

סקירת עבירת בעילה אסורה בהסכמה

מוגש לאיגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ונפגעי תקיפה מינית

1. מבוא:

עבירת בעילה אסורה בהסכמה המעוגנת בסעיף 346 לחוק העונשין, עוסקת באותם מקרים בהם אמנם ניתנה הסכמה, אך זו פגומה ופסולה, אם בשל גיל הקורבן או בשל קיומם של יחסי מרות (סעיפים א ו-ב לחוק בהתאמה). מורכבותה של העבירה והערכים העומדים בבסיסה נדונו רבות בספרות ובפסיקה. גם נוסח העבירה עבר שינויים עד להתגבשות הנוסח הנוכחי, ועדיין הוא טומן בחובו מורכבות. העבירה שנויה במחלוקת, הן טרמינולוגית (המונח "בעילה" טעון אידיאולוגית והמילה "בהסכמה" מורכבת לנוכח ההנחה שמדובר בהסכמה פסולה מעיקרה) והן מהותית. כך, העבירה מניחה מטען מגדרי לפיו הגבר הוא בועל האישה וכפועל יוצא מדירה מתחולתה נפגעים גברים.

הנושא עלה לתודעה הציבורית לאחרונה בעקבות הגשת כתב אישום שנוי במחלוקת נגד ירין שרף שהואשם בעבירת בעילה אסורה בהסכמה בילדה בת 13 במלונית קורונה. לנוכח הסערה הציבורית, כתב האישום שונה לעבירת אינוס בצעד תקדימי. המקרה ממחיש היטב את אי הנחות שחש הציבור לנוכח האבסורד המגולם בעבירה, בפרט לנוכח "הסכמתה" של ילדה בת 13 לבעילה.

מטרת המסמך היא לעמוד על המורכבות והבעייתיות שמעוררת העבירה על סעיפיה השונים, ולהציע פתרונות הולמים לניסוחה מחדש, פרשנות שלה, החריגים לה ועוד. להלן נציג סקירה מפורטת של השימוש בעבירה כיום, של המקורות החקיקתיים והפסיקתיים הנוגעים לסוגיה וסקירה משווה.

נציין כי בחודש מרץ 2021 הוגשו שתי בקשות לחופש המידע; לפרקליטות ולמשטרה. ככל שיהיה מידע רלוונטי הסקירה תעודכן. בנוסף נציין כי נתקלנו במיעוט מידע בנוגע לנהלי המשטרה והתייחסותם לעבירת בעילה אסורה בהסכמה. סביר להניח שלנהלים ולחקירה המבוצעת במשטרה יש חשיבות מכרעת באשר להתקדמות ההליך המשפטי בסוגיה זו. לפיכך ככל שבקשות חופש המידע יחשפו מידע רלוונטי בהקשר זה, נתייחס אליו בהתאם במסמך.

2. עיקרי הדברים:

← סקירת המצב הקיים בישראל: פרק זה כולל את הנתונים שהתקבלו מדוח"ות שנתיים של פרקליטות המדינה ובקשות חופש המידע שהוגשו למשטרה ולפרקליטות. הפרק מציג את ביטוייה של העבירה בשטח, עסקאות הטיעון הרבות שנסגרות במסגרתה והתיקים הרבים שנסגרים מפאת חוסר ראיות.

← סקירת החקיקה בנושא: בפרק זה מובאת סקירה של החקיקה הרלוונטית לעבירת בעילה אסורה בהסכמה ולעבירות מין השונות המאתגרות אותה. במסגרת זאת מובא ניתוח של החקיקה תוך דגש על הגדרותיה, הליך החקיקה והתמורות שחלו בו ועמידה על הפערים העולים מהחקיקה כפי שהיא מעוצבת היום. הטענה המרכזית העולה היא שההבדלים בין עבירת בעילה אסורה בהסכמה והאינוס, כאשר האחרונה חמורה משמעותית יותר, לא ברורים לאור הדמיון העקרוני בין העבירות והעדרן של הגדרות למונחים עמומים הטמועים בהם.

← סקירת הפסיקה אודות הסוגיה: בפרק זה מובאת סקירה של פסקי הדין המכוננים של העבירה בדגש על פרשנות ביהמ"ש אותה ואת תפיסת את הערכים העומדים בבסיסה. הסקירה עומדת על הפערים הטבועים בעבירה והשאלות העולות ממנה, תוך דגש על סוגיית כותרת "ההסכמה". באופן אבסורדי

עולה כי קיימת תמימות דעים בקרב ביהמ"ש העליון שלא ניתן לראות במצבים אלו כהסכמה- וודאי לא מרצון חופשי (התנאי הנדרש לעבירת האינוס).

← סקירת הספרות אודות הסוגייה: בפרק מפורטות העמדות השונות העולות בספרות ביחס לעבירה על כלל סעיפיה. הסקירה עומדת על הקושי בכותרת העבירה כפי שהיא מנוסחת היום תוך דגש על המטען האידיאולוגי-מגדרי הנלווה אליה. בנוסף, הסקירה מצביעה על הקושי המהותי הנעוץ בסוגיית ההסכמה, בפילוג הגילאים הקיים ובקושי שיעולות במסגרת "יחסי מרות".

← סקירה משווה: בפרק זה מובאת סקירה של ההסדרים השונים ביחס לעבירות מין עם הסכמה פגומה או במסגרת יחסי מרות. המחקר ההשוואתי מראה כי ישראל נבדלת ממדינות רבות בפרמטרים הבאים: "גיל ההסכמה" השונה, העונשים השונים בחוק והיחס אל עבירות המין- פילוגן או אי-פילוגן לעבירות שונות.

← הדין העברי – "אסורה לבעלה ולבעלה": הפרק מתמקד בסוגייה פרטנית והיא הסתירה התיאורטית בין ההלכה האוסרת אישה שנאפה על בעלה לבין עבירת בעילה אסורה בהסכמה. עולה כי אמנם יש נטייה בדין העברי להתיר את האישה במצבים של כפייה/ מרמה, אולם יש לא מעט הבדלים בין מצבים אלו להסכמה בבעילה אסורה בהסכמה.

← סיכום הקשיים: הפרק מסכם את מכלול הקשיים שעלו כחלק מסקירת תני הפרקים המתאורים לעיל.

← הצעות לפעולה: לבסוף, נציע שלושה מנגנונים השלובים זה בזה לצורך תקון העבירה והתמודדות הולמת עם הקשיים שעלו בסקירה זו:

א. **שינויים בחקיקה** – בחנו כיצד ניתן יהיה לעצב את העבירה כך שתפתור את הקשיים שעלו לאורך הסקירה ביחס לכל אחד מהסעיפים. ככלל, הצענו כי סעיף 346(א) יוטמע כחלק מעבירת האינוס בכפוף לשינויים נדרשים בעוד סעיף 346(ב) יהווה את עבירת בעילה אסורה בהסכמה במסגרת יחסי תלות ויכלול בתוכו את סעיפים 347(א) ו-347(ב), מקרים פרטניים של יחסי מרות.

1) סעיף 346(א) – הטמעת קטגוריות הגיל בסעיף (14-16, 14-18, 16-18 בכפוף ליחסי מרות) כחלק מעבירת האינוס, תוך התווית נסיבות מקלות או מחמירות בחוק כתלות במספר פרמטרים: מתן הסכמה פורמלית, פער הגילים בין הפוגע לנפגע, יחסים עם יסוד של ניצול (שישללו נסיבה מקלה). בנוסף, השארת פתח לשיקול דעת של ביהמ"ש כתלות בנסיבות מיוחדות.
2) סעיף 346(ב) – הצענו בסעיף זה לערוך שינוי מבני ושינוי מהותי.

- איחוד העבירה יחד עם העבירות בסעיפים 347(א) ו-347(ב) הנוגעים ביחסי מין בין מטפל נפשי/ כהן דת לבין מטופל/ אדם שקיבל ממנו ייעוץ או הדרכה, כך שתהיה עבירת בעילה אסורה אחודה למצבים של יחסי תלות. בהתאם, הצענו לאחד את השימוש במונחים (יחסי מין, הסכמה שהושגה תוך ניצול) ולהשוות את העונש המקסימלי. בהתאם ובדומה לנעשה בסעיפים 347 הנ"ל, נכון לאחד את סעיף 346(ב) עם סעיף 347 העוסק במעשה סדום כך שיתייחס לשני המצבים. כמו כן, לשם אחידות ופישוט העבירה, אנו רואים לנכון להפריד את המצב של "הבטחת שווא להנשא" מתחולת העבירה.
- הגדרת המחוקק חזקה הניתנת לסתירה לפיה יחסי מין במסגרת יחסי מרות נגועים בניצול.

- ב. **נושאים לדיון על סדר היום** – הצענו להעלות לדיון מחודש סוגיות השנויות במחלוקת בדיון הישראלי או שעניינם נקבע לפני שנים רבות.
- 1) שאלת גיל ההסכמה בחוק העונשין – הסקירה המשווה העלתה פערים משמעותיים בין הגיל הקבוע בחוק הישראלי (14) לבן הגיל החציוני המקובל (16).
 - 2) עבירת בעילה אסורה בהסכמה ועבירת האינוס כחלק מרשימת ההטרדות המיניות - הסקירה עמדה על המחלוקת הקיימת בפסיקה, נציע לבחון שכן לכלול עבירות אלו ברשימת ההטרדות המיניות ובהתאם לקבוע מי הערכאה הראויה לדון בסוגיות אלו בפן האזרחי.
 - 3) התייחסות פרטנית למקרים בהם הנאשם הינו ידוען.
 - 4) פנייה לביה"ד הרבני בבקשה למתן התייחסות הלכתית הנוגעת להלכת "אסורה לבעלה ולבועלה" במקרים בהם קוימו יחסים תוך יחסי מרות.
- ג. **אחיזות מגדרית** – הצענו לשנות את החקיקה כך שתתאם את כלל סיטואציות הפגיעה המינית לרבות פגיעה בגברים. משכך, ראינו לנכון לשנות את השימוש במילה "בעילה" וכן לכלול בעבירה מצב בו אישה פוגעת בגבר, מצב שכיום מוסדר כעבירה של "מעשה מגונה", עבירה עם עונש מקסימלי פחות.

3. השימוש בעבירה בישראל:

מטרת הפרק היא להציג את הקושי במיצוי הליכים פלילים בגין עבירת בעילה אסורה בהסכמה. נראה כי הפרקליטות עומדת מול קושי להוכיח את העבירה בעיקר מן הטעם של חוסר ראיות, אשר מוביל לגניזת תיקים רבים בעניינה. יתרה מכך, נראה כי אף התיקים בגינם מתקיים הליך פלילי מסתיימים בהסדר טיעון. יש לציין בפתח פרק זה כי חסר מידע אודות הליך החקירה המשטרתי, אשר כאמור לו חשיבות מכרעת בהתפתחותם של הליכים פלילים.

א. **המצב כיום - מתוך דו"חות נתונים של משרד המשפטים (הממונה על העמדת מידע לציבור).**¹

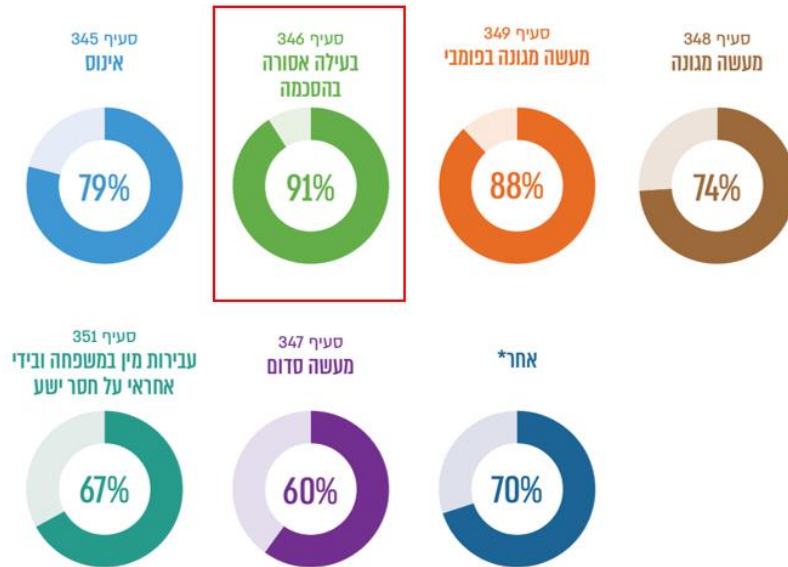
נציין כי בעקבות חוסר טכנולוגי במערכת הממוחשבת שבידי הפרקליטות והצורך בהקצאת משאבים רבים, לא ניתן למצוא פילוח סטטיסטי לתיקים הקושרים עבירות מין על פי גיל הנפגע (קטין/בגיר) ולכן קשה להעריך את הממצאים. לעומת זאת קיימים נתונים על גיל הפוגע - 13% מהתיקים (כ-535 תיקים) בשנת 2019 כללו חשוד קטין. מאותן הסיבות קיים קושי בניתוח הנתונים על עבירות מין באשר לשינוי סעיף העבירה הראשי ביחס לסעיפים שנקבעו במשטרה. ב-67% מכתבי האישום שהוגשו בשנת 2019 (כ-462 תיקים) שונה סעיף העבירה הראשי בכתב האישום על ידי הפרקליטות אך לא נתקבל מידע פרטני על שינוי הסעיפים.

מתוך סקירת תיקים שנפתחו בחשד לעבירות מין – עולים הממצאים להלן:

- 1) עבירת בעילה אסורה בהסכמה לפי ס' 346 לחוק העונשין היא עבירה שבגינה נפתחים משמעותית פחות תיקים ביחס לעבירות כמו אינוס לפי ס' 345 לחוק העונשין או מעשה מגונה לפי ס' 348 לחוק העונשין. כך גם ביחס לכתבי אישום. העבירה עומדת על 1% ביחס לכתבי אישום בנוגע לעבירות מין הן בשנת 2019 והן בשנת 2014.

¹ דואר אלקטרוני ממיטל כץ, עו"ד, לגבי נוגה ברגר, איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות תקיפה מינית ולנפגעי תקיפה מינית בישראל (ע"ר), בעניין בקשה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (3.11.2020).

- (2) מסקירה של השנים 2014, 2018 ו-2019 עולה כי בעבירת בעילה אסורה בהסכמה לפי ס' 346 לחוק העונשין נפתחים בין 30-45 תיקים בכל שנה שנבדקה. לא ניתן להצביע על מגמת עליה, ואף ניתן לראות ירידה בשנת 2019 ביחס לשנת 2018.
- (3) אחוזי הסדרי טיעון ביחס לעבירה הראשית בכתב האישום – בעבירת בעילה אסורה בהסכמה לפי ס' 346 לחוק העונשין, 91% מההליכים שהסתיימו בשנת 2019 הסתיימו בהסדר טיעון, זהו האחוז הגבוה ביותר ביחס לשאר עבירות המין. יש לציין כי הסדרי הטיעון בעבירה זו הם 2% מכלל הסדרי הטיעון בעבירות מין.



- האחוז המוצג מתייחס למספר הנאשמים שההליך השיפוטי כנגדם הסתיים במסגרת הסדר טיעון מבין מספר הנאשמים שהורשעו בהרשעה מלאה או חלקית, או שההליך השיפוטי בעניינם הסתיים ב"אי הרשעה".
- (4) יש לציין כי מספר רב יחסית של תיקים שנפתחו בגין עבירת בעילה אסורה בהסכמה נגזרו – 36 תיקים בשנת 2014 ו-221 תיקים בשנת 2019. על אף שאין מדובר במגמת עליה, כמות התיקים שנגזרו גדולה ביחס לכמות התיקים שנפתחו.
- (5) אחוז מכריע מהתיקים שנפתחים בגין עבירת בעילה אסורה בהסכמה נסגרים עקב חוסר ראיות.
- (6) ניתן לראות כי בשנת 2019 מעט ערעורים התקבלו ביחס לעבירות מין ככלל, אך בהקשר לעבירת בעילה אסורה בהסכמה מתוך שישה תיקי ערר באף לא תיק אחד התקבל הערר.

4. המצב החקיקתי:

א. סקירת החקיקה הקיימת

עיקר עבירות המין החמורות במשפט הפלילי בישראל מתוארות בחוק העונשין, התשל"ז-1977.² בסקירה זו נתמקד בעבירת בעילה אסורה בהסכמה על סעיפיה ובעבירת האינוס הקרובה אליה. להלן פירוט העבירות והשוואה ביניהן:

בעילה אסורה בהסכמה ובעילה אסורה של בן המשפחה (לפי סעיפים 346 ו-351 לחוק)

עבירת הבעילה האסורה בהסכמה עוסקת במקרים בהם ניתנה הסכמה מצד הנפגעת אך היא קטינה ו/או ביחסי תלות מיוחדים (המצוינים מטה) עם הנאשם.³

(1) כאשר הנפגעת היא קטינה.⁴

- **בטוח הגילאים 14-16** - כל מעשה בעילה (במידה ואינה נשואה לנאשם).
 - **בטוח הגילאים 16-18** – מעשה הבעילה בוצע תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה, או תוך הבטחת שווא לנישואין.
 - החוק מציין **חזקת יחסי מרות** למטפל נפשי, פסיכולוג, פסיכיאטר, עובד סוציאלי (או מי שמתחזה לאחד מאלה) כניצול יחסי התלות אילו המעשה בוצע בעת תקופת הטיפול.⁵
 - במקרים אלו, העונש המקסימאלי הוא **חמש שנות מאסר**.
 - אילו הנפגעת היא **מתחת לגיל 14**, **מדובר בעבירת האינוס** (מכונה גם אונס סטטוטורי).⁶
- (2) אילו הנפגעת **מעל גיל 18** – המעשה בוצע תוך ניצול יחסי מרות בעבודה או בשירות, או עקב הבטחת שווא לנישואין תוך התחזות הנאשם לפניו למרות היותו נשוי. במקרה זה, העונש המקסימאלי הוא **שלוש שנות מאסר**.
- (3) אילו הבוהל הוא **בן משפחה** והנפגעת היא קטינה **בטוח הגילאים 14-21**, העונש המקסימאלי הוא **16 שנות מאסר**.⁷

עבירת האינוס (לפי סעיף 345 לחוק)

- (1) עבירת האינוס היא מעשה של בעילת אישה ללא הסכמתה החופשית, או כאשר ניתנה הסכמה באחד המצבים הבאים – ההסכמה **הושגה במרמה**; ההסכמה הושגה תוך **ניצול מצב של חוסר הכרה** או מצב אחר שמשפיע על יכולתה להסכים באופן חופשי; כאמור, אם הנפגעת היא קטינה **מתחת לגיל 14** ("אונס סטטוטורי"); ההסכמה הושגה תוך **ניצול מחלת נפש/לקות שכלית** של הנפגעת שבגינם לא יכולה להסכים בחופשיות.⁸
- (2) העונש המקסימאלי בעבירת האינוס הוא **16 שנות מאסר**, אלא אם מתקיימת אחת מהנסיבות המחמירות המצוינות בחוק, בהן העונש המקסימאלי הוא **20 שנות מאסר**.⁹

² להלן: **חוק העונשין או החוק**.

³ ס' 346 לחוק העונשין.

⁴ ס' 346(א) לחוק העונשין.

⁵ ס' 346(א)(2) לחוק העונשין.

⁶ לימור עציוני **נוער במשפט הפלילי 287 (2019)**.

⁷ ס' 351(ב) לחוק העונשין.

⁸ סעיף 345(א) לחוק העונשין.

⁹ ס' 345(ב) לחוק העונשין.

- קטינה מתחת לגיל 16.
- המעשה בוצע באיום בנשק חס או קר.
- נגרמה חבלה גופנית או נפשית לנפגעת, או שהיא נכנסה להיריון.
- המעשה כלל התעללות באישה (לפניו, אחריו או במהלכו).
- המעשה בוצע בנוכחות אחרים שחברו יחד לביצוע המעשה על ידי מי מהנוכחים.
- הנאשם הוא בן משפחה של נפגע קטין או אדם האחראי על הנפגע חסר הישע.¹⁰

ניתוח החקיקה - ההבדל בין עבירת האונס לבעילה אסורה בהסכמה

- 1) **שאלת ההסכמה**: בלב שתי העבירות הנחה מובנית שקיים פגם בהסכמת הנפגע לבעילה, אשר טבוע ביכולתה של הנפגעת או באופי מערכת היחסים. יתרה מכך, קיימת טענה שביחסים המתארים בעילה אסורה, ובפרט יחסי מרות, לא ניתן באמת לתת הסכמה חופשית.¹¹ למרות עמימות הגדרת ההסכמה, רק בעבירת האינסוס הדגיש המחוקק שהעבירה נעשתה בניגוד להסכמתה של הנפגעת.
- 2) **חומרת הענישה**: עונשו המקסימלי של נאשם בעבירת האונס נעה בין פי שלוש לפי חמש מעונש העבירה על בעילה אסורה בהסכמה, והפער גדול אף יותר כאשר מדובר בעבירות אינסוס בנסיבות מחמירות.
- 3) **נסיבות מחמירות**: גם עבירת האינסוס וגם עבירת הבעילה האסורה בהסכמה מכילות פירוט של מקרים שונים אליהם נופלת העבירה, אולם רק בעבירת האינסוס ישנו מדרוג של הנסיבות באופן שמפריד בין חומרת הנסיבות. לעומת זאת, בעבירת הבעילה האסורה בהסכמה המדרוג היחיד נוגע לגיל הנפגעת. כך, לדוגמה, המחוקק מכיר ביחסי מין מתחת לגיל 16 כנסיבה מחמירה בעבירת האינסוס, אך מנגד הקל את העונש לאורך השנים על בעילה אסורה בהסכמה בגיל דומה (מגיל 16 לגיל 14).¹²
- 4) **תקופת ההתיישנות**: בעבירת הבעילה האסורה בהסכמה, משך ההתיישנות קצר באופן משמעותי. לדוגמה ההתיישנות על בעילה אסורה במסגרת יחסי מרות בין בגירים קטנה פי שלוש מעבירת האינסוס בין בגירים (יפורט בהמשך).¹³
- 5) **עונש מינימום**: אין עונש מינימאלי על עבירת הבעילה האסורה בהסכמה, בעוד שבעבירת האינסוס קיים עונש מינימאלי של רבע מהעונש הנקוב בחוק (כאמור מטה).¹⁴

סייגים בחוק

ככלל, עומדים לנאשם כלל הסייגים לאחריות פלילית הקבועים בחוק העונשין.¹⁵ בתוך כך, ניתנת הגנת "טעות במצב דברים" לנאשם אשר טעה טעות כנה באשר למצב העובדתי במקרה (למשל, גיל הנפגע) ואחריותו הפלילית תיקבע בהתאם למצב העובדתי הסובייקטיבי שלו.¹⁶

¹⁰ ס' 351(א) לחוק העונשין.

¹¹ רותי לבנשטיין לזר "כשאת אומרת כן – למה את מתכוונת?" "המשפט ברשת": זכויות אדם ב 151 (2014).

¹² חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 1246 (להלן: תיקון 22).

¹³ ס' 354 לחוק העונשין.

¹⁴ ס' 355 לחוק העונשין.

¹⁵ ס' 134-34 לחוק העונשין.

¹⁶ ס' 34 ביח לחוק העונשין.

החוק מעניק הגנה בעבירת הבעילה האסורה בהסכמה של קטין (שאינו בן משפחה) **מתחת לגיל 16** לנאשם **שהפרש גילו וגיל הקטין לא עולה על שלוש שנים**. זאת, בתנאי שניתנה הסכמה במסגרת **יחסי רעות רגילים** (ראה הגדרות מטה) **וללא ניצול מעמדו של הנאשם**.¹⁷

חוק סדר הדין הפלילי הינו המסדיר העיקרי של ההתיישנות על עבירות פליליות. בתוך כך, הוגדרה ההתיישנות של **15 שנים לעבירת האינוס** והתיישנות לבעילה אסורה בהסכמה של בגיר היא **חמש שנים** (בשל היות עבירה מסוג עוון) ובעילה אסורה של קטין היא **10 שנים** (בשל היות עבירה מסוג פשע).¹⁸

(1) כאשר **הקורבן הוא קטין** קיימת הסדרה מיוחדת בחוק לפיה **תקופת ההתיישנות**:¹⁹

- בעבירות המין במשפחה ובעבירות אינוס והבעילה האסורה בהסכמה של קטין או חסרי ישע בידי **האחראי עליהם**, תחל תקופת ההתיישנות כאשר הקורבן הגיע לגיל 28. זאת, תחת שני תנאים:
 - הגשת כתב אישום בתקופה שלאחר זמן ההתיישנות מיום ביצוע העבירה דורשת את אישור היועץ המשפטי לממשלה.
 - אם התלונה במשטרה הוגשה לאחר שמלאו לנפגע 28 שנים, לא ניתן להרשיע את הנאשם על סמך עדות יחידה של הנפגע (אלא אם יש ראיות שמחזקות אותה).
- בעבירת **אינוס של קטין בידי אדם שאינו אחראי** עליו וגילו מעל 15 שנים, תחול תקופת ההתיישנות כאשר הקורבן הגיע לגיל 23. זאת, תחת שני תנאים:
 - הגשת כתב אישום בתקופה שלאחר זמן ההתיישנות מיום ביצוע העבירה דורשת את אישור היועץ המשפטי לממשלה.
 - אם התלונה במשטרה הוגשה לאחר שמלאו לנפגע 18 שנים או שעברה תקופת ההתיישנות מיום ביצוע העבירה (המאוחר מבניהם), לא ניתן להרשיע את הנאשם על סמך עדות יחידה של הנפגע (אלא אם יש ראיות שמחזקות אותה).

(2) בעבירת האינוס, עבירות מין ובפרט אינוס ובעילה אסורה במשפחה ישנו **עונש מינימאלי** בגובה של **רבע מסך שנות המאסר** הקבועות בחוק.²⁰

הגדרות בחוק

- (1) **הסכמה**: הוראות החוק **נעדרות הגדרה מפורשת של המושג הסכמה**. בעבירת האינוס נדרש מעשה בעילה שהוא בניגוד להסכמה חופשית, אך לא מצוין בפירוש מהי הסכמה.
- (2) **בעילה**: החדרת איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה. יצוין, כי הבעילה מתייחסת לאישה בלבד. כך, גם במשפט העברי מיוחסת 'בעילה', או 'ביאה', לחדירת הגבר לאיבר המין הנשי בלבד.²¹ עם זאת, ההגדרה המילונית נוטה להתייחס ל'בעילה' כמילה נרדפת לקיום יחסי מין באופן כללי.²²
- (3) **יחסי רעות רגילים**: לא קיימת הגדרה מפורשת, אך ניתן להניח כי מדובר בכל אותם יחסים בין בני נוער שאינם נופלים ליחסים האסורים בעבירות המין ואינם כוללים, ניצול, מרות וכיוצא בזה.

¹⁷ ס' 353 לחוק העונשין.

¹⁸ ס' 9 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.

¹⁹ ראה לעיל ה"ש 13.

²⁰ ראה לעיל ה"ש 14.

²¹ משנה תורה, איסורי ביאה פרק א, הלכה יט.

²² "בעילה" אברהם אבן-שושן מלון אבן-שושן המרכז: **מחדש ומעודכן לשנות האלפים** כרך ראשון 191 (משה אזר עורך ראשי (2010).

חוקים נוספים הנוגעים לסוגייה

החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998 – עוסק בעבירות מין קלות יותר, ומהווה המשלימה החקיקתית למניעת עבירות מין במסגרת יחסי מרות.²³ בהמשך לכך, נחקקו **תקנות ונוסח תקנון מפורט של נציבות שירות המדינה** המכיל הגדרות מפורטות של סוגי ההטרדות המיניות ומערכות היחסים בהן הן מתרחשות, העבירות הפליליות ודרכי ההתמודדות איתן. אלו, מחייבות את כלל העובדים בשירות הציבורי. זה, מכיל בתוכו את כלל הוראות החוק וכן את התקנות הנגזרות ממנו ובהן חובות על המעסיקים בשירות הציבורי.²⁴

ב. הליך החקיקה

מטרת החוק ודברי ההסבר

עבירת הבעילה האסורה בהסכמה קיימת מיום חיקוקו של חוק העונשין בשנת 1977, כחלק מהעתקת הוראות החוק מפקודת החוק הפלילית המנדטורית.²⁵ לכן, עם חקיקת חוק העונשין לא הייתה התייחסות מיוחדת לעבירות אלו, אשר הוגדרו במסגרת "עבירות נגד המוסר". במחצית השנייה של שנות ה-80, עסק המחוקק ברפורמה בעבירות המין בישראל. מדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט מדברי ההסבר לחוק, ניתן להבין את הרציונלים המרכזיים בחוק כפי שהוא מובא כיום:²⁶

- (1) אחת המטרות המרכזיות הייתה לייחד את עבירת האינוס בדין הפלילי ולהדגיש חומרתה.
- (2) קביעת גיל מינימאלי של הסכמה, שתחתיו גם בעילה בהסכמה תיחשב כאונס, כאשר טווח הגילאים שנידון היה בין 12 ל-16.
- (3) איזון בין הניסיון להכווין לגיל מינימלי רצוי לקיום יחסי מין לבין הכרה בכך שהתופעה של מין בקרב בני נוער קיימת. עם זאת, לא להקל ראש במקרים של יחסי מין בין בגיר לקטינה בהפרשי גילאים גדולים.
- (4) איזון בין הקביעה שהסכמת קטינה היא לוקה בחסר, אך ליצור הבחנה בינה לבין היעדר הסכמה לחלוטין בעבירת האינוס.

תיקונים בחוק לאורך השנים

- (1) בחוק המקורי, עבירת הבעילה האסורה בהסכמה התייחסה לבעילה של קטינה בלבד, לצד עבירה נוספת של בעילת נערה בטווח הגילאים 17-25 בידי הורה, אפטרופוס או אדם המשגיח ומחנך אותה.
- (2) לפי החוק המקורי, הבעל קטינה מתחת לגיל 16 (שאינה אשתו) כמוהו כ"אונס סטטוטורי" ודינו היה **14 שנות מאסר**. בנוסף, אילו הנפגעת הייתה מתחת לגיל 17 (או שהיה לבעל יסוד סביר להניח שזה גילה) עונש המאסר היה 5 שנות מאסר.
- (3) התיקון המרכזי לחוק העונשין בנושא עבירות המין בוצע בשנת 1988 (להלן: **תיקון 22**) לאחר ועדה מיוחדת בראשה עמדה ח"כ שולמית אלוני.²⁷ במסגרת תיקון 22, עוצבו עבירות המין השונות באופן דומה יחסית לכפי שהן כיום:²⁸

- הגדלת עונש המאסר בעביר האינוס ל-16 שנות מאסר, כפי שהוא היום.

²³ ס' 2 לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998.

²⁴ תקנות למניעת הטרדה מינית (חובות מעסיק), תשנ"ח-1998.

²⁵ חוק העונשין, תשל"ז-1977 ס"ח 864.

²⁶ פרטוקול ישיבה 216 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-11, 19-10 (09.11.1987).

²⁷ דברי ההסבר ל**תיקון 22**, עמ' 302.

²⁸ **תיקון 22**, ראה לעיל הי"ש 12.

- השינוי המשמעותי ביותר בעבירת הבעילה האסורה בהסכמה היה הגדרה מחודשת של גילאי הנפגעת (המתוארים בפרק לעיל) והפחתת גיל המינימום ל-14 שנים.
 - איגוד כלל העבירות שצוינו לעיל של בעילה אסורה לכדי עבירה אחרת.
- (4) מאז ועד היום, בוצעו מספר תיקונים שהחילו בעיקר שינויים בסוגיית הסייגים (ובתוך כך החלת ההתיישנות);²⁹ הרחבת ועיגון עבירות המין במשפחה;³⁰ הרחבת עבירת האינוס למקרים נוספים של פגם מהותי בהסכמה (דוגמת לקות שכלית) והרחבת הנסיבות המחמירות בעבירה.³¹
- (5) בעבירת הבעילה האסורה בהסכמה, עיקר השינויים מאז תיקון 22 כללו הרחבת ההגדרה ליחסי מרות למערכות יחסים נוספות שעשויות, דוגמת מערכת יחסים של אנשי חינוך, בריאות הנפש ועוד.³²

הצעות חוק שטרם התקבלו

מאז יוני 2012, לא בוצע שינוי מהותי בעבירות המתוארות, מלבד ארגון מחדש של ההתיישנות על עבירות המין בתיקון משולב לחוק סדר הדין הפלילי וחוק העונשין.³³ עיקר הצעות החוק הממשלתיות והפרטיות אשר עלו בשנים האחרונות נגעו לנושאים הבאים:

- (1) הוספת מעמד ציבורי מיוחד כמערכת יחסים נוספת המהווה בעילה אסורה בהסכמה.³⁴
- (2) שלילת הסייג לעבירת הבעילה האסורה בהסכמה בהינתן מספר נוכחים.³⁵
- (3) החמרת הענישה על עבירת האינוס לכדי מאסר עולם (ומאסר עולם חובה בנסיבות מחמירות).³⁶

הצעות אלו הונחו על שולחן הכנסת לדיון מוקדם אך טרם התקדמו מעבר לכך. לפי שעה ובהתאם לסקירה של מאגר החקיקה הלאומי אין הצעות חוק לתיקון חוק העונשין אשר צפויות להשפיע באופן מהותי על סעיפי העבירה הללו ונמצאות בשלבי חקיקה מתקדמים.

5. סקירת הפסיקה:

א. התייחסות כללית לעבירה

מהפסיקה עולה כי בתי המשפט מתייחסים לעבירת בעילה אסורה בהסכמה בחומרה רבה ומעוניינים לשמור על סטנדרט חברתי ומוסרי גבוה בכל הקשור ביחסי מין, וביתר שאת כאשר לאחד הצדדים יתרון מהותי בגילו או במעמדו.

נוסח העבירה

הפסיקה מלמדת כי נקיטת לשון "הסכמה" היא בעייתית ומטעה; השופט אדמונד לוי, שכתב את דעת הרוב **בפסק הדין בעניין יוסף נוי**,³⁷ קבע כי כאשר ההסכמה היא כתוצאה מיחסי מרות אין ליחס לה משמעות. כמו כן, **בפרשת שמרת**,³⁸ צוין כי הסכמה לעניין סעיף 346(א) רישא, נטולת משמעות משפטית לחלוטין. בעניין זה ראינו לנכון לציין אף את עמדתו של שופט המיעוט **בפסק הדין בעניין בוכריס**,³⁹ שהיטיב לתאר

²⁹ חוק העונשין (תיקון מס' 77), התשס"ד-2003, ס"ח 1911 (להלן: **תיקון 77**).

³⁰ חוק העונשין (תיקון מס' 30), התש"ן-1990, ס"ח 1329; **חוק העונשין (תיקון מס' 56)**, התש"ס-2000, ס"ח 1746 (להלן: **תיקון 56**).

³¹ **תיקון 56**, ראה לעיל ה"ש 30.

³² חוק העונשין (תיקון מס' 115), התשע"ב-2012, ס"ח 2362; **תיקון 77**, ראה לעיל ה"ש 29.

³³ מלבד הוספת עבירות של אנשי דת, חוק העונשין (תיקון מס' 129), התשע"ז-2017, ס"ח 2610.

³⁴ הצעת חוק העונשין (תיקון - בעילה אסורה בהסכמה תוך ניצול מעמד ציבורי מיוחד), התשע"ד-2014, פ/2734/19.

³⁵ הצעת חוק העונשין (תיקון - בעילה אסורה בהסכמה ומעשה סדום בנוכחות אחר), התשע"ה-2015, פ/1871/20.

³⁶ הצעת חוק העונשין (תיקון - החמרת ענישה במקרי אונס ותקיפה מינית), התשפ"א-2020, פ/2425/23.

³⁷ ע"פ 9256/04 יוסף נוי נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 172 (2005) (להלן: **עניין נוי**).

³⁸ ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993) (להלן: **עניין בארי**).

³⁹ בית הדין הצבאי המיוחד 6-16 **התובע הצבאי נ' תא"ל אופק בוכריס** (נבו) 02.02.2017.

את הסתירה וציין כי המילה "בהסכמה" אשר מופיעה בכותרת הסעיף אינה חלק מיסודות העבירה וזו סותרת את המילים "בעילה אסורה", שכן אם קיימת הסכמה אזי אין עבירה. לגישתו, המילה "בהסכמה" מובילה לבלבול וסותרת את לשון הסעיף עצמו ומשכך יש לשנות את כותרת העבירה ולהשמיט ממנה את המילה "בהסכמה".

עבירת בעילה אסורה בהסכמה לעומת עבירת האינוס

נציין בפתח הפרק כי עיקר ההשוואה בין העבירות נעשה ביחס לסעיף 346(ב) וכמעט ואין עיסוק בשאלות שעולות ביחס לסעיף 346(א) העוסק בקטינים.

פסק הדין בעניין מוצאפי⁴⁰ מדגים את הקושי להבחין בין עבירת האינוס לבין עבירת בעילה אסורה בהסכמה תוך ניצול יחסי מרות. באותו עניין, הוגש כתב אישום נגד הנאשם, המייחס לו עברת בעילה אסורה בהסכמה לפי סעיף 346(ב) רישא לחוק, בעקבות תלונת אזרחית תאילנד שעבדה אצלו בחקלאות ובעיסוי. על פי עובדות כתב האישום, הנאשם בעל את המתלוננת לאחר שהבהיר לה כי הוא זה שמשלם את שכרה. בית-המשפט ציין כי אף על פי שכתב האישום מייחס לנאשם עבירה של בעילה אסורה בהסכמה לפי סעיף 346(ב), עובדות המקרה תואמות את עבירת האינוס לפי סעיף 345(א)(1).

באשר להבדלים שבין העבירות, נדמה כי בעוד שעבירת האינוס מבוצעת על ידי שימוש בכוח וללא הסכמה כלל, בעבירת בעילה אסורה בהסכמה, יחסי המין מתקיימים בהסכמת שני הצדדים ובהתחשב בתנאים המופיעים בחוק. הבדל משמעותי נוסף בין העבירות נוגע להיבט ההתיישנות: עבירה של בעילה אסורה בהסכמה תוך ניצול יחסי מרות לפי סעיף 346(ב) לחוק העונשין, הנה עבירה מסוג עוון ותקופת ההתיישנות הקבועה בצדה היא חמש שנים.⁴¹ בחוק העונשין ישנו **סייג להתיישנות עבירות מין בקטין המתייחס בין השאר לעבירת בעילה אסורה בהסכמה לפי סעיף 346(א)**.⁴² באותו סעיף, נקבע כי ביחס לעבירות המנויות בו ושנעברו בקטין, תקופת ההתיישנות תחל ביום שמלאו לו עשרים ושמונה שנים. נציין שהסייג אינו חל בעבירה של בעילה אסורה בהסכמה תוך ניצול יחסי מרות לפי סעיף 346(ב) לחוק העונשין. אם כן, לאור כך שעבירת האינוס מסווגת כעבירה מסוג "פשע", זמן ההתיישנות ארוך יותר ועומד על 10 שנים. משכך, ייתכנו מצבים שבהם תחולת ההתיישנות על עבירת בעילה אסורה בהסכמה תוביל לזיכוי, לעומת מצב שבו היו מאשימים בעבירת האינוס. כך למשל, בפסק הדין **בעניין יוסף נוי**⁴³, נקבע כי "היות שכתב האישום המקורי אינו נוקב בתאריך המדויק שבו בוצעה עבירת האינוס ("בשנת 1996, בתאריך מדויק שאינו ידוע למאשימה"), והיות שהתלונה הוגשה בשנת 2001, יש להורות על זיכוי המערער מביצועה של עבירה זו." כך גם עולה **מפסק הדין בעניין קצב**,⁴⁴ לפיו לא ניתן היה להביא את המערער לדין על העבירות של בעילה אסורה בהסכמה תוך ניצול יחסי מרות לפי סעיף 346(ב) לחוק העונשין כנוסחו בעת ההיא בשל התיישנות.

ליו מונטיליו, מנתחת במאמרה⁴⁵ שני פסקי דין מרכזיים - **פרשת בן חיים**⁴⁶ ו**פרשת נוי**⁴⁷ וטוענת שאלו מסייעים להבין את עמדתו של בית המשפט ביחס לקו הגבול בין עבירת האינוס לבין עבירת ניצול יחסי מרות לפי סעיף 346(ב). בשני פסקי הדין, בית המשפט מניח כי קיומו של ניצול יחסי מרות מקים הנחה סטטוטורית שההסכמה שניתנה אינה מרצון חופשי ומשכך יש לראות בה כהסכמה פגומה. מונטיליו מצטטת את אמירתה

⁴⁰ ת"פ (שלום ב"ש) 1298/07 מ.י פרקליטות מחוז דרום - פלילי נ' מוצאפי (פורסם בנבו, 16.12.2012).

⁴¹ סעיף 9(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.

⁴² סעיף 354 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁴³ עניין נוי, לעיל ה"ש 37.

⁴⁴ ע"פ 3372/11 משה קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.11.2011).

⁴⁵ ליו מונטיליו "על קנקנה של עבירת ניצול יחסי מרות" משפטים על-אתר ח' 69 (תשע"ו).

⁴⁶ עש"מ 4790/04 מדינת ישראל נ' בן חיים, פ"ד ס(1) 257 (2000) (להלן: עניין בן חיים).

⁴⁷ עניין נוי, לעיל ה"ש 37.

של השופטת (כתוארה אז) בינייש בפרשת בן חיים, שם היא מבחינה בין הסכמה פגומה שניתנה תוך ניצול יחסי מרות לבין מעשה מגונה שנעשה בנסיבות מחמירות יותר (למשל אינוס). מתוך כך, מסיקה מונטיליו על קיומו של הבדל בטיב ההסכמה בעברות של ניצול מרות לבין עבירות חמורות יותר. אולם, לטענתה, הפסיקה אינה מציבה אמות מידה מספקות להבחין בין הסכמה פגומה לבין היעדר הסכמה וקושי זה לגישה עלול להוביל למסקנה כי יש לבטל את עבירת ניצול יחסי מרות.

כמו כן, מונטיליו מנתחת את **פסק הדין בעניין עופר**⁴⁸ ומתייחסת לקביעתו של בית המשפט להרשיע את הנאשם בעבירת ניצול יחסי מרות. באותו עניין, בית המשפט קבע כי על רקע נסיבות המקרה וזהותם של הצדדים (המתלוננת קורבן סחר והנאשם "הבעלים"), אין לראות בהסכמה ככזאת שניתנה מרצון חופשי. מונטיליו מציינת כי באותו מקרה, בית המשפט כלל לא דן באפשרות שניתן להרשיע בעבירת האינוס אף אם ההסכמה אינה חופשית, כפי שמורה לשון הסעיף.

בנוסף מצאנו כי ישנם תיקים המסתיימים בעסקאות טיעון במסגרתן סעיפי אישום בגין אונס מתוקנים בכתב האישום לאישומים בגין עבירה של בעילה אסורה בהסכמה.⁴⁹ נזכיר, נתוני הפרקליטות לשנת 2019 מעידים על כך שהאחוז הגבוה ביותר של הסדרי טיעון בעבירות מין הינו של עבירת בעילה אסורה בהסכמה (למעלה מ-90%). ייתכן שניתן להסיק שכאשר יש קשיים ראייתיים בהוכחת אינוס, התביעה תעדיף "להתפשר" ולהרשיע בעבירה עם עונש נמוך יותר בו יש לה וודאות גבוה יותר להרשיע (מעל לכל ספק סביר) כמו בעילה אסורה בהסכמה.

האינטרס הציבורי

מסקירת הפסיקה עולה נטייה ברורה להרשעה במטרה ליצור הרתעה **כאינטרס ציבורי**, גם כאשר הנאשמים עצמם הם קטינים. **בפסק הדין בעניין פלוני**⁵⁰, השופטת בינייש מתייחסת לכך וטוענת כי יש לנקוט גישה מחמירה כלפי בני הנוער שהודו בביצוע העבירה ולשדר מסר מרתיע, ברור וחד, שלפיו כבודה וגופה של נערה צעירה אינם הפקר, וכן שלא ניתן להתייחס בסלחנות כלפי קיום יחסי-מין תוך ניצול מצבה וחולשתה הרגעית של המתלוננת. **בפסק דין אחר בעניין פלוני**⁵¹, אומר השופט ג'ובראן, בהתייחסו לענישת קטין המואשם בביצוע עבירת מין כי מלבד הנזק הרב שנגרם למתלוננת על-ידי הנאשם, יש לתת את הדעת אף לצורך לשדר מסר חד, ברור ומרתיע לציבור הרחב, ובפרט לקטינים, כי בית-המשפט לא יירתע מלמצות את הדין עם עבריני מין, וזאת חרף גילם הצעיר. השופט ג'ובראן אף מציינ שבית-המשפט נוקט בגישה מחמירה כלפי הענישה גם כאשר מדובר בקטינים, בשל הצורך למנוע הישנותן של עבירות מין חמורות בקרב בני נוער.

בעניין נוי⁵², השופט לוי קבע בדעת הרוב כי האינטרס הציבורי בעבירה של בעילה אסורה בהסכמה תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות ההוראה הוא הגנה על אוטונומיית הרצון של הכפוף במקום העבודה. בדעת מיעוט, השופטת ארבל הסבירה כי העבירה אינה באה אך להגן על האינטרס של קרבן העבירה ועל אוטונומיית הרצון שלו, אלא גם להבטיח שמירה על סטנדרט התנהגות ראוי מצד בעלי מרות כלפי אלה הכפופים להם; ניצול יחסי מרות מתגבש כאשר בעל המרות מודע לכך שהקשר המיני בינו לבין העובד נובע מרצונו של העובד לשמר או לקדם אינטרסים שלו במקום העבודה.

⁴⁸ ע"פ 10489/06 יצחק עופר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.01.2010) (להלן: עניין עופר).
⁴⁹ תפ"ח (מחוזי ירושלים) 20001/06 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 20.09.2006); תפ"ח (מחוזי תל אביב-יפו) 208/02 מדינת ישראל

נ' פלוני (נבו 22.07.2003).

⁵⁰ ע"פ 9262/03 פלוני נ' מדינת ישראל, נח(4) 869 (2004).

⁵¹ ע"פ 1004/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 09.08.2006).

⁵² עניין נוי, לעיל ה"ש 37.

בשורות הבאות, נבקש לנתח את הפסיקה המתמקדת בסעיפים 346(א) ו-346(ב), תוך התייחסות לרכיבי העבירה, לשאלת ההסכמה ולהגנה המופיעה בסעיף 353 לחוק.

ב. התייחסות הפסיקה לסעיפי העבירה

סעיף 346(א)

העבירה בסעיף 346(א) היא עבירה התנהגותית. לפיכך, היסוד הנפשי הדרוש להרשעה על פיה הוא מודעות כלפי רכיבי היסוד העובדתי, לרבות מודעות לניצול יחסי התלות. **בפסק הדין בעניין גואל רצון**⁵³ נקבע כי די במודעותו של הצד החזק במערכת היחסים לקיומה של תלות, כדי לעמוד בנטל הראיה להוכחת מודעות לניצולה של תלות זו לשם קיומם של יחסי מין. בפסק הדין עולה ספק בדבר היותה של הנפגעת מתחת לגיל 16 בעת תחילת מעשי הבעילה. אולם, מכיוון שנקבע ע"י ביהמ"ש כי התקיימו יחסי תלות בין הנאשם לנפגעת, נקבע כי המערער יזוכה מהרשעתו בסעיפים 346(א) ו-347(א) רישא, אך יורשע בבעילה אסורה בהסכמה לפי סעיף 346(א) סיפא ובמעשי סדום לפי סעיף 347(א) סיפא.

סעיף 353 קובע הגנה מיוחדת לאישום בשל עבירה לפי סעיף 346(א) סעיף 346(א), כאשר פער הגילאים בין הנאשם לבין הקטינה אינו עולה על שלוש שנים והקטינה הסכימה למעשה שנעשה במהלך יחסי רעות רגילים וללא ניצול מעמדו של הנאשם. עם זאת, הסעיף שולל את ההגנה אם עולה ספק בנוגע להסכמה לקיום היחסים.⁵⁴ פסק הדין בעניין שמרת⁵⁵, מעיר כי הוראה זו תוחמת את גבולותיו של "אינוס סטטוטורי" ומוציאה מכלל העבירה מערכת יחסים בהסכמה בין צעירים בני אותה קבוצת גיל במהלך יחסי ידידות רגילים, כאשר הפרש הגילים אינו עולה על שנתיים. באותו עניין, חבורת נערים תקפה צעירה בת ארבע עשרה וחצי ובית המשפט שלל את קיומה של ההגנה והדגיש כי לא מדובר "יחסי רעות רגילים" כלשון החוק, אלא בניצול לרעה של נסיבות. מפסיקה זו, ניתן להסיק בזהירות כי בית המשפט מפרש את ההגנה המופיעה בסעיף 353 באופן דווקני, ומתנגד לראות בקבוצת צעירים החוברת יחד לשם בעילה "כמהלך יחסי רעות רגילים".

סעיף 346(ב)

היסוד העובדתי הנדרש להוכחת עבירה זו כולל מס' רכיבים: בעילה תוך ניצול [מעשה]; מרות שביחסי עבודה או שירות [נסיבה]; של אשה [נסיבה] בגירה [נסיבה]. לפיכך, לשם הרשעה נדרשת מודעות כלפי רכיבי היסוד העובדתי: טיב המעשה, והתקיימות הנסיבות.⁵⁶

בפסיקה מבחינים בין קיומה של **הסכמה טכנית** לקיום יחסי-מין לבין תוקפה המשפטי של הסכמה זו בהקשרים שונים, ובכללם בהקשר הפלילי. הוראת **סעיף 346(ב)** לחוק העונשין הקובעת עבירה פלילית של בעילה אסורה בהסכמה תוך ניצול יחסי מרות ביחסי עבודה או בשירות, משקפת עמדה המתמקדת באיתור מקרים שבהם ההקשר המיני בין הצדדים היה תוצאה של ניצול אחד הצדדים את פער הכוחות בינו לבין הצד האחר.⁵⁷

פסק הדין בעניין יוסף נוי⁵⁸ עוסק בניצולה של מרות במסגרת יחסי העבודה ומנסח את הגישה השולטת בפרשנות העבירה, שתכליתה הגנה על האוטונומיה המינית של הכפופים ביחסי סמכות. יסוד עבירה זה, כהגדרתו בסעיף 346(ב) סעיף 346(ב) לחוק העונשין, כולל שתי דרישות: **קיומה של מרות** ו"**ניצולה**" של

⁵³ ע"פ 8271/14 אבא גואל בן נתן רצון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.07.2016).

⁵⁴ ע"פ 4526/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.07.2013).

⁵⁵ עניין בארי, לעיל ה"ש 38.

⁵⁶ עניין עופר, לעיל ה"ש 48.

⁵⁷ בג"ץ 4869/01 פלונית נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(3) 944 (2002).

⁵⁸ עניין נוי, לעיל ה"ש 37.

המרות.⁵⁹ מפסק הדין עולה כי לא כל מגע מיני ביחס ליחסי מרות ייחשב ללא הסכמה, אלא רק כזה שנעשה תוך "ניצול"; באותו עניין, הנאשם קיים יחסי מין עם עובדות הכפופות לו, כאשר הוא מודע לכך שהמתלוננות מקיימות עמו יחסי מין בתקווה להשיג טובות הנאה ויחס מועדף במסגרת עבודתן במטבח. מצב דברים זה, שבו מעביד מנצל את מעמדו ואת יכולתו להשפיע על העובדים הכפופים לו על-מנת לקיים עמם יחסי מין, מהווה בעילה אסורה בהסכמה.

פסק הדין בעניין בן חיים⁶⁰ קובע כי משמעותו המילולית של המונח "מרות" היא שליטה או סמכות, וכי מרות ביחסי עבודה היא שליטה של הממונה על הכפוף לו. בעניין **בן חיים**, המבחן שקבעה השופטת ביניש לבחינת יסוד הניצול הוא מבחן מסוג "כלל הנסיבות", שלפיו בית המשפט מכריע האם המגע המיני בין הצדדים נעשה "תוך ניצול יחסי מרות" בהתבסס על מספר פרמטרים.

בפסק הדין בעניין **עופר**⁶¹ בית המשפט מניח כמובן מאליו שאפשר להוכיח את יסוד הניצול בעבירה של בעילה אסורה בהסכמה **באמצעות חזקה**. בית המשפט קבע כי בהוכחת עצם התקיימותה של זיקת התלות, יוצאת התביעה ידי חובת ההוכחה לכאורה בדבר הניצול. החזקה הסטטוטורית קובעת כי משהוכחו יחסי המרות, הרי שנתקיים יסוד הניצול. ההנחה היא כי הסכמה הניתנת בנסיבות של יחסי מרות הנה הסכמה "טכנית", שאין ליחס לה משקל, שכן היא תוצאת ניצול לרעה של יחסי הכוחות, ולפיכך תוקפה המשפטי נשלל בהקשרים מסויימים.

תחולת העבירה וסמכות שיפוט בנוגע לעבירת בעילה אסורה בהסכמה:

מפסק הדין בעניין **בן חיים**, משתקפת הרחבה של תחולת העבירות הנכללות תחת בעילה אסורה בהסכמה: פסק הדין מסביר כי העבירה לפי סעיף 346(ב) אינה מוזכרת בגדר החלופות להטרדה מינית המנויות בסעיף 3(א)(2), כיוון שהמחוקק מבקש לשמור על ייחודם של מעשים פליליים שחומרתם מצדיקה אכיפה פלילית בהוראות חוק העונשין. בעניין זה, התעוררה השאלה האם ניתן להרשיע את הנאשם במעשה מגונה לפי סעיף 348(ה), חלופה הנזכרת בחוק למניעת הטרדה מינית, בגין "בעילה אסורה בהסכמה" המהווה עבירה על פי חוק העונשין אך אינה נזכרת בסעיף 3(א)(2) לחוק למניעת הטרדה מינית. פסק הדין משיב לשאלה זו בחיוב, כך שאין ספק כי מעשה של בעילה אסורה על פי חוק העונשין כולל בתוכו את כל רכיביו של המעשה המגונה. נקבע כי העבירה לפי סעיף 346(ב) לחוק העונשין נכללת בעבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ה) לחוק העונשין, ומכאן שהיא כלולה גם בעבירת ההטרדה המינית אף שהיא איננה נזכרת מפורשות בהגדרה הסטטוטורית. לעמדת השופטים, כל פרשנות אחרת תוביל למסקנה שקיומם של יחסי מין מלאים, להבדיל ממעשים מגונים אחרים, שולל קיומה של הטרדה מינית ומובן כי תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת.

בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה⁶² נקבע כי לבית הדין לעבודה הסמכות לדון בכל סוגי ההטרדות המיניות בעבודה בכל דרגת חומרה וכי הבחירה האם להגיש את התביעה לבית הדין לעבודה או לבית משפט אזרחי נתונה למוטרד/ת. לעומת זאת, בית המשפט העליון קבע בעניין פלונית⁶³ כי מעשי האונס, מעשי הסדום ובעילה האסורה בהסכמה, אינם מוגדרים כהטרדות מיניות, שכן הם לא נכנסים בגדרי הרשימה הסגורה של ההתנהגויות שמהוות הטרדה מינית. על כן, הסמכות לדון בעוולות הנזיקיות שמתבססות על הפגיעות

⁵⁹ עניין נוי, לעיל ה"ש 37.

⁶⁰ עניין בן חיים, לעיל ה"ש 46.

⁶¹ עניין עופר, לעיל ה"ש 48.

⁶² ע"ע 14-01-22314 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 19.2.2017).

⁶³ ע"א 3347/16 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 21.2.2018).

המיניות החמורות מסורה לבית המשפט האזרחי. השופטת אסתר חיות, דחתה בדנ"א 18/1918⁶⁴ את הבקשה לקיים דיון נוסף בפסק דינו של השופט הנדל וכך אושררה ההלכה המחייבת כי לבתי הדין לעבודה סמכות ייחודית לדון בתביעות אזרחיות שעניינן הטרדה מינית בעבודה כהגדרתה בחוק. אולם, תביעה שעניינה פגיעה מינית שאינה הטרדה מינית, גם אם התרחשה בעולם העבודה, היא אך ורק **בסמכותם של בתי המשפט האזרחיים**. הנימוק לכך הוא כי כאשר מסכת עניינים אחת מכילה גם הטרדות מיניות וגם פגיעות מיניות חמורות יותר, ביניהן בעילה אסורה בהסכמה – הסמכות לדון בה, כמקשה אחת, היא של בתי המשפט האזרחיים ולא של בתי הדין לעבודה, בהתאם לכלל שהטפל הולך אחרי העיקר. למרות קביעת בית המשפט העליון כי בעילה אסורה בהסכמה איננה הטרדה מינית ולכן אין בסמכותו של בית הדין לעבודה לדון בה, ביוני 2019 ניתן פסק דין בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים, שבו נפסק פיצוי של מיליון שקל לעובדת שהבוס שלה ניצל אותה מינית, כאשר התקיימו ביניהם יחסי מין מלאים המרמזים על קיומה של בעילה אסורה בהסכמה.⁶⁵

מסקנות

סקירת הפסיקה מלמדת כי נקיטת לשון "הסכמה" בכותרת העבירה מטעה, זאת משום שישנה תמימות דעים שלהסכמה זו אין כלל נפקות משפטית. כפועל יוצא, הפסיקה עומדת על כך שיש נסיבות עובדתיות אשר יכולות להתאים אף לעבירת האינוס, אשר כתב אישום בגינה בעל נפקות מבחינת חומרת העונש וההתיישנות. הקושי להבחין בין העבירות נובע בין היתר מכך שהפסיקה לא קובעת אמות מידה מספקות להבחנה ביחס לרמת העדר ההסכמה הנדרשת לכל אחת מן ההעברות.

למרות קשיים אלו, במקרים בהם נקבע כי לא ניתנה הסכמה חופשית הרשיעו בעבירת בעילה אסורה בהסכמה ולא באינוס. זה מתקשר לתופעה של תיקון סעיפי אישום בגין אונס לאישומים בגין עבירת בעילה אסורה בהסכמה. ייתכן כי הדבר מהווה פתרון לקושי ראייתי בהוכחת עבירת האינוס.

עם זאת, הסקירה מעלה כי יש קושי להרשיע אף בגין עבירת בעילה אסורה בהסכמה ובפרט בשל יסוד הניצול. הפסיקה קבעה את מבחן "כלל הנסיבות" הנבחן באופן אד-הוקי ובהתאם למספר פרמטרים. מבחן זה, המבקש להכריע בכל מקרה לגופו בהתאם לנסיבות, מלמד על **מורכבות ההבחנה בין מין ביחסי מרות שהוא נצלני וכפוי לבין יחסי מין שאינם כאלו**. מורכבות זו, מצביעה על הקושי הרב הטמון בנוסח הוראת החוק כפי שזו מופיעה היום, שלא מבדיל בין שתי האפשרויות בצורה ברורה.

בהמשך לכך נראה ניסיון בפסיקה להקל על הוכחת העבירה. העבירה הינה עבירה התנהגותית הדורשת מודעות כלפי היסוד העובדתי של העבירה לרבות יסוד הניצול. בעניין זה בתי המשפט קבעו כי די במודעותו של הצד החזק לשם הוכחת יסוד המודעות ואף במקרים מסויימים הכירו בחזקה לפיה ישנו ניצול ביחסי תלות.

⁶⁴ דנ"א 18/1918 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 29.5.2018).
⁶⁵ ס"ע (עבודה ירושלים) 48596-02-12 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 19.06.2019).

6. סקירת הספרות על אודות עבירת "בעילה אסורה בהסכמה":

א. המטען האידיאולוגי של העבירה

בשנות השמונים התרחשה רפורמה מקיפה בפרק עבירות המין בחוק העונשין במסגרתה, בנוסף לשינויים במבנה העברות ובהגדרותיהן, הוחלפה כותרת הפרק מ"עבירות נגד המוסר" ל"עבירות מין".⁶⁶

השינוי נועד לסמל הבנה עכשווית ומודרנית אשר הונחתה על ידי גישה ליברלית הגורסת כי הערך המוגן בעברות מין הינו **ההגנה על האוטונומיה המינית** וזאת להבדיל מביצור נורמות מוסריות. הכותרת רמזה כי עניינן של עבירות המין הוא בהגנה על חופש הבחירה המיני מפני כפייה פסולה. על רקע זה והמטען הערכי הנלווה לו, **עבירת בעילה אסורה בהסכמה** מעוררת קושי; הגדרת העבירה כעבירת מין שמגינה על האוטונומיה המינית של הקורבן אל מול העובדה שהבעילה האסורה היא בעילה בהסכמה מהווה סתירה לערך המוגן. אם הבעילה היא בהסכמה אזי מדוע היא אסורה? מהו הבסיס הנורמטיבי לאיסור על בעילה מלבד חוסר הסכמה?⁶⁷ לשאלות אלו נידרש בפרק זה תוך סקירת מאמרים ודעות העוסקים בין היתר בשאלת ההסכמה, יחסי מרות והן גישות שונות כלפי העבירה.

כותרת העבירה - המונח "בעילה"

יחזקאל קוטשר בספרו מילים ותולדותיהן⁶⁸ מתייחס לצירוף החז"לי "שדה בעלה" שמשמעותו שדה המושקה ע"י הגשם. חז"ל אמרו כי "המטר בעלה של האדמה הוא".⁶⁹ לעניינו, חשוב במיוחד הביטוי החז"לי הקושר מפורשת את האישה כקרקע עם השימוש בלשון "בעילה".

חכמים הרבו להשתמש בלשון "בעילה" לתיאור יחסי מין בין איש לאישה. התייחסות למטר כאל בעל האדמה מעידה כי לשון "בעילה" בהקשר דיני אישות כוללת זיהוי הגבר הבעל עם האל הגיבור, השמימי והפועל המממש את שלטונו. במקביל מעידים על זיהוי האישה כקרקע כנועה המקבלת את הפריית האדון.

מקטעי פרשנות לטקסט המקראי ניתן ללמוד גם כי חז"ל הבינו את לשון "בעילה" שבמקרא כמציינת מעשה מיני המממש את קשר הנישואים ומכונן בכך את קניין האיש באישה. בהמשך, הורחב השימוש בשורש ב.ע.ל. בהקשר ליחסי אישות עד שהפך לנרדף לשורש ש.כ.ב. וכך תפוצתן של האסוציאציות התרבותיות המתלוות לשורש ב.ע.ל. הוחלו על היקף גדול של התנהגויות מיניות.⁷⁰

אמנם אותה הרחבה תוארה כעובדה היסטורית⁷¹ אולם בשל רגישותם של חז"ל למשמעותיה העמוקות של לשון "בעילה" ניתן לחשוב על ההיבט הערכי של הבחירה להשתמש בשורש זה לציון יחסי מין ככלל. בעוד ששכיבה היא פעולה ניטרלית יחסית מבחינה אידאולוגית, **בעילה מביאה אל המעשה המיני רכיב משפטי מכונן של שעבוד וקניין, ואסוציאציה תרבותית של גבירות אלוהית ופעילה העושה את רצונה דרך אדנות בנשיות כנועה הקולטת את הפריין הגברי ללא אומר, דעת או מעשה.**

התנהגויות מסוג "intercourse" מהחקיקה המנדטורית משנת 1936, תורגמו בחוק העונשין לשורש ב.ע.ל. ובכך ניתן לומר שאומצה גישת חכמים, וכלל יחסי החדירה הווגינליים הוגדרו כמעשי בעילה. על אף שעלתה

⁶⁶ חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988.

⁶⁷ גליה שניבוים "האיסור הפלילי על מין ביחסי מרות בעבודה: בין הגנה על אוטונומיה לאסדרה של סמכות" **משפט צדק! ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 813 (אלון הראל עורך, 2017).

⁶⁸ יחזקאל קוטשר **מילים ותולדותיהן** (הוצאת קריית ספר 1974).

⁶⁹ בבלי, תענית, ו, ע"ב.

⁷⁰ אורית קמיר "ואם בעל – קנה: סיפורי "בעילה" ו"היבעלות" בחוק העונשין **פלילים** ז 121, 139 (התשנ"ט).

⁷¹ אבא בנדויד **לשון מקרא ולשון חכמים: דקדוק ותרגילי סגנון** (הוצאת דביר 1967).

הצעת חוק בשנת 1980 שקראה להחלפת הביטוי **בעילה** בביטוי **ביאה** היא לא הובאה לקריאה שנייה ושלישית.⁷²

ניתן יהיה לטעון כי כיום המילה בעילה מאבדת ממשמעותה החברתית אך ישנן גישות שאינן שותפות לכך. אורית קמיר במאמרה,⁷³ עומדת על כוחן הרב של מילים גם כאשר לכאורה אין משמעותיהן אלא שרידים נוסטלגיים של עבר רחוק. טרמינולוגית הבעילה לגרסתה, **מגלמת את התפיסה הפטריארכלית על פיה ניתן "לכונן-שלטון" באישה על ידי בעילתה.**

לסיכום לגישתה של קמיר, חוק העונשין נועד לבטא את ערכיה של החברה ולחנך אליהם ולפיכך יש לבחון היטב מהם בדיוק הערכים הקבועים בחוק העונשין עוד יותר מאשר בכל חוק אחר. כדי לקדם שינוי חברתי מגישה פטריארכלית לגישה חברתית שוויונית יותר, יש לתת לכך ביטוי פומבי חגיגי וסמלי וחוק העונשין הוא זירת פעולה מתאימה לכך. טרמינולוגית הבעילה של חוק העונשין מבטאת **ומנציחה ערכים פטריארכליים עתיקים**, מגבילה את השיח המשפטי בהתנהגויות מיניות לדפוס מחשבה שאינם בהכרח רצויים ומונעת את פיתוח המשפט בכיוונים חדשים, כאלו שיבטאו גם את נקודת המבט הנשית ויובילו לשוויוניות רבה יותר בין גברים לנשים. יכול שיש להשתחרר מהמונח בעילה וניתן להשתמש במונחים אחרים כגון חדירה או חדירה נרתיקית, תיקון ברוח זו יפטור את חוק העונשין ממורשת הבעילה על מטעניה הלא רצויים.⁷⁴

כותרת העבירה - המושג "בהסכמה"

כמו המושג בעילה, גם נוכחותה של המילה "בהסכמה" בכותרת העבירה מעלה שאלות רבות. לשאלות אלו נדרש בפן המהותי בהמשך.

ב. הסכמת קטינים בעבירות מין

עבירות מין כתופעה שכיחה בעולם ובישראל בפרט היא תופעה שמחוקק נאבק בה. אחת מדרכי המאבק היא עדכון הוראות החוק מעת לעת בכדי לשפר את ההגנה מפני אותן העבירות.

בבואו לקבוע את החלוקה הפנימית של עבירות המין, יוצר המחוקק **מדרג נורמטיבי** בין העבירות השונות, כשלמול עינינו עומדת שאלת גיל הקורבן, ובהתאמה, המשקל שיש לייחס **להסכמת הקורבן** שיש בה כדי לקבוע אם התנהגות מסוימת מהווה התנהגות פלילית וכן את חומרת ההתנהגות המתבטאת בענישה.⁷⁵ שאלת מעמדה של ההסכמה ותפיסתה, לא רק אצל המחוקק והחברה הבוגרת, אלא גם אצל מתבגרים, בין שהם פוגעים מינית ובין שהם קורבנות של פגיעה מינית, ראויה להתייחסות מיוחדת בהיבט של עבירות מין.

כאשר להסכמה יש מעמד בנוגע לעבירה, חשוב לקבוע הוראות שיבטיחו כי היא תהיה חופשית ומודעת. בשיטתנו, אין הסדר כללי לגבי ההסכמה ולכן אין גם הוראות לגבי כשרות ההסכמה ותקפותה. אין ספק כי בית המשפט יעמוד על כך שההסכמה עליה להיות חופשית ומודעת אך עדיף שהדבר יוסדר בחוק. לעניין עבירת בעילה אסורה בהסכמה, מצויות לנו הוראות חלקיות אך לא ממצות לעניין טיב ההסכמה.

⁷² הצעת חוק העונשין (תיקון מספר 14) התש"ס-1980, ה"ח 1476.

⁷³ קמיר, לעיל ה"ש 70.

⁷⁴ קמיר, לעיל ה"ש 70.

⁷⁵ נרית קורנהאוזר פילס "בחינה מחדש של ההגנה על בני נוער בעבירות מין והצעה לתיקון חקיקתי" משפט מפתח 3 (2015).

בעבירת הבעילה אסורה בהסכמה יש יותר מאשר קביעה כי ההסכמה אינה טובה; **בשל גיל הקורבן אין ביטחון שההסכמה חופשית ומדעת**. המחוקק קובע קביעה נורמטיבית לפיה אין להתיר בעילה, אפילו בהסכמה כאשר הנבעלת הינה מתחת לגיל 14. אמנם, הסיבה לקביעה היא גיל הנבעלת אך יש כאן יותר מאשר חשש כי ההסכמה אינה משקפת רצון חופשי ומודע.⁷⁶

חקיקה פטרנליסטית

בדין הפלילי במסגרתו המדינה היא המאשימה, המדינה מבקשת לשמור על אינטרס ציבורי רחב יותר מן האינטרס המצומצם של הפרט הנפגע.⁷⁷ המדינה, קובעת נורמות חברתיות עליהן היא מבקשת להגן ובהתאם לכך קובעת איסורים בחוק לשם הכוונת התנהגות. בפרט, דיני העונשין תוחמים את גבולות האחריות הפלילית ובכך מתווים את הנורמה.⁷⁸

ביטוי מובהק לתפקידו של המשפט הפלילי ככלי להכוונת התנהגות הוא קביעת משמעות **להסכמה של קורבן עבירה**. לשאלת ההסכמה קשר הדוק לסוגיית מניעת הפגיעה **באוטונומיה** של הפרט. נראה שביסוד נטיית החוק הפלילי שלא לתת משקל להסכמת הנפגע בחלק מהעבירות ובפרט בעבירת בעילה אסורה בהסכמה, עומדות גישות פטרנליסטיות אחדות;

לדעת המלומד מיל, אין לפגוע באוטונומיה של הפרט להסכים, אלא אם הסכמתו פוגעת באוטונומיה של הרבים, וזאת אף לא מנימוקים מוסריים.⁷⁹ המלומד הארט טוען כי על הגישה הפטרנליסטית להיות מצומצמת במשפט ולחול רק במקרים בהם הפרט עלול לפגוע חמורות בגופו, והחברה תרצה למנוע ממנו לעשות כך, ולא בשל טעמים מוסריים אלא מהטעם שהחברה יודעת מה טוב ליחיד במקרה שכזה.⁸⁰ הפילוסוף פיינברג, מדגיש את חשיבות האוטונומיה ומימוש הרצון החופשי של הפרט – גם אם פלוני מבקש לפגוע בטובת עצמו ומצדיק את פסילת ההסכמה רק בהינתן ראיות המצביעות שאלמוני **אינו פועל מתוך רצון חופשי, אמתי ומדעת**.⁸¹

לבוגרים נראה זה לגיטימי לפקפק במידת הבגרות של קטין וביכולתו לתת הסכמה רצונית וחופשית לקיים יחסי מין בגיל מוקדם, מתוך מודעות להשלכות המעשה ולפגיעה הבלתי הפיכה שעלולה להיגרם בגינו.⁸² **דומה שישנה תמימות דעים בנוגע לצורך בחקיקה פטרנליסטית שתגן על קטינים** ואף מיל שהוא מתנגד חריף לפטרנליזם משפטי, סייג את התנגדותו **וטען שילדים זקוקים להגנה מפני עצמם**.⁸³ כך גם המחוקק ביטא עמדתו שאין בהסכמה של קטינה לקיום יחסי מין משום הסכמה שקולה ומחושבת ולכן אין זו הסכמה.⁸⁴ מן האמור לעיל, עולות תהיות לגבי חלק הסיפא של סעיף 346 לחוק העונשין, הנוגע להסכמה של בגירה במסגרת יחסי מרות, תהיות אלו יידונו בהמשך.

⁷⁶ רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" **משפטים** כט 389, 418 (התשנ"ח).

⁷⁷ ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 108-109 (1984).

⁷⁸ פלר, לעיל ה"ש 77, בעמוד 151.

⁷⁹ ג'ון סיוטארט מיל, **על החירות**, 66-67 (אהרן אמיר מתרגם, 2006).

H.L.A Hart, *Law, Liberty and Morality* 31-33 (1965).

⁸¹ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self* 116, 184-185 (1886).

⁸² אמנון רובינשטיין **אכיפת המוסר בחברה מתירנית** 111-113 (1975).

⁸³ מיל, לעיל ה"ש 79, בעמוד 13.

⁸⁴ דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ז-1986, ה"ח 303.

גיל ההסכמה בחוק הישראלי

רף גיל ההסכמה החוקק בישראל שהינו 14 שנים, ידע תנודות במרוצת השנים מאז קום המדינה. משנוסדה המדינה ואומץ החוק המנדטורי, עמד גיל ההסכמה על 16 שנים בדומה לנהוג באנגליה.⁸⁵

גלגולים רבים של תיקוני חוק עברה סוגיית גיל ההסכמה בעבירות מין. למעשה, השינויים מלמדים כי בקביעת גיל ההסכמה מסוים, המחוקק מושפע מחד גיסא מהרצון להתאים את גיל ההסכמה לנורמות המיניות הנהוגות בחברה מסוימת, ומאידך גיסא מהרצון שגיל ההסכמה יהלום את הנורמות של חברה שפועלת לפי קוד מוסרי-דתי מסוים. נראה שאם גיל ההסכמה אינו משקף את המציאות התרבותית שבה אנו חיים, אכיפת החוק נחלשת ונהיית לבסוף לאות מתה.⁸⁶

קטגוריית הגיל

נדמה שמתחת קווים בין גילים היא משימה מורכבת לעולם המשפט ולמחוקק. בהתאמה, עולות ביקורות באשר למתיחת הקו על ידי המחוקק בעבירות המין בכלל ובעבירת הבעילה האסורה בהסכמה בפרט.

דוגמה לביקורת ניתן ללמוד מדבריו של דוד ליבאי, אשר מציג את עמדתו לפיה, לא ברורה פשר ההבחנה בין בעילת בת 13 לבעילת בת 14 ומדוע האחת נקראת "אינוס" והשנייה "בעילה אסורה". הוא מעלה טענה כי ייתכן שדרושים חריגים בשני הכיוונים שיאפשרו להכיר בפער בין הגיל לבין הבגרות הנפשית והשכלית, ולהכיר בכך שיש מרכיבים נוספים בבגרותו של אדם מלבד גילו, להכיר בכך כחלק מכבודו. הוא למעשה מבקש להוסיף רכיב אישי שמכבד את אופי האישה הקונקרטי ואינו ממצה אותה ומבטל את בחירתה על סמך גילה כנתון שהוא היחיד הרלוונטי.

בעילת בת 13 בהסכמתה החופשית ומדעת דומה לבעילת בת 14 בהסכמתה החופשית ומדעת יותר משהיא דומה לבעילת בגירה שלא בהסכמתה החופשית. בהנחה שבעילת ילדה ראויה להיות עבירה, רצף הגילים יקבל הגיון רב יותר במסגרת עצמאית של עבירת בעילה אסורה, שניתן להעשיר במדרגות חומרה שעולות ככל שהגיל יורד. ניתן גם להותיר שיקול דעת מסוים לתביעה ולבית המשפט לקבוע שבנסיבות מיוחדות הקושרות למערכת היחסים או לבגרות הנערה לא נעברה עברה מסוימת. עלינו לחשוב מחדש על האיסור האמור, על תכליתו ועל גבולותיו.⁸⁷

המחוקק הבחין בין קבוצות הגילים השונות על בסיס יכולתו של הקטין להבין את המעשים המבוצעים ואת השלכותיהם ובשים לב לאוטונומיה ההסכמה המתגבשת של הקטינים. היחס הספקני כלפי הערך המוסרי והמשפטי של הסכמת הקטין נובע מכך שהאוטונומיה של הקטין מתפתחת עם התבגרותו וכך גם הכשירות המשפטית שלו.

ג. הבחנה בין בעילה אסורה להסכמה לאינוס בראי פגיעה באוטונומיה

כאמור ההבחנה בין אינוס לבעילה אסורה בהסכמה היא הבחנה מורכבת. מחד, קיים דמיון רב בין שתי העברות; בשתיהן מתקיימת בעילה, הסכמה פגומה וקורבן אישה. אלא שכאן עולה ההבחנה המרכזית: האינוס הבסיסי מחייב **היעדר** הסכמה חופשית בעוד שהבעילה האסורה מניחה את **קיומה**. משכך, הספרות שבחנה את ההבדל בין העבירות עמדה על כך שהבעילה אסורה לא משום היעדר הסכמה אלא בגין הנסיבות

⁸⁵ פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, 263.

⁸⁶ דוד ליבאי "בשולי החקיקה – בעילת קטינות" הפרלקט כז 422-426-428 (1971).

⁸⁷ ליבאי, לעיל ה"ש 86, עמוד 104.

שאפפוח: גיל הנבלעת שאינה נשואה לבועל או הבטחת שווא לנשואים, מערכת יחסים היררכית ועוד. נסיבות אלו מובילות למסקנה שהעבירות נבדלות בשל ערכים שונים בבסיסם. למשל, ייתכן שהעבירות נבדלות משום שהפגיעה באוטונומיה המינית קלה או למצער שונה מהפגיעה שמגלם האונס ואפשר שהן נבדלות משום שערכים חברתיים נוספים נפגעים: יחסי מרות, חינוך עבודה ועוד.⁸⁸

ד. עבירת בעילה אסורה בהסכמה - סעיף 346(א)(1) לחוק העונשין

כללי

עבירת בעילה אסורה בהסכמה אינה דורשת יסוד נפשי של כוונה ודי בהוכחת רכיב המודעות לטיב המעשה ולנסיבות העבירה: בעילה, גיל הקטינה ושאינו נשואה לו. לרכיב "ההסכמה" אין נפקות בנסיבות העבירה, ומדובר באיסור שנקבע לשם הגנתם של קטינים.⁸⁹

הגישה הכלכלית למשפט תומכת בגישה זו; לפי פוזנר, על אדם החפץ לקיים יחסי מין להשקיע מאמצים כדי להבחין אם מדובר בקטין. הגישה הכלכלית מסבירה זאת באמצעות טיעון לוגי כלכלי שלפיו אם השיטה המשפטית תדרוש יסוד נפשי, לא יהיה לבועל תמריץ לחקור ולגלות אם מעשהו הוא בגדר בעילת קטינה והוא ייחנה מהספק.

"סייג לאחריות פלילית" – סעיף 353 לחוק העונשין

סעיף 353 לחוק העונשין קובע הגנה מפני אישום והרשעה בעבירה לפי סעיף 346(א) ולפי סעיף 347(א) לחוק העונשין בכפוף לשלושה תנאים מצטברים: הבדל הגילים בין הנאשם לקטין אינו עולה על שלוש שנים; הקטין נתן הסכמתו למעשה; המעשה נעשה "במהלך יחסי רעות רגילים וללא ניצול מעמדו של הנאשם".⁹⁰

ננתח להלן את שלושת התנאים הקבועים בסעיף;

"הבדל הגילים אינו עולה על שלוש שנים": נראה שהמחוקק נתן דעתו על הנורמות החברתיות הנהוגות בימינו ועל כך שקטינים מקיימים יחסי מין. לפיכך, אין ברצונו להפליל ללא סייג כל מגע מיני בין קטינים שנעשה ברצון ובהסכמה. לצורך העניין נקבע פער של עד שלוש שנים בין הצדדים כמשקף מסגרת נורמטיבית של פערי כוחות המתקבלים על דעת המחוקק.

"הסכמה למעשה": שאלת ההסכמה תמיד תתברר על רקע נסיבות האירוע. מלשון הסעיף "אם הקטין הסכים למעשה" – ניתן להניח שמדובר בהסכמה ברורה וחד-משמעית שניתנה לפני המעשה. נראה שאת ההסכמה ניתן לבדוק על פי מושג ההסכמה בעבירת האינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין והפרשנות בפסיקה למושג זה, אולם יש נפקות מסוימת לשוני בלשון הסעיפים. להבדיל מעבירת האינוס שנוסחה הוא "שלא בהסכמתה החופשית", נראה כי מרכיב הגיל של קורבן העבירה של בעילה אסורה בהסכמה מצריך "הסכמה פוזיטיבית" נטולת ספקות למעשה הבעילה.

ההסכמה צריכה להינתן במועד הבעילה ולהתייחס לפעולת הבעילה עצמה כמו גם שאין להתבסס על הסכמה בעבר. אף יכולה שתהיה במהלך המגע המיני עצמו חזרה מההסכמה, וההסכמה לבעילה על ידי פלוני אינה

⁸⁸ אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס: על מחוקק אדיש, על תביעה יצרנית ועל דיני האונס מטרם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65, 87 (התשע"ז).

⁸⁹ דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן-1989.

⁹⁰ ס' 353 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

מהווה הסכמה לבעילה על ידי אדם אחר. על ההסכמה להיות לאדם מסוים ואין לראות בשתיקה מילוי של דרישת ההסכמה. חשוב לציין שגם "התנהגות מתירנית" אינה מהווה הסכמה כשלעצמה למעשה בעילה.

בין "במהלך יחסי רעות רגילים" ובין "ללא ניצול מעמדו של הנאשם": המחוקק לא הגדיר מהם יחסי רעות רגילים וטרם נקבעה הלכה מפורשת בעניין. נראה שניצול במעמד בסעיף זה מתקשר לאחת מהנסיבות המיוחדות המנויות בסעיף 346(א)(1) לחוק העונשין. לפיכך לכאורה, כשמתקיים היסוד העובדתי של בעילה אסורה בהסכמה לפי החלופה האמצעית או חלופת הסיפא, ישנו קושי מהותי להתבסס על ההגנה המיוחדת שבסעיף 353 לחוק העונשין. ניתן להניח שההסכמה לבעילה על רקע מערכת יחסים זוגית נורמטיבית לא תעורר ספקות לעניין טיב היחסים וניצול המעמד.⁹¹

ה. יחסי מרות - סעיף 346(ב) לחוק העונשין

יצירת קטגוריה של עברות פליליות האוסרות על מין בכמה סוגים של יחסים היררכיים נחשבת להתפתחות מסקרנת במשפט הפלילי בעשורים האחרונים. היא אינה ייחודית לישראל, אולם כפי שעולה מסקירה זו המשפט הישראלי נמצא בחזית ההפללה הן מבחינת כמות העבירות, הן מבחינת מגוון היחסים ההיררכיים הכלולים בהן והן מבחינת החומרה המיוחסת להם בהשוואה להסדרים דומים בעולם.

תחולת האיסור אינה מוגבלת לכפופים שהם קטינים והוא חל אף על מגע מיני בין בגירים בהסכמה ובלי שהתביעה נדרשת להוכיח שימוש בטכניקות כפיה מוגדרות כגון אלימות פיזית, איומים או מרמה מצד הנאשם. תחת כל אלה חוק העונשין קובע שיחסי מין הם אסורים כשהם מתקיימים **תוך ניצול לרעה של יחסי מרות** ומותיר לבית המשפט את מלאכת הפרשנות של מונחים אלה והתווית גבולותיו של האיסור.⁹²

ראשית, האיסור על קיום יחסים מין ביחסי מרות בעבודה היה בדין המשמעתי החל על עובדים בשירות המדינה.⁹³ אולם בסוף שנות השמונים הכללת העברה בפרק עברות מין של חוק העונשין אפשרה להרחיב את תחולת האיסור על כלל מקומות העבודה במשק. מהלך זה נטע את האיסור בסביבה נורמטיבית חדשה שעוסקת ברגולציה של מיניות ובפרט, מגנה על האוטונומיה המינית כערך המרכזי בו עוסקות עבירות מין מודרניות. המשימה התגלתה כמורכבת, בתי המשפט קבעו שהעברה של ניצול מיני ביחסי מרות אינה מניחה שהניצול חייב לכלול שימוש מפורש באיומים מצד הממונה במקום העבודה, אינה מוגבלת למקרים של מרמה ואינה דורשת שום הוכחה של אלימות פיזית. זאת ועוד, העבירה אינה מניחה היעדר כשירות מוחלט מצד כפופות במקום העבודה להסכים ליחסי מין עם מי שנמצא בעמדת סמכות אלא אוסרת רק על מגע מיני שהתקיים תוך ניצול יחסי מרות.

במאמרה,⁹⁴ שניבויים מצביעה על מוקד ערכי נוסף לעברות אלה, שאינו מתמקד באוטונומיה מינית או בשוויון מגדרי אלא ברגולציה על סמכות במקום העבודה. שניבויים טוענת שבצב הנוכחי מחד גיסא, העברה מוגדרת כעבירת מין הכרוכה בענישה חמורה (שלוש שנות מאסר), ומאידך גיסא היא מפורשת כעבירה רגולטיבית המאפשרת לתביעה נטלי הוכחה מרוככים.

שניבויים טוענת כי הפסיקה שהצטברה לעניין פרשנות העבירה של בעילה אסורה ביחסי מרות בעבודה מלמדת שבתי המשפט מפרשים את המקרים תוך התאמות לרעיון האוטונומיה המינית ולמושג ההסכמה

⁹¹ עציוני, לעיל ה"ש 6 בעמוד 301-302.

⁹² שניבויים, לעיל ה"ש 67.

⁹³ ס' 43.422(ב) לתקשי"ר.

⁹⁴ שניבויים, לעיל ה"ש 67.

אך גם ניכרת מגמה המדגישה רציונל הלקוח מדיני השחיתות – יש לאסור את האקט בשל הנזק שלו לאינטרס מעין ציבורי שהוא התנהלות תקינה של מקום עבודה כמרחב של יחסים מקצועיים ואישיים.

הבנה רגולטיבית של עבירת הבעילה אסורה בהסכמה בניצול יחסי מרות תנתק מתפיסת העברייך ככופה מיני ותראה בו בעל משרה המפר את הנורמות ההתנהגות התקינות במקום עבודה. כך קורבן העברה איננו השותף למגע המיני המדומיין כקורבן אינדיבידואלי של כפייה מינית אלא מרחב יחסי העבודה כולו. אם נחשוב על מין ביחסי מרות דרך פריזמה של אסדרת סמכות, אפשר לחשוב על האינטראקציה המינית ככזו שעשויה להסב נזק לא רק לעובד/ת הכפופ/ה לדמות סמכותית אלא אף למקום העבודה כולו. קשר אינטימי במסגרת יחסי סמכות עשוי להוביל לקבלת החלטות שאינה מקצועית, לתחושות של העדפות מקורבים בקרב עובדים שאינם בקשר אינטימי עם הממונה, לפרקטיקות של העברת תפקיד בעקבות הקשר המיני או סיומו שאינה נדרשת משיקולים מקצועיים וכיוצ"ב.⁹⁵ לפיכך, כל הסדרה של מין ביחסי עבודה תצטרך להביא בחשבון את הצורך להגן על תפקודו התקין של מקום עבודה תוך מתן אפשרות לבני האדם הפועלים בו חירות בבחירת פרטנרים מיניים.

אמנם עבירת בעילה אסורה בהסכמה מוסדרת כעברה נפרדת ולא כחלק מעבירת האינוס, אולם הטענה שערך האוטונומיה המינית הוא הערך המוגן בשתי העברות וההנחה שהסכמה למין ביחסי מרות אינה הסכמה אמיתית, צריכות לעורר מספר שאלות. נראה כי יש צורך להדרש להבחנה המהותית בין בעילה אסורה תוך ניצול יחסי מרות לבין אונס. במיוחד בשל ההנחה שאוטונומיה מינית היא הערך המוגן בבסיס האיסור.

ההנחה ביחסי מרות מניחה שיכולתם של כפופים ביחסי סמכות לגבש הסכמה חופשית למין היא פגומה.⁹⁶ ולכן גם במצבים בהם הכפוף ביחסי הסמכות משתף פעולה עם יוזמה מינית מצד בעל הסמכות, המערכת המשפטית מפרשת את האירוע בדיעבד כאירוע בלתי אוטונומי מבחינת הכפוף.

בחירת המחוקק להכניס מקרים אלו בגדרי הדין הפלילי אינה ברורה מאליה והיא מעלה את השאלה מה מייחד את מקרי המרות המצדיק להעביר אותם מהמישור האתי אל גבולות הדין הפלילי. נראה שהייחודיות של יחסי מרות טמונה בנטייתם של אנשים לבטל את רצונם חופשי בפני אנשי מרות. נדמה שהייחודיות של הסכמה במסגרת יחסי מרות טמונה בהיותה מאופיינת בכניעה ובביטול הרצון בחריפות. בחירתו של המחוקק להכניס את ניצולה של אותה הסכמה בגדרי הדין הפלילי מעידה על ההכרה ביחסי הכוחות המובנים בסיטואציה ועל ההכרה בחוסר האונים של הצד החלש.⁹⁷

⁹⁵ שניבוים, לעיל ה"ש 67, עמוד 842.

⁹⁶ לבנשטיין-לזר, לעיל ה"ש 11.

⁹⁷ מונטיליו, לעיל ה"ש 45.

7. סקירה משווה:

בפרק זה, בחרנו להתמקד במדינות בעלות שתי שיטות משפט שונות: המשפט האנגלו-אמריקאי והמשפט הקונטיננטלי. המדינות נבחרו בין היתר עקב דמיון לשיטת המשפט הישראלית, או כהשוואה לשיטה שונה, או שיש בהם הסדרים שונים הראויים לציון מפאת ייחודם.

א. ארצות הברית

החוק הפדרלי מגדיר מעשה אינוס באופן אחיד, כאשר בבסיס ההגדרה עומדת היעדר ההסכמה.⁹⁸ במדרג העבירות הפחותות מאינוס, מרכיב ההסכמה מהווה גורם משמעותי, והוא משתנה בין מדינה למדינה. מדינות מסוימות מגדירות הסכמה על דרך השלילה – נסיבות בהן אדם אינו מסוגל להסכים (מחמת מוגבלות וכיו"ב), או לחילופין דרישת התנגדות לכל התקדמות מינית לא רצויה.⁹⁹ חלק מהמדינות אף מחמירות יותר ומאפשרות להאשים בעבירות אלו רק כאשר הנאשם השתמש בכוח כלשהו או בכפייה, אולם נקודת המוצא היא כי לכל אדם ניתנת הסכמה מרצון ויש להשיגה תחילה ע"י מישהו אחר טרם קיום יחסי מין. גם גיל ההסכמה שונה ממדינה למדינה, והגיל החצויני עומד על 16.¹⁰⁰ כך למשל בקליפורניה, גיל ההסכמה הוא שמונה עשרה, ופעילות מינית עם קטין מתחת לגיל זה שאינו בן הזוג החוקי היא עבירה על החוק.¹⁰¹ הסיבה לכך שנקבע גיל ההסכמה זה הוא הרתעת מבוגרים מלחפש שותפים קטינים למעשים מיניים, וכן מתוך תפיסה לפיה מתחת לגיל זה לא קיימת בשלות בנוגע לקבלת החלטות המערבות סיכונים פיזיים ורגשיים ביחסי מין.¹⁰² חוק העונשין הקליפורני יוצר מדרג ענישה ההולם את פער הגילים לחומרת העונש: קיום יחסי מין עם קטין בפער של לכל היותר שלוש שנים מואשם בעוון, אם עולה על פער זה יואשם בפשע או עוון.¹⁰³ העונש על הרשעה בעוון הוא מאסר עד שנה, ובפשע מאסר של שישה עשר חודשים, שנתיים או שלוש כתלות בעברו הפלילי של הנאשם.¹⁰⁴ אם גילו של הנאשם למעלה מ-21 שנים והקטין מתחת ל-16, הנאשם יורשע בפשע או עוון והעונש יהיה עד ארבע שנות מאסר.¹⁰⁵

על אף שהחקיקה מתייחסת באופן שווה אל גברים ונשים, ביהמ"ש העליון בארה"ב קבע כי כללים מחמירים יותר כלפי גברים אינם מפרים את עיקרון השוויון בחוקה, היות וגברים נעדרים את ההרתעות שיש לנשים (הקשורות להריון) לעסוק בפעילות מינית, ועל כן החוק עשוי לספק לגברים את ההרתעות הללו בצורת סנקציות פליליות.¹⁰⁶

יחסי מין במסגרת חברות בין בני נוער, מקבלים התייחסות במסגרת "חוקי רומיאו ויוליה" – בדומה לעבירה הישראלית, במרבית המדינות יחסי מין בין קטינים מתחת לגיל ההסכמה מוגן (במידה ואחד מהם בגיל ההסכמה, הוא יואשם באונס סטטורי) מפני אישום.¹⁰⁷ בחלק מהמחוזות כדוגמת קליפורניה ומישיגן, קיום יחסי מין זה עם זה יוביל להאשמה הדדית, כאשר המעשה עצמו הוא עדות לכאורה לאשמה כאשר משתתף אחד אינו מסוגל להסכים משפטית. הגנת "רומיאו ויוליה" אינה רלוונטית במקרה בו אחד המשתתפים הוא

⁹⁸ An Updated Definition of Rape, THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (2017), (Mar 27, 2021).

⁹⁹ Carol Tracy & Terry Fromson, RAPE AND SEXUAL ASSAULT IN THE LEGAL SYSTEM (2012).

¹⁰⁰ Michelle Oberman, *Girls in the Master's House: Of Protection, Patriarchy, and the Potential for 35*. Using the

Master's Tools to Reconfigure Statutory Rape Law, 50 DEPAUL L.REV. 799, 809 (2001)

.CAL. PENAL CODE §261.5(a)¹⁰¹

¹⁰² Dee M., "AGE OF CONSENT" IN CALIFORNIA - WHAT YOU NEED TO KNOW SHOUSE LAW GROUP (2021),

<https://www.shouselaw.com/ca/defense/laws/age-of-consent/>.

§261.5(b)¹⁰³

§261.5(c)¹⁰⁴

§261.5(d)¹⁰⁵

. Michael M. v. Superior Ct, (1981)¹⁰⁶

Aaron Larson, WHAT IS A ROMEO AND JULIET LAW EXPERTLAW (2018).¹⁰⁷

בעל מעמד סמכותי על הצעיר ללא קשר לגיל היחסי ואו הפרש הגילאים הוא יותר משלוש שנים.¹⁰⁸ כך למשל בחוק העונשין של טקסס, בהם אם הנאשם מבוגר מהקורבן ביותר משלוש שנים, וגיל הקורבן הנתפס הוא 14 חלה הגנה אוטומטית לקורבן.¹⁰⁹

ב. קנדה

חוק העונשין הקנדי מקטלג את עבירות המין לפי חומרתם וכתלות בגיל, בהסכמה במרכיבים שונים. העבירות מסווגות כשהחמורה מכולם היא עבירת האונס והקלה מכולם היא תקיפה מינית, כאשר ביניהם נמצאת תקיפה מינית חמורה.¹¹⁰ גיל ההסכמה בקנדה המכונה גם "גיל ההגנה" (age of protection) עומד על 16¹¹¹, והוא תקף לכל פעילות מינית למעט יחסים אנאליים בהם גיל ההסכמה הוא 18.¹¹² העונש על תקיפה מינית של קטין מתחת לגיל 16 הוא עד 10 שנות מאסר.¹¹³ החוק הקנדי מציין מספר חריגים: קטין מתחת לגיל 12 אינו יכול לתת הסכמה כלל, מעל גיל זה ועד גיל 13 הוא יכול לתת הסכמה רק במקרה בו פער הגילאים הוא פחות משנתיים, הפרטנר אינו בעל יחסי אמון או מרות כלפי הקטין ואין יסוד של ניצול במערכת היחסים.¹¹⁴ בגילי 16 עד 18 היחסים חוקיים רק אם הפעילות המינית אינה מאופיינת בניצול.¹¹⁵

חוק העונשין הקנדי מגדיר תקיפה מינית כהעדר הסכמה, כאשר היא יכולה להיות טרם המעשה או במהלכו תוך שהיא יכולה להתבטא במילים או בהתנהגות.¹¹⁶ החוק קובע כי הפעלת סמכות או יחסי מרות אינם נכללים בגדר ההסכמה, וכי על הנאשם להראות כי נקט באמצעים סבירים בכדי לוודא את הסכמת המתלוננת.¹¹⁷ ביהמ"ש העליון בקנדה קבע כי היותו של מתלונן שיכור אינו מקטין את יכולתו להסכים, וכי אף אם אינו יכול לזכור במפורש אין פירושו שלא יכל לתת את הסכמתו.¹¹⁸

הענישה על עבירת מין בה נוצל גילו של הצעיר באמצעות סמכותו או מרות מצד התוקף למטרה מינית באשר היא, במידה והצליחה התביעה להגיע לכדי כתב אישום, יהא מאסר לתקופה שלא לא יותר מ-14 שנים ולא פחות משנה. הסקת הניצול המיני כאמור מצויה בחוק העונשין והיא מקנה לשופט את שיקול הדעת להחליט כי מדובר במערכת יחסים שכזו בהתאם לאופי ונסיבות היחסים, לרבות הגיל והפרש הגילאים, התפתחות היחסים ומידת השליטה או ההשפעה של הצד התוקף.¹¹⁹

במידה והמתלונן מתחת לגיל 16, ולא חלות ההגנות שצוינו לעיל, יואשם התוקף בתקיפה מינית, כאשר העונש על כך הוא עונש מאסר מינימלי חובה לשנה והמקסימלי הוא ארבע עשרה שנים.¹²⁰

CALIFORNIA CODE, PENAL CODE, § 261.5.¹⁰⁸

Tex. Penal Codes §22.011¹⁰⁹

Criminal code, R.S.C. 1985, C-46, § 150-154 (Can).¹¹⁰

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, §150.1 (Can).¹¹¹

Government of Canada, Department of Justice, *Age of Consent to Sexual Activity*,¹¹²

http://www.sascwr.org/files/www/resources_pdfs/consent/Age_of_Consent_to_Sexual_Activity.pdf

(Can)271 Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, §¹¹³

§150.1¹¹⁴

(2) §15¹¹⁵

9 §15¹¹⁵

273.1 §¹¹⁶

273.2 §¹¹⁷

Global Staff, *HERE'S WHY THE ISSUE OF CONSENT IS NOT SO CLEAR IN SEXUAL ASSAULT CASES* GLOBAL NEWS¹¹⁸

(2017), <https://globalnews.ca/news/3285614/halifax-sexual-assault-case-consent/>.

(Can)153.1.1 Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, §¹¹⁹

Robin MacKay, RESEARCH PUBLICATIONS THE LEGAL AGE IN CANADA OF CONSENT TO SEXUAL ACTIVITY¹²⁰

(2017), https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201724E.

ג. בריטניה

בבריטניה גיל ההסכמה לכל פעילות מינית הוא 16.¹²¹ חוק העונשין הבריטי מסווג את עבירות המין בהתאם לגיל הקורבן: מתחת לגיל 13 נקודת המוצא היא שלהסכמה אין משמעות משפטית רלוונטית וניתן להרשיע את הנאשם בכל מדרג העבירות כאשר הענישה תלויה בשאלת השלמת המעשה, כאשר השלמתה תביא לידי מאסר עולם, ואם לא הושלמה לעד 14 שנות מאסר. עבירה זו נטולת הגנות בחוק, והיא מקבילה לאונס סטטורי.¹²² במידה וגיל הקטין הוא מתחת 16 אין משמעות להסכמת הקטין, והתביעה הוכיחה כי לנאשם לא היה יסוד סביר להניח שהקורבן מעל הגיל האמור, יהא העונש עד חמש שנות מאסר.¹²³ חוק העונשין אף מבחין בין נאשם קטין לנאשם שגילו יותר מ-18. נאשם שגילו יותר מ-18 ומואשם באחת מן עבירות המין בחוק דינו מאסר 14 שנים, ואם טרם מלאו לנאשם 18 העונש יהא עד חמש שנות מאסר.¹²⁴

בעבירות נגד קטין שגילו פחות מ-18, והקטין נתן את הסכמתו, ההסכמה אינה רלוונטית במקרה בו יש ניצול לרעה של יחסי אמון בין הקטין לנאשם, כאשר החוק מפרש יחסים אלו כמצבים בהם לנאשם יש אחריות להשגיח על הקטין או ליעץ לו מכוח תפקידו.¹²⁵ החוק אף קובע כמה הגנות ובהן נישואין, טעות בגיל ומערכת יחסי מין שקדמה ליחסי האמון.¹²⁶

ד. גרמניה

עבירות המין בחוק העונשין הגרמני מקוטלגות בהתאם לחומרתן, כאשר מרכיבי ההסכמה, הגיל וההגנות החלות מסווגים אותם לעבירות שונות. גיל ההסכמה בגרמניה הוא 16, ודינו של העובר על החוק הוא עד 10 שנות מאסר.¹²⁷ המסייע, כמתווך או יוצר הזדמנויות לביצוע מעשים מיניים של קטין מתחת לגיל ההסכמה, צפוי למאסר של עד שלוש שנים או קנס.¹²⁸ חוק העונשין הגרמני אף מתייחס לניצול ופערי גילאים: אדם שמלאו לו 21 ומנצל קטין שטרם מלאו לו 16 על ידי ביצוע מעשים מיניים בו, וניצול היעדר היכולת של הקטין לגבש הגדרה מינית עצמית, צפוי לעונש של עד שלוש שנות מאסר או קנס, בכפוף להגשת תלונה מצדו של הקטין.¹²⁹ החוק אף אוסר קיום פעילות מינית עם קטין שטרם מלאו לו 18 תוך ניצול לרעה של הקטין.¹³⁰

בשנת 2016 עבר חוק העונשין הגרמני תיקון תוך שהוא מתמקד בחוסר הסכמה מצד הקורבן ולא בהתנגדות, ומגדיר היעדר הסכמה לכל פעולה מינית שהקורבן מסרב באמצעות רמזים מילוליים או פיזיים (לעומת חיוב הקורבן להשיב מלחמה בגרסת החוק הקודמת).¹³¹ החוק החדש מקל על העמדה לדין של תקיפות המבוצעות ע"י קבוצות גדולות, ומאפשר החמרת ענישה אם התוקף מנצל אלמנט של הפתעה, איום בנזק חמור וניצול פגיעה נפשית או פיזית של הקורבן (אלא אם קיימת הסכמה).¹³²

Sexual Offences Act, 2003, c. 42, §9 (Eng.)¹²¹
(Eng.)5. Sexual Offences Act, 2003, c. 42, §122
(Eng.)13. Sexual Offences Act, 2003, c. 42, §123

Sexual Offences Act 2003, §13¹²⁴

16 Sexual Offences Act 2003, §125

24 Sexual Offences Act 2003, §126

STRAFGESETZBUCH S [TGB] PENAL CODE, May. 15, 1871 BUNDESGESETZBLATT [BGBl.] I at, 3214¹²⁷
as amended, (176 § Ger.)

§ Ger.180.1¹²⁸

§ Ger.82.1¹²⁹

§ Ger.182.1¹³⁰

JENNY GESLEY, GERMANY: HEAVIER SANCTIONS AGAINST SEXUAL OFFENDERS ADOPTED (2016),¹³¹
<https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-heavier-sanctions-against-sexual-offenders-adopted/>.

Germany rape law: 'No means No' law passed, BBC NEWS (2016), <https://www.bbc.com/news/world-europe-36726095>.¹³²

ה. שבדיה

בחוק העונשין השבדי סיווג העבירות נעשה בהתאם לאופי המעשה: אונס, יחסי מרות, ילדים ועוד. בכל עבירה מצויינת האפשרות במידה והעבירה הינה "גסה", להחמיר את הענישה. בשבדיה גיל ההסכמה לפעילות מינית הוא 15, כאשר תיקון שעבר בשנת 2005 מחזק את ההגנה הניתנת לילדים ולצעירים מפני פגיעות מיניות.¹³³ בניגוד לעבירת האונס השבדית הרגילה, בה נדרש שימוש באלימות או באיומים, כאשר הקורבן הוא מתחת לגיל ההסכמה ניתן להרשיע באונס מבלי דרישות אלו, והעונש יהא בין שנתיים לשש שנות מאסר בין אם נתן הקטין את הסכמתו ליחסים ובין אם לאו.¹³⁴ חוק העונשין השבדי מגדיר עונשים שונים בהתאם לאופי המעשה: ביצוע העבירה בנסיבות מחמירות (אלימות, איומים, התחשבות באופן המעשה וגיל הקטין) תוביל לעונש של בין ארבע ל-10 שנות מאסר, ובנסיבות מקלות עד ארבע שנות מאסר. בשנת 2018 עבר תיקון לחוק המכליל בתוך עבירת האונס כל מעשה מיני ללא הסכמה אף ללא איומים וכפייה, מה שהוביל לזינוק חד במספר ההרשעות.¹³⁵

ו. סיכום והשוואה

בכל המדינות שנסקרו, עבירות המין דורגו בהתאם לחומרתן כתלות במרכיבים שונים ובעיקרם הגיל וההסכמה. גיל ההסכמה הנמוך ביותר הוא בשבדיה ועומד על 15, והגבוה ביותר במדינת קליפורניה בארה"ב ועומד על 18, בכפוף להגנות החלות בחוקים השונים. ההסכמה גם היא משתנה ממדינה למדינה, ובחלקן היא מוגדרת על דרך השלילה (ארה"ב), ובאחרות באמצעות ביטויים או רמזים המעידים על היעדרה (גרמניה). בבריטניה וגרמניה ניצול יחסי מרות מבטלים את הגנת ההסכמה כאשר הקטין מתחת לגיל 18. יתרה מכך, בעוד שבישראל העבירה האמורה סובבת סביב ההסכמה והגיל ומוגדרת באופן יעודי, בשאר המדינות שנסקרו כל מקרה משוייך אל עבירה אחרת בסולם עבירות המין. בישראל אין התייחסות לגיל הבוועל למעט במסגרת חברות בין בני נוער, לעומת בריטניה וגרמניה בהם גיל הנאשם מקבל התייחסות בחומרת העבירה. כמו כן, בישראל לא מצוין עונש מינימום, ואף העונש המצוין נמוך מרוב המדינות שנסקרו: ניצול יחסי מרות עם אדם מתחת לגיל 18 בבריטניה ובקנדה יוביל לעד 14 שנות מאסר לעומת חמש שנות מאסר בחוק הישראלי.

שבדיה	גרמניה	בריטניה	קנדה	ארה"ב	
15	16	16	16	משתנה, מקסימום 18	גיל ההסכמה
הרשעה באונס מתחת לגיל ההסכמה גם ללא צורך באיומים או בכפייה.	רמזים פיזיים או מילוליים, דגש על אי הסכמה ולא התנגדות.	הסכמה כתלות בגיל, הנחות שונות לחתכי גילאים שונים.	הסכמה כתלות בגיל, הנחות שונות לחתכי גיל שונים.	חלק מהמדינות על דרך השלילה, חלק דורשות פעולה אקטיבית.	ההסכמה

Swedish Penal Code 1962: 700, Chapter 6¹³³
Swedish Penal Code 1962: 700, Chapter 6 sec.4¹³⁴

Sweden approves new law recognising sex without consent as rape, BBC NEWS (2018),¹³⁵
<https://www.bbc.com/news/world-europe-44230786>.

8. הדין העברי – הלכת "אסורה לבעלה ולבועלה":

לפי הדין העברי, ככלל, אישה נשואה שקיימה יחסי מין עם אחר נאסרת על בעלה; "אסורה לבעלה ולבועלה". במקרים אלו עליהם להתגרש והדבר אינו נתון לשיקול דעתו של הבעל. עם זאת, נראה ניסיון של חכמים שכן להתיר האישה לבעלה בנסיבות מורכבות שונות, בין היתר כאשר היחסים מחוץ לנישואים כללו אלמנט של כפייה. כך למשל הרמב"ם קבע כי "האשה שזינתה תחת בעלה בשגגה או באונס הרי זו מותרת לבעלה..."¹³⁶. המשמעות היא שאשה נאסרת רק אם הסכימה לקיום היחסים.

יתרה מזו, חכמים קבעו שכאשר מדובר בקיום יחסי מין מתוך **מרמה**, בפרט כאשר מדובר באינוס תוך מרמה, אין הדבר מהווה הסכמה והאישה מותרת לבעלה. כך למשל אמר רבי שלמה בן אדרת "דע כי אונס בישראל משרא שרי (האשה מותרת) ואשת ישראל שנאנסה מותרת היא לבעלה. ולא אונס של כפייה בלבד, אף טעות – אונס הוא, שאילו נבעלת לאחר ברצון וכסבורה בעלה הוא מותרת לו"¹³⁷. משכך, **הסכמת אשה שניתנה עקב טעות אינה נחשבת הסכמה**. מסיבה זו, מי שסברה שבוועלה הוא בעלה, אינה נאסרת למרות שמעשית (אך לא משפטית) "הסכימה" לקיים יחסים אלה. כך גם רבי יוסף קולון אמר "והיכי דמי (וכיצד היא) מזנה בשגגה (שאינה אסורה לבעלה) כגון שהיא סבורה שהוא בעלה ונמצא שהוא אדם אחר"¹³⁸.

עם זאת, במסגרת המחקר שערכנו לא עלתה התייחסות מפורשת הנוגעת לקשיים שעבירת בעילה אסורה בהסכמה מעוררת. לא ברור שניתן להקיש מאמירות אלו הנוגעות למרמה או לכפייה ביחס לעבירת האינוס, אל עבירת בעילה אסורה בהסכמה יחסי מרות (בה מניחים הסכמה הפגומה מעיקרא). נדגיש כי דיון זה נגזר מהבעיה הכללית אודות "ההסכמה", ובפרט נעוץ בקושי לקבוע את הגבול שבין הסכמה חופשית הנדונה בעבירת האונס לבין ההסכמה הפסולה/ פגומה בעבירת בעילה אסורה בהסכמה.

לפחות אפריורית, ניתן לטעון כי אישה נשואה שקיימה יחסים "בהסכמה" במסגרת יחסי מרות (סעיף 346ב) עלולה להיות אסורה לבעלה לפי ההלכה. החשש הנובע מכך הוא כי נשים (בעיקר נשים דתיות) ימנעו מלהתלונן במקרים אלו **מחשש למחיר כבד על חיי הנישואים שלהן**.

אין בידנו נתונים אמפיריים על אודות ההשפעה של הלכה זו בפועל על התלונות אם בכלל. בנוסף, ייתכן כי בתי הדין הרבניים ינסו להקל ולהתיר את האישה כחלק מהמגמה הנדונה לעיל. כך בעניינו של עזרא שיינברג, ראש ישיבת האר"י בצפת לשעבר, אשר פגע בנשים נשואות שהגיעו אליו ליעוץ **תוך שימוש מניפולטיבי בסמכותו הרוחנית והמסטית** (סעיף 347ב-ב) יחסי מין בין כהן דת לאדם שקיבל ממנו ייעוץ או הדרכה).

הרב שלמה דיכובסקי במאמרו "אישה שזינתה בהשפעה רוחנית-מיסטית" נוגע במעמדן של נשים נשואות שפותו לקיום יחסי אישות מחוץ לנישואין, כחלק מ'ברכה', מתוך אמונה תמימה שבכך יועשו. הרב במאמרו מתמקד בעיקר בהיבט של "שטיפת המוח" ומגדיר אותה כטעות מחשבתית מוחלטת שעושה את "הרצון" לאונס. הוא חותם את המאמר במסקנה שלדידו **יש מקום למצוא היתר לאותן נשים**.¹³⁹

¹³⁶ רמב"ם אישות כד, יט.

¹³⁷ שו"ת הרשב"א חלק א, סימן י.

¹³⁸ שו"ת מהר"ק, סימן קסז.

¹³⁹ [הרב שלמה דיכובסקי "אישה שזינתה בהשפעה רוחנית מיסטית" תחומין לו \(תשע"ו\)](#).

על אף שיש מאפיינים דומים בין מקרה זה לבין יחסי מרות- אין הם היינו אך. זאת מאחר שההיתר הנדון מתמקד כאמור באלמנט של 'שטיפת המוח' ולא בהיבט המרות ושאלת ההסכמה שהיא מעוררת. כמו כן, חשוב לציין שהרב במאמרו לא מתיימר לדבר על המקרה הספציפי ומדגיש שיש לבחון את הדבר בהתאם לעובדות המקרה השונות.

טענתנו היא כי הקושייה התאורטית קיימת. לכן ככל שניתן ברמת החקיקה והמונחים בה להמנע מסתירה עם ההלכה נכון לעשות כן. חשוב לציין כי אין המשמעות שהגדרה זו או אחרת בחוק תחייב בבחינת שאלת התרת האישה בביה"ד רבני.

9. סיכום הקשיים:

ככלל נראה כי לא נעשתה חשיבה מספקת על אודות העבירה, עיצובה, הערכים העומדים בבסיסה והאיזון בין האינטרסים השונים. למעשה, נראה כי העבירה עוצבה באופן הנגזר מעיצוב עבירת האינוס ולפיכך מעלה קשיים רבים. הקושי העיקרי נוגע במהות העבירה. ככל שהרפורמה בעבירת מין שמה על דגלה את אינטרס ההגנה על האוטונומיה המינית, לא ברור אם וכיצד עבירת בעילה אסורה בהסכמה ממששת אינטרס זה; ככל שניתנה הסכמה מדוע היא אסורה? יתרה מזו- מה הבסיס הנורמטיבי לאיסור על בעילה מלבד חוסר הסכמה? להלן נפרוט הקשיים הקונקרטים שעלו מסקירה זו:

א. אי אמות מידה מספקות לבחינת העבירה: כפי שהראנו בסקירת המצב בישראל מרבית התיקים שנפתחים בעניין עבירת בעילה אסורה בהסכמה נסגרים מפאת חוסר ראיות. בנוסף, כ-91% מההליכים האחרים שאכן מתקיימים מסתיימים בהסדר טיעון, זהו האחוז הגבוה ביותר ביחס לשאר עבירות המין. מסקירת הפסיקה בחמש השנים האחרונות, נראה כי הדבר מוביל **למיעוט הליכים בבית המשפט הדנים בעבירה לגופה ובהתאם מיעוט בעיצוב פסיקתי של העבירה**. לטענתנו, הדבר מונע קביעת אמות מידה מספקות לבחינת העבירה, הגדורתיה והתווית גבולות גזרה. המחסור באלו מקשה על השימוש בעבירה ומיצוי הליכים משפטיים בעניינה. הדבר יוצר "מעגל שוטה" לפיו הקושי במיצוי העבירה מוביל להסדרי טיעון רבים, אשר גורמים למיעוט בהליכים משפטיים שהיו יכולים לעצב את העבירה והשימוש בה. יתרה מזו, אי קביעת אמות המידה מקשה על ההבחנה שבין עבירה זו לעבירת האינוס.

ב. העבירה כיחידה עצמאית: בתיקים רבים שונה כתב האישום מעבירת האינוס לעבירת בעילה אסורה בהסכמה. הדבר מעורר תהייה האם המחוקק ראה בעבירה עצמאית עם רציונל אמיתי בבסיסה, או שמא העבירה מהווה מעין "Second best" לעבירת האונס, כך שמוטב להרשיע בה מאשר לא להרשיע כלל. במילים אחרות, האם העבירה נועדה לאפשר הרשעה במקרים אפורים בהם הפרקליטות נואשה מלהוכיח "אי הסכמה חופשית", או אז היא תתפשר ותכיר בקיומה של "הסכמה" גם בנסיבות אשר קשה לראות בה כזו ונכון היה להאשים באינוס. או, האם בבסיס העבירה סיטואציות אשר באמת ובתמים המחוקק האמין שניתנה הסכמה אשר יש לה נפקות כלשהי ביחס לחומרת המעשה. ככל שהראשון הוא הנכון, לטענתנו אין מקום לעבירה בתצורתה הנוכחית, ויש לעצב מחדש את עבירת האינוס, או לחילופין, להוסיף מדרג כך שתתמודד עם קשיים אלו. עם זאת, ככל שהאחרונה נכונה, מן הראוי לעמוד על הרציונלים בבסיס העבירה ולעצבה בהתאם באופן יותר מדויק מחלוקת הגיל והמסגרת הגורפת היום.

ג. גיל ההסכמה: הרף המבחין בין עבירת בעילה אסורה בהסכמה לעבירת האינוס הינו גיל 14. מתחתיו הפעולה מהווה אינוס סטטוטורי, ומעליו, וככל שניתנה הסכמה, הפעולה נכנסת לגדר עבירת בעילה

אסורה בהסכמה. גיל זה נמוך משמעותית משאר המדינות שנסקרו שם הגיל עומד על 16 לפחות. אף הדין הישראלי אימץ את הגיל 16 מהמשפט האנגלי, אך זה שונה במסגרת תיקון חוק העונשין. תיקון זה לווה בהסבר כללי הנוגע בהתאמת החוק לנורמות הרווחות בחברה, אך ללא ביסוס מספק. יתרה מזו, ראוי לציין כי באופן לא קוהרנטי עבירת האינוס מגדירה ביצוע עבירה בקטינה מתחת לגיל 16 כנסיבה מחמירה. העובדה הזו מעלה קושי בכך שילדים בגילי 14-16 נכנסים תחת עבירת בעילה אסורה בהסכמה.

ד. מבנה העבירה – משפט משווה: בעוד בישראל עבירת בעילה אסורה בהסכמה הינה עבירה עצמאית מסוג עוון ומתבססת על רכיב ההסכמה וקטגוריית גיל נוקשה, בשאר המדינות שנסקרו כל מקרה משוייך אל עבירה אחרת בסולם עבירות המין. כמו כן, בישראל אין התייחסות לגיל הבועל למעט במסגרת חברות בין בני נוער (סעיף 353). זאת לעומת בריטניה וגרמניה בהם גיל הנאשם מקבל נפקות ביחס לחומרת העבירה (עוון/ פשע). בנוסף, ישראל לא קבעה עונש מינימום והעונש הנקוב נמוך ממרבית המדינות שנסקרו. מעבר לכך, הספרות מעלה תהייה עקרונית מדוע העבירה מניחה התפלגות גילאים כה נוקשה. בתוך כך, האם כל ילדה בת 13 בוגרת פחות מילדה בת 14? בנוסף, מדוע החריג היחיד נוגע ליחסים בין בני נוער? כמדינה הנושאת על דגלה את כבוד האדם וחירותו, מן הראוי לאפשר חריגים להפרדה דיכוטומית זו או אמות בחינה אישיות אחרות, כך שהבחינה לא תתמצה בגיל הקורבן.

ה. מהות ההסכמה: קיימת סתירה פנימית בין כותרת העבירה לבין העבירה עצמה. דעת המיעוט בעניין בוכריס נגעה בסתירה זו במפורש כשציינה ש"הסכמה" אינה חלק מיסודות העבירה והיא סותרת את המילים בעילה אסורה. ככלל, ישנה תמימות דעים בפסיקה ובספרות שכאשר ההסכמה ניתנה במסגרת יחסי מרות או כאשר הנפגעת קטינה, ההסכמה הינה פגומה והיא נטולת משמעות משפטית לחלוטין. הדבר מוביל אף לקושי להבדיל בין העבירה לעבירת האינוס ובעיקר ביחס לפער הענישה המשמעותי ביניהן.

ו. קו הגבול בין עבירת האינוס לעבירה: אחת המטרות המרכזיות ברפורמה בעבירות מין ביקשה לייחד את עבירת האינוס ולהדגיש את חומרתה. לטענתנו העמימות האופפת את עבירת בעילה אסורה בהסכמה והקושי להבדיל בינה לבין עבירת האינוס הינם נגזרות של מטרה זו. לא ברור כלל מתי ההסכמה לוקה בחסר כנדרש לעבירת בעילה אסורה בהסכמה ומתי היא הופכת לאי הסכמה חופשית כנדרש לעבירת האינוס. כפועל יוצא, לא ברור מדוע ההבדלים בין העבירות כה דרמטים; החל מהסיווג כעוון או פשע, העונש המקסימלי בעניינן, התיישנות ועוד.

ז. כותרת העבירה: ככלל יש לציין כי העבירה והגנותיה מורכבות ממושגים עמומים רבים שאינם מוגדרים בחוק (הסכמה, יחסי רעות רגילים ועוד). מעבר לכך, נעמוד על הקשיים העקרוניים:

1) "בהסכמה": החוק אינו מגדיר את המונח "הסכמה". ראו דיון לעיל ביחס למהות ההסכמה ולקו הגבול בין העבירה לעבירת האינוס, ממנו עולה הקושי מדוע למרות עמימות הגדרת ההסכמה, רק בעבירת האינוס הדגיש המחוקק כי העבירה נעשתה בניגוד להסכמתה החופשית של הנפגעת ואילו כותרת עבירת בעילה אסורה בהסכמה מציינת הסכמה- על אף שזו אינה חלק מיסודות העבירה.

2) "בעילה": המונח בעילה כפי שעולה בספרות נושא בתוכו מטען אידיאולוגי. הוא מגלם את התפיסה הפטריאכלית על פיה ניתן "לשלוט" באישה ע"י בעילתה ומנציח אותה- זה מגביל את השיח המשפטי ומונע את פיתוח המשפט. בפרט, המונח אינו הולם את היות העבירה רלוונטית לנפגעים גברים ונשים כאחד. בנוסף, המונח בעילה בחיים המודרניים מתקשר לחיי הנישואין "בעל", הבועל את אשתו – המונח כמעט ומניח הסכמה מעיקרו.

3) השלכות על חיי נישואין: המונח בהסכמה עלול להוביל לכך שמבחינה הלכתית תהא האישה הנפגעת אסורה לבעלה. אמנם בתי הדין הרבניים טרם נדרשו לסוגייה וייתכן כי ייטו להתיר את האישה, אך אין בעניין זה קביעה מוחלטת והבחינה תעשה אד-הוקית. לטענתנו, במדינה יהודית ודמוקרטית בה חל הדין הדתי בענייני מעמד אישי, לא ראוי לנקוב במילה "הסכמה" כאשר זו עלולה להשליך על גורל נישואיהן של נשים רבות ואף עלולה להניעם מלהתלונן. זאת בפרט כאשר כפי שתואר לעיל ההסכמה אינה נתפסת הסכמה מלאה.

ח. היעדר קוהרנטיות ביחס לחזקה של ניצול ביחסי מרות: החקיקה אינה מניחה כחזקה את יסוד הניצול למעט כאשר מדובר בפסיכולוג וקטינה ומשאירה פתח לביהמ"ש לבחון את קיומו של יסוד זה. בתי המשפט ככלל בחנו זאת באמצעות מבחן "כל הנסיבות" אך יש שהניחו חזקה של ניצול. בנוסף, באופן לא קוהרנטי ההמחוקק אכן הניח חזקה של ניצול ביחס לסעיף 347 העוסקים במקרים פרטיים של יחסי מרות- מטפל וכהן דת.

ט. האם בעילה אסורה בהסכמה מהווה הטרדה מינית: ישנה מחלוקת בשאלה האם יחסי מין מלאים מהווים הטרדה מינית. הפסיקה נגעה באבסורד שייגרם אם עבירות אלו לא יוכרו כהטרדה מינית; כך יחסי מין מלאים לא מהווים הטרדה מינית בעוד מעשים מגונים אחרים כן. לדבר יש נפקות ביחס לפיצוי ללא הוכחת נזק ומהווה חלק מדיון רחב יותר בשאלת הסמכות לדון בעבירה זו בביהמ"ש האזרחי בלבד או גם בביה"ד לעבודה.

10. הצעות לפעולה:

העבירה מורכבת משני סעיפים הנשענים על סוגיות שונות מהותיות אשר פוגמות בהסכמה. הראשון מתמקד בגיל הנפגעת והשני ביחסים כבעלי מרות וניצול. בהצעותינו לפתרונות נתייחס לכל סעיף בנפרד, תוך הצעת שינויים בחוק הקיים ותוספות לו. ככלל, נציע להבחין בין הסעיפים כך שעבירת בעילה אסורה בהסכמה תכלול את סעיף 346(ב) בלבד, בעוד סעיף 346(א) העוסק בטווח הגילאים 14-16 ובטווח 16-18 בהינתן יחסי מרות, יוטמע כחלק מעבירת האינוס כפי שיפורט כעת.

א. סעיף 346 (א)

טווח הגילאים הנדון שבו נתמקד הינו 14-16 ללא תלות באופי היחסים, תוך הנחה שכאשר הנפגעת מתחת לגיל 14 מדובר באינוס סטטוטורי.

שינויים לחוק הקיים

1) עבירת בעילה אסורה בהסכמה עוצבה בנפרד מעבירת האינוס מתוך הנחה שהסכמה פגומה בשילוב עם קטגוריית גיל מסויימת (מעל גיל 14) מצדיקים יחס שונה. אין שני להפרדה זו המבוססת על גיל בלבד במדינות שנסקרו. לטענתנו, הגיל והנחת ההסכמה הפגומה כשלעצמם לא מהווים הצדקה מספקת לחיקוק עבירה נפרדת, ובפרט לא כזו המוגדרת כעוון וכפועל יוצא בעלת פערים עונשיים ופרוצדורליים דרמטיים. משכך, נציע להטמיע את קטגוריית הגיל 14-16 כחלק מעבירת האינוס, תוך התייחסות לנסיבות מקלות/ מחמירות כתלות במספר משתנים שיפורטו להלן:

- מתן הסכמה פורמלית: המחוקק הישראלי בעיצובו את עבירת בעילה אסורה בהסכמה הניח כי יש להתחשב בכך שניתנה הסכמה פורמלית מצד הנפגעת. זאת על אף שנקבע בפסיקה כי ההסכמה פגומה וחסרת נפקות משפטית. ככל שהמחוקק מצא לנכון שמתן ההסכמה

הפורמלית בעל נפקות כלשהי, על הדבר להוות נסיבה מקלה כחלק מעבירת האינוס ולא עבירה נפרדת. נציע כי המחוקק יגדיר במפורש מה היא אותה "הסכמה פגומה" ומה הרציונלים העומדים בבסיסה. להבנתנו, הרעיון מאחורי ההקלה נעוץ במעין 'טעות' של הפוגע. אם כן יש להדגיש, כי בעוד אין משמעות להסכמה מצד הנפגעת, יש לה משמעות עבור הצד הפוגע שקיבל אותה ולא יכול היה לדעת שהיא פגומה. טעות זו בפרשנות את ההסכמה תהווה נסיבה מקלה.

- פער הגילים: החוק מחיל חריג בודד המעוגן בסעיף 353 העוסק ביחסי מין בין בני נוער בהפרש של עד שלוש שנים. סקירת המשפט המשווה הראתה כי במדינות רבות עבירת האינוס מחילה מדרג שיוצר **מתאם בין פער הגילים וחומרת הענישה**. כך כאמור, חוק העונשין הקליפורני קובע כי קיום יחסי מין עם קטין בפער של **לכל היותר שלוש שנים** מואשם בעוון, אם עולה על פער זה יואשם בפשע או עוון. כך גם החוק הגרמני מתייחס למצב בו לפוגע מלאו 21 שנים והוא ניצל קטין שטרם מלאו לו 16 (פער של לפחות חמש שנים). בנוסף, החוק הקנדי קבע כי קטין בין הגילאים 12-13 יכול לתת הסכמה רק במקרה בו פער הגילאים הוא פחות משנתיים. לכן נציע לערוך חשיבה מחדשת וליצור מדרג של פער גילים ההולם את חומרת הענישה, להלן הצעתנו: מתחת לגיל שיוגדר (כיום 14) אין משמעות להסכמה פורמלית והדבר מהווה אינוס כנסיבה מחמירה; בטווח גילאים מסויים (כיום 14-16) כאשר הפער אינו עולה על שלוש שנים הדבר יהווה נסיבה מקלה (כיום לפי סעיף 353); בטווח גילאים אחר (כיום 16-18) אם פער הגילאים אינו עולה על שלוש שנים הדבר יהווה פטור (כיום לפי סעיף 353). ניתן אף להגדיר כי בטווח גילאים 14-16 ככל שהפער עולה על X שנים הדבר מהווה אינוס בנסיבה מחמירה.

- יחסים עם יסוד של ניצול: הנסיבות המקלות הנשענות על פער הגילים לא יהוו נסיבות מקלות ככל שיתווסף פרמטר של ניצול או מרות.

(2) החוק המקורי קבע כי בעילה של ילדה מתחת לגיל 16 מהווה אינוס סטטוטורי ובהתאם אינוס של ילדה מתחת לגיל 16 מהווה נסיבה מחמירה. אולם, בשנת 1988 כחלק מתיקון 22 לחוה"ע הופחת גיל המינימום ל-14 על מנת לאזן בין הניסיון להכווין לגיל מינימלי רצוי לקיום יחסי מין לבין הכרה בכך שהתופעה של מין בקרב בני נוער קיימת. גיל זה נמוך משמעותית מהגילים הקבועים בחוקי המדינות שנסקרו בסקירה זו, לרבות אנגליה וארה"ב, בהן הגיל עומד על 16. לכן ובשל אי הקוהרנטיות בקביעת גיל 16 כרף לנסיבה מחמירה בעבירת האינוס, נציע לערוך דיון מחדש בשאלת גיל ההסכמה הראוי. זאת תוך הטיית האיזון והדגש בהכוונת התנהגות לא רק ביחס לגיל המינימלי הרצוי לקיום יחסי מין אלא גם להפרש הגילאים הראוי במתאם לגיל הקטינה כמפורט לעיל.

תוספות לחוק הקיים:

(1) אף אם ייושמו ההצעות המפורטות לעיל עדיין קיימת הפרדה מופשטת המתבססת על גיל. סקירת הספרות העלתה עמדות שונות הסוברות כי חלוקת גילים זו לא נותנת ביטוי לשוני האינדוידואלי שבין פרטים ובכך לא מכבדת את האוטונומיה שלהם. כך למשל, לא ניתן להניח שכל הילדות בנות ה-14 בוגרות יותר מבנות ה-13. אנו רואים לכונן כי המחוקק יותיר מקום לשיקול דעת ביהמ"ש בנסיבות בהן למרות שמדובר בקטגוריית גיל בוגרת יותר ופער הגילאים נראה סביר, יש נסיבות המצדיקות הענשה בחומרה יתרה.

ב. סעיף 346 (ב)

נזכיר, כי אנו מציעים שעבירת בעילה אסורה בהסכמה תתייחס לסעיף זה בלבד. הסעיף עוסק בנפגעת מעל גיל 18 במסגרת של יחסי מרות.

שינויים בחוק הקיים:

1) סעיף 346(ב) מהווה מעין מקבילה מבחינה מהותית לעבירות המנויות בסעיף 347(א) ו-347(ב) העוסקים ביחסים עם מטפל נפשי או עם כהן דת בהתאמה. עם זאת, ישנו שוני בין העבירות במספר רבדים: שוני סמנטי, שוני ביסודות העבירה ושוני בענישה. לטענתנו, הבחנה זו על כלל רבדיה אינה ראויה או מוצדקת, שכן סעיפים 374 א ו-374 ב מהווים למעשה מקרים פרטיים לקיום של יחסי מרות. לפיכך נציע כאמור להפריד את סעיף 346(ב) כך שיהיה עצמאי ויכלול בתוכו את הסעיפים, תוך יצירת אחידות בין שלוש העבירות, להלן הפירוט:

- השוני הסמנטי: העבירות המנויות בסעיף 347 מכונות "יחסי מין בין מטפל נפשי/ כהן דת לבין מטופל/ אדם שקיבל ממנו ייעוץ או הדרכה". לעומת זאת, סעיף 346(ב) חוסה תחת הכותרת הכללית בעילה אסורה בהסכמה. המונח בעילה אסורה בהסכמה טעון אידיאולוגית ובעייתי במיוחד ולכך נדרש בהמשך. ככלל, מאחר שבשלוש עבירות אלו נעוץ אותו בסיס בעייתי של מרות אנו לא רואים הצדקה לניסוח שונה זה. נציע אם כן שעבירת בעילה אסורה בהסכמה תכונה באופן דומה.

- השוני ביסודות העבירה:

- עבירת בעילה אסורה בהסכמה מניחה כלשונה הסכמה בכותרת, אם כי לא ביסודות העבירה עצמה. לעומת זאת, העבירות המנויות בסעיף 347 מניחות בגוף העבירה יסוד של הסכמה באופן הבא: "הסכמה שהושגה תוך ניצול תלות נפשית ממשית בו". לדעתנו, ככל שהעבירה מניחה הסכמה כלשהי אף אם פגומה ראוי להתייחס לכך בגוף העבירה ולהמנע מהסתירה המפורטת בקשיים שבסקירה.

- העבירות המנויות בסעיף 347 מתייחסות לשני מצבים הנוגעים לגבר ולאישה – אדם הבועל אישה או העושה מעשה סדום באדם. לעומת זאת עבירת בעילה אסורה בהסכמה הופרדה בחוק מעבירת מעשה סדום שלא לצורך (סעיף 346 ו-סעיף 347 בהתאמה). הדבר מהווה חלק מסוגייה רחבה יותר הנוגעת לעבירות מין בגברים אליה נדרש בהמשך.

- השוני בענישה: העבירות המנויות בסעיף 347 מגדירות עונש מקסימלי של עד ארבע שנים. בשונה מכך, עבירת בעילה אסורה בהסכמה סעיף 346(ב) מגדירה עונש מקסימלי של שלוש שנים בלבד. לא נמצא הסבר לשוני זה בדברי ההסבר לחקיקה וככל שיש כזה נכון להתייחס אליו.

2) סעיף 346(ב) מניח לצד יחסי מרות את סוגיית הבטחת שווא להנשא. לא נדרשנו לסוגייה זו לעומק בסקירה, אך איננו מזהים שייכות מובהקת בין חלק זה של הסעיף לבין סוגיית יחסי המרות (אשר מוצאת את ביטויה כאמור גם בסעיף 347). לגישתנו, הכללת הבטחת שווא להנשא יחד עם יחסי מרות מורידה מחומרת העבירה. נציע לעצב את עבירת בעילה תוך הבטחת שווא לנישואין כעבירה נפרדת או כעבירה במדרג ענישה נמוך יותר.

3) כפי שעלה מסקירתנו קיימת מחלוקת האם עבירת בעילה אסורה בהסכמה מהווה חלק מרשימת ההטרדות המיניות על אף שאינה מנויה בהן. בהמשך לכך עלתה השאלה למי נתונה הסמכות לדון

בעניינים אלו- ביהמ"ש האזרחי או ביה"ד לעבודה. ביחס לשאלה הראשונה נראה כי הפסיקה הכירה באבסורד הנעוץ באי הכרה בעבירת בעילה אסורה כהטרדה מינית; יחסי מין מלאים להבדיל ממעשים מגונים אחרים שוללים הטרדה מינית. מעבר לכך, הנפקות היא האפשרות לפסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק בביה"ד לעבודה בעבור הטרדה מינית. לטעמנו, נכון לציין בחוק כי הטרדות מיניות כוללות בתוכן את עבירת בעילה אסורה בהסכמה ואינוס. ביחס לשאלת הסמכות, נראה כי נכון ליישב את המחלוקת ולערוך דיון נורמטיבי בשאלה- האם ראוי שהעבירה תהיה בסמכות בלעדית של ביהמ"ש האזרחי או שמא נכון שהדבר יהיה נתון לבחירת הנפגעת. ישנם טעמים טובים לכאן או לכאן, אך נראה לא ראוי להשאיר את המצב כפי שהוא. בבחינת שאלה זו יש להדרש גם למגמה שעלתה בסקירת הספרות, הרואה בעבירת בעילה אסורה לא רק כעבירת מין חמורה, אלא כעבירה רגולטיבית, תוך התמקדות בהפרת נורמות התנהגות תקינות במקום העבודה. לפיכך, על ההסדרה של סוגייה זו יש לקחת בחשבון גם את הצורך להגן על תפקוד תקין של מקום העבודה.

תוספות לחוק הקיים:

- (1) העבירה מניחה שתי דרישות: קיומה של מרות ויסוד של ניצול המרות. הבחינה נעשית באופן אד-הוקי מבלי שהמחוקק קבע אמות מידה לבחינה האם היחסים היו נגועים ביסוד של ניצול, ולמעשה התיר את מלאכת הפרשנות לביהמ"ש. אמנם המבחן הבולט בפסיקה הינו מסוג "כלל הנסיבות" הכולל בחינה ממקרה למקרה, אולם עדיין ישנם פסקי דין המניחים את יסוד הניצול כחזקה קיימת. נציע כי המחוקק יגדיר בחוק "חזקה הניתנת לסתירה" לפיה יחסי מין במסגרת יחסי מרות נגועים בניצול. סתירת החזקה תבחן ע"י בתי המשפט באמצעות מבחן "כלל הנסיבות". יש לציין כי חזקה מעין זו מופיעה באופן ספציפי בסעיף 346(א)1) "כאילו עשה את המעשה האמור תוך ניצול יחסי תלות" ובסעיפים 347(א,ב) שפורטו לעיל "הסכמה שהושגה תוך ניצול".
- (2) בשנים האחרונות ישנו עיסוק גובר במקרים בהם קוימו יחסי מין "בהסכמה" עם ידוענים או מפורסמים. מרבית ההליכים הפליליים הנוגעים למצבים אלו טרם מוצו ונראה שהחוק כיום לא מתמודד עמם בצורה מיטבית. נציע להכניס תחת העבירה הכוללת של יחסי מרות סעיף המתייחס לסיטואציה הספציפית הנוגעת לידוענים.

ג. שינויים כללים

שינויים בחוק הקיים:

- (1) החוק נוקט בלשון "בעילה". המונח בעילה כפי שעלה מסקירת הספרות נושא על גבו מטען אידיאולוגי ומהותי במספר רבדים. ראשית, המונח כשלעצמו מזוהה עם קשרי נישואין ומניח הסכמה מעיקרו. שנית, המונח משקף תפיסה פאטריארכלית הרואה בגבר כבעלים של האישה המהווה הקניין שלו, בבעולו אותה הוא מוכנן את קניינו. מאחר שניתן בקלות יחסית להשתמש בביטוי אחר לדעתנו נכון לעשות כן. בעבר עלתה הצעה לשימוש במונח "ביאה" או לחלופין שימוש פשוט במילים יחסי מין.

תוספות לחוק הקיים:

- (1) בעוד העבירה מתייחסת למצבים בהם גבר או אישה פוגעים באישה, והעבירה של מעשה סדום מתייחסת בין היתר לפגיעת גבר בגבר, החוק לא מתייחס למקרים בהם אישה פוגעת בגבר/ ילד. מקרים אלו נכללים בחוק העונשין כמעשה מגונה והעונש עבורם בהינתן שהנפגע הוא קטין הוא עד

ארבע שנים, בעוד עבירת בעילה אסורה בהסכמה העונש הוא חמש שנים. עבירת בעילה אסורה בהסכמה נוגעת למקרים בהם גבר פוגע באישה ולא חולשת על סיטואציות בהן הפוגעת היא אישה והנפגע הוא גבר אף כשהנסיבות זהות לחלוטין- למשל מורה ותלמיד. לגישתנו מצב זה אינו ראוי. נקיטת הלשון "בעילה" כמפורט לעיל מהווה חלק מהבעיה. נכון להדרש לבעיה באופן מהותי, גם ביחס לעבירת האינוס, ולהגדיר את העבירה באופן הרלוונטי לשני המינים.

ד. הצעות נוספות

1) הסקירה נגעה בסוגייה פרטנית הנוגעת להלכת "אסורה לבעלה ולבועלה". מעבר לשינויים הסמנטיים שפורטו לעיל, אנו רואים לנכון להגיש בקשה לרבנות הראשית לישראל ו/או לביה"ד הרבני הגדול שיביע עמדתו על ההשלכות האפשריות של קיום יחסים במסגרת יחסי מרות להלכה זו. ככלל, מובן כי תדרש בחינה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבותיו. עם זאת, לדעתנו עדיף להדרש לסוגייה ולנסות להביא לוודאות חלקית שאולי תעודד נשים שכן להתלונן. למצער נרצה לקבל הצהרה כללית כי הרשעה בגין עבירה זו לא תהווה כשלעצמה ראייה לאיסור הנישואין.

מסמך זה נכתב ע"י: עפרי רוזנברג (ראש צוות), נעה הוכרמן, ליאור שלוסברג, הראל אביכזר, יהלי גוטליב ורוז אשכנזי;

נבדק על ידי: אייר יריב (מנהלת סניף תל אביב), מרב שורץ (צוות מחקר);

אושר לפרסום: מטר בן ישי, מנכ"ל עמותת "עומק- מרכז לעיצוב מדיניות וחקיקה".

בברכה,

מרכז 'עומק' – עיצוב מדיניות וחקיקה