

כן לא שחור לבן

על יסוד אי ההסכמה ושינוי הלבבות בעבירת האינוס

גיל סיגל וצחי דוידוביץ *

א. מבוא

1. הצגת שאלת המחקר
2. רקע על עבירת האינוס ויסוד אי ההסכמה

ב. בחינת הערכים המוגנים בבסיס עבירת האינוס

1. התפיסה החברתית באשר להגדרת הגבול בין יחסי מין לגיטימיים לאינוס
2. התפתחות ערך השוויון והחלתו על נשים
3. ריבונות האישה על גופה וכבודה
4. האוטונומיה של רצון האישה

ג. בחינת דרכי הביטוי של יסוד ההסכמה וההתפתחות שחלה בהם

1. המעבר מהדרישה ההיסטורית להתנגדות פיזית
 2. זניחת הדרישה לשימוש בכוח
 3. יסוד היעדר ההסכמה כיום
- א. סיכום השינויים המרחיבים את הגדרת עבירת האינוס
ב. האיזון המובנה בדרישה להוכיח את מודעות הנאשם
ג. סיכום ביניים, השינויים בעבירת האינוס והמעבר לפרדיגמת אונס על ידי מכר

ד. מיקום יסוד ההסכמה במישור הזמן – סוגיית "שינוי הלבבות"

1. רקע על יסוד ההסכמה במישור הזמן והסכמה "מכללא" לקיום יחסי מין
 2. התפתחות הדין בארץ בסוגיית שינוי הלבבות
- א. ביאור מושגי
ב. שינוי הלבבות בטרם המגע המיני
3. שינוי הלבבות לאחר המגע המיני
- א. ביאור מושגי
ב. פסק הדין של בית המשפט המחוזי
ג. פרשת פלוני בבית המשפט העליון
ד. ניתוח השיקולים שבבסיס הלכת פלוני
1. כללי – הערכים המוגנים בבסיס עבירת האינוס
 2. ביקורת ראייתית – הרשעת חסר והרשעת יתר
 3. ביקורת מהותית – חשש מפני הצרת עבירת האינוס
 4. לעבר הדין הראוי בישראל

ה. סיכום

א. מבוא

1. הצגת שאלת המחקר

"יסוד האי-הסכמה בהגדרתה של עבירת האינוס הוא יסוד הנושא תכונות אופי מיוחדות וייחודיות... מהיותו של יסוד האי-הסכמה מיוחד, צורך הוא אף טיפול ודין מיוחדים וייחודיים לו."¹

* סטודנטים למשפטים באוניברסיטת חיפה וחברי מערכת "הארץ דין".

ראובן ולא קיימו ביניהם יחסי אישות בהסכמה. בשלב מסוים במהלך קיום היחסים, חזרה בה לאה מהסכמתה מסיבה כלשהי ויידעה את ראובן על כך. ראובן לא שעה לדרישתה והמשיך בקיום היחסים. מה יהיה דינו של ראובן? שאלה זו עמדה במרכזו של פסד הדין בעניין **פלוני**.² בית המשפט העליון סמך ידו על המסכת העובדתית כפי שנתקבלה בבית המשפט המחוזי, אשר אימץ את גרסתו של המשיב לפיה עד לשלב מסוים לפני סיום האקט המיני הכול נעשה לרצון המתלוננת, מתוך הסכמה ושיתוף פעולה מצדה. בשלב מסוים הבין המשיב כי המתלוננת מבקשת ממנו להפסיק את המגע המיני, אך הוא לא מילא את בקשתה, הפעיל כוח בחדירה כי עמד להגיע לידי סיפוק ואכן המשיך עד שבא לידי סיפוק.³

על בסיס מסכת עובדתית זו, קבע בית המשפט המחוזי⁴ כי התנהגותו של המשיב, מאותו שלב שבו המתלוננת ביקשה ממנו שיחדל, מבססת כנגדו אשמה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין,⁵ כלומר מעשה מגונה, אך לא אונס. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, לא מדובר באונס משהובעה אי הסכמת המתלוננת לאחר החדירה.⁶ בית המשפט העליון הפך את ההחלטה, תוך שהוא קובע מסמרות בענין פרשנות יסוד הבעילה ויסוד אי ההסכמה בעבירת האינוס. בית המשפט קבע בהחלטה תקדימית בישראל⁷ כי אונס שתחילתו ברצון דינו כדין אונס⁸ ומקיים את כל היסודות העובדתיים הנדרשים להרשעה בעבירת האינוס.⁹ בכך הצטרף בית המשפט להחלטות דומות שניתנו בכמה מדינות בארצות הברית,¹⁰ בניו-זילנד¹¹ ובאנגליה.¹²

ברשימה זו נבקש לערוך בחינה ביקורתית של ההלכה שיצאה תחת ידו של בית המשפט העליון. כן נעמוד על מיקומו של יסוד אי ההסכמה על ציר הזמן במהלך האקט המיני בניסיון לברר אם אכן אונס שתחילתו בהסכמה דינו כדין אונס. כדי להשיב על שאלה זו נבקש לבחון שלוש מערכות של שיקולים. במערכת השיקולים הראשונה נבחן את

¹ ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302, 376 (1993). (פרשה זו מוכרת לרבים כפרשת האונס בשומרת, להלן: פרשת **בארי**). בחיבורנו אנו מתייחסים לעתים ליסוד היעדר ההסכמה כיסוד ההסכמה, לפי ההקשר הספציפי.

² ע"פ 7951/05 **מדינת ישראל נ' פלוני** (טרם פורסם, ניתן ביום 7.2.2007), להלן: פרשת **פלוני** או פסק הדין.

³ שם, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט גיוראן.

⁴ תפ"ח (נצ') 1032/03 **מדינת ישראל נ' פלוני** (טרם פורסם, ניתן ביום 25.5.2005).

⁵ חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

⁶ שם, סעיף 345 סיפא.

⁷ אורית קמיר "פסק דין חדש על אינוס – לא להיכנס לפאניקה" (2007), ניתן לצפייה ב- www.notes.co.il/orit. קמיר חולקת על חדשנות ההחלטה וטוענת כי זו הייתה ההלכה במקומותינו מאז ומתמיד.

⁸ פרשת **פלוני**, לעיל הערה 2.

⁹ שם, בפסקה 36 לפסק דינו של השופט גיוראן.

¹⁰ ראו לדוגמה הקביעה התקדימית של בית המשפט העליון בקליפורניה In re John Z. (2003) 29 Cal. 183 P.3d 756, 4th, בעמ' 763 (להלן: פרשת **John Z**). מחומר הראיות התברר כי יחסי המין בין הקטין לקטינה החלו בהסכמה וכי בשלב מסוים ביקשה הקטינה להפסיק את יחסי המין, אך הקטין השתמש בכוח כדי להמשיך בפועל.

¹¹ R. v. Kaitamaki [1980] 1 N.Z.L.R. 60.

¹² תיקון חקיקה באנגליה The Sexual Offences Act, 2003, § 79 (Eng.).

הערכים העומדים בבסיס עבירת האינוס. במערכת השיקולים השנייה נבקש להציג את ההתפתחות בתפיסה המשפטית של האופן שבו יש לבטא את יסוד אי ההסכמה שבעבירת האינוס. במערכת השיקולים השלישית נבקר את השיקולים שהציג בית המשפט העליון בדרכו לתוצאה ונציג את הקשיים המרכזיים בהלכה. נאמר כבר בשלב זה כי המשוואה "אונס שתחילתו ברצון דינו כדין אונס" מקובלת עלינו, אך מנקודה זו ואילך חולקים אנו על דרכו של בית המשפט מן הבחינה הראייתית בהוכחת מודעותו של הגבר לשינוי הלבבות ומהבחינה המהותית בגישה שלכאורה מורחבת ההגנה על נשים. עם זה, כפי שנראה בהמשך, מתעורר החשש כי למרות מאפייניה הייחודיים של סוגיית האונס שתחילתו ברצון, תביא ההלכה החדשה לידי חדירה מחדש של יסודות פוגעניים מנקודת ראותם של הקורבנות, אשר היו חלק מעבירת האונס בעבר ונדחו בעשורים האחרונים על ידי בתי המשפט והמחוקק.

2. רקע על עבירת האינוס ויסוד אי ההסכמה

עבירת האינוס הינה עבירה התנהגותית אשר יסודותיה העובדתיים (כהגדרתה בסעיף 345 [ג] לחוק העונשין)¹³ הם התנהגות של "בעילה" ושני רכיבים נסיבתיים: הבעילה צריכה להיות "של אישה" ושתיעשה "שלא בהסכמתה החופשית". סעיף 345 מגדיר את "הבועל" כמי ש"מחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה".

חומרת יתר נודעה לעבירת האינוס, בשל החדירה הפולשנית אל גוף האישה והסיכוי להיריון כפוי. בשל חומרת העבירה והרצון להגן על נשים מפני מבצעה, וכן בשל מורכבות המצבים סביבה, נדרשו בתי המשפט פעמים רבות למצבי קצה או מצבים גבוליים, בנוגע להיכללותם בתחומה של עבירת האינוס. בדונו בה נקט בית המשפט פרשנות מרחיבה באשר ליסוד הבעילה¹⁴ וכן בנוגע ליסוד אי ההסכמה. הביטוי "שלא בהסכמתה החופשית" עבר תהפוכות רבות עד לתוצרתו ופרשנותו הנוכחיות. אחד מהערכים המוגנים העומדים בבסיסה של עבירת האינוס הוא אוטונומיית האישה על גופה.¹⁵ בבסיסו מונחת הכרה חברתית שלפיה לאישה ישנה שליטה מלאה בגופה, כלפי כל אדם ובכל עת שמורה לה הזכות המלאה לסרב לקיים יחסי מין. הסכמתה לקיום יחסים צריכה להיות בלתי מותנית כדי שתעלה לכדי "הסכמה חופשית". על כן, יסוד זה של היעדר הסכמה חופשית הינו לב לבה של הגדרת העבירה.

¹³ חוק העונשין, לעיל הערה 5. נוסחו המקורי של סעיף 345 היה: "הבועל אישה, שאינה אשתו, נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באימו עליה במוות או בחבלת גוף קשה, או כשהיא בחוסר הכרה או במצב המונע את התנגדותה – דינו מאסר ארבע עשרה שנים." בשנת 1988 שונה סעיף 345 על ידי המחוקק בחוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62 וקבע: "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה, ואחת אם נעשו כלפי האישה או כלפי זולתה...". בשנת 2001 שונה הסעיף שוב – חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א-2001, ס"ח 1794 – ונקבע כי אדם מבצע אינוס אם הוא: "בועל אישה שלא בהסכמתה החופשית". עוד על תהפוכות הסעיף ראו צפורה האופטמן, "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות" **מעמד האישה בחברה ובמשפט** 196 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכים, 1995).

¹⁴ ראו ע"פ 5165/98 **דסה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 23.12.1998) לקביעה לפיה די במגע או בחדירה חלקית לאיבר המין של האישה וכי אין צורך בזקפה כדי לקיים את יסוד הבעילה, וכן בפרשת **בארי**, לעיל הערה 1, בפסקה 92 לפסק דינו של הנשיא שמגר (כתוארו אז).

¹⁵ ע" 117/05 **התובע הצבאי הראשי נ' זאהר** (לא פורסם, 29.9.2006), בפסקה 69 (להלן: פרשת **זאהר**).

ברבות השנים הייתה הקלה והגמשה בדרישה לביטוי של יסוד אי ההסכמה; התאמת פרשנות זו התבצעה בדרכי הביטוי של יסוד ההסכמה: החל במעבר לדרישה ההיסטורית להתנגדות פיזית, דרך זניחת השימוש בכוח וכלה בדרישה להבעת אי הסכמה. אך פרשנות זו כללה התפתחויות גם במיקומו של יסוד ההסכמה על ציר הזמן ביחסי בני הזוג, כלומר עד איזה שלב בהתקדמות היחסים האישיים והאינטימיים בין בני זוג מותר לה לאישה להביע אי הסכמה לקיום יחסי המין או שמא בשלב מסוים היא "נתפסת" בהסכמתה הראשונית.¹⁶ הסכמה או אי הסכמה שכזו לקיום יחסי המין כונתה בפסיקה בשם "שינוי לבבות".¹⁷

בפרק ב נעמוד על הערכים המוגנים שבבסיס עבירת האינוס. לאחר מכן, בפרק ג, נסקור את ההתפתחויות המרכזיות שחלו בהגדרת יסוד היעדר ההסכמה במישור המהותי ואת התמורות שחלו במישור הראייתי בנוגע לצורת ביטוי של היעדר ההסכמה. בפרק ד נבקש להתמקד במיקום יסוד היעדר ההסכמה על ציר הזמן. נשאל אם קיימת הסכמה מכללא לקיום יחסי מין, נבחר את משמעות הביטוי "שינוי לבבות" ונבחין בין שני סוגים של שינוי לבבות: הראשון, שינוי לבבות שקדם למגע המיני; והשני, שינוי לבבות שהתרחש במהלך המגע המיני שתחילתו בהסכמה. נתמקד בשינוי לבבות מהסוג השני ובבעיות שעולות בהתמודדות עמו תוך ניתוח ההלכה בפרשת **פלוני**. לאחר שננתח את הלכת **פלוני**, נציג את השיקולים המרכזיים בהתמודדות עם שינוי לבבות לאחר תחילת המגע המיני. לטעמנו, הדין הראוי, עיקרו הקפדה על יסוד המודעות אצל הגבר לשינוי הלבבות שחל אצל האישה לאחר תחילת האקט המיני באמצעות גיבוש קריטריונים מחמירים לשינוי לבבות ככל שהאקט המיני מתקדם.

ב. בחינת הערכים המוגנים בבסיס עבירת האינוס

1. התפיסה החברתית באשר להגדרת הגבול בין יחסי מין לגיטימיים לאינוס

לפני שנעבור לעסוק ביסוד ההסכמה שבבסיס עבירת האינוס, נבחן תחילה את הערכים המוגנים שבבסיס העבירה. עבירת האינוס איננה, כאמור, עבירה חדשה בספר החוקים, אך הערכים המוגנים שבבסיסה משתנים מעת לעת לפי רוח הזמן והחברה.

במשפט המקובל התפתחה עבירת האינוס במטרה למנוע את היווצרותם של יחסי מין בלתי לגיטימיים כפי שתפסה אותם החברה באותה העת.¹⁸ יחסי מין נתפסו כלגיטימיים רק אם היו מתקיימים בין בני זוג נשואים. יחסי מין בין בני זוג לא נשואים נחשבו לבלתי לגיטימיים גם אם התרחשו מרצונם של הצדדים.¹⁹ גבר אשר קיים יחסי מין עם אישה שלא הייתה נשואה לו נתפס כפולש לטריטוריה של גבר אחר (אם האישה הייתה

¹⁶ פרשת **פלוני**, לעיל הערה 2, בפסקה 27 לפסק דינו של השופט גיבוראן.

¹⁷ ע"פ 5938/00 **אזולאי נ' מזינת ישראל**, פ"ד נה(3) 873, 912 (2001) (להלן: פרשת **אזולאי**).

¹⁸ אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן": עבירת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון, וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם "משפט וממשל" ז (2) 669, 735. ראו גם (1987) 28 JENNIFER TEMKIN, RAPE AND THE LEGAL PROCESS. לדעת טמקין עבירת האינוס הגנה על אינטרסים של אבות בעלי הון אשר רצו להגן על בנותיהם מפני מחזרים לא רצויים המסכנים את בתוליהן של הבנות ובכך עלולים להוריד את ערכן.

¹⁹ קמיר, שם.

נשואה אזי הפלישה הייתה ל"שטחו" של בעלה ואם האישה לא הייתה נשואה, אזי מדובר בפלישה ל"שטח" של אביה ומשפחתה). לרצונותיה של האישה לא הייתה משמעות כלל לצורך קביעת גדרו של מעשה האינוס או חוקיות יחסי המין באופן כללי, משום שגבר שקיים יחסי מין עם אשתו בניגוד לרצונה לא נתפס כעובר על החוק.²⁰ זאת משום שפרטיותו של הגבר ושליטתו בנעשה בתוך ביתו פנימה נחשבו באותה תקופה לערכים עליונים.²¹

לדעת אורית קמיר מצב זה התאפשר בעקבות תפיסה חברתית שאותה היא מכנה "הדרת כבוד". הנזק שיוחס לעבירת האינוס היה פגיעה בהדרת כבודה (honor) של האישה אך יותר מזאת פגעה עבירת האינוס בהדרת כבודו של בעלה או אביה של האישה.²² מיניותה של האישה (להבדיל מצניעותה) נתפסה כמקור לבושה והיותה סכנה מתמדת להדרת כבודו של הגבר.

2. התפתחות ערך השוויון והחלתו על נשים

השינויים בהגדרתה של עבירת האינוס במהלך השנים הושפעו רבות מהשינויים בתפיסות הפוליטיות והחברתיות הנוהגות. כך, למשל, עם התפתחות ערך השוויון בחברה בראשית המאה העשרים²³ נסוגה התפיסה החברתית כי האישה הינה בבחינת קניינו של הגבר וכי מיניותה מהווה איום על הדרת כבודו.²⁴ התפיסה החברתית באשר לגדרם של יחסי מין לגיטימיים השתנתה, ולפיכך יחסי מין מחוץ לנישואים לא נתפסו עוד כעבירה פלילית או כחריגה מן הנורמה. האישה, בדיוק כמו הגבר, רשאית להחליט עם מי ומתי היא רוצה לבוא במגע מיני. בהתאם, השתנתה גם התפיסה החברתית באשר להגדרת עבירת האינוס. הערך המרכזי שעבירת האינוס עברה להגן עליו לא היה עוד הדרת כבודו של הגבר המחזיק "בבעלות" על האישה. ריבונות האישה על גופה והאוטונומיה של רצון האישה נהפכו לערכים המוגנים שבבסיס עבירת האינוס והם המעצבים את תוכנה וגבולותיה בימים אלה.²⁵

²⁰ ראו, למשל, R. v. R., [1991] 2 ALL E.R., 257, 260.

²¹ ראו, למשל, Philip N. S. Rumney, *When Rape isn't Rape: Court of Appeal Sentencing Practice in Cases of Marital and Relationship Rape*, OXFORD J. LEGAL STUD. 243, 245 (1999).

²² קמיר, לעיל הערה 18, בעמ' 735; ראו גם TEMKIN, לעיל הערה 18, בעמ' 28.

²³ נהוג לייחס את התפתחות ערך השוויון והחלתו על נשים למאה העשרים בלבד, אך למעשה הקולות הקוראים לשוויון בין האישה לגבר נשמעו עוד בימי המהפכה הצרפתית. ראו, למשל, BONNIE G. SMITH, *CHANGING LIVES: WOMEN IN EUROPEAN HISTORY SINCE 1700* (1989). באנגליה קרא ג'ון סטיוארט מיל לשוויון בין האישה לגבר במאמר שכתב כבר בשנת 1861 ופורסם בשנת 1869, ראו JOHN STUART MILL, *THE SUBJECTION OF WOMEN* (Sue Mansfield ed., 1980).

²⁴ קמיר, לעיל הערה 18, בעמ' 738.

²⁵ ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 330 (2000) (להלן: פרשת טייב).

3. ריבונות האישה על גופה וכבודה

הריבונות של כל אדם על גופו היא ערך עליון שמקבל בארץ ביטוי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁶ ההגנה שמבקש המחוקק להעניק לגופו של אדם איננה מסויגת לסוג מסוים של אנשים או לסוג מסוים של פגיעות. הצירוף 'חיים, גוף וכבוד' נראה כמבקש להעביר מסר מסוים. יש לשמור על הצירוף הזה אצל כל אדם באשר הוא אדם משום שכל אדם, כאשר פוגעים בגופו, פוגעים גם בכבודו ובחיו, וגם פגיעה בכבוד עלולה להיות חמורה כפגיעה בגוף או בחיים. ריבונות של אדם על גופו היא הכרחית להבטחת כבודו.

פגיעה בריבונות האישה על גופה עשויה לשקף יחס בלתי אנושי, של מי שרואה באישה חפץ נטול רצון עצמאי הנתון לשימוש כוחני.²⁷ הערך של ריבונות האישה על גופה משמעו הרצון לשמר יחס של כבוד ושמירה על גופה של האישה כעל "שטח" שיהיה נתון באופן בלעדי לריבונותה. אין איש רשאי לפלוש לשטח זה בלי לקבל תחילה את הסכמתה.²⁸ המשמעות של ריבונות האישה על גופה היא כי אין לגבר זכות על גופה של האישה כל עוד לא הועבר על ידיה מסר אחר. לאישה מצדה אין כל חובת עשייה כדי לדחות את רצונותיו של הגבר הפולש, משום שגופה של אישה ומיניותה הם "קנייניה" הבלעדיים ואיש לא יפלוש אליהם בלא הסכמה מפורשת.²⁹ על כן, אין האישה חייבת לעמוד על המשמר יומם וליל ובראותה פולש להתריע באוזניו כי איננו רצוי, ולא סתם להתריע אלא לעשות זאת בצורה נחרצת שאינה משתמעת לשתי פנים, משום שאם לא תעשה כן, לא ייחשב האדם כ"פולש לשטחה". היטיב לתאר זאת השופט חשין בפרשת בארי³⁰ באומרו:

אדם כי יאמר לבוא אל בית הזולת, יקיש על הדלת תחילה ויבקש היתר ליכנס; ואם יהרוס אל הבית בלא רשות בעלים, לפולש ייחשב ודין פולש ינהגו בו.

4. האוטונומיה של רצון האישה

ערך נוסף הוא האוטונומיה של רצון האישה; האוטונומיה של רצון האישה איננה אלא האוטונומיה של רצון הפרט. כך, בעוד ריבונות האישה על גופה מגנה על הזכות הבלעדית שיש לכל אדם על גופו (ועל היעדר הזכות שיש לכל אדם זולת אדם זה), הרי ערך האוטונומיה של רצון האישה נועד להגן על רצונה (או היעדר רצונה) כאשר היא מביעה אותו, ולדאוג שיכובד.³¹

²⁶ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ס"ח התשנ"ב, 150) קובע בסעיף 2 כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". בסעיף 4 מוסיף חוק היסוד וקובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

²⁷ קמיר, לעיל הערה 18, בעמ' 745.

²⁸ עמנואל גרוס "אינוס בטעות או שמא אינוסה של הטעות?" הפרקליט מב 334, 337-338 (1995).

²⁹ שם.

³⁰ פרשת בארי, לעיל הערה 1, בעמ' 378.

³¹ רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" משפטים כט 389, 393 (1995).

התפיסה שביסוד ערך זה היא התפיסה כי לכל אדם הזכות לקבוע את מהלך חייו ואת עתידו.³² לא כל פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי תזכה לתגובה ולסנקציה בחוק, אך כאשר הפגיעה היא פגיעה קשה, יהיה על המשפט להתערב.³³ הערך שבמרכז הוא הרצון, כפי שהוא בא לידי ביטוי או כפי שהוא משתמע, בנסיבות העניין.³⁴ לפי יוסף רז, היסוד המרכזי באוטונומיה של הפרט הוא הבחירה של כל אדם, לפי ראות עיניו, מה יעשה בחייו.³⁵ עם זה, האוטונומיה של הפרט איננה בלתי מוגבלת, והיא תוגבל בכל מקום שבו מדובר בפגיעה בזולת או באוטונומיה של אדם אחר. אך כאשר שלילת האוטונומיה היא קיצונית והפגיעה עמוקה, חדל האינטרס המוגן להיות אינטרס של הפרט ונהפך לאינטרס של החברה.³⁶ החופש של כל אישה לבחור כיצד לנהוג בגופה ועם איזה בן זוג לקיים או שלא לקיים מגע מיני, נמצא בלא ספק בלבו של הערך והמשפט יתערב כל אימת שחופש זה נמנע מהאישה.

התפיסה החברתית בעבר גרסה כי אונס הוא מקרה חריג ביותר שבו אישה צנועה ופסיבית מותקפת על ידי גבר בעל הפרעה נפשית או סוטה מין.³⁷ כל מקרה אחר לא נחשב לאונס משום שהתפיסה הייתה שאישה צנועה לא מביאה את עצמה למצב שבו יש לגבר אפשרות לכפות את עצמו עליה.³⁸ עם השינויים שחלו בתפיסות החברתיות בנוגע לשוויון הזכויות בין האישה לגבר, באשר לריבונות האישה על גופה ואוטונומיית הרצון הפרטי שלה, השתנה גם הגבול הקובע את גדרם של יחסי מין לגיטימיים מצד אחד, ואת גדרה של עבירת האינוס מצד אחר. שינויים אלה גרמו לערעור הגבול בין הפרטי לציבורי בנוגע ללגיטימיות שיש לחברה להתערב בנעשה בחדר המיטות של הפרט. אל התפיסה החברתית שראתה את חדר המיטות של אדם כתחום פרטי לחלוטין שאין לחדור אליו ואין להתערב בו,³⁹ חלחלה ההבנה שמקרי אונס יכולים להתרחש גם כאשר קיימת היכרות מוקדמת בין האישה לגבר וגם כאשר התקיימו בין השניים יחסים אינטימיים בעבר. השינויים הללו אפשרו להכיר באונס של אישה על ידי בעלה.⁴⁰

32 ש.ם.

33 פרשת טייב, לעיל הערה 25, בעמ' 331.

34 דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 95-96 (1995).

35 Joseph Raz, *Autonomy Toleration and the Harm Principle*, in ISSUES IN CONTEMPORARY LEGAL PHILOSOPHY 314 (Ruth Gavison ed., 1987).

36 קנאי, לעיל הערה 31, בעמ' 392.

37 ראו לדוגמה KEN PLUMMER, TELLING SEXUAL STORIES: POWER, CHANGE AND SOCIAL WORLDS 65-66 (1995).

38 ראו את האופן שבו מדבר השופט ויתקון על המתלוננת בפרשת בוגנים: "ברם, על-אף גילה הצעיר היתה רגילה לבקר במועדוני לילה ודיסקוטקים, שם בילתה את זמנה בחברת צעירים שוליים עד שעות הבוקר המוקדמות. הוגשו תצלומים המראים אותה, יחד עם חברים, בפומבי בפוזות בלתי-צנועות. נראה שאם כי מוצאה מ'בית טוב', לא השגיחו הוריה על אורח חייה והיא נהגה במידה רבה של מתירנות. המערער גם לא היה ידידה הראשון". ע"פ 277/76 בוגנים נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 561, 565 (1976) (להלן: פרשת בוגנים).

39 Rumney, לעיל הערה 21.

40 R. v. R., [1991] 2 ALL E.R., 257, 265

בנוסף, תרמו שינויים אלה לשינוי הפרדיגמה מאונס על ידי זר לאונס על ידי מכר.⁴¹ הגישה בעבר הייתה כי "אונס אמיתי" הוא אונס שמבצע גבר שהוא זר לחלוטין למתלוננת. הגישה הייתה כי אונס על ידי מכר או בן זוג אינו ממש אונס ובכל מקרה מדובר בחריג קיצוני.⁴² בפועל, ההפך הוא הנכון ורוב מקרי האונס מתבצעים דווקא על ידי מכר ואילו שיעור מקרי האונס על ידי זר הם החריג.⁴³

לבסוף, אפשרו השינויים החברתיים והתרבותיים להכיר באונס גם בנסיבות שבהן לא הופעל כוח פיזי ולא הובעה התנגדות פיזית או מילולית,⁴⁴ כמפורט בחלק הבא.

ג. בחינת דרכי הביטוי של יסוד ההסכמה וההתפתחות שחלה בהם

1. המעבר מהדרישה ההיסטורית להתנגדות פיזית

יסוד ההסכמה בעבירת האינוס הינו יסוד מורכב, שלא מעט דיו נשפכה בניסיון לבודד, אותו לאבחנו ולחלצו ממכלול האירועים שהתקיימו לפני קיום יחסי המין, במהלכם ואחריהם.⁴⁵ שאלת היעדר ההסכמה של קורבן עבירה נלמדת בעיקר מאופן יישום הדין לפי מכלול נסיבותיו של כל מקרה קונקרטי, הנידון לפני בית המשפט.⁴⁶ אחת הנקודות הבולטות ביותר בפסקי דין מתחום האונס הינה התמקדות בית המשפט בהתנהגותה של האישה דווקא,⁴⁷ תוך עיסוק בלתי פוסק של בית המשפט בניתוח התנהגות האישה, במקום התמקדות במעשי הנאשם. הדבר חמור עוד יותר כאשר בית המשפט אינו מסתפק רק בהפניית זרקור לכיוון האישה אלא מנתח כל מעשה וכל תנועה שלה לפני האונס, במהלכו ולאחריו.⁴⁸

בהגדרו את עבירת האינוס קבע המחוקק בשנת 1977 את נוסחו המקורי של סעיף 345 לחוק העונשין כדלהלן:

הבועל אישה, שאינה אשתו, נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באימו עליה במוות או בחבלת גוף קשה, או כשהיא בחוסר הכרה או במצב המונע את התנגדותה דינו מאסר ארבע עשרה שנים.⁴⁹

⁴¹ Leora Bilsky, *Giving Voice to Women: An Israeli Case Study*, 3 ISRAEL STUDIES 47, 56 (1997).

⁴² ש.ם.

⁴³ ש.ם.

⁴⁴ פרשת **אזולאי**, לעיל הערה 17, בעמ' 889.

⁴⁵ ע"פ 111/99 **שוורץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 775, 769 (2000).

⁴⁶ פרשת **זאהר**, לעיל הערה 15, בפסקה 70.

⁴⁷ יובל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אישה (על יסוד אי-ההסכמה בעבירת האינוס)" **פילימ** ו 187, 210 (1997).

⁴⁸ ש.ם.

⁴⁹ חוק העונשין, לעיל הערה 13. הביטוי "שאינה אשתו" מופיע בספר החוקים משנת 1977 בלבד, שכן בשנת 1978 הוחלף הביטוי "שאינה אשתו" בביטוי "שלא כדין" כחלק מתיקון טעויות. ראו תיקון טעויות, ס"ח תשל"ח 113.

כדי לבסס את עבירת האינוס דרשו בתי המשפט בישראל מהתביעה להראות כי התקיימה התנגדות פיזית של הנאנסת או לפחות כי ניסתה להימלט או להזעיק עזרה בהזדמנות הראשונה שהייתה לה לעשות זאת.⁵⁰

בשנת 1988, כחלק מתיקון 22, שינה המחוקק את סעיף 345 לחוק העונשין, והביטוי "נגד רצונה" הוחלף בביטוי "שלא בהסכמתה החופשית".⁵¹ קל לטעות ולחשוב כי השינוי בלשון הסעיף, המגדיר את רכיב אי ההסכמה שבבסיס עבירת האנוס, הינו סמנטי בלבד. בפועל מדובר בשינוי תפיסה של ממש. מהביטוי "נגד רצונה" השתמעה דרישת המחוקק לגילוי התנגדות פיזית כלשהי לקיום המגע המיני, ואילו הביטוי "שלא בהסכמתה החופשית" מתמקד בבחינת הרצון הפנימי של האישה באשר לאותו מגע.⁵² השינוי מעביר למעשה את מרכז הכובד של רכיב ההסכמה ומבטא שינוי תפיסה חברתי ותרבותי לעניין הצורך להגן על האוטונומיה של רצון האישה וריבונותה על גופה.⁵³ שינוי התפיסה שחל בהגדרת העבירה מבחינה מהותית חלחל גם אל המישור הראייתי, שבו החלו בתי המשפט לגלות נכונות ללמוד את היעדר הסכמתה של המתלוננת מנסיבות חיצוניות מורכבות יותר. הביטוי "נגד רצונה" ממש כמו הביטוי שהחליף אותו "שלא בהסכמתה החופשית", תלוי בפרשנות של בית המשפט ובתוכן שהוא יוצק לתוכו. בעבר קבע בית המשפט כי הביטוי "נגד רצונה" מחייב את התביעה להוכיח "התנגדות אמיתית וראויה לשמה" בעלת ביטוי פיזי חיצוני.⁵⁴ במרוצת השנים עבר בית המשפט להסתפק בהתנגדות מילולית לצורך הוכחת היעדר הסכמה.⁵⁵ בית המשפט אף הלך צעד נוסף ולמד היעדר הסכמה מנסיבות שלא עלו כדי התנגדות מפורשת של המתלוננת, אלא העידו באופן משתמע על היעדר הסכמה חופשית. כך למד השופט שמגר מן הנסיבות על היעדר הסכמתה של המתלוננת בפרשת **שומרת**, אף שלא הביעה התנגדות פיזית או מילולית, ודחה את טענת הנאשמים כי הסכימה לקיום יחסי מין עמם בשתיקתה.⁵⁶ כאמור, הרחבת המשמעות שנותן בית המשפט למושג "היעדר הסכמה" בעבירת האינוס משקפת את השינויים הרחבים יותר שחלו בתפיסת החברה את עבירת האינוס, שאותם פירטנו בפרק ב. יפים לעניין זה דבריה של השופטת ביניש בפרשת **אזולאי** :

50 ראו לדוגמה ע"פ 579/76 פרג'ון נ' **מדינת ישראל**, פ"ד לא(3) 219 (1977) (להלן: פרשת פרג'ון). בפסק הדין מונה השופט אשר את כל ההזדמנויות שהיו למתלוננת להימלט ולא נוצלו על ידיה. השופט אשר מגיע בסופו של דבר לכלל מסקנה כי לנוכח העובדה שלא ניסתה להימלט או לקרוא לעזרה בהזדמנויות שונות שהיו לה, אפשר ללמוד על הסכמתה של המתלוננת לאקט המיני (עמ' 223 לפסק הדין).

51 חוק העונשין, לעיל הערה 5.

52 פרשת **אזולאי**, לעיל הערה 17, בעמ' 888.

53 גרוס, לעיל הערה 28, בעמ' 337.

54 ע"פ 65/55 **רבצ'יק נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ט 1373, 1378 (1955).

55 ע"פ 256/78 **הן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(3) 589 (1979).

56 בעניין זה כתב השופט שמגר כך: "מי שמודה בקיום מגע מיני עם נערה בת ארבע-עשרה וצחי בנסיבות כמתואר, היינו מין קבוצתי, בסדרה, של ארבעה צעירים בני שש-עשרה וצחי עד שמונה-עשרה, הנכנסים למכונית או לחדר לפי תור, כאשר היתר נוכחים בחדר או מציצים מדי פעם דרך החלון, אינו יכול ליהנות מן ההנחה כי שתיקה כהסכמה דמיה. האם קטינה – אשר בפחד או בשל הלם או מבוכה אינה צועקת ואינה מכריזה על סירובה – נחשבת כמסכימה לאקט כמתואר, שבו נוהגים כלפיה כמו עם פרוצה מן השורה, ואף מבטאים זאת מילולית בפניות אליה?" פרשת **בארי**, לעיל הערה 1, בעמ' 326.

זניחת דרישת ההתנגדות במשפט הישראלי מבטאת שינוי משמעותי בתפיסות התרבותיות והחברתיות בישראל. הוראת החוק בנוסחה כיום משקפת את ההכרה בזכות האישה לשלוט על גופה, והיא מבטאת את השאיפה להגן על אוטונומיית הרצון שלה. הדרישה להתנגדות פיזית שהייתה נהוגה בעבר הביאה לעולם המושגים המשפטי את התפיסה שלפיה האישה היא אובייקט מיני פסיבי, כך שניתן להניח שהיא מסכימה לקיום יחסים מיניים, ורק התנגדות פיזית ונמרצת מצדה יכולה לסתור חזקה זו.⁵⁷

בהערת אגב נאמר כי בדברי ההסבר להצעת החוק הודגש דווקא שהביטוי "שלא כדין" נמחק מלשון הסעיף. כוונתו המקורית של ביטוי זה הייתה להגן על גבר האונס את אשתו.⁵⁸ באשר למשמעות של החלפת הביטוי "בניגוד לרצונה" בביטוי "שלא בהסכמתה החופשית" בחר המחוקק שלא להרחיב.⁵⁹

אך נראה גם כי שינוי זה עוסק בהפנמה עמוקה יותר של התפיסה כי אונס אינו נסב רק על מין, אלא מדובר בעבירת אלימות. התייחסות רצינית לתפיסה זו מביאה בהכרח להבנה כי לא ניתן לדרוש מקורבן של אלימות להתנגד לאלימות המופנית כלפיו כתנאי להשתכללות של עבירה פלילית. ודוק, כפי שלא היה עולה בדעתנו לדרוש כי קורבן של תקיפה יתנגד לתוקפו כדי לקבוע כי מדובר בעבירה פלילית, מדוע נדרוש זאת מקורבן של עבירת האינוס?⁶⁰ יתרה מזו נראה כי במקרים רבים נתקפות המתלוננות קיפאון ושיתוק לנוכח המצב או חוששות כי התנגדותן תגרור תגובה אלימה מצד הגבר התוקף.⁶¹

למרות כל האמור לעיל, בפועל המשיכו בתי המשפט לדרוש התנגדות אקטיבית מקורבנות האונס. הפסיקה של הערכאות הנמוכות בפרשות **בארי וטייב**⁶² ממחישה את הקושי הנעוץ בדרישת השימוש בכוח, בשלה מחפשים בתי המשפט אינדיקציות לקיומה של התנגדות אקטיבית מצד המתלוננת.⁶³

⁵⁷ פרשת **אזולאי**, לעיל הערה 17, בעמ' 889.

⁵⁸ חוק העונשין, לעיל הערה 5.

⁵⁹ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו-1986, ה"ח 1797. תיקון מספר 26 נקרא כך בשוגג משום שבפועל מדובר בתיקון מספר 22. המחוקק הפנים טעות זו מאוחר יותר ושמו של תיקון זה הוחלף ל"תיקון 22".

⁶⁰ קמיר, לעיל הערה 18, בעמ' 676.

⁶¹ שם. בנוסף ראו את דבריה של המתלוננת בפרשת **טייב** בעמ' 316: "I just submitted to every word he said. I thought, well if ever I was in a situation like that, I would know what to do, but I was like I come under his authority, I come under his submission. I didn't fight, I just did what he said".

⁶² פרשת **בארי**, לעיל הערה 1. פרשת **טייב**, לעיל הערה 25. בפרשות הללו, לפני שהגיעו לבית המשפט העליון כערעור, זיכו בית המשפט המחוזי בחיפה ובית המשפט המחוזי בירושלים את הנאשמים מעבירת האונס בגלל חוסר התנגדות מצד המתלוננות.

⁶³ לבנת, לעיל הערה 47, בעמ' 201-202.

2. זניחת הדרישה לשימוש בכוח

המחוקק לא הסתפק בשינוי המורה לבחון את הסכמתה החופשית של האישה, ושינה את לשון הסעיף פעם נוספת לאחר יותר מעשר שנים. ב-2001, כחלק מתיקון 61 לחוק העונשין,⁶⁴ נמחק מסעיף 345(א)(1) הביטוי "עקב שימוש בכוח", כלומר יש לבחון את הסכמתה החופשית של האישה לקיום יחסי המין ואותה בלבד. בהיעדר הסכמה חופשית, העובדה שלא התנגדה פיזית או שלא הופעל עליה כוח על ידי הנאשם אינה מונעת את השתכללותו של רכיב היעדר ההסכמה. שינוי זה מבסס עוד יותר את יחסה הסובייקטיבי של האישה לקיומו של המגע המיני כמרכז הכובד של יסוד ההסכמה. הבחינה של יסוד ההסכמה תיעשה עתה תוך התבוננות סובייקטיבית בהסכמת האישה ותוך ניתוק הבחינה הזו מהתבוננות אובייקטיבית במעשי הנאשם.⁶⁵ תיקון 61 השלים תהליך שבמהלכו ניתק המחוקק בזו אחר זו נסיבות חיצוניות (כגון איום, הפעלת לחץ, אלימות או כפייה) שנבחנו בכפיפה אחת עם הסכמתה של המתלוננת והעידו על הסכמה או על היעדר הסכמה מצדה. משהושלם תהליך זה, נותרה בחינת הסכמתה החופשית של האישה עומדת במרכז באופן עצמאי ואיננה תלויה עוד בגורם חיצוני כלשהו או ביחס של סיבה ותוצאה בין מעשי הגבר לבין הסכמת האישה.⁶⁶

מלבד הנימוקים המפורטים לעיל, נראה לנו כי ביטול הדרישה לשימוש בכוח מתחייבת מביטול דרישת ההתנגדות, שאם לא כן עלולה הייתה האחרונה לחזור ב"דלת האחורית", כעולה מהדיון בפרשת **טייב**⁶⁷ (שקדמה לתיקון 61) בין השופטים אנגלרד⁶⁸ לחשין.⁶⁹ השופט אנגלרד מבקר את דרישת השימוש בכוח משום שהיא מחזירה אותנו בעל כורחנו לבחינת התנגדות האישה שבוטלה בתיקון 22. השופט חשין סבור לעומת זאת כי בחינת השימוש בכוח אינה לעניין כלל משום שלדעתו **מוטלת על הגבר החובה לקבל את הסכמת האישה** ואם לא עשה כן, הרי מדובר באינוס.⁷⁰ השופט חשין מציע למעשה פרשנות שונה לעבירת האינוס. לפי פרשנות זו, עבירת האינוס משתכללת לא רק במקרים שבהם האישה הביעה היעדר הסכמה, אלא גם במקרים שבהם האישה לא הביעה את הסכמתה.⁷¹ הדיון בפרשת **טייב** מלמד אותנו על ההבנה של בית המשפט כי הבחינה אם התרחש או לא התרחש שימוש בכוח על ידי הנאשם איננה נותנת מענה על שאלת הסכמתה החופשית של המתלוננת, ויש צורך בבחינה מורכבת יותר של יסוד אי ההסכמה, בחינה שתאפשר לבית המשפט ללמוד על היעדר הסכמה של המתלוננת מנסיבות המקרה.⁷² נציין כי באנגליה,

64 חוק העונשין (תיקון מספר 61), התשס"א-2001, ס"ח 408.

65 ע"פ 2606/04 **בנבידה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, ניתן ביום 26.4.2006) (להלן: פרשת **בנבידה**), פסקה 32 לפסק דינה של השופטת נאור.

66 שם.

67 פרשת **טייב**, לעיל הערה 25.

68 שם, בעמ' 314.

69 שם, בעמ' 317 ו-319.

70 למעשה גישה זו של השופט חשין לא הושמעה בראשונה בפרשת **טייב**. בחוות דעתו בפרשת **בארי** כתב השופט חשין כי "גבר היוזם מגע אישות עם אישה, עליו הנטל לבקש הסכמתה של האישה, ועליו הנטל לקבל הסכמתה". פרשת **בארי**, לעיל הערה 1, בעמ' 377.

71 לבנת, לעיל הערה 47, בעמ' 204.

72 תפיסה זו של בית המשפט התחזקה בפרשת **בנבידה**, לעיל הערה 65.

לדוגמה, ניתק המחוקק את היעדר ההסכמה של האישה מהשימוש בכוח כבר בשנת 1976.⁷³ בתי המשפט באנגליה קבעו כי אם התביעה הוכיחה היעדר הסכמה מצד האישה, אין צורך להוכיח שימוש בכוח מצד הגבר.⁷⁴ מלבד הצורך להימנע מבחינת התנהגות המתלוננת, ביטול הדרישה לשימוש בכוח ראוי גם לצורך השגת תוצאה צודקת במיצוי הדין עם הנאשם. משאמרנו כי במקרים רבים המתלוננת נתקפת קיפאון ושיתוק,⁷⁵ איזו הצדקה יש לדרוש את קיומו של שימוש בכוח לצורך השתכללות העבירה? האם ראוי לפטור נאשם מאשמת אינוס אך בגלל שהקורבן שלו קפאה מהלם או מפחד ו"הקלה" עליו את ביצוע האינוס? נראה לנו כי התשובה על שאלה זו היא שלילית.⁷⁶

3. יסוד היעדר ההסכמה כיום

א. סיכום השינויים המרחיבים את הגדרת עבירת האינוס

במישור המהותי, נמחקו מהגדרת העבירה הדרישה להתנגדות פיזית מצד המתלוננת והדרישה לשימוש בכוח מצד הנאשם,⁷⁷ ולפיכך כיום בתי המשפט אינם דורשים התנגדות פיזית או שימוש בכוח כתנאי להתגבשות העבירה. במישור הראייתי, ראינו כי במהלך השנים הרחיבו בתי המשפט את הנסיבות המעידות על היעדר הסכמתה של האישה לאקט המיני. מנקודה שבה מסיק בית המשפט את הסכמת האישה מכך שלא ניסתה להזעיק עזרה או להימלט⁷⁸ הגענו לנקודה שבה מסתפק בית המשפט בהסתייגות בשפה רפה או בהתנגדות קלה כדי שיתגבש יסוד היעדר ההסכמה.⁷⁹

כדי לבסס את עבירת האונס יש צורך להוכיח **שלושה יסודות מצטברים**: התקיימה בעילה, הבעילה התבצעה שלא בהסכמתה החופשית של האישה, ולבסוף יש להראות שהגבר היה מודע להתקיימות הבעילה ולהיעדר הסכמתה של האישה.

יסוד הבעילה מוגדר, כאמור, בסעיף 345(ג) כהחדרת איבר מאיברי הגוף או חפץ כלשהו לאיבר המין של האישה.⁸⁰ אשר ליסוד היעדר ההסכמה, ראינו כי יסוד זה ייבחן מנקודת מבטה של המתלוננת, במבחן סובייקטיבי ובמנותק מפעולות היצוניות של הנאשם כגון הפעלת לחץ, איומים או אלימות.⁸¹ אין דרישה להוכיח התנגדות פיזית של המתלוננת

⁷³ Sexual Offences (Amendment) Act, 1976. § 1(1) (Eng.) העמיד את יסוד אי ההסכמה במרכז כשקבע את יסודות עבירת האינוס כך: "a man commits rape if (a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of intercourse does not consent to it; and (b) at that time he knows that she does not consent to the intercourse or is reckless as to whether she consents to it"

⁷⁴ R. v. Olugboja, [1981] 3 ALL E.R. 443, 448 (Eng. C.A)

⁷⁵ לעיל הערה 61.

⁷⁶ פרשת **טייב**, לעיל הערה 25, בעמ' 314.

⁷⁷ תיקונים 22 ו-61 לחוק העונשין, ראו לעיל הערות פרק 11 ו-21.

⁷⁸ פרשת **פרגיון**, לעיל הערה 50.

⁷⁹ ע"פ 523,235/90 **חדד נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(1) 209, 215 (1991) (להלן: פרשת **חדד**). ראו סקירה של השינויים שחלו במישור הראייתי בפרק 1.

⁸⁰ חוק העונשין, לעיל הערה 13.

⁸¹ פרשת **בניבדה**, לעיל הערה 65.

ואין דרישה להראות שהנאשם גבר על המתלוננת או מנע ממנה להתנגד. כן אין ללמוד הסכמה מהתנהגות קודמת או מהסכמות קודמות.⁸²

עינינו הרואות כי המחוקק ובתי המשפט הרחיבו במרוצת השנים במידה ניכרת את יסוד היעדר ההסכמה. בית המשפט איננו מגביל עוד את יסוד היעדר ההסכמה מצד האישה למקרים שבהם ניסתה להימלט או להתנגד,⁸³ או למקרים שבהם יכולת זו נשללה ממנה באמצעות הפעלת כוח או איום.⁸⁴ הנסיבות החיצוניות שמהן לומד בית המשפט את היעדר הסכמתה של המתלוננת הורחבו במידה ניכרת.⁸⁵ למרות ההרחבות המפורטות לעיל, שומרת דרישת המודעות של הנאשם על איזון בין הצורך לספק הגנה ראויה לנשים לבין החשש מהרשעות בלתי מבוססות באחת העבירות החמורות בספר החוקים.

ג. האיזון המובנה בדרישה להוכיח את מודעות הנאשם

הגורם המאזן את ההרחבה שחלה במרוצת השנים בנכונות של בתי המשפט ללמוד את היעדר הסכמתה של האישה מנסיבות מורכבות ועדינות מאוד, הוא ההקפדה על יסוד המודעות של הנאשם לרכיבי העבירה.⁸⁶ כאשר מסיק בית המשפט היעדר הסכמה במקרה שבו לא הייתה התנגדות פיזית מצד המתלוננת, אלא פסיביות או קיפאון מצד המתלוננת, עדיין יהיה על התביעה להראות כי הנאשם היה **מודע להיעדר הסכמתה הסובייקטיבית** של המתלוננת. אם שינתה המתלוננת את דעתה וחזרה בה מהסכמתה, אך לא היה לכך כל ביטוי מוחשי בהתנהגות או באמירה, יהיה על התביעה להראות מודעות של הנאשם לשינוי לבבות⁸⁷ זה לצורך הרשעה באינוס. ההקפדה על יסוד המודעות מאזנת בין ההבנה כי היעדר הסכמה יכול שיתבטא בקשת רחבה של צורות, גם בלא התנגדות פיזית או כניעה מתוך פחד, לבין הצורך להגן על נאשם שפעל בתמימות והסיק את ההסכמה בטעות.⁸⁸ ככל שהיעדר ההסכמה של המתלוננת נלמד מנסיבות מורכבות ועדינות יותר, כך קשה יותר להוכיח את מודעותו של הנאשם להיעדר ההסכמה. זאת בניגוד למקרה שבו היעדר ההסכמה בא לידי ביטוי בצורה ברורה, כגון התנגדות פיזית או בכי. במקרים אלה הוכחת המודעות של הנאשם תהיה קלה יותר.

לא כל שתיקה ולא כל פסיביות תחשבנה לאי הסכמה ומובן שאין בהן לבדן כדי להנביע מסקנה לגבי מודעותו של אדם לקיומה של אי הסכמה כאמור... יתכנו מקרים בהם אי ההסכמה נותרת בליבה של האישה פנימה ואינה

82 ש.ם.

83 פרשת **חדד**, לעיל הערה 79.

84 פרשת **טייב**, לעיל הערה 25.

85 פרשת **אזולאי**, לעיל הערה 17, בעמ' 888.

86 פרשת **פלוגי**, לעיל הערה 2, בפסקה 37 לפסק דינו של השופט גיבוראן.

87 שינוי לבבות הוא הכינוי שניתן בפסיקה לשינוי ביסוד ההסכמה של הקורבן. לדוגמה, אישה שנתנה את הסכמתה ליחסי מין אך חזרה בה מהסכמתה בשלב מאוחר יותר. דיון מעמיק יותר בסוגיית שינוי הלבבות יובא להלן בפרק ד.2.

88 קנאי, לעיל הערה 31, בעמ' 413. ראו גם רון כהנא "כשאת אומרת כן למה את מתכוונת?" **הפרקליט** מה 76-77 (2000).

נראית כלל כלפי חוץ. במצבים כאלו יתכן ולא יכול גבר לדעת שהאישה שעמו אינה מעוניינת ביחסי המין ויתכן ואף לא ראוי לדרוש ממנו, מבחינה נורמטיבית, שסברה כזו תעלה על ליבו.⁸⁹

מאידך גיסא, לא יוכל נאשם לטעון כי לא היה מודע להיעדר ההסכמה של המתלוננת כאשר מנסיבות האירוע עולה כי הנאשם **חשד** בהיעדר הסכמתה.⁹⁰ במקרה זה עצימת עיניים של הנאשם לאפשרות של היעדר הסכמה מצד המתלוננת שקולה לידיעה.⁹¹ עצימת העיניים מתפרסת על חוסר אכפתיות להיעדר הסכמתה של המתלוננת ושקולה למודעות, ובמילים אחרות, נאשם שחשד בהיעדר הסכמה מצד המתלוננת, אך נמנע מלברר את חשדו, יראו אותו כאילו היה מודע להיעדר ההסכמה.⁹²

ג. סיכום ביניים, השינויים בעבירת האינוס והמעבר לפרדיגמת אונס על ידי מכר

נסכם את השינויים שעברה עבירת האינוס. במישור המהותי השתנו כאמור הנסיבות שבהן תוכח אי הסכמה מצדה של האישה ונזנחה הדרישה להתנגדות פיזית על ידיה כתנאי להשתכללות העבירה. בנוסף, נזנחה הדרישה לשימוש בכוח על ידי הנאשם. זאת עקב ההבנה שייכתנו מקרים שבהם הבעילה מתרחשת בלא שימוש בכוח על ידי הנאשם אך בכל זאת שלא על פי רצונה של האישה. השינויים במישור המהותי של הגדרת העבירה לוו בשינויים במישור הראייתי בכל הנוגע לאופן הביטוי של היעדר ההסכמה. בית המשפט הרחיב את הנסיבות שמהן הוא מוכן להסיק היעדר הסכמה. הדרישה להתנגדות נמרצת או התנגדות מפורשת בוטלה, ובית המשפט הסיק היעדר הסכמה מקשת רחבה של ביטויי התנגדות (מפורשים או משתמעים, נמרצים או רפים).

שינוי נוסף חל במסגרת שבה מתבוננים בתי המשפט על עבירת האינוס. במשך שנים נתפסה עבירת האינוס כאקט המתרחש בין גבר זר למתלוננת, שאין לה היכרות מוקדמת עמו. המקרים של אונס על ידי מכר לא נחשבו לאונס של ממש ונתפסו כחריג.⁹³ תפיסה זו היא תוצאה של הפרדיגמה של אונס על ידי זר. בפועל, כאמור, מרבית מקרי האונס מתבצעים על ידי מכר של המתלוננת. בתי המשפט מודעים להיקף התופעה ומכירים במקרים אלה כמקרי אונס לכל דבר, אך לא תמיד זה היה מצב הדברים.⁹⁴ שינוי הפרדיגמה התאפשר בין היתר בזכות השינויים החברתיים והתרבותיים שחלו בנוגע לעבירת האינוס ובאשר לזכויות האישה, והוא שהצמיח, בין היתר, את ההכרה בסוגיית שינוי הלבבות בפרשות אונס, שהיא נושא פסק הדין בפרשת **פלוני** ועומדת במרכז הפרק הבא.

⁸⁹ פרשת **בניבדה**, לעיל הערה 65, בפסקה 35 לפסק דינה של השופטת נאור.

⁹⁰ פרשת **טייב**, לעיל הערה 25, בעמ' 306.

⁹¹ בסעיף 20 (ג1) לחוק העונשין קובע המחוקק כי "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם" חוק העונשין, לעיל הערה 5. להרחבה ראו גם ש"ז פלר "טעות במצב הדברים – בעקבות פסק הדין בע"פ 5612/92 (פרשת האינוס "שמרת") ולנוכח תיקון 39 של חוק העונשין", **מחקרי משפט** יב 5, 17 (1995-1996).

⁹² פרשת **אזולאי**, לעיל הערה 52, בעמ' 354.

⁹³ Bilsky, לעיל הערה 41.

⁹⁴ ראו לדוגמה פרשת **פריג'ון**, לעיל הערה 50 ופרשת **בוגנים**, לעיל הערה 38.

ד. מיקום יסוד ההסכמה במישור הזמן – סוגיית "שינוי הלבבות"

1. רקע על יסוד ההסכמה במישור הזמן והסכמה "מכללא" לקיום יחסי מין

יסוד אי ההסכמה עבר תהפוכות בשנים האחרונות והינו אחד הרכיבים המורכבים בעבירת האונס. בעבר בחלק מההקשרים של היכרות מוקדמת בין הצדדים, נחשבה האשה כמסכימה מכללא לקיום יחסי מין עם הגבר,⁹⁵ ואילו עתה משבוטל החרג הנוגע לאונס אישה על ידי בעלה,⁹⁶ עבר מרכז הכובד לבחינת השאלה אם ומתי תיחשב האישה למי שחזרה בה מהסכמתה הקודמת.⁹⁷

מלבד בחינת ההתפתחות בדרכי הביטוי של יסוד אי ההסכמה, שעליו פירטנו לעיל, כאשר מדובר באונס המתרחש לאחר היכרות מוקדמת בין הצדדים, עולה שאלת המיקום של יסוד אי ההסכמה על פני ציר הזמן במהלך המפגש בין הצדדים. אנו נטען כי ככל שאי ההסכמה מובעת בשלבים מתקדמים יותר, הדבר מסבך הן את הפן הראייתי ואת הפן המהותי של עבירות ממין זה. הפסיקה בארץ קראה לנושא זה בשם "שינוי הלבבות", מושג שעליו נעמוד בהרחבה בחלק הבא.

2. התפתחות הדין בארץ בסוגיית שינוי הלבבות

א. ביאור מושגי

"שינוי לבבות" הינו שינוי בסירוב או בהסכמה של האישה לקיום יחסי המין. כידוע, טבעם של מעשי האונס שהם מתבצעים בחדרי חדרים רחוקים מעין, וההכרעה בשאלת הסכמת האישה או סירובה עשויה להיות קשה ביותר, בעיקר באותם מקרים שבהם קדמו לבעילה קשרי ידידות ואהבה.⁹⁸ על אף הקושי, בתי המשפט נאלצים לנתח את מעשי הצדדים ולקבוע אם התקיים מצדה של האישה "שינוי לבבות חיובי" במונח שהיא בחרה לעבור מסירוב להסכמה, או שמא מדובר בצדו השני של המטבע, הוא "שינוי הלבבות השלילי", היינו מקרה שבו חזרה בה האישה מהסכמתה הקודמת ועברה להתנגד לקיום יחסי המין.⁹⁹ משמעמדנו על משמעות המושג "שינוי הלבבות", נבקש להבדיל בין יסוד ההסכמה בטרם המגע המיני ובין יסוד ההסכמה שלאחריו, שבו נבקש להתמקד. לצורך המשך הדיון נשתמש גם במונח "שינוי לבבות" לתאר מכאן והלאה שינוי לבבות שלילי.

⁹⁵ סוגיה זו עלתה ביתר שאת כבר בשנת 1949 במשפט המקובל, עת נקבע כי אישה נחשבת כמסכימה מכללא לקיום יחסי מין עם בעלה. יחסי המין נחשבו לחלק ממחויבות האישה בהסכמתה לנישואין והיוו חריג לאיסור הפלילי של אונס. פרשת פלוני, לעיל הערה 2, בפסקה 27 לפסק דינו של השופט גיוראן.

⁹⁶ עמדה זו שונתה במשפט האנגלי בשנת 1991 משבוטל חריג זה (R. v. R., [1991] 2 ALL E.R. 257,) (265); במשפט האמריקני התרחש תהליך דומה והחריג בוטל בהדרגה ברוב המדינות (State v. [1985] 496 A.2d 1067, 1070 (Robinson); במשפט הישראלי נקבע ביטול החריג כבר בשנת 1980 (פקודת סדרי השלטון והמשפט, התשל"ח-1978, ס"ח 891. כחלק מ"תיקון טעויות" הוחלף הביטוי "שאיננה אישתו" ב"שלא כדין". ראו לעיל הערה 49), בהתבסס על המשפט העברי, שמאז ומעולם ראה בקיום יחסי מין קיום מצווה ולא הניח קיומה של הסכמה כלשהי "מכללא" (תלמוד בבלי, נדרים כ', ב').

⁹⁷ פרשת פלוני, לעיל הערה 16, בפסקה 28 לפסק דינו של השופט גיוראן.

⁹⁸ פרשת בוגנים, לעיל הערה 38, בעמ' 565.

⁹⁹ פרשת אזולאי, לעיל הערה 17, בעמ' 912.

ב. שינוי הלבבות בטרם המגע המיני

ההלכה שאותה הציב בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין היא, כי לאישה נתונה הזכות **בכל שלב שלפני** קיום יחסי המין לסגת מהסכמתה ולסרב להם,¹⁰⁰ כל עוד חזרה זו מהסכמה מובאת בבירור לידיעתו של הגבר ואין כל משמעות להתנהגותה הקודמת של האישה, בין אם ששיתפה פעולה בשלביו הראשונים של התהליך האינטימי או אפילו יזמה את המפגש באופן פעיל:¹⁰¹

...יכול בהחלט שיקרה, כי התנהגותה של מתלוננת כלשהי במקרה של עבירת מין פלונית תיראה בלתי-נבונה, בלתי-סבירה ואפילו אווילית... לא על פי אמת מידה זו נבחן, אם נתקיימו יסודותיה של העבירה, השאלה הניצבת לפני בית המשפט היא לעולם, אם הוכח, כי הנאשם בעל אישה שלא כדין ונגד רצונה...

בתי המשפט חזרו וקבעו לא פעם אחת כי אין בכוחן של תמיהות העולות מהתנהגותה של מתלוננת כדי ליצור הנחה משתמעת של הסכמה,¹⁰² אלא רק אינדיקציה ל"שינוי לבבות חיובי" תעיד על הסכמתה:¹⁰³

...אולם משהביעה האישה התנגדות מפורשת לקיום יחסי-המין בתחילת האירוע, והאיש מודע להתנגדותה זו, או אז **רק ביטוי מפורש וברור (לאו דווקא מילולי) ל"שינוי לבבות חיובי" עשוי לשלול את קיום היסוד הנפשי בעבירה.** (ההדגשה אינה במקור – ג"ס וצ"ד)

בכך שמרו בתי המשפט על הערכים המוגנים בבסיס עבירת האינוס ובראשם אוטונומיית האישה על גופה.¹⁰⁴ עם זה, בתי המשפט לא התעלמו לחלוטין מהתנהגות האישה במקרה של שינוי לבבות שלילי, הקודם לקיום יחסי המין, וקבעו¹⁰⁵ כי מבחינה עובדתית עלולה

¹⁰⁰ שם, בעמ' 911. כן ראו פרשת **זאהר**, לעיל הערה 15, בפסקה 72, שם נקבע כי "בכל שלב ושלב משלבי התהליך האינטימי עומדת לאישה הזכות להפסיקו".

¹⁰¹ ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564, 577 (1986).

¹⁰² ע"פ 4302/97 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על(2) 99 818 (1999). בפסקה 4 לפסק דינו של השופט קדמי מתואר, כי שבה המתלוננת לפגוש במערער יום לאחר שנאנסה בראשונה על ידיו, וכך למעשה נקלעה פעם נוספת לזירת אינוס שנייה. בית המשפט פסק כי אין בכך כדי להקים ספק בדבר היעדר הסכמתה של המתלוננת לבעילתה, באירוע השני.

¹⁰³ פרשת **אזולאי**, לעיל הערה 17, בעמ' 912-913.

¹⁰⁴ פרשת **זאהר**, לעיל הערה 15, בפסקה 69.

¹⁰⁵ פרשת **בוגנים**, לעיל הערה 38, בעמ' 565.

האישה עקב התנהגותה להימצא במצב שבו יש צורך בראיות חזקות ביותר כדי להוכיח 'שינוי לבבות' מטעמה והבעת התנגדות ברורה וחד משמעית.¹⁰⁶

3. שינוי הלבבות לאחר המגע המיני

א. ביאור מושגי

שינוי הלבבות לאחר תחילת המגע המיני הוא מקרה מורכב יותר שבו מועצם הקושי הראייתי להראות שינוי לבבות אצל האישה, כפי שעולה מדבריו של השופט רובינשטיין שישב בדיון בפרשת **פלוני**. לדידו, פרשה של יחסי מין שראשיתה ברצון וסופה באונס, מכפילה את הקושי של בית המשפט, שכעת נדרש לקבוע לא רק את העובדות הסבוכות בעבירות מין הנעשות בחדרי חדרים, אלא גם את שאלת מועדו של המעבר מיחסי מין רצוניים לאונס, את אופן העברת המסר של "שינוי הלבבות", ואת השאלה אם נקלט מסר זה על ידי הגבר.¹⁰⁷

ב. פסק הדין של בית המשפט המחוזי

לאחר בחינת מסכת העדויות והראיות בפרשה, החליט בית המשפט המחוזי לאמץ את גרסתו של הנאשם בפרשה, ולפיה עד שלב מסוים, שלפני סיום האקט המיני, הכול נעשה לרצונה של המתלוננת, מתוך הסכמתה ושיתוף פעולה מצדה במהלך הדברים. על בסיס מסקנתו זו קבע בית המשפט המחוזי¹⁰⁸ כי אין מקום להרשיע את הנאשם בעבירת האינוס שיוחסה לו בכתב האישום. לשיטתו של בית המשפט, מעשה החדירה בעבירת האינוס,¹⁰⁹ היינו הבעילה, נעשה והושלם בהסכמתה החופשית והמלאה של המתלוננת. בנוסף, קבע בית המשפט כי התנהגותו של הנאשם, במהלך המשגל, מאותו שלב שהמתלוננת ביקשה בו ממנו כי יחדל, לאחר החדירה, מבססת נגדו אשמה לפי סעיף 348 (ג) לחוק העונשין, כלומר מעשה מגונה המוגדר בסעיף קטן (ו) כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", ובמקרה הנוכחי מעשהו של הנאשם נעשה לשם סיפוקו המיני.¹¹⁰

ג. פרשת פלוני בבית המשפט העליון

בית המשפט העליון סמך ידו על המסכת העובדתית כפי שהוצגה על ידי בית המשפט המחוזי, אך חלק על הניתוח ועל המסקנה המשפטית שלו. עיקר המחלוקת נגעה ליסוד הבעילה וליסוד אי ההסכמה על ציר הזמן. אשר ליסוד הבעילה, קבע בית המשפט העליון כי עבירת האינוס הינה "עבירת רבת-פריטים".¹¹¹ לתפיסתו, כל מעשה חדירה עשוי להקים

¹⁰⁶ ראו ע"פ 523,235/90 **חדד ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(1) 209, 216 (1991). בפרשה זו צוין כי "...בהתנהגותה המתירנית והמפתה של המתלוננת... היה צורך בהתנגדות ברורה וחד-משמעית כדי להעמיד את [הנאשם] על 'שינוי הלבבות'".

¹⁰⁷ שם, בפסקה א לפסק דינו של רובינשטיין.

¹⁰⁸ פסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשה, לעיל הערה 4.

¹⁰⁹ סעיף 345 סיפא בחוק העונשין, לעיל הערה 5.

¹¹⁰ אף שהנאשם לא הואשם בעבירה זו על פי כתב האישום, עשה זאת בית המשפט מכוח סמכותו לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, ס"ח 43.

¹¹¹ פרשת **פלוני**, לעיל הערה 16, בפסקה 19 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

עבירה של אינוס בפני עצמה, בהתקיים יסודות העבירה – העובדתי והנפשי, אך כוונת המחוקק, הדוקטרינה המשפטית והשכל הישר מחייבים אותנו לראות את כל מעשה האינוס כעבירה אחת של אינוס. לאור ניתוח זה, לא נבחן אם הבעילה הראשונה באקט המיני נעשתה בהסכמה, אלא כל חדירה תוכל לעמוד בפני עצמה, ולפיכך לא נוכל להסתפק בהסכמה הראשונית לבעילה הראשונה, שאלה כיוון בית המשפט המחוזי. לאור דברים אלו, פונה בית המשפט לעסוק ביסוד אי ההסכמה ושינוי הלבבות על ציר הזמן וקובע כי אונס שתחילתו ברצון דינו כדין אונס, המקיים את כל היסודות העובדתיים הנדרשים להרשעה בעבירת האינוס.¹¹²

ד. ניתוח השיקולים שבבסיס הלכת פלוני

1. כללי – הערכים המוגנים בבסיס עבירת האינוס

השיקול המרכזי בקביעת ההלכה הוא הרצון לשמור מכל משמר על כבודה ורצונה של אישה, והגשמת הערכים המוגנים בבסיס עבירת אינוס שהם האוטונומיה של רצון האישה וריבונותה על גופה.¹¹³ בית המשפט הכריז למעשה כי האישה היא המחליטה מה ייעשה בגופה ואיש אינו יכול להתעלם מחירות זו.¹¹⁴ לרצון של בית המשפט להגן על האוטונומיה של האישה במקרה כמו זה המתואר בפרשת פלוני חשיבות מכרעת. בית המשפט מתייחס לצורך להגן על רצונה החופשי של האישה ולצורך בקעקוע התפיסה החברתית שלפיה אישה שהסכימה לקיום יחסי מין ויתרה על זכות הסירוב שלה.¹¹⁵ מסכימים אנו לדעת בית המשפט כי הסכמה לקיום יחסי מין איננה שוללת מן האישה זכות סירוב בעתיד. שלילת זכות סירוב כאמור תהיה פגיעה קשה באוטונומיה של האישה. עם זה, אנו סבורים כי ההגנה על האוטונומיה של האישה חייבת לבוא מתוך איזון הולם עם ערכים אחרים המוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובכללם¹¹⁶ הצורך בהקטנת סיכוי להרשעה בלתי מוצדקת בפלילים בעבירה חמורה, שהגדרתה בצורה עמומה עלולה לגרום לסכנה כפולה של הרשעת חסר או הרשעת יתר. הביקורת שלנו על פסק הדין מתמקדת בהיבט זה, תוך הבעת תמיחות בנוגע להשפעות פסק הדין הן במישור הראייתי והן המהותי.

2. ביקורת ראייתית – הרשעת חסר והרשעת יתר

הלכת פלוני מעלה שני סוגים של קשיים ראייתיים. הראשון הוא קושי ראייתי, העלול להביא לידי הרשעת חסר. הקושי בהוכחת מודעות הנאשם לאי ההסכמה בעבירת אונס, כאשר לרוב אין בנמצא ראיות חיצוניות בדמות עדים חיצוניים או פגיעות פיזיות, וההכרעה היא של "מילה כנגד מילה", מתעצם במצב של שינוי לבבות. במצב דברים זה, על בתי המשפט לבדוק אם וכיצד נקלט המסר של אי ההסכמה אצל הצד האחר במקרים של אונס

¹¹² שם, בפסקה 36 לפסק דינו של השופט גיבוראן.

¹¹³ פרשת זאהר, לעיל הערה 15, בפסקה 69.

¹¹⁴ פרשת פלוני, לעיל הערה 16, בפסקה 36 לפסק דינו של השופט גיבוראן.

¹¹⁵ שם, בפסקה 34 לפסק דינו של השופט גיבוראן.

¹¹⁶ אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכות המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 12 (1996).

על ידי מכר, שבהם קדמה ליחסי המין הסכמה, ויש להראות מודעות לחזרה מההסכמה במהלך האקט המיני.¹¹⁷ השופט רובינשטיין עמד על הקושי הכפול במקרים של אונס על ידי מכר: לא רק בירור העובדות, אלא גם קושי בקביעת המועד שבו יחסי המין עברו מההסכמה להיעדר ההסכמה.¹¹⁸

הקושי הראייתי השני הוא החשש מפני הרשעת יתר. חשש זה מגולם בהרחבת יסוד אי ההסכמה לכל שלב באקט המיני, הרחבה העלולה להביא לידי הרשעת נאשמים שלא היו מודעים לשינוי הלבבות של האישה, בעיקר במקרים שבהם החזרה מההסכמה לא באה לידי ביטוי חיצוני ברור מכיוון שהאישה הייתה במצב של הלם או קיפאון. לדעתנו, לא נתן בית המשפט משקל מספק לשיקולים אלו.

נדמה שבית המשפט ניסה להתמודד עם הקושי בהרשעת יתר באמצעות נכונות להגמיש את החוקים המכונים "Rape Shield Laws", במיוחד באותם מקרים שבהם התלוונה האישה בעבר על מקרי אונס שתחילתם ברצון.¹¹⁹ עם זה, אין בשינוי זה כדי לפתור את הקושי, והוא אך יוצר קשיים חדשים. חוקים אלו מאפשרים לבית המשפט, אם ימצא זאת לנכון, להתיר חקירת מתלוננת על עברה המיני.

על הרציונלים שעמדו בבסיס האיסור לחקור מתלוננות על עברן המיני או למדים מדברי ההסבר לחוק זכויות נפגעי עבירה.¹²⁰ מטרתם של סעיפים אלו היא לעקור נורמות פסולות גם בשלב החקירה המשטרית ובייחוד בשלב המשפט, כאשר סגורים רבים היו משתמשים בעברה המיני של האישה ככלי לניגוחה ולהבכתה בבית המשפט, בניסיון להראות כי עבר מיני כזה או אחר מהווה אינדיקציה להסכמת האישה ליחסי המין, מערער את אמינות גרסתה וכן משרת את טענתם להיעדר מודעותו של הנאשם לרכיבי עבירת האינוס.¹²¹

חוקים אלו בישראל מבוססים על הסיפא לסעיף 2א לחוק חקירת עדים: "אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין". בית

¹¹⁷ ע"פ 6375/02 **בבקוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 419, 426 (2004).

¹¹⁸ שם, בפסקה א לפסק דינו של רובינשטיין.

¹¹⁹ פרשת **פלוני**, לעיל הערה 16, בפסקה 33 לפסק דינו של השופט גיוראן. Rape Shield Laws אלו החוקים המונעים הבאת ראיות במשפט אונס על עברה המיני של קורבן העבירה. ראו בישראל סעיף 2א לחוק תיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, ס"ח 16 וכן סעיף 13 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 183 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה), שלפיהם לא ניתן להביא במשפט אונס ראיות על עברה המיני של קורבן העבירה.

¹²⁰ דברי ההסבר להצעת חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ה"ח 2830.

מוצע כי בחקירה במשטרה, לא ייחקר נפגע העבירה על עברו המיני. איסור זה הוא ברוח האיסור הקבוע כיום לעניין חקירת נפגע עבירת מין בבית המשפט, בסעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, והוא מרחיב אותו גם לשלב החקירה המשטרית. כסייג לאיסור, מוצע כי חקירה של עבר מיני תותר אם מדובר בשאלות רלוונטיות לעניין קשר מיני קודם של הנפגע עם החשוד, או אם הקצין הממונה אישר חקירה כזו, מטעמים שיירשמו, כאשר היא רלוונטית ונחוצה להשלמת תמונת האמת של המקרה. מטרתו של סעיף זה למנוע פרקטיקות חקירה נהוגות, שאינן מתיישבות עם ההגנה החוקית שכבר קיימת לעניין חקירת נפגעי עבירות מין בבית המשפט.

¹²¹ נויה רימלט "על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית במבחן התאוריה המשפטית הפמיניסטית והמציאות המשפטית" **משפטים** (כה) 601, 627 (3) (2005). במאמרה מציינת ד"ר רימלט את אחד מפסקי הדין המנחים בסוגיית הטרדה המינית, עש"מ 6713/96 **מדינת ישראל נ' בן אשר**, פ"ד נב(1) 650 (1998), ועומדת על הבעייתיות בפסיקת בית המשפט הקושרת בין כבוד האדם למין ולמיניות, תוך יציקת תכנים מוסריים ולעתים פטרנליסטיים המבטאים הנחות פטריארכליות-מוסריות בניחות שיפוטי של הסוגיה.

המשפט מתכוון לכך שכאשר יש חשש כי ייגרם לנאשם עיוות דין, הוא יתיר לסנגור לחקור מתלוננת על עברה המיני על אף האיסורים הקבועים בסעיף 2א לעיל וכן בסעיף 13 לחוק נפגעי עבירה כאמור. קביעתו זו היא בעייתית בשני מישורים. ראשית, יש טעמים עקרוניים חשובים שעומדים ביסוד קיומם של חוקים אלה, ולא ברור כלל אם הגמשתם בנסיבות אלה, היינו מתן היתר לחקור נפגעות על עברן המיני במקרים של אונס שתחילתו ברצון, ילמדו על שהתרחש באירוע הנידון. שנית, ישנו חשש כי דרך היתר זה ישובו ויחלחלו אל מקרי האונס השונים, לא רק אלו הנוגעים לאונס שתחילתו ברצון, כל אותן פרקטיקות ודרישות פסולות שעליהן עמדנו בתחילת מאמר זה, אשר ביטאו תפיסה שפסה מן העולם ולפיה לאישה זכות מוגבלת בגופה.

נראה לנו אפוא שהפתרון לקשיים הראייתיים לא יכול להיות בהגמשת דרכי החקירה של מתלוננות בעבירות אונס שתחילתו ברצון, אולם לפני שנרחיב בסוגיית ההסדר הראוי, נבקש לבחון את החשש שהקושי הראייתי יגלוש גם אל הפן המהותי של העבירה ויביא לידי הרחבתה, כמפורט להלן.

3. ביקורת מהותית – חשש מפני הצרת עבירת האינוס

בקביעתו ביקש בית המשפט העליון לבצר את האוטונומיה של האישה על גופה בכל אחד משלבי האקט המיני, גם במקרים של אונס על ידי מכר, שהחל ביחסי מין רצוניים בין הצדדים. גם אם נסכים למשוואה שבית המשפט יוצר, הדרך לתוצאה זו, כפי שנציג להלן, הינה בעייתית. כאמור, במשך שנים נתפסה עבירת האינוס כאקט המתרחש בין גבר זר למתלוננת. המקרים של אונס על ידי מכר לא נחשבו לאונס של ממש ונתפסו כחריג.¹²² כעת מגיעה לפתחו של בית המשפט תלונה על אונס בידי מכר, שהחל ברצון. בית המשפט מנסה לאבחן בפסק הדין את הסיטואציה הייחודית שלפניו, ואינו מנסה ליצור תמונה אינטגרטיבית, אלא מנסה להגדירה ולקבוע את ההלכה במסגרות הפרדיגמטיות המוכרות לו.¹²³ אמת, בית המשפט מתאר את המסכת העובדתית, מזכיר בהרחבה את גרסאות הצדדים, את הקשרים הקודמים בין הנאשם למתלוננת, לרבות הקשרים המיניים הקודמים ואת ההסבר המוצע של בית המשפט המחוזי לדחיית גרסת המתלוננת, אך הוא אינו מספק מענה לייחוד המקרה שלפניו. לטענתה של פרופ' בילסקי, בתי המשפט בוחרים להסתמך על הדרישות הפורמליות של החוק, שתוחמות מקרים של אונס על ידי מכר לגבולות הרווחים ולנרטיב של אונס על ידי זר.¹²⁴ לדעתה, אף שהיום אנו מבינים כי הפרדיגמה של אונס על ידי מכר היא המסגרת הנכונה לבחינת עבירת האינוס במקרים של היכרות מוקדמת בין הצדדים, בתי המשפט טרם השתחררו לחלוטין מהפרדיגמה של אונס "קלאסי" על ידי זר, הממשיכה להתוות את הניתוח שלהם במקרים הללו. השאלות הנשאלות לרוב על ידי בית המשפט וכן בחירתו לאמץ מסכת עובדתית מסוימת מושפעות לרוב מתפיסה זו.¹²⁵ כאשר בית המשפט מכיר באונס בסיטואציות של היכרות מוקדמת,

¹²² Bilsky, לעיל הערה 41.

¹²³ שם, בעמ' 63.

¹²⁴ Bilsky, לעיל הערה 41, בעמ' 56.

¹²⁵ שם, בעמ' 55.

הדבר מוצג, על פי בילסקי, כחריג לנרטיב המקובל בלי שתהיה קבלה אמיתית של החלופה של אונס על ידי מכר.¹²⁶ הדבר ניכר גם בשאלות שהוצבו בפרשת פלוני, שם עומד בית המשפט על כך שהמתלוננת הכירה את הנאשם, אשר אסף אותה מביתו של חבר שלה לשעבר. בנוסף, שואל בית המשפט אם היו למתלוננת רגשות כלפי הנאשם. בית המשפט העליון מביא את הסברו של המחוזי, שלפיו המתלוננת התאכזבה מהעובדה שהקשר בינה לבין הנאשם לא מוסד. השאלה – מדוע שהתה המתלוננת בבית הנאשם – מקבלת תשובה דומה. התוצאה היא שבית המשפט מרחיב לכאורה את ההגנה על נשים ומחזק את האוטונומיה של האישה ואת יכולת הבחירה בכל השלבים של האקט המיני, אך הדבר נעשה במחיר של הצגת המקרה כחריג לנרטיב המקובל, וכמקרה חריג הוא "זוכה" גם להתייחסות חריגה.¹²⁷ התייחסות חריגה כזו, הנובעת מניסיונו של בית המשפט להתמודד עם הקושי הראייתי המוגבר בסיטואציה של שינוי לבבות, מביאה לידי קביעת גבולות עמומים להתמודדות עם הסיטואציה כמו הדרישה למודעות מוגברת של הגבר ככל שהאקט המיני מתקדם.¹²⁸ התייחסות ומתן מענה חריג ניתן לראות גם בהגמשת דרכי החקירה של מתלוננות בעבירות אונס שתחילתו ברצון. בכך מכניס בית המשפט בדלת האחורית דרישות עבר שנמחקו מעבירת האינוס, דרישות כמו הבעת התנגדות על ידי האישה וחזרה לדיון בעברה המיני של המתלוננת. הסכנה הגדולה היא שדרישות אלו עלולות לחלחל למקרים אחרים של אונס על ידי זר, ושם, כאמור, בוטלה הדרישה להבעת אי הסכמה נחרצת.

לנוכח השיקולים השונים שהוצגו לעיל, מבקשים אנו כעת להציג דין ראוי, לעומת ההלכה שקבע בית המשפט, להכרעה ראוייה בסוגיה דנן.

4. לעבר הדין הראוי בישראל

לפני שנציע את הדין הראוי לדעתנו בסוגיית שינוי הלבבות, נחזור בקצרה על הבעיות העיקריות שעמן צריך הדין להתמודד. מחד גיסא קיים הצורך להגן על האוטונומיה של רצון האישה ועל ריבונותה על גופה גם במקרים שבהם הסכימה האישה לאקט המיני אך לאחר מכן שינתה את דעתה. מאידך גיסא קיים הצורך להגן על נאשמים מפני הרשעה באחת העבירות החמורות ביותר בספר החוקים על בסיס האשמות שווא או על בסיס שינוי לבבות של המתלוננת אשר לא הגיע כלל לידיעת בן זוגה. הצורך באיזון בין ההגנה שמעניק המשפט למתלוננות להגנה שהוא מעניק לנאשמים (או שמא נאמר פשוט "לנשים ולגברים") מביא אותנו לקושי הראייתי שעליו עמדנו בפרק 2.3.1. זהו הקושי הנובע מכך שברוב מקרי האונס שתחילתו ברצון עיקר ההכרעה של בית המשפט מתבסס על גרסת המתלוננת וגרסת הנאשם (מילה כנגד מילה) וכמעט אין לבית המשפט ראיות נוספות להיאחז בהן (כגון פגיעות חיצוניות על גופה של המתלוננת הקיימות בדרך כלל במקרי אונס "רגילים"). עם קשיים אלה צריך הדין הראוי להתמודד תוך שימור ההישגים שהושגו עד היום בהתפתחות הגדרת עבירת האונס, ותוך התחשבות בכך שמדובר בתחום עדין מאין כמוהו.

¹²⁶ שם, בעמ' 56.

¹²⁷ שם.

¹²⁸ פרשת פלוני, לעיל הערה 16, בפסקה 37 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

על המשפט לקבוע נורמות ולכוון התנהגות בלי לגרום למצב שבו בני זוג יבקשו לחתום על "הסכם לקיום מגע מיני". לפני שנציע את הדין הראוי, נסקור כמה פתרונות אפשריים הקיימים בעולם.

התבוננות במשפט המשווה יכולה להוות מקור טוב לשאיבת רעיונות לפתרון הבעיות שהעלינו לעיל. ראשית, הקושי הרב בהוכחת מודעות הנאשם לשינוי הלבבות, קושי העלול להביא לידי הרשעת חסר ולפגוע בהגנה שמעניק המשפט לאוטונומיה של רצון האישה ולריבונותה על גופה במצבים של אונס שתחילתו בהסכמה, יכול להיפתר באמצעות אימוץ של מבחן אובייקטיבי להוכחת המודעות כפי שנראה בהמשך. מן הצד האחר קיים כמובן הסיכוי כי הכלל יביא לידי הרשעת יתר של נאשמים, אשר שינוי הלבבות של המתלוננת כלל לא הגיע לידיעתם, או חמור מכך, להרשעות על בסיס האשמות שווא. עיגון סוגיית שינוי הלבבות בחוק העונשין והכרה מפורשת של המחוקק בכך שאונס שתחילתו בהסכמה דינו כדין אונס תצמצם את העמיות הקיימת כיום בנוגע לסוגיית שינוי הלבבות. אשר לנאשמים, יגביר עיגון מפורש את הוודאות המשפטית בנוגע לגבולות העבירה. מבחינת בתי המשפט, ייצור הדבר הבחנה של סוגיית שינוי הלבבות ויבדיל אותה מהסיטואציה של אונס על ידי זר. הכרה בפרדיגמת האונס על ידי מכר תמנע מבית המשפט את בחינת סוגיית שינוי הלבבות דרך הפריזמה של אונס על ידי זר. נבחן דברים אלה להלן תוך סקירת עמדת המשפט האמריקני והאנגלי.

פרשת John Z¹²⁹ הייתה הפעם הראשונה שבה הגיעה שאלת שינוי הלבבות לאחר תחילת המגע המיני לפתחו של בית משפט עליון בארצות הברית.¹³⁰ בית המשפט העליון של קליפורניה קבע כי אונס שתחילתו ברצון דינו כדין אונס וביטל בכך את ההלכה הקודמת בעניין Vela.¹³¹ בית המשפט העליון של קליפורניה קבע שני תנאים מצטברים להכרה באונס, שתחילתו ברצון, כאונס. **ראשית**, יש להוכיח שהמתלוננת ידעה את הנאשם על שינוי הלבבות בצורה ברורה וכי הנאשם התעלם משינוי לבבות זה בניסיונות שבהן שום אדם סביר במקומו לא היה מסיק שהסכמת האישה עדיין בתוקף. **שנית**, יש להוכיח שלאחר ביטול ההסכמה המשיך הנאשם באקט המיני תוך הפעלת כוח.

לאחר פסק הדין שונה החוק במדינת אילינוי, ונקבע בו במפורש שמתן הסכמה בשלב מסוים של האקט המיני לא יהיה תקף לכל אורך האקט אם האישה חזרה בה

¹²⁹ לעיל הערה 10.

¹³⁰ Tiffany Bohn, *Yes, Then No, Means No: Current Issues Trends and Problems in Post-Penetration rape* 25.1 N. ILL.U L.R 151, 153 (2004)

¹³¹ People v. Vela, 172 3d 237 (Cal. Ct. App. 1985). בפרשת Vela קבע בית המשפט של קליפורניה כי מידת הפגיעה שנפגעת אישה מאונס שתחילתו ברצון אינה כמידת הפגיעה שנפגעת אישה באונס "רגיל" ולכן אין להרשיע את הנאשם באונס.

מהסכמתה.¹³² אילינוי היא המדינה הראשונה בארצות הברית שהכירה באונס שתחילתו ברצון בספר החוקים שלה.¹³³

באנגליה חוקק בשנת 2003 ה-Sexual Offences Act 2003.¹³⁴ לענייננו חשובים שני סעיפים מחוק זה. סעיף 1 הגדיר את עבירת האונס כעבירה שמבצע אדם המחדיר את איבר מינו במתכוון אל איבר מינו, פיו או פי הטבעת של אדם אחר כאשר האדם האחר אינו מסכים לחדירה והחודר אינו מאמין **אמונה סבירה** שהאדם האחר מסכים. סעיף קטן 2 קובע כי השאלה אם אמונתו של החודר הייתה סבירה תיקבע לפי נסיבות העניין לרבות **הצעדים שנקט כדי לוודא את תוקף ההסכמה**.¹³⁵

המחוקק האנגלי קובע מבחן אובייקטיבי למודעות הנאשם. הנאשם צריך להיות סבור שהמתלוננת אינה מסכימה למגע המיני, אך המודעות של הנאשם להיעדר ההסכמה תיבחן לפי הנסיבות לרבות הצעדים שנקט הנאשם כדי לוודא את הסכמת המתלוננת. סעיף זה מקל את ההתמודדות של בית המשפט עם סוגיית המודעות של הנאשם להיעדר ההסכמה מצד המתלוננת ומעניק, כפי שנראה להלן, פתרון לשני סוגי המקרים של הרשעת חסר והרשעת יתר, משום שמודעות הנאשם תיבחן במבחן של סבירות בנסיבות העניין. מבחן אובייקטיבי להגדרת העבירה הופך למעשה את היסוד הנפשי של העבירה ליסוד נפשי של רשלנות.¹³⁶

זהו גם המצב במרבית ממדינות ארצות הברית המכירות ברשלנות כיסוד נפשי מספק בעבירת האינוס.¹³⁷ בישראל היסוד הנפשי הנדרש בעבירת האינוס הוא מודעות, והגדרת העבירה אינה כוללת מבחנים אובייקטיביים. הדין הפלילי בישראל איננו מכיר ביסוד נפשי של רשלנות בעבירות מסוג "פשעי".¹³⁸ הרציונל שביסוד הטלת אחריות נמוכה יותר על מבצע עבירה בהתרשלות הוא שהאשם הסובייקטיבי של מי שמבצע עבירה בהתרשלות הוא נמוך יותר מהאשם של מי שמודע לביצוע העבירה.¹³⁹ לכן קובע סעיף 21(ב)

¹³² 720 ILL. COMP. STAT. 5/12-17 (2002) (amended by Act of July 25, 2003, P.A. 93-389, § 5) "A person who initially consents to sexual penetration or sexual conduct is not deemed to have consented to any sexual penetration or sexual conduct that occurs after he or she withdraws consent during the course of that sexual penetration or sexual conduct"

¹³³ Bohn, לעיל הערה 130, בעמ' 164.

¹³⁴ Sexual Offences Act, 2003, c. 42, § 1 (Eng.).

¹³⁵ שם. זוהי לשון החוק: (1) A person (A) commits an offence if (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis, (b) B does not consent to the penetration, and (c) A does not reasonably believe that B consents. (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

¹³⁶ רשלנות מוגדרת בסעיף 21(א) לחוק העונשין, לעיל הערה 5, כך: רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פריטי העבירה, כשאדם מן הישוב יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט.

¹³⁷ STEPHEN J. SCHULHOFER, UNWANTED SEX: THE CULTURE INTIMIDATION AND THE FAILURE OF LAW 258 (1998).

¹³⁸ סעיף 21(ב) לחוק העונשין קובע כך: רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע.

¹³⁹ Andrew E. Taslitz, *Willfully Blinded: On Date Rape and Self Deception* 28.2 HARV. J. L. & GENDER 381, 386 (2005).

כי כדי שתתכלל עבירה מסוג פשע, על מבצע העבירה להיות מודע להתקיימות יסודות העבירה. בפרשת פלוני מדגיש השופט ג'ובראן את החשיבות שיש להוכחה של מודעות הנאשם מעבר לכל ספק סביר:

יש לעמוד על המשמר ולוודא, בכל מקרה לגופו כי מבצע העבירה אכן מודע, מעבר לכל ספק סביר, להתרחשותו של 'שינוי לבבות'.¹⁴⁰

אולם לנוכח הקשיים הראייתיים שעמדנו עליהם לעיל, נראה לנו כי הוכחת המודעות של הנאשם מעבר לכל ספק סביר, במבחן סובייקטיבי, יכולה לעתים להיות משימה בלתי אפשרית.

אמרנו לעיל כי במקרה שבו חזרה בה המתלוננת מהסכמתה, ויידעה את הנאשם על כך במפורש או במשתמע, והנאשם התעלם משינוי הלבבות, משתכללים יסודותיה של עבירת האינוס. אולם בהתבוננות חיצונית, יהיו מקרים שבהם התעלמות מוחלטת של הנאשם מחזרה משתמעת מהסכמה תהיה זהה לאמונה סובייקטיבית של הנאשם בכך שהסכמת המתלוננת עדיין בתוקף.¹⁴¹

מבחן "האמונה הסבירה" – "Reasonable Belief" הקיים בדין האנגלי¹⁴² מרכז את הקושי הראייתי באמצעות התבוננות בנסיבות האירוע ופועל לצמצום הקושי הראייתי של הרשעת חסר. על פי החוק האנגלי, בית המשפט יקבע אם הייתה אמונתו של הנאשם כי המתלוננת מסכימה למגע מיני עמו סבירה בנסיבות העניין. החוק מורה לבית המשפט לבדוק את נסיבות העניין, לרבות הפעולות שנקט הנאשם כדי לוודא את הסכמת המתלוננת.¹⁴³ סעיף נוסף מאותו חוק הרלוונטי לענייננו הוא סעיף 79(2) הקובע כי: Penetration is a continuing act from entry to withdrawal.¹⁴⁴ סעיף זה נועד להבהיר שהסכמה ראשונית לחדירה אינה כובלת את האישה, והיא יכולה לחזור בה מהסכמתה בכל רגע והסכמתה הראשונית אינה מונעת את השתכללות העבירה במלואה לאחר מכן. העיקרון שביסוד חוק זה דומה מאוד לעיקרון שביסוד החוק של מדינת אילינוי שראינו לעיל.¹⁴⁵ עיקרון זה דוחה טענות כגון זו שהושמעה על ידי ההגנה בפרשת *Kaitamaki*, ולפיה יסוד אי ההסכמה בעבירת האינוס מתייחס לשלב החדירה הראשונית בלבד, ולכן אם האישה הסכימה בשלב החדירה, אך חזרה בה מהסכמתה לאחר מכן, אין משתכללת כלל עבירת האינוס.¹⁴⁶ על כן, לטעמנו, הגדרה מפורשת של יסוד ההסכמה חשובה לבהירות הדין וחשובה לצורך קביעת גבולות ברורים לעבירת האינוס.

¹⁴⁰ פרשת פלוני, לעיל הערה 2, פסקה 37 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

¹⁴¹ Taslitz, לעיל הערה 139, בעמ' 385.

¹⁴² Sexual Offences Act, 2003, לעיל הערה 134.

¹⁴³ שם.

¹⁴⁴ שם, בסעיף 79.

¹⁴⁵ 720 ILL. COMP. STAT., לעיל הערה 132.

¹⁴⁶ *Kaitamaki v. R* [1984] 3 W.L.R. 147, 151-52 (P.C).

אף שקביעת מבחנים אובייקטיביים למודעות הנאשם להיעדר הסכמת המתלוננת עשויים להקל על בית המשפט במישור הראייתי, החשש מהרשעת יתר עדיין קיים. הסיכון של האשמות שווא בצירוף דלות הראיות החיצוניות בסוג עבירה זה, הופכים את סוגיית האונס שתחילתו ברצון לקשה במיוחד. אף שהאשמות שווא ייתכנו גם במקרי אונס "רגילים", במקרים של שינוי לבבות המצב מסובך אף יותר, בין היתר משום שבמקרה של שינוי לבבות בדרך כלל לא יוסבו למתלוננות פגיעות גופניות כמו במצב שבו היה היעדר הסכמה מן ההתחלה.¹⁴⁷ עם זאת, בהקשר של האשמות שווא, יש להביא בחשבון שני גורמים. ראשית, האשמות שווא באונס הן בעייתיות לא רק מנקודת ראותם של נאשמים, אלא גם מהזווית של מתלוננות פוטנציאליות בשל הפגיעה האפשרית באמינות גרסתן של מתלוננות בבית המשפט.¹⁴⁸ שנית, היקפה של תופעת האשמות שווא, אף שהיא זוכה פעמים רבות לכותרות ולחשיפה, הוא בפועל מצומצם.¹⁴⁹ מכל מקום, הגדרת תלונת שווא כעבירה פלילית חמורה עשויה להרתיע מתלוננות שווא פוטנציאליות¹⁵⁰ ויכולה להוות פתרון אפשרי אחד לבעיית הרשעת היתר. אם מתלוננות ידעו שישנה סנקציה פלילית נגד תלונות שווא, סביר שתדירותן של תלונות כאלו יפחת. בית המשפט אימץ גישה דומה באחרונה, אך לא על ידי סנקציה פלילית אלא על ידי הטלת סנקציה נזיקית. בפסק הדין בענין ירמיהו¹⁵¹ הוטלו פיצויים בסך מאה אלף ש"ח על מתלוננת שכל תביעתה למעשים מגונים בכוח מצד התובע התבררה כתלונת סרק.

פתרון נוסף לשני סוגי הקשיים הראייתיים הוא שימוש במומחים מטעם התביעה כדי שיראו שהמתלוננת חווה סוג מסוים של טראומה נפשית השכיחה לאחר האונס כגון Rape Trauma Syndrome – RTS. עדות של מומחה כזה יכולה לשנות את המאזן הבעייתי של "מילה כנגד מילה" שאיתו מנסה בית המשפט להתמודד ולהוות כלי ראייתי חשוב בדרך לגילוי האמת. גם בארץ ישנה אפשרות להציג עדויות ממין זה,¹⁵² אולם בכל פסקי הדין שנעזרנו בהם למאמר זה, לא מצאנו ביטוי לשימוש כאמור בפסק הדין של בית המשפט.

הדין הראוי שאנו מציעים מורכב משינוי במישור המהותי ובמישור הראייתי. במישור המהותי אנו ממליצים כי ההכרה באונס שתחילתו ברצון כאונס לכל דבר ועניין תמצא את ביטויה בחוק העונשין. ראשית, יש לדעתנו מקום להגדיר את הסכמתה החופשית של האישה כהסכמה שצריכה להתקיים מתחילתו של האקט המיני ועד סופו. הגדרה מפורשת כזו חשובה למניעת שחיקה בהכרה שהושגה עד היום באוטונומיה של האישה מחד גיסא ולהשגת בהירות בנוגע לגבולותיה של הנורמה המשפטית המקיימת

147 ש.ם.

148 Bohn, לעיל הערה 133, בעמ' 174.

149 חשוב להצביע על האחוזה הנמוך של נפגעות תקיפה מינית המחליטות להגיש תלונה במשטרה (וברור שמספר הנפגעות הפונות מלכתחילה למרכזי הסיוע נמוך אף הוא ממספר הנשים העוברות תקיפה מינית). על פי נתוני הדו"ח של איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות תקיפה מינית בישראל משנת 2006, רק 18.1% מהפונות למרכזים לסיוע לנפגעות תקיפה מינית הגישו תלונה במשטרה. הדוח ניתן לצפייה באינטרנט: www.1202.org.il/template/default.asp?siteID=1&catId=216&maincat=28

150 ש.ם.

151 ת"א (שלום ת"א) 23310/06 יואב נ' ירמיהו (טרם פורסם, ניתן ביום 13.1.2008).

152 ראו סעיף 20 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, דמ"י 421.

לצדה סנקציה של שש עשרה שנות מאסר מאידך גיסא. בנוסף, נראה שהכרה של המחוקק באונס שתחילתו ברצון עשויה לסייע בהפרדה קונספטואלית חשובה. לאונס שתחילתו ברצון יש מאפיינים ייחודיים המבדילים אותו מאונס על ידי זר. בדרך כלל מדובר בנאשם שהמתלוננת הכירה או אף ניהלה איתו מערכת יחסים. בחינה של סוגיית שינוי הלבבות בפריזמה זהה לזו שבוחנים בה אונס על ידי זר הינה בעייתית בעינינו ומביאה לידי תוצאות לא רצויות (כגון החריג המתיר לחקור את המתלוננת על עברה המיני, שנידונה בפרק 3.ד.3 לעיל).

שנית, היינו ממליצים ליחד יסוד מודעות נפרד לאונס שתחילתו ברצון. אנו ממליצים לשלב אלמנט של סבירות ביסוד זה כגון יסוד המודעות הקיים ב-Sexual Offences Act, 2003.¹⁵³

לנוכח האמור לעיל על הלם או קיפאון שבו נתקפות לעתים נשים במצבים של אונס,¹⁵⁴ ולנוכח האמור לעיל על מקרים שבהם היעדר הסכמה מתגבש אך נשאר בלבה של המתלוננת פנימה,¹⁵⁵ בלי שהגיע לידיעת הנאשם, מתמקדים אנו בשני סוגים אלו של מקרי קצה. הראשון הוא המקרה שבו האישה נתקפת הלם או שיתוק שאותו מנצל הנאשם כדי להשלים את האקט המיני, והשני הוא מקרה שבו האישה אינה מביעה את חזרתה מההסכמה בצורה שיוכל הנאשם להבין. בשני המקרים יתעורר מבחן הסבירות. במקרה הראשון תידחה טענת הנאשם להיעדר מודעות לחוסר ההסכמה, משום שלא סביר ללמוד הסכמה משיתוק. במקרה השני תתקבל טענת הנאשם, משום שלא היה לו ממה ללמוד את היעדר ההסכמה שהתגבש. ההבחנה בין מקרים אלו תהיה קשה מאוד מבחינת בית המשפט המתבונן מהצד לאחר מעשה ומשווה גרסה מול גרסה. קושי ראייתי זה מביא אותנו אל ההצעה האחרונה שלנו, שהיא שימוש במומחה מטעם בית המשפט כעד מפתח לצורך התגברות על הקושי הראייתי.

לסיכום, נחזור על עיקרי הפתרונות שהצענו. ראשית, הצבענו על כך שעיון סוגיית שינוי הלבבות בחוק העונשין והכרה מפורשת של המחוקק בכך שאונס שתחילתו בהסכמה דינו כדין אונס תפעל לצמצום חוסר הוודאות הקיים כיום באשר לגבולות עבירת האינוס. בנוסף, נראה לנו שהדבר ימנע מבית המשפט לבחון את סוגיית שינוי הלבבות בפרדיגמה של אונס על ידי זר ועשוי לסייע לבית המשפט לפתח התבוננות שונה במקרים של אונס על ידי זר ובמקרים של אונס על ידי מכר. שנית, הצענו לאמץ מבחן אובייקטיבי להוכחת מודעות הנאשם שיאפשר לבית המשפט להעניק לנשים את ההגנה הרצויה הנגזרת מההכרה כי אונס שתחילתו בהסכמה דינו כדין אונס וימנע מצב של הרשעת חסר ויאפשר הכרה במצבים שבהם אין מודעות סובייקטיבית של הנאשם לאי ההסכמה, אך הרשעת הנאשם לא תיתפס כהרשעת יתר, שכן המדובר במצבים שבהם אדם סביר היה מגבש מודעות לקיומה של אי ההסכמה.

¹⁵³ Sexual Offences Act, 2003, לעיל הערה 134.

¹⁵⁴ קמיר, לעיל הערה 18, בעמ' 676.

¹⁵⁵ פרשת **בנידה**, לעיל הערה 65, בפסקה 35 לפסק דינה של השופטת נאור.

ה. סיכום

האם אונוס שתחילתו ברצון דינו כדין אונוס? לצורך ההכרעה בשאלה ביקשנו לבחון כמה מערכות שיקולים. מערכת השיקולים הראשונה היא הערכים שבבסיס עבירת האינוס. לשם בחינת הערכים, ביקשנו להגדיר תחילה את הגבול ההיסטורי בין יחסי מין לגיטימיים לאונוס. לאחר מכן בקשנו להרחיב על שניים מהערכים המוגנים על ידי עבירת האינוס: הראשון הוא ריבונות האישה על גופה, כערך הנגזר מכבוד האדם, והשני הוא האוטונומיה של רצון האישה, המנציחה את זכותה של האישה לבחור בכל שלב ובכל סיטואציה כרצונה.

במערכת השיקולים השנייה ביקשנו להציג את ההתפתחות דרכי הביטוי של יסוד אי ההסכמה, כמבטאות שינויים חברתיים באמצעות המחוקק ופרשנות בתי המשפט. התייחסנו להתפתחות הפרדיגמה של אונוס על ידי זר ושינויה לאונוס על ידי מכר וביטול ההגנה מאונוס במקרה של אונוס על ידי הבעל. התייחסנו גם למעבר מהדרישה ההיסטורית להתנגדות הפיזית, תוך זניחת הדרישה לשימוש בכוח על ידי האישה כביטוי להתנגדותה לאונוס, ועד הרחבת יסוד אי ההסכמה. הרחבות אלו הטילו על הגבר את הדרישה להפסקת האקט המיני בכל פעם ששמע את המילה "לא" (בכל צורת ביטוי). בהמשך הרחיבה הפסיקה את הנטל ופרשת בארי קבעה כי גם אם לא היה ביטוי ל"לא", יש מקרים שבהם מוטלת על הגבר החובה ללמוד אותו מנסיבות העניין.¹⁵⁶ פרשת פלוני היוותה המשך לכך, בקביעת בית המשפט שהגבר חייב לוודא את ה"כן" לאורך כל שלביו של האקט המיני. את כל ההתפתחויות הללו גיבו בתי המשפט בדרישה מוגברת להוכחת מודעות ל"שינוי הלבבות" שהתקיים אצל האישה. כל השינויים האלו הביאו אותנו ליסוד ההסכמה כיום, שאותו ביקשנו לחלק על פי מיקומו בזמן. שאלת האונוס שתחילתו ברצון מיקמה אותנו לאחר תחילת יחסי המין. בית המשפט, תוך שהוא מקדש את האוטונומיה של רצון האישה, קבע כי לאישה יש זכות לשנות את דעתה בכל שלב, גם אם נתנה את הסכמתה בתחילה ליחסי המין. את הזכות הזו גיבה בית המשפט בדרישה לוודא כי הגבר היה מודע לשינוי הלבבות שחל באישה, לאחר תחילת האקט המיני.¹⁵⁷

אף שהסכמנו לקידוש האוטונומיה של רצון האישה בכל שלב, ביקשנו להציג במערכת השיקולים השלישית כמה קשיים בהלכה הן במישור הראייתי והן המהותי. במישור הראייתי עמדנו על חוסר הבהירות בהגדרת הגבולות הנדרשים בעבירה, העלולים להביא לידי חוסר עקיבות בפסיקה ולידי מצבים הן של הרשעת יתר והן של הרשעת חסר. במישור המהותי, הצגנו את גישתה של פרופ' בילסקי, שלפיה בתי המשפט, בהכריעם במצבים של אונוס על ידי מכר, נוטים בפועל לבחון את המקרה דרך הפריזמה והדרישות של אונוס על ידי זר, המהווה סיטואציה שונה לחלוטין. ראייה כזו איננה מקנה הגנה מספקת על נשים, ולא זו בלבד אלא שהיא עלולה להביא לידי חלחול של דרישות בעייתיות מן העבר עבור קורבנות אונוס, כגון תחקור בנוגע לעברן המיני בהליך המשפטי, לא רק בעבירות של אונוס על ידי מכר, אלא גם במקרים של אונוס על ידי זר, שם בוטלו זה מכבר.

¹⁵⁶ פרשת בארי, לעיל הערה 1.

¹⁵⁷ פרשת פלוני, לעיל הערה 16, בפסקה 37 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

לגישתנו, על אף הסכמתנו לשורה התחתונה של פסק הדין, ההלכה ודרכו של בית המשפט מותירים אותנו עם נורמה משפטית עמומה, המעבירה מסר שאינו חד משמעי דיו לעניין רף ההוכחה הנדרש והיקפה של עבירת האנוס. איננו טוענים כי בכל מקרה קיפאון וחוסר תזווה יהוו אינדיקציה להיעדר שינוי הלבבות. בהחלט ייתכנו מצבים רבים שבהם די יהיה בסממנים אלו כדי להרים את נטל הוכחת המודעות אצל הגבר. אנו טוענים כי אינדיקציות אלו, הנבחנות בשינוי לבבות לאחר תחילתו של האקט המיני, צריכות להיבחן לעומת כלל נסיבות האירוע, וביתר תשומת לב באמצעות החלת מבחן אובייקטיבי למודעות הגבר לחזרת האישה מהסכמתה הראשונית. מן הבחינה המהותית, לדעתנו בית המשפט צריך להתייחס לסיטואציה של אונס שתחילתו ברצון כאל מצב ייחודי. כדי להבטיח זאת, יש לעגן סיטואציה זו במפורש בחוק העונשין תוך יצירת הבחנה, במקומות הרלוונטיים, בינה לבין המצב של אונס על ידי זר. מצב דברים זה יבטא בצורה טובה יותר את ההכרה החברתית בכך שאונס על ידי מכר הוא אונס, אך יאפשר גם להתמודד עם הקשיים הראייתיים בלי להביא לידי נסיגה בהישגי המאבק הפמיניסטי בהקשר של עבירת האונס על ידי זר לאורך השנים. רבה הייתה עבודתו של המחוקק ובתי המשפט מכדי שנחזירם לאחור, לדרכי ביטוי מסורתיות של יסוד ההסכמה. בסופו של דבר, האוטונומיה של האישה לבחור בכל שלב ובכל זמן צריכה להישמר, אך בד בבד צריכה להתמלא דרישת המודעות לאי ההסכמה במלואה.