

הסרת קונדום ללא רשות כהפרה של רכיב 'ההסכמה החופשית'

מוגש לאיגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ונפגעי תקיפה מינית

מסמך זה נכתב על ידי: ראש הצוות טל אייל-ליפשיץ; אריה סמורדין, דינה קופייצקי, אלמוג פרנג'י, שירן הר נשר ואמיר פינקוס.
נבדק על ידי נציגת צוות המחקר: שיר בן דוד וקנין.
אושר לפרסום על ידי: מטר בן ישי, מנכ"ל "עומק".

1. מבוא

בשנים האחרונות עלתה לכותרות תופעה בה הגבר מבצע הסרה בחשאי של הקונדום במהלך האקט המיני, ללא הסכמת בת זוגו גם אם קיום היחסים היה בהסכמה. תופעה זו מוגדרת בעולם כ- 'Stealthing' (התגנבות). התופעה מערערת את יסוד ההסכמה שבין בני הזוג, עליו מתבסס ההליך הפלילי בנוגע להטרדות מיניות, ומהווה צורה של פגיעה מינית פחות מוכרת. למרות התופעה הרווחת, עד היום הורשעו בגין מעשה זה רק שלושה גברים בכל רחבי העולם.

מטרת מסמך זה היא לבחון את תופעת ה-stealthing מבחינה משפטית ולהציע דרכי התמודדות איתה. מסמך זה מכיל סקירה מפורטת של המקורות המשפטיים והנורמטיביים הנוגעים לסוגיה. על סמך מקורות אלה, חברי הצוות גיבשו מסקנות והמלצות להתמודדות עם התופעה.

2. תקציר מנהלים

← סקירת המצב הקיים – כיום בישראל אין בדין הקיים איסור להסיר או לפגום בקונדום בעת התקיימותו של אקט מיני, ללא ידיעתה או רצונה של האישה. לפיכך, לאישה שהייתה קורבן למקרה של "התגנבות" (stealthing), אין זכות משפטית לדרוש את הרשעת בן הזוג הואיל ואין הוראת דין פרטיקולרית האוסרת את המעשה הנ"ל ומציבה גבול בין ההסכמה לתקיפה מינית. יתרה מכך, אין בנמצא ספרות ופסיקה ישראלית העוסקות בתופעה זו באופן מפורש. עם זאת, נציג במסמך זה הוראות דין חלופיות שעשויות לתת מענה במצב הקיים ושבאמצעותן כן יהיה ניתן להביא לידי הרשעת המבצעים.

← סקירה משווה – כאמור, תופעה זו אינה מדוברת והיא נהייתה נפוצה רק בשנים האחרונות. אי לכך ובהתאם לזאת, ברוב המדינות שסקרנו, לא מצאנו בדין הקיים הוראות דין ספציפיות האוסרות על תופעת ה-stealthing. עם זאת, בקנדה, בשוויץ ובאוסטרליה בתי המשפט הביאו לידי הרשעת המבצעים על סמך החקיקה הקיימת. זאת, פרט לסינגפור שהינה המדינה היחידה נכון להיום שמתארת בצורה מפורשת וחד-משמעית "הסרת קונדום ללא הסכמה חופשית" כעבירה פלילית של ממש.

← דיון והמלצות – צוות המחקר בחן את המצב המשפטי ביחס לתופעה במדינת ישראל ובמספר מדינות ברחבי העולם, ובהתאם לזאת גיבשו מסקנות והמלצות פרודוקטיביות להתמודדות עם התופעה. כך, למשל, אנו ממליצים על הוספה לחוק העונשין עבירה שתעסוק באופן פרטיקולרי בתופעת ה-stealthing; הוספת סעיף עצמאי תחת סימן ה' לחוק העונשין; חקיקת חוק ספציפי

שיסדיר את התופעה; חידוד יסוד "ההסכמה החופשית" בעבירת האינוס; עריכת סקר לנשים שחוו הסרת קונדום במהלך יחסי מין ללא הסכמתן (סקר דומה נערך באוסטרליה) ועוד.

3. הצגת התופעה בראי המציאות המשפטית בישראל:

הקדמה: בבואנו לבחון את המצב החקיקתי כיום לסיטואציה בה רק חלק מהאקטים שבביצוע יחסי המין התבצעו בהסכמה וחלק לאו, מתעוררת השאלה: כיצד יש לאבחן את יחסי המין?

קיימות שתי אפשרויות, הראשונה, להתייחס ליחסי מין כאל מעשה אחד כוללני הטומן בחובו את כלל המעשה. השנייה, להתייחס לחדירה כמעשה נפרד העומד בפני עצמו. כך, אם נראה בחדירה עצמה מעשה נפרד, ההסכמה אליה גם היא צריכה להיות נפרדת אך אילו נראה ביחסי המין כמעשה הכולל את החדירה מספיקה הסכמה ליחסי המין.

בפרשת פלוני,¹ ביהמ"ש העליון נדרש לשאלה זו במסגרת סוגיית "שינוי הלבבות" ביחס לעבירת האינוס. מקרה זה, מתאר מצב בו האישה הסכימה ליחסי המין בתחילת האקט המיני אך לאחר מכן, חזרה בה מהסכמתה במפורש. השאלה המשפטית שנדונה בפסק הדין הייתה, האם הדבר מוגדר כאינוס. ביהמ"ש העליון קבע כי האישה מחליטה מה יעשה בגופה בכל רגע נתון. לפיכך אין כל משמעות לכך שהיא הסכימה לחדירה הראשונה, ומן הרגע שהיא מתנגדת במפורש, והגבר בכל זאת מחליט להמשיך את האקט בניגוד לרצונה, מעשה החדירה הנוסף שלאחריו ייחשב כאינוס לכל דבר ועניין. כלומר, ביהמ"ש אפיין את עבירת האינוס כ"עבירה רבת-פרטים".² במסגרתה, כל מעשה חדירה עלול להוות אינוס בפני עצמו, ככל שהוא נעשה שלא בהסכמת האישה.

לטענתנו, ממקרה זה ניתן להקיש על הסוגייה הנדונה במסמך זה. בשל היות עבירת האינוס עבירה רבת-פרטים, גם הסרת קונדום ללא הסכמת האישה במהלך יחסי המין, צריכה להיחשב בגדר אינוס. לדעתנו, אין כל משמעות לכך שיחסי המין היו בהסכמה בתחילתם, משום שברגע שהוסר הקונדום ע"י הגבר, כל חדירה הינה בגדר אינוס הואיל ומבחינה משפטית, כל מעשה חדירה נידון בפני עצמו.

לטעמנו, השאלה אם במקרים שכאלה מתקיימת עבירת האינוס, תלויה בשאלה איך נגדיר את החדירה הנוספת שנעשתה ללא הקונדום בלא ידיעת האישה, כזו שמוגדרת כאי הסכמה או לאו. נוסף ונאמר שעצם הבחנתו של ביהמ"ש העליון שזכות האישה על גופה וזכותה למאן לבעילה בכל רגע נתון, מלמד כי יש להגדיר את כל מעשה החדירה כמעשה עצמאי. ניתן לטעון שלולא הייתה האישה יודעת מלכתחילה שהקונדום יוסר במהלך האקט, היא לא הייתה מסכימה לכך, ולכן ההורדה שלו מהווה חדירה לא מוסכמת שהגבר צריך היה לקבל אליה רשות נפרדת ומחודשת.

הבחנה בין שלושה מקרים שונים של הסרת קונדום במהלך קיום יחסי מין:

1. המקרה ה"קלאסי": הגבר חבש את הקונדום במהלך האקט המיני כחלק מהסכמה שהייתה בשתיקה או הסכמה מכללא, שקורית במהלך קיום יחסי המין. במקרה זה, לא הייתה כל דרישה או אמירה מפורשת מצד האישה להכרחיות השימוש בקונדום לאורך כל האקט המיני. עם זאת, מצד שני, סביר להניח שההסכמה לקיום היחסים מותנית בחבישת

¹ ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סב(1) 710 (2007).
² שם, פ"ס 19 לדברי השופט גיבראן.

הקונדום. הגבר בחר בכל זאת להסיר את הקונדום במהלך האקט והאישה מגלה זאת בדיעבד.

לפיכך, עלולה להתעורר בעייתיות במקרה שכזה משום שיכולות להיות סיבות שונות לחבישת קונדום (לדוגמא שימוש בו כחלופה לחומר מסכך). ולכן, הגבר עלול לטעון שמלכתחילה הם בחרו להשתמש בקונדום רק לתחילת האקט ולא דווקא כדי לעשות בו את השימוש הרגיל, המחייב את חבישתו לאורך כל האקט המיני.

עם זאת, אנו סבורים שניתן יהיה לטעון לאיננוס, בהתאם לדעתו של חשין בפרשת בארי ("שמרת")³: "במקום בו עולה ספק אם הסכימה האישה למעשה אישות או אם לא הסכימה - המסקנה חייבת להיות כי מעשה האישות היה שלא בהסכמה". כלומר, בכל מקום בו מתעורר ספק על הגבר לוודא שהאישה מסכימה לכך.

2. התנגדות ליחסים בלי קונדום שלא במהלך האקט: מקרה בדרגת אי הסכמה גבוהה יותר מהמקרה הראשון. במקרה זה, לגבר ישנה מודעות להתנגדות האישה לקיום יחסים ללא קונדום נוכח אמירה מפורשת מצדה שלא במהלך האקט המיני הנוכחי עצמו. גם כאן האישה מגלה בדיעבד לאחר קיום היחסים על הסרת הקונדום מצד הגבר. הבעייתיות בהשתכללות העבירה – במקרה זה הגבר עלול לטעון שסבר כי האישה הבחינה בהסרת הקונדום והסכימה לכך בשתיקתה מתוך רצון לאפשר לו (או אולי גם לה) הנאה מרובה יותר ולפיכך העבירה לא תשתכלל.

3. התנגדות מפורשת להסרת הקונדום במהלך האקט: מקרה בדרגת אי הסכמה גבוהה יותר מהמקרה דלעיל. האישה הבחינה והתנגדה לפעולת הגבר בעת שהסיר את הקונדום. בתגובה, הגבר משקר לה וטוען שזה לא קרה, משכך יחסי המין ממשיכים כרגיל. והאישה מגלה על כך רק בדיעבד. במקרה זה, לכאורה, אין כל סיבה שלא להרשיע את הגבר בעבירת האיננוס, היות שהוא החליט לחזור לאחר הסירוב, שהרי כאמור, הלכת פלוני קבעה שכל חדירה נידונה בפני עצמה, בדומה לסוגיית "שינוי הלבבות".

לאחר שהבחנו בין המצבים השונים, הצגנו את המעשה והגדרנו אותו, כדי להציג את האפשרויות השונות לניתוח העבירה, נבחן את הנושא ביחס לדין הישראלי.

4. סקירת המצב הקיים במדינת ישראל:

כיום בישראל אין בדין הקיים איסור להסיר או לפגום בקונדום בעת התקיימותו של אקט מיני, ללא ידיעתה או רצונה של האישה. ככל הנראה משום שלא הייתה מודעות לכך שמדובר בעבירה פלילית ורק לאחרונה, בעקבות הסדרה 'להרוס אותך', עלתה המודעות לכך שמדובר בעבירה פלילית, כאשר הדמות המרכזית חוותה אירוע של אונס בעקבות הסרת קונדום ללא רצונה. נראה שנשים שחוו מקרים דומים לפני כן, ככל הנראה חשו שהן לבד ולמרות שחשו נפגעות לא ידעו שמדובר בעבירה פלילית ושהן יכולות להתלונן על כך, שהרי אין חקיקה ספציפית האוסרת על מעשים אלו.

לפיכך, לאישה שהייתה קורבן למקרה של "התגנבות" (stealththing), אין זכות משפטית משום שאין חוק שאוסר את המעשה הנ"ל ומציב גבול בין ההסכמה לתקיפה מינית. יתרה מכך, אין בנמצא ספרות ופסיקה ישראלית העוסקות בנושא באופן מפורש. יחד עם זאת, ישנה התייחסות מסוימת

³ ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח (1) 302, פס" 10 לפסק דינו של השופט חשין (1993).

למצב בו אדם סמך על השימוש באמצעי מניעה או ביקש להשתמש בהם אך אלה התבררו בדיעבד כחסרים.

הואיל וכפי שהצגנו לעיל, לא קיים בדין איסור מפורש לביצוע המעשה הנ"ל, נציג במסמך זה הוראות דין שעשויות לתת מענה למצב הקיים ושבאמצעותן כן יהיה ניתן להביא לידי הרשעת המבצעים.

עבירות אפשריות להרשעה מכוח חוק העונשין כיום:

4.1 ס' 345(א)(1) עבירת האינוס: ⁴ "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית".

עבירת האינוס הינה עבירת התנהגות. היסוד העובדתי של העבירה הינו מעשה הבעילה, מעשה זה מתקיים בכל אחד משלושת המקרים השונים בניהם הבחנו. השאלה שמתעוררת הינה, האם הנסיבה "שלא בהסכמתה החופשית", מתממשת במצבים השונים. מבחינת היסוד הנפשי של העבירה, מדובר בעבירת התנהגות ולפי ס' 19 לחוק העונשין, היסוד הנפשי הנדרש הינו, מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות.⁵ בענייננו, מודעות לטיב הבעילה תמיד קיימת היות שהגבר מודע כמובן לכך שהוא בועל. אולם, השאלה שמתעוררת הינה, האם קיימת מודעות, לרבות עצימת עיניים, לנסיבה של אי ההסכמה החופשית של האישה.⁶

כעת, נבחן ביחס לכל אחד מהמצבים שתוארו בפרק הקודם, האם התקיימה נסיבת ההסכמה והאם הייתה כלפיה מודעות:

1. המקרה הקלאסי:

במקרה הקלאסי הסכמת האשה לקיום יחסי המין מבוססת על ידיעתה שהיחסים מתקיימים עם קונדום. הדבר יכול לנבוע בין אם מתוך חשש מהיריון לא רצוי או חשש מהידבקות במחלות מין. השאלה אם ניתן לומר שמדובר בהסכמה מכללא שמתנה את כל ההסכמה להמשך קיום היחסים בחבישתו של הקונדום. דהיינו, האשה הסכימה להמשך האקט המיני מתוך הנחה שמבוססת על כך שהיחסים מוגנים, לכן, כל מעשה חדירה שחורג מהסכמה זו, הוא איננו בהסכמתה החופשית מבחינה מהותית. אולם הבעייתיות בהנחה שכזו היא שלמעשה אנו שוללים בצורה פוזיטיבית-ממשית את יסוד ההסכמה לביצוע המעשה בהכרח בלי קונדום, והרי ישנו סיכון שהקונדום ייפול/יקרע דבר שיעיד במידה מסוימת על נטילת סיכון בלאו הכי. כלומר, הרצון מלכתחילה לחבוש קונדום איננו מעיד על אי הסכמה גורפת, כך שייתכנו מצבים בהם אשה למשל תרצה קונדום בתחילת האקט אך אם היא תבין שיש מניעה שאיננה מאפשרת את חבישתו היא תסכים ליחסים בדיעבד. כלומר קיים קושי אינהרנטי לגזור מאותה חבישת קונדום שב"שתיקה" התניה גורפת של היחסים. קושי נוסף בלמסד את אותה ההסכמה מכללא הוא שלעיתים לא ניתן לאפיין באופן ברור שאכן קיים חשש מוצק של האשה מקיום יחסים ללא קונדום. למשל, ייתכן שהאשה סומכת על הגבר שהוא לא נושא מחלת מין או לחלופין נוטלת גלולות למניעת היריון, כך שייתכן שהקונדום לא מאפיין דבר מעבר "לברירת מחדל קלאסית" ולא כאבן

⁴ ס' 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁵ ס' 20(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

⁶ ס' 20(ג)(1) לחוק העונשין.

התשתית עליה מושתתת הסכמת האישה. בנוסף, ייתכן שהאישה אף היא הייתה מסכימה להסרת הקונדום ככל שהיא יודעת שיש בשימוש בו הפרעה של ממש לגבר להמשך ביצוע האקט המיני הספציפי. לסיכום, הבעייתיות במקרים הללו היא שקשה לומר שעצם חבישת הקונדום כברירת מחדל, מתלה באופן מובהק את הסכמת האישה ככזו ששוללת מכל וכל את קיום היחסים ללא הקונדום.

זאת ועוד, מבחינת היסוד הנפשי של הגבר, מתעורר קושי נוסף. גם אילו יתברר באופן ברור שהאישה הייתה מתנגדת להמשך קיום היחסים אילו ידעה שהגבר יסיר את הקונדום, הגבר מצדו יכול לטעון שהוא מצדו פירש בשגגה את חבישת הקונדום כאקט לא מחייב. דהיינו הגבר יטען שככל שהיה יודע שהאישה מקפידה על כך הוא לא היה מסיר את הקונדום וסבור היה שהיא תאפשר לו להסירו אם הייתה יודעת שהדבר מפריע לו. כלומר, הגבר יכול לטעון לדוקטרינת "טעות במצב דברים" בחוק העונשין.⁷ ברם, ניתן לסייג ולומר שעצם העובדה שהגבר נמנע מלברר האם האישה מתנגדת ליחסים בלי קונדום או לא, מתקיימת פה דוקטרינת "עצימת העיניים" שכן הוא היה יכול לברר אם היא מסכימה להסרת הקונדום ע"י שהיה שואל אותה שאלה כה מתבקשת. אמנם, ייתכנו מצבים בהם הגבר יטען שהוא לא רצה לברר עם האישה כדי לא לקטוע את האקט, אך נשמע שזוהי טענה לא משכנעת ובפרט שמדובר בסיכון בלתי סביר שלא היה עליו ליטול. מה גם שחוק העונשין בלשונו תולה את דוקטרינת עצימת העיניים בשאלה האם האדם יכול היה לברר את המצב או לא. יצוין באגב שהמלומד יצחק קוגלר,⁸ מגדיר נטילת סיכון בלתי סביר כעצימת עיניים, דהיינו עצם אי הבירור לשיטתו מהווה נטילת סיכון בלתי סביר. אולם מלשונו של חוק העונשין משמע שההגדרה תלויה ביכולת של האדם לברר או לא, ולא תלויה בשאלה אם הסיכון סביר או לא.

פרמטר נוסף אותו יש לשקלל הינו ההיכרות המוקדמת בין הצדדים. על מנת לאפיין האם אכן קיימת אותה "ההסכמה מכללא" לקיום יחסים על דעת שהגבר יחבוש קונדום.

ניתן להבחין בין 2 מצבים:

- א. מצב של יחסי מין בין בני זוג או בין צדדים שיש להם הכרות משמעותית מוקדמת לקיום יחסי המין הנידונים. במקרים הללו יש מעט יותר בעייתיות כי הגבר יכול לטעון שהוא הסיר את הקונדום משום שהוא סבר שבת הזוג רוצה לאפשר לו הנאה מרבית ואיננה מקפידה על הקונדום בהכרח אם היא תדע שזה מפריע לו משמעותית. סביר יותר להניח שצדדים עם היכרות מוקדמת ובפרט בני זוג פחות יחששו מיחסי מין לא מוגנים, ובפרט ביחס להיבט של מחלות מין שפחות נשמע ממשי במקרים הללו.
- ב. מצב של יחסי מין אקראיים/ מזדמנים מבלי הכרות משמעותית מוקדמת של הצדדים הוא מצב שלכאורה הגיוני יותר כי האישה תקפיד על הנושא. בפרט ביחס לחשש ממחלות מין, משום שסביר להניח שהיריון בלתי רצוי מהווה חשש פחות

⁷ ס' 34 לחוק העונשין: "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו". דהיינו אם אדם טעה בטעות שבעובדה מציאותית, הוא יישא באחריות פלילית בהתאם להבנתו הסובייקטיבית את המציאות.
⁸ יצחק קוגלר, "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין", פלילים ה' (1996).

מרכזי במקרים הללו, מפני שהאישה יכולה ליטול את גלולת היום שאחרי (זאת במידה והיא אכן תגלה על ההריון בשבועות הראשונים שלו ולפני שהפלה הופכת להליך סבוך). במקרים הללו, סביר יותר לטעון שאכן קיימת הסכמה מכללא לקיום היחסים שמתננים בחבישת הקונדום משום שיותר הגיוני להניח שהאישה תחשוש מהסרת הקונדום בעת קיום יחסי מין עם אדם זר מזדמן. אולם, עדיין כפי שהרחבנו לעיל נדמה שקשה לקבוע במסמרות את אותה "הסכמה מכללא" באופן גורף, לאור הקשיים עליהם פירטנו.

לאור האמור, נדמה שהיכולת להרשיע במקרה הקלאסי תהיה תלויה בעיקר בשאלה האם התקיים היסוד העובדתי של עבירת האינוס הדורש היעדר הסכמה ("שלא בהסכמתה החופשית"). לדעתנו, מתעוררים לגבי נקודה זו קשיים מהותיים להרשעה במצב החקיקתי הקיים בישראל. נדמה שלגבי יחסי מין מזדמנים/אקראיים, יש היגיון סביר יותר לקבוע שהסרת הקונדום מקיימת את דרישת אי ההסכמה החופשית, בשונה ממצבים של צדדים בעלי הכרות מוקדמת שם קיים קושי רב יותר. לגבי היסוד הנפשי של עבירת האינוס, בהנחה שהיסוד העובדתי אכן מתקיים (מה שינוי חד משמעי כלל כאמור), לא נראה שמתעורר קושי מיוחד בלהרשיע את הגבר לכל הפחות באמצעות שימוש בדוקטרינת עצימת העיניים.⁹ אולם עדיין ניתן לטעון כמובן שנסיבה- של אי ההסכמה חופשית איננה מתקיימת

2. התנגדות ליחסים בלי קונדום שלא במהלך האקט: במקרה זה הגבר בוחר להוריד את הקונדום בסתר, למרות שהוא מודע לאי ההסכמתה הכללית לעניין, והאישה מגלה על הסרת הקונדום בדיעבד. כאן, נדמה שמתקיימת נסיבת "שלא בהסכמתה החופשית", משום שככל שהגבר ידע את אי ההסכמתה הרי שניתן לטעון לקיומה של "חזקת אי ההסכמה" מצד האישה לנושא. כלומר, לאחר שהאישה גילתה שהיא מתנגדת לקיומם של יחסי מין ללא קונדום, הבעילה ללא קונדום מתבצעת בניגוד לרצונה. בפרשת אזולאי למשל,¹⁰ קבעה השופטת בייניש שמשוהכחה אי ההסכמת האישה בסוגיית "שינוי הלבבות", עובר נטל ההוכחה להוכחת ההסכמה אל הנאשם. עולה, שגם הפסיקה בחרה לאפיין את התנגדות האישה לקיום היחסים ככזה שמייצר באופן טבעי חזקת אי ההסכמה, שדורש ממילא ההסכמה מפורשת.

לאור האמור, נדמה שניתן לבחון את האפשרות להרשיע במקרים הללו בעבירת האינוס. הסיבה לכך הינה שחזקת אי ההסכמה מעבירה את "נטל ההוכחה" על הנאשם שעליו להוכיח שהאישה הסכימה להורדת הקונדום. לכן, ולמרות שאין זה המצב כיום, נדמה שקיימת האפשרות לפי הדין הנ"ל להרשיע בעבירת האינוס במקרים דומים.

3. התנגדות מפורשת להסרת הקונדום במהלך האקט: במקרה זה, האישה הבחינה והתנגדה לפעולת הגבר בעת שהסיר את הקונדום. בתגובה, הגבר משקר לה וטוען שזה לא קרה, משכך יחסי המין ממשיכים כרגיל והאישה מגלה על כך רק בדיעבד. נדמה בדומה למקרה הקודם שגם כאן אמירתה של האישה במפורש שהיא מתנגדת לקיום היחסים ללא קונדום

⁹ לעיל הי"ש 6.

¹⁰ ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, 898 (2001).

מאיינת את דרישת ההסכמה. נדמה שמקרה זה אף חמור בהרבה מהמקרה של התנגדות שלא במהלך האקט, משום שכאן האישה מגלה את דעתה להתנגדות ליחסי המין הללו ללא חבישת קונדום. כל המשך קיומם של היחסים מותנה בחבישת הקונדום ולכן נדמה שאין צורך אפילו להזדקק לדוקטרינת "חזקת אי ההסכמה", משום שהאישה התנגדה בפועל לאותו האקט הספציפי. לכן נדמה שאין קושי להרשיע את הגבר באינוס במקרים הללו.

לאור כל האמור לעיל, נראה כי ביחס לעבירת האינוס, המקרה הראשון מעורר את הקושי המשפטי המשמעותי ביותר ביחס להרשעה לגבי השני והשלישי נדמה שניתן להרשיע את הגבר באינוס משום שכאמור במקרים הללו קיימת התנגדות פוזיטיבית ליחסים ללא קונדום. המקרה הקלאסי והקושי לאפיין באופן ברור שההסכמה להמשך האקט מותנית באופן גמור בחבישת הקונדום, מעיד על הצורך להסדיר בחקיקה ספציפית את המקרים הללו על מנת להתגבר על הקושי בלאפיין באופן ברור את אותה ההסכמה מכללא. מסקנה זו מתחזקת לאור העובדה שהפסיקה הישראלית טרם התמודדה בצורה נרחבת עם הסוגיה ולכן קיים קושי לחזות את התוצאות המשפטיות של הסרת הקונדום.

חלופות אפשריות להגדרת המעשה כמעשה מגונה:

בהמשך לפרק בו עסקנו ב"עבירות אפשריות להרשעה מכוח חוק העונשין", נבקש לעסוק בחלופות אפשריות להגדרת המעשה כמעשה מגונה, כעולה בסעיף 348 לחוק העונשין,¹¹ "מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", שהופך להיות עבירת מין אם נעשה ללא הסכמה בוגרת של אחד הצדדים. הגם שהנדון עלה בביהמ"ש ביחס לעבירת האינוס או סבורים שאין כל סיבה להבחין ולחלק בין עבירת האינוס לבין עבירת המעשה המגונה בעניין זה. הסיבה לכך נובעת כמובן מכך שמדובר כאמור בשאלה עקרונית מהותית, כיצד אנו מאפיינים את מעשה החדירה הנוסף.

כמו כן, יתכן שניתן לראות בגבר שהסיר את הקונדום בחשאי ובכך שיקר על כך לאישה, כמי שביצע הונאה כלפיה, כעולה בסעיף 415 לחוק העונשין:¹² "המקבל דבר במרמה, דינו – מאסר שלוש שנים, ואם נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דינו – מאסר חמש שנים". זאת, למרות שלא נמצאה עדות לשימוש בעבירה זו בהקשר של עבירות מין. חלופה נוספת שניתן לעשות בה שימוש היא עבירת האינוס במרמה כעולה מסעיף 345(א)(2) לחוק העונשין:¹³ "הבועל אשה - בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה; הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים."

חלופה נוספת היא הרשעת האדם במעשה העלול להפיץ מחלה, כפי שעולה מס' 218 לחוק העונשין:¹⁴ "עושה בהתרשלות מעשה העלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות, דינו - מאסר שלוש שנים; עשה את המעשה במזיד, דינו - מאסר שבע שנים". זאת, במידה והגבר אכן נושא מחלת מין. שהרי, אחת הסיבות לרצונן של נשים להשתמש בקונדום, הוא הימנעות מהדבקות במחלות. לפיכך, כאשר הגבר מסיר את הקונדום ללא הסכמת האישה, הוא חושף אותה ברשלנותו למחלות שונות, אשר יתכן שאינו מודע לקיומן.

¹¹ ס' 348 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹² ס' 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹³ ס' 345(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹⁴ ס' 218 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

4.2 עבירת המעשה מגונה:¹⁵

שליפת הקונדום בפני עצמה, הינה מעשה בו הגבר מסיר את הקונדום ללא הסכמתה לשם קבלת גירוי מיני במהלך האקט ברמה גבוהה יותר. כלומר, ניתן לבודד את החדירה שנעשתה ללא הקונדום ולראות בה כהשגת הנאה נוספת (נוסף על החדירה עם הקונדום) שנעשתה ללא הסכמת האישה לשם גירוי מיני אישי של הגבר. דהיינו, אם ההנאה נוצרת מיחסי מין ללא קונדום, המעשה הנוסף יהיה בגדר "מעשה לשם גירוי או סיפוק מיני" שנעשה ללא הסכמה, אף אם איננו עולה לכדי אינוס.

4.3 תקיפה:

תקיפה, יכולה שתהיה עוולה נזיקית או עבירה פלילית:

- עוולה נזיקית – כפי שעולה מפקודת הנזיקין, תקיפה כוללת שימוש בכוח מכל סוג, במתכוון, נגד גופו של אדם, בין היתר, על ידי נגיעה, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית.¹⁶ לעניות דעתנו, פעולת הסרת הקונדום במהלך האקט המיני ללא הסכמתה המפורשת של האישה, יכולה להתפרש כתקיפה ולכן, הנפגעת לכל הפחות יכולה לתבוע אותו בתביעה נזיקית על תקיפה.
- עבירה פלילית – כפי שעולה מסעיף 378 לחוק העונשין המגדיר את עבירת התקיפה: "המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית - הרי זו תקיפה; ולעניין זה, הפעלת כוח - לרבות הפעלת חום, אור, חשמל, גאז, ריח או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות".¹⁷ בראייתנו, הסרת הקונדום היא לכל הפחות עונה להגדרה של "נוגע בה בלא הסכמתה".

4.4 הפצת מחלה:¹⁸

לדעתנו, עבירה נוספת בה ניתן להרשיע את הגבר היא מעשה העלול להפיץ מחלה, כעולה מסעיף 218 לחוק העונשין העושה בהתרשלות מעשה העלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות, דינו - מאסר שלוש שנים; עשה את המעשה במזיד, דינו - מאסר שבע שנים.¹⁹ עבירה זו דורשת יסוד נפשי של רשלנות. כלומר, אם הגבר נושא מחלת מין שלא במודע ובעת קיום יחסי המין הוא הדביק את האישה, אף אם הדבר נעשה בתום לב, יתכן ותשתכלל העבירה. זאת במידה והוא נהג בחוסר זהירות וללא בדיקה מספקת. שכן, ברגע שאדם הסיר קונדום בעת קיום יחסי מין, הוא גרם ברשלנותו לאפשרות של הדבקת האישה במחלות מין. אף אם לא הוכח שעשה זאת במרמה או בכוונה תחילה.

¹⁵ סי' 348 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹⁶ סי' 23 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

¹⁷ סי' 378 לחוק העונשין התשל"ז-1977.

¹⁸ לעיל ה"ש 5.

¹⁹ סי' 218 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

פסיקה:

כיום, לא קיימת בישראל פסיקה העוסקת בתופעה, ככל הנראה משום שלא הייתה מודעות לכך שמדובר בעבירה פלילית. נשים שחוו מקרים דומים לפני כן, ככל הנראה חשו שהן לבד ולמרות שחשו נפגעות לא ידעו שמדובר בעבירה פלילית ושהן יכולות להתלונן על כך, שהרי אין חקיקה ספציפית האוסרת על מעשים אלו. בנוסף, הואיל ולא קיימת חקיקה בנושא, המשטרה מלכתחילה לא חוקרת ומגישה כתבי אישום גם כשהובאו לפתחה תלונות בנושא. לסיכום, נדמה שהתופעה קיבלה התייחסות וסיקור נרחב רק בעת האחרונה ייתכן שעל רקע קמפיין me too כך שנפגעות עבירות מין הרגישו יותר ויותר בנוח לדבר על זה.

5. סקירה משווה:

5.1 ארצות הברית

בחלק זה נסקור את המצב המשפטי כיום בנוגע לתופעת הסרת קונדום במהלך יחסי מין, במדינות ארצות הברית. על פניו, נראה כי התופעה מעוררת דיון ציבורי רב בנושא אולם, נכון לעכשיו אין חקיקה המסדירה באופן ספציפי את התופעה. לפי סקירתנו הבחנו שניתן לעשות שימוש בעבירות הקיימות במדינות השונות בכדי להסדיר את התופעה. במדינת קליפורניה למשל ניתן להשתמש בעבירת התקיפה המינית הקיימת, וכי במדינת ניו-יורק ניתן יהיה להרשיע בדרגה הנמוכה של עבירת האינוס. כל אלה בהתבסס על הפרה של הסכמה שנתנה מראש בין במפורש ובין במשתמע לקיום היחסים עם קונדום.

החקיקה הרלוונטית לענייננו: נראה, כי אין כרגע חקיקה המסדירה באופן ספציפי את תופעת ה- "STEALTHING". זאת ועוד, רכיב ההסכמה החופשית בעבירות האינוס והתקיפה המינית שונה בין מדינה למדינה, זאת כאמור מתוך היות ארה"ב פדרציה.

חקיקה עקיפה:

על פי מאמרה של מליסה בלנקו,²⁰ נראה כי במדינת קליפורניה ניתן להרשיע גבר אשר הסיר קונדום בחשאי במהלך קיום יחסי מין, על בסיס עבירת התקיפה המינית הקיימת כיום בחוק. לטעמה, אקט של הסרת קונדום בחשאי נופל בגדרי תחולתה של רכיב ההסכמה החופשית, בעבירת התקיפה המינית. חשוב להדגיש כי זוהי טענה נורמטיבית של בלנקו, שכן כאמור מקרה כזה עוד לא הגיע לפתחי בימה"ש, ועל כן לא ניתן למנות זאת בדין המצוי כיום במדינת קליפורניה.

אופציה נוספת, מובאת במאמרה של אלכסנדרה ברודסקי.²¹ היא מציגה את האפשרות להרשעה בעבירת האינוס, מכוח חוק העונשין הקיים במדינת ניו-יורק. כפי שיפורט בהמשך, עבירת האינוס במדינת ניו-יורק מורכבת משלושה רבדים. לטעמה, הדרגה הנמוכה ברובד השלישי של עבירת האינוס²² תואמת מקרה של הסרת קונדום בחשאי. רכיב ההסכמה בעבירה מוגדר כך: חוסר

Sex Trend or Sexual Assault?: The Dangers of "Stealthing" and the Concept of Conditional Consent²⁰
Melissa Marie Blanco

"RAPE-ADJACENT": IMAGINING LEGAL RESPONSES TO NONCONSENSUAL CONDOM²¹
REMOVAL ALEXANDRA BRODSKY

. Penal § 130.05(2)²²

ההסכמה בשל כורח, או בכל נסיבות שבהם הנפגע אינו מסכים במפורש או במשתמע לפעילות המינינית²³. נראה, כי מקרה של הסרת קונדום בחשאי נופל בגדרי תחולתו של רכיב זה, שכן ניתן לומר כי האישה לא נתנה את הסכמתה באופן משתמע לפעילות המינית הזו, ועל כן ניתן לומר כי הגבר הפר את רכיב ההסכמה. מכאן, שהיא סבורה כי ניתן יהיה להרשיע גברים בעבירת האינוס על אקט של הסרת קונדום לפי החוק מצוי במדינת נוי- יורק. שוב נציין כי זוהי טענה נורמטיבית, לדידה של מחברת המאמר, אשר סבורה כי ניתן בדין המצוי כיום להרשיע בגין הסרת קונדום. זוהי טענה נורמטיבית אשר אינה משקפת דיו את הדין המצוי כיום, שכן כאמור מקרה זה עוד לא הגיע לפתחי ביהמ"ש, ועל כן לא קיים תקדים בנושא.

פסיקה:

טרם הגיע מקרה כזה לפתחי בתי המשפט בארה"ב ולכן אין פסיקה המתייחסת לחוק הקיים והאם הוא יכול להוות מענה.

ספרות:

המקרה נדון הן בספרות האקדמית, והן בכתבות תקשורתיות רבות ברחבי ארצות הברית. נראה כי הסוגייה התעוררה לפני מספר שנים וגרמה לדיון ציבורי רב בעניין, בנוסף להתעסקות מחקרית רבה.

במאמרה של אלכסנדרה ברודסקי,²⁴ אשר פורסם בשנת 2017 בכתב העת של אוניברסיטת קולומביה, היא מציגה לראשונה בספרות, את התופעה הגוברת של הסרת קונדום בחשאי. תופעה זו אינה חדשה, אולם רק לאחרונה החל דיון ציבורי בעניין, וכן שיח בנוגע לאופייה הפלילי של התופעה. הדיון הציבורי הנרחב נבע בזכות פרסום מאמרה, אשר העלה את הנושא לדיון ציבורי ומשפטי בעולם כלל ובארצות הברית בפרט. בשל היות הדיון חדש בקרב הציבור, ברודסקי מציינת כי מקרה זה עוד לא נדון בפסיקה האמריקנית. בחלקו הראשון של המאמר ברודסקי סוקרת את התופעה על בסיס עדויות של נפגעות העבירה. היא מציגה כי קיימות שתי פגיעות מרכזיות כתוצאה מאקט זה. האחת, פגיעה גופנית של כניסה בלתי רצויה להריון וכן העברה של מחלות מין. הפגיעה השנייה מתוארת כפגיעה קשה באוטונומיה של האישה על גופה. בחלק השני היא מעלה שתי אפשרויות שלפיהן ניתן לומר כי הופר רכיב ההסכמה. האפשרות הראשונה, שאותה היא מעדיפה, היא האפשרות הלשונית, היינו כי האישה נתנה את הסכמתה לקיום יחסים עם קונדום, ולא לקיום יחסים במגע ישיר עם איבר המין הזכרי. היא מציינת את הקושי הכרוך בהוכחה כי קיום יחסים בלא קונדום מהווים שינוי מההסכמה הראשונית שניתנה, עד כדי ביטול רכיב ההפרה. ברודסקי מציינת כי ככלל ישנו קושי באבחנה מה נכלל תחת אותה "מטריה של ההסכמה", במהלך קיום יחסים, ומה למעשה מצריך הסכמה נוספת. אך היא סבורה, כי קיים שוני פיזי מהותי בקיום היחסים עם קונדום לבין קיום יחסים עם מגע ישיר. האפשרות השנייה להפרה של רכיב ההסכמה מתבטאת בכך, שהאישה נתנה הסכמתה לקיום יחסים ללא סיכון של הריון, כאשר למעשה קיום יחסים בלא קונדום טומנים בחובם סיכון ממשי להריון. אפשרות זו מתייחסת באופן נקודתי להפרה של הסכמה לקיום יחסים שאינם מלווים בסיכונים להריון. האפשרות הראשונה עדיפה שכן, ביהמ"ש לא נוטה להתערב בסיכונים טבעיים הכרוכים בקיום יחסי מין באנשים בגירים. על כן היא

²³ Penal § 130.05(2)

²⁴ לעיל, ה"ש 20.

מתארת מדוע ראוי לקבל את הטענה לפיה, קיים שוני בקיום יחסים עם קונדום וללא, ומתוך כך מדוע הופר רכיב ההסכמה. בחלק השלישי ברודסקי מציגה את האפשרויות המשפטיות הנוגעות בדבר, הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי. היא אכן סבורה כי המישור הפלילי הוא המתאים ביותר, אך עד שיחוקק חוק המסדיר את התופעה באופן ישיר, היא מציגה אפשרות נוספת לפיה יהיה ניתן לתבוע במסלול אזרחי על הפרת קונדום בחשאי כבר בדיו המצוי.

ברודסקי מציגה את האפשרות הפלילית דרך ה-N.Y. Penal Law, חוק העונשין של מדינת ניו-יורק. במדינת ניו-יורק קיימים שלושה רבדים שונים לעבירת האינוס. אונס ממדרגה ראשונה ושנייה ייחשב כאשר ניתנה הסכמה בהיעדר כפייה, אך בשל מוגבלות נפשית חמורה או חוסר אונים פיזי.²⁵ הגדרה זו צרה, והסרת קונדום בחשאי אינה נופלת בגדרי תחולתה, שכן אי ההסכמה במקרה דנן אינו נובע מהסיבות שלעיל. לעומת זאת, אונס ממדרגה שלישית ייחשב כבעילה ללא הסכמה, לא בשל חוסר יכולת פיזית או מנטלית להביע התנגדות. חוק העונשין בניו-יורק מרחיב ומפרש הגדרה זו. "בזמן ביצוע הפעולה, הנפגע הפגין חוסר הסכמה באופן ברור ומפורש שהוא אינו מעוניין באקט ספציפי זה, והאדם הסביר היה מבין את ההתנגדות המובעת במילים או במעשים".²⁶ לכאורה, נראה כי ניתן להרשיע בגין סעיף זה מי שהסיר קונדום במהלך יחסי מין, שכן האישה הביעה התנגדות מלכתחילה לקיום יחסים בלא קונדום. הבעיה מתעוררת במצבים בהם האישה לא הגדירה במפורש שהיא אינה מעוניינת לקיים יחסים עם קונדום בלבד, או לא הציבה תנאים ברורים לכך. לדעת ברודסקי, ניתן להתגבר על כך דרך הרשעה בדרגה הנמוכה יותר של עבירת האינוס. "חוסר ההסכמה בשל כורח, או בכל נסיבות שבהם הנפגע אינו מסכים במפורש או במשתמע לפעילות המינית".²⁷ ניתן יהיה לומר כי חוסר ההסכמה הינה משתמעת. הקושי הכרוך כפי שהציגה לעיל, יהיה בהוכחה כי קיים שוני בהסכמה לקיום יחסים עם קונדום, ובלי קונדום. אם נוכיח שקיים שוני מהותי, ונדרשת הסכמה מיוחדת לכך נוכל לומר כי הייתה כאן חוסר הסכמה באופן משתמע.

חשש נוסף שמעלה ברודסקי הוא, כי גם אם ניתן להפליל בגין הדין מצוי כפי שהציגה לעיל, עלולות לצוץ בעיות בהבאת ראיות והוכחות למקרה מעין זה. לטעמנו, הדבר עלול ליצור בעיות בהוכחה של מהי הסכמה משתמעת, יהיה קשה מאוד לתת הוכחות וראיות לכך, שבאופן משתמע האישה לא נתנה הסכמתה לקיום יחסים בלא קונדום. כאמור, תמיד עלולות לצוץ בעיות של הוכחות במקרי אינוס שכן מדובר במילה כנגד מילה של בני הזוג. אך כאן המקרה קשה אף יותר, שכן מדובר במשהו שלא נאמר בהכרח ע"י האשה, אלא הגבר היה צריך להבין באופן משתמע. הדבר עלול לעורר בעיות וטענות מצידו של הגבר כי לא הבין או לא היה עליו להבין באופן משתמע. זאת כיוון שיהיו מקרים בהם זוהי הפעם הראשונה שהזוג מקיים יחסים, ואז מהיכן הוא יודע כי באופן משתמע היא אינה מוכנה לקיים יחסים בלא קונדום. זאת ועוד עלולות לעלות טענות מצידו של הגבר שלא קיים הבדל מהותי בין קיום יחסים עם קונדום וללא קונדום, עד כדי צורך בהסכמה שונה ונוספת. מאידך, ניתן לומר כי לפי נורמה חברתית מקובלת כאשר מקיימים יחסים עם אדם זר, נהוג לחבוש קונדום וזאת בשל הסיכונים הרבים העלולים להיווצר כתוצאה המיקום יחסים בלא קונדום, ועל כן נראה כי טענתו של הגבר כאן תהיה חלשה יותר. זאת אומרת כי אם ייטען כי לא הבין באופן משתמע ניתן יהיה

²⁵ N.Y. Penal Law §§ 130.30, 130.35 (McKinney 2001)

²⁶ N.Y. Penal Law § 130.05(2)(d) (McKinney 2013)

²⁷ Penal § 130.05(2)

לומר כי לפי הנורמה החברתית הנוהגת היה עליו להבין כי היא אינה מוכנה לקיום יחסים בלא קונדום.

האפשרות לתביעה במסלול האזרחי

ברודסקי מציגה גם חלופה אפשרית לתביעה במסלול נזיקי בארצות הברית. במקרים שבהם האישה נדבקה במחלת מין או נכנסה להריון בלתי רצוי כתוצאה מהסרת הקונדום, עומדת לרשותה הזכות לתביעה במסלול האזרחי בתביעה נזיקית, בעילה של מרמה. האישה תוכל לתבוע על נזקים שנגרמו לה כתוצאה מהסרת הקונדום. בעבר, לא היו מכירים בתביעות מסוג זה, כיוון שראו בהריון משהו מבורך ולא נזק לאשה. בפרשת *Barbara A. v. John*,²⁸ נפסקו פיצויים לאשה על עצם ההיריון הבלתי רצוי, היינו הכירו בהריון בלתי רצוי כנזק. מכאן, שקיימים תקדימים בנוגע לפיצויים בגין הריון בלתי רצוי וכן העברת של מחלות מין. על כן ניתן להקיש ולומר שישנה אפשרות לאשה לתבוע במסלול נזיקי גבר אשר הסיר קונדום במהלך קיום היחסים וכתוצאה מכך נגרם לה נזק. השאלה המתעוררת היא מה קורה במצב שבו לא נגרם נזק לאישה כתוצאה מהסרת הקונדום, היינו לא נגרם הריון בלתי רצוי או הידבקות במחלות מין. ברודסקי טוענת כי ניתן לומר כי המגע הבלתי רצוי לאשה, כתוצאה מהסרת הקונדום גרם לה נזק נפשי של ממש. ברודסקי מעלה את העבודה שישנו קושי רב בהבאת טענות וראיות לנזקים נפשיים, ללא נזקים פיזיים בצידם. כאמור נראה כי בעבר נפסקו פיצויים מעין אלו על נזקים כתוצאה של מרמה בקיום יחסים, ועל כן ניתן להקיש ולומר כי עומדת האפשרות לתביעה במסלול נזיקי במקרה מעין אלו.

נראה, כי תביעה במישור האזרחי אינה מעניקה סעד הולם וראוי לחומרת המעשה, ועל כן יש צורך להסדיר את הנושא תחת המשפט הפלילי.

מאמר נוסף שנכתב על התופעה וסוקר את הדין המצוי בארה"ב בנוגע להסרת קונדום נכתב ע"י מליסה בלנקו בשנת 2018.²⁹ במאמרה היא מציגה את הדין המצוי בארה"ב והוא, כי באף מדינה בארצות הברית לא קיים חוק המסדיר באופן ספציפי הסרת קונדום כעבירה פלילית. זאת ועוד, המצב הקיים הוא כי בכל מדינה המינוח של רכיב ההסכמה בעבירות האיננו והתקיפה המינית שונה במקצת. לתפיסתה, אין ליצור חוק חדש וספציפי לאקט של הסרת קונדום בחשאי, שכן בעיניה אין זה ראוי לחוקק חוקים העוסקים ביחסים מוסדרים בין בני זוג. היא סבורה כי במינוח מחודש, ובהגדרה מדויקת, וזהה של רכיב ההסכמה החופשית, הסרת קונדום בחשאי תיפול בגדר תחולתה של עבירת התקיפה המינית הקיימת. כמו כן, היא מציינת כי יהיה ראוי יותר להפליל בגין תקיפה מינית על פני אונס מכמה סיבות.

ראשית, פעולת הבעילה עצמה, נעשתה בהסכמה. הסרת הקונדום אמנם מהווה שינוי בתנאים שיתכן ונדרשו להם הצדדים במתן ההסכמה, אך אין סטייה מתנאי זה כשלעצמו, לבטל את ההסכמה על אקט הבעילה. נוסף על כך, פעילות מינית לא רצויה, כגון זו של הסרת קונדום נופלת תחת תקיפה מינית, שכן תקיפה מינית מוגדרת באופן רחב יותר על פעילות מינית שאינה רצויה ולא ניתנה לה הסכמה. לעומת זאת אונס מוגדר באופן מדויק וצר יותר, בעילה בלא הסכמה. ניתן לומר כי הסרת קונדום יוצרת פעילות מינית כלשהי שהיא אינה רצויה, ואינה בהסכמה, שכן לא ניתנה הסכמה לפעילות מינית בצורה זו. אנו סבורים גם כן, כי יהיה זה ראוי יותר להרשיע גבר בהסרת

²⁸ *Barbara A. v. John G.*, 145 Cal. App. 3d 369, 375 (Ct. App. 1983).
²⁹ לעיל, ה"ש 19.

קונדום תחת העבירה של תקיפה מינית, על פני אונס. המשפט הפלילי הינו כלי דרקוני, היוצר תיוג על הנאשם. משכך, יש צורך לדייק ולהתאים את מעשי הנאשם לעבירה המותאמת ביותר למעשיו. נראה, כי הסרת קונדום הינה פעילות מינית שאינה רצויה לאישה, שכן היא נתנה הסכמה לצורה ספציפית של קיום יחסים (עם קונדום), ועל כן צורה שונה של קיום יחסים הינה פעילות מינית אינה רצויה, ושלה לא נתנה הסכמה. נראה, כי ההגדרה הזו מתאימה יותר לתיאור מעשיו של הנאשם, מההגדרה של עבירת האינוס, ומשכך יהיה זה ראוי יותר להרשיעו בגין עבירה זו.

בלנקו מביאה את מדינת קליפורניה כדוגמה למדינה שבה לטעמה, ניתן יהיה להרשיע כבר על בסיס ההגדרה הקיימת לרכיב ההסכמה בעבירה של תקיפה מינית. הגדרת רכיב ההסכמה במדינת קליפורניה מורכב משלושה אלמנטים:³⁰ רצון חופשי, הסכמה מפורשת במילים או מעשים, וכן היבט הידיעה. על כן, לטענתה ניתן לומר כי הסרת קונדום בחשאי, ללא ידיעתה, תוך שלילת רצונה החופשי של האישה מהווה הפרה של רכיב ההסכמה, שכן כאמור היא אינה יודעת שהוא מסיר את הקונדום ועל דבר זה לא נתנה הסכמתה. אך כאמור, מקרה כזה עוד לא הגיע לפתחי בימה"ש במדינת קליפורניה, ועל כן לא קיים תקדים בעניין. אולם לגישתה של בלנקו, ניתן כבר בחוק הקיים להפיל בגין הסרת קונדום כאקט של תקיפה מינית.

תקשורת: בכתבה שהתפרסמה בפברואר 2019,³¹ בעיתון מקומי בניו יורק, מסופר על המאמצים המרובים והלחצים שמפעילים המחוקקים בברוקלין על משרד המשפטים בכדי להבהיר את עמדתו בעניין הסרת קונדום בחשאי במהלך קיום יחסי מין. חברת הקונגרס קרולין מלוני מנוי יורק, דורשת את התייחסותו של היועץ המשפטי לממשלה, וכן את התייחסות משרד המשפטים בנוגע לממצאים ונתונים אודות תופעה זו. היא מביעה את חששה בנוגע לעמימות החוק, באשר אילו התנהגויות נחשבות תקיפה מינית, הן בפן האכיפה והן בפן של פגיעה בנפגעי העבירה. בכתבה אף מובאים דבריה של ברודסקי ממאמרה,³² אשר מציינת כי מקרה מעין זה לא הובא לפתחי ביהמ"ש בארה"ב. לטעמה, הסדרה של תופעה זו בחוק עשויה להוביל למתן תרופה ראוי לנפגעי עבירה זו.

5.2 אנגליה

בחלק זה נסקור את המצב המשפטי כיום בנוגע לתופעה באנגליה. מצאנו, כי המגמה המתפתחת באנגליה היא זו של הסכמה מותנית, היינו תנאי מתלה להסכמה בקיום יחסים. לאור תפיסה זו, פסק בימה"ש האנגלי כי הסרת קונדום מהווה הפרה של רכיב ההסכמה ומהווה למעשה אונס. ביהמ"ש האנגלי הרשיע שני גברים תחת עבירת האינוס, לאחר שהסירו את הקונדום. נציין שאין חקיקה ספציפית המסדירה את הנושא.

חקיקה עקיפה:

כיום אין חקיקה המסדירה באופן ספציפי את התופעה, אך נראה כי ניתן להסדיר זאת דרך עבירת האינוס הקיימת באנגליה. זאת כאמור, נוכח שתי פסיקות של בימה"ש האנגלי אשר הרשיעו גבר

³⁰ PENAL CODE § 261.6 (West, Westlaw through Ch. 228 of 2018 Legis. Sess.)

³¹ February 25, 2019 By Sara Bosworth Brooklyn Daily Eagle

³² ראה לעיל ה"ש 34.

בעבירת האינוס, לאחר שהסיר את הקונדום במהלך קיום היחסים, למרות התנאי המתלה את קיום היחסים בחבישת הקונדום, אשר הוגדר מראש.

פסיקה:

הפסיקה באנגליה, דנה במקרה מעין זה בפרשת *Assange v Swedish Prosecution Authority*,³³ בשנת 2011. ביהמ"ש נדרש לדון בנוגע להסגרתו של המערער, אשר הואשם בארבע עבירות מין בעת ביקורו בשוודיה. אחת מן העבירות שבהן הואשם הייתה אונס בנסיבות מחמירות של הסרת קונדום בחשאי. המערער טען כי מעשה זה אינו נופל בגדרי תחולת הדין המצוי באנגליה, וכי העבירות שונות באנגליה ובשוודיה. ביהמ"ש האנגלי נדרש לדון האם הסרת קונדום מהווה עבירה לפי החוק המצוי באנגליה. בימיה"ש העליון האנגלי הגיע למסקנה כי הסרת קונדום בחשאי מהווה הפרה של רכיב ההסכמה. זאת כיוון שנפגעת העבירה התנתה את קיום היחסים בקונדום בלבד. מעשה זה, מהווה הפרה של תנאי בהסכמה שניתנה מלכתחילה, ולמעשה מבטל את ההסכמה כליל. מכאן, שהמערער ביצע בעילה בנפגעת ללא הסכמתה. דיון זה היווה למעשה, שינוי בגישה של מערכת המשפט האנגלית כך שתכלול הסרת קונדום בחשאי כהפרה של רכיב ההסכמה, ומכאן אינוס.

בשנת 2019, הורשע לי הוגבן, גבר בריטי בשנות ה-30 לחייו, בעבירת האינוס ונידון ל-12 שנות מאסר. הוגבן שכר את שירותה של נערת ליווי. נערת הליווי פרסמה את תנאיה לשירותי הליווי, ובין היתר ציינה כי קיום היחסים מותנה באמצעי הגנה. הוגבן הסיר את הקונדום במהלך קיום היחסים, ולא הסכים להשתמש באמצעי הגנה. זו אף התחננה בפניו שלא יעשה כן, אך הוגבן בתגובה אמר לה להפסיק ואף איים עליה כי הוא יכה בה, כפי שעשה כבר בעבר. נערת הליווי הגישה תלונה במשטרה, והוגשה כנגד הוגבן תלונה. המקרה נדון בבימיה"ש, ונפסק כי הוגבן ביצע בנערה אינוס, זאת כאמור בשל הפרת תנאים המהווים בסיס להסכמתה לקיום היחסים.

נראה, כי התפיסה המשפטית המפתחת באנגליה היא זו של *conditional consent* הסכמה מותנית. הגדרה כזו של רכיב ההסכמה בעבירות מין משמעותה, הסכמה עם תנאי מתלה, היינו ההסכמה קיימת רק במידה והתנאים שלפיה התבססו מתקיימים. כך יהיה קל יותר לזהות מתי הופרה ההסכמה, שכן כאמור ההסכמה מתבלטת ברגע שאחד התנאים עליה התבססה אינם מתקיימים. מינוח מדויק יותר של ההסכמה וכמו כן מתי בוצעה הפרה של הסכמה. נראה, כי לאור תפיסה זו פסק ביהמ"ש האנגלי, כי הסרת קונדום בחשאי תחשב כאינוס. זאת כאמור, כי בעת הסרת הקונדום הגבר מפר תנאי שעליו הייתה מבוססת ההסכמה לקיום היחסים. בשל הפרת רכיב ההסכמה, ניתן לומר כי הגבר מבצע בעילה שאינה רצונית לאישה. לדעתנו אם ההגדרה של רכיב ההסכמה, כוללת בתוכה הסכמה מותנית, אזי ניתן להשתמש בחוק הקיים ע"מ להרשיע גבר אשר הפר תנאי שעליו התבססה ההסכמה לקיום היחסים. אך, אנו סבורים כי יהיה ראוי יותר להרשיע תחת עבירה אחרת שאינה אינוס, עבירה בדרגה נמוכה יותר מזו, בהסתמך על הפרה של רכיב ההסכמה המותנית. הקושי עלול להתעורר כאשר הצדדים לא נדרשו לתנאי זה במפורש, אלא באופן משתמע בלבד, ואז ניתן לומר כי לא בהכרח הופר תנאי. המשמעות היא, כי לא תהיה תחולה לסעיף זה, ויקום הצורך לחוקק חוק נפרד, שכן כאן כל ההנחה מתבססת על תנאי מתלה בהסכמה.

³³ Assange v Swedish Prosecution Authority.

ספרות:

המאמר של אמנדה קלו,³⁴ עוסק ברכיב "ההסכמה המותנית", וכן ברמאות ואי גילוי בפעילות מינית. תחילה, היא מציגה את התיקון לחוק העוסק בעבירות מין.³⁵ היא מציינת, כי החוק האנגלי מייחס חשיבות גדולה יותר לפן הפגיעה באוטונומיה, מאשר לפן האלימות בעבירת האינוס. מתוך כך קם קושי בהבאת ראיות, שכן אין ראיות ממשיות ופיזיות לפגיעה באוטונומיה של הפרט, לעומת פגיעה פיזית. בשל הדגש על האוטונומיה של הפרט, התיקון לחוק קובע שני דברים בנוגע להסכמה ראשית, אין זה מספיק לחשוב כי ניתנה הסכמה, יש צורך שהאדם הסביר היה מבין במילים או במעשים כי ניתנה הסכמה. שנית, האדם השתמש בכל האמצעים ע"מ לוודא כי אכן ניתנה הסכמה למעשה. חלק 76 לחוק מדבר על רמאות ושקר.³⁶ קלו מתארת את המתח הקיים בין רמאות, לבין אי גילוי בכל הנוגע להסרת קונדום. היא סבורה, כי קיים הבדל בין אי גילוי לבין שקר בכל הנוגע לקיום היחסים. כאשר הגבר משקר ומרמה את האישה כי הוא משתמש באמצעי הגנה והוא לא, ברור כי הוא מפר את ההסכמה, שכן האישה נתנה הסכמתה רק לקיום יחסים עם קונדום, ועל כן הוא מרמה אותה וטוען שהוא חובש קונדום בכדי לקבל את הסכמתה לקיום היחסים. לעומת זאת, מקרה שבו הוא רק אינו מגלה לאישה שהסיר את הקונדום הוא מקרה של אי גילוי והטענה, ולא רמאות. על כן, עולה השאלה האם ניתן לומר כי באי גילוי זה הוא הפר את ההסכמה. בשל כך, קלו סבורה כי אין להתייחס לעניין הרמאות לצורך הגדרה של הפרה של רכיב ההסכמה המותנית. לטענתה, הדבר עלול ליצור מתח האם אכן הופרה ההסכמה במקרים שבהם היה רק אי גילוי, ועל כן, יש להתייחס רק לעניין ההסכמה המותנית, היינו, הפרה של תנאי מתלה בקיום היחסים.

נראה, כי הבחנה זו באה להראות מצבים ומקרים שונים של הסרת קונדום במהלך קיום יחסים, שכן לכל מקרה יש נפקות משפטית שונה. שכן כפי שצוין כל מקרה כזה מעורר סוגיות בפני עצמו בנוגע לרכיב ההסכמה. נראה, כי עמדתה של קלו בנושא שיש להתייחס לרכיב ההסכמה המותנית בלבד צודקת ויעילה יותר, שכן אז ברור יותר האם הופר תנאי מתלה בקיום היחסים או לאו. שימוש בדוקטרינת הרמאות סבוכה יותר, וכן כפי שנטען בימה"ש לא עשה בה שימוש במקרים דומים לזה. היא מציינת כי ישנם מקרים שבהם בוצעה רמאות בקשר למחלות מין, במהלך קיום היחסים, ובימה"ש פסק כי לא הופר רכיב ההסכמה. מכאן, נראה כי לפי פסיקות קודמות של בימה"ש האנגלי יש לסמוך את הטענה על בסיס הפרה של רכיב ההסכמה המותנית, ולא במסלול של רמאות בקיום יחסים. עוד היא מוסיפה, המגמה של שימוש בהסכמה מותנית מתרחבת, אך גבולותיה אינם ברורים עדיין, שכן זוהי מגמה מתפתחת, וכן קשה לאמוד את התנאים, על כן לא ברור מהם גבולות הסכמה מותנית והיכן עובר הגבול בו ניתן לומר כי הופר תנאי מתלה להסכמה.

5.3 קנדה:

כמו בארץ, טרם נחקק חוק המסדיר את התופעה של הסרת קונדום ללא רשות. למרות זאת, באמצעות החקיקה הקיימת, בית משפט כן האשים גבר על העבירה. בשונה מישראל, קיימת ספרות בקנדה על האפשרות למצוא פתרון חלופי לתביעה בגין הסרת קונדום ללא רשות, הן מהפן הנזיקי,

Conditional Consent and Purposeful Deception, Amanda Clough³⁴
Sexual Offences Act 2003³⁵
Sexual Offences Act 2003³⁶

והן מהפך החוזי. מעבר לכך, יש רצון חברתי לחוקק חוק אך יש בכך בעיות כיוון שבשונה מישראל, אין הסכמה רווחת שהסרת קונדום ללא רשות נחשבת לאינוס.

חקיקה:

בקנדה לא קיים חוק ספציפי האוסר על ביצוע המעשה של הסרת קונדום בחשאי בעת קיום יחסי מין. אך לפי ה-Criminal Code of Canada (הקוד הפלילי של קנדה) כן קיימת התייחסות רלוונטית:

ס' 273 (1)- מגדיר מה היא הסכמה ביחס ליחסי מין. בסעיף זה, הסכמה מוגדרת כהסכמה מרצון לקיים יחסי מין על פי התנאים שהוסכמו. בלשונו: ³⁷

"273.1(1) cannot be interpreted to import an additional requirement of 'informed consent' into the basic condition that consent simply means the voluntary agreement by the complainant to engage in the sexual activity in question."

ס' 265 (3) - הסעיף מגדיר מהי תקיפה, לרבות תקיפה מינית וסעיף (3) קובע כי במקרה שההסכמה הושגה ע"י תרמית אינה נחשבת כהסכמה. בלשונו: ³⁸

"265(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of:

- 265(3) (c) fraud; or³⁹

סעיף 3(c) לקוד הפלילי מציין הונאה כתנאי שפוסל הסכמה, כלומר אם ההסכמה ניתנה בעקבות, הונאה הדבר ייחשב כאי-הסכמה. חוק זה הינו הבסיס למקרים של תקיפה מינית, כפי שצוין, אין בקנדה חוק ספציפי להאשים גבר בהסרת קונדום ללא רשות, ולכן בינתיים, בתי המשפט נשענים על החוקים האלו.

על מנת להאשים אדם בתקיפה מינית לפי סעיף 273 לקוד הפלילי יש להוכיח יסוד נפשי ויסוד עובדתי. היסוד הנפשי הינו מודעות יחד עם כוונה לטיב המעשה. ניתן גם להאשים על רשלנות של הגבר אם הוא לא התחשב בכך שהאישה אינה הסכימה למגע. יש לציין כי אדם סביר היה יכול להיות מודע לאי הסכמתה של האישה, ולכן במקרה דגן הגבר היה צריך להיות מודע לכך. במקרה של הסרת קונדום ללא רשות, כפי שתואר בפס"ד R. v. Hutchinson, ניתן ליישם את היסוד הנפשי כיוון שהגבר מודע לטיב מעשיו ולא מתחשב בהשלכותיו. למרות זאת, בהיעדר חוק ספציפי לעבירה הזאת, אין מענה משפטי למקרים כאלו. במקרים של תקיפה מינית "סטנדרטים", אם האישה לא מצליחה להוכיח את התקיפה מעל ספק סביר בבית משפט, היא יכולה לתבוע בניזקין במשפט האזרחי לפי סוגי הנזק הרלוונטיים. ⁴⁰ בסדרי הדין האזרחיים של קוויבק ישנה הגדרה רחבה כדי

³⁷ Criminal Code, RSC 1985, c C-46, s 273(1)

³⁸ Criminal Code, RSC 1985, c C-46 s 265(3)(c)

³⁹ Criminal Code, RSC 1985, c C-46 s 265(3)(c)

⁴⁰ Civil Remedies for Sexual Assault: A Report Prepared for the British Columbia Law Institute by its Project Committee on Civil Remedies for Sexual Assault. John McLearn. BCLI Report No. 14 (2001)

לבחון נזיקין. בדומה לארץ, הקטגוריות הינן נזק גופני, נזק רוכשי, ונזק נפשי/פסיכולוגי. לכן, הסרת קונדום ללא רשות נכנסת לשלושת הקטגוריות- הריון לא רצוי או חלק מהמחלות המיניות עובר יכולים להיחשב כנזק גוף, פטירות מעבודה לאור המצב יכול להיחשב כנזק רוכשי/ממוני, וכמעט בכלל המקריים יש נזק נפשי או פסיכולוגי.⁴¹

פסיקה:

כעת בקנדה יש רק פסק דין אחד שבו גבר הורשע בעבירת הסרת קונדום ללא רשות בהסתמך על החוקים הכתובים לעיל. לעומת זאת, יש לא מעט פסקי דין בהם הרשיעו אנשים בתקיפה מינית לפי הסעיפים הללו. דוגמה לכך הינו פסק דין R v. Ewachuk בו השופטים קבעו כי הגבר קיים את היסוד העובדתי והנפשי של תקיפה מינית לפי חוסר ההסכמה המוגדרת בסעיף 273 והתקיפה עצמה לפי סעיף 265.⁴² בנוסף, בפסק דין R v. Dadmand,⁴³ בו מדובר במקרה של הסרת קונדום ללא רשות, ביהמ"ש לא הצליח להרשיע את הגבר כיוון שפרשנות החוקים שהוזכרו לעיל צומצמו לאחר פסק הדין Hutchinson.⁴⁴

R v. Hutchinson

בפסק הדין הנדון, השופטים יישמו את החוקים שהוזכרו לעיל על המקרה והגיעו למסקנה כי יש להרשיע את Hutchinson על תקיפה מינית.

במקרה דנן, הקורבן הסכימה לקיים יחסי מין עם הנאשם (עם קונדום) אך לפני האקט, הנאשם דקר חורים בקונדום שלו וכתוצאה מכך הקורבן נכנסה להריון בלתי רצוי. בנוסף, חווה בעיות רפואיות למשך שבועיים עקב תקלות בהפלה. Hutchinson הואשם בתקיפה מינית מחמירה לפי ס' 273 (1) של הקוד הפלילי.⁴⁵ לפי פרשנות בית משפט של הסעיף, השימוש בקונדום יכול להיחשב כתנאי מחייב לקיים יחסי מין בהסכמה (במידה והסכימו על כך מראש). השופטים דנים על ההשלכות של התקיפה המינית כמו הריון בלתי רצוי או מחלות מיניות. אין הכרעה חד משמעית בניגוד לכמה צריך לקחת בחשבון את ההשלכות האלו כיוון שזה בעצם חותר לאוטונומיה ולכבוד של הקורבן. אומנם הנושא נשאר בצריך עיון, אך במקרה דנן ההשלכות כן השפיעו על חומרת העונש.

בית המשפט המחוזי קבע כי הסכמה לקיים יחסי מין עם קונדום אינו כולל קונדום עם חורים כיוון שזה בעצם סוג מגע שונה ממה שהוסכם. לכן, פסקו לטובת האישה. Hutchinson הגיש על כך ערעור. The Nova Scotia Court of Appeals דחה את הערעור אך הסתמך על ס' 265 (3) שמסביר שעשיית דבר במרמה יכול לבטל הסכמה. לכן, Hutchinson הגיש ערעור לבית המשפט העליון של קנדה. שם, בחנו לפי שני החוקים המצוינים לעיל (273 (1) ו-265 (3)) וקבעו שלא הייתה הסכמה לפי שני החוקים ולכן מדובר בתקיפה מינית.

עולה מפסק הדין מבחן דו-שלבי לבדוק את הפרת ההסכמה אשר יכול לשמש ככלי עזר במשפט הישראלי. השלב הראשון מפרש את החוק של תקיפה מינית כמעשה שחורג ממה שהוסכם. השלב השני, מפרש את החוק של הסכמה כתנאים מדויקים שעליהם הסכימו הזוג אך לא כולל מקרים

The Criminal Code of Canada And Sexual Assault, University of Lethbridge, (2018)⁴¹

R. v. Ewachuk, [1999] 1 S.C.R. 330⁴²

R v. Dadmand [2016] BCSC 1565 ⁴³

R. v. Hutchinson. 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346⁴⁴

Criminal Code, RSC 1985, c C-46, s 273(1)⁴⁵

שההסכמה נתנה תחת מרמה. הם מדגישים שיש הבדל בין הסכמה לאקט, והסכמה להשלכות ממנו (כמו הריון). בסוף הם קובעים כי באופן כללי לא ניתן לכלול אי-הסכמה להריון בהגדרה של הסכמה, כיוון שזה לא דבר שניתן לשלוט בו (כלומר אין לזוג שליטה על זה) ולכן התביעה מבוססת על היעדרות ההסכמה ליחסי מין ללא קונדום ולא לאי הסכמה להיכנס להריון. למרות שהאישה לא רצתה להיכנס להריון בימ"ש העליון לא מוכן לכלול את זה כבעיה בהסכמה, אלא כדבר שדורש פיצוי בפני עצמו. שוב, הערעור נדחה, Hutchinson הואשם בתקיפה מינית וקיבל עונש מאסר של 18 חודשים (מאסר המקסימלי לפי ס' 273(1)).⁴⁶

לדעתנו, הפסיקה כאן בעייתית. ביהמ"ש לא התייחס מספיק לרכיב ההסכמה כיוון שלקחו בחשבון את ההשלכות של התקיפה מינית בלי לפסוק לפי הפרת רכיב ההסכמה גרידא. היו יכולים להגיע לאותה תוצאה בהסתמך על אי-ההסכמה של האישה לקיים יחסי מין עם הגבר ללא קונדום, או עם קונדום עם חורים ובכך לייצר תקדים מחייב. במקום זאת, התחשבו בהשלכות שנבעו מהסיפור. אומנם האישה סבלה מאוד בעקבות הנזק שנגרם לה מההריון הבלתי רצוי, אך מקרה כזה מעורר שאלות כמו, מה היה קורה אם האישה לא הייתה נכנסת להריון? לא די בנזק שנגרם מהסרת הקונדום ללא רשות? בהיעדרות חוק ספציפי בית המפשט בקנדה נשען על הסעיף בחוק לאי הסכמה (273(1)). למרות זאת, הפרשנות בפס"ד Hutchinson מצמצם, לכאורה, את שימוש הסעיף למקרים בהם נזק ממשי של הריון או מחלת מין בלבד. ניתן לראות את השלכה זו בפס"ד הבא. כמו כן, נרחיב על כך בחלק ההמלצות.

R v. Dadmand⁴⁷:

מקרה שבו גבר שכנע 7 נשים לקיים איתו יחסי מין בסרטונים מוקלטים. בחלק מהמקרים ניתן לראות שהגבר הסיר את הקונדום ללא רשות. לכאורה, בית המשפט היה יכול לפסוק לאי-הסכמה לפי ס' 273 (1) לקוד הקרימינלי אך בחר שלא. בהיעדרות נזק ממשי של הריון או מחלת מין, ובלי דיון על הנושא של קונדום כתנאי מחייב לקיום יחסי מין בהסכמה, בית המשפט מכריע שלא ניתן להפעיל את משפט הפלילי נגד המואשם. הסיבה לכך מבוססת על פסק הדין, R v. Hutchinson אשר צמצם את הנושא להשלכות שנבעו מהמקרה ולא דן מספיק ברכיבים של הסכמה, כולל חבישת קונדום. כלומר, לא קבעו שניתן להכריז על גבר לא להוריד את הקונדום במקרה שהזוג הסכים לקיים יחסי מין עם קונדום. לדעתנו, צמצום הפסיקה מעלה בעיות רבות אשר נרחיב עליהן בהמשך.

ספרות אקדמית:

רוב הספרות על הנושא מתבסס על ביקורות וסקירות של הפסקי דין האלו. הנושא עדיין בבשלות בקנדה כך שאין מסקנות סופיות לגבי חוק ספציפי או האם יש בכלל צורך בחקיקה:

מאמרה של ליסה גוטל,⁴⁸ נכתב כתגובה לפסק הדין R v. Hutchinson. גוטל מבקרת את פסיקת השופטים. לדבריה, יש להחשיב את המקרה כמרמה כיוון שזה מוסיף לגיטימציה למקריים חמורות יותר אשר גבר משקר לאישה על כך שיש לו מחלת מין. גוטל רוצה לקבץ כמה שיותר מקרים, אפילו אם חלקיהם קצת פחות חמורים כיוון שזה יגן על נשים בסיטואציות דומות. בנוסף, היא מבקרת

⁴⁶ שם

⁴⁷ R v. Dadmand 2016 BCSC 1565 (2016)

⁴⁸ Lisa Gotell, Thinly Construing the Nature of the Act Legally Consented to: The Corrosive Impact of R v Hutchinson on the Law of Consent, 53 U.B.C. L. REV. 53 (2020)

את פסק הדין של השופטים ויוצאת נגד הגישה שלהם לקחת בחשבון את הנזק שחוותה כיוון שזה מצמצם את ההגדרה של הסכמה ופוגע בנשים רבות. היא שואלת שאלה חשובה, למה אישה צריכה להיכנס להריון, או לסבול מחלת מין רק כדי להוכיח שגבר פגע בהסכמה שלה כשהוריד את הקונדום? בנוסף, היא דנה על החשיבות בקביעת הגדרה חדשה למילה "הסכמה" בסעיף 273 (1) ובכך לקשר באופן מפורש חבישת קונדום כתנאי מחייב לקיום יחסי מין בהסכמה. בנוסף, להמלצותיה יש לצמצם את דוקטרינת מרמה לפי סעיף 265(3) כיוון שהסרת קונדום ללא רשות לא תמיד נכנסת לסעיף הזה, אלא לפי הסעיף של הסכמה. בפסק דין Hutchinson בית משפט העליון איחד בין הסעיפים וקבע בעצם שאי-הסכמה מוגדרת כהסכמה שהתקבלה תחת מרמה, דבר שלא קיים בכל מקרה. למעשה, לא לראוי לקשר בין הסעיפים כי זה מצמצם את ההגדרה של הסכמה. ככל הנראה, בארץ אין התייחסות לתוצאות הספציפיות אלא לקטגוריה של הסיטואציה על פי ההפרה של הסכמת הקורבן. היא מסבירה שההשפעות מהפסיקה הקנדית מרחיקות לכת, היא מביאה את R v. Dadmand כדוגמה לפסק דין שביהמ"ש העליון לא הצליח להאשים אדם על חבישת קונדום במרמה כיוון שלא היה "נזק ממשי".⁴⁹ לכן, מעבר לכך שבית המשפט לא ראה במצב אי הסכמה ביחס להסרת קונדום ללא רשות, השיקולים של הצפת בתי משפט והפללה בלתי צודקת גם השפיעו על פסיקתם כפי שקבעו בשוויץ.⁵⁰

המאמר הבא,⁵¹ דן ברכיב ההסכמה ביחס לתקיפה מינית. בשונה מהפתרון של ברודסקי, המאמר מפרש הסרת קונדום ללא רשות כפלילי אך ורק במקריים שזה מוביל לנזק גוף חמור (כמו בפסק דין (R v. Hutchinson)).⁵² בניגוד לדעה של גוטל, כשבודקים את רמת ההפרה של ההסכמה יש להתחשב בהשלכות כמו הריון. המאמר מקשר את מהות הבעיה לחוסר רצון של הקורבנות להגיש תביעות, למרות שלפי סקר שנערך באוניברסיטה בקנדה, רוב הסטודנטים הסכימו שהסרת קונדום ללא רשות הינו בלתי צודק ואף פלילי.⁵³ תופעה זו מעוררת קשיים רבים בנושא הנדון ומעיד על הצורך הבוער לחוקק חוק שיכנס לקוד הפלילי של קנדה על מנת שנשים רבות יבינו את חומרת העבירה שנעשתה נגדם.

תקשורת:

הכתבה דנה בפסק דין R v. Hutchinson ומדגישה כי העונש לנאשם תלוי בהשלכות השליליות כגון נזק גופני ממשי ולא תלוי באי-הסכמה. הכתבה ממליצה להפריד בין הדברים האלו כיוון שהטראומה, נזק פסיכולוגי ובעיות אמון הם זהים מקורבן לקורבן ולא כדאי למדוד אותן לפי החשש להיכנס להריון או לקבל מחלת מין.⁵⁴

⁴⁹ R v. Dadmand 2016 BCSC 1565 (2016).

⁵⁰ Lisa Gotell, Thinly Construing the Nature of the Act Legally Consented to: The Corrosive Impact of R v Hutchinson on the Law of Consent, 53 U.B.C. L. REV. 53 (2020).

⁵¹ Lisa Gotell, Thinly Construing the Nature of the Act Legally Consented to: The Corrosive Impact of R v Hutchinson on the Law of Consent, 53 U.B.C. L. REV. 53 (2020).

⁵² R. v. Hutchinson. 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346.

⁵³ Czechowski K, Courtice EL, Samosh J, Davies J, Shaughnessy K (2019) "That's Not What Was Originally Agreed to": Perceptions, Outcomes, and Legal Contextualization of Non-Consensual Condom Removal in a Canadian Sample. PLoS ONE 14(7): e0219297

<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0219297>

⁵⁴ Samantha Gold, Don't Call it Stealthing: Non-Consensual Condom Removal and the Law (2017) <http://www.forgetthebox.net/dont-call-it-stealthing-nonconsensual-condom-removal-and-the-law-201705112/>

5.4 שוויץ :

בשוויץ היה מקרה אחד של הסרת קונדום ללא רשות שהגיע לפתחי בית משפט והגבר הואשם. למרות זאת, לאחר ערעור, העונש הופחת מאונס כיוון שלא ראו את ההגדרה של אונס כמתאים לעניין. יש להסיק מכך שאומנם יש צורך לחוקק חוק, בשוויץ לא מכירים בהסרת קונדום ללא רשות באותו רמת החומרה של אונס. מעבר לכך, יש חשיבות רבה לנקוט בזהירות בפרשנות החוקים עקב שיקולים של מדרון חלקלק והצפת בתי משפט.

תקיקה:

החוק בשוויץ מכיר בתקיפה מינית ואונס לפי ההגדרה הבאה :

Art. 191 StGB : החלק בקוד הקרימינלי :

“Anyone who abuses a person who is incapable of judgment or a person incapable of resisting, knowing their condition, to have sex, similar to sex or any other sexual act, is punished with imprisonment of up to ten years or a fine”⁵⁵

מי שמתעלל באדם שאינו מסוגל להחליט בעצמו או אדם שאינו מסוגל להתנגד, לדעת את מצבו, לקיים יחסי מין, בדומה למין או לכל אקט מיני אחר, נענש במאסר של עד עשר שנים או בקנס.

לפי אמנת זכויות האדם של אירופה, אין זכות כשלעצמה לאוטונומיה מינית, אך אונס נכנס לקטגוריות הבאות :

Article 8 (1): Right to privacy

“Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”.⁵⁶

כאן, מגדירים את הזכות לכבוד אשר הופר בתקיפה מינית.

Article 3: Prohibition of torture

No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.⁵⁷

לפי זה, תקיפה מינית מוגדרת כסוג של עינוי.

לפי החוקים האלו ניתן לראות כי אין חוק ספציפי המסדיר את הנושא של הסרת קונדום ללא רשות. לכן, בהיעדר חוק מתאים לא ניתן להפליל את המעשה. ניתן לראות בכך השלכות חיוביות ושליליות. מחד גיסא, זה מונע הפללות בלתי צודקות. הנושא מאוד רגיש וטכני והדרך היחידה להעניש גבר על העבירה הינה בהרחבת לשון החוקים שהוזכרו לעיל. מאידך גיסא, יש אינטרס חברתי להעניש

⁵⁵ Art. 191, Swiss Criminal Code

⁵⁶ Article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR)

⁵⁷ Article 3 of the European Convention of Human Rights (ECHR)

גברים על הסרת קונדום ללא רשות. שיקולים אלו משפיעים על מערכת המשפט בשוויון כיוון שאם אין הגדרה ברורה בחוק למעשה אסור, לא ניתן להעניש אדם על כך. אי לכך, יש צורך בחקיקת חוק מפורש אשר תגשים את האינטרס החברתי ובד בבד תמנע הפללות בלתי צודקות.⁵⁸

פסיקה:

פלוגי, סטודנט למשפטים הואשם באונס לאחר שהוריד את הקונדום שלו באמצע קיום יחסי מין עם אישה.⁵⁹ לפני כן, הגבר ביקש האם ברצונה של האישה שהוא ילבש קונדום והיא ענתה במפורש שכן אך בזמן אמת לא שם. כשלושה חודשים לאחר מכן היא לקחה כדורים נגד מחלות מין. פסקו לו מאסר של 12 חודשיים לפי Art. 191 StGB לקוד הקרימינלי של שוויץ. פלוגי הגיש ערעור על פסיקת בית המשפט. בבית המשפט לערעורים בלוצאן קבעו כי אכן לא מדובר באונס אלא בבזוי (defilement).⁶⁰ שינוי זה לא שינה את טווח המאסר, אך יש לו חשיבות רב אשר נרחיב עליו בהמשך.

תקשורת:

כפי שצוין בפס"ד המוזכר לעיל, הגבר הואשם באונס לאחר שהוריד את הקונדום בלי הסכמה והואשם באונס.⁶¹ בערעור הפחיתו את העונש לבזוי (defilement). שינוי זה משמעותי כיוון שבמשפט הפלילי, תיוג יכול להשפיע מאוד על המשך חייו של הנאשם. לפיכך, יש להשתמש בענף הפלילי בזהירות במקרים שהעונש אינו מצדיק השלכות כל כך חמורות. לחילופין, ראוי להשתמש בו במקרה שבה העונש מוצדק עקב חומרת הפגיעה שנעשתה לקורבן ולחברה, כמו במקרה של אונס. למרות זאת, לטוב או לרע, אין השפעה להחלטה זו על שאר אירופה כיוון שהחוקים שלהם שונים. אומנם שוויון החליטה לאמץ את האמנה האירופית לזכויות האדם ולכן ניתן לראות חוקים שנובעים משם, אך הקוד הפלילי נפרד משאר אירופה. בכל אופן, עדיין חסרה פסיקה של בית משפט פדרלי בנושא. בשוויון באופן כללי, לפי הקוד הקרימינלי לא ניתן להאשים אדם על עבירה שלא נכללת בתוך הקוד. התופעה של הסרת קונדום ללא רשות אינה מפורשת בחוק ולכן לא תמיד ניתן להאשים את הגבר. בין היתר, החלטה זו בא למנוע הפללות בלתי צודקות. כמובן שיש אינטרס חברתי להעניש גברים על הסרת קונדום ללא רשות, אך מנגד יש אינטרס לא להרחיב את לשון החוק יותר מדי ובכך להפיל מעשים שאינם מוגדרים כאסורים. סיווג זה חשוב לא רק בעניין של הסרת קונדום ללא רשות, אלא במערכת המשפט כולה. הפתרון הינו לחוקק חוק ספציפי על התופעה אך זה לוקח זמן רב ודורש הכרעות בשאלות על חומרת העונש, טווח המאסר, השוואה לאונס, וכדומה.⁶²

ספרות אקדמית:

עד המקרה של הסרת קונדום ללא רשות בשוויון בשנת 2015 לא נתנו לתופעה הזאת שם (להלן: stealthing). ברגע שקבלו את השם, נשים רבות התחילו לדבר על זה ולהכיר בפגיעה שנעשתה כלפיהן. לפי המאמר,⁶³ הפתרון הראוי הינו להפיל stealthing, בפועל זה לא בהכרח יועיל לכולן

Felber, Tom. "Stealthing", The Secret Removal of the Condom, is Morally "Bottom Drawer", But is ⁵⁸ Currently Not a Criminal Offense (2019).

<https://www.nzz.ch/zuerich/stealthing-das-heimliche-abziehen-des-kondoms-bleibt-straaffrei-ld.1525042>

⁵⁹ ש.ם.

⁶⁰ ש.ם.

⁶¹ ש.ם.

⁶² ש.ם.

⁶³ ש.ם.

כיוון שקשה להוכיח את זה בבית משפט. בנוסף, הרבה אנשים עדיין לא מדברים על זה או מגישים תביעות בנושא. למרות זאת, בשנים הקרובות המצב עלול להשתנות ואם המחוקקים לא ינקטו בזהירות בחקיקת חוקים בנושא זה יכול להוביל למדרון חלקלק והצפת בתי משפט. הסיבה לכך הינה שאין מקרה "קלאסי" להסרת קונדום ללא רשות. לכן, יהיה קשה לחוקק אחד לכלול את כל המקרים והבדלים בין סיטואציה של הסרת קונדום ללא רשות.⁶⁴

5.5 סינגפור:

חקיקה:

כיום, סינגפור היא המדינה היחידה שמתארת בצורה מפורשת וחד-משמעית "הסרת קונדום ללא הסכמה חופשית" (Non-consensual condom removal) (להלן – NCCR) כעבירה פלילית של ממש.⁶⁵ זאת לצד פסיקה מאוד מועטה בנדון, וכתובה אקדמית די אמפירית ודלה יחסית.

החוק בסינגפור מתייחס למקרים של כניסה לאקט מיני תוך שימוש בהונאה. כלומר, מעין מצג שווא המוצג ע"י צד אחד ביחס לעובדה או מצב נפשי אשר נועדו לגרום לצד השני להתקשר עימו ביחסי מין. ודוק, ההרשעה על מצג שווא, יכולה לעמוד לבדה בעקבות העובדה שצד א' הציג את מערכת העובדות ככאלו של קיום יחסי מין עם קונדום, בעוד למעשה קוימו יחסי מין ללא קונדום.

החוק בסינגפור כפי שהוא מופיע בתיקון האחרון קוד הפלילי בסינגפור –

Criminal Law Reform 2019 – (No. 15 of 2019) [ההדגשות שלנו]:

Procurement of sexual activity by deception or false representation:

H376

(3) For the purposes of subsection (1) —

- (a) a person makes a false representation if it is untrue or misleading, and that person knows that it is, or might be, untrue or misleading;
- (b) a representation may be express or implied; and
- (c) **a "sexually protective measure" means —**
 - (i) where *B* is female, a device, drug or medical procedure to prevent pregnancy or sexually transmitted diseases as a result of sexual intercourse; or
 - (ii) where *B* is male, a device, drug or medical procedure to prevent sexually transmitted diseases as a result of sexual intercourse.

השוואת המצב החקיקתי בישראל לסינגפור ומסקנות:

נקודת השוני החשובה ביחס להחלת החוק בסינגפור היא ההתייחסות לעצם המעשה עצמו, ולא להשלכות או פגיעות עקיפות שלו. ככל שחוק העונשין בישראל מרשיע על עבירות מסוג הסרת

Ebrahim, Sumayya. "I'm Not Sure This Is Rape, But: An Exposition of the Stealthing Trend." *SAGE Open*, (April 2019). <https://doi.org/10.1177/2158244019842201>.

Criminal Law Reform Act 2019. (Singapore).⁶⁵
<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/15-2019/Published/20190604?DocDate=20190604>

קונדום ללא הסכמה, נדרש אכן להוכיח שנפגע יסוד ההסכמה החופשית בעקבות המעשה, או באמצעות סעיפים אחרים לחוק שהוצגו לעיל, אך כאמור כלל הסעיפים עוסקים בעניין רק בצורה עקיפה ומשתמעת, או לחילופין מתייחסים להשלכות והשפעות שליליות שעלולות להיגרם מהמעשה. בחוק הסינגפורי, די בהוכחת מערכת עובדות שהציגה מצג שווא לאישה ביחס לחבישת הקונדום (בעוד הגבר כמובן היה מודע למצב העובדתי האמיתי ביחס להסרתו). אולם, גם באמצעות החוק הסינגפורי לא ניתן להרשיע במקרים מסוג "אחד" (חבישת קונדום כהסכמה מכללא, והסרתו במהלך האקט) כפי שתוארו לעיל. על אף זאת, לדעתנו כדאי לבצע תיקון לסעיף השגת הסכמה בתרמית בחוק הישראלי. כיום, סעיף זה מדבר על מצג שווא לגבי מיהות/מהות העושה.⁶⁶ תיקון לחוק אשר יכלול גם השגת תרמית לגבי מצב עובדתי, דוגמת הסרת קונדום במהלך או תחילת האקט בעוד האישה נוטה להאמין שקיים קונדום. מיקוד העבירה בכך שמדובר בתרמית עובדתית, או אף תת סעיף המדבר על תרמית בנוגע לאמצעי המניעה, יוכל לסייע בהרשעה במקרים אלו.

בהתאם למחקר שביצענו, לא מצאנו מקורות רלוונטיים להתייחסות מבחינת פסיקה וכתובה אקדמית במדינת סינגפור. הפסקה לעיל מעלה את המסקנות בעקבות עיון בחקיקה הקיימת בסינגפור, וביחס לכתובה אקדמית (במדינת אוסטרליה, ראו בהמשך) על מדינת סינגפור.

5.6 אוסטרליה:

סקר רחב היקף שנערך במרכז לבריאות מינית במלבורן על מנת לקבוע עד כמה נשים וגברים המקיימים יחסי מין עם גברים חוו NCCR העלה שהתופעה שכיחה יותר כיום אף יותר מדיווחים על תקיפה מינית. המחקר העלה נתונים על שכיחות התופעה, ולאחר מכן נותחו גורמים שונים הקשורים לאירוע.

הצגת התופעה, שכיחותה והשלכותיה:⁶⁷

על פי הנתונים: 1189 מתוך 2883 נשים (41.2%) שהשתתפו במרפאה במהלך תקופת המחקר השלימו את הסקר. שלושים ושניים אחוז מהנשים דיווחו כי חוו אי פעם NCCR. נשים שחוו זאת היו בעלות סיכוי גבוה יותר להיות עובדות מין (זנות). בנוסף, מי שחווה NCCR היה בסבירות גבוהה יותר לדווח על חרדה או דיכאון. הן נשים והן גברים שחוו פגיעה דומה, היו בעלי סיכוי נמוך פי שלוש להחשיב את זה כתקיפה מינית מאשר למשתתפים שלא חוו זאת. כלומר, תיוג התופעה בעיני הנפגעת כתקיפה מינית נתקלת בקשיים פסיכוסומטיים.

השפעות והשלכות רלטיביות של התופעה:⁶⁸

ראשית, במחקרים שנערכו סביב התופעה, נמצא שאין שוני רלוונטי בהשפעתה על אוכלוסיות ומגזרים שונים (כגון בני מיעוטים, מעמד חברתי, מגדר וכו'). שילוב הממצאים שערכו החוקרים מצביעים על כך ש-NCCR היא התנהגות שכיחה, אשר עלולה לגרום לפגיעה פסיכו-סקסואלית חריפה ומתמשכת בקורבנות. בעוד שמצד אחד קשה לקורבנות NCCR לראות את עצמן כנפגעות

⁶⁶ ס' 345(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁶⁷ The PLOS ONE Staff (2019) Correction: Non-consensual condom removal, reported by patients at a sexual health clinic in Melbourne, Australia. PLOS ONE 14(2): e0213316.

⁶⁸ Boadle A, Gierer C, Buzwell S. Young Women Subjected to Nonconsensual Condom Removal: Prevalence, Risk Factors, and Sexual Self-Perceptions. Violence Against Women. August 2020. doi: 10.1177/1077801220947165

עבירה מינית בשל העובדה שהתופעה טרם קיבלה הכרה כפשע, נשים רבות אשר נחשפו לתופעה מדווחות על פחדים בהקשר של יצירת מגע, פגיעה בביטחון האישי, וחוסר יכולת לפתח אמון כלפי פרטנרים. עוד ניראה, כי אותן תופעות פוסט-טראומטיות נפוצות אשר נגרמו לנפגעות תקיפה מינית, נמצאו שכיחות גם אצל נשים אשר חוו NCCR. בנוסף, נשים רבות שנגרמה להן פגיעה זו, וחוו חוסר שליטה בכל הנוגע לסיכון שכרוך ביחסי המין שקיימו, נמצאו לאחר מכן כבעלות הערכה עצמית (מינית) נמוכה מאוד, ובעלות תפקוד מיני לקוי ביחס לעצמן לפני המקרה. ממצא מטריד אף יותר הוא, שנשים אשר חוו NCCR בפעמים הראשונות שקיימו יחסים, נטו יותר לאבד שליטה ביסוד ההסכמה החופשית שלהם לאקטים מיניים מסוימים בעתיד, וליחסי מין בכלל. ככלל, הממצאים הראו כי נשים צעירות רבות חוות NCCR.

NCCR מביא כאמור להשלכות חמורות בטווח הארוך יותר על הרווחה הרגשית בכלל והתפקוד הפסיכו-מיני בפרט. עדיין, למרות כל ההשפעות החמורות, המערכת המשפטית נותרה אילמת במערכה, ובלי יכולת של ממש להתמודד עם התופעה. יש צורך לדעתנו ליצור רפורמה חקיקתית/משפטית ולמגרה.

תקיקה:

נכון לשנת-2019, החוק הפלילי הממשי באוסטרליה, שותק בכל הנוגע למקרים ספציפיים של "הסרת קונדום ללא הסכמה חופשית".⁶⁹ תוכנו של חוק העונשין במדינה מתייחס למעשה של אונס או תקיפה מינית כמעשה בו בין היתר נשללה ההסכמה החופשית לפני האקט המיני או במהלכו.⁷⁰ כלומר, באוסטרליה, יסוד ההסכמה החופשית הינו מאפיין מרכזי בדרישת החוק ובהיעדרו, היחסים מהווים עבירה פלילית.⁷¹ כתוצאה מכך, כיום יסוד ההסכמה הנצרך לקיום יחסי מין הוא היסוד העיקרי (והבלעדי למעשה) בחוק דרכו ניתן להרשיע בתופעה הנדונה. כלומר, בהסרת קונדום שלא בהסכמה, נדרש לראות שלילה של יסוד ההסכמה החופשית לקיום יחסי המין עצמם.

הדבר מקשה על מערכת המשפט כיום להרשיע, בעיקר מבחינת ראיות, במקרים של NCCR, במיוחד באלו אשר ניתנה בהם הסכמה לאקט עצמו, אך לא להסרת הקונדום. מאידך, ניתן לומר שבעקבות הצורך בהסכמה חופשית לכלל נסיבותיו של האקט המיני, יסוד ההסכמה משמש אמצעי יעיל להרשעה על כל פעולה נוספת/שונה שלא הוסכם עליה בין הפרטנרים, ובכך למעשה יכול לטפל במקרים של הסרת קונדום ללא הסכמה. על כל פנים, על מנת להרשיע ב-NCCR נדרש שימוש בדוקטרינות עקיפות בחוק, וקיים חסר חקיקתי בנדון.

ישנה התייחסות לתופעה הנ"ל גם ביחס לתביעות אזרחיות במשפט הפרטי תחת דיני נזיקין. בדומה לעולות התקיפה, ישנה התייחסות גם למין בלי קונדום ללא הסכמה כעוולה נזיקית, אך רק כאשר ניתן כאמור לראות בקיום משגל ללא מגע (בעוד הוסכם על חבישת קונדום) כנזק כתוצאה מסוג של עוולת תקיפה.⁷² המודל הנזיקי של האיסור להסרת קונדום מתכתב עם התוצאות השליליות של המהלך באמצעות הפיצויים, וכמעין עונש הולם להתנהגות. אופי נוסף של פליליות שניתן לראות

⁶⁹ Criminal Justice Sexual Offences Taskforce (CJSOT). (2005).

⁷⁰ Criminal Justice Sexual Offences Taskforce (CJSOT). (2005). Responding to sexual assault: The way forward. Attorney-General's

⁷¹ Crimes Amendment (Sexual Offences and Other Matters) Act 2014 (Vic)

⁷² Brodsky, A. (2017). 'Rape-adjacent': Imagining legal responses to non-consensual condom removal. Columbia Journal of Gender and Law, 32(2), 183–210.

במעשה הוא מקרים בהם נגרם היריון בלתי רצוי וכיוצא בזה בשל התופעה, אך כאמור על עצם המעשה עצמו טרם נפסקה הרשעה.

פסיקה:

בהתאם לחיפוש אשר ביצענו סביב תופעת ה-NCCR, למרות שישנן דוקטרינות מסוימות בחוק כאמור, המאפשרות לדעת אנשי אקדמיה להרשיע במקרים אלו, חשוב לציין כי עדיין אין פסיקה חלוטה אשר מרשיעה בגין מקרה בעל נסיבות זהות לנושא הנדון. החל משנה שעברה, מתנהל משפט כנגד מנתח אשר קיים יחסי מין ללא קונדום [כאשר הייתה הסכמה על חבישת קונדום] עם עמית ממקום העבודה. האישומים אכן התקבלו ע"י ביהמ"ש, וניתן לצפות שפסק דינו ישפוך אור על תפיסתו ועמדתו של בית המשפט לגבי הסוגייה באוסטרליה.⁷³

ספרות אקדמית:

במאמרו של בריאנה צ'ייסר ואפריל זאהרה בוצעה הבחנה מעניינת ופרגמטית לענייננו. באמצעות ניתוח הפעולה של הסרת הקונדום כבעלת שתי משמעויות שונות לשלילת יסוד ההסכמה:⁷⁴

משמעות ראשונה, מדברת למעשה על שינוי ממשי בתנאים בהם הוסכם בין הפרטנרים לגעת אחד בשנייה. כלומר, הוסכם ראשית על מגע באברי המין באמצעות קונדום, ואילו אז נעשה מגע ישיר ובלתי אמצעי באיבר המין של הפרטנרית ללא הסכמתה כביכול. השני, הוא חשיפה שונה לסיכונים אינהרנטיים כגון מחלות מין אשר עלולות לעבור בין הפרטנרים, או היריון בלתי רצוי (מדובר ספציפית על עצם החשיפה לסיכון אף אם הסיכון לא התממש בפועל). בעוד שביחסים עם קונדום ישנה מערכת סיכונים מסוימת – קונדום בלוי שעשוי להיקרע ואו השמטה לא מכוונת של הקונדום אשר נחשבים למקרים יחסית נדירים. בעת הסרת הקונדום, הגבר חושף למעשה את המתלוננת למערכת סיכונים נוספת וחדשה שלא הייתה עליה הסכמה.⁷⁵ לדעת הכותבות, לא ברור ביחס לחוק הקיים באוסטרליה האם NCCR מהווה שלילה של יסוד ההסכמה ויכול להוות יסוד מספיק להרשעה באונס. לכן, מחברות המאמר מציעות למעשה שתי אפשרויות שונות לשינוי חקיקה שתביא להרשעה במקרים של NCCR: האחת, להרשיע בגין NCCR כעבירה נפרדת. כלומר, להוסיף סעיף אשר כולל את התופעה ומרשיע בגינה. השנייה, היא בעצם להוסיף תיקון לחוק תחת יסוד ההסכמה החופשית כך שהתופעה הנ"ל תהווה הפרה של יסוד זה. כלומר, להוסיף נסיבות מסוימות בהן נראה שלילה של יסוד ההסכמה החופשית.

בכתיבה נוספת סביב תופעת NCCR יוחסה פליליות למעשה בשל היותו הפרה של תנאי ההסכמה המוקדמים לשימוש באמצעי מניעה ביחסי מין. כלומר, יש כאן כאמור לעיל הפרה של רמת הסיכון אשר הוסכם עליה לפני קיום יחסי המין, ובשל כך בעצם פגיעה ברכיב ההסכמה.⁷⁶

⁷³ <https://www.rmit.edu.au/news/all-news/2019/aug/stealthling-legal-precedent>

Dr Brianna Chesser, RMIT University

Chesser, B., & Zahra, A. (2019, April 3). *Stealthling: a criminal offence?* Current Issues in Criminal Justice

Brianna Chesser & April Zahra, *Stealthling: a criminal offence?*, Current Issues in Criminal Justice 220-221(2019)

⁷⁴ Clough, A., *Conditional consent and purposeful deception*, Journal of Criminal Law, 82, 178–190
⁷⁵ Katsampes, A. *A rape by any other name: The problem of defining acts of protection deception and the university as a solution*. Virginia Journal of Social Policy & the Law, 23, 157–194. (2017)

השוואה לישראל ומסקנות:

בכל הנוגע לחקיקה הקיימת בחוק הפלילי נראה שהמצב בישראל אכן די דומה בכך ששאלת ההרשעה במקרים של NCCR חגה סביב שאלת שלילת יסוד ההסכמה החופשית. בנוסף, כאמור, ניתן לראות שימוש בעוולת התקיפה לצורך העמדה לדין במקרים מסוג אלו, אמנם יש לשים לב כי בדומה לדין הנזיקי הישראלי נדרשת הוכחת נזק. הוכחה כזו אמנם לא נדרשת בעוולת התקיפה הישראלית, אך יכולה לבוא בדמות חשיפה לסיכונים כמו מחלות מין והיריון לא רצוי. אולם, נדמה כי יש לתת את הדעת לסעיף תום הלב בעוולת התקיפה הנזיקית אשר יכול למעשה לרוקן מתוכן תביעות סביב יחסי מין, שם ברוב המקרים חזקה על הנתבע כי ביצע מעשהו בתום לב לטובת הנפגעת.⁷⁷ לכן, ניתן לייחד תיקון לחוק בעוולת התקיפה למקרים העוסקים בביצוע אקט מיני תוך שימוש בתרמית או מצג שוא. שימוש בעוולת נזיקית כאמור, יכול להתכתב עם מטרות אינהרנטיות לפגיעות מסוג אלו ביחס לפיצוי נפגעת העבירה/עוולה, וגמול ראוי למבצעה.

לגבי שימוש בחקיקה הקיימת להרשעה במקרים של הסרת קונדום ללא רשות, טרם נתגבשה פסיקה חלוטה של בית המשפט באוסטרליה. לאור העובדה שמערכת החקיקה בנדון די דומה לישראל, לא ניתן לדעת האם ניתן להסתפק במערכת החוק הקיימת, או שמא מדובר בדוקטרינת חסר ביחס לתופעת NCCR.

נראה כי בשל המצב המשפטי מבחינת חקיקה קיימת והיעדר פסיקה הדומה בין ישראל לאוסטרליה, מומלץ לאמץ את מסקנותיהם של כותבות המאמר ביחס לשינוי החקיקה. לדעתנו שינוי החקיקה צריך להתבסס על סעיף עצמאי המכיר בתופעה (ולא ע"י שימוש בסעיף ההסכמה החופשית בעבירת האונס בלבד).

בנוסף, ישנו קושי תפיסתי בהקבלת מקרי אונס למקרים בהם הוסר קונדום ללא הסכמה. גם אם נשווה את פעולת הסרת הקונדום ללא רשות לאונס מבחינה משפטית, יהיה קשה לעשות זאת מקום שיחסי המין עצמם התקיימו מיסוד של הסכמה חופשית. לכן, יש להבחין בין מקרים בהם הסרת הקונדום היוותה שלילת הסכמה דה יורה למקרים ששלילת ההסכמה נעשה דה פקטו. בעוד שהסרת קונדום אשר שללה את הסכמתה של האישה ליחסי המין בכלל יכול להיחשב כאונס בשל סעיף ההסכמה החופשית הקיים כיום, מקרים בהם הוסר הקונדום ללא הסכמה, אך לא הוכח כי הדבר מנע הסכמה חופשית ליחסים עצמם אינם עניינים. הפגיעה המשמעותית במצב של איחוד המקרים הללו לסעיף ההסכמה החופשית הינה בעקרון ההלימה, שכן הכנסת מקרים של NCCR אל תוך סעיף ההסכמה החופשית בעבירת האונס תגביל את מערכת המשפט להרשיע במקרים אלו רק במצב של שלילת יסוד הסכמה חופשית לקיום יחסי המין בכלל בעקבות הסרת הקונדום. לעומת זאת, סעיף הרשעה עצמאי למקרים בהם בוצעה הסרת קונדום ללא הסכמה, לא תחייב הרשעה באונס מחד, אך כן תאפשר מענה פלילי-נורמטיבי לתופעה.

6. המלצות פרודוקטיביות:

בחלק זה נציג מספר חלופות העשויות, לפי דעתנו, לשפר את המצב הקיים ו/או להביא לידי מיגור התופעה ולהתמודדות עמה.

⁷⁷ ס' 24(8) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

1. להוסיף לחוק העונשין עבירה נוספת שתעסוק באופן פרטיקולרי בתופעת ה-stealthing. כך, יאפשר מחד, להרשיע את אותם העבריינים של המקרים הקלאסיים בעבירה עצמאית ומאידך, הסדר זה לא יפגום באפשרות ההרשעה בנסיבות מחמירות כמו במקרים של התנגדות במהלך האקט או שלא במהלך האקט, בעבירת האינוס החמורה, הואיל ובמקרים של התנגדות מפורשת במהלך האקט/ שלא במהלך האקט, ניתן להרשיע את הגבר בעבירת האינוס. כנאמר לעיל, במקרה של התנגדות מפורשת במהלך האקט למעשה האישה התנתה את המשך קיום יחסי המין בחבישת הקונדום כך שלמעשה החדירה שלאחר גילוי הדעת לאי הסכמתה נעשתה שלא בהסכמתה החופשית כך שאין כל קושי להרשיע את הגבר בעבירת האינוס. בדומה לכך גם לגבי התנגדות שלא במהלך האקט נדמה שקיימת חזקת אי הסכמה ביחס להסרת הקונדום ולא נדמה שקיים קושי בהרשעת הגבר בעבירת האינוס. לכן, חשוב להבהיר שכל הסדר חדש שנציע להלן ביחס למקרה הקלאסי לא ייצר "הסדר שלילי" שימנע הרשעה בעבירת האינוס החמורה יותר בנסיבות מחמירות שכאלו.
2. לחוקק חלק ספציפי תחת חוק העונשין הקיים שיסדיר את התופעה. חלק זה יסדיר במפורש את המקרים השונים של הסרת קונדום, ובכך ייתן מענה תואם והולם כל מקרה לגופו. חלק ספציפי זה יסדיר במפורש את כל אותם מקרי השוליים שבהם אינו ברור האם לא ניתנה הסכמה לקיום יחסים בלא קונדום. זאת ועוד, אנו סבורים כי הסדרת הנושא בחיקוק ספציפי יעלה את המודעות בציבור ואף יגרום להרתעה. נוסף על כך, יש לתת הגדרה מדויקת לרכיב ההסכמה תחת החוק החדש. לטעמנו, יש לאמץ את הגישה המתפתחת באנגליה של הסכמה מותנית. הגדרה מעין זו תואמת מקרה של הסדרת קונדום, שכן הסדרת קונדום מהווה הפרה של תנאי מתלה בקיום היחסים. הבעיה מתעוררת כאמור במצבים שבהם התנאי לא הותנה מראש באופן מפורש. נראה, כי באופן זה נוכל להתמודד עם התופעה בצורה הטובה ביותר, שכן החוק ייתן מענה לכל אותם מקרי שוליים וכמו כן, יסדיר במפורש מהי הסכמה, ומה תחשב הפרה של אותה ההסמכה. החוק ייתן מענה הולם הן לנפגעי העבירה והן לנאשמים.
3. לחוקק חוק ספציפי שיסדיר את התופעה ובו יש לאמץ קטגוריות שונות ומדרגות לעונש לפי חומרת המעשה, ולא לפי חומרת הנזק. יש מקום בחקיקה להגדיר מקרים שונים של הסרת קונדום ללא רשות. כמו שיש מדרגות לרצח כך גם ניתן להבדיל בין אונס לבין הסרת קונדום ללא רשות, וכמו כן, מדרגות שונות לעבירה לפי המקרה הספציפי. בארץ נוטים לכיוון הזה וחשוב בעינינו להמשיך בדרך החשיבה הזאת. בנוסף, כאשר מבדילים בין הקטגוריות השונות של הסרת קונדום ללא רשות (לפי שלושת הדוגמאות שהוצגו לעיל) יש להבחין בין הפגיעה שנעשתה לאישה עקב הסרת הקונדום, וההשלכות השונות שהנשים חוו. כדאי לאמץ לשון גמישה בחוק, או לחילופין לכלול בו מקריים שונים כדי שנוכל לפצות נשים שלא חוו הריון בלתי רצוי, או מחלות מין לצורך העניין. בעינינו, ניתן לפצות על ההשלכות האלו בנזיקין, לא במשפט הפלילי. יש לזה רציונל משפטי, הן בפן הנזיקי והן בפן הפלילי. בנזיקין, אין צורך בהוכחת תוצאה מסוימת. ניתן לפסוק פיצויים לפי חומרת הנזק במקרה הספציפי כיוון שהנזק שנגרם עקב הסרת קונדום ללא רשות הינו אחיד, אך ההשלכות שנובעות מכך אינן תמיד זהות. מעבר לכך, ישנם מקריים שלא צריך להוכיח נזק על מנת לקבל סעד, כגון, בין היתר, תביעה בגין לשון הרע. אי לכך, במידה ויופסקו לסעד נזיקי יהיה ניתן לקבל פיצויים על נזק גופני, או אף רק נפשי ללא הוכחת נזק של הריון או מחלת מין. בפן הפלילי, עבירת התקיפה הינה עבירה התנהגותית ולא תוצאתית ולכן זה לא נכון לדרוש רף מינימום של הריון או מחלת מין על מנת להיאשם גבר

על הסרת קונדום ללא רשות. לכן, המלצתנו הינה לאפשר לביהמ"ש לפסוק לעבירה פלילית זהה בכל המקרים ובמידת הצורך לפסוק סעדים של הגברת פיצויים לפי בחינת כל מקרה לגופו.

4. לחוקק חוק ספציפי שיתבסס על החוק הסינגפורי הנוכחי, כפי שהוצג לעיל. כלומר, לייצר סעיף עבירה של הונאה/תרמית ביחס להשגת ההסכמה לקיום יחסי מין או לחילופין, תרמית/הונאה שנעשתה במהלך קיום יחסי המין. הסעיף יושתת על ההנחה לפיה הבעל היה מודע למצב הנסיבות הקיים (קיום יחסים ללא קונדום), מקום שהאישה לא הייתה מודעת לכך. ראה דוגמאות לעיל. הייחוד בסעיף הנדון, הוא היכולת להרשיע במקרים בהם ניתנה הסכמה חופשית, החלו יחסי מין באמצעות קונדום, והקונדום הוסר במהלכו של המעשה.

5. חידוד יסוד "ההסכמה החופשית" בעבירת האינוס כך שיכלול מקרים בהם ההסכמה הושגה בתרמית ו/או באמצעות מצג שווא. בנוסף, באם נתקבלה הסכמה מפורשת לקיום יחסי המין תחת שימוש בקונדום, יראו בהסרת הקונדום במודע כשלילה של יסוד ההסכמה החופשית. לדעתנו, ניתן להוסיף זאת גם בסעיף החוק או במסגרת הנחיה של היועמ"ש.

דוגמאות אלטרנטיביות לניסוח הסעיף:

הבועל אישה, תוך הסכמתה שהושגה בתרמית - הרי זה אינוס;
 הבועל אישה תוך שהוא מציג מצג שווא ביחס לעובדות ו/או נסיבות המקרה; ולעניין זה, אין נפקא מינה אם בוצע השינוי ביחס לעובדות ו/או נסיבות המקרה בתחילת המעשה או במהלכו.

עם זאת, יש לציין כי עבירת האינוס יוצרת תיוג ספציפי בגין, בעילה שהיא לא רצונית ובלא הסכמתה של האישה. ניתן לומר כי מקרה זה אינו יוצר בעילה שהיא אינה רצונית לאישה, אלא פעילות מינית ללא הסכמה וללא רצונה של האישה, שכן האישה נתנה הסכמתה לקיום היחסים עצמם. על כן, יש לדייק ולהתאים את התיוג והעונש לחומרת המעשה, כך שלא יפגע עקרון ההלימה החשוב במפשט הפלילי. זאת ועוד, במדינת ישראל לא קיימות דרגות שונות לעבירת האינוס. על כן ההרשעה בעבירת האינוס תחת החוק הקיים במדינת ישראל עלולה שלא להתאים להסדרת תופעה זו. על כן, המסלול של הרשעה תחת עבירה של תקיפה מינית כפי שהציעה בלנקו (ראו לעיל בפרק שעוסק בארה"ב) עשוי להיות ראוי יותר. אך, במדינת ישראל לא קיימת עבירה מוגדרת כזו, על כן אנו ממליצים לחוקק חוק ספציפי שיסדיר את התופעה, כך שהתיוג יהיה הולם ותואם יותר, וכן גם העונש.

6. להוסיף סעיף עצמאי תחת סימן ה' לחוק העונשין, העוסק בקיום יחסי מין תוך שימוש באמצעי מניעה. תיקון החוק כך שירשיע בעקבות בעילה ללא אמצעי מניעה, מקום שהבועל היה מודע באופן מלא לכך שהאישה מסכימה ליחסים רק עם קונדום. היתרון בסעיף זה הוא היחס הישיר לשימוש באמצעי מניעה כמו קונדום וכיו"ב.

דוגמה לניסוח הסעיף:

הבועל אישה, ללא אמצעי מניעה, והבועל ידע או היה צריך לדעת, שאילולא השימוש באמצעי המניעה לא הייתה הסכמה למעשה האמור, הרי זו בעילה אסורה.

7. לקבוע כחזקה הניתנת לסתירה שכל זמן שהגבר לא קיבל היתר מפורש מהאישה הסרת הקונדום העבירה תתממש. אולם, על מנת שלא להחיל הסדר גורף מדי יתאפשר לביהמ"ש לשקול את פסול המעשה בהתאם לנסיבות העניין, כדי למנוע הרשעה במקרים בעייתיים דוגמת הכרות מוקדמת. (ר' להלן סי' א)). בנוסף, על מנת למנוע הרשעה במקרים שהקונדום נפל בשוגג. נדרש יסוד נפשי של כוונה להסיר את הקונדום. בעיינו, מגמה זו עשויה להיות ראויה, אך היא דורשת בסופו של דבר בקשה בפועל של הגבר (כלומר דרך ההוכחה היא רק אם הגבר ביקש

בפועל, או במקרים בודדים בהם האישה ממש אמרה שהיא לא רוצה עם קונדום). דבר זה מעט מנוגד לגישה הנהוגה באונס כיום.

דוגמה לניסוח הסעיף:

(1) המסיר בכוונה את הקונדום/כובעון מעל איבר מינו בעת קיום יחסי המין עם אשה, אותו חבש הגבר בתחילת קיום יחסי המין בין הצדדים הגם שהיו בהסכמת האשה, מבלי שקיבל במפורש את הסכמתה לכך, דינו- מאסר עשר שנים. אולם, יהיה בית המשפט רשאי לבטל את העונש ככל שהוא סבור שהמעשה היה סביר בנסיבות העניין.

(2) אין באמור בחוק זה בכדי לגרוע מכל הוראת דין אחרת.

(3) בסעיף זה: "המסיר"- המוריד את הקונדום במהלך קיום יחסי המין בין אם באמצעות שליפתו או קריעתו או בכל דרך אחרת, ובלבד שהמעשה נעשה בכוונה.

למרות זאת, חשוב לנו לסייג ולומר כי ביחס לסעיף (1) סייפא, יש לשקול במה בדיוק ביהמ"ש צריך להתחשב במצב זה, הואיל ושיקול דעת רחב שכזה יכול לתת המון מרחב פעולה לביהמ"ש שיכול להוביל לפסיקות שונות לגמרי. כמו כן, עבירה של אינוס הינה בעלת תיוג קשה מאוד בחברה, ויכול להיות שידו של ביהמ"ש תרעד כאשר הוא הוא יצטרך לתת הרשעה כזו, ולכן סעיף עם שיקול דעת כזה יכול להוביל לעונשים מינימאליים למרות חומרת המעשה במקרים בהם יש לתת עונש קשה יותר.

8. בהתאם לממצאים בסקר אשר נערך באוסטרליה על נשים וגברים שחוו הסרת קונדום במהלך יחסי מין ללא הסכמתן [מוצג בהרחבה לעיל בס' 5.6 – אוסטרליה]:

ראשית, אנו ממליצים על עריכתו של סקר דומה בישראל. הדבר יכול לתרום להבנת הנזקים המשמעותיים שעלולים להיגרם מן התופעה עצמה, ולא רק מהשלכות שליליות שלה. הבנת השפעותיה השליליות של התופעה יכולה לחזק את ההבנה אצל המחוקק לגבי הנחיצות בחוק עצמאי המרשיע בגינה.

שנית, סקר מסוג זה יכול לחדד את הצורך בהרשעה עבור הסרת קונדום ללא הסכמה גם ללא הוכחת נזק ו/או תוצאה שלילית של המעשה. כפי שהוצג בסקר דלעיל, אף המעשה עצמו גרם להשפעות פסיכו-סקסואליות חמורות.

בהמשך ובהתאם לסעיפים א' וב', אין כל ספק כי סקר מסוג זה יוכל להעלות את רמת המודעות לבעיה, לשפוך אור על הסוגייה מנקודת המבט של הפגיעות אשר נעשות כיום בישראל, ויצור מסד נתונים נכון וחיוני לתיקון חקיקה בנושא.

בברכה,

מרכז 'עומק' – עיצוב מדיניות וחקיקה