

אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם

מאת

אסף הרדוף*

בדצמבר 2011 נחשפה תזה תביעתית חדשנית בישראל, שלפיה ניתן לאנוס אישה מרחוק, בעיקר דרך האינטרנט, באמצעות הנעתה לחדור לעצמה במרמה או בניצול גילה הצעיר. לראשונה, גורסת התביעה, גם פעולה תקשורתית עשויה לגבש את יסודות העברה הוותיקה של אינוס. עד 2016 תזה זו הועלתה במקרים אחדים, שברובם לא נבחנה כלל, לאחר שהצדדים הגיעו להסדר שכולל הודאה בעברות של מעשה מגונה. לפחות באחד המקרים כלל ההסדר הודאה ב"גרם מעשה אינוס". ההודאה הביאה להרשעה טכנית מידית, בלי דיון ביקורתי בשאלה אם אמנם ניתן וראוי להרשיע אדם בעברת אינוס בגין מה שניתן לכנות "אינוס תקשורתי".

בסיס האישים משולש: הגדרה רחבה של המונח "בעילה"; שתי חלופות לא שכיחות של עברת האינוס, האינוס במרמה והאינוס הסטוטורי; וסעיף בלתי-מוכר שעניינו "גרימת מעשה". באמצעות שילוב המבנים, גורסת הפרקליטות, ניתן לאנוס מרחוק אישה בהסכמתה ובאמצעות ידיה עצמה. האומנם ראוי להחיל את עבירת האינוס כנוסחה דהיום גם על תקשורת מינית מרחוק?

המאמר מתמקד בשאלת האינוס התקשורתי ומציף שורת סוגיות רחבות הנוגעות לדיני האונס, מטרתם וגבולותיהם, כמו גם ליחסי משפט וטכנולוגיה. מבחינה לשונית, המהלך הפרשני התביעתי תקף, גם אם אינו פשוט; מבחינה היסטורית, אין לו יסוד; מבחינה דוקטרינרית, המהלך בעייתי למדי. פרדיגמת אונס חדשה אינה צריכה להיוולד בידי תובע ובבית המשפט. בחלקו השני והעיקרי של המאמר נבחן את המהלך במשקפיים נורמטיביים, במבט מעמיק וביקורתי באיסורי האונס השונים ובהצבעה על אי-אחידות ערכית שעולה מהם וממגדורם. המאמר מזמין מבט מחודש בעברת האונס מצד אחד, ותיוג הולם של הפגיעות שכנגדן יוצאת התביעה בהפללה חדשה מצד אחר. זאת באמצעות איסור ישיר, עם יסודות שנבחרו לתאר את המעשים וכותרת שתתאר במדויק ובהגינות את הסכנה החדשה. המאמר יוצא נגד האקטיביזם

* מרצה, דוקטור, המכללה האקדמית צפת. תודה רבה לעו"ד שי אוצרי, לפרופ' מיכאל בירנהק, לעו"ד ארתור בלאייר, לעו"ד בל יוסף, לעו"ד סתיו לוי ולעו"ד תמר מאירוביץ'-אורלי על הערות מועילות לטיטות קודמות של המאמר. תודה לפרופ' סוזאן ברנר על חילופי דוא"ל. תודה גדולה לעוזר המחקר שלי, מר יזהר רגב, על תרומתו. תודה לקורא האנונימי על הצעותיו המועילות ולמערכת עלי משפט על עבודתה המסורה. תודה לעורכת הלשונית יהודית ירלין על הערותיה המחכימות. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafharDOOF@gmail.com

התביעה והשיפוטי בדין הפלילי המהותי מחד גיסא, ומזכיר למחוקק שהגיעה העת לספק הגנה לציבור מפני שורת מעשים מכוערים שהחוק הקיים אינו מתאים להתמודד עמם מאידך גיסא.

לפני מבוא. הערה אישית מאת המחבר. **מבוא:** אינוס מקוון, אינוס טלפוני. **חלק ראשון:** אינוס פרשני מרחוק; 1. אינוס מרחוק? ניתוח לשוני; 2. אינוס מרחוק? ניתוח היסטורי; 3. אינוס מרחוק? ניתוח נורמטיבי התחלתי; 4. אינוס פרשני מרחוק? סיכום. **חלק שני:** אינוס מרחוק במבט נורמטיבי; 1. מפת דרכים נורמטיבית; 2. האינטראקציה הפיזיולוגית-מינית; 3. האינטראקציה המנטלית; 4. תיוג מדויק, הולם והוגן. **סיום:** 1. כיצד נולדות תזות חדשניות; 2. סיום: על השטחת האונס ועל העתיד לבוא. **נספח.**

לפני מבוא

כל עברה זקוקה לא רק להצדקה אלא גם לגבולות ולהיגיון משכנע ואחיד שחל על כל חלופותיה. כשמסתמנת חצייה דרמטית של גבולות העברה, מתבקשת חשיבה מחדש: האם הגבולות היו מוצדקים מלכתחילה? והאם נותרו מוצדקים, הן בכל אשר הם מכסים והן בכל אשר אינם מכסים?

לפני ההמשך מוצע תרגיל מחשבה: הגדירו בכתב "אונס" מהו, הגדרה שתמצה מבחינה ערכית את כל מקרי האונס ורק אותם. כעת חשבו על מקרים שדומים לאונס אך אינם אונס, והסבירו מדוע אינם אונס. את הכתוב נא שמרו בצד ועיינו בו מעת לעת בזמן הקריאה.

הערה אישית מאת המחבר

על תזת האינוס המקוון שבה מתמקד מאמרי שמעתי לראשונה מתלמידיי בערב חמישי לפני השיעור בקורס "הפשע המקוון" שלימדתי לתואר שני באוניברסיטת חיפה בשלהי 2011. הופתעתי והסתקרנתי. ב־2012 גיבשתי מאמר קצר בנושא, ולאחר הערות מרובות החלטתי להפכו למאמר באורך מלא. המאמר עבר גלגולים רבים מבחינת תכנון ומבנהו, לפי הערות רבות שקיבלתי, עד שהגיע לנוסחו הסופי.

הבחירה לכתוב על עברת האינוס רחוקה מפשוטה. עברת האונס מעוררת הקשרים חברתיים ואישיים כואבים אצל רבים ובעיקר רבות. בעיני רבים בציבור ובעיניי, מדובר באחת העברות החמורות והמכוערות. אני מתקשה להבין כיצד אדם מפיק עונג מפגיעה בגופו של אחר, ועוד יותר מתקשה להבין כיצד הוא מפיק עונג מיני כשהאחר שלמולו סובל, מוחפץ ומנוצל. אין בי טיפת סובלנות לתופעה, הן בצורתה המוכרת בעבר והן בצורות מודרניות שלה. עם זאת כניסה ביקורתית ליסודות העברה ולתכליתה היא מהלך חשוב חרף חוסר הנוחות שהיא מעוררת. "אזהרת טריגר": הקוראת עלולה לחוות תחושות קשות מתיאור מעשים קשים או כעס על הצגה אנליטית של מעשים ומצבים חברתיים ושל איסורים משפטיים. במהלך הכתיבה התאמצתי לקבל זווית נשית מחברות ולנסות לצמצם תחושות קשות אפשריות לצד הצגת קו אקדמי עקיב ומאיר מחשבה. אני מודע לרגשות הקשים שהמאמר עלול לעורר למרות האמור לעיל ואף שקלתי לגנוזו בגללם. לבסוף הסקתי שהשיח חשוב גם, ואולי בעיקר, בעררו תחושות

לא פשוטות. במקביל, בישורת האחרונה שלפני הפרסום, החלטתי להוסיף את הפסקה הנוכחית, ולהוסיף לה מרכיב אישי של חשיפה, אף שהלב הולם, ולא מטפורית גרדא, מעצם המחשבה. והנה הוא.

לפני כעשור, בעודי כותב דוקטורט בנושא הפשע המקוון, גלשתי באתר היכרויות ונתקלתי בגולשת שהציגה עצמה כ"מור שוורד". תמונותיה והדברים שכתבה על עצמה נשאו חן בעיניי ופניתי אליה. חשתי חיבור חזק ועברנו לשוחח במסנג'ר. במשך כמה שבועות תקשרנו הרבה מאוד, נפתחתי וחשפתי את נפשי בפניה. מור הציגה עצמה כקצינה ביחידה מיוחדת בצה"ל, שיוצאת מהצבא לעתים רחוקות ואינה זמינה כל כך לפגישה. החלפנו תמונות רבות ושוחחנו בטלפון מעת לעת. היא ראתה אותי בווידאו צ'אט אך אני לא ראיתי אותה, משום שלא הייתה מצלמה בבסיסה. קרה לי דבר נדיר מבחינתי: חשתי שהתאהבתי בה וכלל שהציגה בפניי, ושאוּלי היא האחת עבורי. בהזדמנות או שתיים התקשורת הטלפונית בינינו לבשה פן מיני הדדי.

לצד זאת כל פעם הציגה בפניי תירוץ אחר לאי-יכולתה להיפגש. בשלב מסוים היא החלה ללבות בשיטתיות תחושות קנאה בלבי. קצין אחר פנה אליי מהמסנג'ר שלה וניהל עמי שיחה קשה שבה הביע רצונו שאפסיק את הקשר עמה. אולם באחת השורות כתב על עצמו בלשון נקבה. סימני שאלה החלו לעלות בי ולהצטבר, אף שלא רציתי להכיר בהם, משום שרציתי שזו תהיה אמת. סיפרתי למשפחתי שחששה שמא מדובר במחבלת המבקשת להרגני, כפי שקרה בעבר לאופיר רחום ז"ל. ככל ששיטפתי חברים בסיפור, התגברו סימני השאלה. נעזרתי בגורמים שונים בניסיון לאתר את יחידתה ומצאתי שאין כזו. גם הכתובת שנתנה לי בחיפה לא צלחה את בדיקתי. לבסוף הסקתי, בלב שבור, שמור הציגה שקרים בלי סוף וקטעתי את הקשר. עד הסיום שמרה מור אמונים לגרסתה שהכול אמת והבהירה שהאשם בי, שמפחד להתמסר רגשית. כאב לי שהיא אינה מכירה בעוול שעשתה לי וממשיכה במצג השווא עד המילה האחרונה שהחלפנו. אולם מוחי כבר קיבל את שלבי התקשה לקבל.

בחלוף כמה שבועות הגיע חבר טוב לבקרני. הראיתי לו את תמונות אהובתי לשעבר. הן היו כה רבות שלא העליתי בדעתי שאינן שלה; באותו זמן כבר נחשפתי לפרופילים מזויפים באתרי היכרויות אך לרוב היו לא מושקעים ודלים בתמונות. חברי הבחין שבאחת התמונות עומדת מור לצד בניין שעליו טור האותיות ELGHAD. הוא הזין את האותיות בגוגל ומצא שמדובר ברדיו לבנוני. חיפשנו באנגלית זמרות לבנוניות ומצאנו את Myriam Fares, שתמונותיה נוצלו וחזותה הוחפצה בציניות בלי הרגשתה וכלי ידיעתה, ונראה שלעולם לא תדע. ואילו אני לא אשכח, גם בחלוף עשור, את הדיסוננס ואת הכאב שחשתי כשצפיתי באהובתי "הקצינה מור" שרה בערבית ביו-טיוב.

גילוי האמת היה לי לחוויה קשה, אך גם נתן לי מענה ואפשרות לסגירה חלקית, אף שמעולם לא גיליתי מיהי "מור" ומה היו מניעיה. באותה עת לא חשתי קרבן מין; חשתי קרבן רגש, מחולל רגשית. בהמשך ראיתי פרופילים נוספים עם תמונות הזמרת באתרי היכרויות. הוצפתי כאב: "מור" ממשיכה במעלליה. דיווחתי לאתרים והפרופיל הוסר, וחדש הגיע במקומו. חשתי חסר אונים להציל את הקרבן הבא. חשתי נבוך לפנות למשטרה ושיערתי שפנייה כזו לא תטופל ברצינות. חוותי אבסורד על שאני כותב דוקטורט על הפשע המקוון ובר כבוד חווה אותו כקרבן.

לא העליתי בדעתי להמשיג את שעברתי כ"אינוס במרמה" ולא העליתי בדעתי שאכתוב על כך אקדמית בחלוף השנים. גם כיום איני ממשיג את שעברתי כ"אינוס במרמה" או כ"מעשה מגונה במרמה" אלא כ"אהבה במרמה". רומיתי, תומרנתי, נוצלתי, הוחפצתי. נעשה לי עוול רגשי כבד בידי מי שאיני יודע עליה דבר וכנראה לעולם לא אדע. במאמרי שלהלן אגנה בחריפות התנהגות נצלנית שכזו. לצד המטען הרגשי שאני נושא אנסה לבחון את השאלה המשפטית, אם הכותרת "אינוס" מתאימה לתיאורה של הנצלנות המכוערת.

מבוא: אינוס מקוון, אינוס טלפוני

לפני עשור וחצי נכתב שסוגיית האלימות נגד נשים מצויה בלב הדיון הציבורי, כשמערכת המשפט הובילה רפורמה שיטתית.¹ האנוס הוא נושא רגיש במיוחד² וזכה לתשומת לב חקיקתית רבה.³ הספרות המשפטית הישראלית בנושא עשירה.⁴ רובה דנה בעברת האנוס הבסיסית⁵ ופחות בעברות האנוס הקונסטרוקטיביות.⁶ האחרונות הן הבסיס לאישומים שיתוארו מיד.

- 1 ליאורה בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג 421, 422 (2000).
- 2 James J. Tomkovicz, *On Teaching Rape: Reasons, Risks, and Rewards*, 102 YALE L.J. 481, 505 (1992); דן בייך "השינויים בנקודת האיזון שבין ההגנה על קרבן עברת האנוס לבין השמירה על זכויות הנאשם" הפרקליט מב 281, 284–285 (1995).
- 3 אמנון סטרשנוב "עברות מין – חידושי החקיקה והפסיקה" המשפט 265, 265 (1994); יורם שחר "משפט פלילי ותרבות במדינת ישראל" פלילים ז 77, 108 (1999).
- 4 יופי תירוש "סיפור של אנוס, לא יותר" משפטים לא 579, 580–581 (2001). הספרות המשפטית בנוגע לאנוס עשירה גם משום שאינה שעונה רק על מלומדי המשפט הפלילי אלא אף (ואולי לאחרונה בעיקר) על הפמיניזם.
- 5 בעיקר בשאלת ההסכמה (והמודעות לה), כנראה זו שזכתה למרב תשומת הלב בהלכה ובספרות בישראל ובחו"ל. ראו סטרשנוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 273; איילת שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האנוס" עיוני משפט יח 159, 183–193 (1994); אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן" משפט וממשל ז 669, 677–686 (ההסכמה), 698–724 (היסוד הנפשי) (2005); גיל סיגל וצחי דודוביץ "כן לא שחור לבן – על יסוד אי ההסכמה ושינוי הלבבות בעברת האינוס" הארת דין ד 140, 143, 147–156 (2007). פרשת שמרת מפורסמת בהקשר זה: ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993). בחו"ל נכתב שחלק גדול מהספרות על אנוס התמקד בשאלת ההסכמה למשגל ומודעות האנוס: Craig T. Byrnes, *Putting the Focus Where it Belongs: Mens Rea, Consent, Force, and the Crime of Rape*, 10 YALE J.L. & FEMINISM 277, 278, 283 (1998); Susan Estrich, *Rape*, 95 YALE J.L. 1087, 1095–1096, 1121 (1986); JENNIFER TEMKIN, *RAPE AND THE LEGAL PROCESS* 90–136 (2nd ed. 2002).
- 6 ייתכן שהדבר מתקשר לשאלות אכיפתיות, משום שהקרבן לא תמיד מבינה שהיא קרבן. ראו Michelle Oberman, *Gender Issues and the Criminal Law: Turning Girls Into Women: Reevaluating Modern Statutory rape Law*, 8 DEPAUL J. HEALTH CARE L. 109, 132 (2004).

בדצמבר 2011 הוגשו שני כתבי אישום שחשפו תזה חדשנית בישראל: האחד גולל מסכת אישומים ארוכה כלפי תשע מתלוננות, שלפיה סבח (52) הציג עצמו כנער "בן נאור", עם מאפייני זהות שהשתנו מקרבן לקרבן: חולה סרטן, דוגמן פורנוגרפיה ועוד. סבח ניהל עמן שיחות מיניות, שלח תמונות של איבר מינו, ביקשן לשלוח לו תצלומים שלהן, הדריכן לגעת בעצמן ולהחדיר אצבעות לאיבר מינו. אחת הנפגעות, בת 16, עשתה כן פעמיים. בהמשך הצליח סבח במרמה להיפגש עמה ואף להביאה למגע מיני, ללא מגע מצדו באיבר מינה. סבח הואשם במעשים מגונים במרמה, בסחיטה באיומים ובעברת אינוס, בגרמו לה להחדיר אצבעות ומספריים לאיבר מינה, לפי סעיף 345(א)(2) בשילוב סעיף 350 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן גם: החוק). לפי כתב האישום נפגעות נוספות נגעו באיבר מינו בהנחיתו, אך בעניינן הסתפקה התביעה באישום במעשה מגונה.⁷

בחלוף ימים ספורים הואשם מלמד (69) שצלצל לביתן של קטינות. בת 10 ענתה ולאחר שציינה את גילה ביקש מלמד לשוחח עם אחים/אחיות מבוגרים. היא העבירה את השיחה לאחותה, בת כ-13 ברמה שכלית גבולית. כנטען, הציג עצמו ככזב כרופא, ובהנחיתו היא הלכה לחדר ריק שבו לא יפריעו לה, התפשטה, החדירה אצבע ובהמשך מלפפון לאיבר מינה, אז ניתק את השיחה. הוא הואשם בשתי עברות אינוס, בשילוב סעיפים 345(א)(3) (המכונה בספרות "אונס סטטוטורי") ו-350 לחוק העונשין.⁸

ב-2012 שבה התזה התביעתית שלפיה ניתן לבצע "אינוס תקשורתי", אונס מרחוק באמצעות הקרבן עצמה, בעניין דנינו (29, איש קבע)⁹ ובעניין סמנכ"ל חברת הייטק פלוני.¹⁰ הפרשות תמו, בחלקן, במחיקת סעיף האונס ובהודאה באישומים אחרים, מה שמעלה תהיות קשות בדבר רצינות התזה ואם מטרתה פשוט לכוון גבוה (לאינוס) כדי להגיע לרף בינוני (מעשים מגונים) בהסכמת ההגנה.¹¹ בהמשך מעשים דומים הביאו להרשעה בעברות פחותות.¹² התזה התביעתית עלתה ב-2013 במרומז בעניין פלוני (גרם מעשה סדום),¹³ וב-2015 במפורש, בעניין מורובטי.¹⁴

- 7 תפ"ח (מחוזי מרכז) 40230-12-11 מדינת ישראל נ' סבח.
- 8 תפ"ח (מחוזי ת"א) 34267-12-11 מדינת ישראל נ' מלמד. אמנע מלהתייחס לבחירה התמוהה להאשים את מלמד בשתי עברות.
- 9 תפ"ח (מחוזי חי') 54911-03-12 מדינת ישראל נ' דנינו (החלטת מעצר של השופט שפירא, 7.5.2012).
- 10 בש"פ 7873/12 פלוני נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2012).
- 11 ביום 9.12.2012 הורשע סבח במעשים מגונים ובסחיטה באיומים לאחר שהתביעה מחקה את סעיף האונס ונשלח לשש שנות מאסר בפועל. ערעורו לבית המשפט העליון נדחה; ע"פ 538/13 סבח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.12.2013). דנינו הודה בכתב אישום מתוקן שעניינו מעשים מגונים ונשלח לשנתיים מאסר בפועל. ערעורו לבית המשפט העליון נדחה; ע"פ 2656/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.1.2014). הסמנכ"ל פלוני הורשע לפי הודאתו בהסדר טיעון, בין היתר בגרם אינוס במרמה: תפ"ח (מחוזי מרכז) 28225-06-12 מדינת ישראל נ' ע.פ. (פורסם בנבו, 13.3.2013).
- 12 נאשם שהתחזה ברשת והביא קטינה לאונן; ת"פ (מחוזי חי') 38533-03-12 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 29.9.2013). ערעורו על עונשו נדחה; ע"פ 6703/13 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.1.2014). עוד ראו ת"פ (כ"ס) 9326-07-11 מדינת ישראל נ' נסים (פורסם בנבו, 9.4.2012); עפ"ג (מחוזי מרכז) 13982-05-12 נסים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.10.2012).

ביולי 2015 דן בית המשפט העליון בערעור על גזר דינו של הנאשם פלוני הסמנכ"ל. הלה הודה והורשע, בין היתר בגרם אינוס בנסיבות מחמירות, וטען אך לעניין העונש. במסגרת ערעור על חומרת העונש התמקד בית המשפט העליון בשאלת העונש בלבד, כיאה למסגרת. בית המשפט הדגיש את חומרת המעשים המקוונים אך לבסוף הקל בעונש. בית המשפט נמנע מלהביע תמיהה מתבקשת, מכיוון ההגנה, באשר לפרישה יצירתית זו של עברת האנוס, אך נמנע גם מלהציג, מכיוון התביעה, את הרטוריקה השיפוטית הסטנדרטית על החומרה שהוא רואה במעשי אינוס, להבדיל מעברות מין אחרות.¹⁵ בשלהי מרץ 2016 נגזר דינו של טמסוט, מתנדב במשטרת התנועה שהואשם בעברות מין מקוונות ככעשר ילדות ונערות. הוא הודה והורשע, בין היתר בגרם אינוס, בגרם בעילה אסורה ובמעשה מגונה.¹⁶ באמצע אפריל 2016 הודה והורשע גברילוב בשורה יוצאת דופן באורכה של מעשי גרם אינוס מרחוק, גרם מעשה סדום מרחוק, גרם מעשה מגונה מרחוק ושפע עברות חמורות נוספות – כחמישים סעיפי אישום.¹⁷

התופעה שערכאות דיוניות מרשיעות נאשמים שמודים במיוחס להם בלי לבחון כלל את יסודות העברה מטרידה מאוד וראויה למחקר עצמאי.¹⁸ כשמדובר בעברה כה חמורה מחד גיסא, ובתזה כה חדשנית מאידך גיסא, התופעה מטרידה שבעתיים. כיצד ייתכן שאדם מורשע ב"אינוס תקשורתי" ללא בחינה מהותית וללא הצגת קושיות שיפוטיות לתביעה, כאילו אין מדובר במהלך חדשני, חריג, מורכב, חשוב ובעייתי? הטרדה גוברת כשאפילו בבית המשפט העליון אין סימן להרמת גבה שיפוטית על לקיחת אחת העברות החמורות בספר החוקים ובספרי החברה למחוזות שהמחוקק לא שיער אותם והאינטואיציה מתקשה להכיל. מה יקרה כשיבחר נאשם עתידי באינוס תקשורתי לכפור? היקשיב בית המשפט להגנה ברצינות? והיש סיכוי לשכנעו שהמעשים החמורים אינם בבחינת אינוס בשעה שהרשעה דומה כבר אושרה במשתמע בבית המשפט העליון, גם אם משמעותה טרם נבחנה בביקורתיות? מאמר זה מסרב לדלג ולהסכים להרשעתו של אדם בעברה כה חמורה ובתרחיש כה לא מוכר רק משום שהנאשם עצמו הסכים. נדרש דיון משפטי אמתי בתזה החדשנית.

בקצרה, התביעה נסמכה על הגדרת "בעילה", שאינה רק החדרת איבר מין גברי לאיבר המין נשי, אלא גם החדרת חפץ או אצבע, ורתמה את סעיף 350 לחוק העונשין – "גרימת מעשה". סבח נאשם באינוס במרמה; מלמד ב"אינוס סטטוטורי", בעילת בת מתחת ל-14 בהסכמתה.

- 13 ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2013).
- 14 טענה מקדמית נגד האישום בגרם אונס נדחתה בניתוח קצר בבית המשפט המחוזי: תפ"ח (מחוזי ת"א) 41309-12-14 מדינת ישראל נ' מורובטי (פורסם בנבו, 16.3.2015). ביום 8.7.2015 נגזר דינו של מורובטי, שהודה בהסדר טיעון בכתב אישום מתוקן, של גרם מעשים מגונים בנסיבות מחמירות, ל-18 חודשי מאסר בפועל.
- 15 ע"פ 707/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.7.2015).
- 16 דינו נגזר ל-6.5 שנות מאסר: תפ"ח (מחוזי חי') 9232-07-15 מדינת ישראל נ' טמסוט (פורסם בנבו, 28.3.2016).
- 17 דינו נגזר ל-18 שנות מאסר: תפ"ח (מחוזי מרכז) 34838-04-15 מדינת ישראל נ' גברילוב (פורסם בנבו, 11.4.2016).
- 18 אסף הרדוף "ראש קטן, הלכות גדולות: סנגוריה בשירות התביעה" (טיוטה).

החדשנות באישומים איננה באפשרות לאינוס מרחוק; משדל יכול לבצע מרחוק, דרך אדם אחר, אין ספור עברות פיזיות. החדשנות היא באפשרות לאינוס מרחוק לא דרך אנס אלא באמצעות הנאנסת: היא ש"בועת" את עצמה, הרחק מהנאשם. הניתן לבצע אונס תקשורתי ולאנוס אישה בהסכמתה באמצעות ידיה? שאלה סבוכה זו מצריכה דיון בשאלות רחבות בנוגע לדיני האונס, מטרתם וגבולותיהם, כמו גם ליחסי משפט וטכנולוגיה.

העולם המקוון מחד גיסא והתעלמות חקיקתית כמעט מוחלטת ממנו מאידך גיסא מביאים (גם) למצבים לא רצויים, כשלשון החוק בעולם המשתנה אינה הולמת את תכליתו, או שתכלית החוק אינה הולמת את לשונו.¹⁹ אין מנוס ממצבים שכאלו: העולם משתנה, והחוק, בהקשרים רבים, אינו ממהר להשתנות. לצד הקושי ניצבת הזדמנות: לחשוב מחדש על החוק וערכיו.²⁰ אם ננצלה, היא עשויה להובילנו למסקנה שהחוק הישן מתאים והולם, על לשונו ותכליתו; שהחוק אינו מתאים למציאות ונדרש פתרון חלופי; שהחוק כרוך בליקויים או בחסרונות שעליהם מאירה המציאות. מהתזה התביעתית משתמעת המסקנה הראשונה. האם החוק והצדק לצדה? מאמרי יבחן זאת כחלק משאלת המחקר הרחבה יותר שתובילו: הראוי להחיל את עברת האינוס כנוסחה דהיום גם על תקשורת מינית מרחוק?

למאמר שני חלקים: בחלק הראשון אתמקד במהלך הפרשני שהציעה התביעה במשקי החוק הקיים. אציע שהתזה התביעתית תקפה מבחינה לשונית אך לא מבחינה היסטורית, ואחל דיון בנוגע לערכים המוגנים בחוק; בחלק השני, מוקד המאמר, החלק הנורמטיבי-ערכי, אקרא לתיוג מדויק והולם של הפגיעות שתוארו ואבקר חלק מחלופותיה של עברת האונס, על צדקתן ומגדרן. אגרוס שהרחבת עברת האונס אינה ראויה, ודאי לא בפרשנות, ואם כבר – ראוי לצמצם את העברה הקיימת. אטען שההתנהגות המתוארת במאמר היא פרדיגמה חדשה, פוגענות מסוג חדש, ושהדרך הנכונה להילחם בה היא בהפללה ובכותרת חדשה.

חלק ראשון: אינוס פרשני מרחוק

1. אינוס מרחוק? ניתוח לשוני

חלק זה יפתח בניתוח מילולי. הניתן להרשיע באונס במצבים האמורים? מכוח אילו מבנים? ומה בדבר מצבים אחרים? אפתח בהצגת מבנה עברת האונס ואתקדם במהרה לניתוח הלשוני.

(א) מבנה עברת האונס: חלופות והגדרות

לעברת האונס חמש חלופות בסיסיות וחמש מוחמרות. סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, הראשונה, מכסה כנראה את מרבית מקרי האונס בישראל. סעיף "האינוס הבסיסי"

19 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67–149 (2013).

20 מיכאל בירנהק "אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות" פתור"ח 5, 173, 186 (2003).

(הפרדיגמטי) אוסר בעילת אישה ללא הסכמתה החופשית. סעיף 345(א)(2) לחוק, "אינוס במרמה", אוסר בעילת אישה בהסכמתה, כשההסכמה מושגת במרמה באשר למיהות העושה או למהות המעשה. סעיף 345(א)(3) אוסר בעילה בהסכמה של בת מתחת ל-14. סעיף 345(א)(4) לחוק אוסר בעילה תוך ניצול חוסר הכרה המונע אפשרות להסכמה חופשית.²¹ סעיף 345(א)(5) לחוק אוסר בעילת חולת נפש או לקייה בשכלה, כשההסכמה לבעילה אינה חופשית בגין מחלתה או ליקייה השכלי.²²

סעיף 345(ב) לחוק, שחשוב פחות למאמרי, יוצר מגוון מצבים שמתארים התנהגות, נסיבות או תוצאות שנוספו ומלמדות על פגיעה בערכים מוגנים נוספים, שבגינה ניתן להטיל עונש מוחמר.

סעיף 345(ג) לחוק מגדיר "בועל": המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה.

סעיף 350 לחוק, שכותרתו "גרם מעשה", קובע בלי לפרש: "לענין עברה לפי סימן זה, אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר".

(ב) אונס מרחוק: בחינה פרשנית

האישומים באונס מרחוק נסמכו על שילוב שלוש הוראות חוק: על ההגדרה של "בועל", על הוראת סעיף 350 לחוק העונשין שעניינו "גרם מעשה", ולבסוף על רכיב מרמה או גיל הנבעלת. הניתן להרשיע באינוס? הפן הפורמלי של העברה מתמקד באפשרות הלשונית להחלת האיסור על העובדות. במובן זה אכן ניתן להרשיע באינוס, בהישען על שלושה מבנים או הגדרות: מרמה/ילדות, בעילה, גרימה.

רכיב הגיל אדיש למרחק בין העברייני לילדה, ואין מניעה לשונית שהסכמה לבעילה תושג במרמה כשהמרמה, פעולה תקשורתית, בוצעה מרחוק. פורמלית, מבנה זה עומד במבחן האינוס מרחוק.

21 לתיאור מקרי סימום רבים, לסקירת חקיקה אמריקנית ולקריאה לרפורמה חקיקתית ראו Patricia J. Falk, *Rape by Drugs: A Statutory Overview and Proposals for Reform*, 44 ARIZ. L. REV. 131 (2002). לדיון ב"אונס בלתי-מזיק" של קרבן ללא הכרה שלא תדע על המעשה ולשאלת הפללתו: John Gardner & Stephen Shute, *The Wrongness of Rape, in OFFENCES AND DEFENCES – ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW* 1 (2007). על נאשם ישראלי באינוס בסימום, בלי ידיעת הקרבנות, כשהמשטרה היא שחשפה אותם לחוויה בהציגה להם את תמונות האונס, נגזרו 15 שנות מאסר בפועל; תפ"ח (מחוזי ת"א) 1021/04 מדינת ישראל נ' חוברת (פורסם בנבו, 8.6.2005).

22 שני הסעיפים האחרונים של מצבי האינוס חשובים פחות למאמרי. במבט התחלתי הם נראים מיותרים על פי עברת האינוס הבסיסית. מה צורך בס' 345(א)(4)? באין הכרה, ברור שאין הסכמה. ראו צפורה האופטמן "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות" בתוך מעמד האישה בחברה ובמשפט 189, 203–204 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995). אפשר שזהו שריד היסטורי (מתיקון 22, כמפורט בהמשך) לסעיף שנדרש בעבר נוכח דרישת ההתנגדות מהאישה; או שיש בו טעם נוכח שאלת התיוג, כעולה בהמשך. גם ניסוח ס' 345(א)(5) מוזר: מה צורך בו לפי האינוס הבסיסי? ייתכן שהוא מצביע על פער בין מה שנראה כהסכמה חופשית ממבט ראשון אך אינו כזה בשל מצב הנבעלת, פער שמחייב את הבועל המודע למצב הנבעלת לוודא שהסכמתה לבעילה אינה קשורה למצבה.

המונח "בועל" מוגדר בהרחבה, כולל החדרת אצבע או חפץ לאיבר המין. אף שפרשנות לשונית סבירה ודאי תכוון למצב של קרבה פיזית ותתמוך בהיעדר זהות בין המחדיר לבין הנחדר, החוק אינו דן בכך. פורמלית, גם מבנה זה עומד בבחינה. יודגש: אלמלא הוגדר המונח "בועל" כאמור, הייתה התשובה שונה בעליל.²³

סעיף 350 לחוק העונשין אינו קושר עצמו לעברה פלונית. הוא אינו איסור או הגדרה ברורה, אלא הרחבה לעברות שבסימן. כמפורט בהמשך, הוא לא נולד עבור מצב כזה, אך בשלב הניתוח הלשוני הסעיף משייך עצמו לסימן כולו. הבאת אדם אחר לכדי פעולת בעילה עשויה לייצר "אינוס" אם יתקיימו יתר רכיבי העברה. מילולית, סעיף 350 לחוק מכוון לעברייני שמביא אחר לעשיית מעשה. האם אותו אחר עשוי להיות קרבן העברה? למה לא. האם אותו אחר עשוי להיות המבצע העיקרי של העברה, המופעל בידי העברייני המרוחק? אין מניעה מילולית, גם אם יש בכך חפיפה מסוימת לסעיף 29(ג) לחוק – ביצוע באמצעות אחר. האם אותו אחר עשוי להיות קרבן העברה והמבצע העיקרי של העברה גם יחד? פרשנות סבירה תהיה שלא, אך לשונית, גרימה היא פעולה רחבה עד אינסוף,²⁴ ולכן אין מניעה לומר שמי שהביא אישה לבצע פעולת בעילה בגופה שלה, גרם שהמעשה ייעשה בה. גם מבנה זה עומד, אף שלא בהצטיינות, בבחינה פורמלית.

המבנים שעליהם נסמכת התזה אפשריים הגם שלא תמיד הם אינטואיטיביים וגם שילובם אפשרי. שניים מתחברים בטבעיות: יסודות העברות והגדרת ההתנהגות. חיבורו של המבנה השלישי טבעי פחות, אך עדיין אפשרי, בשל המילים שבסעיף 350 לחוק, "בסימן זה". אין כלל פרשני פורמלי בדיני העונשין שמונע הרכבה של מבנה על מבנה על מבנה, גם כשכולם לחובת הנאשם.

(ג) אנוס מרחוק: השלכות פרשניות דוקטרינריות

גם אם מבחינה פרשנית פורמלית אין מניעה להרשיע באינוס מרחוק, הרי שבלי קשר לשיקולים הנורמטיביים והחשובים, שידונו בהמשך, יש לשים לב להשלכות פרשניות אפשריות. קבלת התזה התביעתית פותחת דלת עיונית לאישומי אנוס משני סוגים: ראשית, אינוס מרחוק במרמה: אם אפשר לאנוס נערה מרחוק בהבאתה להחדיר לעצמה אצבע או חפץ, אז אפשר לאנוס גם בגירה מרחוק באותו אופן בדיוק. גבר ואישה בני 30 שהכירו מרחוק משוחחים ברשת או בטלפון ומאוננים בלי להיפגש ובלי כוונה להיפגש. אם הגבר שיקר בדבר זהותו, פרשנות לשונית בסגנון התזה התביעתית תגרוס שהוא אנוס במרמה. אם האישה שיקרה כאמור, ניתן להאשימה במעשה מגונה במרמה. האם העמדה לדין רצויה במצב שכזה? אותיר שאלה זו פתוחה כעת.

23 לשונית, המונח מתקשר להחדרת איבר מין גברי לתוך איבר מין נשי. סטרשנוב כתב שבנוסחו המקורי של חוק העונשין ובפקודת החוק הפלילי לא הוגדר יסוד הבעילה. בפסיקה נקבע שמדובר בחדירה (לפחות חלקית) של איבר מינו של הנאשם לאיבר מינה של האישה; זהו גם מובנו הפשוט של המונח בעילה; סטרשנוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 269–270. טמקין כתבה שעד 1994 רק חדירת פין וגינלית הייתה אנוס; TEMKIN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 55–56.

24 פעולה זו מופיעה בעברות תוצאה שונות ומאותתת שהמחוקק אינו מסוגל/רוצה לנסח ישירות את הרכיב ההתנהגותי, ולכן הוא בוחר בפועל שהוא רחב עד אינסוף ומוגדר בדיעבד על פי תוצאתו.

תוצאה אפשרית נוספת שנובעת מקבלת הפרשנות התביעתית קשורה לאינוס הסטטוטורי. במצב המשפטי בישראל החדרת אצבע לאיבר מינה של ילדה היא תמיד שלא כדין.²⁵ הסכמת הילדה או הוריה אינה רלוונטית. בשל שילוב המבנים שעליהם נשענה התביעה ילדה המחזירה אצבע לאיבר מינה מבצעת מעשה אונס סטטוטורי. כל ילדה שמאוננת "גורמת שייעשה בה מעשה בעילה", קרי אונסת את עצמה. בהמשך לכך, בן 13 המתקשר עם בת 13 ומביאה בהסכמתה להחדיר אצבע – אנס.²⁶ אם הילד יאונן במהלך התקשורת, יהיה ניתן להאשים את הילדה בגרם מעשה מגונה בנסיבות מחמירות. כלומר, ילדה יכולה לאנוס את עצמה, וילד יכול לבצע בעצמו מעשה מגונה, לפי סעיף 348(א) לחוק העונשין בשילוב סעיף 350: גם בילד אין לאיש רשות לגעת, לרבות לו עצמו. למה לעצור כאן? לפי שילוב סעיפים 350 ו-352 לחוק, קטינה נפגעת עברת מין שתפרסם ברבים את זהותה ומה שעברה שלא ברשות בית המשפט – מבצעת "גרם מעשה" של פרסום אסור. האם תזה לא הגיונית שכזו יכולה להתקבל רק משום שלשון החוק מתירה אותה?

(ד) אונס מרחוק: סיכום המבט הפורמלי

פורמלית, אין מניעה להרשיע באינוס מרחוק. נראה לרגע שכל אחד מהמבנים שעליהם נשענת התזה התביעתית יציב יחסית לבדו, ושילובם אינו בלתי אפשרי בדוקטרינה הפלילית. שיקולים מערכתיים של השלכות פרשניות מעלים קושי, אך אינם שוללים את הפרשנות כשלעצמם. האם ההיסטוריה החקיקתית מצדדת בפרשנות כזו?

2. אינוס מרחוק? ניתוח היסטורי

ההיסטוריה החקיקתית היא כלי חשוב, גם אם מוזנח משהו, בפרשנות עברה. אציג בקצרה את זו של עברת האונס, על המבנים השונים שעליהם נשענת התזה של אינוס מרחוק. להבדיל מעברות ש"נתקעו" בנוסח ישן,²⁷ עברת האונס חיה, מתפתחת, מתחדשת ומתאימה עצמה בחקיקה לשינויי תפיסות חברתיות. ההיסטוריה תלמדנו כיצד נהייתה כפי שנהייתה, ואולי גם מדוע. קצרה היריעה מסקירה מקפת של עברת האינוס.²⁸ שאלות רבות מספור עלו

25 הצעת החוק מ-1986, שהגדירה בעילה "למעט החדרת חפץ לצורך רפואי", לא נתקבלה. כיום רופא המחזיר אצבע או חפץ לאיבר מינה של ילדה לצורך רפואי יכול ליהנות מסייג הצידוק המופיע בס' 34 לחוק העונשין.

26 הילד לא ייהנה מהסייג שבס' 353 לחוק העונשין, הבדל גילים הקטן משלוש שנים; הסייג נוגע לבעילה אסורה בהסכמה ולמעשה סדום בילדות בנות 14-16, אך לא לאינוס. בארצות הברית דיני האונס הסטטוטורי אוסרים גם על מין בין קטינים לבין עצמם, והם קרבנות ועבריינים בו זמנית. ראו Daryl J. Olszewski, *Statutory Rape in Wisconsin: History, Rationale, and the Need for Reform*, 89 MARQ. L. REV. 693, 693-694 (2006).

27 הגדרת עברת הגנבה בישראל, על בסיס חוק אנגלי מ-1916, לא שינתה נוסח כלל וחוגגת השנה מאה שלמה. ראו אסף הרדוף עברת הגנבה (2014).

28 לסקירה כזו ראו קמיר "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 5, בעמ' 679-681.

בפסיקה, והאונס מצטייר כעברה מהמנותחות (גם) בישראל. אסתפק בציוני דרך בחקיקה, כדי לשאוב תובנות בנוגע לאפשרות להרשיע בגין אינוס מרחוק.²⁹

(א) גלגולי העברה בחוק: סקירה

נוסח העברה הישן הופיע בסעיף 152(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936: "הבועל אישה, שלא כדין, נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באימו עליה במוות או בחבלת גוף קשה, או כשהיא בחוסר הכרה או במצב המונע את התנגדותה, דינו – מאסר 14 שנים". הנוסח נותר דומה מאוד בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין.³⁰

למעלה מיוכל שנים נותרה העברה כמות שהיא, עד שגורמים שונים חברו להביא לשינוי מהותי.³¹ הצעות חוק הוגשו בשנות השמונים לאחר ועדת אלוני, 1978. ב-1980 פורסמה הצעת חוק שמטרתה לאמץ את עיקרי המלצות הוועדה.³² ההצעה לא אומצה. הצעה מתוקנת עלתה ב-1986.³³ מקץ שנתיים נחקק תיקון 22 לחוק העונשין,³⁴ שאימץ חלק מהמלצות ועדת אלוני

29 לסקירה היסטורית מפורטת של דיני האונס בארצות הברית והרפורמה הפמיניסטית עד לתפיסת האונס כפשע רציני ואלים ראו Aya Gruber, *Rape, Feminism, and the War on Crime*, 84 WASH. L. REV. 581, 587–602 (2009).

30 למעט החלפת המילים "שלא כדין" במילים "שאינה אשתו": ס"ח 224. שנה לאחר מכן, במסגרת תיקון טעויות, הושב הנוסח המקורי, עם הביטוי "שלא כדין"; ס"ח התשל"ח 113.

31 גם יתר עברות המין שונו מאוד. ראו לסלי סבה "עברת האונס – מגמות משפטיות וקרימינולוגיות" פלילים ג 46, 63–65 (1992).

32 ס' 345 המוצע הגדיר "ביאה" (כיום: בעילה) כ"החדרת איבר מין של אדם לנקב מנקבי גופו של הזולת או החדרת חפץ לאיבר מין או לפי הטבעת של הזולת, למעט החדרת חפץ לצורך רפואי". ס' 346, "אינוס", קבע: "הבא על אדם ללא הסכמתו תוך שימוש בכוח, דינו מאסר שש עשרה שנים, ואם עשה את המעשה בנסיבות מחמירות, דינו מאסר עשרים שנים". דברי ההסבר ביארו שהסעיף ממזג את עברת האינוס המיוחדת לפגיעה באישה עם מעשה סדום ככוח שהיא עברת אינוס של גבר (קרי: הוצע נוסח לא מגדרי לעברת האינוס), באשר הנזק לנפגעת מתדירה אחרת אינו שונה במהותו או בחומרתו מהנזק שנגרם מבעילה רגילה. ס' 347 המוצע, "ביאה אסורה", הטיל עונש שבין 12 ל-16 שנות מאסר בגין ביאה כשלקרבן לא מלאו 16 שנים, כשהוא צאצא של העבריין, כשהסכמת הנפגע הושגה בטענת שווא, בתחבולה, בניצול טעות או בניצול היותו חולה נפש או לקוי בשכלו, בניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה. כלומר, הסעיף איחד את ס' 346 דאז, "אינוס במרמה" (אף שמהותית כלל גם אונס בהסכמה שהושגה באימים), עם ס' 347, "בעילת קטינה", והוסיף מקרים חדשים. דברי ההסבר ציינו שהעברה מתארת היעדר הסכמה שקולה ומחושבת של נפגע, אף שזו ניתנה לכאורה תוך המחשה שהסכמת קטין אינה הסכמה; ה"ח 1476 עמ' 387, 29.7.1980. התיקונים המוצעים התייחסו כמובן לחוק העונשין הישראלי הראשון: ס' 864, עמ' 277, 4.8.1977. ראוי לציין גם את ס' 348 שהוצע, "תקיפה מינית", שהטיל מאסר שבין 7 ל-14 שנים, ולפי דברי ההסבר המשיג מחדש את עברת המעשה המגונה בכפייה; וס' 351 המוצע, "מעשה סדום", קרי משכב זכר בהסכמה, שדינה שנת מאסר אחת במקום העברה הקודמת והחמורה בהרבה, "סטיות דרך הטבע".

33 "הבועל אישה, ללא הסכמתה, תוך שימוש בכוח, דינו – מאסר שש עשרה שנים, ואם עשה את המעשה בנסיבות מחמירות, דינו – מאסר עשרים שנים; בסמך זה 'בעילה' – החדרת איבר המין של גבר לנקב מנקבי גופה של אישה או החדרת חפץ לאיבר המין או לפי הטבעת של אישה, למעט החדרת חפץ לצורך רפואי". דברי ההסבר הדגישו את הורדת הרכיב "שלא כדין" מהעברה, שלא תהיה עוד הגנה מיוחדת לבעל אנס. הודגש הצורך להרחיב את המונח "בעילה" כדי שמה

ו"בא לחדש [...] תוך ראייה חדשה ומותאמת למציאות של ימינו". סעיף 345(א)(1) לחוק התחדש: "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה, ואחת היא אם נעשו אלה כלפי האישה או כלפי זולתה—הרי הוא אונס".³⁵

בתיקון נקבע נוסחם של שני סעיפי אינוס חשובים למאמרי.³⁶ עד אז כלל החוק סעיף נפרד (346) ל"אינוס במרמה": "הבועל אישה, שלא כדין, ביודעין שהיא לקויה בנפשה או בשכלה, או כשהסכמתה הושגה באימים או במרמה לגבי מהות המעשה או מיהות העושה, דינו – מאסר עשר שנים". סעיף 347 לחוק, "בעילת קטינה", קבע: "(א) הבועל קטינה שלא מלאו לה שבע עשרה שנים והיא אינה אשתו, דינו – מאסר חמש שנים. (ב) הבועל שלא כדין קטינה שלא מלאו לה שש עשרה שנים, דינו – מאסר ארבע עשרה שנים, ואולם אם היה לו יסוד סביר להניח שמלאו לה שש עשרה אך לא שבע עשרה שנים, דינו – מאסר חמש שנים. (ג) באישום לפי סעיף זה תהא הגנה לנאשם אם היה לו יסוד להניח שמלאו לקטינה שבע עשרה שנים". בדברי ההסבר הוצע להחליף ולאחד את סעיפים 346–348 לחוק בעברה "בעילה אסורה": "(א) הבועל אישה באחת מאלה, דינו – מאסר שנים עשרה שנים, ואם עשה את המעשה בנסיבות מחמירות, דינו – מאסר שש עשרה שנים; (1) לא מלאו לנפגעת שש עשרה שנים; (2) הנפגעת היא צאצא של העבריין או של בת זוגו; (3) הסכמתה של הנפגעת הושגה בטענת שווא, בתחבולה, בניצול טעות או בניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה; (4) המעשה נעשה תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה".³⁷

שנחשב מעשה מגונה ייחשב אינוס. הוצע להרחיב את היסוד של שימוש בכוח לכלול לא רק הפעלת כוח פיזי אלא גם שימוש באימים העלולים לשלול את התנגדות הנפגע גם כשהאיום כוון כלפי אדם שאינו הנפגע, ובלבד שיש באיום כדי לשלול את התנגדות הנפגע. הופנה לפסיקה שממנה ביקשה ההצעה להתנער. הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו–1986, ה"ח 1797, התשמ"ו–1986, עמ' 302.

34 לפנים עברת האינוס הייתה בעילת אישה "נגד רצונה תוך שימוש בכוח". דובר ביסודות מצטברים. ראו יובל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אשה (על יסוד אי-ההסכמה בעברת האונס)" פלילים ו 187, 196 (1997).

35 חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח–1988, ס"ח התשמ"ח 62. בהצעה נכתב שהחידושים הבולטים הם הרחבת ההגדרות של בעילה ומעשה סדום. בוטלה ההגנה לבעל האנס, בהתקשר לפסיקת בית המשפט העליון: ה"ח 1797, לעיל ה"ש 23, בעמ' 303 (ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281 (1980)). סבה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 66, כתב שבהצעות החוק שקדמו לתיקון מ-1988 הוצע להרחיב את עברת האונס לכלול גם חדירות אוראליות או אנאליות, אך בתיקון נשמטה התוספת ועברת האונס נותרה חדירה לאיבר המין, ברוח הפסיקה שפירשה את המונח בעילה.

36 גם אלו מקורם במשפט המקובל, כמפורט בהמשך. ראו גם קמיר "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 5, בעמ' 680.

37 ס' 346 (ב) המוצע קבע שהסעיף לא יחול על מעשה בין בני זוג. לפי דברי ההסבר, במצבים אלו יש הסכמה לכאורית, אך לא שקולה ומחושבת; הסכמת קטינה אינה הסכמה. צוין שהחוק אינו מכיר בהסכמת קטינה שגילה צעיר מ-17 ובתוקפה של הסכמת חולת נפש או לקויה בשכלה, או בהסכמה שהושגה במרמה או שבין אדם לצאצאו. ראו ה"ח 1797, לעיל ה"ש 23, בעמ' 304–305. כן הוצע לבטל את ההוראה המפלילה קיום יחסי מין בהסכמה עם בת 16 עד 17, כדי להתאים את החוק הפלילי למציאות, ולבטל את ס' 358, שלפיו בעברה באישה התלויה בגילה, אין חשיבות

מעניין שבין ההצעה לחוק נוצר פער גדול. חלף איחוד הסעיפים לעברת "בעילה אסורה" עסק סעיף 346 החדש ב"בעילה אסורה בהסכמה": בעילת נערה בת 14–16 במצב "רגיל", או 18–16 תוך ניצול מערכת יחסים מסוימת או הבטחת שווא לנישואין (ועוד רכיבים). סעיף 345 לחוק העונשין, האינוס, הלך ותפח לשלל המצבים שלעיל. סעיפים 345(א)(2)–(3) לחוק, אינוס במרמה ואינוס סטטוטורי, קיבלו את נוסחם דהיום במקום להיות חלק מעברה של בעילה אסורה, כמוצע.³⁸ גם צורותיו של האונס המוחמר, סעיף 345(ב) לחוק, נולדו בתיקון 22 ונותרו כמעט זהות לחלוטין עד היום.

מקץ שנתיים נערך תיקון חשוב נוסף. הצעת חוק מ-1990 הציעה להגדיר "בועל": "המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה".³⁹ דברי ההסבר לא נימקו, למעט אמירה שמוצע להוסיף הגדרה שתכלול דרכים שונות של ביצוע מעשי אינוס.⁴⁰ באותה שנה אימץ תיקון 30 את ההצעה, ולראשונה הוגדר בחוק המונח "בועל".⁴¹ בחלוף כעשור תיקן המחוקק את העברה עקב פרשת טייב, שבה בוקר רכיב הכפייה: הדרישה לשימוש בכוח, גרימת סבל גופני או הפעלת לחץ. הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 61) (אינוס), התשס"א–2001, שביקשה להוציא מהאינוס הבסיסי את הדרישה לשימוש בכוח, גרימת סבל גופני או הפעלת אמצעי לחץ או איום באחד מאלה,⁴² התקבלה באותה שנה.⁴³ מאז, נותר נוסחה של עברת האינוס הבסיסית כשהיה. רכיב הבעילה נותר כפי שהוגדר לפני למעלה משני עשורים וחצי.

- שהנאשם לא ידע את גילה או הניח שהיא בגיל אחר: אחריות מוחלטת. במקום זאת הוצע להחיל את הכללים הנוגעים לסייג הטעות בעובדה; שם, בעמ' 308. הצעה זו אמנם נתקבלה בתיקון 22. גם בעיון בדברי הכנסת לקראת ההצבעה על הקריאה השנייה והשלישית לא מצאתי התייחסות לכך: knesset.gov.il/tql/knesset_new/knesset11/HTML_27_03_2012_05-59-19-PM/19880322007@007.html; knesset.gov.il/tql/knesset_new/knesset11/HTML_27_03_2012_05-59-19-PM/19880322016@016.html. כל האתרים הנזכרים במאמר זה נצפו לאחרונה בספטמבר 2016.
- 38 סבה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 66 ה"ש 116, כתב שהמחוקק הישראלי נותר שמרן יחסית. הוואגינה היא מושא האינוס הבלעדי, אך עדיין יש הרחבה ניכרת, לחדירה באמצעות חפץ או איבר אחר כמו אצבע.
- 39 ה"ח 2001 מיום 2.7.1990, עמ' 223.
- 40 ס"ח התש"ן מס' 1329 מיום 10.8.1990, עמ' 196. לאחר תיקון 22, ס' 348 (ג) קבע שהמחדיר חפץ לאיבר המין של אישה או לפי הטבעת של אדם, בנסיבה המנויה בס' 345, דינו כדין אונס. תיקון 30 הרחיב קביעה זו.
- 41 ה"ח 3007, מיום 30.5.2001, עמ' 639. דברי ההסבר לא כללו הנמקה, למעט ציטוט השופטים גולדברג וחשין בעניין ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל פ"ד נדר (3) 289, 313, 331 (2000). הפרשה עסקה באונס ובמעשה סדום של פיזיותרפיסט במטופלת במהלך עיסוי וכללה ניתוח וביקורת כלפי רכיב הכפייה.
- 42 תיקון מס' 61, ס"ח התשס"א מס' 1794, מיום 20.6.2001, עמ' 408. תיקון שאינו נוגע למאמרי: תיקון 56 ס"ח התש"ס מס' 1746, מיום 21.7.2000, עמ' 225, בנוגע לס"ק 345(א)(4), 345(א)(5), 345(ב)(1). תיקונים אחרים עסקו בהתיישנות עברות מין, לרבות אונס: חוק העונשין (תיקון מס' 47), התשנ"ו–1996, ס"ח 1557, 19.1.1996, עמ' 42; חוק העונשין (תיקון מס' 84), התשס"ה–2005, ס"ח 1976, 26.1.2005, עמ' 104. בהמשך תוקן ס' 352 לחוק העונשין בתיקון 111, והורחבה האחריות הפלילית למפרסמי פרטים מזהים של נפגעים בעברות מין: ס"ח 2310, מיום 11.8.2011.

(ג) גלגולי העברה בחוק: כיוונים למסקנות

הסקירה מאירה שתיים משלוש ההרחבות שעליהן נשענת התביעה. היא מרמזת שבעילה במרמה ובעילת ילדה בהסכמתה לא יועדו להתכנס לצד עברת האונס הבסיסית אלא לחסות בעברה חלופית – "בעילה אסורה". לא ברור כיצד מצאו עצמן בתוך עברת האונס. בעילה במרמה נקראה "אינוס במרמה" לפני התיקון, ואולי זה השפיע על האיחוד עם עברת האינוס; אין לדעת.⁴⁴ שנית ושלא במפתיע, הסקירה מלמדת שהגדרת "בעילה" לא הורחבה בחשיבה על אינוס במרמה ועל אינוס סטטוטורי. אין רמז שמישהו חשב לכרוך בין המבנים.⁴⁵ מה באשר לסעיף 350 לחוק העונשין, "גרם מעשה"? האם הוא מגלם גלגול נוסף בעברת האונס?

(ד) ההיסטוריה של סעיף 350 לחוק העונשין

לשון הסעיף אינה בהירה. אולי ההיסטוריה תאיר אותה? סעיף 355 לחוק העונשין המקורי מ-1977, "מעשה מגונה שלא בכפייה", קבע: "העושה, או מנסה לעשות, מעשה מגונה בגופו של אדם בלא הסכמתו אך בלא שימוש בכוח או באיומים, או שהשיג הסכמתו בדרכי מרמה לגבי מהות המעשה או מיהות העושה, או מפתה או מנסה לפתות אדם, ביודעין שהוא לקוי בנפשו או בשכלו, לעשות או להניח שיעשה בו מעשה מגונה, דינו מאסר שנתיים". הצעת החוק מ-1980, שהתבססה על ועדת אלוני, הציעה גרסה חדשה, בסעיף 350, תחת הכותרת "המביא על עצמו": "לעניין ביאה ולעניין מעשה מיני אחת היא אם העבריין עשה את המעשה או אם גרם שהמעשה ייעשה בו". דברי ההסבר ביארו שמטרת הסעיף לאפשר לתבוע אדם שבפועל אינו עושה מעשה בזולתו אלא גורם לזולתו שיעשה בו את מעשה העברה, אף שהמעשה אינו מהווה עברה לגבי אדם העושה אותו. צוין שסעיף 355 דאז התייחס חלקית לשאלה, והוצע להתייחס לכלל עברות המין בהיקף נרחב.⁴⁶ כזכור, הצעת חוק זו לא נתקבלה.

סעיף 350 התקבל ב-1988 (תיקון 22) ובא למנוע מאדם שהביא אחר לגעת בו לטעון שלא ביצע מעשה מגונה. ההצעה התקשרה להצעות נוספות לתיקון, של "מעשה מגונה בכפייה" ו"מעשה מגונה אסור". סעיף 354 המוצע הגדיר מעשה מגונה: "נגיעה מכוונת של איבר מוצנע של אדם בגופו של זולתו או נגיעה מכוונת כלשהי של אדם, אף על-ידי חפץ, באיבר מוצנע של זולתו, והכל לשם גירוי מיני או לשם ביזוי, ואחת היא אם האיבר המוצנע היה חשוף או לבוש". סעיף 355 אסר על מעשה מגונה בנסיבות של בעילה אסורה. לפי ההסבר, סעיף 356 בא לאפשר להאשים אדם שלא עשה מעשה בזולתו אלא גרם לזולתו שיעשה בו את המעשה, אף שהמעשה

44 עברה נפרדת של "אינוס במרמה" מתאימה יותר מחלופה אחת מני כמה באינוס, משום שאינה משטיחה את עברת האונס, כמפורט בהמשך. השוו להבחנה בין "גנבה" בס' 384 לחוק העונשין לבין "גנבת חשמל" בס' 400. אפילו בהנחה שהמחוקק בחר במודע להרחיב את עברת האינוס, אין זאת אומרת שצדק בבחירתו.

45 בשנה שנולדו האיסורים על אינוס במרמה ואינוס סטטוטורי ובשנה שנולדה הגדרת הבעילה אמנם לא היה אינטרנט, אך טלפון היה גם היה.

46 ה"ח 1476, לעיל ה"ש 26, בעמ' 391.

אינו עברה מצד האדם העושה אותו. צוין שסעיף 355 דאז⁴⁷ דן חלקית בשאלה, והוצע שהחוק יתייחס אליה באופן המקיף את כלל עברות המין. זאת ללא התייחסות, הסבר או המחשה מה צורך יש בהרחבה בדבר עברות מין אחרות.⁴⁸ לבסוף, סעיף 350 התקבל, והשינוי המצמצם של המונח "מעשה מגונה" – לא. ב-2003 תוקן החוק, ובסעיף 350 נוספו המילים "בו או באדם אחר".⁴⁹

הסעיף נדון בהרחבה בתיק גרם אינוס בעניין אליאגוייב.⁵⁰ השופט אלון עיין בהיסטוריה החקיקתית ומצא שהסעיף אינו מרחיב את רעיון הצדדים לעברה אלא את הגדרת עברות המין. התוספת מותירה את מהותו המקורית של הסעיף – הרחבת העברה למצב שהיסוד הפיזי בוצע באדם שאינו הקרבן. כך ברור בנוגע לעברת המעשה המגונה: העברין גורם לקרבן לבצע מעשה מגונה בגופו של אדם שלישי.⁵¹ הגדרת הצדדים לעברה תוכרע לפי הוראות החלק המקדמי לחוק העונשין.⁵²

סעיף 350 לחוק העונשין נדון בכנסת בהקשר מאוחר ושונה לגמרי. הועלתה מחדש הצעת חוק העונשין (תיקון – אינוס על-ידי אישה), התשס"ט–2009. הפרקליטות ציינה שהאפשרות להרשיע אישה באינוס מקובלת על משרד המשפטים וגם לכך כיוון הסעיף מלכתחילה, אך אי

47 "מעשה מגונה שלא בכפיה", שהסיפה שלו דיברה על מצב שבו העברין מביא אחר לעשות בו מעשה מגונה.

48 ה"ח 1797, לעיל ה"ש 27, בעמ' 306–307.

49 חוק העונשין (תיקון מס' 77), התשס"ד–2003 (ס"ח התשס"ד מס' 1911, 23.11.2003, עמ' 19).

50 הלה טיפח קשר רומנטי אינטימי עם אישה נשואה שסיפרה לו שהרתה לו. מקץ כמה ימים אמר לה ששמע מאישה מבוגרת מעדתו שניתן לגרום להפלה טבעית אם תקיים יחסי מין עם אחר מזה שלו הרתה והציע לה לשכב עם חברו. משסירבה, הביאנה לדירה בשיפוץ, שכב עמה בהסכמה כשחברו בחדר השני, ובהמשך ביקש שתשכב עם חברו כדי להביא להפלת העובר. היא בכתה וסירבה ודרשה שלא יותירה לבדה בדירה. הוא השתיקה, יצא את הדירה ונעל את הדלת מאחוריו. חברו דרש ממנה לשכב עמו, ולאחר שסירבה אנס אותה. החבר עבדו הואשם באינוס והורשע לאחר שמיעת ראיות. אליאגוייב הואשם באינוס, דרך ס' 350. השניים הורשעו בבית המשפט המחוזי, עבדו פה אחד ואליאגוייב בדעת רוב. דעת המיעוט הייתה שאפשר שהמתלוננת הסכימה מלכתחילה לשכב עם עבדו ובהמשך חזרה בה; ע"פ 412/06 אליאגוייב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.2.2008).

51 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט אלון.

52 הציר המרכזי בס' 350 הוא "המעשה" ולא "העושה", וההרחבה היא למצב שהקרבן נאלץ לבצע את המעשים בגופו של העברין או של אדם אחר. אלון תמך מסקנתו בהיסטוריה החקיקתית של תיקון 77 והפנה לדיוני ועדת החוקה חוק ומשפט. בכל מקרה ס' 350 אינו מאפשר פרשנות מרחיבה להגדרת הצדדים לעברה; שם, פס' 12–16 לפסק דינו של השופט אלון. אחריות אליאגוייב הוכרעה לפי הכללים הרגילים של השותפות לעברה, ובהיעדר ראיה ישירה לתכנון מראש לאינוס, ובציפייה משותפת של שני החברים להסכמת המתלוננת, זוכה מחמת הספק מהאינוס והורשע רק בכליאת שווא: שם, פס' 16–17 לפסק דינו של השופט אלון. השופט ג'ובראן הצטרף, בציינו במפורש שאינו דן בניתוח ס' 350. בדעת מיעוט דחה השופט לוי את הערעור בשל נעילת הדלת והבנת אליאגוייב שהמתלוננת מסרבת לקיים יחסי מין עם חברו: אליאגוייב הוא מבצע בצוותא של האונס, בלי קשר לס' 350. לאחרונה נדון הסעיף האמור בקצרה בהקשר אחר, ובית המשפט העליון פסק שמטרתו להבהיר שהמעשים המיניים האסורים חולשים גם על מצבים שבהם הנאשם גורם לקרבנו לבצע מעשים מיניים בנאשם עצמו. ראו ע"פ 7577/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 8–10 לפסק דין השופט שהם (פורסם בנבו, 14.12.2015).

אפשר לפרש את סעיף 350 באופן שיאפשר להרשיע אישה באיננוס (רק במעשה סדום). הוצע להוסיף לסעיף אמירה ברורה, שיחול על אינוס. נותחו טענות הגנה והתמקדו בשאלת הגרימה: כיצד יכולה אישה "לגרום לאינוס", בעיקר אישה מבוגרת ששוכבת מרצונה עם ילד מתחת ל-14 (לעתים בנה שלה), ואם יש להחליף את המילה "הגורם" ב"המאפשר".⁵³ מקץ חודשים ולאחר קריאה ראשונה, דיון נוסף בסעיף שב והתמקד באינוס בידי אישה. נדונה האפשרות להרחיב את הגדרת הבעילה באופן שתחול גם על בעילת גבר: אישה המאלצת גבר להחדיר איבר מאיבריו לאיבר מינה תהא "אונסת". נבחנה אפשרות להחליף את המילה "הגורם" במילה "המאלץ". הדבר לא הבשיל לתיקון החוק.

(ה) ההיסטוריה של סעיף 350: כיוונים למסקנות

לידת סעיף 350 נבעה מחזיון משפטי שלא התממש. אילו הוגדר "מעשה מגונה" כפי שמוגדר כיום, לא היה הסעיף נולד כלל. חשיבותו הייתה רק לעולם שבו מעשה מגונה יוגדר, כמוצע, כנגיעה באיבר מוצנע של הזולת. אולם בתיקון 22, כפי שהתקבל, המונח "מעשה מגונה" לא הוגדר כלל. סעיף 349 אסר על עשיית "מעשה מגונה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" בניסיונות שונות. תיקון 30, במהלך מזור ולא מנומק שנדמה כמחיקת קולמוס חקיקתית, הפך את הכוונה המיוחדת מתיקון 22 להגדרה והגדיר מעשה מגונה: "מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". בהגדרה ברוחב אינסופי שכזה אין צורך בסעיף 350, שהרי "מעשה מגונה" אינו תחום כלל מבחינה התנהגותית, נסיבתית ותוצאתית, אלא מוגדר על פי הכוונה המיוחדת המלווה אותו ויכול לכלול כל מעשה, לרבות עידוד אדם לגעת בגופו שלו.⁵⁴ סעיף 350 היה הגיוני בהגדרה תחומה של "מעשה מגונה". הגדרה ראויה זו כשלה למצוא דרכה לספר החוקים. במקומה התנחלה הגדרה לא ראויה בעליל, חסרת כל הנחיה,⁵⁵ ואילו הסעיף שנועד לחסום טענת הגנה מקוממת של "לא נגעתי בו, הוא נגע בי", השעונוה על ההגדרה התחומה, נולד בלי טעם מעשי. הניתוח (הגדרת האיסור בצמצום) בגוף החולה (הרחב מדי) היה עלול

53 פרוטוקול מס' 59 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 2.9.2009, זמין ב- www.oknesset.org/committee/meeting/1076 (להלן: פרוטוקול מס' 59).

54 קדמי גרס שס' 350 נדרש להרשעה במצבים שכאלו; יעקב קדמי על הדין בפלילים 1437 (2006). לעתים אמנם התביעה מעמידה לדין בעזרתו. ראו למשל עניין נסים, לעיל ה"ש 12. אלא שאין בכך הכרח משפטי או מעשי. כתב האישום של סבח ממחיש זאת: במקרים רבים הואשם בהבאת בנות שיחו לגעת בעצמן ואף לחדור לעצמן, וכך ביצע מעשים מגונים שונים (לא ברור מדוע לא אינוס). בחלק ניכר מהאישומים לא פירטה התביעה את ס' 350, ולעתים כשפירטה נדמה שהדבר נובע מרצון להאשים את הנאשם בכפל אישומים, במעשה מגונה ובגרם מעשה מגונה. לאישום ולהרשעה במעשה מגונה בילדה, באמצעות הרשת ובהפעלת הילדה במסנג'ר, בלי התייחסות לס' 350 ראו ב"ש (שלום ת"א) 2225/07 מדינת ישראל נ' ליאור (פורסם בנבו, 25.6.2008); לאישום ולהרשעה במעשה מגונה בילדה דרך הטלפון, כנראה תוך הפעלת הילדה ראו ת"פ (שלום ראשל"צ) 41544-04-10 מדינת ישראל נ' לינג (פורסם בנבו, 30.5.2011). אכן, מה לתביעה כי תפנה לס' 350 בשעה שהמעשה המגונה עצמו מוגדר בהגדרה כה עמומה ויכול לכסות כל מעשה שהוא?

55 וזו תוצאה עגומה מאוד מבחינת עקרון החוקיות, תקלה שטרם זכתה להכרה ככזו ולפיכך גם טרם זכתה לטיפול, ובתורה מאפשרת העמדה לדין בגין מעשה מגונה מקוון. ראו הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט", לעיל ה"ש 19, חלק ה.

לייצר מחלה חדשה (טיעון הגנה מקומם), ולכן הוצע חיסון (חסימתו מראש). החיסון הוחדר;
הניתוח לא נעשה כלל.⁵⁶

מבחינת ההיסטוריה החקיקתית אין קשר בין סעיף 350 להרשעה באינוס מרחוק.⁵⁷ הסעיף
נולד לחסום טענת הגנה בנוגע למעשה מגונה שאדם גורם לאחר לבצע בו. הוא לא נולד לבנות
תזה תביעתית. אין לו או להצעות לתקנו קשר לטכנולוגיה.⁵⁸ הגיונו והקשרו נגעו למעשה
מגונה ולא לאינוס. לשון הסעיף נפרשה במפורש על כל עברות המין, אך זאת בלי כל הסבר.
אין זה שולל את האפשרות לאמץ את התזה של אינוס מרחוק; זה ודאי אינו מחזק.

(1) ההיסטוריה: כיוונים למסקנות

המבנה המשולש יוצר פרשנות שמביאה את החוק למחוזות שלא דומיינו. אף לאחת
מההרחבות הבונות את האינוס מרחוק אין קשר היסטורי איתן וברור לרעיון. מבט בהיסטוריה
החקיקתית מערער מאוד את תזת התביעה.⁵⁹ האם הניתוח הנורמטיבי יחזק?

3. אינוס מרחוק? ניתוח נורמטיבי התחלתי

הניתוח הנורמטיבי בוחן אם הערך המוגן בעברה נפגע מהמעשה הנדון. מהו הערך המוגן
בעברת האונס? תשומת הלב בישראל התמקדה באינוס הבסיסי. נהוג לומר שבנוגע אליו הערך
המוגן, אף שהשתנה לאורך השנים (כמו העברה),⁶⁰ קל לזיהוי: האוטונומיה המינית של
האישה וכבודה.⁶¹ אלא שלא באינוס הבסיסי עסקינן. אמנם ניתן לנסות ולבנות תזה פרשנית

56 על האבסורד שבכך ראן אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה המהותי והרטורי
של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 94-97 (2014).

57 ניתן לסבור שבעת שנחקק הסעיף ביקש משרד המשפטים להחילו על כל העברות, לרבות עברת
האונס. בתגובה לשאלת יו"ר הוועדה האם הכוונה האפריורית הייתה החלת הסעיף על כל
העברות, השיבה נציגת המשרד: "אכן, יחול לגבי כל העברות"; ראו פרוטוקול מס' 59, לעיל ה"ש
53. מדובר באמירה עמומה ולא מוסברת, אמירה מקוטעת, פשוטו כמשמעו (תשובה לשאלה
שנקטעת מיד), של נציגת המשרד, שנים רבות אחרי קבלת החוק. יש לשים לב גם להקשר הדיון:
ניסיון למצוא דרך להרשיע נשים באונס.

58 בישיבת ועדת החוקה גרסה קמיר שס' 350 אינו חל על אונס והביעה חשש שאם יוחל על אונס,
יתלוננו נאשמים באונס במשטרה שהמתלוננת גרמה להם לאנוס אותה וירתיעו תלונות. המילה
"אינטרנט" הוזכרה פעם יחידה בשתי הישיבות, כשיו"ר הוועדה ח"כ רותם ביקש מקמיר להיכנס
לאינטרנט לבדוק אם היו נאשמים במעשים מגונים שהתלוננו במשטרה נגד המתלוננות בעזרת
הסעיף; שם.

59 איני גורס שעניין אליאגוייב, לעיל ה"ש 50, שולל אפשרות לפרשנות אחרת במקרים דנן. באותו
עניין הפרשנות עסקה במצב שבו דובר באנס אחד ובאדם אחר שהיה הגורם לאינוס. מנגד,
המקרים דנן עניינם מצב שמדובר בקרבן ובחוקף בלבד. אם בית המשפט סירב לפנות לס' 350
במקרה שבוצעה בעילה ממשית בלא הסכמת האישה, אין סיבה שיפנה כאמור כשאין בעילה
ממשית ויש הסכמה (גם אם לא שלמה).

60 גם ברחבי העולם האונס היה עברה צרה מכפי שהפכה בעשורים האחרונים. ראו TEMKIN, לעיל
ה"ש 5, בעמ' 146-147.

61 אסטריך, ממלומדות האונס הבולטות, ביקרה את החוק (כנוסחו בעבר) שהגן על האוטונומיה ועל
הבחירה הנשית רק במצב הפעלת כוח כלפי האישה והציעה להגן כאמור בכל אי-הסכמה נשית
למשגל; ראו Estrich, Rape, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1095, 1121-1122, 1127, 1132. לערכים
המוגנים בעברת האונס ולהשתנותם עם העתים ראו איילת שחר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 181-182;

שלפיה הבאת ילדה או נערה לבעילה עצמית כרוכה בחוסר הסכמה חופשית; התזה משכנעת בעיקר כשהבאת הילדה נעשית באיום. התביעה נמנעה מכך, ולכן בשלב הניתוח הפורמלי אמנע מכך גם אני. הערכים המוגנים שיש לבחון קשורים למבני האיננס במרמה ומהאיננס הסטוטורי.

באשר לאיננס במרמה, הערך המוגן המסתמן הוא שוב האוטונומיה המינית הנשית. נראה שאין מדובר בדיוק באותה אוטונומיה או באותו רובד, שאם לא כן, לא היה נדרש הסעיף. האוטונומיה הפעם מורכבת ורחבה יותר בשל היעדרה של הסכמה מדעת, להבדיל מהסכמה גרידא ואפילו מהסכמה חופשית, כזו שהנחת המוצא של הסעיף היא קיומה.⁶² הסעיף רחוק מעברת האונס ההיסטורית וקרוב לעברה "קבלת דבר במרמה" שבסעיף 415 לחוק העונשין. האיננס הסטוטורי, במבט ראשון, אינו מגן על "אוטונומיה בסיסית", שכן ניתנת הסכמה לבעילה או על "אוטונומיה רחבה", שכן ההסכמה אינה מושגת במרמה. לו סברנו שאין פה הסכמה כלל, לא היה צורך בסעיף; היינו פונים לאיננס הבסיסי.⁶³ לכאורה הסעיף בא להגן על רובד אחר, שלעת עתה אכנהו "אוטונומיה פטרנליסטית" או "מחושבת": הסכמת הילדה, אפילו בהבנתה את מיהות העושה ומהות המעשה, אינה משכנעת את המחוקק בשל גילה ובשל ההנחה החלוטה שאין היא מסוגלת לייצר את רמת ההסכמה שנדרשת כדי שלא לקרוא לבעילתה "איננס".

האם הערכים האמורים נפגעים במצב שאדם מרמה נערה בעניין מיהותו ומביאה לחדור לעצמה, או במצב שאדם מביא ילדה לחדור לעצמה, במרמה או בלעדיה? על פני הדברים התשובה נראית חיובית. אמנם אין פה יחסי מין מלאים ויש פה הסכמה; לצד זאת יש חדירה, וההסכמה שיש – איננה שלמה וטובה, וכך מתגבשת פגיעה ערכית. ייתכן שהפגיעה אינה זהה בעצמתה לפגיעתו של אדם המקיים יחסי מין מלאים לאחר מרמה, או לפגיעתו של אדם המקיים יחסי מין מלאים עם ילדה בהסכמתה. אך מי אמר שהפגיעה צריכה להיות זהה בעצמתה?⁶⁴

4. איננס פרשני מרחוק? סיכום

פרשנות לשונית של החוק מאפשרת להרשיע באיננס מרחוק, הגם שלא במובהק. סקירה היסטורית אינה תומכת בתזה. מבט ערכי התחלתי דווקא תומך בה, גם אם לא במאת האחוזים. ועדיין נותרת תחושה לא נוחה. המקריות שבה נולדה התזה – מטרידה, וכך גם השלכות הפרשניות. ההרגשה שהתזה יצירתית מאוד ולא אינטואיטיבית, גם אם אפשרית לשונית,

קמיר "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 5, בעמ' 737–747; סיגל ודוידוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 143, 146–145. רובנפלד תיאר את המעבר מתפיסות קדומות על אונס כחילול האישה ופגיעה בתומתה לתפיסה המודרנית, שעניינה האוטונומיה המינית. הוא תקף את הבסיס המודרני והציע חלופה להצדקת העברה, ההחזקה העצמית (self-possession); (Jed Rubinfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 YALE J.L. 1372, 1388–1393, 1417–1430 (2013)).

62 ארחיב על כך להלן בחלק השני, ס' 3.

63 בילסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 422. גם על כך ארחיב להלן בחלק השני, ס' 3.

64 השוו לדברי השופט שפירא בהחלטת המעצר בעניין דנינו, לעיל ה"ש 9.

מנקרת. יותר מכל מציקה התחושה שהמעשה, חרף היותו פוגעני ומכוער, אינו ראוי להיקרא "אונס" דווקא. זו העת להעמיק במבט הנורמטיבי ולבחון אם יש יסוד לתחושות.

חלק שני: אינוס מרחוק במבט נורמטיבי

1. מפת דרכים נורמטיבית

אם נאמר שעברת האינוס מגנה על האוטונומיה המינית, משתמע שכל מה שמכסים יסודותיה ופוגע באוטונומיה המינית הוא אכן אונס. אמירה כזו, הגם שקלה היא לעיכול תביעתי ושיפוטי, עוצרת מוקדם ומופשט מדי ואינה מזהה זיהוי חד דיו את תכלית העברה. נדרש מבט מעמיק ורחב יותר.

עברת האונס המרכזית, האינוס הבסיסי, קצרה ופשוטה יחסית וכוללת מעט יסודות: חדירה; לאיבר מין נשי; ללא הסכמה חופשית. האם כשהחדירה נעשית באמצעות הקרבן עצמו, בהסכמתו, בלי נוכחות מאיימת של המבצע, מדובר באונס? חלק זה, לב המאמר, רואה בתזת האינוס מרחוק הזדמנות לחשיבה מחדש על עברת האינוס. תזה זו מאתגרת פחות במובן המילולי ויותר במובן הנורמטיבי. זה הזמן לדיון ערכי: האם האינוס מרחוק הוא אמנם אינוס? ואם כן, מדוע? כדי להשיב נדרש מבט בעברה בכללותה, ולא רק בה. מה מכסה העברה ומה לא? היש היגיון אחיד ומשכנע בהכלת כל חלופותיה של העברה הקיימת ובהדרת פגיעות אחרות?

השאלות מורכבות וקשות, ולא אתימר להציע תשובה נחרצת, אלא רק כיווני מחשבה. אציעם במבט אנליטי המפרק את עברת האונס לגורמיה, לרכיביה. כוונתי אינה לנתח את יסודות העברה אלא לפרקה לשני חלקים מופשטים: האינטראקציה הפיזיולוגית-מינית והאינטראקציה המנטלית.⁶⁵ הראשונה מכוונת למהלך המיני, בלי קשר הכרחי למה שקדם לו; השנייה והבלתי נפרדת מכוונת למהלך שקדם לו, בדגש על האינטראקציה בין הצדדים (ולא על מחשבת הנאשם).

ניתוח המהלך המיני יהיה קצר יחסית וידון במה שכוללת עברת האונס על חלופותיה, וחשוב לא פחות – מה שאינה כוללת. ניתוח המהלך המנטלי יהיה מורכב יותר, בהישענו על שאלת ההסכמה, מוקד האינטראקציה המנטלית בין הצדדים. האם התזה של האינוס מרחוק משכנעת? אשען על עברת האינוס הבסיסי כעוגן, שדרכו אביט במצבים אחרים שנקראים או אינם נקראים "אונס". אנסה להבין מהו "אונס" במובן הערכי ואם החוק מספק תשובה אחידה עם התאמה מושלמת בין מה שנקרא אונס מבחינה פורמלית לבין מה שראוי להיקרא אונס מבחינה נורמטיבית. ככל שרוב השוני הנורמטיבי בין חלופות האונס, כן מתגבר הקושי בכינוין באותה תווית, וככל שרוב הדמיון הנורמטיבי בין האונס לבין עברות אחרות, כן מתגברת

65 קוואן כתבה שניתן להבין את הנוק של האונס רק אם מבינים את היחסים בין גוף ונפש ואת ההסכמה; Sharon Cowan, *The Trouble with Drink: Intoxication, (In)capacity, and the Evaporation of Consent to Sex*, 41 AKRON L. REV. 899, 903 (2008).

התהייה שמא נכון לכנותן בתווית שונה. עניין התווית קריטי בעיניי וארחיב עליו לאחר שני מהלכי האינטראקציה.

2. האינטראקציה הפיזיולוגית-מינית

(א) מבוא

בעילה היא החדרת איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה. כל חלופות האונס מחייבות מעשה בעילה: כל שאינו בעילה, איננו אונס. האם הדבר הגיוני? או שמא צר מדי או רחב מדי?

(ב) המהלך שנכלל באינוס

ניתן לשער שכשאנשים חושבים על אינוס, המהלך הפיזיולוגי הראשון שעולה על דעתם הוא חדירת איבר מין גברי לאיבר מין נשי. עברת האינוס מכסה זאת, ומוסיפה גם חדירת איבר גוף או חפץ לאיבר מין נשי. ההרחבה חיונית לתזת האינוס מרחוק. האם היא מוצדקת? אכן שושן מגדיר "בעילה": "ביאה, הזדווגות, יחסי מין", ו-"בעל": "נשא אישה, הזדווג, בא ביחסי מין עם אישה".⁶⁶ לשונית, החדרת חפצים וחלקי גוף (שאינם איבר מין גברי) לתוך איבר מין נשי אינם "בעילה". אמנם הלשון הטבעית נסוגה בפני הגדרה ברורה של המחוקק, אך זאת במובן הפורמלי. האם מבחינה מהותית נורמטיבית הרחבה זו ראויה? רופא כללי, שלפי האישום החדיר במהלך בדיקה אצבעות לאיבר מינן של שתי נשים, הואשם באינוס, אף שנהג כאמור לפני תיקון 30. סעיף 348(ג) לחוק העונשין דאז קבע: "המחדיר חפץ לאיבר המין של אישה או לפי הטבעת של אדם, באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345, דינו כדין אונס". האם אצבע היא חפץ? הנשיא שמגר פנה להצעת החוק מ-1988 והסיק בלי היסוס שהמחוקק "ביקש למנוע את הנזק שעלול להיגרם לנפגעת מכל החדרה לאיבר המין, אף שלא בדרך הבעילה במובנה המצומצם". לטעמו, הנזק האפשרי לקרבן מחדירה כזו דומה מבחינה רפואית ומבחינה פסיכולוגית לנזק האפשרי מאונס ממשי. ההחדרה היא החשובה ולא אמצעי ההחדרה, ולכן יש לראות בתיקון 30 הבהרה ולא חידוש, והרשעת הרופא באינוס מוצדקת.⁶⁷

לא אכנס לדיון בבעייתיות הרבה (מבחינת עקרון החוקיות) של פסק הדין.⁶⁸ גם לא לשאלת ההפללה של החדרת חפץ או אצבע לאיבר מין של אישה שלא בהסכמתה; הדבר ראוי לענישה חמורה. האם מבחינה נורמטיבית ראוי לכנותו "אונס"? איני מפקפק בפגיעה הפסיכולוגית והרפואית האפשריות. אולם האם החדרת דבר לאיבר מינה של אישה בלי הסכמתה כרוכה בפגיעה זהה בעצמתה לפגיעה באישה הנבעלת במובן המילולי בלי הסכמה? המעשים שונים

66 מילון אבן שושן המרוכז 119 (2004). להתחקות תנ"כית על השורש בע"ל (ושורשים קשורים) וביקורת פמיניסטית חריפה בקשר לטרמינולוגיה של דיני האונס ראו אורית קמיר "ואם בעל – קנה": סיפורי 'בעילה' ו'היבעלות' בחוק העונשין" פלילים ז' 121, 127 ואילך (1999).

67 ע"פ 3907/92 סמחאת נגד מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 104, 106–108 (1992).

68 סטרשנבר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 271–272, 284–285.

פיזית ועשויים להיחווה אחרת גם רגשית, ברמת הפלישה לאינטימיות. קיימת סכנה פוטנציאלית שונה; היריון והידבקות במחלות (להבדיל מזיהום) שונות אפשריים רק במשגל.⁶⁹ ייתכן שתיוג מדויק יתמוך בהפרדה בין המעשים, גם אם יותירם ברמת חומרה דומה. מה גרוע יותר: משגל מלא ללא הסכמה או החדרת חפץ לאיבר המין ללא הסכמה? אם התשובה אינה "אותו דבר", ראוי להבדיל. דומני שאכן ראוי להגדיר בהרחבה את המונח "בוועל", בשונה מההגדרה הפסיקית בעבר.⁷⁰ שאלה אחרת היא אם ההרחבה מתאימה גם לחלופות האונס שעליהן נשענת תזת האינוס מרחוק.⁷¹

(ג) מהלכים שאינם נכללים באינוס

ניתוח משפטי אנליטי פרקטי (ולעתים גם אקדמי) מתמקד מטבעו ביסודות העברה הנדונה, תוך התעלמות כמעט מוחלטת מעברות אחרות, שאינן חלק חיוני באישום. אולם מבט רוחבי בעברות קרובות יש בו כדי לשמש מכשיר מצוין להבנת העברה הנדונה ולהבנת תכליתה: לאן היא מכוונת, וחשוב לא פחות – לאן לא. כדי להשיב על השאלה הנורמטיבית הקשה "מהו אונס?", ראוי להיעזר בשאלה נורמטיבית אחרת שהוצגה בראשית המאמר, והיא חשובה מאוד לתזת האינוס מרחוק: "מה אינו אונס אבל דומה לו?". עיינו ברשימת הדוגמאות (אזהרת טריגר):

- א. זר מפשיט אישה לגמרי, בכוח וללא הסכמתה, מתחכך בחזה ובישבנה, מגיע לסיפוקו ועוזב את הזירה.
- ב. גבר מופשט באיומי אקדח בידי זר, בסמטה חשוכה. הזר נוגע בגופו, בא על סיפוקו ועוזב. לחלופין, הזר מחזיק אקדח, וזרה שוכבת עם הקרבן.
- ג. גבר/אישה נחדרים שלא בהסכמה, בפיהם או בפי הטבעת.
- ד. גבר/אישה מביא/ה גבר אחר לסיפוק בידו/ה, בלי הסכמתו.
- ה. מטפלת/ת נפשית / רופא/ה משכנע/ת מטופלת/ת לשכב עמו/ה.
- ו. מורה שוכב עם בת 14; מורה שוכבת עם בן 14 (בהסכמה).
- ז. מרצה שוכב עם סטודנטית בקורס שלו בטרם תם הקורס (בהסכמה).
- ח. בגירה שוכבת עם בן 13 (בהסכמה).

69 אולסזווסקי ציין שחלק מהרציונלים לדיני האונס הסטטוטורי מתקשרים לחשש מהיריון. אם המטרה למנוע הריון קטינות, אז מין אוראלי אינו צריך לזכות ליחס דומה. אפשר להקצין ולהפיל רק את מי שעובר קטינה, ובכך לתת מניע לנקוט אמצעי מניעה; Olszewski, לעיל ה"ש 26, בעמ' 704–706.

70 סטרשנוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 269–270.

71 כמפורט בהמשך, האינוס במרמה מתאר פגיעה בקרבן בדיעבד, לאחר שהסכימה ליחסי מין בזמן אמת בגין מרמה. ניתן לתהות אם האוטונומיה שלה ראויה להגנה פלילית בשעה שקיבלה בחירה כאדם בוגר; התהייה מתגברת בנוגע למצב שאינו משגל. באשר לאינוס הסטטוטורי, היש לכנות אדם בגיר שהחדיר אצבע לאיבר מינה של ילדה בת 13 בהסכמתה החופשית "אנס"? ודאי ניתן להרשיעו במעשה מגונה לפי ס' 348(א), שמאפשר מאסר שבע שנים. אם ראוי להטיל עליו עונש חמור מזה, בדומה לעונש בגין אינוס, עדיין ייתכן שהסכנה הנובעת ממנו שונה מהסכנה הנובעת מקיום יחסי מין מלאים עם ילדה, ודומה לסכנה הנובעת ממעשה מגונה.

ט. בגירה שוככת עם בגיר, לאחר שרימתה אותו בנוגע לזהותה או בנוגע למעשה. כל הדוגמאות מתארות פגיעה כלשהי באוטונומיה המינית.⁷² חלקן כרוכות בחדירה כפויה, חלקן בבעילה שהושגה בהסכמה שאינה מושלמת. בכל זאת מבחינה משפטית כולן אינן אינוס או אפילו ניסיון לאינוס. מדוע? ומה המשמעות שיש לכך בקשר לאינוס מרחוק? ניתוח נורמטיבי התחלתי של תזת האינוס מרחוק הניח שמצב כזה כרוך בפגיעה באוטונומיה המינית של הקרבנות. האם די בכך כדי לומר שהפרשנות התכליתית תומכת בתזה? לא כל פגיעה באוטונומיה המינית היא אונוס. מבט בחוק הקיים בעברות רבות אחרות שמגנות גם הן על האוטונומיה המינית מעלה תהייה: מדוע לא לכנותן "אונוס"? עברות המעשה המגונה בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין ודאי מגנות על האוטונומיה המינית של האישה (והגבר). הערך המוגן נראה זהה. אז מה אם אינן כוללות בעילה? מדוע יסוד הבעילה מצדיק עברה נפרדת?

ארבע עברות מין אחרות דווקא כוללות יסוד חדירה ועדיין אינן מכונות אונוס: "בעילה אסורה בהסכמה", "מעשה סדום", "יחסי מין בין מטפל נפשי למטופל" ו"יחסי מין בין כהן דת לאדם שקיבל ממנו ייעוץ והדרכה". מה בינן לבין אונוס?

בעילה אסורה בהסכמה, בסעיף 346 לחוק העונשין, עניינה נבעלת בת 14–16, או משגל במערכת יחסים מיוחדת עם הבועל או הבטחת נישואין מצדו. עברה מגדרית זו דינה ארבע/חמש שנות מאסר, אף שהבעילה מתרחשת בגיל לא רצוי או במצב לא רצוי. המחוקק הבדיל בין אלו לאונוס: לא כל בעילה פגומה היא "אונוס".⁷³

מעשה סדום, בסעיף 347, כשנעשה בנסיבות אינוס, עניינו חדירה, הפעם לפי הטבעת או לפיו של אדם. שוב הבחין המחוקק בין התנהגות דומה בנסיבות זהות, למעט האיבר הנחדר, ולא קרא לשתייהן "אונוס", אף ששתייהן במדרג חומרה זהה. עברה זו אינה מגדרית.

עברה עדכנית יותר, **יחסי מין בין מטפל נפשי למטופל**, בסעיף 347א לחוק העונשין, כוללת בעילה או מעשה סדום בהסכמה שלכאורה חופשית ומדעת. העברה מיוחדת במערכת היחסים בין הצדדים, אפילו כמה שנים לאחר סיומה; לאורה מטיל המחוקק ספק בטיב ההסכמה, בחופשיותה או במודעותה. ארבע שנות מאסר לצדה: בעיני המחוקק היא חמורה פחות מאינוס, ממעשה סדום או מבעילה אסורה בהסכמה חרף הבעילה. העברה איננה מגדרית.⁷⁴ העברה האחרונה שנחקקה, באפריל 2016, היא בסעיף 347ב: **יחסי מין בין כהן דת לאדם שקיבל ממנו ייעוץ או הדרכה**. עברה זו תואמת את קודמתה אולם עוסקת במערכת יחסים מיוחדת אחרת, שבמהלכה ובסמוך לסיומה קוימו יחסי מין, אך לא שנים אחריה. גם לצדה ארבע שנות מאסר,

72 השיטות להשגת פעילות מינית בלתי מוסכמת הן בלתי נגמרות. ראו *Falk, Rape by Drugs*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 133.

73 לביקורת הנוגעת לצדקת ההתייחסות לבעילה לאחר מרמה בנוגע להיותו של אדם פנוי כאל בעילה אסורה בהסכמה: האלמנה לייסט "הערת פסיקה: אינוס במרמה לגבי מיהות העושה" – בעקבות ע"פ 2411/06 פלוני נגד מדינת ישראל" **הסניגור** 146, 4, 7 (מאי 2009).

74 לרקע לעברה זו ראו ע"פ 7024/93 פלח נ' **מדינת ישראל** פ"ד מט(1) 2 (1995). ניתן בהחלט לצדד בהרחבת העברה למסגרות טיפוליות נוספות, למשל טיפול רפואי מסוגים מגוונים.

גם היא חמורה פחות מאינוס, ממעשה סדום ומבעילה אסורה בהסכמה חרף הבעילה, וגם היא איננה מגדרית.⁷⁵

המחוקק בחר להפריד בין סוגים שונים של פגיעות באוטונומיה הפיזית המינית. מדוע להבחין בין אינוס למעשה מגונה, לבעילה אסורה בהסכמה, ליחסי מין בין מטפל נפשי למטופל ולמעשה סדום? כולם מתארים פגיעה קשה באוטונומיה המינית. מה משנה אם החדירה הכפויה היא לפי הטבעת או לאיבר המין?⁷⁶ מה משנה אם נכפית חדירה או נכפה ליתוף? כשהמעשים דומים והערך הנפגע דומה, מה הטעם לפצל את המעשים לעברות ולתוויות שונות ולעתים אפילו לענישה שונה? ייתכן שלצד הדמיון יש גם שוני חשוב בין המעשים, שוני שחשוב למחוקק להטעימו.

כאמור, השוואה בין עברות שונות אינה דבר שהמשפט שבשטח נדרש לעסוק בו.⁷⁷ אישום במעשה מגונה אינו מחייב השוואה לאישום באונס; כל אחד נדון במסגרת שונה, עם סולם חומרה פנימי. קיים דמיון בין העברות שלעיל לאונס: פגיעה באוטונומיה המינית של אדם, שמתקשרת לפגם בהסכמה, כמפורט בהמשך. בהתחשב בדמיון, מדוע העברות אינן מכוונות "אונס"? המחוקק אינו נוהג להסביר מדוע נתן להתנהגות פלוגית תווית א' ולהתנהגות אלמונית תווית ב'. היש טעם בהבחנה בין אונס לבין העברות שלעיל?

טעם כזה אפשר להציע במבט התחלתי בערכים הנפגעים, באופן הפגיעה ובמידתה. אינוס ומעשה מגונה פוגעים באוטונומיה המינית. בחלקה, עברת המעשה המגונה שעונה במישרין על נסיבותיה של עברת האינוס. ההבחנה ביניהם ניתנת לתיאור בהיעדר הבעילה⁷⁸ וכן באפשרות לקרבן גברי, שכן האונס הוא עברה מגדרית בהגדרתה. ההצדקה להבחנה מתקשרת ודאי לפגיעת האונס בערך החברתי בחומרה רבה אף מזו של המעשה המגונה: התפיסה החברתית המקובלת היא שחדירה כפויה חמורה מליטוף כפוי.

ההבחנה בין אינוס לבעילה אסורה בהסכמה מורכבת יותר. רב הדמיון ביניהם: בשניהם יש בעילה, הסכמה פגומה וקרבן אישה. אלא שכאן עולה הבחנה חשובה: האינוס הבסיסי מחייב היעדר הסכמה חופשית; הבעילה האסורה מניחה את קיומה. הבעילה אסורה לא בגין היעדר הסכמה אלא בגין הנסיבות שאפופה: גיל הנבעלת שאינה נשואה לבעל או הבטחת שווא לנישואין; גיל הנבעלת במערכת יחסים הייררכית ועוד. אפשר לשער שהבעילה האסורה נבדלת מעברת האונס משום שהפגיעה באוטונומיה המינית קלה או למצער שונה מהפגיעה שמגלם האונס,⁷⁹ ואפשר שהעברה נבדלת משום שערכים חברתיים נוספים נפגעים: יחסי מרות, חינוך, עבודה ועוד.

75 ס"ח 2546, 7.4.2016, עמ' 718.

76 בפרק הבא של המאמר אבחן אם חשוב שההסכמה אינה קיימת או שהיא קיימת אבל לקויה.

77 כך נכון גם באשר לשאלת התייג, שאליה אגיע בעוד שני פרקים.

78 רובנפלד תהה מדוע אונס הוא פשע עצמאי, באשר כל אונס הוא תקיפה, ותהה מדוע אין עברה על תקיפת איברים מיוחדים אחרים; Rubinfeld, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1387.

79 מה שמלמד ששאלת אופי הפגם בהסכמה (ולא רק עצם הפגם) יכולה להבחין לבדה בין אונס לעברה קלה יותר.

המבט באיננוס למול יחסי מין בטיפול נפשי מאיר פן נוסף. הדמיון שוב מכוון לערך המוגן ואף לחדירה. הבחנת המחוקק, מלבד היות עברה זו לא מגדרית, מרמזת שוב על חומרה פחותה, על שוני במידת הפגיעה הערכית, ולצדה ערך חברתי נוסף שנפגע: טיפול השעון על יחסי אמון.

לבסוף, המחוקק מבדיל בין אונס למעשה סדום. מעשה סדום אינו עברה מגדרית. מלבד זאת, ההבדל המרכזי בינו לבין אונס הוא באיבר הנחדר. המחוקק סבר שזו סיבה מספקת לייצר תוויות שונות ועונש אחיד. האם מלבד זאת יש שוני בערך הנפגע, באופן הפגיעה או במידתו? לבד מסכנת ההיריון, שאפשרית באיננוס אך לא במעשה סדום (ולא בהחדרת אצבע וחפץ), אני מתקשה לראות.

לסיכום, אדם יכול לפגוע באוטונומיה פיזית-מינית נשית (ולרוב גם גברית) בשפע דרכים. יש אינסוף דוגמאות קשות להתנהגויות הפוגעות בערך זה (אזהרת טריגר).⁸⁰ הנה כמה:

התנהגות	תווית/כינוי + סעיף	עונש
בעילה ללא הפעלת כוח באופן המתעלם ממצוקת האישה ומחוסר רצונה החופשי	אינוס (בסיסי), 345(א)(1)	16 שנה
בעילה שאינה מכבדת את האוטונומיה המודעת של האישה	אינוס במרמה, 345(א)(2)	16 שנה
בעילה בהסכמה בניגוד לתפיסת המשפט באשר לגיל ההסכמה	אינוס סטוטורי, 345(א)(3)	16 שנה
בעילה כוחנית ואלימה תוך שימוש בנשק	אינוס מוחמר, 345(ב)(2)	20 שנה
בעילה ללא הסכמה, שהובילה להיריון	כנ"ל, 345(ב)(3)	20 שנה
בעילת בת 14–16 בהסכמתה או בעילת בגירה לאחר הבטחת שווא לנישואין	בעילה אסורה בהסכמה, 346	5 שנים
החדרת איבר מין או חפץ לפי הטבעת של אישה או החדרת איבר מין לפיה בנסיבות אינוס	מעשה סדום, 347	16–20 שנים
בעילת מטופלת בידי מטפל נפשי	יחסי מין בין מטפל נפשי למטופל, 347א	4 שנים
מגע מיני פיזי כוחני או ללא הסכמה בגוף של אחר	מעשה מגונה באדם, 348	2–10 שנים
מעשה מיני בהסכמה וללא מגע פיזי מול בת למטה מ-16	מעשה מגונה בפני אדם, 349	3 שנים
אינוס או מעשה סדום בתוך המשפחה ⁸¹	עברות מין במשפחה, 351	20 שנה

אפשר להוסיף ולתהות: האם האוטונומיה הפיזית-מינית נפגעת במצבים להלן, במישרין או בעקיפין? ריבוי נישואין או האיסור עליו;⁸² ניאוף בסתר (בעיקר ללא אמצעי מניעה) או

80 פאלק סקרה חקיקה מקפת של "מגוון מפתיע ברוחבו" של חוקים האוסרים על צורות שונות של מעשים מיניים בלי הסכמה בשל ניצול אמון, סמכות, מרמה, כפייה והיעדר הסכמה; Patricia J. Falk, *Rape by Fraud and Rape by Coercion*, 64 BROOK. L. REV. 39, 89–130 (1998).

81 כוונה אינה לאונס בין בני זוג אלא בעיקר לאונס ילדים/נכדים.

לחלופין מגבלות משפטיות עליו; איסור על הפלות ללא היתר;⁸³ ברית מילה לתינוק;
התערטלות בפומבי או מגבלות משפטיות עליה⁸⁴ וכדומה.

(ד) האינטראקציה הפיזיולוגית-מינית: סיכום

מבט פיזיולוגי-מיני בעברת האינוס מעלה תהיות בנוגע לעקיבות של עברת האינוס. מדוע לכנות החדרת חפץ לאיבר מין נשי "אינוס"? משום שגם התנהגות זו פוגעת קשות באוטונומיה המינית של האישה? אם כן, מדוע שלא להטיל תווית "אינוס" גם על מעשה סדום? חדירה קיימת אף בה. אמנם היא אוראלית או אנאלית, ולא וגינאלית. אז מה? כמו החדרת חפץ, גם מעשה סדום נבדל מאינוס במובן ערכי מסוים, בסכנה שקיימת רק במשגל כפוי: היריון. משפטית, עברת האינוס בישראל מגנה על נשים בלבד. עניין זה הופך בעל כורחו לחלק מהתכלית: לא הגנה על האוטונומיה המינית של אדם אלא של האישה בלבד. היש לכך הצדקה?⁸⁵ בנוסף, מה הטעם לכנות חדירה מלאה "אונס" ולכנות מגע בחזה/ישבן נשי (או באיבר מין גברי) ללא הסכמה "מעשה מגונה" גרידא? גם האוטונומיה המינית שלה נפגעת. פגיעה באותו ערך אינה מספיקה להטלת תווית אחידה ועונש אחד: גם מידת הפגיעה היא שאלה חיונית. אם היא חיונית להצדקת ההבחנה בין אונס למעשה מגונה, אזי היא חיונית גם לצורך מבט פנימי בחלופות האונס השונות, מבט המתמקד באינטראקציה המנטלית ובוחרן אם חלופות האינוס, במיוחד אלו שבבסיס האינוס מרחוק, כרוכות יחד בצדק ולא רק בדין.

3. האינטראקציה המנטלית

(א) מבוא

הנה שורה נוספת של פעולות שאינן נחשבות אונס בישראל, אף שלפחות חלקן משקפות אוטונומיה מינית פגועה (אזהרת טריגר): משגל מוסכם לא מרצון בחווייה אלא רק לשם סיפוק בן הזוג; מגע בבן זוג באופן שאינו מסב לו עונג;⁸⁶ עשיית פעולה מינית שנעימה למקבל אך

82 ס' 176 לחוק העונשין. ריצ'רדס כתב שטיעון מרכזי נגד פוליגמיה הוא הישענותה על כפייה, שטיפת מוח או אוטונומיה בעייתית אחרת, בשל לחצים חברתיים, דתיים או תרבותיים; Jacob Richards, *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, 98 CAL. L. REV. 197, 223 (2010).

83 הפגיעה האפשרית היא במי שנמנעת מיחסי מין כדי שלא להסתכן בהיריון; ראו ס' 312–321 לחוק העונשין.

84 נוכח הפגיעה בחשיפת הציבור למעשה בעל כורחו. מנגד, ניתן לטעון שהפללה פוגעת באוטונומיה של החושף.

85 פוקס הדגיש שזקפה כשלעצמה היא תגובה ביולוגית, שאינה מלמדת על הסכמה או אפילו על עונג מיני, אך מותירה גברים רבים מבולבלים באשר לאופן שבו גופם תפקד ועוצרת את חלקם מלהתלונן או לבקש עזרה. התופעה מתאפיינת בתת-דיווח חמור, באשר הקרבנות חוששים מלעג, מחוסר אמון ומגינוי קהילתי על היותם כביכול לא גבריים; Siegmund Fred Fuchs, *Male Sexual Assault: Issues of Arousal and Consent*, 51 CLEV. ST. L. REV. 93, 93–8 (2004).

86 גרוס העלה תהייה כזו בדיוק: לדידו לא הייתה מתאפשרת הרשעה במצב שבו הובטח מין מהנה וטוב ובמקומו התקבל מין גרוע; אייל גרוס "התחזות כאדם אחר: חיקוי ומרי מגדרי במשפט של

לא לנותן; הפעלת לחץ רגשי על בן זוג להתנסויות חדשות שאינן מושכות אותו; משגל בתמורה (משתמעת) לשימור הקשר; מין שהופק בשקר נשי לגבר שהאישה משתמשת בגלולה, בתקווה להיכנס להיריון, או בשקר גברי לאישה על שימוש בקונדום, כדי להכניסה להיריון או להגברת הנאתו;⁸⁷ הבטחה כוזבת למשגל נסוג; הסתרת מידע מבן זוג על מחלה מידבקת;⁸⁸ הסתרת עיוות בגוף לפני משגל בתקווה לסיוע מהחשכה או מאי־נעימות חברתית; משגל לאחר הסתרת נישואין/היריון/הורות,⁸⁹ או בעזרת איפור כבד, פֶּאה, עושר מזויף;⁹⁰ הסתרת נטייה מינית מפרטנרים למשגל; פנטזי סודי על אחרים בזמן משגל; אוננות ופנטזי נשוי על אחרים; צילום משגל ללא הסכמת בן הזוג; תיאור גופו/ה של בן/ת הזוג או ביצועיו/ה המיניים בפני חבר/ה; פנטזי מיני על אחר והחפצתו ללא ידיעתו או נגד הסכמתו;⁹¹ צפייה בפורנוגרפיה והפקת הנאה מינית, למורת רוחו של בן זוג; חשיפת אחר לפורנוגרפיה נגד רצונו;⁹² דיווח, תיאור ועיסוק חברתי במיניותו של אדם/זוג, בלי הסכמתו; גינוי חריף של אחר בגין יחסי מין שאינם מקובלים חברתית או קהילתית; צילום בסתר של אחרים במשגל; הצהרת אהבה כוזבת לפני משגל;⁹³ עיסוי שכולל מגע לא רצוי ללא חדירה; אמירות מיניות מגניקולוג/רופא לאחר

- חן אלקובי "משפטים על אהבה 365, 390–391 (ארנה בן נפתלי וחנה נוה, עורכות, 2005). מנגד, עונג אינו שווה הסכמה. ראו Rubinfeld, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1405.
- 87 שמליאס כתבה שדיני האונס ככלל אינם אוסרים על משגל הנובע מפיתוי במרמה כל עוד הצד המרומה מבין שהוא עוסק במין; Martha Chamalias, *Consent, Equality, and the Legal Control of Sexual Conduct*, 61 S. CAL. L. REV. 781, 831–2 (1988).
- 88 ראו ס' 218 לחוק העונשין; אביגדור סלטון ודניאל שם טוב "יידוע בן/בת זוג או שותף/פה ליחסי מין, של נשא HIV או חולה AIDS על אודות מצבם הרפואי של הנשא/החולה" רפואה ומשפט 26, 41 (2009).
- 89 רובנפלד כתב שניתן להציב דרישות גילוי, אך זה יקלקל חלק גדול מהכיף במין. מעטים יודעים הכול על שותפיהם למין. מוגזם לומר שכולנו משקרים עבור מין, אך לא מוגזם לומר שכולנו מסתירים משהו, ומטעים במעודן; Rubinfeld, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1416.
- 90 כך בארצות הברית לפחות. הקרבן מסכים לזהות הפרטנר, אך המרמה פוגם בהסכמה. לא כל מרמה תספיק להפללה. ראו Russell L. Christopher & Kathryn H. Christopher, *Adult Impersonation: Rape by Fraud as a Defense to Statutory Rape*, 101 Nw. U.L. REV. 75, 90, 98–99 (2007). השניים הפנו לפיינברג, שהציע שלא להחיל את העברה על התחזות לידוענים. ראו Joel Feinberg, *Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent*, 96 ETHICS 330, 345 (1986).
- 91 איני עוסק כעת באוננות מול אדם אחר שישן, שאז כבר נקבע שמדובר במעשה מגונה. ראו ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.9.2011); דנ"פ 7457/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.2.2012).
- 92 אדם שכפה על ילדה להתפשט ולצפות כאמור הורשע במעשה מגונה; ע"פ 7004/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.7.2012).
- 93 כריסטופר וכריסטופר כתבו שהדין הפלילי אינו מכיר בכל מקרי המרמה כמגבשים אונס. אמירות סרק של אהבה אינן נחשבות רציניות דיין כדי להיחשב לאונס. גם מרמה בנוגע למעמד חברתי, עושר או משיכה פיזית אינה נחשבת לאונס בדרך כלל; Christopher & Christopher, לעיל ה"ש 90, בעמ' 89. רובנפלד כתב שאמנם לא כל שקר מערער את האוטונומיה, רק שקר מהותי, ולא כל מצג שווה הוא מהותי, אך ברור שהזכות לאוטונומיה מינית כוללת את הזכות לא לשכב עם מי שאינו מעוניין במערכת יחסים רצינית; Rubinfeld, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1402, 1406–1408.

בדיקה; חשיפת אדם לפגיעה מינית שנעשתה בו בלי ידיעתו;⁹⁴ טיפול רפואי ומגע גופני שלא לצורך רפואי; התייחסויות חוזרות ונשנות אל אדם, המתמקדות במיניותו, הגם שהראה למטריד שאיננו מעוניין. ניתן להוסיף עוד ועוד.

בחלק הקודם תהיתי מדוע אינטראקציות פיזיולוגיות-מיניות מסוימות מכונות "אונס", ואילו אחרות אינן מכונות כך. כעת אגש לשאלת האינטראקציה המנטלית, המורכבת ומבלבלת אף יותר. היא מצריכה הבנה מעמיקה של ההסכמה, סוגיה מכרעת בעולם האונס, שעשויה להוות לבדה את ההבדל המרכזי בין התנהגות נורמטיבית מקובלת לבין התנהגות אנטי-חברתית.

אפתח במבט כללי קצר בשאלת ההסכמה במשפט הפלילי. אמשיך לשאלת ההסכמה בעברות האינוס, בהרחבה על החלופות שבבסיס תזת האינוס מרחוק, המרמה והאונס הסטטוטורי. בסיום אבחן את שאלת ההסכמה בנוגע לאינוס מרחוק.

(ב) הסכמה במשפט פלילי

אתחיל בסקירה קצרה של מונח ההסכמה במשפט הפלילי וחיבתו. למה מתקשרת ההסכמה? מדוע היא חשובה ומתי? כיצד היא פועלת במונח המשפטי? הסקירה מטרתה מכשירנית, הכשרת הקרקע להמשך הניתוח של עברות האינוס. איני מתיימר למצות את מורכבות הסוגיה. חשיבות מעמדה של ההסכמה מצריכה הבהרה באשר למונח חשוב אחר, שהוזכר שוב ושוב בלי הסבר, האוטונומיה.⁹⁵ המונח מתחבר יפה לרעיונות שבבסיס ההפללה, עקרון הנזק או הערך המוגן.⁹⁶ לפי עקרון הנזק, שניסוחו מיוחס למיל (Mill), המדינה מוסמכת להתערב בחירות הפעולה של פרט רק כדי למנוע נזק לאחרים; אדם חופשי לנהוג כרצונו בענייניו הפרטיים, לבחור תכנית חיים.⁹⁷ הפרט אינו רשאי להזיק לאחרים אך רשאי להזיק לעצמו, אף שהדבר לעתים קרובות אינו נוח לאחרים.⁹⁸ עקרון הנזק מקדש את האוטונומיה משני צדיה: האוטונומיה של הפרט לפעול כפי שירצה ולממש את הריבונות העצמית עד לשלב שיפגע בזכותם של אחרים למשול בעצמם.

94 ראו עניין טמסוט, לעיל ה"ש 16; תפ"ח (מחוזית"א) 1021/04 מדינת ישראל נ' חוברת, פס' 1-3, 5 (פורסם בנבו, 8.6.2005). על סוגיה זו כתבתי מזווית אחרת; אסף הרדוף "אמת וצדק, ניפוי או ריפוי, אונס חוזר ואונס משחזר – חשיפת קרבנות בלתי-מודעים למעשה הפשע בתחנת המשטרה" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 57, 5 (2016) www.colman.ac.il/sites/default/files/t57.pdf

95 רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" משפטים כט 389, 392 (1998); Vera Bergelson, *Autonomy, Dignity and Consent to Harm*, 60 RUTGERS L. REV. 723, 726 (2008); Christine Chambers Goodman, *Protecting the Party Girl: A New Approach for Evaluating Intoxicated Consent*, 2009 B.Y.U. L. REV. 57, 61 (2009).

96 לדמיון ולקשר בין אלו וכמובן לשאלת הנזק ראו אסף הרדוף הפשע המקוון פרק 1 (2010).

97 JOHN STEWART MILL, ON LIBERTY AND THE SUBJECTION OF WOMEN 13, 59, 103 (1879; reprinted 1996).

98 שם, בעמ' 80-83.

פיינברג (Feinberg) כתב שהכוונה באוטונומיה אישית היא ליכולת האדם לשלוט בעצמו, לבחור ולהחליט כיצד לנהל את חייו.⁹⁹ מול האוטונומיה ניצב רעיון שמושך לכיוון אחר, פטרנליזם: הכפפת הזכות האישית להגדרה עצמית בפני "טובת האדם", מונח שמתקשר לאינטרסים אישיים כהיתפסם בידי הכלל.¹⁰⁰ אדם יכול להינזק מרצונו שלו, הן מפעולות של אחרים שנעשו בהסכמתו והן מפעילותו, כעישון סיגריות או הימורים.¹⁰¹ כבוד לאוטונומיה של אדם הוא לבחירה חופשית כקובעת המוצדקת היחידה של פעולותיו, למעט כשהאינטרסים של אחרים זקוקים להגנה מפניו. כפייה על אדם לנהוג או להימנע מלנהוג בדרך מסוימת כדי להגן עליו מפני שיקול דעתו שלו, אף שאין איש אחר הנתון בסכנה, מפרה את האוטונומיה שלו גם (ואולי במיוחד) כשנדמה לנו שבחירותיו אינן סבירות.¹⁰²

בחזרה מהמופשט אל המשפט הפלילי.¹⁰³ מונח ההסכמה משחק בו תפקיד מפתח, בייחוס לאדם מעמד של גורם רציני ורציונלי ובשמשו חיץ בין חדירות מקובלות ולא מקובלות לקניין וגוף.¹⁰⁴ לעתים ההסכמה היא שתבחין בין מותר לאסור, כי רק בהיעדרה נגרם נזק חברתי: *volenti non fit injuria*, אין פגיעה בנוגע לאדם שמסכים. הסכמה שוללת עברות כאונס, חטיפה, גנבה ופריצה. מנגד, הסכמה אינה הגנה כללית ואינה חוסמת העמדה לדין בעברות נזק פיזי.¹⁰⁵ קו הגבול ברור במצבים מסוימים וברור פחות באחרים. מתי ההסכמה מאיינת את הנזק ומתי לא? מתי האוטונומיה נסוגה בפני הפטרנליזם? גם חברה ליברלית, שנקודת מוצאה היא אוטונומיה, עדיין נוקטת פטרנליזם במשפט הפלילי.¹⁰⁶ חגורות בטיחות וקסדות הן דוגמאות לעברות קלות שבקלות. לא חסרות אחרות. במובהק, קניבליזם, ככל רצח אחר, אסור גם

- JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO SELF* 28, 115 (1986); 99
 Joel Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?*, 58
 NOTRE DAME L. REV. 445, 446–447, 453–454 (1983). דן-כהן כתב שאוטונומיה מכוונת בעיקר
 לכך שלאנשים צריכה להיות שליטה על מהלך חייהם או לבחור בעניינים שנוגעים להם ולהייהם;
 Meir Dan-Cohen, *Basic Values and the Victim's State of Mind*, 88 CAL. L. REV. 759, 765
 (2000). קנאי כתבה שבנוגע למשפט הפלילי, חוסר ההתחשבות בהסכמה של הקרבן פוגע גם
 באוטונומיה שלו, שהיא ערך חשוב; קנאי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 393.
 FEINBERG, *HARM TO SELF*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 57, 68–69, Dan-Cohen; לעיל ה"ש 99, בעמ' 100
 765.
 JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS* 115 (1984) 101
 FEINBERG, *HARM TO SELF*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 68–69. להבחנות שונות שערך בנוגע
 לפטרנליזם; שם, בעמ' 5, 8–9, 12, 16. 102
 הסכמה עולה בצורות שונות במשפט. היא עולה בדיני חוזים כצורת הבטחה, בדיני קניין בצורת
 הקצאת אינטרסים, ובדיני נזיקין כהגנה מפני עוולות: Peter Westen, *Some Common Confusions*
About Consent in Rape Cases, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 333, 333 (2004) קנאי, לעיל ה"ש 95,
 בעמ' 390.
 Vanessa E. Munro, *Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing* 104
Constraint in the Expression of Sexual Autonomy, 41 AKRON L. REV. 923, 924 (2008)
 להיסטוריה של הסכמה כהחרגה של המשפט הפלילי ראו Vera Bergelson, *The Right to Be* 105
Hurt: Testing the Boundaries of Consent, 75 GEO. WASH. L. REV. 165, 171–174 (2007)
 Bergelson, *Autonomy, Dignity and Consent to Harm*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 726, ראו גם קנאי,
 לעיל ה"ש 95, בעמ' 392, 413.
 שם, בעמ' 402–403. 106

כשנעשה בהסכמת הקרבן.¹⁰⁷ אולם מה באשר להמתת חסד? סיוע להתאבדות אחרת?¹⁰⁸ טיפול ניסיוני בחולה שכרוך בנזק חמור או בסכנה לו?¹⁰⁹ נזק הכרוך בפעילות ספורטיבית?¹¹⁰ חניקה ארוטית (erotic asphyxiation) בהסכמה, שגרמה לפגיעה גופנית?¹¹¹ יחסי מין סדר-מזוכיסטיים?¹¹² יצירת פורנוגרפיה?¹¹³ האם ומדוע משנה סוג הפגיעה המוסכמת?¹¹⁴ רעיון האוטונומיה, סיבה לא מוחלטת לתמוך באפשרות אדם להסכים לנזק, מתחבר לרעיון מרכזי אחר במשפט הפלילי, האחריות.¹¹⁵ סיבה נוספת לתמיכה מתקשרת לזכויות: להסכמה כוח לחולל שינוי מוסרי, להפוך התנהגות לא חוקית להתנהגות חוקית.¹¹⁶ במצב שבו אין נפגעים אחרים (שלא הסכימו),¹¹⁷ ההסכמה משנה את מערך הזכויות ויכולה להשעות את החובות לנהוג או להימנע מלנהוג באופן מסוים, להסיר מהשולחן את הפרת הזכויות, לשנות את המעמד המוסרי שהזכות מייצרת באמצעות ויתור על זכות קיימת והעברה לאחר של טענה (claim), זכות יתר, כוח או חסינות (ולא חובה).¹¹⁸ למשל, הסכמת אדם לניתוח מוותרת על זכותו שלא ייגעו בגופו. מנגד, לא תמיד יש להסכמה כוח לשנות את האופי המוסרי והמשפטי של פעולות. התנהגויות מסוימות עלולות להזיק גם בלי לפגוע בזכויות הקרבן, לפגוע בכבוד האדם (dignity), ולפיכך הן בנות הפללה על חשבון האוטונומיה ולתועלת החברה: לדוגמה שימוש בגופות לבדיקת ריסוק רכב.¹¹⁹

- 107 למקרה עדכני מגרמניה ראו Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 166, 217;
Bergelson, *Autonomy, Dignity and Consent to Harm*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 724–725.
- 108 Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 187–188.
- 109 שם, בעמ' 183.
- 110 האנה כתבה שאף שהיסטורית לא היוותה הסכמה במשפט המקובל הגנה בתיקי פגיעה פיזית או מוות, אפילו אם ה"קרבן" לא התלונן, בתי המשפט עדיין התירו סוגים שונים של פעילות ספורטיבית מקובלת חברתית, כולל כזו שכרוכה בסיכון גבוה לפגיעה; Cheryl Hanna, *Sex Is Not a Sport: Consent and Violence in Criminal Law*, 42 B.C. L. REV. 239, 249–253 (2001).
כן ראו Bergelson, *Autonomy, Dignity and Consent to Harm*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 727.
- 111 על העמדות לדין באנגליה ובקנדה באשר לחניקה ארוטית ראו Ingrid Olson, *Asking for it: Erotic Asphyxiation and the Limitations of Sexual Consent*, 4 J. INDAL GLOBAL L. REV. 171, 178–182 (2012).
- 112 האנה תהתה אם על החוק להתייחס למין כמו שמתייחס לספורט בקשר להסכמה לפגיעה; Hanna, לעיל ה"ש 110, בעמ' 239–241, 256. כן ראו Richards, לעיל ה"ש 82, בעמ' 231–234.
- 113 זאת בשל מגבלות חברתיות, כלכליות ופוליטיות שחוות המשתתפות; שם, בעמ' 230.
- 114 לפי ברגלסון, הכלל במשפט האמריקני ובמשפט האנגלי שרירותי, קפדני ומוחלט: אדם מורשה להסכים לנזק רק אם הפעילות מצויה ברשימה שהמדינה אישרה בלי אפשרות לאיזון אינטרסים או יישובם. הפרט יכול להסכים לכל סוגי הנזק, רגשי, כלכלי, או לשמו הטוב, כל עוד הנזק אינו פיזי; Bergelson, *Autonomy, Dignity and Consent to Harm*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 727.
- 115 Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 188–189.
- 116 Heidi M. Hurd, *The Moral Magic of Consent*, 2 LEGAL THEORY 121, 121, 124 (1996).
- 117 קנאי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 399.
- 118 Westen, לעיל ה"ש 103, בעמ' 334; Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 225, 221.
- 119 שם, בעמ' 214–225; Bergelson, *Autonomy, Dignity and Consent to Harm*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 729–734. בנוגע לשאלת העברות מרצון השוו Dan-Cohen, לעיל ה"ש 99, בעמ' 768–773.

במשפט הפורמלי שאלת ההסכמה יכולה לשחק תפקיד כרכיב עובדתי בעברה, בדרך כלל היעדר הסכמה כרכיב כאמור או הסכמה כסייג.¹²⁰ ברגלסון (Bergelson) הסבירה שאת התפקיד הראשון היא משחקת בעברות כאונס וגנבה; את האחרון בנוגע לנוק פיוזי בפעילות ספורטיבית. אם המעשה כשלעצמו אינו רע ומפר נורמה אוסרת, אי-הסכמה תהיה יסוד בעברה. מנגד, הריגת אדם וגרימת כאב הן רעות כשלעצמן, ולכן כשהן מוצדקות, ההסכמה תשמש סייג להחרגה מהדין הפלילי.¹²¹ השאלה אם ראוי לייצר סייג כללי של הסכמה טרם הוכרעה.¹²² מלבד תפקיד ההסכמה במשפט הפורמלי, עולה שאלת אופי ההסכמה. ניתן לערוך הבחנות שונות וסבוכות בנוגע להסכמה: עובדתית מול משפטית, מעשית מול מיוחסת (imputed) ועוד.¹²³ ניתן לתאר קטגוריות רבות,¹²⁴ וניתן לזהות אם הסכמה היא מצב נפשי או ביטוי.¹²⁵ וסטון (Westen) כתב שלצד חירות, שוויון, דמוקרטיה ועוד, הסכמה היא מהמונחים המעטים שדרכם אנו מארגנים את חשיבתנו הנורמטיבית, והם עובדים משום שכוללים משמעות רחבה גנרית ומשמעות ספציפית מאוד בעת ובעונה אחד, אלא שתפיסה אחידה מביאה בהכרח לבלבול.¹²⁶ לא מן הנמנע שבלבול קיים גם בישראל. מונח ההסכמה מופיע רבות בחוק הפלילי

- 120 קנאי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 411–419, 423–427.
- 121 Bergelson, *The Right to Be*; GEORGE FLETCHER RETHINKING CRIMINAL LAW 566–8 (1978)
- 122 *Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 202–205, 210–211; Bergelson, *Autonomy, Dignity and Consent*; לעיל ה"ש 95, בעמ' 727–728.
- 123 קנאי הניחה שככלל, אדם רשאי להחליט אילו פגיעות הוא מוכן לספוג, גם באמצעות אחרים, והדבר משתלב עם חוקי היסוד. רק כשהפגיעה בפרט חמורה ולכן משקפת פגיעה קשה בערכי החברה, תועדף גישה פטרנליסטית: לעיל ה"ש 95, בעמ' 431–433, 441–442. ברגלסון גרסה שהקו בין התנהגויות מותרות לאסורות שרירותי, שהחלת החוק אינה עקיבה, ושהרציונלים לחוק אינם משכנעים, ולכן יש למצוא דרך לצמצם את המגבלות על כוחו של אדם להסכים לנוק, בשם רעיון האחריות והאוטונומיה. ראו Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 201–202.
- 124 Westin, לעיל ה"ש 103, בעמ' 334–340. במקום אחר הרחיב וסטון על ארבעה מובנים בסיסיים למונח "הסכמה"; PETER WESTIN, *THE LOGIC OF CONSENT* 4–7 (2004); כמופנה אצל Stuart P. Green, *Consent and the Grammar of Theft Law*, 28 CARDOZO L. REV. 2505, 2513–2514 (2007).
- 125 פונדיק הבחין בין הסכמה מסוימת להסכמה כללית, אי-הסכמה להיעדר הסכמה, הסכמה אקטואלית להסכמה קונסטרוקטיבית; עמית פונדיק "בין מרמה לכפייה: על עבירת האונס במרמה לגבי מיהות העושה" עיוני משפט לו 215, 221–227 (2013). שפירא מנה שמונה סוגי הסכמה; רון שפירא "דיני עונשין: מהתמקדות בפרט להכרעה במאבקים בין קבוצתיים" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 629, 645–654 (1996).
- 126 הנושא במחלוקת עמוקה. ראו Cowan, לעיל ה"ש 65, בעמ' 902–904; Westin, לעיל ה"ש 103, בעמ' 340–341; H.M. Malm, *The Ontological Status of Consent and Its Implications for the Law on Rape*, 2 LEGAL THEORY 147, 148 (1996).
- 127 Westin, לעיל ה"ש 103, בעמ' 342–344. גם ברגלסון כתבה שהחוק כתוב בעמימות ומיושם שלא בעקיבות; Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 183.

הישראלית.¹²⁷ האם פירושו הסכמה טובה ומושלמת? או שהוא כולל גם הסכמה רעה ולחוצה?¹²⁸

לפי הטרימינולוגיה המקובלת בחקיקה ישראלית, אבחין בין חמישה מצביי בסיס: 1. היעדר הסכמה; 2. הסכמה; 3. הסכמה חופשית; 4. הסכמה מדעת; 5. הסכמה בוגרת.¹²⁹ היעדר הסכמה פירושו היעדר כל הסכמה שהיא, בשל סירוב עיקש או לחלופין בשל היעדר ידיעה על הפעולה.

הסכמה פירושה כל היענות שהיא, אף אם פגומה.

הסכמה חופשית היא היענות שאינה כרוכה בכפייה ישירה.¹³⁰

הסכמה מדעת היא היענות שכרוכה בהבנה סבירה של הפעולה המתבקשת ושל השלכותיה.¹³¹

הסכמה בוגרת היא היענות מצד אדם שבוגר דיו בעיני המשפט בהקשר המדובר. כשמשתלבים שני פרמטרים מתוך השלושה (חופש, דעת ובגרות), מתגבשת "הסכמה טובה".¹³² כששלושתם משתלבים, מתגבשת "הסכמה מעולה". גם היא, יודגש, אינה בהכרח "הסכמה מושלמת".¹³³ קשה לדמיין חופש בחירה מוחלט.¹³⁴ מה לכל אלו ולעברת האונס?

127 ראו בחוק העונשין את ס' 139, 174, 193א(2), 203(ב)(3), 316, 345א(1), 345א(2), 348ג(ג), 349א(א), 353, 363, 370, 373א(א), 383א(1). כן ראו את ההסכמה ואפיונה בס' 1-3, 5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

128 קנאי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 418, כתבה שכשיש להסכמה מעמד, חשוב להבטיח בחוק שתהיה חופשית ומודעת, אף שיש הוראות שאינן מתייחסות לכשרות ההסכמה ולתקפותה. במצב כזה "אין ספק, כי בתי-המשפט יעמדו על כך שהסכמה תהיה חופשית ומודעת, אך עדיף שהדבר יוסדר בחוק". בעיניי, החדרת דרישות מהותיות לתוך ההסכמה במצב שבו המחוקק התייחס להסכמה "סתם" אינה נכונה, בדיוק משום שיש הבדל בין מצביי ההסכמה.

129 המצבים לעיל ניתנים לחלוקות משנה, למשל לנוכח פרק הזמן שניתן כדי לגבש את ההסכמה. ניתן להוסיף רבדים חשובים לשאלת ההסכמה, כמו הרובד של הסכמה מפורשת או משתמעת ואפילו הסכמה "אינטליגנטית". פלורידה מפלילה משגל בהיעדר הסכמה "אינטליגנטית", מודעת וחופשית, תחת הכותרת "תקיפה מינית" (sexual battery). ראו Christopher & Christopher, לעיל ה"ש 90, בעמ' 103.

130 כתבתי "ישירה" משום שכדברי ברגלסון, קשה לדמיין מצב שבו ניתן לבחור בחופש מוחלט שנקי מהשפעה, אך גם לבחירה ישירה יש ערך רב; Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 188-189. ראו גם Munro, לעיל ה"ש 104, בעמ' 924, 931 (הדגשת האופי המובנה של הבחירה והתייחסות לפרקטיקות של ניצול שמאנתגרות את חופש הבחירה).

131 כתבתי "הבנה סבירה" מפני שלא נראה לי שניתן לדמיין את כל ההשלכות האפשריות של כל בקשה.

132 קנאי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 404-405, כתבה שקל יותר לשלול את ההסכמה בשל טיבה, וכשאנו נותנים מעמד להסכמה, נדרש שתהיה חופשית ומודעת. פסילת הסכמה כזו מבוססת על פטרנליזם רך, שמבקש לברר את רצונו האמתי של היחיד ולכבדו, שלא כפטרנליזם קשה, שמתעלם מרצון היחיד. ראו גם Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 184.

133 ריצ'רדס הציע מונח זה (imperfect consent) לתיאור רגעים שבהם יכולת האדם להסכים למעשה שנויה במחלוקת משום שהמעשה כביכול מזיק לו או משום שלחץ חברתי או תרבותי מסכן בפוטרנצייה את האוטונומיה שלו. ייתכן שלעולם אין לאדם מערך שלם של אפשרויות שנקיות מכוח כופה. עדיין הזכות לבחור חיונית; Richards, לעיל ה"ש 82, בעמ' 200, 224, 230, 235.

(ג) הסכמה בעברות האינוס

בתיקי אונס ההסכמה מתפקדת תפקוד נורמטיבי ומאותתת על הגבול המוסרי הנורמטיבי שבין אונס לבין מין מותר.¹³⁵ גם בהקשר זה אין הבנה אחידה של "הסכמה".¹³⁶ חרף היותו המונח הנדון ביותר בנוגע לעברת האונס, עודו עמום.¹³⁷ בהיעדר הגדרה מפורשת להסכמה,¹³⁸ מה נדרש להותרת משגל מחוץ לעולם הפלילי? בעזרת הטרמינולוגיה שלעיל אביט בחלופות של עברת האונס בישראל כדי לאתר דמיון ושוני. גם בנוגע לעברות מין הסכמה אינה מושג בינארי, וסוגי הפגמים בהסכמה יכולים להוביל לעברות בסיווג ובחומרה שונים.¹³⁹ ראינו שלא די בפגיעה באותו ערך כדי לחסות באותה עברה.

בעילה שנעשתה בהסכמה חופשית, מדעת ובוגרת היא המצב האידאלי, ובשאיפה השכיח: משגל רגיל. מנגד, קיימים חמישה מצבים לא מוחמרים של אינוס, המכוסים בסעיף 1: 345. אינוס בסיסי עניינו היעדר הסכמה חופשית; 2. אינוס במרמה עניינו היעדר הסכמה מדעת; 3. אינוס סטוטורי עניינו היעדר הסכמה בוגרת; 4. אינוס בחוסר הכרה עניינו היעדר הסכמה בכלל; 5. אינוס אישה לוקה עניינו חסר מיוחד של הסכמה חופשית. המכנה המשותף לכל אלו, היעדר הסכמה מעולה, אינו חד דיו להבחין בין אלו לבין עברות הבעילה האסורה והיחסים עם מטפל נפשי ועם כוהן דת.

לצד המכנה המשותף נבדלים המעשים באופן הפגיעה בהסכמה. מצבים 1 ו-5 דומים בכך שהפגם בהסכמה הוא בחופשיותה; הם שונים בכך שהפגם בחופש במצב 5 ייחודי מבחינת סיווג הקרבן. מצבים 1 ו-1404 דומים בכך שלעתים הפגם בהסכמה הוא היעדרה המוחלט; הם

134 בול הדגיש שתמיד אנשים חווים מגבלות ישירות או עקיפות על אוטונומיה, בין שהן באות מאיומים ובין מלחצים, או באופן מעורר יותר, מציפיות תרבותיות ומשפחתיות; Carlos A. Ball, *This Is Not Your Father's Autonomy: Lesbian and Gay Rights from a Feminist and Relational Perspective*, 28 HARV. J.L. & GENDER 345, 352 (2005).

135 Westen, לעיל ה"ש 103, בעמ' 334.

136 Donald Dripps, *After Rape Law: Will the Turn to Consent Normalize the Prosecution of Sexual Assault?*, 41 AKRON L. REV. 957, 959 (2008).

137 מונרו כתבה שמאכזב לגלות שמונח ההסכמה עוות עד כדי אי-הכרתו, ולעתים עד כדי אי-תועלתו בקשר לדיני האונס שבהם הוא כביכול אמור להיות תחום בביורור. צריך לנסח מחדש את ההסכמה כדי שתועיל להבהיר את המותר והאסור; Munro, לעיל ה"ש 104, בעמ' 940-941.

138 בקליפורניה הסכמה היא שיתוף פעולה פוזיטיבי במעשה או בגישה ובמימוש של רצון חופשי. ראו Goodman, לעיל ה"ש 95, בעמ' 67. חוק אנגלי (The Sexual Offences Act 2003 § 74 (U.K.)), שמגדיר אונס כחדירת פין (וגינאלית, אנאלית או אוראלית) לאדם אחר בנסיבות שהנאשם לא סבר בסבירות שיש הסכמה, מגדיר הסכמה ככזו "שמושגת מבחירה, וכוללת את החירות והיכולת לבחור", ומונה רשימת נסיבות שבהן יניחו היעדר הסכמה ואמונה סבירה בהסכמה. ראו Munro, לעיל ה"ש 104, בעמ' 943.

139 לייסט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 7-8.

140 מצב 4 יכול להתקשר לסם האונס. הסימום "מפתה" בעלי מקצועות שונים: רופאים, רופאי שיניים, פסיכיאטרים, אחים, פרמדיקים ורוקחים. אם נוסף לסימום ולבעילה גם צילום בוודאו ייפגעו ערך הפרטיות והכבוד פגיעה קשה יותר ומיוחדת. ראו Falk, *Rape by Drugs*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 140-152, וההפניות בה"ש 1-14 לטקסט שלה.

שונים בכך שמצב 1 עשוי לכלול הסכמה, כזו שאינה חופשית, הסכמה כפויה, למשל לנוכח איום בנשק.¹⁴¹ מצבים 2 ו-3 דומים בהישענם על הסכמה; הם נבדלים בפגם בהסכמה, בפגם בהבנה או ביכולות של המבינה. כך נראים הדברים בטבלה:

5	4	3	2	1	
התיתכן הסכמה כלשהי?	כן (כפויה)	כן	כן	כן	כן (כפויה)
המתחייבת הסכמה כלשהי?	לא	לא	דומה שכן	כן	לא
טיב הפגם בהסכמה	אי-חופשיות	אי-הכרה	אי-בגרות	אי-הבנה	אי-חופשיות

מובן שאפשר להוסיף ולסבך. מה קורה להסכמה כשמוסיפים אלכוהול?¹⁴² איפה משבצים הסכמה המושגת בסחיטה? חמשת המצבים מצויים במסגרת אינוס אחידה, יחד בדין. האם יחד בצדק?

בטרם אנסה להשיב, אכתוב בנפרד על שתי חלופות אונס, האינוס במרמה והאינוס הסטטוטורי. כל אחת מצריכה הבהרה ותשומת לב: עליהן נשענה התביעה בתזת האינוס מרחוק.

(ד) אינוס בהסכמה: אינוס במרמה

עברת האינוס במרמה אינה נפוצה כעברת האינוס הבסיסי¹⁴³ ואינה מייצרת שיח אקדמי ער כמוה.¹⁴⁴ בדין האנגלו-אמריקני היא צרה לעומת ישראל¹⁴⁵ ועוסקת בעיקר במרמה באשר

141 בשל רגישות העניין אדגיש שאיני מעלה טיעון נורמטיבי שלפיו הקרבן אשמה במשהו או שאין ראוי שידובר באונס. חלילה לי מלשפוט קרבנות שמתנגדות או שמשתפות פעולה; רק העבריינים אשמים. מצב כאמור הוא אונס בנסיבות מחמירות, לפי ס' 345(א)+(ב)(2). כך מצוי וכך ראוי. אני אך מבקש להצביע על מורכבותו של מושג ההסכמה כדי להיטיב להבין את ההבדלים בין הפגיעות השונות בקרבנות. וסטן כתב שבתי משפט ומלומדים מתבלבלים גם בין הסכמה מצווה לבין כוח. הבלבול נובע מכך שהם חושבים שהשאלה אם אישה מסכימה למין מצווה בלחץ הנסיבות תלויה בשאלה מה היא באמת רוצה בנסיבות אלו. כשאישה מקבלת בחוסר רצון יחסי מין בלחץ הנסיבות, היא מבכרת לקיים יחסי מין, משום שהחלופה גרועה יותר, אף שברור שאינה באמת רוצה לקיים יחסי מין. ראו Westen, לעיל ה"ש 103, בעמ' 354-355.

142 בהרחבה ראו Goodman, לעיל ה"ש 95, בעמ' 69-84; Cowan, לעיל ה"ש 65, בעמ' 900-901, 909, 904.

143 מבדיקה במאגרי המידע ניכר שמרבית מקרי האונס שנדונים בישראל שעונים על ס' 345(א)(1), האונס הבסיסי. פחות עוסקים באונס הסטטוטורי ומעט באונס במרמה. ראו גם ע"פ 2411/06 סלימאן נ' מדינת ישראל פ"ט פ"ט (פורסם בנבו, 17.9.2008). הדבר מתיישב עם ההיגיון: עברת האינוס במרמה פלואידית מאוד, ועברת האינוס הסטטוטורי קשה לאכיפה בהיעדר מתלוננת בחלק מהמצבים שהעברה מתגבשת. למצב בחו"ל השווו Kristen L. Isaacson, *Fraud or Impersonation: A Necessary Addition to Michigan's Criminal Sexual Conduct Statute*, 44. WAYNE L. REV. 1781, 1806 (1999).

144 כך כתב פונדיק במפורש, לעיל ה"ש 124, בעמ' 218-219. רובנפלד כתב בבוטות שרובנו איננו חושבים על מין במרמה כאונס; Rubenfeld, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1376.

למהות המעשה, למשל "טיפול רפואי" שמביא למין, ובמרמה מסוימת באשר למיהות העושה, לרוב אדם המתחזה לבן זוגה של פלוגנית כדי לשכב עמה, לרוב בחסות העלטה.¹⁴⁶ גם כשהתנהגות זו מופללת היא אינה בהכרח מתויגת "אונס".¹⁴⁷ המשגל מושג בהסכמה חופשית ולא מדעת: האישה אינה מבינה מה היא עושה או עם מי.¹⁴⁸ כלומר, העברה אינה באה להגן על הגוף אלא על האוטונומיה המינית.¹⁴⁹ מה בין העברה האמריקנית הצרה לאיסור הרחב בישראל? היסטורית, בעילה במרמה כונתה בעבר "אינוס במרמה" ויועדה להתכנס בעברה, שבסוף לא נולדה, "בעילה אסורה".¹⁵⁰ תמיכה בהרחבת עברת האונס הועלתה בהקשר זה בסברה שהדבר מביע כבוד לאוטונומיה הנשית.¹⁵¹ לפי היגיון זה, אפשר שראוי להרחיבה עוד ועוד, שתכלול כל בעילה אסורה, כל חדירה אסורה, כל מגע פיזי מיני אסור, כל תקשורת מינית אסורה. מדוע לא?

- 145 שם, בעמ' 247; עניין סלימאן, לעיל ה"ש 143, פס"ק"ד-קכ"ד של השופט רובינשטיין.
- 146 לסקירת המצב וביקורתו ראו Rubinfeld, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1397-1402. שמליאס כתבה שיתכן שהמכשול העיקרי להפללת אונס במרמה הוא הרצון להימנע מהמשימה הקשה של בחירת איזה שקר ייחשב מהותי ואיזה לא, ולא פשוט להיכנס לדיון הסיבתי בין המרמה למשגל; Chamalias, לעיל ה"ש 87, בעמ' 833. כריסטופר וכריסטופר כתבו שרק שש-עשרה מדינות מפלילות במפורש התחזות לבני זוג כאונס, אחת-עשרה בחוק וחמש בפסיקה. הרציונל העיקרי להפללה הוא שהקרבן מסכים למין במסגרת הנישואין אך במקום זאת מקבל ניאוף, משהו שונה לגמרי. הקרבן אינו מודע לרכיב מהותי במעשה. בעבר אף ניתן היה להתגונן מפני אישום של ניאוף בטענה של מחשבה שדובר בכך הזוג; Christopher & Christopher, לעיל ה"ש 90, בעמ' 78-79, 83-88, 99-101.
- 147 שם, בעמ' 92-97, בה"ש 96, פורט שלא כל המדינות מתייחסות להשגת מין כאינוס במרמה; חלק מאלו שמפלילות מכנות זאת "תקיפה מינית" או "ניצול מיני". כן ראו Isaacson, לעיל ה"ש 143, בעמ' 1781, 1785. בה"ש 328 כתבה פאלק שבאנגליה השגת משגל במרמה או בהתחזות היא *Falk, Rape by Fraud*; misdemeanor, לעיל ה"ש 80.
- 148 פאלק סקרה ארבע קטגוריות של "אונס במרמה": 1. טיפול במרמה. 2. מרמה בדבר זהות הנאשם, התחזות. 3. "מזימות מיניות": קטגוריה חדשה, לרוב מתקשרת לתעשיית הבידור. 4. "גנבה מינית": מין עם זונה שלאחריו הלקוח מסרב לשלם; שם, בעמ' 52, 61-77.
- 149 איזקסון כתבה שמגע מיני המושג במרמה או בהתחזות הוא מעשה ללא הסכמה, הפרת האוטונומיה המינית האישית, ולכן ראוי לענישה; Isaacson, לעיל ה"ש 143, בעמ' 1799-1800. פאלק כתבה ששאלת המשגל במרמה כאונס מעלה את השאלה אם אונס הוא פשע של אלימות או של מין, ועל מה הוא מגן, על הביטחון הפיזי או על האוטונומיה המינית; Falk, Rape by Fraud, לעיל ה"ש 80, בעמ' 45-46, 141, 154. רובנפלד היה נחרץ: מרמה פוגעת באוטונומיה המינית, בהיותה מאוייבה הגדולים של האוטונומיה, לצד הכוח; Rubinfeld, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1379, 1402-1403.
- 150 עוד על עברה זו בישראל ראו פונדיק, לעיל ה"ש 124, בעמ' 248.
- 151 האופטמן ביקרה את בתי המשפט שאינם מחפשים הסכמה מדעת באונס; האופטמן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 216-217, 298. פוגין גרסה שלגיטימציה לחירות המינית ולאוטונומיה הנשית תושג רק במתן מלוא המשמעות האפשרית למושג ההסכמה: חופשית ומודעת; דנה פוגין "קרימינליזציה של גינוני חיזור מקובלים? מרמה, טעות הקרבן והסכמה לעניין עברות מין" **מגמות במשפט הפלילי** 149, 156, 158, 174 (אלי לדרמן עורך, 2000). היא תמכה בהרחבה דרמטית של העברה, בביטול היסודות "מיהות העושה" ו"מהות המעשה" או לחלופין בפרשנות רחבה; שם, בעמ' 192, 198. לביקורת חריפה על עמדתה ראו פונדיק, לעיל ה"ש 124, בעמ' 254-259.

המחוקק נמנע מלכנות כל בעילה פוגענית "אונס". יש שוני חשוב בין אינוס בסיסי לאינוס במרמה. באינוס הבסיסי חווה הקרבן פגיעה ראשונה וקשה בזמן אמת, זמן הבעילה שנעשית בניגוד להסכמתה;¹⁵² בהמשך עשויה הקרבן לחוות פגיעה נוספת של משא נפשי שתישא. חוסר ההסכמה החופשית בזמן אמת קיים גם במעשה סדום ובמעשה מגונה. חוויית הקרבנות (victimization) מתחילה בזמן המעשה ממש.¹⁵³ מנגד, אישה שנבעלה במרמה אינה חווה סבל בזמן אמת. היא בחרה בחופשיות לקיים יחסי מין, גם אם מטעם שגוי בעיניה; לאחר שהבינה את השקר, אפשר שתחוהו בדיעבד תחושת שקר וניצול. איני יודע אם התחושה קשה כמידת התחושה לאחר האונס הבסיסי,¹⁵⁴ אך היעדר הטראומה בזמן אמת ודאי מבחין בין הקרבנות.¹⁵⁵ האינוס הבסיסי נבדל מהותית מהאינוס במרמה באופן שנחווית הבעילה בזמן אמת.¹⁵⁶ אין לי כלים לדון בשאלה איזו תחושה קשה יותר (שאלה לקרימינולוגיה, אולי),¹⁵⁷ אני אך מדגיש שיש טעם להבחנה.

152 פונדיק הניח שהונאת הקרבן מאפשרת לרמאי להימנע מלחוות את התחושות הקשות של הקרבן, מה שמלמד על הכרה בהן; שם, בעמ' 232–237. גרדנר ושוט יצאו נגד תפיסת האונס לפי התנסות הקרבן ודמיינו מצב (מופרך לטעמי) של "אונס טהור", אנס עם קונדום וקרבן ללא הכרה, שלעולם לא תדע מה עברה, והאונס לא ישפיע על חייה כלל. הם תרו אחר סיבות להפללה, הגם שהאונס היה נקי מתחושות קרבן כפחד, כאב ובושה. טיעונם היה שהפעולה בת הפללה בגרמה לפחד; על הגוף כהפרה מוחלטת של זכות החזקה על הגוף; Rubinfeld; לעיל ה"ש 61, בעמ' 1424–1425, 1430.

153 פונדיק קרא להוצאת האינוס במרמה אל מחוץ לעברת האינוס משום שמרמה חמורה פחות מכפייה, שדורשת את התחושות השליליות של הקרבן ומתעלמת מחלק חשוב ב"האני הפועל" שלו; פונדיק, לעיל ה"ש 124, בעמ' 220.

154 ניתן לסבור שלא, משום ששחזור החוויה אינו בהכרח מציף את התחושה הקשה בזמן אמת; מנגד, ניתן לסבור שלאחר אינוס במרמה עלולה האישה לחוש תחושת אשמה כבדה בגין "חלקה" בסיפור, כתחושת אדם אחר שרומה.

155 גרוס תהה איזה מידע עלינו להציג על עצמנו כשאנו מפתחים קשרים רומנטיים אינטימיים ארוטיים עם אחרים: בהנחה שהמקיימים שבעו רצון מהיחסים (רומנטיים, מיניים או שניהם) כשלעצמם, איזו משמעות יש לתחושה בדיעבד שסוג היחסים אינם הולמים את דגם תשוקתם?; גרוס, לעיל ה"ש 86, בעמ' 388, 391. ניתן להוסיף ולשער, שבחלק ממצבי האינוס במרמה לא תהיה טראומה גם בדיעבד, משום שהמרמה לא תתגלה. אין פירוש הדבר שלא נעשה עוול, אך אי-חווית העוול מבדילה בין מצב שכזה לאינוס בסיסי, שמטיבו כרוך בחוויית עוול.

156 ניתן לבקרני בטענה שהדגשת הטראומה הפיזית המידית שמה את יסוד החדירה הכפויה במרכז הכובד של העברה ומשקפת את החוויה הגברית גרידא (הגם שדווקא באינוס במרמה, כאמור מיד, אין טעם להבחין בין גברים ונשים). אולם איני גורס שסבל מידי הוא תנאי לעברת האונס אלא עילה להבחנה בין שני מצבים פוגעניים. מלבד זאת, לא אני הצבתי את יסוד החדירה הכפויה במרכז העברה; המחוקק עשה כן. כזכור, העליתי קודם תהיות בדבר צדקת ההבחנה בין אונס למעשה המגונה ונטול החדירה.

157 פונדיק, בזהירות רבה, שיער שתחת משתנים קבועים הפגיעה בקרבן מיחסי מין כפויים ואף שגיבש רצון ברור שלא לקיימם גדולה מהפגיעה מיחסי מין שאליהם הסכים בגלל מרמה. למרות זאת, ובחר לבסס את ההבחנה לא על הטיעון שמין כפוי כרוך בנזק חמור יותר לקרבן, אלא שהוא כרוך באשמה גדולה יותר מצד המבצע; פונדיק, לעיל ה"ש 124, בעמ' 231.

הבדל חשוב אחר נוגע לערכים המוגנים, שבמבט ראשון נראים זהים. הגם ששני המעשים פוגעים באוטונומיה המינית הנשית, הפגיעה אינה זהה. האינוס הבסיסי פוגע באוטונומיה שניתן לכנותה בסיסית או צרה, בהתקשרה להסכמה חופשית. מנגד, ניתן לגרוס שהאינוס במרמה בא¹⁵⁸ להגן על אוטונומיה רחבה, המתקשרת להיעדר הסכמה מדעת. אף שההגנה על שתיהן חשובה וראויה, ההגנה על הראשונה היא קו אחר מההגנה על השנייה,¹⁵⁹ אחר ולא קרוב במיוחד. המרחק פירושו, אולי, שיש טעם נורמטיבי שלא לכנותם באותו שם. כשבין שתי פגיעות ערכיות יש שוני מהותי בנוגע לתשלובת הערכים הנפגעים, למידת הפגיעה או לאופן הפגיעה או לאופי ההתגוננות האפשרית, עולה שיקול נגד איחוד הפגיעות למסגרת אחת. האינוס הבסיסי פוגע באוטונומיה המינית של האישה; האינוס במרמה, אם פוגע בה, עושה כן במידה פחותה או למצער שונה בשל היעדר חוויית פגיעה בזמן אמת ופוגע בערך נוסף שעברת האינוס הבסיסית אינה פוגעת בו: יושר ואמון. אינוס בסיסי אינו מצריך אמון ובהמשך הפרתו. אין נדרשת רמייה: די בשימוש בכוח פיזי, רכיב שהיה בעבר בעברת האונס והוסר; או בדורסנות, התעלמות מאי-הסכמה. מנגד, האנס הרמאי אינו נדרש לכוח פיזי או להתעלמות מאי-הסכמת האישה בזמן אמת אלא מייצר הסכמה בדרך אסורה.

מבט מגדרי בעברה מעצים את התהיות. אונס הוא עברה מגדרית בהגדרה. הייתכן שתכליתה אינה מתקשרת למגדריותה? ניתן לשער שיש סיבה מעשית להיות האונס עברה שבה הקרבן הוא בהכרח אישה. הסיבה יכולה להתקשר לפערי כוחות בין גברים לנשים או לקושי פיזיולוגי לכפות על גבר לבעול.¹⁶⁰ אולם אפילו אם יש סיבה למגדר את עברת האינוס הבסיסי (ניתן וראוי לחלוק על כך), אין סיבה למגדר את עברת האינוס במרמה, כמעשה המחוקק הישראלי, ולהחילה כך שתגן על נשים בלבד. לגבר, כנראה, פשוט יותר פיזית לבצע בעילה בלי הסכמה חופשית של אישה מאשר לאישה להביאו לבעול אותה בלי הסכמתו החופשית. מנגד, היכולת לשקר אינה מגדרית וכמוה הפגיעות לשקר.¹⁶¹ משגל עשוי להגיע אחרי שקר; אין טעם

158 ראו את הדוגמה המעניינת של לייסט (לעיל ה"ש 73, בעמ' 6) בביקורת על הרשעה באינוס במרמה לאחר התחזות לבכיר במשרד השיכון והבטחה להטבות שהובילה ליחסי מין: לו דובר בבכיר אמתי שהבטיח הטבות והפר הבטחתו, לא היה ניתן להרשיעו באינוס מרמה: אין פה מרמה בנוגע למיחות העושה, אף שהמרמה הובילה ליחסי מין.

159 דן-כהן הטעים את ההבדל בין רווחה לאוטונומיה וגרס ששניהם ראויים להגנת המשפט הפלילי. לדוגמה, אינוס בחוסר הכרה פוגע באוטונומיה אך לא בהכרח ברווחה. לרוב רווחה ואוטונומיה הולכות יחד, אך הן מתנגשות כשמדובר בפטרנליזם משפטי ובהגנת ההסכמה. השקפה שבסיסה אוטונומיה מדגישה את רצון הקרבן; השקפה שבסיסה רווחה מדגישה את מודעות הקרבן לחוויה השלילית; Dan-Cohen, לעיל ה"ש 99, בעמ' 765–766. לייסט ביקר את הפרשנות הפסיקית המרחיבה מדי של עברת אינוס במרמה והציע לחוקק עברה ספציפית של קבלת טובות הנאה מיניות במרמה, שתהיה חמורה מקבלת דבר במרמה "סתם" אך פחות מאינוס. עד אז, באשר לבעילה שהושגה במרמה, יש להרשיע באינוס רק כשהנאשם התחזה לבן זוגה של המתלוננת; לייסט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 6, 8.

160 ראו מנגד את האונס בגן העיר, שכלל כפייה על הגבר הקרבן לבעול את האישה הקרבן, ולאור זאת כתב האישום התייחס גם לס' 350 לחוק העונשין; ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.2014). פוקס תיאר מקרי אונס גבר בידי נשים; Fuchs, לעיל ה"ש 85, בעמ' 100.

161 פוקס כתב שגבר עלול לחוות שיתוק פסיכולוגי במהלך החוויה, ושגבר שאינו רוצה לקיים יחסי מין עלול להיכנע לרצון האישה ולכוחה הפסיכולוגי; שם, בעמ' 99. רובנפלד הרגיש שבעבר היה

פיזיולוגי או הצדקה משפטית לאפיין את הקרבן מגדרית ולהתייחס לנשים כקרבן מיוחד. כל עוד האינוס הוא עברה ממוגדרת שמגנה רק על נשים, עולה קושי בהיגיון שיבלע לתוכו גם את האינוס במרמה ויאחד עברה מגדרית (הקרבן הוא רק אישה) עם עברה שאין סיבה שתהיה מגדרית (גם הגבר קרבן אפשרי). האומנם מוצדק נורמטיבית לכלול בעילה במרמה בגדר עברת האינוס, להבדיל מעברות מין אחרות?¹⁶² דומני שהכינוי "בעילה אסורה" מתאים יותר, ואפילו "אינוס במרמה", כעברה נפרדת מהאינוס הבסיסי, כמו בעבר.¹⁶³ האם שונים הדברים באשר לאינוס הסטטוטורי?

(ה) אינוס בהסכמה: אינוס סטטוטורי

הכינוי "סטטוטורי" מרמז שאין עסקינן ב"אינוס" במובן הלשוני. האיסור נחקק באנגליה ב-1275 והפליל מין בהסכמה עם בנות מתחת לגיל 12 (ב-1576 הורד ל-10). רק משגל עם בנות הופלל, כנראה בשל תפיסתן כרכוש מיוחד הזקוק להגנה מיוחדת ובשל הרצון להגן על "תומת" הבת: נערה שאינה בתולה הייתה מועדפת פחות ככלה, ואם לא נישאה, הייתה נטל כלכלי על אביה.¹⁶⁴

- מקובל שנשים אינן יכולות לאנוס, אך התפיסה השתנתה, וודאי שהן יכולות לאנוס במרמה; Rubinfeld, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1414. בישראל, בפרשה מפורסמת הרשיע בית המשפט בהסדר טיעון את חן אלקובי בניסיון לאינוס במרמה, לאחר שלפי האישום התחזתה לגבר וניסתה לבעול אישה באמצעות חפץ. ראו ת"פ (מחוזי חי') 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (פורסם בנבו, 7.9.2003). גרוס חלק על צדקת ההרשעה בחלק מהעברות הנוספות, כעברת ההתחזות. ראו גרוס, לעיל ה"ש 86, בעמ' 379–371; Aeyal Gross, *Gender Outlaws Before the Law: The Courts of* *the Borderlands*, HARV J. L. & GENDER 32, 165 (2009).
- 162 פונדיק כתב שיש להוציא את מקרי המרמה מעברת האונס אל עברה נפרדת וקלה יותר; פונדיק, לעיל ה"ש 124, בעמ' 242.
- 163 פונדיק סיים מאמרו בתהיות על האופן הראוי לתיוג יחסי מין שהושגו במרמה; שם, בעמ' 264–267.
- 164 המחוקק האמריקני קבע את 10 כגיל ההסכמה, אך במאה התשע-עשרה עלה הגיל בהדרגה, עד 18 ואף 21. בתי המשפט אימצו את האונס הסטטוטורי כעברת אחריות מוחלטת, לפי הדין האנגלי, גם כשהקרבן נראתה בגירה, הסכימה או יזמה. רק ב-1964 התקבלה בבית משפט אמריקני הגנת הטעות בעובדה בהקשר זה, ואז החלו מדינות להכיר בה. סייג ותיק יותר היה "הגנת ההפקרות" (promiscuity defense), כשהקטינה לא הייתה בתולה. העברה באה להגן על הבתולין ולא על האוטונומיה. הגנה זו עוננה מיושמת במדינות מסוימות, אף כשהיעדר בתולין מתקשר לניצול ולהזנחה הורית. שאלת ההפקרות גוררת כניסה לפעילות מינית קודמת של הקרבן. ראו Oberman, לעיל ה"ש 6, בעמ' 119–122, 128–129, 171; TEMKIN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 136–137; Frances, *Statutory rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*, 63 TEX. L. REV. 387, 402–404 (1984); Lewis Bossing, *Now Sixteen Could Get You Life: Statutory rape, Meaningful Consent, and the Implications for Federal Sentence Enhancement*, 73 N.Y.U. L. REV. 1205, 1226, 1240 (1998); KEITH BURGESS-JACKSON, RAPE: A PHILOSOPHICAL INVESTIGATION 163, 172 (1996); Olszewski; לעיל ה"ש 26, בעמ' 694–695. ביקורת נמתחה על מוחלטות האיסור ועל תחולתו הרחבה, אף כשהקטיין יום את המין במרמה באשר לגילו (והביא להפלת הקרבן, נזק ייחודי) או בכוח; Christopher & Christopher, לעיל ה"ש 90, בעמ' 82, 91, 104, 106, 113–101

אפילו בלי להישען על ההיסטוריה העתיקה כמקור פרשני לעברה, עדיין מסתמן שוני לעומת האונס הבסיסי. אף שגיל ההסכמה הוא עניין נורמטיבי המשתנה עם הזמן,¹⁶⁵ גם בישראל,¹⁶⁶ אפשר שתיתכן הסכמה מעשית גם מתחת לגיל 14. ההנחה, שהיא קריטית להמשך הדיון חרף היותה קשה לעיכול אף אצל משפטנים ליברלים, היא זו: ילדה מסוגלת לגבש הסכמה חופשית למין.¹⁶⁷ האומנם בת 13 מסוגלת להסכים מעשית ליחסי מין?¹⁶⁸ היש כזה דבר הסכמה חופשית של ילדה? המחוקק מניח שכן. אמנם התביעה ובתי המשפט (והציבור) לא יביטו באהדה באדם שבעל בת 13 וטוען שהסכימה, ואף שנטל ההוכחה על התביעה, נתון הפתיחה יציב ספק עצום באשר להסכמה.¹⁶⁹ בכל זאת אפשרות מעשית להסכמה יש, שאם לא כן אין צורך בעברה. זו הסיבה היחידה לקיום סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין: אם ילדה אינה מסוגלת להסכים מעשית וחופשית לקיים יחסי מין, הסעיף מיותר.¹⁷⁰ עוד יודגש, שאם הבעל הוא ילד בן 13, ייתכן שניטה לקבל יותר את רעיון ההסכמה (שלא יחליץ את הילד ממלתעות האיסור); כאשר מדובר בבעל בגיר, ספקנותנו נוסקת. עבור ילדה גם הסכמה טובה אינה מספיקה; נדרשת הסכמה מעולה. המחוקק מניח שילדה מסוגלת להסכים. הוא אינו מכבד את הסכמתה,¹⁷¹ אך זו עדיין הסכמה,¹⁷² והיא שונה מאי-הסכמה.¹⁷³ שני המצבים נבדלים. מי שסבור אחרת, יקרא לילד בשמו ויפנה לאיננו הבסיסי ולא לסטטוטורי.¹⁷⁴

- Russell L. Christopher & Kathryn H. Christopher, *The Paradox of Statutory Rape*, 87 ; 121
 .IND. L.J. 505, 514–520, 530–538 (2012)
- ; PHILIP JENKINS, BEYOND TOLERANCE – CHILD PORNOGRAPHY ON THE INTERNET 26 (2001) 165
 לוי עדן הילד – מין ואלימות בחברה ובראי המשפט 21, 89, 110 (2005).
- שחר כתב שגיל ההסכמה לבעילה עבר שורת מהפכים, מספר השינויים הגדול ביותר שעבר נושא 166
 כלשהו במשפט הפלילי הישראלי, כנראה בשל התקשרותו לערכים סותרים ומשתנים; יורם שחר,
 לעיל ה"ש 3, בעמ' 112–113.
- אני רואה דמיון (לא שלם) לדברי ברגלסון, שבתי משפט דוחים לעתים את התוקף של הסכמה 167
 עובדתית בהיותה לא רציונלית או לא חופשית: מניחים לעתים שרק אדם לא שפוי יסכים לפעולה
 מסוימת, ואם הקרבן שפוי, ההסכמה נדחית כלא תקפה. אבל אין למהר ולשלול שפיותו של אחר
 רק משום שהסכמתו נראית לא הגיונית; Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ'
 185–186.
- בלשונו של פיינברג, חלה פה חזקת אי-וולונטריות: מניחים שהשחקן הוא בור או טועה בנוגע 168
 למעשיו, פועל מתוך כפייה או נעדר יכולת להסכמה, ושואם הייתה לו יכולת זו, היה נמנע
 מהמסלול שבחר; FEINBERG, HARM TO SELF, לעיל ה"ש 99, בעמ' 124.
- הספק בר החלשה, למשל, כשאותרו אדם גם הוא בן 13 או כשהמשגל נעשה במסגרת מערכת 169
 יחסים מתמשכת.
- מנגד, ניתן לשער שהסעיף אינו מהותי אלא ראייתי ובא להקל על התביעה. אולם אם אלו פני 170
 הדברים, מה הטעם בחזקה חלוטה ומה הטעם בסעיף עונשי? מוטב היה לייצר חזקה ראייתית.
 בדומה, לא ניתן לגרוס שמדובר בניסיון לערוך תיוג חמור יותר, שכן מדובר בחלופה זהה מבחינת
 חומרתה לאיננו הבסיסי.
- ג'קסון כתב באופן משכנע, שבמבט ליברלי אידיאלי, החוק יאסור על מין עם אנשים לא בוגרים 171
 ולא לפי גילם; אלא שבירור הבגרות מטיל נטל כבד על המערכת; BURGESS-JACKSON, לעיל ה"ש
 164, בעמ' 170. כן ראו קנאי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 417–418, וה"ש 126 שלה.
- אין הנחה אוטומטית שילד אינו יכול להסכים למשגל ראו TEMKIN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 110–112. 172
 תחת הטרימינולוגיה של ווסטן, זו "הסכמה עובדתית גישתית" או "אקספרסיבית", גם אם היא ללא
 כשרות. ראו WESTEN, לעיל ה"ש 123, בעמ' 4–5; Westen, לעיל ה"ש 103, בעמ' 336. ווסטן

גם הסכנה מבוועל בת 13 בהסכמתה שונה מזו של בועל בת 13 בכפייה (ששונה ערכית מזו של אדם הבועל בגירה בכפייה).¹⁷⁵ אין צורך לחלוק על מסוכנות הראשון או לקרוא שלא להפליל את התנהגותו כדי להטעים את השוני. ייתכן שלראשון ראויה הכותרת "בעילת ילדה", "משגל פדופילי" (תיוג פוגעני א-מגדרי) או אפילו "אינוס סטוטורי" (להבדיל מאינוס), ולשני – "אונס בנסיבות מחמירות".¹⁷⁶ הערך שנפגע שונה. במצב השני נפגעת האוטונומיה של האישה. בראשון לא המעשה פוגע באוטונומיה שלה אלא דווקא האיסור עליו: החברה אינה מכבדת את בחירת הילדה לנהוג בגופה כרצונה החופשי ולקיים יחסי מין.¹⁷⁷ החברה מבכרת לשמר מוסר או להגן על הילדה מפני עצמה:¹⁷⁸ פטרנליזם. לנערות ולילדות יש אוטונומיה, אך היא שונה בשל גילן ומעמדן וחוסר הבגרות החלוט שמיוחס להן. ניתן לגרוס שאנו פוגעים

- תיאר שבקנדה משתמשים במונח הסכמה במובן עובדתי כדי לתאר בחירה מעשית, שלא די בה כדי לשמש הסכמה במובן המשפטי; שם, בעמ' 339.
- 173 בוסינג הפנה למחקרים לפיהם כחצי מהקטינים שעוסקים בפעילות מינית יזמו אותה; והצביע על שינויים במעמד הקטין שמאפשרים לו לנקוט פעולות משפטיות. הנחת החוק על אי-הסכמה אין פירושה שזהו "פשע של אלימות", ועדיין ניתן לבחון אם הייתה הסכמה בעלת משמעות (meaningful consent). בוסינג הציע פרמטרים למציאת הסכמה כאמור; Bossing, לעיל ה"ש 164, בעמ' 1228–1230.
- 174 או למעלה מכך: בס' 345(ב)(1), אונס בנסיבות מוחמרות שמשלב אי-הסכמה עם גיל מתחת ל-16.
- 175 דן-כהן כתב שלהסכמה כשלעצמה אין תפקיד בשאלה היסודית, אם העברייני הפחית במעשהו את רוחות הקרבן; אך היא עשויה לשחק תפקיד מרכזי בעיצוב החוויה הבלתי נעימה או בצמצום האינטנסיביות שלה; Dan-Cohen, לעיל ה"ש 99, בעמ' 763–764. ניתן לייצר חזקות שבהיגיון הנוגעות לגילאים ולמערכות יחסים. תינוקת אינה מסוגלת לנפק הסכמה פוזיטיבית. השוו Oberman, לעיל ה"ש 6, בעמ' 116. גם הסכמה בגילוי עריות (שראוי להידון כעברה חמורה נפרדת) חשודה מאוד, נוכח פער הכוחות שעשוי לשכך כל התנגדות. ראו פוגין, לעיל ה"ש 151, בעמ' 157. לאינוס ילדה בהסכמתה בגילוי עריות ראו ע"פ 1121/96 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד (נ) 353 (3) (1996); ע"פ 1323/08 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.10.2008); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1053/08 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.4.2009). דאבר בחן את העברה הכללית של גילוי עריות ותהה אם יש לה קיום עצמאי המבדילה מעברות אחרות המגנות על אוטונומיה מינית, כאונס ואונס סטוטורי; Mark D. Dubber, *Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest*, 61 U. TORONTO L.J. 737, 742–744, 752–754 (2011).
- 176 חלק מהתוויות נראות לא מתאימות כשהבועל הוא קטין ואפילו ילד בעצמו. הפללת ילד וילדה השוכבים זה עם זה וזו עם זה בהסכמה תואמת שיטת משפט אחרות (שלעתים אף מפלילות שני בני 17 ששוכבים בהסכמה ומתייגות זאת כ"אינוס"), אך לא ידוע לי על העמדה לדין בישראל בהקשר כאמור. הצבת שני אנשים כפושעים וקרבת זה של זה היא מוקשה מאוד.
- 177 אוברמן הצביעה על דילמה פמיניסטית בנוגע לדיני האונס הסטוטורי, נוכח החשש שהם מנציחים סטריאוטיפים ומדכאים את האוטונומיה המינית של נשים צעירות; Oberman, לעיל ה"ש 6, בעמ' 122, 124, 130, 168, 172. מנגד ראו Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 184.
- 178 אוברמן ציינה שכעניין מעשי, לעתים קרובות אלו שאינן כשרות להסכים הן פעילות מינית לא משום תשוקה מינית, אלא כדי להרגיש שמחבבים או אוהבים אותן. לפיכך המין עמן נצלני באופן מובנה. ראו Oberman, לעיל ה"ש 6, בעמ' 112–113, 116, 148, 150, 152, 163–165, 169.

באוטונומיה שלהן (לקיים יחסי מין) כדי לשמור על האוטונומיה שלהן (להימנע מלקיים).¹⁷⁹ מדויק יותר לומר שהפגיעה בהן ממשגל חופשי מדעתן אינה באוטונומיה האישית, אלא בטובתן, ברווחתן ובתומן. אולי ההגנה בכלל נוגעת לרצון למנוע ממנה חרטה עתידית (ואם כך, ראוי לחשוב מאילו חרטות עתידיות נוספות ראוי להגן על ילדות וילדים ועל בגירות ובגירים). אם נתעקש לכנות את הערך הנפגע "אוטונומיה" (ולא כך ראוי), היא אחרת, חברתית או פטרנליסטית.¹⁸⁰

אף בהנחה שראוי להגן על ילדות מפני קיום יחסי מין בהסכמה באמצעות המשפט הפלילי דווקא,¹⁸¹ אין פה זהות ערכים למול האיננס הבסיסי. הזהות ביסוד ההתנהגותי מקרבת את המצבים, אך שוני הנסיבות מהותי, בשעה שהבעילה היא בהסכמה חופשית ומדעת, גם אם אותה דעת אינה בוגרת ונבונה דייה בעינינו. הגנה על אישה מפני בעילה ללא הסכמתה שונה מהגנה על ילדה מפני בעילה בהסכמתה החופשית ומדעת אך הלא-בוגרת בעינינו. לא נכון לכפות האחדה מושגית על נזק לאוטונומיה הפיזית ועל פטרנליזם. הגנה משפטית לערכים שונים אינה צריכה להינתן במסגרת עברה אחת, כותרת אחת ועונש אחד. התום הילדותי ראוי להגנה עבור כל מגדר ולא דווקא בהקשר מיני, אך לא במסגרת ההגנה על האוטונומיה המינית.¹⁸² האם אנו מוטרדים יותר בדאגה לשלומה או לשלום המוסר החברתי?

מבט בעברת הבעילה האסורה מעצים את התהיות. מה פשר ההבחנה בין בעילת בת 13 לבעילת בת 14? מדוע האחת נקראת "איננס" והשנייה "בעילה אסורה"? מה התחדש בגיל 14? כשניתנת הסכמה חופשית ומדעת, מדוע משגל עם בת 13 הוא אונס, עם בת 14 בעילה אסורה בהסכמה ועם בת 16 חוקי? האם משב הבגרות נוחת ביום ההולדת, בגיל 16? 18? 21? האם כל בת 16 בוגרת נפשית מכל בת 13? האם אין דרושים חריגים בשני הכיוונים, שיאפשרו להכיר בפער בין הגיל לבין הבגרות הנפשית והשכלית ולהכיר בכך שיש מרכיבים נוספים בבגרותו של אדם מלבד גילו, להכיר בכך כחלק מכבודו, לנסוך רכיב אישי שמכבד את אופי האישה

179 אולסן השתמשה בדיני האונס הסטטוטורי לבחון ולהמחיש את הבעייתיות בניחות וזכויות. לגישתה כל מאמץ להגן על נשים מפני דיכוי פרטי של גברים שם אותן בסכנה של דיכוי המדינה, וכל ניסיון להגן עליהן מפני דיכוי המדינה מערער את כוחן להתנגד לדיכוי פרטי; Olsen, לעיל ה"ש 164, בעמ' 401-412.

180 מנגד, ניתן לטעון שבמקרה זה לא האוטונומיה היא "פטרנליסטית" אלא המניעים להגן עליה. איני סבור כך. כמו ההסכמה, האוטונומיה אינה מושג חד-ממדי. כשכופים על אדם ניתוח להצלת חייו או כשאוסרים עליו למות בשעה שהוא מבקש לזה, אין מכבדים בכך את האוטונומיה שלו, אלא מבכרים את ערך החיים. כשכופים על ילד לבצע פעילות מסוימת או להימנע ממנה, אין מכבדים בכך את האוטונומיה שלו אלא מבכרים את "טובתו" או רווחתו.

181 ניתן לתהות על טיב ההגנה הראויה: פלילית, משפטית או אחרת. אוברמן הסיקה ששום פתרון משפטי לא יחסל את הסיכון המובנה בפעילות מינית ויתיר לנעורות להתבגר בטוחה. גורמים לבר-משפטיים יקדמו את הפתרון. לצדם הדין הפלילי ישמור על האוטונומיה המינית ולפחות יודא שהסכמה הושגה בלי כפייה ובלי תמימות מצד הנערה: העובדה שאמרה "כן" תהא נקודת פתיחה לבירור הסכמתה; Oberman, לעיל ה"ש 6, בעמ' 177.

182 אולסווסקי עמד על הרציונל של דיני האונס הסטטוטורי, שהתפתח מהרצון להגן על האינטרסים הכלכליים של האב בתומת בתו לרצון להגן על קטינים מציד מיני של מבוגרים, מפעילות מינית כפויה. רציונלים נוספים: אכיפת מוסר; מניעת הריון קטינות; הפחתת התלות הסוציאלית, בקשר להריון קטינות. אולסווסקי ביקר את כולם; Olszewski, לעיל ה"ש 26, בעמ' 698-705.

הקונקרטי ואינו ממצה אותה ומבטל את בחירתה על סמך גילה כנתון שהוא היחיד שמעניין אותנו, כאילו אין בלתו?

אמת, מתיחת קווים בין גילים ובכלל היא מהמשימות המורכבות ביותר בעולם המשפט. עם זאת איני בטוח שהקו שמתח המחוקק – ראוי. בעילת בת 13 בהסכמתה החופשית ומדעת דומה לבעילת בת 14 בהסכמתה החופשית ומדעת יותר משהיא דומה לבעילת בגירה שלא בהסכמתה החופשית. בהנחה שבעילת ילדה ראויה להיות עברה, רצף הגילאים יקבל היגיון רב יותר במסגרת עצמאית, של עברת בעילה אסורה, שניתן להעשיר במדרגות חומרה שעולות ככל שהגיל יורד: בעילת בת 15, בת 13, בת 9 וכדומה. ניתן גם להותיר שיקול דעת מסוים לתביעה ולבית המשפט לקבוע שבנסיבות מיוחדות הקשורות למערכת היחסים או לבגרות הנערה לא נעברה עברה מסוימת. כשם שבאינוס במרמה קיים רכיב פורמלי של שקר, ניתן להוסיף לאינוס הסטטוטורי רכיב עובדתי פורמלי של ניצול ולא להותיר את הניצול כרעיון חברתי גרידא, שלפיו כל בעילה כזו היא נצלנית בהכרח. במילים אחרות, עלינו לחשוב מחדש על האיסור האמור, על תכליתו ועל גבולותיו. מדוע מטריד אותנו שכן 18 שוכב עם בת 13 יותר משטריד אותנו שכן 13 שוכב עם בת 13? האם בן ה-18 הופך נצלן בהגדרה מעצם פער הגיל, בלי קשר לבגרותו ולבגרותה הנפשית, למערכת היחסים ביניהם וכדומה? האם בן 13 אינו יכול לנצל בת 13 או להיות מנוצל על ידיה? והאם בן 18 אינו יכול לקיים עמה מערכת יחסים שמכבדת אותה ואת רצונותיה הגם שאינה מקובלת עלינו? אותיר שאלות אלו למסגרת אחרת. עברת האינוס הסטטוטורי נולדה מגדרית.¹⁸³ היש הצדקה להותירה כזו?¹⁸⁴ לאישה קשה, אולי, להביא גבר לבעול אותה ללא הסכמתו החופשית, אך אין סיבה פיזיולוגית שיהיה קשה לאישה להיבעל בידי ילד (מגיל מסוים) בהסכמתו יותר משהיה קשה לגבר לבעול ילדה בהסכמתה.¹⁸⁵

לסיכום, במבט בעברות המבססות את האינוס מרחוק עולות תהיות שמא מבחינה נורמטיבית אינוס במרמה ואינוס סטטוטורי אינם "אינוס" כלל, אלא "בעילות אסורות", או אם

183 אולסווסקי כתב שבשנות השבעים של המאה העשרים דור חדש של פמיניסטיות זיהה שחוקי האונס הסטטוטורי המגדריים מנציחים סטראוטיפים שליליים בדבר פגיעות נשים, אך במקום לבקש לבטלם, הן הציעו להפוך את העברות הללו לניטרליות מגדרית. לא נשים הן שפגיעות באופן מובהק, אלא כל הקטינים; שם, בעמ' 695.

184 בהרווארד נכתב שאיסורי אונס סטטוטורי מגנים על נשים פגיעות מנזקים של פעילויות מיניות. האם יש עלויות רגשיות וביולוגיות מיוחדות לנשים, או שמדובר באכיפת סטראוטיפים של נשים כקרבנות מיניים?; *Feminist Legal Analysis and Sexual Autonomy: Using Statutory Rape* (1999) 112 HARV. L. REV. 1065, 1076, 1080-1. אוברמן כתבה שמרבית סמכויות השיפוט הפכו את הפשע של אונס סטטוטורי לניטרלי מבחינה מגדרית, אך סברה שהסיכונים מפעילות מינית נופלים בעיקר על נשים; Oberman, לעיל ה"ש 6, בעמ' 126-128, 135, 161. לשאלה המגדרית בהקשר זה ראו BURGESS-JACKSON, לעיל ה"ש 164, בעמ' 171.

185 כזכור, בהקשר זה נדון (ולא התקבל) סעיף הגרימה בכנסת, כדי לאפשר הרשעת אישה באינוס ילד. ראו לעיל ה"ש 53.

נוותר על הממד המגדרי של העברות, וכך ראוי,¹⁸⁶ "משגל אסור". שתי העברות מתייחסות להתנהגויות לא מקובלות. אולם פגיעתה הערכית של האחת שונה מזו של האחרת ובוודאי שונה מזו שכרוכה באיננוס הבסיסי. הדבר מחזק את התחושה הראשונית שסוג המעשים הנדון במאמר אינו ראוי להיקרא "אונס".

מצב 1 : אונס בסיסי	מצב 2 : אונס במרמה	מצב 3 : אונס סטטוטורי
אוטונומיה מינית	אוטונומיה מינית	אוטונומיה מינית ¹⁸⁷
בחירה מינית חופשית	בחירה מינית מודעת	בחירה מינית בוגרת
אין	יושר, אמון	פטרנליזם : תום הילדה וטובתה

(ו) אינוס מרחוק והסכמה

מבט מעמיק בהסכמה והאופן שנפגמה הובילני לתהות שמא מבני התביעה בתזת האינוס מרחוק שונים מהותית מהאינוס הבסיסי, ואולי שוני זה מצדיק תיוג כללי שונה. כזכור, שתי חלופות רתמה התביעה לתזת האינוס מרחוק: אינוס סטטוטורי (מלמד) ואינוס במרמה (סבח). בשתיהן אין חוויית עוול הכרחית מצד הקרבן בזמן אמת, ולפיכך גם התנגשות הרצונות אינה קיימת. הן המרומה והן הילדה מסכימות בחופשיות למין: הראשונה ללא הבנה מספקת, והשנייה ללא בגרות מספקת. שתיהן יכולות להבין בהמשך את הדברים לאשורם ולחוות את העוול בדיעבד, בדומה לעברות בעילה אסורה וליחסי מין עם מטופל, ובשונה מעברות האינוס הבסיסי, ממעשה סדום וממעשה מגונה. שתי העברות אינן מתיישבות עם תכלית מגדרית.

186 כיום קרבנות האינוס במרמה והאינוס הסטטוטורי הן נשים וילדות בלבד, באשר האינוס הוא עברה מגדרית. בין שיחליט המחוקק להוציא את האינוס במרמה ואת האינוס הסטטוטורי מעברת האונס ובין שלא, לדעתו ראוי לבטל את מגדור העברות. העובדה שהקרבן הטיפוסי הוא אישה אין פירושה שאין קרבנות גברים וילדים. אינוס במרמה אינו מצריך תכונה זכרית וכך גם האינוס הסטטוטורי. אם מין עם אישה במרמה הוא דבר רע, ואם מין עם ילדה הוא דבר רע, מדוע מין עם גבר במרמה ומין עם ילד אינם רעים ואינם מכונים באותה תווית ומטופלים באותו עונש? אין זה חשוב אם העבריין הטיפוסי הוא גבר והקרבן הטיפוסי היא אישה. על עברות לדבר ניטרלית, אלא אם יש סיבה נורמטיבית (ולא רק אמפירית) לנהוג אחרת. עברות מגדריות אינן מקדמות את השוויון; הן מסיגות אותו. טמקין כתבה שעד 1994 היה אונס הפשע המגדרי מכול: רק הגבר מבצע, רק האישה קרבן; חדירת פין וגינלית הייתה אונס, ואילו חדירה אנאלית לגבר נחשבה מעשה סדום. בשל מחקרים שלפיהם גם לגבר אונס הוא חוויה טראומטית, שונה החוק להגדרה לא מגדרית שמכסה חדירה לרקטום גברי/נשי. מין אוראלי כפוי נותר "תקיפה מינית"; Temkin, לעיל ה"ש 5, בעמ' 55-56, 67-69. קייפרס טען שהמשפט והספרות מתעלמים מגברים כקרבנות אונס, תקף מלומדות כאסטרייך, שהקדישה בספרה על האונס הערת שוליים לסוגיית האונס של גבר, והציע להפוך את האונס לפשע לא מגדרי. לדידו הרפורמה בדיני האונס שינתה את החוק עלי ספר אך לא את החוק כפי שנאסף בידי שוטרים, תובעים, מושבעים ושופטים שעדיין פונים לתסריט האונס (כמפורט בהמשך). אם כל גבר יחשוב לא רק על בת משפחתו כקרבן פוטנציאלי, אלא גם על עצמו, יהיה ליכוד אינטרסים אמתי בין גברים ונשים. גם אונס גברים הוא אונס "אמתי"; Bennett Capers, *Real Rape Too*, 99 CAL. L. REV. 1259, 1264-5, 1305-8 (2011); אצלנו ראו את הצעתה המשכנעת של קמיר לאחד את האונס של גבר ("מעשה סדום") ושל אישה לעברה אחת; קמיר "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 5, בעמ' 761-764.

187 כאמור, עמדתי היא שעברה זו אינה מגנה כלל על האוטונומיה המינית אלא דווקא מגבילה אותה.

שתיהן כורכות ערך שאינו מוגן בעברת האינוס הבסיסי: היושר והאמון באינוס במרמה, והתום הילדותי באינוס הסטטוטורי. שתיהן מלמדות על סכנה של פתינות נצלנית ושל תמרון, בשונה מנכונות לעמוד בזמן אמת מול תגובת הקרבן לאוטונומיה הנדרסת. עם זאת ייתכן שהתזה של האינוס מרחוק ראויה בדיוק במקרים שבהם הועלתה. מה נתחדש בהגיענו לאינוס (ולטלפון)? האם ההבדלים בין האינוס הבסיסי לשתי החלופות מתקיים או מתחדדים? תוספת ממד הריחוק בין המבצע לבין הקרבן מחדדת אותם מאוד. האנוס הבסיסי מחייב היעדר הסכמה חופשית של האישה ומודעות הבעל לכך. שילוב הנסיבה והמודעות לה פירושו שעל הבעל לבעול בהבינו שהאישה אינה מסכימה כאן ועכשיו, מה שמחדד את הדורסנות שבמעשה, את הנכונות להביט בפני הקרבן בעת הבעילה בהבינה שהיא קרבן.¹⁸⁸ חוסר ההבנה/הבגרות של הקרבן מצריך מיומנות תמרון ואינו תובע להישיר מבט אל פני הסובלת. ממד הריחוק מלטש את מיומנות התמרון הנדרשת ומרחיק עוד יותר את המבצע מחוויית העוול של הקרבן. מיומנות התמרון הנדרשת מתחדדת בהישענה על תקשורת מרחוק. המבצע מתרחק מחוויית העוול של הקרבן משום שלא רק שאינו צריך להביט לקרבן בעיניה בשעה שהיא מבינה שהיא קרבן; הוא אפילו אינו צריך להביט בעיניה בשעה שהוא מבין זאת.

הניתן לדמיין עברת אינוס בסיסי המתבצעת מרחוק וללא נוכחות? ההגדרה הרחבה של מונח הבעילה נושאת היגיון רב לתחולה על מבצע המשתמש בידיו או בחפץ כדי לחדור לקרבן. האם עודנה נושאת היגיון בעת ריחוק פיזי? ייתכן. ניתן לדמיין גבר (או אישה) המשוחח עם אישה ומאיים עליה, בשם סיפוק חולני כלשהו, שאם לא תחדור לעצמה, יבולע לה. אם האישה משתפת פעולה בגין האיום, מתקיים לכאורה אינוס בסיסי בשל הסכמה שאינה חופשית.

אולם מדוע שתשתף פעולה? ללא נוכחות פיזית מאיימת המגבלה שחוזה האישה על חירותה מצומצמת מזו שחוזה מי שהמאיים לצדה. המאיים מרחוק אינו יכול לשלוח ידו ולבצע זממו בעצמו. לאישה אפשרות לטרוק את הטלפון או לסגור את הצ'אט. האיום אינו חייב להיות פיזי. הוא יכול להיות גם בסחיטה: "אם לא תחדרי לעצמך, אפרסם תמונות עירום שלך". אישה שתציית במצב שכזה מסכימה הסכמה שאינה חופשית. הדרישה יכולה להתקשר לחדירה עצמית, לפגישה ולמשגל, לעוד תמונות עירום, לכסף וכדומה.¹⁸⁹ הערך הנפגע מגולם היטב בעברת הסחיטה באיומים, שמתוארת בסעיף 428 לחוק העונשין ומאפשרת, כשהסחיטה צלחה, להטיל תשע שנות מאסר. אם התוצר הנסחט הוא חדירה עצמית, בתי המשפט יראוהו בחומרה רבה, וניתן לגרוס שהדבר מקים את עברת האונס הבסיסית, בשל היעדר הרצון החופשי.¹⁹⁰ עברות האונס הקונסטרוקטיביות אינן נחוצות.

188 נקודה שהדגיש פונדיק, לעיל ה"ש 124.

189 סבח נאשם בכמה מקרי סחיטה של קטינות באיומים לפגוע בגופו שלו, מה שכמובן מלמד על הקשר הרגשי שיצר עם הקרבנות; עניין סבח, לעיל ה"ש 7. דנינו נאשם שחטש שתי קטינות באיומים לפרסם את תמונותיהן; עניין דנינו, לעיל ה"ש 9.

190 אף שתחסר הסטיגמה המינית האופפת את העברה, עניין שמתקשר לפרדיגמה, שאליה אניע בהמשך. פאלק הקדישה חלק ניכר ממאמרה לתיאור השאלה המורכבת של "אונס בסחיטה" (לצד

היש דרך נוספת לדמיין תחולה של עברת האינוס הבסיסי? ניתן לסבור, לפחות בנוגע לזרים, שאי אפשר כלל לגבש מרחוק הסכמה חופשית לבעילה, באשר ההסכמה מחייבת לכל הפחות הבנה מיהו האדם שניצב מעברה השני של הרשת (/הקו). האינטרנט מקשה לעמוד על פרטי הזהות של אחר, ¹⁹¹ ולכן ניתן לסבור שהחופש להסכים נפגם בו באופן מובנה בנוגע לזרים. בהמשך לדוגמה שלעיל: פלוני ופלונית, שלא נפגשו מעולם, מתקשרים ברשת, ובהמשך כל אחד מאונן בביתו, בלי שנפגשו. ניתן לסבור שהסכמת האישה לחדור לעצמה אינה חופשית, וכמוה גם הסכמת הגבר לגעת בעצמו, שכן לא הוסרו כל הספקות באשר למיהותם. קו מחשבה זה אינו מופרך אך אינו מדויק. באינטרנט, ללא היכרות מוקדמת, ¹⁹² ללא מתווכים שיעידו על מיהות האדם, קשה לוודא שהוא אמנם מי שהוא מעיד על עצמו, בהתיימרו להיות כזה. אולם הדבר אינו מבסס אינוס בסיסי.

ראשית, גם בחלל הפיזי קשה לוודא מיהו אדם, אף שיש מאפיינים שקשה יותר לשקר לגביהם, פיזיים למשל. שנית, וחשוב מכך, הבעיה שתוארה מתאימה, אם כבר, לאינוס במרמה ולא לאינוס הבסיסי, משום שהפגם בהסכמה אינו נוגע לחופשיותה אלא לעומקה. ברשת עולה סימן שאלה מובנה על ההסכמה מדעת. אם סימן השאלה לא הוסר בפגישה או לפחות בשיחת וידאו, האם מדובר בהכרח באונס? האם השקר שנחשף מייצר פגיעה, שעמה ראוי להתמודד במישור הפלילי? ¹⁹³ ייתכן, משום שאולי נפגעת האוטונומיה המינית בהיעדר הסכמה מדעת לאוננות. מנגד, דווקא תשובה שלילית תגן על האוטונומיה המינית ותאפשר לנשים ולגברים לגעת בעצמם בלי לחייבם לוודא את כל פרטי המתקשר עמם. הרשת מקלה על התחזות ושקר, והדבר ידוע בספרות ¹⁹⁴ ואף בפסיקה הישראלית, ¹⁹⁵ בוודאי לבגירים שאחראים למעשיהם

זו של אונס במרמה) ובחנה אם ראוי לכנות ניצול מרות וסחיטה מינית אונס; Falk, *Rape by Fraud*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 44, 79-87. בישראל נכנה את מצבי ניצול המרות – בעילה אסורה בהסכמה; סחיטה מינית היא בעילה בניגוד להסכמה חופשית, וניתן לכנותה "אונס". איני רואה, אגב, סיבה נורמטיבית לאי-הכרה באונס במצב שאישה סוחטת מינית גבר. רגע לפני סגירת הגיליון נחשפתי לפסק דין חדש שבו הודה נאשם והורשע באינוס מרחוק באמצעות סחיטה. למיטב ידיעתי זהו המקרה היחיד של אינוס מרחוק שנוגע לבגירה. עניינו סחיטת חיילת באמצעות איום לפרסם לחבריה תמונת עירום שלה ששלחה לנאשם, סחיטה שכללה בין היתר אילוץ להחדיר לעצמה מלפפון, לצלם ולשלוח לנאשם. הנאשם הודה והורשע במסגרת הסדר טיעון ונגזרו עליו 3.5 שנות מאסר בבית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון, בצדק רב לטעמי, החמיר בעונשו לחמש שנות מאסר; ע"פ 8720/15 מדינת ישראל נ' פינטו (פורסם בנבו, 11.9.2016).

¹⁹¹ אדם יכול להציג לאחרים גרסה שונה של עצמו ולבנות רושם שבחלל הפיזי קשה לו, ולעתים אף בלתי אפשרי לו, לממשו. ראו Andrea Chester & Di Bretherton, *Impression Management and Identity Online*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNET PSYCHOLOGY 223, 223-225 (Adam N. Joinson at el. eds., 2007).

¹⁹² גם בהיכרות מוקדמת ניתן לדמיין שאלמוני, אחיו של פלוני, נכנס לצ'אט במקומו, ברשותו או בלעדיה.

¹⁹³ הדין הפלילי מתייחס רק לחלק קטן מהפאזל הרחב של הרתעת התנהגות שלילית. למשל בנוגע לאינטרנט. ראו Orin S. Kerr, *Virtual Crime, Virtual Deterrence: A Skeptical View of Self-Help, Architecture, and Civil Liability*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 197, 198 (2005). בהרחבה ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 96, פרק 3.

¹⁹⁴ הספרות הפסיכולוגית והסוציולוגית הכירו מזמן בתופעת אבדן העכבות ברשת בשל עמימות הרשת. תחושת אנונימיות יכולה להביא את הפרט לבטא עצמו בחופשיות ובכנות ולנסוך בו

ולמגע העצמי בגופם. מי שחושש לגעת בעצמו ולגלות בהמשך שבן שיחו אינו מי שחשב, יכול לצמצם את הסיכוי לשקר בדרישה לאימות זהות, מרחוק או מקרוב. כשעברת האינוס הבסיסי אינה על הפרק, אנו שבים למרמה ולילדות. למעט במקרים שמטופלים היטב בעברת הסחיטה באיומים, חופשיות ההסכמה אינה ערך פגיע במיוחד ממרחק. מודעות ההסכמה ובגרותה – בהחלט כן. במצבים שבהם יצירת הקשר עם הקרבן איננה הכנה למפגש אלא מטרה כשלעצמה, הרשת מחדדת את השוני בין האונס הבסיסי לבין חלופותיו. המרמה קלה במיוחד ברשת. כך גם יצירת קשר עם ילדות. ניתן לסבור שערכי היושר והאמון זקוקים להגנה רבה יותר ברשת משום שהם פגיעים כל כך, וכמוהם ערך התום הילדותי. אלו, כאמור, מיוחדים לחלופות האונס ואינם מוגנים בעברת האינוס הבסיסי. מנגד, אחד הדברים שהמרחק משנה לטובת הקרבן קשור בדיוק לחופש ההסכמה. כזכור, הנחה שקשה אך הכרחי לקבלה היא שילדה מסוגלת לגבש הסכמה חופשית למין מלא. היא סיבה להניח שילדה אינה מסוגלת לגבש הסכמה חופשית ושאישה שרומתה אינה מסוגלת לגבש הסכמה חופשית לחידרה עצמית?

אף שכולנו פגיעים למרמה ברשת, ואף שילדות פגיעות במיוחד לתמרון שם, כולנו נהנים בה מסוג מיוחד של חופש: החופש לקטוע את התקשורת. חופש זה אינו מאיין את חומרת השקר והמעשה, ולעתים האדם "נכבל" אף מרחוק בשקרים ובסחיטה. ובכל זאת החופש להתנתק קיים באינוס התקשורתי ומאפשר דרך מפלט לקרבן שאינה קיימת במרבית תסריטי עברת האינוס.¹⁹⁶ בהגדרה, חופש זה אינו קיים באונס הבסיסי; הוא קיים במידת מה בצורות הפיזיות של האונס במרמה ושל האונס הסטוטורי, והוא גדל מאוד בצורותיהם הווירטואליות. באונס הבסיסי לא תיתכן הסכמה חופשית. באונס במרמה ובאונס הסטוטורי מניחים חופש הסכמה. מה קורה כשהאישה אינה מסכימה, למשל משום שגילתה את המרמה, או שהילדה אינה מסכימה משום שהפיתוי כשל? עלול להתגלע עימות עם המבצע, שעלול לגלוש לפסים פליליים כופים ואחרים. סכנה זו אינה קיימת מרחוק, ודאי לא באותה מידה. למרומה

תחושת שליטה וביטחון. ראו John Suler, *The Online Disinhibition Effect*, 7 CYBER PSYCHOLOGY AND BEHAVIOR 321 (2004).

195 ראו את פרשת ערוץ 10, שבה ניתח השופט מור את השאלה אם אדם בכלל מסוגל לגבש מודעות לגילה של בת שיחו ברשת: "הנאשם יודע שאינו יודע ואין לו כל דרך לברר את חשדותיו, גם אם אלו התעוררו [...] לא ניתן להרשיע אדם על תפקיד בתיאטרון המסכות"; ת"פ (שלום ת"א) 8371/07 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 31.1.2010). הקביעה נהפכה בערעור: ת"פ (מחוזי ת"א) 28059-03-10 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.6.2010). ההרשעה אושרה בבית המשפט העליון: רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.1.2014). בתי המשפט בישראל מודעים לאפשרות להתחזות ולשקר, ואמנם תחקירני ערוץ 10 עשו בדיוק זאת והתחזו התחזות סדרתית ונרחבת, מה שהוליד אישומים רבים.

196 השופט מזוז התקומם בשל הטענה שאין לייחס מידת חומרה יתרה לעברות מין ברשת לאור יכולת הקרבן לנתק את המחשב בכל עת. זאת בשל גיל הקרבנות והתמרונים הרגשיים שהפעיל פלוני, לרבות מעשי סחיטה ממש. לצד זאת הזכיר מזוז שאכן היו כאלה שניתקו את המחשב או סירבו להצעותיו, אך האשם במקרים שלא כך נעשה רובן כולו על הנאשם; עניין פלוני, לעיל ה"ש 15, פס' 19 לפסק דינו של השופט מזוז. אני מסכים שהשקרנים השפלים אשמים במעשים קשים; אין זאת אומרת ש"אינוס" הוא המסגרת המתאימה, ושיכולתו של הקרבן לסיים את האינטראקציה אינה רלוונטית.

ואף לילדה יש חופש בחירה רב יותר כשהמבצע מרוחק מהן. גם הנזק האפשרי מהפעולה יכול להצטמצם מרחוק. בנוגע לאונס במרמה, ייתכן שתחושת העוול שתחוה האישה כשתגלה שרומתה תהיה מצומצמת יותר, באשר איש לא נגע בה מלבדה. בנוגע לאונס הסטוטורי, ייתכן שהנזק הרגשי יקטן, משום שלא חוותה משגל מלא. ייתכן שאף הנזק הפיזיולוגי יצטמצם, משום שלילדה בקרה גדולה יותר על תחושותיה בזמן הפעולה. היא שנוגעת בעצמה, וככל שהיא חווה מכך כאב, יכולתה הפיזית לקטוע את התהליך גדלה וכך גם יכולתה החברתית לסרב לאדם המרוחק ממנה, בלי להסתכן בהחרפה פיזית. היכולת המידית להיפטר מהמבצע ולא רק לדחותו מיוחדת לאינוס מרחוק. אישה שלמולה אדם שמאיים עליה שיפגע בה אם לא תחדיר אצבע לאיבר מינה, ניצבת בפני סיכון לפגיעה נוספת (עונש על הסירוב), ומלבדו המבצע יכול לנסות ולהחדיר בעצמו דבר מה לאיבר מינה. שונה מצבה של ילדה שהנאשם מפציר בה להחדיר דבר לאיבר מינה כשהיא רחוקה ממנו גאוגרפית ואין סכנה פיזית שמאיימת עליה. הילדה אינה בסכנת פלישה חיצונית פיזית לגופה ללא הסכמתה. אין כל גורם שעליה להדוף מעליה, מילולית.¹⁹⁷ גם אם הילדה אינה חזקה כמו בגירה, היא חזקה לעצור את התוקפנות מרחוק יותר משהיא חזקה לעצרה מקרוב. אמת, סכנת הסחיטה באיומים קיימת תמיד. אולם לא מתקיימת הסכנה הטיפוסית הכרוכה בגילוי בזמן אמת של התרמית או בכניסת גורם זר לחדר בזמן המעשה; אין סכנה של שינוי לבבות,¹⁹⁸ של מעבר מאונס קונסטרוקטיבי לאונס בסיסי, סכנה המלווה (ברמת האפשרות) אונס קונסטרוקטיבי טיפוסי. מנגד, ניצול הקרבן באופן שהוא מבצע את פעולת הבעילה בעצמו מלמד, אולי, על אופן ייחודי של פגיעה בערך המוגן שאינו מכוסה כיסוי טיפוסי באינוס סטוטורי ובאינוס במרמה. הילדה היא חלק אקטיבי הכרחי בבעילה, שאין לנאשם דרך לעקוף, חלק ייחודי.¹⁹⁹ שיתוף הפעולה של הקרבן וביצוע עצמי של פעולת ההחדרה אינו ניואנס של פרדיגמה מוכרת; הוא פרדיגמה חדשה ועצמאית. הסכמת אישה לחדור לעצמה שלא מדעת והסכמת ילדה לחדור לעצמה אינן הסכמות מעולות, אך ההנחה שהן נעשות מרצון חופשי, הקיימת גם בבסיס התזה התביעתית, אינה מתקחה מרחוק, אלא להפך. הפגמים בהסכמה יכולים להתקשר לפרדיגמה של אינוס במרמה (חוסר הבנה מיהו האדם שממול או מה המעשה שמתבקש) או של אינוס סטוטורי (חוסר בגרות). פגמים כאלו מסתמנים בעניין מלמד. לחלופין אפשר לאתר פגמים בחופש הרצון. תרחישי סבך ודנינו הם כאלו שהסכמת הילדה או הנערה מושגת לאחר תקשורת ממושכת ויצירת אמון. במצבים כאלו ניתן לסבור שמהו בחופשיות ההסכמה נפגע ולא רק במודעותה.

197 סכנה דומה מלווה את האונס לאחר סימום. לדוגמאות רבות של קרבנות שהתעוררו לגלות שהן נבעלות לאחר שסוממו. ראו Falk, *Rape by Fraud*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 131–133, וההפניות בה"ש 1–14 לטקסט שלה.

198 סיגל ודוידוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 156–167.

199 אם העברייני נעזר בעברייני אחר, פונים לדיני השותפות: כאשר א משכנע את ב להחדיר אצבעות לילדה בהסכמתה או לאישה בהסכמתה שהושגה במרמה, ייחשב ב לאנס ו-א למשדל לאונס. אם א קושר עם ב, שניהם ייחשבו שותפים לאונס. כאן עסקינן במצב שונה: ב אינו אדם שלישי, אלא הקרבן עצמו. דיני השותפות אינם הולמים: קרבן האונס אינו יכול להיות שותף לעברה. גם "ביצוע באמצעות אחר" אינו עולה יפה כשהאחר אינו רק המבצע אלא גם הקרבן. לביצוע באמצעות אחר ראו שחר אלדר כלי אדם (2009); גבריאל הלוי השותפות לדבר עברה (2008).

ודאי קשה פסיכולוגית לסרב למישהו שרכש את אמונך לאורך זמן, ויותר מאמונך – רכש את רגשותיך, ובכך יצר פער כוחות. גבר מתחזה לנער (סבח) או לצעירה (דנינו) ומפציר בבת שיחו לחדור לעצמה. האם היא חופשייה לסרב? אמנם מערכת היחסים עלולה לייצר לחץ כבד על הנערה, שחשה שאינה מסוגלת להתמודד עמו, אולם לא בלחץ כזה עוסקת עברת האונס. עברות אחרות מתארות תיאור הולם יותר את הפגם האמור: בעילה אסורה בהסכמה בניצול מערכת יחסים של מרות, תלות וכדומה ויחסי מין עם מטפל נפשי או כוהן דת.²⁰⁰ בעברות אלו ניתן לזהות פגם פסיכולוגי בהסכמה, בהשגתה ביתרון מובנה לכוועל על הנבעלת. חרף זאת המחוקק נמנע מלכנות את הבעילה שהושגה עקב יתרון זה "אונס", אלא תיגה כעברה שונה וקלה יותר. כך ראוי גם באשר לגרימת החדרה עצמית מרחוק לאחר התחזות ממושכת. הרי אין סוף לפגמים האפשריים בהסכמה²⁰¹ ואין סוף לפערים בין בני זוג שבגינם האדם מביט בסלידה במערכות יחסים מוסכמות אחרות: פער גיל, פער כלכלי, פער דתי, פער עדתי, פער שכלי, פער רגשי, פער חברתי, פער תרבותי ומה לא. לא כל פער ראוי להפלה בכלל ובוודאי שלא כל פגם מתכנה או ראוי להתכנות "אונס". מונח החופש מתקיים אף בעת נחיתות מנטלית במערכת יחסים שאין בה פסול כללי; אין סיבה לגרוס שהוא מתאיין בעת נחיתות מנטלית הנובעת משקר מפורט ומתמשך של צד.²⁰² בעיניי הלא אובייקטיביות, אדם ששיקרו לו ליצירת מערכת יחסים שלמה, אפילו כזו שלא כללה מין, נפגע קשה מאדם ששיקרו לו לקראת יחסי מין גרידא. הפגיעה הקשה שסבל היא כמה שאכנה "אוטונומיה רגשית". הפגיעה אינה מטופלת כיאות במסגרת עברות המין ואפילו במשפט הפלילי הקיים, וראוי לשקול הפללה חדשה עבורה. השקר המתמשך מגונה לא בגין מגע עצמי מיני אלא בגין רגשות השואו שנוולדו, שייתכן שיצירתם פוגענית לא פחות, וגם הטראומה מתמשכת ועלולה להקשות על מערכות יחסים עתידיות.

את תחושת הכפייה שעשויה האישה לחוש במסגרת מערכת יחסים מקוונת ניתן להשוות בקצרה לעולם המורכב של הזנות. לאחרונה עלתה בישראל קריאה להפליל צריכת זנות, גם בשל פגיעה באוטונומיה הפיזית המינית של הזונות ובשל פגמים בהסכמת הזונות לקיים יחסי מין.²⁰³ ברור שבמקרים רבים הסכמתן פגומה, במובן שקשה לנו לדמיין מדוע אדם יסכים

200 איסור זה שבס' 347 לחוק העונשין התקבל בשנת 2003, בתיקון 77 לחוק העונשין: ס"ח 1911, מיום 23.11.2003, עמ' 18. ההצעה באה להתמודד עם ניצול מיני מצד המטפלים בשל תלות המטופלים, שיוצרת הסכמה פגומה בהיעדר יכולת לשקול בחופשיות: ה"ח התשס"ב 3166, עמ' 869–868.

201 הארט כתב שניתן לבחור ולהסכים בלי להרהר כראוי או להבין את ההשלכות, להסכים בשל רצון לקדם תשוקות חולפות, להסכים בנסיבות אחרות שבהן שיקול הדעת עלול להיות מעורפל; Bergelson, *The Right to Be Hurt*, H.L.A. HART, LAW, LIBERTY AND MORALITY 33 (1963), כמופנה אצל Chamalías, לעיל ה"ש 105, בעמ' 188.

202 פיינברג סרטט טבלת וולונטריות, שהבסיס לה הוא בוחר כשר; FEINBERG, HARM TO SELF, לעיל ה"ש 99, בעמ' 115.

203 שמליאס כתבה שלחץ כלכלי לעתים חוקי ולעתים לא. כשאינו חוקי זו כפייה, כשחוקי זו עסקה. יש שמצדיקים הפללת זנות בטענה שהזנות אינה פעילות ששעונה על הסכמה אמיתית, אך יש מחלוקת אם זו כפייה או עסקה כלכלית; Chamalías, לעיל ה"ש 87, בעמ' 820–829. לטיעון בעד הפללת זנות ותקיפת ה"הסכמה" הבעייתית שעליה היא מבוססת ראו נויה רימלט "על זנות, מגדר

לשכב עם אחרים עבור כסף. אולם דווקא רובד נוסף זה משמש לחידוד מונח ההסכמה הנוגע לאיננוס ולהעשרתו. אישה המסכימה למשגל בתמורה לכסף מבטאת אוטונומיה שאינה חופשית מכפייה כלכלית (הכורח הכלכלי שהיא חווה מלווה אותה בכל עת ולא רק בעת בעילה), תרבותית, רגשית ועוד; אך עודנה חופשית מכפייה פיזיולוגית-מינית מצד הצרכן הספציפי, שאינו כופה עליה לשכב עמו (ואם כן, אנס הוא).²⁰⁴ הרובד האוטונומי הפגוע שונה מזה שנפגע באיננוס הבסיסי, שאם לא כן, לא היה טעם להפליל את צרכני הזנות; כולם ממילא היו אנסים;²⁰⁵ ושונה גם מזה שנפגע באיננוס במרמה, שאף שבשני המקרים ניכרת נצלנות, הרי ששקרנות ופגיעה ביושר מגדירות את האחרון בלבד.

(ז) אונס ואינטראקציה: סיכום ביניים

במבט כפול באינטראקציה בין הפוגע לנפגעת תרתי אחר ביסוס לתחושה שהאונס מרחוק שונה מהותית מהאונס המוכר. מבט פיזיולוגי מרמז שהאוטונומיה המינית של אישה נפגעת גם ממעשים שאינם מתויגים כאונס. מבט מנטלי בחלופות האונס שעליהן נשענת התזה של איננוס מרחוק מעלה שהאוטונומיה המינית של אישה נפגעת באופן או במידה שונה מאלה שבאונס הבסיסי. אי אפשר לכמת את הפגיעות ואין להקל ראש בשום פגיעה. עדיין על המחוקק לאמוד את חומרת הפגיעה, לאחד עברות ולפצלן. פגיעה בערך הכרחית להפלה,²⁰⁶ ופגיעה בתשלובת ערכית זהה²⁰⁷ נראית הכרחית לאיחוד מסגרת. ברור שפגיעה ערכית אינה מדד יחיד להאחדת איסורים, שאם לא כן היה מספר האיסורים הקיימים צונח פלאים. גם אם נהיה יצירתיים ורחבים מאוד באשר למונח "ערכים", נאסוף אך שבריר ממספר האיסורים בישראל. לכן מלבד הערך הנפגע עולה השאלה של מידתו ומלבד שאלת מידתו עולה גם שאלת אופן הפגיעה. ייתכן שהערכים המוגנים, אופן הפגיעה בהם (ולעתים המגננה האפשרית ואופן התיקון האפשרי) ומידת הפגיעה – מגדירים יחד את האיסור, ורק יחד מסוגלים לייצר הבחנה ברורה והגיונית בין איסורים. כך ככלל וכך בנוגע לאיננוס. אנסה להמחיש דבריי בחלק שלפני האחרון, שעניינו התיוג ההוגן, שאלה שהיא מעבר ליסודות האיסור ולתכליתו.

ומשפט פלילי: הרהורים על הצעת החוק להפלת צרכי זנות" משפט וממשל 439, 472–480 (2010). מנגד ראו אסף הרדוף "הפרקטיקה של פסקת ההפלה: הצרה חוקתית של הדין הפלילי – המחשה באמצעות בחינת האיסור על צריכת זנות במבחני פסקת ההגבלה" הסנגור 182, 4 (מאי 2012).

204 כלומר, אפילו כשההסכמה היא מדעת אך לא חופשית, אפשר להפריד בין סוגים שונים של כפייה ולאורם לתייג אחרת את ההתנהגות: כפייה אלימה (איננוס מוחמר), כפייה אדישה למצוקה רגשית (איננוס בסיסי של מכר), כפייה סחטנית (סוחט הדורש יחסי מין), כפייה כלכלית (זנות) וכדומה. כאן עולות תהיות מקבילות באשר לצרכני חשפנות ופגיעתם באוטונומיה המינית של החשפניות.

205 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 96, בעמ' 39–44, 49–60 וההפניות שם.

207 בירנס כתב שכדי ליצור הגדרה שימושית של הסכמה חיוני להבין על מה מגן האיסור על אונס בהכללת אי-הסכמה כרכיב. לדידו התשובה האולטימטיבית היא זכות האישה לסרב; Byrnes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 286–287.

4. תיוג מדויק, הולם והוגן**(א) מבוא**

אין נדרשות אסמכתאות לומר שאונס הוא עברה מיוחדת, מבחינת סטיגמה חברתית ומשפטית.²⁰⁸ מעטות העברות שמעוררות סלידה חברתית עזה כאונס. ברור שלתווית "אנס" חשיבות רבה; מכאן הצורך להטילה בזהירות, וחשוב לא פחות – בעקיבות. הפרק יפתח בהטעמת החשיבות של דיוק ותיוג הולם בכלל. אמשיך בקפיצה הצדה, להמחשת חשיבות התיוג בעזרת עברות מתחום אחר, חשוב לעברות המין ואציג תהיות בדבר תווית האינוס.

(ב) תיוג מדויק והולם: מבט כללי

שאלת התיוג ההולם כמעט שאינה זוכה לדיון באקדמיה ובפסיקה. השעה לניתוח כללי ונרחב בוא תבוא;²⁰⁹ לעת עתה אתמקד ברובד הקונקרטי של השאלה, לאחר דברים קצרים. הצדק עם קלרקסון (Clarkson): על עברות לתאר במדויק את ההתנהגות האסורה כדי לשקף את מידת העוול או הנזק הכרוכים בה ולשדר את ההבדל במידת החומרה בין מעשים שונים.²¹⁰ על החוק לייצג בהגינות את אופי הפרת החוק ועצמתה.²¹¹ אכן, ברור שלא ייתכן איסור אחד לכל מעשה פוגעני, "אחד בשביל אחד".²¹² מנגד, ברור שלא ייתכן איסור אחד לכל המעשים הפוגעניים, "אחד בשביל כולם".

למחוקק כוח רחב בעניין התיוג. תאורטית, ביצירת איסור, בבחירת כותרת ובניסוח יסודות העברה רצויה התאמה דר-כיוונית: הכותרת תשקף היטב את היסודות ורק אותם, והם ישקפו היטב אותה ורק אותה.²¹³ מעשית, המחוקק אינו מוגבל בניסוח הכותרות או בבחירת היסודות. ביכולתו לכנות כל מי שפוגע באוטונומיה המינית (או בכל אוטונומיה שהיא) "אנס". אם כך יעשה, ייווצר פער בין השפה לנורמה המשפטית החדשה. השפה קשורה להיסטוריה ולנורמות, וכמו המשפט, היא חיה ומתפתחת; אפשר שהפער האמור ייסגר בהמשך, אפשר שלא.

208 ובכל זאת ראו Gardner & Shute, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1.

209 אסף הרדוף הפללה תכליתית (טיוטה).

210 C.M.V. Clarkson, *Theft and Fair Labeling*, 56 MOD. L. REV. 554, 554–555 (1993)

211 Stuart P. Green & Matthew B. Kugler, *Community Perceptions of Theft Seriousness: A Challenge to Model Penal Code and English Theft Act Consolidation*, 7 JELS 511, 515–516, (2010) 520. השניים נשענו על אשוורת': ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (4th ed. 2003) 89–90.

212 השוו שחר אלדר על הרזולוציה של המשפט הפלילי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, 2003).

213 קרמניצר הדגיש את חשיבותו של ארגון העברות ומיקומן לשם הצגתן באור הנכון והבלטת הערך המוגן על ידיהן כעניין חינוכי, לתת לכל עברה "אוריינטציה חד-משמעית" בהתאמת הגדרתה לערך המוגן; מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות 173, 179–182, 200–203 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980). אם חשוב המיקום, קל וחומר שחשובה כותרת העברה.

התווית יכולה לאותת לציבור ולרשויות (בעת עיון במרשם הפלילי) מיהו פלוני. לכן עליה להיות מדויקת וחדה ככל הניתן. יש לה משמעות אקספרסיבית.²¹⁴ אם העוול הטיפוסי שנגרם בגין שני מצבים – שונה, אין לאחדם במסגרת אחת. לתווית חשיבות רבה, בפרט בעידן רווי מידע, שבו האדם צמא לקיצורי דרך. התווית היא קיצור דרך, וראוי שיוכיל את הפרט למקום הנכון. הכותרת שולחת מסר חברתי;²¹⁵ מוטב שיהיה חד, גם אם בהמשך יעוצב מחדש בהלכה.²¹⁶

לתווית מדויקת ערך שעניינו תפיסת הציבור. איני סבור שהלך מחשבתו של ההדיוט אמור לקבוע מהי עברה.²¹⁷ עדיין הערך שמשווה ההדיוט לתווית פלונית חשוב ביותר: היא תתקשר בעיני הציבור הרחב למה שהוא יודע על אותה תווית ותתחבר היטב לגינוי, שיטת עבודה של המשפט הפלילי.²¹⁸ אם נתייג בלי קשר למחשבת הציבור, נפסיד את הכוח התקשורתי שיש לפרדיגמה של העברה. יש משמעות נורמטיבית למתיחת קווי גבול בין סוגי התנהגות, וחשוב להבחין בין סוגי עבריינות. תיוג מדויק אינו רק הוגן כלפי הנאשם וכלפי קרבנותיו; הוא מבהיר לחברה באופן החד ביותר את הסכנה הנובעת מאדם ואת הפגיעה הכרוכה במעשהו. אלו מתקשרות ליסודות העברה, שמגלמים את בחירת המחוקק בתיאור הפוגענות. רכיבי היסוד העוברתי משפיעים עליהן: ההתנהגות, הנסיבות והתוצאה. גם היסוד הנפשי יכול להשפיע על הסכנה ועל הפגיעה: הוא שמבדיל למשל בין רצח להריגה ולגרם מוות ברשלנות. כאמור, האינוס הבסיסי נבדל מהאינוס במרמה ומהאינוס הסטוטוטורי בכלל ומהאינוס מרחוק בפרט באופן שבה נפגעת ההסכמה. גישת התיוג ההוגן היא כללית. כדי להיטיב להבחין

214 מק'אדמס מרבה לכתוב על הכוח האקספרסיבי של החוק ולגרס שהוא אינו נופל מכוח הכפייה שלו. ראו למשל, Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 338, 391, 397–407 (1997) 96 MICH. L. REV. 338, 391, 397–407 (1997); Erik Luna, *Principled Enforcement of Penal Codes*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 515, 539, 546 (2000); Sara Sun Beale, *Federalizing Hate Crimes: Symbolic or Tool for Criminal Enforcement?*, 80 B.U. L. REV. 1227, 1267–1269 (2000).

215 התווית עשויה להיות חשובה גם ככלי פרשני. למהלך מזכה בפרשנות עברה לנוכח כותרתה בנוגע לס' 4(א) לפקודה למניעת טרור, התש"ח–1948. ראו דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (5) 193, 202–203, פסק דינו של השופט אור; ולהבדיל, פסק דינו המשנה לנשיא ש' לוינ בעמ' 215–216 (2000).

216 סטאנטז ביקר את כוחו האקספרסיבי של המחוקק (בפלילים) לנוכח המתווכים בינו לציבור, שבהכרח משבשים את המסר: המשטרה, התביעה ובתי המשפט. "המחוקק מדבר, אך המשטרה והתביעה שולטים בווליום"; William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 520–3 (2001).

217 לכך כיוונו רובינסון ודארלי. ראו Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 NW. U. L. REV. 453, 456–457 (1997); Paul H. Robinson, *Why does the Criminal Law Care what the Layperson Thinks is Just? Coercive versus Normative Crime Control*, 86 VA. L. REV. 1839, 1840, 1850 (2000).

218 על הגניוי ראו Henry M. Hart, Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 LAW AND CONTEMP. PROBS. 401, 404–405 (1958).

את הנקודה הנוגעת לתיוג המשתנה לפי השינויים ביסודות העברה בכלל ולפי השינויים בטיב ההסכמה בפרט, אזוז הצדה לשני רגעים.

(ג) עברות רכוש ותיוגן

אילו ניגשתי לדון היישר בתיוג של עברות האונס, הייתי נחשף לביקורת שלפיה גישת התיוג נתפרה עבור עברות האונס. מנגד, בחירתי לדון בעברות הרכוש חושפת אותי לביקורת שלפיה ההשוואה בין סוגי העברות היא קלוקלת. לפי קן זה, השוואת האונס לכל עברה אחרת, למעט רצח, אינה נאותה, שכן כל עברה אחרת היא קלה יותר;²¹⁹ והשוואת עברות המין לעברות הרכוש אינה הולמת, שכן הפגיעה בעברות רכוש קלה יותר, ניתנת לכימות, להשבה ולפיצוי, שלא כעברות האינוס, שפגיעתן הרסנית ובלתי הדרה. האומנם?

ראשית, עברות הרכוש הן קשות ופוגעניות, ובמובן ניכר בלתי ניתנות לכימות, להשבה ולפיצוי, שאם לא כן ודאי היו נותרות במישור האזרחי גרידא. אדם שגנבו את רכושו או פרצו לביתו עלול לחוש חוסר ביטחון תמידי באשר לרכושו ולביתו; אדם שרומה עלול לחוש חוסר ביטחון תמידי באחרים; אדם שנשדד עלול לחוות את הטראומה מחדש. לעברות הרכוש אפשר שיהיה אפקט כואב מתמשך, תחושת עוול ופגיעות מהדהדת, אפילו במצב (הלא שכיח) שבו הרכוש הושב.²²⁰ שנית, אכן עברות המין שונות מהותית מעברות הרכוש. האחרונות מספקות קרקע טובה להמחשה לא בשל דמיון בין זכות הקניין לזכות לאוטונומיה גופנית²²¹ אלא בשל הפגיעה המגוונת והעשירה בשתייהן בגין פגמי הסכמה.²²² ההשוואה באה להציג את קשת הפגיעה בערך דרך הפריזמה של ליקויי ההסכמה ולהארת חשיבות התיוג. גם בעיניי אונס דומה בחומרתו לעברות ההמתה יותר מאשר לעברות הקניין, אלא שעברות ההמתה אינן מספקות קרקע דוקטרינרית הולמת להשוואה מלאה.²²³

כשם שבעילה בהסכמה בוגרת, חופשית ומדעת היא האידאל, ובשאיפה השגרה, העברה קניינית בהסכמה בוגרת, חופשית ומדעת היא האידאל, ובשאיפה השגרה. אולם אין היא המצב היחיד.

219 ביקורת זו מתחברת היטב לנקודה מרכזית במאמרי, שלפיה האונס מעורר אמוציות מיוחדות, ולפיכך יש להיזהר שבעתיים בטרם הדבקה תווית אונס על מצב דברים כלשהו.

220 יכולת ההנאה מרכוש והביטחון בו הם ערך אנושי בסיסי ואוניברסלי. ראו רות גביוזן "זכויות האדם" בתוך זכויות האדם והאזרח בישראל – מקראה – כרך א' 25, 28 (1991).

221 אסטרטגיה הקבילה לעברות רכוש כדי לקרוא להענשה גם בשל שימוש במרמה או בסחיטה לקראת משגל; *Estrich, Rape*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1120. היא התנגדה למתן יחס מיוחד לעברת האונס ותמכה ביחס אליו כמו לעברות אחרות; Susan Estrich, *Teaching Rape Law*, 102 *YALE J.L.* (1992) 509, 512.

222 פאלק כתבה שהנקודה אינה שאונס דומה לגנבה, שכן הם אוסרים על דברים שונים לגמרי, אלא באשר ל"מאטריה" של פשעי גנבה שנוגעת למגוון התנהגויות המאפשר השוואה; Falk, *Rape by Fraud*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 148–150.

223 חרף זאת אגע ברובד מסוים שלהן בקצרה בהמשך ובנפרד, בתת-הפרק הבא. באשר להשוואה המושגית שנערכת באשר לתפקיד ההסכמה בין עברות הקניין לעברות המין ראו גם להלן, את הנספח למאמרי.

אדם ניגש לקרבן 1 אחר ומאיים לפצעו אם לא ימסור את ארנקו ובו אלף שקלים: שוד. בשפת דיבור ודאי נגיד שקרבן שאוים פיזית ובחר לשתף פעולה בהעברה הקניינית ולמסור את הרכוש לשודד, לא "הסכים" למסירה. אולם יש הבדל – חייב להיות – בין שפת החברה לשפת המשפט, כששפת המשפט בחרה להעשיר את מונח ההסכמה ולרבו. במבט ראשון ברור שקרבן השוד לא הסכים להעברת הרכוש, אך במבט עמוק ברור שאם שיתף פעולה, למשל במסירת ארנקו לשודד, הסכים גם הסכים. אין זו הסכמה חופשית בשום אופן, אך זו ודאי הסכמה, ולא סתם הסכמה – אלא הסכמה מדעת. הנשדד העריך את המצב ובחר לשתף פעולה כדי לשמור על חייו או על גופו מהאיום האלים שנפל עליו. בחירתו רחוקה מלהיות אידאלית, אך עודנה בחירה. היא שונה מבחירת קרבן שלשווא ניסה להתנגד פיזית לניתוק השודד את רכושו מידי, ²²⁴ שוד בנסיבות מוחמרות. ²²⁵ בסיס ההחמרה נובע מפגיעה ערכית קשה יותר בנשדד, המתקשרת לפגיעה פיזית בגופו ואולי גם לדריסה גסה יותר של האוטונומיה שלו: לא רק ההסכמה החופשית נעדרת במצבים כאלו אלא לעתים גם ההסכמה בכלל. ²²⁶

קרבן 2 נדרש לשלם אלף שקלים לא בגין איום בפגיעה בגופו אלא בגין איום בפרסום תמונות עירום שלו. במבט ראשון אולי נגיד שלא הסכים למסור את כספו; במבט מעמיק ומרובד נסכים שהוא הסכים, ולא סתם, אלא הסכים מדעת. שוב מה שחסר בהסכמתו הוא חופשיותה. לפיכך נאשים בסחיטה באיומים. כמו השוד, הסחיטה מבוססת על הסכמה מדעת שאינה חופשית. הם נבדלים באשר לצד הקניין יש סכנה לערכים שונים, שלמות הגוף והחיים למול ערכים מגוונים (בדוגמה לעיל פרטיות, כבוד ואולי אף אוטונומיה גופנית/מינית), ומפני שהפגיעה בהסכמה שונה. הסכמת הנשדד, אם ניתנת, היא מדעת, אך מגובשת ספונטנית ומיד, כשאינן עזרה משטרית באופן; הסכמת הנסחט, אם ניתנת, היא מדעת ומתוך מחשבה, הרהורים וייסורים עמוקים, ולכסוף ויתור על עזרת הרשויות כדי לצמצם את הסיכון בפגיעה. ²²⁷

קרבן 3 העביר אלף שקלים לזר שהבטיח לו שישקיע את כספו באופן ששייב לו כפל תמורה, אלא שהזר נעלם עם הכסף. שוב נפגע קניינו של הקרבן, ושוב נוכל לומר שהוא לא

224 ואפשר ששילם בחייו (מה שמוסיף רצח). למשל ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239 (1996); ע"פ 3390/98 רוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 871 (1999); ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 529 (2002).

225 להבחנה בין שוד רגיל למוחמר ראו אייל רוזובסקי "שוד בנסיבות מחמירות" משפטים טז 494 (1986).

226 אמירה מושגית ותיקה: השוד הוא צורה מוחמרת של עברת הגנבה, צורה המכילה אותה. פשר הדבר שעברת השוד בולעת את עברת הגנבה במוכן היסודות. אולם אם היסוד "בלי הסכמת הבעל" מחריג מקרה שהושגה הסכמה תוך איום באלימות, ברור שהשוד אינו יכול לבלוע את הגנבה. שוד אינו חייב להכיל את עברת הגנבה, משום שהאחרונה היא לעולם נטילת רכוש ללא הסכמת הבעל (הסכמה כלשהי), ואילו הראשון הוא לעתים קרובות נטילת רכוש עם הסכמת הבעל: הסכמה שלא מרצון חופשי, אך עדיין הסכמה. ראו הרדוף עברת הגנבה, לעיל ה"ש 27, פרק 4.

227 לעברת הסחיטה ראו עדנה קפלן "תביעת זכות ועברות סחיטה" הפרקליט לד 56 (1981); אלון ברנר "עברת הסחיטה באיומים – שאלות של דין רצוי – לחץ פוליטי כ'סחיטה באיומים'" פלילים ח 299, 303 (1999).

הסכים להעברת כספו. בהשקפה עשירה על מונח ההסכמה ודאי נסכים שהוא הסכים, ולא סתם הסכים, אלא מרצונו החופשי. מה שחסר להעברה ראויה אינו הסכמה ואינו חופש רצון אלא מודעות והבנה. הקרבן לא היטיב להבין את הנסיבות בשל מצג השווא. הסכמתו חופשית אך לא מדעת. עברה זו מופיעה בסעיפים 414–415 לחוק העונשין ונקראת קבלת דבר במרמה.²²⁸ ארנקו של קרבן 4 ובו אלף שקלים נלקח מכיסו בידי אחר בלי רשותו ובלי ידיעתו. הקרבן לא נתן להעברה הסכמה חופשית או מדעת: הוא לא הסכים כלל. עברה מפורסמת זו מופיעה בסעיפים 383–384 לחוק העונשין ונקראת גנבה.

קרבן 5, האחרון,²²⁹ הוא ילד (למשל) שהתבקש לשלם אלף שקל יותר מהתעריף המקובל עבור נסיעת מונית לילית ברחובות ריקים ובמזג אוויר סוער. הילד הסכים לשלם משום שאינו מכיר את התעריף המקובל, מפני שאינו מסוגל להבין ולהעריך לעומק את שוויו, או מכיוון שבנסיבות העניין מצא את העסקה כראית. הילד נתן הסכמה חופשית (במובן מסוים) להעברה הכספית, ומבחינתו גם הסכמה מדעת, אך מבחינת המשפט בהעברה כרוך ניצול של חולשת הילד. הפגם בהסכמה קשור למסכים שאינו בוגר ומיושב או בנסיבות ההסכמה שקשה להתיישב בהן: ההסכמה טובה אך אינה מעולה. נראה שתתאים העברה שבסעיף 431 לחוק העונשין: עושק.

נדמה לרגע שהעברות מגנות על אותו ערך: הקניין. כולן תמות בחסרון כיס של אלף שקל שנגזלו מהקרבן לטובת המבצע השפל. מדוע להתעקש לכנותן בשמות שונים ואף ליצור מדרג חומרה?²³⁰

לתיוג מדויק והולם יש ערך. שוד, סחיטה, מרמה, גנבה ועושק עלולים לפגוע בזכות הקרבן לקניין, ובכולם אין הסכמה מעולה. ההבחנה נוגעת בעיקר לאופן שבו נפגעת האוטונומיה, למידתה ולערכים נוספים שבסיכון. שוד עניינו נטילה קניינית בהסכמה כפויה לנוכח איום פיזי; סחיטה עניינה נטילה קניינית (לעתים) באמצעות איום בפעולה עתידית שלא כדין; מרמה עניינה השגת דבר בהסכמה שהושגה שלא מדעת; גנבה עניינה נטילה קניינית כשחוסר ההסכמה מתקשר לאי-ידיעת הקרבן על המעשה; עושק עניינו קבלת דבר בניצול מצוקת אחר.²³¹ הפעולות מתבצעות ונחווות אחרת. תחושת קרבן הגנבה ודאי שונה מתחושת קרבן השוד, שוודאי שונה מתחושת קרבן הסחיטה. קרבן הגנבה, כקרבן האינוס בחוסר הכרה, אינו חווה אותה בזמן ביצועה; קרבן השוד, כקרבן האינוס הבסיסי, בהכרח כן.

228 קרמניצר הקדיש חיבור שלם לעברה זו, שבמרכזה ההטעיה ואחריה טעות ופעולה ברכוש המסכה נזק לטועה המוטעה. הרמאי מניע אחר לפעול בהטעיה ומפעיל את קרבנו, בדומה לסוחט אך בשונה מהגנב. קרבן המרמה המבחין בה אינו מבין את משמעותה, להבדיל מקרבן הגנבה; מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית 13–16 (2008).

229 יכולתי להוסיף ולבחון פגיעות קנייניות בשפע, פליליות ואזרחיות, אך מטרתו כאן המחשה בלבד, שתסייע בהמשך להיטיב להבין את עברת האינוס. להרחבה ראו הרדוף עברת הגנבה, לעיל ה"ש 27, פרק 4.

230 מדרג עולה: עושק/גנבה/מרמה ← גנבה/מרמה מוחמרת ← סחיטה באיומים ← שוד ← שוד בנסיבות מחמירות.

231 קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות, לעיל ה"ש 213, בעמ' 259–280; Alex Steel, *The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty in Theft* 31 UNSW L.J. 712, 722–728 (2008); Alex Steel, *Taking Possession: The Defining Element of Theft?* 32 MELBOURNE U. L. REV. 1030, 1032–1064 (2008).

כל הפעולות הללו מסתיימות בהשגת קניינו של אחר בדרך לא הוגנת, ללא הסכמה מעולה. מדוע איננו קוראים לכולן "שוד"? מדוע שלא ניצור עברה כוללת של "פגיעה בקניינו של אחר"? גם הפרת חוזה, פלישה לדירה, הלנת שכר ואין-ספור התנהגויות אחרות פוגעות בקניין. בכל זאת אנו מפרידים ומבחינים, גם אם לא תמיד בקלות, בין כל אלו.²³² מדוע להבחין? ניתן לגרוס כי ככל שהגדרת השוד תתרחב, כך תביע כבוד רב יותר לאוטונומיה הקניינית של הפרט. איני סבור כך. כבוד לפרט הקרבן אינו מושג ביצירת עברות רחבות היקף לא מדויקות. איני מכבד את קרבנות הסחיטה, המרמה, הגנבה והעושה בהאשימי את המעוולים כולם בשוד, וודאי שאיני מכבד את קרבנות השוד בקראי לגנבה "שוד" ובהשטחת הפגיעה הקשה יותר שחוו הנשדדים. אנו מבחינים בגין זיהוי שוני חשוב בין סוגי ההתנהגות. פגיעתם הרעה בלתי נסלחת מבחינת החוק הפלילי, אך לא הרי שוד כהרי סחיטה כהרי מרמה כהרי גנבה כהרי עושק (כהרי הפרת חוזה וכדומה). כל סוג התנהגות שונה נורמטיבית מהיתר ומצדיק יחס שונה ותיוג הולם.²³³ הדבר מתקשר הן להגינות והן לצורך באיתות חד על הסכנה הנובעת מהמבצע.

אשר לפגיעה קניינית באדם אחר, הסכנות רבות ומגוונות: הסכנה מהגנב שונה מהסכנה מהרמאי, מהסוחט, מהשודד, מהעושק, ממפר החוזה, ממליץ השכר וכדומה. תווית מדויקת תקל עלינו להתמודד עם סכנה פוטנציאלית. אם נדע שפלונני הוא גנב, נשגיח על מיטלטליו בשבע עיניים בהתקרבו; אם נדע שהוא רמאי, נחשוב פעמיים לפני שנפקיד בידיו את רכושנו; אם מפר חוזה הוא, נימנע מכריתת הסכם עמו וכדומה. חשוב להבחין בין סוגי התנהגות הן מבחינת התווית והן מבחינת העונש הפוטנציאלי. כפי שלא נכנה כל פעולה שפוגעת בקניין הפרט "שוד", כך אין לתת כינוי אחיד ולנקוט יחס עונשי זהה כלפי כל פגיעה באוטונומיה המינית, אף כזו שכוללת בעילה. תיוג הולם חשוב גם לנאשם: אין זה הוגן לכנות כל אדם שפוגע באוטונומיה הפיזית המינית של אחר "אנס", ממש כפי שאין זה הוגן לכנות כל אדם שפוגע בקניינו של אחר "שודד". הצבת התווית החמורה ביותר בסולם הערכי כלפי מי שמצוי בשלב נמוך יותר פוגעת בו פגיעה לא מידתית ומשווה שלא בצדק ושלא בתבונה בינו לבין ראש הסולם.²³⁴

(ד) פגיעה בחיים ותיוג: מבט קצר

מבט רוחבי ובלתי ממצה בעברות הקניין מלמד על הבחנות בדין הפלילי הקיים, חשובות וראויות, בשל הפגם בהסכמה שהוביל לפגיעה הקניינית ובשל ערכים נוספים שמאפשרים להבחין בין פוגענות אחת לאחרת. מבט זה מחזק את עמדתי מהזווית הדוקטרינרית. כעת אציג מבט קצר אחר, המנוגד לדוקטרינה הקיימת, כדי לחזק את עמדתי מהזווית הנורמטיבית ולהתמודד עם הדוקטרינה המנוגדת, ממש כמו זו שמנוגדת (חלקית) לתפיסתי בעניין האונס.

232 הרדוף עברת הגנבה, לעיל ה"ש 27, פרק 4.

233 שם, בעמ' 161–162.

234 לאור זאת ניתן להעלות טיעון חוקתי נגד העמדה לדין לפי סעיף כאמור. ראו רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529, 541–553 (2015), והשוו אסף הרדוף "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243 (2012).

שלוש עברות המתה מרכזיות בישראל: רצח, לפי סעיף 300 לחוק העונשין, דינו מאסר עולם חובה; הריגה, לפי סעיף 298, דינה מאסר 20 שנה; גרימת מוות ברשלנות, לפי סעיף 304, דינה מאסר 3 שנים. הן אינן כוללות יסוד התנהגותי ברור אלא בעיקר תוצאה, ונבדלות זו מזו ביסוד הנפשי: כוונה תחילה, כוונה או פזיזות, ולבסוף רשלנות.

בשלוש העברות, מבחינת המשפט הפורמלי, אין חשיבות להסכמה: רצח בהסכמה עודנו רצח, הריגה בהסכמה (שקשה יותר לדמיין, להבדיל מסיכון חיים מוסכם) עודנה הריגה, וגרימת מוות ברשלנות (שקשה במיוחד לדמיין) עודנה גרימת מוות ברשלנות. להבדיל מעברות הקניין, המחוקק לא ראה לנכון להתחשב בהסכמת הקרבן, בהניחו שיש דברים שאי אפשר למחול עליהם, בהחלטה פטרנליסטית ומרצון להגן על החברה.²³⁵ הנכון להתייחס כך בדיוק ובאותה תווית לאדם שהומת בהסכמתו?

המתת חסד היא פעולה שמבחינה פורמלית נחשבת לרצח. יסודות העברה מתקיימים בעליל. אין קושי ביסוד הפיזי, המתת אחר. כאשר ליסוד הנפשי, הכוונה תחילה מתגבשת: יש החלטה להמית, יש הכנה ואין קנטור;²³⁶ אין סייג לאחרייות.²³⁷ הערך המוגן המסתמן בעברה נפגע, כמובן: החיים. כלומר, בדומה לאינוס מרחוק אך באופן נחרץ בהרבה, יסודות העברה מתקיימים והערך המוגן המסתמן נפגע. עם זאת התחושה היא אחרת.²³⁸ חל שינוי נורמטיבי שבגיניו אפילו המתנגדים להסדרה של המתת חסד יתקשו לטעון שהיא זהה לרצח.²³⁹ מדוע? מה השתנה?

235 ראו דיון לעיל, חלק שני, ס' 3 (ב) למאמר.

236 ע"פ 369/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 561, 567–579 (1970).

237 חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005 קובע במפורש בס' 19 ו-20 שאינו מתיר פעולות המכוונות להמית או לסייע להתאבדות גם כשנעשות מתוך חסד וחמלה ואף לבקשת החולה. לאפשרות ההחלטה סייג הצורך במצב זה. ראו ליאון שלף "בין קדושת החיים לכבוד האדם – על ייסורי הגוף, הקדמה הרפואית, רגישות אנושית והמשפט הפלילי" משפטים כד 207, 225–232 (1994). הלוי דן באחרייות הפלילית הנובעת מהמתת חסד, והתעמק בעברת השידול או סיוע להתאבדות שבס' 302 לחוק העונשין; גבריאלי הלוי "האחרייות הפלילית של הצוות הרפואי והמוסד הרפואי למותו של החולה הנוטה למות" משפט רפואי וביור-אתיקה 1 (2008). קנאי דנה בשאלה זו בפנייה לסייג הציודוק, להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב–1992, ולהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחרייות מופחתת), התשנ"ה–1995, ה"ח 475; קנאי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 400, 423–425. כן ראו Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 226.

238 לצורך לתקן את חוק העונשין לאור הסוגיה של המתת חסד ראו יעל אדלשטיין "חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005 במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" רפואה ומשפט 47, 99 (2013).

239 ברגלסון ציינה שהסכמת הקרבן לרצח היא גורם מקל מרכזי בשיקולי הענישה ב-24 מתוך 31 המדינות המטילות עונש מוות, וכתבה שהקוד הפלילי לדוגמה קובע זאת במפורש; Bergelson, *The Right to Be Hurt*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 223–224, 236. שלף תיאר בהרחבה העמדה לדין של רופא שניסה להקל את רגעה האחרונים של מטופלת וביקר בחריפות את ההעמדה לדין ואת החוק כעירום, אכזר, חסר רגישות ומנותק מהמציאות; שלף, לעיל ה"ש 237, בעמ' 218–220. על ישראל שניסה להמית את אמו מטעמי חסד הוטלה שנת מאסר יחידה ראו ע"פ 4688/09 ראב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.12.2009). לדיון מפורסם בקשר להמתת חסד נערך מחוץ לשדה הפלילי ראו ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993).

סוגיית המתת החסד מורכבת מכדי שאבסס פה אמירה עצמאית בעניינה,²⁴⁰ אך דומני שמה שהשתנה הוא כניסתו למשחק של ערך נוסף שמקודש בידי המעשה ונפגע מהאיסור: האוטונומיה וכבוד הפרט.²⁴¹ ההסכמה שניתנת, שאינה מספיקה משום שאינה מעולה/מושלמת, רלוונטית מאוד במבט נורמטיבי. הניתן ברצינות להשוות נורמטיבית בין המתת חסד אקטיבית, שמטרתה טובת המומת והגשמת בחירתו, לרצח הפרדיגמטי, שהמניע מאחוריו הוא הכול רק לא טובת המומת ובחירתו? לא ולא. ההסכמה, אף שאינה מעניינת את החוק, מלמדת על הצורך בתיוג שונה ומקל, כזה שיאותת בחדות ובהגינות על המעשה: "המתת חסד" (בהנחה שבכלל ראוי להפליה) ולא "רצח" או "שידול להתאבדות".

מה שנכון בנוגע לרצח נכון גם בנוגע להריגה. בעניינה קשה יותר לדמיין הסכמה ישירה. ניתן לדמיין הסכמה עקיפה, במובן הנכונות של פלוני להסתכן במוות במהלך אינטראקציה עם אלמוני. באביב 2015, בדיון נוסף, זוכה קטין מהריגה לאחר השתתפות מוסכמת במרוץ מכוניות פרטי בכבישי ישראל שהביא למות אחד המשתתפים. לא אכנס לפסק הדין המרתק והמורכב; אציין רק שמונח האוטונומיה נותח בהרחבה, ובין שנסכים לזיכוי מהריגה ובין שלא, ודאי נסכים שרעיון ההסכמה הוא שמאתגר את העברה במובן הנורמטיבי.²⁴²

(ה) דיוק, תיוג ופרדיגמה: אינוס מרחוק

ראוי להבחין מושגית בין התנהגויות שונות הפוגעות באותו ערך, לאור קיומם של ערכים אחרים שנפגעים, לאור שוני באופן הפגיעה או לאור שוני במהותה. כך ככלל וכך בנוגע לעברת האינוס. המחוקק יכול לכתוב: "הפוגע מינית באישה – הרי הוא אנס" ולהקיף פגיעות מרובות ומגוונות.²⁴³ מדוע לא?

240 זיהוי מדויק של הערכים המוגנים בעברה כלשהי הוא מלאכה קשה מהצפוי. בעברת הגנבה למשל עמלתי עשרות עמודים כדי לאתר ולזקק את הערכים המוגנים; גם אז עמדתי אינה בהכרח מקובלת על אחרים. ואין זה פלא: אנו מרבים לדבר על ערכים מוגנים אך ממעטים להסביר כיצד הם מאפשרים להבחין בין התנהגויות עברייניות שונות. ראו הרדוף עברת הגנבה, לעיל ה"ש 27, פרק 4.

241 שלף, לעיל ה"ש 237, בעמ' 220–224, יצא נגד ייחוס ערך עליון לקדושת החיים והתעלמות מערך כבוד האדם.

242 דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2015). לביקורת ראו רוני רוזנברג "המרוץ לעברת ההריגה – משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי" הפרקליט נג 347 (2014). ניתן לדמיין דוגמאות נוספות להעמדות לדין בגין הריגה בהסכמה. ידוע כיום שעישון כבד גורם למוות. מדוע איננו מעמידים לדין פלילי את חברות הסיגריות בגין אלפי מתים מדי שנה? מעבר לשאלות מורכבות של כלכלה ופוליטיקה, ניתן לסבור שכל עוד מדובר בעישון אקטיבי, השעון על בחירת המעשן, בשל כיבוד האוטונומיה של המעשן אין זה נכון להעמיד לדין באשמת הריגה (רשלנות מתאימה פחות כשהמוות צפוי כעניין כללי).

243 טמקין כתבה על ביטול הכותרת "אונס" לטובת "תקיפה מינית", מונח עמום. לדידה, המילה "אונס" משייכת סטיגמה מוסרית עמוקה ומעוררת תמונה סטראוטיפית על פסיכופטים, זרים ואלימות, מה שעלול לגרום למושבעים לחשוש מהרשעה; Temkin, לעיל ה"ש 5, בעמ' 177–178.

התשובה מתקשרת לתיוג ראוי, שהוא מצד אחד הוגן לנאשם, באפשרו לסמן את מידת החומרה שבמעשהו כבר ברמת הכותרת, ומצד אחר מועיל לחברה, בכללו יתרון אקספרסיבי של מסר ברור.

התווית שמייחס הציבור לאנס תתקשר ודאי לתדמית האנס, לאנס הפרדיגמטי. האינוס הוא עברה מגוונת,²⁴⁴ אך אין זאת אומרת שאין לה "תסריט חברתי טיפוסי". כשנגיד: "פלוגי אנס", זאת ותו לא, אפשר שהציבור ידמיין דווקא בעילה כוחנית או אישה נבעלת בעת מצוקה קשה.²⁴⁵ יודגש שבשום אופן איני קורא למשפט לשוב בלעדית לתסריט האנס הזר בסמטה החשוכה, ואיני חושב שבעילה ללא הסכמה אינה אונס בלי הפעלת כוח; אדרבא, היא אונס בעיני המחוקק וגם בעיניי, וכנראה נפוצה יותר מאונס זרים.²⁴⁶ עדיין לפרדיגמה יש כוח תקשורתי. עברת האונס השתנתה; איני בטוח שפרדיגמת האינוס הציבורית גם היא.²⁴⁷ מלבד

244 אסטרך כתבה שהאונס מגוון: מהזר החמוש שפולש לבית אישה, עד הפגישה שהזמינה. בין לבין מאות וריאציות. רוב סמכויות השיפוט שעשו רפורמה בדיני האונס בעשור האחרון התמקדו ביצירת דרגות אונס. הקושי הגדול יותר: ביצירת הסף של האחריות, מתיחת הקו בין מין פלילי לפיתוי; *Estrich, Rape*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1179–1180.

245 קייפרס כתב על ההגדרה הממגדרת במשפט המקובל לאונס, בדרישה להדירה גברית לאיבר מין נשי, בכוח או באיום בנוק גופני חמור, בלי הסכמה. שילוב ארבעת הרכיבים יצר "תסריט אונס" שביחס לו נשפטים כל המפגשים המיניים, ולפיו, למשל, אונס בין בני זוג לא נתפס כאונס. תסריט האונס כה משפיע, שאפילו אחרי רפורמות רבות שביטלו את דרישת הכוח, הסירו את הדרישה להתנגדות פיזית של הקרבן והגבילו חקירה של הקרבן על העבר המיני, מקבלי החלטות נצמדים לתסריט כקנה מידה כדי לקבוע אם היה אונס: שוטרס, תובעים, מושבעים ושופטים; *Capers*, לעיל ה"ש 186, בעמ' 1288–1292, 1305–1308. לביקורת על תמונת "האונס האמיתי" ראו פוג'ן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 520. על הרעיון של תדמית עבריינית והשפעתו הרחבה בעיצוב הדין בנוגע לעברת הגנבה ראו *George P. Fletcher, The Metamorphosis of Larceny* 89 HARV. L. REV. 469 (1976) (טיעון מרכזי במאמר).

246 למחקרים שלפיהם אונס בידי זר הוא החריג ואונס בידי מכר הוא הכלל ראו *Female Victims of Violence Bureau of Justice Statistics Selected Findings U.S Department of Justice* (2009); *Extent, Nature, and Consequences of Rape Victimization – Findings From the National Violence Against Women Survey, U.S Department of Justice* (2006); **אלימות נגד נשים – ריכוז נתונים הוגש לוועדה לקידום מעמד האישה לקראת יום המאבק הבין-לאומי באלימות נגד נשים (נובמבר, 2007).**

247 דריפס כתב שלעומת האליטה החוגגת את האוטונומיה ומאמינה שמה שמוסכם בין בגירים אינו עניינו של החוק, הדעה הרווחת ממשיכה לראות בתוקפנות מינית גברית דבר רצוי ונערץ, ופעילות מינית נשית כוולגריה ומופקרת, "גבר-גבר" ו"שרמוטה" (*a stud and a slut*); *Dripps*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 971. גרובר כתבה שבסוף המאה התשע-עשרה נשענו דיני האונס בארצות הברית על הפרדיגמה של האנס הזר, אופיין כשחור, אורב בצללים, מוכן לתקוף באלימות אישה (לבנה) תמה. אנסי ילדים ואנסי זרים (בשונה מאונס מכרים ורעיות) נתפסים כמפלצות. עד כה הפמיניזם כשל (ומודע לכך) לייצר דימוי כזה בנוגע לאונס בפגישה (*date rape*). מוטב להתנתק מרפורמות האונס ולמצוא דרכים חוץ-משפטיות לשנות את תנאי התרבות ולנהל דיאלוג עם גברים צעירים כאנשים (ולא רק לכלאם כפושעים) כדי למנוע אונס בפגישות. הרפורמה הפמיניסטית בדיני האונס היא סיפור גבורה, אך הדין הפלילי הנוכחי אינו יכול עוד לספק מסגרת יעילה לשינוי ומוטב לפמיניזם לעזוב את אולמות הכוח הפלילי ולשוב לרחובות שבהם מתרחשת האלימות; *Gruber*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 584–587, 610, 627–638, 645, 660–653. בדומה לזה כתבה שמליאס שדיני המין יכולים לפעול ככוח מייצר ערכים רק כשאלו הנמשלים על ידיהם תופסים את

זאת, האנס הזר והאנס המכר פוגעים שניהם באוטונומיה המינית, אך האופן שבו הם דורסים אותה שונה. עברת הבעילה הכוחנית הפכה לעברת בעילה ללא הסכמה. ייתכן שחשוב לתומכי ההרחבה לכנות בעילה ללא הסכמה "אונס", כמו שכונתה בעילה אלימה תוך התנגדות, משום שהמילה "אונס" היא סמל.²⁴⁸ אפשר שהם ביקשו להשוות בגלל רצון להישען על הפרדיגמה. הרי היה ניתן לכנות בעילה ללא הסכמה בתווית אחרת,²⁴⁹ למשל "דורסנות/כפייה מינית",²⁵⁰ ולייצר עונש זהה. ההשוואה מאפשרת ואף מבקשת לקצור את התועלת התקשורתית של הפרדיגמה, על החומרה שהיא משרתת. התרחקות מהפרדיגמה כרוכה באבדן תועלתה התקשורתית, והאינוס מרחוק מרחיק אותנו מהפרדיגמה יתר על המידה. לעברת האונס יש כוח ציבורי, כוח גינויי-קלוני חזק במיוחד. ככל שהעברה מתרחבת ומתרחקת מהפרדיגמה ההיסטורית, כך היא עלולה להפסידו.

(ו) תיוג ואיתות על הסכנה: אינוס מרחוק

תיוג מדויק אינו רק הוגן כלפי הנאשם; הוא גם מועיל, כאמור, באיתות ציבורי על הסכנה הנובעת מהעברייני. היעדר ההבחנה בין האינוס הבסיסי לבין האינוס במרמה והאינוס הסטטוטורי מעלה קושי. סכנות שונות נובעות מפעולות אלו. הסכנה באינוס הבסיסי היא מהתעלמות גסה מחופש הרצון, מנכונות לדרסו במישרין. איתות חברתי מתאים יהיה להתרחק מאותו אדם אם הפעיל כוח, ואם לא, להישמר מפני קרבה פיזית אינטימית עמו. הסכנה הנובעת מאינוס במרמה שונה ונוגעת להיעדר הסכמה מדעת.²⁵¹ איתות חברתי נכון בנוגע לעברייני הוא היותו פתיין שקרן²⁵² (מיהות העושה) או נצלן שקרן (מיהות המעשה).²⁵³ גם הסכנה מאינוס

החוק כהשקפה בדבר ההתנהגות המינית ההולמת; Chamalias, לעיל ה"ש 87, בעמ' 777. לנגיעה קצרצרה בשינוי הפרדיגמה של האונסראו ע"פ 269/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסק דינה השופטת ברק-ארו (פורסם בנבו, 18.10.2012).

248 ביומילר הפנתה לשיח נשי שמשקף תפיסה לא משפטית של אונס שמתארת תחושות נשיות של הפרה ואינו קשור באופי המעשה (ולכן לא מוגבל לחדירה מינית). שפת האונס לעתים עוסקת בחוסר אונים; Kristin Bumiller, *Rape as a Legal Symbol: An Essay on Sexual Violence and Racism*, 42 U. MIAMI L. REV. 75, 82, 87, 89 (1987).

249 אשר לאינוס במרמה כתב רובנפלד שניתן לשים בצד את המילה "אונס" ולייצר עברה נפרדת, קלה יותר; Rubinfeld, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1415–1416.

250 השוו הצעת חוק למניעת כפייה מינית, התשס"ה–2005.

251 פונדיק, לעיל ה"ש 124, בעמ' 242–243, הטעים את השיבות התיוג בנוגע להבחנה בין אינוס במרמה לאינוס אחר.

252 בישראל היו שהורשעו בקבלת דבר במרמה לאחר שקר במרכיב זהות. אל שעבי הורשע כך וכן בהתחזות, בהיותו דרוזי נשוי ואב לשניים שהציג עצמו בפני יהודייה בת 16 כאבי מזרחי, יהודי רווק, ובהמשך גם בפני משפחתה. הוא הבטיח לשאתה, שכב עמה והיא הרתה לו. ראו ע"פ 499/72 אל שעבי נ' מדינת ישראל פ"ד כז(1) 602 (1973). בן אברהם הורשע כאמור לאחר שהציג עצמו כרופא, טייס, מרצה ועוד והביא נשים לקיים עמו יחסי מין; רע"פ 5334/98 בן אברהם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.1998).

253 פאלק כתבה שמשגל במרמה (או בכפייה ללא כוח) מצייר תמונה של נאשמים כסוג מיוחד של טורף מיני, שלעתים קרובות חוזרים על המעשים עם קרבנות מרובים, לפעמים באסטרטגיה מחושבת שמבדילה אותם מאנסים כוחניים; Falk, *Rape by Fraud*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 50–51.

סטטוטורי שונה ונוגעת להיעדר בגרות. איתות חברתי נכון בנוגע לעברייני הבגיר הוא היותו פדופיל פתיין, שלא כפדופיל הכוחני, שנכנס למסגרת האינוס בנסיבות מחמירות. הפדופיל האלים מסוכן בנכונותו ובמסוגלותו להפעיל כוח. הפדופיל הפתיין מסוכן ביכולתו לשדל ילדות לשתף פעולה. הפדופילים שבהם עסקינן משלבים את הרע בשני העולמות: פדופיל שקרן נצלן פתיין. ראוי לשים לב שבכל תיקי האינוס המקוון שהוזכרו בראשית המאמר, שיטת הפעולה הייתה לא רק לפנות לילדות ולנערות אלא לעשות כן בשקר ובסילוף זהות. אלמלא השקר, ייתכן מאוד שהילדות והנערות לא היו מתחילות בתקשורת, מתמידות בה, ובוודאי לא היו מגיעות לאינטימיות ולמיניות. במובן מסוים, לא האינוס הסטטוטורי עומד על הפרק לבדו ולא האינוס במרמה – אלא שילובם. לו דובר באינוס במרמה מרחוק כלפי בגירה, מסופקני אם התיק היה מבשיל להעמדה לדין; לולא נעשתה מרמה מרחוק (קשה לרמות כך מקרוב), מסופקני אם הסיפור היה מבשיל לאינטימיות מינית. נדרשו ילדות ונערות כדי לייצר מוטיבציה משטרית ותביעתית; נדרשה מרמה כדי לייצר הסכמה של הקרבנות. כלומר, קיימות סכנות שונות אפילו בנוגע לפדופילים, וודאי שהסכנה שונה בין האנס הבסיסי לפדופיל הפתיין, השקרן, הנצלן. האיתות לגבי האחרון קשור לסוג הקרבנות, שהם פגיעים במיוחד וזקוקים להגנה מצד אחרים.

הדבר נכון ביתר שאת כשמוסיפים למשוואה את תרומת הטכנולוגיה לאירועים שאינם משגל ממש, כשה"אנס" במרחק קילומטרים מהקרוב. אונס ברגיל נעשה מקרוב. אם נשמע שפלוני אנס, נגן על עצמנו ונתרחק ממנו. אם פלוני הוא "אנס מרחוק", עדיין נשמע "אנס" בלבד, ונבקש לשמור מרחק. אולם המרחק אינו הגנה מפניו. להפך: זהו מרחב מומחיותו, זירת הפשע. הסכנה הנובעת ממנו אינה זהה לזו של האנס הבסיסי ואף אינה זהה לסכנת האנס הרמאי והאנס הסטטוטורי. הסכנה מ"אינוס מקוון/טלפוני" אינה זו הנובעת מאינוס בסיסי אלא סכנה תקשורתית,²⁵⁴ סכנת פתיינות, שקרנות, נצלנות וחלקלקות מרחוק.²⁵⁵ מנגד, כאמור, מרחוק אין סכנת החרפה כמו מקרוב: הסיכוי שהפתיין והנצלן הפיזיים יתקלו בסירוב ויגיבו פיזית, הסיכוי שיוכלו להפעיל לחץ פיזי ישיר או מרומוז – קיים רק מקרוב. הסיכוי של אדם מבוגר ליצור קשר עם ילדה, לרמותה באשר לגילו/מגדרו, לרכוש את אמונה ולהביאנה למגע מיני – נמוך מאוד בחלל הפיזי. אין פלא שלא שמענו על תופעות כאלו בעבר.

254 כל עוד אינה כרוכה בניסיון להיפגש ולבצע מעשים נוספים, שאם בוצעו – מאפשרים אישום עצמאי.

255 גם הטרדה מינית סובבת סביב סכנה תקשורתית מינית, כשהקרוב הטיפוסי הוא אישה. איש אינו מבקש למזגה לעברת האונס. לעברה זו ראו אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים כט 317 (1998); נוייה רימלט "על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית בראי התיאוריה הפמיניסטית והמציאות המשפטית" משפטים לה 601 (2005). להטרדות ברשת (מיניות ועוד) ראו Joseph C. Merschman, *The Dark Side of the Web: Cyberstalking and the Need For Contemporary Legislation*, 24 HARV. WOMEN'S L.J. 255 (2001); Neal Kumar Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*, 149 U. PA. L. REV. 1003, 1034–1037 (2001).

(ז) תיוג וחקיקה

התביעה אינה חסרת כלים. עברות נוספות שומרות על הגוף (מעשה מגונה), על האוטונומיה (קבלת דבר במרמה),²⁵⁶ על כבוד ופרטיות (הטרדה מינית, הטרדה במתקן בזק) ועל קבוצות אוכלוסייה חזקות פחות (עושיק, הטרדה מינית של בן פחות מ-15). אם רוצים לאותת כראוי על הסכנה של פגיעה בקרבן מרחוק ובהסכמתו, הדרך הטובה ביותר לעשות כן אינה לדחוס את התרחיש למסגרת לא הולמת, אלא להסתפק בשלב ראשון במסגרת קיימת, גם אם חמורה פחות מהראוי בעיני התביעה,²⁵⁷ ולייצר מסגרת חדשה ומדויקת לא במהלך יצירתי שאינו מתיישב עם ההיסטוריה החקיקתית, עם האינטואיציה ועם מבט חד בערכים הנפגעים, אלא בכנסת.²⁵⁸ בחינה של דין זר מלמדת על התמודדויות עם מצבים דוגמת אלו שנדונו במאמרי; אף לא אחת מהן נעשית במסגרת עברת האונס. לא השכלתי לאתר במאגרי המידע המשפטיים או הפתוחים לציבור אישום באונס דרך האינטרנט, בסגנון ישראל.²⁵⁹

- 256 להישענות על עברה זו לאישום במין במרמה ראו ת"פ (שלום נצ') 13-04-26995 מדינת ישראל נ' מזאריב. השווה Rubinfeld, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1413.
- 257 בתי משפט בישראל הרשיעו במעשה מגונה באינטרנט. ראו עניין ליאור, לעיל ה"ש 54; ת"פ (שלום, טב') 11-10-12897 מדינת ישראל נ' סטרול (פורסם בנבו, 20.12.2012). עוד אפשרות: ס' 3(א)6 לחוק למניעת הטרדה מינית, שקובע שאם גיל המוטריד פחות מ-15, פניות מיניות אליו יכולות להיחשב הטרדה מינית. אפשרות נוספת עבור סכח ומלמד, ששניהם שיקרו להשגת מבוקשם, היא אישום בקבלת דבר במרמה, לפי ס' 414 + 415 לחוק העונשין. ייתכן שניתן לפרש את שיתוף הפעולה שהשיגו כטובת הנאה. זאת שבעניין סלימאן, לעיל ה"ש 143, פס' ק"ז, נקבע, למעלה מן הצורך, שקבלת דבר במרמה אינה מכסה את עברת האונס במרמה; גם עברת העושיק בס' 431 נראית הולמת: ניצול חוסר הניסיון או קלות הדעת של הזולת לקבלת דבר שאינו מגיע לו כדין. שתי העברות מאפשרות מאסר שלוש שנים.
- 258 אני מסכים עם קמיר: כל תקיפה מינית פוגעת בכבוד האדם, אך לא כולן באותה מידה. לדידה חדירה וגינאלית או אנאלית פוגעת יותר מתקיפות אחרות, בבטאה אדישות והיעדר כבוד מוחלטים כלפי אנשיותו, ריבונותו, חירותו המינית ודימויו העצמי של הזולת ואף כלפי כאבו, שלמותו הגופנית ובריאותו. חדירה וגינאלית מבטאת גם אדישות מצד האנס להיריון לא רצוי או לצורך לבצע הפלה. ניתן להכליל פגיעות אחרות, לרבות חדירה אוראלית והטרדה מינית, בעברות חמורות פחות; קמיר "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 5, בעמ' 754. ויליאמס, ממלומדי הדין הפלילי המערביים הבולטים במאה העשרים, כתב שהואשם כמיוזגן לאחר שטען שאונס במשפחה אינו מצריך עונש זהה בחומרתו לאונס בידי זרים. לדידו אין קושי לוגי, ויש סיבות טובות לכנות אונס מדרגה ראשונה במסגרת הנישואין בשם אחר; 11 *NLJ* 11; *Glanville Williams, Rape is Rape*, 142 (1992).
- 259 ברנר, חוקרת בולטת במיוחד של פשע מקוון, כתבה בלי להסביר, כנראה כי לא נדרש הסבר: "דברים רבים נהיים אפשריים בעולם הטכנולוגי; אונס אינו אפשרי, אך פשעים רבים כן"; Susan W. Brenner, *The Council of Europe's Convention on Cybercrime, in CYBERCRIME – DIGITAL COPS IN A NETWORKED ENVIRONMENT 207, 208* (Jack M. Balkin et al. eds, 2006) בהמשך ניתחה את שאלת האונס הדיגיטלי כבעלת פן שונה מאוד מזה שעולה בישראל: אונס בעולמות מקוונים, הדמיה מפורטת ומתמשכת. ברנר בחנה התנהגויות שמבוצעות שם ודנה בהפלתן. היא הסבירה מהו אונס וירטואלי, כתבה שהרתיח קרבנות ו"עדים" ובחנה אם ראוי להעמיד לדין פלילי בגינו כשהוא יכול להסב טראומה רגשית אך לא נזק פיזי. לדידה הוא יכול להיכנס לקטגוריה של אונס חמור פחות, כזה שאינו יכול להסב פגיעה פיזית אך כן נזק רגשי. מנגד, אפשר שמוטב לתפוס אותו כעזרת הטרדה. ראו Susan W. Brenner, *Fantasy Crime: The*

בארצות הברית מתמודדים בדרכים מגוונות עם ההתנהגות האמורה, למשל בחוק רחב שמאפשר החלה גם במצבי הפעלה מרחוק. ב-1978 הוחלפה עברת האונס במדינת ניו ג'רזי בעברה כללית של תקיפה מינית (sexual assault), ומונח החדירה הורחב באופן שיכלול יחסי מין, מין אנאלי, מין אוראלי וכן החדרת אצבע או חפץ לאיבר מין נשי או לפי הטבעת (גם של גבר) באמצעות המבצע או בהנחייתו.²⁶⁰ המילה "אונס" אינה מופיעה בקוד הפלילי. החוק הוחל על גרימת החדרה מרחוק בעניין מקסוול (Maxwell), שבו הורשע אדם בתקיפה מינית לאחר שהתחזה בטלפון לרופא וגרם לילדה להחדיר אצבעות לאיבר מינה, בדומה מאוד לעניין מלמד. בית המשפט העליון אישר את ההרשעה בתקיפה מינית מחמירה והבהיר שאין חשיבות למרחק בין הצדדים, ושעברת התקיפה המינית מתגבשת כשאדם מורה לקרבן לבצע חדירה עצמית תוך שימוש במדיום תקשורתי להעברת הנחיותיו. החלופה של הוראת התוקף לקרבן לבצע חדירה עצמית מעוגנת במפורש בחוק.²⁶¹ מקסוול נדון ל-12 שנות מאסר, עונש חמור אף מזה של סכח, דנינו וטמסוט, שהורשעו בריבוי מקרים.

יש בעניין זה שני הבדלים מרכזיים לעומת תזת האינוס מרחוק. האחד הוא שהחוק בנוי גרזי, חרף עמימותו, עודנו בהיר יותר, וכמוהו גם חקיקה קיימת אחרת שמשמשת את בית המשפט כמקור פרשני לומר שאין הכרח בנוכחות פיזית של הנאשם. ההבדל השני חשוב יותר: אין זו הרשעה באינוס, עברה בעלת סטיגמה ייחודית מכל עברת מין אחרת, לרבות עברת המעשה המגונה.²⁶² המונח "תקיפה מינית" עמום מטבעו וסובל פרשנות רחבה מזו של "אונס".²⁶³

בקליפורניה דן פרק 9 בעברות מין ובעברות נגד המוסר. סעיף 261 מגדיר אונס: "Rape is an act of sexual intercourse accomplished with a person" (sexual penetration) בניגוד לרצון הקרבן: חדירה באמצעות איבר מאיברי הגוף או בחפץ לאיבר המין (זכרי או נקבי), כשהחדירה מבוצעת בידי אדם כלשהו ולאיבר המין של אדם

Role of Criminal Law in Virtual Worlds, 11 VAND. J. ENT. & TECH. L. 1, 75-83 (2008)

במסגרת מאמרי זה פניתי אליה לברר אם שמעה על משהו דומה לנעשה בישראל. היא השיבה בשלילה והפנתה אותי לחקיקה ולפסיקה העוסקת במקרים דומים שלא הוכתרו כ"אונס".

N.J. STAT. § 2C:14-1(c) (2006) 260

State v. Maxwell, 825 A.2d 1224 (Sup. Ct. N.J. County 2001) 261

מהחלל הפיזי (Scherzer) של תקיפה פיזית מינית בצוותא ולצדה הוראות, והדבר שונה מאוד מהמצב בפסק הדין עצמו ובישראל. אגב, גם בוויסקונסין נאסר על תקיפה מינית, כש"מגע מיני"

מוגדר בהרחבה באופן שיכלול גם מצב שהקרבן נוגעת בנאשם או באחר לפי הנחייתו; Wis.

Wendy Kaminer, *Virtual Rape*, STAT. § 940.225(5)(b)1.a (2006).

THE NEW YORK TIMES, Nov. 25, 2001, available at www.nytimes.com/2001/11/

Tyler Patrick Lovejoy, *A New Playground: Sexual*; ובאקדמיה: 25/magazine/25RAPE.html

Predators and Pedophiles online: Criminalizing Cyber Sex between Adults and Minors, 20

ST. THOMAS L. REV. 311 (2008)

262 בחוק הישראלי הנוכחי אין קושי לשוני מיוחד להרשיע את סכח, את מלמד ואת דנינו בעברת

מעשה מגונה בנסיבות מחמירות. למעשה, אלו העברות שבהן הורשעו בסופו של דבר. לביקורת

ראו הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט", לעיל ה"ש 19, חלק ה.

263 בניו ג'רזי יש גם חקיקה ספציפית לגבי פיתוי ילדים במטרה להיפגש; N.J.S.A.2C:13-6

כלשהו, ובלבד שהעבריינין גרם לחדירה. כשהקרבת בן פחות מ-14 אין צורך להוכיח שהגרימה נעשתה בכוח או באיום. העונש על העברה משתנה ויכול להגיע, כשהקרבת בן פחות מ-14, ל-12 שנות מאסר. כלומר, סעיף 289 מכסה מצב שגורמים לקטינה לחדור באמצעות אצבעותיה לאיבר מינה שלה. סעיף 288.3 קובע שמי שביוצעין יוצר קשר עם קטין או מנסה ליצור קשר עם קטין כדי לבצע את העברה העיקרית (לפי סעיפים 261, 289 וכדומה) ייענש כמי שניסה לבצע את העברה העיקרית. יצירת קשר היא "לרבות בתקשורת אלקטרונית". ביולי 2014 פורסם פסק הדין של בית המשפט לערעורים בקליפורניה בעניין שפירו (Shapiro), אדם כבן 60 שהתחזה לבן 18 ויצר קשר מקוון עם בת 15, הציע לה דרכים לאונן ועודדה לעשות כן, לעתים תוך שהוא עצמו מאונן במהלך שיחותיהם. שפירו נדון ל-240 ימי מאסר. טענותיו החוקתיות נגד סעיף 288.3 נדחו.²⁶⁴

מלבד החוקים המדינתיים קיים סעיף חוק פדרלי, 18 U.S.C. § 2422(b), שפורש כדומה בתכליתו לסעיף 288.3 בקליפורניה ועוסק בשכנוע בין-מדינתי של קטינים לבצע זנות או פעילות מינית (sexual activity). לא ברור לחלוטין אם החוק חל על שידול לפעילות מינית מקוונת גרידא.²⁶⁵

סוג נוסף של התמודדות אמריקנית עם התופעה המכוערת שבה עסקינן הוא הפללה ישירה. למשל, ניתן לאסור על "התנהגות מגונה עם קטין" (Indecent behavior with juveniles) ובמסגרתה על "פיתוי קטין באמצעות מחשב" (Computer-aided solicitation of a minor) כפי שנעשה בלואיזיאנה,²⁶⁶ או ליצור עברה עצמאית של פיתוי ילד דרך האינטרנט או מתקן תקשורת אחר (Enticing a child through use of the internet or other communication device) כמו באיידהו²⁶⁷ וכדומה.

גם ה-Sexual Offences Act האנגלי מ-2003 מפריד בין אונס בסעיף 1, שמצריך חדירה באמצעות איבר המין הגברי, לבין גרם פעילות מינית ללא הסכמה בסעיף 4, שכולל חלופה מפורשת שהקרבת מבצע את החדירה בעצמו. גישה זו אומצה גם בסקוטלנד ב-Sexual Offences Act 2009, דהיינו הנאשם מופלל בעברת מין מפורשת שאינה אינוס.

²⁶⁴ The People v. Shapiro, G048132 (Super. Ct. No. 11WF0999).

²⁶⁵ לגישות שונות ראו United States v. Fugit, 703 F.3d 248, 254 (4th Cir. 2012); ומנגד: United States v. Taylor, 640 F.3d 255, 260 (7th Cir. 2011). בקשת רשות ערעור בבית המשפט העליון האמריקני נדחתה בראשית 2014: (No. 12-10591, 2014 WL 210666 (U.S. Jan. 21, 2014)). ס' 18-1509A לחוק הפלילי המקומי באיידהו וס' R.S. 14:81.3 לחוק בלואיזיאנה נוקטים לשון דומה לאיסור הפדרלי, בקביעה מפורשת שהחוק חל על שכנוע ופיתוי ברשת.

²⁶⁶ La. R.S. 14:81 (האיסור הכללי) ו-R.S. 14:81.3 (האיסור הממוחשב). להעמדה לדין לפי האיסור הממוחשב. ראו Appellant. Nos. 46,120-46,121-KA, 46,122-KA, 46,123-KA, 46,124-KA, 46,125-KA (אושר עונש מאסר בן 4 שנים לאדם שתקשר עם שוטר שהתחזה לילדה וניסה להוביל לאוננות, ונדחה טיעון חוקתי נגד האיסור).

²⁶⁷ Idaho Code § 18-1509A. להעמדה לדין לפי האיסור ראו State of Idaho, Plaintiff-Respondent, v. Glass, Defendant-Appellant. No. 31422 (אושר מאסר 15 שנים, העונש המרבי על העברה, כששלוש מתוכן חובה, לאדם נוסף שתקשר ברשת עם שוטר מתחזה).

סיום

1. כיצד נולדות תזות חדשניות

רגע לפני סיום אשער מדוע צמחה התזה התביעתית. במבט בסבב, בדנינו, בסמנכ"ל ובמורובטי נדמה שאת האישום הולידה מציאות טכנולוגית חדשה: האינטרנט, שמסעיר את העולם בכלל ואת עולם המשפט בפרט זה כשני עשורים. הטכנולוגיה, התאמה אנושית של הסביבה למטרות אנושיות,²⁶⁸ יוצרת אפשרויות ומגבלות חדשות. היא מסדיר מרכזי בחיי הפרט,²⁶⁹ ומנגד גורם שעל המדינה להתמודד עם השלכותיו (ולחלופין לרתום אותו לצרכיה),²⁷⁰ ואלה אתגרים חדשים למשפט.²⁷¹ אם בעבר נטען שהאינטרנט מצדיק הדרה של המשפט המקומי, כיום ברור שמדינות מסדירות את ההתנהגות שבו.²⁷² אם בעבר נטען שהמשפט הפלילי נדון להיכשל באינטרנט, ויש לחפש מודל חדש,²⁷³ היום ברור שהדין הפלילי עובד גם ברשת.²⁷⁴ אמנם עובד אך לא בהכרח ערוך לכל סוגיה.²⁷⁵ איסורים שנולדו עבור ביטויים מיתרגמים בקלות למציאות מקוונת. מנגד, חלק ניכר מהאיסורים הפליליים נחקק עבור מציאות פיזית ושעון על ביטויים שמכוונים לפיזיות.

כשהרשות האוכפת נתקלת בהתנהגות שעליה לא חשב המחוקק, בכוחה לנסות ולייצר תזות חדשניות, לעקם את הלשון ולהתעלם מההיסטוריה החקיקתית. היא יכולה, מנגד להציע חקיקה

Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 1145, 1156 (2000); Arthur 268
J. Cockfield, *What is Legal Knowledge?: Towards a Law and Technology Theory*, 30 MAN.
L.J. 383, 384 (2004).

LAWRENCE LESSIG, *CODE – VERSION 2.0* 121–137, 340–345 (2006) 269

Joseph W. Dellapenna, *Law in a Shrinking World: The Interaction of Science and 270*
Cockfield; *Technology with International Law*, 88 KY. L.J. 809, 881 (1999 / 2000)
לעיל ה"ש 268, בעמ' 386.

מיכאל בירנהק "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים" *שערי משפט* ד 315, 318 271
(2006); יצחק זמיר "חופש הביטוי באינטרנט" *משפט וממשל* ו 353, 354–353 (2003). היש
לכונן שדה חדש, "משפט ואינטרנט"? איסטרטגיה התנגד בקצרה ובנחרצות; Frank H.
Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, U. CHI. LEGAL F. 207, 208–209 (1996).
סומר התנגד באופן נרחב, שיטתי ומשכנע; Sommer; לעיל ה"ש 268. מהצד האחר ניצב לסיג;
Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV.
501, 502 (1999).

לסקירת הטיעונים וטיעוני הנגד ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 96, בעמ' 158–162. 272

להרחבה ראו Susan W. Brenner, *Toward a Criminal Law for Cyberspace: Distributed 273*
Security, 10 B.U. J. SCI. & TECH. L.1 (2004); Susan W. Brenner, *Distributed Security:*
Moving Away from Reactive Law Enforcement, 9 INT'L J. COMM. L. & POL'Y 11 (2005)
Kozlovski, לעיל ה"ש 181 (טיעון מרכזי במחקרו).

"גישה של הדרת החוק והמשפט מן המרחב הוירטואלי, יש להותיר מחוץ לגדר"; עע"ם 3782/12 274
מפקד מחוז ת"א-יפו נ' איגוד האינטרנט הישראלי פס' 24 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם
בנבו, 24.3.2013).

שם, פס' 25–30 לפסק דינו של השופט סולברג. 275

חדשה, שתתאים עברות ישנות למציאות החדשה או תיצור עברות ותוויות חדשות²⁷⁶ שיאותתו בדיוק על הסכנה הנובעת מהפרט. מטפורה מוכרת ושחוקה היא – "המשפט מפגר אחרי הטכנולוגיה"²⁷⁷. בנוגע לאינטרנט ולישראל המטפורה אינה קולעת; המחקק הישראלי אינו מפגר אלא רדום או אדיש, וכמעט שלא עדכן את החוק כדי להתמודד עם אתגרי האינטרנט.²⁷⁸ את הפרצות שלא צפה – סותמת יצירתיות התביעה.

אולי לא האינטרנט "אשם"? ימים ספורים לאחר סבא הואשם מלמד באותה תזה, דרך הטלפון. טכנולוגיה זו הייתה קיימת כשהורחבו האיסורים ב-1988 וב-1990. לא למותר לציין שלמדיום זה אין זכר כשיקול בחוק או בהצעת החוק. קיומו של מדיום ותיק שמאפשר התנהגות דומה יכול להיות אינדיקציה עבור הפרקליטות שיש פתרון (אחר) כלשהו בחוק הישראלי למצב המתואר,²⁷⁹ אף אם הפתרון אינו ממצה את מלוא החומרה.²⁸⁰ בכל זאת ייתכן שהאינטרנט קשור לתזה היצירתית. להשערת הדבר מתקשר לא לאתגר הטכנולוגי שעורר אלא לאתגר הפדופילי שהעצים. סבא, מלמד, דנינו, הסמנכ"ל, מורובטי, טמסוט וגברילוב הואשמו באינוס, חלקם גם במעשים מגונים – הכול בנוגע לקטינות. מבט בנאשמים אחרים בעברות "מין טכנולוגי", להבדיל מעברות שראשיתן קשר מקוון וסופן מפגש פיזי²⁸¹ חושף שכמעט כולם הואשמו בעברות מין בילדות או בנערות. כך נולדות תזות

276 לאחרונה נזכר המחוקק בעולם הפשע המקוון, בהפיליו צריכת חומרי תועבה עם דמויות קטינים; ס"ח התשע"ה מס' 2476, מיום 25.11.2014, עמ' 32. לביקורת ראו אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפלה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" מאזני משפט י 209 (2015).

277 Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553, 586 (1998); Michael L. Rustad, *Private Enforcement of Cybercrime on the Electronic Frontier*, 11 S. CAL. INTERDIS. L.J. 63, 86, 97 (2001); Douglas Lichtman, *The Economics of Self-Help and Self-Defense in Cyberspace: How the Law Responds to Self-Help*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 215 (2005); Sommer, *לעיל ה"ש*, 268, בעמ' 1149, 1154–1157, 1161, Cockfield; לעיל ה"ש 268, בעמ' 403; איגוד האינטרנט, לעיל ה"ש 274, פס' 23 לפסק דינו של השופט סולברג; בג"ץ 5870/14 חשבים בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, פס' י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.11.2015). מנגד, לתזה מעניינת שלפיה דווקא המשפט הוא שמתנה בלי הרף ראו Robin Feldman, *Historic Perspectives on Law & Science*, 2009 STAN. TECH. L. REV. 1, sec 4–5, 84–90 (2009).

278 בהרחבה בנוגע לעברות שונות ראו הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט", לעיל ה"ש 19; אסף הרדוף "מסע בין רשויות: חדירה לחומר מחשב וחדירה לבית המחוקקים" הסנגור 4, 228 (אפריל 2016).

279 כוונתי לאיסור "הטרדה במתקן בזק" בס' 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב–1982: "המשתמש במתקן בזק באופן שיש בו כדי לפגוע, להפחיד, להטריד, ליצור חרדה או להרגיז שלא כדין, דינו מאסר 3 שנים". הערך המוגן המסתמן קשור למדיום: מטריד בבזק אינו כמטריד פיזית. העברה והערך המוגן נותחו ברע"פ 10462/03 הראר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.6.2005). העברות שתוארו ודאי קלות יותר מאינוס, אך מבחינת רף הענישה מסופקני אם הרשעה במעשה אחד של אינוס מרחוק תגרור עונש מאסר העולה על שנתיים–שלוש.

281 לוגסי הואשם שהתחזה לקצין בסירת מטכ"ל באתרי היכרות ובחלל הפיזי וקיים יחסי מין עם שש נשים בגין המרמה. הוא הודה והורשע בהתחזות לחייל, בזיוף ובקבלת דבר במרמה, ולא

חדשניות: ניתן לבצע מעשה מגונה ואף מעשה מגונה בפומבי דרך האינטרנט והטלפון;²⁸² צילום ילדים עירומים בים יוצר חומר תועבה,²⁸³ וכך גם תמונות עירום של ילדות שהצטלמו לבקשת הנאשם;²⁸⁴ הורדת קובצי תועבה בתכנת שיתוף שמאפשרת למשתתפים אחרים להורידם היא "פרסום" תועבה²⁸⁵ וכדומה.

לא הפמיניזם ניצב מאחורי היצירתיות התביעתית. מסופקני אם נראה בעתיד אישום באונס במרמה כשהקרבת הוא בגירה כדי להגן על האוטונומיה הנשית. המהלך התביעתי אינו בא מדאגה לנשים אלא מתיעוב פדופילים, וזאת במאבק שמוכיל בגאון את כתבי האישום בישראל בפשע מקוון.²⁸⁶ במלחמת החורמה בפדופילים התביעה עמלה ליצור מבנים חדשניים; בית המשפט לרוב שש לאמצם; הציבור שש לראות פדופילים מורשעים,²⁸⁷ והמחוקק שותק, ישן, אדיש.

זהו ביטוי חד לאקטיביזם השיפוטי הפלילי, שרחוק מלהיות חדש.²⁸⁸ איני סבור שהוא ראוי. המעשים שתוארו דוחים ומצדיקים עונש כבד. אולם שאלת הענישה הרצויה אינה יכולה להוביל את שאלת המסגרת. אינטואיטיבית ולשונית קשה מאוד לתייג סיפורים כאלו כאונס. אין להרשיע אנשים בעברות לא הולמות רק כדי להדביק להם תווית של פדופילים או של עברייני מין כבדים. לניצול ילדים ברשת אין בהכרח פתרון בחוק הקיים. נדרשים כלים וחשיבה מיוחדים²⁸⁹ או לחלופין חקיקה חדשה.²⁹⁰ חקיקה היא הפתרון הראוי ביותר,²⁹¹ ואלמלא

באינוס; ת"פ (שלום י-ם) 1818/05 מדינת ישראל נ' לוגסי (פורסם בנבו, 20.12.2005). מנגד, מצב שהחל בשקר מקוון ברשת החברתית "מקושרים" והסתיים באונס ממשי אלים, ודאי הביא לאישום באינוס. ראו תפ"ח (מחוזי חי') 21310-07-10 מדינת ישראל נ' אשתמקר (פורסם בנבו, 3.10.2011).

282 ע"פ (מחוזי ת"א) 7476/09 חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.2.2010); ת"פ (שלום פ"ת) 13384-02-09 מדינת ישראל נ' אדלר (פורסם בנבו, 23.6.2011).

283 ת"פ (שלום ת"א) 6136/07 מדינת ישראל נ' קורידו (פורסם בנבו, 8.1.2008).

284 ע"פ כהן, לעיל ה"ש 12.

285 ת"פ (שלום חי') 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי (פורסם בנבו, 27.11.2011).

286 גם בארצות הברית, בעניין מקסוול, לעיל ה"ש 261, ההרחבה היא בנוגע לנאשם הנתפס כפדופיל.

287 ויעידו התגובות בכל פרסום על תפיסת פדופיל. כמורה הקורס "הפשע המקוון" מספר פעמים דו-ספרתי, קל להתרשם מהקוצנוזוס שיש בנוגע לצורך להחמיר (וזאת בניסוח מעודן) עם פדופילים, יהיו מעשיהם אשר יהיו.

288 אסף הרדוף "מדוע הציבור והכנסת אוהבים אקטיביזם" עורך הדין 15, 86 (אפריל 2012); אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך דין וירטואלי: על חיסיון עורך דין, תכליתו וגבולותיו" משפט ועסקים יט 305, 346-360 (2015).

289 לקובץ מאמרים בעניין ראו Julia INTERNET CHILDABUSE- CURRENTRESEACH AND POLICY (Davidson & Petter Gottschalk eds., 2010).

290 השופטת ד"ר אבניאלי קראה לעדכן את החקיקה כדי להגן על ילדים מהסכנות הטמונות ברשת, כאשר החוק הקיים אינו מספיק. ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 32318-06-10 מדינת ישראל נ' סרנגה, פס' 3 לדיון והכרעה (פורסם בנבו, 26.6.2012).

291 Orin S. Kerr, *Cybercrime's Scope: Interpreting "Access" and "Authorization" in Computer Misuse Statues*, 78 N.Y.U. L. REV. 1596, 1603-1615 (2003); Beryl A. Howell, *Real World Problems of Virtual Crime*, 7 YALE J.L. & TECH. 103 (2004-2005); Charlotte 129

רוחבו של האקטיביזם השיפוטי בישראל הייתי כותב שזהו הפתרון הבנאלי.²⁹² עדכון יביא את דבר המחוקק בנוגע לסוגי התנהגות אלו, ולפני כן יביא לגיבוש דעת המחוקק. לאחר שיגבש דעה, יש לקוות, יגבש יסודות עברה מתאימים שאינם מצריכים יצירתיות תביעתית בלתי אינטואיבית ולצדם כותרת הולמת לסוגי ההתנהגות המופללים החדשים. "אינוס מרחוק"? "אינוס במרמה מרחוק"? "בעילה מרחוק"? "ניצול מיני/עושה מיני/פיתוי מיני מרחוק"? "גרימת בעילה/אוננות/חדירה של ילדה"? "החדרה מרחוק במרמה"? כל אלו כותרות אפשריות. כרגע, אודה, הן אינן אינטואיטיביות בעיניי. יש לכך סיבה טובה: מדובר בסוג חדש של התנהגות מכוערת, סוג שלא צפו המחוקק, הציבור והמילון. כשפוגשים בסוג כזה, זו איננה שעת הפרשנות; זוהי שעת ההפלה,²⁹³ ואולי גם שעה לטרמינולוגיה חדשה.²⁹⁴

2. סיום: על השטח האנוס ועל העתיד לבוא

מהו אנוס? שובו ועיינו בהגדרה שהוצעה בראשית המאמר. תזת האינוס מרחוק מאלצת אותנו לשוב ולחשוב על דיני האינוס, שעברו שינויים רבים עם השנים, שרובם, אלו הנוגעים לאינוס הבסיסי, ראויים ביותר. לראשונה זה זמן רב היא מעודדת אותנו להרהר בדינים הנשכחים והזנוחים של האינוס: האינוס במרמה והאינוס הסטוטורי. התזה מזכירה לנו שגם הם אינוס, וגם הם, כעברות רבות, ניתנים להרחבה יצירתית, קילומטרים הרחק מהמקרה הטיפוסי. המסע אחר ההיסטוריה החקיקתית של האינוס מרחוק חושף פערים בין תכניות למימוש. הצעות החוק ודברי ההסבר הנוגעים לאינוס במרמה ולאינוס הסטוטורי, כמו אלו שבנוגע לסעיף 350, היו ממוקדים ותכליתיים. התוצר שהולידו, שרחוק מלהיות חד, נלקח למטרה שהמחוקק לא היה מדמיין אפילו ניסה. פערים כאלו אינם רצויים אך גם אינם נדירים.²⁹⁵ הם ממחישים יפה את מוגבלותו של שלטון המחוקק, שעוצר במקום שבו מילותיו אינן תחומות

Decker, *Cyber Crime 2.0: An Argument to Update the United States Criminal Code to Reflect the Changing Nature of Cyber Crime*, 81 S. CAL. L. REV. 959, 995–996 (2008)

292 השופטים סולברג ופוגלמן נכוננו להחיל את החוק הפלילי הנוגע למקום הימורים על האינטרנט גם ללא עדכון החוק באופן שיתאים למציאות המקוונת. המחלוקת ביניהם נסבה על השימוש בצדדים שלישיים פרשת איגוד האינטרנט, לעיל ה"ש 274.

293 שמליאס תיארה כיצד הצליח הפמיניזם להביא להכרה בהטרדה מינית כנוק משפטי ייחודי, כשלפניו אמצע שנות השבעים של המאה העשרים המונח הזה לא היה כלל בשימוש באוצר המילים המקובל Chamalial, לעיל ה"ש 87, בעמ' 801–810. בעיניי זו דוגמה מצוינת להצלחה ביצירת תווית חדשה גם בישראל.

294 התופעה של שליחת תמונות מיניות מפורשות, בעיקר בין מכשירים ניידים, זכתה לשם חדש: "סקסטינג" (sexting). תופעה זו, כשמערכת תמונות קטנים, יצרה הפללה קונקרטי, שהולכת ומתרחבת. לסקירה ולניתוח של חוקי סקסטינג במדינות רבות בארצות הברית. ראו Clay Calvert, Kara Carnley Murrhee, Jackie Marie Steve, *Playing Legislative Catch-up in 2010 with a Growing, High-Tech Phenomenon: Evolving Statutory Approaches for Addressing Teen Sexting*, 11 U. PITT. J. TECH. L. & POL'Y 1 (2010).

295 למשל, הרשעה בפרסום חומר תועבה, בניגוד גמור לדברי ההסבר בהצעת החוק. ראו ת"פ (שלום פ"ת) 3555/05 מדינת ישראל נ' פוקסמן (פורסם בנבו, 8.1.2007); לעומת הצעת חוק 2639, התשנ"ז–1997, בעמ' 466.

היטב ומותרות לרשויות האכיפה מרחב תמרון בשם פרשנות תכליתית, שגבולותיה אינם נראים ואולי אינם קיימים.

האם ניתן לאנוס אדם מרחוק? ניתן להביא ילדה להחדיר חפץ לאיבר מינה ואפשר להביא אישה לעשות כן במרמה. האם ראוי להילחם בכך? ודאי. האם יש לדין הפלילי כלים למלחמה? בהחלט. עברת האונס דהיום אינה כלי מתאים, מבחינת הגינות כלפי נאשם ומבחינת טובת הציבור. המחוקק כרך את האונס הבסיסי עם עברות שבמהותן הן בעילה אסורה, ובכך השטיח את עברת האונס והזילה; ²⁹⁶ התביעה עשתה צעד נוסף בכיוון, בבקשה לכרוך לתוך עברת האונס התנהגות שבמהותה היא תקשורת מזיקה. ²⁹⁷ אם תשוב ותעלה התזה, ואם תתקבל בבית המשפט, לא מן הנמנע שנראה פחות ברמת הענישה שעלול לחלחל הלאה; ²⁹⁸ אם תתקבל בציבור, הפרדיגמה של האונס תשתנה, והסטיגמה הכרוכה בו תתרכך. ²⁹⁹ אם בעינינו זה לא חמור כאונס "רגיל", אפשר שזה פשוט לא אונס, ואם זה לא בדיוק זה, אז זה פשוט לא זה. באין עברות מתאימות מבחינת יסודות, ערכים מוגנים וחומרה, הדרך הראויה היא ליצור איסור חדש, בעל יסודות שנבחרו להתמודד עם הסכנה החדשה וכותרת שתתאר במדויק ובהגינות את הסכנה. בעבר אונס היה רק כפייה פיזית; לאחר מכן גם היעדר הסכמה. התפתחות זו ראויה. כריכת האינוס במרמה והאינוס הסטטוטורי עם עברת האונס היא השטחת האונס, שטשושו ועמעומו. רעיון האינוס מרחוק מרחיק אותנו עוד יותר מהפרדיגמה הציבורית או

²⁹⁶ גם אם יש המבקשים לאחד את כל מקרי הבעילה הלא מוסכמים לכותרת יחידה ולעונש אחיד בחומרתו, במשפט הפלילי יש הייררכייה והיא מוצדקת לטעמי. השוו Byrnes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 299–300.

²⁹⁷ פאלק התייחסה לעלות אפשרית להרחבת דיני האונס לכלול אונס במרמה: הוזלת (trivialization) האונס האלים לנוכח הבדלי החוויה או האיכות. היא הפנתה לברגר, שכתבה שהפללת אונס במרמה תגרע מחומרת האונס ולועגת למאמצי נשים להשיג אוטונומיה, כבוד ושוויון. ראו Vivian Berger, *Not So Simple Rape*, 6 CRIM. JUST. ETHICS 69, 76–77 (1988). אחרים מתארים את האונס האלים כשליה מוחלטת של הקיום, רצח רוחני. מנגד, יש שאומרים שגם מין שהושג במרמה יכול לגרום נזק פיזי ורגשי. אף שהנזק אינו זהה באיכות החווייתית כמו אונס אלים, גם הקרבנות פה סובלים ויש להכיר בכך. ראו Falk, *Rape by Fraud*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 143–144. ראו גם את דברי פוגין, לעיל ה"ש 151, בעמ' 520 (בעקבות טמקין), על הטענה בדבר הפחתת ערכו של הפשע, בנוגע להחלת עברת האונס גם בתוך נישואין (והצעת טמקין לייצר מדרגות חומרה שונות לאונס).

²⁹⁸ החלטת המעצר בעניין דנינו (לעיל ה"ש 9) היא הראשונה שכללה דיון (קצר) בתזה המשפטית של אינוס מרחוק. השופט שפירא נטה לקבלת התזה, אך חש חוסר פרופורציה בין העברה למעשה והציע לחתור לכך שהעונש שיוטל בסוף יותאם לטיב המעשה כדי להשיג את הפרופורציה הנדרשת. אפשר שהדואליות הזו מרמזת שהשופט אינו שלם עם הנטייה לכנות את המעשה אונס. אם אנו חשים שמדובר ב"אונס מינורי" לא בגין הנסיבות הייחודיות אלא בגין האופן החדש אך הכללי שבו בוצעה העברה, אפשר שתחושה זו מלמדת שלא באונס עסקינן.

²⁹⁹ לאחרונה סירבה השופטת ברק-ארז להחיל את עברת הרצח, חרף תחולתה הלשונית, על מעשה שלדעתה אינו ראוי לשאת סטיגמה כאמור, הן מטעמי פרשנות חוקתית והן מטעמי החשש לפיחות בקלונה המוסרי של עברת הרצח. "חומרתה המוסרית, העונשית והחברתית של עבירת הרצח מחייבת כי לא נפרוץ את גבולותיה". ראו ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל פס' 42, 62, 66, 81 (פורסם בנבו, 24.8.2015).

המשפטית של האינוס הבסיסי.³⁰⁰ "פלוני הורשע באונס" – משפט זה אומר לנו פחות מבעבר. אם נתייג כאנס כל מי שמסכן אוטונומיה נשית מינית, המשפט יגיד עוד פחות בעתיד. אם יגיד פחות, ילך כוחו התקשורתי של הדין הפלילי ויאבד. עושרם של השפה, המינוחים והאיסורים של המשפט חשוב להבחנה מושגית ועונשית בין צורות שונות של פגיעה באותו ערך; אחרת אפשר לחסל את חוקי העונשין ולהחליפם במספר קטן של עברות יסוד גמישות. לכך יש יתרונות, אך גם מחיר כבד.³⁰¹

אולם מה שחשוב אינו דעתי אלא דעתו של המחוקק בנושא. זו אינה ידועה לאיש. האם המחוקק היה מפליל אוננות מרחוק בין שני בגירים שקרנים? האם היה קורא לכך "אינוס" מצד הגבר ו"מגונה" מצד האישה? מסופקני. איני יודע, וזו הנקודה. נדרשת הכרעה ערכית מפורשת. הגורם המתאים להכריע אינו התביעה ובית המשפט אלא המחוקק. אין מענישים דרך היקש או אנלוגיה במה שלא אסר החוק בבירור ובמפורש.³⁰² על הנורמה הפלילית להיות בהירה, כחלק מחוקיותה וחוקיותה.³⁰³ כרגע האיסור של אינוס במרמה למשל אינו בהיר אף בחלל הפיזי;³⁰⁴ ייבוא לעולם המקוון הופך את מעט בהירותו לוירטואלית. ייבוא שכזה צריך, אם בכלל, להיעשות בידי המחוקק ובהבנת השלכותיו האפשריות. התזה התביעתית אינה מבחינה בין קטינות לבגירות, ואף שהציבור ודאי ישוב לשמוע על פדופיל שהורשע, מסופקני אם הציבור והמחוקק יעלו לאחרי שתקשורת מינית בין שני שקרנים בני 30 תסתים באישומים באינוס במרמה ובמעשה מגונה במרמה.

נכון ל-2016 ניתן להרשיע רק גברים באונס במרמה ובאונס סטוטורי. לא ראוי להבחין בין רמאים לרמאיות ובין בגיר השוכב עם ילדה לבגירה השוכבת עם ילד, אך זה החוק כיום. אין להרחיב את הפער המגדרי הקלוקל ולאפשר הרשעת גברים וילדים באונס בגין תקשורת מרחוק. כאמור, איני מעריך שהתביעה תאשים גברים באונס במרמה מרחוק של בגירה; ובוודאי לא תעמיד לדין בנות 13 בגין אונס עצמי. אולם אין לעודדה להמשיך ולהשתמש במבנים יצירתיים. מי ערב שלא יגיע התובע שיחליט שהגיעה העת לחדש הלכה לכיוון שאינו פדופילי?³⁰⁵ העמדה לדין במצבים שכאלו תישען על המבנה שהרכיבה התביעה הפעם ותהא

300 לביקורת קצרה על החלטת התביעה להעמיד לדין, על זילות האונס ופחותו ראו יורם רבין "אינוס החוק" הארץ (27.12.2011), זמין ב-www.haaretz.co.il/opinions/1.1601811; ובקיצור נמרץ ראו בועז סנג'רו "היכן הפיקוח?" YNET (27.1.2012), זמין ב-www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4181043,00.html.

301 השוו בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים!?" עלי משפט ג 165 (2003).

302 ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועמ"ש, פ"ד ח(1) 785, 819 (1954); ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועמ"ש, פ"ד יח(2) 70, 81 (1964); ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 372, 365 (1973).

303 בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף הפיקוד, פס' 20 לפסק דין השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.1.2006).

304 לייסט, לעיל ה"ש 73.

305 לאישום נדיר ולהרשעה במעשה מגונה בבגירה בגין שליחת סרטון מיני ראו עניין סטרול, לעיל ה"ש 257.

תקפה באותה מידה. מי שבוחן את תקפותו של מבנה פלוני יצירתי בהקשר אלמוני שנושא חן בעיניו, יביא נא בחשבון שאותו מבנה יצירתי עלול לקום מחר בהקשרים פלמוניים, שלא בהכרח יישאו חן בעיניו. הפללה באינוס מרחוק, פרדיגמת אונס חדשה, אינה צריכה להיעשות כיוזמת תובע ובבית המשפט.

האם העמדה לדין בגין אינוס מרחוק מגשימה את דיני האונס ומטרתם, או שמא דווקא חושפת חולשות בלשונם, בתכליתם או במבנם? התזה התביעתית אינה מגשימה כראוי את תכליתם של דיני האונס וחושפת חולשות מבניות בעברה. מסקנה זו אין פירושה שמבצעי מעשים כאלו יצאו פטורים בלי כלום, ואין פירושה שלבעיה שזוהתה אין פתרון, אף שגם כזאת ייתכן.³⁰⁶ הגיעה העת שמערכת המשפט תפסיק לחשוש ממצב שבו לא יזכה אדם בתווית ובעונש שתחושת הבטן שלנו מבקשת להשית עליו, ותתחיל לתהות שמא האקטיביזם התביעתי והשיפוטי במשפט הפלילי הרחיקו לכת יתר על המידה. כשעברת האונס מתרחבת והולכת, כשמבנה מקרי אחד נסמך על מבנה לא ראוי אחר, והכול כדי לתייג פדופילים שפלים כאנסים, מצטמצמת מחויבותנו לעקרונות החוקיות ולכל הטוב שהוא משקף ומקדם. ההיסטוריה של עברת האונס מראה שוב ושוב מחוקק שמתכתב עם בית המשפט העליון ומנסה לסייע בפתרון בעיות שעליהן הצביע בית משפט זה. בלי הצבעה על בעיות וסירוב לפתרון בבית המשפט לטובת התביעה והציבור ונגד הפרט הנאשם, יתמיד המחוקק הישראלי בתרדמת האינטרנט. האם צריך לתת מענה הולם להתנהגות שתופסת תאוצה בחברה, של הנאה והנעה מרחוק, תוך שימוש ציני בגופן של נערות וילדות שבא לספק את הנאשם ולסייע לו בביצוע? חד וחלק כן: במענה לפי החוק הקיים והברור; בתיקון ובעדכון של החוק לעתיד לבוא; בצורות הסדרה לא משפטיות. ראוי להגן על ילדות ועל נשים, על ילדים ועל גברים; אינוסן יחדיו של שלוש הוראות חוק אינו הפתרון.

306 כשמצאה עצמה מערכת המשפט במצב של עונש קל בהרבה מהראוי בגין הסדר שאושר, נדחתה פה אחד עתירת הקרבן לפתוח את התיק מחדש, משום שהיה אי אפשר לסטות מכללי סדר הדין הפלילי. הנשיא דאז גרוניס חתם את פסק דינו וכתב שאילו היה מקבל את העתירה, היה תוקף לאמרה המפורסמת: "hard cases make bad law". ראו בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.9.2012). הנשיא צדק. ואוסיף: מקרים קשים יוצרים משפט גרוע, אבל ריסון שיפוטי בהם יכול להוביל לחוק טוב יותר.

נספח

כנספח ראו טבלה המבקשת לשקף הברדלי פגמים בהסכמה בין סוגי אינוס בראי ההבדלים בפגמים בהסכמה בין סוגים שונים של פגיעות בקניין, ולאותת על ערכים שונים ועל רמה שונה של פגיעה. שאלת הערכים המוגנים בכל עברה מורכבת מאוד, ולא אתיימר לדייק ולמצות. מטרתי להמחיש דמיון ושוני ולעורר מחשבה.

עושה	גנבה	מרמה	סחיטה	שוד	שוד אלים	
בלתי מיושבת	אין בכלל	חופשית, לא מדעת	מדעת, לא חופשית	אם יש: מדעת, לא חופשית	נדרסת	הסכמה
הגינות + משתנה: לרוב קניין	קניין	יושר + משתנה: לרוב קניין	אוטונומיה	קניין, אוטונומיה	קניין + שלמות הגוף + אוטונומיה	ערכים נפגעים בפועל
	סדר ציבורי וביטחון פיזי (בשל תפיסה על חם), רמה בינונית		משתנים: קניין, פרטיות, גוף ועוד רמה גבוהה	שלמות הגוף והחיים, רמה גבוהה		ערכים בסיכון ורמת הסיכון
אונס סטטוטורי	אונס בחוסר הכרה	אונס במרמה	סחיטה מינית	אונס בסיסי	אונס אלים ³⁰⁷	
בלתי מיושבת	אין בכלל	חופשית, לא מדעת	מדעת, לא חופשית	לא חופשית	נדרסת	הסכמה
פטרנליזם + תום	אוטונומיה מינית צרה	יושר + אוטונומיה מינית רחבה	אוטונומיה מינית	אוטונומיה מינית צרה	אוטונומיה מינית צרה + שלמות הגוף (/חיים)	ערכים נפגעים בפועל
	שלמות גוף, רמה משתנה (בשל יקיצה); אמון מקצועי		מגוונים	שלמות הגוף, רמה משתנה		ערכים בסיכון ורמת הסיכון

307 המילה "אלים" באה לתאר הפעלת כוח פיזי ולא להביע עמדה שיפוטית ערכית. מבחינה ערכית, ברור שכל אונס (וכל שוד ואולי כל פשע) הוא אלים. השיח הערכי נוטה להשטיח את מונח ה"אלימות" ולהשוותו ל"שליליות".