

שוויון צדק ומגדר

”יש סקס אחר – הביאווהו לכאן”: עברת האיננוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם אורית קמיר*

ביוני שנת 2001 נפל דבר בחוק הישראלי. מאותה עת, גבר אשר חדר לגופה של אישה בלא הסכמתה, ואף שלא הפעיל כוח או איום משום סוג שהוא § ביצע אינוס. תיקון מספר 61 לחוק העונשין מחק את דרישת השימוש (או האיום בשימוש) בכוח מהגדרתה של עבירת האינוס. במושגים משפטיים, עבירת האינוס הישראלית הועמדה על רכיב “העדר הסכמת המתלוננת” (לצד עצם החדירה המינית, כמובן). לחקיקתו של תיקון מספר 61 לחוק העונשין לא קדם דיון מקצועי וציבורי, לכן יש לקיימו לאחר שנכנס התיקון לתוקף. יש להדגיש כי “סקס לגיטימי”, בעיני רבים,

* תודות חמות לחברים ועמיתים שקראו טיוטות קודמות, השקיעו הרבה מחשבה ורצון טוב, והעירו לי הערות מעמיקות, מדוקדקות ומאירות עיניים הן במישור המשפטי והן באשר למהות הדברים: אורי בראון, צביקה טריגר, יורם שחר, נעמי גרנות, James Boyd White, רבקה אלישע, בועז סנג'רו, חגית מסר-ירון, רות לור, יהודית קרפ, רוני הלפרין, סנדי קידר, יונתן יובל, עידו דרוין ומימי יעקובי. תודה לנויה רימלט ולחברי מערכת כתב העת על הסבלנות והתמיכה. תודה לסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה על הדיון הער והמפרה, כמו גם לכל המשתתפים מן הבמה ומן הקהל בהצגת רשימה זו באירועים שנערכו מטעם מרכז לייפר ומרכז סיוע לנפגעות תקיפה מינית בירושלים, לימודי מגדר באוניברסיטת תל אביב וקול האישה בירושלים. תודה מיוחדת למיכל שטיינמן על הסיוע המסור בעבודת המחקר ועל השיחות המועילות, ולחאלד גנאים על ההערות המדוקדקות ועל הוויכוחים הסבלניים. כל האמור ברשימה זו הוא על דעתי ועל אחריותי בלבד, ואין איש מן המוזכרים כאן אחראי באופן כלשהו לאמור בה.

הוא "כל מה שאיננו אונס", ולכן הדיון באונס, במרכיביו, במשמעויותיו, בהשקפת העולם שהוא מגלם ומנציח, הנו גם דיון בקשר המיני הלגיטימי בעיני החברה. חלקו הראשון של המאמר בוחן את הטענה שהועלתה על ידי משפטניות פמיניסטיות בארצות המשפט המקובל, כי ככל שגדל חלקו של רכיב העדר ההסכמה בהגדרת עבירת האינוס $\text{\$}$ כך נוטה בית המשפט להתמקד יותר במתלוננת, באישיותה, התנהגותה, לבושה ואורח חייה, במקום בהתנהגותו העבריינית הנטענת של הנאשם. ההתמקדות השיפוטית במתלוננת על אינוס מרתיעה את הקורבן מפניה למערכת איפת החוק וגורמת לה להרגיש כי היא מועמדת על דוכן הנאשמים.

חלקו השני של המאמר דן ביסוד הנפשי של עבירת האינוס. הטענה כאן היא כי כאשר העדר הסכמת המתלוננת הוא הנסיבה הבלעדית של עבירת האינוס (כלומר המרכיב העובדתי היחיד לצד עצם החדירה), טענות ההגנה המרכזיות הפתוחות בפני הנאשם מתמקדות ביסוד הנפשי שלו ביחס להעדר הסכמת המתלוננת. טענות אלה הן כי הנאשם לא ידע שהמתלוננת לא הסכימה למגע המיני, או כי טעה בעובדה וחשב שהסכימה. מבט השוואתי מלמד כי המשפט הישראלי הפלילי מקל עם הנאשם באונס בנקודה זו יותר משיטות משפט רבות אחרות בעולם המשפט המקובל, כלומר הוא מקשה לאין שיעור על הוכחת התקיימותו של אינוס. (הרפורמה משנת 2003 במשפט הפלילי האנגלי מחזקת ומגבה טענה זו).

בחלקו השלישי של המאמר מוצגת טענה מפרספקטיבה של ביקורת התרבות. בבסיסה ההכרה כי עצם הגדרת "העדר הסכמת האישה" כנסיבה של עבירת האינוס מבטאת ומנציחה סטראוטיפים אודות הגבריות הדינאמית והנשיות הפסיבית. כאשר עבירת האינוס מכילה אך ורק "נסיבה" זו, עולם הדימויים הסטראוטיפי, הפטריארכלי, הוא הבלעדי הכרוך בעבירה זו.

הנקודה הבאה, הנפרסת בחלקו הרביעי של המאמר, ראשיתה בחשש כי למרות מחיקתם של מרכיבים מסורתיים של עבירת האינוס מהגדרתה המהותית של העבירה (הכוונה לשימוש בכוח על ידי הנאשם והעדר התנגדות של הנאנסת), הם יוסיפו לשלוט בדיון המשפטי בעבירת האינוס ככלים ראיתיים במסגרת הדיון בהעדר ההסכמה. מרכזיותם של יסודות אנכרוניסטיים אלה לא תתקפח, אך כוחם יהיה סמוי יותר מן העין ולכן חסין יותר מפני ביקורת ציבורית. חשש זה (המסתמך על ביקורת פמיניסטית הקובעת כי כך קרה באנגליה, לאחר שעבירת האינוס הועמדה שם על העדר הסכמה), מבוסס על הקשר העמוק בין מרכיביה המסורתיים של עבירת האינוס, הכרוכים זה בזה ללא הפרד. עוד הם כרוכים, מזה מאות שנים, בהשקפת עולם פטריארכלית, המקדשת את כבודו (honor) של אבי האישה או "בעלה" על חשבון עצמאותה, חירותה המינית, זכותה לשוויון וכבוד-האדם שלה.

החלק החמישי של המאמר מציג כיצד היה ערך השוויון בסיס לרפורמות המשפטיות בדיני האינוס ברחבי עולם המשפט המקובל. הטענה היא כי שיח השוויון יכול, אמנם, לשפר את מבנה העבירה, אך אין בכוחו להוליד דיון חדש

והגדרה שונה מן היסוד. לשם קיומו של דיון כזה וגיבושה של הגדרה כזו, יש להתמקד בערך כבוד-האדם, וליתר דיוק, בערך ה-dignity, "כבוד סגולי". חלק זה של המאמר מוקדש לחשיבה תיאורטית מחודשת על עבירת האיננוס מתוך השקפת עולם המושתתת על כבוד-האדם הסגולי. בחלק זה מוצע לבחון ולבקר את הנחת היסוד, הנתפסת כמובנת מאליה ובלתי בעייתית, כי ההתנהגות המינית (הפיסית) המכוננת את עבירת האיננוס זהה להתנהגות המינית המכוננת קשרים מיניים רצויים הדדית. ההבחנה ברמה העובדתית בין התנהגות המהווה איננוס לבין התנהגות מינית רצויה הדדית, פותחת פתח לדיון מחודש במהותה של התנהגות האיננוס ומאפייניה.

בהתבסס על כל האמור, הרשימה מסתיימת ב"תוספת", המכילה מתווה ראשוני להגדרה חדשה לעבירת האיננוס. הגדרה זו אינה מכילה אף אחד מן המרכיבים המסורתיים של המשפט המקובל ומושתתת על תפיסת כבוד האדם. מטרת ההצעה להוות נקודת מוצא לדיון ציבורי במהות האיננוס ואופי ההגנה המשפטית הרצויה. תמצית זו אינה מכילה סיכום של חלק זה של הרשימה.

That consent, rather than nonmutuality, is the line between rape and intercourse further exposes the inequality in normal social expectations.¹

א. הצגת הנושא. ב. חלק ראשון: היעדר הסכמה וההתמקדות השיפוטית במתלוננת: 1. תמצית תולדות הגדרת האיננוס במשפט המקובל, ומקומה של ההסכמה; 2. היעדר ההסכמה וההתמקדות השיפוטית במתלוננת על איננוס; 3. רכיב היעדר ההסכמה – אי-מצייאת היעדר הסכמה גם כאשר אין הסכמה. ג. חלק שני: הבעייתיות הכרוכה ביסוד הנפשי של עברת האיננוס וטענת הטעות: 1. הגדרת הסוגיה; 2. היסוד הנפשי של עברת האיננוס במשפט המקובל; 3. היסוד הנפשי של עברת האיננוס במשפט הישראלי. ד. חלק שלישי: הנזק בהגדרת רכיב ההסכמה כ"נסיבה" של עברת האיננוס. ה. חלק רביעי: רכיב היעדר ההסכמה בלתי-נפרד משאר מרכיבי האיננוס: 1. חזרת רכיב האלימות (ועמו דרישת ההתנגדות) בדלת האחורית; 2. האכזבה מרפורמות החקיקה של עברת האיננוס; 3. תלונת האיננוס כהגנת האישה מפני אישום בקיום יחסי מין מחוץ למסגרת הנישואים. ו. חלק

¹ "So does the substantial amount of male force allowed in the focus on the woman's resistance, resistance that tends to be disabled by women's socialization to passivity." Catharine MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State* (Harvard University press, 1989) p. 112.

חמישי: הדרת כבוד-honor, שוויון ליברלי וכבוד האדם (הסגולי)-
 dignity: 1. עברת האינوس: המעבר מעולם של הדרת כבוד-honor לעולם של שוויון; 2. כבודו הסגולי של האדם-dignity; 3. דיון בעברת האונס בעולם של כבוד האדם. ז. סיום: 1. סיכום ומסקנות; 2. תוספת; 3. אחרית דבר פמיניסטית.

א. הצגת הנושא

ביוני שנת 2001 נפל דבר בחוק הישראלי. מאותה עת, גבר אשר חדר לגופה של אישה בלא הסכמתה, ואף שלא הפעיל כוח או איום משום סוג שהוא – ביצע אינוס. שכן תיקון מספר 61 לחוק העונשין,² פרי עמלן של חברות הכנסת יעל דיין וחוסניה ג'בארה, מחק את דרישת השימוש בכוח (או האיום בשימוש בכוח) מהגדרתה של עברת האינוס.³ טרם התיקון הגדיר סעיף 345 (א)(1) אינוס "רגיל" כ"בעילת" 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".⁴ כלומר עברת האינוס התקיימה רק אם "בעילתה"⁵ של אישה שלא הסכימה לקיום יחסי מין הושגה באמצעות

2. חוק העונשין (תיקון מספר 61), תשס"א-2001, ס"ח 1794. (להלן: תיקון 61 לחוק העונשין).
3. התיקון נסמך על קריאתם של שופטי בית המשפט העליון יצחק אנגלרד ומישאל חשין למחוקק לתת את הדעת על סוגיה זו ולתקן את המצב המשפטי המעוות. ראו ע"פ 115/2000 טייב נ' מרינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, והצעת חוק העונשין (תיקון מס' 61) (אינוס), תשס"א-2001, ה"ח 3007.
4. סעיף 345(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226. בסעיפיו הקטנים האחרים של הסעיף הגדרות נוספות של סוגי אינוס שכוחים פחות: "(2) בהסכמת האישה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או המעשה; (3) כשהאישה היא קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים אף בהסכמתה; (4) תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האישה, או מצב אחר המונע ממנה התנגדות; (5) תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או בשל הליקוי בשכלה לא היתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית".
5. את המילים הנגזרות מן השורש בע"ל ואשר מתייחסות לבעלותו של איש על אישה (כמו שם התואר "בעל", והפעולה "בעילה") אני מכניסה למרכאות כפולות כדי למשוך אליהן תשומת לב, ולהצביע על השימוש התכוף, המובן מאליו, השקוף, בשורש בעל משמעות קניינית כה ברורה ומובהקת לתיאור הקשר בין נשים לגברים. שימוש בשורש בע"ל בהקשרים אלה ללא מרכאות כפולות מהווה קבלה של נורמה לשונית נוהגת זו, ושיתוף פעולה עם הנטורליזציה שלה. לדיון מפורט בשורש העברי בע"ל בהקשר זה, משמעויותיו והשלכותיו בכל הקשור בטיפול בעברת האינוס, ראו אורית קמיר, "ואם בעל – קנה: סיפורי בעילה והבעלות בחוק העונשין", פלילים ז (תשנ"ט) 121.

אלימות פיזית, לחץ או איומים. אם, לעומת זאת, אישה לא הסכימה לקיום יחסי מין והגבר הצליח "לבעול" אותה ללא הסכמתה אך ללא שימוש ברור באלימות פיזית, לחץ או איומים – אזי האירוע לא נלכד בהגדרתה המשפטית של עברת האינוס. הסעיף המתוקן קובע כי מי שבוועל אישה "שלא בהסכמתה החופשית" מבצע אינוס, כלומר, כי "לא" של אישה משמעו "לא", והתעלמות ממנו גוררת אחריות פלילית כבדה. מעתה, אישה שאמרה "לא" לגבר, בין שהם חיים ביחד ובין שהם נפגשים בפעם הראשונה, והוא בכל זאת קיים עמה יחסי מין, הנה קורבן לעברת אינוס, ודין העבריין עד 16 שנות מאסר. במושגים משפטיים, עברת האינוס הישראלית הועמדה על רכיב "היעדר ההסכמה" (לצד עצם החדירה, כמובן).

זה עשורים מספר הולך המשפט הישראלי ומתנתק ממורשת הגדרת האינוס של המשפט המקובל המסורתי.⁶ תיקון מספר 61 קידם מגמה זו צעד גדול קדימה. על פני הדברים, דומה כי לא ניתן לראות צעד חקיקתי זה אלא כמהלך חיובי דרמטי, הקובע הגנה משפטית מלאה על זכות האישה לשלוט בגופה ולהחליט עם מי, כיצד ומתי תקיים מגע מיני. ואכן, אין ספק כי המעבר מהגדרת אינוס המכילה שתי נסיבות (אלימות או איום באלימות, והיעדר הסכמה), להגדרה המכילה את הנסיבה של היעדר הסכמה לבדה, מבטא כוונת מחוקק לחוק

6. ראשונה נמחקה "הגנת הבעל", אשר מנעה הפללתו של גבר באינוס אישתו. הגנה זו בוטלה תחילה בהלכה הפסוקה (אף אם רק לגבי "בעלים" יהודים), ראו ע"פ 32/80 בהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 282; ד"נ 37/80 בהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 371, וכן יורם שחר, "אנוסה על פי דין", עיוני משפט ח (תשמ"ה) 649. בשנת 1988, בתיקון מספר 22, נמחקה הגנת ה"בעל" גם מחוק העונשין, ביחס לכל אזרחי ישראל בחוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988, ס"ח 62. באותו תיקון בוטלה גם הדרישה המשפטית שה"בעילה" האסורה תהיה "כנגד רצונה" של הנאנסת, דרישה אשר נתפסה כמכילה את שרידי הדרישה להתנגדות אקטיבית של הקורבן עד אפיסת כוחותיה. במקום ההתמקדות ב"רצונה" של המתלוננת נקבע רכיב "היעדר ההסכמה החופשית", שנועד לקרב את ההתייחסות המשפטית למתלוננת על תקיפה מינית להתייחסות לכל מתלונן ומתלוננת בעברות אחרות. כותרת הסימן שונתה מ"עבירות כנגד המוסר" ל"עבירות אלימות מינית" (ראו דיון בכל אלה אצל ציפורה האופטמן, "אינוס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות", מעמד האישה בחברה ובמשפט (פרנסס רדאי, כרמל שליו, מיכל קובי ליבן – עורכות, הוצאת שוקן, תשנ"ה) 189, בעמ' 196-200). בתיקונים שהוכנסו בדיני הראיות בוטלה דרישת הסיוע לעדות מתלוננת בעברת מין, והוגבלה זכותם של עורכי דינו של הנאשם לחקור את המתלוננת על אודות עברה המיני (ראו מראי מקום ודיון שם, בעמ' 207-215). תיקון משנת 1995 שהוכנס בחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957, ס"ח 16, קובע (בסעיף החדש ב) כי ניתן לאפשר למתלוננת בעברת מין למסור עדות שלא בנוכחות הנאשם, כדי שתוכל להימנע מכל מגע עמו (תשנ"ה-1995, ס"ח 152). בשנת 1998 נקבעו (בסעיף 355 לחוק העונשין) עונשי מינימום בעברות מין (תיקון חוק העונשין (מס' 51), תשנ"ח-1998, ס"ח 1676. ובשנת 2001 נחקק החוק, וזויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001, ס"ח 183, שסעיף 13 בו קובע כי אם יש צורך בחקירתה של נפגעת עברת מין, החקירה תהיה "תוך שמירה קפדנית על כבודו ופרטיותו של הנפגע".

את האוטונומיה של האישה ואת ריבונותה על גופה ומיניותה. עם זאת אליה – קוצים בה.

אם לתמצת את הביקורת בקליפת אגוז, הריהי זו: בשנת 2001 החל החוק הישראלי ללכת בעקבות חלק מן התיקונים שנחקקו באנגליה בשנת 1976 (אם כי לא הרחיק לכת עד כדי אימוצם בשלמות). בשנת 2003 זנח החוק האנגלי את החקיקה של שנת 1976, שליקוייה היו רבים. יש לקוות כי לא יידרשו למשפט הישראלי שלושים שנה כדי לזנוח את הגישה האנגלית של שנת 1976 וללכת בעקבות החקיקה של שנת 2003.

בחלקיה הראשונים של רשימה זו אציג ואנתח ארבע נקודות הקשורות בהעמדת עברת האינוס על היעדר הסכמת האישה. מטרת הדיון לפתוח ולעודד שיח מקצועי וציבורי רחב ככל שניתן בהיבטים שהם רלבנטיים מאוד לתיקון החוק ולהצבת היעדר ההסכמה בלב הגדרת האינוס.

יש להדגיש כי הדיון באינוס ובהגדרתו המשפטית, כמו גם החקיקה הפלילית בתחום זה, אינם מוגבלים רק לתופעה הפתולוגית של קשר מיני כפוי, אלא מתייחסים ישירות גם לצדה השני של המטבע, כלומר לקשר המיני הלגיטימי. החברה הישראלית אינה מכירה בסמכות נורמטיבית ערכית, חברתית, שיש בכוחה להגדיר מהו מעשה מיני לגיטימי ועל פי איזה רציונל הוא נקבע ככזה. כיוון שכך, הגבול התחתון שקובע המשפט הפלילי הוא הגבול היחיד המקובל על כלל החברה בהקשר של הבחנה בין קשר מיני לגיטימי ובין קשר מיני שאיננו לגיטימי. יוצא שהגדרת האינוס על ידי המשפט הפלילי איננה רק הגדרה של הקצה הפתולוגי ביותר של ההתנהגות המינית, אלא גם הגדרה, על דרך השלילה, של הקשר המיני הלגיטימי בעיני החברה. כלומר, "סקס לגיטימי", בעיני רבים, הוא "כל מה שאיננו אונס". הדיון באונס, במרכיביו, במשמעויותיו, בהשקפת העולם שהוא מגלם ומנציח, הנו על כן גם דיון בקשר המיני הלגיטימי בעיני החברה.⁷

לחקיקתו של תיקון מספר 61 לחוק העונשין לא קדם דיון מקצועי וציבורי כזה, ולכן יש לקיימו לאחר שנכנס התיקון לתוקף. בכוחו של דיון כזה לחדד נקודות עוצמה ותורפה של התיקון לחוק, כמו גם הסכמות, מחלוקות וכיווני פעולה אפשריים בעתיד.

רשימה זו מציגה ומדגישה, בהקשר זה, בעיקר נקודות מבט ביקורתיות ומקשות ביחס לתיקון, כמו גם ביחס להגדרת האינוס ולטיפול בו בחוק ובפסיקה. זאת לא מפני שאני סבורה כי המצב המשפטי בארץ גרוע מזה שבארצות אחרות, (למיטב ידיעתי אין הדבר כך), אלא משום שאני מאמינה שתפקידה של הכתיבה האקדמית הוא לפתוח כיווני חשיבה ביקורתיים מועילים, ולא רק לברך על הקיים.

עוד אציין כי אני מתמקדת ברשימה זו בלשון החוק על כל המשתמע ממנה, הנלווה לה, והעלול לבצוע ממנה. אין אני טוענת כי כל הסכנות הגלומות בנוסח החוק אכן מתגשמות

7. בדיון שהתקיים בקול האישה, בירושלים, בעקבות הצגת רשימה זו, תיארו מתנדבות המרכז לסיוע לנפגעות תקיפה מינית את תגובותיהם של תלמידי תיכון בשיעורים על אודות מין ואונס. לדבריהן, ילדים לא מעטים, מכתה ז' ואילך, דרשו לדעת מה בדיוק אוסר החוק, ומה העונש הצפוי להם אם יעברו עליו; זאת במקום לדון בשאלות המהותיות על אודות הגדרתו הראויה של קשר מיני, והגבול בין מין לאונס.

בפסיקתם של כל בתי המשפט הישראליים, או אף כי הן אכן תתממשנה. דומני כי אין חולק שבתי המשפט, כמו גם הפרקליטויות והמשטרה הלכו כברת דרך ארוכה מאוד; מודעותם למצוקותיהן של נפגעות תקיפה מינית עלתה עשרות מונים, ועמה גם הרגישות, ההתחשבות, וההתאמצות להבין. התוצאות המשפטיות של תיקים שעניינם אינוס השתנו אף הן בהתאם. עם זאת יש לנהוג כבוד בלשון החוק, ולהתייחס ברצינות ליתרונות – כמו גם לסכנות – הצפונים בה. העובדה כי פסיקתם של הרכבים שיפוטיים אלה או אחרים אינה מגשימה את החששות שאני מעלה אינה ממעיטה מחשיבות ניתוחו של החוק וההצבעה על קשיים וליקויים.

הנקודה הראשונה שאני מציעה לבחון היא הטענה כי ככל שגדל חלקו של רכיב היעדר ההסכמה בהגדרת העברה – כך נוטה בית המשפט להתמקד יותר במתלוננת, באישיותה, התנהגותה, לבושה ואורח חייה, במקום בהתנהגותו העבריינית הנטענת של הנאשם. במסגרת קו מחשבה זה, אשר פותח על ידי כותבות משפטיות פמיניסטיות בארצות המשפט המקובל, ההתמקדות השיפוטית בה גורמת למתלוננת על אינוס להרגיש כי היא מועמדת על דוכן הנאשמים. תופעה זו מרתיעה קורבנות אינוס מפנייה למערכת אכיפת החוק. המשפט הישראלי הרבה, גם לפני תיקון החוק האחרון, להתמקד בנאנסת ובפרטי חייה, ולכן יש מקום להתייחס לסכנה כי תיקון מספר 61 לחוק העונשין עלול לחזק מגמה זו.

בחלקו השני של המאמר אדון ביסוד הנפשי של עברת האינוס. הטענה בלב דיון זה היא כי כאשר היעדר הסכמת המתלוננת הוא הנסיבה הבלעדית של עברת האינוס (כלומר המרכיב העובדתי היחיד לצד עצם החדירה), טענות ההגנה המרכזיות הפתוחות בפני הנאשם מתמקדות ביסוד הנפשי. טענות אלה הן כי הנאשם לא ידע שהמתלוננת לא הסכימה למגע המיני, או כי טעה בעובדה וחשב שהסכימה. (הטענה האפשרית היחידה המתייחסת ליסוד העובדתי של העברה היא כי החדירה כלל לא התקיימה.)

חלק זה של המאמר קובע כי המשפט הישראלי הפלילי מקל עם הנאשם באונס בנקודה זו יותר משיטות משפט רבות אחרות בעולם המשפט המקובל. בעוד באנגליה, ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה וניו זילנד, התביעה נדרשת, לכל היותר, להוכיח רשלנות של הנאשם ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת, במשפט הישראלי על התביעה להוכיח מעל לכל ספק סביר ידיעה בפועל של הנאשם או לפחות עניינים ביחס להיעדר ההסכמה.

הגדרת האינוס באופן המעצים מאוד את מרכזיות קו ההגנה של אידיעה או ידיעה מוטעית מצד הנאשם ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת, מגדילה את משקלו של ההיבט המשפטי שבו זוכה הנאשם למרב ההתחשבות. בתוצאה זו ניתן לראות פגיעה במתלוננת והכבדה של אפשרות הוכחת התקיימותה של עברת האינוס. הדיון בנקודה זו יציג כיצד תיקון 39 לחוק העונשין,⁸ אשר הגדיר מחדש את היסוד הנפשי של העברה,⁹ החמיר בעיה זו (בוודאי במישור העקרוני, אף אם, אולי, פחות במישור המעשי); זאת תוך התעלמות מן

8. חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון מס' 39).

9. תיקון 39 אינו מתייחס ישירות לאינוס; הוא חל על כלל העברות, ובתוך כך גם על האינוס.

המשפט המקובל, המשפט האנגלי, המשפט האמריקני, נטיות לבה של הפסיקה הישראלית וכתבתם המפורשת של אנשי אקדמיה של המשפט הפלילי בארץ. בחלקו השלישי של המאמר אשוב אל היסוד העובדתי, ואציג טענה מפרספקטיבה של ביקורת התרבות. אטען כי עצם הגדרת "היעדר הסכמת האישה" כנסיבה של עברת האינוס היא בעלת משמעות משתמעת אידאולוגית וחברתית. זאת כיוון שהיא מבטאת ומנציחה סטראוטיפים על אודות הגבריות הדינמית והנשיות הפסיבית. כאשר עברת האינוס מכילה אך ורק "נסיבה" זו, עולם הדימויים הסטראוטיפי, הפטריארכלי, הוא הבלעדי הכרוך בעברה זו.

הנקודה הבאה, אשר אותה אפרוש בחלקה הרביעי של הרשימה, ראשיתה בחשש כי למרות מחיקתם של מרכיבים מסורתיים של עברת האינוס מהגדרתה המהותית של העברה (הכוונה לשימוש בכוח על ידי הנאשם והיעדר התנגדות של הנאסמת), הם יוסיפו לשלוט בדיון המשפטי בעברת האינוס ככלים ראייתיים במסגרת הדיון בהיעדר ההסכמה. מרכזיותם של יסודות אנכרוניסטיים אלה לא תתקפת, אך כוחם יהיה סמוי יותר מן העין ולכן חסין יותר מפני ביקורת ציבורית. חשש זה (המסתמך על ביקורת פמיניסטית הקובעת כי כך קרה באנגליה, לאחר שעברת האינוס הועמדה שם על היעדר הסכמה), מבוסס על הקשר העמוק בין מרכיביה המסורתיים של עברת האינוס, הכרוכים זה בזה ללא הפרד. עוד הם כרוכים, מזה מאות שנים, בהשקפת עולם פטריארכלית, המקדשת את כבודו (honor) של אבי האישה או "בעלה" על חשבון עצמאותה, חירותה המינית, זכותה לשוויון וכבוד האדם שלה.

בהתבסס על הצגה ביקורתית של עברת האינוס, שפותחה על ידי קופלין (Anne Coughlin),¹⁰ אראה כיצד מרכיביה העיקריים של עברת האינוס במשפט המקובל: היעדר ההסכמה, השימוש בכוח (או האיום בו) והיעדר ההתנגדות האקטיבית של המתלוננת, כולם נעוצים בהשקפת עולם אשר אינה מבחינה בין אינוס ובין מחוץ למסגרת הנישואים. כל המרכיבים הללו, לכן, נושאים עמם ללא הפרד את השקפת העולם הקדומה, השוללת את זכות האישה על גופה ואת זכותה לאוטונומיה מינית. כולם מכילים יסודות של תרבות כבוד (honor פטריארכלית, אשר מגדירים את האישה כקניין אביה או "בעלה", וכל קשר מיני שלה, המתקיים מחוץ למסגרת הנישואים, כפגיעה קשה בכבודם של האב ו/או ה"בעל").

לאור הצגת דברים זו אציע כי כדי לנתק את עברת האינוס מן היסודות הללו ומהשקפת העולם שהם מביאים עמם אל החוק ואל חיינו, יש ללכת צעד נוסף קדימה, ולהשתחרר מכל מרכיבי המסורתיים של היסוד העובדתי של עברת האינוס, לרבות רכיב היעדר ההסכמה. במילים אחרות, בחלק זה של הרשימה אני מציעה כי, לאור כל האמור, דומה שהחיבור בין רכיב היעדר ההסכמה של עברת האינוס לבין המטען ההיסטורי, הערכי, הכבד מנשוא, של עברת האינוס במשפט המקובל, אינו ניתן להתרה. כדרכם של קשרים גורדיים, קשר כזה ניתן לפיצוח רק במהלך דרמטי של חיתוך. משמעות הדבר היא כי יש מקום לחשוב על

10. Anne M. Coughlin, "Sex and Guilt", 84 *Virginia Law Review* (1998) 1.

עברת האינוס מאלף, ולנסות להגדיר מרכיבים חדשים, חופשיים ממורשת היסטורית כבדה, שיש בכוחם לבטא טוב יותר תפיסות עכשוויות על אודות עברת האינוס ועל אודות ההבדל בין קשר מיני לגיטימי וחוקי ובין קשר מיני פסול ואסור.

בחלק החמישי של הרשימה אראה כיצד היה ערך השוויון בסיס לרפורמות המשפטיות בדיני האינוס ברחבי עולם המשפט המקובל. אטען כי שיח השוויון יכול, אמנם, לשפר את מבנה העברה, אך אין בכוחו להוליד דיון חדש והגדרה שונה מן היסוד. לשם קיומו של דיון כזה וגיבושה של הגדרה כזו, אציע להתמקד בערך כבוד האדם, וליתר דיוק בערך ה-dignity, שאני מכנה אותו "כבוד סגולי". לשם ליבון משמעותו של ערך כבוד האדם הסגולי (dignity) אדגיש את ההבחנה המושגית החיונית בינו ובין הדרת הכבוד (honor).

חלקה השישי של הרשימה מוקדש לחשיבה תיאורטית מחודשת על עברת האינוס מתוך השקפת עולם המושתתת על כבוד האדם (וליתר דיוק: כבודו הסגולי של האדם). בחלק זה אציע לבחון ולבקר את הנחת היסוד, הנתפסת כמובנת מאליה ובלתי-בעייתית, כי ההתנהגות המינית (הפיסית) המכוננת את עברת האינוס זהה להתנהגות המינית המכוננת קשרים מיניים רצויים הדדית. ההבחנה ברמה העובדתית בין התנהגות המהווה אינוס ובין התנהגות מינית רצויה הדדית, המהווה קשר מיני לגיטימי, פותחת פתח לדיון מחודש במהותה של התנהגות האינוס ומאפייניה.

בהתבסס על כל האמור, הרשימה מסתיימת ב"תוספת", המכילה מתווה ראשוני להגדרה חדשה לעברת האינוס. הגדרה זו אינה מכילה אף אחד מן המרכיבים המסורתיים של המשפט המקובל ומושתתת על תפיסת כבוד האדם. מטרת ההצעה להוות נקודת מוצא לדיון ציבורי במהות האינוס ואופי ההגנה המשפטית הרצויה.

ב. חלק ראשון: היעדר ההסכמה וההתמקדות השיפוטית במתלוננת

רכיב היעדר ההסכמה של עברת האינוס (שהוכחתו מוטלת על התביעה) מכיל קשיים רבים ועמוקים. המרכזי שבהם הוא היעדרה של הגדרה ברורה מהו היעדר הסכמה, והיעדרה של דוקטרינה בהירה ושיטתית, שיש בה כדי להורות לבתי המשפט ולציבור כיצד יש לבחון הסכמה ולקבוע את היעדרה. בהיעדר הגדרה, ניתן למצוא גישות שיפוטיות שונות ומגוונות בדבר משמעותה. בתי משפט רבים קובעים שלא הוכח "היעדר הסכמה" גם במקומות שבהם קשה מאוד לראות הסכמה של המתלוננת. לעומתם ישנם גם שופטים יוצאי דופן שהיו רוצים שרק הסכמה אקטיבית של האישה תשלול את דרישת "היעדר ההסכמה".

בישראל, העמדה המעניינת ביותר מסוג זה היא של השופט מישאל חשין, אשר הביע את הדעה כי "היעדר הסכמה" משמעו כל דבר שהוא פחות מהסכמה ברורה של האישה. לשיטתו, רק הסכמה "באחת מדרכי ההסכמה המקובלות" מהווה הסכמה, וכל דבר אחר הוא "היעדר הסכמה". אף שאין הם בבחינת הלכה, דבריו של חשין מצוטטים רבות בכתיבה האקדמית בסוגיה (אם לא בפסקי הדין), ואכן מן הראוי לשוב ולצטטם, שכן פשוטם, והשכל הישר שהם מבטאים, מעבירים ביקורת נוקבת על מגוון גישות אחרות המופיעות בפסיקה ובכתיבה האקדמית:

גבר היוזם מגע אישות עם אישה, עליו הנטל לבקש הסכמתה, ועליו הנטל לקבל הסכמתה. ורק במקום בו הסכימה האישה – באחת מדרכי ההסכמה המקובלות – בין מקובלות על בני אדם בכלל ובין מקובלות על הגבר והאישה המיוחדים – ניתן לומר כי מעשה האישות נעשה בהסכמתה של האישה. ואם לא נתנה האישה הסכמתה – הסכמה מפורשת או הסכמה במשתמע – יהיה מעשה האישות שלא בהסכמה. במקום בו עולה ספק אם הסכימה האישה למעשה אישות – או אם לא הסכימה – המסקנה חייבת להיות כי מעשה האישות היה שלא בהסכמה, שהרי עד שלא היתה הסכמה לא היתה הסכמה, ומעשה אישות שהיה לאחר אותה "לא היתה הסכמה" נעשה ממילא "שלא בהסכמתה החופשית" של האישה.¹¹

בהיעדר דוקטרינה, יש שבתי המשפט נוטים להתמקד בהתנהגותה של המתלוננת, באישיותה, בלבושה, בעברה המיני, בקלות דעתה ובמתירנותה המינית. בתי המשפט נוטים גם להיעזר במבחנים מסורתיים, קדומים, אשר בוטלו באורח רשמי ושוב אינם מופיעים בהגדרות מהותיות של עברת האינוס, אך ממשיכים לצוץ ולפעמים אף להכריע בפועל בדיון השיפוטי הבוחן את היעדר ההסכמה. כך, למשל, יש שנבחנים הגשת תלונה מיד בסמיכות לאירוע המיני, דיווח מידי למוסדות בריאות או לחברים והמשך הקשר בין המתלוננת לנאשם.

אף שאגע בכל הנקודות הללו, שכן הן כרוכות זו בזו, בסעיף זה אתמקד בטענה הפמיניסטית על אודות קיומו של קשר בין רכיב היעדר ההסכמה לבין העיסוק השיפוטי במתלוננת, שיש שהוא עודף ומסתיים בהפיכתה לנאשמת. אך תחילה אפתח בהצגה של רכיב היעדר ההסכמה בהקשר הרחב של עברת האינוס במשפט המקובל.

11. ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי ואח', פ"ד מח(1) 302, 377. רבים סבורים כי עמדתו זו של השופט חשין מופרכת ובלתי ישימה. ואולם קיימת פסיקה אמריקנית המחילה בפועל גישה כזו. כך, בשנת 1992 קבע בית משפט של מדינת ניו ג'רסי כדלקמן:

"[A]ny act of sexual penetration engaged in by the defendant without the affirmative and freely-given permission of the victim to the specific act of penetration constitutes the offense of sexual assault. [...] The definition of "physical force" is satisfied [...] if the defendant applies any amount of force against another person in the absence of what a reasonable person would believe to be affirmative and freely-given permission to the act of sexual penetration". *State in interest of. M. T. S. New Jersey Supreme Court*, 129 N. J. 422, 609 A 2d 1266 (1992).

1. תמצית תולדות הגדרת האינוס במשפט המקובל, ומקומה של ההסכמה

עברת האינוס הישראלית מקורה, כעברות רבות, במשפט המקובל האנגלי. היא עוצבה במשך מאות רבות של שנים על ידי בתי המשפט האנגליים, אשר הגדירו את יסודותיה בהקשר של מקרים פרטניים שבאו לפניהם. מובן כי הגדרת האינוס הייתה כרוכה ללא הפרד בהשקפות עולם ששלטו בכיפה בקרב האליטה המשפטית האנגלית במרוצת הדורות. הגדרתה המסורתית של עברת האינוס במשפט המקובל נוסחה במאה ה-18, על ידי ויליאם בלקסטון (William Blackstone), וקבעה כי אינוס הוא "the carnal knowledge of a woman forcibly and against her will".¹² עברה זו נתפסה כמכילה יסודות מספר, שאמנם התפתחו והשתנו במרוצת הדורות, ופורשו באופנים שונים על ידי בתי משפט שונים, אך שמרו על מעמדם המחייב עד שנות השבעים של המאה העשרים.¹³

ההתנהגות הפלילית עמדה בראש ובראשונה על "ידיעת בשרים" (carnal knowledge), שהוגדרה כהגדרת איבר המין הזכרי אל תוך איבר המין הנקבי של אישה. החדירה צריכה הייתה להתבצע "תוך שימוש בכוח" (forcibly), כלומר (לרוב) תוך שימוש בכוח פיזי רב מזה הנדרש לעצם מעשה החדירה. בנוסף, נדרש כי החדירה תהיה בניגוד לרצונה של האישה (against her will). "בניגוד לרצונה" פורש כ"התנגדה ונאבקה ככל יכולתה", ולכן כדי להוכיח כי חדירה הייתה "בניגוד לרצונה" של אישה היה על התביעה להביא ראיות לכך שהאישה התנגדה פיזית ככל יכולתה, עד שתשו כוחותיה כליל והיא הוכרעה לגמרי על ידי כוחו העדיף של התוקף. מבחינה ראייתית, גם רכיב השימוש בכוח של הנאשם נגזר ממידת התנגדותה הפיזית של המתלוננת ומאורכה. לכן, כדי לטעון ולהוכיח הן שימוש בכוח והן רצון מנוגד של האישה, על התביעה היה להביא ראיות ל-"utmost resistance".¹⁴ (דרישה זו "רוככה" בעת האחרונה, במקומות בהם היא עדיין קיימת, והומרה בדרישת "earnest resistance", ולעתים "reasonable resistance".¹⁵ לחילופין, אם האישה לא

12. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (University of Chicago Press, 1979) 210.

13. לסיכום מפורט (עם מראי מקום של פסיקה אמריקנית) של יסודות עברת האינוס במשפט המקובל האמריקני, שהועתקה מן המשפט המקובל האנגלי, ראו: Wayne R. LaFare, *Criminal Law, Hornbook Series Student Edition* (West Publishing 3rd Edition, 2000) בעמוד 753 ואילך. לתיאור תמציתי של הגישות הפמיניסטיות לעברת האינוס במשפט המקובל ראו: Martha Chamallas, *Introduction to Feminist Legal Theory* (Aspen Law & Business, 1999) pp. 222-236. רובי השפעה של עברת האינוס ותולדותיה ראו: Susan Estrich, *Real Rape: How the Legal System Victimized Women Who Say No* (Harvard University Press, 1987); Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women, and Rape* (Bakkantine Books, 1993).

14. כלשונה של החלטה אמריקנית מוקדמת שציטטה רבות: "In order that the offense might constitute rape, she must have resisted with all her power, and kept up that resistance as long as she had strength". Mathews v. State S. E. 424, 426, (Ga., 1897).

15. ראו מובאות ודיון ב-LaFare (לעיל הערה 13) וכן דיון וניתוח מפורטים ב-Stephen J.

התנגדה כל עוד נשמתה בה, נדרשה התביעה להוכיח כי הכוח שהופעל על ידי הגבר היה כה גדול, או האיום המידי על חייה של האישה או על שלמות גופה כה חמור, שלא היה ביכולתה להתנגד.¹⁶ אישה ש"הכניסה את עצמה למצב מסוכן", ש"היה עליה לדעת" כי הוא עלול "להיגמר רע", לא יכלה להצליח בתלונתה על אינוס.¹⁷

לחילופין, אינוס יכול היה להתרחש אף ללא שימוש בכוח וללא הוכחת התנגדות, אם הגבר הונח את האישה לגבי טיב המעשה או לגבי זהותו (כלומר גרם לה להאמין כי הוא "בעלה"), או אם שיכר או סימם אותה עד כדי חוסר הכרה. באישה צעירה מגיל 10, או מוגבלת ביכולתה השכלית עד כדי אי-יכולת להסכים, עברת האינוס יכלה להתקיים גם בלא הבעת אי-רצון והתנגדות. לגבי אישה נשואה נקבעה (על ידי סיר מתיו הייל (Sir Matthew Hale), במאה ה-17), חוקה חלוטה של הסכמה לכל חדירה מינית המבוצעת בה על ידי "בעלה". חוקה זו קבעה כי הסכמת האישה להינשא לאיש משמעה הסכמה לא הדירה להתיר לו לחדור לגופה כרצונו.¹⁸ אישה נשואה, לכן, לא יכלה להעלות טענת אינוס כנגד "בעלה", ומקובל היה לחשוב על אינוס כ"חדירה לאיבר מינה של אישה שאיננה אישתו של הנאשם".¹⁹

בנוסף, ההגדרה המהותית של העברה הוקפה בסייגים רבים וחמורים של הוראות דיוניות וראייתיות ייחודיות.²⁰ היעדר דיווח מידי על האינוס חסם את הדרך בפני הגשת תלונה

Schulhofer, *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law* (Harvard University Press, 1998) p. 30. דוגמאות מן הפסיקה האמריקנית ניתן למצוא בכל ספר לימוד של המשפט הפלילי, כמו, למשל: John Kaplan et al, *Criminal Law: Cases and Materials*, (Aspen Law & Business, 4th, 2000) pp. 1086–1095.

16. "The resistance must be up to the point of being overpowered by actual force, or inability from loss of strength longer to resist, or from the number of persons attacking, resistance must be dangerous or absolutely useless, or there must be duress or fear of death". *People v. Dohering*, 59 N.Y. 374 (1874) pp. 382-383

17. לדיון ביסוד זה ראו לעיל, הערה 10, בעמ' 49-50.

18. "The husband cannot be guilty of rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and contract the wife has given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract". Matthew Hale, *The History of the Pleas of the Crown* 629 (S. Emlyn ed., 1778)

19. אף שגישה זו בוטלה במשפט הישראלי במהלך שנות השבעים והשמונים (ראו התייחסות למעלה, בהערה 5), עדיין לא נס ליחה בשיח הציבורי על אודות אינוס. כך, למשל, בדיון במליאה (לקראת קריאה ראשונה) על אודות תיקון מספר 61 לחוק העונשין, חבר הכנסת נסים זאב (מש"ס) הסביר כי הוא יצביע נגד התיקון, בדיוק מכיוון שתיוקן יהפוך לעברה פלילית מעשה מיני בין גבר ואשתו "אם לא ניתנה הסכמה חופשית על ידי האישה". ד"כ 25 (תשס"א) 5165.

20. לדיון מפורט וביקורתי ראו לעיל, הערה 10, בעמ' 42-56. היא פותחת בקביעה הביקורתית כי: "The rules governing the proof of rape are the perfect complement to the courts' definition of the crime"

ותביעה; נשים שעסקו בזנות (כמו נשים נשואות) לא יכלו להעלות טענת אינוס; עדות המתלוננת הצריכה סיוע חיצוני כלשהו; עברה המיני של המתלוננת הותר בהצגה, ונתפס כמערער את אמינותה ומעיד על הסכמתה; המושבעים הוזהרו כי התלונה על אינוס היא תלונה שקל למתלוננת להעלות אך קשה להגנה להפריך, ולכן יש להתייחס לעדותה של המתלוננת בזהירות רבה משל עדים אחרים.²¹ ראוי לציין כי דינו של מי שהורשע באינוס היה בראשית הדרך מוות, עובדה שגרמה להערמת מכשולים על ידי בתי המשפט בפני אפשרות הרשעה באינוס. עם זאת גם כשבוטל עונש המוות, לא בוטלו המכשולים, אלא רק מאוחר הרבה יותר, לאחר מאבקים פמיניסטיים ממושכים וקשים.

בתמצית, במאות ה-19 וה-20, לשם הרשעה באינוס במסגרת המשפט המקובל הקלאסי, נדרש שגבר יבצע: (1) חדירה וגינלית (ולו מועטה) באישה; (2) שאיננה אישתו; (3) בניגוד לרצונה; (4) באמצעות כוח וכפייה – או באיומים חמורים על חייה או על שלמותה הגופנית, או תוך הטעייתה כי הוא "בעלה", או כי המעשה איננו מיני. רק התנגדות תקיפה, אקטיבית, בכל יכולתה של האישה עד כלות כוחותיה יכלה להתקבל כראיה המעידה הן על רצונה המנוגד של האישה ביחס לקיום יחסי המין והן על הכוח שהופעל עליה על ידי הגבר. האישה נדרשה לדווח מיידית על האינוס (ולא – נחסמה הדרך בפני פתיחתו של הליך פלילי), ולהמציא סיוע חיצוני כלשהו לעדותה. בהסבירו את החוק למושבעים החורצים את הדין בתיק של אינוס, היה על השופט להזהירם כי קל לאישה להאשים גבר באינוס, ואילו לגבר קשה מאוד להתגונן מפני אישום כזה; אשר על כן יש להתייחס לתביעה ולמתלוננת בחשדנות ובהירות מרבית.

הגדרתה המהותית של עברת האינוס, כמו גם הכללים הראייתיים והדיוניים הנלווים, עוררו ומושכים ביקורת נוקבת, במיוחד בשלושים השנים האחרונות, הן מתוך השקפת העולם הליברלית והן מהשקפת העולם הפמיניסטית, והספרות בנושא כחול אשר על שפת הים לרוב.²² כיוון שרכיב "בניגוד לרצונה" של המתלוננת, כמו גם רכיב הכוח שהופעל

21. בארץ, החשש העמוק מפני "הקלות הבלתי נסבלת" שבה יכולה כל אישה לטפול אשמת שווא על גבר שלא יוכל להתגונן, מלווה את ההתייחסות לעברת האינוס בעוצמה רבה. כך, למשל, בדיון במליאה בקריאה ראשונה של תיקון מספר 61, בשנת 2001, הובעו הדברים במפורש. חבר הכנסת עבד-אלמאלכ דהאמשה (הרשימה הערבית המאוחדת) הציג את החשש המוכר: "תארו לעצמכם, וזה לא בלתי אפשרי, שהמקרה קורה, שהאישה מסכימה, ולאחר חצי שעה, לאחר יום, לאחר שבוע היא מתחרטת. היא באה, מגישה תלונה ואומרת: לא הסכמתי. איך יוכל הוא להוכיח שאכן היא הסכימה? הדברים לא קלים... יכול להיות גם מקרה שבכלל לא היה אינוס ולא מין אינוס, והאישה רוצה להתנקם במשהו. סתם, אחת למליון. גם זה קורה. והיא מוצאת לנכון לטפול עליו את האשמה הזאת. מספיק שהיא תאמר: לא הסכמתי. איך יוכל אדם כזה להגן על עצמו?" ד"כ 25 (תשס"א) 5165.

22. הביקורת הפמיניסטית מרבה להתייחס גם לאי-האמון העמוק המופגן על ידי מערכות אכיפת החוק והשיפוט כלפי מתלוננות, ולדעות הקדומות הרווחות, החותרות תחת מעמדה, אמינותה, ביטחונה העצמי ויציבותה הנפשית. חלק מן הדעות הקדומות הרווחות ביותר הן שאישה שנאנסה "הזמינה את זה", "הביאה את זה על עצמה" בהתנהגות, בלבוש, בדיבור,

על ידי הנאשם, שניהם נמדדים על פי הגישה המסורתית לעומת עוצמת התנגדותה של המתלוננת, הרי ששלושת הרכיבים כרוכים זה בזה ללא הפרד, ולכן ניתן לתקוף את הבעיה, מנקודת מבט ביקורתית, משלושה כיוונים, משלוש פרספקטיבות. כך למשל, כנגד דרישת השימוש בכוח נטען בין השאר כי מידת הכוח הנדרשת היא גבוהה מדי, ו"מכשירה" מעשים מיניים שלוו בשימוש בכוח משמעותי אך לא "רב", או באלמות שאיננה פיזית. עוד נטען כי אין כלל מקום לדרישת שימוש בכוח, שכן עברת האינוס צריכה לעמוד על היעדר הסכמת האישה בלבד. כמו כן נטען כי הסמכת הוכחתו של

בחיוך, בפלירטוט או ב"מסרים" אחרים; שלא ניתן לאנוס אישה שאינה רוצה בכך; שנשים הן מזוכיסטיות; שנשים מפנטזות על אינוס; שנשים הן היסטוריות ו"מוציאות דברים מפרופורציה"; שנשים הן רגשניות, ותפיסותיהן מושפעות מסערות רגשות; שנשים מרבות לטפול האשמות שווא על גברים בשל רגשי אשמה על שקיימו עמם יחסי מין או מתוך נקמנות (למשל, לאחר שנזנחו). ביקורת נוקבת מוטחת גם בהתמקדות האובססיבית של המערכות ב"אינוס על ידי זר" ("הזר המגיה מסמטה אפלה"), כשכל המחקרים מעידים שוב ושוב על כך שרוב מקרי האינוס מבוצעים על ידי אדם מוכר ואף קרוב לנאנסת: בן זוג (נשוי או לא) בהווה או בעבר, ידיד או מכר, אב, אח או קרוב משפחה אחר.

בשונה מן העיסוק הרב מאוד בעברת האינוס בשאר חלקי עולם המשפט המקובל, בולט מיעוט הטיפול האקדמי בנושא זה בישראל. נראה כי חוסר זה הוא תולדה של מיעוט המשפטניות הפמיניסטיות באקדמיה הישראלית בכלל ובתחום הפלילי בפרט, והימנעות כללית מכתובה המתמקדת בעברות מיניות, וכתובה ביקורתית ופמיניסטית בפרט (ראו: Beverly J. Ross, "Does Diversity in Legal Scholarship Make a Difference?: A Look at the Law of Rape", 100 *Dickinson Law Review*, (1996) 795).

לכתיבה ישראלית על עברת האינוס ראו יורם שחר, "אנוסה על פי דין", **עיוני משפט** ח (תשמ"א) 649; ש"ז פלר, "אינוס מתוך רשלנות על סמך אימרת אגב", **משפטים** י (תש"ס) 373; איילת שחר, "מיניותו של החוק – השיה המשפטי בנושא אינוס", **עיוני משפט** יח (תשנ"ד) 159; רות קנאי, "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה", **מחקרי משפט** יא (תשנ"ד) 147; עמנואל גרוס, "אינוס בטעות או שמא אינוסה של הטעות?", **הפרקליט** מב (2) (תשנ"ה) 334; רון כהנא, "כשאת אומרת כן למה את מתכוונת?", **הפרקליט** מה(1) (תש"ס) 76; לסלי סבה ומיכל קובייליבן, "עבירת האינוס – היבטים קרימינולוגיים", **מעמד האישה בחברה ובמשפט** (פרנסס רדאי, כרמל שליו, מיכל קובייליבן – עורכות, ירושלים, הוצאת שוקן, תשנ"ה), בעמ' 235; וציפורה האופטמן, "אינוס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות", **מעמד האישה בחברה ובמשפט** (פרנסס רדאי, כרמל שליו, מיכל קובייליבן – עורכות, ירושלים, הוצאת שוקן, תשנ"ה), בעמ' 189; יובל ליבנת, "אונס, שתיקה, גבר, אישה (על יסוד אי ההסכמה בעבירת האינוס)", **פלילים** ו (תשנ"ח) 187. אלון הראל וליך וגנר, "על 'האשם התורם' של קורבן האינוס", **פלילים** ו (תשנ"ח) 235; קמיר (לעיל, הערה 5); יופי תירוש, "סיפור של אינוס, לא יותר: על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98, מדינת ישראל נגד דן שבתאי", **משפטים** לא (3) (תשס"ב) 579; ש"ז פלר, "טעות במצב דברים – בעקבות פסק הדין בע"פ 5612/92 (פרשת האינוס "שמרת") ולנוכח תיקון מס' 39

רכיב השימוש בכוח על מידת התנגדותה של המתלוננת איננה ראויה, שכן יכול שהנאשם הפעיל כוח רב גם אם המתלוננת לא ביטאה כל גילויי התנגדות פיזית.²³ בד בבד נטען כי דרישת ההתנגדות האקטיבית כראיה הכרחית להוכחת "בניגוד לרצונה" איננה סבירה. בין השאר נטען כי מתלונן או מתלוננת אשר מדווחים על עברה פלילית אחרת אשר מכילה רכיב של "בניגוד לרצון" הקורבן (כמו תקיפה, גנבה והשגת גבול) לעולם אינם נדרשים להוכיח התנגדות ככל יכולתם כל עוד נשמתם במ כראיה הן לשימוש בכוח על ידי הנאשם והן להיעדר הסכמתם לעברה המבוצעת בהם. בלשונה של אסטריך (Susan Estrich):

The requirement that the victim of a simple rape do more than say no was virtually without precedent in the criminal law. Many other crimes encompass a consent defense; none other has defined it so as to mandate actual physical resistance. ... Certainly, if a thief stripped his victim, flattened that victim on the floor, lay down on top, and took the victim's wallet or jewelry, few would pause before concluding forcible robbery.²⁴

כנגד עצם התפיסה כי אינוס התרחש רק כאשר נאבקה האישה בכל כוחה באנס נטען, בין השאר, כי נשים אינן רגילות ואינן יודעות להילחם, וכי אין זה מתקבל על הדעת להניח ולצפות מאישה כי תיאבק בגבר התוקף אותה, שהוא לרוב גדול יותר, חזק יותר ומורגל בהחלפת מהלומות ובהתמודדות עם אלימות פיזית יותר ממנה. נשים רבות, כאשר הן מותקפות מינית, קופאות מפחד, תדהמה או שיתוק, ואינן מסוגלות להאבק. כמו כן, נטען כי מאבק אקטיבי גורם לעתים להתגברות אלימותו של האנס, ועלול לגרום חבלות חמורות יותר לקורבן, ואולי אף למוות. לכן אין לעודד נשים להביע את היעדר רצונן על ידי מאבק, שכן מאבק כזה עלול להחמיר מאוד את נזקן.²⁵

של חוק העונשין", מחקרי משפט יב (תשנ"ה) 5; דנה פוגץ', "קרמינליזציה של גינוני חיזור מקובלים? מרמה, טעות הקורבן, והסכמה לענין עבירות מין", *מוגמות בפלילים* (אלי לדרמן, המכון למשפט פלילי ע"ש פרופ ד"ר רפאל טאובנשלאג, תשס"א) 149; ליאורה בילסקי, "אלימות האלם – חיפוש הקול בבית המשפט, תיק פלילי 107/96", *הקול והמבט: בין פילוסופיה וספרות, קולנוע ואופרה, מיתוס ומשפט* (ורד לב כנען ומיכל גרובר פרידלנדר – עורכות, רסלינג, 2002) 59. רק כמחצית המאמרים הללו יכולים להיחשב כמציגים, במידה זו או אחרת, עמדה פמיניסטית או פרו-פמיניסטית כלפי לעברת האינוס.

23. לדיון ביסוד השימוש בכוח ובאימים ראו לעיל, Schulhofer, הערה 15, הפרק: "The Missing Entitlement: Sexual Autonomy", והפרק: "Sexual Coercion: The problem of Threats and Resistance". בעברית ראו גרוס (לעיל, הערה 22), בעמ' 337.
24. ראו לעיל, הערה 10, בעמ' 40 ו-59.
25. לדיון בכל הנקודות הללו ראו ליבנת (לעיל, הערה 22), בעמ' 211-213.

הניתוחים הביקורתיים קבעו שוב ושוב כי הפלייתה העמוקה של האישה על ידי מערכת המשפט הפטריארכלית, הבאה לידי ביטוי בכל הנקודות שהוזכרו, יוצרת מציאות שבה, למעשה, המתלוננת זוכה בבית המשפט ליחס חשדני, כאילו היא היא הנאשמת, המתקשה לשכנע בחפותה.

עשרות שנים של ביקורת קשה ומאבק פמיניסטי ציבורי ופוליטי הביאו לידי שינויים משמעותיים במרבית המרכיבים המהותיים, הדיוניים והראייתיים של הטיפול בעברת האינסוס במסגרת המשפט המקובל (לפחות ברמת החקיקה, גם אם לא תמיד במציאות).²⁶ רבות מן ההלכות הדיוניות והראייתיות בוטלו במקומות רבים (במיוחד הדרישה להגשת תלונה מיד לאחר האירוע, הדרישה לסיוע חיצוני לדברי המתלוננת, התרת חקירת עברה המיני כדי לערער את אמינותה, והזהרת המושבעים מפני סכנת הטעיה על ידי המתלוננת). המחסום בפני הגשת תלונה על אינסוס על ידי אישה העוסקת בזנות הוסר, לפחות בחוק, אף אם לא תמיד במציאות.

באנגליה ובחלק ממדינות ארצות הברית הוסר המחסום שמנע מאישה נשואה להגיש תלונה נגד אישה. בחלק ממדינות ארצות הברית עמדה זו רק רוככה, ואישה נשואה יכולה להתלונן על אינסוס על ידי בן זוג נשוי רק אם בני הזוג אינם גרים ביחד או שהם פרודים בצו שיפוטי. הדרישה להתנגדות פיזית תקיפה של המתלוננת בוטלה בחלק מארצות המשפט המקובל, ורוככה באחרות, וכך גם לגבי דרישת השימוש בכוח על ידי הנאשם. (בשלב זה אינני מתייחסת למשפט הישראלי. ואולם לשם בהירות הדיון יש לציין כי עם ביטול דרישת התנגדותה הפיזית של הנאנסת במשפט הישראלי, הוחלף הביטוי המשפטי "בניגוד לרצונה", שזוהה עם דרישת ההתנגדות הפיזית, בביטוי "ללא הסכמתה". הרכיב של "היעדר הסכמה" בעברית המשפטית אינו מכיל את דרישת ההתנגדות הפיזית).²⁷ ביחס למרכיבים המרכזיים של עברת האינסוס (השימוש בכוח והיעדר ההסכמה), הרפורמות החקיקות התפצלו לשני כיוונים שונים. באנגליה (ובכמה מדינות בארצות

26. לגבי המשפט האמריקני ראו: La Fave (לעיל, הערה 13), ו-Kaplan (לעיל, הערה 15) בעמ' 1151-1156; וכן: Stacy Futter and Walter R. Mebane, Jr., "The Effects of Rape Law Reform on Rape Case Processing", 16 *Berkeley's Women's Law Journal* (2001) 72; Cassia C. Spohn, "The Rape Reform Movement: The Traditional Common Law and Rape Law Reforms", 39(2) *Jurimetrics Journal* (1999) 119. Jennifer Temkin, "Rape and Criminal Justice at the Millennium", *Feminist Perspectives on Criminal Law* (Donald Nicolson and Lois Bibbings – eds., Cavendish, 2000) (להלן: "Temkin I"). לדיון בשינויים המהותיים ראו עמודים 183-190, ולדיון בשינויים הדיוניים ראו עמודים 190-202. Jennifer Temkin, *Rape and the Legal Process*, (Sweet & Maxwell, 1987) (להלן: "Temkin II"). (ועדכונים במהדורה השנייה של הספר, משנת 2002, בהוצאת Oxford University Press). לגבי המשפט הישראלי, ראו לעיל, הערה 5.

27. ראו האופטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 196-198.

הברית) נמחק מרכיב השימוש בכוח מהגדרתה המהותית של עברת האינוס, ועתה מוגדר האינוס כחדירה מינית לגופה של אישה ללא הסכמתה.²⁸ בחלק ממדינות ארצות הברית (בראשן מישגן, שהניפה את הדגל), בקנדה, ובמקומות נוספים (למשל, בחלק ממדינות אוסטרליה) הועמדה עברת האינוס דווקא, בראש ובראשונה על רכיב השימוש בכוח.²⁹ בארצות אלה, המונח "אונס" (rape) הושמט והוחלף במונחים המדגישים את מרכיבי האלימות והכפייה שבתקיפה המינית, והעברה הוצאה מן ההקשר של "עברות מין" והועברה לקטגוריה המשפטית של "עברות אלימות". גישה זו, שנהגתה, נוזמה ונתמכה על ידי גופים פמיניסטיים וחשיבה פמיניסטית, נועדה להדגיש את חומרתו הרבה של מעשה האינוס על ידי שינוי ההתייחסות אליו ממעשה הפוגע במוסר המיני למעשה אלים ומסוכן.³⁰

במשך שנים רבות החזיקו פמיניסטיות רבות (וחלקן עודן מחזיקות) באמונה כי "אינוס הוא אלימות ולא מין". לאור גישה זו, נוסחו עברות אינוס המתמקדות בכפייה המינית ולא ברכיב היעדר הסכמת המתלוננת. הדוגמה שנחשבת כמובהקת ביותר היא הגדרת עברת האינוס בחוק הפלילי של מדינת מישגן, שנוסחה על ידי גוף נשים שהוקם במיוחד לצורך החקיקה (The Women's Task force on Rape), ונחשבת לפריצת דרך בהתנתקות מן המורשת הפטריארכלית בהקשר זה. בדבר חקיקה זה, רכיב "היעדר ההסכמה" אינו מופיע, ושמה של העברה הוחלף מ"אינוס" ל"אלימות מינית".³¹ כמה מדינות נוספות בארצות הברית אימצו קו זה, בין בחקיקה ובין בפסיקה. ה-Model Penal Code האמריקני (המכיל עדיין את הגנת ה"בעל" מפני תלונת אישתו ואת דרישת התלונה המידית) אף הוא אינו מכיל את רכיב היעדר ההסכמה, אלא רק שימוש בכוח.³² גם קנדה, כאמור, נקטה גישה

28. ראו: Temkin I (לעיל, הערה 26), בעמ' 84, ו-Temkin II (לעיל, הערה 26), בעמ' 60. לגבי ארצות הברית ראו Schulhofer לעיל, הערה 15, בעמ' 32.

29. ראו Schulhofer לעיל, הערה 15, בעמ' 31. בנוסף, לדיון מפורט ביותר בכל היבטי הרפורמה בקנדה ובמדינות ארצות הברית שהלכו בדרך זו (כמו גם בשיטות משפט נוספות) ראו: Temkin II (לעיל, הערה 26), בעמ' 60; בעמ' 95 היא מתייחסת לחמישה יסודות של הרפורמה אשר העמידה את האינוס על שימוש בכוח בלבד: "The legislation in Michigan, New South Wales and Canada has five ventral features in common. First, a gradation scheme has been introduced. Secondly, some attempts have been made to deal with the problem of consent. Thirdly, the term rape has been abandoned. Fourthly, the rules of evidence in sexual assault cases have been substantially altered. Finally, the exemption from liability of certain males has been removed. Each one of these features will now be considered in term".

30. לדיון ראו Schulhofer לעיל, הערה 15, בעמ' 99, 114. (שני הפרקים הוזכרו לעיל). להצגת הגישה מתוך ביקורת ראו: Catharine MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State* (Harvard University press, 1989) 173; Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified* (Harvard University Press, 1987), 85-86.

31. ראו Schulhofer לעיל, הערה 15, בעמ' 29, 31. לנוסח החוק של מדינת מישגן וניתוח יסודי ראו Temkin II (לעיל, הערה 26), בעמ' 105-109.

32. Model Penal Code § 213.1.

דומה, ועברת האינוס המסורתית הוחלפה בשנת 1985 בעברת "תקיפה מינית", שלא הכילה כל הגדרה של ההתנהגות האסורה. (בקנדה, מגמה זו עודכנה בשנת 1992, כאשר נחקקה הגדרה מפורטת של משמעות ההסכמה על היבטיה.)³³ כמו במישיגן, גם בקנדה עברת התקיפה המינית מכילה דרגות שונות של חומרה. גרימת נזק גופני, נשיאת נשק, איומים, אינוס קבוצתי וגרימת נזק גופני חמור קבוצים כגורמים מחמירים. בדיון על אודות רכיב היעדר ההסכמה אין מקום למחקר משווה מעמיק עם הכוון הרפורמטורי אשר מתמקד ביסוד השימוש בכוח ולא בסוגיית היעדר ההסכמה. כיוון שאינני מציעה להשיב את רכיב השימוש בכוח להגדרת האינוס בספר החוקים הישראלי, פרטי הדיון בו אינם נוגעים ישירות לענייננו כאן. (ההתמקדות המיוחדת של המשפט הקנדי בהגדרת ההסכמה הנה בעלת ערך השוואתי רב לדיון הנוכחי, ואני מתייחסת אליה בהרחבה בהמשך.)

בתיקון מספר 61 לחוק העונשין בחרה הכנסת ללכת בעקבות המשפט האנגלי, ולהעמיד את עברת האינוס על רכיב היעדר הסכמת המתלוננת.

2. היעדר ההסכמה וההתמקדות השיפוטית במתלוננת על אינוס

המחקר הפמיניסטי המשפטי של שיטות המשפט המקובל מלמד כי ככל שמערכת משפט מתמקדת ברכיב ההסכמה – כך גוברת ההתעמקות השיפוטית במתלוננת, במקום בנאשם.³⁴ ככל שהסכמת המתלוננת ממלאה תפקיד מרכזי יותר בהבחנה בין אינוס ובין

33. Temkin I (לעיל, הערה 26), בעמ' 173-178. לדיונים שיטתיים בחוק הקנדי ראו: Kevin Bonnycastle, "Rape Uncodified: Reconsidering Bill C-49 Amendments to Canadian Sexual Assault Laws", *Law as a Gendering Practice* (Dorothy E. Chunn and Dany Lacombe – eds., Oxford University Press, 2000) 60; Renate M. Mohr and Julian Roberts, "Sexual Assault in Canada: Recent Developments", *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (Julian V. Roberts and Renate M. Mohr-eds., University of Toronto Press, 1994) 3; Maria Los, "The Struggle to Redefine Rape in the Early 1980s", *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (Julian V. Roberts and Renate M. Mohr – eds., University of Toronto Press, 1994) 20; Christine Boyle, "The Judicial Construction of Sexual Assault Offences", *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (Julian V. Roberts and Renate M. Mohr – eds., University of Toronto Press, 1994) 136.

כפי שמאמרים אלה מתארים ומנתחים, מערכת המשפט הקנדית, כמו גם ציבור הנשים, לא ראו נחת מן ההגדרה שנוסחה בעקבות הרפורמה, ואשר נמנעה מכל הגדרה של עברת התקיפה המינית ורכיביה. בשנת 1992, במהלך ייחודי וחלוצי, חוקק בית הנבחרים הקנדי הגדרה מפורטת הקובעת מהי הסכמה, מתי לא ניתן לטעון כי התקיימה, ומתי לא ניתן לטעון כי הנאשם טעה לחשוב כי האמין בהתקיימותה. ראו את לשון הסעיפים הרלבנטיים להלן בהערת שוליים 209, ואת תרגומם לעברית בטקסט שליד הערת השוליים.

34. Temkin II (לעיל, הערה 26), בעמ' 62; ראו Schulhofer (לעיל, הערה 15), בעמ' 31-32; המחקרים שבתרו בניסוחים המעמידים את עברת האינוס על שימוש בכוח בלבד, עשו זאת במפורש כדי להימנע מהזמנת בתי המשפט להתמקד במתלוננת במקום בנאשם.

קשר מיני לגיטימי, כך גדלה המוטיבציה השיפוטית לבחון ביסודיות כל תג בהתנהגותה של המתלוננת ובאישיותה. ככל שפוחת משקלה של האלימות אשר הופעלה על ידי הנאשם – כך פוחת העניין השיפוטי בנאשם, ומפנה מקום לבחינת המתלוננת וחלקה באירוע הנדון. כל מילה של המתלוננת, כל תנועה, כל פרט לבוש, כל אינטונציה הופכים לגורמים רלבנטיים וחשובים, ומערכת המשפט הופכת והופכת בהם. שיקול דעתה של המתלוננת, תבונתה, צניעותה, כנותה, סבירותה, ההיסטוריה המינית שלה, כולם עומדים לביקורת שיפוטית מדוקדקת. במילים אחרות: המתלוננת היא המוצבת על דוכן הנאשמים במקום הנאשם. וכיוון שאין היא זכאית ליהנות מזכויותיו של הנאשם, חזקת החפות אינה חלה עליה; ההפך הוא הנכון, כעדת התביעה, עדותה צריכה לשכנע את בית המשפט מעל לכל ספק סביר באמיתות תלונתה.³⁵

בעקבות תיקון 61 דוחפת עברת האינוס הישראלית תהליך מבני לוגי זה אל קצהו: על פי החוק המתקן, אלימותו של הנאשם איננה רכיב בהגדרת העברה, ותשומת הלב השיפוטית נדרשת להתמקד ברכיב הנסיבתי הבלעדי שעליו עומדת עתה עברת האינוס: הסכמתה או אי-הסכמתה של המתלוננת.³⁶

35. ניתן לטעון שהנזק למתלוננת אינו טמון בעצם ההתמקדות בה אלא רק בדעות הקדומות, בסטראוטיפים, בחשדנות ובחוסר ההבנה שבתי משפט רבים מפגינים כלפי המתלוננת. לכאורה, לפי היגיון זה, אילו התמקדו בתי המשפט במתלוננת מתוך הבנה אמיתית ומעמיקה של החוויה שעברה עליה, של תוצאותיה ושל השלכותיה, מתוך אמפתיה, אמון ועניין, היה בהתמקדות כדי להועיל למתלוננת ולסייע לעשות לה צדק. ואולם, בפועל, התמקדות שיפוטית במתלוננת משמעה החלת דעות קדומות, חשדנות וחוסר אמון. נראה שרחוק היום שבו מציאות זו תשתנה. דומה שלא ניתן לאכוף על בתי המשפט לשנות את תפיסת העולם אשר דרכה הם בוחנים את המתלוננת, ועד כה בשום מקום בעולם לא הצליחו נשים להתנער מן הבושה והקלון המיוחסים למיניותן. ולכן, במציאות החברתית הקיימת, דומה שאין מנוס מהפחתת עצם התמקדותם של בתי המשפט במתלוננת. מעבר לכך, כל התמקדות שיפוטית באדם, בהכרח חושפת גם נקודות תורפה, חולשות, מבוכות ובושות. אין אדם שהתמקדות שיפוטית בו לא תחשוף את כל אלה, ואין בתי משפט היכולים באמת להתעלם מהם כמו לא היו. לכן ראוי שההתמקדות השיפוטית תהיה בנאשם, שהוא העומד לדין בחשד שביצע עברה, ולא באיש זולתו.

36. לכאורה, ניתן לחשוב שכשעברת האינוס אינה כלל מזכירה אלימות או איומים באלימות, אזי אירוע מיני שהכיל אלימות או איומים באלימות ייתפס כמוכן מאליו כאינוס, ורק באירועים מיניים שלא הכילו אלימות, ובכל זאת הוגשה תלונה על אינוס, יבחן בית המשפט את סוגיית היעדר הסכמתה של המתלוננת על כל הכרוך בכך. אבל המציאות בארצות המשפט המקובל מוכיחה שגם באירועים שבהם התקיימה אלימות ממשית, ואף מתמשכת וברוטלית, יש שבתי המשפט בוחנים בדקדקנות את אלמנט היעדר ההסכמה, ולפעמים אף מסרבים לקבוע כי הוכח מעל לכל ספק סביר. כך, למשל, בעניין Mayberry המפורסם בארצות הברית, אף שהנאשם, גבר זר שתפס את המתלוננת ברחוב, הכה אותה מכות נמרצות שוב ושוב וגרר אותה בכוח

זוהי תוצאה מעוררת דאגה, כיוון שגם לפני התיקון בתי המשפט הישראליים נטו להתמקד במתלוננת ובהתנהגותה, נטו להאשים, לשפוט ו"להרשיע" מתלוננות על התנהגותן במהלך האירוע הנדון, והגדירו "היעדר הסכמה" באופן צר ולא שיטתי. היחס לרכיב היעדר הסכמת האישה הוא אחת מנקודת התורפה של הטיפול השיפוטי בעברת האינסוס. לגבי ההתמקדות השיפוטית במתלוננת, ניסח ליבנת לפני מספר שנים בתמציתיות קולעת:

אחת הנקודות הבולטות ביותר בפסקי הדין מתחום האונס הינה התמקדות בית המשפט בהתנהגותה של האישה דווקא. דומה שאין עוד עבירה בספר החוקים הפלילי המעסיקה כל כך בבחינת התנהגותו (כאן - התנהגותה) של הקורבן, במקום בהתמקדות במעשי הנאשם: האם נאבקה האישה בנאשם? האם שרטה אותו? מדוע לא צעקה? האם ברחו בהודמנות הראשונה? כמה זמן חלף עד שהתלוננה במשטרה? מהי ההיסטוריה המינית של האישה? הקורא את פסקי הדין עלול לעיתים לטעות ולסבור כי האישה היא היושבת על ספסל הנאשמים.

הדבר חמור עוד יותר כאשר בית המשפט אינו מסתפק בהפניית הזרקור לכיוון האישה, אלא אף מנתח כל מעשה וכל תנועה שלה לפני האונס, במהלכו ואחרי, תוך התעלמות טוטאלית ממצב הדברים הקשה־מנשוא שהיא נתונה בו, כאילו התנהגותה בסיטואציה של טרום־אונס, פוסט־אונס ואף במהלך האונס עצמו צריכה להיות "נורמאלית" לחלוטין, התנהגות מחושבת, רציונלית וקרה של אדם החי את חיי היום־יום שלו בשלווה ובנינוחות. זאת נוסף להתעלמותו ה"רגילה" של בית המשפט מיחסי השליטה־הכפיפות השוררים בין גברים לנשים בחברה.³⁷

אינני רואה צורך להכביר בנקודה זו מילים נוספות שלא לצורך, שכן סיכום זה מביא את עיקרי הדברים כהווייתם. ליבנת מציג ביסודיות שתי סוגיות שבהן בוחן בית המשפט בשבע עיניים את התנהגותה של המתלוננת: האם ניצלה הודמנויות בריחה מזירת

לדירתו, בית המשפט מצא לנכון לבחון את שאלת ההסכמה, וערכאת הערעור אף קבעה שיש מקום לבחון אם נאשם סביר היה מבין כי בנסיבות אלה האישה מסרבת לקיומו של הקשר מיני. (ראו: *People v. Mayberry* (1975), 15 Cal 3d 143, [125 Cal Rptr. 745, 542 P. 2d]; 1337). עורכות דין המעורות במערכת המשפט הפלילית בישראל מעידות כי בבתי המשפט בישראל שונה המצב, וכי באירועים המכילים אלימות בתי המשפט מניחים היעדר הסכמה ואינם נזקקים להתמקדות במתלוננת ובהתנהגותה. ככל שכך הדבר - יש לברך עליו. עם זאת מצב עיניים כזה אינו מיתר את הדיון העקרוני, שכן הקושי התיאורטי נותר על כנו, ונטיות בפסיקה משתנות לכאן ולכאן.

37. ראו ליבנת (לעיל, הערה 22), בעמ' 210.

האינוס,³⁸ והאם ניתקה את הקשר עם הנאשם לאחר האינוס.³⁹ הוא מראה כיצד בית המשפט מאשים ו"מרשיע" את המתלוננת אם לא נהגה באופן שנראה לבית המשפט כסביר ורציונלי בנסיבות העניין, וכיצד חוסר שביעות רצונו של בית המשפט מהתנהגותה של המתלוננת מוביל לזיכוי הנאשם. התמקדות שיפוטית זו בהתנהגות המתלוננת באה לעתים על חשבון התייחסות רצינית להתנהגותו של הנאשם במהלך האירוע הנדון. פעמים רבות הדיון המשפטי מתבסס על דעות קדומות ותפיסות מיושנות בדבר ההתנהגות ה"נורמלית" ו"הסבירה" של אישה בנסיבות של לחץ וכפייה, ואינו מביא בחשבון ספרות פסיכולוגית ענפה מאוד המלמדת כי התנהגותן של נשים "נורמליות" רבות בנסיבות כאלה שונה מאוד מן ההתנהגות ש"השכל הישר" השיפוטי מייחס להן. ליבנת קובע כי:

הקורא את פסקי דינו של בית המשפט העליון בתחום האינוס עלול להתקל בתופעה מוזרה: בית המשפט נוהג פעמים רבות לדבר גבוהה-גבוהה על האוטונומיה של האישה ועל זכות האישה על גופה, אולם חרף הצהרות אלה קשה לא להבחין שהוא שבו עדיין פעמים רבות במיתוסים ובסטראוטיפים שהוא קורא למיגורם.⁴⁰

האופטמן מוסיפה כי גם כאשר בית המשפט מקבל את טענותיה של מתלוננת, וקובע כי לא הסכימה לקיים מגע מיני וכי נאנסה על ידי הנאשם, יש שהוא מוצא לנכון לגנותה על התנהגות "אווילית", או "מתירנית", להדביק לה תוויות, ולתת לה ציונים על תמימותה, אמונה המופרז בזולת ואורח חייה.⁴¹ לדבריה, "כל סטיה [מבחינה עניינית של התנהגות הנאשם בלבד – א"ק] אפילו נעשה הדבר מתוך אהדה למתלוננת 'תמימה', 'פתיה' או 'מתירנית', תורמת להעמקת שורשיה של התפיסה המעוותת ולהעברת המסר המוטעה – 'תזוהר המתלוננת' במקום 'זוהר הנאשם'.⁴²

רון כהנא מציין סוגי מקרים שלגביהם נפסק כי אינם משקפים הסכמה (למשל, כאשר הנאשם הסתמך על הסכמה במקרה קודם, אף שבמקרה הנדון לא הייתה הסכמה),⁴³ ואולם הוא מוסיף שורה של סוגיות שבית המשפט מתחשב בהן (במודע או שלא במודע) כאשר הוא בוחן את שאלת ההסכמה, שהן בבירור שיקולים זרים שלא יכירם מקומם בהקשר זה (כמו, למשל, מעמד סוציו-אקונומי, סטטוס משפחתי ומראה חיצוני).⁴⁴ הוא מסיק כי "במשפטי אונס, בית המשפט נמצא במצוקה ראייתית קשה",⁴⁵ וכי למעשה הטיפול השיפוטי מלמד כי רכיב היעדר ההסכמה איננו ישים. הוא מצביע בצדק רב על כי

38. שם, בעמ' 223-271.

39. שם, בעמ' 223-230.

40. שם, בעמ' 228.

41. ראו האופטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 230-232.

42. שם, בעמ' 232.

43. ראו כהנא (לעיל, הערה 22), בעמ' 80.

44. שם, בעמ' 81.

45. שם, שם.

לא קיימת דוקטרינה כלשהי הקובעת קריטריונים אחידים וברורים בדבר מהות ההסכמה. בירורן של נסיבות שקדמו לבעילה או באו אחריה מייצג בעצם את חוסר האונים של בית המשפט, בהעדר הגדרה ברורה למהותה של ההסכמה. ... בולטת העובדה כי המחוקק נמנע מלומר, "ברחל בתך הקטנה", מהם הקריטריונים שעל פיהם יקבע בית המשפט קיום או העדר הסכמה חופשית לביצוע העבירה.⁴⁶

כיוון שכך, הדרך סלולה להתמקד במתלוננת ולבחון אותה בשבע עיניים. סקירת פסקי דין בסוגיית האינוס בעשור האחרון מעלה תמונה מורכבת. מחד גיסא, ניתן למצוא פסיקה שנמנעת מכול וכול מהתייחסות להתנהגותה של המתלוננת, ומתמקדת בהתנהגותו הפלילית של הנאשם. מאידך גיסא, ניתן למצוא פסיקה המתמקדת בהתנהגות המתלוננת ומזכה נאשמים בשל "הרשעת" מתלוננות בהתנהגות שאינה מקובלת על דעת בית המשפט. בתווך קיימים פסקי דין רבים אשר מרשיעים את הנאשם על סמך התנהגותו (לעתים בדעת רוב, בניגוד לדעתו החולקת של אחד השופטים), ואולם מקיימים דיון ממושך ומדוקדק במתלוננת ובהתנהגותה, וחולקים לה תארים שונים כמו אלה שהוזכרו למעלה.

(א) סירוב להתייחס להתנהגות המתלוננת

שורה של פסקי דין מלמדים כי ישנם בתי משפט המוכנים, בנסיבות מסוימות, להרשיע נאשם באינוס בלי להתמקד בהתנהגותה של המתלוננת, ובלא לשעות לטענות ההגנה כי התנהגותה מעוררת "תהיות" המונעות קביעה של "היעדר הסכמה". יצוין כי פסקי הדין הללו כוללים מקרים שבהם המתלוננת עוסקת בזנות, מקרים שבהם התלונה היא של אישה נגד בן זוגה הנשוי – או הנשוי לשעבר, מקרים שבהם התלונה נגד חבר עמו חיה המתלוננת, ומקרים של אינוס על ידי מכר, date rape. עובדה זו ראויה לציון, שכן כאמור למעלה, המשפט המקובל המסורתי לא הכיר בתלונות של נשים נשואות ושל נשים העוסקות בזנות כמכוננות אינוס, ואף כאשר הוסרה המניעה המשפטית להגיש תלונות, נבחנו נשים נשואות המתלוננות על בני זוג הנשואים להן ונשים העוסקות בזנות המתלוננות על אינוס – בשבע עיניים.

הטיפול באינוס על ידי מכר הוא נקודת תורפה של מערכות משפט רבות, אשר נוטות להתמקד במהלך האירועים אשר הביאו לידי נוכחות המתלוננת במחיצת הנאשם, ומאשימות את המתלוננת כי הביאה את האינוס על עצמה בהתנהגותה הבלתי־זהירה. (כך גם לגבי אישה הנאנסת על ידי חבר אך ממשיכה לחיות עמו.) לכן סירובם של בתי המשפט לבחון את התנהגות המתלוננת במקרים הללו מעניין יותר מבעניינה של חוסה במוסד,

46. שם, בעמ' 81-82. גם באנגליה נמתחת ביקורת על היעדר הגדרה של רכיב היעדר ההסכמה ועל חוסר האחידות שהדבר גורר. Temkin II (לעיל, הערה 26), בעמ' 187.

הסובלת משיתוק מוחין ומפיגור קל, והיא רתוקה למיטתה חסרת אונים, אשר לא הסכימה לחדירה על ידי עובד המוסד אשר בא עליה בלילה.⁴⁷ ההגנה ניסתה לטעון כי העובדה שהמתלוננת לא לחצה על כפתור החירום מעידה על הסכמתה, אך בית המשפט לא שעה לטענה, וסירב לדון בה.⁴⁸

בפסק הדין **מדינת ישראל נ' בן**⁴⁹ הורשע הנאשם, לקוח של "מכון ליווי" באינוסה של "נערת ליווי", אף שניסה לטעון כי זעקותיה של הנאנסת לא היו חזקות דיין כדי להעיד על היעדר הסכמתה. בית המשפט קבע כי ראשה הוטמן על ידי הנאשם בתוך הכר, ולכן אין מקום להתייחס להתנהגותה. בעניין **דורוב נ' מדינת ישראל**,⁵⁰ אחד הנאשמים פגש במתלוננת, שעסקה בזנות, כשהיא בוכה משום שלא קיבלה את כספי הביטוח הלאומי המגיעים לה. הוא הזמינה לקפה בדירתו כדי לנחמה וכיוון שהכירו מבעוד מועד, היא נענתה. בדירה, נעלו אותה שני הנאשמים בחדר בניגוד לרצונה.

דורוב דרש מן המתלוננת לקיים עמו יחסי מין. המתלוננת סירבה והחלה לבכות ודורוב איים עליה שאם תמשיך לבכות, הוא יכה אותה. הוא תפס את המתלוננת בשערותיה והחזיר בכוח את איבר מינו לפיה. הוא הוציא מתיקה של המתלוננת את תעודת העולה שלה ואת תצלום תעודת הזהות שלה, באומרו שהוא לוקח תעודות אלה כדי להניעה לעבוד בעבורו במכון ליווי. הוא דרש ממנה למסור לו את כתובת מגוריה ואיים עליה שיגיע לביתה ויכה אותה. דורוב עזב את הדירה ואז דרש זינלוב מן המתלוננת לקיים עמו יחסי מין ואף הציע לשלם לה. המתלוננת סירבה וזינלוב בתגובה החזיר את איבר מינו בכוח לפיה. לאחר מכן, הפשיטה ממכנסיה, קרע את תחתוניה והחזיר את איבר מינו לאיבר מינה. לאחר שבא על סיפוקו, דרש מן המתלוננת להתרחץ, היא סירבה ונכנסה לאמבטיה, שם ניגבה עצמה בווסט שלבשה, ואותו לקחה עמה. בית המשפט סירב להתייחס ברצינות לטענות ההגנה כי המתלוננת אינה מהימנה כיוון שהיא עוסקת בזנות, כי לא התנגדה פזיזת ולא ניסתה לברוח, וכי בכך שסייעה לאחד מהם להסיר ממנה את מכנסיה, הביעה הסכמה. בית המשפט העליון אישר את החלטת בית המשפט המחוזי.

47. ת"פ (חיפה) 355/01 **מדינת ישראל נ' סלאח סעד** (טרם פורסם).

48. מקרה "קל" נוסף שבו סירב בית המשפט המחוזי לדון בהתנהגות המתלוננת היה מקרה של אינוס בידי זר ברחוב. בעניין **בוגצקי ולרי ת"פ (תל-אביב-יפו) 1118/01 מדינת ישראל נ' בוגצקי ולרי** (טרם פורסם) קראו שני הנאשמים למתלוננת מתחנת האוטובוס לנסוע אתם במונית. משסירבה, הם הציעו ללוותה לתחנת האוטובוס שאליה התכוונה לנסוע. במהלך ההליכה המשותפת הם שוחחו ואף עצרו בגנים ציבוריים. כשהגיעו לבית ספר ריק סירבה המתלוננת להיכנס אליו עם הנאשמים, אף שאיימו עליה. כשניסתה להימלט הם נשאו אותה בכוח אל תוך בית הספר, ולמרות בכיה אנסו אותה וביצעו בה מעשי סדום. בית המשפט סירב להתייחס לטענות ההגנה כי הסכמתה של המתלוננת להלך עם הנאשמים ולשבת אתם בגנים הציבוריים שוללת את טענת היעדר הסכמתה.

49. תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1210/01 **מדינת ישראל נ' ג'ורג' בן** (טרם פורסם).

50. ע"פ 8523/99 **יורי דורוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 837.

במדינת ישראל נ' אלמוני⁵¹ הורשע הנאשם באינוס גרושתו ובתם הקטינה, לאחר מסכת ארוכה של אלימות והתעללות, ובמדינת ישראל נ' פלוני⁵² הורשע הנאשם באינוס אכזרי ואלים של אישתו, אשר ממנה סירב להתגרש. הנאשם כלא אותה בדירתם, הצמיד סכין לגרונה ואיים לרצוח אותה ולהתאבד. לאחר מכן הפשיט אותה, קשר את ידה מאחורי גבה שלא תוכל להתנגד, וניסה להחדיר את איבר מינו ואצבעותיו לאיבר מינה. גם בשני המקרים הללו סירבו בתי המשפט לבחון בשבע עיניים את התנהגותן של המתלוננות, והתמקדו במעשיהם של הנאשמים.

טלעת וחיד⁵³ בילה ערב עם המתלוננת ביחד עם חברים נוספים, הבטיח להביאה לתחנת מוניות, כדי שתוכל להגיע הביתה, אך הביאה במקום זאת אל דירתו, וניסה לתנות עמה אהבים. המתלוננת דחתה אותו ואף דחפה אותו עד שנפל, ופרצה בכי מחרדה כאשר הסיר את חגורת מכנסיו. כשניסתה להימלט, הוא הוציא סכין ואיים עליה להשתמש בו, ואז חדר אל גופה בידו ובאיבר מינו. למרות טענות ההגנה כי המתלוננת התקשרה ביוזמתה אל הנאשם ביום שקדם לאירוע, כי עלתה לדירתו ללא כל כפייה, כי התקשרה מדירתו בטלפון הסלולרי אל חברתה ולא אמרה לה מאומה, בית המשפט המחוזי קבע כי מתלוננת אינה חייבת להוכיח מאבק ככל יכולתה, וכי כל פרטי התנהגותה הללו אינם פוגמים במהימנות עדותה.

המתלוננת בעניין מדינת ישראל נ' פלוני⁵⁴ נערה דתית, הייתה חברתו של הנאשם, ואף שנהג להכותה, עזבה את בית הוריה ועברה להתגורר עמו בבית הוריו. מספר ימים לאחר שעברה המתלוננת לביתו, ניסה הנאשם לשכנעה לקיים עמו יחסי מין, וכשסירבה ועמדה על רצונה לקיים יחסי מין רק לאחר החתונה, השכיבה בכוח על המיטה, הפשיטה תוך שהיא צועקת ובוכה וחדר אל תוכה. בחודשים הבאים, שבהם המשיכה להתגורר בביתו, הנאשם השתלט על המתלוננת, הגביל את מגעיה עם העולם, נטל ממנה את מכשיר הפלאפון שלה, וקינא לה באלימות. הוא איים כי אם תעזבהו ירצח אותה. בית המשפט המחוזי קיבל את גרסתה ללא סייג, ומתוך הבנה למצוקתה הנפשית העמוקה, ולמצב הפוסט-טראומטי שבו הייתה שרויה, סירב להתמקד בכך שלא ברחה ולא התלוננה.

מתוך פרטי המקרים המתוארים עולה כי אף שבתי המשפט מוכנים להתעלם מפרטי התנהגותן של מתלוננות העוסקות בזנות, אשר מתלוננות נגד בני זוג נשואים וחברים לחיים, ואשר עולות עם גברים זרים אל דירותיהם בלילה, מדובר במקרים שבהם הופעלה אלימות קשה, ברורה ומובהקת או הושמע איום חמור, והנשים התנגדו ככל יכולתן או לפחות בכו והתחננו על נפשותיהן. היעדר ההתייחסות השיפוטי לרכיב היעדר ההסכמה קשור, אם כן, בהתמקדות ברכיב האחר של שימוש הנאשם בכוח (ובהתנגדותה של המתלוננת).

51. ת"פ (חיפה) 167/01 מדינת ישראל נ' אלמוני (טרם פורסם).

52. תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1096/01 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם).

53. תפ"ח 4080/98 מדינת ישראל נ' טלעת וחיד (טרם פורסם).

54. תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1154/01 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם).

לאחר תיקון 61 לחוק העונשין, השימוש בכוח שוב איננו רכיב מרכיבי היסוד העובדתי של עברת האינוס. בתי המשפט יוסיפו בוודאי להשתמש באלימות כראיה להיעדר הסכמה, אך מרכז הכובד אמור, על פי ציווי החוק, לעבור אל בחינת הסכמתה של האישה. בחינתם של פסקי דין שבהם התמקדו בתי המשפט ברכיב היעדר ההסכמה, ולא בשימוש בכוח, מציגה תמונה מעודדת פחות.

(ב) התמקדות בהתנהגות המתלוננת וזיכוי הנאשם

בעניין **מדינת ישראל נ' בן פיטר**⁵⁵ נדון מקרה שבו תייר נורבגי, אשר גר באוהל בעמק המצלבה בירושלים, נאשם כי אנס נערה (קטינה כמעט בת 18), לאחר שפגש בה כשטיילה עם כלבתה בגן סאקר. התייר הזמין את הנערה לאוהלו, ולאחר שיחה ממושכת הוא עיסה את גופה וחדר לתוכו, לטענתה ללא הסכמתה ובניגוד לרצונה המפורש. פסק הדין מתמקד כולו בהתנהגותה "התמוהה" של המתלוננת, שהסתקרנה ובאה לחוות באוהלו של הגבר הזר, ביקשה כי ישם קונדום כשראתה כי הוא עומד לחדור אל תוכה, הסכימה, לאחר המעשה, ללבוש את תחתוניו, מאחר ששלה היו מגואלים בדם (מחזור), ובבית המשפט לא הביעה פחד או זעם, אלא שליטה עצמית ואיפוק. חוסר יכולתו של בית המשפט למצוא בהתנהגותה של הנערה ראיה מכרעת להיעדר הסכמתה הוביל לזיכוי.

בעניין **מדינת ישראל נ' צדוק**,⁵⁶ זוכה הנאשם, עובד בכיר במשרד העבודה והרווחה, העוסק במסגרת תפקידו במתן שירות מקצועי כעובד סוציאלי בדרג הניהולי, מהאשמה באינוס בעקבות תלונה של פונה במצב נפשי רעוע, איתה קיים מגע מיני במיטתה, לטענתה – בניגוד לרצונה המפורש. בית המשפט מיעט להתייחס להתנהגות הנאשם, והרבה מאוד לנתח לעומק את אישיותה, אופיה, מצבה הנפשי, תסביכיה, צרכיה וילדותיותה של המתלוננת.

בעניין **ביטון נ' מדינת ישראל**⁵⁷ התמקד דווקא בית המשפט העליון, באריכות, בהיעדרם של גילויי היעדר הסכמה מספיקים של המתלוננת, נערה הסובלת מפיגור בינוני-קל, ולומדת בבית ספר מיוחד. היא פגשה את הנאשם ברחוב כאשר שוחח עם ידידה משותפת לשניהם, והוא הציע לה ללכת איתו לחורשה שבסביבת המקום. בחורשה ניסה לשכנעה לקיים עמו יחסי מין, וכשסירבה הוריד מרגלה האחת את המכנס והתחתון שלבשה, שכב עליה כשהיא על גבה והחל לחבק ולנשק אותה אף שהיא בקשה ממנו להפסיק. רק כאשר המערער החדיר "קצת" את איבר מינו לאיבר מינה פעמיים-שלוש והמתלוננת אמרה למערער "איי", ושהיא בתולה, הפסיק המערער ממעשהו וסיפק עצמו בדרך אחרת. לאחר ששקל שופט בית המשפט העליון, שלמה לוין, את כלל הנסיבות, הוא בא "לכלל מסקנה שמתעורר במקרה שלפנינו ספק אם לא נתקיים בשלבים הרלבנטיים של האירוע פער בין התבטאויותיה של המתלוננת לבין התנהגותה, ספק הגורר אחריו ספק נוסף לגבי מודעותו

55. תפ"ח (ירושלים) 4021/01 מדינת ישראל נ' אלכנסדר בן פיטר סולברג (טרם פורסם).

56. ת"פ (תל-אביב-יפו) 4124/98 מדינת ישראל נ' משה צדוק (טרם פורסם).

57. ע"פ 252/99 בנימין ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 88.

של המערער לכך שהמתלוננת לא הסכימה לקיים עימו יחסי מין.⁵⁸ השופט לוין הפך את החלטת בית המשפט המחוזי וזיכה את המערער.

לנוכח המקרים הללו, לא ייפלא כי בית המשפט התמקד בהתנהגות המתלוננת גם בעניין מדינת ישראל נ' פלוני,⁵⁹ שבו התלוננה אישה (רופאה) כי בן זוגה הנשוי חדר לתוך גופה שוב ושוב בניגוד לרצונה, אף אם ללא שימוש באלימות. באחד המקרים, המתלוננת שכבה במיטתה למנוחת צהריים לפני שובה לבית החולים. אישה נכנס למיטה, כשהוא לבוש חלוק רחצה והחל ללטף את גופה. לא הועילו לה דבריה כי היא עייפה, ואין לה עניין באותה עת ביחסי מין. הנאשם הוריד את תחתוניה, גררה לקצה המיטה וחדר לגופה בניגוד לרצונה. בית המשפט לא ניתח את האירועים המתוארים, אלא את התנהגות המתלוננת לפני האירועים המתוארים ואחריהם. כך, למשל, בית המשפט ייחס משקל רב לעובדה כי המתלוננת לא ניגשה למשטרה מיד לאחר האירוע המתואר, אלא הלכה לעבודה כרגיל. בן זוגה זוכה.

(ג) הרשעה באיננום לאחר דיון בהתנהגות המתלוננת

במספר גדול של מקרים הורשע הנאשם באיננוס, אך רק לאחר שבית המשפט הקדיש דיון ארוך ומפורט להתנהגותה של המתלוננת לפני האירוע, במהלכו ולאחריו. כך בעניין אבוטבול,⁶⁰ שבו גהר צלם על דוגמנית, שהייתה בעבר חברתו, ואשר באה אל דירתו לשם צילומים, החדיר לאיבר מינה ידית עץ של כף בישול, מרח על גופה ועל איבר מינה שמן לטיגון וחדר לתוכה בניגוד לרצונה.⁶¹ כך גם בפרשה דומה, בע"פ זריאן,⁶² שבה צילם צלם אופנה עולה חדשה, ובפגישתם השלישית חדר לתוך גופה שלא בהסכמתה. גם בעניין מדינת ישראל נ' פרי⁶³ הורשע נאשם שפגש צעירה בחברת מיודעים, לקח אותה לחצר בית ספר סמוך, וחדר לתוך גופה בעוד היא מגלה התנגדות ושורטת אותו. עם זאת בית המשפט האריך לדון בפרטי התנהגותה של המתלוננת לאחר המעשה: כאשר גילתה שהרתה, יצרה המתלוננת קשר עם הנאשם בתקווה שיישא באחריות למעשיו, ישלם בעבור ההפלה ויגלה רגש כלשהו של צער וחרטה על מעשהו. כאשר נפגשו הוא שב ואנסה, ובית המשפט הביע את הדעה שאת האיננוס השני יכלה לחסוך לעצמה אלמלא התנהגותה התמוהה והבלתי-מובנת.

58. שם, בעמ' 95-96.

59. ת"פ (תל-אביב-יפו) 5035/99 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם).

60. דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1; ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485.

61. בית המשפט העליון הרבה לתהות מדוע לא עובה המתלוננת את הדירה לפני שהתקלחה והסירה מעליה את השמן שמרחה עליה הנאשם. ראו עמדתו השונה של השופט חשין שם, בעמ' 520. המערער, שהורשע במחוזי, זוכה בסיבוב הראשון בבית המשפט העליון, אך הורשע בדיון הנוסף.

62. ע"פ 2439/93 זריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 265.

63. ת"פ (תל-אביב-יפו) 1129/00 מדינת ישראל נ' פרי (טרם פורסם).

בעניין פלוני נ' מדינת ישראל⁶⁴ דן בית המשפט המחוזי באריכות בהתנהגותה המתירנית וה"פרועה" של נערה אשר השתעבדה לעבריין מבוגר ממנה מאוד, אשר השתלט על חייה, עבר לגור בבית הוריה, סיפק לה סמים, איים עליה ונהג בה באלימות. עם זאת הנאשם הורשע. השופטת דורית בייניש, אשר כתבה את החלטת הרוב בערעורו של המורשע, קבעה כי אין במקרה זה מקום לבחון את התנהגותה המינית של המתלוננת, אלא רק את עצם האירועים הנדונים, שבהם חדר הגבר לגופה לאחר שביקשה ממנו שלא לעשות כן והביעה את רצונה להיפרד. השופט קדמי לעומתה, בדעת מיעוט, סבר אחרת, והאריך בבדיקת התנהגות המתלוננת. חילוקי דעות דומים בין השופטת בייניש ובין אחד משופטי בית המשפט העליון הגברים, התגלעו בעניין אזולאי נ' מדינת ישראל.⁶⁵ המדובר בפגישה בין נערה בת 14 (שהציגה עצמה כבת 16), חוסה במעון לנערות, ובין גבר בן 34 (שהציג עצמו כבן 22). לפני הפגישה הבהירה המתלוננת למערער כי היא מעוניינת בקשר רציני ולא בסטוץ, ולשאלתה הוא השיב כי זו גם כוונתו. לאחר בילוי בפאב, שבמהלכו סירבה הנערה לאפשר לגבר לנשקה, היא נכנעה ואפשרה לו לנשקה, ואז הוא

משך אותה לבניין שנראה לה חשוך ומוזנח, והפשיטה מכל בגדיה. המתלוננת אמרה 'מה אתה עושה, לא, לא, לא', אולם המערער המשיך בשליו, השכיבה על הרצפה וקיים עמה יחסי מין, בעוד היא, לדבריה, 'נאטמה' והיתה 'לאבן'. משסיים המערער, התלבשו השניים, ולשאלת המערער, השיבה המתלוננת כי היא בסדר. המתלוננת שבה למעון במונית, לאחר שסירבה להצעת המערער לשוב לביתו של חברו, ולניסיונותיו לנשקה. היא חשה, לדבריה, 'מגעילה', התקלחה ופרצה בבכי.⁶⁶

השופטת בייניש, בדעת הרוב, דחתה את הערעור, סירבה להתמקד בפרטי התנהגותה של המתלוננת, וקבעה כי "לא ניתן להסיק [מן העובדה כי היא הניחה למערער לנשקה ברחוב – א"ק] כי מיד לאחר מכן הסכימה גם להיסחב על-ידי המערער לבניין נושט, ולקיים שם עמו יחסי מין. אמירת הלאו המפורשת למערער בשלב שבו החל להפשיטה, העידה באופן ברור על אי הסכמתה".⁶⁷ השופט אנגלרד כתב אף הוא חוות דעת התומכת בגישה זו. השופט מצא, בדעת מיעוט, סבר כי התנהגותה של המתלוננת בשעה שמלמלה "לא לא לא" לא העידה באופן ברור די הצורך על היעדר הסכמתה להיחדר על ידי המערער. בעניין מדינת ישראל נ' פלוני,⁶⁸ הורשע הנאשם באינוס חוזר ומתמשך של חברתו במשך תקופה ארוכה, אף שהיא לא ניתקה עמו את הקשר והמשיכה להיפגש עמו ולאפשר

64. ע"פ 5739/96 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 721.

65. ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873.

66. שם, בעמ' 911.

67. שם, בעמ' 898.

68. ת"פ (באר-שבע) 518/96 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם).

לו לאנוס אותה שוב ושוב. בית המשפט המחוזי בבאר שבע, אשר בהן את התנהגותה של המתלוננת במשך כל התקופה הנדונה, גילה רגישות והבנה עמוקה למצבה הקשה וקבע כי:

על מנת להבין את התנהגות המתלוננת, יש להבחין בין הפרספקטיבה שלה במהלך תקופת אירועי האנוס בהם היתה מכונסת בתוך עצמה כבתוך בועה מתוך תחושה של השפלה, כאב, סבל ובדידות, ואי יכולת לספר לאיש, ובין התקופות בהם החלו להתגלות סדקים באותה תחושה, ובמיוחד בתקופה שלאחר גילוי היומנים על ידי אחותה של המתלוננת והגשת התלונה למשטרה. את התנהגותה ניתן להבין בין השאר על רקע מחקרים המתייחסים להתנהגות של נאנסת שהיתה בקשרי חברות קודמים עם האנס (date rape) תוך הימנעות מהכללות בעניין זה, והתמקדות בנסיבות המיוחדות של המקרה כפי שהן עולות מחומר הראיות.⁶⁹

עם זאת בהתחשב בתיאור מעשי האינוס שעליהם הוגשה התלונה, קשה להבין מדוע היה כלל צורך לבחון את התנהגות המתלוננת במשך התקופה הנדונה ולבחון את סבירותה, במקום להתמקד במעשי הנאשם עצמו. באישום הראשון נטען כי הנאשם כלא את המתלוננת בביתה, קשר אותה למיטה, קרע את בגדיה, פיסק את רגליה וחדר אל תוכה. באישום השני נטען כי במספר רב של אירועים הוביל את המתלוננת למקומות שונים וחדר אל תוכה שלא בהסכמתה עקב שימוש בכוח וגרימת סבל גופני, תוך התעללות בה, אימים (שיש ברשותו אקדה ושיפיץ תמונות משפילות שלה), הטרדה טלפונית וביקורים ביחידתה הצבאית. באישום השלישי נטען כי הנאשם דרש מן המתלוננת להתלוות אליו לנסיעה ברכבו, ומסירבה משך אותה בשערה, גרר אותה ואיים עליה בסכין לעלות לרכב ולנסוע עמו, הוביל אותה לבית מגוריו וחדר אל תוכה.

אילן בהן⁷⁰ הורשע באינוסה של בחורה אשר הגיעה לדירתו ושוכנעה על ידי הנאשם וחבריו לשתות יין ולבלוע כדורי אקסטזי. כשהייתה מטושטשת וחסרת אונים, הנאשם הבטיח לה שאין לה מה לדאוג, ואז חדר לגופה ופצע אותה למרות בכיה וצעקותיה. בית המשפט מצא לנכון לדון באורח חייה הקליל של הנאנסת, בהיותה "פתיה" ואוהבת בילויים, אך הרשיע את הנאשם למרות כל אלה. בעניינו של **ארנולד שוורץ⁷¹** הרשיע בית המשפט גבר שקיים מגע מיני ממושך עם צעירה שפגש בקניון, בחברת ידידים, והזמינה, ביחד עם הידידים, אל דירתו לשם שתייה ובילוי. העובדות, כפי שקבען בית המשפט המחוזי על סמך עדות המתלוננת, היו כי המתלוננת ואחד מידידיה נכנסו לחדר השינה ושהו שם ביחידות. בצאתם מן החדר, הלכה המתלוננת לשירותים ובצאתה מהם דחפו אותה הנאשם וגבר נוסף

69. שם, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ב' אזולאי.

70. בת"פ (באר-שבע) 934/99 מדינת ישראל נ' בהן, פ"ד נט(1) 721.

71. ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 769.

לעבר הדר השינה. הם סגרו את הדלת ודרשו כי תקיים עמם יחסי מין. המתלוננת סירבה, ובין השלושה התפתחו חילופי דברים.

כעבור זמן קצר עזב הגבר האחר את החדר והשאיר את המתלוננת והנאשם לבדם בחדר. הנאשם דרש מן המתלוננת לקיים עמו יחסי מין ומשסירבה, איים עליה באופן מילולי ואף ניסה לסטור לה. המערער הכריח אותה למצוץ את איבר מינו. היא צייתה לו מרוב פחד ועשתה את מבוקשו. בהמשך הוא הורה לה לשכב על השולחן, הוא רכן עליה וחדר אל תוכה. לאחר מכן, נשכב הנאשם על גבו במיטה והורה למתלוננת לרכון מעליו. הם קיימו יחסי מין בתנוחה זו משך זמן רב יחסית, במהלכו יצא הנאשם מן החדר למספר דקות ומשחזר לחדר המשיכו בקיום יחסי המין בתנוחה זו עד שהגיע לסיפוקו. בעזבו את החדר, נכנס שוב הגבר האחר, שביקש אף הוא לקיים יחסי מין עם המתלוננת, אך משסירבה, הוא הסתפק בביצוע מעשה מגונה בכך שמישש את חזה והגיע לסיפוק עצמי. בערעור בבית המשפט העליון האריכה השופטת שטרסברג כהן בתיאור פרטי הפרטים של התנהגותה של הצעירה, וסברה, בדעת מייעוט, כי פרטים רבים מדי בתיאור ההתנהגות תמוהים מכדי לקבוע כי הוכח היעדר הסכמתה להדירה על ידי הנאשם / המערער.

3. רכיב היעדר ההסכמה – אי־מציאת היעדר הסכמה גם כאשר אין הסכמה

"Consent" is supposed to be the crucial line between rape and intercourse, but the legal standard for it is so passive so acquiescent, that a woman can be dead and have consented under it.⁷²

סוגיה קרובה מאוד, ובמידת מה חופפת את סוגיית ההתמקדות במתלוננת, היא הסוגיה של אי־מציאת היעדר הסכמה גם במקרים שבהם קשה לראות בסיס לקיומה של הסכמה. נושא זה טופל, בשנת 1995, על ידי ציפורה האפטמן.⁷³ האופטמן מציגה שלושה פסקי דין שבהם לא מצא בית המשפט העליון היעדר הסכמה במקומות שבהם, לטענתה של האופטמן, "המרחק בין הסכמה זו [שיוחסה למתלוננת – א"ק] ובין 'הסכמה מדעת' כמוהו כמרחק בין מזרח ומערב".⁷⁴

כך, בע"פ ליבוביץ,⁷⁵ בשנת 1974, בית המשפט העליון קבע כי אף שהמתלוננת הייתה נתונה במצב של אובדן חושים עקב עישון חשיש ובליעת כדורים, לא ניתן לקבוע מעל לכל ספק סביר כי דרגת חוסר ההכרה שלה או חוסר היכולת הממשית להתנגד הייתה כזו שניתן להסיק ממנה היעדר הסכמה להיחדר על ידי שישה גברים בזה אחר זה. בע"פ

72. MacKinnon (לעיל, הערה 1) בעמ' 150.

73. האופטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 216-220.

74. שם, בעמ' 217.

75. ע"פ 536/74 ליבוביץ' ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 350.

בוגנים⁷⁶ נקבע כי אישה (בת 17) ש"התמסרה מתוך חולשה" לגבר "שהייתה תחת השפעתו" (עבריין, מבוגר ממנה, שכיבה סיגריות על גופה והיא פחדה ממנו) – איננה בבחינת מי שלא הסכימה להיחדר על ידיה. בע"פ אדרי,⁷⁷ התעוררה נערה בלילה, בבקתה על חוף הים, ומצאה גבר השוכב עליה, חוסם את פיה בידו וחודר אל תוכה. התדהמה, הבלבול והכוח שהפעיל עליה מנעו ממנה (לדבריה) מלהגיב, עד אשר בא על סיפוקו, והיא יצאה בוכייה ונסערת. הנאשם הורשע בערכאה הראשונה, אך זוכה בבית המשפט העליון בהיעדר הוכחה מעל לכל ספק סביר כי המתלוננת אכן לא הסכימה,

שהרי "השיג את מטרתו בלא מאמץ פיזי מיוחד..." כדברי השופט ויתקון. ואם לא נזקק הנאשם למאמץ פיזי מיוחד, משמע – לא היתה התנגדות שעליה נדרש הגבר להתגבר; ואם לא היתה התנגדות – משמע האישה נכנעה ודי בכך כדי להכניס את המעשה אל גדר המותר, לשיטתו של השופט.⁷⁸

דוגמה מובהקת נוספת היא פסק דינו של השופט לינדנשטראוס בבית המשפט המחוזי של חיפה בפרשת שמרת.⁷⁹ במקום להתמקד בהתנהגותם של הנאשמים, בית המשפט המחוזי העמיק והאריך בבדיקת כל פרט בהתנהגותה של המתלוננת לפני האירועים הנדונים, במהלכם ולאחריהם. במקום לראות חבורה של נערים המשפילים נערה צעירה מהם באכזריות קרת רוח, גוררים אותה ממקום למקום, מאיימים עליה ומשתמשים בה כבבובת גומי (כפי שראו שופטי בית המשפט העליון), ראה בית המשפט המחוזי נערה מתירנית, כמהה לתשומת לב ואהבה, לא אסרטיבית, נגררת, חוששת לשמה הטוב ולא מסוגלת לעמוד על שלה מול חבורת נערים, שהתנהגותה לא קוהרנטית ובלתי-רציונלית. כיוון שכך, בית המשפט לא מצא כי היעדר הסכמתה הוכח מעל לכל ספק סביר. פסקי הדין שהוצגו למעלה, בעניינם של אלכסנדר בן פיטר, משה צדוק, בנימין ביטון ופלוגי, שהם מן העשור האחרון, ממשיכים קו שיפוטי זה.

ג. חלק שני: הבעייתיות הכרוכה ביסוד הנפשי של עברת האינוס וטענת הטעות של הנאשם באינוס

1. הגדרת הסוגיה

החשש השני שמעורר הנוסח החדש של עברת האינוס הישראלית נובע מאופן טיפולו של המשפט הישראלי בסוגיית מודעות הנאשם לאי-הסכמתה של המתלוננת לחדירה המינית הנדונה.

76. ע"פ 277/76 בוגנים נ' מדינת ישראל פ"ד לא (1) 561.

77. ע"פ 478/79 אדרי נ' מדינת ישראל פ"ד לד (2) 524.

78. האופטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 218. לניתוח ביקורתי של פסק הדין, לרבות יחסו למתלוננת ולסוגיית טעותו של הנאשם, ראו ליבנת (לעיל, הערה 22) בעמ' 228-229.

79. להצגה תמציתית של עובדות מקרה שומרת ופסיקתו של בית המשפט המחוזי, שם, בעמ' 200-199.

ככל שרכיב ההסכמה מרכזי יותר בהגדרת העברה – כך חשובה יותר עמדתה של מערכת המשפט ביחס למודעותו של הנאשם להיעדר הסכמתה של המתלוננת. כאשר רכיב היעדר ההסכמה הוא הרכיב הבלעדי (מלבד עצם החדירה) – מודעות הנאשם הופכת לסוגיה הקריטית. במילים אחרות, כשעברת האיננוס עומדת על אי-הסכמת המתלוננת לחדירה המינית הנדונה, נאשמים רבים באיננוס יעלו שתי טענות משפטיות; האחת היא כי יש לפחות ספק סביר בגרסת התביעה, אשר לפיה המתלוננת לא הסכימה לחדירה המינית; השנייה היא כי הנאשם לא היה מודע לאי-הסכמתה של המתלוננת, או כי טעה לחשוב כי היא מסכימה. טענת ההגנה הראשונה תוביל להתמקדות שיפוטית בהתנהגותה של המתלוננת, כמתואר למעלה. טענת ההגנה השנייה תמקד את הדיון ביסוד הנפשי של הנאשם במקום בהתנהגותו, כפי שיפורט להלן.⁸⁰

כאשר היעדר הסכמת המתלוננת הוא הרכיב המרכזי של עברת האיננוס, גישתה של שיטת המשפט כלפי מודעות הנאשם לאי-הסכמת המתלוננת, כלומר הגדרת היסוד הנפשי של עברת האיננוס, תכריע, במידה רבה, את אופיים של רבים מן ההליכים המשפטיים. בשיטת משפט שבה עברת האיננוס מטילה אחריות קפידה (לפחות לגבי רכיב היעדר הסכמת האישה), סוגיה זו אינה רלבנטית כלל.⁸¹ בין שהנאשם ידע ובין שלא ידע, בין שטעה לחשוב כי הייתה הסכמה ובין שלא טעה, בין שטעה טעות סבירה ובין שטעה טעות בלתי-סבירה – בית המשפט לא יתייחס לסוגיה זו כלל, ויתמקד אך ורק בהתנהגותו של הנאשם (האם ביצע חדירה) ובהסכמתה של המתלוננת (האם הסכימה או לא).

בשיטת משפט שבה עברת האיננוס היא עברת רשלנות, השאלה הרלבנטית, לפי המבחנים המקובלים, היא אם יכול היה "האדם הסביר", ואם היה עליו לדעת כי המתלוננת לא הסכימה לחדירה המינית. בשיטת משפט כזו, נאשם המעלה טענת הגנה של טעות בעובדה לגבי היעדר הסכמת המתלוננת, טענתו תיבחן לאור השאלה אם הייתה טעותו כנה וסבירה. רק כאשר קבע בית המשפט כי הנאשם אכן טעה, וכי טעותו הייתה סבירה, כלומר, שגם "האדם הסביר" בנעליו עלול היה לטעות כמוהו, תעמוד לנאשם הגנה של אי-התקיימות דרישות היסוד הנפשי של העברה.

80. טענת ההגנה הנוספת היחידה היא כי הקשר המיני כלל לא התקיים.

81. במשפט הישראלי לא מקובל לדבר על כך שכל חלק מחלקי עברה כלשהי יכול להכיל דרישה חקוקה ליסוד נפשי שונה, ואולם גישה הגיונית זו היא שאימץ ה-Model Penal Code. לניתוח שיטתי ומבאר, עם דוגמאות רבות, ראו: Paul Robinson, *Criminal Law*, 207-277 (Aspen, 1997). אם אכן בוחר המשפט הישראלי בתפיסה אשר לפיה יש להחיל על כל רכיב מרכיביה העובדתיים של העברה יסוד נפשי כלשהו, יש לאמץ את הגישה האמריקנית הנוכרת, על פיה המחוקק הוא שיקבע מהי הדרישה הנפשית לגבי כל רכיב ורכיב. מובן כי קיימים כללי default, המונעים את הצורך בקביעה חקוקה טרחנית לגבי כל רכיב בכל עברה, ומביאים לידי כך שהמחוקק אומר את דברו לגבי רכיבים מסוימים במקומות המעוררים מחלוקת או אי-הבנה. (לביקורת על החלת יסוד נפשי על כל מרכיב של היסוד העובדתי, ראו: Anthony Duff, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, (Blackwell, 1990), 169

בשיטת משפט שבה עברת האינוס היא עברה של מחשבה פלילית, טענת ההגנה של הנאשם תיגור מהגדרתה המדויקת של המחשבה הפלילית הנדרשת מן הנאשם ביחס להיעדר הסכמתה של המתלוננת.

כך, בשיטת משפט שבה המחשבה הפלילית הנדרשת מן הנאשם ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת היא חוסר אכפתיות (recklessness),⁸² אזי כדי שיישא באחריות פלילית לאינוס, די כי הוא לא חשב כלל על אודות הסכמתה או אי-הסכמתה, כיוון שהסכמתה כלל לא עניינה אותו.

בשיטת משפט שבה המחשבה הפלילית הנדרשת מן הנאשם ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת היא מודעות בפועל, די בטענת הגנה של אי-ידיעה בפועל, או בטענת טעות כנה כדי לזכות נאשם מן ההרשעה בעברה. כלומר, אם הנאשם לא חשב כלל על אודות הסכמת המתלוננת להדירתו המינית אל גופה (כיוון שלא איכפת היה לו אם היא מסכימה או לא), או אם טעה טעות בלתי-סבירה בעליל לגבי הסכמתה להיחדר על ידיו, ניתן לזכותו מעברת האינוס. רק נאשם שהוכח לגביו מעל לכל ספק סביר כי ידע בפועל שהמתלוננת נעדרת הסכמה להיחדר על ידיו מינית, יורשע בביצוע אינוס.

בשיטת משפט שבה היסוד הנפשי של מודעות מסתפק ב"עצימת עיניים", יורשע גם נאשם שהוכח מעל לכל ספק סביר שחשד (בפועל, אקטיבית) שהמתלוננת אינה מסכימה, אך סירב לדעת, ולכן בחר, באופן מודע ורצוני, שלא לבדוק אם היא מסכימה ולכן גם לא לדעת.⁸³

82. אינני משתמשת בביטוי העברי הנכון "פזיזות", ששימש בהקשר זה במשפט הישראלי עד שנת 1994, שכן "פזיזות" מוגדרת היום בחוק העונשין הישראלי, בסעיף 19, כמתייחסת אך ורק לרכיב התוצאה בעברות תוצאה, ולכן לא לרכיב כמו היעדר הסכמתה של המתלוננת, המוגדר כנסיבה. הגדרה חקוקה זו היא בעייתית מאוד, כפי שהראו כותבים קודמים בסוגיה זו, כפי שטוענים שופטי בית המשפט העליון וכפי שיוסבר בהמשך. ניקוס מושג הפזיזות על ידי החוק לשם הבעת השקפת עולם של הוגה אחד (ותלמידיו), אשר מביע דעה חריגה שאינה מקובלת על מרבית הכותבים בתחום – כמו גם על מרבית השופטים, מקשה מאוד על אפשרות קיומו של דיון בסוגיה זו. לדיון בפזיזות במשפט הישראלי ראו עדי אור, **אשמה, פזיזות ורשלנות במשפט הפלילי** (הוצאת פרלשטיין גינוסר, 1999).

83. ניתן לחשוב גם על שיטת משפט המקלה עוד יותר עם הנאשם ומקשה עוד יותר על התביעה באמצעות דרישה כי הנאשם לא רק היה מודע להיעדר ההסכמה, אלא גם קיווה או רצה שהמתלוננת תחוש נאנסת ומושפלת, כלומר התכוון לבצע אונס ולא סתם הדירה לגוף אישה. עברה כזו אפשרית בהחלט במסגרת עולם המושגים של ה-Model Penal Code, אשר קובע כי כאשר היסוד הנפשי "כוונה" מוחל על נסיבות העברה, משמעות הדבר היא כי התביעה נדרשת להוכיח כי הנאשם מודע לנסיבות הללו, מאמין בקיומן או מקווה כי הן מתקיימות. ראו סעיף 2.02 (2)a: "A person acts purposely with respect to a material element of an offense when ... if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes of hopes that they exist"

כפי שיפורט להלן, במשפט המקובל המסורתי, עברת האינוס הייתה, בפועל, עברה של אחריות מוחלטת או קפידה.⁸⁴ זהו עדיין המצב ברבות ממדינות ארצות הברית. באחרות ממדינות ארצות הברית, כמו גם בניו זילנד ואוסטרליה, היסוד הנפשי הנדרש כיום להרשעה בעברת האינוס הוא רשלנות. באנגליה, מאז שנת 1976 חדלה עברת האינוס להיות עברת אחריות קפידה, והפכה לעברת מחשבה פלילית, שבה די כי הנאשם גילה חוסר אכפתיות (recklessness) כלפי היעדר הסכמתה של המתלוננת כדי לבסס אחריות פלילית. זהו גם היסוד הנפשי הנדרש היום בקנדה. במשפט הישראלי, עברת האינוס מצריכה מחשבה פלילית, שמשמעה מודעות בפועל או חשד בפועל ("עצימת עיניים") של הנאשם כי המתלוננת אינה מסכימה למגע המיני.

2. היסוד הנפשי של עברת האינוס במשפט המקובל

עברת האינוס של המשפט המקובל הייתה מאז ומעולם, ובמקומות רבים עודנה גם כיום, עברה שאינה מכילה לא דרישת מחשבה פלילית ולא דרישת רשלנות, כלומר, זוהי עברה ללא דרישה של יסוד נפשי כלשהו. בשונה ממרבית העבירות של המשפט המקובל, הכלל הרחב, על פיו כל עברה מכילה יסוד נפשי כלשהו, לא הוחל על עברת האינוס. כל יסודותיה של עברת האינוס של המשפט המקובל צמחו והתפתחו אפוא במסגרת התפיסה כי מודעותו של הנאשם להיעדר הסכמת המתלוננת אינה רלבנטית לשאלת אחריותו הפלילית ואיננה נבחנת על ידי בית המשפט. היעדר הסכמתה (שהיה "בניגוד לרצונה") של המתלוננת נבחן במושגים עובדתיים, אובייקטיביים בלבד, ושאלת מודעותו של הנאשם להיעדר ההסכמה לא עלתה לדיון משפטי. הדרישה האובייקטיבית להתנגדות פיזית מרבית של המתלוננת שימשה, בעצם, כתחליף לבחינת מודעותו של הנאשם. בניסוחו של דרסלר (Joshua Dressler) (מן הכותבים המרכזיים על אודות משפט פלילי בארצות הברית:

Before rape law reform, the issue of mens rea rarely arose in rape trials. As a practical matter, the actus reus proved the mens rea.⁸⁵

במשפט הישראלי, פרופ' פלר קבע כי לא ניתן לקוות או לרצות בהתקיימותן של נסיבות. את קביעתו זו הכניס אל תוך חוק העונשין הישראלי. במשפט הפלילי הישראלי, לכן, הבניית עברת האינוס כעברת כוונה הייתה מחייבת הגדרתה כעברת תוצאה, ולא כעברת התנהגות, כפי שהיא מוגדרת היום.

⁸⁴ בהיעדר כל התייחסות לשאלת היסוד הנפשי, יהיה זה אנכרוניסטי לנסות להכריע אם נכון יותר לתאר את האחריות שהוטלה בפועל על ידי בתי המשפט של המשפט המקובל כמוחלטת או כקפידה. תודה לחאלד גאנם שהעיר את תשומת לבי לנקודה זו.

⁸⁵ Joshua Dressler, "Where We Have Been and Where We Might Be Going: Some Cautionary Reflections on Rape Law Reform", 46 *Cleveland State Law Review*, (1998) Dressler, 409, p 430, אשר מצביע על הקשרים שבהם, לשיטתו, יש להעמיק את הרפורמות המשפטיות ולהרחיבן, מדגיש את ההקשרים שבהם הוא סבור כי הרפורמות עלולות להוביל

רק בשנת 1976, בפרשת Morgan⁸⁶ נדונה, לראשונה בתולדות המשפט המקובל, השאלה אם נאשם באיננו יכול להעלות טענת הגנה של טעות ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת.⁸⁷ רק בעקבות הלכת Morgan, הידועה לשמצה, הוחלה באנגליה דרישת המחשבה הפלילית על עברת האיננו, וליתר דיוק – על סוגיית היעדר הסכמתה של המתלוננת.⁸⁸ עברת איננו האנגלית, כפי שנחקקה בשנת 1976, לא דרשה מודעות בפועל או חשד בפועל ("עצם עיניים") של הנאשם כי המתלוננת לא הסכימה לחדירה. היסוד הנפשי שנדרש מן הנאשם ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת היה recklessness, שמשמעו פזיזות.⁸⁹ כלומר, כדי לבסס

לשינוי בלתי רצוי של דיני האיננו. אשר ליסוד הנפשי של העברה, הוא מאמין כי דווקא במשפט המקובל המסורתי, כאשר היסוד הנפשי של הנאשם כלל לא עלה לדיון, העיסוק ביסוד העובדתי הבטיח, בפועל, שנאשם יורשע רק כאשר העובדות העידו כי חייב היה להבין את אשר הוא עושה. Dressler חושש כי דווקא בעקבות הרפורמות עלול היסוד הנפשי של עברת האיננו להישחק, וזכויות הנאשם יפגעו.

⁸⁶. *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, A. C. 182, 2 All E. L. R. 913 (1976).

⁸⁷. "Indeed, there was no known English authority on this question. *Morgan* appears to have been the first case in which the issue was raised in this country" (לעיל, הערה 26), בעמ' 78.

⁸⁸. הלכת *Morgan* נקבעה בפסק דינם של שלושה גברים, אשר נענו להזמנתו של גבר לבצע מעשי מין אלימים ברעייתו, בטענה כי היא אוהבת מין אלים ואוהבת להיאבק. השלושה, בעידודו של ה"בעל", גררו את האישה מהחדר שבו שהתה עם בנה, ואנסו אותה באכזריות למרות ועקותיה ותחינותיה. טענת ההגנה שלהם הייתה כי טעו לגבי אי-הסכמתה של הנאנסת, ובית הלורדים קבע כי אכן על התביעה להוכיח מעל לכל ספק סביר היעדרה של טעות כזו. יצוין כי השלושה בכל זאת הורשעו, כיוון שבית הלורדים לא השתכנע, לגופו של עניין, כי השלושה אכן טעו, כטענתם. הלכה חדשה זו נתקלה בהתנגדות ציבורית עזה, ומרבית חברי הפרלמנט דרשו להפוך אותה בחקיקה. מגמה זו סוכלה על ידי הקמת ועדה מקצועית, שתפקידה היה לבחון את הסוגיה, ובראשה הועמד נשיא בית הלורדים, Lord Hailsham, אשר כתב את ההחלטה השיפוטית השנויה במחלוקת. כך נחקקה הלכת *Morgan* ב-Sex Offences Act, 1976 והייתה לחוק חרות באנגליה. II Temkin (לעיל, הערה 26), דיון מפורט בעמ' 79. ביקורת תמציתית של גישה זו קובעת כי:

"[R]ape law affirmatively rewards men with acquittals for not comprehending women's point of view on sexual encounters".

Mackinnon (לעיל, הערה 1), בעמ' 182.

⁸⁹. הניסוח שהוכנס אל תוך החוק האנגלי בעקבות פרשת *Morgan* קובע כי:

"For the purpose of section 1 of the Sexual Offences Act, 1956 ... a

man commits rape if:

(A) He has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it, and;

אחריות פלילית די היה כי הנאשם היה אדיש וגילה חוסר אכפתיות בעניין היעדר הסכמתה של המתלוננת, או כי חשש במעורפל כי ייתכן שאינה מסכימה (ואולי אף קיווה שלא כך הדבר), או שקיווה והאמין שהסכמתה תתפתח במהלך האירוע (כי כך רצה להאמין). זהו אכן הפירוש שהעניקו בתי המשפט האנגלים ללשון החוק.⁹⁰

(B) At the time he knows that she does not consent to the intercourse or he is reckless to whether she consents to it." (Sexual Offences (Amendment) Act 1976, (1976 c. 82).

אגב, אפילו בהלכת Morgan עצמה, שעוררה סערה ציבורית כה עזה, דיברו הלורדים על פיוזות, כלומר אדישות בעניין היעדר הסכמת הנאנסת, ולא על מודעות. כך, השופט Lord Haisham אומר כי היסוד הנפשי של עברת האינסוס היה מאז ומעולם כוונה לבצע את החדירה האסורה, או "the equivalent intention of having intercourse willy – nilly not caring whether the victim consents or not". לדיון ולאסמכתאות ראו גרוס (לעיל, הערה 22), בעמ' 341, והערה 35, שם. יצוין כי "כוונה" (intention) כאן משמעה מודעות ורצון של הנאשם לבצע את עצם החדירה. בשונה משיטתו הסדורה של פרופ' פלר, שהיא כיום החוק החרות במדינת ישראל, במשפט המקובל "כוונה" (intent) לא יוחדה באורח בלעדי לרכיב התוצאה של היסוד העובדתי, אלא חלה, במשמעויות מגוונות לפי העניין, גם על רכיבי ההתנהגות והנסיבות. וכך המצב במרבית חלקי המשפט המקובל אף היום.

90. "Section 1(1) of the Sexual Offences Act 1956 provides that rape can be committed either intentionally or recklessly. Recklessness is now interpreted by the courts in accordance with the 78 Cr decision in Satnam and Kewal ((1984) 78 Cr App R 149). A man is reckless where he could not care less whether a woman is consenting or not. [...] It could embrace the defendant who has simply failed to think about the matter because he could not care less." ראו Temkin I (לעיל, הערה 26), בעמ' 189.

זאת ועוד, החוק האנגלי משנת 1976 קבע ספציפית ובמפורש לגבי עברת האינסוס כי לצורך קביעת כנותה של טענת טעות חייבים המושבעים (כלומר בית המשפט) להשתמש במבחן הסבירות כראיה. כלומר כאשר נאשם טען כי טעה טעות כנה בדבר אי-הסכמתה של המתלוננת, בית המשפט נדרש להכריע בסוגיית כנותה של הנאשם מתוך בחינת סבירותה של טעותו ביחד עם גורמים ראיתיים נוספים. ככל שבית המשפט סבר כי האדם הסביר בנעליו של הנאשם היה טועה – כך גדל הסיכוי שבית המשפט, המחויב להתייחס לנקודה זו, יקבע כי הנאשם אכן טעה, וההפך. הוראה זו הומינה את בית המשפט, ולמעשה חייבה אותו, להכניס את שאלת סבירותה של הטעות אל תוך הדיון בשאלת כנותה, ולהחיל בפועל מבחן כלאיים, המשלב יסודות של מחשבה פלילית עם יסודות של רשלנות. (לשון הסעיף הייתה: "It is hereby declared that if at a trial for a rape the jury has to consider whether a man believed that a woman was consenting to sexual intercourse, the presence or absence of reasonable grounds for such a belief is a matter to which the jury is to have regard, in conjunction with any other relevant matters, in considering whether he so believed" (Sexual Offences (Amendment) Act 1976, (1976 c. 82)

אך המשפט האנגלי לא השלים עם הגדרת האינוס כעברה של מחשבה פלילית. הסוגיה המשיכה להעסיק ולהטריד את הפסיקה וועדות ממלכתיות ואת האקדמיה המשפטית באנגליה. בשנת 1990 הציע פילוסוף אנגלי של המשפט, דף (Anthony Duff), רציונל לוגי סדור לתפיסת האינוס כעברת רשלנות, רציונל אשר העמיד את האשם על יחסו של הנאשם אל החברה וערכיה. לשיטתו,

The essence of the crime of rape is that it constitutes a serious attack on a woman's sexual interests and integrity: the fault element in rape should, therefore, consist of a serious disregard or disrespect for her sexual interests and integrity.⁹¹

לגבי מקרה שבו טוען הנאשם לטעות שבעובדה, אף שטעות זו היא בלתי-סבירה, הציע דף:

But how could he fail to notice, or misinterpret so radically, the clear evidence of her lack of consent? The answer must surely be that his failure to realize even that she might not consent itself manifests the kind of disregard for her rights and interests which constitutes the fault element in rape. ... This argument shows that any man who commits the actus reus of rape (any man who persists with intercourse with a woman whose lack of consent is 'objectively demonstrated') should be convicted of rape unless he acted on a firm and reasonable belief that she consented; an unreasonable belief in her consent cannot rebut the charge that he was reckless as to her consent. To see the justice of this claim, we must recognize that what makes a belief on consent "reasonable" or "unreasonable" is not just its factual plausibility as an observer's belief, but its moral propriety as an agent's belief.⁹²

עמדתו של דף התקבלה על ידי בתי המשפט באנגליה, אשר הלכו והרחיבו את עברת האינוס מעברה של מחשבה פלילית לעברה של רשלנות.⁹³ ולבסוף, בשנת 2003, אימץ

91. ראו Duff (לעיל, הערה 81).

92. שם, בעמ' 170.

93. להצגה ודיון מפורטים בשיטתו של Duff, ולהתקבלותה של גישה זו בבתי המשפט באנגליה ראו קנאי (לעיל, הערה 22) בעמ' 165 ואילך. קנאי טוענת בעמ' 154 כי "ההסבר של דאף

הפרלמנט את עמדת מערכת המשפט, ובדבר חקיקה אמיץ, מהפכני ומרשים, קבע את עברת האינוס כעברת רשלנות.

המהפכה בדיני התקיפה המינית של המשפט האנגלי מכילה נקודות חשובות רבות הראויות להתייחסות מעמיקה נפרדת.⁹⁴ לענייננו המצומצם ברשימה זו, הנקודה הרלבנטית ביותר היא הקביעה כי רק טעות כנה וסבירה יכולה לשמש כהגנה לנאשם הטוען כי לא ידע שהמתלוננת איננה מסכימה להיחדר על ידיו. זוהי לשון הסעיף החדש המגדיר את עברת האינוס במשפט האנגלי:

1. Rape.

1) A person (A) commits an offense [of rape] if –

(One) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,

אינו טוב למצב המשפטי בארץ", שכן הוא מניח דרישת התנגדות אקטיבית של האישה, ששוב אינה נדרשת במשפט הישראלי. ואולם התנגדות זו אינה נדרשת עוד גם במשפט האנגלי, שבמסגרתו כותב Duff. אעיר שתי נקודות לעניין זה. ראשית, גישתו של Duff משקפת את המובן מאליו של המשפט המקובל (שהזכרתי למעלה) כי התנגדות המתלוננת היא תחליף לדרישת מודעות הנאשם להיעדר הסכמתה. שנית, גם לאחר ביטול דרישת ההתנגדות באנגליה לא נעלם מרכיב זה מן התודעה והחשיבה המשפטית, ואף אצל כותב כ-Duff. מצב עניינים זה מגבה את טענותיי בהמשך רשימה זו כי לא ניתן להפריד את רכיב היעדר ההסכמה משאר מרכיביה של עברת האינוס של המשפט המקובל המסורתי. קנאי עצמה מציעה רציונל לא פחות קוסם ומשכנע מזה של Duff: ההנמקה הפשוטה ביותר לדרישת הסבירות בטעות לגבי הסכמת האישה לקיום יחסי מין היא מתן הגנה טובה יותר לציבור. הסתפקות בטעות כנה היא מסוכנת כי תביא לזיכויים של אנשים, שקיימו יחסי מין עם אישה בעל כורחה. הדוגמא הקיצונית, שמביא הנשיא שמגר בעניין שומרת, היא האנס הפסיכופט, אשר הוא בעל אחריות פלילית, אך האמין שהאישה הסכימה בנסיבות, שבהן אדם סביר לא היה חושב כך. [...] הדרישה לאשמה סובייקטיבית של הנאשם תביא להסתפקות בטעות כנה, אך הצורך להגן על החברה ידרוש שהטעות תהיה גם סבירה. לכך ניתן להוסיף גם שבדרך כלל, הדרישה שהנאשם יודא שהאישה אכן מסכימה, היא דרישה קלה ביותר, שהרי הם נמצאים יחדיו, ומה יותר קל מלשאול אותה לרצונה, ולקבל את תשובתה כפי שנאמרה. יש לזכור כי כנגד דרישה נוספת זו מהנאשם עומדת הסכנה של פגיעה קשה באוטונומיה של האישה, והאיוון בין שני הצדדים מורה, שראוי לדרוש מהנאשם לברר אם האישה מסכימה". קנאי (לעיל, הערה 22), בעמ' 152.

94. כאשר נכתבה רשימה זו, בינואר 2003, דבר החקיקה החדש טרם בא לעולם. נוסחו הגיע לידי רק שנה מאוחר יותר, בפברואר 2004, בשלבי עריכה אחרונים של הרשימה לקראת פרסום. אילו נכתב המאמר לאחר החקיקה החדשה, הייתי בוודאי מאריכה בדיון בנקודות מסוימות ולא באחרות, ואולם כיוון שהדברים התגלגלו כפי שהתגלגלו דומה כי אצטרך לטפל בחוק האנגלי החדש במקום אחר.

- (Two) the penetration is sexual,
 (Three)(B) does not consent to the penetration, and
 (Four) (A) does not reasonably believe that (B) consents.
 2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether (B) consents. ...
 3) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.
 74. Consent.
 For the purpose of this part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.
 78. Sexual.
 For the purpose of this Part ..., penetration, touching or any other activity is sexual if a reasonable person would consider that —
 (a) whatever its circumstances or any person's purpose in relation to it, it is because of its nature sexual,
 (b) because of its nature it may be sexual and because of its circumstances or the purpose of any person in relation to it (or both) it is sexual.⁹⁵

משמעות הדבר היא, כמובן, כי לגבי היעדר הסכמת המתלוננת מוחל על הנאשם קריטריון הרשלנות: אם הטעות, אשר לה הוא טוען ביהם להיעדר ההסכמה, לא הייתה סבירה – הוא יורשע בדין. (יצוין כי לפני תיקון 39 לחוק העונשין הישראלי, בתי המשפט נטו לקבל גישה זו, ולהחיל את ההגדרה הכללית של "טעות" כ"כנה וסבירה" גם על עברת האינוס. תיקון 39, ביטל במכוון אפשרות זו, ומנע מבתי המשפט לדרוש כי טעות אשר לה טוען נאשם תהיה סבירה ולא רק כנה.)

בארצות הברית מעולם לא התקבלה הגישה האנגלית משנת 1976, שזכתה לקיתונות של ביקורת הן מבית והן בשאר ארצות המשפט המקובל.⁹⁶ חלק מן המדינות האמריקניות דבקו בגישה המסורתית של אחריות קפידה, וחלק החילו על עברת האינוס את היסוד הנפשי של

⁹⁵ Sexual Offences Act 2003 (2003 c. 42) Part 1.

⁹⁶ "The decision of the House of Lords in Morgan met with widespread public disapproval. It was hailed as the "rapist's charter". In the Commons, Mr. Jack Ashley M. P. was given leave by an overwhelming majority of the House of Commons (228 votes to 17) to introduce a Bill which would have imposed a requirement of reasonableness where a mistaken belief in consent was alleged". ראו: Temkin II (לעיל, הערה 26), בעמ' 79.

רשלנות (בעקבות הלכת *Mayberry* שנפסקה במדינת קליפורניה בשנת 1975).⁹⁷ המשפט האמריקני, אם כן, חסך לעצמו כמעט שלושים שנות ניסיון לא צליחה, שבהן התנסה המשפט האנגלי, להגדיר את עברת האינוס כעברת מחשבה פלילית. לאחרונה (בשנת 2003), בספר הוראה המסכם את המשפט הפלילי האמריקני, ניסח *Wayne R. LaFave* את הדברים באופן תמציתי, בהיר וקולע, ולכן אביא מדבריו באריכות:

It has been aptly noted that "[i]n defining the crime of rape, most American courts have omitted mens rea altogether". Just as the common law crime of rape was a general intent crime, courts typically give this characterization as well to statutes which, however named, encompass what is commonly known as the offense of rape. Although the term general intent is used in various ways in the criminal law, in the present context, what resort to this characterization usually means is that there exists no issue in the prosecution of the crime of rape regarding defendant's perception of the requisite attendant circumstances (e. g., whether or not the woman had given consent). Thus, courts explain that this general intent is sufficiently evident

97. פרשת *People v. Mayberry*, לעיל הערה 37. הלכה זו קובעת את הרשלנות כיסוד הנפשי הנדרש בעניין אי-הסכמת האישה למעשה המיני:

"If a defendant entertains a reasonable and bona fide belief that a prosecutrix voluntarily consented to accompany him and to engage in sexual intercourse, it is apparent he does not possess the wrongful intent that is a prerequisite ... to a conviction of ... rape by means of force or threat".

מעניין כי כמו בעניין *Morgan* באנגליה, דומה שעובדות המקרה אינן מעוררות את המחשבה כי הנאשם לא היה מודע להיעדר רצונה של האישה. קשה, לכן, להבין מדוע דווקא בפרשה זו, כמו בעניין *Morgan*, בחרו בתי המשפט לסטות ממסורת של מאות שנים ולקבוע כי יש מקום לבחון את היסוד הנפשי של הנאשם. להצגה מפורטת יותר של המצב המשפטי בארצות הברית והפניות לפסיקה ראו: *LaFave* (לעיל, הערה 14), בעמ' 758-762. לדיון ראו למשל: *Schulhofer* (לעיל, הערה 15).

בכתבה האקדמית הישראלית מצאתי הערה במאמרה של האופטמן (לעיל, הערה 6) המצביעה על כך ש"בארצות הברית ... ניתנו בעשור האחרון מספר פסקי דין, שבהם מצהיר בית המשפט כי שתיקת המחוקק ביחס לסוגיה [של היסוד הנפשי של הנאשם באינוס – א"ק] היא הנותנת כי אין כל צורך בהוכחת מחשבה פלילית לגיבוש ההרשעה" (שם, בעמ' 205, בהערה 52). ואולם הערה זו לא משכה משום מה תשומת לב כלשהי.

“by the doing of the acts constituting the offense”, that the prosecution need only “prove that the defendant voluntarily committed an act of sexual intercourse”, that the defendant has the requisite general intent if he “intended to place his penis in the victim’s vagina”, and that consequently whether the defendant “thought the victim consented is irrelevant”. ... In other jurisdictions, courts have reached essentially the same result without resorting to a general intent characterization, often with such sweeping pronouncements as that the applicable statute “imports no culpable state of mind”, that “[c]onviction of rape is possible without proof of any mental state”, or that the “element of force negates any possible mistake as to consent”. ... On the particular question of whether the defendant’s mistaken belief that the woman had consented should ever have a bearing on guilt or innocence, two other positions are to be found — each represented by a rather well known case: (i) that such belief bars conviction unless negligently held; and (ii) that such belief bars conviction unless recklessly held. The first American case to adopt the former position as a settled principle of law was *People v. Mayberry* (1975), ... The second case, a contemporary of *Mayberry*, is an English case, the decision by the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Morgan* (1975). ... *Morgan* ... rejected a *Mayberry*-style objective negligence test in favor of a subjective test interpreted to mean “that recklessness regarding consent is the mens rea required to support a rape conviction”, a position thereafter taken by a few American courts, and codified in England’s Sex Offences Act of 1976, with a proviso that the presence or absence of reasonable grounds for the belief has evidentiary significance.⁹⁸

בניו זילנד ומדינות אוסטרליה אומצה תחילה הגישה האנגלית של הלכת *Morgan* (אשר דורשת פזיונות ביחס להיעדר ההסכמה), אך היא נזנחה ברבות מהן (בשנת 1985) לטובת גישה הדומה לזו האמריקנית של הלכת *Mayberry*, אשר מגדירה את האינוס כעברת רשלנות.⁹⁹

⁹⁸ Wayne R. LaFare, *Principles of Criminal Law*, (Thomson West, 2003), 633-634.

⁹⁹ Temkin I (לעיל, הערה 26), בעמ' 189. מראי המקום לחקיקה הניו זילנדית והאוסטרלית מופיעים בעמודים אלו, בהערות שוליים 47.

בקנדה, מאז שנת 1992, נאשם אינו יכול לטעון כי טעה לחשוב כי המתלוננת הסכימה לחדירה אם יחסו הנפשי לסוגיה זו היה של פזיזות או עצימת עיניים (recklessness or willful blindness), או אם לא נקט בפעולות סבירות, בנסיבות העניין, כדי לוודא כי המתלוננת אכן הסכימה לחדירה.¹⁰⁰ זוהי קונסטרוקציה משפטית מקורית ומעניינת, המשלבת יסודות של פזיזות (המובחנת במפורש מעצימת עיניים) עם יסודות של רשלנות בהקשר הספציפי של טעות הנאשם ביחס להסכמת המתלוננת.¹⁰¹ בשנת 2003 הלך סוף כל סוף המשפט האנגלי בעקבות ניו זילנד ומדינות אוסטרליה המוזכרות, וזנח את דרישת המחשבה הפלילית בדרגת פזיזות ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת.

הוויכוחים אם ראוי כי עברת האינוס תישאר עברת אחריות קפידה, או שמא ראוי יותר כי תכיל דרישת יסוד נפשי כלשהו (רשלנות או מודעות) ממשיכים להתנהל ברבות מארצות המשפט המקובל.¹⁰²

3. היסוד הנפשי של עבירת האינוס במשפט הישראלי

המשפט הישראלי, מראשית דרכו, הניח כמובן מאליו כי עברת האינוס הנה עברה של מחשבה פלילית. סוגיית היסוד הנפשי של עברת האינוס מעולם לא הועלתה על סדר היום הציבורי, ורק קומץ של משפטנים אקדמיים ושופטים התייחסו אליה במאמרים ופסקי דין.¹⁰³

100. את נוסח הסעיף במלואו ראו בהערה 209.

101. בשנת 2002, לפני תיקון החוק האנגלי של שנת 2003, Temkin מסכמת נקודה זו כדלקמן:

Although the decision in *DPP v. Morgan* still applies in England and Wales, it now holds only limited sway in the rest of the common law world. Whilst it has been followed in four states of Australia, namely, Australian Capital Territory, New South Wales, South Australia, and Victoria, it has been rejected in New Zealand, which requires that belief in consent be reasonable, and this is also the position of the Code jurisdictions of Australia, namely, Queensland, Western Australia, The Northern Territories, and Tasmania. Canadian law has placed strict restrictions on its use. American law has no track with it at all. In most American states a mistaken belief in consent is no defence, but in those states where it is a defence, the mistake invariably has to be both honest and reasonable.

Temkin I (לעיל, הערה 26), בעמ' 127.

102. Temkin I (לעיל, הערה 26), בעמ' 634-636.

103. גרוס (לעיל, הערה 22), בעמ' 340, מנסח זאת בפשטות: "אין חולק כי עבירת האינוס היא עבירה של מחשבה פלילית". ואכן אין חולק. התייחסויותיהם של משפטנים אקדמיים נוספים מובאות בהמשך. בארצות אחרות (קנדה היא דוגמה טובה), ארגוני נשים הפכו את הסוגיה לנושא חברתי פוליטי חשוב.

במילים אחרות: המשפט הישראלי החיל על עברת האינזום, בלאחר יד, את הכלל הרחב של המשפט המקובל אשר לפיו כל עברה מכילה יסוד נפשי כלשהו (אלא אם מפורש בה אחרת), וזאת אף שבאותה עת כלל זה לא הוחל על עברה זו במשפט המקובל עצמו.

כאמור למעלה, יסודות עברת האינזום של המשפט המקובל, שאומצו על ידי המשפט הישראלי, צמחו במסגרת תפיסת אינזום שאינה מכילה דרישת יסוד נפשי כלשהו. המשפט הישראלי (בראשית הדרך) אימץ יסודות אלה מבלי לשנותם, וכיוון שהשמיט את מעמדה החריג של עברת האינזום במשפט המקובל בהקשר של דרישת יסוד נפשי, יצא שהמשפט הישראלי הוסיף עליהם את דרישת המחשבה הפלילית ללא דיון כלשהו באפשרויות השונות ובמשמעויותיהן. בכך הקל המשפט הישראלי מאוד עם הנאשם והקשה את הוכחת עברת האינזום בלא דיון, מחשבה או הצדקה כלשהם.¹⁰⁴

קשה להבין מניין נשאבה גישה זו, שלא נהגה במשפט המקובל המסורתי, לא באנגליה, ולא בארצות הברית. קשה גם להבין כיצד לא הועלתה נקודה זו על סדר היום המשפטי והציבורי על ידי האקדמיה המשפטית הפלילית. וההפך הוא הנכון. שני בכירי המשפטנים האקדמיים הפליליים הם נושאי הדגל, מזה עשרות שנים, של המאבק נגד דיון משפטי כלשהו בסוגיה.

שופטי בית המשפט העליון, אשר באו במגע עם מקרים ממשיים של אינזום, הרבו, בעיקר בהערות אגב, להתלבט בשאלות מה היסוד הנפשי שיש להחיל על היעדר הסכמת המתלוננת, ואם ראוי להחיל את מבחן הסבירות על טעותו של נאשם לגבי אי-הסכמת המתלוננת (כלומר האם על טעות נטענת כזו להיות גם סבירה ולא רק כנה). במילים אחרות, רבים משופטי בית המשפט העליון חשו כי אין זה מתקבל על הדעת להחיל דרישת יסוד נפשי של מודעות ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת, או ביחס לטענת טעות של הנאשם, וקבעו כי יש להוריד את רף הדרישה בכיוון של רשלנות לפחות לגבי נסיבה זו.¹⁰⁵ תגובת האקדמיה המשפטית הייתה מהירה ותקיפה: פרופ' ש"ז פלר יצא חוצץ נגד המגמה המסתמנת בבית המשפט העליון, והטיל את כל כובד משקלו על הכף במאמר שכותרתו "אינזום מתוך רשלנות על סמך הערת אגב".¹⁰⁶ פלר קרא לעזרתו את המשפט הגרמני, האוסטרי, הצרפתי והשווייצרי כדי לתקף את טענתו כי דרישת המודעות בעברת האינזום, לרבות בעניין היעדר ההסכמה, היא מחויבת המציאות, מובנת מאליה, ועמדה משפטית

104. בשנת 1948, כאשר המשפט הישראלי אימץ את הפרשנות הנוהגת באנגליה לעברות הדין הפלילי, באנגליה לא נבחן היסוד הנפשי של אדם הנאשם באונס. על המשפט הישראלי היה לקלוט עמדה משפטית זו, ואז לדון בגלוי וביסודיות, כראוי בדמוקרטיה, אם יש מקום לשנות מן המצב הנוהג באנגליה, ולהחיל על עברת האינזום דרישת יסוד נפשי כלשהי.

105. לדיון מפורט שבו מובאים רבים מדבריהם של שופטי בית המשפט העליון, ראו לעיל האופטמן, הערה 6, בעמ' 221-225. חלק מן השופטים מביעים את העמדה כי יש להחיל מבחן של פזיונות, כפי שנהוג באנגליה, ואחרים מצדידים בסטנדרט של רשלנות. חלקם מעלים שילובים מקוריים שונים. בנוסף, לדיון ומובאות מפקסי דין ראו גרוס (לעיל, הערה 22), בעמ' 339 ואילך, וקנאי (לעיל, הערה 22), בעמ' 150 ואילך, ובמקומות נוספים לאורך מאמרה.

106. פלר (לעיל, הערה 22).

בלעדית. הוא נמנע מכול וכול מלהתייחס למשפט המקובל, למשפט האנגלי ולמשפט האמריקני, כמו לא היו מעולם.¹⁰⁷

107. דומה כי הדברים מדברים בעדם, אך אפשר בכל זאת. המשפט הפילי הישראלי שייך לעולם המשפט המקובל. מושגיו, הנחותיו והגיונו הם אלה של המשפט המקובל. אין קשר או דמיון בין מושגיו, הנחותיו והגיונו ובין אלה של שיטות משפט קונטיננטליות, ולכן אין כל מקום להשוואה חלקית ומקומית של עברה אחת עם מקבילותיה בשיטות הקונטיננטליות. השוואה כזו היא בהכרח חלקית ומטעה, שכן אינה מביאה בחשבון את ההקשר הרחב שבתוכו מתקיימות העברות בשיטות השונות. ההבדלים בין השיטות האנגלו-אמריקניות ובין אלו הקונטיננטליות גדולים ומשמעותיים ויורדים לשורשו של עניין. כדי להמחיש טענה זו, די להזכיר כי במשפט הגרמני קבועים בעברת האינס עונשי מאסר חובה. בגין כפייה מינית באמצעות שימוש בכוח, איום או ניצול לרעה של השפעה, ואף בהיעדר חדירה, המשפט הגרמני קובע עונש מינימום של שנת מאסר (או חצי שנה עד חמש שנים בנסיבות קלות במיוחד); במקרים חמורים במיוחד, כלומר כאשר הנאשם מגיע לסיפוק מיני בתוך גוף הקורבן או עליו, כאשר המעשים משפילים במיוחד או כאשר הם נעשים בחבורה, עונש המאסר המינימלי הוא שנתיים. אם הנאשם נשא נשק, כלי מסוכן או כלי להכנת הקורבן, או אם הוא יוצר מצב של סכנה רצינית לבריאות הקורבן, עונש המאסר המינימלי הוא של שלוש שנים (או שנה עד עשר בנסיבות קלות במיוחד). עונש המאסר המינימלי הוא של חמש שנים אם הנאשם משתמש בכלי מסוכן, חובל בקורבן קשות או מעמידו בסכנת חיים (או, במקרים קלים במיוחד בקטגוריה זו – שנה עד עשר). כאשר פלר מתייחס ליסוד הנפשי של עברת האינס הגרמנית בלי להזכיר היבטים נוספים, הדברים יוצאים מהקשרם ויוצרים רושם מטעה. (ההתייחסות לחוק הגרמני מתבססת על תרגומו לאנגלית, משנת 2001). *The German Penal Code* (as amended as of December 19, 2001) (Stephen Thaman – translator, William S. Hein & Co. Inc, 2002) pp. 177-178.

באופן דומה, גם המשפט הצרפתי אמנם מגדיר אינס כחדירה מינית בנסיבות של אלימות, איום, כפייה או ניצול, ופוטור מאחריות פלילית נאשם אשר שכנע את בית המשפט כי טעה טעות כנה בעניין היעדר הסכמת הקורבן, אך הוא גם מטיל עונשי מאסר חמורים במידה משמעותית יותר מאלה הקבועים בחוק הישראלי. המאסר המרבי על אונס "רגיל" הוא חמש עשרה ועשר שנות מאסר, אך הענישה עולה לעשרים שנות מאסר במספר ניכר של נסיבות, לרבות כאשר פגיעותה של הקורבן גלויה לנאשם, כאשר הנאשם מנצל תפקיד של סמכות כלפי הקורבן, וכאשר הנאשם הגיע אל הקורבן באמצעות פרסומת של חברת תקשורת. הענישה המרבית עולה למאסר עולם כאשר הנאשם ביצע בקורבן מעשים "לא הומניים" או מעשי התעללות במהלך האינס, לפניו או אחריו. *Catherine Elliot, French Criminal Law* (William Publishing, 2001) pp. 177-178.

זאת ועוד: בהקשר המסוים של עברת האינס, השיטות הקונטיננטליות הן, ככלל, שמרניות הרבה יותר ומתקדמות הרבה פחות מאלה של המשפט המקובל – לרבות ישראל. מצב זה עולה בקנה אחד עם מעמדן המשפטי הכולל של נשים בחלק ניכר משיטות המשפט הקונטיננטליות,

בע"פ שבירור,¹⁰⁸ קראה השופטת בן פורת למחוקק "להבהיר ולהסדיר סוגיה חשובה זו" של היסוד הנפשי הנדרש מן הנאשם הטוען לטעות ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת.¹⁰⁹ רות קנאי, כאמור למעלה, הציעה רציונל מסבר את האוון מדוע טענת טעות כזו צריכה להיבחן בקנה מידה של רשלנות (כלומר סבירות).¹¹⁰ האופטמן, שאף היא נקטה עמדה ברורה בעד אימוץ סטנדרט הרשלנות בסוגיה זו, הפצירה בבית המשפט העליון עצמו ליטול אחריות ולהחיל את דרישת הסבירות על טעותו של נאשם הטוען להגנתו כי טעה בהבנת אי-הסכמתה של מתלוננת. היא טענה כי:

אימוץ הקריטריונים המקובלים לצורך הכרעה באשמתו של נאשם בעבירות אחרות גם על המטריה שלנו, יביא לידי מסקנה חד משמעית וברורה: גם האנס הבלתי סביר, כמו החוטף הבלתי סביר והרוצח הבלתי סביר, אינם זכאים להסתתר מאחורי חוסר סבירותם. המשפט הפלילי נועד לתחום את גבולות ההתנהגות הנורמטיבית, אשר צריכים לחול על הציבור כולו.¹¹¹

אף שמבחן הסבירות מסבר את האוון, אני עצמי אינני משוכנעת כי מבחן "האדם הסביר" מתאים לקביעת סטנדרט התנהגות ראוי בהקשר של עברות מין. יש המלינים כי "האדם הסביר", יציר כפי בית המשפט, הנו יצור אידילי ומרוחק מדי מן המציאות הנוהגת, וכי הוא מציב בפני הציבור סטנדרטים שאין הוא יכול לעמוד בהם.¹¹² החשש המטריד אותי יותר הוא כי "האדם הסביר" עלול לשקף, להעניק לגייטימציה משפטית ולהנציח גישות והתנהגויות שוביניסטיות נפוצות.¹¹³ מטעם זה אינני סבורה כי דמות בדיונית זו היא אופטימלית לפסיקה רפורמטורית, אשר מנסה לשנות ולשרש התנהגויות וערכים שהם

-
- שהוא נחות במידה משמעותית מזה של נשים בארצות המשפט המקובל. די להזכיר כי שוויץ העניקה לנשותיה את זכות ההצבעה רק לפני כשלושים שנים.
108. ע"פ 862/80 מדינת ישראל נ' שבירור, פ"ד ל"ה(2) 775.
109. שם, בעמ' 782.
110. קנאי (לעיל, הערה 22), בעמ' 152. גרוס, מציע אימוץ הגישה האנגלית של פזיזות בעניין נסיבת היעדר ההסכמה. ראו גרוס (לעיל, הערה 22), בעמ' 345.
111. האופטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 225.
112. לפירוט חשש זה ראו יורם שחר, "האדם הסביר והמשפט הפלילי", הפרקליט לט (תשנ"ב) 78.
113. דוגמה לחשש הוא פסק דין אוואלוס: דנ"פ 3371/98 אוואלוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 502; ע"פ 3071/92 אוואלוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573. לדיון בחשש זה ראו אורית קמיר, "איך הרגה הסבירות את האישה: חוס דמם של האדם הסביר והישראלית המצויה בדוקטרינת הקינטור בהלכת אוואלוס", פלילים ו (תשנ"ח) 137. כמו כן, ראו גם דיון ומובאות בעניין חשש זה אצל קנאי (לעיל, הערה 22), בעמ' 151, בהערת שוליים 27.

נפוצים – אך פסולים.¹¹⁴ עם זאת אין ספק כי מבין שתי האפשרויות, החלת סטנדרט של מחשבה פלילית או של רשלנות בעניין יחסו הנפשי של הנאשם ביחס להיעדר הסכמתה של המתלוננת, בוודאי עדיף סטנדרט הרשלנות אשר, כדבריה של האופטמן, מונע מ"אנשים בלתי סבירים" להסתתר מאחורי חוסר סבירותם.¹¹⁵

פרשת האינוס בשמרת העלתה את הסוגיה במלוא הריפותה, בשיח הציבורי והמשפטי כאחד. פסק הדין המחוזי¹¹⁶ הדגים באורח קיצוני כיצד בית המשפט יכול "לצלוב" מתלוננת, אף שהיא ילדה שנאנסה על ידי חבורה, באמצעות דיון משפטי בשאלה אם הסכימה למגע המיני או לא, ואם ביטאה את היעדר הסכמתה. עוד הדגים פסק הדין כיצד, אפילו במצב קיצוני של אינוס קבוצתי מתמשך, ניתן לפטור נאשמים באינוס מאחריות פלילית על ידי קבלת טענתם כי לא ידעו שהמתלוננת לא הסכימה.

דעת הציבור לא סבלה כי חבורה של נערים תשתמש מאחריות פלילית לאינוס קבוצתי מתמשך ואכזרי בילדה, בזכות הטענה כי לא ידעו, כלומר כי טענת טעות בלתי-סבירה בעליל תזכה את הנאשמים באינוס. שופטי בית המשפט העליון היו שותפים לרחשי לב הציבור, והרחיבו את הדיבור בסוגיה.

נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט מאיר שמגר, הקדיש לסוגיה דיון נרחב מאוד, לרבות סקירה של המשפט האנגלי, וקבע כי יש לקבל את גישתה של הפסיקה האנגלית, אשר לפיה בנסיבות מסוימות, שבהן כל אדם סביר היה מבין כי המתלוננת אינה מסכימה, לא תעמוד לנאשם טענת טעות כנה בעובדה.¹¹⁷ במילים אחרות: לשיטתו של שמגר, ההלכה האנגלית מחילה, למעשה, סטנדרט הדומה מאוד לרשלנות על טענת טעות של נאשם בדבר אי-ההסכמה, וזהו הסטנדרט הראוי גם בארץ.¹¹⁸ השופט גולדברג, שהקל מעט יותר עם

114. ראו הדיון במאמרי, אורית קמיר (לעיל, הערה 113).

115. בהמשך, ובסיום המאמר בפרט, אני מציעה תפיסה שונה, שאינה מחייבת בחירה בין מודעות, רשלנות או אחריות קפידה. כיוון שכך, אינני מצדדת ברשימה זו באף אחד מן היסודות הנפשיים המוגדרים כיום בחוק העונשין; אני מבקשת לייחס את מלוא הרצינות להצעה החלופית, ולעצם הטענה כי ניתן לחשוב אחרת, והערפה ברורה של אחת הגישות הקיימות הייתה הופכת את הצעתי החלופית למס שפתיים בלבד. עם זאת אדגיש כי אינני מסכימה עם עמדותיהם של פרופ' פלר וקרמניצר, אשר התקבלה על ידי המחוקק ושולבה בחוק העונשין, אשר לפיה הרשעה בעברת רשלנות דינה לכל היותר שלוש שנות מאסר. ובוודאי אין עמדת החוק רלבנטית לעברת האינוס. אילו הוגדרה עברת האינוס בישראל כעברת רשלנות (או אם תוגדר כך בעתיד) בוודאי אין לקבוע לה תקרה של שלוש שנות מאסר. מובן כי הגבלת הענישה על עברות רשלנות אינה כורח המציאות. כך, למשל, ה-Model Penal Code מטיל הגבלה כזו רק על עברות אחריות מוחלטת. ראו סעיף (2) 2.05.

116. ת"פ (חיפה) 290/90 מדינת ישראל נ' בארי (לא פורסם).

117. ראו לעיל הערה 11, בעמ' 316.

118. במקומות אחרים ניסוחו של שמגר קרוב יותר לעמדה כי די בחוסר אכפתיות (אדישות, פזיזות במובנה הרגיל) של נאשם ביחס להיעדר הסכמתה של מתלוננת כדי להטיל אחריות פלילית באינוס. ניסוחים אלה קרובים יותר לסטנדרט האנגלי של recklessness (פזיזות), אשר מחמיר

הנאשמים, קבע כי די במעין חשד של הנאשם בדבר היעדר הסכמתה של המתלוננת, כלומר, הוא הסתפק בפחות מעצימת עיניים אקטיבית.¹¹⁹ כל הדברים הללו אמנם נותרו בבחינת הערות אגב, שכן בית המשפט לא האמין לטענת הטעות של הנאשמים, ואולם יש בהם כדי להעיד על השקפות העולם של שופטי בית המשפט העליון. ואולם דבריהם של השופטים נתקלו בחומה בצורה של השקפתו המוצקה של הפרופ' פלר.¹²⁰

בשנת 1994 חוקקה הכנסת את תיקון מספר 39 לחוק העונשין, אשר הגדיר מחדש (בסעיף 19) את דרישת היסוד הנפשי של החוק הפלילי הישראלי. התיקון נוסח על ידי פרופ' פלר (ביחד עם פרופ' מרדכי קרמניצר) בצלמה ובדמותה של משנתו, וסתם את הגולל על ניסיונותיהם של שופטי בית המשפט העליון לפרש את היסוד הנפשי של עברת האינוס באופן שיאפשר לבתי המשפט להתמודד עם אישומים באינוס, ואשר הולם יותר את שאר שיטות המשפט הפליליות בעולם המשפט המקובל.¹²¹ בסעיף 19 החדש, שכותרתו "דרישת מחשבה פלילית", נקבע הכלל המוכר של המשפט המקובל, אשר לפיו "אדם מבצע עבירה רק אם עשה במחשבה פלילית", אלא אם כן נאמר במפורש אחרת.

מחשבה פלילית, מפרש וקובע הסעיף, משמעה "מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה". בעברות המועטות הכוללות דרישת תוצאה, סעיף 19 מחיל על אלמנט התוצאה, ועליו בלבד, דרישה נוספת של "כוונה" (כלומר מטרה לגרום את התוצאה), או "פזיזות" (שהיא, בשפתו של פלר, אדישות, כלומר שוויון נפש כלפי התוצאה, או קלות דעת: נטילת סיכון בלתי-סביר מתוך תקווה להצליח למנוע את התוצאה). לגבי מודעות הנאשם להתנהגותו ולנסיבות העברה, "רואים אדם שחשד

עם התביעה מעט יותר מסטנדרט הרשלנות-סבירות. בדבריו של שמגר, כמו במשפט האנגלי כיום, ההבדלים בין שתי גישות אלה כמעט בלתי ניתנים להמשגה (שם, מעמ' 350 ואילך).
119. למובאה ודיון בדבריו ראו קנאי (לעיל הערה 22), בעמ' 168-169, אשר טוענת בצדק כי דבריו לוקים ב"סתירה פנימית".

120. שם, בעמ' 173-171.

121. יצחק קוגלר, "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין", פלילים ה' (תשנ"ו) 149, בעמ' 152-155, 158. (קוגלר מציין בעמ' 155, כי אפילו Williams, שהוא הכותב היחיד בעולם המשפט המקובל אשר עליו נסמך פלר בהקשר זה, מכיר ב"חלל תודעתי" כפזיזות כלפי נסיבה. כלומר אפילו לשיטתו של וויליאמס, כאשר אדם לא נתן כלל דעתו אם אישה מסכימה או לא מסכימה להיחדר על ידיו, יש בכך כדי למלא את דרישת היסוד הנפשי וניתן להרשיעו באינוס. זוהי הגישה שרווחה בפסיקה באנגליה לפני התיקון משנת 2003. פלר וקרמניצר, כאמור, שוללים גישה זו מכול וכול. יצוין כי קוגלר כתב את מאמר הביקורת על ליקויי תיקון מספר 39 לחוק העונשין עוד טרם נשלמה מלאכת החקיקה (אם כי המאמר התפרסם רק לאחר השלמת החקיקה), כך שהמשמעויות הצפונות בתיקון לעברת האינוס לא יכלו להיעלם מעיני פלר וקרמניצר מבעוד מועד. קשה להניח, לעומת זאת, שחברי הכנסת היו מודעים לטיוטת הביקורת.

בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם".

במילים אחרות: במרבית העברות, לרבות עברות המין ולרבות עברת האינוס, נאשם יורשע רק אם הוכח מעל לכל ספק סביר כי היה מודע בפועל הן לטיב התנהגותו והן לקיום הנסיבות הרלבנטיות, או אם הוכח מעל לכל ספק סביר כי חשד בפועל שמא התנהגותו או הנסיבות הרלבנטיות מכוננות עברה, אך בחר להמנע מלברר זאת. כיוון שהיעדר הסכמת המתלוננת נתפס כנסיבה, משמעות הדבר היא כי נאשם באינוס יורשע רק אם הוכח מעל לכל ספק סביר כי ידע בפועל שהמתלוננת לא הסכימה, או כי הוא חשד בפועל שלא הסכימה, ובחר שלא לאמת את חשדו.

הגדרת המחשבה הפלילית של סעיף 19 לחוק העונשין הישראלי הביאה לידי כך שהמשפט הישראלי מקל עם הנאשם באינוס לאין שיעור יותר מאחיותיו, שיטות המשפט של אנגליה, ארצות הברית, קנדה, ניו זילנד ואוסטרליה.

מנסחי התיקון של החלק הכללי היו מודעים היטב להשלכותיו על עברת האינוס. כך, פרופ' קרמניצר קובע בסיפוק כי בנוסח החדש "סולקו מן השולחן רעיונות שונים שהועלו בפסק הדין בפרשת בארי [פרשת שמרת - א"ק], שתכליתם היא אובייקטיביוציה של המחשבה הפלילית. כיום אין עוד מקום לעצימת עיניים אובייקטיבית, אשר במסגרתה:

יבחנו העובדות האובייקטיביות... וזאת כדי לעמוד על השאלה אם לאור מערכת הנסיבות לא צריך היה לעלות בלבו של עושה המעשה חשד, שאין הסכמה חופשית. אם היה חשד או צריך היה לעלות חשד, והנאשם לא נתן דעתו על כך, צריכה להשלל טענת חוסר המודעות להיעדר קיומה של הסכמה [מתוך פסק הדין בפרשת שמרת - א"ק]. כך הוסר כל ספק בנוגע לאפשרות להרחיב את עצימת העיניים ולהחילה על מצב, שבו העושה לא הקדיש כל מחשבה לשאלה, האם הנסיבה מתקיימת, אם לאו, אם זו היתה כוונתו של השופט גולדברג בפסק דינו "חלל תודעתי" - א"ק].¹²²

בהתייחסו לניסיונותיהם של השופטים בפרשת שמרת לתקן את המעוות בדין הישראלי בהקשר של דרישת היסוד הנפשי של הנאשם באינוס ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת אומר קרמניצר את הדברים האלה:

אפשר שמדובר בניסיון להבטיח פתרון צודק למקרים חריגים, שספק אם הם בכלל מתקיימים. הנשיא (כתוארו אז) שמגר מעלה

122. מרדכי קרמניצר, "תיקון 39 לחוק העונשין - חמש שנים לחקיקתו", *מגמות בפלילים* (אלו לדרמן, המכון למשפט פלילי ע"ש פרופ ד"ר רפאל טאובנשלאג, תשס"א) 55, בעמ' 71-72.

בפסק דינו את החשש מנסיבות בהן "גברתן פסיכופט - שאינו חולה נפש ואינו מפגר - מאמין בכנות שהנאנסת מסכימה למגע המיני (יתכן על יסוד אמונתו שנשים לעולם אינן מסרבות לו או שאינן רשאיות לסרב לו...)". אלא שלחשש זה, כאמור, אין בסיס, כיוון שהסיכוי של המאצ'ו או של הפסיכופט להיות מזוכה הוא קלוש - כפי שהוסבר לעיל. גם אלמלא היה פתרון נאות למקרים כגון אלה, ייתכן, שבשל היותם חריגים אין לעוות מושכלות יסוד כדי להבטיח התמודדות נאותה איתם.¹²³

אין כל בסיס לקביעתו של קרמניצר כאילו לחששו של שמגר אין כל בסיס.¹²⁴ אין כל "עיוות של מושכלות יסוד" בניסיון להעמיד את היסוד הנפשי הנדרש ביחס להיעדר הסכמה על פזיזות או רשלנות - כמקובל ברבות מארצות המשפט המקובל האחרות. נכונותו של קרמניצר להפקיר מקרים ש"ספק אם הם בכלל מתקיימים", כמו פרשת שמרת, ולזכות

123. שם, בעמ' 72.

124. חיפשתי את "ההסבר לעיל" כדי לצטטו, אך לא מצאתיו. ייתכן כי הכוונה היא לפסקה זו, המופיעה בראשית המאמר, 15 עמודים קודם לקטע המצוטט: "האפשרות הנדירה לזיכוי מעבירת אינוס בשל טעות של העושה לעניין אי הסכמת הקורבן, כפי שהיה בפרשת Morgan, אינה מצדיקה שיבוש מושגי המחשבה הפלילית - כפי שהציעו השופטים שמגר וגולדברג בפרשת בארי [שמרת - במקור - א"ק]. ככלל, מי שסבור כי נתונה לו הסכמת בת זוגו לקיומה של בעילה, אינו נזקק להפעלת אלימות או אמצעי לחץ אחרים, ומי שהפעיל אמצעים כאלה - לא יישמע בטענה כי סבר שנתונה לו בעקבותיהם "הסכמה חופשית". חופשיות ההסכמה היא סוגיה משפטית, וטעות לגביה נכנסת בגדר טעות במצב משפטי, המתקיימת רק כשהיא בלתי נמנעת באורח סביר". אם אכן זהו "ההסבר לעיל", הרי שמן הראוי להאיר לגביו את הנקודות האלה: (א) אין כל שחר לקביעה הבלתי מבוססת כאילו האפשרות לזיכוי מעברת האינוס בשל טעות בעניין היעדר ההסכמה היא "נדירה". יתרה מזו, כיוון שרשויות התביעה מכירות את הגנת הטעות בעניין היעדר ההסכמה, הן ממעטות להגיש אישומים במקרים שבהם הן סבורות כי יתקשו להמציא ראיות "אובייקטיביות" מוצקות להפריך טענת הגנה כזו. כך יוצא שהגנת הטעות מהווה מסגרת בפני הגשת תביעות בגין אינוס. זאת למדתי בראיונות אישיים עם עובדות ומתנדבות במרכזים לסיוע לנפגעות תקיפה מינית. (ב) בפרשת Morgan לא הייתה טעות בעניין ההסכמה, שכן בית המשפט קבע שאיננו מאמין לגאשמים, כך שדווקא דוגמה זו אינה במקומה. (ג) דבריהם של שמגר וגולדברג אינם בבחינת "שיבוש מושגי המחשבה הפלילית", אלא אולי "שיבוש המחשבה הפלילית אליבא דפלר וקרמניצר". למעשה, כפי שהראיתי בפירוט, דבריהם של השופטים שמגר, גולדברג וחשין בפרשת שמרת קרובים הרבה יותר ל"מושגי המחשבה הפלילית" של שיטות המשפט הפלילי בעולם המשפט המקובל מדבריו של קרמניצר עצמו. (ד) הקביעה כאילו מובן מאליו שאלימות והסכמה חופשית מוציאות זו את זו, אין לה אחיזה לא במציאות החברתית ולא בזו המשפטית, ובוודאי לא ברמת לשון החוק הדווקנית. אפשר לקבוע חוקה כזו בלשון החוק, אך

את הנאשמים בתיקים כאלה רק כדי לא לקבוע דרישת יסוד נפשי כמקובל בשאר ארצות המשפט המקובל מדברת בעד עצמה.¹²⁵ למרות ניצחונם החקיקתי המובהק של פלר וקרמניצר על בית המשפט העליון בסוגיית היסוד הנפשי של נאשם באינוס ביחס להיעדר הסכמת המתלוננת, פלר לא הסתפק בניסוח סעיף 19 לחוק העונשין, אלא פרסם מאמר נוסף ("טעות במצב הדברים"),¹²⁶ ובו, על פני שלושים עמודים, הוא מוכיח את שופטי שמרת על דבריהם, ומוכיח באותות ובמופתים כיצד גישותיהם הן בלתי-אפשריות מבחינה לוגית, מבחינה מעשית ומכל בחינה אחרת. כך הוא קובע כי

קשה להעלות על הדעת גם את אפשרות התערבות המחוקק לשם יצירת עבירה של "אינוס ברשלנות" במטרה האמורה, ולו אף בשל אי היכולת להכניס היפותיזה כזאת להגדרה נורמטיבית, שלא תגלה, לא רק סתירה פנימית ניסוחית, אלא גם סתירה עם מהלך הטבעי של הדברים בחיי בני אנוש, ובודאי בשל כך.¹²⁷

ובסקום:

כידוע דבר זה טרם נעשה. (ה) הקביעה כאילו הטעות בעניין הסכמת המתלוננת היא "טעות במצב המשפטי" היא מופרכת, שכן גלוי וידוע שמרבית טענות הטעות בהקשר זה הן טענות של טעות בעובדה.

125. קרמניצר אינו מסתפק בכל אלה, ומוסיף וטוען כי "המציאות היא שבפועל אנשים אינם מכירים תמיד את הנורמות העונשיות, ועל כן אין מתעוררת אצלם בהכרח "נורה אדומה" עובר להתנהגותם הפלילית. טעותם בדין מניבה היעדר מודעות שלהם לנסיבה רלוונטית ושוללת, לכן, מחשבה פלילית. כך היה, ככל הנראה, בעניין פלונזי, שם הורשע הנאשם בביצוע עברת מעשה סדום באדם, שטרם מלאו לו 18 שנים, אף על פי שככל הנראה לא נתן דעתו כלל לגילה של המתלוננת. ההתעלמות מן הטעות בדין אינה יכולה, כשלעצמה, לייצר יש מאין מחשבה פלילית", קרמניצר (לעיל, הערה 122 בעמ' 72). במילים אחרות, כדי לאפשר זיכוי של מי שביצע מעשה סדום בילדה, קרמניצר מוכן להגמיש את אחת הנורמות המוצקות והאוניברסליות ביותר בעולם הדין הפלילי, ולפיה אי-ידיעת הדין הפלילי אינה פוטרת מאשם. טענתו של קרמניצר היא כזו: מי שאינו יודע שאסור לבצע מעשה סדום בקטינה, ולכן לא טרה, שעה שהוא חודר לתוך גופה, לשים לב שקטינה היא, אינו יכול להיחשב כמי שביצע מעשה שיש בו אשם. מלבד הבלבול המושגי בין טעות בעובדה וטעות בחוק, העמדה המובעת, לגופה, מרחיקת לכת בהגנה על נאשמים באינוס עוד הרבה מעבר לשיטתו של פלר, שגם לה אין אח ורע בשיטות המשפט המקובל המערביות, ואפילו לא אצל Glenville Williams.

126. פלר (לעיל, הערה 22).

127. שם, בעמ' 17.

ואם המדובר בעבירת־מין חדשה - נוספת על עבירת האינוס הקיימת - המתבטאת בקיום מגע מיני בהיעדר הסכמת האישה, כאשר רק היא יודעת על כך ולא גם הגבר, אלא שאדם מן היישוב יכול היה להעלות על הדעת כי, לפי נסיבות העניין, כאלה הם פני הדברים, היינו מעוניינים לראות כיצד ניתן להגדיר עבירה כזו, של "מעין-אינוס".¹²⁸

הפעם מזכיר פלר את המשפט האנגלי, אך רק את הלכת Morgan הנודעת לשמחה, אשר אותה הוא מהלל ומאמץ בחום;¹²⁹ עדיין אין זכר למשפט המקובל עד שנת 1976, ולא לשיטות המשפט של מדינות ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה או ניו זילנד. בהתייחסו לחוק האנגלי בעקבות הלכת Morgan, קובע פלר נחרצות, בניגוד גמור ומפורש ללשון החוק האנגלי ולפסיקה האנגלית, כי

בסעיף (1) (b) ל-1976 Sexual offences (Amendment) Act, מתייחסים לגבר שבעל אישה ללא הסכמתה, בהיותו מודע לכך, או בהיותו "reckless as to whether she consents to it". אין ספק כי המונח "reckless" שימש כאן במשמעות willfull blindness - עצימת עיניים; אמנם ביטוי זה שייך אף הוא לטרמינולוגיה של סוגיית היסוד הנפשי של העבירה, אבל כלל אינו ביטוי נרדף למושג "פזיזות" - recklessness כשלוחה של מחשבה פלילית בעבירה תוצאתית.¹³⁰

128. שם, בעמ' 21.

129. שם, בעמ' 10.

130. שם, בעמ' 24. פלר מסתמך על עמדותיו של G. William, אשר מזה שנים רבות מנהל מסע צלב אישי, באנגליה, נגד כל התקדמות בתפיסת האינוס, ובשנים האחרונות הוא שב ודורש כי "הגנת הבעל" תחוקק מחדש, כדי שאינוס על ידי בן זוג נשוי לא ייחשב אינוס. לדיון ומובאות ראו פוגץ' (לעיל, הערה 22), בעמ' 172, הערה מספר 84, וכן בעמ' 158, הערה מספר 26. מובן כי אין בסיס ואין שחר לפרשנות הבלשנית המוצעת על ידי פלר, וגם בתי המשפט האנגליים לא העלו כלל על דעתם לפרש reckless כ"עצימת עיניים". שהרי reckless משמעו כמובן פזיזות, שהוגדרה על ידי המשפט האנגלי כ"חוסר איכפתיות" (couldn't care less), ואילו עצימת עיניים היא כמובן willful blindness, ביטוי מובחן שמשמעותו מובחנת מ-reckless. באופן דומה מנסה פלר לרוקן מתוכן גם את הביטוי העברי "חלל תודעתי", ולטעון כי גם הוא זהה ל"עצימת עיניים" כפי שהגדירה בחוק העונשין, ולא כן הוא. שכן עצימת עיניים משמעה חשד אקטיבי בקיומה של עובדה בפועל וסירוב מודע לברר מתוך חשש שמא יתאמת החשד. חלל תודעתי משמעו שהאדם כלל לא נתן את הדעת על שאלת קיומה של העובדה הנדונה, לא חשד, לא בחר שלא לברר, ולא חשש לגלות את האמת. בנסיבות מסוימות "חלל תודעתי" יכול להיות קרוב מאוד ל-couldn't care less, כלומר לפזיזות במשמעותה המקורית.

למעשה, אין כל ספק כי המונח reckless שימש כאן בדיוק במשמעות של "פזיזות", שכן בעולם המשפט המקובל, recklessness, פזיזות, מתייחסת גם להתנהגות הנאשם וגם לנסיבות העברה, ולא, כפי שקבע פלר וחוקק בארץ, אל רכיב התוצאה בלבד. עוד אין כל ספק כי recklessness איננו עצימת עיניים, willful blindness, אלא יסוד נפשי פחות. כפי שהזכרתי למעלה, המשפט הקנדי אף קובע במפורש כי די בהתקיים אחד מן השניים: פזיזות או עצימת עיניים. אין כל ספק אפוא כי השניים הם שני מושגים נבדלים.¹³¹

דיונו זה של פלר מדגים במפורש את הנזקים הספציפיים שגורמת שיטתו, המעוגנת עתה בחוק. על פי שיטה זו, השאלות המשפטיות היחידות שניתן לשאול אודות יחסו הנפשי של הנאשם כלפי הסכמת המתלוננת הן האם היה מודע לה אם לאו (או אם חשד אקטיבית ובחר שלא לודא), או אם טעותו לגביה הייתה כנה. שיטה זו מונעת מן המשפט לראות חלקים חשובים מן ההתרחשות הנבחנת, שהם בעלי השלכות משמעותיות מאוד לגבי הבנת

131. ההבחנה המדויקת בין recklessness, פזיזות במובנה המקורי והנכון במסגרת המשפט המקובל, ובין willful blindness, עצימת עיניים, היא עדינה, וכדרכו של המשפט המקובל, אין היא מבוארת ומוגדרת די צורכה. עם זאת אין ספק כי קיים הבדל בין השניים, אשר מתבטא במידת החשד של הנאשם בוודאות התקיימותו של האלמנט העובדתי הנדון: התנהגותו, נסיבה או תוצאה. החשד הנדרש לביסוס אישום ב-recklessness קטן מזה הנדרש לביסוס אישום בעצימת עיניים.

ה-Model Penal Code מציע את ההגדרה המדויקת ביותר להבחנה בין שני המושגים הללו, כפי שהם משמשים בקוד לדוגמה זה. Recklessness, פזיזות, מוגדרת כ"התעלמות מודעת מסכנה משמעותית ובלתי מוצדקת שהאלמנט העובדתי קיים, או יצמח מהתנהגותו" של הנאשם (סעיף (c) (2) (2.02)). בהקשר של היעדר הסכמת המתלוננת משמעות הדבר היא כי הנאשם התעלם במודע מן הסכנה הממשית שהמתלוננת לא הסכימה שיחדור לגופה. willful blindness, עצימת עיניים, לעומת זאת, מוגדרת כ"מודעות להסתברות גבוהה לקיומו של האלמנט העובדתי הרלבנטי" (סעיף (d) (7) (2.02)). בהקשר של היעדר הסכמת המתלוננת משמעות הדבר היא כי הנאשם היה מודע להסתברות גבוהה לכך שהיא איננה מסכימה להדירה המינית לגופה. ההבדל בין שתי דרישות אלה אמנם מורכב ועדין – אך משמעותי ביותר. בשיטות משפט אחרות, כמו האנגלית והקנדית, ההבדל בין recklessness ועצימת עיניים גדול עוד יותר, שכן recklessness מוגדר באופן רחב הרבה יותר, כמכיל גם "חלל תודעתי" ללא התעלמות מודעת מסכנה. כלומר במשפט האנגלי בשנים 1976-2003 recklessness היה "התעלמות מסכנה משמעותית ובלתי מוצדקת שאופי התנהגותו של הנאשם, קיומה של נסיבה, או תוצאה אפשרית של ההתנהגות מבססים עברה". בהקשר של רכיב ההסכמה בעברת האינוס משמעות הדרישה הייתה כי הנאשם התעלם מן הסכנה הממשית שהמתלוננת לא הסכימה כי יחדור לגופה. "התעלם מן הסכנה", ולא "התעלם במודע מן הסכנה". וההבדל משמעותי מאוד. זהו ההבדל בין חשד אקטיבי ובין התעלמות פסיבית.

עצימת העיניים של פלר ושל החוק הישראלי ("הנאשם חשד ונמנע מלברר", כלומר חשד אקטיבי) רחבה יותר מזו של ה-Model Penal Code (שכן אינה דורשת "סכנה ממשית"), וצרה

האירוע.¹³² כאמור, שיטות המשפט האחרות במשפחת המשפט המקובל, מכירות הדיכויים המורכבים של עבירות האיננוס, ונותנות לכך ביטוי בחוקי העונשין שלהן. בשונה מגישתם של פלר וחוק העונשין, גברים רבים המקיימים קשרים מיניים עם נשים, מודעים לכך שהסכמת האישה היא תהליך דינמי, שיכול לעתים להשתנות מרגע לרגע, ואף במהלך האירוע המיני. ישנם גברים אשר בנסיבות מסוימות אינם משוכנעים שהאישה שעמה הם מקיימים מגע מיני מסכימה או אינה מסכימה ברגע נתון, ואולם הם משוכנעים, מקווים ו/או מאמינים כי בתוך תוכה, ככל אישה, היא רוצה כי יכבשו אותה ויסחפוה, וכי אם הם יתקדמו ויבצעו את החדירה – היא תיהנה, תסכים ואף תרצה במגע. רבים מאמינים כי זהו מהלך הדברים השכיח והרגיל בכל מגע מיני (בוודאי במגע ראשוני), וכי גבר שאיננו ממשיך נוכח גילויי "סירוב" סמליים וריטואליים של האישה, מאכזב אותה, ו"איננו גבר". לשיטתם, הסכמת האישה איננה מבשילה ברגע תחילת החדירה, אלא ברגע ההגעה אל הסיפוק המיני, בבחינת "עם האוכל בא התיאבון".

גישה זו אינה נדירה במקומותינו, ויש שיאמרו כי היא נפוצה מאוד.¹³³ (ניתן היה אולי להגדיר מצב נפשי זה כ"קלות דעת" ביחס לנסיבה של העברה. מצב נפשי זה איננו זהה למצב של עצמת עיניים, והוא אף איננו בדיוק "טעות נורמטיבית"). ישנם גברים אשר מתחילים בביצוע חדירה במצב נפשי זה, וככל שהם מתקדמים בביצוע החדירה וסיפוקם המיני גובר, הם משתכנעים כי כשם שהם נהנים – כך בוודאי גם האישה נהנית, ואם היא נהנית – ודאי היא מסכימה. (זהו מצב של שכנוע עצמי בדבר הסכמת האישה, שאף אם איננו סביר – הוא עשוי בהחלט להיות כן.)

במסגרת שיטתו של פלר, כל הגברים הללו במצבים הללו אינם בבחינת האפשר (משום שמושגי החוק אינם מאפשרים אותם), ולכן אין הם קיימים. ואולם למעשה הם חיים וקיימים ונושמים ואונסים. כיצד יש להתייחס אל התנהגויותיהם? האם הן בבחינת אינוס? מן הראוי היה שלפחות חלקן תהיינה. ואולם כאשר השאלה היחידה היא "האם השתכנענו מעל לכל ספק סביר כי הוא ידע (או חשד) כי היא אינה מסכימה?", התשובה היא שלילית, והתוצאה היא כי החדירה איננה מוגדרת כאינוס.¹³⁴

*

יותר מזו של המשפט האנגלי והקנדי (שאינן דורשות חשד אקטיבי אלא התעלמות פסיבית בלבד).

132. כפי שציינתי למעלה (לעיל, הערה 83), ה-Model Penal Code מכיר מפורשות באפשרות כי אדם יאמין או יקווה כי נסיבות העברה מתקיימות.

133. גרוס (לעיל, הערה 22), בעמ' 338.

134. אוכיר טעות נוספת, קשורה ודומה. לשיטתו של פלר, כאשר אדם חודר לגופה של אישה מתוך אמונה כנה כי נשים תמיד מסכימות (ותמיד בעצם רוצות) להיחדר, מדובר ב"טעות נורמטיבית" שאינה יכולה להועיל לנאשם. ואולם זהו סירוב להכיר בכך ש"טעות נורמטיבית" מסוג זה מכילה בה בעת גם טעות עובדתית. גבר המאמין אמונה כנה כי כל הנשים תמיד רוצות בקשר מיני, וכי גם כשהן מתנגדות – הן עושות זאת רק מתוך הצטנעות מזויפת, מאמין גם אמונה כנה כי האישה המסוימת המביעה "היעדר הסכמה" בעצם "מסכימה" ואף

תיקון 61 לחוק העונשין לא פתר בעיה זו. ההפך הוא הנכון: עתה, כשהסכמת האישה היא הנסיבה הבלעדית של עברת האינוס, גדל משקלה של הבעיה בתוך סוגיית האינוס. המצב המשפטי החדש בעקבות תיקון 61 מעודד, אם כן, נאשמים להשליך את כל יהבם על טענת ההגנה כי לא ידעו שהמתלוננת לא הסכימה למגע המיני, או כי טעו טעות כנה בעניין היעדר הסכמתה של המתלוננת. החוק הישראלי מאפשר להקל על נאשמים באינוס להצליח בטענה כזו לאין שיעור יותר מחוקיהן של שיטות משפט אחרות בעולם המשפט המקובל. במובן זה, זוהי נקודת תורפה חמורה של החוק הישראלי בהקשר של הרשעה בעברת אינוס. משקלה של נקודת תורפה זו מתעצם במידה משמעותית עקב השינוי שהכניס תיקון 61 לחוק העונשין.

ניתן להתמודד עם קושי זה על ידי תיקון סעיף 19 לחוק העונשין, כפי שמציעים קנאי וגרוס¹³⁵ ו/או באופן פרטני ומקומי, כפי שמציעים קנאי וליבנת,¹³⁶ על ידי ניסוח עברת האינוס באופן שיגבר על נוסחו הנוכחי של סעיף 19. הצעה זו עולה בקנה אחד עם שיטתו של קרמניצר, המדגיש כי "הוראותיו של החלק הכללי אמורות לחול על כלל העברות הספציפיות – אך לא בהכרח על כולן. כאשר באים אל העברה הספציפית, חובה להביא

מעוניינת בקשר המיני. טעותו הנורמטיבית היא, בנסיבות הספציפיות הבאות בפני בית המשפט, גם טעות עובדתית, ולכן, למרות פרשנותו של פלר, במסגרת מושגיו של החוק שניסח, אין הוא בכחינת "מודע" ל"היעדר ההסכמה", ויש לזכותו. (לנקודה זו ראו קנאי (לעיל, הערה 22), בעמ' 158). בית המשפט העליון התחבט בסוגיה זו בעניין שמרת, וסבר כי מן הראוי להתמודד עמה על ידי דרישה כי טעות בעובדה תהיה גם כנה וגם סבירה (כלומר שלפחות בהקשר של טענת הגנה של טעות בעובדה, הסטנדרט המוחל יהיה רשלנות ולא מחשבה פלילית). פלר יוצא חוצץ כנגד גישה זו, ונלחם בה ככל יכולתו. אם יקבלו בתי המשפט את עמדתו, מחויבותו לעולם המושגים הקשיח שברא עלולה להוביל לתוצאות מזיקות. לדיון נוסף בסוגיה זו ומובאות ראו אצל גרוס (לעיל, הערה 22), בעמ' 338-339. (ישנם גברים אחרים, שהסכמתה של האישה או היעדר הסכמתה אינם מעלים ואינם מורידים בעיניהם, ואין הם חושבים כלל במושגים אלה או שואלים את עצמם את השאלה. ישנם בני זוג נשואים המקיימים מגע מיני עם נשותיהם באופן קבוע בלא לתהות האם הן מסכימות; בעיניהם, זוהי חובתה של אישה, וזכותו של "בעלה". לגבי אלה צודק פלר כי טעותם היא טעות נורמטיבית אשר איננה פוטרת מאחריות פלילית, שכן חזקה עליהם כי הם יודעים שהחוק הפלילי מכונן את ההסכמה כרכיב רלבנטי של עברת האינוס. ואולם אפילו לגבי גברים אלה ניתן להעלות את הטענה כי ברמה העובדתית, ביחס למגע המיני המסוים שבגיננו הם עומדים לדיון, היו נטולי כל מודעות ביחס להיעדר הסכמת האישה, ולכן טעותם עובדתית היא, והם זכאים בדיון.)

135. ראו קנאי (לעיל, הערה 22) וגרוס (לעיל, הערה 22).

136. להצעותיהם ראו קנאי (לעיל, הערה 22), בעמ' 173, וליבנת (לעיל, הערה 22), בעמ' 205-206, כי היסוד הנפשי לביסוס עברת האינוס יהיה פיזיות, כי תחוקק עברת אינוס ברשלנות, וכי עד אז, יוחדרו יסודות אובייקטיביים אל תוך הגנת הטעות בעובדה. לסיכום הצעתו לשינוי חקיקה ראו בעמ' 210.

בחשבון את אופיה ואת מהותה המיוחדים".¹³⁷ זאת ועוד, בהתייחסותו הכוללת לחלק הכללי של חוק העונשין מבהיר קרמניצר ומדגיש כי:

מבחינת הדיון האקדמי אסור לראות בחקיקת החלק הכללי החדש הכרעה סופית או אפילו הכרעה, המוחזקת כנכונה, בשאלות העקרוניות והמושגיות המוסדרות בו. הדיון האקדמי חייב להציב סימן שאלה מתמיד על כל הוראת חוק – היא עיתויה אשר היא, יהיו מקורותיה אשר יהיו. הדיון על הדין הראוי חייב להמשיך להתנהל ובמלוא העוז והעוצמה.¹³⁸

דיון זה, כמו גם הצעותיהם של הכותבים האחרים המוזכרים, כולם עולים בקנה אחד עם השקפה ראויה זו.

תיקון כללי של סעיף 19 הוא אכן מהלך רצוי ואף דחוף, אך ברשימה זו, שאינה עוסקת בכלל דיני העונשין אלא מתמקדת בעברת האינוס, לא אכנס לעוביה של קורה חשובה זו, אלא אציע תיקון נוסח עברת האינוס עצמה אשר עוקף את הוראת סעיף 19 מכול וכול. התיקון המוצע יכול להיחקק בלא קשר לשינוי סעיף 19. לכשיתקן סעיף 19 ניתן יהיה לחשוב מחדש על הגדרת עברת האינוס.

ההתמקדות השיפוטית בהיעדר הסכמתה (הבלתי-מוגדרת) של המתלוננת (שנדונה בחלק הראשון של רשימה זו), ביחד עם דרישת החוק הישראלי שיוכח מעל לכל ספק סביר כי הנאשם ידע בפועל (או חשד בפועל) שהמתלוננת לא הסכימה להדירה (דרישה שנדונה בחלק זה של הרשימה), עלולים להוביל לתוצאות חמורות. דוגמה המגלמת ניתוח משפטי המשלב את שני הגורמים הללו, ניתן למצוא בדעת המיעוט של השופט מצא בעניין ניסים אוזולאי שהוזכר למעלה. באותו עניין נמשכה נערה בת 14 על ידי גבר בן 34 אל בנין נטוש, הושכבה על הרצפה ונחדרה למרות סירובה המפורש.¹³⁹ דבריו של השופט מצא מדברים בעדם:

מתיאורו העובדתי של האירוע עולה, כי לאחר שהמתלוננת הסכימה להתנשק עמו, משך אותה המערער אחריו לתוך בית קרוב, הנראה כ"בניין נטוש", והחל להפשיטה. המתלוננת שאלה: "מה אתה עושה?" והוסיפה: "לא, לא, לא". אך המערער המשיך להפשיטה, עד שהותירה עירומה לחלוטין. תוך כדי הפשטתה השכיבה על הרצפה, אחר-כך התפשט בעצמו ובעל אותה. המתלוננת סיפרה, כי במהלך כל האירוע הייתה "קפואה ומאובנת". היא הניחה למערער

137. ראו לעיל, הערה 122, בעמ' 58.

138. שם, בעמ' 66.

139. ראו לעיל, הערה 65.

להפשיטה ולבועלה מבלי להתנגד לו בדרך כלשהי. לטענתה, חששה שאם תתנגד, עלול המערער לפגוע בה. עם זאת הודתה, כי המערער לא היכה אותה ולא איים עליה, ובחדירתו לא הכאיב לה. לאחר המעשה התלבשו שניהם. המערער שאל אותה אם היא "בסדר", ובתגובה הינהנה בראשה וחייכה.¹⁴⁰

* * *

באמירת המתלוננת "לא, לא, לא" – בעת שהמערער החל להפשיטה – רואה השופט ביניש משום הבעת אי-הסכמה מפורשת לקיום יחסי המין. ולאמירה זו מייחסת חברתי משקל ראייתי מכריע. כדבריה (בפיסקה 16 לחוות-דעתה), "בהוכחת ביטוי מילולי של אי-הסכמה מצד האישה, מוכיחה התביעה לכאורה, הן את הנסיבה של אי-הסכמה והן את עובדת הבאתה למודעותו של הנאשם. בדרך כלל, בהיעדר ראיות חיצוניות או נסיבות שיש בהן כדי לסתור את אי-ההסכמה שהוכחה כאמור, יעבור הנטל המשני לנאשם להראות כי חל שינוי אשר בא לידי ביטוי במילים או במעשים מצד האישה, שיש בהם כדי לשלול את המשמעות שיש לייחס לאי-ההסכמה שהובעה על-ידיה מלכתחילה בסמוך למעשה האישות. בענייננו, אין ראיות כאלה".

כשלעצמי, אינני מוכן לקבוע כלל, שכאשר אישה מביעה אי-הסכמה מילולית, בשלב שקדם למגע המיני, יעבור הנטל לנאשם להוכיח כי בשלב מאוחר יותר הסכימה האישה למעשה. משקלה הראייתי של אי-ההסכמה מילולית, לפני קיום היחסים, והשפעתה על נטלי הראיה במשפט, טעונים בירור וקביעה על-פי נסיבותיו של המקרה הנתון. "אי-ההסכמה מילולית מפורשת", בשלב בו מבקש גבר את קרבתה של אישה, עשויה תוך פרק זמן קצר להפוך ל"הסכמה מפורשת", ולאודווקא מילולית. בכגון דא יש לנהוג מידה של זהירות מיוחדת, ואין בידי להסכים לקביעת כללים שמשמעותם המעשית היא העברת הנטל לשכמו של הנאשם, להוכיח את חפותו, בעוד שהספקות המתעוררים יתפרשו לחובתו ...

אכן, אף להבעת אי-ההסכמה מילולית על-ידי אישה, בשלב שקדם לקיום היחסים, נודעת משמעות; אך בשאלה אם היחסים התקיימו שלא בהסכמתה, ובשאלה אם ועד כמה היה הנאשם מודע לאי-ההסכמתה לקיום היחסים, יש להכריע על-פי כלל העובדות והנסיבות הסובבות שהוכחו במקרה הנתון. העובדה שלפני קיום היחסים אמרה האישה לנאשם, כי אינה מסכימה לקיומם, מהווה אינדיקציה חשובה הן להיעדר הסכמתה והן למודעותו של הנאשם כי הוא עושה את המעשה שלא בהסכמת האישה. אך בשאלה אם אמירת האישה מהווה ראיה מספקת לאי-ההסכמתה, ולמודעות הנאשם לאי-ההסכמה, יש להכריע על רקע כלל נסיבותיו של המקרה, לרבות התנהגות האישה לאחר האמירה ובזמן קיום היחסים.¹⁴¹ לשיטתו של השופט מצא, גם כאשר נערה בת 14 אומרת "לא לא לא" לגבר המבוגר ממנה ב-20 שנה, בפגישתם השנייה, לאחר ששבה והבהירה לו שאינה מוכנה לשכב עמו, כאשר הוא דוחף אותה על רצפת בניין נטוש, לא ניתן לקבוע בוודאות כי אכן לא הסכימה

140. שם, בעמ' 908-909.

141. שם, בעמ' 909-910.

להיחדר על ידיו או כי הוא אכן ידע בפועל שהיא אינה מסכימה. דומה כי החוק הישראלי סובל פרשנות זו, ויש בקרב שופטי בית המשפט העליון מי שמביע עמדה שיפוטית זו. כל עוד נותר נוסח החוק על כנו, עמדה זו עלולה להפוך להלכה. חשוב לציין כי באף אחת משיטות המשפט שהזכרתי (אנגליה, ארצות הברית, קנדה, ניו זילנד ואוסטרליה) לא ניתן, על פי החוקים הפליליים הקיימים, להביע עמדה שיפוטית כמו זו של השופט מצא; על פי כל אחת משיטות המשפט הללו אין ספק כי עמדת השופטת בייניש היא הכרחית ובלעדית.

ד. חלק שלישי: הנזק בהגדרת רכיב ההסכמה כ"נסיבה" של עברת האינוס

השיח הפלילי (במיוחד זה הישראלי לאחר תיקון 39) מחלק ומפורר פעולות אנושיות (כלומר את "היסוד העובדתי" של כל עברה) ל"רכיבים" מוגדרים וברורים, שכיום, במסגרת המשפט הפלילי הישראלי, הם מכונים "התנהגות", "נסיבות", ו"תוצאה". במסגרת חלוקה סכמטית זו, היעדר הסכמתה של אישה למעשה מיני היא "נסיבה" של עברת האינוס. משמעות הדבר היא כי מעשה החדירה של הגבר מהווה את רכיב ה"התנהגות" של העברה, וכיוון שהיעדר ההסכמה אינו תלוי בהתנהגות זו ואינו נשלט על ידי המתנהג, הרי שהוא "נסיבה" (ולא "תוצאה", למשל).

היעדר ההסכמה הוא נסיבה רלבנטית וחשובה, שכן, במצב המשפטי הנוכחי, הוא המבחין בין חדירה שהיא התנהגות לגיטימית ובין חדירה שהיא התנהגות פלילית. ואף על פי כן, בהיותו "נסיבה", היעדר ההסכמה הוא בבחינת נתון קבוע ופסיבי שאינו אלא רקע להתנהגות הגברית, החדירה. מצב עניינים זה אינו עולה בקנה אחד עם עולם המושגים של ערך כבוד האדם.¹⁴² אבאר.

הגדרת הסכמת האישה כנסיבה היא לכאורה טכנית וצורנית בלבד, ומתחייבת מן המבנה הלוגי השלם של מבנה העברה בדין הפלילי. לכן הגדרה זו היא, לכאורה, בהכרח "הגיונית", "ניטרלית" ו"טבעית". ואולם בפועל, בתוך העולם התרבותי הקיים ובמשמעויותיו המגדריות, הגדרה זו מבטאה, מגלמת, מחזקת ומנציחה מטען אידאולוגי וסמלי.

בהקשר של הסיטואציה המינית, הגדרת האינוס מכוננת את הגבר כ"מתנהג" ואילו את האישה כ"נסיבה" שיכולה להתקיים באחד משני מצבים: "מסכימה" או "לא מסכימה"; בעוד הגבר הוא הפועל, חלקה של האישה אינו אלא "היות מצב" ברקע התנהגות הגבר. בעולמה המושגי של עברת האינוס אפוא הגבר הוא דמות אקטיבית ודינמית, ואילו חלקה של האישה באירוע אינו בבחינת התנהגות, אלא רק בבחינת עובדה פסיבית, קבועה, שאינה מתרחשת אלא רק קיימת. הצגה זו משקפת ומחזקת את הדעות הקדומות הרווחות והסטראוטיפים הנפוצים על אודות הגבריות הדינמית והנשיות הסטטית. היא מקטלגת את היעדר הסכמתה של האישה כ"מצב עניינים בעולם" ולא כחלק מן ההתרחשות האנושית הנדונה.

142. לדין יסודי בעולם ערכים זה, ראו להלן, הערה 173 (שני המאמרים החדשים על כבוד האדם).

חשוב להדגיש כי השלכותיה של הגדרת האינוס של חוק העונשין אינן מוגבלות אך ורק לקשר המיני הפתולוגי, האסור, אלא משתרעות גם על הגדרת המעשה המיני הלגיטימי. בהגדרה את היעדר הסכמת האישה כנסיבה הבלעדית המבחינה בין חדירה לגיטימית ובין אונס, עברת האינוס קובעת כי גם בהדירה לגיטימית, ממש כמו באונס, הגבר הוא המתנהג, כלומר הפועל, האנושי, הסכמת האישה היא נסיבה, והאישה היא מי שמספקת לו את הנסיבה של הסכמתה לפעילותו. במילים אחרות: על פי עברת האינוס, בכל חדירה מינית, הגבר הוא הפועל והאישה מספקת את הנסיבה הרלבנטית של הסכמה או היעדר הסכמה. כאשר החדירה היא לגיטימית – היא מספקת הסכמה, וכשאינה לגיטימית – היעדר הסכמה.

במינוח שונה מעט, הגדרת היעדר הסכמת המתלוננת כנסיבה קובעת את ההסכמה והיעדר ההסכמה כתכונות של נשים, וכ"מצבי צבירה נשיים". אישה יכולה להיות "במצב מסכימה" או "במצב בלתי-מסכימה". היותו של מבנה "בית מגורים" או "בית עסק" הוא "נסיבה" של עברת הפריצה. התנהגות זהה של פורץ תסווג באופן שונה בהתאם לנסיבה הרלבנטית שהתקיימה בעולם בעת התנהגותו, כלומר אם פרץ לבית מגורים או לבית עסק. בהיותו מסווג כ"נסיבה", היעדר הסכמתה של האישה מובנה כתכונה של המציאות הפיזית, הסטטית שבה מתרחשת ההתנהגות הנדונה בעברת האינוס, ממש כשם ש"משמש לצורכי מגורים" או "משמש לצורכי עסק" הם תכונותיה של מציאות פיזית, סטטית שבה מתרחשת עברת הפריצה. במקרה האחד, המציאות הפיזית, הסטטית, היא קיומו של הבניין; במקרה האחר היא קיומה של האישה הנחדרת. כשם שהבית נפרץ – כך האישה נחדרת (נפרצת¹⁴³). כשם שהבית הוא בית מגורים או בית עסק, כך האישה היא מסכימה או נעדרת הסכמה. הבניה זו שוללת מן האישה ומהסכמתה את התפקיד הפעיל, הדינמי, האנושי שהן ממלאות באינטראקציה הבין אישית המכוננת קשר מיני, בין שהוא לגיטימי ובין שהוא אינוס. הבניה זו מהווה התפצה של האישה, ולכן פגיעה בכבוד האדם.¹⁴⁴

"היעדר הסכמה" איננו "נסיבה": הוא חלק חי, נושם, פעיל, מתפתח ודינמי של ההתרחשות האנושית הנדונה. קטלוגו המובן מאליו כ"נסיבה" חוטא ומחטיא. קל וחומר לגבי "הסכמה", כלומר חלקה של האישה בקשר המיני הלגיטימי, אליבא דחוק העונשין.¹⁴⁵

143. ראו יורם שחר, "משפט פלילי ותרבות בישראל", פלילים ז (תשנ"ח) 77, בעמ' 83 ואילך.
 144. אדגיש כי אינני מציעה טענת קשר אשר לפיה המשפט הפלילי יצר את רכיב ה"נסיבה" כדי לחפצן את האישה בעברת האינוס. אין לי ספק כי החפצון הנו פועל יוצא בלתי מכוון ולא מודע של מבנה משפטי כללי. ואף על פי כן, התוצאה, ברמה התרבותית, מצדיקה התייחסות. הביקורת המושמעת כאן איננה מתייחסת ל"מבחן הכוונה" של המשפט הפלילי אלא ל"מבחן התוצאה". זאת ועוד, אין מקום להשוואה מכנית בין הסכמת האישה כנסיבה ובין נסיבות בעברות אחרות, שכן ההקשר התרבותי ומשמעותיותו הערכיות הם היוצרים את הקושי. כך, למשל, בעברת הרצח אשר בסעיף 300, היות הנרצח "אדם" הוא בבחינת נסיבה. בהקשר זה, אין בכך משום זילות מעמדו של "אדם", שכן אין כאן ביטוי, גיבוי וחיווק של סטראוטיפים מזיקים.

145. לדיון ופיתוח יפים של נושא הבניית דימויי נשים וגברים בהקשר של הטיפול המשפטי

הנזק בהחפצת האישה וחלקה באירוע האנושי אינו מתמצה ברמה הסמלית. הגדרת היעדר הסכמת האישה כ"נסיבה" גורר טעויות מזיקות בניתוח עברת האינוס, כמו אלה שהוזכרו למעלה, שהן בלתי-נמנעות בשיטה (כמו שיטת המשפט הישראלית) המחילה דרישה של מודעות (או עצימת עיניים) לנסיבות העברה.

ה. חלק רביעי: רכיב היעדר ההסכמה בלתי-נפרד משאר רכיבי האינוס

1. חזרת רכיב האלימות (ועמו דרישת ההתנגדות) בדלת האחורית

כפי שציינתי בחלקה הראשון של הרשימה, במשפט המקובל, הרכיבים של היעדר הסכמה (או אירצון) של המתלוננת, שימוש (או איום בשימוש) בכוח (או באלימות) על ידי הנאשם, והתנגדותה האקטיבית של המתלוננת היו כרוכים זה בזה ללא הפרד. כאמור למעלה, התנגדותה האקטיבית של המתלוננת נתפסה הן כמעידה על שימוש בכוח מצד הנאשם והן כמביעה היעדר רצון והסכמה של המתלוננת.¹⁴⁶ בניסוח אחר, היעדר הסכמתה של המתלוננת הוסק מן השימוש (או האיום בשימוש) בכוח על ידי הנאשם¹⁴⁷ (ומהתנגדותה האקטיבית של המתלוננת); השימוש בכוח של הנאשם נגזר מהתנגדותה האקטיבית של המתלוננת.¹⁴⁸

משנחקקה עברת האינוס האנגלית, ב-Sexual Offences (Amendment) Act 1976, היא הועמדה על רכיב היעדר ההסכמה בלבד, ואולם רכיב זה לא הוגדר. מצב זה יצר חוסר בהירות בעניין השאלה המהותית מה משמעותו של "היעדר הסכמה", ובעניין השאלה הראייתית – כיצד מוכיחים היעדר הסכמה.¹⁴⁹ הדעות בסוגיה זו היו שונות באופן מהותי. כך, ויליאמס (G. Williams) פירש כי "היעדר הסכמה", שלא בהקשר של אלימות או איום באלימות, משמעו, מהותית, אך ורק אישה ישנה, מעולפת או מוטעית לגבי זהות הגבר או מהות מעשהו. טמקין (Jennifer Temkin) טענה בתגובה לגישה פרשנית זו, כי ברמה

באינוס, ראו תירוש (לעיל, הערה 22), מאמר המנתח גזר דינו של גבר שהורשע באינוס רעייתו לשעבר. הרשימה הנוכחית אינה מתייחסת כלל לשאלת גזירת הדין, העונשים והרטוריקה השולטת בקבלת החלטותיהם של השופטים. ואולם, כפי שמראה מאמרה של תירוש, זוהי סוגיה המצריכה טיפול יסודי.

146. כפי שמנסחת זאת Coughlin: "[p]roof that she resisted him establishes both that she did not consent to the penetration and that he must have subdued her forcefully" 10, בעמ' 17.

147. "[i]t is recognized that a woman does not consent to sexual intercourse where a man uses violence to force her" Temkin II. Violence to force her (לעיל, הערה 26), בעמ' 63.

148. "Force is often defined in terms of the amount necessary to overcome the resistance that the woman puts forth to show her lack of consent" – Anthony Morsco, The Prosecution and Defense of Sex Crimes, #3.10[3] at 3-9 (1996). ראו לעיל, הערה 10, בעמ' 17, בהערת שוליים 61.

149. לביקורת ראו: Temkin I (לעיל, הערה 26), בעמ' 187.

“with certain limited exceptions, rape remains essentially a crime involving violence or the threat of it”¹⁵⁰ גם כאשר בתי המשפט השתמשו באליומות הנאשם רק כראיה להיעדר הסכמת המתלוננת, נוצר קישור עמוק בין היעדר הסכמת המתלוננת ובין שימוש בכוח על ידי הנאשם, ובהיעדר ראיות על שימוש בכוח – בתי המשפט התקשו לזהות היעדר הסכמה. מצב עניינים זה אינו מפתיע, שכן אחרי מאות שנות קישור עמוק בין הסכמה, אליומות והתנגדות, קשה לשיטת משפט להתנער בעצמה מהרגליה, ולהמשיג הסכמה באופן שונה לגמרי. רק חיקוק הקובע במפורש, במפורט ובבהירות מהי הסכמה וכיצד ניתן לקבוע את היעדרה, עשוי להוביל לשינוי של ממש.

באחרון של עשרים וחמש שנה, תיקון 61 לחוק העונשין הישראלי הולך בעקבות החקיקה האנגלית של שנת 1976. כיוון שהחוק הישראלי (שלא כמו החוק האנגלי הנוכחי), אינו מכיל הגדרה חקוקה של יסוד היעדר ההסכמה, יש מקום לחשוש לחוסר בהירות בעניין משמעויותיו המדויקות של היעדר ההסכמה, ממש כפי שהיה באנגליה עד שנת 2003.¹⁵¹ שימוש ראייתי באליומות ו/או בהתנגדותה של האישה עלול לטשטש את ההבדל בין המצב המשפטי לפני התיקון ואחריו, ולהכניס שוב, בדלת האחורית, את הרכיבים שבוטלו בחקיקה.

2. האכזבה מרפורמות החקיקה של עברת האינז

למרות השינויים הרבים שהוכנסו בעברת האינז בעולם המשפט המקובל בשנות השבעים והשמונים, למרות הרפורמות מרחיקות הלכת והכוונות הטובות, כותבות רבות (לרבות כותבים גברים) הביעו פליאה ואכזבה על שבאופן בסיסי ועמוק, ככל שרב השינוי – כך נשאר הדברים כשם שהיו. כך, למשל, Susan Estrich הביעה אכזבה נפוצה מן הרפורמות אשר ביטלו את רכיב היעדר ההסכמה, והגדירו את עברת האינז כעברת אליומות:

[M]any courts remain suspicious of women victims and protective of male defendants in precisely the kinds of cases that made their predecessors suspicious — cases that do not involve weapons or beatings; that are concerned with friends, neighbors or pickups; the cases of simple rape. The difference is that force has replaced consent or corroboration or unchastity as the primary doctrinal rubric for expressing that distrust.¹⁵²

150. Temkin II (לעיל, הערה 26), בעמ' 64. לביקורת דומה לגבי ארצות הברית ראו: Schulhofer (לעיל, הערה 15), בעמ' 32.

151. לביקורת על היעדר הגדרה של מושג ההסכמה במשפט הישראלי, ראו כהנא (לעיל, הערה 22).

152. Estrich (לעיל, הערה 13), בעמ' 57-58.

וכמעט עשרים שנה מאוחר יותר, בסוף שנות התשעים, Anne Coughlin כתבה כי:

[M]any legal scholars have noticed [that] modern penal codes throughout the United States retain a substantive definition of rape that is facially indistinguishable from that which judges have been applying in our culture for many hundreds of years.¹⁵³

בהסתמך על ממצאים אמפיריים שפורסמו במחקרים חוזרים ונשנים באנגליה ובה, כזכור, בוטל בשנת 1976 רכיב השימוש בכוח, ועברת האינוס הועמדה על רכיב היעדר ההסכמה לבדו) ובמדינות נוספות ברחבי עולם המשפט המקובל, קבעה Jennifer Temkin כי

If the police have behaved brutishly towards rape victims, it is the courts which may be said to have set the tone. Indeed, it is often claimed that, in rape cases, the complainant rather than the defendant is on trial. Certainly the focus of the court's attention is frequently upon her and rather less upon him.¹⁵⁴

Cassia C. Spohn סיכמה וביארה, בשנת 1999, את האכזבה הגדולה:

Although the results of studies examining rape laws' reforms are somewhat mixed, most find very limited effects on case outcomes. One study showed that the reforms had no impact in five of six major urban jurisdictions studied. The reforms did not increase the likelihood of a rape conviction in any of the six cities, and they produced an increase in reported rapes and in the likelihood of prosecution only in Detroit, which had the strongest and most comprehensive reforms. The authors contributed these findings to the fact that the reforms did not sufficiently constrain the discretion exercised by decisionmakers in the criminal justice system or provide officials with adequate incentives to change their behavior. As they note, "in the absence of meaningful incentives to change, decision makers

153. שם, בעמ' 11.

154. Jennifer Temkin, *Rape and the Legal Process* (2nd Edition, Oxford University Press, 2002) 8.

will continue to use the informal norms developed in the courtroom workgroup to guide the processing of cases".¹⁵⁵

מקץ עשר, עשרים ואף שלושים שנות רפורמה ושינוי אפוא אף אחד משני מסלולי הרפורמה לא הניב את התוצאות המיוחלות ולא הוליד את השינוי שלו פיללו משפטניות פמיניסטיות. בין שעברת האיננוס הוגדרה כעברת אלימות ולא מין, ובין שהועמדה על רכיב היעדר ההסכמה לבדו, תחושתן של רבות היא כי המציאות המשפטית על בעיותיה לא השתנתה באופן מהותי. מתלוננות ממשיות לחוש כנאשמות, ובתי המשפט ממשיכים להתייחס אל השימוש בכוח ואל התנגדות המתלוננת כאל חלקים מרכזיים בעברות שהוגדרו אך ורק על יסוד רכיב היעדר ההסכמה, ואל היעדר הסכמת המתלוננת והתנגדותה בעברות שהוגדרו אך ורק על ידי השימוש בכוח. (מובן כי האכזבה עדיין אינה מתייחסת אל התיקון האחרון במשפט האנגלי, שטרם הספיק לצאת מן הכוח אל הפועל.)

השאלה המתבקשת היא, כמובן, מדוע ומה ניתן לעשות כדי לקדם בכל זאת את השינוי המיוחל. אני מציעה להתחיל את הדיון בהסתכלותה המרעננת של Anne Coughlin על עברת האיננוס של המשפט המקובל. התובנה שאני מציעה להפיק מגישתה של קופלין היא כי המשפט המקובל, באמצעות הגינוי ועולם מושגיו, אכן מבנה מתלוננות על אינוס כנאשמות, וזאת כיוון שמבנה עברת האיננוס כרוך ללא הפרד בהשקפת עולם התופסת, ולכן מבנה מתלוננות כנאשמות. לענייננו, המסקנה העולה מתובנה זו היא כי רכיב ההסכמה של עברת האיננוס של המשפט המקובל הוא בשר מבשרה של תפיסת אינוס אשר מבנה את המתלוננת כנאשמת. בשל כוחו המבאר הרב של טיעונה של קופלין, אביא בתמצית את עיקריו.

3. תלונת אינוס בהגנת האישה מפני אישום בקיום יחסי מין מחוץ למסגרת הנישואים
Coughlin מניחה כי בעברו הרחוק, המשפט המקובל הגדיר כעברה כל פעילות מינית מחוץ למסגרת הנישואים¹⁵⁶ (לשם נוחות הדיון אשתמש בראשי התיבות מחל"ה כדי לציין "מין מחוץ למסגרת הנישואים", בין שמדובר בניאוף ובין במין שלפני הנישואים).¹⁵⁷ בעולם קדום זה, מתלוננות על אינוס היו נשים שנאשמו (או ידעו כי יואשמו) במחל"ה. תלונה על אינוס היוותה כתב הגנתה של אישה מפני אישום במחל"ה, והעלתה את הטענה כי יחסי המין העברייניים נכפו עליה על ידי האיש שאותו היא מאשימה באינוס, וכי היא אינה נושאת באחריות פלילית, אלא רק האנס נושא לבדו במלוא נטל האשם למעשה האסור של שני הצדדים.¹⁵⁸ לשיטתה של קופלין, חלופותיה של עברת האינוס של המשפט המקובל אינן אלא השתקפותן של טענות ההגנה האפשריות של אישה שהואשמה במחל"ה.

155. Spohn (לעיל, הערה 26), בעמ' 129. לדיון ראו: Schulhofer (לעיל, הערה 15), בעמ' 17, הפרק "Disappointing Reforms".

156. לעיל, הערה 10, בעמ' 7.

157. הקונוטציה השלילית נועדה להביע את עמדת משפט המסורת לקשרי מין שמחוץ לנישואים, ולא את עמדת שלי.

158. שם, בעמ' 8.

על פי קופלין, הגנה אחת שיכלה נאשמת במחל"ה להעלות במסגרת המשפט המקובל נועדה לשלול את התקיימותו של היסוד העובדתי של העברה בטענה שאין היא נושאת באחריות פלילית למגע המיני האסור, כיוון שהתנהגותה הייתה נטולת שליטה או רצייה, ונכפתה עליה על ידי אחר, אשר הפעיל אותה כאילו הייתה כלי. זוהי טענת involuntariness.¹⁵⁹ במסגרת המשפט המקובל, נאשם שהתנגד ככל יכולתו אך הוכנע על ידי כוח עדיף של האדם האחר, הוכר כמי שפעל בהיעדר voluntariness. לענייננו, אישה שטענה כי נתפסה על ידי גבר, הוחזקה על ידיו בכוח, הופשטה ונחדרה בלא יכולת לעשות מאומה, יכלה לטעון להיעדר voluntariness, ולכן לאי-התקיימותו של היסוד העובדתי של העברה. ככל שהיה ביכולתה להוכיח התנגדות מצדה, והפעלת כוח רב על ידי הגבר – כך התחזקה טענתה. קופלין מסיקה כי טענת הגנה זו היא מקור החלופה המרכזית של עברת האינוס, המגדירה אינוס כחדירה תוך שימוש בכוח, בניגוד לרצונה של הנחדרת ועל אף התנגדותה הנמרצת. הדרישה המשפטית להוכחת התנגדותה המרבית של המתלוננת על אינוס, דרישה הכרוכה ללא הפרד ברכיב היעדר הסכמת המתלוננת ורכיב הפעלת כוח רב על ידי הנאשם, מקורה בטענתה של נאשמת במחל"ה כי התנהגותה המינית נעדרה voluntariness וכי הגבר הוא היחיד הנושא באחריות הפלילית בגינה. באופן דומה, קופלין טוענת כי כדי לשלול את היסוד הנפשי של עברת המחל"ה, נאשמת יכלה לטעון כי הולכה שולל באחת משתי דרכים: היא שוכנעה להאמין שהמעשה

159. ניתן לנסח טענת הגנה כזו כשוללת את התקיימותו של היסוד העובדתי של העברה, שכן ההתנהגות הפלילית מוגדרת כ-voluntary act. לכן Coughlin מגדירה טענה זו של המתלוננת

כהכחשת התקיימותו של היסוד העובדתי של העברה המועלית נגדה. ובלשונה:

The next defensive strategy that a woman suspected of a sexual infraction might pursue would be to assert a failure of the *actus reus* element of the offense in question. ...In the terminology employed by contemporary criminal law theorists, *actus reus* must include some conduct by the accused that is "voluntary"; "involuntary" acts are not the proper subject for criminal correction. ...

If the woman's bodily movements were produced not by her "effort or determination", but by the man's exercise of superior physical strength, then she was merely an "inanimate thing" that the man had used to perpetrate an illicit objective that was entirely his own.

שם, בעמ' 33-35.

במושגי תיקון 39 לחוק העונשין, טענה זו קרובה ביותר לטענת היעדר שליטה שבסעיף 134 לחוק העונשין (תיקון מס' 39), תשנ"ד-1994: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה ולא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועותיו הגופניות, לעניין אותו מעשה, כמו מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית שהעושה לא יכול להתגבר עליה, תוך תגובה רפלקטורית או עוויתית, בשעת שינה, או במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה".

הנעשה בה איננו מיני ולכן איננו מחל"ה, או ששוכנעה להאמין כי האיש אשר עמו קיימה קשר מיני היה בן זוגה הנשוי כדין. אם טעותה, טעות שבועודה, הייתה סבירה, היה בה כדי לשלול גם סטנדרט מחמיר של רשלנות.¹⁶⁰ לפי גישה זו, אינוס במרמה, אחת החלופות של הגדרת האינוס במשפט המקובל, הייתה במקורה טענת הגנה של נאשמת במחל"ה כי הוטענה בעובדות, ולכן לא התקיים בה היסוד הנפשי הנדרש להרשעה במחל"ה.

קופלין מציעה כי מסלול שלישי שמציע המשפט המקובל לנאשמת במחל"ה הוא העלאת טענת הגנה חיובית (affirmative) של duress.¹⁶¹ הגנת ה-duress של המשפט המקובל מתייחסת למצב שבו אדם מבצע עברה (שאינה המתה מודעת) מתוך חרדה עמוקה, שנגרמה עקב איום חמור ורציני על חייו או שלמות גופו.¹⁶² העלאת הגנת ה-duress במשפט המקובל משמעה כי הנאשם מודה בביצוע העברה המיוחסת לו, ואולם הוא טוען כי בעת ביצועה היה שרוי בחרדה כה קשה עקב איום חמור על חייו או על שלמות גופו, שיש למחול לו ולפטור אותו מאחריות פלילית. כניעה ללחץ לבצע עברה בנסיבות כאלה פוטר מאחריות פלילית לא משום שההתנהגות מוצדקת במסגרת המשפט המקובל אלא משום שמערכת המשפט מוכנה לגלות הבנה ולמחול על ביצועה. נאשם אשר בית המשפט קבע כי "הכניס את עצמו" (ביוזמתו ובאשמתו) למצב של סכנה שיכפה לבצע עברה – אינו יכול ליהנות מהגנת הכורח, כיוון שהביא את עצמו למצב שבו חויב לבצע את העברה (לדוגמה, התרועעות מתוך בחירה חופשית עם עבריינים).

אישה שהיאשמה במחל"ה יכלה אפוא להעלות את הגנת ה-duress אם טענה כי הגבר איים עליה במוות או בפגיעה גופנית חמורה. בהקשר זה היה עליה להוכיח כי התנגדה כל עוד נשמתה בה (שכן "resistance is a standard element of the duress defense",¹⁶³ וכי לא "הכניסה את עצמה" למצב המסוכן אליו נקלעה.¹⁶⁴ החלופה בעברת האינוס של המשפט

160. ראו לעיל, הערה 10, בעמ' 32-33.

161. שם, בעמ' 36-40.

162. "The defense of duress always involves a response to a human threat rather than a natural danger. Duress differs from defensive force because the offense is committed to further rather than to resist the criminal project of the aggressor. Hence duress is clearly an excuse, not a justification; it deflects responsibility for a coerced wrongful act from the perpetrator onto the person who coerced it, and so amounts to a claim that fear rendered the perpetrator blameless or undeterrable. [...] t common law, the duress defense required that the alleged coercion involved an imminent threat of death or serious bodily harm." ראו Kaplan (לעיל, הערה 15), בעמ' 664.

השוו להגנת הכורח הישראלית, כפי שהיא מוגדרת היום בסעיף 34 יב לחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994: "לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאינוס היה לעשותו עקב כך".

163. לעיל, הערה 10, בעמ' 38.

164. שם, בעמ' 39.

המקובל המכילה איום של הגבר במוות או בפגיעה גופנית חמורה, ואשר הצריכה הוכחה כי המתלוננת התנגדה ככל יכולתה, וזה לנוסחת הגנת ה-duress כפי שראוי היה לאישה לנסחה כהגנה מפני אישום במחל"ה. גם לגבי מתלוננות על אינוס החילו בתי המשפט את הכלל כי אם "הכניסו את עצמן" למצב המסוכן – דמן בראשן.¹⁶⁵

קופלין מסכמת:

[T]he objectionable elements of the rape offense could have been produced not by the law's special hostility towards women, but rather by its ordinary hostility towards defendants who seek to be excused from criminal liability. ... [C]ourts were not treating rape complainants differently from other crime victims, but rather were treating them the same as other crime perpetrators who pleaded for an excuse.¹⁶⁶

כמה היבטים חשובים נוספים של עברת האינוס, שקופלין אינה מתייחסת אליהם, מתיישיבים אף הם היטב עם ניתוחה. ראשית "הגנת ה"בעל", המונעת מאישה נשואה להתלונן על אינוס על ידי בן זוגה הנשוי. אם יסודות עברת האינוס הם הגנותיה האפשריות של אישה הנאשמת במחל"ה, מאליו מובן כי על פי הגדרתו קשר מיני "חוקי", כלומר בין בני זוג נשואים, אינו יכול להוליד אישום האישה במחל"ה, ולכן גם אינו מעורר את הצורך בהגנותיה. קשר מיני במסגרת הנישואים פשוט אינו שייך לתחום של מעשים מיניים אסורים. באופן דומה ניתן להבין את איתחולת עברת האינוס על נשים העוסקות בזנות. נשים אלה עוברות "מרצונן החופשי" עברות של מחל"ה באופן גלוי ומתמשך; מובן שכשהן מועמדות לדין, אין מקום לאפשר להן להתגונן בטענות שווא של האשמת "לקוחותיהן".

נקודה שלישית היא סוגיית היסוד הנפשי של עברת האינוס במשפט המקובל. היעדר דרישת מחשבה פלילית או אף רשלנות של הגבר הנאשם באינוס, ובמיוחד ביחס להיעדר הסכמתה של האישה, נראה משונה בהתחשב בכך שמוה כמאתיים שנה מקובל לדרוש יסוד נפשי כלשהו בכל עברה, ובמיוחד בעברות חמורות כמו אינוס. ואולם אם מרכיבי עברת האינוס הם במקורם טענות ההגנה האפשריות של אישה הנאשמת במחל"ה, אין מקום להתייחס למצבו הנפשי של הגבר, שכן ההתמקדות היא באישה המעלה את טענת ההגנה ורק בה; כוונותיו של הגבר אינן מעלות ואינן מורידות לשאלת אחריותה הפלילית בגין הקשר המיני האסור. ניתוחה של קופלין עולה בקנה אחד גם עם ההתעלמות המוחלטת מרצונה המיני האקטיבי של האישה: תשוקתה, הנאתה, סיפוקה (כשונה מ"הסכמתה")

165. שם, בעמ' 39-40.

166. שם, בעמ' 41. אם עברת האינוס אכן צמחה היסטורית מתוך הגנת האישה הנאשמת במחל"ה, ייתכן שההשדנות החברתית, המטילה ספק בעדות מתלוננת על אינוס כאילו הייתה עבריינית המנסה להתגונן מפני אשמה, אכן צמחה מתוך תפיסתה המשפטית של המתלוננת כעבריינית המנסה להתגונן מפני אשמה.

הפסיבית). הוא מתיישב היטב גם עם הזיהוי המוחלט שמוזהה המשפט המקובל בין המעשה המיני המכוון קשר רצוני ובין המעשה המיני המכוון אינוס. עוד הוא מתיישב גם עם העמדת עברת האינוס על חדירה וגינלית (בשונה מכל מעשה מיני אחר): מחל"ה נתפסה כעברה משום שהחדירה הווגינלית נתפסה כמחללת את בעלותו של ה"בעל" על כל היבטיה (זכותו לשימוש בלעדי במיניות האישה, זכותו הבלעדית על פריונה, ולכן גם כבודו).¹⁶⁷ הדרישות הראייתיות המיוחדות לעברת האינוס מתבהרות אף הן בהקשר הנדון. אם המתלוננת היא בעצם שותפה למעשה העברה של ניאוף או מחל"ה, הרי שתלונתה על אינוס כמוה כעדותו של עד מדינה המעיד נגד שותפו. בדיני הראיות של המשפט המקובל (כמו גם בפקודת הראיות הישראלית, בסעיף 54א(א)), עדות כזו מחייבת סיוע, שכן העד מקבל בעבודה תמורה, ולכן הוא חשוד בסילוף האמת מתוך אינטרסנטיות אישית.¹⁶⁸ באופן דומה, גם האיטור על שיהוי בהגשת תלונה מתקבל על הדעת בתוך עולם המושגים הנדון. בעולם האוסר על מחל"ה, אישה שחטאה ולאחר מכן נזנחה על ידי בן זוגה, עלולה להרות, ולשאת לבדה באשמה ובעונש. רצונה המובן לגלגל את האשם לחיק המאהב, או לפגוע בו על הפגיעה שפגע בה, עלול לצמוח כאשר היא מגלה, עם חלוף הזמן, שהוא נטש אותה לבלי שוב, או כי היא הרה.¹⁶⁹

על אף היומרה ההיסטורית, דיונה של קופלין הוא למעשה בבחינת פיתוח פילוסופי וניתוח תרבותי-ביקורתי של השאלה: "כיצד היינו מנסחים, במסגרת המשפט המקובל, טענת הגנה של אישה הנאשמת במחל"ה?" תשובתה היא כי היינו דורשים מן הנאשמת הגנות מסוימות, בהתאם לכלליה של שיטת המשפט. עקב העובדה כי הגנות אלה מקבילות במדויק לחלופותיה של עברת האינוס של המשפט המקובל, קופלין מסיקה כי עברת האינוס צמחה בוודאי מתוך הגנות אלה. לימים, התלונה על אינוס הפכה לבסיס לעברה פלילית עצמאית, משוחררת מן הקשר לתביעתה של האישה ולהגנתה מפני אישום במחל"ה. עם זאת יסודות העברה לא שובו, והביאו עמם אל העברה החדשה את הגיונה של עברת המחל"ה, את הבניית האישה כנאשמת ואת הערכים הנלווים.

קופלין אינה מביאה ממצאים היסטוריים שיש בכוחם לגבות את ההיפותזה שהיא מציעה, ולכן קשה להשתכנע כי נרטיב זה אכן מתעד התפתחות רבת שנים של המשפט המקובל.¹⁷⁰ היא אינה עושה את הדרוש כדי לתקף ולגבות את המהלך, המוצג כדיאכרוני במהותו (נרטיבי, מציע הסבר המבוסס על תהליך כרונולוגי). ואולם דבריה מכילים כוח שכנוע רב

167. תודה לצביקה טריגר על נקודה זו.

168. פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, נ"ח 421. תודה לאורי בראון על נקודה זו.

169. השוו לדבריה של האופטמן, בהתייחסה לחובה שהוטלה על שופטי ישראל בשנת 1982 לנמק, בכל פעם שמצאו לנכון להרשיע נאשם בעברת מין על סמך עדות יחידה של הקורבן, מדוע בחרו לעשות כן: "מעבר לכתפה של... [חובת הנימוק - א"ק] מבצבצות הדעות הקדומות, הרואות בקרבן העבירה מעין "שותף לעבירה" מחד גיסא (שהרי עדותו של שותף ראוייה להתייחסות חשדנית כפי שעולה מהוראות סעיף 54א(א) לפקודה), ומאידך גיסא - הרואות בכל אישה כטופלת אשמות שווא בפוטנציה", ראו לעיל, האופטמן, הערה 6, בעמ' 211.

כאשר הם מתורגמים לטענה סינכרונית (הקשרית, ממקמת את התופעה הנחקרת בשדה המרחבי הרלבנטי, תוך התעלמות מכרונולוגיה כלשהי).

בין שהניתוח המוצע על ידיה קולע למציאות ההיסטורית שבבסיס יצירת עברת האיננוס ובין שלא, בוודאי יש בו כדי להאיר את העברה, על יסודותיה התמוהים והבעייתיים, באור חדש. בין במודע ובין שלא במודע, המשפט המקובל מציב "מתלוננת על אינוס" במקום המובנה באופן זהה לזה של נאשמת במחל"ה; היחס המשפטי אליה הוא כאל שותפה בביצוע עברה המורה, אשר נאבקה להוכיח את חפותה על ידי הוכחת אשמתו הבלעדית של הגבר, שותפה. הפללת השותף הגבר, והגנתה שלה מפני הרשעה פלילית – חד הן: עליה לשכנע את בית המשפט כי היא נכפתה על ידי לקחת חלק במגע המיני, וכי לכן, הוא לבדו נושא באשמה, ואילו היא איננה אשמה. יחס משפטי זה איננו מקרי או מזדמן, אלא שיטתי, יסודי וקוהרנטי, ובא לידי ביטוי בכל יסודות העברה. הכללים הראייתיים והדיוניים הייחודיים, כולם מאששים גישה זו ומחזקים אותה.

אף שקופלין אינה מעלה נקודה זו, ברצוני לציין ולהדגיש כי גם במסגרת המושגית ההיסטורית שבה נדרשה (אולי) אישה להתגונן מפני אישום במחל"ה, הגדרת עברת האיננוס מעוררת קשיים חמורים. המרכזיים שבהם קשורים בחזקת החפות ובנטל ההוכחה. בהליך פלילי, נטל הוכחת כל רכיבי היסוד העובדתי מוטל על התביעה, ועליה להוכיחם ברמת ההוכחה הגבוהה ביותר האפשרית: מעל לכל ספק סביר. אם אכן הגיונה של עברת האיננוס הוא הגיון טענות הגנה של נאשמת במחל"ה, הרי על המתלוננת על אינוס חלה חזקת החפות; כל שעליה לעשות הוא להטיל ספק סביר בראיות התביעה נגדה, ובוודאי לא לשאת בנטל הוכחה מעל לכל ספק סביר. (גם לגבי טענת ה-duress, מקובל במשפט המקובל לדרוש מנאשם המעלה אותה, דרגת הוכחה נמוכה יותר מזו הנדרשת מן התביעה בהליך הפלילי הרגיל, שהיא דרגת "מעל לכל ספק סביר"). בעברת האיננוס, כפי שהיא מוכרת לנו, הגבר הנאשם באינוס נהנה מחזקת החפות, ואינו נדרש אלא לעורר ספק סביר לגבי טענות התביעה. המתלוננת הנאשמת, לעומת זאת, מוחזקת כאשמה עד אשר תוכיח אחרת, והיא נדרשת להרים את נטל ההוכחה המוטל אך ורק על התביעה: מעל לכל ספק סביר.

ואולם אין ספק כי הקושי החמור ביותר הוא עצם המשגת עברת האיננוס במסגרת ערכית שבה מחל"ה הוא עברה פלילית, ועל אישה שקיימה קשר מיני כזה להוכיח את חפותה. קופלין מסכמת כי כל עוד עברת האיננוס מכילה את טשטוש התחומים המוחלט בין מחל"ה ובין אינוס, הרי התפיסות החברתיות השוללות ומגנות אישה נואפת, או אישה המקיימת קשר מיני לפני הנישואים, ימשיכו לדבוק בנשים המתלוננות על אינוס, לפגוע בהן ולהכשיל את יעילות הטיפול בתלונותיהן. זאת משום שתפיסת הקשר המיני ההטרודסקסואלי המתבטאת בהגדרת עברת אינוס ספוגה בערכים הפטריארכליים הקדומים, שאינם מבחינים הבחנה קטגורית בין מעשה מיני לרצונה של האישה ובין אינוס, ומאשימים את האישה בכל פעילות מינית מחוץ לנישואים.¹⁷¹ היא מסיימת באמירה כי אם החברה המערבית החליטה להתנער מן האיסור

170. אחד הקשיים הבולטים מתייחס להנחתה כי עברת המחל"ה הצריכה יסוד נפשי. הנחה זו מחייבת ביסוס, כאשר עבירת האינוס לא הכילה דרישת יסוד נפשי כלשהו.

171. ראו לעיל, הערה 10, בעמ' 26.

הפלילי על מחל"ה, אין כל הצדקה להשאיר על מכונה את הגדרת עברת האינוס, אשר נגזרת מהגיונה של העברה הארכאית ומשקפת את ערכיה. אם ויתרנו על האיסור על מחל"ה, מן ההכרח לנסח מחדש את עברת האינוס.¹⁷²

כפי שהזכרתי למעלה, בעשורים האחרונים של המאה העשרים נעשו ניסיונות רבים לנסח מחדש את עברת האינוס, ואולם כולם הוסיפו להשתמש באותם יסודות מוכרים אשר שימשו את המשפט המקובל במרוצת הדורות, ואשר נושאים עמם את המטען שתואר בסעיף זה. לאור האמור, אני מציעה לנסח מחדש את עברת האינוס מן היסוד, ולחשוב עליה מאלף, לא כפועל יוצא של הגנה מפני אישום במחל"ה, אלא כסוגיה העומדת לעצמה. אפתח בהגדרת המסגרת הערכית הרלבנטית למהלך זה.

ו. חלק חמישי: הדרת כבוד-honor, שוויון ליברלי, וכבוד האדם (הסגולי)-dignity

1. עברת האינוס: המעבר מעולם של הדרת כבוד-honor לעולם של שוויון

ניתוחה של קופלין שופך אור על הגיונה העמוק של עברת האינוס המסורתית של המשפט המקובל, ועל המטען הערכי, התרבותי הכבד שהיא נושאת עמה. עברת האינוס, על מרכיביה, משקפת את ערכיו של עולם שבו גבר המקיים קשר מיני עם אישתו פועל במסגרת זכויותיו החוקיות, ושום היבט של קשר מיני כזה אינו יכול לבוא בשערי המשפט הפלילי. פרטיותו של אדם כזה ושליטתו המוחלטת ב"ביתו-מבצרו" הם ערכים מקודשים. לעומת זאת, גבר המקיים קשר מיני עם אישה שאיננה שייכת לו ואיננה "מופקרת", מסיג גבולו של גבר אחר, ופוגע בזכויותיו ובכבודו של זה. התנהגות כזו מהווה פגיעה חמורה בנורמות החברתיות. האישה יכולה להתגונן רק אם תוכיח היעדר שליטה בגופה, טעות בעובדה רלבנטית, או מצב של כורחה. בכל אחד מן המקרים הללו, הגבר מסיג הגבול אשם הן בקיום הקשר המיני האסור והן בכפיית האישה להשתתף במעשה האסור. תשוקותיהם, נטיות ליבם וכמיהותיהם של הצדדים אינן נתפסות כרלבנטיות. ההבחנה הבלעדית היא בין חדירה מינית מותרת ואסורה; בין חדירה של אדם לגופה של אישה ששייכת לו, ובין חדירה לגופה של אישה ששייכת לאחר. עולם ערכי זה הוא, כמובן, פטריארכלי, ומניח שלטון זכויות בעלות של גברים בנשים. היבט נוסף של עולם זה חשוב לא פחות: זהו עולם של הדרת כבוד - honor.

במקום אחר אני דנה בפירוט רב בעולם הדרת הכבוד - honor, כפי שהוא מוצג בספרות האנתרופולוגית אשר חוקרת, מנתחת ומגדירה חברות של כבוד.¹⁷³ אביא כאן מעט מעיקרי

172. שם, בעמ' 45.

173. אורית קמיר, *שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (חברה, מיגדר, משפט)*, הוצאת כרמל, ירושלים, 2004, (להלן: *שאלה של כבוד*) וכן "על פרשת דרכים: ישראל בין ארבעה מושגי כבוד", *תרבות דמוקרטית* 9 (2004), ו"רצון בת המלך - כבודה: הזמנה לפמיניזם ישראלי", [צפוי להתפרסם ב*תרבות דמוקרטית* 10 (2005)]. הספר והמאמר מתבססים על מאמר קודם, Orit Kamir, "Honor and Dignity Cultures: the Case of *Kavod (honor)* and *Kvod Ha-Adam (dignity)* in Israeli Society and Law", *The Concept of Human Dignity*

הדברים הנוגעים לענייננו. כפי שהצעתי שם, אכנה את הכבוד – honor – "הדרת כבוד", וזאת כדי להבחין משאר משמעויותיה של המילה העברית "כבוד", בלי להזיק לשפה האנגלית.¹⁷⁴

הדרת כבוד היא הערך המרכזי המכונן ומבנה סדר חברתי והיררכיה מעמדית בחברות המכוננות על ידי אנתרופולוגים וחוקרי תרבות בשם "חברות [הדרת] כבוד". חברות הדרת כבוד שונות ונבדלות זו מזו ברכיבים רבים ומגוונים, ואף על פי כן מקובל לאפיינן בכמה תכונות מבניות משותפות. בחברת הדרת כבוד, ערכו החברתי של אדם – כמו גם כבודו העצמי – נמדדים ונקבעים על פי מידת עמידתו בנורמות התנהגות של הדרת כבוד ברורות ומוכרות לכול. עמידה בנורמות של הדרת כבוד מעניקה סטטוס חברתי נכבד והערכה עצמית גבוהה; היא מקנה לפרט את הזכות לגאווה וחשיבות עצמית ולהתנהגות חברתית תואמת. כישלון בעמידה בנורמות גורר בושה והשפלה אישיים וחברתיים. התנהגות "לא מכובדת" נתפסת כיוצרת "כתם" של בושה והשפלה על שמו הטוב של אדם, וכפועל יוצא – אף על ביטחון האישי. שכן "יראת כבוד" מצד הזולת נרכשת בעמידה קנאית של אדם על הדרת כבודו, ואילו מחילה על הדרת הכבוד נתפסת כחולשה, ומפחיתה מיכולת ההרתעה וההישרדות של מי שהדרת כבודו נרמסה. הדרת כבודו של "איש הדרת כבוד" אמיתי יקרה לו יותר מחייו.

הדרת כבודו של אדם יכולה להיזק לא רק מהתנהגות בלתי-מכובדת שלו עצמו, אלא גם מפגיעת הזולת, פגיעה המחייבת את הנפגע להתנהגות של הדרת כבוד גמולית, שתמחה את כתם הבושה ותגרע מהדרת כבודו של הצד השני. התנהגות גמולית חייבת להיות פומבית, ולהתנהל על פי נורמות מדוקדקות ולעתים טקסיות או מעין-טקסיות. בנוסף, הגיון הכבוד מחייב שהתנהגות גמולית תהיה חריפה וחמורה יותר מן ההתנהגות שגררה אותה. לא די ליטול בחזרה את הדרת הכבוד שנלקחה, אלא יש ליטול מעט יותר. במילותיו של Willian Ian Miller, חברת הדרת כבוד פועלת על פי היגיון תחרותי של "less-than-zero-sum"¹⁷⁵ כשכל פגיעה בהדרת כבודו של הזולת מאדירה את הדרת כבודו של הפוגע. בחברת כבוד, האלימות רוחשת תמיד קרוב לפני השטח: בכל אינטראקציה חברתית קיים

in Human Rights Law. Discourse, (David Kretzmer and Eckart Klein – eds., Kluwer, Amsterdam, 2002), המכיל הרצאה שניתנה בכנס בינלאומי של מרכז מינרווה באוניברסיטה

העברית בירושלים, בדצמבר 1998. כל מראי המקום וההפניות מצויים בפרסומים הללו.

174. במאמרים המוזכרים בהערה הקודמת אני מבחינה בין כבוד-honor, כבוד-dignity, כבוד-glory וכבוד-respect. הטענה היא כי כל אחד ממובני הכבוד הללו מחובר להשקפת עולם שהיא שונה מן האחרות – ואף מתנגשת בהן, וכי המילה העברית "כבוד" כורכת את כל המובנים והשקפות העולם הללו יחדיו לכדי תערובת מורכבת ובלתי מפוענתת. המאמרים בוחרים את משמעויותיהם של מובני הכבוד השונים ואת מקומם בחברה הישראלית ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1391, עמוד 150.

175. Miller William Ian, *Humiliation and Other Essays on Honor, Social Discomfort and Violence* (Cornell University Press, 1995), 116

פוטנציאל שמי מן הנוכחים יחוש כי כבודו נפגע, ויגיב מיד להשבת כבודו ולביוש עולבו. תרבות הדרת כבוד היא, פעמים רבות, תרבות של חברה גברית לוחמת.¹⁷⁶ הדרת הכבוד משמשת כאמצעי משמוע יעיל ורב ועוצמה, אשר מכשיר פרטים להיאבק זה בזה על מקומם החברתי על ידי עמידה דקדקנית על הנורמות המקובלות. חברת הדרת כבוד מחנכת אנשים לקונפורמיזם, להתחשבות רבה ב"מה יגידו", ולהשוואה עצמית מתמדת עם הסובבים. חברת הדרת כבוד מעודדת אינדיבידואליזם ואחריות, שכן כל פרט אחראי להגן על הדרת כבודו, לבצרו ולהאדירו. עם זאת כתם של בושה הדבק באדם – מטיל את צלו גם על הדרת כבודם של בני משפחתו המורחבת; כך מעודדת החברה פיקוח ושיטור עצמי הדדי במסגרת המשפחה המורחבת.

חברת הדרת כבוד מחילה נורמות התנהגות שונות על מעמדות שונים. בחברות רבות, החלוקה המעמדית המובהקת ביותר בהקשר זה היא המגדרית. כללי הדרת הכבוד מחילים דרישות שונות ואף הפוכות על נשים וגברים. בחברות הדרת כבוד רבות, כמו חברות הדרת הכבוד הים תיכוניות, הדרת כבודו של גבר תלויה בשני רכיבים: האחד הוא התנהגות מוחצנת, אמיצה, עצמאית, רחבת יד, יהירה, ואגרסיבית שלו עצמו; הרכיב השני הוא "צניעותן", תומתן, חסידותן, צייתנותן ומסירותן של הנשים הקרובות אליו (אמו, אחותו, אישתו, ובנותיו), ומעל לכול – אי-נגישותן המינית.¹⁷⁷

בחברות כאלה, מיניותה של האישה היא פוטנציאל לבושה ומקור לסכנה מתמדת להדרת הכבוד. "חילול" מיניותה של אישה נוטל לא רק את הדרת כבודה שלה אלא בראש ובראשונה את הדרת כבודו של הגבר האחראי לשמירת הנגישות למיניותה.¹⁷⁸ נורמות הדרת כבוד בחברות אלה מטילות הן על האישה והן על הגבר חובה להבטיח את צנעת מיניותה של האישה, כלומר שאיש זולת "בעלה" לא יעשה שימוש במיניותה ויעשה בה מנהג בעלים. אישה שמיניותה שימשה גבר שאינו "בעלה" נכשלה במילוי חובתה, והמיטה קלון על עצמה, על הגבר או הגברים שכבודם תלוי בתומתה, ועל המשפחה כולה.¹⁷⁹

176. קוד ה"בושדיו" של הסמוראים היפנים בימי הביניים הוא דוגמה מובהקת לתרבות כבוד של חברת לוחמים גברית. "המערב הפרוע" כפי שעוצב בספרות וקולנוע ה"מערבונים" הוא אולי הדוגמה (הבדיונית?) המוכרת ביותר של חברה מערבית, גברית לוחמת בעלת תרבות הדרת כבוד.

177. לא כל חברת הדרת כבוד מתנה את כבודו של הגבר בצניעותן המינית של הנשים אשר בחסותו. חברות הדרת הכבוד המערב אירופיות, ככלל, לא ייחסו משקל רב למיניות הנשית.

178. הגבר הנוטל מיניות נשית שאינה שייכת לו עובר, אולי, על כללי ההתנהגות הראויה, אך הוא מאדיר את הדרת כבודו על חשבון הדרת כבודו של הגבר שנכשל בהגנה על בלעדיות הנגישות למיניותה של האישה. הדמות המיתולוגית המוכרת ביותר בתרבות המערבית של גבר הקוטף פירות אסורים לו ומתהדר בהדרת כבודם של הגברים הקרננים הוא דון-ג'ואן.

179. יתרה מזו, היא נתפסה גם כמסכנת את חיי אביה, אחיה או "בעלה", שכן כדי להסיר את הכתם ולהעניש את הפוגע, על הגבר הנפגע היה לנסות ליטול את חייו של הפוגע. ראו סיפור שכס ודינה בספר בראשית.

במקרה כזה, גם הגבר האחראי לשמירת הדרת כבודה נכשל בביצוע תפקידו, ושמו הטוב הוכתם. מאליו יובן כי שמירה על הדרת כבודה של האישה בעולם כזה מחייב הסתגרותה, שתיקתה, הרחקתה מן הזירה הציבורית, וזהירות מתמדת שלא ידבק שמץ של רבב בשמה הטוב. כדי להיות מכובדת, על האישה בחברות כאלה לנהוג באופן הפוך מזה הנדרש מגבר בעל הדרת-כבוד. כפי שמסכם זאת Pitt-Rivers, מבכירי חוקרי תרבויות הכבוד: "The honorable woman: locked in the house with a broken leg"¹⁸⁰.

תפיסת הדרת הכבוד באה לידי ביטוייה המובהק בזכותו (שלא לומר חובתו) החברתית של בן הזוג הנשוי לקחת את החוק לידי, להרוג את הגבר מסיג גבולו ו/או את אישתו שחוללה על ידי אחר, ולמרק בכך את הדרת כבודו שספגה מהלומה קשה. זכות חברתית-תרבותית לא כתובה זו זכתה מאז ומעולם בהכרה משפטית (מסויגת, כמובן) במסגרת המשפט המקובל. בראשית, הריגה שכזו על ידי גבר שהדרת כבודו חוללה, נתפסה כ"הצדקה חלקית" (partial justification), ומאוחר יותר הוגדרה כ"תירוץ חלקי" (partial excuse). בין כך ובין כך, אחריותו הפלילית של גבר שהרג בנסיבות כאלה הופחתה מרצח להריגה. זהו המצב המשפטי בארצות המשפט המקובל (כולל ישראל) עד עצם היום הזה. יתרה מזו, מעל ומעבר להוראות החוק, במשך מאות שנים מזכים מושבעים גברים רבים הנאשמים בהריגת בת זוג או בהריגת גבר "מסיג גבול". הם מכבדים ואף מזדהים עם הגבר ההורג, אשר יצא למחות את הכתם הכואב המעיב על הדרת כבודו, ומגינים על זכותו החברתית לנקום את הדרת כבודו.¹⁸¹

עברת האינוס התפתחה אפוא בעולם של הדרת כבוד, ויסודותיה משקפים את ערכיו. ואולם הדרת הכבוד שוב אינה שולטת בעולם המשפט המקובל כבעבר. בוודאי ברמת המוצהר, האידאולוגיה הליברלית דחקה את רגליה של מנטליות הדרת הכבוד, והמירה אותו בערכיה המתחרים והמנוגדים, ובראשם שוויון, חירות, אוטונומיה, הגדרה עצמית ופרטיות. היחלשותה של הדרת הכבוד כערך מרכזי ומכונן ועלית קרנו של השוויון באו לידי ביטוי גם בשינוי היחס החברתי והמשפטי כלפי מחל"ה בעולם המשפט המקובל. הדרת כבוד האב או ה"בעל" שוב אינה נתפסת כערך הראוי להגנת החוק, וקשר מיני שלא במסגרת הנישואים שוב איננו נתפס כעברה או אף כהתנהגות פסולה.

במרבית החברות בעולם המשפט המקובל קשרים מיניים שלא במסגרות נישואים הפכו לתופעה נפוצה ונורמטיבית. גם עברת הניאוף בוטלה במקומות רבים, ובמדינות אמריקניות רבות, שבהן היא עדיין מצויה עלי ספר, הפכה במידה רבה לאות מתה, ולהלכה שאין נוהגים על פיה. תזווה חברתית-תרבותית זו, שהתרחשה במהלך המאה העשרים, ובמיוחד במחציתה השנייה, שחקה את הזכויות הפטריארכליות של אבות, אחים ובני זוג נשואים ביחס לפעילותן המינית של הנשים שבמחיצתם. מיניותן של נשים בעידן הליברלי שוב אינה כרוכה (לפחות להלכה) בכבוש ובאיום על הדרת כבודם של גברים קרובים, אלא

Pitt-Rivers Julian, "Honor and Social Status", *Honor and Shame: the Values of* 180
Mediterranean Society (Peristiany J. G – ed., Chicago University Press, 1966) 45 מובאה

מקיפה יותר מדבריו במאמר שלי על כבוד באנגלית, ראו לעיל, הערה 173, בעמ' 240.

181. לדיון מפורט ומראי מקום ראו לעיל, הערה 113, בעמ' 137-185.

היא מובנית כחלק בלתי־נפרד מזהותן של הנשים; ככזו, השליטה במיניותן נתפסת כחלק מזכויותיהן הבסיסיות של נשים לאוטונומיה, הגדרה עצמית ושוויון. ירידת קרנם של הדרת הכבוד וערכים מסורתיים נוספים פינתה מקום, בעולם המשפט המקובל, להתפתחותן של שיח השוויון. הרחבת תחולת השוויון גם על נשים, והבנייתן כאזרחיות שוות זכויות לגברים, התרחשה רק במאה העשרים, והיא עדיין בבחינת "מהפכה בהתהוות"¹⁸². בעולם של שוויון מגדרי (לפחות ברמת המוצהר), נשים הופכות מנתונות למרותם של גברים – ליצורים אנושיים, תבוניים, אשר עומדות לעצמן ונהנות משוויון הזדמנויות וזכויות אזרחיות מלאות. בעולם (תיאורטי) זה, נשים, כמו גברים, חופשיות להתנסות בחוויות מיניות כרצונן, והחברה שוב אינה מוצאת לנכון להפעיל את החוק הפלילי כדי להגן על הדרת כבודו וזכויות הבעלות של אב שבתו מקיימת פעילות מינית. על פי השקפת עולם שוויונית, קשר הנישואים שוב אינו קשר של בעלות ושליטה, אלא של שותפות וקרבה בין שווים עצמאיים. ניאוף האישה, ממש כמו ניאוף הגבר, יכול לגרור משבר אנושי, או נפקויות משפטיות בתחום דיני המשפחה והממוץ, אך שוב איננו נתפס, ככלל, כעברה פלילית של האישה הנואפת או של הגבר שעמו נאפה. "זכותו" של בן הזוג הנשוי לנאמנות מינית נתפסת כדומה לזכות חוזית עם בת זוגו יותר מזכות בעלות בה, הכרוכה בהדרת כבודו הגברית.

הרפורמות המשפטיות בהגדרת עברת האינוס הן חלק בלתי־נפרד מהתפתחות חברתית־תרבותית זו ומעולם השוויון המודרני. העמדת עברת האינוס באופן בלעדי על רכיב "היעדר ההסכמה" מבטאת את העמדה הערכית כי בעולם ליברלי שוויוני, "לא" של אישה, ממש כמו של גבר, משמעו "לא", והוא מבטא את זכותו הבסיסית של כל אדם להגדרה עצמית ולתיחום גבולות הווייתו. אישה אשר אינה מעוניינת בקשר מיני אינה צריכה להיאבק כל עוד נשמתה בה כדי להוכיח כי סירובה הוא בעל משמעות ותוקף של ממש, שכן עצם היותה אדם ריבוני מעניק לסירובה את מלוא התוקף והמשמעות המחייבת. זכותה לשוויון מכילה את זכותה לשלוט בגופה (כמו גבר), לקבוע מתי ועם מי תקיים מגע מיני, ולהביע זאת במילים שהן בעלות תוקף מחייב. זכות זו מוגנת על ידי המשפט הפלילי באמצעות עברת האינוס.

בד בבד, גם הרפורמות אשר ביטלו את רכיב היעדר ההסכמה, העמידו את עברת האינוס באופן בלעדי על רכיב השימוש בכוח, וקבעו כי "אונס הוא אלימות ולא מין", אף הן פועל יוצא מובהק של האידאולוגיה הליברלית של שוויון האישה כאדם אוטונומי. אלימות, על פי גישה זו, היא בעיה אוניברסלית, והזכות להגנה מפניה שווה לכל נפש, וחלה על נשים וגברים כאחד. הגדרת האינוס כעברת אלימות והמרת שמה ל"תקיפה מינית" או "אלימות מינית", מייטרים את ההתייחסות המפורשת להיבטים המגדריים הספציפיים המיוחדים לאינוס נשים על ידי גברים, ומכריזים כי הערכים החברתיים המוגנים על ידי האיסור על אינוס הם הערכים האוניברסליים של שלמות הגוף והחופש מאלימות. הדרת כבוד, בושח,

182. לשם הצגה כללית (בשפה העברית) של השינויים המתחוללים במעמד האישה בכלל, ובישראל בפרט מאז המאה העשרים, והפניות לספרות נוספת, ראו בספרי, אורית קמיר, **פמיניזם, זכויות ומשפט** (הוצאת משרד הבטחון, 2002).

הסגת גבול, צניעות, תאווה, כיבוש, בגידה – כל אלה פינו מקומם לדיון בזכותו של כל אדם, לרבות נשים, כאזרחיות שוות זכויות, להגנה מפני אלימות.

כך גם שאר השינויים בתפיסת האינוס, בהגדרתה, ובהסדרים המשפטיים הראייתיים והדיוניים, כולם משקפים אידאולוגיה של שוויון. בעולם שבו מעשה מחל"ה של אישה איננו נתפס כעברה פלילית, והאישה, כמו הגבר, היא אדם מיני חופשי, לא ניתן להצדיק את "הגנת הבעל" מפני אפשרות הגשת תלונה על ידי בת זוגו; הוא שוב איננו נתפס כ"בעלה", ואינו רשאי לעשות בה כחפצו. אישה העוסקת בזנות נתפסת בעולם ליברלי שוויוני כמי שבחרת להתקשר בחוזים עסקיים עם "לקוחותיה" ולא כמי שעוברת בלא הרף עברות של מחל"ה; לכן, כאשר היא נכפית לקיים קשר מיני בניגוד לרצונה, היא זכאית להגנה משפטית ככל אישה אחרת. בעולם שבו אישה, כמו גבר, זכאית לפעילות מינית על פי בחירתה, שוב אין מקום להביא ראיות בדבר עברה המיני כדי להוכיח את "שחיתותה", את אי-מוסריותה ואי-אמינותה, או כדי לבסס טענה כי אם הסכימה בעבר למעשה מחל"ה – בוודאי הסכימה לכך גם במקרה הנדון. אם עדותה של אישה מהימנה כעדותו של גבר, ואם מתלוננת על אינוס איננה נתפסת כ"שותפה לעברה", שוב אין מקום לדרוש סיוע חיצוני לעדותה, או להזהיר את המושבעים כי תלונת אינוס עלולה להיות תלונת שווא.

ברוח השוויון ותפיסת האדם כאינדיבידואל תבוני ריבוני אפוא מרכיבים רבים של עברת האינוס שונו באופן מהותי, וכך הוסרו מחסומים שהוערמו בעבר בפני תביעה והרשעה בגין אינוס. שינויים רבים נוספים יכולים עדיין להתרחש במסגרת תפיסת עולם זו. ואולם על אף כל זאת, כפי שצוין קודם, תחושת האכזבה של מי שבוחנות את המציאות שמאחורי עברת האינוס היא מקיפה, ואיננה מופרכת. הסבר מתבקש אחד הוא כי מנטליות הדרת הכבוד, המבנה חברתי הפטריארכלי וטשטוש התחומים בין ניאוף ואינוס טרם פסו מן העולם, והם מפכים ומבעבעים ופורצים מן השופטים, המושבעים, התובעים, הסנגורים, ושאר השחקנים בהליך המשפטי. אני סמוכה ובטוחה כי הסבר זה קולע למציאות ומסביר במידה רבה את הפער הכאוב בין ההתייחסות המוצהרת לאינוס ובין המציאות החברתית והמשפטית. ואולם אני סבורה כי מעבר לכך, חלק מהקושי נעוץ גם בעצם השימוש בערך השוויון.

ככל הערכים הליברליים, השוויון הוא טכני מדי, אנליטי מדי, ובסופו של דבר – "גברי" מדי, במובן של נקודת מבט חברתית, מכדי להנביט ולטפח את השינוי היסודי הנדרש ואת תפיסת האינוס החדשה המתבקשת. כל שבכווח להציע הוא תיקונים בתפיסה המסורתית, ואלה אינם מספקים. שני כיווני הרפורמה בתפיסת האינוס יעידו.

התפיסה כי "לא" של אישה, כמו "לא" של גבר, הוא בעל תוקף מחייב, שכן האישה היא יצור תבוני וריבוני, מתעלמת לחלוטין מן ההבניה החברתית והמשפטית של האישה כנמענת פסיבית של יוזמה מינית גברית. תפיסה זו אינה מתייחסת למציאות החברתית, שבה גברים עדיין מצופים – וחשים מחויבים – להיות אקטיביים ומובילים בקשירתם ובמימושם של קשרים מיניים, ואילו תפקידן של נשים מסתכם ב"הסכמה" או סירוב. מציאות חברתית זו נושאת עמה עדיין את המטען התרבותי המבחין בין מיניות גברית, שהיא לגיטימית ו"כובשת" בטבעה, ובין זו הנשית, שהיא סבילה ובעייתית.

כפי שצינתי בחלקה השלישי של הרשימה, ההתייחסות המשפטית ל"הסכמת" האישה

כ"נסיה" פסיבית בלבד) מבטאה ומנציחה מציאות זו. ואולם שיח השוויון הליברלי אינו מתמודד עם מבנה עומק חברתי-משפטי זה, אלא מסתפק בהחלה השטחית של "זכות סירוב שוויונית" על המציאות המורכבת. התיקון בהגדרת האינוס מעניק הגנה משפטית לסירובה של אישה לקיים קשר מיני, אך איננו מתייחס כלל לכל המבנה המסתתר מאחורי סיטואציה זו של "סירוב". הוא עיוור להבנייתם השונה ומיצובם השונה של גברים ונשים בסיטואציה של קשרים מיניים, מסתפק בקביעת העמדה המופשטת כי נשים הן פרטים תבוניים וריבוניים ממש כמו גברים, ולכן מותיר את המצב על כנו, ואינו נוגע בשורשיו ובהווייתו.

כך גם הגדרת האינוס כאלימות ולא כהתנהגות מינית. תפיסה שוויונית זו מתעלמת מן המציאות החברתית שבה אינוס מבוצע בעיקר על ידי גברים על נשים, וככזה הוא אמנם תופעה המכילה אלימות, ואולם אלימות מסוג מאוד מסוים, המשותף לעברות רבות המבוצעות, ככלל, על ידי גברים נגד נשים. אלימות זו, שהיא בעלת צביון מגדרי מובהק, היא פועל יוצא של מבנה חברתי שבו גברים שולטים בנשים. היא באה לידי ביטוי ברצח נשים, אלימות גברית כנגד נשים במסגרת המשפחה, סחר בנשים, זנות, פורנוגרפיה, הטרדה מאיימת והטרדה מינית. אלימות זו משמרת את מבנה הכוח הגברי באמצעות טרור המבוצע על ידי פרטים גבריים נגד פרטים נשיים.

ביקורת זו של תפיסת "אינוס הוא אלימות ולא מין" פותחה ונפרשה בשיטתיות על ידי מקינאון (Catharine MacKinnon) במהלך שנות השמונים, בתגובה לרפורמות בעבירת האינוס.¹⁸³ מקינאון מצביעה על כך שהשוויון הליברלי מקדש את העיקרון האריסטוטלי, אשר על פיו דומות היא ההצדקה הבלעדית להענקת "יחס שווה לדומים". ברוח זו, "שוויון זכויות לנשים" בעידן הליברלי משמעו תפיסתן כיצורים רציונליים ואוטונומיים, כמו גברים, והענקת של כל זכות, הקנויה לגברים, גם לנשים בכל הקשר שבו הן "דומות" להם די הצורך. ואולם, עברת האינוס מציבה קושי של ממש במסגרת תפיסת שוויון כזו. גברים, ככלל, סובלים, ככל הנראה, הרבה פחות מאינוס, ומעולם לא מצאו לנכון להגן על עצמם על ידי פיתוח עברה פלילית האוסרת על אינוסם.¹⁸⁴ כיוון שכך, לא ניתן להעניק לנשים שוויון בהקשר זה על ידי הרחבת עברת אינוס "אוניברסלית" (כלומר גברית) והחלתה גם עליהן.

183. לגבי ביקורתה של MacKinnon את התפיסה ש"אינוס הוא אלימות ולא מין", ראו לעיל, הערה 30.

184. העברה המוכרת לנו כיום כ"מעשה סדום" היא גלגולו המודרני של האיסור העתיק על "משכב זכר". ממש כמו לגבי מחל"ה, במקורו, ועד העת האחרונה ממש, היה האיסור על "משכב זכר" גורף ומוחלט. גם כאן מקור האיסור הוא בערכי הדרת כבוד: זוהי פגיעה אולטימטיבית בכבודו של גבר להיות "נחדר", כלומר "נקבי"; זהו חילול של "זכריותו" על ידי דימויה ל"נקביות". רק בשלב מאוחר מאוד של העידן הליברלי הועמדה העברה על היעדר ההסכמה של הגבר הנחדר, והודמתה בכך לעברת האינוס. רק בשנים האחרונות מגן החוק הפלילי גם על גברים מפני חדירה לא רצויה (במקום לאסור עליהם חילול משפיל של זכריותם).

מנקודת מבט זו, בהקשר של אינוס, נשים "שונות" באופן מהותי ועמוק מגברים. כיוון שכך, ההגנה הפלילית מפני אינוס היא זכות ספציפית הנחוצה למגזר מסוים ולא זכות "אוניברסלית", וקשה להמשיגה במסגרת שיח של שוויון. תרגומה של עברת האינוס למושגים של אלימות אפשרה להמשיגה כאוניברסלית, ואולם עיקרה אותה ממהותה העמוקה, כאחד מסוגי האלימות השיטתית המבוצעים על ידי גברים נגד נשים במסגרת שימור ההגמוניה הגברית.

מקינזון מציעה לזנוח את התפיסה האריסטוטלית-הליברלית של השוויון, ולהגדיר את זכותן של נשים לשוויון כזכות לקבל כל הגנה הנחוצה להן כדי להשתחרר ממקומן הקבוצתי הנחות בעולם ההגמוניה הגברית, וכדי לברוא עולם חדש, אחר, נקי מדיכוי מגדרי.¹⁸⁵ במקומות אחרים הצגתי עמדה זו בהרחבה, כמו גם את הספק המקנן בי ביחס לסיכויי הצלחתה.¹⁸⁶ בתמצית, כיוון שתפיסתה של מקינזון קוראת תיגר על הקישור הבסיסי (האריסטוטלי) בין מושג השוויון ובין רעיון הדומות, קישור אשר נתפס מזה אלפי שנים כאינטואיטיבי, הכרחי ו"טבעי", אינני מאמינה כי כוח השכנוע של עמדתה יכול לגבור על מה שהוא בבחינת מובן מאליו, נפוץ ומושרש היטב. כפי שהצעתי בהקשר של הטרדה מינית, במקום להתקבע על ניסיון, שעלול להתגלות כבלתי-צלחה, להגדיר מחדש את ערך השוויון, ניתן לצקת את התכנים הפמיניסטיים אל תוך ערך אחר, שטרם השתרש במשמעות שמרנית.¹⁸⁷ בשיטת המשפט הישראלית, ערך זה הוא כבוד האדם.

לסיכום נקודה זו אומר כי אני סבורה שערך השוויון יכול ל"טהר" את עברת האינוס מיסודות אשר מבטאים באופן בוטה וברור הפליה פטריארכלית של נשים לעומת גברים ומנטליות של הדרת כבוד ששוב אינה מקובלת כלגיטימית. ואולם השינוי הנחוץ הוא עמוק ויסודי יותר. "שיפוצים" שוויוניים של עברה אשר נוסחה מתוך תרבות הדרת כבוד ומתוך זיהוי עמוק בין אינוס ומחל"ה, פשוט אינם יכולים לכונן מבנה תרבותי-ערכי-משפטי אלטרנטיבי, שיהיה מנותק לחלוטין ממורשת הדרת הכבוד הפטריארכלית. בשל אופיו האריסטוטלי, בשל גישתו האנליטית, ה"סטריילית", למעמדן של נשים בחברה, השוויון אינו הערך אשר ממנו ניתן ורצוי לטפח שיח שיכונן גישה אחרת לגמרי.

במילים אחרות: הרכיבים המסורתיים של הגדרת עברת האינוס (שימוש בכוח, אימים, הסכמה, התנגדות וכיוצא באלה) ספוגים כל כולם בערכי הדרת כבוד; כל עוד עומדת עברת האינוס על רכיבים אלה – לא ניתן יהיה להשתחרר לחלוטין מן המטען הערכי הבעייתי. שיח השוויון יכול להקטין את מספרם של רכיבים אלה בהגדרה מודרנית של העברה, ויכול לרכך את עוצמת המטען הפטריארכלי-המפלה שלהם, ואולם לשם השגת שינוי של ממש, מן ההכרח לוותר על הרכיבים המוכרים, ולהחליפם בתפיסה אחרת לגמרי

185. non MacKin (לעיל, הערה 1), "Difference and Dominance: On Sex Discrimination", אשר בעמ' 32.

186. בעברית, מאמרי, אורית קמיר, "איזו מין הטרדה? האם הטרדה מינית היא אפליה אסורה, או פגיעה בכבוד האדם ובחירותו?", **משפטים** כט (1998) 317, בעמ' 326; כמו כן, בספרי, לעיל הערה 182, הפרק על שוויון.

187. שם, במאמרי בעמ' 346, 373, ובספרי, לעיל הערה 182

של עברת האיננוס. שיח השוויון, כשהוא לעצמו, אינו יכול להוות בסיס ערכי אלטרנטיבי, שממנו יצמחו הרכיבים החדשים, השונים בתכלית, של עברת האיננוס. לשם כך יש לפנות לערך כבודו הסגולי של האדם, dignity. בסעיף הבא אדגים כיצד ניתן, במסגרת שיח כבודו הסגולי של האדם, dignity, לפתח בסיס חדש למבנה ערכי־משפטי של תפיסת האיננוס. אך תחילה אציג בקצרה את ערך כבודו הסגולי של האדם, dignity, כפי שהוא משמש אותי ברשימה זו.

2. כבודו הסגולי של האדם – dignity

במקומות אחרים דנתי בהרחבה בכבודו הסגולי של האדם, dignity, ובחשיבותו בהקשר של עברות נגד נשים.¹⁸⁸ להלן אביא רק את תמצית הדברים שפיתחתי שם. "כבודו הסגולי של האדם" הוא ערך ליברלי, מודרני (פוסט מלחמת העולם השנייה), מינימליסטי, הקבוע בסעיפה הראשון של ההכרזה האוניברסלית של זכויות האדם משנת 1948: "כל בני האדם נולדים חופשיים ושווים זה לזה בכבוד האדם ובזכויות".¹⁸⁹ ערך "רוה" זה, שהוא תולדה של הזוועות האיומות ביותר שביצעו בני אדם אלה באלה בהיסטוריה האנושית, הנו אוניברסלי ומוחלט, אך מסתפק במועט, ומטרתו ההגנתית המובהקת היא לקבוע "רצפה" תחתונה להתנהגות בין אנושית. מושג כבודו הסגולי של האדם אינו מוגדר או מובהר בהכרזה זו, ואף לא בספרות (משפטית ברובה) העוסקת בכבודו הסגולי של האדם. השימוש בערך חדש יחסית זה הנו פונקציונלי, ודומה שעמימותו המושגית, התיאורטית, אינה מזמינה התמודדות יסודית ושיטתית. כך, למשל, כבודו הסגולי של האדם נתפס כ"טבעי" ו"מולד" – אך בו בזמן גם כבעל משמעויות חברתיות וערכיות; כעובדה ראשונית בלתי־ניתנת לערעור – וכערך שיש לשאוף אליו; כמוחלט – אך גם כטנטטיבי ומאויים; כבלתי־ניתן לפגיעה או הכחדה – וגם כשברירי; כסיבה בראשיתית – אך גם כתוצאה של התנהגות אנושית. שאלות בסיסיות ביותר אינן מטופלות ביסודיות ואינן מוכרעות: האם התנהגותו (המוסרית) של אדם משפיעה על כבודו הסגולי? האם ניתן לגזול מאדם את כבודו הסגולי, או שמא זוהי תכונה אנושית בלתי־ניתנת לשליטה?

למרות העמימות העמוקה במשמעות כבודו הסגולי של האדם, ניתן להצביע על נקודות דמיון אחדות ובעיקר על נקודות שוני מהותיות בינו ובין הדרת הכבוד. אני מסכימה עם

188. גם כבוד-dignity מוצג בהרחבה בספר **שאלה של כבוד** ובמאמרים בתרבות דמוקרטית 9 ו-10, ראו לעיל, בהערה 173.

189. ראו לעיל "על פרשת דרכים: ישראל בין ארבעה מושגי כבוד", בהערה 173. במאמר זה אני מתייחסת לקשר בין ה-dignity המודרני, שאליו אני מתייחסת כאן, ובין קודמיו במחשבה הפילוסופית המערבית, ובמיוחד בהגותו של עמנואל קאנט. על אף הקרבה הרבה בין המושג המודרני לגלגוליו המוקדמים, ואף שאני משתמשת בציווי הקטגורי של קאנט כניסוח הפרדיגמטי של משמעות ה-dignity, חשוב להדגיש כי המושג המודרני איננו זהה לגרסאותיו הקודמות. בראש ובראשונה הוא נבדל מהן בהיעדר שורשים מטפיסיים.

קביעתו של Bourdieu Pierre כי

The ethos of honor is fundamentally opposed to a universal and formal morality which affirms the equality in dignity of all men and consequently the equality of their rights and duties.¹⁹⁰

במקביל להדרת כבוד בתרבות של הדרת כבוד, כבודו הסגולי של האדם הוא תכונה המצויה בלב קיומו וערכו האנושיים של כל פרט, ובו בזמן הוא גם ערך יסודי, המסדיר את עולם המושגים הערכי של תרבות הומניסטית. בניגוד חריף להדרת כבוד, כבוד סגולי הוא אוניברסלי, וחל על כל אדם באשר הוא אדם, בכל מקום ובכל זמן, בלא הבדל מין או השתייכות מעמדית או קבוצתית. כדי לרכוש הדרת כבוד יש לעמוד בדרישות התנהגותיות מדוקדקות, וכל סטייה מן הנורמה עלולה להביא לידי הכתמתו או אף לאובדנו; כבודו הסגולי של האדם הוא מולד, אין צורך לעשות דבר כדי "לזכות" בו, ורק התנהגות קיצונית ביותר עלולה (אולי) לפגוע בו. כבודו של פרט בחברת הדרת כבוד מצריך השוואה עצמית מתמדת לאחרים, במסגרת "משחק סכום – (פחות מאפס) תחרותי; כבודו הסגולי של פרט איננו תלוי בסובבים אותו, ואינו נמדד כנגד הכבוד הסגולי שלהם: הוא "מצריך" בלתי-מוגבל שאינו מצריך תחרות.

בשונה מהדרת הכבוד, כבודו הסגולי של האדם אינו ניתן ל"כימות" ול"ניכוס" על ידי פרט אחר. אם בכלל ניתן לדבר על "כימות" כבוד סגולי, דומה שעל פי הגיון השיח על אודות ערך זה, ככל שאדם זהיר בכבודו הסגולי של זולתו ומרוממו – כך "גדל", או מתחזק, או מתעצם גם כבודו הסגולי של האדם בכלל, ולכן גם כבודו הסגולי של הפועל עצמו. מנטליות של הדרת כבוד מעודדת תוקפנות, ומונעת על ידי אימת הבושה וההשפלה; כבודו הסגולי של האדם מעודד שותפות, ומונע על ידי סולידריות אוניברסלית בין אישית, אכפתיות ואמפתיה אנושית ללא גבולות. הדרת כבוד מקנה סטטוס חברתי ויוקרה אישית; היא מציבה סיכונים גבוהים, אך גם מבטיחה תשואות גבוהות. כבודו הסגולי של האדם אינו קשור בסטטוס או ביוקרה, אלא רק בהערכה אנושית בסיסית, שוויונית לכול. הוא אינו מבטיח תשואה, אך גם אינו מציב סיכונים. פגיעה בהדרת כבודו של פרט מטילה עליו את החובה "לנקות" את הכתם שהוטל על הדרת כבודו על ידי פעולת תגמול; מתקפה על כבודו הסגולי של פרט היא פגיעה בחברה האנושית בכללותה, ואינה מטילה על הפרט הנפגע כל חובת תגמול. אם הדרת כבוד היא משחק של חברת גברים לוחמים, כבודו הסגולי של האדם הוא משחק אוניברסליסטי של עולם המנסה למנוע אלימות ולהבטיח הישרדות. בבקשה להשאיר.

בעולם פטריארכלי של הדרת כבוד, עברת האינסו הוגדרה מתוך מחשבה על הדרת כבודם של אבות ו"בעלים", תוך הבחנה בין שני סוגי מגע מיני: מותר, במסגרת הנישואים,

Bourdieu, Pierre, "The Sentiment of Honor in Kabyle Society", *Honor and Shame: the Values of Mediterranean Society* (Peristiany J. G. – ed, Chicago University Press, 1966)

ואסור – מחוץ למסגרת זו. מגע מיני שקיימה אישה מחוץ למסגרת הנישואים פגע בזכויות ה"בעלות" והכתים את הדרת כבודו של אביה או של "בעלה", ונתפס אפוא בחומרה. האישה שנתפסה במעשה אסור כזה יכלה להתגונן על ידי האשמה באיננוס של בן זוגה למגע המיני. משמעותו של האיננוס היה אפוא "טיהור" אישה מן האשמה של פגיעה ב"בעלותו" והדרת כבודו של אביה או "בעלה". רצונותיה, תשוקותיה, ריבונותה וחירותה לא היו גורמים מרכזיים בסוגיית האיננוס.

במסגרת שיח השוויון הליברלי, האישה מוגדרת, כמו גבר, כאינדיבידואל תבוני, רציונלי, ריבוני ואוטונומי, אשר זכאי לקבוע מי יקיים עמו מגע מיני, מתי וכיצד. מתוך גישה זו נגזרו שתי תפיסות של עברת האיננוס: לפי האחת, האיננוס הוא מהווה הגנה משפטית, פלילית, על זכות האישה לסרב למגע מיני; על פי האחרת, האיננוס הוא מעשה אלים ולא מיני, ונשים, ככל אדם, זכאיות להגנת החוק הפלילי מפני כל תקיפה אלימה, לרבות כזו הכוללת חדירה וגינלית.

במסגרת תפיסת עולם שבמרכזה ערך כבודו הסגולי של האדם, האיננוס הוא פגיעה באותה מהות אנושית יסודית, תמציתית, אשר לה מעניק ערך כבודו הסגולי של האדם הגנה מוחלטת. מעשה של אונס מתייחס אל האישה או הגבר הנאנסים כאל פחות מאנושיים, כלומר כאל חפץ לשימוש הכוחני, המיני של האנס. מעשה האונס שולל מן הקורבן את הזכויות היסודיות, שהן ממהות האנושיות, להגדרה עצמית בסיסית ולקיום חופשי מתקיפה מינית ומהסגת גבולו הפנימי ביותר.

אף שמסיבות שונות אינני מזהה זיהוי מלא בין כבודו הסגולי של האדם ובין הכבוד אותו מגדיר קאנט, לענייננו כאן, אין ניסוח קולע ובהיר יותר מהקביעה, ברוח הציווי הקאנטיאני, כי איננוס הוא התנהגות שבה האנס אינו מכיר בנאנסת כמטרה אנושית לעצמה, והתנהגותו מביעה את תפיסתה כאמצעי בלבד לסיפוק צרכיו שלו.¹⁹¹ זוהי פגיעה אולטימטיבית בכבודו הסגולי של האדם.

כבודו הסגולי של האדם, כערכים הליברליים האחרים, הוא בבסיסו אינדיבידואלי ולא קבוצתי. ואולם כשם שהשוויון הליברלי הורחב כדי להכיל זכויות לשוויון על בסיס השתייכויות קבוצתיות, כך ניתן לעשות גם לערך כבודו הסגולי של האדם.¹⁹² כיוון שאיננוס הוא עברה המבוצעת, ככלל, על ידי גברים נגד נשים, והיא קשורה במבנה החברתי של הגמוניה גברית, הרי ההגנה על כבודו הסגולי של האדם בהקשר זה צריכה להכיל התייחסות ספציפית וקונקרטיית, רלבנטית לתנאיהם המיוחדים של הפרטים השייכים לקבוצה שאנושיותם של חבריה מותקפת על ידי ההתנהגות הנדונה. כלומר, ההגנה על כבודו הסגולי של האדם בהקשר זה צריכה להתייחס בראש ובראשונה למציאות חייהן של נשים, שכן זוהי הקבוצה שאנושיותם של חבריה מותקפת על ידי מעשי איננוס.

191. לציווי הקטגורי הקנטיאני ראו עמנואל קאנט, הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות, (הוצאת ספרים ע"ש מאגנס – האוניברסיטה העברית, תש"י). להסתייגותי מזיהוי כבוד האדם עם המשנה הקנטיאנית ראו לעיל, הערה 189.

192. ראו קמיר (לעיל, הערה 173).

בשונה ממסגרת מחשבה של הדרת כבוד, בעולם של כבוד סגולי, אינוס של אישה נתפס ומומשג ביחס לכבודה הסגולי האנושי ולא להדרת הכבוד של זולתה. בשונה ממסגרת שיה השוויון הליברלי, בעולם של כבוד סגולי, הטיפול באינוס של אישה אינו כבול בצורך לקבוע דומות של נשים לגברים, ובנכונות להעניק לנשים הגנה הנגזרת מזכויות שגברים הגדירו זכויות יסוד שלהם לפי תפיסתם העצמית. כבודו הסגולי של האדם מאפשר להתייחס אל האישה מתוך תפיסתה כישות אנושית בעלת ייחוד מגדרי, וככזו, כמקור ערכי מוחלט.

כבודו הסגולי של האדם איננו מכתוב התייחסות בלעדית זו או אחרת לעברת האינוס, אלא מתווה השקפת עולם שממנה ניתן לגזור המשגות שונות. בסעיף הבא אני מפתחת קו מחשבה אחד מני רבים אפשריים, אשר עולה בקנה אחד עם התייחסות לעברת האינוס מתוך פרספקטיבה של כבודו הסגולי של האדם.¹⁹³ הדיון נועד להדגים כיצד, בעזרת חשיבה ברוח כבוד האדם, ניתן לבחון מחדש ולראות אחרת היבטים הנתפסים כמוכנים מאליהם. פרובלמטיזציה זו יכולה להוביל להשתחררות מדפוסים מקובעים ובניה חדשה.

193. גרוס מציע גישה אחרת. לשיטתו, "אין למעשה כל סיבה שבהגיון שלא נלמד מתחום דיני החוזים גם בנושא זה." לעיל, הערה 22, בעמ' 336. תחת המטריה הנורמטיבית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, "שוב לא ניתן להעמיד את האישה בניסיון או לאפשר חופש שימוש לגבר בגוף האישה כאשר לא שודרו סימני התנגדות ברורים מצידה. שוב לא ניתן לגרור אותה לחובת עשייה על מנת לדחות את רצונותיו של הגבר שפולש לתחומה. גופה של האישה וכבודה הם "קניינים" בלעדיים שלה, והמבקש להשתמש בהם חייב לקבל הסכמה חופשית של הבעלים" (שם, בעמ' 338). גם פוגץ' מציעה להסתמך על דיני החוזים לשם הבהרת מושג ההסכמה והגדרתו בהקשר האינוס. (אף שהיא מציינת גם את ההסתייגויות מן הקישור בין אינוס לדיני חוזים. אינני שותפה לדעתה כי ניתן וראוי להתגבר על הסתייגויות אלה.) לעיל, הערה 22, בעמ' 191. תפיסת גופה ומיניותה של אישה כ"קניינה" עומדת גם ביסוד הצעתו של Donald A. Dripps. Dripps מציע להשוות את בעלותה של האישה על גופה ומיניותה לבעלות קניינית ברכוש, ומתוך כך הוא גוזר כי עברת האינוס אינה צריכה להתמקד בהיעדר הסכמת המתלוננת, אלא בפעולת הגזל של הנאשם. גישתו מובילה אותו לצדד בשיטות המשפט אשר ביטלו את רכיב היעדר ההסכמה והתמקדו ברכיב השימוש בכוח, ואולם הוא מדגיש לא רק את עצם האלימות, אלא גם את "הפקעת" רכושה של האישה. לשיטתו, יש לכונן שתי עברות שונות, שהאחת היא תקיפה מינית אלימה, החלה מקום שבו הנאשם יודע ו/או מעוניין לגרום לנאנסת נזקים פיזיים ו/או חרדה מתקיפה פיזית, והשנייה היא הפקעת בעלות על מיניות, והיא חלה כאשר הנאשם אינו שועה לסירוב הנאנסת, נוטל ממנה את השימוש המיני בגופה, אך אינו מתכוון לגרום לה נזק פיזי נוסף או חרדה מנוק פיזי ואינו מודע לנזק או חרדה כאלה. Donald A. Dripps, "Beyond Rape: An Essay on the Difference Between the Presence of force and the Absence of Consent", 92 *Columbia Law Review* (1992) 1780
Robin West, "Legitimizing the Illegitimate: על גישתו ראו: A Comment of Beyond Rape", 93 *Columbia Law Review* (1993) 1442

3. דיון בעברת האינוס בעולם של כבוד האדם

(א) הגדרת האקט המיני

נקודת המוצא שלי לדיון בעברת האינוס היא ההנחה הרווחת בקרב משפטנים העוסקים באינוס, ואשר נתפסת על ידיהם כחוקה חלוטה, כי האקט המיני הוא אותו אקט עצמו בין שהוא מכונן אינוס ובין שהוא מכונן קשר מיני חופשי רצוי, וכי כל ההבדל בין השניים הוא ב"נסיבה" חיצונית למעשה המיני עצמו, כמו היעדר הסכמת האישה או הפעלת כוח מעל לנדרש לעצם החדירה הווגינלית.

הגישה הרווחת שביסוד הדיון המשפטי בעברת האינוס, היא כי המעשה הפיזי אשר מכונן את עברת האינוס הוא אותו מעשה עצמו אשר מכונן, בנסיבות אחרות, מגע מיני בהסכמה. התפיסה הרווחת, הנתפסת כמובנת מאליה, היא כי ההבדלים בין אינוס ובין קשר מיני חופשי הם קיומו או היעדרו של קשר נישואים בין הצדדים, ו/או מידת אלימותו של הגבר, ו/או הסכמתה של האישה לביצוע המעשה, ו/או מידת התנגדותה האקטיבית. אני מאמינה כי תפיסה זו של המעשה המיני היא המאפשרת את טשטוש הגבולות בין ניאוף לאינוס, ובין יחסי מין רצוניים לאינוס. זהו לב ליבו של הכשל אשר מוליד את הכישלונות המתמשכים בטיפול בעברת האינוס. יתרה מזו, גישה זו פוגעת בכבודם הסגולי של נשים וגברים כאחד.

קל לראות כיצד מתיישבת הגישה הרווחת עם מנטליות של הדרת כבוד: בעולם המסורתי, ה"נסיבה" של קשר נישואים בין הגבר לאישה נתפסה כמכוננת באופן בלעדי ומוחלט את ההבדל בין קשר מיני לגיטימי ובין קשר מיני עברייני. "נסיבה" זו הוחלפה, על ידי תפיסות שונות, ב"נסיבות" אחרות, אך ההתייחסות הבסיסית לא השתנתה. לצערי, דומה כי גם גישות שוויוניות, ליברליות ופמיניסטיות רבות, ובמיוחד אלה המדגישות את רכיב היעדר הסכמת האישה כרכיב המרכזי של העברה, מקבלות ללא ערעור התייחסות זו ופועלות במסגרתה. גם לשיטתן, החדרת איבר מין זכרי לתוך איבר מין נקבי מכוננת יחסי מין "תקינים" כאשר האישה הנחדרת מסכימה לכך, ועברת אינוס – כאשר איננה מסכימה. בלשונו של Shapo, אחד הכותבים על הנושא, האינוס הוא:

the only form of violent criminal assault in which the physical act accomplished by the offender[...] is an act which may, under other circumstances, be desirable to the victim.¹⁹⁴

של Dripps: "More on Distinguishing Sex, Sexual Expropriation and Sexual Assault: A Reply to Professor West", 93 *Columbia Law Review* (1993) 1460. שאני מסכימה עם רבים מדבריו של גרוס, ואף עם חלק מדבריו של Dripps, אינני יכולה להצטרף להשוואת הסכמת האישה למגע מיני להסכמה חזוית, או לתפיסת גופה וכבודה כ"קניינים" שניתן "להפקיע" מרשותה. אני מצטרפת לדעתה של West כי הגדרות העברות המוצעות על ידי Dripps אינן רצויות. הדיון בסעיף הבא יבאר דברים אלה.

194. Helene S. Shapo, "Recent Statutory Developments in the Definition of Forcible Rape", 61 *Virginia Law Review* 1500 (1975) 1503. גם כותבת מודעת וביקורתית כהאופטמן

ניסוח אחר של אכסיומה זו הוא: [All that distinguishes [rape] from ordinary sexual intercourse is lack of consent]¹⁹⁵.
לניסוח מפורט של מובן מאליו זה ראו:

מבין כל העבירות המנויות בקודקס הפלילי בולט ייחודה של עבירת האינוס: עבירה אשר ביסודה התנהגות אנושית טבעית ומקובלת – בעילה. בעבירת האינוס, שלא כבמרבית העבירות האחרות, כגון עבירות ההמתה, עבירות נגד הגוף, עבירות נגד בטחון המדינה ועוד – לא האקט הפיזי שביסוד העבירה, אלא הנסיבות האופפות אותו הן אשר מעניקות לו את האופי הפלילי. המעשה עצמו (הבעילה) לא רק שאיננו בהכרח בגדר מעשה אסור על פי החוק, אלא שבהעדר אותן נסיבות מפלילות, הריהו דווקא אחת מצורות ההתנהגות האנושיות הבסיסיות ביותר, אחד האופנים המובהקים של אינטראקציה בין בני אנוש והגרעין לעצם קיומו של המין האנושי. מהו, איפוא, קו הגבול המפריד בין המותר והאסור? דהיינו, בין הבעילה המותרת לבין האינוס? על כך משיב החוק לכאורה בפשטות, בהצביעו על נקודת הציון המסמנת את גבולות האיסור הפלילי: הסכמת האישה.¹⁹⁶

מבטאה גישה זו ללא כל הסתייגות. את מאמרה על עברת האינוס היא פותחת במילים אלה: "מבין כל העבירות המנויות בקודקס הפלילי בולט ייחודה של עבירת האינוס – עבירה אשר ביסודה התנהגות אנושית טבעית ומקובלת – בעילה. בעבירת האינוס, שלא כבמרבית העבירות האחרות, כגון עבירות ההמתה, עבירות נגד הגוף, עבירות נגד בטחון המדינה ועוד – לא האקט הפיזי שביסוד העבירה, אלא הנסיבות האופפות, הן אשר מעניקות לו את הגוון הפלילי; והמעשה עצמו, לא רק שאיננו בהכרח בגדר מעשה אסור על פי החוק, אלא שבהעדר אותן נסיבות מפלילות, הריהו דווקא אחת מצורות ההתנהגות האנושיות הבסיסיות ביותר, אחד האופנים המובהקים של אינטראקציה בין בני אנוש והגרעין לעצם קיומו של המין האנושי". מתוך נקודת מוצא זו, אין פלא כי גם היא נאלצת לשאול "מהו, איפוא, קו הגבול המפריד בין מותר ואסור? דהיינו, בין הבעילה המותרת לבין האינוס?" ראו לעיל, הערה 22, בעמ' 189.

195. Richard Posner, *Sex and Reason* (Harvard University Press, 1992) 338. וראו לעיל הערה 10, בהערה 31 בטקסט שם.

196. כהנא (לעיל, הערה 22), בעמ' 77. (כן, דבריו המאוחרים יותר של כהנא זהים לאלה של האופטמן המובאים בהערה 194, אף שאינם מוצגים במאמרו כציטוט אלא כניסוח מקורי. התוצאה היא כי שניים מן המאמרים היחידים העוסקים באינוס במשפט הישראלי מכילים דברים אלה.)

בקבעם כי אינוס הוא העברה האלימה היחידה שבה ההתנהגות עצמה, בנסיבות אחרות, הייתה נחשקת על ידי הקורבן, קובעים הכותבים, כמובן מאליו, שכל מגע מיני (הטרסקסואלי?) הוא מטבעו ובהכרח אלים או כופה בצורה כלשהי ובמידה כלשהי. הם קובעים כי כמעט אין הבדל בין מגע מיני ובין אינוס, וכי למעט אלמנט אחד בלבד, שיכול להיות גלוי או סמוי, ברור או מעורפל, מגע מיני ואינוס הם, בעצם, בלתי-מובחנים.

מתוך דבריהם, המדגישים את ייחודה של עברת האינוס כבלתי-מובחנת מהתנהגות נורמטיבית, עולה כי בשונה מן הקשר בין מגע מיני חופשי לאינוס, קרב אָגרוף רצוני ותגרה אלימה המתרחשת בניגוד לרצונו של אחד הצדדים נבדלים זה מזה גם ברכיב ההתנהגות, ולא רק בקיומה או היעדרה של הסכמה הדדית. ואכן, דומני שלא היה עולה על דעתם של הכותבים לטעון כי אָגרוף ותגרה כפויה זהים בכול – למעט האלמנט האחד של הסכמת אחד הצדדים. שכן ברי לכל בר בי רב כי באָגרוף חלים כללי התנהגות המוכרים היטב למשתתפים, אשר מבטיחים הגינות, כבוד הדדי, ו"רוח ספורטיבית". שני הצדדים, אף כשהם מחליפים מהלומות ומקזיזים זה את דמו של זה, מתנהגים כשותפים המשחקים יחדיו לתועלתם והנאתם המשותפת. כאשר אחד הצדדים חורג מן הכללים המוסכמים, ומכה באחר באופן ההולם תגרת רחוב ולא אָגרוף (למשל, "מתחת לחגורה"), החריגה מן ההתנהגות המותרת מזוהה מיד, והחורג מן הכללים נענש. בתגרה כפויה על ידי אחד הצדדים, ההתנהגות שונה בתכלית: פראית, לא מכבדת, לא מתחשבת. בעיני הכותבים על עברת האינוס, הבחנה זו אינה חלה על היחס בין חדירה מינית חופשית ורצויה ובין חדירה שהיא אינוס.

כשמדובר בהשוואה בין אָגרוף ובין תגרה, לא יעלה על הדעת להתמקד אך ורק באָגרוף האנושי הפוגע בחלק גוף של הצד השני, נאמר בפנים. אילו בודדנו את מפגש האָגרוף עם פני היריב והגדרנו רק אותו כ"התנהגות הרלבנטית", צריך היה לומר כי תקיפה היא עברה אלימה אשר, בנסיבות אחרות, ההתנהגות המכוננת אותה היא ספורט מכובד ואלגנטי. ואולם כשאנו חושבים על אָגרוף ותגרה איננו מפרידים את מפגש האָגרוף עם פני היריב מן ההקשר הרלבנטי של גופים המתנועעים זה מול זה בהרמוניה על פי חוקיות ספורטיבית; כיוון שכך, "ההתנהגות הרלבנטית" שונה מאוד באָגרוף מבתגרה כפויה.

כך גם לגבי ההבחנה בין תקיפה בסכין ובין ביצוע ניתוח רפואי. אם נתמקד אך ורק במגע המקומי בין להב הסכין ובין הסנטימטר הספציפי של הבשר הנבקע – ייתכן שלא נוכל להבחין בין שני האירועים, ואולם התמקדות כזו איננה עולה על הדעת. כל חבר וחברה בחברה האנושית יודעים להבחין היטב בין תקיפה אלימה בסכין ובין ניתוח רפואי, ולא יעלה על דעתם לבלבל בין השניים בטענה כי ההתנהגות עצמה אחת היא. ברור לכול כי יש הבדל תהומי בין התנהגות המכוננת תקיפה אלימה בסכין, ובין ההתנהגות השיטתית, המובנית, המכוננת ניתוח רפואי. אדם שלא ידע להבחין בין השניים ייחשב "בלתי סביר" דיו כדי להצדיק בחינה רפואית.¹⁹⁷

197. מובן כי ניתוח אשר מתבצע בלא הסכמת החולה מוגדר על ידי החוק הפלילי כתקיפה, ואולם באותה מידה ברור לכול כי במהותו, הניתוח שונה מתקיפה ככזו, וכי שוני מהותי זה ניכר לעין כול. תודה לאורי בראון על דוגמה מצוינת זו. חגית מסר-ירון הציעה לי דוגמה ממחשה מצוינת נוספת: ההבחנה הברורה בין תחרות ריצה ספורטיבית ובין רדיפה של אדם המבקש לתפוס את זולתו כדי להכותו או לבצע בו עברה אחרת.

מקל וחומר שכך גם לגבי היחס בין חדירה מינית שהיא רצויה לאישה (welcome by her), ובין חדירה מינית המבוצעת בה בעל כורחה.¹⁹⁸ ההשוואה לאגרוף הפוגע בפני היריב מלמדת כי בעבור הכותב המצוטט למעלה, בחדירה מינית, ההתנהגות הרלבנטית היא אך ורק המפגש בין איבר המין הזכרי ואיבר המין הנקבי, במנותק משני בני האדם והתנהגותם הסובבת את עצם החדירה. ולא כן היא. גישה כזו מפוררת את שני הצדדים למעשה המיני לאיברים נפרדים, ומוציאה את החדירה מהקשרה. ואולם האיבר החודר והאיבר הנחדר אינם ניתנים להפרדה משני בני אדם הפועלים יחדיו, זה מול זה, כמו שני מתאגרפים או שני יריבים בתגרה. פירורם לכדי איברים נפרדים היא גישה הפוגעת בכבוד הסגולי האנושי של שניהם, ושל כל אדם בכלל.

בלי להיכנס לפרטים גראפיים שאין זה המקום לתארם, ובלי לקבוע מסמרות בשאלה כיצד בדיוק נראית חדירה מינית רצויה בכל מקרה נתון, דומני שניתן לקבוע בבירור כי חדירה מינית המבוצעת במסגרת התנהגות מינית רצויה לשני הצדדים שונה מאוד – בהקשרה האנושי המלא – בצורתה, במהותה, באופיה, בכל היבטיה, מחדירה מינית בלתי-רצויה לנחדרת (או לנחדר). כשאנו צופים במעשה מיני בסרט קולנוע, לרוב אין לנו צורך בכתוביות כדי לזהות אם מדובר במעשה מיני רצוי או במעשה מיני בלתי-רצוי, וזאת אף שהמפגש בין איברי המין הרלבנטיים, במנותק מן הפועלים האנושיים, עשוי להיראות דומה מאוד. עמדה זו הובעה בבחירות על ידי נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) השופט מאיר שמגר בפסק דינו בעניין אינוס שמרת:

מן הראוי להעניק משקל נאות גם לנסיבות האובייקטיביות: לצד עדויות שקולות ומנוגדות זו לזו באופן קוטבי, יש משמעות גם לתיאור הנסיבות העובדתיות שנתקיימו אליבא דכולי עלמא; כגון שרשרת המגעים, בלילה אחד, של ילדה בת ארבע עשרה וחצי, בכוסתן הגלילי, לאחר מכן בחדרו של אופיר ואחר כך בחדרה, הכל ברצף אחד, תוך מספר שעות, כאשר המדובר בילדה יחידה המסובבת כל העת, בקבוצת נערים בני שש עשרה וחצי, שבע עשרה ושמונה עשרה, פעם ארבעה פעם שלושה ופעם אף שבעה במספר, ומסכימה, לפי הטענה, מרצונה החופשי למגעים בסדרה, כאשר הנערים הם הקובעים את תור הגישה אליה.¹⁹⁹

198. כפי שכבר הבהרתי למעלה, המילה "הסכמה" מכילה קונוטציה של פסיביות נשית ותגובה "מאשרת" בלבד ליוזמה המינית הגברית, ולכן נוח לי יותר להמירה במילה אקטיבית יותר כמו "רצון". הקושי הוא כי הביטוי "בניגוד לרצונה" זוהה בעבר עם דרישת ההתנגדות האקטיבית של המשפט המקובל, ועלול עדיין להכיל שרידים ממשמעותו זו. אקפיד אפוא להשתמש בביטויים "רצויו" ו"בלתי רצויו", ולא ב"לרצונה" ו"בניגוד לרצונה", שכן לא מצאתי מילה עברית המעבירה את המשמעות המדויקת של "unwelcome".

199. ראו לעיל, הערה 11, בעמ' 316

בית המשפט המחוזי, שהחיל את ההלכה הנוהגת, המעוגנת כיום גם בחוק, הכריע כי התביעה לא הוכיחה מעל לכל ספק סביר שהנערה לא הסכימה, ולא שהנערים אכן ידעו בפועל כי היא איננה מסכימה. השופט שמגר קובע כי כל אדם אשר "מסתכל בתסריט" שהוא מתאר בפרוטרוט, חייב להבין כי התרחשות שכך נראית – חזקה שהיא אינוס ולא מגע מיני בהסכמה. תיאור האירוע מדבר בעד עצמו, ומלמד כי אין כאן התנהגות טבעית, רגילה ונחשקת, שרק היעדר ההסכמה הוא שהופכה לעברה פלילית. בפשטות: "חדירה רצויה" היא חיה שונה לחלוטין מ"חדירה בלתי-רצויה", וזאת אף אם איבר מין נקבי, איבר מין זכרי, והמגע המקומי ביניהם, במנותק מן ההקשר המלא, יכולים, במבודד מן הסיטואציה כולה, להיראות דומים מאוד בשני המקרים.²⁰⁰

הניסיון להצביע על ההבחנה המהותית, הטבועה, בין שני סוגי ההתנהגות המיניים נתקל במחסומים תרבותיים-משפטיים מבניים, המנציחים את מערכת הערכים השלטת (הפטריארכלית) ומקשים על שינויה. כך, למשל, שפתנו כמו השפות האחרות – אינה מכילה ביטוי נבדל שמשמעותו "חדירה רצויה" וביטוי נבדל ל"חדירה בלתי-רצויה".²⁰¹ קשה לדבר ולחשוב על ההבחנה בין המעשים השונים הללו בהיעדר מטבעות לשון שיאפשרו לעשות כן. חישבו, לשם דוגמה, על שני ביטויים אפשריים כמו "התחברות" או "התחככות", לשם ציון חדירה וגינלית רצויה לשני הצדדים, לעומת "נקיבה", לשם ציון חדירה וגינלית שאיננה רצויה לנחדרת.²⁰²

אילו עמדו לרשותנו שני ביטויים כאלה, היינו יודעים להבחין בין שני סוגי ההתנהגות, בין שהם מופיעים על מסך הטלוויזיה, בין שהם מתרחשים בחיינו האינטימיים, ובין שהם מתוארים על ידי עדים ועדות בהליך פלילי. מתלוננת על אינוס יכלה לומר "הוא ניקב אותי", ולהבהיר בכך כי ההתנהגות שהתרחשה הייתה חדירה לא רצונית, שהיא שימשה בה כנקב לסיפוק צורך החדירה של האנס. כדי לתאר לבית המשפט את ההבדל בין "נקיבה" זו ובין מעשה של "התחברות", די שהמתלוננת תתאר את מהלך ההתרחשות. מובן כי אלימות

200. פרשת שמרת היא מקרה מובהק וקיצוני, שהקל על השופט שמגר להגיע למבחן הנסיבות האובייקטיביות. במקרים אחרים תהיה העבודה השיפוטית קשה יותר – אך לא בלתי אפשרית, ולא קשה יותר מהניסיון לפענח ולקבוע מהי "הסכמה" ואם הוכח היעדר הסכמה מעל לכל ספק סביר.

201. ביטויי רחוב רבים, המתייחסים למעשה המיני במינוח אליים ומשפיל (כמו, למשל, דפיקה, השחלה, תקיעה, נקנוק וכיוצא באלה) יכלו לציין את ההתנהגות הבלתי-רצויה, ואולם, למרבה הצער, הם משמשים לתיאור שני סוגי ההתנהגות.

202. ככוונה אינני משתמשת בביטויים המכילים את המילה "אהבה", כדי להבחין בין מגע מיני המתבצע מתוך רגש עמוק בין הצדדים, ובין כל מגע מיני שאיננו כפוי. הקישור בין "נקיבה" ובין "נקבה" הוא כמובן מכוון, במטרה להדגיש את משמעויותיו של ביטוי "ניטרלי" זה. "בעילה" היא המילה שיכולה וצריכה היתה לציין "חדירה בלתי-רצויה", אך, למרבה הצער, היא מציינת כיום בחוק דווקא חדירה מכל סוג שהוא (תודה לדפנה גולן-עגנון שהדגישה באוזניי נקודה זו).

מצדו של האנס, או אמירה של הנאנסת כי "איננה מסכימה" יכולות, כמו עובדות רבות אחרות, לשמש כראיות, אך אין צורך בהם כרכיבים להגדרת העברה. ההבחנה המשפטית הבינארית, הפיקטיבית, הדוגמטית, בין "היסוד ההתנהגותי" של עברה, ובין "היסוד הנפשי" שלה מגבה את היעדר ההבחנה הלשונית בין התנהגות שניתן היה לכנותה "התחברות" או "התחככות" ובין התנהגות שניתן היה לכנותה "נקיבה". ההבחנה המשפטית דורשת מאתנו לשתף פעולה עם העמדת הפנים כאילו באמת ניתן, במציאות האנושית המורכבת, להבחין ולהפריד "יסוד התנהגותי" מ"יסוד נפשי". והרי המשמעות האנושית המיוחסת לכל מעשה בהקשר חברתי-תרבותי היא המכוננת את הגדרת ה"התנהגות האובייקטיבית", ומשמעות זו אינה ניתנת להפרדה מן ה"יסוד הנפשי", שהוא הפרספקטיבה האנושית של הפועל. החלוקה הדיכוטומית הקשיחה שמכתיב השיח הפילי, מעודדת חלוקה והבחנה פשטנית בין "המעשה עצמו" ובין "יחסו" של המבצע, ומעודדת הבחנה מלאכותית כמו זו שאותה אני בוחנת כאן, בין "חדירה" ובין "כוונה"/"ידיעה" וה"הסכמה" שחשים הצדדים הפועלים.

גישה זו מפשטת התנהגות אנושית מורכבת ומציגה אותה כחד-ממדית. שהרי "התחברות", או "התחככות" היא התנהגות המכילה הן את החדירה הפיזית והן את המצב הנפשי של רצייה של שני הצדדים ומודעות הדדית לרצייה זו, ו"נקיבה" היא התנהגות המכילה הן את החדירה הפיזית, הן את היעדר הרצייה²⁰³ של הצד הנחרד, והן את חוסר התחשבותו של החודר בהיעדר הרצייה של הנחרד. (ואת ממש כשם שביטוי סתמי כמו "הוא צייר" משמעו שפלוני ביצע התנהגות המכילה גם יסוד פיזי, גם יסוד נפשי של התכוונות לצייר וגם הכרה של הדוברת בערכה של ההתנהגות. "הוא שירבט" משמעו שפלוני ביצע התנהגות שמכילה יסוד פיזי, איננה מכילה התכוונות לצייר ואיננה זוכה להכרה של ציור על ידי הדוברת.)

שיח כבודו הסגולי של האדם מאפשר להביע את משמעות ההבדל בין "חדירה רצויה" ובין "חדירה בלתי-רצויה", לפתחה ולהבינה. בעולם של כבוד סגולי, "חדירה רצויה" היא חלק מהתנהגות המהווה מימוש עצמי חופשי של הצדדים המעורבים. התנהגות מסוג "חדירה בלתי-רצויה" פוגעת בכבודו הסגולי של האדם. היא שוללת את אנושיותו, מערערת את כבודו העצמי וביטחונו העצמי כאדם השולט בחייו, ופוגעת בחירותו הגופנית והמינית. היא משפילה ומבזה את אנושיותו, על ידי התייחסות אליו כאל אובייקט מיני לשימוש של החודר, כלומר כאל גוף ללא נפש. היא יוצרת החפצה (אובייקטיפיקציה) של אדם אחד לשימוש של אדם אחר. היא מחללת בגסות את צנעת פרטיותו העמוקה ביותר, לשם סיפוק צרכיו של אדם אחר. "חדירה בלתי-רצויה", מעצם מהותה, מפרה את הציווי ההומני האולטימטיבי להתייחס לכל אדם כאל מטרה ולא כאל אמצעי בלבד.²⁰⁴

203. המילה "רצייה" אינה מושלמת, ממש כמו "חדירה בלתי-רצויה", אך, כאמור למעלה, אני נמנעת מן השימוש במילה "רצון" כיוון ש"בניגוד לרצונה" מוכתם כבר בהקשר ספציפי זה ומכיל קונוטציה של דרישת התנגדות אקטיבית של קורבן אונס.

204. במקום אחר הגדרתי באופן דומה את ההטרדה המינית כפגיעה בכבוד האדם. ראו לעיל, הערה 186, במאמרי.

זאת ועוד, הקביעה כאילו ההבדל היחיד בין "חדירה רצויה" ובין "חדירה בלתי-רצויה" הוא הסכמת האישה לביצוע החדירה, פוגעת, כשהיא לעצמה, בכבודו הסגולי של האדם. גישה זו מבתרת את האדם לאיברים, ומתמקדת באיבר אחד תוך הפרדתו מן המכלול האנושי השלם, ומן האינטראקציה האנושית הרלבנטית. תפיסה זו משפילה ומבוזה את כל מי שמקיימים קשרים מיניים רצויים, וכן את מהותו של הקשר המיני הרצוי עצמו. אדם המקיים קשר מיני רצוי יודע היטב שמעשהו, בהקשרו הרלבנטי המלא, שונה בכל מובן ממעשה מיני בלתי-רצוי. הטענה כי אין הבדל בין מעשהו הפיזי של אדם כזה ובין מעשהו הפיזי של אנס, המבצע מעשה מיני בלתי-רצוי, חוטאת לאמת ופוגעת בכל איש ואישה "מן הישוב" שאינם מקיימים יחסים מיניים לא רצויים.

על פי הגיון דברים זה, היסוד המרכזי בעברת האינס צריך להיות התנהגות המהווה "חדירה בלתי-רצויה": "המבצע 'חדירה בלתי-רצויה' דינו מאסר".

העמדת האינס על "חדירה בלתי-רצויה" מעוררת שאלות מאלפות, שתצרכנה דיון מפורט כשיעלה הנושא על סדר היום הציבורי. כך, למשל, האם יכול אדם להתגונן בטענה כי המתלוננת הסכימה ל"חדירה הבלתי-רצויה" שבוצעה בה? תשובה חיובית עלולה להשיב אותנו אל הגדרת אינס הקמה ונופלת על היעדר הסכמת האישה; תשובה שלילית עלולה להגביל את החופש המיני של אנשים הבוחרים לאפשר לזולת לבצע בהם מעשים מיניים שאינם רצויים להם (וכך, למשל, במערכות יחסים סאדו-מזוכיסטיות). ומה באשר לנשים העוסקות בזנות? האם אישה שקיימה קשר מיני שאינו רצוי לה תמורת תשלום, רשאית להתלונן על אינס בטענה כי בוצעה בה "חדירה בלתי-רצויה"?

דומני כי תשובה פשוטה היא כי כאשר אדם טוען כי קיים חדירה בלתי-רצויה, אך הדבר היה בהסכמת הצד הנחרד, עליו להסתמך על הסכמתו המפורשת של הצד הנחרד למעשה הבלתי-רצוי לו. כלומר, במקרה של חדירה בלתי-רצויה, נטל הראיה יעבור אל הנאשם, הטוען כי התקיימה בהסכמת הנחרדת.²⁰⁵ כבודו הסגולי של האדם מוביל להנחה כי, כברירת מחדל, אדם אינו מסכים שתבוצע בו חדירה בלתי-רצויה; הטוען כי במקרה מסוים הסכים הנחרד, עליו הנטל להציע טענת הסכמה מפורשת. כך, למשל, לגבי נשים העוסקות בזנות, נאשם פוטנציאלי יכול לטעון כי קבלת תשלום כספי בעד הקשר המיני הבלתי-רצוי הביעה, בהקשר המסוים של מין-מסחרי, הסכמה מפורשת כזו.

205. בפסק דינו בעניין שמרת מרחיק השופט חשין עוד יותר, ומביע את העמדה כי בכל מעשה מיני (ולא רק במעשה מיני המכיל "חדירה בלתי-רצויה"), על הגבר להצטייד בהסכמה מפורשת של האישה: "גבר היוזם מגע-אישות עם אישה, עליו הנטל לבקש הסכמתה של האישה, ועליו הנטל לקבל הסכמתה. ורק במקום בו הסכימה האישה – באחת מדרכי ההסכמה המקובלות" בין מקובלות על בני אדם בכלל ובין מקובלות על הגבר והאישה המיוחדים – ניתן לומר כי מעשה-האישות נעשה בהסכמתה של האישה. ואם לא נתנה האישה הסכמתה – הסכמה מפורשת או הסכמה במשתמע – יהיה מעשה-האישות שלא בהסכמה. במקום בו עולה ספק אם הסכימה האישה למעשה-אישות – או אם לא הסכימה – המסקנה חייבת להיות כי מעשה האישות היה שלא בהסכמה, שהרי עד שלא היתה הסכמה לא היתה הסכמה, ומעשה אישות שהיה לאחר אותה "לא היתה הסכמה" נעשה ממילא "שלא בהסכמתה החופשית" של האישה". ראו לעיל, הערה 11, בעמ' 387-388.

(ב) דירוג חומרה על פי מידת הפגיעה בכבודו הסגולי של האדם

ניתן לטעון כי כל תקיפה מינית פוגעת בכבודו הסגולי של האדם במידה כלשהי ומצדיקה סנקציה פלילית. עם זאת לא כולן פוגעות בכבוד הסגולי של האדם מתקיפות מיניות אחרות, אנאלית פוגעות פגיעה חמורה יותר בכבודו הסגולי של האדם מתקיפות מיניות אחרות, מכיוון שעל ידי חדירה כזו מביע התוקף אדישות והיעדר כבוד אולטימטיביים לא רק כלפי אנושיותו, ריבונותו, חירותו המינית ודימויו העצמי של הזולת, אלא גם כלפי כאבו, שלמותו הגופנית, בריאותו ואף חייו. במקרה של חדירה וגינלית על ידי איבר מין זכרי, התוקף מביע אדישות והיעדר כבוד גם כלפי האפשרות כי המעשה יביא ילד בלתי-רצוי לעולם, או יחייב את הנאנסת לבצע הפלה. זהו ביזוי אולטימטיבי של אנושיותה על כל רבדיה. כל פגיעה מינית אחרת, לרבות חדירה אוראלית והטרדה מינית, יכולה להיות כלולה בעברה פחותה בחומרתה. בו בזמן, שימוש בכוח, גרימת חבלה גופנית, אינוס בחבורה, אינוס בנוכחות אדם אחר, איומים, נשיאת נשק, אינוס תוך חטיפה, אינוס כעברת שנאה על בסיס גזעני או אתני, אינוס נערה צעירה או אישה לקויה בשכלה – כולם יכולים לשמש רכיבים מחמירים שישפיעו על דרגת הענישה הן בגין פגיעה מינית והן בגין פגיעה מינית המכילה חדירה, כלומר אינוס. כל אחד מהם יכול להיתפס כמחמיר את מידת הפגיעה בכבודו הסגולי של האדם.

*

דיון זה בעברות האינוס אינו מתייחס לכל היבטיהן ואינו מתיימר לכסות את כל הסוגיות הרלבנטיות. עם זאת הוא מציע כיוון להמשגה מחודשת של הסוגיה, שתהיה חפה מכל קשר לעולם הדרת הכבוד, לערכים פטריארכליים, למורשת ההיסטורית של המשפט המקובל, לטשטוש הגבולות בין ניאוף ואינוס וליסודותיה המסורתיים של עברת האינוס, הרוויים בכל אלה. הגיונה הוא הגיון כבודו הסגולי של האדם, והיא משקפת נקודת מבט שאיננה גברית בלבד אלא, אני מקווה, משותפת לגברים ולנשים רבים ורבות. בה בעת, זוהי גישה המתישבת היטב עם ערך השוויון והשיח הנגזר ממנו. הגישה המוצעת מקדמת את זכות האישה לשוויון הזדמנויות וזכויות חברתי, כיוון שהיא מנתקת אותה ממקומה בתפיסת העולם הפטריארכלית, וקוראת תיגר על תפיסה בלתי-שוויונית זו. במקום לקבע את האישה בהיררכיה מפלה, גישה זו מגנה על אנושיותה, חירותה, זכותה להגדרה עצמית, עצמאותה המינית וחופש הבחירה שלה, זכויות יסוד שעל כל פרט בחברה ליברלית ליהנות מהן בלא הבדל דת, גזע או מין.

ז. חלק שישי: סיום**1. סיכום ומסקנות**

פתחתי בהצגה תגייגית של תיקון מספר 61 לחוק העונשין. לאור הדיון בעברת האינוס של המשפט המקובל, ברפורמות השונות ותוצאותיהן, ובערכי השוויון וכבודו הסגולי של האדם, מתבהרת משמעותו העמוקה של המהלך שביצעה הכנסת, לטוב ולרע. על פני הדברים, דומה כי גישתו החדשה של המשפט הישראלי היא הסבירה והראויה.

היא עולה בקנה אחד עם חלק מן הניתוחים הפמיניסטיים,²⁰⁶ כמו גם עם התפיסה החברתית ה"נאורה" שניתוחים אלה עודדו וחיזקו בעשורים האחרונים. גישה זו מתיישבת עם העמדה כי "לא" משמעו "לא", ומבהירה באופן ברור ביותר כי מעשה מיני ללא הסכמת האישה הוא חמור, מתועב ואסור גם אם התוקף לא השתמש בכוח, וגם אם האישה לא נלחמה בו עד כלות.

האכזבה מן הגישה הרפורמטורית האלטרנטיבית, אשר המירה את האיסור על אונס באיסור על אלימות מגדרית, הובילה לאחרונה להתעניינות והתמקדות מחודשת בסוגיית ההסכמה החופשית והיעדרה.²⁰⁷ התפתחות זו אף היא מחזקת את ידי העמדה הישראלית החדשה.

ואולם אליה זו – גם קוצים בה. חשש אחד שהצגתי הוא כי ההתמקדות בהסכמת המתלוננת תעצים את ההתייחסות אליה כאל נאשמת, והתייחסות זו תרתיע נאנסות מפנייה למערכת המשפט. חשש נוסף הוא כי בעקבות העמדת האינوس על היעדר הסכמה בלבד, נאשמים רבים יעלו טענות הגנה של אי-ידיעה וטעות ביחס להיעדר ההסכמה, והגדרת היסוד הנפשי בחוק הפלילי הישראלי עלולה לאפשר לרבים להתחמק מאחריות פלילית. חשש שלישי הוא כי הגדרת היעדר הסכמת המתלוננת כנסיבה של העברה מחוק דימויים מגדריים סטראוטיפיים ומוביל לטעויות בניתוח המשפטי של מצבים אנושיים.

חשש אחר מתייחס לקשר ההדוק בין רכיב היעדר ההסכמה ובין שאר רכיבי עברת האינוס של המשפט המקובל המסורתי. באנגליה, שגם בה הועמדה עברת האינוס על רכיב היעדר ההסכמה לברדו, היעדר הסכמתה של המתלוננת מוכח על ידי התביעה פעמים רבות באמצעות הוכחת שימוש בכוח על ידי הנאשם. אף שהשימוש באלימות הוא ראייתי בלבד, ההודקקות התכופה לו מקרבת את המצב המשפטי הנוכחי למצב הקודם, שבו היעדר אלימות הפחית מאוד את הסיכוי שבתי המשפט ישכילו לזהות אינוס. הקשר הגורדי בין הרכיבים של היעדר הסכמה, שימוש בכוח, והתנגדותה האקטיבית של הנאנסת עלול להעיב על הניסוח החדש באופנים נוספים, שכן כל השלושה נעוצים בתפיסה קדומה של האינוס, אשר אינה מבחינה בין אינוס ובין מחל"ה (מין מחוץ למסגרת הנישואים), ואשר מבנה את המתלוננת על אינוס כנאשמת במחל"ה. תפיסה קדומה זו נעוצה בהשקפת עולם של הדרת כבוד – honor – שאיננה עולה בקנה אחד עם תפיסתנו כיום את מהות האדם, את הקשר בין בני אדם, את האינטראקציה המינית ואת ההבחנה המגדרית.

עקב כל החששות הללו ניסיתי לחשוב על עברת האינוס מחדש, מתוך תפיסת עולם של כבודו הסגולי של האדם, dignity. הצעתי כי חשיבה מחודשת על אינוס צריכה להתמקד

206. זוהי עמדתה של Estrich (לעיל, הערה 13), וראו התייחסות, למשל, בעמ' 102. לדיין יסודי ראו: Schulhofer, (לעיל, הערה 15), בעמ' 99, "The Missing Entitlement: Sexual Autonomy".

207. המקום שבו חלה התפתחות זו הוא קנדה. Kevin Bonnycastle, "Rape Uncodified: Reconsidering Bill C-49 Amendments to Canadian Sexual Assault Laws", *Law as a Gendering Practice* (Dorothy E. Chunn and Dany Lacombe-eds., Oxford University Press, 2000) 60.

בהתנהגות מינית המהווה "חדירה בלתי-רצויה". הצעתי כי ניתן וראוי לנסות להגדיר התנהגות כזו מתוך תחושה כי ניתן לזהותה כהתנהגות נבדלת לחלוטין מהתנהגות של קשר מיני לגיטימי, ממש כשם שניתן לזהות אגרוף ולהבחינו מתגרה. טענתי כי יש לטבוע מושגים לשוניים שיאפשרו דיון בהתנהגות המינית הלגיטימית לעומת זו שאינה לגיטימית.

*

במדינת ישראל של ראשית האלף השלישי, קשר מיני לגיטימי מוגדר, בראש ובראשונה, מתוך השוואה למה שהמשפט הפלילי מגדיר כקשר מיני בלתי-לגיטימי, כלומר אינוס. משמעות הדבר היא כי מה שהמשפט הפלילי אינו אוסר כאינוס – נתפס כמין לגיטימי. המשפט הפלילי משתמש, לשם הגדרת האינוס, במושגים השאובים מהשקפת עולם מסורתית, פטריארכלית, שהייתה מקובלת לפני מאות ואלפי שנים, וביחס למושגים אלה מגדירה החברה הישראלית מהו קשר מיני לגיטימי. המסקנה מכל האמור ברשימה זו היא כי הגיעה העת לחשוב מחדש על המושגים אשר באמצעותם יש להגדיר הן קשר מיני לגיטימי, והן את התופעה הפתולוגית של אונוס.

חשיבה מחודשת כזו איננה יכולה להתבצע על ידי המשפט והמשפטנים, אלא בידי הציבור הרחב. סוגיות מהותיות ויסודיות בהגדרת האדם, המגדר והקשר המיני אינן משפטיות, והן מחייבות שיח חברתי מעמיק של כל המגזרים, ובהשתתפות כל הדיסציפלינות. שיח כזה אינו יכול להתרחש ולהסתיים בתוך שבועות מספר ואף לא בתוך חודשים מספר, שכן מדובר בבחינה מחודשת של ערכים בסיסיים והגדרה עצמית.

אני סבורה כי תפקידו של המשפט לאפשר שיח ציבורי כזה ולעודדו, אך לא להחליפו. רק משלובנו הערכים, המושגים, התפיסות, הדימויים, ההגדרות, והחברה גיבשה גישה כלשהי למשמעותו של קשר מיני לגיטימי, יש לזמן את המשפט כדי לנסח את ההכרעות החברתיות, ולהגדיר, לאור התפיסה על אודות קשר מיני לגיטימי, מהו קשר מיני פתולוגי, כלומר אינוס.

מתוך כך עולה כי רשימה זו מילאה את תפקידה עם הצגת החששות ביחס למצב המשפטי הקיים, הצבעה על כיווני מחשבה אפשריים, וקריאה לדיון ציבורי. ואכן, חלק מקוראי טיוטות קודמות של רשימה זו סברו כי ראוי לסיימה בנקודה זו. לשיטתם, אין זה ראוי להקדים את המאוחר ולהציע ניסוחים משפטיים חלופיים, "אוטופיים", שאולי יכולים להשתמע מן הדיון שבפרקים הקודמים. היו שסברו כי האמור ברשימה זו צריך לחלחל אל מערכת המשפט באמצעות הפסיקה, ולא דרך התערבות כירורגית של חקיקה.

קוראים אחרים סברו כי אין פסול בכך שהדיון האקדמי, התאורטי, ברשימה זו נוטש את הגיון החוק הקיים ולשונו; ואולם, לשיטתם, יש לסיים את הדיון בהצעות לתיקונים ספציפיים של נוסח החוק הקיים, אשר עולות בקנה אחד עם המשפט הפלילי כמות שהוא. אילו אכן החלטתי לסיים את הדיון בהצעות לתיקונים ספציפיים, הייתי, אולי, פונה לחוק האנגלי החדש משנת 2003, או לזה הקנדי, כמקור השראה לחשיבה מחודשת על משמעות דרישת היעדר ההסכמה בהקשר של אינוס.²⁰⁸ כפי שהזכרתי קודם, בקנדה בוטל

208. תודה חמה לרות לור על הצעתה לחשוב על אודות המשפט הקנדי כמודל.

(ב-1985) השימוש במילה אינוס (rape), והאיסור על ההתנהגות שאנו רגילים לחשוב עליה כאינוס נכלל בסעיף האוסר על "תקיפה מינית".²⁰⁹ (סעיף זה אינו מכיל הגדרה של תקיפה או תקיפה מינית, אלא מסתמך על הגדרת התקיפה הכללית, אשר בחוק הקנדי מכילה את היסוד של היעדר הסכמת הקורבן).²¹⁰ במגמה להבהיר את סוגיית ההסכמה, הוספו בשנת 1992 כמה סעיפים, אשר קובעים מהי הסכמה, באילו נסיבות לא ניתן לקבוע כי התקיימה הסכמה, ובאילו נסיבות לא יכול הנאשם להעלות טענת הגנה של טעות לגבי היעדר ההסכמה. בתרגום (לא רשמי) לעברית, זוהי לשונם של סעיפים אלה:

2.73. 1 (1) [...] "הסכמה" משמעה [...] הסכמה וולונטרית של המתלוננת/מתלונן לעסוק בפעילות המינית הנדונה.

(2) בהקשר זה, לא הושגה הסכמה אם:

(I) ההסכמה הובעה במילים או התנהגות של אדם שאיננו המתלוננת/מתלונן;

(II) המתלוננת/מתלונן אינה יכולה להסכים לפעילות;

(III) הנאשם מפעיל על המתלוננת/מתלונן לחץ על ידי שימוש לרעה ביחסי אמון, כוח או סמכות;

(IV) המתלוננת/מתלונן מביעה, בין במילים ובין בהתנהגות, היעדר הסכמה להשתתף בפעילות;

(V) המתלוננת/מתלונן, לאחר שהסכימה ליטול חלק בפעילות המינית, הביעה, במילים או בהתנהגות, היעדר הסכמה להמשיך ולהשתתף בה.

(3) אף דבר אחד מן האמור בסעיף קטן (2) לא יפורש כמצמצם את הנסיבות שבהן לא הושגה הסכמה.

2.2 אין זו הגנה [...] שהנאשם האמין כי המתלוננת/מתלונן הסכימה לפעילות הנדונה, אם

(I) אמונתו של הנאשם צמחה

(1) מהשתכרות חופשית של הנאשם, או

(2) מפזיונותו, או עצימת עיניים על ידיו.

209. לשון הסעיף היא זו: "Every person who commits a sexual assault is guilty of..." Criminal Code, R. S. 1985, c. C-46, s. 271.

210. שם, החלופה הראשונה של סעיף 265, אשר אוסר על תקיפה, קובע כי:

"A person commits an assault when (a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly".

(ב) הנאשם לא נקט צעדים סבירים, בנסיבות כפי שהיו ידועות לנאשם בעת התרחשות הנדונה, לוודא שהמתלוננת/מתלונן אכן הסכימה.²¹¹

הסדר משפטי זה, שהוא המעניין ביותר שאני מכירה, אף אם אינו מכיל חשיבה מחודשת מן היסוד על מהות הקשר המיני, בהחלט עולה בקנה אחד עם האמור ברשימה זו, והוא בר השגה והגשמה גם ללא מהפכות מן היסוד. סעיף 273.2 (ב) קובע, למעשה, חובה על אדם החודר לגופו של אדם אחר לנקוט צעדים סבירים, בנסיבות העניין כפי שהיו ידועות לו. זוהי, בעצם, גרסתה החקוקה של ההצעה שהציע השופט חשין בפרשת שמרת.²¹² אילו

211. לעיל, ss. 273.1-3.2. זו לשונם המקורית של שני הסעיפים:

273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), "consent" means, for the purpose of sections 271, 272, and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question. (2) No consent is obtained, for the purposes of sections 271, 272 and 273, where (a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant; (b) the complainant is incapable of consenting to the activity; (c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority; (d) the complainant expresses, by words of conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or (e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity. (3) Nothing said in subsection (2) shall be construed as limiting the circumstances in which no consent is obtained.

273.2. It is not a defense to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where (a) the accused's belief arose from the accused's (I) self-induced intoxication, or (II) recklessness or willful blindness; or (b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting".

212. ראו לעיל, הערה 205. כדי לפשט את הסוגיה עוד יותר, ניתן לקבוע בעברת האינסוס חובה ברורה, מפורשת ומפורטת, על פיה אדם החודר מינית לגופו של אחר חייב לנקוט צעדים סבירים, בנסיבות העניין כמות שהן ידועות לו, כדי לוודא הסכמתו של האדם הנחודר לאקט החדירה. (ניתן לקבוע באופן רחב יותר כי אדם המקיים מגע מיני כלשהו עם אחר חייב לנקוט צעדים סבירים, בנסיבות העניין כמות שהן ידועות לו, כדי לוודא הסכמתו של האדם עמו הוא מקיים את המגע המיני.) מי שטוען להגנתו כי לא ידע שהמתלוננת על אונס לא

עלה תיקון עברת האיננוס על סדר היום הפרלמנטרי כיום, הייתי תומכת באימוץ גישה זו (ביחד עם מספר שינויים שאציע להלן, שניתן לחוקקם כבר היום, בטרם "מהפכה רעיונית ונפשית" ביחס לתפיסת הקשר המיני והאיננוס).
לאחר התלבטות ממושכת, החלטתי לסיים את הרשימה כאן, ולא להיכנס לפרטיה של הצעת תיקון מעשית, שניתן לחוקקה אך היא אינה מכילה את מלוא המהפכה הנדרשת. עם זאת החלטתי להציע תוספת לקוראים אשר בכל זאת מעוניינים לעשות יחדיו צעד חשיבה ניסיוני נוסף כבר עתה. בתוספת שלהלן אשרטט סקיצה של דוגמה להצעת חקיקה חדשה, המבטאת את העולה מכל האמור ברשימה זו, תוך מתן תשומת לב דקדקנית לדבריהם של שופטי בית המשפט העליון והכותבות והכותבים האקדמיים בתחום (לרבות רות קנאי, ציפורה האופטמן, עמנואל גרוס, יובל ליבנת, דנה פוגין, ש. ז. פלר). מתוך הגיונו, ערכיו ומושגיו של המשפט הישראלי הפלילי הקיים, ההצעה עלולה להיראות לחלק מן הקוראים אוטופית ורדיקלית. עם זאת היא מסמנת אופק, מעידה כי ניתן לחשוב על תפיסות משפטיות שונות בתכלית של האיננוס, ומכילה גם רכיבים שניתן לאמצם ולעבדם לכדי חקיקה גם כיום.

2. תוספת

במהלך הדיון העליתי ספקות ביחס להבחנה של המשפט הפלילי בין היסוד העובדתי ובין היסוד הנפשי של העברה, והבעתי הסתייגות מנוסחו של סעיף 19 לחוק העונשין, המגדיר את היסוד הנפשי במשפט הישראלי. משום קוצר היריעה, לא זה המקום להיכנס לדיונים מפורטים בסוגיות אלה. מטעמים פרגמטיים, סקיצת הצעת החוק שלהלן מקבלת את ההבחנה המסורתית של המשפט הפלילי בין יסוד נפשי ובין יסוד עובדתי, ואף את נוסחו של סעיף 19 לחוק העונשין, כיוון שהיא מיועדת להשתלב בעולם המשפטי הקיים. אני תומכת בחשיבה מחודשת על אודות הגדרת היסוד הנפשי, ובוודאי על אודות היחס הנפשי הנדרש כלפי נסיבות העברה, אך ההצעה הנוכחית מניחה את המצב המשפטי הקיים, לרבות המינוח האחיד שנקבע בתיקון 39.

הצעת החוק שלהלן קובעת הגדרה ספציפית מפורשת ובהירה לגבי עברת האיננוס, בלי למוטט את המבנה המושגי הקבוע בסעיף 19 כיום ובלו להתנגש בו. יתרה מזו, עברת האיננוס אינה מוגדרת במושגים שנשמעים כשייכים להגיונה של הרשלנות (סבירות); מי שיבקש לתרגמה למושגים הקיימים של היסוד הנפשי ימצא קרבה לסוג ה-recklessness הנוהג במשפט האנגלי, ואשר הוצע שוב ושוב על ידי שופטי בית המשפט העליון הישראלי.
עוד מתוך התחשבות במציאות, המרתי את הצירוף "חדירה לא רצויה" (ובוודאי את הביטוי "נקיבה") בצירוף שיכול להתקבל יותר על דעת השיטה הנוכחית: "חדירה כפויה". המילה "כפויה" מביעה את האכיפה העצמית שבעברה האיננוס, בלי להכיל דרישת אלימות או כוח פיזי. ה"חדירה כפויה" שבהצעת החוק היא מה שניסיתי להמחיש כ"חדירה לא רצויה".

הסכימה להיחדר על ידיו חייב להראות כי אכן נקט צעדים סבירים כאמור, ועם זאת לא ידע כי המתלוננת לא הסכימה.

בהתאם למסקנות הדיון לכל אורך רשימה זו, הצעת החוק אינה מכילה אף אחד מן הרכיבים אשר הגדירו אינוס במשפט המקובל המסורתי: אי-הסכמה, שימוש בכוח רב, איומים, התנגדות המתלוננת. היא נמנעת מהבניית חלקה של האישה כ"נסיבה", ומונעת אפשרות התמקדות שיפוטית במתלוננת, בהתנהגותה לפני המגע המיני הנדון, במהלכו ולאחריו, בלבושה, "תמימותה" או "טיפשותה" וכיוצא באלה. הצעת החוק מונעת שימוש רחב מדי בהגנת הטעות. ההצעה מגדירה מעשה מיני הפוגע בכבודו הסגולי של האדם. בנוסף, ההצעה מתמודדת עם בעיות שלא טופלו ברשימה זו, כמו ההיבטים השליליים של השימוש בביטוי האנכרוניסטי "בעילה",²¹³ ההיבטים השליליים של השימוש בביטוי המוסרני הפוגע "מעשה סדום",²¹⁴ ההבחנה וההבדלים הקיימים בחוק העונשין בין עברת האינוס ובין העברה המכונה "מעשה סדום",²¹⁵ והבעייתיות שבשימוש בביטוי העמום והמוסרני "מעשה מגונה". ההצעה מציעה הסדר לסוגיית המגע המיני במרמה והטעיה, סוגיה אשר נדונה ביסודיות על ידי דנה פוגין.²¹⁶ אף שפוגין מציעה לחוק ולבצר את רכיב היעדר ההסכמה, בעוד ההצעה שלהלן אינה משתמשת (מן הסיבות שהובהרו) במושגי הסכמה, דומני כי הניסוח המוצע מתיישב היטב עם התפיסה שפוגין מפתחת.²¹⁷ ההצעה מבטלת את ההבחנה הארכאית בין תרמית במהות המעשה ומיהות העושה ובין כל שאר סוגי התרמית. מעבר לכך, ההצעה מבטלת את ההבחנה הקטגורית בין אינוס בהדירה ללא הסכמה, ובין מגע מיני שהושג בתרמית; הגדרת ההתנהגות המוצעת מכסה את שני הסוגים הללו, ומדגישה את הערך החברתי המוגן על ידי שניהם ואת הפסול והנזק שבשניהם. בהצעת החקיקה שלהלן בחרתי להתייחס לכל העברות המיניות כאל מעשים של "כפייה מינית". עם זאת בחרתי להותיר על כנו את השם "אינוס", ולהמשיך לייחדו לכפייה מינית המכילה חדירה. המילה "אינוס" מכילה חומרה מיוחדת, ויש, לדעתי, מקום לשמרה,²¹⁸

213. לעיל, הערה 22, במאמרי.

214. שם. חשוב לזכור כי "משכב זכר" היה אף הוא אסור בתכלית בחברות מסורתיות, ונתפס כחמור עוד יותר ממעשה מחל"ה. ההתייחסות להתנהגות זו כאל "מעשה סדום" מבטאה את התפיסה כי זהו מעשה נתעב ומזוויע ההולם את המושחתים שבאנשים, שדינם מוות. החוק המודרני אמנם מתיר "מעשה סדום בהסכמה" (בין בגירים), ואולם מוסיף להתייחס אליו כאל "מעשה סדום", כותרת אשר חותרת תחת האופי ה"ליברלי" של הוראות החוק ומשמרת את השקפת העולם הקדומה.

215. ההבחנה וההבדלים מחמירים את האיסור על קיום קשר חד-מיני עם אנשים צעירים לעומת קיום קשר דו-מיני כזה. אך יותר מכך הם משמרים את ההבחנה בין מין הטרנסקסואלי ובין מין הומוסקסואלי. לאור ערכי השוויון וכבוד האדם קשה לחשוב על הצדקה להבחנה זו, המשמרת את ההתייחסות השלילית לחד-מיניות.

216. בנוגע לקרמינליזציה של גינוני חיזור מקובלים, ראו לעיל, הערה 22.

217. שם, מעמ' 192 ואילך, "הצעות לשינוי המצב הקיים".

218. נקודה זו אינה נקיה מספק, וזאת משום המוסכמה החברתית לייחד את המושג "אינוס" אך ורק למעשים המכילים אלמנט של כוח. אף שקשר מיני שהושג תוך שימוש באיום או בתרמית הוגדר כאינוס עוד במשפט המקובל המסורתי, עדיין סוברים רבים כי אינוס מחייב

כשם שיש, לדעתי, מקום לשמר את החומרה המיוחדת של כפייה מינית הכוללת חדירה לגוף הקורבן, וזאת למרות הביקורת הפמיניסטית, שהזכרה למעלה, המתנגדת להעמדת האיננוס על חדירה בלבד. אני סבורה כי הגדרת המעשה המיני האסור כ"כפייה מינית", והוספת אלמנט החדירה רק כרכיב שיכול להצטרף לכפייה כזו, שולל מן החדירה את המרכזיות שיוחסה לה בעבר, בלי להפחית מעוצמת הפגיעה שהיא יכולה להביא עמה אל הכפייה המינית. הגדרתי "חדירה" כווגינלית או אנאלית, ולא כחדירה אוראלית. זאת משום שאני סבורה כי, ככלל, ולמרות חריגים חמורים, חדירה אוראלית היא מכאיבה ומסוכנת פחות לקורבן (מבחינת נזקי גוף, סכנת היריון לא רצוי והידבקות במחלות), וייתכן שאף ההשפלה הכרוכה בה מועטה לעומת שני סוגי החדירה האחרים. ואולם זוהי נקודה שיש לתת עליה את הדעת לאור בדיקה וניתוח יסודיים של תפיסות חברתיות משתנות. בשיחות מצאתי כי רבים וטובים חלוקים עלי בנקודה זו.

בחרתי לאחד את עברות ה"אינוס" ועברות "מעשה סדום", כיוון שכולן עברות של "כפייה מינית" המכילות חדירה. החלת המילה "אינוס" גם על מתלוננים גברים מבהירה כי גם גברים עלולים להיות קורבנות של עברת האינוס; גם גברים ניתנים לאינוס, וגם הם זכאים להגנה משפטית מלאה על כבודם האנושי הסגולי. אין כל דמיון או קשר בין קשר מיני הומוסקסואלי רצוי, לבין קשר מיני הומוסקסואלי לא רצוי, ממש כשם שאין קשר בין קשר הטרוסקסואלי רצוי לקשר הטרוסקסואלי לא רצוי. לכן אין כל הצדקה להנציח את הקישור בין שני סוגי הקשר המיני הומוסקסואלי על ידי כותרת משותפת: "מעשה סדום". קשר מיני רצוי, בין שהוא הטרוסקסואלי או הומוסקסואלי, מקומו לא יכירנו בחוק

שימוש בכוח. הדבר בא לידי ביטוי ברור בדבריהם של מרבית חברי הכנסת הגברים, מכל קצות הקשת הפוליטית, שהתבטאו במליאת הכנסת כשעלתה הצעת החוק לקריאה ראשונה. אחד קבע כי "המילה אינוס טומנת בחובה את השימוש בכוח כלפי הקורבן, כי אחרת אין פה אינוס. כך זה בלשון בני האדם, לשון רגילה. לא יהיה אינוס אם העבריין אינו משתמש, או כופה את עצמו בכוח על הקורבן" (עבד-אלמאלכ דהאמשה, שלא התנגד להצעת החוק). אחר הוסיף כי "בהגדרת מהות העבירה, לנטרל את מהות השימוש בכוח בעבירת האינוס, לדעתי זה יכול להביא לפרצה שתביא אולי בסופו של דבר זילות לחומרת העבירה המיוחדת של אינוס אישה בוגרת ובריאה, שכלפיה המחוקק, ולא רק אצלנו אלא בכל העולם, דורש יסוד של שימוש בכוח" (בנימין אלון, מן האיחוד הלאומי – ביתנו, אשר הצביע בעד ההצעה. יוצא דופן בדבריו הבוטים בשבח התיקון היה חבר הכנסת צבי הנדל, מן האיחוד הלאומי – ישראל ביתנו. חבר הכנסת אחמד טיבי מן התנועה הערבית להתחדשות תמך בהצעה בלא פירוט, ומן המושב תמך חבר הכנסת רן כהן, מר"צ. חברות הכנסת נקטו את העמדה ההפוכה. חברת הכנסת י' נאות, ששימשה כיושבת ראש הישיבה, אף השתמשה בגוף ראשון יחידה כאשר שאלה את חבר הכנסת דהאמשה: "אבל אם לא הסכמתי, האם זה לא אינוס?" אם חברי הכנסת, המייצגים את הציבור הישראלי, אינם יכולים להפריד בין "אינוס" ובין "כוח" אולי יש מקום לשקול לוותר על המילה "אינוס" ולהמירה במושג אחר, כמו "חדירה כופה", או משהו קלטי יותר המבטא את תוכן האיסור. לעניות דעתי האפשרות המועדפת היא שכנוע בהפרדה בין אינוס וכוח. ד"כ 25 (תשס"א) 5165-5169.

העונשין. קשר מיני לא רצוי, כפוי, כשהוא כולל חדירה, מהווה אינוס, בין שהוא נכפה על אישה ובין שהוא נכפה על גבר. בין שהוא נכפה על ידי גבר ובין שהוא נכפה על ידי אישה. עם זאת בחרתי לשמר את צביונה המגדרי של עברת האינוס (על ידי שימוש במילה "אישה" ולא במילה "אדם", המתיימרת להיות ניטרלית מגדרית), כיוון שביסודה, ובמציאות הקיימת, אינוס הוא בראש ובראשונה עברה המבטאת התנהגות חברתית נגד נשים, ומן הראוי להציגה ככזו.

הצעתי היא כי בסימן ה לחוק העונשין, ("עבירות מין"), במקום העבירות הקיימות של "אינוס", "בעילה אסורה בהסכמה", "מעשה סדום", "מעשים מגונים" ו"עבירות מין במשפחה" (סעיפים 345 - 353) ייקבעו העבירות הללו:

כפייה מינית

- א. המבצע כפייה מינית דינו - 7 שנות מאסר.²¹⁹
- ב. המבצע כפייה מינית בנסיבות מחמירות דינו - 10 שנות מאסר.

אינוס

- א. המבצע אינוס דינו - 16 שנות מאסר.
- ב. המבצע אינוס בנסיבות מחמירות דינו - 20 שנות מאסר.

הגדרות

בסעיף זה:

- "אינוס" - כפייה מינית הכוללת חדירה;
- "אישה" - לרבות "איש";
- "בן משפחה מדרגה ראשונה" - הורה, בן זוג של הורה, אח או אחות, לרבות חורגים, ובני זוגם הנשואים, גיס וגיסה, סב וסבתא ובני זוגם, דוד ודודה ובני זוגם, בן דוד או דודה ובת דוד או דודה ובני זוגם הנשואים;
- "חדירה" - כל מידה של התדרת איבר מין זכרי, איבר גוף אחר או חפץ אל תוך איבר מין נקבי או אל פי הטבעת;
- "כפייה מינית" -
- א. שימוש בגופה של אישה או בנוכחותה לשם סיפוק מיני של המבצע או אדם אחר, או לשם ביזוי מיני של האישה או אדם אחר,²²⁰ כאשר השימוש האמור מביע²²¹ התייחסות אל

219. שנות המאסר לקוחות מן המצב המשפטי הקיים. ייתכן שיש מקום לבחון מחדש את תקופות המאסר הקבועות בחוק על פי נתונים מחקרניים ביחס לענישה המושתת בפועל. לא התייחסתי כאן כלל לסוגיית עונשי המינימום, שהם סוגיה העומדת לעצמה.

220. ניסוח זה לקוח מההגדרה הקיימת של מעשה מגונה.

221. הכוונה היא לומר "מביע באופן סביר", או "מביע בעיני הציבור", או "מביע לדעת בית המשפט", וייתכן שיש להבהיר זאת בניסוח מפורט יותר.

האישה כאל אמצעי בלבד לסיפוק המיני של אדם או לשאיפתו לבזות אחר, ²²² והוא מבוצע ללא התחשבות ותוך חוסר אכפתיות ²²³ כלפי רצונותיה, תחושותיה, כבודה או חירותה, ²²⁴ או תוך מודעות לפגיעה באחד מאלה או כוונה לפגוע באחד מאלה. ²²⁵ כפייה מינית יכולה להתקיים גם כאשר המבצע פועל מתוך תקווה או אמונה כי המגע המיני ישפיע על יחסה של האישה למעשה החדירה ויגרום לה להיענות למבצע, ²²⁶ או ²²⁷

222. ניסוח זה מקשר את הגדרת האיננוס לתפיסת כבוד האדם כפי שנוסחה על ידי קאנט, וראו לעיל, הערה 189.

223. אם יתוקן סעיף 19 לחוק העונשין (תיקון מס' 39), תשנ"ד-1994, ניתן להחליף את "חוסר אכפתיות" ב"פזיזות" או "אדישות".

224. אף שהוא משתמש במושגים שונים וברציונל שונה, Anthony Duff מציע הצעה אשר, באופן מהותי, אינה שונה מאוד מזו שניסחתי כאן. הוא אומר:

"The orthodox subjectivist's insistence on conscious risk-taking might reflect an untenable dualism, which draws a sharp distinction between "actus" and "mens", and takes mens rea to consist essentially in some occurrent mental state which is explicitly related to every element of the actus reus. We should instead recognize that mens rea (whether it involved intention, or knowledge, or practical attitudes), is rather a matter of the meanings or patterns which are displayed in the agent's actions themselves: it is the intentions and attitudes by which those very actions are structured which properly constitute the agent's 'subjective' criminal fault". ראו לעיל, הערה 81 בעמ' 172.

225. ניסוח זה מאפשר להתייחס אל הפגיעה ברצונותיה, תחושותיה, כבודה או חירותה של האישה כאל תוצאה, כאשר הנאשם מודע לפגיעה כזאת, חושד בה או מתכוון להשיגה. כל זאת בלי לפגוע באמור בהערה הקודמת.

226. ניסוח זה מאפשר להחיל מצב נפשי הדומה ל"קלות דעת" על מצב עובדתי שעל פי גישתו של חוק העונשין הוא בבחינת "נסיבה".

227. בסיומו של סעיף קטן א' יש להוסיף את הסייג: "לא תהיה זו כפייה מינית אם הראה הנאשם כי האישה נתנה לו מראש הסכמה מפורשת, מרצונה החופשי ולא בהשפעת איום, הפחדה, תרמית או כוח מכל סוג שהם, להשתמש בגופה או בנוכחותה כאמור בסעיף זה". מטרתו של סייג זה לאפשר הגנה, למשל, למי שקיים קשר מיני עם אישה המועסקת בזנות. בהנחה כי אישה כזו אכן מסכימה לקשר המיני הנדון, וכי הקשר אינו רצוי לה – אך הוא בכל זאת מוסכם, יש לאפשר לנאשם לטעון ולהוכיח זאת. סייג זה נתקל באי-הבנה של קוראים רבים, ולא הצלחתי לנסחו באופן שיבהיר מהי הסיטואציה של קשר מיני בלתי-רצוי שהתקיים בהסכמה. משום כך החלטתי להוריד את הסייג אל השוליים ולמנוע התמקדות בו. עם זאת הורדתו לשוליים אינה עושה אותו לזניח, שכן הגנה כזו היא חיונית.

ייתכן שניתן להבהיר את הסוגיה על ידי השוואתה לחווה שבו מסכים כפילו של שחקן לספוג מכות רצח במסגרת צילומו של סרט. המכות נראות כתקיפה לכל דבר, ובוודאי אינן "רצויות" לכפיל, אשר סובל כאבים משמעותיים, ואולם התוקף יוכל להתגונן בטענה כי התקיפה אינה מכוננת עברה פלילית כיוון שהתרחשה על פי הסכם העסקתו של הכפיל על

ב. שימוש בגופה של אישה או בנוכחותה לשם סיפוק מיני של המבצע או אדם אחר, או לשם ביוזיה המיני, אם לא מלאו לה 14 שנים בשעת המעשה, או אם היא שרויה בעילפון, שכרות, סימום, חוסר הכרה או כל מצב שכלי או נפשי שאינו מאפשר מודעות מלאה למעשה המבוצע בה או מתן הסכמה חופשית. לא תהיה זו כפייה מינית על פי הוראת סעיף קטן זה אם האישה היא מעל גיל 14 ומתחת לגיל 16 והמבצע בא במגע עם גופה או השתמש בנוכחותה לשם סיפוק מיני והוא מבוגר ממנה בלא יותר מ-4 שנים ומקיים עמה קשר חברתי קרוב, כמקובל בקרב קבוצתה החברתית של האישה, מרצונה החופשי, ולא בהשפעת איום, הפחדה, תרמית או כוח מכל סוג שהם.

"נסיבות מחמירות" – כאשר המעשה מבוצע בנוכחות אדם או אנשים אחרים; כאשר המבצע או מי מן הנוכחים נושא כלי נשק; תוך שימוש בכוח, באיומים או בתרמית; כאשר המבצע הוא הורה או קרוב משפחה אחר מדרגה ראשונה, או אפוטרופוס; כאשר המעשה נעשה בהקשר של חטיפה או התעללות גופנית או נפשית; כאשר המעשה גורם לחבלה, למחלה גופנית או נפשית, או להיריון; כאשר המעשה נעשה תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות.

סעיף 352 ("איסור פרסום", המונע פרסום שמה של נפגעת עברת מין ברבים), וסעיף 355 ("עונש מזערי") לא יבוטלו, וסעיף 345 ("סייג להתיישנות עברות מין בקטין") ינוסח בהתאם לשינויים האחרים.

* * *

אני מאמינה כי הצעת חקיקה זו מנתקת את היחס המשפטי לאינוס משורשיו בעולם הפטריארכלי של הדרת כבוד, תוך שהיא מבטאה ומקדמת את ערכי השוויון וכבוד האדם. היא יונקת את חיותה ומשמעותה מן הדיון התיאורטי הרציני בהשלכותיהם של ערכים אלה על סוגיית האינוס, ומציעה דרך מעשית וממשית לשתפם בעיצוב המציאות החברתית-המשפטית של חיינו.

הצעת החוק מאפשרת להרשיע נאשמים כאשר השכל הישר (של שופטים, משפטנים אקדמיים והציבור הרחב) דורש זאת, והגדרות קיימות אינן מאפשרות. (חישבו על הסיטואציות האנושיות הרבות שתוארו במהלך רשימה זו. כך, למשל, סיטואציה שבה גבר נשכב על אישה ישנה באוהל על חוף הים בסיני, סותם את פיה בידו וחודר אל תוכה; או סיטואציה שבה גבר נוטל נערה הסובלת מפיגור קל שפגש ברחוב אל חורש סמוך, משכיבה על האדמה, מסיר את מכנסיה ומנסה לחדור אל תוך גופה; או סיטואציה שבה תייר מזמין

ידי חברת ההפקה. אישה המסכימה מראש, בכתב, כי תמורת תשלום יבוצע בגופה מעשה מיני שאינו רצוי לה – כמוה כאותו כפיל המסכים מראש, בכתב, לספוג מכות שאינן רצויות לו. כשם שהסכמה כזו אינה מבטלת את ההבחנה הברורה בין תקיפה בתגרה ובין אגרוף ספורטיבי – כך הסכמתה של אישה המועסקת בזנות אינה מבטלת את ההבחנה בין מגע מיני רצוי ובין מגע מיני בלתי-רצוי. כשם שבסיפור הכפיל מדובר במצב חריג של תקיפה לא רצויה בהסכמה, כך בסיפור האישה המועסקת בזנות מדובר במצב חריג של מגע מיני לא רצוי בהסכמה.

נערה לראות את האוהל שבו הוא גר בלב ירושלים, ולמרות הודעותיה החוזרות ונשנות כי היא מבקשת ללכת, הוא אוחז בה וחודר אל תוכה.) סעיפי ההצעה מפורטים מאוד, ואינם עמומים, פרוצים, או בלתי-יניתיים להחלה. למעשה, הם עמומים הרבה פחות מן ההוראה הלקונית, העמומה, נטולת ההגדרה והפרוצה לאי-הבנות, החלה כיום, אשר לפיה אינוס הוא חדירה ללא הסכמה.²²⁸ פסיקה שיטתית תיצוק תוכן ברור להוראות הסעיפים, כבכל עברה אחרת. התייחסויותיהם הרבות של שופטי בית המשפט העליון לסוגיית האינוס במרוצת השנים מלמדות כי החוק המוצע עולה היטב בקנה אחד עם גישת רבים בבית המשפט העליון (הרבה יותר מהחוק הקיים), והם יוכלו, ללא כל קושי, להוציא את מילות הצעת החוק מן הכוח אל הפועל. ואם נרצה, לא תהיה זו רק הצעה.

3. אחרית דבר פמיניסטית

נקודת המוצא של רשימה זו היא משפטית, ולכן כאלה הם גם הגיונה ומבנה הטיעון והשתלשלותו. אילו הייתה נקודת המבט פמיניסטית, היה הדיון ממוסגר באופן שונה, מדגיש היבטים שונים ומשתמש בטרמינולוגיה שונה. אין בידי למלא את החסר הזה בשורות ספורות, ואף על פי כן פטורה בלא כלום אי-אפשר. אסתפק אפוא בכמה מילות הבהרה.²²⁹

כפי שציינתי לאורך הרשימה, הפמיניזם המשפטי הרדיקלי מבית מדרשה של קתרין מקינון עומד על כך כי התרבות והחברה אינן מאפשרות להבחין בין חדירה מינית רצויה ובין חדירה מינית שאינה רצויה; בין נקיבה ובין התחככות או התחברות; בין קשר מיני הדדי, לגיטימי, ובין כפייה מינית פסולה ואסורה. מכתביה של מקינון עולה כי המשפט מתיימר לקבוע קו גבול ברור בין חדירה מינית לגיטימית ובין מעשה של אינוס. ואולם בפועל, כמו השפה ומשתמשיה, המשפט מתייחס לקשר המיני הלגיטימי באותם מושגים ממש שבאמצעותם הוא מגדיר אינוס.²³⁰

על פי מקינון, גם זה וגם זה הם, בעיני המשפט הפלילי, מעשה של חדירה, המבוצע תוך שימוש במידה לא מבוטלת של כוח, כלומר אלימות. גם זה וגם זה הם, על פי הגדרת המשפט הפלילי, מעשים שקשה לזהות בהם (והם אינם מצריכים) "הסכמה" של ממש, שלא לומר "השתתפות" של האישה. ההבדלים היחידים שמציע המשפט הפלילי כדי להבחין בין סקס ובין אונס הם מידה מועטה, לא מוגדרת ולכן לא ברורה, של שימוש בכוח, או אלימות (האונס מוגדר כמי שמכיל מעט יותר שימוש בכוח מסקס לגיטימי), ומידה מועטה עוד יותר

228. הביקורת – ציטוטים של כהנא (לעיל, הערה 88). ראו גם דבריו של ליבנת, כי מתוך תפיסת עולם של פמיניזם תרבותי, ייתכן שעצם הניסיון להגדיר הסכמה כך שגברים ונשים יוכלו להבינה באורח אחיד, הוא בלתי-יצלתי, שכן נשים וגברים נבדלים בתפוסותיהם מהי הסכמה. ליבנת (לעיל, הערה 22), בעמ' 190.

229. תודה לרוני הלפרון שהפנתה את תשומת לבי לצורך בהבהרה זו.

230. פסקאות אלה מהוות פרשנות מבארת שלי לכתביה של MacKinnon בסוגיה זו. MacKinnon (לעיל, הערה 1), בעמ' 126-154, 171-183.

של הבעת היעדר הסכמה מצד האישה הנחרת (בהגדרת האינוס של המשפט הפלילי נדרשת מעט יותר הבעת היעדר הסכמת האישה לעומת סקס לגיטימי). בשני המישורים, ההבדלים המשפטיים בין סקס ובין אונס הם כמותיים בלבד, ולא איכותיים, וגם במישור הכמותי הנם מוצעיים. לכן, טוענת מקינון, אין זה מקרה ששופטים חלוקים ביניהם פעמים רבות אם אירוע מיני מסוים של חדירה מהווה אונס או סקס: ההבדלים שמציע המשפט הפלילי בין השניים הם כה מוצעים – שאכן קשה, אם לא בלתי-אפשרי, להבחין ביניהם.

כלומר בניסיונו (לכאורה) להבחין בין סקס ובין אונס, המשפט הפלילי מתייחס אל השניים באותו אופן, ובכך הוא מבטא, מחזק ומנציח את הזיהוי החברתי המקובל בין השניים. כיוון שכך, המשפט אינו מאפשר להגדיר אונס באופן שאכן יבחין אותו ממעשה מיני לגיטימי, וחותר תחת הניסיון שלו עצמו (לכאורה) לאסור עליו, להוקיעו ולמנוע אותו. המשפט מכונן את האונס, שאותו הוא מתיימר לזהות ולהוקיע, כחסר משמעות ולכן לא ניתן להוקעה.

לשיטתה של מקינון, עירוב תחומים זה הוא כה אינהרנטי לעולמנו, עד שקשה – אם לא בלתי-אפשרי – לחשוב על אודות סקס, להגדירו או לקיימו באופן שאכן יבחין בבירור בינו ובין אונס.²³¹

ביקורתה של מקינון נוקבת ומזעזעת. היא מצביעה על קושי עמוק שקשה להתכחש לו ולבטלו. ואולם כתביה אינם מציעים פתרון או כיוון ברור לפתרון כלשהו, ועל כן עלולים ליצור תחושה של תסכול, חוסר אונים ותבוסתנות.

רשימה זו יוצאת מתוך ביקורתה הקשה של מקינון, אך מנסה לא להישאר בנקודת הביקורת, אלא לגשש ולחפש דרכי מילוט והתקדמות. בהיעדר אפשרות להמשיג את ההבחנה בין סקס ובין אינוס – אני מציעה לייצר מושגים חדשים שבאמצעותם ניתן יהיה לעשות זאת. מושגים אלה יאפשרו חשיבה, דיבור, ליבון ופיתוח משמעויות חדשות לסקס ולאינוס. תפיסות אלה יאפשרו להגדיר קשר מיני לגיטימי, ולכן גם כפייה מינית. הגדרות אלה יאפשרו לרתום את המשפט לאסור על אינוס מתוך הבחנה ממשית בינו ובין סקס. ההצעות ברשימה זו הן ראשוניות וצנועות. הן נועדו לשמש צעד ראשון במסע ארוך שהגיע זמנו.

231. עמדתה זו של MacKinnon הוצגה – ומוצגת – באופן מוטעה ומטעה כטענה תיאורית ונורמטיבית אשר לפיה כל חדירה הטרוסקסואלית מהווה אינוס.