

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

עמימות בקשר לקטינות בדין הפלילי – משמעויות והצעות לתיקון

מאת

ד"ר נגה שמואלי-מאיר*

תקציר

בדין הפלילי נודעת חשיבות רבה לגילם של השחקנים השונים במשפט. בפרט הדברים נכונים ביחס לנאשם בדין פלילי. למשל, פרמטר הגיל יכול לעשות את ההבדל בין העמדה לדין לפטור מוחלט מאחריות; בין שפיטה וענישה מתוך תפיסה טיפולית שיקומית לבין שפיטה וענישה בראי עקרון הגמול וההלימה; בין חיוב בית המשפט לערב בהליך גורמים סוציאליים וטיפוליים לבין היעדר חובה כזו; ועוד. על אף החשיבות הגדולה שיש לשאלה הנדונה, בחקיקה הישראלית הפלילית לא מעוגנים כללים מפורשים לקביעת גיל של נאשם (כאשר מועד לידתו אינו ידוע).

אומנם, ניתן למצוא בפסיקת בתי המשפט ובספרות המשפטית התייחסות לאופן שבו יש לקבוע את גילו של אדם. אולם, העיסוק שם נוגע בתחום המשפט האזרחי בלבד, ולא ניתן לגזור כללים אחידים שניתן להחילם על המשפט הפלילי. בנוסף, בחינת המצב המשפטי הנוהג בשיטות משפט זרות תלמד כי בחלק מהמדינות הכללים בסוגיה זו נסמכים בעיקר על כלים רפואיים או פסיכולוגיים. עם זאת, יכולת הדיוק של כלים אלו מוטלת בספק, וחסרונותיהם עולים על היתרונות שבהם.

מאמר זה מביא עימו חידוש, כיוון שיוצע בו לראשונה פתרון משפטי הולם וכולל שנועד לתת לבית המשפט הדין בפלילים כלים להתמודד עם מצבים שבהם גילו המדויק של הנאשם נותר עמום. המאמר יקרא למחוקק לעגן חזקה משפטית לקביעת גיל בדין הפלילי, שייחודיותה תתבטא בהתאמתה למשפט הפלילי ולעקרונותיו. חידוש זה נדרש, כיוון שכאמור אין כיום בדין הפלילי מטריה שמעגנת בתוכה כללים לקביעת גיל במקרים של עמימות.

במאמר אעמוד על ההשפעה המכרעת שיכולה להיות לפרמטר הגיל בדין הפלילי; אבחן אם החקיקה בתחום המשפט האזרחי יכולה להציע פתרונות שניתנים ליישום גם בדין הפלילי, תוך שאמקד את

* שופטת בכירה וממונה על תחום החניכה בבתי המשפט במחוז דרום, ד"ר לפילוסופיה מהפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המבט בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962 (להלן: **חוק הכשרות המשפטית**). בנוסף, אבחן אם לסוגיה הנדונה ניתן למצוא פתרונות בפסיקת בית המשפט העליון; אפנה מבט למשפט הזר; וכן אבחן את יתרונותיהם וחסרונותיהם של הכלים הרפואיים לקביעת גיל ואבדוק אם ראוי להסתמך על אלו כאשר במשפט הפלילי עסקינן.

בסופו של מאמר זה, אציע כיצד להסדיר את הדין הפלילי הנוהג במצבים שבהם גילו המדויק של הנאשם אינו ידוע.

מבוא. א. הפנים השונים של חשיבות קביעת הגיל בדין הפלילי. ב. גישות שונות לקביעת גילו של נאשם שקיים ספק באשר לקטינותו – דוגמאות מהפסיקה בתחום הפלילי. ג. חוק הכשרות המשפטית – שתי גישות להחלת חזקת הגיל על נאשם שמועד לידתו המדויק אינו ידוע. 1. הגישה הפרשנית הראשונה. 2. הגישה הפרשנית השנייה. ד. שתי הגישות הפרשניות לסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית בראי המשפט הפלילי. ה. חקיקה נוספת מהתחום האזרחי במשפט הישראלי ובמשפט הזר וכלים "מדעיים" לקביעת גיל. 1. חקיקה ישראלית מתחום המשפט האזרחי. 2. בחינת המצב הנוהג בשיטות משפט זרות. 3. בחינת השיטות הרפואיות לקביעת גיל. ו. הפתרון המוצע. סוף דבר.

מבוא

ישראל היא מדינה קולטת עלייה, ולכן חלק לא מבוטל מאזרחיה הם מהגרים ממדינות שונות מרחבי העולם.¹ בנוסף, נכון למועד כתיבת שורות אלה בתחומה של מדינת ישראל מצויים למעלה ממאה אלף עובדים זרים וכן עשרות אלפים של מסתננים ומבקשי מקלט מסודן ואריתראה.² חלק מהמהגרים, העובדים הזרים ומבקשי המקלט, מגיעים לישראל ממדינות שישנו ספק בדבר קיומו של מרשם אוכלוסין סדור בהן. הדבר מעלה שאלה בדבר יכולתם לדווח על אודות מועד הלידה המדויק שלהם.³ לפיכך, לא מן הנמנע שחלק מהם יוכלו למסור רק את שנת הלידה שלהם או החודש שבו נולדו, ולא מעבר לכך.

¹ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לקט נתונים לרגל יום המהגר הבינלאומי (2021). מהנתונים המובאים בהודעה זו עולה כי מאז קום המדינה עלו לישראל כ-3.3 מיליון עולים.

² רשות האוכלוסין וההגירה נתוני זרים בישראל – מהדורה מסכמת לשנת 2021 (2022). מהנתונים המובאים שם עולה כי נכון לסוף 2021 עמד מספר העובדים הזרים ששהו בישראל על 123,214, וכי 16% (19,197) מהם אינם חוקיים. כמו כן, מספר המסתננים ומבקשי המקלט השוהים בישראל נכון לסוף 2021 עמד על 28,235. 91% מהם הגיעו לישראל מאריתראה וסודן. לגבי אלו, נוקטת ישראל מדיניות "איהרחה זמנית", עקב המצב במדינות המוצא שלהם. כן ראו את האמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3 (נפתחה לחתימה ב-1951); Convention relating to the status of refugees, G.A. res. A/RES/429(v) (להלן: **האמנה בדבר מעמדם של פליטים**). על פי אמנה זו, ואמנות נוספות שלהן ישראל מחויבת, יש לנקוט בעניינם של מבקשי המקלט מדיניות של "איהרחה".

³ פחות מ-10% ממדינות אפריקה מדווחות, ולו אחת לשנה, על אודות כמות הלידות במדינתם. ראו: Gregor Noll, *Junk Science? Four Arguments against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum*, 28 Int'l J. of REFUGEE L. 234 (2016).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מצב כגון זה טומן בחובו בעייתיות רבה. בפרט הדברים נכונים כאשר אנו עוסקים בדין הפלילי, שבו נודעת חשיבות רבה לשאלת גילו של אדם. למשל, חוק העונשין קובע בסעיף 134 כי אדם לא יישא באחריות פלילית, אלא אם מלאו לו 12 שנים.⁴ בנוסף, קטינים מעל גיל 12 המבצעים עבירות פליליות זוכים מצד רשויות האכיפה והחוק ליחס שונה ומקל יותר, בהשוואה לבגירים.⁵ זאת, מתוך הכרה בכך שבגילים אלה האישיות עדיין אינה מגובשת דיה וניתנת להשפעה ולתמרונים מצד גורמים חיצוניים; וכן מתוך ראייה טיפולית-שיקומית.⁶ כך גם הזכויות השונות אשר מוקנות לקטינים בדין הפלילי, לאורך כל שלביו, שונות ומיטיבות יותר ביחס לאלו המוקנות לבגירים.⁷ זאת ועוד, בגדרי המשפט הפלילי יש לשאלת הגיל חשיבות מרובה לא רק כאשר **בנאשם** עסקינן. שאלה זו יכולה להיות מכרעת, בין היתר, גם מקום שבו מדובר **בקורבן או בעד**.

גם בפן הפרוצדורלי, השאלה אם אדם שמואשם בפלילים היה קטין בעת ביצוע העבירה או ביום הגשת כתב האישום נגדו – יכולה להכריע את גורל התיק הפלילי כולו, ומכאן שגם את גורלו של הנאשם עצמו. לדוגמה, על אדם שהיה בגיר בעת ביצוע העבירה יחולו דיני ההתיישנות הרגילים. לעומת זאת, אדם שהיה קטין בעת ביצוע העבירה – ניתן להעמידו לדין רק אם לא חלפה שנה מעת ביצוע העבירה, אלא אם היועץ המשפטי לממשלה נתן את הסכמתו לכך.⁸ עוד למשל, בגיר שביצע עבירה בהיותו קטין וביום הגשת כתב האישום נגדו טרם מלאו לו 19 שנים יישפט בבית משפט לנוער, ולא בבתי משפט השלום או המחוזי.⁹

בשים לב לאמור, ניתן היה לצפות כי בדין הישראלי יוסדרו בצורה מפורשת הכללים לקביעת גילו של הנאשם (מבחינה משפטית) כאשר מועד לידתו המדויק אינו ידוע. דא עקא, סקירה של החקיקה (הן במשפט האזרחי והן במשפט הפלילי) ושל פסיקת בתי המשפט – מעלה כי סוגיה זו לא הוסדרה בצורה קוהרנטית וברורה, ובוודאי לא באופן רוחבי. ממילא, הפתרונות השונים שמוצעים בחוקים מתחום המשפט האזרחי לא בהכרח מתיישבים עם עקרונותיו וכלליו של הדין הפלילי, ובהם **"כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם"** (או **"כלל הפרשנות המצמצמת"**);¹⁰ והעיקרון המקובל במשפט הפלילי שלפיו במצב הדברים הרגיל **הספק צריך לפעול לטובתו של הנאשם**.¹¹

⁴ סעיף 134 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; קובע כי על ילד שטרם מלאו לו 12 שנים חל "סייג הקטינות".
⁵ ס' 34כד לחוק העונשין, קובע כי "קטין" הוא "אדם שטרם מלאו לו 18". אשר ליחס המקל שלו זוכים קטינים מצד רשויות האכיפה והחוק, בהשוואה לבגירים, ראו ע"פ 49/09 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד סג(1) 752, פס" 6-9 לפסק הדין של השופט דנציגר (2009) (להלן: עניין **פלוני 49**); ע"פ 10715/05 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס" 12 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 4.9.2007 (להלן: עניין **פלוני 10715**).

⁶ ורד דשא **מערכת המשפט בישראל 751** (2019). כן ראו, למשל, עניין **פלוני 10715**, לעיל ה"ש 5.
⁷ הדברים נלמדים בעיקר מהוראותיו של חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער). כן ראו, למשל, דברי ההסבר להצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 244, 473-474 (להלן: דברי הסבר לתיקון 14 לחוק הנוער); וכן, נטע פת "אם לא תאכל יבוא שוטר" או – על פגיעותם הרבה של קטינים בחקירה משטרתית והצורך בהסדרת כללים ייחודיים "הסיגור 231 4, 5-4 (2016) (להלן: **דשא, אם לא תאכל יבוא שוטר**)).

⁸ ס' 14 לחוק הנוער.

⁹ ס' 5א(א) לחוק הנוער.

¹⁰ ראו ס' 34כא לחוק העונשין, אשר קובע: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". כלל זה נגזר מ"עקרון החוקיות" ומטרתו ליתן לפרט אזהרה הוגנת. עוד ראו בעניין זה, למשל, דנ"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' כהן**, פ"ד סג(1) 644 (2009); בועז סניגור **ביקורת דיני העונשין הישראליים** 82-87 (2020).

¹¹ ראו סעיף 34כב(א) לחוק העונשין, הקובע: "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר". ה"ספק הסביר" הוא מונח עמום, ולא ניתן למצוא בפסיקה או בספרות "כללי אצבע" לקביעה אם מתקיים אותו "ספק סביר" אם לאו. ראו: יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" **הפרקליט** מט 463, 465 (2007); יניב ואקי **מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בהליך הפלילי** (2013). בעגה המקובלת, בדרך כלל נאמר שעל מנת להוכיח את דבר האשמה ברמה שהיא מעבר לספק סביר, על המאשימה לעמוד ברף

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ודוק, אכן בדרך כלל סוגיית הגיל אינה מתעוררת בדין הפלילי. שכן על פי רוב, תאריך לידתם של כל הגורמים הרלוונטיים הוא ידוע ומעוגן במסמכים רשמיים. עם זאת, בשים לב למספר העובדים הזרים, המסתננים ומבקשי המקלט השוהים בישראל – אין זה מפתיע שמעת לעת נדרשים בתי המשפט לשאלות הנוגעות לגילו של הנאשם. ממילא, הגם שמדובר במקרים שאינם רבים, עדיין – לאור המשמעות הרבה שיש להכרעה בדבר גילו של נאשם – נחוץ לקבוע כללים משפטיים ברורים שיתוו לבתי המשפט הפליליים את הדרך להכרעה בשאלה זו.¹²

בספרות המשפטית הענפה, כמו גם בפסיקת בתי המשפט, לא ניתן למצוא דיון מעמיק בסוגיית קביעת הגיל **במשפט הפלילי** במקרים של עמימות. אין בכתיבה הקיימת ניתוח של המצב המשפטי השורר בסוגיה הנדונה, וממילא, לא ניתן למצוא שם הצעה ברורה לפתרון משפטי של אותם מצבים בעייתיים. לפיכך, במאמר זה אנסה **לראשונה** לנתח (באספקלריה של הדין הפלילי) את המצב המשפטי הקיים בסוגיית קביעת גיל של אדם שתאריך לידתו המדויק אינו ידוע. כמו כן, במאמר אסקור את הדין הקיים בסוגיה הנדונה בשיטות משפט זרות וכן אעמוד על מעלותיהן ומגרעותיהן של השיטות הרפואיות לקביעת גיל. במסגרת זו, אבחן אם ראוי לאמץ את הכללים הנוהגים במדינות הזרות או את השיטות הרפואיות לתוך הדין הפלילי שלנו.

לאחר בחינת המצב הקיים, תוצע במאמר דרך להשלים את החסר הקיים בכל הנוגע לסוגיית קביעת גיל של נאשם. קרי, אזמין את המחוקק לקבוע **חזקה משפטית** שבאמצעותה יוכלו בתי המשפט לקבוע את גילם של הנאשמים שמועד לידתם המדויק אינו ידוע. בפרט, אתמקד במצבים שבהם ידועים רק שנת הלידה או החודש שבהם נולד הנאשם, הלועזיים או העבריים;¹³ וזאת בשעה שהלה נמצא בתפר שבין בגירות לקטינות.

הפתרון אשר יוצע במאמר זה אומנם הוא **הראשון** בִּסְפֶרָה של הכתיבה המשפטית, אך כמובן שהוא אינו מגיע מתוך חלל ריק, אלא מושתת על כמה אדנים מרכזיים שיידונו במאמר:

בפרק הראשון, אדון בחשיבות הרבה שישנה בדין הפלילי לקביעת גילו המדויק של הנאשם, הקורבן או הַעֵד; **בפרק השני**, אבחן שמא בפסיקת בתי המשפט הוכרעה זה מכבר השאלה שבה עוסק המאמר, ואם הוצעה דרך ברורה ומפורשת לקביעת גיל במקרים של עמימות; **בפרק השלישי**, אתמקד בחוק הכשרות המשפטית, העוסק גם הוא, בין היתר, בקביעת גיל של אדם; **בפרק הרביעי**, אעמוד על הפרשנויות השונות שניתנו בפסיקה לסעיפים הרלוונטיים בחוק הכשרות המשפטית, ונבחן אם פרשנויות אלו (או אחת מהן) יכולות להתיישב עם עקרונות דיני העונשין; **בפרק החמישי**, אנתח את החוקים מתחום המשפט האזרחי שבהם עוסק המחוקק בסוגיות של קביעת גיל ואבחן אם ניתן להקיש מחוקים אלה גם לדין הפלילי. כמו כן, אבחן את הכללים הנוהגים בסוגיה זו בשיטות משפט זרות וכן אעמוד על טיבן של השיטות הרפואיות לקביעת גיל; לבסוף, **בפרק השישי**,

הוכחה של 95% ומעלה (בניגוד לרמת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי, "מאזן הסתברויות", קרי, הוכחה ברמה של למעלה מ-50% (ראו, דשא **מערכת המשפט בישראל**, לעיל הי"ש 6, בעמ' 317). עוד ראו, למשל: ע"פ 7939/10 **זדורוב נ' מדינת ישראל** (נבו 23.12.2015); דני"פ 4342/97 **מדינת ישראל נ' אל עביד**, פי"ד נא(1) 736, 859 (1998); ע"פ 1003/92 **רסלאן נ' מדינת ישראל** (נבו 23.1.1997).

¹² לכאורה, בשים לב להיעדר פסיקה אחידה בשאלה הנדונה, ניתן היה לטעון כי יש להמתין להכרעה של בית המשפט העליון בסוגיה. בכך יתאפשר לבית המשפט לפתח את המשפט, כנהוג בשיטות המשפט המקובל. עם זאת, אנו סבורים כי יהיה בדבר משום "חקיקה שיפוטית", שעל דרך הכלל אינה רצויה. בעניינים כגון דא, מן הראוי שהרשות המחוקקת היא שתיתן את דעתה ותקבע כללים ברורים. מה גם שממילא, על אף שסוגיה זו אינה חדשה במשפטנו, טרם ניתנה הכרעה ברורה וחד-משמעית של בית המשפט העליון.

¹³ ברי כי ייתכנו מצבים שונים בסוגיה הנדונה. במאמר זה, כאמור, נתמקד במקרים שבהם ידועה השנה בלבד (ולעיתים גם החודש) שבה נולד הנאשם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תובא הצעה לפתרון הקושי הטמון במצב הקיים: קריאה למחוקק לעגן כללים ברורים לקביעת גילו של נאשם בפלילים, וזאת באמצעות חזקה משפטית שמתיישבת עם "כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם" ועם עקרון "הספק הסביר"¹⁴.

בשולי הדברים, אציין כבר עתה כי מאמר זה אינו חף ממגבלות. למשל, בסופו של המאמר יובא פתרון למצבים שבהם ידוע יום או חודש לידתו של הנאשם, אך לא ידועה השנה; או מקרים שבהם ידועים החודש והשנה שבה נולד הנאשם, אך לא ידוע יום הלידה. עם זאת, במאמר לא יובא פתרון למקרים שבהם לא ניתן לדעת את יום, חודש ושנת לידתו של הנאשם. בנוסף, נעיר כי המאמר יתרכז במקרים שבהם לא ידוע מועד לידתו המדויק של הנאשם, בהבחנה מעדים או קורבנות. לבסוף, מאמר זה נוגע לפן המהותי של סוגיית קביעת גיל, ומכאן שלא יהיה בו דיון נרחב בשאלות הראייתיות-פרוצדורליות (כגון שאלות של קבילות ראיות, דרכי הגשתן, אופן שקילת הראיות וכיוצא באלה).

א. הפנים השונים של חשיבות קביעת הגיל בדין הפלילי

כאמור קודם לכן, הפתרון אשר יוצע בסופו של מאמר זה מושתת על כמה אדנים מרכזיים. הראשון שבהם הוא **החשיבות הרבה שמייחס המחוקק לפרמטר הגיל של הנאשם, ולשאלה אם הוא קטין אם לאו**. ויוער בעניין זה, כי חוק העונשין קובע שגיל האחריות הפלילית עומד על 12 שנים, כך שברור שישנה משמעות גם לשאלה אם הנאשם היה בן 11 בעת ביצוע העבירה, או שמא מלאו לו זה מכבר 12 שנים.¹⁵ לצד האמור, כפי שצוין בראשית הדברים, במאמר זה נתרכז בסוגיית קביעת גיל של נאשם שבעת ביצוע העבירה המיוחסת לו היה **בתפר שבין קטינות לבגירות**. קרי, מקרים שבהם ישנה עמימות אם לנאשם מלאו באותה עת 18 שנים, אם לאו.

עבריינות המבוצעת בידי קטינים זוכה ליחס מיוחד מצד רשויות האכיפה. זאת, מתוך הבנה של כמה גורמים פסיכולוגיים: תקופת ההתבגרות היא תקופה רגישה, שבה אישיותו של הקטין אינה מגובשת די הצורך; הוא נתון ללחצים, ובנקל ניתן להשפיע עליו ולתמרנו באופן שיפגום בשיקול דעתו.¹⁶ כמו כן, ועמדתי על כך בקצרה קודם לכן, הנחת המחוקק היא שקטין שהידרדר לכדי ביצוע עבירה פלילית – גדולים סיכוייו להשתקם ולחזור למוטב בעזרת טיפול וסיוע מכוון מטרה של המערכת המשפטית.¹⁷ על כן, חוק הנוער מאפשר לבית המשפט לנקוט "שפיטה טיפולית", שמטרתה להחזיר את הקטין, בדרך **חינוכית-שיקומית**, לאורח חיים נורמטיבי ולאזרחות תקינה.¹⁸ בנוסף לאלו, יש לומר כי בחוק הנוער טמונה הנחתו של המחוקק שלפיה מפגש של חשוד או נאשם קטין עם רשויות אכיפת החוק עלול להיות טראומטי במיוחד, ואף בעל השלכות הרסניות ארוכות טווח.¹⁹

¹⁴ נקדים מעט את המאוחר ונציין כי הפתרון אשר יוצע במאמר זה, למעשה, יבקש לשנות גם את המועד שקובעת החזקה שבס' 12 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, אחד בניסן.

¹⁵ ראו למשל: רע"פ 2675/13 **מדינת ישראל נ' וחנון**, פס"י 1-13 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 3.2.2015).

¹⁶ ראו **דברי הסבר לתיקון 14 לחוק הנוער**, ה"ש 7 לעיל; **דשא, אם לא תאכל יבוא שוטר**, ה"ש 7 לעיל.

¹⁷ בע"פ 5048/09 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סד(1) 1, פס"י 5 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 14.2.2010) (להלן: עניין **פלוני 5048**); לימור עציוני **נוער במשפט הפלילי** 38 (2019).

¹⁸ הצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשכ"ט-1969, ה"ח ממשלה 825. כן ראו, למשל, עניין **פלוני 49**, לעיל ה"ש 5.

¹⁹ דברי הסבר לתיקון 14 לחוק הנוער, לעיל ה"ש 7.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

למעשה, מאחורי כל אלו עומדת תפיסה המבקשת להגן על הקטין ועל זכויותיו, הן כחשוד והן כנאשם, תוך התחשבות בכישוריו המתפתחים ובעיקרון של "טובת הילד".²⁰ במאמר מוסגר, יצוין כי ראיית עולם זו מבוססת על אדנים דמוקרטיים-ליברליים של עקרון המידתיות; והיא מקובלת לא רק בישראל, אלא גם בשיטות משפט זרות רבות אחרות, ובראשן שיטת המשפט בארצות הברית.²¹ דברים אלו נכונים לא רק בשאלת הענישה, אלא בהתייחס לכל השלבים השונים שעל רצף ההליך הפלילי.²²

תיקון מס' 14 לחוק הנוער

ב-30 ביולי 2009 הכרתו של המחוקק בפגיעותם היתרה של קטינים ובצורך להגן עליהם באמצעות מעטפת זכויות קיבלה עיגון חקיקתי בתיקון מס' 14 לחוק הנוער.²³ שם, ביקש המחוקק ליצור מארג של דרכי טיפול, ענישה ושפיטה ייחודיים לנוער, כדי למנוע את תיוגם והידרדרותם לעבריינות.²⁴ העיקרון שעמד בבסיס הצעת החוק היה שיפור ההגנה על זכויות של קטין חשוד או נאשם ומתן דגש על זכויות נוספות, מעבר לאלה שהוענקו לו עובר לתיקון.²⁵ בייחוד, המחוקק הוסיף שכבת הגנה נוספת לזכויות הקטין בשלב החקירה המשטרית. זאת, מתוך מטרה לאזן ולו במעט את כוחה הרב של המשטרה, לעומת המשאבים הפיזיים, הרגשיים והנפשיים המוגבלים של הקטינים.²⁶

קו מחשבה זה שעמד בבסיסו של תיקון 14 לחוק הנוער, המשקף מעבר מתפיסה הרואה בילד אובייקט שיש צורך להגן עליו לתפיסת הילד כסובייקט, יצור אוטונומי בעל זכויות שיש להגן עליהן – הוא למעשה תולדה של גישות שצברו תאוצה בשנים שקדמו לתיקון.²⁷ גישות אלו, שהשפיעו על מרבית המדינות בעולם המערבי כמו גם על שיטת המשפט הישראלית, הכירו בכך שעל המדינה לכבד את זכותו של הקטין לחופש מחשבה, מצפון ודת; וכי הקטין הוא אדם שווה זכויות הזכאי לחופש ביטוי ולזכות לפרטיות.²⁸ דברים אלו עוגנו באמנה בדבר זכויות הילד, שאושרה ונכנסה לתוקף בישראל ב-1991.²⁹ עוד בהשפעתה של אמנה זו – ששמה לנגד עיניה את עקרונות השוויון, טובת הילד, החיים, ההישרדות וההתפתחות, והשתתפות הילד בהחלטות הנוגעות לו – התחוללו בישראל רפורמות מרחיקות לכת בהתייחס לקטינים בכלל ולנפגעי עבירה קטינים בפרט.³⁰

²⁰ שם; בעניין פלוני 49, לעיל ה"ש 5, בפס" 20 לפסק הדין של השופט דנציגר.

²¹ שם.

²² ראו בהמשך דוגמאות שבהן שאלת גילו של הנאשם מקבלת חשיבות על פני שלבים שונים של ההליך הפלילי.

²³ דברי הסבר לתיקון 14 לחוק הנוער, לעיל ה"ש 7.

²⁴ שם.

²⁵ שם. עוד בעניין זה, ראו, עצינוני נוער במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 31–33.

²⁶ רינת קיטאיסנגירו המעצר: שלילת חירות בטרם הכרעת הדין 242 (2011); דברי הסבר לתיקון 14 לחוק הנוער, לעיל

ה"ש 7, בעמ' 272.

²⁷ מיכל גולד "נוער, נוער, נוער – תיקון מספר 14 לחוק הנוער" שורשים במשפט 761, 763 (2020); אליקים רובינשטיין "על הקטין במשפט" משפחה במשפט ג-ד 35, 56 (2009–2010); יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה הישראלית – ראשית המעבר מפרטנליזם לאוטונומיה" המשפט ז 303, 305–314 (התשס"ב).

²⁸ עצינוני נוער במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 33–35.

²⁹ אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991); Convention on the

Rights of the child, G.A. res. A/RES/44/25 (להלן: האמנה בדבר זכויות הילד).

³⁰ בכל הנוגע לעקרונות השונים שהועלו על נס באמנה בדבר זכויות הילד, ראו למשל, דליה שיליריחובר וטלי גל "על בקבוקים, יינות וכרמים: חוק הנוער (טיפול והשגחה) בראי המשפט הטיפולי" המשפט כב 9, 30–31 (2016). בכל הנוגע לרפורמות השונות שנערכו בישראל באשר לזכויות של ילדים, נפנה לחוקים הבאים: חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו–2006; חוק סיוע לקטינים נפגעי עבירות מין או אלימות, התשס"ח–2008; חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 4), התשס"ז–2007; וחוק ההתיישנות (תיקון מס' 4), התשס"ז–2007.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ובחזרה לענייננו, תכליתו של תיקון 14 לחוק הנוער היא ליצור מארג של דרכי טיפול, ענישה ושפיטה ייחודיים לנוער. מעבר לגישה החינוכית-שיקומית שננקטת כלפי קטינים במהלך ניהול ההליך הפלילי נגדם, ובשלב גזרת העונש – חוק הנוער שם דגש על הצורך בשמירה על זכויותיו של הקטין בעת המעצר והחקירה המשטרתית. בהתאם, נקבע כי נקיטת הליכים נגד הקטין תיעשה תוך שמירה על כבודו, עם מתן משקל ראוי לשיקולי שיקום וטיפול שנועדו למניעת הידרדרותו לעבריינות ולצורך שילובו בחברה, בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו.³¹

כך, לשאלת הקטינות עשויה להיות השפעה משמעותית כבר בשלבים מוקדמים יותר של ההליך הפלילי. למשל, חוק הנוער ונוהל פנימי של משטרת ישראל מחילים מגבלות מחמירות על חקירת קטין ומעצרו (מגבלות שברגיל, אינן קיימות כל אימת שעסקינן בחשודים בגירים).³² בין היתר, נקבע כי ככלל: זכויותיו של הקטין החשוד בפלילים יודעו לו בלשון המובנת לו, בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו;³³ קטין החשוד בפלילים לא ייחקר בשעות הלילה;³⁴ ניתן לזמן לחקירה קטין שחשוד בביצוע עבירה רק בידיעת הוריו;³⁵ הקטין ייחקר בנוכחות הורהו ובחדר נפרד מחדרי החקירות שמשמשים לחקירות של בגירים;³⁶ חוקר נוער לא ילבש מדי משטרה בעת טיפול בקטין וככל הניתן ישתמש ברכב שנעדר סימני זיהוי משטריים;³⁷ ועוד. בנוסף יצוין, כי ככלל, הטיפול המשטרי בקטינים נעשה במסגרת יחידות נוער מיוחדות ועל ידי שוטרים בעלי הכשרה מיוחדת המשמשים כ"חוקרי נוער".³⁸

אשר למעצר של קטין, נקבע בין היתר כי בקבלת החלטה על מעצרו של קטין יובאו בחשבון גילו והשפעת המעצר על שלומו הגופני והנפשי ועל התפתחותו;³⁹ ככלל, מקום שבו הוחלט לעצור קטין – יש להודיע על כך להורהו;⁴⁰ משהוחלט על מעצרו של קטין תישלח על כך הודעה לקצין המבחן;⁴¹ יש להימנע ככל האפשר מלכבול את הקטין במקום ציבורי;⁴² השוטרים יימנעו ככל הניתן מלעורר תשומת לב סביב פעולת האכיפה נגד הקטין, על מנת למנוע את החשש מפני תיגו כעברייני;⁴³ הקטין יוחזק במעצר בתנאים ההולמים את גילו ואת צרכיו ותוך השגחה מיוחדת על שלומו הגופני או הנפשי;⁴⁴ ככלל, קטין עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום, זכאי לקבל מבקרים שהם בני משפחה

³¹ ס' 1א(א), 1ב(א) לחוק הנוער.

³² פקודת מטא"ר 14.01.05 "חקירת קטין" (8.10.2013) (להלן: פקודת מטא"ר: חקירת קטין).

³³ ס' 9ט(א) לחוק הנוער; ס' 20 לפקודת מטא"ר: חקירת קטין.

³⁴ ס' 9י לחוק הנוער; ס' 22 לפקודת מטא"ר: חקירת קטין.

³⁵ ס' 9ו(א) לחוק הנוער; ס' 8 לפקודת מטא"ר: חקירת קטין.

³⁶ ס' 9ח(א) לחוק הנוער; ס' 4(ז), 16 לפקודת מטא"ר: חקירת קטין.

³⁷ ס' 4(ח), 4(ט) לפקודת מטא"ר: חקירת קטין.

³⁸ ס' 5, 6 לפקודת מטא"ר: חקירת קטין; ס' 1 לחוק הנוער קובע כי "חוקר נוער" הוא "שוטר, שהמפקח הכללי של משטרת ישראל או מי שהוא הסמיך לעניין זה, הסמיך לחקור נוער; לא יוסמך שוטר כחוקר נוער אלא לאחר שקיבל

הכשרה לצורך כך, כפי שיקבע המפקח הכללי של משטרת ישראל".

³⁹ ס' 10א לחוק הנוער; ס' 2(א), 4(א) לפקודת מטא"ר: חקירת קטין.

⁴⁰ ס' 9ו(ג1) לחוק הנוער; ס' 14(ג) לפקודת מטא"ר: חקירת קטין.

⁴¹ ס' 9ו(ג3) לחוק הנוער; ס' 24(א2) לפקודת מטא"ר: חקירת קטין.

⁴² ס' 10ב לחוק הנוער; ס' 3(ד) לפקודת מטא"ר: חקירת קטין.

⁴³ ס' 9(ה) לפקודת מטא"ר: חקירת קטין.

⁴⁴ ס' 13ב(א) לחוק הנוער.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן
צפויים שינויים נוספים.

מדרגה ראשונה וכן לקיים עימם קשר טלפוני;⁴⁵ לאחר הגשת כתב אישום, ניתן לעצור קטין למשך
6 חודשים בלבד, עד מתן הכרעת הדין בעניינו;⁴⁶ ועוד.⁴⁷

גם לאחר הגשת כתב האישום לשאלת הקטינות יש נפקות מעשית וממשית. למשל, במטרה להגן על
עניינם, קטינים נשפטים בבית משפט מיוחד לנוער, והדיון נערך בדלתיים סגורות;⁴⁸ הדיונים
נערכים לפני שופטי נוער שעברו הכשרה ייחודית לדון בעניינם של קטינים;⁴⁹ וככל האפשר, במקום
שלא מתנהלים בו משפטים אחרים.⁵⁰ בנוסף, כפי שצוין זה מכבר, בעניינם של קטינים נוטה מערכת
המשפט לשים את הדגש על הפן החינוכי, הטיפולי והשיקומי. זאת, בשונה מעניינם של בגירים, שם
מושם הדגש על עקרון הגמול וההלימה.⁵¹ למעשה, בעת גזרת עונשם של קטינים השיקול הטיפולי
לא רק שמקבל מעמד בכורה, אלא שמדובר במטרה כשלעצמה.⁵² דברים אלה קיבלו ביטוי בסעיפים
25 ו-26 לחוק הנוער, שם נקבעו מסלולים חלופיים בכל הנוגע לדרכי ענישה ולדרכי טיפול.⁵³

גם בפן הדיוני הבחין המחוקק בין קטינים לבגירים.⁵⁴ לדוגמה, אין להעמיד קטין לדין אם חלפה
שנה מיום ביצוע העבירה, אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.⁵⁵ בקביעה זו שינה המחוקק
מדיני ההתיישנות שחלים ביחס לבגירים ובכך הכיר בחשיבות המיוחדת הנובעת לניהול ההליך
הפלילי נגד הקטין בסמוך ככל שניתן למועד ביצוע העבירה.⁵⁶ דוגמאות נוספות שממחישות את
השוני בפן הדיוני בין קטינים לבגירים ניתן למצוא בסוגיות כדוגמת חובת ייצוג של הקטין בהליך
הפלילי על ידי סגור;⁵⁷ חובת קבלת תסקיר מאת שירות המבחן לנוער;⁵⁸ האפשרות להגשת כתב

⁴⁵ ס' 13ב(ב) לחוק הנוער.

⁴⁶ ס' 10יב לחוק הנוער; ס' 61 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק
המעצרים).

⁴⁷ כאן גם יצוין, כי מגבלות מיוחדות, שאינן קיימות בהתייחס לבגירים, קיימות גם בכל הנוגע לעריכת חיפוש על קטינים.
ראו בעניין זה, למשל, ס' 6, 8, 11 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-
1996.

⁴⁸ ס' 3, 9 לחוק הנוער.

⁴⁹ ס' 2(א) לחוק הנוער.

⁵⁰ ס' 8(א) לחוק הנוער.

⁵¹ ראו בעניין זה חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 2330 (להלן: תיקון 113 לחוק העונשין). במסגרת
התיקון, שמטרתו הייתה להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בענישה, נקבע בס' 40 כי "העיקרון המנחה בענישה הוא
קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל
עליו". ס' 40ט(א) לחוק העונשין, ואת זאת חשוב להדגיש, קובע כי על ענישת קטינים ימשיכו לחול הוראות חוק הנוער.
עוד בעניין זה ראו, למשל, בעניין פלוני 5048, לעיל ה"ש 17, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל.

⁵² עניין פלוני 49, לעיל ה"ש 5, בפס' 7 לפסק הדין של השופט דנציגר; ע"פ 4920/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1)
594, 602 (2001); וכן בעניין פלוני 5048, לעיל ה"ש 17, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל.

⁵³ למשל, ס' 25 לחוק הנוער, שכותרתו "דרכי ענישה", מעניק לבית המשפט לנוער את האפשרות לחייב קטין לשהות
במעון נעול, חלף השתת עונש מאסר; קובע כי אין חובה להטיל על קטין מאסר עולם, גם אם מדובר ב"עונש חובה". ס'
26 לחוק הנוער, שכותרתו "דרכי טיפול", קובע שורה ארוכה של דרכי טיפול שבית המשפט לנוער רשאי לצוות עליהן.
ראו בעניין זה איתן זרחיה "הערת מערכת: הטלת מאסר עולם על קטינים – בחינה מחודשת לאור התפתחויות בחקר
מוחם של בני נוער" משפטים נא(1) 311, 315 (2021).

⁵⁴ הכללים הדיוניים שנקבעו בעניינם של קטינים מוכוונים כלפי טיפול ושיקום ומעידים על הכרת המחוקק בפגיעותם
היתרה של קטינים ובצורך המוגבר להגן על זכויותיהם. כאן גם המקום להעיר כי פעמים רבות נושאים מסוימים
מקוטלגים כדיוניים, אך לנוכח ההשפעה הרבה שלהם על ההליך הפלילי ותוצאותיו – ניתן לראות בהם גם כנושאים
מהותיים לכל דבר ועניין. בעניין זה, למשל, בע"פ 7535/17 בקשי דורון נ' מדינת ישראל (נב) 25.5.2021 (להלן: פרשת
בקשי דורון).

⁵⁵ ס' 14 לחוק הנוער.

⁵⁶ לרציונל העומד מאחורי הסעיף, ראו לדוגמה, דברי הסבר לתיקון 14 לחוק הנוער, לעיל ה"ש 7, בעמ' 485; בע"פ
7211/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 56 לפסק הדין של השופט מלצר (נב) 13.12.2015; בע"פ 987/10 פלוני נ' מדינת
ישראל, פס' ה' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נב) 2.8.2010.

⁵⁷ ראו ס' 18(א)(8) לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995.

⁵⁸ ס' 10(ב) לחוק הנוער קובע כי קטין שביחד עם כתב אישום הוגשה בקשה לעוצרו, בית המשפט יורה על קבלת תסקיר
בעניינו. ס' 22 לחוק הנוער קובע כי קטין שבית המשפט קבע לגביו שהוא ביצע עבירה – יורה על קבלת תסקיר. הסעיפים

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אישום לבית משפט לנוער נגד בגיר שטרם מלאו לו 19 (אשר ביצע עבירה בהיותו קטין);⁵⁹ והאיסור על השתתפות עונש מאסר שאינו על תנאי נגד נאשם שטרם מלאו לו 21 מבלי שהוגש בעניינו תסקיר שירות מבחן.⁶⁰

בשולי הדברים, נציין כי גם נאשמים שהורשעו בביצוע עבירה לאחר שמלאו להם 18, אך עודם צעירים בגילם – עשויים לזכות ביחס מקל בעת גזרת דינם.⁶¹ בתיקון 113 לחוק העונשין קבע המחוקק כי בעת קביעת מתחם העונש ההולם, על בית המשפט להביא בחשבון את יכולתו של הנאשם להבין את מעשיו ואת הפסול שבהם, לרבות בשל גילו;⁶² וכי בעת גזרת הדין תובא בחשבון גם הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו.⁶³ בהתאם, אומנם נפסק שאין מקום לשקול בעניינם של "בגירים-צעירים" שיקולים זהים לאלו של קטינים. אולם, על בית המשפט ליחס לגיל משקל משמעותי בעת שהוא גוזר את עונשו של אדם שמכלל קטינות יצא, אך אל סף בגרות מלאה טרם הגיע.⁶⁴ בנוסף לאמור, נציין כי לשאלת הגיל ולעצם היותו של הנאשם "בגיר-צעיר" אף עשויה להיות השפעה משמעותית על שאלת ההרשעה (לאחר שנמצא כי הוא ביצע את העבירה).⁶⁵

לבסוף, הגם שהמאמר לא יעסוק בכך ישירות, ייאמר כי בגדרי המשפט הפלילי יש לשאלת הגיל חשיבות מרובה לא רק כאשר בנאשם עסקינן. שאלה זו יכולה להיות מכרעת, בין היתר, גם מקום שבו מדובר בעד או בקורבן. לדוגמה, לא ניתן להרשיע אדם על סמך עדות יחידה של קטין שמתחת לגיל האחריות הפלילית, אלא אם תימצא תוספת ראייתית מסוג "חיזוק".⁶⁶ כמו כן, קטין שהיה קורבן או עד של עבירה חמורה, לא ניתן להעיד אותו בבית המשפט אם טרם מלאו לו 14 שנים, אלא אם חוקר ילדים נתן את רשותו לכך;⁶⁷ ואם הראיה היחידה העומדת נגד הנאשם היא אותה עדות של חוקר ילדים, אזי לא ניתן יהיה להרשיעו, אלא אם בחומר הראיות תימצא תוספת ראייתית

הללו נוקטים לשון ציווי, ללא הותרת שיקול דעת לבית המשפט. אשר לתפקידיו השונים של שירות המבחן, ראו פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

⁵⁹ ס' 5א(א) לחוק הנוער. כן ראו עיצוני נוער במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 53-54.
⁶⁰ ס' 38 לחוק העונשין בשילוב ס' 1(1) לאכרזות דרכי ענישה (תסקיר של קצין מבחן), תשכ"ד-1964. בכך, המחוקק הכיר בחשיבות הגבוהה שיש בקבלת תסקיר לא רק בעניינם של נאשמים קטינים, אלא גם בעניינם של נאשמים צעירים בגילם שטרם מלאו להם 21 שנים.

⁶¹ בעיקר, הכוונה לנאשמים שגילם בין 18 ל-25 שנים, המכונים פעמים רבות "בגירים-צעירים". ראו בעניין זה דעת הרוב בע"פ 7781/12 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 25.6.2013 (להלן: עניין פלוני 7781).

⁶² ס' 40ט(א)(6) לחוק העונשין.
⁶³ ס' 40א(1) לחוק העונשין.

⁶⁴ ראו למשל, עניין פלוני 7781, לעיל ה"ש 61; בע"פ 4605/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס" 11 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו) 12.8.2013; בע"פ 2357/13 רוש נ' מדינת ישראל, פס"י ל"ט לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 6.10.2013.

⁶⁵ בית משפט אשר קבע שהנאשם ביצע עבירה פלילית עדיין רשאי להימנע מהרשעתו (או לבטלה); וראו בעניין זה, למשל, ס' 2(1) לפקודת המבחן; וס' 71א(ב), (2)72 לחוק העונשין. סיום הליך פלילי ללא הרשעה בעניינו של נאשם שנמצא אשם

בביצוע עבירה הוא החריג לכלל שלפיו אדם שביצע עבירה יורשע בדינו. התנאים העיקריים להימנעות מהרשעה נקבעו בפסיקת בית המשפט העליון, מפיו של המשנה לנשיא, השופט שי לוי, בע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד (נב) 337 (1997). ראו בעניין זה, למשל, ע"פ 8173/18 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 6.6.2019; ע"פ 4466/13 פורטל נ' מדינת

ישראל (נבו) 22.5.2014; ע"פ 111/14 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 1.4.2014; רע"פ 8215/16 יצחק נ' מדינת ישראל (29.3.2017); ע"פ 9090/00 שניידרמן נ' מדינת ישראל (22.2.2001).

⁶⁶ ס' 55(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. במקרים מסוימים, הקבועים בחוק ובפסיקה, לא ניתן להרשיע אדם על סמך עדות יחידה או ראיה יחידה. על פי רוב, מדובר במקרים שבהם קיים חשש אפרירי ומובנה בנוגע

למהימנות של אותה עדות או אותה ראיה. באופן כללי, ניתן לומר כי הדין מכיר בשני סוגים של תוספות ראייתיות: תוספת ראייתית מסבכת (ראיית "סיוע"); ותוספת ראייתית מאמתת (ראיית "חיזוק" וראיית "דבר מה נוסף"). ראו

למשל, גיא בן דוד "מבט דסקריפטיבי ומבט ביקורתי על מערך התוספות הראייתיות בישראל ומגמותיו" משפט ועסקים כב 1 (2018).

⁶⁷ ס' 1, 2(א) לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן: חוק לתיקון דיני הראיות). העבירות שעליהן יחול הסייג האמור מפורטות בתוספת לחוק.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מסוג "סיוע".⁶⁸ דוגמה נוספת היא שבניגוד לדיני ההתיישנות הרגילים, ככלל, תקופת ההתיישנות של חלק מעבירות המין, אם הן בוצעו בקטין, תחל להימנות רק מהיום שמלאו לאחרון 28 שנים;⁶⁹ ועוד.⁷⁰

הינה כי כן, כל האמור עד כה ממחיש את החשיבות שמייחס המחוקק לגילו של הנאשם בפלילים (כמו גם לגילם של העד או הקורבן). לעיתים, אפילו הבדל של שנה אחת בגילו של הנאשם יכול להיות תהומי בין התבוננות על קטין בדין הפלילי בפריזמה החינוכית-שיקומית לבין ההתבוננות על נאשם בגיר במשקפי עקרון ההרתעה והגמול יכול לחרוץ גורלות במגוון עניינים, כגון בשאלת ההרשעה או ההימנעות ממנה; בשאלת השתת עונש מאסר בפועל למול נקיטת דרכי טיפול ושיקום; ועוד. בהינתן האמור, יוצא כי ישנו צורך ממשי בחקיקה סדורה וברורה שתתווה את הדרך הנכונה לקבוע את גילו של הנאשם בפלילים עת ישנה עמימות בעניין זה.

ב. גישות שונות לקביעת גילו של נאשם שקיים ספק באשר לקטינותו – דוגמאות מהפסיקה בתחום הפלילי

עמדתי על החשיבות הרבה שיכולה להיות לשאלת גילו של נאשם בפלילים, בייחוד עת הוא מצוי בתפר שבין קטינות לבגירות. כן ראינו כי אין בדין הפלילי חקיקה שמסדירה סוגיה זו. בנוסף, רובד אחר שמבסס את הצורך בשינוי הדין הקיים עניינו בהיעדרה של התוויית דרך סדורה וברורה לקביעת גילו של נאשם בפלילים כאשר תאריך לידתו המדויק אינו ידוע.

אכן, גילו של נאשם הוא בדרך כלל בגדר נתון ידוע שאינו מעורר קושי ראייתי. עם זאת, קשה להפריז בחשיבות שמיוחסת לשאלת גילו של נאשם בכלל, ולעצם הקטינות בפרט. זאת, מכיוון ששאלות אלה יכולות להיות הרות גורל עבור נאשמים והן בעלות נגיעה ישירה בסמכותו העניינית של בית המשפט. על כן, מעצמו קם צורך ממשי בגיבוש כללים ברורים לקביעת גיל במקרים של עמימות. בהיעדרם של כללים מעין אלה, בתי המשפט נוקטים גישות שונות לפתרון הסוגיה, מה שמביא לפגיעה בוודאות שצריכה להיות ביחס לכללים המשפטיים שחלים. להלן נביא כמה דוגמאות מהפסיקה, כדי להמחיש את הנטען ביחס לגישות השונות שאותן נוקטים בתי המשפט.

⁶⁸ ס' 11 לחוק לתיקון דיני הראיות.

⁶⁹ ס' 354 לחוק העונשין. רשימת עבירות המין שבהן תחול תקופת ההתיישנות המיוחדת אם הן בוצעו בקטין מפורטת בסעיף. הרציונל העומד מאחורי הדברים הוא אופיין המיוחד של עבירות מין הנעברות בתוך המשפחה או במערכות יחסים שבין קטין לבין האחראי עליו. ראו דברי הסבר להצעת חוק ההתיישנות (תיקון מס' 4) (התיישנות תביעה בשל עבירת מין או התעללות), התשס"ז–2007, ה"ח 139; דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 84) (עבירות מין שנעשו בקטין), התשס"ה–2004, ה"ח 59; לימור עציוני "התיישנות בעבירות המין בישראל – הדין המצוי מול הדין הרצוי – הדו"ח השנתי של איגוד מרכזי הסיוע לנפגעי תקיפה מינית" **בדלתיים סגורות: פגיעה מינית וההליך הפלילי** 31 (2019). להרחבה בדבר "תופעת החשיפה המושהית", ראו למשל: טל חבקין **התיישנות** 376 (מהדורה שנייה 2021); לימור עציוני **גילוי עריות – ההיבט המשפטי של התופעה מנקודת מבטן של נשים בגירות קורבנות בילדות** 157 (2009); בע"מ 8098/04 **פלונית נ' פלונים**, פ"ד נט(3) 111 (2004); בע"פ 5582/09 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 112 לפסק הדין של השופט עמית (נב) 20.10.2010.

⁷⁰ ישנן דוגמאות נוספות רבות למקרים שבהם יש חשיבות מכרעת לגילו של מי מהצדדים במשפט. למשל, לא ניתן להטיל מאסר בפועל על קטין שטרם מלאו לו 14 שנים ביום גזר הדין (ס' 25(ד) לחוק הנוער); גיל המינימום להסכמת ילדה לקיום יחסי מין הוא 14 (ס' 345(א)(3) לחוק העונשין); גיל המינימום לנישואין הוא 17 (ס' 2 לחוק גיל הנישואין, התשי"א–1950); וכולי.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

למשל, **בעניין פדול** דובר בנאשם, יליד אריתראה, שהואשם בעבירות מין חמורות.⁷¹ ההגנה טענה כי הנאשם היה קטין בעת ביצוע העבירות ולכן יש להעביר את הדיון בעניינו לבית משפט לנוער. מנגד, המאשימה נסמכה על חוות דעת של ד"ר ציפי כהנא, מומחית באנתרופולוגיה משפטית ממז"פ במטא"ר. הלה העידה כי שקלול מכלול הממצאים ההתפתחותיים של הנאשם מתיישב עם גבר בן 20.9–26.8.⁷² כמו כן, המאשימה ביקשה להיבנות מהסתירות שנפלו בגרסאותיו של הנאשם בנוגע לגילו, שאותן מסר בהזדמנויות השונות.⁷³ מנגד, ההגנה טענה כי הנאשם נולד לפי הלוח האריתראי ביום 08.09.1988, תאריך מקביל ליום 08.09.1996. בלוח הגרגוריאני. דהיינו, שהנאשם היה כבן 16.3 בעת ביצוע העבירות.⁷⁴ כמו כן, מטעם הנאשם הוגשה חוות דעת של פרופ' אלי הרשקוביץ, מומחה ברפואת ילדים. המומחה בדק את עצמות כף יד שמאל של הנאשם וקבע שהן תואמות לגיל עצמות של 18–19 שנים, לפי **אטלס Greulich-Pyle**.⁷⁵ אולם, בשל סטיית התקן הנאמדת בכשנתיים, המומחה קבע כי לא מן הנמנע שהנאשם היה קטין בעת ביצוע העבירות.⁷⁶

כיוון שלפני בית המשפט נפרסו עדויות ומסמכים שונים שאפשרו לו, בין היתר, לקבוע את מהימנות העדים – השאלה שבמחלוקת הוכרעה על יסוד הכלים הראייתיים "הרגילים": עדים ומסמכים. בניגוד לפרשות האחרות שייסקרו מייד, במקרה הנדון בית המשפט כלל לא נדרש לסעיפי חוק שיכולים היו להיות רלוונטיים ולפרשנותם. על בסיס הראיות שהובאו לפניו, בית המשפט קבע קביעות חותכות ביחס למהימנות העדים שהופיעו לפניו; דחה את עדותו של הנאשם; והעדיף את

⁷¹ תפ"ח (מחוזי ת"א) 6991-01-13 **מדינת ישראל נ' פדול** (נבו 19.11.2014) (להלן: פרשת **פדול**). הנאשם הועמד לדין בעבירות אינוס, גרימת חבלה גופנית, התעללות ומעשה סדום בנסיבות אינוס.

⁷² חוות הדעת של של ד"ר כהנא כללה שקלול ממצאים התפתחותיים: עצמות שורש וכף היד, המשנן הקבוע בלסת העליונה והתחתונה והמפרק הסטרנלי של עצם הבריח, יחד עם עובדת היות הנאשם אריתראי (השייך לקבוצה ביולוגית גרואידי). ויושם נא לב, כי בהתאם לחוות הדעת תיתכן סטייה בהערכת הגיל הביולוגי של כ-6 שנים (הדברים נלמדים מכך שבחוות הדעת של ד"ר כהנא נקבע כי גילו הביולוגי של הנאשם מתיישב עם גבר בן 20.9–26.8 שנים).

⁷³ למשל, במסגרת תשאול שנערך לנאשם במתקן המשמורת קציעות סהרונים, הלה טען שהוא בן 18; בעת חקירתו במשטרה, טען כי הוא בן 19; ואילו בטופס העדות, שעליו חתם הנאשם, הוזן כי תאריך לידתו הוא 01.01.1993. כאן יצוין, כי מטעם המאשימה העיד מי שהיה בזמנו ממונה במתקן המשמורת, אשר מסר כי קביעת גילו של אדם אינה נסמכת על הצהרתו בלבד, אלא על מכלול נתונים שהוא מוסר, כגון: השכלה, מספר שנות הלימוד שלו, בתי ספר שבהם למד, בקיאותו לגבי עיר הולדתו ועוד.

⁷⁴ יצוין כי ההגנה העידה מטעמה אנשים שטענו כי הם מכירים את הנאשם מגיל ילדות, לרבות קרובי משפחה שלו. כמו כן, לבית המשפט הוגשה כראיה תעודת ההטבלה של הנאשם.

⁷⁵ אטלס גיל העצמות של **Greulich-Pyle**. האטלס ראה אור ב-1959 והוא מבוסס על צילומים משנות ה-30 של המאה הקודמת של מאות ילדים לבנים מאזור העיר קליבלנד במדינת אוהיו שבארצות הברית. בשים לב לאמור, לדבריו של פרופ' הרשקוביץ השאלה אם נכון להשתמש באטלס זה כדי להעריך את גילם של יוצאי אפריקה מוטלת בספק; ומכאן גם שיש להביא בחשבון את סטיית התקן האפשרית (או שמה המתבקשת). עוד בעניין האטלס של **Greulich-Pyle**, ראו למשל: Tisè M, Mazzarini L, Fabrizio G, Ferrante L, Giorgetti R, Tagliabracci A. *Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment in forensic practice on an Italian sample*. Int J Legal Med. 2011 May; 125 (להלן: **Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment**). כן יוער, כי גם מומחית התביעה הייתה מודעת לקשיים שמעורר השימוש באטלס זה, ולכן לדבריה היא עשתה שימוש באטלס אחר להערכת גיל עצמות, של טנר וווייטהאוס (Tanner & Whitehouse).

⁷⁶ כמו כן, מטעם ההגנה הוגש "**נוהל הערכת גיל ביולוגי של בני נוער וצעירים אגב הליכים משפטיים בנוגע לשהייה שלא כדיון בישראל**", שהוכן על ידי משרד הבריאות בשיתוף עם משרד הפנים, מנהלת ההגירה ומשרד המשפטים ופורסם ב-10.06.2007 (להלן: **נוהל הערכת גיל ביולוגי של בני נוער וצעירים**). הנוהל מתייחס לשלוש שיטות של הערכת גיל ביולוגי: בדיקה גופנית על ידי רופא ילדים לבדיקת גובה, משקל, סימני מין וכולי; הערכת תצלום רנטגן של כף יד שמאל שתבוצע על ידי מומחה ברפואה משפטית, מומחה ברדיולוגיה או מומחה ברפואת ילדים; ובדיקה לפי המשנן על ידי רופא שיניים.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

חוות הדעת של המומחית מטעם המאשימה על פני זו של המומחה מטעם ההגנה.⁷⁷ לפיכך, נקבע כי הנאשם היה בגיר בעת ביצוע העבירות המיוחסות לו.⁷⁸

למעשה, ההכרעה בפרשת פדול מתבדלת מארבע הפרשות שיוצגו מייד בכך שבמקרה זה בית המשפט כלל לא נדרש לבחינת קונסטרוקציות משפטיות שונות או לסעיפי חוק רלוונטיים ולפרשנותם. זאת כיוון שבניגוד לפרשות האחרות, בפרשת פדול עמדו לפני בית המשפט ראיות ועדויות שונות הנוגעות לשאלה שבמחלוקת, כך שהוא יכול היה לפסוק בה (כפי שאכן עשה) באמצעות שימוש בכלים ראייתיים בלבד (התרשמות מעדים וממהימנותם, בחינת מסמכים והכרעה בין שתי חוות דעת של מומחים).

לעומת הפרשה שנסקרה לעיל, בפרשת טרקו לא היו לבית המשפט כלים ראייתיים – כגון עדים או מסמכים – שעל בסיסם הוא יכול היה להכריע במחלוקת. שם דובר בבקשת המשטרה להאריך את מעצרו של החשוד לצורכי חקירה.⁷⁹ בא כוח החשוד טען כי בהינתן העובדה שכל שידוע הוא שהחשוד נולד בשנת 1992, אזי יש להתייחס אליו כאל קטין, ולא כבגיר (הדיון נערך בנובמבר 2010). בית המשפט דחה את טענת ההגנה בהפנתו לסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית, שלפיו כאשר ידועה שנת לידתו של אדם, ולא ידוע יום לידתו – חזקה עליו שנולד באחד בניסן של אותה שנה (להלן: חזקת הגיל).⁸⁰ יישום כלל זה על המקרה הנדון, כך קבע בית המשפט, מלמד שיש לראות בחשוד כמי שלכאורה ביום הדיון היה בגיר מזה כ-7 חודשים. יוצא אפוא כי במקרה הנדון בית המשפט התייחס למועד "אחד בניסן" בהקשרה של שנת לידתו הלוועזית של החשוד: 1992 (בהבחנה מאחד בניסן של השנה העברית שבה נולד החשוד). שכן, ב'1992 אחד בניסן חפף לתאריך בלוח השנה הלוועזי ביום 04.04.1992.

גם בפרשת טדסה לא היו לפני בית המשפט ראיות כלשהן שיכולות היו ללמד על אודות גילו המדויק של הנאשם.⁸¹ שם, דובר בנאשם שהועמד לדין בגין עבירות אלימות שעל פי הטענה בוצעו ביום 24.12.2011. בין הצדדים לא הייתה מחלוקת על כך שהנאשם נולד באתיופיה ב'1993. עם זאת, תאריך לידתו המדויק, כמו גם השנה העברית שבה נולד, לא היו ידועים. בשים לב לאמור, ההגנה טענה כי יש ספק שמא במועד ביצוע העבירות הנאשם היה קטין. לכן, כך נטען, עניינו צריך להידון בבית משפט לנוער. גם במקרה הנדון בית המשפט פנה לחזקה הקבועה בסעיף 12 לחוק הכשרות

⁷⁷ בית המשפט קבע כי העובדה שהנאשם בחר למסור גרסאות שונות ביחס לגילו ולגבי עובדות אחרות מלמדת כי "לא ניתן לסמוך עליו" וכי "עדויות של הנאשם בבית המשפט אינה ראויה לאמון". בהעדיפו את חוות הדעת של ד"ר כהנא קבע בית המשפט כי לא שוכנע ש"לצורך הערכת גיל קיים יתרון לרופאים על פני ד"ר כהנא". בפרט, כיוון שהמומחה מטעם ההגנה ערך לנאשם רק מבדק אחד, לעומת שלושה שערכה ד"ר כהנא, ולאור ניסיונה הרב בתחום. בהינתן אלו, נקבע כי יש להעדיף את חוות הדעת של האחרונה דווקא. אשר לתעודת ההטבלה שהציג הנאשם ואשר לכאורה יכולה הייתה לתמוך בעמדת ההגנה – נקבע כי זו אינה קבילה כיוון שאינה עומדת בתנאים של "תעודת חוץ" בהתאם לסעיף 30 לפקודת הראיות או של "רשומה מוסדית" בהתאם לסעיף 36 לפקודת הראיות.

⁷⁸ קביעה נוספת של בית המשפט שכדאי להכיר היא שהתביעה אינה נדרשת להוכיח שהנאשם בגיר ברמה של למעלה מספק סביר. עוד נקבע, כי כאשר על הפרק עומדת הוכחתה של עובדה אשר מצויה בידיעתו המיוחדת של הנאשם, אזי כמות הראיות שהתביעה תידרש להביא על מנת לצאת ידי חובת הראיה בקשר לאותה עובדה – תהיה קטנה באופן יחסי. כל זאת, אלא אם הנאשם טוען שהוא מתחת לגיל 12, שאז יעמוד לו הסייג לאחריות בפלילים בהתאם לאמור בסעיף 134 לחוק העונשין. במקרה כזה, די לנאשם לעורר ספק סביר על מנת שיחול הסייג (וראו בעניין זה ס' 333ב(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977). לקביעה זו, נתייחס בהרחבה בהמשך.

⁷⁹ מ"י (שלום אשד) 37418-11-10 מדינת ישראל נ' טרקו (נבו) 20.11.2010. (להלן: פרשת טרקו).

⁸⁰ בהמשך המאמר ייחד חלק נרחב לדיון בחוק הכשרות המשפטית, בפרשנויות השונות שניתנו לו ובהיבטיו השונים. כן יוער, כי לא ברור מדוע המחוקק בחר בביטוי "אחד בניסן", ולא "א' בניסן" כמקובל בלוח השנה העברי. ייתכן שהדבר נובע מכך שהמחוקק לא ראה בדברים כשוני טרמינולוגי גרידא. על כל פנים, לא ניתן למצוא בפסיקה או בספרות דיון בהבחנה בין "אחד" ל"א'" בניסן או ייחוס חשיבות להבדל טרמינולוגי זה.

⁸¹ ת"פ (שלום ראש"צ) 57518-04-13 מדינת ישראל נ' טדסה (נבו) 3.4.2014. (להלן: פרשת טדסה).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המשפטית. כיוון שב־1993 יום אי בניסן חל בתאריך 23.03.1993, ובהיעדר ראייה לסתור את החזקה הסטטוטורית שלעיל – נקבע כי יש לראות בנאשם כמי שהיה בגיר בעת ביצוע המיוחס לו בכתב האישום. לאמור, גם במקרה זה בית המשפט התייחס למועד "אחד בניסן" בהקשרה של שנת לידתו הלוועזית של הנאשם.

למעשה, ניתן לומר כי דרך הילוכם של בתי המשפט בשתי פרשות אחרונות אלו דומה בכמה רבדים. ראשית, בשני המקרים בית המשפט נדרש לחזקה משפטית שקבועה בחוק, וזאת בהיעדר כלים ראייתיים שעל בסיסם הוא יכול היה להכריע במחלוקת (כפי שהיה בפרשת פדול). שנית, בניגוד לשתי הפרשות שייסקרו להלן, בית המשפט התייחס לתאריך "אחד בניסן" בהקשר לשנה הלוועזית. זאת, מבלי להביא בחשבון שבשנה לוועזית אחת חלות שתי שנים עבריות. בשים לב לאמור, לשיטתי, ניתן לפרש את החזקה הקבועה בסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית באופן שבו הביטוי "אחד בניסן" מתייחס לשנה העברית המאוחרת שחלה באותה שנה לוועזית. עוד יוער, כי נדמה שבשתי הפרשות הנדונות בתי המשפט לא הביאו בחשבון את סעיף 3 לחוק הפרשנות, אשר קובע כי "שנה" ר'חודש' – לפי הלוח הגרגוריאני, ואם צוינה תחילת תקופתם או סופה לפי הלוח העברי בלבד לפי הלוח העברי." כלומר, למרות שהמועד "אחד בניסן" מתייחס ללוח השנה העברי, בתי המשפט החילו אותו על לוח השנה הגרגוריאני.⁸²

דרך פרשנית שלפיה חזקת הגיל הקבועה בסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית מתייחסת לשנה העברית, ובאופן ספציפי לשנה העברית המאוחרת שחלה בשנה הלוועזית הנתונה, נקט בית המשפט בפרשת צברי.⁸³ שם דובר בנאשם שהורשע בצבר של עבירות אלימות שונות שבוצעו באפריל ומאי 2014. הצדדים לא חלקו על כך שהנאשם, עולה מתימן, נולד ב־1993. עם זאת, תאריך לידתו המדויק, כמו גם השנה העברית שבה נולד, לא היו ידועים. בשים לב למועד ביצוע העבירות הנטענות, ההגנה טענה שישנו ספק אם הנאשם הגיע לגיל 21 בעת ביצועו. לפיכך נטען כי חובה לקבל בעניינו תסקיר מאת שירות המבחן בטרם יוטל עליו עונש מאסר בפועל.⁸⁴ כאמור קודם לכן וכידוע, בשנה לוועזית אחת חלות שתי שנים עבריות שונות. כך, ב־1993 חלו השנים העבריות התשנ"ג והתשנ"ד. סעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית אינו קובע אם יש להחיל את המועד "אחד בניסן" על השנה העברית המוקדמת שחלה באותה שנה לוועזית, או שמא על השנה העברית המאוחרת בזמן.

במקרה הנדון, בניגוד לפסיקה בפרשות טרקו וטדסה, בית המשפט לא החיל את המועד אי בניסן על השנה הלוועזית, אלא הפנה לסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981 (להלן: חוק הפרשנות). וכך, כיוון ש"אחד בניסן" הוא מועד עברי, הרי שלפי הסעיף יש להחילו על לוח השנה העברי, ולא הגרגוריאני.⁸⁵ בהמשך לאלו, בית המשפט ציין כי אומנם הגיוני יותר לקבוע שלפי חזקת הגיל, הנאשם נולד באי בניסן התשנ"ג (23.03.1993), שהרי אין חולק על כך שהוא נולד ב־1993. עם זאת,

⁸² החלת המועד "אחד בניסן" על לוח השנה הגרגוריאני מנוגדת למצוות המחוקק בסעיף 3 לחוק הפרשנות, כפי שראינו. כמו כן, דרך פרשנית זו גם אינה עולה בקנה אחד עם כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם, והדברים יבוארו בהמשך. לצד האמור, יש להודות כי בשאלה הספציפית שנדונה במאמר, החלת המועד "אחד בניסן" על השנה הלוועזית דווקא, אינה מונעת פרשנות סבירה של חזקת הגיל, ולא ניתן לומר שאינה מתיישבת עם האמת העובדתית.

⁸³ ת"פ (שלום רח') 14577-05-14 מדינת ישראל נ' צברי (נבו) 12.11.2014 (להלן: פרשת צברי).

⁸⁴ לעיל ה"ש 60.

⁸⁵ ונדגיש, בית המשפט שאל עצמו בפסק הדין אם את חזקת הגיל הקבועה בס' 12 לחוק הכשרות המשפטית יש להחיל על לוח השנה העברי או הלוועזי. לפיכך, הפניה של בית המשפט במקרה הנדון (כמו גם בפרשת מקונן שתובא בהמשך) לסי' 3 לחוק הפרשנות היא אך הגיונית ומתבקשת. שכן, הסעיף קובע מפורשות כי אם מועד מסוים צוין לפי לוח השנה העברי, אזי אין לפנות ללוח השנה הגרגוריאני, אלא לעברי. "אחד בניסן", כאמור, הוא מועד מלוח השנה העברי, ומכאן שסי' 3 לחוק הפרשנות וההפניה אליו מקבלים משנה חשיבות.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

נקבע כי ההיגיון האמור אינו עולה מסעיף 3 לחוק הפרשנות; וכי מאחר שב-1993 חלה גם השנה העברית התשנ"ד, הרי שלפי חזקת הגיל תיתכן גם הקביעה שלפיה הנאשם נולד בא' בניסן התשנ"ד (13.03.1994).⁸⁶ במצב דברים זה, בית המשפט הפנה לסעיף 34כא לחוק העונשין, הקובע את "כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם",⁸⁷ וקבע כי יש לראות בנאשם כמי שנולד בא' בניסן התשנ"ד (תאריך עברי שחל ב-1994).⁸⁸

ברוח זו פסק בית המשפט גם בפרשת מקונן.⁸⁹ שם, דובר בנאשם יליד 2001 שמועד לידתו המדויק, או השנה העברית שבה נולד, לא היו ידועים. לנאשם יוחסה עבירת אלימות, שעל פי הטענה בוצעה ביום 29.04.2019. כתב האישום הוגש בחלוף למעלה משנה ממועד ביצוע העבירה הנטענת, ביום 10.05.2020. לכן, אם בעת ביצוע העבירה הנאשם היה קטין, אזי היה על המאשימה לקבל אישור מאת היועמ"ש להגשת כתב האישום.⁹⁰ בהיעדר האישור הנדרש, עתרה ההגנה לבטל את כתב האישום.

בדומה למה שנפסק בפרשת צברי שלעיל, בית המשפט עמד על כך שבסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית אין התייחסות למצב שבו בשנה לועזית אחת חלות שתי שנים עבריות. בהינתן מצב דברים זה, כיוון שב-2001, שנת לידתו של הנאשם, חלו גם שנת התשס"א וגם התשס"ב – נקבע שבהתאם לסעיף 3 לחוק הפרשנות ניתן לראות בנאשם כמי שנולד הן בא' בניסן התשס"א (25.03.2001) והן בא' בניסן התשס"ב (14.03.2002).⁹¹ לאור אלה, בית המשפט החיל את "כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם", וקבע כי יש לראות בנאשם כמי שנולד באחד בניסן התשס"ב.⁹²

הינה כי כן, מסקירת חמש הפרשות שלעיל נמצא כי בתי המשפט מיישמים את הדין באופן המשתנה ממקרה למקרה, ולא ניתן למצוא בפסיקה גישה אחידה אחת. כך, בפרשת פדול, בית המשפט המחוזי הכריע במחלוקת הנדונה בהתבסס על כלים ראייתיים "רגילים": עדויות ומסמכים; בפרשות טרקו וטדסה, את המועד "אחד בניסן" בתי המשפט החילו על השנה הלועזית שבה נולדו הנאשמים (קרי, נבדק מתי חל א' בניסן בשנים הלועזיות שבהן היה ידוע שהנאשמים נולדו – והמועד הנקוב נקבע כיום לידתם); לעומת זאת, בפרשות צברי ומקונן, בתי המשפט נתנו דעתם לסעיף 3 לחוק הפרשנות, וגם אם הדבר אינו מתיישב בצורה אופטימלית עם האמת העובדתית – החילו את המועד "אחד בניסן" על לוח השנה העברי. אדרבה, בתי המשפט בפרשות אלו גם שמו לנגד עינם את "כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם", ובהתאם קבעו את יום לידתם של הנאשמים בא' בניסן של השנה העברית המאוחרת שחלה בשנה הלועזית שבה היה ידוע שהנאשמים נולדו.⁹³

⁸⁶ למען הבהירות, יוער כי אם ייקבע שהנאשם נולד בא' בניסן התשנ"ג, שנופל על יום 23.03.1993, אזי המסקנה הנלמדת היא שבעת ביצוע העבירות מלאו לו זה מכבר 21 שנים.

⁸⁷ לעיל ה"ש 10.

⁸⁸ בית המשפט העיר שיישום חזקת הגיל במקרה הנדון אינו משקף את האמת העובדתית, שכן, אין מחלוקת שהנאשם נולד ב-1993, ואילו א' בניסן התשנ"ד חל ב-1994.

⁸⁹ ת"פ 20-05-19492 (שלום ק"ג) מדינת ישראל נ' מקונן (נבו) (5.1.2021) (להלן: פרשת מקונן). למען הגילוי הנאות, ייאמר כי ההחלטה בפרשה זו ניתנה על ידי המחברת.

⁹⁰ ס' 14 לחוק הנוער.

⁹¹ גם כאן, הדרך הפרשנית שבה בחר בית המשפט הובילה למסקנה שכנראה אינה עולה בקנה אחד עם האמת העובדתית. שכן, אין מחלוקת שהנאשם נולד ב-2001, ואילו בשים לב לאופן שבו בית המשפט החיל את חזקת הגיל – נקבע כי מבחינה משפטית הנאשם נולד ב-2002. עם זאת, בית המשפט לא התעלם מכך שפרשנות זו היא הפחות סבירה, אלא שזו מהותן של חזקות משפטיות, שפעמים רבות משמשות כ"פיקציות של ממש".

⁹² דהיינו, נקבע כי הנאשם היה קטין במועד ביצוע העבירה הנטענת, כך שנדרש היה לקבל אישור יועמ"ש להגשת כתב האישום.

⁹³ על אף שבפועל, המועד נפל בשנה לועזית מאוחרת מזו שבה נולדו הנאשמים.

ג. חוק הכשרות המשפטית – שתי גישות להחלת חזקת הגיל על נאשם שמועד לידתו המדויק אינו ידוע

ראינו כי גם מפסיקתם של בתי המשפט לא ניתן לגזור כללים אחידים וברורים שאותם יש לנקוט כאשר מועד לידתו המדויק של הנאשם אינו ידוע. עם זאת, לכאורה, לסוגיה העולה במאמר זה ניתן היה למצוא פתרון בחוק הכשרות המשפטית. תכליתו של חוק זה היא לקבוע הסדר תחיקתי אחיד לכל ענייני הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, והוא מסדיר את ענייני הכשרות המשפטית; את שאלת הקטינות והבגירות; את דינן של הפעולות המשפטיות של קטינים; את דיני הפסלות המשפטית; ואת דינן של הפעולות שאדם עושה במצב של היעדר הכרה.⁹⁴ בנוסף לאלה, החוק קובע גם כללים הנוגעים לחישוב גיל ואת "חזקת תאריך לידה".⁹⁵ בהינתן עניין אחרון זה, עשויה לעלות השאלה: מה לנו לתור אחר פתרונות למצבים של קביעת גיל במקרים של עמימות, שהרי כללים בעניין זה עוגנו זה מכבר בחוק הכשרות המשפטית? ובכן, להלן נבחן אם אכן הכללים האמורים ניתנים ליישום על הדין הפלילי.

סעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית, שכותרתו "חזקת תאריך לידה", קובע כיצד יש לנהוג באדם שידועה שנת הלידה שלו, אך לא ידוע יום לידתו: "ידועה שנת לידתו של אדם ולא ידוע יום לידתו, חזקה שנוולד באחד בניסן של אותה שנה"; וכיצד יש לנהוג באדם אשר ידוע החודש שבו נולד, אך לא יום לידתו: "ידוע חודש לידתו של אדם ולא ידוע יום לידתו, חזקה שנוולד ביום החמישה עשר של אותו חודש".

ודוק, חוק הכשרות המשפטית אינו מסווג כדין פלילי או אזרחי, אלא כדין כללי החל על עניינים אזרחיים ופליליים כאחד. על כן, כוחו של סעיף 12 יפה בכל מקרה שבו לא ידוע מועד לידתו המדויק של האדם (אך ידועים החודש או השנה שבהם הוא נולד).⁹⁶ אומנם, חוק הכשרות המשפטית אינו עוסק בסוגיית קביעת הגיל כשלעצמה, אלא כאמור סמכות זו מסורה באופן בלעדי לבית המשפט לענייני משפחה.⁹⁷ עם זאת, בהינתן הכללים שהוא קובע בשאלה האמורה, ניתן לפנות לסעיף 12 במקרים שבהם לא ידוע יום לידתו של האדם. זאת, בהליכים משפטיים שונים ולצרכים קונקרטיים, כגון תשלומי פיצויים, תאריך פרישה צפוי וכיוצא באלה.⁹⁸ אם כך, אזי מדוע שלא נפנה לסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית גם כאשר אנו נדרשים לקבוע את גילו של נאשם בפלילים? כדי לענות על שאלה זו, תחילה עלינו להידרש לכך שמקום שבו ידועה רק שנת לידתו הלוועזית של האדם, ישנן שתי דרכים פרשניות סבירות לפרש את חזקת הגיל הקבועה בסעיף 12.

⁹⁴ דברי הסבר להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, התשכ"א–1961, ה"ח הממשלה 456, 178 (להלן: דברי הסבר להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות).

⁹⁵ שם.

⁹⁶ בש"פ 4418/09 פלוני נ' מדינת ישראל (28.5.2009) (להלן: פלוני 4418).

⁹⁷ ס' 1 לחוק קביעת גיל, התשכ"ד–1963 (להלן: חוק קביעת גיל).

⁹⁸ פרשת צברי, לעיל ה"ש 83; ת"א (מחוזי נצי) 104/95 יחזקאל נ' לנגר (20.1.2002) (להלן: פרשת יחזקאל).

1. הגישה הפרשנית הראשונה

כל שנה לועזית חופפת לשתי שנים מלוח השנה העברי. ראינו כי דרך פרשנית אחת להחלת חזקת הגיל הקבועה בסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית על נאשם שידועה שנת לידתו הלוועזית בלבד היא כדלקמן: לקבוע את מועד לידתו על פי המועד שבו מופיע לראשונה התאריך "אחד בניסן" בשנה העברית המופיעה על רצף לוח השנה הלוועזי (שבה נולד הנאשם). קרי, מקום שבו ידועה שנת הלידה הלוועזית בלבד של הנאשם, אזי חזקה שהוא נולד באחד בניסן של אותה שנה לועזית. לדוגמה, במקרה שבו ידוע שפלוגי נולד ב־2020, ולא ידועה שנת לידתו העברית – בירור בלוח השנה העברי יגלה כי יום אחד בניסן (שנת התש"ף) מופיע לראשונה בשנת 2020 ביום 26.03.2020. הפעם הבאה שבה מופיע יום אחד בניסן (שנת התשפ"א, שחלק ממנה חופף ל־2020) היא רק ב־2021. וכך, לפי הגישה הפרשנית הראשונה, סעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית קובע חזקה שלפיה אותו פלוגי נולד ביום 26.03.2020.

בדומה לפסיקה מהדין הפלילי, אשר דגלה בהחלת הגישה הפרשנית הראשונה,⁹⁹ גם בדין האזרחי יושמה פרשנות זו בכמה מקרים שונים. למשל, בפרשת יחזקאל¹⁰⁰ דובר בתביעה בגין נזקי גוף שנגרמו לתובע בתאונת דרכים. בית המשפט נדרש לחשב את הפיצויים המגיעים לתובע, ובהם פיצויי הפסד כושר השתכרות. פיצויים אלה מחושבים לפי פרק הזמן שנותר לתובע עד גיל הפרישה.¹⁰¹ לפיכך, מטבע הדברים נדרש לקבוע את גילו של התובע. דא עקא, באותו מקרה תאריך הלידה המדויק של התובע לא היה ידוע, אלא רק השנה הלוועזית שבה נולד: 1939. בנסיבות האמורות, בית המשפט נקט את הגישה הפרשנית הראשונה וקבע כי יש לראות את התובע כמי שנולד באחד בניסן שחל בשנה הלוועזית 1939. קרי, חזקה שהתובע נולד ביום 21.03.1939.

כך גם בפרשת בית ספר "בן יקיר",¹⁰² לא הייתה מחלוקת בין הצדדים שהנפגע היה קטין בעת האירוע שבו הוא נפגע. עם זאת, מועד לידתו המדויק לא היה ידוע. לטענת הנתבעות כיוון שמלאו לו 25 שנים בטרם הגשת התובענה, הרי שלפי סעיף 10 לחוק ההתיישנות עילת התביעה התיישנה זה מכבר.¹⁰³ בית המשפט קיבל את טענת הנתבעות, שלפיה אף אם ייקבע שהנפגע נולד ב־1979 (ההנחה העובדתית הנוחה ביותר לתובעת), הרי שבהיעדר תאריך לידה מדויק יש להחיל על עניינו את חזקת הגיל הקבועה בסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית.¹⁰⁴ בהתאם, נקבע כי מאחר שאחד בניסן בשנת לידתו הלוועזית של הנפגע חל ביום 29.03.1979, אזי המסקנה המתבקשת היא שביום הגשת התובענה מלאו לו זה מכבר 25 שנים, ועל כן עילת התביעה התיישנה.¹⁰⁵

בנוסף לפסיקה שלעיל, גם בספרות המשפטית ניתן למצוא תימוכין לגישה הפרשנית הראשונה. לדוגמה, פרופ' יצחק אנגלרד אומנם סבור כי סעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית מעורר תהיות בנוגע

⁹⁹ פרשת טרקו, לעיל ה"ש 79; פרשת טדסה, לעיל ה"ש 81.

¹⁰⁰ פרשת יחזקאל, לעיל ה"ש 98.

¹⁰¹ ע"א 586/84 מקלף נ' זילברברג פ"ד מג(1) 137 (1989).

¹⁰² רע"א 3596/06 המוסד לביטוח לאומי נ' ביה"ס "בן יקיר" כפר נוער דתי (נבו) 19.10.2006.

¹⁰³ סי' 10 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות) קובע כי "בחישוב תקופת ההתיישנות לא יבוא במנין הזמן שבו עדיין לא מלאו לתובע שמונה עשרה שנה".

¹⁰⁴ יצוין, כי לפי החישוב שערך בית המשפט בהתאם לחזקת הגיל, ביום הגשת התובענה מלאו לנפגע 25 שנים ויומיים. כלומר, הגשת התובענה התאחרה ביומיים בלבד.

¹⁰⁵ למקרים נוספים שבהם בית המשפט נקט את הגישה הפרשנית הראשונה לסי' 12 לחוק הכשרות המשפטית, ראו ת"א (מחוזי ב"ש) 4112/05 עזבון נמוב נ' אדרי (נבו) 15.10.2007; ת"א (שלום י-ם) 19413/00 בית הלחמי נ' בן שטרית (נבו) 16.7.2006; ת"א (שלום י-ם) 2657/07 אלפרא נ' אלמטור (נבו) 6.5.2010.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לשאלת דו־הקיום בין לוח השנה העברי ללוח השנה הגרגוריאני. עם זאת, במצבי עמימות וכאשר ידועה רק שנת הלידה הלועזית של האדם, יש לנקוט את הגישה הפרשנית הראשונה: **"נוכח אי חפיפה בין שני המניינים – ברבע האחרון של השנה הגרגוריאנית, ייתכנו שני א' בניסן: זה של השנה היהודית המסתיימת וזו של השנה היהודית המתחילה בסתיו, דומה כי המחוקק התכוון ל-א' בניסן של השנה היהודית המסתיימת, משום שהיא חופפת יותר עם השנה הגרגוריאנית."**¹⁰⁶ במילים אחרות, פרופ' אנגלרד אומנם נוטה לאמץ את הגישה הפרשנית הראשונה. עם זאת, נדמה שגם הוא סבור שקביעת מועד לידתו של אדם על פי לוח השנה העברי, כשידועה שנת הלידה הלועזית בלבד – היא דרך שאינה חפה מקשיים.

2. הגישה הפרשנית השנייה

כפי שלמדנו **מפרשות צברי ומקונן**,¹⁰⁷ אשר נסקרו בפרק ב', קיימת בפסיקה גישה פרשנית נוספת ביחס לחזקת הגיל הקבועה בסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית. גישה פרשנית זו נסמכת על שילובם של סעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית וסעיף 3 לחוק הפרשנות. סעיף אחרון זה, שנושא את הכותרת **"משמעותם של מילים וביטויים"**, קובע כי **"שנה' ו-'חודש' – לפי הלוח הגרגוריאני, ואם צוינה תחילת תקופתם או סופה לפי הלוח העברי בלבד לפי הלוח העברי."**

הווה אומר, האוחזים בגישה הפרשנית השנייה גורסים כך: מהשילוב של סעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית וסעיף 3 לחוק הפרשנות – נלמד כי אם ידועה שנת לידתו **העברית** של אדם, חזקה שהלה נולד באחד בניסן של אותה שנה עברית. אולם, כאשר ידועה שנת הלידה הלועזית בלבד, וכיוון ששנה לועזית אחת חולשת על שתי שנים עבריות – הרי שישנה אפשרות, לפי חזקת הגיל, שהאדם נולד ביום אחד בניסן בשנה העברית המאוחרת יותר על רצף לוח השנה הגרגוריאני. א' בניסן הוא מועד מלוח השנה העברי. על כן, בהתאם לסעיף 3 לחוק הפרשנות, יש אפשרות לקבוע חזקה שלפיה פלוני נולד בא' בניסן בשנה העברית המאוחרת – שתחילתה באותה שנה לועזית שבה ידוע שפלוני נולד.

לכאורה, **"טבעי"** יותר לקבוע כי הביטוי **"אחד בניסן"** מתייחס למועד האמור בשנה הלועזית שבה ידוע שפלוני נולד, ולכן הגישה הפרשנית השנייה פחות סבירה מבחינה לוגית. עם זאת, סעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית אינו נשען על ההיגיון, אלא מעגן חזקה שרירותית, **"פיקציה של ממש"**,¹⁰⁸ לקביעת תאריך לידתו של אדם כשזה אינו ידוע לאשורו. לפיכך, גם אם לכאורה לפי ההיגיון והשכל הישר היה מקום לקבוע כי פלוני נולד דווקא בשנה העברית המוקדמת יותר על לוח השנה (אשר חופפת לשנה הלועזית שבה ידוע שהוא נולד), הרי שפרשנות זו אינה מחויבת המציאות כל עיקר. לא בכדי ברוח זו פסקו כמה ערכאות שונות שעניין זה בא לפתחן.

בנקודה זו יהיה מעניין לציין כי התחקות אחר דברי המחוקק בעניין זה מתוך ניסיון לאמוד את דעתו בעת גיבוש הצעת חוק הכשרות המשפטית לא תלמד אותנו דבר. כך, בסעיף 13 (סעיף 12 בחוק הנוכחי) בהצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות שהובאה לקריאה ראשונה במליאת הכנסת, נכתב כך: **"ידועה שנת לידתו של אדם ולא ידוע יום לידתו, חזקה שנולד באחד ביולי של**

¹⁰⁶ יצחק אנגלרד "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס' 13-1" פירוש לחוקי החוזים 73 (גד טדסקי עורך התשל"ב).

¹⁰⁷ פרשת צברי, לעיל ה"ש 83; פרשת מקונן, לעיל ה"ש 89.

¹⁰⁸ דני"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014) (להלן: פרשת דיין).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אותה שנה.¹⁰⁹ אולם, בעת הבאת החוק לקריאה שנייה ושלישית בכנסת, נערך שינוי בסעיף זה, והתיבה "אחד ביולי" שונתה ל"אחד בניסן". כך הסביר זאת חבר הכנסת משה אונא, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט באותה עת: **"לעומת זאת יש לציין בסעיף 12 תיקון חשוב, בזה שקבענו שאת התאריך יש לקבוע לפי הלוח העברי. בסעיף זה נאמר: 'ידועה שנת לידתו של אדם ולא ידוע יום לידתו, חזקה שנוולד באחד בניסן של אותה שנה'. הלכנו בדרך זו גם לגופו של עניין, כי אנו סבורים שרצוי להשתמש ככל האפשר בתאריך העברי; אבל גם בעקבות חוקים אחרים שנתקבלו, במיוחד חוק שירות ביטחון.**¹¹⁰

ד. שתי הגישות הפרשניות לסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית בראי המשפט הפלילי

אומנם, הגישה הפרשנית השנייה לסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית סבירה פחות מבחינה לוגית בהשוואה לגישה הפרשנית הראשונה. עם זאת, שתי הגישות הפרשניות הן סבירות, וניתן לנקוט אותן כאשר ידועה רק שנת הלידה הלועזית של האדם. אם כך, נשאלות השאלות: את אילו מהגישות, אם בכלל, שומה על בית משפט שדן בפלילים לנקוט כאשר עולה ספק באשר לקטינותו של הנאשם; והאם אותה גישה מתיישבת עם עקרונות המשפט הפלילי גם באופן **אבסולוטי** (בהבחנה מאופן יחסי לגישה האחרת)?

ייתכן שאת המענה לשאלות שהוצגו לעיל ניתן יהיה למצוא בחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו.¹¹¹ חוקיסוד זה העניק לבתי המשפט בישראל כלים חוקתיים אפקטיביים להעצמת תפיסות היסוד של **עקרון החוקיות** בדיני העונשין בדרך של חיזוק האינדיבידואליזם המשפטי. אחד ממופעי המובהקים של עקרון החוקיות הוא הצורך בהירות ובוודאות של הנורמה הפלילית ודרישה מהמחוקק לנסח את דבר החקיקה בלשון ברורה וחדמשמעית.¹¹² להיבט של עקרון החוקיות משמעות כפולה: האחת, פנייה אל המחוקק בדרישה שינסח את דבר החקיקה בלשון ברורה וחדמשמעית; השנייה, פנייה לבית המשפט בדרישה להימנע מקביעת איסורים והטלת חובות על דרך ההיקש, גזרה שווה או מכוח קל וחומר.¹¹³

ואכן, במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין¹¹⁴ אומצו חלקים מעקרון החוקיות במובנו הליברלי המודרני. לדוגמה, בסעיף 1 לחוק העונשין, שהוא פרי תיקון מס' 39 לחוק זה, נקבע כי **"אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו"**. כנגזרת של הדברים האמורים, כאשר דבר החקיקה אינו מנוסח בלשון נהירה וחדמשמעית והוא ניתן לפירושים סבירים שונים, אזי יש לפנות לסעיף 34כא לחוק העונשין. סעיף זה מעגן את "כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם", וזאת לשונו: **"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי**

¹⁰⁹ דברי הסבר להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפורופסות, לעיל ה"ש 94, בעמ' 171.

¹¹⁰ ד"כ 7.8.1962, 3078.

¹¹¹ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391.

¹¹² יובל לוי "היבטים על עקרון החוקיות בדיני עונשין (חלק ראשון)" **עינוי משפט** ד 22, 28–43 (1975).

¹¹³ ע"פ 205/73 **רוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד כז(2) 365, 372 (1973); עוד על עקרון החוקיות, ראו למשל גבריאל הלוי "עקרון החוקיות וחוקתיות בדיני העונשין בישראל" **קריית המשפט** ח 335 (התשס"ט); מרדכי קרמניצר "ארבעים שנה לדיני העונשין (תגובה להרצאתה של ד"ר גור-אריה)" **משפטים** יט 695 (התש"ן).

¹¹⁴ חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וכללי), התשנ"ד–1994, ס"ח 1481 (להלן: **תיקון 39 לחוק העונשין**).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.¹¹⁵ בעניין זה הטעים בית המשפט העליון בפרשת אסד, כי: **"תשובתו של סעיף 34כא לחוק העונשין [...] הינה כי על הפרשן לבחור באותו פירוש תכליתי המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות לפי אותו דין פלילי."**¹¹⁶

דהיינו, החלת הכלל הפרשני הנדון מותנה לא רק בכך שישנן כמה אפשרויות סבירות לפירוש החוק, אלא גם בקיומן של כמה אפשרויות המצויות ברף סבירות זהה מבחינת התאמתן לתכלית של דבר החקיקה שאותו יש לפרש.¹¹⁷ לשון אחר, רק בתום ההליך הפרשני של דבר החקיקה, לאחר שנבחנו לשונו ותכליתו; רק לאחר שמוצו כל האמצעים הפרשניים המאפשרים עמידה על תכליתו האמיתית; ורק אם בסופו של תהליך זה ייוותרו שני פירושים בעלי אותו מעמד – או אז יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם.¹¹⁸ ודוק, הבחינה בעניין זה אינה פרסונלית, כי אם נורמטיבית. קרי, "כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם" מחייב אותנו לבחור בפירוש שיצמצם את היקף האיסור לגבי כלל המקרים שעליהם הוא אמור לחול ואין הוא משתנה בהתאם לנתוניו הספציפיים של הנאשם.¹¹⁹

בנוסף ל"כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם", ראוי להזכיר בעניין זה אבן יסוד נוספת בדין הפלילי: עקרון "הספק הסביר" הקבוע בסעיף 34כב(א) לחוק העונשין: **"לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר."** עמדנו זה מכבר בקצרה על משמעותו של עיקרון זה,¹²⁰ שלפיו אדם לא יישא באחריות לעבירה פלילית, אלא אם הוכח "מעבר לספק סביר" שהוא ביצע אותה. המדובר ברף הראייתי הגבוה ביותר מבין אלו הקיימים במשפט, והרציונל לכך טמון בהעדפה ליטול סיכון לזכות אדם אשם, מאשר להסתכן בהרשעת חף מפשע.¹²¹ המדובר בכלל שסוטה באופן מודע מהרעיון של בירור האמת, ולשם הגשמתו של הכלל האמור השיטה המשפטית מוכנה לסבול גם "זיכויי שווא".¹²²

עקרון "הספק הסביר" חולש לא רק על כל הנוגע להוכחת היסוד הפיזי של העבירה, אלא גם על היסוד הנפשי. כלומר, על מנת להרשיע אדם בפלילים, יש להוכיח מעבר לספק סביר לא רק שהוא ביצע את מעשה העבירה הפיזי, אלא גם שהתקיים בו היסוד הנפשי הנדרש (באותה עבירה).¹²³ עוד בעניין זה, ראוי להפנות לסעיף 34כב(ב) לחוק העונשין, הקובע כי די לנאשם לעורר ספק סביר שמא מתקיים בעניינו אחד הסייגים – על מנת שסייג זה יחול. באותה מידה, הנאשם זכאי ליהנות מהספק בכל הנוגע להוכחה בדבר התיישנות, חנינה קודמת, זיכוי או הרשעה קודמים וכיוצא באלה.¹²⁴ בנקודה זו אף ראוי להפנות להבחנה שבין "נטל השכנוע" לבין "מידת ההוכחה" הנדרשת. בענייננו,

¹¹⁵ להרחבה על אודות ס' 34כא לחוק העונשין ו"כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם", ראו לעיל ה"ש 10; הדיון בפרק המבוא; רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי** (נבו 31.10.2018); ע"פ 446/01 **רודמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 25 (2002).
¹¹⁶ דני"פ 1558/03 **מדינת ישראל נ' אסד**, פ"ד נח(5) 547, פסי' 18–19 לפסק הדין של הנשיא ברק (2004) (להלן: פרשת אסד); רע"פ 11476/04 **מדינת ישראל נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ** (נבו 21.2.2010); רע"פ 228/05 **יאגודיב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(4) 518 (2005).

¹¹⁷ עוד על התנאים להחלת הכלל הפרשני הקבוע בס' 34כא לחוק העונשין, ראו לעיל ה"ש 10.
¹¹⁸ ע"פ 2597/04 **רויטמן נ' מדינת ישראל**, פסי' 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 20.11.2006).
¹¹⁹ פרשת אסד, לעיל ה"ש 106, בפסי' 18–19 לפסק הדין של הנשיא ברק; בוועד סנגירו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" עלי משפט ג 165 (התשס"ג). שם, המחבר מבקר את ההתפתחות החקיקתית ביחס לס' 34כא לחוק העונשין.
¹²⁰ לעיל ה"ש 11.

¹²¹ ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בהליך הפלילי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 24.
¹²² שם, בעמ' 24–25.
¹²³ פרשת בקשי דורון, לעיל ה"ש 54; בג"ץ 2925/19 נגר נ' פרקליטות מחוז צפון (נבו 24.6.2019).
¹²⁴ ישגב נקדימון הגנה מן הצדק פרק עשרים וארבעה – היבטים ראייתיים 418 (מהדורה שלישית, 2021).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

"מידת ההוכחה" מבטאת את רמת הוודאות הנדרשת להוכחת אשמתו של נאשם, ואילו "נטל השכנוע" מלמד מי מהצדדים נדרש לשכנע את בית המשפט.¹²⁵

ובענייננו, אכן **בפרשת פדול** נקבע כי מאחר ששאלת בגירותו של נאשם אינה נוגעת לשאלת אחריותו למעשה המיוחס לו – הרי שאין לקבל את טענת ההגנה שלפיה די לו לעורר ספק סביר בשאלת בגירותו על מנת שייקבע שהוא קטין.¹²⁶ עם זאת, יצוין כי מדובר בפסק דין של בית המשפט המחוזי שאומנם מנחה, אך אינו מחייב את הערכאות דלמטה.¹²⁷ מעבר לאמור, בכל הכבוד, קביעה זו של בית המשפט המחוזי **בפרשת פדול** אף אינה מחויבת המציאות וניתן לחלוק עליה. בפסיקתו של בית המשפט העליון נקבע זה מכבר כי מידת ההוכחה הנדרשת בפלילים צריכה להיקבע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה קונקרטי בהתאם למבחני העזר השונים שנקבעו.¹²⁸ אדרבה, **בפרשת בקשי דורון** נקבע, בין היתר, כי בשאלה הנדונה אין לקבוע מבחנים מגבילים לתחולת הספק הסביר, וכי ההחלטה בעניין צריכה להתבסס על שיקולים מהותיים.¹²⁹

שם, בית המשפט העליון דן בשאלה אם די לנאשם להוכיח את קיומו של ספק סביר בכשירותו לעמוד לדין כדי שההליכים בעניינו יופסקו,¹³⁰ או שמא על ההגנה אשר טוענת כי הנאשם אינו כשיר לעמוד לדין לעמוד ברף הוכחה של מאזן הסתברויות. בעניין זה נערכה הבחנה בין דין מהותי לדין דינוני, תוך שנקבע כי השיקול המשמעותי ביותר לקביעת רף של מאזן הסתברויות נעוץ באופייה הדינוני של הטענה שאותה מבקשים להעלות.¹³¹ לכאורה, שאלת כשירות לעמוד לדין היא הוראה דינונית (שהרי היא אינה נוגעת לשאלת אחריותו של הנאשם למעשיו, אלא רק לכשירותו לעמוד למשפט). עם זאת, נקבע כי השאלה אם כשירות לעמוד לדין היא דינונית או מהותית "סובלת ממלאכותיות יתר", וכי יש הוראות דינוניות אחרות, כגון התיישנות או הגנה מן הצדק, שלא נכון יהיה להתייחס אליהן כאל דינוניות גרידא. צוין כי אף אם הוראה מסוימת תסווג כדינונית, אין הדבר אומר בהכרח שהמאשימה תהיה פטורה מלסתור את טענת ההגנה בנושא ברמה של מעבר לספק סביר. לבסוף, בית המשפט העליון קבע כי די לנאשם להוכיח את קיומו של ספק סביר בשאלת כשירותו לעמוד לדין, וזאת כיוון שמדובר בטענה מרכזית באספקלריה של הזכות למשפט הוגן ואשר עומדת בליבת זכויות הנאשם במשפט הפלילי.¹³²

¹²⁵ פרשת **בקשי דורון**, לעיל ה"ש 54. בכל הנוגע לסייגים לאחריות בפלילים או לסוגיות האחרות אשר צוינו, על המאשימה מוטל שיהא "רדום". דהיינו, המאשימה נושאת בנטל להוכיח, למשל, שבמקרה ספציפי לא מתקיים סייג של אישפיות או היעדר חנינה. עם זאת, המאשימה לא צריכה להוכיח את הדברים בצורה פוזיטיבית כל זמן שהסוגיה אינה מתעוררת. אולם, מקום שבו הנאשם טוען לקיומו של אחד מהסייגים, אז על המאשימה מוטל הנטל להוכיח כי סייג זה אינו מתקיים, וזאת ברמת הוכחה של מעבר לספק סביר (ראו בעניין זה, למשל: יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים** חלק שני 1237 (מהדורה מעודכנת, 2009)); סי' 34 לחוק העונשין).

¹²⁶ פרשת **פדול**, לעיל ה"ש 71, בפס' 4.3 לפסק הדין של השופטת רביד.

¹²⁷ סי' 20(א) לחוקקיסוד: השפיטה.

¹²⁸ בע"פ 4675/97 **רוזב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(4), פסק הדין של השופטת ביניש (1999). בעניין זה, השופטת ד' ביניש הסתייגה מההבחנה שביצע השופט (כתוארו אז) מ' חשין בין סייגים לאחריות בפלילים לבין "הגנות", ועמדה התקבלה בפסיקה מאוחרת יותר (ראו למשל, ברע"פ 7484/08 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(3) 305, פס' 11 לפסק הדין של השופטת נאור (2009)).

¹²⁹ פרשת **בקשי דורון**, לעיל ה"ש 54, בפס' 16 לפסק הדין של השופט הנדל.

¹³⁰ בהתאם לסי' 170 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

¹³¹ שהרי שאלות דינוניות הנוגעות לפרוצדורה, לכאורה, אינן נוגעות לשאלת האחריות בפלילים (שאז מניח וביה תחול ההוראה הנוגעת לנפקותו של הספק הסביר). פרשת **בקשי דורון**, לעיל ה"ש 54, בפס' 19 לפסק הדין של השופט הנדל (כן ראו ההפניות שם).

¹³² שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופט הנדל.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אומנם, ניתן לומר שבין שאלת בגירותו של הנאשם לבין אחריותו למעשים המיוחסים אין ולא כלום. דהיינו, לכאורה, ניתן לסווג את שאלת הבגירות כשאלה דיונית. עם זאת, כפי שראינו קודם, לשאלה אם עסקינן בנאשם בגיר או קטין יש השלכות הרות גורל על ההליך הפלילי שיתנהל, ולכן לא ניתן לומר ששאלה זו היא פרוצדורלית גרידא. הסוגיה הנדונה קשורה בקשר בל יינתק לזכויות היתר שלהן יהיה זכאי הנאשם אם ייקבע שהוא קטין ולמעשה היא נוגעת לזכות למשפט הוגן. רוצה לומר, אם ניישם את הפסיקה של בית המשפט העליון בנדון (בייחוד **בפרשת בקשי דורון**), אזי על אף ששאלת הבגירות אינה נוגעת לשאלת האחריות למעשים – עדיין יש לראות את הסוגיה כמהותית. לכן, על בית המשפט שלפניו הנאשם מעורר את הסוגיה שומה יהיה לקבוע שהנאשם הוא קטין, אם האחרון עורר ספק סביר בשאלה זו. חיזוק מסוים לטענה האמורה, על דרך ההיקש, אף ניתן למצוא בהוראת סעיף 40(ג) לחוק העונשין. שם נקבע כי על מנת שבית המשפט יקבע שהתקיימה נסיבה מחמירה הנוגעת לביצוע העבירה – על המאשימה להוכיח את התקיימותה ברמה של מעבר לספק סביר.¹³³ בקביעת הוראה זו המחוקק גילה את דעתו שלפיה לא רק בעניינים הנוגעים לאחריות לעצם ביצוע העבירה על המאשימה לעמוד ברף הוכחה של מעבר לספק סביר.

כללם של הדברים עד כה, בהינתן שני העקרונות של דיני העונשין אשר נסקרו לעיל, הוא כי הגישה הפרשנית השנייה לסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית היא המתאימה יותר לדין הפלילי. ראשית, הגישה הפרשנית השנייה היא שמקילה יותר עם הנאשם, בכך שהיא למעשה "מצעירה" אותו בשנה אחת.¹³⁴ שנית, כאשר ידועה רק שנת לידתו הלוועזית של הנאשם, וכיוון ששנה קלנדרית לוועזית אחת חופפת לשתי שנים עבריות – אזי באופן אינהרנטי עולה ספק באיזו משתי השנים העבריות נולד הנאשם. ספק זה אמור לפעול לטובת הנאשם. אי לכך, יש לראות בנאשם כמי שנולד בשנה העברית המאוחרת.

בשלב זה נדגיש כי הדברים האמורים מתייחסים למצבים שבהם ידועה שנת הלידה הלוועזית בלבד של הנאשם וכאשר אין בידינו ראיות אחרות להוכחת גילו המדויק, כגון מסמכים או עדים. אולם, מקום שבו ידוע החודש שבו נולד האדם, בין אם הלוועזי ובין אם העברי, הרי שאז לשונו של סעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית היא ברורה: יש לראות בו כמי שנולד ביום החמישה עשר של אותו החודש. רוצה לומר, מקום שבו ידוע חודש לידתו של הנאשם, איננו נדרשים לבחירה בין שתי הגישות הפרשניות השונות, שאינן מתייחסות למצב מעין זה. בנוסף, וכפי שכבר צוין קודם לכן, ייתכנו גם מצבים שבהם לא יהיה ידוע מועד לידתו של אדם כלל, ואף לא השנה (הלוועזית או העברית) שבה הוא נולד. חוק הכשרות המשפטית אינו נותן מענה למצבים כגון דא, וגם מאמר זה אינו בא לפתור את הקושי שמתעורר במקרים האמורים.¹³⁵

משאמרנו כל זאת, עדיין עומדת בעינה השאלה: האם בהינתן העקרונות של דיני העונשין, ניתן להחיל על נאשם בפלילים את חזקת הגיל הקבועה בסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית, כפי שחזקה

¹³³ למשל, התכנון שקדם לעבירה, הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה או הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או של יחסיו עם נפגע העבירה.

¹³⁴ לעיתים עולה הצורך בעיון מחודש במושכלות יסוד ובחינת הצורך ברכישת כלים משפטיים מסוג חדש. ראו לעניין זה, דורון **מנשה התיאוריה של דיני הראיות** 7-8 (גיא סנדר עורך 2017); דורון **מנשה התיאוריה של דיני הראיות** 67 (גיא סנדר עורך 2017); דורון **מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר במשפט הפלילי** 99 (2017).

¹³⁵ עם זאת, נעיר כי כאשר בית משפט הדין בפלילים נתקל במקרים שבהם לא ידוע מועד לידתו של הנאשם כלל, ושאלת קטינותו נתונה בספק, יהיה על השופט לנסות ולהידרש ביתר שאת לכללי הראיות "הרגילים" ולתור אחר ראיות אפשריות בשאלה הנדונה (מסמכים, עדים וכיוצא באלה). ממילא יוזכר כי הנטל הראשוני לעורר את שאלת התקיימותו של הספק בשאלת הקטינות מוטל על הנאשם עצמו. מצב כגון זה, מטבע הדברים, יתמרץ את ההגנה לאתר ראיות רלוונטיות.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

זו מפורשת לפי הגישה הפרשנית השנייה? נראה שהתשובה לשאלה האמורה היא בשלילה. שכן, קביעת חזקה שלפיה נאשם שידועה שנת הלידה שלו בלבד נולד בחודש השביעי של אותה שנה (ניסן) אינה עולה בקנה אחד עם "כלל הפרשנות המקילה על הנאשם" ועם עקרון "הספק הסביר". בדומה, הדברים צריכים להיאמר בנוגע לקביעה שלפיה אדם שידוע חודש לידתו בלבד, יש לראות בו כמי שנולד ביום החמישה עשר של אותו החודש. ודוק, אומנם החלת הגישה הפרשנית השנייה על נאשם שידועה שנת לידתו הלועזית בלבד תעשה עימו חסד, שכן יהיה בדבר כדי "להצעיר" אותו. עם זאת, ועל אף סבירותה של גישה פרשנית זו, נדמה כי זו חוטאת לאמת בצורה מובהקת באופן שבסופו של יום קשה ליישבה עם השכל הישר (למשל, כמו בדוגמה שהובאה לעיל, קשה לראות איך בשל קונסטרוקציה משפטית נראה באדם שידוע שנולד ב־2020 כמי שנולד ב־2021).

כאן המקום להדגיש כי הפתרון שמאמר זה מנסה להציע כפי שיפורט בפרק הבא יבקש להיוותר מנותק מקונסטרוקציות משפטיות ומפרשנויות סבוכות ומסורבלות. ברוח זו, אין בפתרון שיוצע משום ניסיון לפרש בדרך זו או אחרת את סעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית או ליישם בתוכו גישה פרשנית מסוימת לסעיף האמור. חלף האמור, הפתרון המוצע מבקש ליישם את עקרונות הדין הפלילי ויציע לקבוע חזקת גיל בפלילים, שמנותקת לחלוטין מחזקת הגיל הקבועה בסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית או בכל חוק אחר מהתחום האזרחי.

ה. חקיקה נוספת מהתחום האזרחי במשפט הישראלי ובמשפט הזר וכלים "מדעיים" לקביעת גיל

לאחר שעמדתי בהרחבה על הוראות סעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית, בפרק זה אנתח חוקים שונים מתחום המשפט האזרחי שבהם עוסק המחוקק בסוגיות של קביעת גיל ואבחן אם ניתן להקיש מחוקים אלה גם לדין הפלילי; כמו כן, אעמוד על הכללים הנוהגים בסוגיה זו בשיטות משפט זרות; וכן אעמוד על טיבן של השיטות הרפואיות לקביעת גיל ואציג את יתרונותיהן וחסרונותיהן.

1. חקיקה ישראלית מתחום המשפט האזרחי

בסעיף 1 לחוק הנוער נקבע כי "קטין" הוא "מי שטרם מלאו לו שמונה עשרה שנים, ולעניין חשוד ונאשם לרבות בגיר שביום הגשת כתב האישום נגדו לא מלאו לו שמונה עשרה שנה." בסעיף 16 לחוק הנוער נקבע כי "כתב אישום נגד קטין יציין, במידה שהדבר ניתן לבירור, את תאריך לידתו של הקטין." חוק הנוער עוסק רובו ככולו בקטינים ומקנה חשיבות רבה לשאלת הקטינות במשפט הפלילי. לכן, היה זה אך סביר לצפות שחוק הנוער ייתן מענה לשאלה כיצד לקבוע את גילו של נאשם שקיים ספק בנוגע לגילו בכלל, ובנוגע להיותו קטין בפרט. עם זאת, לא זו בלבד שחוק הנוער אינו נותן מענה לסוגיה זו, אלא שגם הדין הפלילי בכללותו שותק בעניין זה. לפיכך, נשאלת השאלה: האם ניתן למצוא מזור לקושי זה בחוקים מתחום המשפט האזרחי שיהלום את עקרונות המשפט הפלילי?

חוק קביעת גיל, התשכ"ד–1963 (להלן: **חוק קביעת גיל**) נועד לאפשר לאדם להגיש בקשה לקביעה או שינוי של גילו. בסעיף 1 לחוק נקבע כי "**הסמכות ליתן פסק דין הצהרתי בבקשה לקביעת גילו**

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

של אדם, תהיה בידי בית המשפט לענייני משפחה.¹³⁶ בהמשך, סעיף 4 קובע כי **"בדונו בקביעת גיל או בשינוי קביעת גיל לפי חוק זה רשאי בית המשפט לסטות מזדני הראיות אם, מטעמים שירשום, ראה לעשות כן לשם גילוי האמת.**" בהתאם, המבקש לקבוע או לשנות את גילו או את גילו של אדם אחר מביא את ראיותיו לפני בית המשפט, ואילו הצד שכנגד (היועמ"ש או אדם אחר) מביא את ראיותיו שלו. לבסוף, השופט היושב בדן קובע או משנה את גילו של המבקש, או דוחה את הבקשה.¹³⁷ חוק קביעת גיל אינו קובע חזקות הנוגעות לגילו של אדם, אלא מעניק לבית המשפט לענייני משפחה את הסמכות לקבוע או לשנות את גילו של אדם.¹³⁸ דהיינו, אין בחוק זה כלים שיוכלו לסייע במקרים של עמימות הנוגעת לגיל במסגרת משפט פלילי.

מעניין לציין כי סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 (להלן: **חוק בתי המשפט**) מעניק לבתי המשפט "סמכות נגררת", קרי, סמכות להכריע בשאלה שהתעוררה בדרך אגב ואשר דרושה לבריור העניין – גם אם ההכרעה באותה שאלה מצויה בסמכותו הייחודית של בית משפט או בית דין אחר.¹³⁹ לפיכך, יוצא כי גם לבית משפט הדין בפלילים ישנה הסמכות לקבוע את גילו של אדם כאשר בדרך אגבית מתעוררת שאלה בעניין זה וההכרעה בשאלת הגיל נחוצה לצורך הכרעה בעניין שנדון לפניו. החלטה שמתקבלת מכוח "סמכות נגררת" תהווה "מעשה בית דין" לצורך אותו עניין ותחייב את הצדדים בהתדיינויות נוספות בערכאות אחרות, אם תהיינה כאלו, אך היא אינה מחייבת את בית המשפט שלו נתונה הסמכות הייחודית להכריע באותה שאלה. אם תתקבל החלטה בעניין על ידי בית המשפט בעל הסמכות הייחודית, או אז החלטתו תחייב את הערכאות האחרות שקודם לכן החליטו בשאלה מכוח הסמכות שבגררא.¹⁴⁰

גם בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995 (להלן: **חוק הביטוח הלאומי**) יש הוראות שנוגעות לקביעת גיל של אדם שמועד לידתו המדויק אינו ידוע. כך, סעיף 385(א) לחוק זה קובע כי **"לא הוכח יום לידתו של אדם, חזקה עליו, לעניין חוק זה, שנולד בחמישה עשר לחודש לידתו, ואם לא הוכח החודש – חזקה כאמור שנולד באחד באפריל של שנת לידתו.**" לצד אלה, ייאמר כי תכליתו של חוק הביטוח הלאומי היא סוציאלית בעיקרה, ונועדה להבטיח תשלום קצבאות וגמלאות מסוגים שונים לתושבי המדינה שעומדים בתנאים שנקבעו לכך;¹⁴¹ וכי הסעיף המאוזכר לעיל, וחזקת הגיל הקבועה בו, נועד ליתן מענה בעניינים הנוגעים לביטוח הלאומי **בלבד** (כגון בירור זכאות לקצבת נידות, תביעות לקצבת אזרח ותיק וכיוצא באלה). כך או כך, החזקות הקבועות בסעיף שלפיהן יש לראות באדם כאילו נולד בחמישה עשר בחודש (כאשר לא ידוע יום לידתו) או באחד באפריל (כאשר ידועה שנת לידתו בלבד) – אומנם, בממוצע, מיטיבות עם האזרח לצורך קבלת

¹³⁶ כל ההדגשות במאמר זה הן של המחברת, אלא אם צוין אחרת.

¹³⁷ ראו בעניין זה, למשל, ת"ג (חי') 18-11-63475 ר' ש' נ' **פרקליטות מחוז חיפה** (נבו 18.07.2019); ת"ג (ת"א) 29968-08-18 **פלוגי נ' משרד הפנים – היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 19.2.2019).

¹³⁸ יוער, כי בהתאם לס' 2 לחוק קביעת גיל – משעה שבית משפט לענייני משפחה קבע את גילו של אדם, הרי שהסמכות לשנות קביעה זו תהא נתונה בידי בית משפט השלום.

¹³⁹ להרחבה בנושא "הסמכות הנגררת" בס' 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, ראו למשל, אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** כרך א' 123–125 (מהדורה שלוש עשרה 2020); בע"א 10112/03 **פת נ' קטלן-אסן**, פס' 24 לפסק הדין של השופטת נאור (נבו 4.10.2009) (להלן: פרשת פת).

¹⁴⁰ ראו למשל, פרשת פת, לעיל ה"ש 139; דנ"א 1099/13 **מדינת ישראל נ' אבו פריח**, פס' 13 לפסק הדין של השופט גרוניס (נבו 12.4.2015); ע"א 153/71 **יורשי המנוחה אני אלטשולר נ' בנינים ברחוב אלנבי בתל-אביב בע"מ**, פ"ד כו(1) 693, 697–698 (1972).

¹⁴¹ ראו למשל, בג"ץ 2209/13 **פלוגי נ' בית הדין הארצי לעבודה** (נבו 25.11.2014).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

קצבה (בהשוואה למוצע של סוף יוני),¹⁴² אך אינן מתיישבות עם "כלל הפרשנות המקילה בפלילים".¹⁴³

אשר לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1985 (להלן: **חוק שירות ביטחון**), תכליתו לעגן את החובה לשרת בצבא וכן ליתן בידי רשויות הביטחון כלים לגיוס אזרחים לשורות הצבא תוך מניעת השתמטות מגיוס.¹⁴⁴ בסעיף 3(ב) לתוספת לחוק, שכותרתו "**סמכות הפוקד לקביעת גיל**", נכתב כי "**אדם שברי שומי מרשם האוכלוסין לגביו לא נרשם החודש שבו נולד, או שנצטווה מכוח חוק זה למסור ראיות בדבר גילו, ולא הוכיח להנחת דעתו של פוקד את החודש שבו נולד, יורה הפוקד בכתב לנהוג כאילו נולד בחודש הראשון של השנה שבה נולד.**" כלומר, מטרת הסעיף להעניק סמכות לפוקד לקבוע חזקה בדבר מועד לידתו של אדם, לצורך בחינת הקריאה בצו לכל מיועד לשירות ביטחון או לצבא. החזקה הקבועה בסעיף היא חזקה מחמירה שבאה "להעניש" את האזרח בגין כך שלא המציא ראיות באשר לגילו המדויק. ברי כי חזקה כזו אינה יכולה להתיישב עם "כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם", ולא יהיה זה הולם להחילה בדין הפלילי.¹⁴⁵

הינה כי כן, ראינו שאין בחוקים השונים מתחום המשפט האזרחי כדי לתת מענה הולם או להציע "חזקת גיל" שניתן יהיה להחילה בדין הפלילי כאשר מועד לידתו המדויק של הנאשם אינו ידוע. שכן, כפי שנוכחנו, אומנם מדובר בחוקים שקובעים חזקות גיל שונות, אך אלו נועדו לעניינים ייחודיים וספציפיים שבהם עוסקים אותם חוקים. ממילא, חזקות אלו עלולות להחמיר בפריזמה של המשפט הפלילי את מצבם של אלה שעליהם הן מוחלות, ומכאן שהן אינן עלולות בקנה אחד עם "כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם" ועם עקרון "הספק הסביר".

2. בחינת המצב הנוהג בשיטות משפט זרות

הגירה אינה תופעה חדשה, ונוכח השינויים הגאופוליטיים השונים שאירעו בשנים האחרונות, בעיקר באזור המזרח התיכון וצפון אפריקה – הרי שזו הלכה וצברה תאוצה, והדבר מורגש בעיקר במדינות אירופה השונות.¹⁴⁶ סקירת הדין בשיטות המשפט הזרות מעלה כי גם שם, בדומה לישראל, לשאלת הקטינות עשויה להיות השפעה מכרעת על גורלו של המהגר, מבקש המקלט או המסתנן (למען הנוחות, בחלק זה נכנה קבוצות אלה "**מהגרים**"). השפעה זו באה לידי ביטוי לא רק במשפט הפלילי ודיני העונשין, אלא (ואולי בעיקר) בגדרי המשפט המנהלי והסוציאלי. גילו של המהגר יכול לשחק תפקיד מכריע בשאלת הזכויות שלהן הוא יהיה זכאי במדינה הקולטת.¹⁴⁷ למשל, באיחוד האירופי מהגרים קטינים זוכים להטבות משמעותיות, כגון הקלות פרוצדורליות בקבלת מקלט,

¹⁴² בהנחה שמחצית האנשים נולדו עד סוף חודש יוני, ואילו מחציתם השנייה נולדו החל מחודש יולי ואילך – הרי שקביעת חזקה שלפיה האדם נולד באחד באפריל, במוצע, "מבגרת" אותו; ובכך מקדימה את המועד שממנו ואילך, למשל, הוא יהיה זכאי ליהנות מקצבת אזרח ותיק.

¹⁴³ שכן, למשל, אדם שידועה רק שנת לידתו הלוועזית, ואשר בפועל נולד בדצמבר של אותה שנה, הרי שהחלת החזקה עליו עלולה להחמיר את מצבו, כך שבמקרי גבול – אנו נראה בו כבגיר.

¹⁴⁴ ראו למשל ע' (יבד"ץ) 21/13 **התובע הצבאי הראשי נ' דהן**, (נבו 19.5.2013); בג"ץ 1532/00 **דה ברמקר נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(2) 297 (2000); ע"מ (יבד"ץ) 54/17 **י' ו' נ' התובע הצבאי הראשי**, (נבו 17.8.2017).

¹⁴⁵ גם כאן, הקביעה שלפיה האדם נולד בחודש הראשון של השנה שבה נולד מחמירה למעשה את מצבו המשפטי כאשר עסקינן בשאלות של קטינות.

¹⁴⁶ ראו למשל, Noll, לעיל ה"ש 3, בעמ' 234.

¹⁴⁷ Mona Aviat, *Bone Testing for Migrants' Age Assessment: Evaluation of the European Practice Pursuant to the Standard of Proof Set by Union Law and the Supervisory Bodies of the Council of Europe*, 11 AMSTERDAM L. FORUM 42 (2019) (להלן: **Aviat Bone, Testing for Migrants' Age Assessment**).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הגנה מפני העברה למדינה אחרת באיחוד ועוד.¹⁴⁸ באנגליה החוק מחייב את הרשויות המקומיות להגן על "קטינים נזקקים" ולדאוג לרווחתם ("Children who are in need").¹⁴⁹ הוראה מחייבת זו חלה גם על קטינים שהגיעו זה עתה לגבולות אנגליה וגם אם הם נעדרי מעמד חוקי.¹⁵⁰

פעמים רבות המהגרים מגיעים ללא מסמכים מזהים או ממדינות שאינן מנהלות מרשמי אוכלוסין סדורים. על כן, לא אחת נתקלות הרשויות במדינות הזרות במקרים שבהם הגיל המדויק של חלק מהמהגרים אינו ידוע.¹⁵¹ בשל ההשלכות המשמעותיות שיש לשאלת הגיל בכלל, ולשאלת הקטינות בפרט – הן בפן של דיני העונשין;¹⁵² הן בפן המנהלי;¹⁵³ והן בפן הסוציאלי – נדרשו המדינות השונות לקבוע כללים ולהתוות לעצמן דרך לקבוע את גילם של מהגרים שמועד לידתם המדויק אינו ידוע.

באנגליה נקבעו ב-2003 הכללים המנחים לקביעת גיל בפסיקת בית המשפט בעניין **מרטון** (Merton).¹⁵⁴ שם, דובר בתובע מהגר יליד חוף השנהב שעם הגעתו לאי הבריטי טען כי הוא בן 17. לא היו בידיו מסמכים או ראיות אחרות כלשהן שהיה בהם כדי להוכיח את מועד לידתו המדויק. וכך, על בסיס ריאיון של 45 דקות עם עובדת סוציאלית ממשד הרווחה (שתורגם באופן טלפוני מצרפתית), קבעו הרשויות שהתובע בן 18 (העובדת הסוציאלית בחנה את הופעתו החיצונית של התובע ועל בסיס זה החליטה כי הוא מבוגר בהרבה מגיל 17. בהחלטתה צוין כי התובע התנהג בצורה בוגרת והיה בעל ביטחון עצמי, מה שלא אופייני לקטינים. מעבר לכך, ההחלטה לא נומקה). פירוש הדבר שהתובע אינו קטין, ולכן ייחשב כ"מחפש מקלט",¹⁵⁵ והרשויות לא תהיינה מחויבות לדאוג לצרכיו.¹⁵⁶ העניין הגיע עד לפתחו של בית המשפט האנגלי העליון לעניינים מנהליים.¹⁵⁷ שם, כיוון שעד אז לא היו פרוצדורה סדורה או כללים סטטוטוריים מנחים לקביעת גיל, שני הצדדים עתרו בבקשה לקבוע כללים בסוגיה הנדונה.

בית המשפט ציין כי כאשר עסקינן באנשים שגילם סובב סביב גיל 18, אין כל אמצעי (בין אם רפואי ובין אם אחר) לקבוע אם אותו אדם חצה את גיל 18 אם לאו, ולכן אין להסתייע במבדקים רפואיים לצורך קביעת גיל. כן צוין, כי הקושי האמור מתעצם מקום שבו מדובר באנשים שמגיעים ממדינה שונה ובעלי רקע תרבותי ומוצא אתני שונים. נקבע כי רק במקרים שבהם ברור לכול ובצורה מובהקת שהאדם הוא מעל גיל 18, לא יידרש בירור מעמיק בשאלת היותו קטין. אולם, כאשר לא מדובר במקרים מובהקים, אין לקבל החלטות בעניין זה על בסיס הופעה חיצונית בלבד. חלף כך, יש לנסות לברר פרטים כלליים בדבר הרקע של אותו אדם, נסיבותיו המשפחתיות וההיסטוריות,

¹⁴⁸ שם, בעמ' 234–235.

¹⁴⁹ Children Act 1989, c. 41, § 17(1)(a). הסעיף קובע כך: "It shall be the general duty of every Local

Authority to safeguard and promote the welfare of children within their area who are in need

¹⁵⁰ Sandra Bruce, *Guidance Document: Age Assessment UASC*, Rochdale Borough Council 4 (2016).

¹⁵¹ NoH, לעיל ה"ש 3, בעמ' 237.

¹⁵² לשם הדוגמה נציין שבאיטליה, למשל, אדם אינו נושא באחריות בפלילים עד הגיעו לגיל 14. כמו כן, קטין שטרם מלאו לו 18 יישפט כקטין, ולא כבגיר. ראו בעניין זה **Applicability of Greulich and Pyle method for age**

assessment, לעיל ה"ש 75, בעמ' 411.

¹⁵³ בארצות הברית, למשל, ההנחיות של המשרד ליישוב מחודש של פליטים (Office Of Refugee Resettlement) קובעות כי קטין עד גיל 18 שנמצא בשטח ארצות הברית ללא ליווי של מבוגר, ניתן להחזיקו רק במקומות שהולמים את גילו ואשר יש בהם כדי להבטיח את רווחתו ושלומו. ראו: **Children Entering the United States Unaccompanied**:

Section 1, §1.2 (להלן: **DHH policy, Children Entering the United States Unaccompanied**).

¹⁵⁴ R (on the application of B) v. London Borough of Merton [2003] AC 881 (QBD) (appeal taken from

Eng.) (להלן: עניין **מרטון**).

¹⁵⁵ Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, c. 41.

¹⁵⁶ Children Act 1989, c. 41, § 17(1)(a).

¹⁵⁷ High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הרקע החינוכי שלו, מעשיו בשנים האחרונות וכיוצא באלה. בכל מקרה, אין להטיל את חובת ההוכחה על האדם הטוען לגילו, ועל הרשות ליתן נימוקים נאותים (Adequate Reasons) להחלטתה כל אימת שזו קובעת שהטוען שהוא קטין אינו כזה.¹⁵⁸ הכללים שנקבעו **בעניין מרטון** אומצו ברבות השנים בפסיקה המאוחרת באנגליה.¹⁵⁹

באיחוד האירופי, בניגוד לדין האנגלי, קובעת דירקטיבה מס' 2013/32/EU כי כל אימת שעולה ספק בנוגע לקטינותו של מבקש המקלט, ניתן להפנותו לביצוע **בדיקות רפואיות** שנועדו לקביעת גיל.¹⁶⁰ כן נקבע כי אם גם לאחר ביצוע הבדיקות הרפואיות עדיין נותר ספק אם הנבדק הוא קטין, אזי ספק זה יפעל לטובת האחרון.¹⁶¹ הוראה זו עיגנה למעשה פרקטיקה שהייתה נהוגה באירופה במשך עשרות שנים.¹⁶² ההוראה האירופית אינה מפרשת אילו בדיקות רפואיות בדיוק יש לבצע, אך בפועל מדובר במנעד רחב של דיסציפלינות שבהן נעשה שימוש במקרים השונים: החל מבדיקה רפואית של רופא ילדים, שיבצע הערכה מקיפה על בסיס הבדיקה הגופנית וההיסטוריה הרפואית של הנבדק; עובר בבדיקת מנשך השיניים והדמיה של שיני הבינה; וכלה בבדיקות רדיולוגיות וצילומי רנטגן של מפרק כף היד ועצם הבריח.¹⁶³

בארצות הברית מורה החוק לשר הבריאות ושירותי האנוש (Secretary of Health and Human Services) לפתח, בהתייעצות עם המשרד לביטחון המולדת, הליך סדור לקביעת גיל של יחידים שנמצאים בסטטוס של מהגרים לא חוקיים.¹⁶⁴ בסעיף הרלוונטי נקבע כי ההליך צריך לכלול מגוון של אמצעים וראיות, ובהם יכולות להיות גם שיטות רדיולוגיות.¹⁶⁵ בהתאם, נקבע בסעיף 1.6.2 למדריך של משרד הבריאות ושירותי האנוש, שכותרתו "Instructions for Age Determinations", כי על מקבל החלטה באשר לגילו של אדם שטוען שהוא קטין להתחשב בראיות כגון: תעודת לידה או תעודת טבילה; רישומים רפואיים ורישומים מבית הספר; הצהרות של האדם עצמו או של אנשים שמכירים אותו; הצהרות של הוריו של האדם, אם ניתן לאתרם; מידע מרשויות ממשלתיות אחרות; ועוד.¹⁶⁶ כמו כן, במדריך צוין מפורשות כי מאחר שאף בדיקה רפואית אינה יכולה לקבוע את הגיל המדויק, על הרופא הבודק לקבוע אך ורק את **הסבירות** שהנבדק חצה את גיל 18.¹⁶⁷ עוד נקבע, כי רק אם הבדיקה הרפואית מלמדת שישנה סבירות גבוהה מ-75% שהנבדק בגיר, והדבר עולה בקנה אחד עם יתר הראיות ששוקללו, אזי ניתן יהיה להתייחס לנבדק כאל בגיר.¹⁶⁸

הינה כי כן, ראינו כי האופנים לקביעת גיל במקרים של ספק משתנים ממדינה למדינה. כך, בעוד באנגליה נאסר לשקול בעניין זה הופעה חיצונית או להשתמש בבדיקות רפואיות, במדינות אירופה

¹⁵⁸ בסופו של דבר, ובשים לב לכללים שנקבעו, בית המשפט קבע כי החלטת הרשות בטלה והורה לגורמים המוסמכים לשקול ולבחון מחדש את גילו של התובע.

¹⁵⁹ R. (on the application of BF (Eritrea)) v. Secretary of State for the Home Department, [2021] UKSC 38
¹⁶⁰ European Parliament and of the Council of the European Union, Directive 2013/32/EU of, 26 June 2013, Article 25(5)

¹⁶¹ שם.

¹⁶² **Aviat Bone, Testing for Migrants' Age Assessment**, לעיל ה"ש 147, בעמ' 42.

¹⁶³ **Noil**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 235.

¹⁶⁴ William Wilberforce Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2008, H.R. 7311 (ENR), Section 235(b)(4)

¹⁶⁵ שם.

¹⁶⁶ **DHH policy, Children Entering the United States Unaccompanied, section 1, §1.6.2.2**, לעיל ה"ש

¹⁵³

¹⁶⁷ שם, בס"ק 3.

¹⁶⁸ שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

עיקר המשקל בנושא הנדון מושם דווקא על מבדקים רפואיים. בארצות הברית, על בסיס בדיקות רפואיות ניתן לקבוע רק את הסבירות שהאדם חצה את גיל 18, ויש לשקלל את הממצאים של בדיקות אלה עם יתר הנתונים והראיות. זאת ועוד, כפי שראינו, ישנו גם שוני בין המדינות השונות בכל הנוגע לאופן שבו נקבעו ועוגנו הכללים לקביעת גיל. למשל, באנגליה הכללים נקבעו בפסיקת בתי המשפט; באיחוד האירופי אלו נקבעו בדירקטיבה של האיחוד; ואילו בארצות הברית, נקבעו הכללים במדריך פנימי של משרד הבריאות ושירותי האנוש.

נראה שיש קושי לאמץ פתרון משיטות המשפט שנסקרו לעיל לתוך הדין הפלילי הישראלי. בעניין זה, ראוי לציין כי באנגליה, מדינות אירופה וארצות הברית – נקבעו הכללים בגדרי **המשפט המנהלי**, ולא הפלילי.¹⁶⁹ לכן, ואף אם קביעת גיל על ידי הגורם המוסמך שם תחייב גם בחלק מהאספקטים המשפטיים האחרים,¹⁷⁰ הרי שעדיין כללים אלה אינם מתיישבים עם עקרונות דיני העונשין המקובלים. כך, את הדין האנגלי יקשה עלינו לאמץ, ולו ברמה הפרקטית, כיוון שברור שלא תמיד ניתן יהיה לברר פרטים כלליים בדבר הרקע של האדם ויתר נסיבותיו. אשר לאיחוד האירופי, משום שהכללים שם מבכרים את המבדקים הרפואיים, לא ניתן לאמצם לדין הפלילי שלנו. זאת, נוכח המגרעות הרבות שיש למבדקים אלה, כפי שיפורט בחלק הבא. לבסוף, גם את הכללים הנוהגים בארצות הברית לא ניתן לאמץ לדין הפלילי הישראלי, וגם זאת מהסיבה שניתן בהם חלק נכבד למבדקים רפואיים, וכיוון שדי שם בסבירות של 75% כדי לקבוע שאדם הוא בגיר, מה שכמובן אינו עולה בקנה אחד עם עקרון "הספק הסביר".

למעשה, ניתן להבחין כי בשיטות המשפט שלעיל נעשה ניסיון לקבוע את גילו של האדם על בסיס נתונים וממצאים עובדתיים. זאת, בין אם מדובר בבחינת הרקע של האדם ושאר המסמכים והראיות שקיימים ובין אם באמצעות מבדקים רפואיים. דא עקא, מטבע הדברים, ישנם מקרים שבהם לא ניתן לברר לאשורם את כל הנתונים העובדתיים, כל שכן, כאשר מדובר במהגרים שמגיעים ממדינות ללא רישומי אוכלוסין סדורים ומבלי שיש בידם מסמכים כלשהם. או אז, הלכה למעשה, תיסוג "האמת העובדתית" מפני "האמת המשפטית", שאותה יקבע בית המשפט.¹⁷¹ במצבים אלה, לא יהיה מנוס מלהשתמש בחזקות משפטיות אשר "**קובעות מה תהא 'האמת המשפטית' בנסיבות מסוימות, וזאת בידיעה שלא תמיד ישקף הדבר את האמת העובדתית**", אף בידיעה שלעיתים מדובר בפיקציה של ממש.¹⁷²

3. בחינת השיטות הרפואיות לקביעת גיל

כפי שראינו, במדינות שונות נעשה שימוש בכלים רפואיים לקביעת גיל. לפיכך, בהחלט יכולה להישמע הטענה כי בהינתן כלים אובייקטיביים, שלא לומר מדעיים, לקביעת גיל – אזי כלל לא ברור מדוע יש להידרש לקונסטרוקציות משפטיות שונות בעניין זה. דהיינו, אם מדע הרפואה יכול

¹⁶⁹ ויוער, הדוגמאות מהמשפט המשווה מתמקדות במשפט המנהלי כיוון שלא עלה בידי המחברת לאתר חקיקה או כללים רלוונטיים בתחום המשפט הפלילי של המדינות הנסקרות.

¹⁷⁰ למשל, באנגליה קביעה של משרד הרווחה שלפיה האדם הוא בגיר תבוא לידי ביטוי לא רק בשאלת הזכויות שאותן על הרשויות המקומיות לספק לו, אלא גם בשאלה אם ניתן לעוצרו, להסגירו למדינה אחרת וכיוצא באלה.

¹⁷¹ להרחבה על אודות "האמת העובדתית" ו"האמת המשפטית" ראו למשל: דני"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014), וההפניות שם (להלן: פרשת דיין); נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" **עיוני משפט** כד(2) 263 (2000).

¹⁷² פרשת דיין, לעיל ה"ש 171, בפס' 26 לפסק הדין של הנשיא גרוניס.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

על בסיס כמה מבדקים ותבחינים לקבוע את גילו המדויק של האדם, כי אז למה לנו לוותר על "האמת העובדתית" ולעשות שימוש בחזקות משפטיות שונות. אולם, נשאלת השאלה אם נכון להיום יש בכוחו של מדע הרפואה, על שלל הדיסציפלינות הכלולות בו, להעריך בצורה מדויקת את גילו של האדם.

תחילה, נסביר מהם אותם כלים רפואיים לקביעת גיל. מדובר בכמה דיסציפלינות מתחומים שונים של מדע הרפואה. ככל הנראה, התחום הנפוץ ביותר שבו נעשה שימוש לצורך קביעת גיל הוא שיטות הדמיה רדיולוגיות: צילומי רנטגן ומיפוי של עצמות של מפרק כף היד ושל עצם הבריח.¹⁷³ עם התקבל התוצאות, בדרך כלל, נערכת השוואה של העצמות שמופו לעצמות שצילומן מובא באטלס **Greulich-Pyle**.¹⁷⁴ הצילומים שבאטלס אמורים לייצג את ממוצע התפתחות העצמות בגילים השונים.¹⁷⁵ במקרים אחרים, נערכות בדיקות בתחום **הדנטלי**: בדיקת מנשך השיניים או צילום רנטגן של שיני הבינה והשוואתם לממוצע ההתפתחותי הידוע.¹⁷⁶ לבסוף, הערכת הגיל הביולוגי יכולה להיעשות גם באמצעות בדיקה גופנית בידי **רופא ילדים**, שיעריך את גילו של הנבדק בהתאם לגובהו, משקלו, סימני מין ועוד.¹⁷⁷ פעמים רבות, הערכת הגיל הביולוגי נעשית באמצעות שילוב בין שיטות אלו,¹⁷⁸ ולעיתים יצטרפו לבדיקות הפיזיות גם ראיונות עם עובדים סוציאליים ומבדקים פסיכולוגיים.¹⁷⁹

כיוון שמדובר בשיטות לקביעת גיל שנשמכות על מדע שנחשב כאמין ומהימן, ניתן היה לטעון שדי בכך כדי לקבוע את גילו הביולוגי של הנבדק, ומכאן שאין צורך בקונסטרוקציות משפטיות מורכבות שלא בהכרח משקפות את האמת העובדתית. אלא מאי, לא בכדי כפי שראינו, בשיטות משפט שונות נקבע מפורשות כי אין להתבסס על מבדקים רפואיים לצורך קביעת גיל. הדבר מגיע מתוך ההבנה שלפיה טווחי הטעות ומתחמי הסטייה בבדיקות מעין אלה גדולים מאוד ונמדדים בשנים,¹⁸⁰ וכי כיום אין ולו בדיקה אחת – פיזית, רדיולוגית, דנטלית או אחרת – שממצאה יכולים ללמד בצורה מדויקת, או למצער בסטייה מינימלית שיכולה להתקבל על הדעת, על אודות גילו של הנבדק.¹⁸¹ ובמה דברים אמורים?

ראשית, בכל הנוגע להסתמכות על קצב התפתחות עצמותיו או שינוי של הנבדק ביחס לממוצע ההתפתחותי הידוע – כיום מקובלת ההנחה שלפיה השלד והשיניים בחלקים השונים של הגלגובוס

¹⁷³ בכל הנוגע לבדיקות הרפואיות לשם קביעת גיל ביולוגי אשר נעשות בארץ, ראו **נוהל הערכת גיל ביולוגי של בני נוער וצעירים**, לעיל ה"ש 76.

¹⁷⁴ בכל הנוגע לאטלס **Greulich-Pyle**, ראו לעיל ה"ש 3; **Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment**, לעיל ה"ש 75.

¹⁷⁵ "קביעת גיל עצמות של אדם לבקשת המדינה" (ההסתדרות הרפואית בישראל 2012) (להלן: **ההסתדרות הרפואית בישראל**) - [Hyperlink Removed](#).

¹⁷⁶ Serinelli S, Panebianco V, Martino M, Battisti S, Rodacki K, Marinelli E, Zaccagna F, Semelka RC, Tomei E. *Accuracy of MRI Skeletal Age Estimation for Subjects 12–19. Potential Use for Subjects of Unknown Age*. Int J Legal Med. 2015 May; 129(3). (להלן: **Accuracy of MRI Skeletal Age Estimation**).

¹⁷⁷ **נוהל הערכת גיל ביולוגי של בני נוער וצעירים**, לעיל ה"ש 76; **נייר עמדה של ההסתדרות הרפואית בישראל**, לעיל ה"ש 175.

¹⁷⁸ **נוהל הערכת גיל ביולוגי של בני נוער וצעירים**, שם.

¹⁷⁹ Noll, לעיל ה"ש 3, בעמ' 236.

¹⁸⁰ **Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment**, לעיל ה"ש 75.

¹⁸¹ [28]–[32] (Admin) [2011] EWHC 1477 (Admin) (R (on the application of Y) v. London Borough of Hillingdon) (Eng.). (להלן: **Hillingdon**). שם, צוין כי בקרב קהילת רופאי השיניים ישנה הסכמה שאי-הדיוק של קביעת גיל על בסיס המשנן חורג מהנורמה המקובלת בבדיקות מדעיות.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אינם מתפתחים בקצב זהה.¹⁸² הדברים תלויים ונתונים להשפעה של הרגלי התזונה המקובלים במקום מוצאו של הנבדק, מצבו הבריאותי, תנאי המחיה שלו וכן המאפיינים הגנטיים הספציפיים של העדה שעימה הוא נמנה.¹⁸³ זאת ועוד, הממצאים הרפואיים שנשמכים על השוואת עצמותיו או שיניו של הנבדק עם הממוצע ההתפתחותי הידוע – אינם משקללים בתוכם את האפשרות שהנבדק עבר טראומה משמעותית בעבר. הדבר בתורו יכול להשפיע על קצב גדילתו והתפתחותו.¹⁸⁴ כך למשל, צילום הרנטגן של פרק כף היד נועד לבחון אם עדיין קיים שם "סחוס ההתבגרות" (Growth Cartilage), שכן זה אמור להיעלם באזור גיל ההתבגרות. ממצאי צילום הרנטגן מושווים לנתונים מתוך מאגר שנועד לדווח על עיכובים בהתפתחות, ואשר מבוסס על ממוצע הבדיקות של אוכלוסייה לבנה מצפון אמריקה.¹⁸⁵ אולם, כיום כבר ברור שקצב ההתפתחות והגיל שבו אמור להיעלם אותו "סחוס ההתבגרות" עשויים להשתנות בקרב העדות השונות.¹⁸⁶

זאת ועוד, שולי הטעות של המבדקים הרפואיים לקביעת גיל הם רחבים מאוד ונמדדים לא בחודשים, אלא בשנים. כך, במחקר שנערך באיטליה נמצא כי כאשר הגיל של הנבדקים בבדיקת מיפוי עצמות הוערך והועמד על 14 – גילם האמיתי של הנבדקים נע בין 12.2 ל-15.9 אצל בנים, ובין 12.6 ל-15.7 אצל בנות. כאשר גילו של הנבדק הוערך והועמד על 18 – הרי שבפועל נע גילם האמיתי של הנבדקים בין 15.6 ל-19.7 אצל בנים, ובין 16.2 ל-20 אצל בנות.¹⁸⁷ דברים דומים בנוגע לשולי טעות רחבים מאוד צריכים להיאמר גם בהתייחס לבדיקות דנטליות.¹⁸⁸ גם בישראל, בכל הנוגע להערכת גיל על בסיס צילומי רנטגן והשוואה לממוצע הגילים הידוע, קבעה ההסתדרות הרפואית כי "מדובר באמצעי אבחנה שאבד עליו הכלח אשר מהימנותו המדעית מפקפקת ביותר."¹⁸⁹

בשים לב לכל האמור לעיל, יוצא כי השיטות הרפואיות לקביעת גיל הן בעלות טווחי טעות רחבים ביותר ואינן מקובלות על מרבית הקהילה המדעית הפורנזית, כמו גם על הקהילה הרפואית. בשיטות משפט לא מעטות אסרו על שימוש במבדקים רפואיים לצורך קביעת גיל, בוודאי כאמצעי בלעדי, ולא בכדי.¹⁹⁰ ובענייננו, כיוון שאנחנו מדברים על הדין הפלילי, שם כל ספק אמור לפעול לטובתו של הנאשם – נדמה כי לא יכולה להישמע הטענה שלפיה ניתן להסתמך על מבדקים רפואיים כאלה או אחרים לשם קביעת גילו של הנאשם.

ו. הפתרון המוצע

לאור כל האמור עד כה, עולה נחיצות של ממש לקבוע הוראות בדין הפלילי אשר יהיה בהן כדי לספק פתרונות למצבים שבהם לא ידוע מועד לידתו המדויק של הנאשם. אשר לאופיין של ההוראות שתקבענה, שומה כי אלו יחסו תחת העקרונות המקובלים של דיני העונשין: "כלל הפרשנות

¹⁸² ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל הי"ש 175.

¹⁸³ Noll, לעיל הי"ש 3, בעמ' 243.

¹⁸⁴ Pervanidou, P., & Chrousos, G. P. (2012). *Metabolic Consequences of Stress During Childhood and Adolescence*. *Metabolism Clinical and Experimental*, 61(5).

¹⁸⁵ Aviat Bone, Testing for Migrants' Age Assessment, לעיל הי"ש 147, בעמ' 43; Noll, לעיל הי"ש 3, בעמ' 238.

¹⁸⁶ שם.

¹⁸⁷ Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment, לעיל הי"ש 75, בעמ' 410-411. המחקר נערך

על 484 איטלקים לבנים (125 בנות ו-359 בנים) בין הגילים 11 ל-20.

¹⁸⁸ Hillingdon, לעיל הי"ש 181.

¹⁸⁹ ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל הי"ש 175.

¹⁹⁰ כפי שהובהר בפרק העוסק במשפט המשווה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המקילה עם הנאשם" ו"עקרון הספק הסביר". לאמור, ההוראות והחזקה המשפטית שתוצע במסגרתן ילמדו כי כל אימת שיכולה לחול על המקרה קשת של אפשרויות – יש לבחור באפשרות המקילה ביותר עם הנאשם.

ודוק, בשים לב לעקרון החוקיות והחובה לנסח דברי חקיקה בדין הפלילי בצורה ברורה ושאינה משתמעת לשני פנים,¹⁹¹ לא יהיה זה נכון לנקוט דרך של פרשנות או להסתמך על קונסטרוקציות משפטיות פתלתלות לשם קביעת גילו של האדם שעומד לדין. בכך יש כדי להסביר מדוע לא יהיה זה נכון לאמץ את חזקת הגיל הקבועה בסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית, וזאת מעבר לעובדה שהחזקה דן אינה מעגנת בתוכה את האפשרות הסבירה המקילה ביותר עם הנאשם.

למען הסר ספק, ייאמר כי הפתרון המוצע והחזקה המשפטית שתקבע במסגרתו אין בהם כדי להסיג לאחור את דיני הראיות הרגילים. שכן חזקת הגיל בפלילים, כדרך של חזקות משפטיות, תהיה ניתנת להחלה רק כאשר לא יהיו בידי בית המשפט כלים ראייתיים אחרים להכריע במחלוקת, בדמות ראיות סטנדרטיות שבהן נעשה שימוש בשלל תחומי המשפט.

ובכן, בשים לב לכל האמור עד כה ובהינתן העובדה שלנאשם בפלילים (ולו ברוב המכריע של המקרים) ישנו אינטרס שיראו בו כמי שצעיר בגילו עד כמה שניתן, מוצע לקבוע בחוק העונשין סעיף תחת הכותרת "חזקת תאריך הלידה בדין הפלילי". במסגרת סעיף זה תיקבע חזקה שלפיה מקום שבו תאריך הלידה המדויק של הנאשם אינו ידוע, אלא רק השנה שבה הוא נולד, אזי יש לראות בו כמי שנולד ביום האחרון של אותה השנה: "ידועה שנת לידתו של נאשם ואין ידועים החודש והיום שבהם הוא נולד, יראו בו כמי שנולד ביום האחרון של אותה השנה."¹⁹² עוד ובדומה, מוצע לקבוע במסגרת הסעיף כי כאשר ידוע חודש לידתו של הנאשם, אך לא ידוע היום שבו הוא נולד – כי אז יש לראות בו כמי שנולד ביום האחרון של אותו החודש: "ידוע חודש לידתו של נאשם ואין ידוע היום שבו הוא נולד, יראו בו כמי שנולד ביום האחרון של אותו החודש."¹⁹³

יכולה לעלות טענה שלפיה חזקות אלו פועלות לטובת הנאשם בצורה מרחיקת לכת – כך שברוב המכריע של המקרים אדם שבפועל חצה את גיל 18, יישפט כקטין. בעניין זה ייאמר כי אכן, מטרתו של המשפט היא עשיית צדק באמצעות חתירה אחר האמת.¹⁹⁴ אולם, החיפוש אחר האמת אינו ערך בלעדי והוא עלול לסגת מפני השאיפה לשמור על ערכים ואינטרסים אחרים או מפני הרצון לקדם יעילות ומדיניות משפטית מסוימת.¹⁹⁵ לא בכדי באמצעות חזקות משפטיות וכללים שונים בית המשפט מונע מעצמו, במודע, מלהגיע לחקר האמת. למשל, באמצעות קביעת חסינות שנועדו

¹⁹¹ ראו הדין הנוגע לעקרון החוקיות.

¹⁹² ברי כי הוראה זו מתייחסת הן למצבים שבהם ידועה שנת לידתו הלוועזית של הנאשם, שאז יראו בו כמי שנולד ביום 31 בדצמבר של אותה שנה; והן למצבים שבהם ידועה שנת לידתו העברית של הנאשם, שאז יראו בו כמי שנולד ביום כ"ט באלול של אותה השנה. במקרים שבהם ידועות שנות הלידה הלוועזית והעברית גם יחד, אזי נדמה כי נכון יהיה לקבוע שיש לראות בנאשם כמי שנולד ביום האחרון של השנה הלוועזית או העברית, על פי המאוחר מביניהם. אם כן, יש להודות שקביעה מעין זו עומדת בניגוד מסוים לפסיקתו של בית המשפט העליון (שניתנה בדין יחיד) בפרשת פלוני 4418, לעיל ה"ש 96.

¹⁹³ גם כאן, מטבע הדברים, ההוראה מתייחסת הן למקרים שבהם ידוע חודש הלידה הלוועזי של הנאשם והן למקרים שבהם ידוע חודש הלידה העברי שלו.

¹⁹⁴ אהרון ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11 (התשנ"ו).

¹⁹⁵ זלצמן, לעיל ה"ש 171; ע"א 1354/92 היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, 745–746 (1994); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, פס' 43 לפסק הדין של המשנה לנשיא מצא (2005); למעשה, כפי שמציין יניב ואקי: "האמת המשפטית" אינה בהכרח דגם ושיקוף של האמת העובדתית אלא לכל היותר תוצר של נורמות וכללים, אשר ערך האמת אינו בהכרח נר לרגליהם ולא בהכרח החשוב או המכריע שבהם". ראו, ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בהליך הפלילי, לעיל ה"ש 11, עמ' 156–157.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לשמור על אינטרסים של ביטחון המדינה או הפרט, צנעת הפרט ועוד;¹⁹⁶ קביעת חזקת החפות שקובעת שאדם לא ייחשב כאשם כל עוד אשמתו לא הוכחה מעבר לספק סביר (אף אם הוא אכן אשם);¹⁹⁷ קביעת כללים של פסלות ראיות, כגון פסילת הודאה, שנועדו לשמור על זכויות אדם;¹⁹⁸ וכיוצא באלה. כך נוצר פער בין "האמת העובדתית" (הדברים כפי שקרו במציאות) לבין "האמת המשפטית" (העובדות כפי שבית המשפט קבע אותן), אלא שפער זה הוא מכוון ורצוי.¹⁹⁹ גם במקרה שלנו, בחזקות המוצעות יש משום "התפשרות" על האמת העובדתית, אלא שהדבר נעשה מטעמים ראויים: הרצון לוודא שלא נשפוט כבגיר אדם שבפועל עודנו קטין.

עוד יכול להיטען כי חזקות מעין אלו עלולות ליצור תמריץ אצל נאשמים (בייחוד אלו המגיעים לישראל ממדינות שלא מתנהל בהן מרשם אוכלוסין סדור) שלא לפעול כדי לאתר מסמכים שילמדו על אודות מועד הלידה שלהם, וייתכן שאף להסתירם כאשר הם ישנם. בעניין זה עלינו להזכיר כי בדרך כלל, הסיבה שגילו המדויק של נאשם כזה או אחר אינו ידוע אינה רובצת לפתחו של האחרון, ומכאן שאין "להעניש" אותו בגין כך. ממילא, אם יתברר כי היו בידי הנאשם ראיות שיכולות ללמד על אודות גילו, אך הוא נמנע מלהביא אותן – יוכל בית המשפט לזקוף זאת לחובתו בפן הראייתי.²⁰⁰

כללם של דברים, אני סבורה כי בכוחן של הוראות החוק המוצע והחזקות שמעוגנות בתוכן, כפי שהוצג לעיל, ליתן מענה הולם למקרים שבהם עולה ספק באשר לקטינותו של הנאשם. הוראות אלה מנוסחות בלשון ברורה ושאינה משתמעת לשני פנים; והחזקות שנקבעו מגשימות את העקרונות של דיני העונשין.

סוף דבר

במאמר זה הצבעתי על חֶסֶר משמעותי שקיים בדין הפלילי שאותו אני סבורה שיש למלא. ראינו כי לשאלת הגיל יכולה להיות חשיבות מכרעת, בייחוד אצל נאשמים שמצויים בקו התפר שבין קטינות לבגירות. הגם שכך, אין בדין הפלילי הוראת חוק שמסדירה כיצד לקבוע את גילו של אדם כאשר מועד לידתו המדויק אינו ידוע. בעייתיות זו אף מתעצמת בהביאנו בחשבון את העובדה שישראל היא מדינה שקולטת עלייה וכן את העובדה שמתגוררים בה עשרות אלפי מהגרי עבודה, מבקשי מקלט, מסתננים וכיוצא באלה.

אשר לאותם חוקים מתחום המשפט האזרחי, אין בהם כדי לסייע במקרים שבהם שאלת הגיל מתעוררת במשפט הפלילי. שכן, חוקים אלה נחקקו למטרה ספציפית וייחודית, שונה מהמטרות שאותן שואפים להגשים דיני העונשין. דברים אלה באו לידי ביטוי גם בכך שהחזקות שנקבעו

¹⁹⁶ סי' 44–51 לפקודת הראיות.

¹⁹⁷ סי' 34 לחוק העונשין; פרשת דין, לעיל הי"ש 171, בעמ' 273–274.

¹⁹⁸ ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 (2012); סי' 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט–1979.

¹⁹⁹ גם בעובדה ששיטת המשפט שלנו היא אדוורסרית יש כדי למנוע פעמים רבות את כניסתה של האמת אל המשפט. כלומר, בית המשפט מכריע על בסיס ראיות וטיעונים שהציגו לו בעלי הדין. על כן, אם בידי הצדדים לא היו די ראיות או במקרים שבהם הם נמנעו במכוון מלהציג חלק מהראיות – הרי שלא תיפרס לפני בית המשפט האמת העובדתית במלואה. ראו למשל: פרשת דין, לעיל הי"ש 171, בפס' 25 לפסק הדין של הנשיא גרוניס.

²⁰⁰ הדברים אמורים בהינתן הכלל הפסיקתי שלפיו אייבהבת ראייה שעשויה הייתה לאשש את גרסתו של הצד שנמנע מלהביאה – עלולה לחזק את גרסתו של הצד שכנגד (ראו למשל: ע"פ 548/78 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(1) 736, 760 (1980); ע"פ 5019/09 חליוה נ' מדינת ישראל (נבו) 20.8.2013; ע"פ 9809/08 לזרובסקי נ' מדינת ישראל (נבו) 25.11.2010; יובל ליבדרו נזק ראייתי במשפט הפלילי (2012)).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

באותם חוקים שונים אינן הולמות את עקרונות הדין הפלילי, ומכאן שלא ראוי להחילן על נאשמים. גם הפניית הזרקור לעבר שיטות משפט אחרות לא באמת היה בה כדי לסייע. זאת, הואיל ובחלקן ממילא אין בנמצא כללים מפורשים, ברורים ואחידים לקביעת הגיל; ובחלק האחר של המדינות נעשית קביעת הגיל במקרים של עמימות על בסיס בדיקות ומבדקים רפואיים. והרי הראינו כי דיוקן ומהימנותן של השיטות הרפואיות בעניינים של קביעת גיל מוטלים בספק.

אשר לחוק הכשרות המשפטית, הרי שחזקת הגיל שקבועה בו פורשה בפסיקה בשני אופנים שונים (הכוונה לאותם מקרים שבהם הייתה ידועה רק שנת הלידה הלועזית של האדם). בחינה של שתי הגישות הפרשניות השונות והשוואה בינן העלו כי בהתייחס לדין הפלילי – עדיפה הגישה הפרשנית השנייה, שבפועל "מצעירה" את הנאשם. עם זאת, גישה פרשנית שנייה זו אומנם נסמכת על פיקציה משפטית מקובלת, אך היא מאולצת במידה רבה ומביאה בסופו של יום לתוצאה שקשה ליישבה עם ההיגיון והשכל הישר. כמו כן, בחלק מהמקרים חזקה זו אינה מקיימת את עקרונות דיני העונשין, ובהם עקרון החוקיות ו"כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם" שנגזר ממנו ואשר קבוע בסעיף 34כא(א) לחוק העונשין; ועקרון "הספק הסביר" הקבוע בסעיף 34כב(א) לחוק העונשין.

לאור כל אלה, בסופו של המאמר הוצע פתרון ישים למקרים שבהם אנו נתקלים בנאשמים במשפט הפלילי שמועד לידתם המדויק אינו ידוע. הפתרון המוצע הוא, למעשה, קביעה של שתי הוראות חוק ייחודיות לדין הפלילי שמעגנות בתוכן חזקות לקביעת גיל במקרים של עמימות. שתי החזקות הללו עולות בקנה אחד עם סעיפים 34כא(א) ו-34כב(א) לחוק העונשין, ומכאן שהן עדיפות על החזקות האחרות שקבועות בחוקים מהתחום האזרחי או בסעיף 12 לחוק הכשרות המשפטית. בנוסף, שתי הוראות החוק המוצעות מנוסחות בצורה ברורה ושאינה ניתנת לפירוש באופנים שונים, וזאת בהתאם לעקרון החוקיות הנוהג במשפט הפלילי. אני תקווה כי במאמר זה יהיה כדי להביא את הסוגיה הנדונה לתוך סדרי העדיפויות של המחוקק.