

"סיפור של אונס, לא יותר"

על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי
בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי*

מאת

יופי תירוש**

טקסט שיפוטי אינו רק מכשיר טכני למסירת אינפורמציה משפטית. ככל טקסט, הוא מתווך בין "המציאות" לבין הקוראת, ומכנה מציאות זו דרך אופן מסירת הסיפור. פעולות כגון הדגשת פרטים בטקסט או הדרתם ממנו, וכן בחירת המלים והמבנה התחבירי של המשפטים הן לפיכך פעולות פוליטיות, המפעילות כוח ומכריעות בדבר הקצאת כוח לגיבורי הסיפור השונים. באמצעות ניתוח טקסטואלי של פסק הדין הנדון במאמר עומדת המחברת על האופנים שבהם שולל הטקסט השיפוטי ייצוג ממשי מאירוע האונס. דעת הרוב מצמצמת ומגמיכה את מה שהתרחש לכדי אוסף של פרטים טכניים המנויים בחוק הפלילי. הוויית של קורבן האונס מוחקת באמצעות הדרתה מהדיווח על סיפור האונס, הצגתה המובלעת כמי שהביאה על עצמה את אינוסה והצגתה כדמות שטוחה ומקובעת וכאובייקט חסר קיום עצמאי כל אימת שהיא נטולת חסות גברית. האונס מתואר כתגובה טבעית של האנס ל"פגיעה בכבודו" ולקנסורו על ידי הנאנסת. האנס מוצג כאיש כבוד, אורח למופת, שאירוע האונס פגע בו קשות. כך, באמצעות בחירת טקסטואליות המבטאות עמדות אידיאולוגיות, מחוק הטקסט השיפוטי באופן סמוי תפיסות המקבעות את מושגי הגבריות והנשיות במסגרת התפקידים המגדריים המסורתיים. נוסף על כך הוא יוצר אצל הקוראת תחושה שהעונש הקל שנגזר על האנס הוא התוצאה המשפטית המתבקשת. דוכן השיפוט מוצג כנקודת אמצע המאפשרת מבט אובייקטיבי ומאוזן, המפיק תוצאות משפטיות מדויקות; אולם, למעשה מאפשרת העמדה המרוחקת השתקה והדחקה גוספת של אירוע האונס.

הערות מקדימות. א. אופן מסירת סיפור האונס. ב. "התקנסות סבירה" באונס? ג. לא אונס טיפוסי – הבניית האסור והמוטר, ההמור והנסלה, בפסק הדין. ד. הבניית הגוף הגברי והגוף הנשי בפסק הדין. 1. גוף לאומי מול גוף פרטי; 2. מערער ומתלוננת – תבניות טכניות? 3. דמות משתנה ומורכבת מול דמות מקובעת ושטוחה: נפחו השונה של אירוע האונס ברצף חייהם של האנס והנאנסת; ה. מיקומו של השופט ביחס למושא השיפוט. ו. אחרית דבר.

* טרם פורסם, ניתן ביום כ' בתמוז תשנ"ח (14.7.1998).

** בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית; LL.M., University of Michigan Law School. אני מודה לגאולה לוין על שסיפרה לי על פסק הדין. על קריאתם הקשובה והערותיהם והצעותיהם רבות הערך אני מודה ליאיר אלדן, רון אלון, אלון הראל, יואב ויס, צביקה טריגר, טל כוכבי, שגית מור ואורית קמיר. הערותיהם של חברי מערכת משפטים תרמו למאמר משמעותית ותודתי העמוקה גם להם.

It never happened, and what's more, [she] deserved it¹

הערות מקדימות

למה לכתוב שוב על אונס?

שפע הכתיבה המשפטית הביקורתית בסוגיית האונס בה התברכנו בישראל בשנים האחרונות, כתיבה המיישמת אסטרטגיות ביקורתיות ותכני ביקורת פמיניסטיים², מטעה. כתיבה זו, ובצדה רפורמות חקיקתיות³ ופסיקה חדשה שזכו לשבחי המלומדות והמלומדים בשל הנורמות הראויות שהן מקדמות⁴, יוצרות תחושה כי כל שצריך להיאמר ושניתן לומר כבר נאמר, ואין צורך להוסיף ולנתח את תחום עבירות המין באופן ביקורתי. אף מעבר לכך, נוצר, במידת מה, רושם לפיו יש סיבה לאופטימיות: לקחים הופקו ומסרים הוטמעו, המשפט הישראלי עלה על דרך של שינוי חיובי ואפשר אולי לעבור הלאה, לתחומי עיסוק אחרים בהם תצמח תועלת מתשומת-לב אקדמית, שיפוטית וחקיקתית. אולם מבט אל הפרקטיקות היומיומיות, השגרתיות והנפוצות של טיפולה של מערכת המשפט בעבירות מין מלמד כי קיים עדיין פער גדול בין העמדה המוצהרת אודות מעמד הנכבד של עיקרון השוויון בין המינים במשפט הישראלי לבין המתרחש באולמות המשפט למעשה.

בפועל, כפי שאדגים באמצעות פסק הדין הנדון, המשפט הישראלי עדיין מבטא ומחזק תפיסות שמרניות, המגבילות את תפקידיהם התברתיים של נשים וגברים לתחום מוגדר ומקובע של נורמליות מגדרית. בית המשפט תופס את מערכות היחסים בין המינים – מערכות יחסים הנכנסות לאולמות המשפט באופן בלתי נמנע כאשר הוא דן בעבירות מין – באופן המאפשר תפקידים שונים וחירויות נבדלות לגברים ולנשים⁵. הנתות המוצא

1 מצוטט אצל Deborah L. Rhode, *Justice and Gender* 245 (1989).

2 צפורה האופטמן, "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות", בתוך מעמד האשה בחברה ובמשפט 189 (בעריכת פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי, תשנ"ה); יובל לבנת, "אונס, שתיקה, גבר, אשה (על יסוד אי-ההסכמה בעבירת האונס)", פלילים 187 (תשנ"ח); לסלי סבה ומיכל ליבן-קובי "עבירת האונס – היבטים קרימינולוגיים" בתוך מעמד האשה בחברה ובמשפט, לעיל, בעמ' 235; אורית קמיר, "זאם בעל – קנה: סיפורי 'בעילה' ו'היבעלות' בחוק העונשין" פלילים 121 (תשנ"ט); איילת שחר, "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס", עיוני משפט יח 159 (תשנ"ד) ועוד.

3 לסקירת שינויי החקיקה ראו האופטמן, הערה 2 לעיל; יורם שחר, "משפט פלילי ותרבות במדינת ישראל", פלילים 77, 108–113 (תשנ"ט).

4 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302. כן ראו לבנת, הערה 2 לעיל, עמ' 203, 216–217, 232–233; האופטמן, הערה 2 לעיל, בעמ' 233–234.

5 לכאורה מעלה נקודה זו את השאלה האם אין זה לגיטימי שהמשפט יתייחס לגברים ונשים באופן שונה, בהתחשב בהבדלים ביניהם. הדיון בדבר הבדלים בין המינים ומשמעויותיהם החברתיות

אודות הבדלי המינים ואודות טיבם של יחסים זוגיים "רגילים" עליהן הסתמך בית המשפט העליון במקרה שלפנינו ובמקרים דומים לו, הן שגויות ומזיקות. במאמר זה אני מבקשת לחשוף הנחות מובלעות אלה, ולהעמיד את בית המשפט בפני השאלה האם הוא אכן עומד מאחוריהן בהתחשב בהצהרותיו בדבר הכרתו בצורך לבסס שוויון בין המינים במשפט הישראלי ובנכונותו לעשות כן.

בניסוח אחר, טענתי היא כי קיים פער גדול מאוד בין מאמציה הכנים של מערכת המשפט הישראלית לכוון שיטת משפט צודקת ושוויונית, שיטה המקיימת את ציוויה של הכרזת העצמאות בדבר שוויון זכויות לכל האזרחים ללא הבדל מין, לבין הערכים שאותם היא מחזקת בפסיקה כגון זו הנדונה כאן. פסיקה כזו מבטאת ומאששת ערכים מופלים. כפי שיפורט להלן, פסיקה כזו מצדיקה במובלע מעשי אלימות מינית כנגד נשים "שמגיע להן" כיוון שהן אשמות בדרך כלשהי בפגיעה בהן; מתייחסת בסלחנות לאלימות מינית בין אנשים שהיו פעם בני-זוג; שוללת קיום נשי עצמאי ללא חסות גברית ועוד. רצוני לעכב את המבט על אירוע משפטי אחד. אירוע לא "חגיגי", אירוע שמשפטים יסווגו אותו כבלתי חשוב. בפסק הדין הנדון דן בית המשפט העליון בערעור על תומרת העונש של אדם שהורשע באונס ובניסיון לאונס, ובערעור שכנגד של המדינה על קולת העונש. העובדה שהדין התרכז בשאלת העונש בלבד, תוך קבלת ההכרעות העובדתיות שנקבעו בבית המשפט המחוזי, ממקדת את הדיון השיפוטי בשאלה כיצד ראו השופטים את מעשה האונס שלפניהם, כיצד תפסו את דמותו של האנס, את תומרת מעשה האונס ואת הנאנסת. מבחינה זו מדובר במקרה מוצלח לבדיקת האופן שבו מאפיין פסק הדין את המעשה ומעריך את גיבוריו. בית המשפט המחוזי דן את האנס לשלוש שנות מאסר, מתוכן שנה אחת לריצוי בפועל ושנתיים על תנאי. בבית המשפט העליון החליטו השופטים יעקב קרמי ויצחק אנגלרד לא להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ולהשאיר את העונש על כנו. השופטת דליה דורנר, בדעת מיעוט, סברה כי יש להחמיר את עונשו של המערער לחמש שנות מאסר, מתוכן שלוש בפועל.

בתיאוריה הפמיניסטית הוא דיון עשיר ומורכב, אך גם אם נפתתת בו האפשרות לחשוב על מקומות שבהם תהיה לגיטימציה להסדרים משפטיים שונים בין גברים לנשים, אין מדובר בהבדלים מן הסוג המשתקף בפסק הדין. ההבדלים שעליהם מגן פסק הדין מבטאים תפיסות מסורתיות המחילות מוסר כפול של טוהר מיני על נשים וגברים, כולאות את האשה בספרה הפרטית והמשפחתית כקניינו של בן-זוגה, תופסות את הגבר כשייך בראש ובראשונה לספרה הציבורית, כמי שפגיעה בכבודו גוררת סנקציות חמורות, ועוד. לקריאה התחלתית בדיון אודות הבדלי המינים ראו קרול גיליגן בקול שונה (1995 תרגום: נעמי בן-חיים); Catherine A. MacKinnon, "Difference and Dominance: On Sex Discrimination," in *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* 32 (1987); Christine A. Littleton "Reconstructing Sexual Equality," in *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender* 35 (Katharine T. Bartlett & Rosanne Patricia A. Cain, "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories" eds., 1991) וכן בעמ' 263.

מלים אחדות על שפה מבנה מציאות

לא אנתח את פסק הדין ניתוח משפטי קלאסי, שמטרתו לחלץ כללים משפטיים מהנמקת בית המשפט. פסק הדין איננו עוסק בדוקטרינות משפטיות אנליטיות והוא איננו תקדימי משום בחינה מקובלת. מן ההיבטים הללו, הוא אכן שולי ובלתי מעניין; אולם פסק הדין – ככל פסק דין – מספר סיפור. הקשבה לסיפור שהוא מספר אודות אירוע האונס שעומד במרכזו, ערנות לאופן שבו נבנות דמויותיהם של גיבורי הסיפור הזה, יוסיפו אינפורמציה אודות המצב המשפטי והבנה בדבר האופן שבו פועל המשפט: בדבר הנחות היסוד שלו, אמונותיו באשר למה שראוי וצודק ועוד. זוהי אינפורמציה שלא היינו יכולים לקבל בלא שימוש בכלי הניתוח הטקסטואלי. ניתוח כזה דורש הקשבה למלים, לשפה שבה בוחר פסק הדין לדבר.

בניתוח המשפטי הקונבנציונלי אנו רגילים להתייחס לשפה שבה משתמשים השופטים או לשפה הננקטת בסעיפי חוק כאל שפה שקופה, במובן זה שהיא מתוכנת בין "העולם" לבין הקוראת או המאזינה באופן ישיר, ללא אובדן מידע או הטייה שלו כתוצאה מן השימוש בה. השפה לפי גישה זו היא בעלת חשיבות אינסטרומנטלית ותו לא, והתפקיד שעליו היא אמונה הוא מסירת מידע באופן יעיל. בחירת המלים היא חסרת משמעות מעבר לזו הפונקציונלית: המלים בהן משתמש השופט או החוק הן לכאורה צינור חסר הטיית או פניות, המתווך בינינו הקוראים לבין המציאות שאליה מתייחסות המלים באופן ישיר ומדויק. אולם מלים הן פילטרים צבעוניים: בחירת המלים צובעת את האירועים ואת גיבוריהם בצבעים מסויימים. זוהי בחירה שיש בצדה אחריות, זוהי פעולה אתית ופוליטית. המלים שנבחרו מגדירות את גיבורי הסיפור, את היחסים ביניהם ואת העולם שבו הם פועלים; הן מגדירות את מספריו ואת קוראיו⁶.

6 James Boyd White מכנה את הקשר בין השפה לבין העולם "Uncertain Reciprocity" – יחסי הגומלין ההדדיים, הקשרים בין עיצוב השפה על ידינו לבין התעצבותנו על ידה, הם עמומים ובלתי ודאיים במידה כמעט בלתי נסבלת. עובדה זו אמנם מקשה עלינו להבין את הקשרים וההתהליכים בקלות, אולם היא לא גורעת מתקפותה של ההבחנה בדבר קיומו של קשר זה:

"These processes of ethical and cultural creation are especially difficult to think about or talk about because self and culture are reciprocal, mutually formed and mutually forming over time. We are in part the products of our language, but each time we remake it. This reciprocity is so deeply embedded in our experience that it is hard to recognize it. As we grow up in the world, our experience is formed by the language in which it is presented and talked about, and this language becomes so much a part of the mind as to seem a part of nature..."

When we discover that we have in this world no earth or rock to stand or walk upon but only shifting sea and sky and wind, the mature response is not to lament the loss of fixity but to learn to sail".

James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning* 276-278 (1984)

כדברי Gregory M. Matoesian:

Our descriptive practices are not disinterested reports that referentially mirror or correspond to some external reality. They are, instead, intimately motivated, practical and moral actions. They are produced with an eye towards the interactional work they can accomplish: for blaming, for delivering judgments and providing inferences, for ascribing blame and allocating responsibility for our actions...

The irremediable interlacing of and gestalt-like unity between description and moral interpretation strongly militates against the notion that courtroom participants could ever base their judgments on purely legal, technically relevant, or evidentiary information – on just the facts.⁷

בחירת המלים יוצרת מציאות. היא יוצרת מציאות בדיוק באותה המידה שהצהרות משפטיות כגון "תקנה פלונית בטלה מעיקרה", או "הנאשמת אלמונית תרצה שלוש שנות מאסר בפועל" (הצהרות שמשפטנים רגילים להתייחס אליהן כבעלות נפקות חיצונית, עובדתית או נורמטיבית) יוצרות מציאות. בשל כך, פעולת בחירת המלים היא פעולה אתית. זוהי פעולה של שיפוט ושל חיקוק – של הערכה ושל יצירת נורמות. מלים מספרות לנו מה אסור ומה מותר, מה נכון ומה לא נכון. אם נכנה, לדוגמא, את האקט של הגעת יהודים למדינת ישראל למטרות קבע בשם "הגירה", "עלייה", או "שיבת ציון", נספר דברים שונים לחלוטין על אותם מושאי דיבור עצמם. כישראלים, אוננו בדרך כלל איננה מזדקרת למשמע דיווח חדשותי על מספר העולים בחודש האחרון. המלה "עלייה" הפכה עבורנו למלה שקופה, לתוויית המודבקה על אובייקט ותו לא. איננו מרגישים שיש בה קביעה ערכית. באותו אופן פועלת בחירת המלים בפסקי דין. היא יוצרת הרגשה של אובייקטיביות, של תיווך בלתי מוטא של המציאות, בעוד שלמעשה היא מכילה שיפוט של המציאות והבנייתה מחדש.⁸

7 Gregory M. Matoesian, *Reproducing Rape: Domination Through Talk in the Courtroom* 267 (1993).

8 על רטוריקה המבנה מציאות ומסווה באופן אפקטיבי טענות מתחרות למציאות שונה ראו Claudia Brodsky Lacour, "Doing Things With Words: 'Racism' as Speech Act and the Undoing of Justice," in *Race-ing Justice, En-Gendering Power: Essays on Anita Hill, Clarence Thomas, and the Construction of Social Reality* 127 (Toni Morrison ed., 1992); Lisa A. Binder, "'With More than Admiration He Admired': Images of Beauty and Defilement in Judicial Narratives of Rape," 18 *Harv. L.J.* 265 (1995); Richard Weisberg "How Judges Speak: Some Lessons on Adjudication in *Billy Budd*, Sailor With an Application to Justice Rehnquist," 57 *N.Y.U. L. Rev.* 1 (1982); ליאורה בילסקי,

ברשימה זו אעסוק באופנים של הבניית המציאות על ידי הדיווח השיפוטי בפסק הדין הנדון ובדרכים שמבטאת הבנייה זו. בפרק א אראה כיצד הדיווח על האונס בחוות הדעת הרוב מדחיק את שהתרחש ואיננו מספק ייצוג לאירוע, ולהשפלה ולכאב שגרם. גוסף על כך, הדיווח מייצג את ההתרחשות מנקודת מבטו של האנס בלבד, ובכך הופך את הנאנסת לאובייקט סביל, מושקע, שקשה לזהותו ולהזדהות עמו. בפרק ב אציע כי פסק הדין מצדיק את התנהגותו של האנס כהתנהגות מתוך קנטור, ויוצר מעין עבירת אונס פסיקתית הפחותה בחומרתה מאונס רגיל, בדומה לאופן שבו עבירת ההריגה פחותה בחומרתה מעבירת הרצח. בפרק ג אציע על כך שפסק הדין מבטא ומחזק תפיסה לפיה אונס בין בני-זוג לשעבר איננו חמור כמו אונס בין זרים. בפרק ד אנתח את האופן שבו מבנה הטקסט את הגוף הגברי והגוף הנשי: הראשון כגוף לאומי, ציבורי, נורמטיבי, אקטיבי ומורכב; האחרון כגוף פרטי, חסר קיום עצמאי, פאסיבי ושטוח. בפרק ה אדון באופן שבו מאפשרת הטענה לעמדה שיפוטית אובייקטיבית ומאוזנת התנערות מעיסוק מעמיק באירוע העומד למשפט. לבסוף, באחרית הדבר אסביר מדוע ישנה חשיבות להתעכב על פסק דין המסווג מבחינה משפטית מסורתית כקטן ובלתי חשוב, ואעיר הערות סיום אודות הדינמיקה של הדחקה טקסטואלית.

א. אופן מסירת סיפור האונס

פסק הדין מספק לנו שני דיווחים על אירוע האונס. אופן מסירת הסיפור מבנה את הדרך שבה הוא נתפס אצל קוראיו. בחירת הדרך לספר את הסיפור היא שאלת מדיניות⁹ – מי יתואר כחיובי ומי כשלילי, מה יתואר באופן חי ומה באופן רזה ויבש. השלבים השונים של חוות דעתו של כל שופט שואפים להתכנס לכדי מסכת אחת, קוהרנטית, שבין חלקיה לא תהיה צרימה או סתירה. כך, הצגת העובדות באופן מסוים היא שאלה של אסטרטגיה רטורית, שמטרתה להוביל את הקוראים אל תוצאת פסק הדין באופן שזו תיראה להם סבירה, נובעת מן העובדות ומן המצב המשפטי ומתיישבת אתן, ואולי אפילו הכרחית.

כך מתואר מעשה האונס על ידי השופט קדמי בפתחו של פסק הדין:

המערער בע"פ 3031/98 (להלן: המערער) הורשע – על פי הודאתו –

⁹ "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות", פלילים 5, בעמ' 62–64 (תשנ"ח). על האופנים שבהם מבנה השיח בבית המשפט תפיסות שלפיהן אונס סביר, מוכן, באחריות הקורבן ועוד, ראו Matoesian, הערה 7 לעיל, בעמ' 214–233.

גם אם הבחירה עצמה איננה שאלת מדיניות (למשל, כי נעשתה באופן לא מודע למשמעויותיה ולא לטרנסליבות הסיפוריות), כי אז היחס לסיפור, המשתקף בבחירת המלים, הוא שאלת מדיניות. ניתן לנקוט עמדות שונות כלפי סיפור האונס שנכנס לבית המשפט. העמדה השיפוטית תשתקף בשפה שנבחרה לתיאור הסיפור.

בבית המשפט המחוזי בחיפה, בעבירות של אינוס ונסיון לאינוס של אשתו שחיה באותה עת בנפרד ממנו ועתה היא גרושתו (להלן: המתלוננת); וזאת, בשל כך שבמהלכו של ויכוח שהתפתח ביניהם בקשר למכירת דירתם המשותפת לקראת גירושיהם, תקף המערער את המתלוננת, השכיבה ארצה, הסיר את תחתוניה, תחב את אצבעותיו לאבר מינה, הורה לה להתחזק באבר מינו וניסה להחדירו לאבר מינה¹⁰.

10 סעיף 1 לפסק דינו של השופט קדמי. בשל הסבירות הנמוכה שפסק הדין יפורסם, וכיוון שפסק הדין הוא קצר, יובאו לאורך המאמר נוסחם המלא של שלושת פסקי הדין של שלושת שופטי ההרכב. להלן פסק דינו המלא של השופט קדמי (לפסק דינו של השופט אנגלרד ראו להלן הערה 83, לפסק דינה של השופטת דורנר ראו להלן הערה 29):

"1. המערער בע"פ 3031/98 (להלן: המערער) הורשע – על פי הודאתו – בבית המשפט המחוזי בחיפה, בעבירות של אינוס ונסיון לאינוס של אשתו שחיה באותה עת בנפרד ממנו ועתה היא גרושתו (להלן: המתלוננת); וזאת, בשל כך שבמהלכו של ויכוח שהתפתח ביניהם בקשר למכירת דירתם המשותפת לקראת גירושיהם, תקף המערער את המתלוננת, השכיבה ארצה, הסיר את תחתוניה, תחב את אצבעותיו לאבר מינה, הורה לה להתחזק באבר מינו וניסה להחדירו לאבר מינה.

בשל מעשיו אלה נדון המערער, ברוב דעות, לשלוש שנות מאסר שמתוכן שנה אחת לריצוי בפועל והיתרה על תנאי; כאשר בעל דעת המיעוט סבר שיש לגזור על המערער לריצוי בפועל שישה חדשים בלבד אותם יוכל לרצות בעבודות שירות.

בפנינו שני ערעורים: האחד (ע"פ 3031/98) מטעם המערער כנגד חומרת העונש; והשני (ע"פ 3004/98) מטעם המדינה כנגד קולת העונש.

הדין בשני הערעורים אוחד.

2. על פי החומר שכא בפני בית המשפט, המערער קיים עד לארוע המקרה אורח חיים נורמטיבי ללא רבב; כאשר את שירותו הצבאי עשה כתובש קרבי בצנחנים ולאחר מכן עבד כפרמדיק במד"א וזכה בתעודת הוקרה מיוחדת של 'מציל חיים'.

המעשה החמור שבו הורשע המערער נעשה 'ברגע של כעס בו איבד שליטה וחש רצון עז להחזיר לאשתו השפלה ברמה של השפלה אותה הוא חווה מידה' (בלשון גור' הדין), כאשר גילתה לו שהיא מקיימת קשר רומנטי עם אחר ומבקשת להיפרד ממנו.

3. בתסקיר שירות המבחן שהוגש לבית המשפט המחוזי, נאמר, בין היתר: 'אנו סבורים כי מאסר בין כותלי הכלא עלול להביא להתדרדרות קשה במצבו הנפשי. הוא תיאר תחושות קשות ביותר לאחר המעצר וכאמור היה נתון במצב דיכאוני קשה עד כדי מחשבות אובדניות'.

על רקע זה קבע התסקיר, כי 'למאסר בעבודות שירות תהיה השפעה הרתעתית אפקטיבית עבורו'; וההמלצה היתה 'להעמיד את [המערער] בפיקוחו למשך שנה, ולהטיל עליו 'מאסר בעבודות שירות'.

לעומת זאת, בפגישה שנערכה בין עורכת 'תסקיר קורבן' לבין המתלוננת, תיארה זו את הכח הפיזי הרב שהפעיל נגדה המערער, במהלכו חששה שמא לא תשרוד בחיים, לצד חוסר האונים והתדירה לגבולותיה האינטימיים – תוך השפלה הרגשית – אשר נחו על ידה כארוע טראומטי, ממנו מתקשה היא להשתקם.

הסיפור מתחיל באופן תלוש מעט. אנו יודעים שבני הזוג עמדו להתגרש, אולם לא יודעים היכן התרחש האונס, כיצד הגיעו הדברים לכדי אונס, ומה קרה במהלכו. תיאור ההתרחשות האלימה המסופק לנו הוא תיאור קליני, "רזה"; דיווח אנטומי על ההיבט הטכני של מה שהתרחש בין האיש לאשה: איזה איבר הוכנס לאן ובאיזו תנוחה. האיברים המעורבים בתיאור מנותקים זה מזה, חסרי נוכחות גשמית, חסרי סוכנים מודעים המפעילים אותם. תיאור זה שולל אפשרות לראות תמונה, להבין את הסיטואציה: מיהן הדמויות בסיפור, מי אמר מה למי ומי עשה מה למי. במלים אחרות: אופן הצגה זה של האירוע מצמצמו למינימום האפשרי, ובכך שולל ממנו נוכחות ו"נפח".

וזהו תיאורה של השופטת דורנר את אותו האירוע:

כך, כאשר הגיעה האישה לדירתם המשותפת בבוקרו של יום, על-מנת לדון עימו בהסכם הגירושין, וביקשה לעזוב את הדירה בעקבות ויכוח שפרץ ביניהם, חסם המערער את דרכה. בעוד הוא אוחז בכוח בצווארה ומכסה את פיה עד כי חשה שהיא נתנקת, השכיבה על הרצפה, התדיר את אצבעותיו לאבר-מינה, ותבע ממנה לשפשף את אבר-מינו. מרוב פחדה

לבית משפט זה הוגש תסקיר משלים על ידי שירות המבחן, בו מצוין: כי המערער נתון במצוקה קשה מאוד מאז מתן גזר הדין; וכי ביטא באוני אנשי השירות מחשבות אוברניות ואף תיאר נסיון אוברני שביצע בפועל.

4. ב"כ של המערער מבקש מאתנו לראות את הארוע כמקרה יוצא דופן המצדיק אימוצה של עמדת בעל דעת המיעוט; ואילו ב"כ המדינה הדגישה את ההיבט התמור של אינוסה של המתלוננת בתנאים משפילים תוך שימוש בכוח ומתוך כוונה לבזוזה. אכן, העונש שנגזר על המערער הינו עונש מתון אם לא למעלה מזה בהתחשב בסיבה של העבירה; אך מאידך גיסא – המקרה הינו יוצא דופן בהתחשב ברקע ובנסיבות המיוחדות בהן התרחש.

5. לאחר שיקול, הגעתי לכלל מסקנה כי אין מקום להתערב במידת העונש שנגזר על המערער בדעת הרוב בבית המשפט המחוזי.

הארוע – הקשה כשלעצמו – התרחש על רקע של "ליקוי מאורות" אצל המערער. לא היתה למעשה כל הצדקה ושום הסבר אינו ממעט מחומרתו. ברם, מאידך גיסא, עומד בפנינו מי שבנה עולם והציל חיים; ועולמו שלו חרב עליו באחת. זהו מקרה מיוחד ויוצא דופן, שאינו מתיישב עם דמותו ואישיותו של המערער מצד אחד ועם אורח חייהם המשותפים שלו ושל המתלוננת במשך השנים שבנו יחד את קינם מצד שני. אין זה מקרה טיפוסי של עבירת האינוס והמערער והמתלוננת אינם האנס והנאנסת הטיפוסיים; ואנו כבית משפט של בשר ודם איננו רשאים להתעלם מכך. על המערער לרצות שנת מאסר בפועל בשל רגע של אכזר שליש; ולנוכח מצבו האישי כמתחייב מן התעודות שהגיש ב"כ, אין זה עונש קל עבורו כלל ועיקר.

העונש שנגזר מצוי במתחם האיוון הסביר של כל הנסיבות; ואף אחד מבעלי הדין לא השכיל לשכנעני כי ישנה במקרה דנן הצדקה להתערבותה של ערכאת הערעור. במצב דברים זה הנני מציע לדחות את שני הערעורים."

על חייה היא נענתה לו. או אז ניסה המערער לבעול אותה, ומשלא הצליח שפך זרעו על ירכה. אחר דברים אלה, דרש המערער מאישתו לרחוץ את עצמה. משסירבה, גרר אותה בכוח לחדר האמבטיה. כאשר הניח לה, כדי לרחוץ את פניו, היא נמלטה, והתלוננה במשטרה¹¹.

כאשר קוראים תיאור עובדתי זה, קמה אל מול העיניים תמונה חיה, פיזית, ממשית, של מה שקרה שם: הוא חסם את דרכה, הוא כיסה את פיה, הוא עמד לחנוק אותה, השכיבה על הריצפה, הכריח אותה להתקלח וכו'. זה סיפור עם צבע ועם עומק. אופן הדיווח מעביר את הכוח שהופעל על ידי האנס ואת ההשפלה וחוסר אונים שחשה הנאנסת. אל הסיפור נכנסים הזרע על הירך, תחושת המחנק, האיברים הנמתחים בגרירה אל האמבטיה. בסיפור המובא על ידי השופטת דורנר יש אנשים חיים שקורים להם דברים. ההנכחה הפיזית של מעשה האלימות, ההשפלה והאונס מזמינה את כל אותם רגשות וערכים שליליים שאנו מייחסים למעשה. רגשות סלידה אלה אינם עולים אצלנו למקרא התיאור אצל השופט קדמי¹².

Lynn Higgins ו-Brenda Silver מצביעות על האופן שבו ייצוגים רבים של אונס בתרבות האנושית מבליעים ומכחישים את ההיבטים האלימים, המשפילים, הפיזיים והליטורליים של מעשה האונס. הן סבורות כי יש לקרוא מחדש ייצוגים טקסטואליים של אונס, ובקריאה מחדש להיאבק להנכיח את מה שהתרחש בין שני הגופים, את הממשי, את האלימות המינית, את הפגיעה והחילול של הגוף הנאנס:

[T]he act of rereading rape involves more than listening to silences; it requires restoring rape to the literal, to the body: restoring, that is, the violence – the physical, sexual violation. The insistence on taking rape literally often necessitates a conscious critical act of reading the violence and the sexuality back into texts where it has been deflected, either by the text itself or by the critics: whether it has been turned into a metaphor or a symbol or represented rhetorically as titillation, persuasion, ravishment, seduction, or desire (poetic, narrative, courtly, military). Here, the recurrent motif of disfiguration becomes significant: disfiguration both in its rhetorical and physical senses (and ways in which the first hides the second), as both textual and corporeal deformation or mutilation.¹³

11 סעיף 1 לפסק דינה של השופטת דורנר.

12 דבריי אינם נכתבים מתוך איוו היקסמות מתיאורים חיים של זוויות. אפשר היה למסור את הסיפור בצורות רבות אחרות, שלא יכללו אלמנטים אלה, ועדיין יעבירו את הסימאציה הקשה שבה היתה שרויה הנאנסת.

13 Lynn A. Higgins & Brenda R. Silver, "Introduction: Reading Rape," in *Rape and*

פעולת הייצוג היא מרכזית בתוך ההליך המשפטי. עורכי־דין נדרשים לייצג סיפורים, טענות, ואינטרסים של לקוחותיהם. בכתיבת פסקי הדין מייצגים שופטים את הסיפור נשוא פעולת השיפוט, לכאורה מתוך נקודת אמצע, עמדה מאזנת השמה על כף המאזניים באופן שקול את כל מה שעומד לפניה: כל אלמנט במשפט והייצוג המתאים לו¹⁴.

שימוש בדיווח רזה, אובייקטיבי לכאורה, אודות העובדות, הוא הדמקה־הסתר של ההיבטים השלייליים של מעשה האונס. זהו ייצוג משטיח של מה שהובא בפני בית המשפט. זהו דיווח שאיננו מייצג את הנאנסת, איננו מעביר את הפסול שבמעשה האונס, איננו מייצג את מה שהתרחש שם עבור מי מן הצדדים. זהו ייצוג שמאחוריו עומדת השקפה שאיננה מוכנה, או איננה מסוגלת, לראות את הכאב, ההשפלה, התדירה לאינטימיות, הפגיעה באמון, האלימות, הבהלה. דרך ייצוגו של האונס לא רק מאפשרת לנו להתחקות אחר השקפות הכותב: היא גם מחזקת השקפות אלה מחדש. ייצוג כזה של סיפור אונס משריש את היחס למעשה של אונס (או לפחות למעשה אונס מסוגו של האונס הזה, ועל כך בהמשך) כאל אירוע חיוור, שלא התרחש באמת, שהוא אונס מהבחינה הטכנית בלבד, ושאינן להתקומם נגדו או לראותו בחומרה.

התיאור הרזה הוא ביטוי לתפיסה "לא מתרגשת" של האירוע, כלומר: הוא מבטא את האופן שבו תופס השופט את המקרה, תפיסה המצדיקה ענישה נמוכה. התיאור הרזה הוא גם כלי רטורי המכשיר את הקרקע לקבלתה של תוצאת פסק הדין, לפיה אין להחמיר בעונש שנגזר לאנס בבית המשפט המחוזי: כאשר העבירה נתפסת כטכנית וחסרת כובד כבתיאורו של השופט קרמי, אין תימה שלאנס מגיע עונש נמוך.

נקדיש מבט נוסף לפסקאות המצוטטות לעיל, ונבחן את התבניות התחביריות שבהן נמסר הדיווח. בדיווחו של השופט קרמי האשה מופיעה כמושא בלבד, כמי שמבצעים עליו פעולות. בלשונם של המורים ללשון בעת שלמדנו כיצד לזהות מושא במשפט, האשה היא התשובה לכל השאלות הבאות: את מי הוא תקף? אותה; את מי הוא השכיב? אותה; למי הסיר תחתונים? לה; למי הוא הורה להחזיק באיבר מינו? לה; וכן הלאה. הזווית שממנה חווה האנס את האירוע, זווית של מי שפועל על אדם אחר, היא הזווית הבלעדית על שהתרחש.

דיווחה של השופטת דורנר, לעומת זאת, מעביר את נקודת המבט הלך ושוב, ממנה אליו ובחזרה. הדיווח איננו מדחיק את הזווית שבה חוותה האשה את האירוע, אלא מספק, נוסף על נקודת מבטו של הנאשם, גם ייצוג של נקודת מבטה־היא: היא הגיעה לדירה; היא ביקשה לעזוב את הדירה; היא חשה שהיא נחנקת; היא פחדה על חייה ולכן נענתה לו; היא סירבה לרחוץ את עצמה; היא נמלטה; היא התלוננה במשטרה. האשה מקבלת מיקום כנושא של משפטים, ומוקצים לה פעלים אקטיביים, של סובייקט.

Representation 4 (Lynn A. Higgins & Brenda R. Silver eds., 1991)

14 על ייצוג כפעולה מרכזית במשפט וכאקס־מבנה מציאות ראו Jody Freeman, "The Disciplinary Function of Rape's Representation: Lessons from the Kennedy Smith and Tyson Trials," 18 *L. & Soc. Inquiry* 517, 517-522, 545 (1993).

האופן שבו נבנים משפטים והקצאת המיקום התחבירי הם כביכול עניין טכני ללשונאים בלבד; לכאורה, מה שחשוב הוא אילו עובדות נמסרו ולא באיזה אופן תחבירי הם נמסרו. אולם הניתוח התחבירי מעלה כי הקצאת התפקידים התחביריים גם היא מעשה פוליטי, המטעין משמעות על העובדות. הצגת השאלה מי מופיע כאיבר עצמאי במשפט ומי מופיע כאיבר תלוי, מי פעיל ומי סביל, עשויה ללמדנו מי מיוצג ומי מודחק, מי סובייקט ומי אובייקט בעיני הקול המספר¹⁵.

ב. "התקנטרות סבירה" באונס?

נפנה לרגע לתחום אחר בדיני העונשין: עבירת הרצח. אחד מיסודותיה של עבירה זו הוא, כידוע, דרישת הכוונה-תחילה. אחד מרכיביה של כוונה תחילה הוא היעדר קנטור. בניסוח פשוט יותר: אם מקבל בית המשפט את טענת הנאשם כי הרג כתוצאה מתגובה אימפולסיבית לקנטור חיצוני ולא כאקט מדוד, מחושב ומתוכנן מראש, הרי שלא הרג בכוונה תחילה.¹⁶ משמתקבלת טענת קנטור כזו ונשלל יסוד הכוונה תחילה, לא ניתן להרשיע את הנאשם ברצח כי אם בהריגה. אורית קמיר מצביעה על כך שבשני המקרים היחידים שבהם התקבלה במשפט הישראלי טענת קנטור וההרשעה הופחתה מרצח להריגה, היה ה"מקונטר" בן-זוג ש"קונטר" כתוצאה מכך שנוכת שבת-זוגו לשעבר מקיימת קשר עם אחר¹⁷. בית המשפט השתמש במקרים אלה במבחן "האדם הסביר" כדי להכריע האם על טענת הקנטור להתקבל. מבחן האדם הסביר הוא מבחן אמפירי, שאינו מודד התנהגות רצויה אלא התנהגות מצויה – היינו, לפי הבחנתה של קמיר, הוא בודק "תירוץ" ולא "הצדקה" להתנהגות המתקנטרת שהביאה להמתה¹⁸. ברמה המוצהרת, אם

15 לדיון תיאורטי על השימוש בכלי הניתוח התחבירי ככלי לחשיפת האידאולוגיה של השפה ראו Deborah Cameron, "Introduction: Why is Language a Feminist Issue," in *The Feminist Critique of Language: A Reader* 1, 12 (2nd ed., Deborah Cameron, ed., 1998).

16 סעיפים 300(א)(2), 301 ו-298 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. כן ראו ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין א 555-572 (תשמ"ד).

17 אורית קמיר, "איך הרגה הסבירות את האשה: חוס דמם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אוואלוס", פלילים 137, 172 (תשנ"ח). שני פסקי הדין שבהם מדובר הם ע"פ 3073/73 שמולביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 598 וע"פ 3071/92 אוואלוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573.

18 יובהר, כי הציר תירוץ/הצדקה אינו זהה לציר אובייקטיבי/סובייקטיבי שבו משתמשת הפסיקה כדי להכריע אם היה קנטור. כך מתוארים המבחן האובייקטיבי והסובייקטיבי בפסיקה: "המבחן לקביעת משמעותו של הקנטור הוא אובייקטיבי וסובייקטיבי כאחד. בע"פ 483/74 הנ"ל נאמר מפי השופט בהן: '...על-מנת לבסס את טענת הקנטור יש להראות שני דברים והם: האחד שמעשה הקנטור היה כזה שאדם ישראלי רגיל לא יכול היה לעמוד בפניו והשני, שהנאשם לא עמד בפניו; אלה שני האלמנטים, אחד אובייקטיבי והשני סובייקטיבי, ורק לאחר שנבדק הענין מבחינה אובייקטיבית יש מקום לבדיקתו מבחינה הסובייקטיבית של הנאשם המיוחד הזה...'". ע"פ

כן, גם כאשר מגיע בית המשפט למסקנה שהיה קנטור, הרי זוהי הכרה שאין בה הצדקה או מתן לגיטימציה חברתית, נורמטיבית, להתנהגות המתקנטרת¹⁹. אולם למעשה, כפי שמראה קמיר, האדם הסביר שבו משתמש בית המשפט הוא גבר, "איש כבוד", שיש לו לגיטימציה ואף חובה חברתית להשיב על פגיעה בכבודו בדרך של תקיפה ואף המתה של הפוגעים בכבוד. ההכרה בהתנהגות זו, שברמה המוצהרת היא בבחינת הכרה בתירוף בלבד, היא למעשה הצדקה המאששת ערכים ונורמות מסוימים כלגיטימיים, ודוחקת אחרים:

...גבר כזה הוא אדם המגלם במידה כה רבה את הערכים החברתיים הרצויים, וקנאותו היא תכונה כה תרומית, עד כי היא נבחרת בקפידה ומועזת לקת לאחר כבוד אל תוך המודל התיאורטי, האקדמי, של ההתנהגות החברתית הראויה, הוא 'האדם הסביר'...²⁰.

קמיר מבקרת את האופן הסמוי שבו מאשש בית המשפט נורמות חברתיות:

השימוש ב'הצדקה' פסול כאשר הוא נעשה בהיחבא, מתוך השחתת השפה, למשל במסווה 'האדם הסביר' המסתורי, המתחזה ל'תירוף' ואינו ניתן לביקורת, הוא פסול כאשר הוא משרת ערכים פסולים, בין על פי המוסר החברתי הנוהג ובין על פי מוסר ביקורתי כלשהו. שימוש ב'הצדקה' שהינו גלוי, מפורש ופתוח לביקורת בהתאם לערכים חברתיים מרכזיים המתיישבים עם 'האני מאמין והתזון הלאומי' של הקהילה, בוודאי אינו פסול²¹.

בעבירת האיגוס, כידוע, אין נפקות מבחינת המשפט הפלילי לשאלה אם התקיים קנטור אם לאו. אולם פסק דינו של השופט קדמי מייחס משקל רב ל"פרובוקציה" שקדמה לאונס. ההתייחסות לאלמנט זה, שאיננו מתבקש מבחינה משפטית, יוצרת, כפי שאציע להלן, מעין עבירת "אונס תוך קנטור" הפחותה בחומרתה מעבירת האונס שבחוק העונשין.

553/77 תומא נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 141, 150. אם כן, גם כאשר בית המשפט משתמש במבחן האובייקטיבי, עמדתו המוצהרת היא שאין בכך משום הצדקה למעשה אלא רק הכרה מאולצת בכך שזוהי התנהגות אפשרית אפילו אצל האדם הסביר: "המבחן האובייקטיבי מאזן בין שני שיקולים מנוגדים: האחד הוא שיש למנוע בכל מחיר קטילת אדם והאחר, שגם אדם סביר עלול לצאת מכליו ולנהוג כפי שנהג". שם, בעמ' 150.

19 דני רבינוביץ עומד על ההבדל בין הסבר לבין הצדקה. ראו דני רבינוביץ, "המסע המפותל להצלת נשים חומות", תיאוריה וביקורת 7 (1995) 5, 7-8.

20 קמיר, הערה 17 לעיל, בעמ' 164. ראו גם עמ' 140-141, 168 ו-156: "אך בהשוואה ל'אדם הסביר' האנגלי, כפילו הישראלי מושתת על סטנדרטים נורמטיביים, המשווים לו אופי של 'הצדקה' יותר מאשר של 'תירוף'".

21 שם, בעמ' 174.

בפרק א נוכחנו כיצד הייצוג שמקבל סיפור האונס הוא ייצוג מינימלי ו"רזה". ההסבר שמספקת דעת הרוב להתרחשותו של האונס הוא זה:

המעשה החמור שבו הורשע המערער נעשה 'ברגע של כעס בו איבד שליטה וחש רצון עז להחזיר לאשתו השפלה ברמה של השפלה אותה הוא חווה מידה' (בלשון גור-הדין), כאשר גילתה לו שהיא מקיימת קשר רומנטי עם אחר ומבקשת להיפרד ממנו.²²

תשוב להבהיר כי משפט זה הוא המקום היחיד שבו נותנת לנו דעת הרוב דין וחשבון על האונס, על מניעיו ועל ההקשר בו התרחש. משפט זה מבקש לדוות אודות ההסבר העובדתי של אירוע האונס²³. כלומר: הדברים מובאים לא כהסבר של האנס, הסבר שאפשר להתווכח עמו, אלא ההסבר בה"א רבא; ההסבר נקודה. כך יש להבין את האונס. המרכאות שבהן מובא הציטוט מגזר דינו של בית המשפט המחוזי אינן מרכאות מסתייגות, מצמצמות, קוראות תיגר – אלה הן מרכאות טכניות, המצטטות חלק מן העובדות כדי להשלים את התיאור המדויק, העובדתי היבש. בלשונו של בית המשפט, זה מה שקרה: היא – והיא אשתו²⁴ – השפילה אותו, ועל כן השפיל הוא אותה חזרה; התנהגות טבעית ומובנת לחלוטין. דיווח זה על ההתרחשות, שנמסר לנו כדיווח עובדתי אובייקטיבי, מקבל ללא ויכוח את ההגיון שבבסיסה של תגובתו של האנס. בכך הוא מאשר ומחזק את ההשקפה כי לאשה שנפרדה מאישה אין חירות להמשיך את חייה ולמצוא לעצמה בן זוג אחר.

אנסח את הדברים שנית: בדיווחו של בית המשפט אודות עובדות האונס אין כל קריאת תיגר שיפוטית על האלמנטים של סיפורו של האנס. האם היה צריך כבודו להיפגע כאשר פרודתו מספרת לו שהיא בקשר עם אחר? האם הפגיעה הזאת בכבודו מהווה צידוק "לאבד שליטה"? האם פגיעה בכבוד מהווה לגיטימציה להחזיר בפגיעה בכבוד ובגוף? בית המשפט אף איננו מפקפק באיוון שלו טוען האנס בין שני מעשי "הפגיעה בכבוד". האם אונס שקול בפגיעתו למעשה של "גילוי לפרוד שלך כי את מקיימת קשר עם אחר", ומאן את כפות המאזניים של הפגיעה ההדדית? בית המשפט מקבל משוואה זו ללא עוררין²⁵. זו איננה משוואה של כבוד תחת כבוד; זוהי משוואה של אונס תחת כבוד. משוואה זו היא, כמובן, חסרת בסיס משפטי ומוסרי כאחד. כשלעצמי, נדמה לי כי לו היה משיב לה: "אה, נחמד. גם לי יש אהובה חדשה, נפלאה, שאין כמותה, מעולם לא היתה לי כמותה, ואת ודאי שאינך משתווה לה" – אז אפשר היה לדבר על פגיעה שקולה ב"כבודה". הגוף הגברי מכונן אם כן בפסק הדין כנשא של כבוד, של honor. כיבוש

22 סעיף 2 לפסק דינו של השופט קדמי.

23 על ההבחנה המטושטשת בין "עובדות" ל"ערכים" ולשיפוט ערכי ראו White, הערה 6 לעיל, בעמ' 22.

24 על הבניית זהותה של הנאנסת כ"אשתו" ראו להלן, פרק ד.1.

25 כדברי קמיר: "בתברה הישראלית בשנת 1996 אדם חייב לקבל ולכבד את רצונה ואת זכותה של בת-זוגו להיפרד ממנו ולכונן קשר עם אדם אחר". קמיר, הערה 17 לעיל, בעמ' 175.

קניינו של הגבר – גופה של פרודתו – על ידי גבר אחר, נתפס בעיניו ובעיני דעת הרוב כאירוע משפיל²⁶. כל קורא סביר יבין כי "קשר רומנטי עם אחר" הוא אקט משפיל, הדורש כינון הכבוד הגברי מחדש²⁷.

דעת הרוב מבצעת פה, אם כן, את אותן פעולות של אישוש והצדקה סמויים של "התנהגות כבוד" גברית עליהם מצביעה קמיר. היא משדרת כי אונס לשם השפלה הוא תגובה סבירה ומקובלת על "פגיעה בכבודו" של פרוד שפרודתו סיפרה לו שהיא מקיימת קשר עם אחר.

ההקבלה הרטורית למושגים השייכים לתחום הקנטור בהמתה היא מובהקת. בית המשפט משתמש במינוחים המתאימים לסיטואציה של התקנטרות בהמתה, אך אינם הולמים את האירוע שלפניו. המעשה מתואר כ"רגע של כעס, בו איבד שליטה". אולם כאשר קוראים את תיאור העובדות מפי השופטת דורנר, נוכחים כי קשה היה להספיק את כל שעולל האנס לנאנסת ברגע, ואף כי תגובתו של האנס לא היתה תגובה אחידה ורציפה, אלא הורכבה משרשרת פעולות קטועות ושונות זו מזו. כזכור, הוא חסם את דרכה, כיסה את פיה עד מחנק, השכיבה על הרצפה, החדיר אצבעותיו לאיבר מינה, ניסה לבעול אותה, לא הצליח, הגיע לפורקן מיני על ירכה, דרש ממנה לרחוץ את עצמה וגרר אותה לחדר האמבטיה. אבדן שליטה ברגע של כעס הוא מינוח שאכן מתאים לסיטואציה של התקנטרות ברצח כאשר מדובר, למשל, ביריית אקדח; תגובה האורכת רגע אחד, בלתי ניתנת לחזרה ובלתי ניתנת להפסקה באמצע. שרשרת מעשיו של האנס יכולה היתה להינתק בהרבה נקודות בהן הוא יכול היה להחזיר לעצמו את השליטה שאיבד "ברגע", אולם הוא בחר שלא לעשות זאת. יציקתו של האירוע לתוך תבניות מקבילות לאלה של התקנטרות ברצח מחזקת את המסר שלפיו ההתקנטרות היתה לגיטימית, נחלתו של אדם סביר, ולכן אין הצדקה להתקומם כנגדה²⁸.

26 בכך הופך הגוף הנשי לנשא האשמה והאחריות לעירור היצרים האלימים אצל הגבר. ראו Susan Bordo, *Unbearable Weight* 8 (1993); לבנת, הערה 2 לעיל, בעמ' 210; אלון הראל וליך וגנר, "על 'האשם התורם' של קורבן האונס" פלילים 1 ו 235, 248 (תשנ"ח).

27 "לכבוד" יש נוכחות מרכזית באולם בית המשפט. מי שנוכח בו, למשל, אינם השופטים, אלא כבודם. הפנייה (המדוברת והנכתבת) היא ל"כבוד השופט" או ל"כבודו". כאשר מקום כה מרכזי ניתן למושג honor (להבדיל, למשל, ממשמעות כבוד אפסריות אחרות, כמו dignity, glory או respect), אין תימה שהשופטים מקבלים אותו כסיעון ומאששים אותו בפסק דינם כמושג שלגיטימי לפעול בשמו. את ההבחנה בין ארבעת סוגי הכבוד ואת מקומו הנכבד של הכבוד כ-honor במשפט הישראלי עשתה אורית קמיר. קמיר מצביעה על כך שהמושג הזה הוא אינהרנטי לתרבות הישראלית, והמשפט כבטא עובדה זו ויוצק שוב ושוב את תוכן honor למושג הכבוד. ראו Orit Kamir, "Honor and Dignity Cultures: the Case of kavod and kvod ha-adam in Israeli Society and Law" (forthcoming, 2000); כן ראו דורנר רחובלום, "עם כל הכבוד", הארץ – מוסף הארץ (2.7.99) 12.

28 מנחם מאוסנר מצביע על כך "שיפטים עוסקים בכתיבת 'סיפורים' לא רק כאשר הם מצויים באותו חלק מפסק הדין שלהם בו הם כותבים את הגרסה 'המוסמכת' ו'הרשמית' של עובדות המקרה שהם דנים בו; אלא ... [ש]יפטים עוסקים בכתיבת 'סיפורים' לאורך כל פסקי-הדין שלהם,

השופטת דורנר עומדת על נקודה זו יפה בפסק דינה:²⁹

דהיינו, גם כאשר הם מפעילים ומפתחים את הדוקטרינה המשפטית". מנחם מאוטנר, "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים", פלילים 2 (תשנ"ט) 11, 16.

29 זהו נוסחו המלא של פסק דינה של השופטת דורנר:

"1. המערער אנס את אישתו כ'עונש' על אשר מאסה בו והתחברה עם אחר. כפי שהסביר המערער, לא יצרו המיני דחף אותו לביצוע מעשה הפשע, אלא הפגיעה בגאותו והרצון להשפיל את אשתו ולהחזיר לה כגמולה.

כך, כאשר הגיעה האישה לדירתם המשותפת בבוקרו של יום, על-מנת לדון עימו בהסכם הגירושין, וביקשה לעזוב את הדירה בעקבות ויכוח שפרץ ביניהם, חסם המערער את דרכה. בעוד הוא אותה בכוח בצווארה ומכסה את פיה עד כי חשה שהיא נחנקת, השכיבה על הרצפה, החדיר את אצבעותיו לאבר-מינה, ותבע ממנה לשפשף את אבר-מינו. מרוב פחדה על חייה היא נענתה לו. או אז ניסה המערער לבעול אותה, ומשלא הצליח שפך זרעו על ירכה. אחר דברים אלה, דרש המערער מאישהו לרתוך את עצמה. משסירבה, גרר אותה בכוח לחדר האמבטיה. כאשר הגיע לה, כדי לרתוך את פניו, היא נמלטה, והתלוננה במסורה.

בעקבות כתב-האישום שהוגש נגדו, נעצר המערער עד תום הליכי המשפט, אך שוחרר ממעצרו כעבור חודשיים בתנאים מגבילים.

2. במשפטו המערער הודה והורשע בעבירות אינוס וניסיון לאינוס. מכאן ואילך התמקד המשפט בסבלו הרב של המערער כתוצאה מהתנהגות האישה, בתחושותיו הקשות לאחר מעצרו, בחרדתו מפני העונש הצפוי לו, ובמצבו הדכאוני עד כדי מחשבות אובדניות. פסיכיאטר שבדק אותו מטעמו אישר כי החזרת המערער לכלא עשויה להביאו למצב של דיכאון, וכי הוא עלול לגרום או לעצמו נזק בלתי-הפיך. שירות-המבחן המליץ להטיל על המערער שירות לתועלת הציבור ולהעמידו במבחן, אמצעים שלהערכתו תהיה להם השפעה הרתעתית אפקטיבית עליו ואף יאפשרו את שיקומו.

המדינה הגישה אומנם גם תסקיר בדבר הנזק שנגרם לאישה, במצוות סעיף 187(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. ואולם, בית המשפט המחוזי סבר כי אין להתעלם מן האפשרות, שעליה הצביע הסניגור, כי דברי האישה לעורכת התסקיר על הטראומה שממנה היא סובלת נאמרו לצורך ביסוס תביעת הנוזקין שהגישה נגד המערער בשל אינוסה על ידיו.

3. שופט המיעוט, השופט נאמן, שחזות-הדעת העיקרית נכתבה על ידיו, סבר כי המקרה הוא חריג ביותר, וכי יש לקבל את המלצת שירות-המבחן ולא להטיל על המערער מאסר לריצוי בפועל. הוא חיווה דעתו כי יש להטיל עליו שישה חודשי מאסר בעבודות-שירות בצירוף 18 חודשי מאסר על-תנאי, פיקוח מבחן למשך שנה, ותשלום פיצויים למתלוננת בסך 50,000 ש"ח. שופטי הרוב, השופטים שמואל פינקלמן וסלים ג'בראן, פסקו כי יש לגזור על המערער שנת מאסר לריצוי בפועל, בתוספת שנתיים מאסר על-תנאי.

על גור-דין זה עירערו בפנינו הן המדינה, שביקשה להחמיר בעונשו של המערער, והן המערער, שביקש כי נאמץ את עמדתו של שופט המיעוט.

4. חברי, השופט קדמי, בדעה כי יש לדחות את שני הערעורים ולהשאיר את העונש

המערער אנס את אישתו כ'עונש' על אשר מאסה בו והתחברה עם אחר. כפי שהסביר המערער, לא יצרו המיני דחף אותו לביצוע מעשה

על כנו. ואילו אני סבורה כי יש לקבל את ערעורה של המדינה, ולהחמיר בעונשו של המערער. ממילא יידחה ערעורו של המערער.

כידוע, בית המשפט הדין בערעור על קולת העונש יקבל את הערעור ויחמיר בעונש רק במקרים שבהם אמות המידה שעל פיהן הדין נגזר חרגו באופן מהותי מן הראוי. לדעתי, במקרה שלפנינו אכן הייתה בגזר-דינו של בית המשפט המחוזי חריגה כאמור המצדיקה את התערבותנו.

5. לענישה מסורת מגוונות. מהן תועלתיות – הרתעה כללית ואישית, מניעה, שיקום וחינוך; ומהן מסורות שעניינן הגשמת צדק ללא שאיפת תכליתיות מעשיות – תגמול והוקעה. התגמול כמסורת ענישה, מיועד לשקף את היחס הראוי בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש, ואת הוקעתה של החברה את מעשה העבירה וסלידתה ממנו. ראו דברי השופט אלון בע"פ 2157/92 פדידה נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 81, 84–85. בקביעת העונש על בית המשפט לתת למסורות הענישה השונות משקל ראוי, ההולם את נסיבות המקרה. ראו M. Frankel, *Criminal Sentences* 108–111 (1973).

6. בעניין שלפנינו עונש המאסר הקל שהושת על המערער – שנת מאסר אחת בפועל, כאשר העונש המירבי בגין עבירת האינוס הוא 16 שנות מאסר – חורג באופן קיצוני מן העונשים שמקובל להטיל על עבירות אינוס. הוא מחטיא מסורות, שבעיניי, בפשע של אינוס, הן בעלות משקל מכריע – הוקעה והרתעת הרבים. ראו, בעניין האחרון, מחקר שהראה כי 35% מן הסטודנטים שנדגמו היו נכונים לבצע מעשי אינוס לולא חששו מהעונש S. Randall & V.M. Rose, 'Forcible Rape,' in *Major Forms of Crime* 47, 56 (R. Meier ed., 1984).

7. בגזר-הדין ניתן גם משקל מופרז לשיקומן של המערער, בעוד שהנוק שגרם לאישה, שבכבודה פגע המערער בכוונת המכוון, לא קיבל ביטוי הולם. בעניין זה אף לא מובן לי מדוע דברי האישה על הסראומה שממנה היא סובלת, שהיא תוצאה צפויה מן האינוס, לא נמצאו ראויים לאמון מלא. שכן, אינוס על ידי בן-זוג הינו טראומטי לא פחות מאינוס על ידי זר. הסבירה זאת פרופ' רוד:

'Contrary to popular assumption, spousal rape is not less harmful than violent sexual assaults. Indeed, marital rape victims report more long-term injuries than women raped by strangers'. [Deborah L. Rhode, *Justice and Gender* 250 (1994).]

8. הנאשם שבפנינו אינו נזקק לשיקום מיוחד. מצוקתו היא תגובה טבעית ומתבקשת של פושע החרד מן העונש הצפוי לו. על-כל-פנים, שיקומו של נאשם, גורם חשוב ככל שיהיה, איננו השיקול היחיד בענישה. על העונש לשקף את חומרת המעשה ואף להתחשב בהרתעת הרבים ובריבוי מעשי האלימות נגד נשים, לרבות התופעה המחרידה של אינוס נשים לשם השפלתן. תופעה אחרונה זו היא מסוכנת במיוחד כאשר האלימות באה כתגובה לרצונה של האישה להיפרד מבן-זוגה, ואף לאחר הפרידה. ויעיד המספר הרב של מקרי אלימות נגד נשים הקשורים בהחלסתה של האישה לנתק את קשריה עם

הפשע, אלא הפגיעה בגאוותו והרצון להשפיל את אשתו ולהחזיר לה כגמולה³⁰.

ובהמשך:

על העונש לשקף את חומרת המעשה ואף להתחשב בהרתעת הרבים ובריבוי מעשי האלימות נגד נשים, לרבות התופעה המחרידה של אינוס נשים לשם השפלתן. תופעה אחרונה זו היא מסוכנת במיוחד כאשר האלימות באה בתגובה לרצונה של האישה להיפרד מבן-זוגה, ואף לאחר הפרידה. ויעיד המספר הרב של מקרי אלימות נגד נשים הקשורים בהחלטתה של האישה לנתק את קשריה עם הגבר³¹.

בקבלה המובלעת של הסבר הפגיעה בכבודו של האנס כהסבר לגיטימי להצדקת האונס, ובהתעקשותו למקם את האונס הזה כאונס לא רגיל, יוצר בית המשפט, לפי הצעתי, מעין עבירה פסיקתית, חדשה מבחינת יסודותיה, שניתן לכנותה "אונס מתוך התקנטרות". כשם שעבירת ההריגה פחות חמורה מבחינת אי-מוסריותה ופגיעתה בערכים מוגנים מעבירת הרצח, כך עבירת האונס מתוך התקנטרות פחותה בחומרתה מעבירת האונס. יסוד "היעדר הקנטור" המבדיל, בין שאר יסודות, בין רצח להריגה (ושהוכר עד כה במשפט הישראלי רק כאשר נפגע כבודו של גבר שבת-זוגו לשעבר התקשרה עם אחר³²), משמש פה באופן לא מוצהר באותו תפקיד: לשם הבדלה מפחיתה בין אונס "רגיל", שכלפיו יש הצדקה להתייחס במלוא החומרה, לבין אונס מתוך התקנטרות, זה המוצדק חלקית, ולכן כזה שאפשר להעניש עליו בחומרה פחותה בהרבה מזו שמענישים על אונס "אמיתי", כיוון שלאנס יש צידוק-מה להתנהגותו האלימה³³.

הגבר. ראו Martha R. Mahoney, 'Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation,' 90 Mich. L. Rev. 1, 65-66 (1991).

אשר-עליכן, ובהתחשב בכך שבהחמירו בעונש בערעור אין אנו נוהגים להטיל את מלוא העונש הראוי, הייתי מקבלת את ערעור המדינה, וגוזרת על המערער חמש שנות מאסר, מתוכן שלוש שנים לריצוי בפועל, והיתרה על-תנאי".

30 סעיף 1 לפסק דינה של השופטת דורנר.

31 סעיף 8 לפסק דינה של השופטת דורנר.

32 ראו הערה 17 לעיל, והסקסט לידה בגוף המאמר.

33 ראו מנחם מאוטנר, "המשפט הסמרי מן העין", אלפיים 16 (תשנ"ח) 45, 47: "אבל תפישות כאלה של המשפט [תפישות הרואות אותו כמוסד נפרד מן הפרקטיקות החברתיות היומיומיות, ותופסות אותו כמקיים יחס שטוח לפיו בני-אדם מכוונים את התנהגותם לפי המשפט אך לא מושפעים ומעוצבים על ידו] הן שגויות ומטעות, במידה שהן אינן מקצות מקום לתפקיד החשוב שהמשפט ממלא ביצירת המשמעות בחייהם של בני-האדם, היינו בעיצוב היעדים שאותם הם מבקשים להשיג בחייהם, בקביעת האופנים שבהם הם מגדירים את הזהויות שלהם בהקשרים שונים של היחסים החברתיים, ובקביעת הדרכים שבהן הם תופשים את הכוחות העומדים לרשותם כלפי בני-אדם אחרים ואת הכוחות העומדים לבני-אדם אחרים כלפיהם. היחס בין בני-האדם לבין המשפט אינו

ג. לא אונס טיפוסי – הבניית האסור והמותר, החמור והנסלח, בפסק הדין

בספרה המקיף העמידה אותנו Susan Estrich³⁴ על ההבחנה הבלתי מוצהרת, הנוכחת בכל שלב בהליך שיפוטי שבמרכזו אונס, בין אונס אמיתי (Real rape) לבין אונס סתם (Simple rape)³⁵. על אונס אמיתי מענישה המערכת המשפטית בחומרה. היא מקיימת חקירה מקיפה, היא תופסת חשודים, מרשיעה נאשמים וגוזרת עליהם עונשים כבדים, היא מאמינה לנאנסות הבאות להתלונן על אונס כזה והיא משקיעה משאבים במניעתו. תכונותיו של אונס זה הן שהוא מתבצע בין אנשים שאין ביניהם היכרות מוקדמת; שבמעשה היתה כרוכה אלימות פיזית הן של האנס הכופה והן של הנאנסת המנסה להתנגד; שהאנס הוא בעל תכונות של זרות או "אחרות" (גזעיות, אתניות, מעמדיות וכו'); שהנאנסת היא בעלת נשיות "נורמטיבית" מסורתית (נשואה, הטרוסקסואלית, מקיימת אורח חיים "מהוגן") ועוד³⁶.

חד-כיווני, אפוא, אלא מעגלי..."

Susan Estrich, *Real Rape* (1987) 34

עלי להודות כי תגובתי הראשונה למינוח שבו השתמשה Estrich לסיווג סוג אחרון זה של מעשי אונס – המינוח "Simple rape" – הייתה מסריגת. חשבתי שזה איננו ביטוי מוצלח, כיוון שאין שום דבר פשוט באלמנטים של מעשי האונס המתרחשים בחדרי חדרים, בין בני זוג או קרובים, בין מכרים או חברים. לרוב מדובר בפרשות סבוכות, סעויות מכאובים וקשות להבנה הרבה יותר מאשר מעשי האונס ה"קלאסיים". אולם, במחשבה שנייה, זה נראה לי מינוח מדויק. יש להבינו בתור "plain", "unimportant", "simply" או "סתם", כפי שבחרתי לתרגם את המונח. זה פשוט אונס. סתם אונס. עוד אונס. זה לא אונס מעניין, אונס שבגינו תצא המערכת המשפטית מגדרה, תתקומם בנגדו. היא איננה מתייחסת אליו כמעשה הפוגע בערכים חברתיים מוגנים. אפשר לסמן "וי" בסטטיסטיקה המשטרית על כך שהוא התרחש, ולעבור הלאה. הכותרת לרשימה זו מבטאת את הנימה שבה מתייחס בית המשפט למעשה האונס שלפנינו. עוד סיפור של אונס, לא יותר; אך על כך ראו באחרית הדבר.

לפני חודשים אחדים הכריזה משטרת ישראל על מבצע לתכנון מחדש של גנים ציבוריים על ידי ארכיטקטים בשירות המשטרה, שיעצבו אותם כך שלא יהיו בהם פינות מסתור המאפשרות ביצוע מעשי אונס בהיחבא. כל יוזמה ופעולה שעשויה להפחית מנגע האונס היא, כמובן, מבורכת, אולם הבחירה להקדיש משאבים דווקא לגודלם של השיחים היא דוגמא מדהימה לאופן שבו דעות קדומות מביסות נתונים אמפיריים, בבחינת נילחם במניעת האונס שאנו מסוגלים לראות, באונס כפי שאנו תופסים שאונס צריך להיות, ולא באונס המתרחש למעשה. הנתונים מצביעים על כך שיותר משני-שלישים ממעשי האונס מתבצעים בבית, בין קרובים, חברים או מכרים, ולא במקומות מסתור ציבוריים. נתוני איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות אונס ותקיפה מינית מעלים כי בשנת 1997, רק כ-11.4 אחוז מבין דיווחי האונס למרכז היו של אונס על ידי זר (הדו"ח השנתי של מרכזי הסיוע לנפגעות תקיפה מינית 27). לסקירת נתונים אמריקניים על התפלגות מקרי

ה"אונס סתם" (המוכר יותר בספרות בשם "Date rape") מתאפיין, לעומת זאת, בכך שהוא מתרחש בין מכרים; שכפיית המעשה היא לא תמיד תוך שימוש בכוח פיזי רב אלא באמצעי לחץ אחרים כגון איום בשימוש בכוח, איום לספר לאנשים אחרים ועוד; שההתנגדות לו לא היתה פיזית אלימה; שהאנס הוא בעל מאפיינים של גבר "רגיל" ושהנאנסת איננה ממלאה אתר מאפייני הנשיות "התקינה": היא בעלת "עבר מיני" עם כמה בני זוג, היא רווקה, גרושה או אם חד-הורית, היא לסבית, היא לבנה הנשואה לשחור (או יהודייה הנשואה לערבי) ועוד³⁷. המערכת המשפטית מתייחסת לאונס כזה כאילו הוא איננו חמור באמת, ולכן כאל מקרה שאיננו מצדיק תגובה נמרצת, ענישה חמורה או הקדשת אמצעים אחרים למניעה ולהרתעה. דעת הרוב בפסק הדין שלפנינו ממקמת את האונס הנדון כאונס "לא אמיתי". השופט קרמי סבור כי:

אכן, העונש שנגזר על המערער הינו עונש מתון אם לא למעלה מזה בהתחשב בטיבה של העבירה; אך מאידך גיסא – המקרה הינו יוצא דופן בהתחשב ברקע ובנסיבות המיוחדות בהן התרחש³⁸.

ועוד:

הארוע – הקשה כשלעצמו – התרחש על רקע של 'ליקוי מאורות' אצל המערער. לא היתה למעשה כל הצדקה ושום הסבר אינו ממעט מתומרתו. ברם, מאידך גיסא, עומד בפנינו מי שבנה עולם והציל חיים; ועולמו שלו חרב עליו באחת. זהו מקרה מיוחד ויוצא דופן, שאינו מתיישב עם דמותו ואישיותו של המערער מצד אחד ועם אורח חייהם המשותפים שלו ושל המתלוננת במשך השנים שבנו יחד את קינם מצד שני. אין זה מקרה טיפוסי של עבירת האונס והמערער והמתלוננת אינם האנס והנאנסת הטיפוסיים; ואנו כבית משפט של בשר ודם איננו רשאים להתעלם מכך. על המערער לרצות שנת מאסר בפועל בשל רגע של אבדן שליטה; ולנוכח מצבו האישי כמתחייב מן התעודות שהגיש ב"כ, אין זה עונש קל עבורו כלל ועיקר³⁹.

האונס לפי ההיכרות בין האנס לנאנסת ראו Matoesian, לעיל הערה 7, בעמ' 7-8, 213-214; Rhode, הערה 1 לעיל, בעמ' 246. על מוטיב "האנס הזר" בתפיסות האונס המקובלות ראו גם Lisa M. Cuklanz, *Rape on Trial* 28-31 (1996).

37 לניתוח מצוין של הבנייה שיפוטית של דמותה של נאנסת כבעלת נשיות לא נורמטיבית ולכן "מותרת" ראו לבנת, הערה 2 לעיל, בעמ' 228-230.

38 סעיף 4 לפסק דינו של השופט קדמי (ההדגשה הוספה).

39 סעיף 5 לפסק דינו של השופט קדמי.

והשופט אנגלרד קובע כי:

באשר לערעור המדינה, אני מצטרף למסקנתו של חברי השופט י' קדמי כי בנסיבות המיוחדות של מקרה זה, אין גזר דינו של בית המשפט קמא חורג מתחום הסביר במידה המצדיקה את התערבותו⁴⁰.

בהיעדר נימוקים מפורטים אצל שני שופטי הרוב, כל שנותר לנו בניסיון להתחקות אחר הטעמים לעמדתם לפיה לא מדובר באונס "אמיתי" הוא להיאחז בעובדות המקרה ובפרטים שהם בוחרים לספק אודותיו, בהנחה שאלה הם פרטים משמעותיים ורלוונטיים בעיניהם, ולהסיק בדרך האינדוקציה מהם רכיביהם של מקרי אונס "לא טיפוסיים". הטעמים המעטים שניתן לדלות מהפרטים שבותר השופט קדמי לספק לנו בפסקה המצוטטת לעיל, הם:

1. האנס איננו בעל אישיות של אנס (מדובר במי שבנה עולם והציל חיים, המקרה יוצא דופן ואיננו מתיישב עם אישיותו);
 2. הוא מכיר את קורבנו (המקרה איננו מתיישב עם אורח חייהם המשותפים של האנס ושל הנאנסת) – דבר המפחית מחומרתו של המקרה;
 3. מדובר באירוע שהתרחש רגע קצר, לא עסק גדול ("רגע של אבדן שליטה") – המחוויר לאור השנים שחיו ביחד (היינו: השנים הרבות בהן היא הסכימה לקיים אתו יחסי מין);
 4. למערכת יש אשם תורם לאירוע, בכך שגרמה לו לאבדן שליטה (כאשר גילתה לו שהיא מקיימת קשר עם אחר, איבד הוא שליטה, ברגע של כעס)⁴¹.
- קיים, אפוא, פער בין שתי רמות של שיח בפסק הדין. ברמת הפשט, ברמה המוצהרת והגלויה, המעשים שעשה האנס, המוגדרים בחוק כאיננס, זוכים ליחס פורמלי של מעשים אסורים ופסולים בפסק הדין. מלים כמו "המעשה החמור" ו"ליקוי מאורות" משמשים לתיאור המעשה, ו – אחרי הכל – עושהו נדון לעונש. אולם ברמה הסב־טקסטואלית, זו הלא מוצהרת, מעבירה דעת הרוב מסר אחר. המין האסור באמת, הפסול באמת, הוא זה שבין שני זרים, זה שהאנס בו הוא בעל תכונות של אנס אמיתי, שהנאנסת איננה מקנטרת אוונו בסיפורים על בני זוג חדשים ועוד. מין בין בעל לאשתו, לעומת זאת, הוא מותר תמיד. אשה שנפרדה מבעלה ומודיעה לו שיש לה בן־זוג אחר צריכה לצפות שזו תהיה תגובתו, ושתגובה זו תתקבל בכלחנות ובהבנה מובלעות על ידי המערכת השיפוטית⁴².

40 פסקה אחרונה לפסק דינו של השופט אנגלרד (ההרגשה היספה).

41 על האשמת הקורבן בהתמודדות השיפוטית עם אירוע האונס ראו Cuklanz, הערה 36 לעיל, בעמ' 27–23.

42 מחקר ישראלי מצא כי בתודעת השופטים קיים מודל פרוטוטיפי של אונס (אליו אני מתייחסת כ"אונס אמיתי"), וכי ניתן לנבא את סיכויי ההרשעה של נאשמים ואת חומרת הענישה של

השופט דורנר, לעומת זאת, מדגישה את ההקשר החברתי הרחב של אירוע האונס. היא מצביעה על העובדה שמדובר לא באונס "לא רגיל", כי אם בתופעה חברתית נפוצה שעל המערכת השיפוטית להתאמץ למנוע אותה.⁴³

מישל פוקו הצביע על כך שמערכת השליטה על הפרקטיקות המיניות, מערכת ייצור המיניות, איננה מתרחשת בתוך מודל פשטני של הפעלת כוח משפטי האוסר ומתיר פרקטיקות מיניות כאלה ואחרות (כלומר: מודל שבו מה שמצהירים עליו כעל אסור על פי החוק מתקבל כאסור). הרשת הארוגה של שדות השיח אודות מיניות, שהשיח המשפטי הוא חלק ממנה, היא חלק מתהליך של נירמול של פרקטיקות מיניות מסוימות, והפיכתן של אחרות לסוטות או לבלתי לגיטימיות.⁴⁴ השיח המשפטי יוצק משמעות לתוך האירועים הבאים לפניו, ומסווג אותם לאירועי מין או אלימות, לאירועים רגילים או נדירים, לאירועים חמורים או נסלחים. משמעות זו מכוננת מציאות. היא מבנה את מה שמתור באמת ואת מה שאסור באמת.

מערכת הכוחות הפועלים בפסק דין זה היא הרבה יותר סבוכה מאשר הסכמה הבאה:

(אונס הוא אסור + התבצעה עבירת אונס) X נסיבות קונקרטיות =
שנת מאסר בפועל ושנתיים על תנאי

המשתנים במשוואה הזאת, והתוצאות שלה, הם מורכבים הרבה יותר. מתוך השיח המשפטי והמלים שבותרים השופטים לספר באמצעותן את הסיפור, מתוך שיקוליהם, מתוך הקולות להם הם נותנים מקום ומתוך אלה שהם משתיקים, עולה מסר של מתן לגיטימציה סמויה למעשה, הבנה שלו, אישור הכוחות הפועלים בו והנצחתם כלגיטימיים.

אין מדובר במודל פשטני של סיבה ותוצאה: טענתי איננה כי בגלל פסק הדין הזה והרטוריקה שלו יתרחשו יותר מקרי אונס על רקע "פגיעה בכבוד". המונח שבו משתמש פוקו "תנאי אפשרות" – מתאים פה. אני מציעה שסוג כזה של שיח אודות האונס הזה מאפשר, כחלק ממסכת תרבותית רחבה הרבה יותר, את הנירמול של התנהגות כגון זו שבאה לפני בית המשפט בפסק הדין הזה.⁴⁵

בלשונה של קת'רין מקינון:

מורשעים לפי השאלה באיזו מידה תואם אירוע האונס העומד לפני בית המשפט את המודל. ראו רינה בוגוש ורחל דון-יחיא, מגדר ומשפט: אפליית נשים בבתי המשפט בישראל (1999).

43 ראו הציטוט מפסק דינה של השופטת דורנר לעיל, ליד הערה 30.

44 "אוספי החוקים שנערכו ושוכתבו, וכל אותה פעילות תחקיתית מתמדת ורועשת, כל אלה אינם צריכים להשלטנו: אלה הן צורות שמאפשרות את התקבלותו של כוח, שבעיקרו של דבר הוא כוח מנרמל". מישל פוקו, תולדות המיניות: הרצון לדעת 97 (1996); כן ראו שם, בעמ' 60–63 ו-67.

45 ראו Alan Hunt & Gary Wickham, *Foucault and Law* 6 (1994).

The reality is that not only married women, but also women men know or live with, can be raped at will. Men know this. Rape is not illegal, it is regulated. When a man assaults his wife, it is still seen as a domestic squabble, as permissible.⁴⁶

לסיכום, האירוע שבא לפני בית המשפט בפסק הדין שלפנינו לא "פשוט קרה". הוא ביטוי של רשת סבוכה של כוחות שהפכו אותו לאפשרי ולסביר, ביניהם האופן שבו מערכת המשפט מטפלת בסיפורים כאלה, מאששת את התוקף שלהם, ומזמינה את הדומים להם ואת הבאים אחריהם. בפסק הדין הזה בית המשפט מקבל כלגיטימי את המודל שבתוכו פעל האנס, ומחזק אותו במובלע.

ד. הבניית הגוף הגברי והגוף הנשי בפסק הדין

1. גוף לאומי מול גוף פרטי

המידע שמספקים לנו השופטים אודות הצדדים הוא המידע היחיד שיש לנו אודותיהם; כל מה שאנו יודעים על הצדדים, בחסדם אנו יודעים. המידע המסופק מקבל, בעצם הפעולה של מסירתו בפסק הדין, מעמד של מידע נחוץ, רלוונטי, אובייקטיבי, מקיף ו"שקוף". אין להתווכח עם האמת שנמסרת לנו, אין להתחקות אחר מקורה, אחר המוטיבציות שלה, אחר הטיותיה או נטיותיה. כך, למשל, האינפורמציה שמוסר לנו פסק הדין אודות עיסוקיו הצבאיים והאזרחיים של האנס נראית – בעצם הבאתה – מתבקשת וברורה מאליה, ובכך חוסמת כל לגיטימציה לערעור על הרלוונטיות שלה או על האופן שבו היא צריכה לתפקד בפסק הדין.

נבדוק, אם כן, כיצד נבנית דמותו של האנס בסיפור פסק הדין. הדבר הראשון שאנו יודעים על האנס, מלבד פרטי הרשעתו, הוא ש"המערער קיים עד לארוע המקרה אורח חיים נורמטיבי ללא רבב"⁴⁷. ומהו אורח חיים נורמטיבי ללא רבב בעיני בית משפט ישראלי? הטקסט עובר לתאר כי "את שירותו הצבאי עשה כחובש קרבי בצנחנים ולאחר מכן עבד כפרמדיק במד"א וזכה בתעודת הוקרה מיוחדת של 'מציל חיים'⁴⁸. האנס צועד לפסק הדין כמי שמייצג בגופו את הלאום. הוא ממוקם מיד בספרה הציבורית, בלבו של הקיום הלאומי הציוני הישראלי. זהו גוף לוחם, נאמן למולדת, גוף

Catherine A. MacKinnon, "Not by Law Alone: From a Debate with Phyllis Schlafly," 46
in *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, הערה 5 לעיל, בעמ' 21, 26
(ההדגשה הוספה).

47 סעיף 2 לפסק דינו של השופט קדמי.

48 שם.

נותן חיים ולא רק נלחם, גוף המבטא את הערכים המוסריים העליונים של החברה הישראלית. בהמשך אף מתואר האנס כ"מי שבנה עולם והציל חיים"⁴⁹. אחרי הכְּנִיָּה כזו של הדמות, השאלה שעל הפרק הופכת להיות לא האם הנאנסת גאנסה (ומה העונש הראוי על כך), אלא האם המערער הוא אנס. בית המשפט בונה את דמותו של הגבר באופן כזה שיהיה קשה לתפוס אותו ולהתייחס אליו כאל אנס. בניסוחה המצויין של Susan Estrich:

...[T]he issue to be determined is not whether the man is a rapist, but whether the woman was raped"⁵⁰

לכן, "אין זה מקרה טיפוסי של עבירת האונס"⁵¹ כדברי השופט קדמי; לכן אפשר להסתפק בעונש נמוך מאוד; לכן אפשר להתייחס בחשדנות לנוקמים שלהם טוענת הנאנסת בעקבות האונס; לכן נפשו הרגישה נפגעת מן האירוע. האשה, לעומת זאת, איננה מקבלת כל אפיון מסוג זה. מיקומה בספרה הציבורית איננו רלוונטי; הוא איננו עולה כשאלה. אין לה קיום מקצועי או פומבי⁵²; למעשה, כל שמות

49 סעיף 5 לפסק דינו של השופט קדמי.

50 Estrich, הערה 34 לעיל, בעמ' 96. עוד על הגבר שאיננו אנס מסבכו ולכן איננו אנס ראו Freeman, הערה 14 לעיל, בעמ' 532.

51 סעיף 5 לפסק דינו של השופט קדמי.

52 מיקי גלזמן מנתח את ההבניות הג'נדראליות ב"אלסטנילנד" של הרצל, ומגדיר כטקסט בעל תפקיד מכונן באתוס הלאומי הישראלי. האלמנטים הג'נדראליים עליהם עומד גלזמן (אפיוני הגוף הגברי הציוני, הדרת הנשים מן הספרה הציבורית) מהדהדים בפסק הדין הזה באופן שמאשש את טענתו של גלזמן בדבר היותו של הסקס לא רק ספרותי-בדיוני, אלא גם מכונן מציאות חברתית ותרבותית. מיכאל גלזמן, "הכמיהה להטרסקסואליות: ציונות ומיניות באלסטנילנד", תיאוריה וביקורת 11 (1998), 145, 158-160.

סוזן בורדו מראה כיצד דמויותיהן של הנשים והגברים בשלוש פרשות שהעסיקו את דעת הקהל האמריקנית (פרשת ההטרדה המינית של אניטה היל וקלרנס תומס ופרשות האונס בהן היו מעורבים דזירה וושינגטון ומייק טייסון, ופטרישה באומן וויליאם קנדי סמית') נבנו באופן דומה לזה המתואר כאן. ראו Bordo, הערה 26 לעיל, בעמ' 235:

"Throughout each of the proceedings, the man accused was endowed – by the lawyers, the senators, the media – with personal and social history, with place and importance in the community. The woman concerned was continually portrayed (as Beauvoir has put it) simply as 'the Sex,' as 'Woman,' with all the misogynist ideology that attached to 'Woman' when she presents herself as a threat to male security and well-being: she is a vindictive liar, a fantasizer, a scorned neurotic, mentally unbalanced, the engineer of man's fall."

אביגדור פלדמן עומד על דיכוסומיה דומה של דמויות פרסיות-שטוחות מול דמויות לאומיות-עמוקות בהצביעו על האופן שבו הרטוריקה השיפוטית מבנה את דמותו של הערבי כפרטי, תלוש

התואר שהיא מקבלת בפסק הדין הם כאלה הקושרים אותה בעבותות אל חיה עם האנס, שמות תואר שעניינם מעמד אישי ומצב משפחתי. בשורה השנייה והשלישית של פסק הדין היא מקבלת שני שמות תואר. שניהם כולאים אותה לנצח בתוך היחס אל האנס: "המערער... הורשע... בעבירות של אינוס ונסיון לאינוס של אשתו שחיה באותה עת בנפרד ממנו ועתה היא גרושתו" (ההדגשות הוספו).

שם התואר השלישי, המתאר במדויק את מעמדה האישי ביחס לאנס בעת האנוס עולה במובלע אך אינו קיים שם; פסק הדין מסרב להביאו. העמימות הלשונית של פסק הדין ביחס למעמדה האישי מתעתעת בנו:

המעשה החמור שבו הורשע המערער נעשה 'ברגע של כעס בו איבד שליטה וחש רצון עז להחזיר לאשתו השפלה ברמה של השפלה אותה הוא חווה מידה' כאשר גילתה לו שהיא מקיימת קשר רומנטי עם אחר ומבקשת להיפרד ממנו⁵³.

המשפט הפנומנלי הזה מובא כאן שוב, ועוד יובא בהמשך. מקריאת המשפט עולה כי מי שנאנסה היא אשתו (להבדיל מ"פרודתו", או "אשתו בנפרד"), וכי האנוס התרחש בעת שבישרה לו כי רצונה להיפרד ממנו. עלינו לקרוא שוב ושוב, בעין בוחנת, כדי להבין שלא זה היה סדר הזמנים. האנוס התבצע במצב של פרידה שהתרחשה מכבר. הרי היא חיה באותה עת בנפרד ממנו, ובאה לדון אתו במכירת דירתם המשותפת. מבחינת השופט קדמי האנוס התרחש בין בני-זוג נשואים, וההודעה על רצונה להיפרד הובילה אליו. מתי נגמרים יחסי הקניין בין "בעל" ל"אשתו"? כל ניסיון שלה להיחלץ מן הקישור אליו, להיתפס כבעלת קיום עצמאי (הן מבחינת המעמד האישי והן מבחינת הקיום בחיים הציבוריים) או למצער כפרודתו של האנס, כמי שכבר נפרדה ממנו ויש לה חיים במנותק ממנו, הוא חסר סיכוי. כיוון הזמנים הרטורי הזה, המתייחס לפרידתם בפועל (להבדיל מן הפרידה המשפטית, שבעת האנוס עוד לא התגבשה) כאילו התרחשה זה עתה, עובר לאנוס, שולל כל אפשרות ייצוג לרצונה של האשה לחיות בנפרד מבעלה, ומקבע את דמותה כ"כל הזמן אשתו".

הפמיניזם הליברלי הצביע על האופן שבו כחלק מהשקפת העולם הליברלית, המתבססת על חלוקות דיכוטומיות של אנושי מול חיתית, תבוני מול רגשי, ציבורי מול פרטי ועוד – ממוקם הגברי מול הנשי כחלק מן הצמדים הבינאריים הללו. היינו: נשיות נתפסת כמהות גופנית בעיקרה (ממלאה פונקציות של אסתטיקה ושל רבייה), אמציונלית ושייכת לספירה הפרטית. קיומה הוא בראש ובראשונה קיום ביתי, קיום של זו המטפחת קן חמים ואוהב, שבו יוכל הגבר השב מן המאבק הקשה והתחרותי על הקיום

חסר קיום בזמן או במרחב, לעומת היהודי בעל הקיום הלאומי, המשך ההיסטורי, המיקום בחלל קונקרטי שאליו הוא שייך בעבותות. ראו: אביגדור פלדמן, "המדינה הדמוקרטית מול המדינה היהודית: חלל ללא מקומות, זמן ללא המשכיות", עיוני משפט יס 717 (תשנ"ה).

53 סעיף 2 לפסק דינו של השופט קדמי (ההדגשות הוספו).

ועל עיצוב החיים הציבוריים (בפוליטיקה ובעסקים) למצוא נחמה, יופי ומקום לביטוי אינטימיות⁵⁴. כפי שמציינת Jasmina Tesanovic⁵⁵:

National, State and public identity for women are a second-hand identity.

כידוע, עד סוף המאה ה-19 ותחילת המאה ה-20 נבלעה אישיותן המשפטית של נשים במדינות המשפט המקובל לתוך האישיות המשפטית של בני זוגן. הן חסרו את הכוח להתקשר בחוזים, להיות בעלות על קניין, לרשת או לבחור ולהיבחר⁵⁶. כחסרות אישיות משפטית וכקניינם של בעליהן, לא הכיר המשפט באינוסן על ידי "בעליהן". הבאת הדברים היום עשויה להיראות אנכרוניסטית, אולם תפיסות אלה של נשיות וגבריות מהדהדות באופן שבו נבנית בפסק הדין דמותו של האנס⁵⁷. ההקשר הלאומי והציבורי שבו מושמת דמותו מיד, גורם למעשה האונס להיראות בלתי חשוב (שהרי הציבורי חשוב יותר מן הפרטי) ולא ראוי להתערבות (כמעשה שהתרחש בספרה המוגנת שאיננה עניינה של התברה – הספרה הפרטית, המשפחתית)⁵⁸. במלים אחרות, הזהות הגברית מקבלת מיד לגיטימציה באמצעות הצגת תפקודה הנאות בספרה הציבורית. באור זה מתגמד מעשה האונס ומחוויר, ונעשה היבט שולי בקיומו של הגוף הגברי⁵⁹. הפרקטיקה של בית

54 Imelda Whelehan, *Modern Feminist Thought: From the Second Wave to 'Post-Feminism'* 25-43 (1995); Rosemarie Tong, *Feminist Thought: A Comprehensive Introduction* 13-31 (1989); *The Subjection of Women: Contemporary Responses to John Stuart Mill* xviii-xxii (Andrew Pyle ed., 1995); חגי הורוביץ "החוקה האמריקנית ומעמד האישה: רקע, מסמכים והערות", זמנים 26, 48; בילסקי, הערה 8 לעיל, בעמ' 47-51.

55 Jasmina Tesanovic, "Women and War: A Serbian Perspective," 23 *WIN (Women's International Net) Magazine* (July 1999) (<http://welcome.to/winmagazine>); Jan Lewis, "Motherhood and the Construction of the Male Citizen in the United States, 1750-1850," in *Constructions of the Self* 143 (George Levine ed., 1992).

56 Whelehan, לעיל הערה 54; Tong, לעיל הערה 54.

57 זהותיחסות לסטטוס המשפחתי של נשים ומחיקת זהותן המקצועית והלאומית נפוצה גם במישורים אחרים, כגון ביחס לנשים עברייניות בדיווחים תקשורתיים. ראו Mimi Ajzenstadt & Odeda Steinberg, "The Feminization of the Female Offender: Israeli Newspaper Reports of Crimes Committed by Women," 8(4) *Women and Criminal Justice* 57, 60, 66-68 (1997).

58 ראו Estrich, לעיל הערה 34, בעמ' 23-24, הרנה בנימוק ההגנה על הפרטיות, שמעלה לעתים קרובות כסיבה שלא לראות אונס בין בני-זוג כחמור וכעילה להתערבות שיפוטית.

59 ישעיהו ליבוביץ' מצביע על חשיבות הסמל הלאומי בקיום הגברי הישראלי: "תראה, אם אני משוחח עם מנהלי בתי-ספר אצלנו, ואני שואל אותם: אם אתם משוחחים ביניכם בשאלה אם בית-הספר שלי הצליח בחינוכו או לא הצליח בחינוכו, או הקריטריון העיקרי שלכם הוא אם יוצאי בתי-הספר שלנו יהיו חיילים טובים, הרבה יותר מאשר השאלה אם יוצאי בתי הספר שלנו יהיו בחורים מהוגנים. ורובם מודים לי בצער רב שזאת היא האמת..." [בישראל], כשמדברים אנשים

המשפט בבניית הזהות הגברית כזהות ציבורית מבטאת ומאששת את אותן תפיסות ליברליות קלאסיות שתוארו לעיל. כך, למרות שהמשפט הישראלי מעיד על עצמו כי עיקרון השוויון בין גברים לנשים הוא נר לרגלי, הפרקטיקות שלו חותרות תחת הכיוון המוצהר, ומשקפות ומחזקות תפיסות ישנות בדבר המהויות הנבדלות והתפקידים החברתיים השונים של נשים וגברים.

Jody Freeman דנה באופנים שבהם פועלת רטוריקה שיפוטית של זהויות מגדריות נבדלות:

[R]epresentations are understood as more than reflection of reality; they have a normative function. Implicit in any seemingly neutral portrayal of how men and women 'are' is an argument about how they 'should' be. The point is that we are all disciplined by this system. There are rewards for playing along and penalties for breaking the rules. In addition, there is a subtle but profound harm that flows from a failure to question and challenge prevailing views about gender, race, and class. One might be led to believe that stereotypes are in fact inevitable and that they correspond to the full range of people's experiences and identities. Instead of looking for opportunities to crack the foundations of the controlling framework, one might be discouraged into believing that reversals and subverting moves are not possible. The power of representation reaches its height somewhere in this vicious circle of consciousness control, where social construction is mistaken for nature and interpretation masquerades as truth.⁶⁰

בסוף פסק דינו של השופט קדמי ניתנות כמה דוגמאות לשוניות מובהקות לאופן שבו אירוע האונס נבנה כאירוע נקודתי אל מול הרצף, המִשָּׁךְ המפואר והנורמטיבי של חייו של האנס:

הארוע – הקשה כשלעצמו – התרחש על רקע של 'ליקוי מאורות' אצל המערער. לא היתה למעשה כל הצדקה ושום הסבר אינו ממעט מחומרתו. ברם, מאידך גיסא, עומד בפנינו מי שבנה עולם והציל חיים; ועולמו שלו חרב עליו באחת. זהו מקרה מיוחד ויוצא דופן, שאינו מתיישב עם דמותו

לתומם על אדם אחר, מהו ומה סיבו, אם מדובר על צעיר, העיקר הוא אם הוא חייל טוב או יהיה חייל טוב או יהיה חייל טוב יותר מאשר השאלה אם הוא מכה את אשתו או לא מכה את אשתו" (ההדגשות הוספו). ישעיהו ליבוביץ בסרט יזכור: העבדים של הויכרון (ישראל, IMA Productions, 1991, בימוי: איל סיון).

Freeman, הערה 14 לעיל, בעמ' 538–539.

ואישיותו של המערער מצד אחד ועם אורח חייהם המשותפים שלו ושל המתלוננת במשך השנים שבנו יחד את קינם מצד שני. אין זה מקרה טיפוסי של עבירת האונס והמערער והמתלוננת אינם האנס והנאנסת הטיפוסיים; ואנו כבית משפט של בשר ודם איננו רשאים להתעלם מכך. על המערער לרצות שנת מאסר בפועל בשל רגע של אבדן שליטה; ולנוכח מצבו האישי כמתחייב מן התעודות שהגיש ב"ב, אין זה עונש קל עבורו כלל ועיקר⁶¹.

המספורה "ליקוי מאורות" מעניינת. האם רומזו פה הטקסט לאופן שבו נחוה ליקוי חמה או לבנה בימי קדם: זמן של חשכה, פחד ובלבול, המופיע בלי שליטה ובלי יכולת צפייה מראש? לפי פרשנות זו, המערער הוא קורבן לאירועים שמחוץ לשליטתו, שהכניסו אותו למצב של מבוכה ואובדן עשתונות. העובדה שהמערער התנהג כפי שהתנהג היא תוצאה של היותו נתון להשפעתם של איתני הטבע. כל אדם במצבו היה מתנהג כך, ומעשיו ניתנים להכנה ולסליחה. אפשרות אחרת היא שהמערער מוצג כ"מאור", כגרם שמים המאיר אל סביבתו ומרעיף עליה טוב. אירוע האונס, הליקוי, הוא תופעה קוסמית המתרחשת לעתים נדירות, והיא תוצר של כוחות חיצוניים המעידים על התקדמות הדברים לפי מסלולם הטבעי. כפי שהשמש והירח אינם שולטים בזמן שבו יתרחש ליקוי, כך גם הליקוי בחייו של המערער התרחש כתוצאה מפעולתם של כוחות חיצוניים (היא הרי סיפרה לו שהיא מקיימת קשר עם אחר, והוא הרי היה חייב להשיב לעצמו את כבודו שנפגע). זוהי תופעת טבע בלתי נמנעת. לפי שני הפירושים, על כל פנים, מדובר באירוע קצר, נקודתי, המצוי מחוץ לשליטתו של המערער ומהווה סטייה רגעית משגרה של הוויה תקנית ונאותה.

ועוד נקודה: עובדת היותו של האנס איש רפואה, חובש בחיים הצבאיים והאזרחיים, מתפקדת כאן כעובדה מקלה, הפועלת ליתר התחשבות באנס. איני חולקת על כך שיש להתחשב בעבר של אורח חיים חיובי בשיקולים לעונש; עם זאת, יש להקדיש מתשבה לעובדה שבמקרה זה הקשר בין מקצועו של האנס לבין המעשה שבו הוא הורשע יכול היה לתפקד דווקא כעובדה מחמירה ולא כעובדה מקלה. התנהגותו הסבירה, הנורמלית, של איש רפואה, האמון על שמירה על שלמות גופם וכבודם של אנשים יותר מאדם רגיל שאין זה מקצועו, היא התנהגות של הגנה, הזנה וריפוי ולא של חבלה והסבת סבל. כאשר איש רפואה תוקף, פוצע ומכאיב לא לשם ריפוי, זוהי התנהגות חמורה יותר מאשר תקיפה שמבצע אדם רגיל שאין זה מקצועו. לכן אפשר היה לדמיין התנסחות הפוכה של בית המשפט, ברוח: "אדם האמון על הצלת חיים, המכיר כאב ופגיעה מה הם ומה קשה הטיפול בהם, ומחויב מתוקף מקצועו לעשות הכל כדי לשקמם – פגיעתו הגופנית המכוונת חמורה שבעתיים".

לסיכום, ההנכחה המודגשת של עברו הצבאי והמקצועי של האנס, ושל זהותו הלאומית והאזרחית, מוחקת כל אפשרות לייצוגו של אירוע האונס הפרטי כאירוע בעל משמעות

61 סעיף 5 לפסק דינו של השופט קדמי (ההדגשות הוספו).

או חשיבות. ליתר דיוק, חשיבותו היחידה של האירוע, כפי שאראה להלן בפרק ד.3, היא השפעתו הקשה על חייו של האנס⁶².

2. מערער ומתלוננת – תבניות טכניות:

רצוני להתייחס להיבט נוסף של האופן שבו נבנות דמויותיהן של האנס והנאנסת. פסק הדין איננו מספק כל פרט אודות הצדדים שאיננו נחשב חיוני למקרה. כך, גילם, מקום מגוריהם, מוצאם או מקצועותיהם אינם נמסרים (למעט ההתייחסות החריגה לעברו הצבאי והמקצועי של המערער, כמפורט לעיל). במקום שמותיהם, הם מושמים בתבניות⁶³: הם מכונים "המערער" ו"המתלוננת". לכאורה אלה הם מינוחים טכניים בלבד, תבניות פונקציונליות שבהן משתמש המשפט לצורך סימון מהיר ונות של הצדדים ותפקידיהם באירוע⁶⁴. אולם, בהיעדר הנכחה אחרת לצדדים, כינויים אלה הם הבונים את תמונת הצדדים בראשיתו⁶⁵. גם אם נבטל כהינף יד את חשיבותן של המלים בהבניית דמויותיהם של הגיבורים בפסק הדין, טענתי היא כי בין אם נודה בכך ובין אם לאו, למלים הללו יש גוון, וגוון זה משפיע על האופן שבו אנו תופסים את הצדדים ועל המעמד וה"נפח" שניתן להם בהליך המשפטי⁶⁶.

המלה "המערער" מעלה בראשנו תמונה אקטיבית. הוא לא מקבל את הדין, הוא דופק על שולחנות, הוא ספקן, הוא אקטיבי, הוא נלחם על עיצוב המציאות כרצונו. היא, לעומת זאת, "מתלוננת". מבחינה דקדוקית, זוהי אמנם הטייה פעילה (להבדיל מסבילה) של הפועל, אולם בהשוואה לערעור, התלוננות היא פעולה סבילה⁶⁷. ערעור הוא בקול רם, תלונה היא בקול ענות חלושה. למלה הזאת יש קונוטציה ילדית ("אבל הוא עשה לי"), קפריזית ("מה את מתלוננת?") ו"לא רציונלית", חסרת ביסוס, שלא תילקח ברצינות ("תלונתך תיברק על ידי הגורמים הנוגעים בדבר"). גם מבחינה משפטית כינוי זה איננו הכינוי הנכון כיוון שאיננו מבטא את מיקומה הפונקציונלי בהליך: יוזכר כי פסק הדין שלפנינו הוא ערעור לעניין העונש בלבד. כבר ברור שהוא

62 כפי שניזכר, השפעתו של האנס על חייה של הנאנסת מוצגים בקול ענות חלושה ותשדנית.

63 ראו White, הערה 6 לעיל, בעמ' 10.

64 ואכן, זהו המינוח הנקוב בחוק. המלה "מתלונן" נקובה, למשל, בחוק העונשין, תשל"ז-1977, ובחוק סדר הדין הפלילי, [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. המלה "מערער" נקובה בסעיף 51 לחוק העונשין ובפרק ו לחוק סדר הדין הפלילי.

65 לניתוח של האופן שבו משמש והותה של הנאנסת, המכוון להגן עליה, פועל באופן פרדוקסלי כנגדה בכך שהוא משאיר אותה בלתי נוכחת, ראו Freeman, הערה 14 לעיל, בעמ' 536.

66 על תפקודן של תבניות "טכניות" בהליך המשפטי ראו מאוסנר, הערה 28 לעיל, בעמ' 55; White, לעיל הערה 6, בעמ' 10.

67 על הדיכטומיה גברי-פעיל/נשי-סביל בתרבות המערבית ראו Bordo, הערה 26 לעיל, בעמ' 11. כן ראו על תפקודה של אותה שניות ברטוריקה של פסקי-דין העוסקים באונס אצל Binder, הערה 8 לעיל.

אנס ושהיא נאנסה. בבית המשפט המחוזי היא אכן היתה "המתלוננת", שהרי בית המשפט בודק את נכונות תלונתה. לאחר שהורשע האנס, שאיננו מערער על עצם הרשעתו, היא כבר איננה בגדר מתלוננת בלבד; היא קורבן העבירה⁶⁸. ההיתפסות הזאת למלים הטכניות, לתבניות שבותר המשפט לשים בהן את הצדדים, עשויה להיתפס כדקדקנית ולא מבוססת; ובכל זאת אני מציעה לתת עליה את הדעת, וזאת דווקא בגלל שכמי שמורגלים לקרוא פסקי דין איננו מבחינים או מפקפקים עוד בהגיון של המלים הנבחרות לשמש כז'רגון הטכני-לכאורה שבו משתמש המשפט.

והנה, בית המשפט המחוזי, כפי שמספרת השופטת דורנר (בנימה ביקורתית⁶⁹), "סבר כי אין להתעלם מן האפשרות, שעליה הצביע הסניגור, כי דברי האישה לעורכת התסקיר על הטראומה שממנה היא סובלת נאמרו לצורך ביסוס תביעת הנוזקין שהגישה נגד המערער בשל אינוסה על ידיו"⁷⁰. במלים אחרות: בית המשפט המחוזי טען אודות האשה שהיא בדיוק אותה דמות "מתלוננת" שתיארת: כזו שתלונתה היא חסרת שחר, פיקטיבית, נעשית לשם התלונה בלבד⁷¹. האם הקשר בין השערתו של בית המשפט המחוזי לבין הכינוי שניתן לנאנסת בפסק הדין הוא קשר מקרי? הייתכן כי לו היתה מכונה האשה, למשל, בכינוי "הנאנסת", היה קשה הרבה יותר לטעון באופן משכנע, באופן שלא יעורר אצל הקוראים התקוממות, כי היא – זו שנאנסה – היא הטוענת טענות שווא על פגיעתה, ומנגד – האנס הוא הוא הנפגע העיקרי מכל הפרשה⁷²?

חשוב להדגיש: אם יש היררכיה של חשיבות בטענותיי, הרי שטענה זו כנגד הכינויים שבהם מכונים הצדדים בפסק הדין היא במקום נמוך בסולם. מטרת הניתוח במאמר זה היא לנסות להבין כיצד מובן האונס כעניין מינורי, וכיצד נעשה העונש הקל אפשרי, סביר ומקובל על דעת שופטי הרוב בשתי ערכאות. במסגרת הגורמים לכך, אין ספק בלבי כי העובדה שאונס לשם אישוש הכבוד הגברי הנפגע נחשב סביר (כפי שהרגמתי

68 אפשר להעלות על הדעת שמות אפשריים אחרים לצדדים, לא פחות הולמים, לא פחות מדויקים מבחינת מעמדם בהליך המשפטי. מדוע לא לקרוא לו "האנס" (הרי בית המשפט המחוזי כבר הכריע שהוא אנס, ואין על כך מחלוקת בערעור)? או "האשם"? "המורשע"? או "הנידון"? ולה: "הנפגעת"? "הנאנסת"? (מלים בעייתיות, פאסיביות גם הן, אולם עם קונוטציה שהיא אולי בעייתית פחות מהמלה המקסינה שנבחרה, כיוון שהן מייצגות את מקומה בהליך באופן תולם יותר).

69 ראו להלן, הסקסט להערות 76–79.

70 על חוסר האמון כלפי נאנסות בעלות תכונות מסוימות בלבד ראו Estrich, הערה 34 לעיל, בעמ' 6; Cuklanz, הערה 36 לעיל, בעמ' 20–23.

71 ראו Matoesian, הערה 7 לעיל, בעמ' 2: "Language is a system of power for those who control it, and, in the context of the rape trial, talking power transforms the subjective violation of the victim – the victim's experience of sexual terror – into an objectivity: namely, consensual sex".

72 ניתן לטעון שטענתי חלשה, כיוון שגם המדינה בהליך זה, המייצגת את הצד המנגד לזה של האנס, מכונה בשם "המערערת"; אולם סקסט פסק הדין איננו מקנה לה תואר זה. הייצוג היחיד שמקבלת המדינה הוא בסעיף 4 לפסק דינו של השופט קדמי, ושם הניסוח הוא "באת כוח המדינה".

בפרק ב) היא גורם מרכזי הרבה יותר מאשר העובדה שהאנס מכונה "המערער" והנאנסת מכונה "המתלוננת". אולם הדברים שזורים זה בזה: זה משפיע על זה, זה משקף את זה, ולא ניתן להפרידם. השופטת דורנר, שכפי שראינו מספקת סיפור מתחרה לסיפור האונס של דעת הרוב, מסרבת להשתמש בכינוי "המתלוננת", ומכנה אותה בשם "האשה" או "אשתו". אינני יודעת אם "אשה" הוא המינוח האידיאלי, ובוודאי שהייתי מבכרת את המינוח "פרודתו" או "אשתו בנמרד" על פני "אשתו", אולם אין ספק בלבי כי שני אלה טובים יותר מ"המתלוננת". אין לדעת האם יחסה השונה של השופטת דורנר לחומרת המעשה הוא שהוביל אותה לכנות את הצדדים בשמות אחרים, או בכלל האם זו היתה פעולת בחירה מודעת או שהתרחשה בלא מודעות הכותבת לבחירתה. מה שברור הוא שגם הפרט השולי, הטכני-לכאורה הזה, הוא חלק דינמי בתוך המערכת הכוללת של הבניית הסיפור והדמויות בפסק הדין.

לסיכום, הבניית הדמויות באמצעות תבניות אלה, זה אקטיבי וזו פאסיבית, זה נמרץ בצדק וזו לא רצינית, מובילה את הקוראים לקבל כדבר טבעי תוצאה שלפיה אדם מקבל עונש של שנה מאסר בפועל ושנתיים על תנאי מתוך 16 שנות המאסר בגין אונס הנקובות בחוק⁷³.

3. דמות משתנה ומורכבת מול דמות מקובעת ושטוחה:

נפתח השונה של אירוע האונס ברצף חיייהם של האנס והנאנסת

לעיל תוארו האופנים שבהם ממקם בית המשפט את הדמויות במקומות מנוגדים על הצירים ציבורי/פרטי, אקטיבי/פאסיבית, צודק/משקרת. קיים ציר נוסף שדרכו ניתן ללמוד על אופן הבניית הדמויות בפסק הדין. ניתן לכנות ציר זה בשם "ציר הגמישות". אני מקווה לפתח את אפיוניו של הציר ואת תפקודיו במשפט ביתר הרחבה במקום אחר. לעת עתה אתווה את קווי המסגרת שלו באופן ראשוני. בקוטב אחד של הציר הזה רואה בית המשפט לנגד עיניו דמות אנושית גמישה ומורכבת: מסלול חייה דינמי, היא בעלת יכולת להשתנות בהתאם לאירועים בחייה, לתמורות בהשקפת עולמה וכו'. כאומרי השתנות אני מתכוונת להחלפת המיקום בתוך כל קטגוריה של חיינו שאפשר להעלות על הדעת: המקצוע, מקום המגורים, הזהות המינית, המצב הנפשי, הטעמים, השקפת העולם, המעמד האישי או הכלכלי ועוד. בקצהו השני של הציר נמצאת דמות מקובעת ושטוחה. לרמות זו מוקצה מבט שיפוטי קצר וחד-פעמי, המקבע אותה בתוך הרובריקה שתפסה בלא יכולת לשנות פוזיציה. אם להשתמש במטפורה מתחום הצילום, ניתן לתאר את ההבדל בין שני קצוות הציר כהבדל בין מי שנתפס בעין המצלמה בחשיפת צמצם ארוכה, למי שמצולם בהבזק קצר (snapshot). הטכניקה הראשונה מאפשרת ראיית תהליך, הכנסת ציר זמן לתמונה. הטכניקה השנייה מקפידה רגע. לתפיסתי, הדמות

73 סעיף 345 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

הגמישה היא דמות תלת־ממדית, בעלת עומק וסובייקטיביות – תכונות החסרות לדמות המקובעת, שהיא חד־ממדית, "רזה" ושטוחה.

בית המשפט ממקם את הגבר בצדו הגמיש של הציר ואת האשה בצדו המקובע בכך שהוא מקצה לאשה תצלום בזק ולגבר חשיפה ארוכה ורבת־קשב לעין השיפוטית. כך, מעמדה האישי של האשה קשה (וכמעט בלתי אפשרי) לשינוי. כפי שהראיתי למעלה, מבחינתה של דעת הרוב, הנאנסת היא אשתו של האנס. העובדה שהשניים היו פרודים בעת המעשה מודחקת ומוקטנת מדיווחו של פסק הדין על האירוע. מרגע שתפס אותה בית המשפט כאשת האנס, אין לה, כאמור, כל אפשרות לשנות סטטוס. טענה זו מקבלת משנה תוקף מן האופן שבו מדווח לנו השופט קדמי על המניעים לאונס:

המעשה החמור שבו הורשע המערער נעשה 'ברגע של כעס בו איבד שליטה וחש רצון עז להחזיר לאשתו השפלה ברמה של השפלה אותה הוא חווה מידה' (בלשון גזר־הדין), כאשר גילתה לו שהיא מקיימת קשר רומנטי עם אחר ומבקשת להיפרד ממנו⁷⁴.

ראינו בפרק ד.1 כיצד כינוייה של הנאנסת בפסקה זו מקבעים אותה בתפקיד אשתו של האנס. מעבר לכך, אופן הצגת הדברים בדיווח שמספק בית המשפט על האונס מאפשר ומספק מקום לגבר להגיב באופן מידי על כאב שנגרם לו – ובכך מבטא חופש השתנות גבוה. לעומת זאת, כיוון שמדובר באקט של רגע, הנזק לנאנסת הא קטן. זהו היבט נוסף של הצמצום של מרחב ההשתנות של האשה בפסק הדין⁷⁵.

גם לאחר האונס, חייה של האשה נשארו אותם חיים; הם לא השתנו באופן משמעותי. חייו של הגבר, לעומת זאת, השתנו מן הקצה אל הקצה. בכך הוא ממוקם בקצה הדינמי של הציר. להוכחת טענתי זו יש להביא במלואו את סעיף 3 לפסק דינו של השופט קדמי:

3. בתסקיר שירות המבחן שהוגש לבית המשפט המחוזי, נאמר, בין היתר: 'אנו סבורים כי מאסר בין כותלי הכלא עלול להביא להתדרדרות קשה במצבו הנפשי. הוא תיאר תחושות קשות ביותר לאחר המעצר וכאמור היה נתון במצב דיכאוני קשה עד כדי מחשבות אויבדניות'. על רקע זה קבע התסקיר, כי 'למאסר בעבודות שירות תהיה השפעה הרעתית אפקטיבית עבורו'; וההמלצה היתה 'להעמיד את [המערער] בפקוחנו למשך שנה, ולהטיל עליו 'מאסר בעבודות שירות'. לעומת זאת, בפגישה שנערכה בין עורכת 'תסקיר קורבן' לבין המתלוננת, תיארה זו את הכח הפיזי הרב שהפעיל נגדה המערער,

74 סעיף 2 לפסק דינו של השופט קדמי.

75 למען הזהירות יש להבהיר כי מדבריי לא משתמע שאונס של אשה נשואה הוא חמור פחות, ושם אכן הם היו נשואים ממש, ולא פרודים, או המקרה היה פחות קשה בעיניי. עצמיותה, פרטיותה, חירותה וכבודה של אשה נשואה ראויים להגנה בדיוק כמו של כל אשה אחרת. כוונתי בפרק זה היא להצביע על חתך אחד של הבניית הדמויות, והוא קיבעונה של האשה וגמישותו של הגבר.

במהלכו תששה שמא לא תשרוד בחיים, לצד חוסר האונים והחזירה לגבולותיה האינטימיים – תוך השפלתה הרגשית – אשר נחו על ידה כארוע טראומטי, ממנו מתקשה היא להשתקם. לבית משפט זה הוגש תסקיר משלים על ידי שירות המבחן, בו מצוין: כי המערער נתון במצוקה קשה מאוד מאז מתן גזר הדין; וכי ביטא באוזני אנשי השירות מחשבות אובדניות ואף תיאר נסיון אובדני שביצע בפועל".

מצבו של האנס מתואר כמצב קשה. האנס השפיע עמוקות על חייו ועל מצבו הנפשי. לאחר שתי פסקאות בהן מתואר מצבו, מתואר מצבה של הנאנסת בפסקה אחת, הנותרת תלויה באוויר, ללא מסקנה, ללא דיווח על מצבה היום, בעת הערעור, ונעטפת, נחסמת מיד בהמשך התיאור של מצבו הקשה של האנס לעת הזו.

הנאנסת מנסה לספר מה קורה לה עכשיו, וכיצד שינה האירוע הזה את חייה. היא מתארת את הפחד וההשפלה, את הטראומה ואת הקושי שלה להיחלץ ממנה ולהמשיך בחייה אולם כפי שאין לה יכולת לשנות את האופן שבו תופס בית המשפט את מעמדה האישי והזוגי, כך אין לה שום יכולת לספר סיפור של משבר, שינוי ביכולת התפקוד או פגיעה. כדמות מקובעת, אין לה מקום להשתנות. היא יוצאת מפקס הדין כפי שנכנסה אליו: אשת איש שאיננה נאמנה לבעלה ונענשת על כך, וממשיכה להיות הדמות הבלתי נאמנה והבלתי אמינה בכך שהיא מזייפת הינזקות מן האונס⁷⁶.

מגמה זו מתחזקת בסוף פסק דינו של השופט קדמי. אביא חלק מן הציטוט שנית:

הארוע – הקשה כשלעצמו – התרחש על רקע של 'ליקוי מאורות' אצל המערער. לא היתה למעשה כל הצדקה ושום הסבר אינו ממעט מחומרתו. ברם, מאידך גיסא, עומד בפנינו מי שבנה עולם והציל חיים; ועולמו שלו חרב עליו באחת. זהו מקרה מיוחד ויוצא דופן, שאינו מתיישב עם דמותו ואישיותו של המערער מצד אחד ועם אורח חייהם המשותפים שלו ושל המתלוננת במשך השנים שבנו יחד את קינם מצד שני על המערער לרצות שנת מאסר בפועל בשל רגע של אבדן שליטה; ולנוכח מצבו האישי כמתחייב מן התעודות שהגיש ב"כ, אין זה עונש קל עבורו כלל ועיקר (ההדגשות הוספו).

האונס נבנה כאירוע שהשפיע באופן קשה וטראגי על חייו של האנס. האירוע הביא לחורבן עולמו (לא ברור, אגב, מה בדיוק הביא לחורבן עולמו: האם זהו הקושי הנפשי להשלים עם העובדה שהוא עשה מעשה כה נואל? האם עונש המאסר הקשה שנגזר עליו? או שמא העובדה שאשתו לשעבר כוננה קשר זוגי חדש? הטקסט משאיר מקום רב להשערה שמדובר באחת משתי האפשרויות האחרונות). הוא מסוגל לחוות תוויות ולעבדן

76 והשוו לניתוח הטוען כי הקפיטליזם מעצב גופים באופן גמיש לצרכיו הוא: Emily Martin, *Flexible Bodies* 207-225 (1994).

באופן קשה. דמותו היא דמות משתנה וגמישה. זווית אחרת לסיפור, שנמסרת, כך נדמה, בנימה מעט עייפה, של מי שאומרת את הדברים הברורים מאליהם, ניתנת על ידי השופט דורנר:

מצוקתו [של הנאשם] היא תגובה טבעית ומתבקשת של פושע החרד מן העונש הצפוי לו.⁷⁷

אני מודעת לכך שנושא הערעור בבית המשפט העליון הוא עונשו של האנס, ולכן מטבע הדברים תהיה התייחסות רבה יותר למצבו מאשר למצבה של הקורבן. אין לי ויכוח עקרוני עם הצורך לשקול את עברו של המורשע במסגרת השיקולים לעונש; אולם טענתי היא שחוסר הייצוג הקיצוני שניתן לפגיעתה ולסבלה של הנאנסת, והייצוג המופלג שניתן לנזקיו, מבטאים לאשורה את עמדת השופטים לפיה היא לא ממש נפגעה בעוד הוא נפגע קשות. דומני שהשופט דורנר הרגישה אי-נוחות דומה מן האופן שבו מפליג בית המשפט בהתחשבותו בסבלו של האנס, ומדיר מפסק הדין את סבלה של הנאנסת. לכן היא מביאה לפנינו את דברי בית המשפט המחוזי, כמו כדי לבאר מדוע זה ששופטי הרוב מתייחסים לנאנסת כפי שהם מתייחסים, בעזרת התחקות אחר טביעות רגליו של בית המשפט המחוזי בתפיסת הנאנסת:

המדינה הגישה אומנם גם תסקיר בדבר הנזק שנגרם לאישה, במצוות סעיף 187(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. ואולם, בית המשפט המחוזי סבר כי אין להתעלם מן האפשרות, שעליה הצביע הסניגור, כי דברי האישה לעורכת התסקיר על הטראומה שממנה היא סובלת נאמרו לצורך ביסוס תביעת הנזיקין שהגישה נגד המערער בשל אינוסה על ידי⁷⁸.

ובהמשך:

בגזר הדין ניתן גם משקל מופרז ל'שיקומו' של המערער, בעוד שהנזק שגרם לאישה, שבכבודה פגע המערער בכוונת המכוון, לא קיבל ביטוי הולם. בעניין זה אף לא מובן לי מדוע דברי האישה על הטראומה שממנה היא סובלת, שהיא תוצאה צפויה מן האינוס, לא נמצאו ראויים לאמון מלא.⁷⁹

כדברי Alan Hunt ו-Gary Wickham, המתארים את גישתו של מישל פוקו:

Discourses have real effects; they are not just the way that social issues get talked and thought about. They structure the possibility

77 סעיף 8 לפסק דינה של השופטת דורנר.

78 סעיף 2 לפסק דינה של השופטת דורנר.

79 סעיף 7 לפסק דינה של השופטת דורנר.

of what gets included and excluded and of what gets done or remains undone... In its most obvious sense discourse authorizes some to speak, some views to be taken seriously, while others are marginalised, derided, excluded and even prohibited. Discourses impose themselves upon social life, indeed they produce what it is possible to think, speak and do.⁸⁰

באמצעות הרטוריקה של דעת הרוב והבניית הדמויות באופנים עליהם הצבעתי, הטענה האבסורדית לפיה השפעת האונס על חיי האנס היא יותר חמורה וקשה מהשפעתו על חיי הנאנסת "משווקת" לנו באופן אמין ומשכנע, שאינו גורם לנו לפקפק או להתקומם⁸¹. אישיותו הנורמטיבית, האישיות לנפח, שקיבלה עומק ספרותי כאישיות חיובית, מורכבת ורגישה, גורמת לנו להיות קשובים לסבלו. לעומת זאת, טבעי שכקוראים לא נתעורר לתבוע את העלבון או את הפגיעה של דמות שנבנתה כדמות שטוחה מבחינה ספרותית, כדמות מקובעת, שנכנסה לפסק הדין כאשתו ותצא ממנו כאשתו, כדמות חסרת צבע וקול מלבד טרוניותיה החשודות, וחסרת קיום מלבד זה הנגזר מקיומו של האנס⁸².

ה. מיקומו של השופט ביחס למושא השיפוט

רצוני להתייחס לאופן שבו ממקם את עצמו השופט אנגלרד ביחס לסיפור האונס, ולאופן שבו הוא מצייר את פעולת השיפוט⁸³. השופט אנגלרד מצטרף לדעתו של השופט קדמי,

80 Hunt & Wickham, הערה 45 לעיל, בעמ' 8-9.

81 הדגשת גזקו של הגבר האלים והרחקת נוקה של האשה הנתקפת התרחשה גם בפסק הדין הראשון שקיבל טענת קנסור על מעשה הריגה של גבר קנאי. ראו קמיר, הערה 17 לעיל, בעמ' 171.

82 ברוב מקרי האונס המגיעים אל בתי המשפט הבעיה הנפוצה היא בעיית האמון בגרסאות הסותרות של האנס והנאנסת, שהם בדרך כלל העדים היחידים לאירוע האונס. ביקורת פמיניסטית ענפה נכתבה על האופנים שבהם מתייחס המשפט אל הנאנסת באופן קטגורי כאל מי שגרסתה צריכה להתקבל בתשדנות גדולה הרבה יותר מאשר זו הננקטת לגבי גרסותיהם של קורבנות של עבירות אחרות. מרתק להיווכח כיצד, גם במקרה שבו אין שום מאבק על הגרסאות העובדתיות, מצליח בית המשפט למקם את הנאנסת בקטגוריה של זו שגרסתה חשודה. אם לא פקפק בגירסתה העובדתית, אז פקפק בטענותיה לנזק שנגרם לה מן האונס. ראו Rhode, לעיל הערה 1, בעמ' 247-248; Freeman, הערה 14 לעיל, בעמ' 529.

83 זהו נוסח פסק דינו של השופט אנגלרד:

"ענישתו של עבריין היא בעיה ערכית אוניברסלית ועתיקה יומין בה עסקו גדולי הפילוסופים וחכמי המשפט בכל הדורות. דומה כי היא בעיה נצחית בשל הצורך להכריע בין ערכים מנוגדים או, למזער, לאזן ביניהם. הערכים הופכים לתכליות של הענישה ולפי השקפת עולמו של הוגה הדעות הם מתגבשים לתורות ענישה. הרעיון המספטי

לפיה אין צורך להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. להבדיל מהשופט קדמי, הוא איננו עוסק כלל בעובדות הסיפור. מתוך כמעט שלושת העמודים של פסק דינו מקדיש השופט אנגלרד יותר משני עמודים לדיון ברציונלים השונים של ענישה. מן

של גמול או כפרה עומד מול עיקרון התועלתנות על היבטיו השונים (ביניהם: הרתעה כללית, מניעה אישית, שיקום). הבעיה מוחרפת על ידי שלושה היבטים נוספים: ראשית, לא זו בלבד שאין הסכמה על מקומם של הערכים השונים בסולם הערכים, אלא שיש חילוקים על עצם קיומו של ערך מסוים. כך, רעיון הגמול, על מובניו השונים, עשוי להיראות בעיני בעל השקפה תועלתנית כחסר בסיס רציונלי לחלוטין. שנית, רעיון ההרתעה הכללית, המצוי בבסיס ההשקפה התועלתנית, נתקל בטענה האמפירית כי אינו מתגשם במציאות, במיוחד בתחום עבירות המין. ראה בענין זה א' לסלי סבה "עבירת האונס – מגמות משפטיות וקרימינולוגיות" פלילים ג (תשנ"ג-1992) 47, עמ' 94-96. שלישית, לעיתים, המטרות המקובלות במסגרת תורת ענישה אחת אינן מתיישבות זו עם זו; למשל: תכלית ההרתעה עשויה להתנגש בתכלית שיקום העבריין. על סוגיות אלה ראה למשל: M. Tunick, *Punishment: Theory and Practice* (1992); י' בוק, הענישה הפלילית – דרכיה ועקרונותיה (תל-אביב, 1981) עמ' 56-95, והביבליאוגרפיה המובאת בספרים המוזכרים.

לבעייתיות הרעיונית מתוספת הדאגה לאחידות ולשיטתיות בענישה שבאה למנוע פגיעה בעיקרון השוויון, שהוא מצדו בעל חשיבות גדולה מבחינה ערכית וחברתית. בעיית האחידות היא תוצאה של מתן שיקול דעת רחב לערכאות השיפוט הדנה במקרה היחיד. לדיון בענין זה ראה: דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (ירושלים, התשנ"ח-1997).

ואם לא די בקשיים אלה, הרי עבירת האונס, בה מדובר בערעור זה, משמשת זה זמן מושא לביקורת אידיאולוגית רדיקלית על רקע בעיית המיגדר (gender) השמה את הדגש על המעמד התברתי של האשה בהשתקפותו במערכת המשפט. האחרונה נתפסת כביטוי מובהק של מערך הכוח השלטוני, שהוא עדיין בלתי שוויוני מבחינתן של הנשים. לפי תפיסה זו למעמד התברתי של האדם היחיד השלכה מכרעת על אישיותו. על הגישה הראדיקלית לעבירת האונס ראה, למשל Burgess-Jackson, *Rape: A Philosophical Investigation*, (1996) והביבליאוגרפיה המוזכרת שם.

מבחינה רעיונית, פסיקתם של בתי המשפט בישראל, בדומה לארצות אחרות, מבוססת על שילוב בין תורות הענישה השונות. לסעמי שיטה זו של שאיפה למציאת הרמוניה בין ערכים מנוגדים בדרך של השלמה (Complementarity) עדיפה על שיטה רעיונית מוניסטית.

דברי הכלליים מצביעים על הקושי הכללי העומד לפני בית המשפט לו מסור שיקול הדעת לגזירת דינו של נאשם בעבירת אונס. המלאכה הופכת לקשה עוד יותר כאשר נסיבות המקרה מעוררות חילוקי דעות בין שופטי בית המשפט שלדיון בינם לבין עצמם, ובנוסף לכך, כפי שקורה כאן, גם בין שופטי בית המשפט שלערעור. עם זאת, אין בינינו חילוקי דעות על כך כי מעשהו של המערער הוא חמור ביותר וראוי לעונש חולם. בתי המשפט הבהירו הבהר היטב בשורה של פסקי דין כי יש להוקיע את פשע האונס שבעל מבצע כלפי אשתו. דומה כי מסר ברוח זו יצא בבירור מאת בתי המשפט בישראל בגזרם עונשים כבדים על מבצעי עבירת אונס.

המשפט הראשון ממקם עצמו השופט אנגלרד במקום מרוחק, המביט על ההתרחשויות מלמעלה, ללא מעורבות או פניות:

ענישתו של עבריון היא בעיה ערכית אוניברסלית ועתיקת יומן בה עסקו גדולי הפילוסופים וחכמי המשפט בכל הדורות. דומה כי היא בעיה נצחית בשל הצורך להכריע בין ערכים מנוגדים, או, למזער, לאון ביניהם⁸⁴.

השאלה שעמה על השופט להתמודד, אם כן, היא שאלה מן הסדר התבוני העליון, הפילוסופי, הטרנסצנדנטי. זוהי שאלה של הכרעה ראויה בין תורות ענישה מתחרות. ההכרעה תהיה תוצר של מחשבה מופשטת, רציונלית ובלתי תלויה בתפיסות מוקדמות, ברגשות ובנשיות. התחרות על אופן הענישה הראוי היא בין רעיונות שונים שאותם מונה השופט, כגון "הרעיון המטפיסי של גבול או כפרה"⁸⁵, או "עיקרון התועלתנות על

מן הראוי לזכור כי בהטלת עונשים, אין השופטים אמורים לתת פורקן לרגשות אישיים של נקמה או של רחמים. על השופט לתת ביסוס למידות המשפט ללא היפעלות אישית. כפי שהרמב"ם כותב במורה נבוכים (חלק א, פרק נד, בתרגום י' קאפח) על תפקיד החברתי הכללי של המנהיג (שהוא גם שופט):

'ויהיה פעמים למקצת בני אדם רחום וחנן ולא מתוך סתם רגישות וחמלה אלא כפי הראוי ויהיה פעמים למקצת בני אדם נוקם ובעל חמה כפי הראוי להם ולא מתוך סתם כעס... אלא כפי שיראה לו שהוא חייב, ותהיה מגמתו להפיק מה שיש באותה הפעולה מן התועלת הגדולה לבני אדם רבים.'

לכן, השאלה העומדת בפנינו אינה נוגעת להיבטים העקרוניים של עבירת האינוס, כלומר, ליסודות המבססים את האחריות הפלילית, כגון העדר הסכמה תופשית מצד האשה או אפיוני המעשה הפלילי; הנאשם כאן הורה בביצוע העבירה והביע את חרסתו העמוקה, חרטה שנראתה לבית משפט קמא כנה ואמיתית. השאלה היא כיצד לשלב בנסיבות המקרה הנדון את הכליות הענישה השונות, דהיינו, את רעיונות הגמול וההרתעה הכללית עם רעיון השיקום כפי שבא לידי ביטוי בתסקירים של שירות המבחן. כמו כן, מה משקל יש לתת לנסיבות המיוחדות של מקרה זה מבחינת אישיותו של המערער, אופיו, עברו וחרסתו כנגד סכלו של קרבן הפשע? אין כל ספק כי העונש שנגזר על ידי הרויב בבית משפט קמא הוא מתון ביותר בהשוואה לעונשים המוסלים בדרך כלל על עבירות אינוס בנסיבות דומות. עם כל זאת, השופט, בעל דעת המיעוט, גרס כי בנסיבות המקרה העונש עדיין חמור מדי. לעומת זאת, חברתי, השופטת ד' דורנר, סבורה כי העונש של שנת מאסר בפועל קל מדי עד כדי הצדקה להתערבותנו. כאמור, גם לפי דעתי העונש הוא מתון מאד ואין כל מקום להקל עוד על המערער. לכן, אני דוחה את ערעורו על חומרת העונש. באשר לערעור המדינה, אני מצטרף למסקנתו של חברי השופט י' קדמי כי בנסיבות המיוחדות של מקרה זה, אין גזר דינו של בית המשפט קמא חורג מתחום הסביר במידה המצדיקה את התערבותנו.

84 פסקה מס' 1 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

85 שם.

היבטיו השונים⁸⁶. התפקיד השיפוטי הוא לסדר את הרעיונות המתחרים בסדר נכון, לתת לכל אחד את משקלו הראוי, ולפתור את המשוואה השיפוטית הזאת⁸⁷. לתוך כל זה נכנסת "בעיית המיגדר (gender)", כלשונו של השופט:

ואם לא די בקשיים אלה, הרי עבירת האונס, בה מדובר בערעור זה, משמשת זה זמן מושא לביקורת אידיאולוגית רדיקלית על רקע בעיית המיגדר (gender)...⁸⁸.

כפי שאירוע האונס מקבל ייצוג רזה בפסק הדין, כך גם טענותיו של הפמיניזם מקבלות ייצוג שטוח ומשתיק. הצגת הטענות הפמיניסטיות כולן כרדיקליות משרתת את ההתמקמות הרטרית של השופט במקום האמצע המאון, הבלתי נגוע בהטיות מזיקות. העובדה שמדובר באידיאולוגיה "רדיקלית" מצדיקה כשלעצמה התעלמות מן הפמיניזם ומטענותיו. בהתחשב בריבוי הזרמים הפמיניסטיים ובמגוון הרחב של ההשקפות הרווחות בהם, יש לתמוה למה מתכוון השופט אנגלרד בהגדרתו את הביקורת הפמיניסטית כרדיקלית: האם הוא מכוון את דבריו רק לזרם המכונה פמיניזם רדיקלי⁸⁹, או שמא אבחנתו היא כלפי פמיניזם בכלל, ומרמזת לכך שכל הטענות הפמיניסטיות הן רדיקליות? אין לדעת.

כשלעצמי, נראה לי כי גם השופט אנגלרד יסכים כי טענות פמיניסטיות רבות כלפי עבירת האונס והאופן שבו מטפלת בה מערכת המשפט רחוקות מלהיות "רדיקליות". למשל, טענות שלפיהן על המשפט לשאוף להגן על שלמות גופה וכבודה של אשה באשר היא אשה; עליו לעמוד על זכותה לסיים מערכות יחסים ולהמשיך את חייה כאדם אוטונומי; ולהימנע ממתן לגיטימציה להתנהגות של "דם חם". זהו עיקר הטענות הנטענות ברשימה זו. לטעמי, יקשה לקרוא להן "רדיקליות".

במלים אחרות, אני תוהה האם מה שרדיקלי ב"בעיית המיגדר" הוא לא הביקורת הפמיניסטית כי אם קבלתו של אונס כמצב נתון ואולי אף מתבקש מאליו, כפי שקורה בפסק הדין הזה. אם חיפשנו אחר "בעיית המיגדר", זהו לכ ליבת. העובדה הרדיקלית היא שנשים – בעיקר נשים – נאנסות כל העת; במלחמה ובשלום, בבית וברחוב, בנישואים

86 שם.

87 "השאלה היא כיצד לשלב בנסיבות המקרה הנדון את תכליות הענישה השונות, דהיינו, את רעיונות הגמול וההרתעה הכללית עם רעיון השיקום כפי שבא לידי ביטוי בתסקירים של שירות המבחן. כמו כן, מה משקל יש לתת לנסיבות המיוחדות של מקרה זה מבחינת אישיותו של המערער, אופיו, עברו וחרטתו כנגד סבלו של קרבן הפשע?" פסקה מס' 7 (לפני אחרונה) לפסק דינו של השופט אנגלרד.

88 פסקה מס' 3 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

89 לדיון בפמיניזם רדיקלי ראו Catherine A. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State* 39-47, 114 (1989); שחר, הערה 2 לעיל, בעמ' 167-178; רונן שמיר, "על משפט ושינוי חברתי: הערות למאמרה של אילת שחר 'מיניותו של התוק: השיח המשפטי בנושא האונס'", עיוני משפט יח 631 (תשנ"ד).

ומתוצאה להם. מה שרדיקלי הוא התקבלותו של האונס כתופעה נורמלית ונוכחותו בכל. הקריאה הפמיניסטית להכיר במעשי אונס כמעשים חמורים וגורמים איננה הפעולה הרדיקלית בתמונה שלפנינו.

אייצוגו של הפמיניזם נמשך והולך כאשר השופט מסכם את הטענות הפמיניסטיות כאילו מדובר בתפיסה שלפיה "למעמד החברתי של האדם היחיד השלכה מכרעת על אישיותו"⁹⁰. מה משמעות הדבר? הגדרה זו היא כה עמומה ורחבה שאפשר היה להגדיר באמצעותה כמעט הכל; מרקסיות למשל. הרטוריקה של השופט אנגלרד ממקמת, אם כן, את הפמיניזם כעניין של גשים, ושל גשים קיצוניות בלבד⁹¹.

כל זרמי הפמיניזם שואפים להביא להתייחסות לגשים כאל בנות־אנוש שוות־זכויות (כל זרם פמיניסטי ודגשיו, כל זרם והתחזקותו אחר מקורות וסיבות שונות לדיכוי הנשי, כל זרם וחזון השוויון שלו). התקבלותה של הביקורת הפמיניסטית איננה אינטרס של קבוצה צרה; תלחול הביקורת הפמיניסטית הוא אינטרס של החברה הישראלית כולה. יתרה מכך, התובנות הפמיניסטיות הן המובן מאליו של החברה הישראלית, לפחות ברמה המוצהרת ובדימוי העצמי שלה כחברה.

יפים לכאן דברים שאמר השופט חשין במקום אחר, לאחר שמנה חוקים והלכות שיפטיות שעניינם מעמדה הטווה של האשה:

ממעוף־הנשר עשויים החוקים וההלכות להיראות מזויז־משהו, וכמו אין הם מציגים לפנינו אלא טאוטולוגיה. אני מגיח כי יום יבוא וקטנים ישתקו לחוקים ולהלכות אלה, חוקים והלכות שגדולים משתבחים בהם כיום.

הנה היא זכותה של האשה 'לשכר שווה בעד אותה עבודה' כהוראת סעיף 2 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד (לעיל, פסקה 33). וכי אין החוק

90 פסקה מס' 3 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

91 הטפה, בין שאר מוסדות תרבותיים, מקבילה בין הסתמי והכללי לגברי. עובדה זו מאפשרת לגברים לטעון (ולשכנע) באפשרות שלהם לדבר בקול נישטראלי, כללי ואובייקטיבי. ההטיות הלשוניות הנדרשות מדיבור בקול נשי נתפסות כחורגות מן הכללי, כפריקולריות. ראו Maria Black & Rosalind Coward, "Linguistic, social and Sexual Relations: A Review of Dale Spender's *Man Made Language*" in Cameron, *supra* note 15, at 100, 117-18.

"The discursive formation which allows men to represent themselves as non-gendered and to define women constantly according to their sexual status is a discursive formation with very definite effects. It allows men to deny the effect of their gendered subjectivity on women... There is a discourse available to men which allows them to represent themselves as people, humanity, mankind. This discourse, by its very existence, excludes and marginalizes women by making women the sex... Men are sustained at the centre of the stage precisely because they can be 'people' and do not have to represent their masculinity to themselves."

אומר את המובן מאליו? וכי אין אריותן של 500 קופסאות ביום שונה אם נעשתה בידי גבר או בידי אשה? וכי דבר-המחוקק לא היה ברור ומובן מאליו אף בטרם נאמר? וכי אמירת המחוקק לא היינו גוזרים אותה מתוך עיקרון השוויון עצמו? כך אף באשר לדבריו של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. וכי אין החוק אומר את שידענו מכבר, שאין להפלות את האשה אך באשר אשה היא? כך שני חוקים אלה וכך כל שאר החוקים. כל אלה החוקים – הם ואחרים זולתם – לא נועדו אלא לביעור מעשי-הפליה בלתי-חוקיים שנשתרשו בחברתנו; והוראת המחוקק לא נועדה אלא להשמיע לכל באי-עולם מה נורמות שוררות – וראוי שתשרונה – במקומנו. דברו המפורש של החוק נועד להצהיר על הצורך לשרש מחיינו נהגים פסולים שדבקו בנו, ולהעמיד את האשה במקום שראויה היתה לעמוד בתחילת הדרך⁹².

לא ברור, אם כן, איזה ביטוי מצאה לה "בעיית המגדר" בשקלול הסופי של השיקולים שהוביל את השופט אנגלרד לתוצאה אליה הגיע. אם להסיק מן האופן שבו יוצגו הטענות הפמיניסטיות את כובד הראש שבו הן נלקחו, הרי שמן הסתם לא קיבלו משקל כלל.

לאחר שמנה השופט אנגלרד את תורות הענישה השונות והוסיף להן את "בעיית המגדר", עובר השופט לפתרונה של הבעיה. הפתרון נמצא בהגדרת שיטת הענישה של בתי המשפט בישראל כשיטה של "מציאת הרמוניה בין ערכים מנוגדים בדרך של השלמה"⁹³. כלומר: כל רעיון יקבל בדיוק את המשקל הראוי לו, ויוביל את בית המשפט לתוצאה המשפטית המדויקת. הפוזיציה השיפוטית היא בלתי תלויה, מנותקת מן ההפרעות וההטיות שהתעמקות בסיפור עלולה לעורר ("מן הראוי לזכור כי בהטלת עונשים, אין השופטים אמורים לתת פורקן לרגשות אישיים של נקמה או רחמים"⁹⁴). הפתרון המשפטי אליו מגיע השופט אנגלרד מוצג כדרך האמצע, שהיא הדרך הראויה⁹⁵.

אסטרטגיה רטורית נוספת הממקמת את הטקסט כמרכזי, מתון, ומפשר בין הקצוות, היא הצגתו את שופט המיעוט בבית המשפט המחוזי ואת השופטת דורנר בהרכב הנוכחי

92 בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם), סעיף 37 לפסק דינו של השופט חשין.

93 פסקה מס' 4 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

94 פסקה מס' 6 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

95 זוהי גם האסוציאציה שיוצר האיזכור הרמב"מי שמביא השופט אנגלרד בפסקה מס' 6. משנתו של הרמב"ם מקושרת בקשר קונוטטיבי חזק עם דרך האמצע, עם בחירת הביניים המתונה והראויה מכל. כדברי הרמב"ם בספרו ההלכתי משנה-תורה: "הדרך הישרה היא מידה בינונית שבכל דעה ודעה מכל הדעות שיש לו לאדם. והיא הדעה שהיא רחוקה משתי הקצוות רחוק שוה ואינה קרובה לא לזו ולא לזו" (הלכות דעות א, ד).

בתור "מושכים לקצוות". כך, בין שני הקטבים, ממוקם המעשה השיפוטי של הכותב כמעשה השיפוט המתון, הסביר:

עם כל זאת, השופט, בעל דעת המיעוט, גרס כי בנסיבות המקרה העונש עדיין חמור מדי. לעומת זאת, חברתי, השופטת ד' דורנר, סבורה כי העונש של שנת מאסר בפועל קל מדי עד כדי הצדקה להתערבותנו⁹⁶.

העמדה המתונה והסמכותית נשמרת גם בהתעכבותו של הטקסט על מה שלכאורה איננו שנוי במחלוקת בין כל השופטים שעסקו במקרה; בהדגשת אזורי אחידות הדעים:

עם זאת, אין בינינו חילוקי דעות על כך כי מעשהו של המערער הוא חמור ביותר וראוי לעונש הולם. בתי המשפט הכהירו הבהר היטב בשורה של פסקי דין כי יש להוקיע את פשע האינוס שבעל מבצע כלפי אשתו.

הבה נבחן מהו מעשהו של המערער, החמור כל כך לדברי השופט אנגלרד, והאם אכן אין חילוקי דעות בין השופטים בעניין זה. המשפט האחרון בציטוט שלעיל מעיד כי השופט אנגלרד גם הוא, כמו השופט קדמי, תופס את המקרה כעניין של אונס בין בעל ואשה. אולם השופטת דורנר, כמוסבר לעיל, רואה את האונס כאונס שבין פרודים, בין שני אנשים המצויים מחוץ למסגרת זוגית. כך מעלים הטקסט באופן סמוי ואגבי אלמנט מרכזי בהבדלי השקפות בין השופטים באשר לאירוע. באמצעות טענת השוא לתמימות דעים שיפוטית מושתקים הקולות המערערים על הפרשנות המאפשרת התייחסות לא מחמירה לאונס זה. אמנם השופט מצהיר שאונס בין בני זוג נשואים הוא אונס חמור; אולם כפי שראינו, העובדה שהאונס נתפס כאונס של "בעל" את אשתו שבגדה בו עם אחר הוא אלמנט מרכזי להקלה בעונשו של האנס.

האם אכן זהו המעשה השיפוטי הסביר והמתון? כפי שהראיתי לאורך הרשימה, התחקות אחר הסיבות המכריעות שהביאו את השופטים קדמי ואנגלרד לתוצאה שאליה הגיעו מעלה כי הסיבות שבהן הם נאחזים שוב ושוב כסיבות היחידות שהביאו אותם לתוצאה הן סיבות "סובייקטיביות", סיבות שהן תוצאה של פרספקטיבה פרטיקולרית, של נטיית-לב, של השקפת עולם ושל יכולת קשב (וזאת גם אם כל אלה תוצאה של החברה שבקרבה הם יושבים). הסיבה הראשונה שעולה מהנמקתם היא העובדה הפשוטה שהאונס שבא לפנייהם איננו מזעזע אותם ("אין זה מקרה טיפוסי של עבירת האינוס"⁹⁷). הסיבה השנייה היא היענותם הרגשית, הקשב המופלג שהם מקשיבים למצבו של האנס, לקשייו ולמצוקותיו ("המערער נתון במצוקה קשה מאוד מאז מתן גזר הדין"⁹⁸); "הנאשם כאן הודה בביצוע העבירה והביע את חרטתו העמוקה, חרטה שנראתה לבית משפט קמא כנה ואמיתית"⁹⁹); והסיבה השלישית היא הסירוב להכיר ולתת ביטוי למצבה הקשה של

96 פסקה מס' 7 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

97 השופט קדמי, סעיף 5 לפסק הדין.

98 השופט קדמי, סעיף 3 לפסק הדין.

99 השופט אנגלרד, פסקה מס' 7.

הנאנסת כתוצאה מן האונס (סירוב שהסימפטומים הטקסטואלים שלו הם, בין השאר, הימנעות מייצוג ממשי של אירוע האונס בטקסט והצגתו מן הזווית של האנס). אליסון ג'אגר עומדת על חלוקת התפקידים הג'נדריאליזציה בלגיטימציה שנותנת התרבות המערבית להרגיש. אפשר לראות בפסק הדין הזה כיצד החלוקה הזאת מאפשרת לשופטים לדחות את הרגשותיה של הנאנסת, כ"subjective", biased, and "irrational"¹⁰⁰, שזהו טיבם של רגשות נשיים, ולעומת זאת לקבל את המצוקות הרגשיות שמביע האנס כדיווח אובייקטיבי, רציני, עובדתי, חסר אופי "רגשי".

לסיכום, אם להתנסות בשיירות, לא ברור לי לשם מה הובאו שני עמודי הדיון בתיאוריות ענישה; נדמה כי אין הם אומרים דבר; נראה שכל תפקידם הוא לבסס איזה קול סמכותי, מרוחק, המסווה את העמדות הערכיות של השופט. קול זה מאפשר לו להימנע מלספר סיפור מתחרה לסיפורו של השופט קדמי, או מאידך לתמוך בסיפור זה מפורשות. כן מאפשרת עמדתו המרוחקת של השופט להימנע מלנמק מדוע הוא רואה את הדברים באופן שונה מזה של השופטת דורנר ולבאר מדוע זוהי אכן התוצאה הראויה¹⁰¹. במלים אחרות, כמי שהסיפור צר עליו, לוכד אותו, ניסה השופט אנגלרד להימלט אל האגליטי והמופשט¹⁰². הנימה המרוחקת מסיפור האונס, שכל כולה עוסקת ברעיונות ענישה ברומו של עולם, פושרת את השופט מן הצורך להתמודד עם-לנמק את- ולהצהיר על- העמדות המביאות אותו להשקפה שאונס זה איננו אירוע חמור ממש.

Allison Jaggar, "Love and Knowledge: Emotion in Feminist Theory," in 100
Gender/Body/Knowledge: Feminist Reconstruction of Being and Knowing 147, 153
 (Allison Jaggar & Susan Bordo eds., 1989).

101 סדר הופעת חוות-דעתם של שלושת השופטים בפסק הדין הוא קדמי-אנגלרד-דורנר; אולם נראה כי סדר כתיבת חוות-הדעת במקור היה: קדמי-דורנר-אנגלרד. השופטת דורנר מתייחסת בחוות-דעתה רק לדעתו של השופט קדמי. נראה כי היא כתבה את הדברים שנייה, וכי פסק דינה עמד לנגד עיניו של השופט אנגלרד, וניתן היה להתייחס אליו – דבר שלא נעשה. על סדר הכתיבה האנכי, להבדיל מן האופקי, של פסקי הדין בבית המשפט העליון ראו יורם שחר, מירון גרוס ורון תריס, "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749, 793 (תשנ"ז).

102 אחת מתרומותיו המתודולוגיות המרכזיות של הפמיניזם היא השאיפה אל הקונקרטי, אל המסוים, כדרך ידיעה חילופית שאיננה נחותה, ואף עדיפה על הדרך המופשטת, המנותקת והאפריורית. בניסוחה הציורי של קתרין מק'ינון, הערה 5 לעיל, בעמ' 9:

"If it does not track bloody footprints across your desk, it is probably not about women. Feminism, the discipline of this reality, refuses to abstract itself in order to be recognized as being a real (that is, axiomatic) theory. In terms of existing theory, the distinctive intellectual challenge of feminism is to retain its specificity without being confined to the parochial."

1. אחרית דבר

למה להתעכב על פסק דין "שולי"?

פסק דין שכולו נסב על מידת העונש איננו נחשב חשוב לפי החלוקה המקובלת בקרב הקהילה המשפטית ובבתי-הספר למשפטים. הוא איננו עוסק בפרשנותן או בתחולתן של דוקטרינות משפטיות, הסיכוי שהוא ייצר הלכה משפטית תקדימית הוא נמוך מאוד. בעצם, משפטנים רבים יאמרו כי החלק של קביעת העונש, קל וחומר בערכאת הערעור, הוא לא ממש משפטי.

אולם "שוליותו", ואי-חשיבותו של האירוע המשפטי הזה לפי החלוקה המשפטית המקובלת מעלה, לפי הבנתי, את חשיבות התעכבות דווקא עליו. האירועים השיפוטיים הקטנים, היומיומיים, הם "השיקוף" של מערכת המשפט. תשומת-לבם של משפטנים איננה מתעכבת עליהם ואיננה מבחינה בתפקיד שהם ממלאים בשיקוף, בשחזור ובאישוש מחדש של הנחות, תובנות ועמדות שיפוטיות שיש להן חלק בלתי מוצהר ולעתים אף בלתי מובחן בהליך השיפוט. אלה הן הנחות, תובנות ועמדות שאינן מובנות מאליהן, אינן נובעות בהכרח מן הדין או ממצב הדברים בעולם – אולם האופן האגבי שבו הן נאמרות, הופך אותן לבלתי-נראות, לשקופות.

ראשית, התעכבות על תפקידם של האירועים השיפוטיים הקטנים והשגרתיים תחשוף את הפער בין ההצהרות השיפוטיות – מה שהמשפט מצהיר שהוא עושה – לבין המעשים השיפוטיים – מה שהמשפט עושה. פסקי הדין הגדולים, שאור הזרקורים מכון עליהם, נלמדים בפקולטות למשפטים, מדווחים בתקשורת ומנותחים בכתבי מלומדים כסימני דרך (מרגיעים לעתים) המלמדים אותנו כיצד פועלת המערכת המשפטית שלנו. העיסוק העמוק, המחמיר והדקדקני בחילוקי ההלכות מפסיקתו של בית המשפט העליון בפקולטות למשפטים כפעילות הלימודית המרכזית מעיד על כך שהנחת העבודה של המערכת היא שמתקיים יחס ישיר, או קרוב לישיר, בין ההלכה המוצהרת לבין קליטתה ויישומה במשפט הלכה למעשה. אולם הפער הוא גדול מאוד¹⁰³. הנחתי היא שהצבעה על ה"אירועים הקטנים", כפי שנעשה כאן, תעזור בצמצומו של פער זה. היא תסייע ללמוד מהו הדין הקיים: מהו הדין החל למעשה על נמעני המשפט שלא התמזל מזלם להיות צדדים לאירוע משפטי "חגיגי" וסימבולי, כגון פסק הדין בעניין "אונס שמרת" למשל. שנית, מניתוח פסקי דין שגרתיים נוכל ללמוד מהן ההנחות, ההשקפות והכוחות הפועלים על השופטים ומנחים איתם להגיע לתוצאה אליה הגיעו. מה נחשב אסור באמת ומה נחשב מותר באמת, מה נחשב נורמלי או קביל ומה נחשב חריג, מה לגיטימי ומה בלתי נסבל בתוך ספקטרום ההתנהגויות האנושיות. במקרה שלפנינו ניתוח כזה ילמד אילו מאפיינים הופכים את אירוע האונס לאירוע תמור בעיני השופטים, מהי "גבריות נורמטיבית" בעיניהם ועוד.

103 ראו מאוסנר, הערה 33 לעיל, בעמ' 61–62.

שלישית, לבחינת פסק דין "לא חשוב" של בית המשפט העליון עשויים להיות יתרונות. שופטים בכלל, ושופטיו של בית המשפט העליון בפרט, מצויים כל הזמן תחת עין ציבורית בוחנת. אולם במסגרת העשייה השגרתית של פסק דין שלא יגיע לכותרות¹⁰⁴ ולא יתפרסם, מן הסתם, בפד"י¹⁰⁵, ייתכן שהם פחות דרוכים וזהירים במילותיהם, ומשקיעים פחות אנרגיה רטורית לניסוחים רחבים, דייקניים, מפורטים ומגובים של עמדתם¹⁰⁶. פסק דין כזה, שאיננו אחד מבין הבודדים שמגיעים לתודעה הציבורית ואף לקהיליה המשפטית הרחבה מדי שנה¹⁰⁷, עשוי להיות פחות מבוצר רטורית, ולספק חרכי הצצה להשקפות, נטיות ורגשות שאיננו נחשפים אליהם בדרך כלל¹⁰⁸.

רביעית ואחרונה, בבחירה לעסוק בפסק דין "קטן" יש גם ניסיון לקרוא תיגר על הקריטריונים לקטגוריזציה של "חשוב/בלתי חשוב". בתוך הקהילה האקדמית המשפטית קיימת דינמיקה סמויה אך בעלת עוצמה, שלפיה התייחסות אנליטית וביקורתית לפסקי הדין היומיומיים, ה"קטנים", איננה בעלת ערך אקדמי רב; יתרה מזו: היא גם לא הוגנת. למה לתפוס את השופטים על קטנות? אולם הבחירה מה חשוב וקאנוני ומה בשוליים היא אקט של הפעלת כוח באופן סמוי. מדוע ערעור וערעור שכנגד לעניין העונש אינם צריכים להיות נתונים לביקורת כמו פסק דין העוסק בדוקטרינות משפטיות כבדות משקל (למשל דרישת אי-ההסכמה באונס) והמתכוון להיות פומבי וחגיגי? מלבד זאת, אין לשכוח כי קיים פער בין החשיבות שמייחסת הקהילה המשפטית והשיח הציבורי לפסק הדין לבין האופן שבו הוא מתפקד למעשה. למשל, פסק דין כזה יהיה רב ערך לסנגורים, שישתמשו בו לשם חיזוק טיעוניהם לעונש נמוך בגין עבירות מין.

104 מלבד אולי לעמודי הפלילים הפנימיים בדיווח קטן כמו "שנת מאסר בפועל ושנתיים על תנאי לאונס פרודתו".

105 הסדרה הרשמית שבה מתפרסמים פסקי הדין של בית המשפט העליון. בחירתם של פסקי הדין נעשית בשיקול דעת משותף של בית המשפט העליון ושל המוציאים לאור.

106 מחקרם של יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס מעלה כי שופטים משקיעים "אנרגיה איזכורית" רבה בפסקי הדין הנדירים והגדולים שבהם הם מנהלים ויכוח רב-קולי. כפי שידוע כל סטודנט למשפטים, אלה פסקי הדין הנקראים, הנלמדים, ובעלי התודעה בקהיליה המשפטית. שחר, גרוס וחריס, הערה 101 לעיל, בעמ' 783.

107 אינדיקציה – לא ישירה אמנם – למיעוט התקדימים הנותרים ב"זכרון המוסדי" לתקופה ארוכה אפשר לקבל מנתונייהם של שחר, חריס וגרוס בדבר "ההיעלמות מן הזכרון" של רובם המכריע של התקדימים, למעט מעטים נבחרים. יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "נהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", משפטים כז 119, 171–176 (תשנ"ו).

108 המהלך של מישל פוקו הסבת המבט המחקרי מן המאורעות הגדולים, ה"היסטוריים", לפרקטיקות היומיומיות, הזוטות לכאורה יש בו אמירה על השרירותיות שבקביעה מה חשוב וקלאסי. פוקו מדבר על "לנער את ההרגלים, את צורות העשייה והמחשבה, לפוגג את תחושות המוכרות". פוקו, הערה 44 לעיל, בעמ' 121 (ההדגשה הוספה).

סיפור של אונס, לא יותר

בשיר "סיפור של חורף"¹⁰⁹, ששם רשימה זו הוא פרפרזה שלו, מנסה הדובר להגדיר את תפקידו של סיפור האהבה התורפי הישן בחייו באופן מצמצם: זה היה אירוע קטן, לא חשוב, שהיו המון הצדקות לכך שהוא התרחש ("מכיוון שהגשם במילא זלף / והעצים נשבו וטיפות זלגו / מענף לענף. / מכיוון שבמילא הים געש / והגלים קצפו והחול נרטב / והיית לבד וחיפשת חבר. / זה היה סיפור של חורף, / לא יותר..."). אולם השיר מעביר תחושת מתח חזקה בין כוונתו המקטינה של הדובר לבין המקום הגדול שהסיפור תופס בחייו. הסיפור לא מניח לו, הוא מהווה עדיין מקור של כאב וגעגוע שיש לרפא. הסיפור הוא קטן רק לכאורה. מילות השיר מעבירות את המקום הגדול שיש לו ברגשותיו של הדובר.

סיפור החורף, כמו האונס בפסק הדין שלפנינו, חותר, אם כן, תחת כוונת המחבר המקטינה. הסיפור מתקומם ומבקש לעצמו ייצוג נאות, מקום שממנו אפשר להתחיל להתרפא. סיפור החורף וסיפור האונס הקטנים לכאורה, השוליים, רודפים את המעורבים בהם, ועד שלא יספרו אותם לאשורם אי אפשר יהיה להניח אותם לנפשם, להיפרד מן הכאב הכרוך בהם ולהמשיך הלאה.

כאן נגמר הדמיון ומתחיל ההבדל בין השיר לבין פסק הדין. הדובר בשיר עושה את מה שצריך כדי לתת לסיפור ייצוג נאות. הוא חוזר לפרטים הקטנים, הוא מסביר לעצמו איך התחיל, מה היה, איך נגמר, ובתוך כך הוא נפרד מן האירוע ומרפא את כיסופיו אליו ואת הכאב הכרוך בהם. דעת הרוב בפסק הדין, לעומת זאת, חוזרת ואומרת "זה היה סיפור של אונס, לא יותר". להבדיל מפעולת סיפור הסיפור בשיר, דעת הרוב לא מנסה להתחקות אחר האופן שבו התרחשו הדברים באמת או לתת עליהם דין ותשבון הוגן. היא מקטינה את האירוע בכוח, מסרבת לייצג אותו כראוי, לאפשר לו מקום שבו יתוארו הכאב, ההשפלה והפחד הכרוכים בו. אם במקרה של השיר, השיר עצמו הוא הפעולה התרפויטית, המאפשרת לספר את הסיפור, לכאוב דרך פעולת הסיפור ולמצוא בכך נחמה, הרי שפסק הדין של הרוב, לעומת זאת, איננו מאפשר נחמה כזאת.

נדמה כי יעבור זמן רב, וגיבורי הסיפור, ושופטיו, ימשיכו לומר לעצמם "זה היה סיפור אונס, לא יותר, לא יותר, לא יותר" – ועדיין לא יוכלו להרגיש שאכן מדובר באירוע קטן, חסר חשיבות, לא ממש מזיק, שעבר-חלף. הסיפור לא ירפה מהם, כיוון שלא קיבל לעצמו ייצוג, מקום בעולם המתאים למידותיו, שאיננו דוחק, מצמצם ומשתיק אותו.

109 יונתן גפן, "זה היה סיפור של חורף", בעיקר שירי אהבה 47 (1977).