ושל ה"נשי" עם רגש ואינטואיציה.<sup>28</sup>

ההסתמכות הפמיניסטית על התובנות הפוסט-מודרניות בדבר הבנייה החברתית של ה"מציאות" – כבלתי מתוחמת, רבת-פנים, מעורפלת ונתונה למגוון של פרשנויות – ניסתה לערער על תפיסה זו, כתפיסה "גברית" המקדמת אינטרסים גבריים.<sup>29</sup> כן נטען, במידה רבה של צדק, כי לא זו בלבד שדיני הראיות אינם א-פוליטיים, אלא שעצם החלטה לקרוא את הכללים כניטרליים היא החלטה פוליטית.<sup>30</sup> יתרה מכך, כפי שהראה הפמיניזם הפוסט-מודרני, השפה איננה מספקת אמצעים ניטרליים ונטולי ערכים לשם ייצוג מכני של ה"מציאות". השפה, ובכלל זה השפה המשפטית, רוויה בערכים שמעצבים את תפיסת ה"מציאות" וה"עובדות". לפיכך, העובדות הנקבעות בהליך המשפטי מובנות על ידי שיח פוליטי-מוסרי שהשפה היא חלק בלתי נפרד ממנו.<sup>31</sup> אולם נראה כי על אף הביקורת

25 שם, בעמ' 18, 20.

26 שם, בעמ' 22.

27 Rosemary C. Hunter, *Gender in Evidence: Masculine Norms vs. Feminist Reforms*, 19 HARV. WOMEN'S L.J. 127, 129 (1996).

28 שם, בעמ' 130.

29 Nicolson, לעיל ה"ש 13, בעמ' 20.

30 Aviva Orenstein, *Evidence in a Different Voice: Some Thoughts on Professor Jonakait's Critique of a Feminist Approach*, 4 WM. & MARY J. WOMEN & L. 295, 299 (1997).

31 Nicolson, לעיל ה"ש 13, בעמ' 20. תובנות פמיניסטיות פוסט-מודרניות בדבר חשיבותה של השפה בעיצוב החשיבה והתפיסה אינן רלוונטיות רק במישור הביקורת התאורטית. הבדלים מגדריים בדפוסי השפה והתקשורת הם כר נרחב לניתוח פמיניסטי של דיני הראיות. ראו,

מבט פמיניסטי על דיני הראיות

האמורה, השיח הראייתי הרווח עדיין מתאפיין במידה רבה ב"רטרו-אפיסטמולוגיה"<sup>32</sup>, קרי: בהתעקשות על תקפות ההנחה שלפיה ישנה אמת אוניברסלית אחת שניתן לגלותה באמצעים ניטרליים ולוגיים ולהעריכה בעזרת הכלים המדעיים המסורתיים, תוך התנגדות להכללת פרספקטיבות חדשות במסגרת השיח הראייתי.

הביקורת הפמיניסטית בדבר האפיסטמולוגיה הרווחת כוללת בחובה גם קריאת תיגר על ההנחה הראייתית המסורתית בדבר הכשירות הקוגניטיבית האוניברסלית<sup>33</sup>, קרי: ההנחה שלפיה אנשים רגילים וחסרי פניות, הממלאים נאמנה את חובתם לשקול ולקבל החלטות, מסוגלים להעריך באופן דומה את המידע המוצג בפניהם ולהגיע לאותן המסקנות<sup>34</sup>. התאוריה שמונחת ביסוד התפיסה האמורה היא כי הניסיון האנושי המשותף מהווה בסיס להכללות מקובלות בדבר ההתנהגות האנושית, הזמינות עבור כלל קובעי העובדות. אולם פמיניסטיות טענו מזמן שהניסיון והחווייה האנושית אינם אחידים וכי יש הבדלים מגדריים בהתנהגות, בתגובות ובפרספקטיבות<sup>35</sup> (יהא מקורם של הבדלים אלה אשר יהא), ולכך יש להוסיף את ההבדלים הנובעים מגזע, ממוצא, ממעמד ומנטייה מינית. תפיסה "ניטרלית" ו"אובייקטיבית" זו זמינה אפוא רק עבור מי שמובנה מבחינה חברתית ותרבותית בתור

למשל: Fiona E. Raitt, *Gender Bias in the Hearsay Rule, in FEMINIST PERSPECTIVES*: לעיל ה"ש 13, בעמ' 59. כפי שניווכח בהמשך המאמר, הביקורת הפמיניסטית על דיני הראיות מצביעה על כך שכללים שהם לכאורה ניטרליים יכולים לעוות ובסופו של דבר להשתיק את קולן של נשים במסגרת ההליך המשפטי. ראו פרק 4 להלן.

32 אביבה אורנשטיין (Orenstein) טבעה את המונח "רטרו-אפיסטמולוגיה" במסגרת מענה לביקורת שהוטחה כלפי יישום התובנות הפמיניסטיות על דיני הראיות. ראו: Orenstein, לעיל ה"ש 30, בעמ' 299. אף כי מבקרי הניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות מניחים כי אין ביכולתן של התובנות הפמיניסטיות לתרום לתחום משפטי זה (ואף לתחומי משפט נוספים), נראה כי עיקר התנגדותם נובע מיחסם העוין למטרותיה הפוליטיות של התנועה הפמיניסטית. ראו לעניין זה: Taslitz, לעיל ה"ש 14, בעמ' 174-175.

33 לדיון בעקרון הכשירות הקוגניטיבית האוניברסלית ראו: L.J. Cohen, *Freedom of Proof*, 16 A.R.S.P I (1983).

34 הביקורת על ההנחה בדבר הכשירות הקוגניטיבית האוניברסלית אינה ייחודית לניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות. לדיון במחקרים אמפיריים המערערים על הנחה זו ראו: דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות (2008).

35 Marilyn MacCrimmon, *The Social Construction of Reality and the Rules of Evidence*, 25 U. BRIT. COLUM. L. REV. 36, 38 (1991). "ההנחה בדבר הכשירות הקוגניטיבית האוניברסלית מנוגדת לעמדה הפמיניסטית שלפיה החוויות והפרספקטיבות השונות של נשים לא הוטמעו בקרב בתי המשפט [...] לא ניתן להניח שחוויותיהן של נשים הן חלק מידע שהוא נחלת הכלל". שם, בעמ' 39.

הנורמלי, שכן הנורמה הובנתה מאז ומעולם במונחים של החוויה והפרספקטיבה הגברית ועל דרך הצגתם של נשים, מיעוטים גזעיים ומיעוטים מיניים בתור "האחר"<sup>36</sup>. בדומה לטענתה של גיליגן בדבר האתיקה של "הקול השונה", גורס הניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות כי על השיח הראייתי להכיר באפיסטמולוגיה הנשית (או הפמיניסטית) כשוות ערך למודל האפיסטמולוגי הרווח<sup>37</sup>. כמו כן, בשונה מהנחת היסוד של האפיסטמולוגיה של הנאורות, שלפיה ניתן לרכוש את הידע האמיתי באמצעות יודע אובייקטיבי כל-יכול, טוענות פמיניסטיות רבות כי הידיעה מושתתת תמיד על פרספקטיבה חלקית של יודעים אינדיבידואליים, ועל כן, ככל שישנן פרספקטיבות רבות יותר, כך גדלה הקרבה בין הידע לאמת. לפיכך דוחה הפמיניזם את הרעיון שלגברים (לבנים הטרוסקסואלים ממעמד בינוני-גבוה) יש נגישות ל"אמת" המלאה, וקורא ליתר הסתמכות על הפרספקטיבות של אלו המודרים מעמדות הכוח – לא רק נשים, אלא גם מיעוטים אתניים, מיעוטים מיניים ועוד<sup>38</sup>.

דיני הראיות, במתכונתם הנוכחית, אינם מביאים בחשבון חוויה השונה מהחוויה הדומיננטית בחברה. האפיסטמולוגיה הרווחת עדיין דבקה בהנחת קיומה של אמת אחת ויחידה, גלויה לעין ונגישה לכול. בקבלם את האחידות של הניסיון האנושי, מניחים בתי המשפט כי בידם היכולת והידע הדרושים כדי לקבוע מהן התגובות ה"נורמליות" על אירועים שונים, ובכלל זה אירועים טראומטיים כדוגמת אונס<sup>39</sup>. הנחות אלו מחזקות את

36 Nicolson, לעיל ה"ש 13, בעמ' 23.

37 ראו, למשל: Christine Di Stefano, *Dilemmas of Difference: Feminism, Modernity and Post Modernism*, in FEMINISM/POSTMODERNISM 68 (Linda J. Nicholson ed., 1990).

38 Nicolson, לעיל ה"ש 13, בעמ' 25.

39 משך זמן רב גרסו בתי המשפט כי השתהות המתלוננת בדיווח על אונס (כבישת הגרסה) בהכרח פועלת לחובתה ופוגמת באמינות גרסתה ובמהימנותה. הנחה זו (שהולכת ומתערערת הודות לביקורת הפמיניסטית) מושתתת על התפיסה ה"גברית" בדבר התגובה ה"נורמלית" על תקיפה מינית (התנגדות אקטיבית לתוקף והגשת תלונה מידית) ועל הציפייה החברתית הפטריארכלית בדבר האופן שבו אמורות הנפגעות להגיב על תקיפתן. דוקטרינת התלונה המידית היא ביטוי ספציפי לתפיסה הראייתית הכללית שלפיה האמת כרוכה במחאה מידית, וכי חלוף הזמן הוא ראיה לכזב. גישה זו, המתעלמת מן הגורמים הרבים המרתיעים נפגעות מהגשת תלונות על תקיפתן המינית, מנותקת מהמציאות של מקרי אונס ומהתגובות המתועדות של נשים לאירועים אלה. למעשה, ובניגוד לתפיסה הרווחת, דיווח מושהה על אירוע האונס עשוי להיות לא פחות מהימן מדיווח מיידי. ראו לעניין זה: Torrey Morrison, *When Will We Be Believed? Rape Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions*, 24 U.C. DAVIS L. REV. 1013, 1042–1044 (1999); Aviva Orenstein, "My God!": A Feminist Critique of the Excited Utterance Exception to the Hearsay Rule, 85 CAL. L. REV. 159, 198–200 (1997); Kim L. Scheppele, *Just the Facts, Ma'am: Sexualized Violence*,

העמדה הדומיננטית, פוגעות בנשים שאינן תואמות את המודל, ועשויות לשבש את גילוי האמת במקרים שאינם פרדיגמטיים<sup>40</sup>.

נוכח התובנות האמורות, מציעה הביקורת הפמיניסטית רפורמות שונות במאפייניו של ההליך הראייתי ושקילה מחדש של אופן התוויית חלק מעקרונות היסוד המנחים את קובעי העובדות. הביקורת הפמיניסטית קוראת תיגר, בראש ובראשונה, על מאפייניה של שיטת הדיון האדברסרית, כממוגדרת מעצם טבעה וכמשקפת ערכים "גבריים" של אוטונומיה, אינדיבידואליזם, תחרותיות, הייררכיה ואגרסיביות<sup>41</sup>. היה מי שהיטיב להגדיר את השיטה האדברסרית באמצעות "מטפורת השוק הגברי", הגורסת כי ההליך המשפטי הוא בגדר תחרות חופשית בין יריבים שווים; ליטיגציה היא בגדר מלחמה שמטרתה לכבוש את הצד שכנגד ולשלוט בו; הניצחון הוא מדד לערך האדם, ולהצלחה יש חשיבות רבה יותר מאשר למזעור הנזק החברתי או למקסום התועלת החברתית<sup>42</sup>. נטען כי ההליך האדברסרי הוא בגדר "תחליף אינטלקטואלי לדו-קרב הימי-ביניימי"<sup>43</sup>, וכי דיני הראיות תורמים במידה רבה לדימוי זה. כך, למשל, נטען כי דיני הראיות מעודדים עורכי דין לאמץ טקטיקות שנועדו לזרוע פחד בבאי כוחו של הצד שכנגד כמו גם למצוא דרכים נלוזות לשם הגשת ראיות בלתי קבילות מטעמם ופסילתן של ראיות קבילות מטעמו של הצד שכנגד<sup>44</sup>.

בהקשר זה ערערה הביקורת הפמיניסטית גם על ההנחה שלפיה הדרך המיטבית לגילוי האמת העובדתית היא במסגרת מאבק בין צדדים מתחרים שווי כוחות. כפי שטענה מנקל-מידו (Menkel-Meadow), "הצגת העובדות השנויות במחלוקת באופן בינרי וניגודי אינה הדרך הטובה ביותר לגילוי האמת. דיונים מקוטבים משבשים את האמת, מחסירים אינפורמציה חשובה, מפשטים את המורכבות ומערפלים במקום שבו ראוי להבהיר"<sup>45</sup>. לגישתה, במסגרת מודל פמיניסטי של ליטיגציה, יש להמיר את "האתיקה המצ'ואיסטית של

*Evidentiary Habits, and the Revision of Truth*, 37 N.Y.L. SCH. L. REV. 123, 126–127 (1992).

Orenstein, לעיל ה"ש 2, בעמ' 516. 40

Kinports, לעיל ה"ש 2, בעמ' 426–425. 41

Elizabeth G. Thornburg, *Metaphors Matter: How Images of Battle, Sports, and Sex Shape the Adversary System*, 10 WIS. WOMEN'S L.J. 225, 231–253, 256–266 (1995). 42

Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 J. LEGAL EDUC. 3, 7 (1988). 43

Kinports, לעיל ה"ש 2, בעמ' 427–426. 44

Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Post-Modern, Multi-Cultural World*, 1 J. INST. STUD. LEG. ETHICS 801, 802 (1996). 45

המאבק המשפטי" באתיקה של דאגה לזולת, או לכל הפחות לשלב בין השתיים<sup>46</sup>. אם כן, דיני הראיות של השיטה האדברסרית אינם עולים בקנה אחד עם "הקול השונה" שזיהתה גיליגן, ונראה כי אכן ראוי לרכך ואף לזנוח חלק ממאפייניו של ההליך האדברסרי ולאמץ גישה המעודדת שיטת דיון פחות אגרסיבית, מתעמתת ולוחמנית. עם זאת, יש להביא בחשבון כי ייתכן (כפי שגורסת הגישה הפמיניסטית הרדיקלית) שנחיתותן של נשים במערכת המשפט נובעת בעיקר מהפלייתן השיטתית במסגרתה, ולא דווקא ממידת התאמתה של המערכת הדיונית למאפייני מגדר כאלה ואחרים<sup>47</sup>.

הביקורת הפמיניסטית על דיני הראיות קוראת גם לשינוי באופן הפעלתו של עקרון הרלוונטיות. ראיה הנתפסת כבעלת רלוונטיות מועטה לפי אמות המידה (הגבריות) המקובלות, עשויה להיתפס כחשובה וכמשמעותית מפרספקטיבה פמיניסטית. הכללת הפרספקטיבה הפמיניסטית בשאלות של רלוונטיות עשויה אפוא לתרום לגילוי האמת. עקרון הרלוונטיות, המוחל, לכאורה, בהתאם לשיקולי היגיון ושכל ישר אובייקטיביים וניטרליים, מאפשר לסנן עובדות שעשויות לערער על הפוליטיקה המגדרית של הדין המהותי ולהציג סינון זה כהחלה ניטרלית ולוגית של הדין, ולא כהכרעה פוליטית<sup>48</sup>. כידוע, שאלות של רלוונטיות מוכרעות על יסוד "ההגיון, השכל הישר וניסיון החיים"<sup>49</sup>, אולם "ניסיון החיים" של שופט/ת אחד/ת עשוי להיות שונה בתכלית מ"ניסיון החיים" של שופט/ת אחר/ת, כך שראיה שעשויה להיתפס כרלוונטית בעיני שופט/ת אחד/ת עשויה להיתפס כלא רלוונטית, ועל כן כבלתי קבילה, בעיני שופט/ת אחר/ת<sup>50</sup>. השאלה אם שופט/ת/ת/סווג ראיה מסוימת כרלוונטית עשויה להיות תלויה במידה רבה בנקודת מבטו/ה האישית ובניסיון חייו/ה. במסגרת יישומו של עקרון הרלוונטיות אפוא מושפעים השופטים גם מערכים שונים, מניסיונם האישי ומתפיסת עולמם.

46 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 9, בעמ' 53. בהקשר זה טוענת מנקל-מידו כי נשים העוסקות בליטיגציה חשות לכודות באתיקה הלוחמנית של השיטה האדברסרית: אם הן אינן משתפות פעולה עם התפקיד שהוקצה להן כגלדיאטור ותחת זאת מפגינות תכונות הנתפסות באופן סטראוטיפי כ"נשיות" (כדוגמת רכות ואמפתיה), הן נתפסות כחלשות; לעומת זאת, אם הן מפגינות תכונות הנתפסות באופן סטראוטיפי כ"גבריות" (כדוגמת אגרסיביות ותקיפות), הן נתפסות ככוחניות יתר על המידה וכבלתי-מיומנות. שם, בעמ' 53-54.

47 מחקרים על ההטיה המגדרית בבתי המשפט שנערכו בארצות-הברית העלו כי נשים חשופות להטרדה ולפגיעה בכל מישוריו ושלביו של ההליך המשפטי. ראו: Orenstein, לעיל ה"ש 2, בעמ' 534. ממצאים דומים נמצאו גם במחקרים שנערכו בעניין זה בישראל. ראו רינה בוגוש ורחל דון-יחיא מגדר ומשפט – אפליית נשים בבתי המשפט בישראל (1999).

48 Nicolson, לעיל ה"ש 13, בעמ' 19.

49 ראו, למשל, ע"פ 10636/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 1.8.2005).

50 Taslitz, לעיל ה"ש 14, בעמ' 212.

נוכח התובנה בדבר מגוון החוויות האנושיות והיעדרו של ניסיון משותף לכול, הרי ש"מה ש'כולם יודעים' כשהם חיים את חייהם כאדם בעל צבע עור שונה, כאישה, או כענייה – מתברר כעניין שקשה מאוד להוכיחו בהתאם לכללים המקובלים של דיני הראיות"<sup>51</sup>. אם כך, רלוונטיות היא במידה רבה "בעין המתבונן"<sup>52</sup>. כמו כן, הואיל ובתי המשפט מכריעים בשאלות של רלוונטיות בהתבסס על המשפט המהותי, הרי ששאלת הרלוונטיות ממוגדרת בה במידה שהמשפט המהותי ממוגדר. כך, למשל, אם, כפי שטענה הביקורת הפמיניסטית, הדוקטרינות המשפטיות של הגנה עצמית, קנטור ו"האדם הסביר" משקפות תפיסה גברית מובהקת, הרי שבתי המשפט עשויים לקבוע כי ראיות בדבר היבטים שונים של החוויה הנשית שאינם תואמים את התפיסה הפרדיגמטית האמורה – אינן רלוונטיות, ועל כן אינן קבילות<sup>53</sup>. נראה אפוא כי הדגש המושם במסגרת האפיסטמולוגיה והאתיקה הפמיניסטית על שילובן של פרספקטיבות נוספות במסגרת השיח הרווח, מצריך גישה גמישה יותר בכל הנוגע ליישומן של עקרונות הרלוונטיות<sup>54</sup>.

עיצובו של עקרון הרלוונטיות באופן האמור עולה בקנה אחד גם עם הביקורת על הנטייה השיפוטית להעריך ראיות באמצעות ניתוח לוגי ואטומיסטי ועם האידאל הפמיניסטי של "שיפוט תלוי-הקשר", קרי: הערכת ראיות מתוך ראייה נרטיבית תוך שימת דגש רב יותר על הרקע העובדתי, על ההקשר החברתי הכולל ועל בחינת כלל הניואנסים של הסיטואציה נושא הדיון. ואכן, דיני הראיות נוטים להתעלם מההקשר הייחודי של כל מקרה ומקרה, ובכפוף לחריגים מסוימים, אותם הכללים (בענייני רלוונטיות, עדות מפי השמועה, עדות מומחה וכיוצא באלה) חלים באותו האופן בכל ההקשרים, ללא כל תלות בטיבו הייחודי של האירוע הנדון ובהקשרו החברתי. יתרה מכך, כללים ראייתיים רבים מנוסחים ככללים מוחלטים, ושאלת הקבילות מוכרעת בהתאם לקיומן או היעדרן של עובדות מסוימות ולא בהתאם לשאלה אם בנסיבות העניין הספציפי משרתת קבלת הראיה או פסילתה את הרציונלים ושיקולי המדיניות שבבסיסו של הכלל<sup>55</sup>. הביקורת הפמיניסטית הדוגלת ב"שיפוט תלוי-הקשר" קוראת להגמשת כללי הפסילה תוך הקניית שיקול דעת רחב יותר בקביעת העובדות. בכך מצטרפת הביקורת הפמיניסטית לחלק מטעמיה של התנועה

Kim L. Scheppele, *Manners of Imagining the Real*, 19 L. & Soc. INQUIRY 995, 1000, 51  
1012 (1994).

Kinports, לעיל ה"ש 2, בעמ' 431. 52

Hunter, לעיל ה"ש 27, בעמ' 133; בילסקי, לעיל ה"ש 5. 53

Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 9, בעמ' 49. 54

Taslitz, לעיל ה"ש 14, בעמ' 196. 55

הכללית הדוגלת במעבר למשטר של יתר "חופש הוכחה"<sup>56</sup>, שהובילה למגמה המסתמנת בעשורים האחרונים בדיני הראיות של המשפט האנגלו-אמריקני (ועקב כך גם המשפט הישראלי), של צמצום מחסומי הקבילות והרחבת שיקול דעתו של בית המשפט להכריע בשאלת מהימנות הראיה ומשקלה בכל מקרה לגופו ולפי נסיבותיו<sup>57</sup>.

האלטרנטיבות הדיוניות שהוצעו בהתבסס על תובנותיו של הפמיניזם התרבותי בדבר מאפייני ההליך האדברסרי (פתרון סכסוכים בדרך של שיתוף פעולה, משא ומתן ופשרה), כמו גם הטיעונים בזכות הגמשת עקרונות וכללים ראייתיים שונים תוך הקניית שיקול דעת רחב יותר לבתי המשפט, עולים בקנה אחד עם האידאלים של זרם פמיניסטי זה. עם זאת, חלקן של הרפורמות המוצעות יכול שלא ישרת את האינטרסים של נשים בחיי המעשה. אם עמדותיהם של קובעי העובדות ומקבלי ההחלטות אכן נגועות בסקסיזם, הרי שכללים נוקשים עשויים דווקא לתרום להגנה על נשים ולמנוע את הפעלת שיקול הדעת באופן העלול לפגוע בהן. כך, למשל, לולא הכלל המגביל חקירה על עברה המיני של המתלוננת על תקיפה מינית, יש להניח כי שופטים רבים היו ממשיכים להתיר חקירה כזו כעניין שבשגרה<sup>58</sup>. לפיכך, אין להמעיט בחשיבותם של כללים ראייתיים המגבילים את שיקול הדעת השיפוטי בעניינים שבהם עלול שיקול הדעת להיות מופעל לרעתן של נשים<sup>59</sup>. ייתכן כי יש להעדיף את ההגנה שמקנים חלק מהכללים הראייתיים הנוקשים על פני הרחבת שיקול דעתו של שופט סקסיסטי השבוי בסטראוטיפים מגדריים<sup>60</sup>.

נוסף על הביקורת הפמיניסטית על דיני הראיות כמכלול והפתרונות שהוצעו במסגרתה, שנדונו בפרק זה, מעלה הניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות כי אף כללים ראייתיים ספציפיים, הנחזים כניטרליים, מושתתים על הנחות סקסיסטיות ותורמים לשעתוקן. לעניין זה נעבור עתה.

#### 4. דוקטרינות ראייתיות מתחום עברות המין כדוגמה לשעתוק סטראוטיפים מגדריים בדיני הראיות

- 56 לעניין הפולמוס בדבר "חופש ההוכחה", ראו: Cohen, לעיל ה"ש 33; Alex Stein, *Against Free Proof*, 31 *ISR. L. REV.* 573 (1997); דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש ההוכחה ותזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83 (1997).
- 57 ראו לעניין זה ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עזבון סילוורמן, פ"ד (4) 281 (1983).
- 58 לדיון מפורט בכלל המגביל חקירה בדבר עברה המיני של הנפגעת בעברת מין (ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957) ראו פרק 4 (א) להלן.
- 59 Kinports, לעיל ה"ש 2, בעמ' 422; Orenstein, לעיל ה"ש 2, בעמ' 535.
- 60 ראוי לציין כי ההצעה להרחבת שיקול הדעת מטעמים פמיניסטיים חשופה גם לביקורת הכללית בדבר הותרת שיקול דעת רחב לבתי המשפט בהליך קביעת העובדות. ראו: ALEX STEIN, *FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW* 11 (2005).



חלק ניכר מהניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות מתמקד בהסדרה הראייתית של עברות המין (ובפרט – עברת האונס), ולא בכדי. אמנם, הכללים הראייתיים המסדירים את בירורן העובדתי של עברות המין – כמו דיני הראיות בכללותם – מנוסחים בניטרליות מגדרית. עם זאת, הואיל והרוב המוחלט של תקיפות מיניות בין בגירים (שבגינן מוגשים כתבי אישום) מבוצעות על ידי גברים נגד נשים<sup>61</sup>, הרי שהכללים האמורים – על אף ניסוחם הניטרלי – מיושמים באופן (כמעט) בלעדי מקום שבו הנאשמים הם גברים והקרבנות הן נשים. יתרה מכך, עברת האונס מנוסחת ככזו היכולה להתבצע כלפי נשים בלבד<sup>62</sup>, וכפי שראינו בדיונונו בסוגיית עקרון הרלוונטיות, הרי שדיני הראיות ממוגדרים בה במידה שהדין המהותי הרלוונטי ממוגדר. אין תמה אפוא כי ההסדרה המשפטית של עברות המין מהווה מוקד מרכזי לביקורת פמיניסטית בכלל, ולביקורת על דיני הראיות בפרט. ביקורת זו בוחנת את האופנים שבהם מקדמים דיני הראיות את המיתוסים הרווחים בדבר תקיפה מינית ואת הפרדיגמות המגדריות המונחות ביסודם, כמו גם את האופן שבו מקנים חלק מהכללים החלים בסוגיה זו הגנת-יתר לנאשמים, לעתים על חשבון קרבנותיהם<sup>63</sup>. ניתוח הסוגיה מפרספקטיבה פמיניסטית יכול לשמש גם לשם ערעור ההבניות התרבותיות והמשפטיות של "גבריות", "נשיות" ושל התנהגות מינית בכלל.

דיני הראיות של המשפט הישראלי בתחום עברות המין כוללים שני הסדרים ייחודיים שלהם ההשפעה המשמעותית ביותר על נשים כקבוצה: הגבלת החקירה בדבר עברה המיני של הנפגעת בעברת מין ודרישת ההנמקה להרשעה על סמך עדותה היחידה<sup>64</sup>. כללים אלה מגבילים את שיקול דעתו של בית המשפט בתחום ראייתי זה. הכלל הראשון עוסק במישור הקבילות, ואילו הכלל השני עוסק במישור המשקל.

61 ראו הנתונים בעניין זה במחקרן של בוגוש ודון-יחיא, לעיל ה"ש 47.  
62 ראו הגדרתה של עברת האונס בס' 345(א) לחוק העונשין ("הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית") והגדרת המונח "בועל" בסעיף 345(ג) ("המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה"). כן ראו לעניין זה ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 346, 302 (1992).

63 Mary Childs & Louise Ellison, *Evidence Law and Feminism, in FEMINIST PERSPECTIVES* לעיל ה"ש 13, בעמ' 1, 7.

64 נוסף על שני הכללים האמורים, שהם בעלי תחולה כללית, כוללים דיני הראיות בתחום עברות המין שורה של הוראות החלות על קבוצות ייחודיות, ובכלל זה קטינים ובעלי מוגבלות שכלית או נפשית. ראו, למשל, ס' 18-23 לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005 (וכן התוספת לחוק, המחילה את הוראותיו על עברות מין ואלימות); ס' 354(1א) ו-(ד) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (המציב דרישת חיזוק לעדותו של קרבן עברת מין שנפגע בהיותו בן פחות מ-18, בתנאים המנויים בסעיף); חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955, הקובע הסדרים ראייתיים ייחודיים בעניינם של קטינים נפגעי עברות מין.

א. חקירת הנפגעת על עברה המיני – מיתוס "האישה המתירנית"

עקרון יסודי הוא כי ראיות על אופיו של אדם או על מאפייני התנהגותו בעבר אינן קבילות לשם הוכחה כי התנהג באותו האופן גם במקרה נושא הדיון. עיקרון זה נשען על התפיסה שלא ניתן (ולא ראוי) לנבא את ההתנהגות האנושית על סמך ניסיון העבר, וכי אין בראיות אלה כדי לתרום להוכחת המעשה נושא הדיון. תפיסה זו מצטרפת לחשש כי ראיות על עבר ואופי הנעדרות אינדיבידואליזציה, עלולות להסיט את תשומת הלב השיפוטית מהעניין העומד להכרעה ולפגוע בחקר האמת<sup>65</sup>. המחוקק הכיר בחריגים בודדים בלבד לעקרון יסודי זה תוך קביעת רשימה צרה של מקרים שבהם תותר חקירה על אופיו של אדם ועל עברו, ואף בית המשפט נמנע מלהותיר בידי שיקול דעת כללי לשם התרת קבילותה של ראית אופי בכל המקרים שבהם עשוי ערכה ההוכחתי לעלות על אופייה המשחד (קרי: כוחה לעורר דעה קדומה), אלא קבע נסיבות ספציפיות ומוגדרות שבהן תותר הגשת ראיה שכזו. הביטוי המרכזי לעיקרון האמור הוא הכלל הפוסל ראיות על אופיו השלילי ועל עברו הפלילי של הנאשם שנועדו להצביע על נטייתו העבריינית<sup>66</sup>. כלל זה, הכפוף לכמה חריגים צרים<sup>67</sup>, מבוסס על החשש מיצירת דעה קדומה בקרב בית המשפט ומשפיטת העושה במקום המעשה.

כחריג נוסף לאיסור החקירה על אופיו של אדם ועל עברו, התירו בתי המשפט משך שנים ארוכות הבאת ראיות על עברן המיני של המתלוננות בעברות מין, וזאת על אף דבקותם באיסור האמור (בכפוף לחריגים צרים) ביחס לנאשמים ולמתלוננים בכל יתר העברות. בתי המשפט הניחו כי ראיות על עברה המיני של המתלוננת הן רלוונטיות ובעלות

65 ראו לעניין זה אליהו הרנון **דיני ראיות** 369–371 (חלק שני, 1985).  
 66 הכלל הפוסל ראיות על אופיו השלילי ועל עברו הפלילי של הנאשם נקלט מן המשפט המקובל, ולאחר מכן עוגן בס' 163 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. שם.

67 נוסף על החריג הקבוע בס' 163 סיפה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (המתיר להציג לנאשם שאלות על הרשעותיו הקודמות מקום שבו "העיד על אופיו הטוב או הביא ראיה אחרת לכך"), קבעה הפסיקה שלושה חריגים נוספים בהם תותרנה ראיות בדבר אופיו השלילי של הנאשם ומעשים פליליים קודמים שביצע: ראיות בדבר "שיטת ביצוע" (שנועדו לבסס את זהות הנאשם כמבצע העברה); ראיות בדבר "מעשים דומים" (שנועדו לביסוס היסוד הנפשי ולהשמטת הבסיס תחת טענות הנאשם בדבר טעות, היעדר כוונה ועוד); וראיות שנועדו להפריך טענת הגנה קונקרטי של הנאשם. ראו לעניין זה ע"פ 3954/08 אבו גודה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.4.2009).

משקל של ממש לצורך הכרעה בשאלת הסכמתה<sup>68</sup>. תפיסה זו נשענה על ההנחה כי הסכמה לקיום יחסי מין במקרים קודמים עשויה לשמש אינדיקציה להסכמה גם במקרה הקונקרטי. הנחה זו משוללת יסוד, והיא נשענת בעיקר על מוסכמות חברתיות בדבר צניעותן ומהוגנותן המינית של נשים. כפי שראינו, עקרון הרלוונטיות, הנחזה לכאורה להיות ניטרלי, איננו כזה כלל ועיקר. ואכן, לא ברור איזו רלוונטיות ניתן למצוא בראיות בדבר עברה המיני של המתלוננת, אלא אם כן נסמכים על מיתוסים ועל סטראוטיפים שלפיהם נשים פעילות מינית נענות להצעות מיניות ללא כל הבחנה, ולאחר מכן אף משקרות בעניין זה<sup>69</sup>. ההיתר לחקור מתלוננת על עברן המיני לשם ביסוס יסוד ההסכמה נשען על תפיסות אלו, אף כי מעולם לא נמצא להן כל בסיס אמפירי<sup>70</sup>. לעניין זה יפים דבריה של שופטת בית המשפט העליון הקנדי, קלייר לָר־דוֹבֶה (L'Heureux-Dubé):

“מושג הרלוונטיות ספוג בתפיסות סטראוטיפיות של מתלוננות ושל תקיפה מינית [...] בין שהמבחן הוא מבחן הניסיון, השכל הישר או ההיגיון, הרי שמדובר בהכרעה שטמונה בה סכנה מיוחדת ליישום אפשרי של אמונות אישיות [...] משעה שנחשפים המיתוסים שבבסיס ההכרעות בענייני רלוונטיות בתחום משפטי זה, מתבהר חוסר הרלוונטיות של רוב הראיות בנוגע לעברה המיני של המתלוננת”<sup>71</sup>.

לא זו בלבד שההיתר לחקור על העבר המיני פוגע קשות בנשים החשופות לחקירה שכזו, הוא אף עלול לשבש את חקר האמת, להסיט את הדיון משאלת אשמתו של הנאשם ולהביא לידי כך שתוצאת ההליך תהלום יותר את הסטראוטיפים הרווחים ופחות את האמת העובדתית. קושי נוסף נעוץ בחוסר הסימטריה בין השימוש בראיות על אופיים ועל עברם

68 אחת הדוגמאות הבולטות בהקשר זה היא ע"פ 277/76 **בוגנים נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(1) 561, 566–568 (1976), שבו זיכה בית המשפט העליון את הנאשם בעיקר נוכח המשקל שייחס לקשר האינטימי הקודם בינו לבין המתלוננת. אולם גישה זו איננה מייצגת בהכרח עמדה עקבית של בית המשפט בסוגיה. ראו, למשל, דברי השופט חיים כהן בע"פ 809/76 **בילי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(1) 598, 604 (1977): “אין אני גורס את הנהוג הנהוג בידי סניגורים רבים (בעקבות היתר שבדיני הראיות האנגליים מלפני מאה ומאתיים שנה) לחקור את המתלוננת הללו בדבר מספרן וטיבן של הבעילות שהיו מנת חלקן בעבר. בעיני אין שום נפקא מינה לעברה של המתלוננת בכגון דא, והחלטות – הפרבסי לעתים – בנסיונותיה האינטימיים הוא בגדר חקירה שאינה לעניין הנידון ואינה הוגנת”.

69 Susan Easton, *The Use of Sexual History Evidence in Rape Trials*, in FEMINIST PERSPECTIVES, לעיל ה"ש 13, בעמ' 167, 174.

70 ש.ס.

71 R. v. Seaboyer [1991] 2 S.C.R. 577.

של נאשמים בתקיפה מינית לבין השימוש בראיות מסוג זה לגבי קרבנותיהם: במקרים רבים התירו בתי המשפט הצגת ראיות בדבר עברן המיני של המתלוננות, אולם לעתים נדירות בלבד הם מתירים הבאת ראיות בדבר אופיו השלילי של הנאשם בתקיפתן ועברו. כפי שראינו, ראיות בדבר אופיו ועברו של הנאשם נפסלות, על דרך הכלל, משום החשש לבסס ממצאים על סמך התנהגות קודמת. לעניין זה אין כל הצדקה להבחנה בין הנאשם לבין המתלוננת: גם שאלת הסכמתה של הנפגעת לקיום יחסי מין צריכה להיבחן באופן נפרד ובכל מקרה לגופו ולפי נסיבותיו. יש הטוענים כי לא זו בלבד שאין יסוד להבחנה בין הנאשם למתלוננת, אלא שאף ההפך הוא הנכון, קרי: כי ראיות בדבר עברו המיני ואופיו של הנאשם בתקיפה מינית עשויות לתרום לגילוי האמת יותר מאשר ראיות על עברן המיני של קרבנותיו<sup>72</sup>. יש המוסיפות וטוענות כי מסיבה זו ראוי להרחיב את החריגים המתירים הבאת ראיות על אופיים ועל עברם של הנאשמים בעברות מין<sup>73</sup>. אולם, נדמה כי הטענה שלפיה ראוי למנוע חקירה בדבר אופייה ועברה של המתלוננת, איננה מתיישבת עם הטענה בזכות הרחבת החריגים המתירים חקירה בדבר אופיו ועברו של הנאשם, שכן אם ישנה רגישות פמיניסטית לחשש מפני גיבוש דעה קדומה בקרב בית המשפט עקב חשיפת עברה של המתלוננת, הרי יש לגלות אותה מידה של רגישות לחשש זה ככל שהוא נוגע לנאשם<sup>74</sup>. במרבית המקרים – בין שמדובר במתלוננת ובין שמדובר בנאשם בתקיפתה – כוחן ההוכחתי של ראיות עבר ואופי נופל מערכן המשחד. דבקות בעיקרון שלפיו יש לשפוט את המעשה ולא את העושה עולה בקנה אחד עם הדגש הפמיניסטי על יחס שוויוני ועל הצורך לפעול לביעור דעות קדומות בנוגע לקבוצות מוחלשות.

אם כן, התובנה בדבר חוסר הרלוונטיות של ראיות הנוגעות לעברו של אדם ולאופיו יושמה (ועודנה מיושמת) בכל הנוגע לנאשמים ללא כל תלות בטיב העברה שבה הואשמו וללא החרגה כלשהי של תחום עברות המין. לעומת זאת, המתלוננות על תקיפה מינית היו חשופות משך שנים ארוכות לחקירות פולשניות ומשפילות בדבר עברן המיני ו"מהגנותן". יתרה מכך, ראיות על עברה המיני של המתלוננת שימשו בפועל לא רק לשם ביסוס יסוד ההסכמה, אלא גם (ואולי אף בעיקר) לשם ערעור מהימנותה של המתלוננת על בסיס

72 ראו, למשל, דן ביין "השינויים בנקודת האיוון שבין ההגנה על קורבן עבירת האינוס לבין השמירה על זכויות הנאשם" הפרקליט מב 281, 289 (1995–1996), הגורס כי "ניתן היה לטעון, כי הרשעות קודמות של הנאשם בעבירות מין רלוונטיות הרבה יותר במסגרת בירור האחריות של הנאשם לעבירה המיוחסת לו, מאשר לעברה המיני של המתלוננת".

73 Mary Childs, *The Character of the Accused, in FEMINIST PERSPECTIVE*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 211, 212–213, Hunter; לעיל ה"ש 27, בעמ' 133.

74 ראו לעניין זה Orenstein, לעיל ה"ש 2, בעמ' 522.

התפיסה החברתית שלפיה אישה "מתירנית" היא גם בלתי מהימנה<sup>75</sup>. בתי המשפט התיירו חקירות שכאלה כעניין שבשגרה, וזאת, אף שניתן וראוי היה למנען מכוח הוראת סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957 (להלן: "חוק חקירת עדים") שלפיו אין להתיר "חקירה אשר, לדעת בית המשפט, אינה לענין הנידון ואינה הוגנת; ובפרט [...] חקירה שיש בה משום עלבון, הפחדה, התעיה או ביוש, שאינם לענין הנידון ואינם הוגנים"<sup>76</sup>. בתי המשפט סברו, ככל הנראה, כי חקירת המתלוננת על עברה המיני איננה כרוכה בעלבון, בביוש ובהפחדה. אם כן, משפטי אונס התאפיינו (ובמידה רבה עדיין מתאפיינים) בכך שדווקא אופייה ועברה של המתלוננת הם שעמדו במרכז הדיון, ואילו הנאשם היה על פי רוב (ועודנו) חסין מפני העמדת אופיו ועברו במוקד הדיון. לקראת אמצע שנות השבעים של המאה הקודמת החלה לחלחל התודעה – הן באנגליה ובארצות הברית והן בישראל – בדבר חוסר הכבוד וחוסר האמון שבהם התקבלו (ובמידה רבה עדיין מתקבלות) נפגעות עברות המין בבתי המשפט, כמו גם לכך שיחס זה יצר תמריץ שלילי להגשת תלונות בגין אונס<sup>77</sup>. בשנת 1976 תוקן החוק האנגלי, ובכפוף לחריג של גרימת עיוות דין לנאשם, נאסרה הצגת ראיות על עברה המיני של המתלוננת<sup>78</sup>. הצעה לאמץ תיקון שכזה בישראל הונחה על שולחן הכנסת בשנת 1986, במסגרת הצעת חוק ממשלתית לביצוע רפורמה מקיפה בחוק העונשין ובחקיקה הנלווית, שנסמכה על המלצותיה של הוועדה המשותפת של הכנסת, בראשות חברת הכנסת שולמית אלוני, לעניין שינוי ההתמודדות עם מקרי אונס<sup>79</sup>. בעקבות המלצות הוועדה, הוצע, בין היתר, להוסיף בחוק חקירת עדים הוראה שתגביל באופן מפורש את חקירתם של נפגעי עברות מין בדבר עברם המיני, וזאת על יסוד התובנה, כי "בדרך כלל אין לחקירה כזו כל שייכות לענינו של הנאשם, אך יש בה כדי להביך את הנפגע ולטעת בו תחושה שהפך ממאשים לנאשם", וכי "האפשרות שתיערך חקירה כזו עלולה להניא את הנפגע בעבירות מין מלהתלונן על העבירה שנעברה בו"<sup>80</sup>. התיקון נועד אפוא לשים קץ להפעלת שיקול הדעת השיפוטי

75 Kinports, לעיל ה"ש 2, בעמ' 437.

76 לסלי סבה "עבירת האונס – מגמות משפטיות וקרימינולוגיות" פלילים ג 46, 81 (1992).

77 ראו מסקנות הוועדה המשותפת לעניין שינוי הטיפול במקרי אונס, 1978. בשנת 1978 מצאה הוועדה למעמד האישה כי רק 10–20 אחוזים מכלל הנאנסות מתלוננות ומדווחות למשטרה. ראו משרד ראש הממשלה: הוועדה למעמד האישה, צוותי הוועדה למעמד האישה: דיונים וממצאים, בעמ' 227 (1978). כן ראו לעניין זה ניצה שפירא-ליבאי "הדרישה ל"דבר מה" בעבירות מין – חריג בלתי מוצדק" הפרקליט לג 422, 427 (1981).

78 Easton, לעיל ה"ש 69, בעמ' 170.

79 ראו הצעה לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו-1986, ה"ח 1797 (מיום 2.9.1986) בעמ' 302–303.

80 שם, בעמ' 308.

באופן שהתיר, כעניין שבשגרה, ביצוע חקירות על עברן המיני של המתלוננות, ולהגביל חקירות מסוג זה למקרים חריגים בלבד. בשנת 1988 התקבלה ההצעה כלשונה, תוך שנקבע, במסגרת סעיף 2 לחוק חקירת עדים, כי "בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעברה לפי סימן ה' של פרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין"<sup>81</sup>.  
 אם כן, המחוקק הביע עמדתו, כי ככלל, הסכמתה של המתלוננת לקיום יחסי מין בעבר איננה רלוונטית לשאלת הסכמתה במקרה הנדון, וזאת לא רק כשמבקשים לחקרה על יחסי מין שקיימה בהסכמה עם גברים זולת הנאשם, אלא גם כשמבקשים לחוקרה על יחסי מין שקיימה בהסכמה עם הנאשם עצמו<sup>82</sup>. שורשיה של הנחת הרלוונטיות בדבר הסכמת הנפגעת לקיום יחסי מין עם הנאשם בעבר כאינדיקציה להסכמתה במקרה הנדון מצויים בהלכות המשפט המקובל, שגרס משך זמן רב כי בעצם הנישואין מוסרת האישה את הסכמתה הבלתי-חוזרת לקיום יחסי מין עם בעלה<sup>83</sup>. אף כי תפיסה זו פסה מן העולם, ספיחיה עדיין ניכרים, שהרי ההיתר החלקי לחקור את המתלוננת מניח, אף אם באופן מובלע, כי תיתכן הסכמה מתמשכת לקיום יחסי מין במסגרתה של מערכת יחסים זוגית – הסכמה מן הסוג שיוחסה בעבר לנשים נשואות ושעמדה בבסיס הפטור ההיסטורי של הבעל מסנקציה בגין אינוסה של אשתו<sup>84</sup>. התיקון לחוק חקירת עדים מגביל, אך איננו אוסר באופן מוחלט, המשך התרתן של חקירות שכאלה. ההגבלה הסטוטורית נועדה אפוא להגן על נפגעות עברות המין מפני הטראומה (הנוספת) הכרוכה בחקירה על עברן המיני (שבמרבית המקרים אם לא בכולם, נעדרת כל הצדקה עניינית<sup>85</sup>), ולעודדן להגיש תלונות בגין עברות

81 ראו חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) (תיקון מס' 1), התשמ"ח-1988.  
 82 במסגרת דו"ח הוועדה המשותפת לעניין שינוי הטיפול במקרי אונס אמנם הוצע כי בכפוף לחריג עיוות הדין, תיאסרנה "שאלות על מגעיה של המתלוננת עם גברים אחרים". ראו **מסקנות הוועדה המשותפת לעניין שינוי הטיפול במקרי אונס**, לעיל ה"ש 77, בעמ' 4, חלק ב'. לעומת זאת, בהצעת החוק שהתקבלה כלשונה, לא הוגבל האיסור למגעיה של המתלוננת עם גברים זולת הנאשם, אלא נקבעה מגבלה כללית על "חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע". ראו הצעת החוק, לעיל ה"ש 79. כן ראו לעניין זה סבה, לעיל ה"ש 76, בעמ' 80-81.  
 83 לדיון בחזקת ההסכמה של אישה לקיום יחסי מין עם בעלה במשפט המקובל, ראו יורם שחר "אנוסה על פי דין? עיוני משפט ח 649, 658-665 (1982). כן ראו דנה פוגין "ברצון שניהם ובשמחתם – אינוס בידי בן זוג והתוויית גבולות המשפט הפלילי בחברה משתנה" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 501, 504-508 (2007).  
 84 Easton, לעיל ה"ש 69, בעמ' 179.  
 85 ראו לעניין זה ע"פ 5938/00 **אזולאי נגד מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 873, 901-902 (2001): "אין לשלול קיומם של מקרים חריגים בהם הגנת הנאשם תצדיק סטייה מכלל זה. כך למשל, כאשר הסניגוריה מצביעה על קיומן של תלונות חוזרות ונשנות מצד המתלוננת בגין מעשי אינוס שבוצעו בה, לטענתה, על ידי אחרים כשהתברר שהתלוננת חסרות בסיס ועיון בתלונות

אלו. מגבלה זו, המקבילה לחוקי ה-"Rape Shield" של המשפט האנגלו-אמריקני, נועדה גם להעביר מסר ברור בדבר התנהגות מינית ראויה: הואיל והחוק אינו מתיר להסיק מסקנות בדבר הסכמתה של המתלוננת על בסיס התנהגותה המינית בעבר, הרי שבה במידה אסור לגברים להניח שנשים מסכימות ליחסי מין רק על בסיס הסכמתן במקרים קודמים<sup>86</sup>. לכאורה מדובר ברפורמה פמיניסטית מבורכת. עם זאת, ספק אם האיסור (החלקי) השיג את מטרותיו. מחקרים שנערכו בארצות-הברית העלו כי איסורים מסוג זה לא הביאו לגידול משמעותי באחוז התלונות כמו גם באחוז ההרשעות בגין אונס<sup>87</sup>. כן נטען כי הרפורמה בעניין זה לא הביאה לביעור הסקסיזם השיפוטי ולהקלת סבלן של המתלוננות במשפטי אונס<sup>88</sup>. אין סיבה להניח כי המצב בישראל שונה. כמו כן, המגבלה חלה רק על עברות המין המנויות בסימן ה' של פרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ואיננה חלה במקרים של הטרדה מינית. נראה כי ראוי היה להרחיב את תחולת האיסור גם על הליכים אחרים (פליליים ואזרחיים) שבהם מעורבת התנהגות מינית בלתי-נאותה מצד הנאשם<sup>89</sup>. יתרה מכך, סעיף 2 לחוק חקירת עדים מותיר פתח רחב לקבלת ראיות בדבר עברה המיני של המתלוננת כל אימת שנמצא כי איסור החקירה "עלול לגרום לנאשם עיוות דין". חריג זה נוסח באופן המקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב אם להתיר חקירה בדבר עברה המיני של המתלוננת, ללא אמות מידה מנחות כלשהן בדבר אופן הפעלתו<sup>90</sup>. לפיכך, ספק אם יש בהוראת החוק כדי להניא שופטים מלהמשיך ולבסס את החלטותיהם בדבר חקירות המתלוננת על אותן המוסכמות החברתיות שנהגו בעניין זה בעבר. ספק גם אם יש בה כדי למגר את החשש שמא הליך קבלת ההחלטה בדבר הרלוונטיות של ראיות על עברה המיני

אלה מלמד על דמיון משמעותי בינן לבין התלונה נושא האישום עד כי מתעורר חשד רציני בדבר שיטה של עלילה נגד גברים".

86 ראו: Ann Althouse, *The Lying Woman, The Devious Prostitute, and Other Stories From: the Evidence Casebook*, 88 Nw. U. L. Rev. 914, 993 (1994).

87 Hunter, לעיל ה"ש 27, בעמ' 134.

88 Orenstein, לעיל ה"ש 2, בעמ' 518.

89 ראו לעניין זה: Linda J. Krieger & Cindi Fox, *Evidentiary Issues in Sexual Harassment Litigation*, 1 BERKELEY WOMEN'S L.J. 115, 116-117 (1985).

90 נאשמים באונס עשויים לבקש לטעון, מכוח החריג, כי היו משוכנעים (בטעות) בדבר הסכמתה של המתלוננת לקיום יחסי מין במקרה הקונקרטי נוכח ידיעתם על מנהגיה המיניים בעבר, אף כי מבחינה אובייקטיבית טענה זו מחוסרת כל יסוד. ראו סבה, לעיל ה"ש 76, בעמ' 81. אולם נראה כי לא זאת בלבד שהעובדה כי המתלוננת הסכימה בעבר לקיום יחסי מין עם הנאשם איננה מלמדת דבר על הסכמתה במקרה הקונקרטי, אלא שההפך הוא הנכון: העובדה שהמתלוננת לא הגישה תלונת אונס במקרים קודמים שבהם קיימה יחסי מין עם הנאשם ובחירה לעשות כן דווקא במקרה הנוכחי צריכה להיזקף לחובתו של הנאשם. ראו לעניין זה ביינן, לעיל ה"ש 72, בעמ' 290.

של המתלוננת (לשם מניעת עיוות דין לנאשם) עודנו מושפע ממיתוסים, מסטראוטיפים ומדעות קדומות.

הכלל המגביל חקירה על עברה המיני של המתלוננת איננו נטול קשיים גם במישורים נוספים. כלל זה עומד בניגוד לגישה המסורתית של דיני הראיות בפלילים שלפיה כללי הפסילה השונים נועדו להגן על הנאשם מפני כוחה של המדינה לפגוע בזכויותיו. יש הטוענות, לפיכך, כי הכלל, הנובע מהחשש הפמיניסטי מפני אלימות גברית ולא מהחשש מפני הפעלת כוח שרירותי בידי המדינה, מעורר התנגדות משום הקרע שהוא יוצר ברשת ההגנה המוקנית לנאשם<sup>91</sup>. יתרה מכך, הכלל גם איננו עולה בקנה אחד עם העיקרון שלפיו ראייה בלתי רלוונטית איננה קבילה מטעם זה בלבד, ללא כל צורך בהוראת חוק מפורשת המורה על פסילתה. הוראות הפסילה השונות נועדו לשלול את קבילותן של ראיות על אף הרלוונטיות שלהן ועל אף פוטנציאל תרומתן לחקר האמת, וזאת ממגוון של טעמים, ובהם חוסר מהימנות הראייה (או חוסר היכולת להעריך את מהימנותה), האינטרס שבהגנה על זכות הנאשם להליך הוגן, ועוד<sup>92</sup>. אין כל צורך בהוראת חוק מפורשת לשם שלילת קבילותה של ראייה שאיננה רלוונטית, שכן שומה על בית המשפט לפסול ראייה שכזו מכוח דוקטרינת הרלוונטיות עצמה<sup>93</sup>. לפיכך, שינוי מהותי בתפיסות החברתיות הרווחות ונטרול עקרון הרלוונטיות ממיתוסים מגדריים היו עשויים לייתר את הצורך בהוראת החוק האמורה. עם זאת, לעת עתה נראה כי אין מנוס מהותרת ההוראה על כנה (ואף הרחבת תחולתה להסדרים נוספים הנוגעים להתנהגות מינית בלתי נאותה), תוך הדגשת הצורך לפרש את החריג הקבוע בה בצמצום מרבי.

נוסף על ההיתר שהעניקו בתי המשפט לחקור את המתלוננת על עברה המיני (שלאחר מכן הוגבל באופן סטטוטורי), הציבה הפסיקה בעבר מחסום נוסף בפני הוכחת אישומי אונס – דרישת התוספת הראייתית לעדותה של המתלוננת, שנועדה לסלק את החשש

91 Hunter, לעיל ה"ש 27, בעמ' 135.

92 ראו לעניין זה ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, סא(1) 461 (2006). כן ראו יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים 429 (2007).

93 אמנם גם הכלל הסטטוטורי הפוסל חקירה על אופיו ועל עברו של הנאשם נשען על שיקולי (היעדר) רלוונטיות, ולכאורה חשוף לאותה הטענה, אולם העיקרון האוסר חקירה על עברו של הנאשם הוא עיקרון פסיקטי שנקלט מן המשפט המקובל (ראו, למשל, ע"פ 95/50 אריכא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה(1) 1200, 1205 (1951)), שלאחר מכן עוגן בסעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. לעומת זאת, המגבלה הסטטוטורית בדבר חקירתה של המתלוננת הייתה נחוצה לשם ביעור העמדה השיפוטית שמיאנה להכיר בחוסר הרלוונטיות של ראיות מסוג זה.



האינהרנטי בדבר מהימנותה. כפי שיבואר בהמשך, אף הישגיה של הרפורמה החקיקתית שבוצעה בעניין זה היו חלקיים ומוגבלים.

ב. דרישת ההנמקה לעדות הנפגעת – מיתוס "האישה השקרנית והנקמנית"

באופן היסטורי נחשבו נשים לעדות פחות מהימנות מגברים, שלא לומר בלתי מהימנות בעליל, בפרט מקום שבו התלוננו על תקיפה מינית<sup>94</sup>. דיני הראיות שיקפו מאז ומעולם תפיסה חברתית זו ותרמו להנצחתה. ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא בכתביהם של כל גדולי המלומדים בדיני הראיות, ובראשם ויגמור, שקרא לאימוץ כלל המתנה את בירורם של אישומי אונס בביצוע בדיקה פסיכיאטרית לשם בחינת כשירותה של המתלוננת להעיד, בהתחשב במצבה הנפשי ובעברה<sup>95</sup>. ויגמור חשש מפני הרשתתו של "הקרבן האמיתי", כדבריו, שהוא "הגבר החף מפשע" המואשם בידי "אישה הלוקה במיניות מוגזמת או סוטה" ש"הוזה אירועים מיניים" שלהם נפלה קרבן<sup>96</sup>. חשש דומה הביע ויליאמס (Williams), שהזהיר מפני הסתמכות יתרה על עדותה של המתלוננת "משום סכנת האשמות-שווא-ביודעין הנובעות מהפרעות מיניות, דמיונות, מקנאה, מכעס או סתם מסירוב של נערה להודות שהסכימה למעשה שעליו היא עתה מתביישת"<sup>97</sup>. לתפיסה זו התווסף המיתוס שלפיו "קל מאוד לטפול על אדם אישום שווא על ביצוע העברה המינית, וקשה מאוד להתגונן בפני מעלילים ומוציאי לעז"<sup>98</sup>.

הרתיעה הליברלית מהתערבות המדינה בספרה הפרטית, והחשש מפני אפשרות הרשתתם של גברים חפים מפשע על סמך דבריהן של נשים נקמניות, שקרניות ונוירוטיות, הובילו את המחוקקים ובתי המשפט לגיבוש כללים ראיתיים מיוחדים בתחום עברות המין גם במישור המשקל והמהימנות<sup>99</sup>. הכלל המרכזי בעניין זה היה דרישת התוספת הראייתית לעדותה היחידה של קרבן עברת מין. כלל זה הביא לידי ביטוי את הספק האינהרנטי בדבר

94 Childs, לעיל ה"ש 73, בעמ' 219.

95 J.H. WIGMORE, EVIDENCE vol. 3A, sec. 924a, 736-737 (1970).

96 שם.

97 ראו: G. Williams, *Corroboration – Sexual Cases*, 662 CRIM. L. REV. (1962), צוטט ותורגם בע"פ 128/72 מדינת ישראל נ' ביטון, פ"ד כז(1) 152, 154 (1972) (להלן: פרשת ביטון).

98 ע"פ 62/59 ג'מאל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 692, 696 (1959). כן ראו פרשת ביטון, שם.

99 Hunter, לעיל ה"ש 27, בעמ' 158-155.

מהימנותן של המתלוננות, שלפיו לא היה די בעדותן היחידה כדי להביא להרשעת תוקפיהן. אמנם המשפט המקובל גרס כי אין להרשיע אדם על פי עדותו של עד יחיד<sup>100</sup>, אולם גישה זו נזנחה, והכלל הפך לחריג<sup>101</sup>, תוך שנקבע העיקרון שלפיו אין כל מניעה להרשיע על סמך עדות יחידה, ללא כל תוספת (אף בעברות החמורות ביותר), פרט למקרים חריגים ויוצאי דופן, המתאפיינים, בדרך כלל, בחשש מוגבר למהימנות העדות<sup>102</sup>.

אחד החריגים לעיקרון האמור היה הדרישה הפסיקתית לראיית סיוע לשם הרשעה על סמך עדותה היחידה של נפגעת עברת מין, שנקבעה עוד בתקופת המנדט ונותרה על כנה עד לביטולה הסטטוטורי בשנת 1982<sup>103</sup>. אף שלא הייתה כל מניעה לבסס הרשעה בעברות של גניבה, תקיפה ואף שוחד בהתבסס על עדותה של אישה כראיה יחידה (עברות שעשויות להתבצע אף הן ללא עדים פרט לקרבן עצמו), לא היה בכוחה של עדות שכזו לבסס הרשעה בעברת מין לה נפלה קרבן. אם כן, המיתוסים האמורים הונצחו גם בפסיקה, שדבקה בתפיסה שלפיה מדובר בהאשמה שקל לטופלה אך קשה להזימה וכי המתלוננת "עלולה לבדות סיפור המעשה מלבה"<sup>104</sup>. עמדת הרוב בפסיקה הצדיקה את דרישת הסיוע בהתאם למשנתו האמורה של ויגמור. כדברי השופט זילברג:

"הטעם שבגללו זקוקה עבירה מינית לעדות מסייעת, הוא נראה בעליל וברור: מפני שעדותה של המתלוננת היא, כמעט תמיד, בגדר עדות 'שאי אתה יכול להזימה'. מעשי בינו-לבינה אלה נעשים בהסתר אין רואה, ואין עדי הגנה בנמצא שיחושו לעזרתו של החף שנחשד; הגבול בין אונס לרצון מטושטש למדי, ולא תמיד קל להבחין בהם. ואם יורשה השופט להרשיע על-פי העדות היחידה של המתלוננת, עלול לשמש דבר זה מקור לא אכזב לסחיטה ונקמנות"<sup>105</sup>.

- 100 ראו ס' 6 לפקודת העדות (1924), שקבע כי הן במישור הפלילי והן המישור האזרחי אין לבסס הכרעה על פי עדותו של עד יחיד ללא סיוע.
- 101 בשנת 1936 תוקן סעיף 6 לפקודת העדות והדרישה הכללית לסיוע במשפטים פליליים בוטלה.
- 102 כדוגמת הסיוע הנדרש לשם הרשעה על בסיס הודעת חוץ של ילד בן פחות מ-14 המוגשת באמצעות חוקר ילדים שאסר את עדותו מכוח חריג סטטוטורי לכלל הפוסל עדות שמיעה. הודעה כזו מתקבלת (לשם הגנה על שלומו הנפשי של הילד) על אף הפגיעה בזכותו של הנאשם לחקירה נגדית. ראו ס' 54א(ג) לפקודת הראיות וס' 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955.
- 103 ראו לעניין זה הרנון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 12-13.
- 104 ראו פרשת **ביטון**, לעיל ה"ש 97.
- 105 ע"פ 207/62 סעדיה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1860, 1862 (1962).

גישה זו נשתרשה בפסיקה, אף כי הערותיו האגביות של ויגמור בעניין זה היו מופרכות בעליל<sup>106</sup>. לא בכדי גרס השופט חיים כהן, שעמדתו בעניין זה הייתה בגדר קול בודד בפסיקה, כי "ההלכה המחייבת הבאת ראיות סיוע לעדות המתלוננת בעבירת מין [...] אינה עומדת כלל במבחן הביקורת המשפטית והפסיכולוגית"<sup>107</sup>. ואכן, המחקר האמפירי מורה כי לא זו בלבד שההנחה בדבר הקלות היחסית שבה ניתן לטפול האשמה באונס והקושי להזימה מחוסרת כל יסוד, אלא שההפך הוא הנכון, שכן בהשוואה לעברות אחרות, קשה עד מאוד לטפול האשמת שווא באונס ואף קשה שבעתיים להוכיחה<sup>108</sup>. יתר על כן, כלל המחקרים בסוגיה זו הצביעו על כך שאחוז תלונות השווא בתחום זה אינו עולה על האחוז המקובל לעניין עברות אחרות<sup>109</sup>. אף על פי כן דבקו מרבית שופטי בית המשפט בעמדה שלפיה "חזקה עליה על המתלוננת, שבראש וראשונה חתרה להגן על כבודה ומן הדין אפוא לנקוט זהירות יתרה לגבי דבריה ולא לראותם כאמת, בלי שתהא קיימת בצדם הוכחה מסייעת"<sup>110</sup>. דרישת הסיוע בעברות מין, שנתפסה כ"מבטחו של האזרח מפני עלילות שווא"<sup>111</sup>, יצרה למעשה חזקה משפטית בדבר חוסר מהימנותה של המתלוננת<sup>112</sup>. הפסיקה הציבה שלוש דרישות מצטברות לכך שראיה תוכל לשמש "סיוע": עליה להיות ממקור נפרד וחיצוני לעדות המתלוננת, לסבך את הנאשם בביצוע העברה ולהתייחס, לכל הפחות, לנקודה מהותית אחת השנויה במחלוקת. דרישות נוקשות אלה הובילו לסגירת תיקי אונס

106 ויגמור לא תמך את מסקנותיו בדבר חוסר מהימנותן של המתלוננות בממצא אמפירי רלוונטי כלשהו. לשם ביסוס משנתו בסוגיה זו נסמך ויגמור על חמישה מקרים מתועדים של נערות מעוררות בנפשן שטפלו האשמות שווא בדבר אונס. עם זאת, אף לא באחד מהמקרים האמורים הורשעו הנאשמים בעברת מין כלשהי. בהתבסס על דוגמאות אלו, שהיו בגדר מקרים בודדים וחריגים, הגיע ויגמור למסקנה כי כל הנשים המתלוננות על אונס נחשדות בטפילת האשמות שווא ובמעוררות נפשית. ראו: P. Lakes Wood, *The Victim in a Forcible Rape Case: A Feminist View*, 11 AM. CR. L. REV. 335, 336-337 (1973); A.P. Odover, *Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity*, 63 CORNELL L. REV. 90, 122 (1977).  
ליבאי, לעיל ה"ש 77, בעמ' 428.

107 ע"פ 76/63 בן חמו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 2857, 2866 (1963).

108 Pamela Ferguson, *Corroboration and Sexual Assaults in Scots Law*, in FEMINIST PERSPECTIVES, לעיל ה"ש 13, בעמ' 149, 156; Kathy Mack, *Continuing Barriers to Women's Credibility: A Feminist Perspective on the Proof Process*, 4 CRIM. L. F. 327, 336-337 (1993).

109 Ferguson, לעיל ה"ש 108, בעמ' 155; Easton, לעיל ה"ש 69, בעמ' 174. כן ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 6), התש"ם-1980, ה"ח 396, 398 (25.8.1980).

110 ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 514, 542 (1951).

111 עניין ג'מאל, לעיל ה"ש 98, בעמ' 696.

112 סבה, לעיל ה"ש 76, בעמ' 78.

רבים ולזיכויים של נאשמים אף מקום שבו שוכנע בית המשפט מעל לכל ספק סביר בדבר אשמתם, והכול בשל היעדר ראיית סיוע<sup>113</sup>. לא זו בלבד, אלא שראיית הסיוע נדרשה, על פי הפסיקה, גם מקום שבו התבקש בית המשפט להרשיע על סמך עדותו היחידה של שותף לעברה. משמע, המשפט הישראלי גרס כי בכל הנוגע למישור המהימנות, דין עדותה של מתלוננת בעברת מין כדין עדותו של שותף לדבר עברה.

דרישת הסיוע בשילוב ההיתור הגורף לחקור מתלוננות על עברן המיני ובתוך כך לערער את מהימנותן (שמלכתחילה הוטלה בספק), כמו גם דוקטרינות ראייתיות נוספות בעניין זה<sup>114</sup>, שימשו מחסום של ממש בפני אפשרות ההרשעה באונס. נוכח קשיים אלה, דנה ועדת הכנסת לעניין שינוי הטיפול במקרי אונס גם בשאלת המשך נחיצותה של דרישת הסיוע. דעת הרוב בוועדה נמנעה מלתמוך בביטול מוחלט של הדרישה לתוספת ראייתית בעברות מין, ותחת זאת הציעה להמיר את דרישת הסיוע בדרישה לתוספת ראייתית מסוג "חיזוק"<sup>115</sup>, שמטרתה לתמוך במהימנות גרסת המתלוננת, ובשונה מסיוע, ביכולתה לעלות אף מתוך העדות עצמה. המלצת הוועדה גובשה לכדי הצעת חוק ממשלתית, שבמסגרתה נדחו מכול וכול ההצדקות הפסיקתיות לדרישת הסיוע: הן ההנחה בדבר קשיי הנאשם להזים את אישום האונס והן ההנחה בדבר נטייתה של המתלוננת להעליל עלילות שווא<sup>116</sup>. עם זאת, "בהתחשב ברגישות הנושא ובאופי העבירה" הוצע להמיר את דרישת הסיוע בחיזוק, "כדי שיזהיר השופט את עצמו בפני הסכנות האפשריות של הסתמכות על עדות יחידה בתחום חתחתים זה"<sup>117</sup>. משהובאה ההצעה לדיון בפני המליאה הוצגו בפני חברי הכנסת שתי חלופות: המרת הסיוע בחיזוק, ולחלופין, המרתו בדרישה מקלה יותר, היא דרישת ההנמקה. בסופו של דבר התקבלה הגישה המקלה<sup>118</sup>, תוך שהוסף לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, סעיף 54א(ב), שזו לשונו: "הרשיע בית משפט במשפט על

113 ראו, למשל, ע"פ 389/73 בן-לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 489, 495 (1974); ראו גם ביה"ד צבאי מיוחד 22/78 התובע הצבאי הראשי נ' ברקאי (לא פורסם), בעמ' 1 לפסק הדין: "על אף שנותנים אנו אמון מלא בגירסתה הבסיסית של המתלוננת בדבר תקיפתה על ידי הנאשם בנסיון לאנסה, ועל אף שדחינו כבלתי מהימנה את גירסתו המכחישה מכל וכל של הנאשם, לרבות טענת האליבי שהועלתה על ידו. הטעם היחיד שמנע מאתנו מלהרשיע את הנאשם נעוץ בכך שמבחינה משפטית לא מצאנו בחומר הראיה שבא לפנינו אותו סיוע מלא ומושלם הדרוש על-פי ההלכה הפסוקה לביסוס הרשעתו בביצוע העבירות המיוחסות לו". מצוטט במאמרה של שפירא-ליבאי, לעיל ה"ש 77, בעמ' 426.

114 כדוגמת דוקטרינת התלונה המידית. ראו בעניין זה לעיל ה"ש 39.

115 ראו מסקנות הוועדה המשותפת לעניין שינוי הטיפול במקרי אונס, לעיל ה"ש 77.

116 לעיל ה"ש 109, בעמ' 396.

117 שם, בעמ' 398.

118 ראו ד"כ 94, 3427 (התשמ"ב).

עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו".

אף כי חובת ההנמקה פחותה בחומרתה מן החיזוק (ולא כל שכן מן הסיוע), הרי החוק הישראלי עדיין מציב דרישה ראייתית מיוחדת לשם הרשעה בעברות מין לעומת עברות פליליות אחרות, ועודנו מתייחס בחשדנות לעדותה של המתלוננת<sup>119</sup>. לפיכך, ההישג הפמיניסטי בעניין זה היה מוגבל<sup>120</sup>. המרת דרישת הסיוע בדרישת הנמקה איננה בגדר התנערות ממיתוס האישה "השקרנית והנקמנית" ומהמיתוס שלפיו קל לטפול האשמות שווא בגין תקיפה מינית, אולם קשה מאוד להפריכן<sup>121</sup>. יש הגורסים, אמנם, כי מבחינה ראייתית, דרישת ההנמקה המיוחדת היא חסרת משמעות של ממש, שהרי ממילא קיימת חובה כללית לנמק את פסקי הדין<sup>122</sup>. אולם לא זאת בלבד שהפסיקה איננה מקלה ראש בדרישת ההנמקה כלל ועיקר ומציבה במסגרתה דרישות שהן מעבר לחובת ההנמקה הרגילה<sup>123</sup>, אלא שהדרישה האמורה היא ביטוי לכך שדיני הראיות עדיין דבקים, במידה כזו או אחרת, בחזקה בדבר חוסר מהימנותה של המתלוננת, ולשם כך ממשיכים להסדיר את

- 119 ראו: Leslie Sebba, *The Repeal of the Requirement of Corroboration in Sex Offences*, 18 (1983) I.L.R. 135, 136–139.
- 120 כפי שציינה חברת הכנסת אלוני במהלך הדיון בהצעת החוק: "למעשה, אילו נהגתי במלוא היושר, הייתי חייבת לומר: דין הנושא והטיפול בענייני עבירות מין כדין הטיפול בכל עבירה אחרת. [...] כדי להרגיע את הציבור החושש מעלילות [...] הוספנו [את חובת ההנמקה]. [...] אני מודה שזוהי פשרה, שזה ויתור מצדי ומצד חברים לאחר ששמענו את הגרסאות השונות". ראו לעיל ה"ש 118.
- 121 ישנם שופטים הדבקים במיתוסים אלה עד עצם היום הזה. ראו, למשל, ע"פ 9930/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.7.2008) (להלן: עניין פלוני), פס' 11 לפסק דינו של השופט מלצר, המצטט בהסכמה את הרציונל שהוצע בעבר לדרישת הסיוע כעומד בבסיס דרישת ההנמקה ("עבירות מין זכו בפקודה להתייחסות מיוחדת הנובעת מעצם טיבן וייחודן: עבירות אלה מבוצעות בצנעה ומבלי שתהיה בדרך כלל אפשרות להעיד עדי ראייה להתרחשויות. מאפיין זה, שתי פנים לו: מחד גיסא יקשה על קורבן עבירת מין למצוא עדים שיעידו ויחזקו את גרסתו ומאידך גיסא עלול 'קורבן' כביכול בעבירת מין לטפול עלילת שוא, בעוד ש'החשוד' יתקשה להתגונן כלפיה אם לא תדרש תוספת לעדות 'הקורבן'").
- 122 ראו, למשל אמנון סטרשנוב "עבירות מין – חידושי החקיקה והפסיקה" המשפט ב 267, 265 (1994).
- 123 ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 121, פס' 11 לפסק דינו של השופט מלצר: "על בית המשפט להקפיד כי ההנמקה הנדרשת תתמודד כראוי, באופן הולם, הוגן וממצה, עם כל קושי שעלול לעורר מתן האמון בעדות יחידה של הנפגע. יתר על כן דרישת ההנמקה חלה על כל עבירה המיוחסת לנאשם – בנפרד".

הבירור העובדתי של מקרי אונס בקטגוריה נפרדת ומובחנת, לא רק במישור הקבילות, אלא גם במישור המהימנות והמשקל<sup>124</sup>.

ברי אפוא כי הן דרישת הסיוע הפסיקתית והן דרישת ההנמקה הסטטוטורית שהמירה אותה, הושתתו בעיקר על מיתוסים סקסיסטיים ודעות קדומות. אילו הרציונל לדרישה הראייתית המיוחדת בעברות מין היה כי עברות מסוג זה מתבצעות על פי רוב בצנעה ובהיעדר עדים נוספים, הרי שראוי היה להציב דרישה לתוספת ראייתית או להנמקה לשם השתתת הרשעה על עדות יחידה של נפגע בכל עברה שהיא המתבצעת באין רואה<sup>125</sup>. יש הטוענים, אמנם, כי נוכח מידת הסיכון להרשעת שווא בהתבסס על ראייה יחידה, מכל סוג שהוא, מחייב סטנדרט ההוכחה בפלילים שלא להשתית הרשעה על ראייה יחידה, בכל ההקשרים<sup>126</sup>. גישה זו נסמכת על המחקרים המורים כי אף הראיות הנחשבות למדויקות ולמהימנות ביותר, כדוגמת דנ"א וטביעות אצבע, חשופות לטעויות ולאי־דיוקים, ולא כל שכן ראיות מדויקות פחות, כגון הודאה או עדות ראייה<sup>127</sup>. אולם כל עוד לא התקבלה גישה זו וכל עוד המחוקק נמנע מלקבוע דרישה כללית לתוספת ראייתית או להנמקה מיוחדת לשם הרשעה על סמך ראייה יחידה, הרי שאין כל מקום להציב דרישת שכזו דווקא בהקשר של עברות המין.

סבורני כי הגיעה העת לשקול מחדש את גישת המשפט הישראלי בסוגיה זו ולחדול מלהתייחס לעברות המין כאל מקרה חריג המצריך הסדרה מיוחדת במישור המהימנות. במקרים האחרים שבהם קבע המחוקק דרישת הנמקה במישור הפלילי, נעשה הדבר על יסוד שיקולים רציונליים כבדי משקל<sup>128</sup>. אולם, בשונה מהם, נוכח הפרכתה האמפירית של ההנחה שלפיה המתלוננות על תקיפה מינית, כקבוצה, הן באופן אינהרנטי פחות מהימנות מעדים אחרים, אין להציב דרישת הנמקה ייחודית לעברות המין. דרישה שכזו היא בגדר

124 ראו לעניין זה גם ציפורה האופטמן "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות" מעמד האישה בחברה ובמשפט 189, 211 (1995).

125 שם, בעמ' 210.

126 ראו: Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why A Conviction should not be Based on a Single Piece of Evidence: A proposal for Reform*, 48 JURIMETRICS J. 43 (2007).

127 שם.

128 ראו ס' ג2 (ב) לחוק חקירת עדים, הקובע חובת הנמקה לשם הרשעה על בסיס עדות קטין שהעיד שלא בנוכחות הנאשם (בעברות המנויות בתוספת לחוק זה); ס' 10א(ג) לפקודת הראיות הקובע חובת הנמקה מקום שבו מתבקש בית המשפט לסמוך ידיו על אמרת חוץ בכתב של עד. בשני המקרים קיים חשש לקיפוח הגנתו של הנאשם מפאת המגבלות על זכותו לחקירה נגדית.

הפליה פסולה נגד המתלוננות, שלא ניתן להצדיקה בטעמים ראייתיים, ואין לראות בה אלא שריד לתפיסה פטריארכלית שמקומה לא יכירנה בימינו אלה<sup>129</sup>.

אולם אף אם תבוטל דרישת ההנמקה, ספק אם נשים בכלל, ונפגעות תקיפה מינית בפרט, יזכו ליתר אמון בבתי המשפט, שכן חוסר המהימנות המיוחס לנשים כעדות נובע לא רק ממיתוסים בדבר המיניות הנשית, אלא גם מייחוס ערך נחות ל"קול השונה" (פשוטו כמשמעו). מחקרים סוציולוגיים ופסיכולוגיים העלו כי מאפיינים רבים המזוהים באופן סטראוטיפי עם דפוסי תקשורת נשיים (ובפרט – סגנון וטון הדיבור) נתפסים כמבטאים חוסר אונים וחולשה, שבתורם מהווים, לפי הגישה הרווחת, סממנים לחוסר מהימנות<sup>130</sup>; לא כל שכן נפגעות תקיפה מינית, שמפאת הטרואמה ורגשות האשם לעתים משתהות בהגשת תלונתן, משנות את גרסתן ומהססות במהלך מסירתה<sup>131</sup>. הואיל והקריטריונים המשמשים את בתי המשפט לצורך הערכת מהימנות כוללים, בין היתר, את עקביות העד, כמו גם הקוהרנטיות וההיגיון הפנימי של גרסתו, הרי שמאפייני הדיווח של חלק מנפגעות התקיפה המינית נתפסים, לפי הגישה הראייתית הרווחת, כסממנים לשקר, ומשמשים לשם ערעור מהימנותן<sup>132</sup>. נראה אפוא כי חוסר האמון בנשים כעדות (ובפרט – נפגעות תקיפה מינית) נובע, בין היתר, גם מן ההבניה החברתית של הקול הגברי בתור הקול המהימן. עם זאת, הואיל ו"הקול השונה" איננו מאפיין את כלל הנשים ואף איננו מאפיין נשים בלבד, הרי שהטיעון בדבר מידת מהימנותו של "הקול הנשי" לוקה במידה מסוימת של מהותנות מגדרית, בהתעלמו מגורמים נוספים העשויים להשליך על שיקולי המהימנות, כדוגמת גזע, מוצא, מעמד חברתי, השכלה ועוד. לפיכך ייתכן שיהא זה נכון יותר להתייחס בהקשר זה

129 כפי שטוענת האופטמן, "ההפליה לרעה של מתלוננת שבוצעה בה עבירת מין לא רק שנותרה על כנה, אלא אף יצאה מחוזקת, שכן עתה היא מתבצעת במצוות המחוקק". ראו האופטמן, לעיל ה"ש 124, בעמ' 212.

130 לסקירת מחקרים אלה ראו: Mack, לעיל ה"ש 108, בעמ' 330–331.

131 Scheppele, לעיל ה"ש 39, בעמ' 127.

132 שם. שפל מסבירה כי דיווח מאוחר, שינוי גרסאות והססנות מאפיינים קרבנות טראומה, ואין לראות בהם סממנים לחוסר מהימנות. לגישתה של שפל, הנסמכת על תורתו של ויטגנשטיין ועל אפיסטמולוגיה פוסט-מודרנית, הדיווח על העובדות הוא תוצר של הבניה חברתית והתיאורים השונים של אירוע האונס אינם מבטאים הבדל בין אמת לשקר, אלא מהווים נרטיבים המושפעים מ"מסגרות פרשניות" שונות. שם. יש לציין עם זאת, כי במחקרה האמור נמנעה שפל מלדון במחקרים הפסיכולוגיים שלפיהם הרפלקציה עשויה לעוות את הזיכרון, שאמנם לא בהכרח מערערים את ממצאיה, אך עשויים לעתים להשליך על מידת אמינותה של גרסה הנמסרת באיחור רב והשונה מהותית מהגרסה הראשונית. לדיון בהשלכות מחקרים אלה ראו: Kim Lane Scheppele, *The Ground-Zero Theory of Evidence*, 49 HASTINGS L.J. 321, : 325–326 (1998).

להבדלים בין קבוצות דומיננטיות לקבוצות מוחלשות<sup>133</sup>. עם זאת, נראה כי מאפייני מגדר מסוימים בהחלט משליכים (כשלעצמם או בהצטרפם לגורמים נוספים) גם על התפיסות הרווחות בסוגיית המהימנות.

## 5. אחרית דבר

מאמר זה ביקש להציע מבט שונה על דיני הראיות ולעמוד על פוטנציאל תרומתה של הפרספקטיבה הפמיניסטית לשיח הראייתי הרווח. עיקר הניתוח הפמיניסטי של המשפט התמקד עד כה בבחינת ההטיות המגדריות שבדין המהותי, ובכלל זה הדין הפלילי. התייחסות אל דיני הראיות כלא יותר מנספח פרוצדורלי של הדין המהותי (הפלילי והאזרחי) עלולה להוביל למסקנה כי רק (או בעיקר) רפורמה בדין המהותי הרלוונטי תוכל להביא לשינוי המיוחל. כפי שראינו, הנחה זו איננה מדויקת. ניתוח דיני הראיות מפרספקטיבה פמיניסטית חושף את האופן שבו דינים אלה, כמו תחומי משפט רבים נוספים, למעשה משקפים מיתוסים רווחים, סטראוטיפים ודעות קדומות.

הניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות מצביע על הצורך לשקול מחדש את אופן עיצובם של כמה מעקרונות היסוד המנחים את קובעי העובדות כמו גם הערכים העומדים בבסיסם של עקרונות אלה. נוסף על כך, הביקורת הפמיניסטית מסייעת לחשוף כיצד דוקטרינות ראייתיות שונות תורמות להנצחת מיתוסים וסטראוטיפים מגדריים וגורמות לפגיעה שיטתית בנשים בחיי המעשה. הדוגמה המובהקת ביותר בהקשר זה היא ההסדרה הראייתית של עברות מין. כפי שראינו, דיני הראיות בתחום זה הובנו על יסוד הכללות חשוכות וסקסיסטיות, ובפרט, על יסוד התפיסה שנשים – ולא כל נשים המלינות על תקיפה מינית – הן שקרניות ונקמניות מטבען, ואם הן פעילות מינית, הן גם "מתירניות" ומוחזקות כמי שנעתרות ליחסים מיניים ללא כל הבחנה. מיתוסים אלה הובילו בעבר, בין היתר, להיתר הגורף לחקור מתלוננות על עברן המיני ולהצבת דרישת הסיוע לשם הרשעה על סמך עדותן כעדות יחידה. התביעה הפמיניסטית לאסור חקירת המתלוננת בעניין זה ולבטל את דרישת הסיוע נחלה הצלחה חלקית. אמנם המחוקק פעל להגבלת חקירת המתלוננת, ואף ביטל את דרישת הסיוע, אולם החריג הרחב לאיסור החקירה כמו גם הצבת דרישת ההנמקה פועלים להמשך הנצחתן של הדעות הקדומות שעמדו בבסיס הדין הקודם. ייתכן שהרפורמות האמורות מיתנו במקצת את מידת החשדנות שבה נתקלות נפגעות התקיפה

133 ראו לעניין זה Hunter, לעיל ה"ש 27, בעמ' 165.



המינית, אולם תרומתן לכיבוד האוטונומיה המינית של נשים ולמזעור הטרואומה הכרוכה במשפטי אונס הייתה חלקית בלבד. ההסדרה הראייתית של עברות המין היא דוגמה מרכזית להטיה המגדרית בדיני הראיות, אך ודאי שאין היא בגדר דוגמה יחידה או יוצאת דופן<sup>134</sup>. יתרה מכך, חשיבות הביקורת הפמיניסטית על דיני הראיות אינה מתמצה בניחוח ההטיות המגדריות של הדוקטרינות השונות, אלא גם, ואולי בעיקר, בכך שהיא מערערת על הניטרליות, האובייקטיביות, האוניברסליות והנוקשות שדיני הראיות מתאפיינים בהם. בבסיס מרבית הטיעונים הפמיניסטיים בנוגע לדיני הראיות עומדת התפיסה הפוסט-מודרנית שלפיה ה"מציאות" היא במידה רבה תוצר של הבניה חברתית. כפי שמעלה הניתוח הפמיניסטי התרבותי-רדיקלי, אף אם נניח קיומה של "מציאות אובייקטיבית", הרי אין כל ספק כי מוסכמות חברתיות שונות פוגמות ביכולתנו להתחקות אחריה ועשויות, בסופו של דבר, להגדיל את הפער בין האמת העובדתית לאמת המשפטית, בניגוד גמור למטרתם המוצהרת של דיני הראיות במישור הפלילי. יש לחתור אפוא לשילוב האתיקה והאפיסטמולוגיה הפמיניסטיות במסגרתן של השיח הראייתי הרווח. שילוב שכזה יתרום לאיכותו של הליך קביעת העובדות כמו גם למטרת-העל של עשיית צדק.

134 ההטיה המגדרית באה לידי ביטוי בשורה של דוקטרינות ראייתיות נוספות התורמות להכפפתן של נשים באופנים פחות גלויים לעין (כדוגמת שאלת כשרותם של בני זוג להעיד זה כנגד זה, אופן התווייתו של חריג הרס-גסטא ועוד), שקצרה היריעה מלדון בהן במסגרת המאמר הנוכחי. לדיון בסוגיות אלו במשפט האנגלו-אמריקני, ראו, למשל: Kit Kinports, *The 'Privilege' in the Privilege Doctrine: A Feminist Analysis of the Evidentiary Privileges for Confidential Communications*, in *FEMINIST PERSPECTIVES* 79; בעמ' 13, לעיל ה"ש 13, בעמ' 79; Malinda L. Seymore, *Isn't it a Crime: Feminist Perspectives on Spousal Immunity and Spousal Violence*, 90 *Nw. U. L. Rev.* 1032 (1996), לעיל ה"ש 2.