

על קנקנה של עברת ניצול יחסי מרות

מאת

ליז מונטיליו*

מאמר זה מבקש להתוות שיקולים ראשוניים להבחנה בין עברת האינוס לבין סעיף 346(ב) רישא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 הדן בניצול יחסי מרות בין בגירים. בעשורים הקודמים עברה עברת האינוס שינויים רבים, וכיום היא מבוססת על יסוד היעדר הסכמה חופשית בלבד. יסוד ההסכמה הוא המונח גם בבסיס עברת ניצול יחסי מרות, ועולה השאלה מתי ההסכמה אינה חופשית כדי להיכנס בגדרי עברת האינוס, ומתי מדובר בהסכמה שניתנה בניצול יחסי מרות בלבד. לשם בירור השאלה האמורה המאמר סוקר תחילה את השינויים העיקריים בעברת האינוס ומתחקה על כוונת המחוקק בחוקקו את עברת ניצול יחסי המרות, בין היתר דרך בחינת סעיף 347א לחוק העונשין הדן במטפל נפשי המנצל תלות של מטופל בו. לאחר מכן מתמקד המאמר במקרים ה"קלאסיים" של עברת ניצול יחסי מרות, קרי "עסקה" מינית שנעשית בין העובדת למעביד. בהקשר הזה, המאמר מבחין בין מגע מיני שנעשה ביזמת המעביד לבין מגע מיני שנעשה ביזמת העובדת; כשהמגע המיני נעשה ביזמת המעביד, המאמר מבקש ללמוד מדוקטרינת "הכפייה הכלכלית" בדיני החוזים, בשינויים המחויבים. כשהמגע המיני נעשה ביזמת העובדת, המאמר מראה שדי במודעות הנאשם להיות העובדת מעוניינת לקדם את עצמה במקום העבודה דרך קיום יחסי מין, ואין צורך לתור אחר תמורה כלשהי מצדו. לבסוף מתייחס המאמר למקרים שבהם נאשמים הורשעו בניצול יחסי מרות אף שהמקרה תאם מבחינה עובדתית את עברת האינוס, מכיוון שנותר ספק במודעותו של הנאשם בנוגע ליסודות העברה, והוא מצביע על כלים לצמצום הרשעות מעין אלו.

מבוא. א. הרחבת עברת האינוס. ב. ניצול יחסי מרות – המחוקק וההלכה הפסוקה. ג. עברת ניצול יחסי מרות – מהלכה למעשה. 1. המקרים ה"קלאסיים" של ניצול יחסי מרות; 2. עברת ניצול יחסי מרות וסיטואציות של ספק במודעות הנאשם; סיכום.

* מתמחה במחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי), משרד המשפטים. העמדה המובאת במאמר זה מבטאת את עמדת האישית בלבד.

אני מבקשת להודות לדרור מיטלמן, לדפנה צדקיהו, להגר סלקטר ולשלי נעים על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות של מאמר זה. בעיקר, אני מבקשת להודות לפרופ' מירי גור-אריה על הנחייתה את עבודת הסמינר שעל בסיסה נכתב מאמר זה ועל ליווי כתיבת המאמר לאורך הדרך. כמו כן, תודתי נתונה לחברי כתב העת משפטים, לקוראים האנונימיים ובפרט לנועה זעירא ולטיראן ששון על הערות מאירות עיניים ועל שותפות אמתית בחשיבה על המאמר.

מבוא

בעניין מוצאפי¹ הוגש כתב אישום נגד הנאשם בעקבות תלונתה של אזרחית תאילנד שהגיעה לעבוד אצלו בחקלאות ובעיסוי. על פי עובדות כתב האישום, זמן קצר לאחר הגעת המתלוננת אל המשק אמר הנאשם למתלוננת כי עליו ללמדה כיצד לבצע עיסויים. בחדר העיסויים הורה למתלוננת להתפשט, והתפשט אף הוא. הוא עיסה בשמן את איברי גופה ולאחר מכן הורה לה לעסות את גופו, בההירור לה כי הוא משלם לה את שכרה, וכי לשם כך היא הובאה ארצה. בשבוע השני לעבודתה של המתלוננת, ולאחר שהנאשם הבהיר לה כי מדובר בחלק מהכשרתה המקצועית, חיבק הנאשם את המתלוננת, נשכב עליה ובעל אותה בהחדירו את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת. הנאשם הבהיר למתלוננת כי אם אינה מעוניינת לעבוד על פי דרישתו, הוא יחזיר אותה לתאילנד. הנאשם אף סירב לבקשת המתלוננת לעבוד רק בחקלאות או לעבוד למעביד אחר. בסופו של דבר, לאחר שאחד מהלקוחות ביקש מהמתלוננת בתום העיסוי לעסות גם את איבר מינו, הודיעה המתלוננת לנאשם שאינה מוכנה עוד לעבוד במתן עיסויים. זמן קצר לאחר מכן הפסיק הנאשם את העסקת המתלוננת, הורה לה לארוז את חפציה והסיעה לנמל התעופה על מנת לוודא את חזרתה לתאילנד בעל כורחה.

בגין עובדות אלה ייחס כתב האישום לנאשם עברת בעילה אסורה בהסכמה, לפי סעיף 346(ב) רישא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 הקובע כי "הבועל אישה שמלאו לה שמונה עשרה שנים תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות [...] דינו – מאסר שלוש שנים" (להלן: "עברת ניצול יחסי מרות"). עם זאת ציין בית המשפט שמקריאת כתב האישום עולה כי העובדות אינן תואמות עברה זו אלא דווקא את עברת האינוס לפי סעיף 345(א)(1), דהיינו "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית" (להלן: עברת האינוס).² כתב אישום זה ממחיש את הקושי להבחין בין עברת האינוס לעברת ניצול יחסי המרות.³ בעשורים הקודמים עברת האינוס עברה שינויים רבים, וכיום היא מבוססת על יסוד היעדר הסכמה חופשית בלבד. כך, אם בעבר היה ניתן להבחין בין שתי העברות באמצעות אלמנט הכוח שהיה קיים בעברת האינוס, היום, עם ביטול יסוד זה, יסוד ההסכמה הוא שמונח בבסיס שתי העברות ומעלה את השאלה מתי ההסכמה אינה חופשית כדי להיכנס בגדר עברת האינוס, ומתי מדובר בהסכמה שניתנה בניצול יחסי מרות בלבד. התוצאה היא שברוב

1 ת"פ (שלום ב"ש) 1298/07 מ.י. פרקליטות מחוז דרום – פלילי נ' מוצאפי (פורסם בנבו, 16.12.2012).
2 או לחילופין לפי ס' 345(א)(2) לחוק העונשין: "הבועל אישה בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה", שאינו במוקד רשימה זו. עם זאת בסופו של דבר קבע בית המשפט שהעובדות שהוכחו במהלך המשפט אכן תואמות את עברת ניצול יחסי מרות, אך לא פירט מדוע (ראו עניין מוצאפי, שם). ערעור הנאשם על עצם ההרשעה ועל חומרת העונש, נדחה (עפ"ג (מחוזי ב"ש) 49707-05-13 מוצאפי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.1.2014). בקשת רשות הערעור נדחתה אף היא (רע"פ 913/14 מוצאפי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.4.2014).
3 קושי זה עלול להתעורר עם מספר סעיפים בעברת האינוס, למשל ס' 345(א)(1) לחוק העונשין: "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית", או ס' 345(א)(4) לחוק העונשין: "הבועל אישה תוך ניצול [...] מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית". עם זאת ברשימה זו לא אתעכב על כך ואדון באופן כללי ביסוד ההסכמה שמופיע הן בשני תתי-הסעיפים בעברת האינוס והן בעברת ניצול יחסי המרות.

המקרים שבהם מעורבת מרות, קשה לומר אם מדובר בעברת האינוס או שמא בעברת ניצול יחסי מרות, והלכה למעשה ניכרת, במידת מה, נגיסה בעברת האינוס. מטרת רשימה זו היא לעמוד על היחס שבין שתי עברות אלו ולהתוות שיקולים ראשוניים לבחינת המקרים השונים. אטען שיישום שיקולים אלו יסייע אט אט לצייר את קו הגבול בין שתי העברות בצורה שתגשים את כוונת המחוקק בהרחיבו את עברת האינוס. בפרק א אסקור בקצרה את השינויים שבוצעו בעברת האינוס ואת הבעיות שאתן מתמודד בית המשפט בבואו ליישם שינויים אלו. בפרק ב אניח את התשתית המשפטית של עברת ניצול יחסי מרות ואעמוד על דעת המחוקק והפסיקה בעניין. תשתית זו תסייע בפרק ג בבחינת המקרים השונים שנדונו בפסיקה, ודרכם אנסה להתוות את קו הגבול בין שתי העברות. תחילה אבקש להבחין בין היעדר הסכמה חופשית, הנכנסת בגדרי עברת האינוס, ובין היעדר הסכמה חופשית, הנכנסת בגדרי עברת ניצול יחסי מרות בלבד. לאחר מכן אתייחס למקרים שבהם בית המשפט מזכה מעברת האינוס מחמת הספק ומרשיע בעברת ניצול יחסי מרות כאשר מתעורר ספק במודעתו של הנאשם באשר להיעדר הסכמתה של הקרבן (להבדיל מהיעדר הסכמתה החופשית). פרק זה נחלק לשני תתי-פרקים בהתאמה. חלקה האחרון של הרשימה מסכם.

א. הרחבת עברת האינוס

בתחילת הדרך הגדיר סעיף 345 לחוק העונשין את עברת האינוס כך: "הבועל אשה, שאינה אשתו, נגד רצונה תוך שימוש בכוח [...], דינו – מאסר ארבע עשרה שנים".⁴ החל משנות השמונים ביצע המחוקק שינויים רבים שהרחיבו את גדרי עברת האינוס.⁵ העיקריים שבהם

4 ס' 345 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226 (ההדגשה הוספה). בסמוך לפרסום החוק, שונה הביטוי "שאינה אשתו" לביטוי "שלא כדין" במסגרת תיקוני טעויות בחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 113.

5 יש לציין שבד בבד עם שינויים אלה בוצעו גם שינויים שנוגעים להליך המשפטי עצמו, כך למשל במסגרת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 7), התשמ"ב–1982, ס"ח 197 בוטלה דרישת הסיוע בעברות מין, וזו הוחלפה בדרישה לנימוק בלבד. בעקבות זאת המצב כיום אינו מחייב כל תוספת ראיתית מסוג כלשהו לעדותה של המתלוננת כדי להרשיע אדם בעברת מין. ההבדל היחיד בין עדה שהיא קרבן בעברת מין לבין עדה "רגילה" היא שההרשעה על סמך עדותה היחידה של הראשונה מחייבת נימוק. לביקורת על הסדר זה ראו יובל מרין "מבט פמיניסטי על דיני הראיות: ה'אמת' הממוגדרת והשתקת הקול השונה" המשפט טז 97, 121 (2011). ס' 22 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח–1957 הוסף במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח–1988, ס"ח 62 (להלן: תיקון מס' 22), וקבע שבית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברה המיני של נפגעת בעברת מין, אלא בנסיבות מיוחדות שיירשמו. ס' 22 לאותו החוק, שהוסף בשנת 1995 (חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) (תיקון מס' 2), התשנ"ה–1995, ס"ח 152), קבע כי ניתן לאפשר למתלוננת בעברת מין למסור עדות שלא בנוכחות הנאשם, כדי שתוכל להימנע מכל מגע עמו. בשנת 2001 חוק חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001, ובס' 13 בו נקבע כי אם יש צורך בחקירתה של נפגעת עברת מין, החקירה תהיה "תוך שמירה קפדנית על כבודו ופרטיותו של הנפגע". כמו כן בוצעו שינויים שנוגעים לחומרת הענישה. כך, למשל, תיקון מס' 22 העלה את עונש המאסר המרבי ל-16 שנים וקבע נסיבות מחמירות שבהן העונש המרבי הוא 20 שנים. עם זאת שינויים אלו חורגים מגדריה של רשימה זו, שכן מטרתה היא לבחון את קו

הם תיקון מס' 22 ותיקון מס' 61 לחוק העונשין.⁶ במסגרת תיקון מס' 22⁷ שונה הביטוי "נגד רצונה" ל"שלא בהסכמתה החופשית".⁸ בעבר הביטוי "נגד רצונה" פורש בפסיקה כדרישה מהאיש להצטרף לרצונה להינשואין למעשים בהתנהגותה (למשל בצעקה), וכן ניצול הזדמנות ראשונה לברוח ולהזעיק עזרה.⁹ עם זאת כבר בפסקי דין מוקדמים לתיקון ניתן לראות שינוי מגמה בעניין הזה. כך למשל בעניין גרינוולד הסתפק בית המשפט באי-הסכמתה של האשה למעשים כדי לקבוע שיחסי המין היו בכפייה, אף שהאשה לא הביעה התנגדות למעשים.¹⁰

הגבול בין עברת האינוס לעברת ניצול יחסי מרות, ולכן די שאציג את הרחבת הגבולות של עברת האינוס כדי לדון בהמשך בהשפעה של הרחבה זו על עברת ניצול יחסי מרות.

6 תיקון נוסף הנוגע להרחבת העברה הוא חוק העונשין (תיקון מס' 30), התש"ן-1990, ס"ח 196, שבו הוגדר לראשונה המונח "בועל" כ"המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האשה". מדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 33), התש"ן-1990, ה"ח 223, 224, עולה שהיה צורך להוסיף את ההגדרה כדי לכלול "דרכים שונות של ביצוע מעשי אינוס", שכן נראה שהנוק שנגרם לנפגעת אינו שונה במהותו או בחומרתו מבעילה רגילה. עם זאת ראוי לציין שממילא אונס יכול להתבצע רק כלפי נשים ורק בחדיירה לאיבר המין שלהן ולא בחדיירות מיניות לנקבים אחרים (היינו, חדיירות אוראליות או אנאליות), אף שהנוק הנפשי יכול להיות זהה (ראו לסלי סבה "עבירת האונס – מגמות משפטיות וקרימינולוגיות" פלילים ג 46, 66 (1992)). הצעות חוק שביקשו להוסיף חדיירות אוראליות או אנאליות נדחו (ראו למשל הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 14), התש"ס-1980, ה"ח 388; הצעת חוק למניעת כפייה מינית, התשס"ו-2006, פ/842/17. הצעה דומה הונחה גם על שולחן הכנסת ה-20: הצעת חוק למניעת כפייה מינית, התשע"ה-2015, פ/1921/20).

7 במסגרת הצעת החוק וכן בדיונים בכנסת הוגדר התיקון כתיקון מס' 26, אך הוא עבר בסופו של דבר כתיקון מס' 22. במסגרת תיקון זה אף נשמט הביטוי "שלא כדין". על פי דברי ההסבר לחוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"מ"ד-1986, ה"ח 303, 303 (להלן: דברי ההסבר לתיקון מס' 22), השמטה זו מטרתה להבהיר שאין לבעל הגנה מיוחדת בעקבות קשר הנישואין, והוא אינו יכול להכריח את אשתו להיבעל לו. במסגרת ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281 (1980) נדחתה טענתו של הסנגור כי בעילת אישה בידי בעלה איננה בעילה "שלא כדין", בהתבסס על הוראות המשפט העברי (בעמ' 288) ועל עקרונות יסוד של כבוד האדם (בעמ' 291), ונראה שהמחוקק מאמץ הלכה זו. נראה שהלכה זו קידמה את מעמד האשה והכירה בה כאדם ולא כקניין של בעלה שיכול לעשות בה כרצונו בכל עת. כדברי השופט בכור (שם, בעמ' 291): "המסקנה, אליה הגעתי, עולה בקנה אחד גם עם עקרונות היסוד של כבוד האשה כאדם חופשי ולא כשפחה, הנתונה לחסדי בעלה בעניין זה רגיש ועדין, עקרונות, אשר, לדאבוני הלב, לא מומשו בחקיקה ובפסיקה של מדינות נאורות ומתקדמות בעולם".

8 בדברי ההסבר לתיקון מס' 22, לעיל ה"ש 7, נכתב "ללא הסכמתה", אולם הנוסח שהתקבל בסוף הוא "שלא בהסכמתה החופשית", וזאת לאחר דיונים ממושכים בכנסת – ראו בעיקר פרוטוקול ישיבה מס' 216 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-11 (9.11.1987), ופרוטוקול ישיבה מס' 241 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-11 (1.2.1988).

9 ע"פ 579/76 פרג'ון נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (3) 224, 219 (1977). באותה פרשה נאנסה המתלוננת, לטענתה, במהלך הלילה בידי חמישה גברים (לעובדות המקרה המלאות ראו שם, בעמ' 220–221). הנאשמים זוכו מן האשמה שיוחסה להם מכיוון שהמתלוננת לא התנגדה, ולכן הסיק בית המשפט כי הסכימה למעשה. בית המשפט לא קיבל את עמדתה של המתלוננת שלפיה לא ברחה ולא התנגדה משום שהייתה בהלם והפחד שיתק אותה ולא מכיוון שהסכימה למעשים. כך קבע בית המשפט (שם, בעמ' 223): "אילו באמת רצתה המתלוננת להימנע מהסתבכות עם הנאשמים, יכלה [...] לפחות להקים צעקה [...] היא סיפרה שבמסעדת ג'לג'וליה לא אכלה דבר מכיוון שהיתה אחוזת פחד, אך קשה להבין למה לא ניצלה הפסקה זו בנסיעה כדי להזעיק עזרה, אם אכן פחדה".

10 ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (2) 564 (1986). כדברי הנשיא שמגר (שם, בעמ' 577–578): "לפי מימצאיה של הערכאה הראשונה, אשר אינני רואה לדחותה, לא היה אף שלב שבו

לכן ניתן להניח כי שינוי הביטוי בתיקון מס' 22, אף שאין התייחסות לשינוי בדברי ההסבר,¹¹ מעיד על רצון המחוקק להתקרב לפרשנויות מאוחרות יותר של בית המשפט לביטוי "נגד רצונה". כך אף פירש זאת הנשיא דאז שמגר בפרשת בארי,¹² הידועה בכינויה "פרשת שמרת". שמגר הבהיר שמטרת התיקון היא לזנוח את הדרישה להתנגדות, ודי באמירת "לא" כדי שהחדירה האמורה תהיה לא חוקית.¹³ עוד קבע שמגר כי גם אין צורך באמרה מילולית מפורשת של "לא", ואפשר להסיק אי-הסכמה ממכלול הנסיבות.¹⁴ במסגרת תיקון מס' 61 הושמט הביטוי "תוך שימוש בכוח".¹⁵ מדברי ההסבר עולה שהתיקון נסמך על עניין טייב,¹⁶ שבו קראו שופטי בית המשפט העליון לתקן את החוק. השופט (כתוארו אז) חשין היה נכון להוריד (ואף הרגיש מחויב לעשות כן) מיסוד הכפייה ולרומם את יסוד ההסכמה מכיוון שלדעתו "ראוי שנראה בפלישה לגופה של אישה, בעצם הפלישה, מעשה של שימוש בכוח ובכפייה כדרישת החוק".¹⁷ כך, תיקון זה השמיט יסוד נוסף מתוך עברת האיננוס והוא התיקון האחרון שנגע להרחבת העברה. תוצאתו היא שהחל משנת 2001 עברת האיננוס מוגדרת בהרחבה ומבוססת אך ורק על היעדר הסכמה חופשית.¹⁸ הקונצנזוס בספרות האקדמית הוא שהשינויים בעברת האיננוס הושפעו מהתאוריות הפמיניסטיות.¹⁹ השינויים בעברת האיננוס הכירו בחויית החיים הנשית הייחודית והכירו

ניתנה הסכמה לבעילה או אשר בו אפילו הפשטתה של המתלוננת על-ידי המערער נכרכה במשחק אהבה. התנגדותה נשחקה כתוצאה מצטברות של האמונה, שהיא בשיחה המהווה מבחן להתאמתה לתפקיד בתחנת השידור בתכנית מוגדרת, ולכך נצטרף הפחד מפני כל המריית פיו של המערער על רקע הנסיבות של המקום והזמן שכבר תוארו. ככל שהתנהגותה של המתלוננת תיראה כאווילית, אין לגלות שלב, שבו הסכימה לבעילה ולא התנגדה לה, ומעשיו של המערער, כפי שתוארו כבר, עלו כדי ביצוע עבירה על סעיף 345 לחוק העונשין, שיסודותיו הוזכרו לעיל".

11 השינוי אף אינו מנוי בשינויים העיקריים שמציג המבוא בהצעת החוק (ראו דברי ההסבר לתיקון מס' 22, לעיל ה"ש 7, בעמ' 302).

12 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993) (להלן: פרשת שמרת).

13 שם, פס' 92(ג) לפסק דינו של הנשיא שמגר.

14 שם, פס' 85(ה) לפסק דינו של הנשיא שמגר.

15 חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א–2001, ס"ח 408.

16 דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 61) התשס"א–2001, ה"ח 639, 640; ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289 (2000).

17 שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט חשין.

18 כדבריה של יושבת ראש הוועדה לקידום מעמד האישה באותה תקופה, ח"כ יעל דיין: "אונס זה אונס זה אונס. כל מה שצריך הוא היעדר הסכמה. אי אפשר אחר כך לטעון כלפי הקורבן שלא צעקה, שאין על התוקף סימן של הציפורניים שלה, שאין מתחת לציפורניים שלה שרידי עור המעידים על שריטות וכו'." [...] אונס הוא בעילת אישה שלא בהסכמתה החופשית, וזה הכל" (ההדגשה הוספה) (פרוטוקול ישיבה מס' 114 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-15 (16.4.2001)).

19 סבה, לעיל ה"ש 6; אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן: עבירת האיננוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם" משפט וממשל 754–755, 669 (2004) (להלן: קמיר "יש סקס אחר") ("על פני הדברים, דומה כי גישתו החדשה של המשפט הישראלי היא הסבירה והראויה. היא עולה בקנה אחד עם חלק מן הניתוחים הפמיניסטיים"); אורית קמיר "ואם בעל – קנה": סיפורי 'בעילה' ו'היבעלות' בחוק העונשין" פלילים 121 (1998); צפורה באופטמן "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות" מעמד האישה בחברה ובמשפט

באפשרות שניים יגיבו בקשת רחבה של תגובות בשל הסיטואציה הקשה שבה הן נתונות.²⁰ כך, החל משנת 2001 הורה המחוקק להימנע מלשפוט את האישה לפי סטנדרטים גבריים, כגון שימוש בכוח, ותחת זאת קיבל התנהגויות שונות מצדה, כגון שתיקה וקיפאון, ככאלה שמקיימות את יסודות עברת האינוס.²¹

נדמה שהמחוקק היה נכון להגדיר את עברת האינוס על בסיס היעדר הסכמה חופשית בלבד, אולם מושמעת ביקורת על יישומה של הגדרה רחבה זו בבתי המשפט. למשל, ד"ר קמיר טוענת שבהיעדר הגדרה ברורה ליסוד ההסכמה בתי המשפט נוטים להתמקד בהתנהגותה של המתלוננת, בקלות דעתה, במתירנותה המינית ובמבחינים מסורתיים שחלפו מהעולם (כגון סמיכות בין התלונה לאירוע המיני, המשך קשר עם הנאשם וכו').²² ככל שהסכמת המתלוננת ממלאת תפקיד מרכזי יותר בעברת האינוס, כך גדלה המוטיבציה וההצדקה של בית המשפט לבחון ביסודיות את התנהגותה ואישיותה של המתלוננת ופוחת העניין השיפוטי בנאשם.²³ ד"ר לבנת טוען שההסכמה נבחנת עוד יותר ביסודיות בשתי

- 189, 233–234 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995); אילת שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" **עיוני משפט** יח 159 (1993).
- 20 השפעה זו ככל הנראה נובעת מהפמיניזם התרבותי או מהפמיניזם הרדיקלי, שכן שני הזרמים גורסים שיש תכונות נשיות שיש להתחשב בהן בעת עיצוב המשפט, אלא שהתאוריות חלוקות על מקורן של אותן תכונות (ראו יובל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אשה (על יסוד אי-ההסכמה בעבירת האונס)" **פלילים** ו 187, 194 (1997)). לעומת זאת לפי הפמיניזם הליברלי, אין כל בעיה של שוויון מיני בתופעה שהיא ייחודית לנשים, שכן אי אפשר לאתר גבר שמקבל יחס טוב יותר, ואין מקום לדבר על אפליה. לכן לפמיניזם הליברלי אין תרומה רבה לדיון בעברות המין מכיוון שהוא אינו מספק את הכלים להתמודד עם תופעה שקרבנותיה, ברוב מוחלט, הן נשים (ראו שם, בעמ' 190); חצי הביקורת עוררו מחדש את השיח בקרב התומכים בשיח הליברלי, והועלו כמה פתרונות שיכולים להועיל (לסקירת פתרונות אלו ראו שחר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 167). למרות התפתחויות אלו עדיין הגישה הליברלית מתקשה לפתור בעיות ייחודיות לנשים, בעיקר בתחום הפגיעות המיניות. לפיכך לא סביר שהמחוקק הושפע מגישה זו בעת חקיקת השינויים בעברת האינוס.
- 21 ראו דבריה של ח"כ יעל דיין בפרוטוקול ישיבה מס' 111 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-15 (19.3.2001): "בפסיקה יש סימוכין על זה, למעשה אנחנו מעדכנים ומעלים קומה את ההבנה שהחוק מגלה כלפי עבירת האינוס ואת ההבנה בפועל שיש לכולנו מזה שנים של כל הסיפור של למה לא צעקת ולמה לא רואים חתכים וחבורות בעין" (ההדגשה הוספה). הציטוט מדגים את התהליך שעברה עברת האינוס – בשנים האחרונות החלה הבנה של נקודת המבט הנשים שעולה קומה עם הזמן. נדמה כי השימוש במונחים של "הבנה" מעיד על הבנת הצד הנשי בעברת האינוס.
- 22 קמיר "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 19, בעמ' 677–678. לביקורת על חקירת הקרבן, כמו גם על הסטראוטיפים המעורבים בה, ראו מרין, לעיל ה"ש 5, בעיקר בעמ' 112–127.
- 23 "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 19, בעמ' 687, וייתכן שאף בניגוד לאיסור בדבר עדות אופי למתלוננות מין לפי ס' 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957. מכאן נובעות הטענות מצד הקרבנות כי הן חוות "אונס שני" בבית המשפט. למקרה שעלה לאחרונה לכותרות שבו התבקשה הקרבן להדגים את האונס שעברה ונשאלה על ידי הסנגור כמה שאלות שבעיניי, חוקיתן שנויה במחלוקת, ראו "המקור: עדות אונס" (ערוץ 10, 10.9.2015) news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1147814. ריב דרוקר, מנחה התכנית, ציין כי התרשם מתחקירו כי אין מדובר במקרה קיצון, ושהחקירות מתנהלות כך כדבר שבשגרה. פרשה נוספת שעלתה לאחרונה לכותרות, פרשת "אלנבי 40" (לפרטיה ראו יניב קובוביץ "מה באמת קרה באלנבי 40? גילויים חדשים" **הארץ** – חדשות 12.10.2015 www.haaretz.co.il/news/ law/1.2750041, והכתבות הקשורות אליה), העלתה מחדש את הקושי ביסוד ההסכמה כרכיב המפנה את הזרקור לאישה. בהקשר זה ראו רויטל חובל "מה הופך סיטואציה מינית לאונס? הצעת חוק מדגישה את

סוגיות מרכזיות: ניצול הזדמנות ראשונה לבריחה²⁴ והמשך קשר עם הנאשם.²⁵ לדעתו בית המשפט "מרשיע" את המתלוננת כשהוא אינו מוצא את התנהגותה סבירה ולגיטימית.²⁶ כמו כן בית המשפט ממשיך להשתמש באלומות הנאשם כראיה להיעדר הסכמתה של המתלוננת, ובהיעדר שימוש בכוח בית המשפט מתקשה לקבוע שלא הייתה הסכמה. כך למעשה מוכנסים בדלת האחורית הרכיבים שבוטלו בחקיקה.²⁷ ייתכן ששימוש זה נובע מכך שבית המשפט לא הפנים לגמרי את השינויים שהמחוקק ביקש לבצע או אף שינויים שהוא עצמו עיצב. בהקשר זה דייק לבנת בתיאורו:²⁸

הקורא את פסקי-הדין של בית-המשפט העליון בתחום האונס עלול להיתקל בתופעה מוזרה: בית-המשפט נוהג פעמים רבות לדבר גבוהה-גבוהה על האוטונומיה של האישה ועל זכות האישה על גופה, אולם חרף הצהרות אלה קשה לא להבחין שהוא שבוי עדיין פעמים רבות במיתוסים ובסטריאוטיפים שהוא עצמו קורא למיגורם.

בעיה נוספת שעולה בעת יישום עברת האינוס סובבת סביב היסוד הנפשי. על אף השינויים הברורים בעברת האינוס, חשוב לזכור שאלו נעשו רק ביסוד העובדתי, ומכיוון שמדובר בעברה הדורשת מחשבה פלילית, עדיין נדרש להוכיח שהנאשם מודע לאי-הסכמתה של המתלוננת. ביטוי לקושי זה ניתן לראות בעדותו של הנאשם בעניין אל-חי: "למה לא צעקת שעשיתי לך אונס, למה לא עשית... למה לא ברחת מהחדר... למה לא הלכת לחדר אוכל להגיד אלחי נטפל אלי מינית".²⁹ כלומר, הנאשם הסיק שהמתלוננת הסכימה למעשיו

את המעשה ולא ההסכמה" הארץ – חדשות 17.10.2015 www.haaretz.co.il/news/law/1.2753322.

- 24 לבנת, לעיל ה"ש 20, בעמ' 217–223.
- 25 שם, בעמ' 223–231. בעניין מ' 1/05 התובע הצבאי הראשי נ' זאהר, פס' 55 לדעת הרוב (פורסם בנבו, 5.9.2005). בית הדין ייחס חשיבות לכך שהמתלוננת שמרה על קשר עם הנאשם והיחסים עמו נדמו כטובים. יחסים טובים אלו באו לידי ביטוי בין היתר בתמונתם המשותפת שצולמה במסיבת השחרור של המתלוננת בביתה ובשיחת הטלפון המוקלטת ביניהם שבה נשמע הנאשם, לדעת בית הדין, יותר אוהב מאשר אנס אכזר ואלים. לביקורת של ערכאת הערעור על קביעות אלו ראו ע' 117/05 התובע הצבאי נ' זאהר, פס' 88–93 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.9.2006) (להלן: ערעור בעניין זאהר). ערכאת הערעור קבעה כי העובדה שמערכת היחסים בין הנאשם למתלוננת נחזתה כטובה כלפי חוץ נבעה מכך שהמתלוננת סרה למרותו של הנאשם, וכן כי הסכמה עולים בקנה אחד עם אופייה, עם רצונה להסתיר את אירועי האונס, עם חרדתה ועם תמימותה.
- 26 לבנת, לעיל ה"ש 20, בעמ' 232. לעניין זה יפות מילותיו של בית הדין בערעור בעניין זאהר, לעיל ה"ש 25, פס' 82 לפסק הדין: "גם אם בעיני המתבונן מן הצד, נפלאות ממנו דרכיה של נאנסת, אין בכך, בהכרח, כדי לפגוע באמינותה" (משפט זה אף הודגש במקור).
- 27 קמיר "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 19, בעמ' 727. כן ראו עירית נגבי סיפורי אונס בבית המשפט – ניתוח נרטיבי של פסקי הדין (2009), בו קובעת המחברת, לאחר ניתוח מספר רב של פסקי דין, שחלק מהשופטים ממשיכים לחפש סימני התנגדות אקטיבית ומפשפשים בעברה של המתלוננת.
- 28 לבנת, לעיל ה"ש 20, בעמ' 228.
- 29 ע"פ (מחוזי ת"א) 70379/05 אל-חי נ' מדינת ישראל פרקליטות מחוז ת"א – פלילי, פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.11.2005). ראו גם את תשובת בית המשפט לכך (שם): "מדבריו ניתן להתרשם שמבחינתו כפיה היא רק עשית שימוש בכוח הזרוע, וסירוב משמעו הימלטות מהמקום, או השמעת קול צעקה רמה. לא זאת תפיסת החוק והפסיקה".

מכיוון שזו לא התנגדה להם ומכיוון שלא ניצלה את ההזדמנות הראשונה לברוח. לאור אמונה זו, לעתים אי אפשר להרשיע נאשם בעברת האינוס, שכן אי אפשר להוכיח כי היה מודע להיעדר הסכמתה של המתלוננת.

לכן עולה השאלה כיצד, במסגרת היסוד הנפשי, מביאים לידי ביטוי את השינויים בתפיסה שלהם קורא הדין? כיצד ניתן לגשר על הפער שבין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי בעברת האינוס? לולא האפשרות לגשר על הפער עולה החשש שהשינויים ביסוד העובדתי יאבדו ממשמעותם, שכן לא יהיה ניתן להרשיע את הנאשם בעברת האינוס.³⁰

שתי הבעיות שהוצגו עלולות להידמות במבט ראשון כנובעות זו מזו, אך הן מופרדות זו מזו, ולעתים אף הפוכות זו לזו. הבעיה הראשונה, הנוגעת לעיסוק בהתנהגות הקרבן במישור העובדתי, עניינה בפועלו של בית המשפט. קרי, כשבית המשפט עוסק בהתנהגותה של הקרבן במישור העובדתי ותר אחר רכיבים שנמחקו בחקיקה, הוא הפועל שלא בהתאם לדין הקיים, והוא עצמו נופל בסטראוטיפים שהוא יוצא נגדם. הבעיה השנייה, הנוגעת לפער בין היסוד העובדתי לנפשי, עניינה בנאשם. קרי, דווקא במקרים שבהם בית המשפט מאמץ את הדין הקיים ופועל על פיו במישור העובדתי, הוא עלול להיתקל בקושי שבו הנאשם הוא השבוי בדין ארכאי או בסטראוטיפים שונים, ולכן הוא נאלץ לזכות את הנאשם מכיוון שהוא לא היה מודע להיעדר הסכמתה של המתלוננת.³¹

אמנם, הקשיים שתוארו עלולים להתעורר בכל עת שבית המשפט מיישם את יסודות עברת האינוס, אך מטרת רשימה זו היא לנסות לפתור קשיים אלו רק במקרים שבהם מעורבת מרות. במילים אחרות, אנסה לפתור קשיים אלו רק לצורך התוויית קו הגבול בין עברת ניצול יחסי מרות לעברת האינוס. אנסה להציע כמה כללי אצבע, או מעין נורות אזהרה, שיעזרו לבית המשפט להתגבר על אותם מיתוסים וסטראוטיפים ובכך ליישם את שתי העברות באופן שיתאם יותר את כוונת המחוקק. לצורך כך, בחלק הבא אעמוד על התבטאויות המחוקק והפסיקה בנוגע לעברת ניצול יחסי מרות.

30 שינויים אפשריים במסגרת היסוד הנפשי חורגים מגדרי רשימה זו, אך ניתן למנות לדוגמה את הקריאה לחוקק עברת אונס ברשלנות (ראו לבנת, לעיל ה"ש 20, בעמ' 206). עם זאת יצוין שלדעת קמיר, הדרך היחידה להתגבר על חששות אלו היא לחוקק עברת אינוס חדשה. קמיר מנסה לטבוע מושגים לשוניים שונים למין לגיטימי ולמין שאינו לגיטימי כדי להבדיל לחלוטין בין שתי התנהגויות אלו (קמיר "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 19, בעמ' 756).

31 ראו למשל ערעור בעניין זאהר, לעיל ה"ש 25. בפרשה זו בית המשפט קבע שהמתלוננת לא הסכימה לכל המעשים שביצע בה הנאשם (שם, פס' 103). אשר ליסוד הנפשי קבע בית הדין שבתקופת שירותה של המתלוננת התקיים בנאשם היסוד הנפשי הדרוש (פס' 106). עם זאת בית הדין קבע שהתעורר ספק בנוגע למודעות הנאשם להיעדר הסכמתה של המתלוננת לאחר שחוררה (פס' 107). ספק זה נובע מהמתנות שקיבל הנאשם מהמתלוננת, מהעובדה שהמתלוננת בחרה להתנדב לשירות מילואים ביחידה ומהיענותה לשיחות הטלפון מטעמו, שכן אלו יכלו לגרום לנאשם לסבור בטעות שהמתלוננת "שינתה את לבה" כלפיו. כמו כן ייחס בית הדין חשיבות לכך שאט אט הלכה התנגדותה של המתלוננת למעשי האונס ודעכה עד ש"לא נותר בה עוד כוח". בצירוף כלל הנסיבות יחדיו, בית הדין קבע שהיעדר הסכמתה למעשים המאוחרים לא נתפסה בתודעת הנאשם. ויודגש כי בשום שלב בית הדין לא אמר שהמתלוננת אכן "שינתה את לבה" כלפי הנאשם במישור העובדתי, אלא שהספק נבע אך ורק מחוסר מודעותו לאי-הסכמתה (פס' 112–113).

ב. ניצול יחסי מרות – המחוקק וההלכה הפסוקה

עברת ניצול יחסי מרות נחקקה במסגרת תיקון מס' 32.22 על פי דברי ההסבר להצעת החוק, מטרת סעיף 346 כולו היא "להחליף ולאחד, תוך החמרה בעונש, את הוראותיהם של סעיפים 346 עד 348 בחוק הקיים [...]".³³ עברות קודמות אלו עניינן בבעילת קטינה תוך ניצול יחסי מרות או בעילת אישה הלוקה בנפשה, אך לא הייתה בהן התייחסות לניצול יחסי מרות כלפי נשים בגירות. כל שנאמר בדברי ההסבר על הרחבה זו, בעניינן של בגירות, הוא כי מוצע "לשלול הסכמה המושגת תוך ניצול כל יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה, אף אם לא הגיעו לכלל מעמד אפוטרופסות". אף הוצהר כי "בכך יש הרחבה לעומת החוק הקיים".³⁴ העונש שנקבע בהצעת החוק הוא עונש של שתי-עשרה שנות מאסר, ובנסיבות מחמירות – עונש של שש-עשרה שנות מאסר. הרחבת החוק הקיים לבגירות במסגרת יחסי מרות עוררה מחלוקת בדיונים בכנסת. כך למשל בדיונים בוועדה נשאלה השאלה למה יש לחוקק עברה פלילית כש"אין פה אונס, אין פה שום פעולה בכוח, והיא אדם מבוגר".³⁵ במענה לשאלה זו ציין יו"ר הוועדה את הדברים האלה:³⁶

האם אין פה שום דבר מכוער? זה יותר מכוער משימוש בכוח פיסי. מדובר באדם שמאיים לנשל אותה מפרנסתה [...] הוא בא לאשה עובדת, שהפרנסה של המשפחה שלה תלויה בעבודתה, והוא אומר לה: אם לא תשכבי איתי – תפוטרי. הוא מאיים עליה והיא נוטה לחשוב שאכן כך זה יהיה [...].

ניסיון לסחוט שירותי מין תוך ניצול יחסי תלות – זה אחד הדברים המכוערים שיכולים להיות. לעיתים זה יותר חמור מכוח פיסי. האשה עובדת שחיקה נפשית תחת לחץ במשך תקופה ממושכת.

ואולם, העברה שאומצה בסופו של דבר לאחר הדיונים בכנסת זו העבירה כפי שהיא היום – "הבועל אשה שמלאו לה שמונה עשרה שנים תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות [...], דינו – מאסר שלוש שנים". כלומר, העברה צומצמה ליחסי מרות בלבד, והעונש שנקבע בצדה הוא שלוש שנות מאסר.³⁷

עולה מהאמור כי בשתי הדעות הנוגדות שהוצגו בוועדה, יסוד השימוש בכוח בעברת האינוס שימש יסוד מבחין בעת חיקוק עברת ניצול יחסי מרות. לכן קשה ללמוד מהמחוקק

32 תיקון מס' 22, לעיל ה"ש 7.

33 דברי ההסבר לתיקון מס' 22, לעיל ה"ש 7, בעמ' 304.

34 שם.

35 דבריה של ח"כ שולמית אלוני בפרוטוקול ישיבה מס' 255 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-11 (14.3.1988) (להלן: פרוטוקול ועדה 14.3.1988).

36 דבריו של ח"כ אוריאל לין שם.

37 ס' 346(ב) לחוק העונשין. לעברה זו צורפה גם הסכמה שהושגה "עקב הבטחת שווא לנישואין תוך התחזות כפנוי למרות היותו נשוי", אך לא אעסוק בה במאמר זה. עם זאת יצוין בהקשר הזה שבדיונים בוועדה סברו כי ראוי שהעונש בעברת ניצול יחסי מרות יהיה חמור יותר (ארבע-חמש שנים), ואילו העונש בגין הבטחת שווא לנישואין יהיה קל יותר (שנתיים) אך לבסוף החליטו להשאיר את שתי העברות יחד ולקבוע עונש של שלוש שנות מאסר (דבריו של ח"כ אוריאל לין בפרוטוקול ועדה 14.3.1988, לעיל ה"ש 35).

על היחס שבין עברת ניצול יחסי מרות לבין עברת האינוס המתוקנת. עם זאת ניתן להתחקות על כוונת המחוקק דרך חקיקת סעיף 347א לחוק העונשין הדין במטפל נפשי המנצל תלות של מטופל בו. הסעיף נחקק בשנת 2003, במסגרת תיקון מס' 77 לחוק העונשין,³⁸ קרי לאחר השינוי האחרון בעבירת האינוס. סעיף זה רלוונטי לענייננו, שכן הוא דומה במהותו לעברת ניצול יחסי מרות. אמנם ניתן להצביע על שוני בין טיב התלות ביחסי מרות לבין טיב התלות במסגרת טיפול נפשי, אך נראה שהמחוקק רואה באותן עברות דבוקה אחת. למשל, במסגרת הדיונים על הסעיף החדש אמרה עו"ד דליה איש-שלום, הממונה על החקיקה ממשרד המשפטים, את הדברים האלה:³⁹

מה יש היום במישור העונשי שעוסק ביחסי מין בהסכמה בין בגירים תוך ניצול תלות? יש רק נושא של ניצול מרות בעבודה או בשירות, דהיינו, כשמעביד מנצל את המרות שלו כלפי עובדת שלו כדי לקיים אתה יחסי מין, או כשמפקד מנצל חיילת כדי לקיים איתה יחסי מין – אז יש עבירה בחוק העונשין שהעונש שקבוע לה הוא שלוש שנות מאסר לגבי בעילה [...]. הממשלה תומכת בהצעת החוק הזאת [...] משום שאנחנו חושבים שמדובר פה בחסר נורמטיבי בחוק העונשין. זו התנהגות שראוי שהיא תהיה עבירה פלילית [...].

כלומר, נראה שהמחוקק רואה בעברת המרות ובעברת התלות ביחסי מטפל–מטופל חלק מדבוקת העברות שנוגעות לניצול תלות, וכעת עם חקיקת הסעיף הדין בתלות ביחסי מטפל–מטופל, תמה מלאכת החקיקה בעניין ניצול תלות בבגירים.⁴⁰ זאת ועוד, אף שיש שיטענו שתלות שנוצרה מטיפול חמורה מתלות שנוצרה מיחסי מרות,⁴¹ הממשלה לא ראתה לנכון להבחין בעונש של שתי העברות:⁴²

- 38 חוק העונשין (תיקון מס' 77), התשס"ד–2003, ס"ח 18.
- 39 דבריה של עו"ד דליה איש-שלום בפרוטוקול ישיבה מס' 442 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (24.2.2002) (להלן: פרוטוקול ועדה 24.2.2002).
- 40 עם זאת לאחרונה עלתה דרישה גם להוסיף ניצול תלות בידי כוהני דת כדי להשלים את דבוקת עברות התלות (ראו הצעת חוק העונשין (תיקון) – בעילה אסורה בהסכמה ומעשה סדום במסגרת הדרכה או ייעוץ של כהן דת), התשע"ו–2015, פ/20/2059.
- 41 וראו למשל דבריו של פרופ' אלי זומר בפרוטוקול ועדה 24.2.2002, לעיל ה"ש 39: "באשר להחלה של העבירה הזאת עם עבירות אחרות שקשורות בניצול מרות, ביחסי עבודה ובשירות, הקושי שלי הוא בכך שהעבירות אינן דומות. הן לא דומות, משום שמערכות היחסים מלכתחילה שונות מאוד. מצב נפשי של מטופלת, שנכנסת לפסיכותרפיה, מלכתחילה אי-אפשר להשוות אותו למצב נפשי של אשת קריירה במקום העבודה שלה או קצינה שעובדת עם קצין בדרגה גבוהה יותר ממנה. הבדל אחר בין המצבים הוא, שבטיפול קיימת חזקה, שכל הפעולות שהמטפל יעשה, הן פעולות שמונעות על-ידי טובת המטופלת. לכן כל תהליך הבקרה של מטופלת לגבי המניעים או המעשים של המטפל הם מלכתחילה שונים מאשר מה שעלול לעבור בראש בתהליך קבלת החלטות, מבחינת המציאות, של משהי שעובדת במקום העבודה או משרתת בצבא. לעטוף את הדברים האלה ביחד לחבילה אחת, יש לי קושי עם זה".
- 42 ראו דבריה של עו"ד דליה איש-שלום, שם. עם זאת דיון מעמיק בעניין נדחה למועד אחר שכלל הנראה לא התקיים בסופו של דבר (ראו דבריו של ח"כ אופיר פינס-פז שם, בעמ' 43). כמו כן גם בעת חקיקת העברה של ניצול יחסי מרות יש שסברו שהעונש צריך להיות חמור יותר (ראו את האמור לעיל בה"ש 37).

חשבונו שהחמרה לארבע שנים, היות שזה מעבר מעוון לפשע, תבטא את אותה החמרה, אבל אנחנו רוצים להחמיר במידה שווה לכל ניצולי התלות למיניהם, לאו דווקא מה שעכשיו הוספנו, זאת אומרת, גם לניצול מרות בעבודה ובשירות [...].

לאור האמור נראה שיהיה נכון ללמוד על כוונת המחוקק בעניין עברת ניצול יחסי מרות דרך עברת התלות בין מטפל למטופל, בנוגע לקו הגבול בין עברות התלות לבין עברת האינוס. בהקשר הזה ניתן לומר כי המחוקק התכוון שעברות התלות יטפלו במישור הפלילי בהתנהגויות שעד כה נאסרו בגדרי דין משמעתי או אזרחי בלבד. כך למשל נאמרו בוועדה הדברים האלו:⁴³

לא מכוסה [בעברת האינוס] מצב שהמטופל מסכים, אבל ההסכמה פגומה, מפני שהיא ניתנת מתוך התלות הנפשית, ולכן זו הסכמה תוך ניצול תלות, והיא פסולה. זאת התנהגות שאינה הולמת במרבית החוקים שעוסקים במקצועות טיפוליים, אבל אין טיפול במישור העונשי.

כך גם פירש השופט לוי בפרשת פלח את כוונת המחוקק, על רקע טענתו של המערער כי סעיף 347 חל בכל סיטואציה שבה היכולת ליתן הסכמה נחלשת במערכת יחסים טיפולית:⁴⁴

סעיף החוק החדש [סעיף 347א] בא לתת מענה למצבים בהם מתקיימת מערכת יחסים בעלת אופי מיני בהסכמת שני בני הזוג, שאחד מהם הוא מטפל נפשי. [...] חקיקתו של סעיף 347א לחוק לא נועדה להקל על מי שהתקיימו בענייננו חלופות שונות של סעיף 345 רק משום שהוא ביצע מעשים מיניים במסגרת טיפולית. ההיפך הוא הנכון. העבירה החדשה נועדה לאסור על התנהגות שלא נאסרה בעבר בחוק הפלילי, אלא הייתה אסורה במישור האתי בלבד.

אם כן, ככל שניתן להסיק מאמירות אלו על עברת ניצול יחסי המרות,⁴⁵ ניתן בעיני לפרש את עמדת המחוקק כמבקשת להגדיר את העבירה של ניצול יחסי המרות כעברה שתכניס אל המישור הפלילי מעשים שעד כה היו בגבולות אתיים או אזרחיים.

43 דבריה של עו"ד דליה איש-שלום, שם. כך גם על פי הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 71) (ניצול תלות של מטופל במטפל), התשס"ב-2002, ה"ח 868, 869: "כשמדובר בטיפול נפשי, חלק בלתי נפרד ממנו היא התלות הנוצרת במטפל. המטפל צריך לשלוט במצב זה ולפעול לטובת המטופל בלבד. זאת היא גם הנחתו של המטופל. כל ניצול של פגיעות נפשית זו, הנוצרת עקב הטיפול, מהווה הפרה חמורה של קוד ההתנהגות המצופה ממטפל, מהווה פגיעה נפשית נוספת במטופל ואינה יכולה להיחשב כמערכת יחסים שנוצרה מתוך הסכמה מדעת. מוצע שהתנהגות פסולה זו תהווה עבירה" (ההדגשות הוספו).

44 ע"פ 2085/07 פלח נ' מדינת ישראל, פס' 19 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 15.6.2009) (ההדגשה הוספה). כן ראו בפס' 18 לפסק דינו של השופט לוי את סקירת ההיסטוריה החקיקתית של ס' 347א לחוק העונשין. דברים דומים נכתבו לאחרונה בעפ"ג (מחוזי ת"א) 38461-10-15 פרקליטות מחוז תל אביב פלילי נ' דיין (פורסם בנבו, 25.11.2015).

45 השופט לוי סבר אף הוא בפרשת פלח כי מדובר בסיטואציה דומה (לעיל ה"ש 44, פס' 19 לפסק דינו).

בחירת המחוקק להכניס מקרים אלו בגדר הדין הפלילי אינה ברורה מאלה, והיא מעלה את השאלה מה מייחד את מקרי המרות המצדיק להעביר דווקא אותם מהמישור האתי אל גבולות הדין הפלילי. נראה שהייחודיות של יחסי מרות טמונה בנטייתם של אנשים לבטל את רצונם בפני אנשי מרות. בהקשר הזה ראוי להזכיר את ניסוי המפורסם של מילגרם וקביעתו שאנשים נוטים לציית לסמכות שהורתה להם לבצע פעולה אף אם זו עלולה להיות מנוגדת לערכיהם או למצפונם.⁴⁶ להמחשה ראוי אף להזכיר את עניין טייב. באותו מקרה הואשם הנאשם, פיזיותרפיסט במקצועו, בביצוע אונס ומעשה סדום במטופלת שלו במהלך עיסוי שנתן לה. בסוף העיסוי, ותוך שניות ספורות, חשף הנאשם את איבר מינו מול פניה של המתלוננת, החדירו לפיה והחדיר את ידו לאיבר מינה. המתלוננת העידה שלא הצליחה לפעול בתושייה וחשה כנועה למרותו של הנאשם. כדבריה:⁴⁷

I just submitted to every word he said. I thought, well if ever I was in a situation like that, I would know what to do, but I was like I come under his authority, I come under his submission. I didn't fight, I just did what he said [...].

אם כן, נראה שככלל, הייחודיות של הסכמה במסגרת יחסי מרות טמונה בהיותה מאופיינת בכניעה ובביטול הרצון בחריפות ובקיצוניות. בחירתו של המחוקק להכניס את ניצולה של אותה הסכמה בגדר הדין הפלילי מעידה על ההכרה ביחסי הכוחות המובנים בסיטואציה ועל ההכרה בחוסר האונים של הצד החלש.⁴⁸

הפסיקה אף היא התייחסה לעברה זו במסגרת שני פסקי דין מרכזיים – פרשת בן חיים⁴⁹ ופרשת נוי.⁵⁰ שניהם הוכרעו בבית המשפט העליון לאחר ההרחבות בעברת האינוס, ולכן הם שיסייעו בניסיון להבין את עמדת בית המשפט בנוגע לקו הגבול בין עברת האינוס לבין

46 Stanley Milgram, *Behavioral Study of Obedience*, 67 J. ABNORMAL & SOC. PSYCHOL. 371 (1963). בניסוי התבקשו המשתתפים להיות מורים לתלמיד, שחקן. ניתנה להם הנחיה שלפיה שכשהתלמיד מבצע טעות, עליהם לתת לו שוק חשמלי בלחיצה על כפתור. את עצמת השוקים החשמליים יש להעלות לאחר כל טעות (אך למעשה התלמיד לא קיבל שוקים חשמליים כלל). המורים המשיכו לתת שוקים חשמליים לבקשת החוקר, בעל המרות, על אף תחנוניו של התלמיד להפסיקם. שום נבדק לא עצר לפני עצמת שוק של 300 וולט, ו-65% הגיעו לעצמת השוק החשמלי הגבוהה ביותר.

47 עניין טייב, לעיל ה"ש 16, פס' 55 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

48 PAUL DAVIES & MARK FREEDLAND, *דיני העבודה* ראו, KAHN-FREUND'S LABOUR AND THE LAW 23–26 (3rd ed. 1983).

49 ע"מ 4790/04 מדינת ישראל נ' בן חיים, פ"ד ס (1) 257 (2005). במקרה זה, הנאשם, מנהל מחלקת דוורים בסניף של רשות הדואר, הואשם בכך שהטריד מינית עובדת שעבדה בסניף והתנכל לה. בית הדין למשמעת של עובדי המדינה קיבל את גרסת המתלוננת ברובה וקבע שהנאשם והמתלוננת קיימו יחסי מין תוך שהנאשם מבטיח למתלוננת שיעזור לה לקבל מעמד של עובדת ארעית בשירות המדינה. קשר זה נגמר ביזמת המתלוננת לאחר כמה חודשים. עם זאת נקבע שקיים ספק אם אכן הנאשם ניצל את מרותו, ולכן נמנע בית הדין מהרשעה בהטרדה מינית והרשיע תחת זאת בעברת משמעת של התנהגות לא הולמת. בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה והרשיע את הנאשם בהטרדה מינית, שכן בשל מכלול הנסיבות התבקשה המסקנה שהמתלוננת לא נתנה הסכמה חופשית ואמתית.

50 ע"פ 9256/04 נוי נ' מדינת ישראל, פ"ד ס (2) 172 (2005) (להלן: הערעור בפרשת נוי). עובדות פסק הדין יובאו בהרחבה להלן בעמ' 92.

עברת ניצול יחסי מרות. אמנם בשני פסקי הדין אין התייחסות מפורשת לעברות אלו, אך ניתן ללמוד על גבול זה בעקיפין מתוך אמירות בית המשפט על ההסכמה הנדרשת בעברות ניצול המרות.

בשני פסקי הדין קיימת ההנחה שבניצול יחסי מרות לא ניתנת הסכמה חופשית; לדעת בית המשפט, קיומו של ניצול יחסי מרות מקים הנחה סטטוטורית ש"ההסכמה שניתנה פגומה, שכן היא אינה פרי רצון חופשי ואמיתי".⁵¹ הנחה זו עלולה להוביל למסקנה שאין מקום לקיום עצמאי לעברת ניצול יחסי מרות, שכן די בהיעדר הסכמה חופשית כדי לבסס את עברת האינוס לאחר הרחבתה. עם זאת ניתן להבין מאמירתה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בפרשת בן חיים, שבכל זאת קיים הבדל בטיב ההסכמה בעברות של ניצול מרות לבין עברות חמורות ממנה:⁵²

אכן, נסיבותיה של העבירה לפי סעיף 348(ה) לחוק העונשין אינן כאלה שבמסגרתן נשלל לחלוטין חופש הרצון והבחירה של נפגע העבירה. לשם השוואה ניתן להפנות לסעיפים 348(א)-(ג) לחוק העונשין, העוסקים במעשים מגונים שבוצעו בנסיבות של אינוס, תוך שימוש בכוח ובאמצעי לחץ אחרים או בהיעדר הסכמה. ההנחה במסגרת סעיפי משנה אלה היא כי המעשה המגונה בוצע על אף חוסר הסכמה מצד הנפגע לביצוע המעשים המיניים בו. בנסיבות אלה עוצמת הפגיעה באוטונומיה ובכבוד האדם של נפגע העבירה גבוהה, ומכאן חומרת העונשים הקבועים בחוק בגין המעשים האמורים. מנגד, הוראת סעיף 348(ה) לחוק העונשין עוסקת בסיטואציה שבה ניתנה לכאורה הסכמה של העובד או העובדת לביצוע המעשים המיניים בהם. עם זאת ההסכמה האמורה הושגה בנסיבות של ניצול יחסי מרות מצד הממונה. נסיבות אלה מקימות חשד המבוסס על ניסיון החיים והשכל הישר כי חרף העובדה שהמעשים המיניים בוצעו לכאורה בהסכמה, אין מדובר בהסכמה חופשית ואמיתית.

השופטת משווה בין מעשה מגונה שנעשה במסגרת יחסי מרות לבין מעשה מגונה שנעשה בנסיבות מחמירות יותר, למשל בנסיבות של אינוס, קרי בהיעדר הסכמה. כלומר, השופטת מבחינה בין הסכמה פגומה, שניתנה בניצול יחסי מרות, לבין היעדר הסכמה הנדרשת בעברות חמורות יותר.

אמנם הפסיקה מספקת קריטריון להבחנה בין עברת ניצול יחסי מרות לעברת האינוס, אך נראה שהוא אינו עולה בקנה אחד עם לשון החוק, שכן עברת האינוס נוקטת את המונח "הסכמה חופשית", ולכן כוללת בחובה גם פגמים בהסכמה.⁵³ במילים אחרות, לשון עברת

51 פרשת בן חיים, לעיל ה"ש 49, בעמ' 269.

52 שם (ההדגשות הוספו).

53 ע"פ 635/10 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 12.1.2012): "בהיעדר הסכמתה החופשית של האישה לאקט המיני, מתקיים מעשה האינוס. לא היעדר התנגדות, אף לא כל סוג של הסכמה, אלא הסכמה חופשית".

האינוס מאפשרת הרשעה גם אם ההסכמה היא פגומה "בלבד", קרי הסכמה שהתקבלה למשל בשל לחץ המופעל על העובדת.

מלבד זאת, גם אם ננסה לקבל את ההבחנה של הפסיקה, ממילא קשה להבחין בין פגמים בהסכמה להיעדר הסכמה, ולא נראה שהפסיקה מציבה אמות מידה ברורות לבחינה. כבר היום, כפי שצוין בפרק א, מושמעת ביקורת רבה על עיסוקו של בית המשפט ביסוד ההסכמה.⁵⁴ הוספת מדרג ליסוד זה, מטבע הדברים, רק מוסיפה על הבירור הנדרש, מאחר שבית המשפט לא יצטרך אך להכריע הכרעה בינארית אם הייתה הסכמה או לא, אלא יהא עליו לקבוע גם מהי מידת ההסכמה.⁵⁵ בחינה כזו תגרור עיסוק נוסף בהתנהגות הקרבן ושפיטתה. כך, ייתכן שבית המשפט "ירשיע" את המתלוננת על שבחורה להישאר בקשר עם מנצל המרות או על שהעדיפה שלא להתפטר. כאמור לעיל, שפיטה זו אינה רצויה, אך זו עשויה לקבל ביטוי וזאת לאור העובדה שבית המשפט לא הפנים את השינויים בעברת האינוס.

העמידה על הבעייתיות בהבחנה שמציעה הפסיקה בין יסוד ההסכמה בעברת האינוס לעברת ניצול יחסי מרות עלולה להוביל למסקנה שיש צורך לבטל כליל את עברת ניצול יחסי מרות. אם ממילא עברת האינוס כוללת בחובה גם פגמים בהסכמה (ואי לכך גם הסכמה שניתנה בפני מרות), וכל ניסיון לצייר קו גבול בין שתי העבירות יוצר מדרג ליסוד ההסכמה העלול להוביל לעיסוק נוסף בהתנהגות הקרבן, אזי יש לקרוא לביטול עברת ניצול יחסי מרות. עם זאת העובדה שהמחוקק חוקק עברה דומה – סעיף ניצול התלות בין מטפל למטופל – לאחר השינויים בעברת האינוס מעידה על כוונתו שיהיה קיום נפרד לעברה זו. לכן על אף הקשיים שהוצגו אציע כמה שיקולים שיכולים לסייע בידו של בית המשפט בציוור הגבול בין שתי העבירות. מטרת שיקולים אלו היא ליצוק תוכן לתוך מושג ה"הסכמה" ובכך לתת כלים אופרטיביים בידו של בית המשפט בבואו לבחון מקרים גבוליים. הציפייה היא שדרך כלים אופרטיביים אלו יפתרו חלק מהקשיים שהוצגו, לפחות.

לאור הסקירה לעיל, בעת הניסיון לצייר את קו הגבול יעמדו לנגד עינינו שני עקרונות מנחים: פרשנותי לכוונת המחוקק שלפיה התכוון להכניס בגדרי עברת ניצול יחסי מרות מקרים שעד כה היו אסורים במישור האתי בלבד (ולא מקרים חמורים יותר), וכן הצורך להציב אמות מידה ברורות ככל הניתן כדי לפתור את הקשיים האופייניים לעברת האינוס לאחר הרחבתה – עיסוק בהתנהגות הקרבן והקושי לגשר על הפער שבין היסוד הנפשי לעובדתי.

54 קמיר "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 19, בעמ' 677–678.

55 מעניינת אמירתו של רון כהנא "כשאת אומרת כן למה את מתכוונת?" הפרקליט מה 76, 93 (2000), לפיה מצב כזה הוא רצוי, שכן לדעתו כיום כאשר בית המשפט דן בהסכמה שהושגה בלחץ הוא עומד בפני שתי אפשרויות בלבד: לחץ חוקי או לחץ לא חוקי הגורר הרשעה בעברת האינוס. לדעתו, יש ליצור אופציה נוספת שתהיה מעין אופציית ביניים שלפיה הפעלת לחץ לא סביר ייכנס למסגרת של עברה קלה מזו של האינוס. מנגד, ראו את אמירתו של Box, לפיה המערך הכלכלי-שלטוני מבטיח כי מקרי אונס הנובעים מאילוץ כלכלי-חברתי לא יוכרו כאונס, שכן הם אינם נתפסים היום ככאלה, אף שלדעת המחבר הסכמה שניתנת מתוך אילוץ כלכלי-חברתי אינה רצונית (STEVEN BOX, POWER, CRIME AND MYSTIFICATION 127–129 (1983)).

ג. עברת ניצול יחסי מרות – מהלכה למעשה

1. המקרים ה"קלאסיים" של ניצול יחסי מרות

כאמור, עברת האינזוס כוללת מעצם הגדרתה גם פגמים בהסכמה, שכן לשון הסעיף היא "שלא בהסכמתה החופשית".⁵⁶ לפיכך יש לדון באילו מקרים הפגם בהסכמה יהיה כה חמור עד כדי קיומו של יסוד "שלא בהסכמתה החופשית" בעברת האינזוס.⁵⁷ לצורך דיון זה אשתמש במקרים ה"קלאסיים" של עברת ניצול יחסי מרות. בקווים כלליים ניתן לומר שיש שתי סיטואציות קלאסיות של ניצול יחסי מרות – סיטואציה של "זה תמורת זה" וסיטואציה של "סביבה עוינת". הסיטואציה הראשונה היא דרישה בעלת אופי מיני, בתמורה להימנעות המעביד מלפגוע בתנאי העבודה של העובדת או בתמורה לשיפור תנאי העבודה שלא היו מגיעים לעובדת ברגיל, דוגמת קידום מקצועי או העלאת שכר.⁵⁸ סיטואציה של "סביבה עוינת", משמעה שהעובדת חשופה לתנאי עבודה שונים משל יתר העובדים, בין היתר בכך שמצופה ממנה לקיים יחסי מין עם בעל המרות גם ללא דרישה מפורשת מצדו.⁵⁹ ההבחנה בין הסיטואציות אינה חדדה, ואף על עצם הסיווג נשמעת ביקורת לא מעטה, בין היתר מכיוון שמעבידים למדו להיזהר מסיטואציות של "זה תמורת זה" והחלו ליצור סביבה עוינת.⁶⁰ לכן אינני רוצה להיצמד להבחנה זו.⁶¹ ברצוני לאמץ הגדרה רחבה הכוללת כל "עסקה"⁶² בעלת אופי מיני, בין שהיא מפורשת או משתמעת ובין שהיא עבור דבר קונקרטי או עסקה כללית. עם זאת ההגדרה איננה כוללת יחסי מין בהסכמה בין מעביד לעובדת. קרי, לא די בעצם

56 ס' 345(א)(1) לחוק העונשין (ההדגשה הוספה).

57 השוו לפרשת פלח, לעיל ה"ש 44, פס' 19 לפסק דינו של השופט לוי: "סיווגו המדויק של מעשה כזה תלוי אפוא ברמת הפגיעה ביכולתו של המטופל לגבש הסכמה. ככל שהמטופל מודע לחומרת מצבו של המטופל, ועוצמתה של הפגיעה ביכולתו של האחרון לגבש הסכמה היא גדולה יותר ומגעת לכלל פגיעה מהותית, יוצא המקרה מגדרו של סעיף 347(א) לחוק ונכנס בשערי של סעיף 345(א)(2) (ההדגשה הוספה).

58 רות בן-ישראל שווין הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה 872 (1998); שרון רבין מרגליות, "מי מוטרת מהטרדה מינית בעבודה?" שנתון משפט העבודה 162, 153 (1999).

59 שם.

60 שם; ע"ש 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650, פס' 6 לפסק דינו של השופט זמיר (1998).

61 יפים לעניין זה גם דבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בפרשת בן חיים, לעיל ה"ש 49, בעמ' 268: "התנהגות העולה כדי 'ניצול מרות' עשויה ללוש צורות רבות ושונות. התנהגות כזו יכולה להיות מפורשת או מרומזת והיא יכולה להיעשות במישרין או בעקיפין. אחת הצורות הקיצוניות של התנהגות זו תהא השמעת איום גלוי וישיר [...] ברוב המקרים לא יועבר האיום באופן ברור ומפורש אלא דווקא בדרך מרומזת יותר, הגם שאין בכך כמוכח כדי להפחית מעוצמתו. במקרים אחרים השימוש לרעה בסמכות ילבש צורה של הבטחה מפורשת או משתמעת של הטבה בתנאי העבודה בתמורה לטובת הנאה בתחום המיני. [...] מכל מקום, תהא הדרך שבה בא לידי ביטוי יסוד 'ניצול המרות' אשר תהא – המשמעות היא תמיד אחת: השגת הסכמתו של הכפוף לביצוע המעשים שלא על פי רצונו האמיתי אלא עקב שימוש לרעה ביחסי המרות" (ההדגשות הוספה).

62 אינני שלמה עם המונח "עסקה", ולכן הוא מצוי במירכאות, שכן עסקה מעלה קונוטציה של עסקה בין שני צדדים שווים ורציונליים, ולרוב השימוש במונח נעשה בקשר לנושאים שאינם קשורים לנושא כה רגיש בחברתנו כגון מיניות ויחסים בין המינים.

קיומם של יחסי מרות כדי לקבוע שמדובר בניצול יחסי מרות, ובכל זאת יש להצביע על עסקה כלשהי.⁶³ ארחיב על נקודה אחרונה זו, ועל דקויותיה, בהמשך הדברים ובעיקר בדיון בפרשת נוי.⁶⁴

ניתן לדמיין לפחות עוד שתי סיטואציות נוספות, שנדמות כקלאסיות, במערכת יחסים שבה מתקיימים יחסי מרות, אך אינן כלולות בהגדרת "עסקה" – האחת, סיטואציה של כניעה לבעל המרות או קיפאון על אף היעדר הסכמה מצד המתלוננת. מקרים אלו ככלל אמורים להיכלל בעברת האינוס, מכיוון שאלו נעשו בהיעדר הסכמה. כאמור בפרק א, אין צורך שהמתלוננת תביע התנגדות, והפסיקה אף הכירה בקיפאון כהתנהגות שדי בה כדי לבסס היעדר הסכמה אף במקרים שבהם אין מעורבות מרות.⁶⁵ לכן כשמעורבת מרות, קל וחומר שהמקרה עתיד לחסות בעברת האינוס.⁶⁶ השנייה, סיטואציה של הערצה של בעל המרות או שבייה בקסמיו. במקרה כזה ניצול יחסי המרות דומה יותר לניצול התלות בין מטפל למטופל מכיוון שהוא מתבסס על רגש כלפי בעל המרות והיות המתלוננת כרוכה אחריו. מקרה כזה יכול להיכנס לעברת ניצול יחסי מרות, ובלבד שיוכח כי בעל המרות אכן ניצל מרותו. עם זאת סביר להניח שהמקרה ייבחן לפי הדין בעברת ניצול התלות בין מטפל למטופל, שבה סיטואציה מעין זו נפוצה יותר.⁶⁷

נוכח האמור לא אדון בשתי הסיטואציות האחרונות שהוצגו. ברצוני להתמקד בעסקה שטיבה כלכלי או מקצועי, שכן שם טמונה, בעיניי, הייחודיות של עברת ניצול יחסי מרות. היטיב לתאר ייחודיות זו השופט לוי בפרשת נוי:⁶⁸

[...] התפיסה המונחת ביסודם של חיקוקים דוגמת סעיף 346(ב) – תפיסה המבוססת על ניסיון החיים ועל השכל הישר – הנה כי כפיפות אדם לאדם אחר במקום העבודה יוצרת, באורח טבעי ובלתי נמנע, יחסי תלות ביניהם. ליחסי תלות אלו היבטים מקצועיים וכלכליים רבי פנים. כך למשל קיומה של תלות מקצועית בין ממונה לכפוף באה לידי ביטוי בסמכותו של הראשון

63 הוצאת יחסי מין בהסכמה מההגדרה עולה בקנה אחד עם ההסתייגויות שהושמעו בפסיקה, ראו למשל עניין בן אשר, לעיל ה"ש 60, פס' 23 לפסק דינו של השופט זמיר. עם זאת היא ככל הנראה מנוגדת לעמדה שעלולה להישמע מטעם מאמיני הפמיניזם הרדיקלי, ולפיה עצם קיומם של יחסי מין כשיש מרות משמע ניצול.

64 הערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50.

65 ע"פ 2921/13 רייטבורג נ' מדינת ישראל, פס' 57 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 1.1.2015); ע"פ 6834/12 קבלאן נ' מדינת ישראל, פס' 45 לפסק דינו של השופט שהם והאסמכאות המאזכרות שם (פורסם בנבו, 20.8.2015); ע"פ 5795/14 מדינת ישראל נ' פלוגי, פס' 25 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 3.9.2015): "בפרט נקבע כי אף אם התנהגות נפגעת העבירה נראית לצופה מהצד כחסרת היגיון, למשל בשל העובדה שלא צעקה במהלך ביצוע המעשים כנגדה, הרי שאין בכך בהכרח כדי לפגום במהימנותה של המתלוננת. זאת, לנוכח ההכרה במגוון התגובות של נפגעי תקיפה מינית, ובכלל זה, קיפאון או אי-יכולת להוציא הגה" (ההדגשה הוספה).

66 כאמור במובאה הסמוכה לה"ש 44, חקיקתם של סעיפי התלות לא נועדו להקל עם בעלי המרות, אלא להפך.

67 להרחבה על תופעה זו בהקשר של יחסי טיפול ראו פרשת פלח, לעיל ה"ש 44, פס' 19 לפסק דינו של השופט לוי והאסמכתאות שם.

68 הערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50, פס' 15 לפסק דינו של השופט לוי (ההדגשה הוספה).

ליתן לכפוף אישור או משוב מקצועי, להחליט בעניין התפקיד שאותו ימלא, להמליץ על קידומו, להעניק לו הטבות, להעלות את שכרו, ליתן בידו המלצות וכיוצא באלו, ואילו התלות הכלכלית נובעת מהיותו של מקום העבודה – למצער בשביל מרביתה המכריעה של האוכלוסייה – מקור עיקרי של הכנסה, שלאובדנו נלווית משמעות קשה.

תהא העסקה אשר תהא, לרוב אנו משווים לנגד עינינו שהעסקה מגיעה מהמעביד, אך אין לפסול שהיא יכולה אף להגיע מהעובדת. ארצה להביא שני מקרים לבחינה שמייצגים בעיניי את הקשת הרחבה של מקרים שייכתנו במסגרת ניצול יחסי מרות: האחד שבו היזמה הייתה של המעביד והשני שבו היזמה הייתה של העובדת. בעזרת מקרים אלו אבקש לבחון את התמודדות הפסיקה במצב של ניצול יחסי מרות תוך ניסיון להציע אמות מידה ברורות לבחינת קו הגבול בין עברת ניצול יחסי מרות לעברת האיננס.

מקרה הבוחן הראשון הוא פרשת עופר,⁶⁹ שבה היזמה הייתה של סרסור כלפי קרבן סחר. בכתב האישום הואשם עופר בעברת האיננס בגין שני מקרים שונים: במקרה הראשון המתלוננת ל' סיפרה שעופר אנס אותה תוך שימוש בכוח ועל אף תחנוניה שיעזוב אותה לנפשה. עם זאת ציינה ל' שלאחר מכן עופר שלח לה כסף.⁷⁰ בית המשפט הדגיש שאין לנתק את המעשה ממכלול הנסיבות בתיק, ובהן העובדה שעופר סחר במתלוננת והיה מעבידה במכון, שגרמו בנסיבות אלה ליכולת התנגדות רפה מצדה.⁷¹ בית המשפט קיבל את עדותה של ל' כאמינה וגם מצא לה תימוכין בעדויות אחרות, ולכן הרשיע את עופר באיננס.⁷² במקרה השני, שהוא רלוונטי יותר לענייננו, המתלוננת ל' סיפרה שהסכימה בלית ברירה לקיים יחסי מין עם עופר, מהסיבה שרצתה לדאוג ליתר המתלוננות וכן כדי לקבל את כספה ואף תרופות.⁷³ בית המשפט הבחין בין המניע להסכמה ובין עצם קיומה, ולכן קבע שניתנה הסכמה אך ממניע נפסד. הסכמה זו ניתנה משיקולי כדאיות של המתלוננת, ולכן קבע בית המשפט שאין מדובר באיננס.⁷⁴ בית המשפט ציין שמדובר בקרבן סחר, ולכן קשה לראות הסכמה בקיום יחסי מין עם ה"בעלים". אולם, ולו מחמת הספק, בית המשפט זיכה את הנאשם מעברת האיננס והרשיע בעברת ניצול יחסי מרות.⁷⁵ הנאשם ערער לבית המשפט העליון, בין היתר על עצם ההרשעה, אך ערעורו נדחה.⁷⁶

במקרה זה נתנה המתלוננת את הסכמתה כדי להשיג כסף ותרופות וכדי למנוע פגיעה בחברותיה. בית המשפט קבע שהייתה איזושהי הסכמה, ולכן המקרה יוצא מגדרי עברת

69 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1141/04 מדינת ישראל נ' עופר (3.10.2006).

70 שם, פס' 104 לפסק דינו של השופט שנלר.

71 שם, פס' 109 לפסק דינו של השופט שנלר.

72 שם.

73 שם, פס' 113 לפסק דינו של השופט שנלר.

74 שם.

75 שם.

76 ע"פ 10489/06 עופר נ' מדינת ישראל, פס' 50 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 14.1.2010).

האינוס. בית המשפט לא דן כלל באפשרות שניתן להרשיע באינוס גם אם ההסכמה אינה חופשית, כפי שמורה לשון הסעיף, ודיון מעין זה אנסה לערוך עתה.

על פני הדברים אך טבעי שההסתכלות על הסיטואציה האמורה כעסקה מפנה לדיני החוזים ובעיקר לדוקטרינת "הכפייה הכלכלית". דוקטרינה זו טומנת בחובה שני מבחנים – מבחן איכות הכפייה⁷⁷ ומבחן עצמת הכפייה.⁷⁸ מבחן איכות הכפייה בודק ככלל את טיב הלחץ, קרי אם הלחץ לא לגיטימי, ואם יש בו פסול מוסרי-חברתי-כלכלי שחיי מסחר תקינים והוגנים אינם יכולים לשאת. מבחן עצמת הכפייה בודק ככלל את הצד הנכפה, קרי אם הייתה לו חלופה מעשית וסבירה שלא להיכנע ללחץ. המבחנים שלובים זה בזה, ורק בנסיבות שבהן מתקיימים שני המבחנים כאחד תוכר הכפייה ככפייה לפי סעיף 17 לחוק החוזים.⁷⁹ שאלות המשנה של כל מבחן אינן רלוונטיות לענייננו מסיבות רבות, אך העיקרית שבהן נוגעת לעובדה שדיני החוזים מניחים שוויון בין הצדדים, ואילו עברת ניצול יחסי מרות מניחה בדיוק את ההפך.⁸⁰ עם זאת ניתן להיעזר בדוקטרינה זו כדי להבין כי גם בבחינת העסקה כמסגרת יחסי מרות יש לעצב שני מבחני משנה – מבחן איכות הכפייה, שיבדוק את מעשיו של בעל המרות (טיב ההצעה שהציע), ומבחן עצמת הכפייה, שיבחן את השפעתו של המעשה על המתלוננת.

כאמור, תפקידו של מבחן איכות הכפייה הוא לבחון את טיב הלחץ ואת התנהגותו של בעל המרות. בדיני החוזים לא כל לחץ כלכלי מקיים את מבחן האיכות אלא רק לחץ שיש בו פסול מוסרי-חברתי-כלכלי. זאת, כאשר הכופה מנצל את היתרון העסקי שלו ניצול לא הוגן שחורג מ"כללי המשחק".⁸¹ עם זאת נדמה כי בדין הפלילי כל ניצול של מרות חורג מכללי המשחק ועלול להצדיק הרשעה בפלילים.⁸² לכן ניתן לומר שמבחן איכות הכפייה יישמש בדין הפלילי לא בשאלה אם התקיימה או לא התקיימה כפייה כלכלית, אלא בשאלה עד כמה הכפייה הכלכלית היא חמורה. בענייננו, ככל שההצעה בעלת פוטנציאל פגיעה גדולה יותר באוטונומיה של האישה, כך נכון לומר שדבק בה פגם מוסרי חמור יותר, המאפשר לבעל המרות לנצל ניצול חמור יותר את מרותו. לכן במסגרת מבחן איכות הכפייה ניתן לבחון עד כמה ההצעה "מזיזה" את האישה מנקודת המוצא שלה, או עד כמה ההסכמה להצעה תאפשר לה להימנע מדבר רע מאוד (לדוגמה פיטורין) או לקבל דבר טוב מאוד (לדוגמה

77 ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, פס' 12–13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1994).

78 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט חשין.

79 ס' 17 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973.

80 סיבות נוספות שניתן למנות הן העובדה שבדיני החוזים, כפייה כלכלית לא תוכר מקום שבו הוצע לצד הנכפה סכום כסף שאינו יכול לסרב לו. לעומת זאת ביחסי מרות ניתן בהחלט לחשוב על סיטואציה כגון זו, שתצדיק הרשעה בפלילים, ואף בעברת האינוס; בדין הפלילי יש צורך להוכיח שיחסי המין קוימו בגלל ניצול יחסי מרות, ואילו בדיני החוזים די בכך שהכפייה הכלכלית תהיה חלק ממגוון סיבות, גם אם לא העיקרית שבהן.

81 פרשת מאיה, לעיל ה"ש 77, פס' 12 לפסק דינו של השופט חשין.

82 חיזוק לכך ניתן למצוא בס' 3(6)(ג) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1998, הקובע כי אין צורך שהמוטרדת תביע את היעדר הסכמתה כשמדובר ביחסי מרות. כך, מקרה מסוים עלול להיכנס בגדר הדין הפלילי רק מעצם קיומן של הצעות חוזרות בעלות אופי מיני מטעם בעל המרות, ללא כל תגובה מצדה של המתלוננת.

העלאה ניכרת בשכר). במילים אחרות, עד כמה האישה נזקקה לדבר שהוצע לה בתמורה ליחסי המין. מובן שככל שנוקקה לו יותר, או ככל שהיא מתרחקת יותר מנקודת מוצאה, ניתן להניח שבהצעה דבק פגם מוסרי חמור יותר, שכן הסכמתה של האישה הופכת לחופשית פחות, עד כדי כניסה בגדרי עברת האינוס. ודוק, מבחן זה מטרתו להתמקד כאמור בטיב ההצעה מצד בעל המרות, שתהיה אינדיקציה לבחינת הערך המוגן של עברות המין – הפגיעה באוטונומיה של האישה.⁸³ יודגש כי מבחן זה אינו מוביל לעיסוק באישה הספציפית אלא תפקידו לזהות הצעות שעלולות לגרום לניצול חמור, שיהיה נכון להניח שהן פוגעות באוטונומיה של כל אישה עד כדי כניסה בגדרי עברת האינוס. הצעות אלו יקימו חזקה עובדתית, ניתנת לסתירה, בדבר יסוד היעדר ההסכמה החופשית בעברת האינוס.⁸⁴

בעיניי, הדוגמה הבולטת להצעה שתקיים את מבחן האיכות היא פיטורין. כשעסקינן בעולם העבודה, ברור כי סיום העבודה הוא האיום הגדול ביותר על כל עובדת ועובד.⁸⁵ לפיכך הצעה שלפיה יימנע המעביד מלפטר עובדת בתמורה ליחסי מין עמו היא הצעה המרחיקה את האישה את המרחק המרבי בעולם העבודה מהנקודה שבה עמדה, ולפיכך נכון להניח כי הסכמתה אינה חופשית עד כדי כניסה בגדרי עברת האינוס.

חשוב לחדד כי אין צורך שזו תהיה עסקה של "זה תמורת זה" במובנה הנוקשה שתואר לעיל. ייתכן כי המעביד יצור סביבה עוינת, שבעקבותיה יהיה ידוע לכל כי אישה שמקיימת יחסי מין עם המעביד לא תפוטרו, וזו הסיבה שבגינה עובדת מקיימת יחסי מין עמו. גם כאן יהיה מקום להניח שמכיוון שעשתה זאת כדי להימנע מפיטורין, האוטונומיה שלה נפגעה באופן חמור דיו כדי להיכנס לגדרי עברת האינוס.⁸⁶

דוגמה נוספת היא איום על דבר שמגיע לאישה על פי דין. הכוונה היא לכל הצעה המבטיחה להימנע משלילת זכות שמגיעה לאישה בלאו הכי, או הבטחה לספק אותה לאחר שנשללה ממנה שלא כדין בתמורה ליחסי מין. כדוגמה קיצונית טלו מקרה שבו קרבן סחר מוחזקת בתנאי רעב ומציעים לה מזון בתמורה למין. המזון נשלל מלכתחילה שלא כדין, ולפיכך הסכמה לשכב תמורתו יכולה להיות הסכמה שאינה חופשית עד כדי כניסה בגדרי

83 רותי לבנשטיין לזר "כשאת אומרת כן – למה את מתכוונת?" "המשפט" ברשת: זכויות אדם ב 141, 152 (2014).

84 בעיניי, יש לראות באיום חמור דיו ככזה שמקים חזקה עובדתית באשר ליסוד היעדר ההסכמה החופשית, בדומה לאיומים שהוכרו בעבר בפסיקה. בע"פ 2606/04 בנבירה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.4.2006) נקבע כי אלימות הננקטת כלפי האישה, כמו גם איומים לפגוע בה או הפעלת אמצעי לחץ מגבילים ואף שוללים את יכולת הבחירה שלה: "ככלל ניתן לומר שהסכמתה החופשית של אישה לקיום יחסי מין נשללת כאשר קיימים איום, הפחדה או הפעלת לחץ וקל וחומר הפעלת אלימות או איום בה" (פס' 29 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור, ההדגשה במקור). לפסק דין שניתן לאחרונה, שמאמץ דברים אלו, ראו ע"פ 7212/14 פלוגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.1.2016) (להלן: ע"פ 7212/14): "משמעות הדברים הללו היא, כי בנסיבות של אלימות ואיומים לפגיעה באישה, וכל שכן במשטר של אלימות ואיומים, קמה חזקה עובדתית, ניתנת לסתירה, בדבר היעדר הסכמה חופשית [...] (שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט מזוז).

85 ראו בהקשר הזה את המובאה הסמוכה לה"ש 68.

86 עם זאת הדוגמה הזו עדיין קונקרטית (החשש מפיטורין) אף שהיא משתמעת. למקרים שבהם אין תמורה קונקרטית ראו להלן בעמ' 92, הדין בערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50.

עברת האינזוס. במקרים מסוימים ניתן להיעזר אף בחוקי העבודה. חוקי העבודה מניחים שיש תנאי מינימום שכל עובדת ועובד זקוקים להם מאוד, ולפיכך איום להימנע מהם או הצעה לקבלם לאחר שנשללו עלולים להיות חמורים דיו כדי להיכנס בגדרי עברת האינזוס. עם זאת נהיר כי לא כל הפרת חוק חמורה דייה כדי להיכנס בגדרי עברת האינזוס. טלו כדוגמה שני מקרים – במקרה אחד מעביד מעסיק אישה יותר משמונה שעות וחצי ביום מבלי לשלם לה שעות נוספות ומציע לה לשכב עמו כדי לקבל תשלום נוסף (קרי, את ההפרש בין תשלום על שעה רגילה לבין תשלום על שעה נוספת). במקרה אחר, מעביד מכריח עובדת לעבוד לילות כימים בעבודה סזיפית ולאחר מכן מציע לה לשכב אתו בתמורה להפסקה. שני המקרים מציגים הפרה של חוק שעות עבודה ומנוחה,⁸⁷ אך ברור כי המקרה השני חמור יותר, וייתכן כי יהיה נכון להניח לגביו מראש כי הוא פוגע באוטונומיה של כל אישה עד כדי כניסה בגדרי עברת האינזוס.

הצעה כספית בעייתית יותר לניתוח. סביר כי הצעה מעבר לסכום מסוים היא הצעה שיהיה נכון להניח שהיא פוגעת באוטונומיה של האישה עד כדי כניסה בגדרי עברת האינזוס. עם זאת ברור כי קשה לנקוב מראש בסכום מסוים, ואף סביר להניח שהוא משתנה גם לפי רמת השכר של המתלוננת. לא הרי הצעה של 1,000 ש"ח העלאה במשכורת למנכ"לית כהרי הצעה של 1,000 ש"ח לעובדת בשכר מינימום. נדמה שבמרבית המקרים יהיה צורך לדון בנסיבות המקרה, כפי שיוסבר להלן.

אם אין מדובר בהצעה שמתקיים בה מבחן האיכות, קרי הצעה שניתן להניח שהיא פוגעת פגיעה חמורה באוטונומיה של האישה, אין משמעות הדבר שהמקרה ייכנס אוטומטית בגדרי עברת ניצול יחסי מרות, אלא אז יש מקום לבחון את מבחן עצמת הכפייה. בטרם ארחיב על מבחן זה, אציין כי בדוקטרינת "הכפייה הכלכלית" בדיני החוזים בודקים את שני המבחנים האלו יחדיו, מתוך הנחה של שוויון בין הצדדים. ואולם, בית המשפט המחוזי הכיר בכך שכאשר שני הצדדים אינם שווים, יש להתמקד במבחן איכות הכפייה:⁸⁸

אין אנו דנים בהתקשרות חוזית רגילה, אלא בתשלומי חובה שאותם הטילה הרשות בתוקף סמכויותיה השלטוניות. בחיובים מסוג זה קיים מימד אינהרנטי של חוסר שוויון, שאף אם אין בו בלבד אין כדי להביא למסקנה אודות קיומו של אילוץ, הרי מעצם הפעלתה של המרות השלטונית, יש בו כדי להשליך על יישום מבחני הפגם ברצונו של המשלם. לפיכך, במסגרת בחינתה של כפייה, מקום שמדובר בחיובים מן הסוג הנדון, פוחת משקלם של הפרמטרים הנוגעים למידת עוצמתו של הצד הנכפה, כל זאת מעבר לנאמר קודם לכן באשר למיקוד שאלת ההשבה דווקא ברשות ולא באזרח.

נדמה שבעניינו יש לבכר את מבחן האיכות כדי להימנע ככל הניתן מבחינת התנהגות המתלוננת ולהתמקד בראש ובראשונה בהצעתו של בעל המרות. כאשר אי אפשר להסיק על

87 חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.

88 ע"א (מחוזי י-ם) 5242/04 עיריית בית שמש נ' ד' רוטשטיין חברה לבניין ונכסים בע"מ, פ"מ התשס"ג(2) 481, פס' 83 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גל (2004) (ההדגשות הוספו).

מידת הפגיעה באוטונומיה מהצעתו, רק אז יש לפנות ולבחון את מבחן עצמת הכפייה – השפעתה של ההצעה על המתלוננת. במסגרת מבחן זה דיני החוזים נבחנת השאלה אם הלחץ הוא "בעל עוצמה המקדיחה תבשיל"⁸⁹, ובכלל זה נבדק אם לצד הנכפה הייתה אפשרות שלא להיכנע ללחץ. לכן, בענינו, יש מקום לבחון אם הצעתו של בעל המרות, אף שאינה מקיימת את מבחן האיכות, יש בה כדי להפעיל על האישה הספציפית לחץ בעצמה המקדיחה תבשיל.⁹⁰ ניקח למשל מקרה שבו עובדת נוהגת לצאת בימי שלישי שעתיים לפני סיום יום העבודה, וכעת המעביד מאיים כי אם לא תשכב עמו יבטל את ההטבה או יעביר אותה לימי רביעי. על פני הדברים אין סיבה להניח שהצעה כזו תפגע באוטונומיה האישה במידה ניכרת, ולכן אין מתקיים מבחן האיכות. עם זאת אם במסגרת מבחן העצמה יתגלו נסיבות ייחודיות שבגינן היא נזקקת דווקא לימי שלישי, יהיה מקום לקבוע כי במישור העובדתי האוטונומיה שלה נפגעה דייה כדי להיכנס בגדרי עברת האינוס.

סביר להניח שבגדר מבחן זה יבואו לרוב הצעות שמיטיבות את מצבה של האישה. ניתן להניח כי עסקה שגורעת ממצב האישה פוגעת יותר באוטונומיה שלה וברצונה החופשי, ובמקרים חמורים אף שוללת, או מפחיתה למינימום, את יכולתה האמתית שלא לבחור בעסקה. עם זאת ניתן בהחלט לחשוב על מצבים שבהם עסקאות מיטיבות תפגענה באוטונומיה של המתלוננת. כאלו הן למשל הצעות להעלאת שכר, שכאמור יצדיקו, ככלל, את בחינת נסיבות המקרה, מכיוון שבחינתן תלויה ברמת השכר של המתלוננת ובנסיבות חייה. הכפלת משכורת מינימום של אישה קשת יום יכולה להיות עבודה הטבה ניכרת עד שאין לה יכולת סבירה לסרב להטבה זו. כמובן, ככל שההטבה משתלמת יותר (למשל שילוש המשכורת), כך הסירוב להטבה זו הופך להיות קשה יותר ויותר עד כדי פגיעה ממשית בחופש הבחירה של האישה לסרב, קרי עד כדי כניסה בגדרי עברת האינוס.

יתכן טענה כי מבחן עצמת הכפייה מיותר, שכן הוא בוחן את נסיבות המקרה הספציפי בלבד, בחינה שהיא אינה רנטית לפועלם של בתי המשפט. כך, ניתן לטעון כי מבחן עצמת הכפייה ממילא ישתלב במבחן איכות הכפייה, ולכן אין בו ערך כלשעצמו. ואולם, הבחנה זו חיונית בעיני דווקא בעיסוק בעברות מין. כאמור בפרק א, בהיעדר הגדרה ברורה ליסוד ההסכמה, בתי המשפט עלולים להתמקד בהתנהגותה של המתלוננת. לכן הפרדה בין שני המבחנים, אף אם היא נדמית כמלאכותית, חיונית כדי לשמש מעין נורת אזהרה לבית המשפט, כדי שיוכל לבחון את בעל המרות בנפרד ובמנותק מהתנהגותה של המתלוננת במסגרת מבחן האיכות. ניתן להניח כי הפרדה זו תסייע לבית המשפט לגבש אמירות עקרוניות בנוגע להצעות שנכון להניח שהן פוגעות באוטונומיה של האישה וכן אמירות בנוגע להתנהגות מצופה מבעלי מרות. רק לאחר בחינה זו, וכאמור תוך ביכורה, ראוי לפנות לבחינת השפעתה של ההצעה על המתלוננת הספציפית.

אמנם מרבית הדוגמאות שניתן לחשוב עליהן אינן חד-משמעיות וקשה לדייק בהצבת קו הגבול בין הצעה הנכנסת בגדרי עברת האינוס להצעה הנכנסת בגדרי עברת ניצול יחסי

89 פרשת מאיה, לעיל ה"ש 77, פס' 14 לפסק דינו של השופט חשין.

90 יודגש, כי אין מקום לבחון בדין הפלילי את מבחני המשנה שפותחו בהקשר של דיני החוזים, דוגמת אפשרות סבירה לפנות לבית המשפט, שכן אלו מקבילים לרכיבים שנחקקו מעברת האינוס, דוגמת ניצול הזדמנות ראשונה לברוח.

מרות, אך ניתן לשער שבית המשפט ימשיך לפתח את המבחנים עקב בצד אגודל, ואת אט יקבע אילו הצעות מקימות את מבחן האיכות שהוצע או לחלופין נסיבות מסוימות וייחודיות שיקימו את מבחן העצמה. אל מבחנים אלו יתווספו כמובן שיקולים שבית המשפט נוהג לבחון בהקשר זה – דוגמת הפרשי הגילאים, פערי מעמדות, פערי כוחות, פערי השכלה וכדומה.⁹¹

לעניין היסוד הנפשי יהיה צורך בהוכחת מודעות לעניינים האלה: ראשית, יהיה צורך להוכיח מודעות לקיומה של עסקה. בעניין זה נכנס בכל זאת הבדל בין עסקאות של "זה תמורת זה" לבין "סביבה עוינת". נדמה שככל שהצעתו מפורשת וקונקרטית יותר, כך יהיה קל יותר להוכיח כי הנאשם ידע על קיומה וכך להרשיעו בעברת האינוס. ואולם, אם הצעתו נוצרת כחלק מ"סביבה עוינת", קרי הצעה משתמעת שאינה קונקרטית,⁹² כך יהיה צורך להוכיח כי הנאשם היה מודע ליצירתו אווירה מעין זו, דבר הקשה יותר להוכחה ללא תמיכה של עדויות נוספות. שנית, יהיה צורך להוכיח את מודעותו להיותה של ההצעה פוגמת בהסכמה החופשית של האישה. ככל שמדובר בהצעה שמקיימת את מבחן האיכות, כך קל יותר להוכיח יסוד נפשי, בין היתר מכוח חזקת המודעות, קרי שאדם מודע להתנהגותו ולנסיבות האופפות אותה.⁹³ כך למשל ניתן לטעון שאדם מודע כי הצעה ליחסי מין בתמורה להימנעות מפיטורין פוגעת באוטונומיה של האישה ובהסכמתה החופשית. אם אין מדובר בהצעה שמקיימת את מבחן האיכות אלא את מבחן העצמה בלבד, יהיה צורך להוכיח כי הנאשם היה מודע לנסיבות הקונקרטיות שבגינן נפגעה ההסכמה. כך, אם ניקח למשל את הדוגמה שבה הנאשם מבקש לשלול מהמתלוננת יציאה מוקדמת בימי שלישי, יהיה צורך להוכיח כי ידע מדוע הייתה העובדת זקוקה דווקא לימי שלישי, ושליטת זכות זו ממנה עלולה לפגוע באוטונומיה שלה במידה ניכרת.

עוד יצוין שלעניין עצימת עיניים, קרי שהנאשם חושד בקיומה של נסיבה ונמנע מלבררה, נקבעה הלכה שהנאשם לא יוכל להיחשב מי שטעה טעות כנה בעניינה, במיוחד בעברות מין.⁹⁴ משמעות הדבר, שאם הנאשם חושד שהסכמתה של האישה אינה חופשית ונמנע מלבררה זאת, יתקשה לטעון מאוחר יותר כי סבר שהייתה הסכמה.

אם לא יוכח היסוד הנפשי של עברת האינוס, ייכנס המקרה בגדרי עברת ניצול יחסי מרות, שכן די להוכיח שהמתלוננת הסכימה למעשים עקב מרותו של הנאשם, והנאשם היה

91 הערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 184.

92 עסקה יכולה להיות משתמעת אך קונקרטית, כמו בדוגמה שהוצגה בעמוד הקודם, שבה הנאשם יוצר סביבה עוינת שלפיה ידוע לכול כי מי שמקיימת עמו יחסי מין, לא תפוטרי. קרי, מה שעומד על הכף הוא קונקרטיות – פיטורין. לעומת זאת עסקה שאינה קונקרטית וגם משתמעת היא עסקה שלפיה ידוע לכול שמי שלא מקיימת עם המעביד יחסי מין יהיו לה קשיים בעבודה או "צרות" כלשהן.

93 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 545 (1984). כן ראו עניין בנבידה, לעיל ה"ש 84, פס' 38 לפסק דינה של השופטת נאור: "במקרים בהם מתקיימות האנדיקציות החיצוניות לאי הסכמה בהן דברנו לעיל, ומקל וחומר מקום בו נעשה שימוש באלימות, איום או כל אמצעי לחץ אחר שיש בו כדי לפגום בחופשיות ההסכמה, קמה חזקה שבעובדה כי הגבר היה מודע לאי הסכמתה של האישה ליחסי המין. די בהוכחת נסיבות כאלו כדי לבסס את היסוד הנפשי של הנאשם בעבירת האינוס" (ההדגשה הוספה); ע"פ 7212/14, לעיל ה"ש 84, פס' 24 לפסק דינו של השופט מוזר.

94 עניין טייב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 307–308; ע"פ 4795/13 בזוינסקי נ' מדינת ישראל (20.1.2014); רע"פ 7499/15 בר נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 15.11.2015).

מודע לכך.⁹⁵ מכיוון שהוכחה עסקה במישור העובדתי, להבדיל מיחסי מין בהסכמה בין בגירים, שהוצעה מלכתחילה בשל הכוח של בעל המרות להציעה, ההסכמה לעסקה היא הסכמה עקב המרות, ויהיה פשוט יותר להוכיח כי הנאשם היה מודע לכך שהמתלוננת קיימה אתו יחסי מין בשל היותו בעל מרות.⁹⁶

כאמור, היסוד הנפשי בעברת האינוס אינו קל להוכחה על אף הכלים שהוצגו. עם זאת גם אם בסופו של דבר יורשע הנאשם בעברת ניצול יחסי מרות בגלל קושי להוכיח את היסוד הנפשי, יש ערך בקביעת בית המשפט שהתקיים היסוד העובדתי בעברת האינוס גם בהיעדר הסכמה חופשית (להבדיל מהיעדר הסכמה). אם בית המשפט יקבע כך במישור העובדתי, הוא יפעל לפי לשון עברת האינוס וימנע מליפול בסטראוטיפים שהוא עצמו יוצא נגדם. זאת ועוד, אם בית המשפט ייאלץ לזכות מעברת האינוס ולהרשיע בעברת ניצול יחסי מרות במקומה בשל פער בין היסוד העובדתי לנפשי, עדיין תיוותר אמירתו כי במישור העובדתי התקיימו יסודות עברת האינוס. כך, יש לקוות, קביעותיו יחלחלו אט אט לציבור, עד כדי צמצום הפער.⁹⁷ כך, עברת האינוס תיוותר רחבה, ובעברת ניצול יחסי מרות ייחסו מקרים אתיים-משמעותיים, כפי שבעיני התכונן המחוקק.

במקרה שהוצג בפתח הדיון מדובר בקרבן סחר שנכלאה בידי הנאשם והייתה זקוקה לתרופותיה. יש כאן יחסי כפיפות שמחריפים מאוד מעצם יחסי קרבן סחר-“בעלים”. ההסכמה ניתנה כדי לקבל זכויות שמגיעות לאישה על פי דין (כסף, תרופות). אם התרופות שלהן נזקקה ל' היו חיוניות ומתוך ההנחה כי החשש מפני פגיעה בה ובחברותיה היה ממשי, נכון לומר כי ההצעה מקיימת את מבחן האיכות, ולכן אף שניתנה הסכמה, זו אינה הסכמה חופשית עד לכדי כניסה בגדרי עברת האינוס. על כל אלה יש להוסיף את העובדה שהקרבן נאנסה בעבר בידי הנאשם ואת קביעתו של בית המשפט שהאפשרות של המתלוננת לסרב הייתה מלכתחילה דלה. היסוד הנפשי קשה יותר לניתוח ללא התרשמות ישירה מהמקרה, ואף בית המשפט מיעט לפרט בעניין זה. כך, לא ברור אם הנאשם היה מודע לקיומה של עסקה, קרי שידע שהיא מקיימת עמו יחסי מין בתמורה לכך שלא יפגע בחברותיה ובתמורה לתרופות ולכסף. נדמה שלכל הפחות היה ניתן לדון באפשרות שהנאשם עצם את עיניו מלראות שהסכמתה אינה חופשית.

מקרה הבוחן השני עוסק בשאלה כיצד בית המשפט מתמודד עם סיטואציה שבה ה“עסקה”, קרי קיום יחסי מין תמורת דבר אחר, מגיעה ביזמת האישה, הגורם המוחלש במסגרת יחסי הכוח. שלא כמקרה הקודם, מקרה זה אינו דן בקו הגבול בין עברת האינוס

95 פרשת בן חיים, לעיל ה"ש 49, בעמ' 271: [...] נדרש להוכיח קיומה של מודעות בפועל, או למצער עצימת עיניים, מצד הנאשם בנוגע ליסוד של 'ניצול המרות'. לשון אחר, יש להוכיח כי הממונה היה מודע בפועל, או למצער חשד באופן מהותי, כי הכפוף לו הסכים לביצוע המעשים המיניים בו משום מרותו עליו; ע"ש 1599/03 טאפירו נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד נח(2) 125, 137 (2003): "משהוכחו יחסי המרות במסגרת העבודה, הנובעים מיכולתו של 'ממונה' כאמור להשפיע במישרין או בעקיפין על גורלו של הנפגע, נלמדת מכך המסקנה כי אותו נפגע או נפגעת מודעים למעמדו של בעל הסמכות במקום עבודתם, ולפיכך מתקיים יסוד הניצול".

96 להרחבה על היסוד הנפשי הדרוש בעברת ניצול יחסי מרות, ראו הדיון בערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50, בטקסט הסמוך לה"ש 108.

97 כדוגמה לפער כזה ראו את הציטוט המובא לעיל בה"ש 29.

לעברת ניצול יחסי מרות אלא דווקא בשאלה אם המקרה צריך להיכנס בגדרי ניצול יחסי מרות או להסתיים בזיכוי.

לצורך כך אבחן את פרשת נוי שהוזכרה לעיל.⁹⁸ בפרשה זו שימש הנאשם מנהל מטבח במרכז רפואי. נגד הנאשם הוגש כתב אישום בגין כמה מעשים שונים, ובהם אינוס והטרדה מינית.⁹⁹ שבוצעו בשתי מתלוננות שעבדו תחתיו. בית המשפט המחוזי מצא כי העדויות של שתי המתלוננות אינן מהימנות,¹⁰⁰ וגרסת הנאשם, שלפיה יחסי המין קוימו בהסכמה, זכתה לאמון רב יותר.¹⁰¹ לפי גרסתו, המתלוננות פיתו אותו לקיים יחסי מין עמן כדי להשיג הטבות במקום העבודה.¹⁰² לפיכך זיכה אותו בית המשפט המחוזי מעברת האינוס והרשיעו תחתיה בעברת ניצול יחסי מרות מכיוון שהנאשם היה מודע, לדעת בית המשפט, לכך שהמתלוננות קיימו עמו יחסי מין בתקווה להשיג טובות הנאה ויחס מועדף במסגרת עבודתן במטבח.¹⁰³

בערעור על ההרשעה בית המשפט העליון התייחס לסיטואציות שבהן העובד יוזם את המגעים המיניים.¹⁰⁴ בית המשפט נמנע מלקבוע כלל גורף בעניין, שכן מחד גיסא היזמה עצמה יכולה להעיד שהמעשה נעשה מרצונו החופשי של העובד, ומאידך גיסא ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם מדובר ביזמה "טכנית" בלבד בשל האווירה שיוצר המעביד במקום העבודה.¹⁰⁵ אשר למקרה שלפנינו, בית המשפט העליון סבר שיש סתירות בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בדבר היזמה למגעים המיניים, ומשכך יש להניח לטובת המערער שהיזמה הייתה של העובדות.¹⁰⁶ לכן בית המשפט שאל את עצמו אם מדובר בניצול יחסי

98 הערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50; ת"פ (מחוזי חי') 420/01 מדינת ישראל נ' נוי (לא פורסם, 27.8.2004).

99 החוק למניעת הטרדה מינית נמנע מלהגדיר מהי הטרדה מינית, ונראה שההגדרה כוללת בחובה במשתמע גם יחסי מין. לפיכך תיתכן חפיפה בין החוק למניעת הטרדה מינית לבין עברת ניצול יחסי מרות או עברת האינוס, כפי שקרה במקרה הזה, שבו בחרו להעמיד לדין את הנאשם הן על הטרדה מינית והן על עברת האינוס. חפיפה אפשרית זו מעניינת כשלעצמה, אך היא חורגת מגבולות מאמר זה. עם זאת אציין שמעניינת במיוחד העובדה שהחוק למניעת הטרדה מינית קובע שאין צורך שהמוטרדת תביע את היעדר הסכמתה (ראו ס' 3(6)(ג) לחוק) כשמדובר ביחסי מרות, ולפיכך עולה השאלה מה היחס בין קביעה זו לבין עברת ניצול יחסי מרות או עברת האינוס שאינן קובעות חזקה שכוז. ייתכן שבעקבות ההפרש בדינים נשים מעדיפות להשתמש בחוק למניעת הטרדה מינית ולא בחוק הפלילי (ראו לבנשטיין לזר, לעיל ה"ש 83, בעמ' 144).

100 פרשת נוי, לעיל ה"ש 98, בעמ' 362. בית המשפט המחוזי ייחס משמעות לבחירתן של המתלוננות לחשוף את האירועים חודשים ארוכים לאחר התרחשותם בד בבד עם חשיפתה של פרשת זיוף תלושי אוכל, שאחת המתלוננות אף הועמדה בשל כך לדין משמעתי. בנוסף עמד בית המשפט המחוזי על שורה ארוכה של תמיהות שמעוררות עדויותיהן של המתלוננות (ראו שם, בעמ' 321–322).

101 שם, בעמ' 357.

102 שם, בעמ' 360, 366.

103 שם, בעמ' 375. ראו גם פירוט נוסף בעמ' 381.

104 הערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50; בית המשפט התייחס לסיטואציה בלשון זכר, ולכן כשמובאת התייחסות ישירה מפסק הדין, אף אני אשתמש בלשון זכר. עם זאת אציין שהתייחסות זו מפתיעה במיוחד מכיוון שס' 346(ב) לחוק העונשין חל על נשים בלבד.

105 שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט לוי.

106 שם, פס' 21–22 לפסק דינו של השופט לוי.

בניצול יחסי מרות כשהעובד מקיים יחסי מין עם המעביד מתוך רצון לקדם את ענייניו במקום העבודה, וכשהמעביד מודע למניעים אלו. בעניין זה, וכאמור מבלי לקבוע כלל גורף, סבר בית המשפט שהתשובה היא שלילית, מכיוון שלא הוכח שהמעביד הבטיח, ולו הבטחה משתמעת, לשפר את תנאי עבודתו אלא רק נעתר להן אף שידע מהם המניעים שלהן.¹⁰⁷ משכך, זיכה בית המשפט, בדעת רוב, את הנאשם מעברת ניצול יחסי מרות.¹⁰⁸ השופטת ארבל, בדעת מיעוט, סברה שאין צורך בהבטחה משתמעת כדי לקיים את העברה, ודי בהיותו של המעביד, הבעל, מודע למניעי העובד, שכן העברה לא באה רק להגן על אוטונומיה העובד אלא גם על מקום העבודה עצמו מפני תופעות שליליות.¹⁰⁹ לעניין זה דעתי כדעת השופטת ארבל וכדעת בית המשפט המחוזי, קרי שאין צורך בהבטחה משתמעת לשיפור תנאי העבודה, ודי במודעות הנאשם למניעי העובד, מן הנימוקים האלה: ראשית, נראה שהבטחה משתמעת אינה מעלה ואינה מורידה, שכן יסוד הניצול, כמשמעו בחוק, מתקיים מעצם העובדה שבעל המרות הסכים להצעה שלא היה מקבל לולא היותו בעל המרות. ודוק, אין הכוונה שדי בקיומם של יחסי מרות כדי להוכיח את העברה, אלא הכוונה היא שיסוד הניצול מתקיים בכך שיחסי המין התקיימו עקב המרות. העובדה שמתלווה לקבלת ההצעה הבטחה משתמעת מטעם בעל המרות, ומתקיימת מעין "עסקת חליפין", רק יכולה לסייע בהוכחת היסוד הנפשי הנדרש לעברה, קרי שהנאשם היה מודע לכך שקיבל הצעה זו אך ורק בשל סמכותו. לצורך הבהרת הנקודה נדמיין עסקה דמיונית שאותה אחלק חלוקה מלאכותית לשני חלקים – החלק הראשון של העסקה הוא ש-א' מקיימת יחסי מין עם ב' בתקווה לקבל טובת הנאה. החלק השני של העסקה הוא ש-ב' נותן/מבטיח ל-א' טובת הנאה בתמורה ליחסי המין. כמו שניתן לראות, יסוד הניצול מתקיים כבר בחלק הראשון של העסקה, ואין טעם להתעקש על קיומו של החלק השני. עצם העובדה ש-ב' קיבל את יחסי המין בגלל מעמדו מעידה על יסוד הניצול, והשאלה אם הוא קיים את חלקו בעסקה אינה רלוונטית. אכן, לעתים קיומו של החלק השני לעסקה עוזר להוכיח את קיומו של החלק הראשון של העסקה, אך זה כוחו היחיד של חלק זה. משהוכח החלק הראשון באופן עצמאי, אין הצדקה לדרוש גם את קיומו של החלק השני בנפרד. חשוב לציין כי תימוכין לנקודה זו ניתן למצוא אף בעברת השוחד – שם החוק מעגן שדי בכך שהמקבל לקח כסף מידי הנותן, ואין צורך שהנותן יקבל תמורה לכספו בפועל או בכוח.¹¹⁰ לפיכך לא ברור מדוע סיטואציות של "שוחד מיני" שונה משוחד רגיל בעניין זה.

שנית, השופט לוי ציין ש"אכן, התנהגות זו ראויה לגינוי; אפשר כי היא מצדיקה בירור משמעותי".¹¹¹ לאור החלק הקודם, שבו הוסבר כי בעיניי המחוקק ביקש להכניס בגדרי עברת ניצול יחסי מרות מקרים שעד כה היו בגבולות הדין האתי או המשמעותי, נראה שלכל

107 שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט לוי.

108 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט לוי.

109 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל. עם זאת גם כאן לא נערך דיון בהבדל שבין חוק למניעת הטורדה מינית, שאכן מיועד להגן על סביבת העבודה, לבין עברת ניצול יחסי מרות והיחס ביניהם. ראו בהקשר דומה את הטקסט בה"ש 99.

110 ס' 294 לחוק העונשין.

111 הערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50, פס' 23 לפסק דינו של השופט לוי.

הפחות היה ראוי לדון בשאלה אם דווקא מכיוון שהשופטים סברו שמדובר במקרה כזה ראוי להכניסו בגדרי עברת ניצול יחסי מרות.

שלישית, גם כאן יש להביא בחשבון את יחסי השליטה – כפיפות המצויים בחברתנו בכלל וביחסי העבודה בפרט. בהקשר זה ראוי להזכיר את פרשת פלונית, שנידונה בבית הדין הארצי לעבודה לאחר פרשת נוי.¹¹² הדברים אמנם נאמרו בהקשר של החוק למניעת הטרדה מינית, אך נראה שניתן להיעזר בהם לצורך בחינת טענת ה"פיתוי" המועלית מטעם בעל המרות. בפרשה זו נקבע שראוי לחייב את בעל המרות ב"מידה מחמירה של זהירות"¹¹³ ולא לאפשר לו להשתמש בקלות בטענות של "פיתוי" מטעם הקרבן. לפיכך נקבע בפסק הדין כי די בבחירה להיענות ל"פיתוי" כדי שיהיה מדובר בניצול יחסי מרות כמשמעו בחוק.¹¹⁴ כדי להפריך טענה של ניצול מרות על בעל המרות יהיה להוכיח "עניין אמיתי ורצון מוסכם של שניים".¹¹⁵ לחלופין, אם בעל המרות רוצה להימנע מאישומים כאלו כליל, עליו לדווח על המקרה לממוניו.¹¹⁶ אימוץ גישה כזו יפחית גם כאן את העיסוק בהתנהגות הקרבן ותסיט את האחריות אל בעל המרות תוך הכרה ביחסי הכוח המובנים ביניהם.

רביעית, ולמעלה מן הצורך, מוסכם בעיניי, כדעת השופטת ארבל, שבבסיס עברת ניצול יחסי מרות עומדת גם ההגנה על מקום העבודה ולא רק ההגנה על אוטונומיה העובדת. בהקשר זה ראוי לציין ש-28% מכלל הפגיעות המיניות מתקיימים במקום העבודה, ו-66% מפגיעות אלו מבוצעים בידי בעל מרות.¹¹⁷ כשאלו הם פני הדברים, הנורמה הפלילית

112 ע"ע (ארצי) 274/06 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 26.3.2008) (להלן: ע"ע 274/06).
 113 שם, פס' 70 לפסק דינה של השופטת וירט-ליבנה: "[הדין] הפלילי כמו גם האזרחי מבקשים להנהיג נורמות ראיות, לפיהן בעלי מרות ידעו, כי מוטלת עליהם אחריות כלפי הכפופים להם. אחריות זו איננה מתמצית בדל"ת אמותיה של העבודה, השירות הצבאי, הלימודים או הטיפול הרפואי. היא באה ליצור מקום עבור מוגן למי שכפופים למרותו של בעל המרות, ומחייבת מידה מחמירה של זהירות. אחריות זו תחייב את בעל המרות, המעוניין בפיתוח קשר עם מי שכפוף לו, לעמוד בחובת גילוי נאות, ולדווח על כך לממונים. כך מחייבים הנהלים בחברה בה עובדים המערכת והמשיב, ועל כך העיד המשיב בעצמו; כל עוד היחסים אינם גלויים, ידועים ומוסכמים, עלולים מעשים הנעשים מצידו של בעל מרות להתפרש, בשעת אמת, כמעשים לא רצויים, ולא יהיה די בטענה, לפיה ניתנה להם הסכמה, או שנעשו מבלי הבעת חוסר עניין. זאת, בהתחשב במרקם היחסים העדין והמורכב הקיים במערכת בו מצויים בעלי מרות והכפופים להם".

114 שם, פס' 75 לפסק דינה של השופטת וירט-ליבנה. כך למשל, בהקשר של טענת הפיתוי נאמרו הדברים החשובים האלו: "[...] ברורה הדרישה הנורמטיבית הגבוהה הנדרשת מבעל מרות, הבוחר להיכנס למערכת יחסים אינטימית עם עובדת הסרה למרותו. ישקול הממונה את צעדיו, וככל שזיהה יוזמה או 'פיתוי' מצידה של עובדת, אשר קשורות קשר ישיר להיותו בעל היכולת לשמר או להיטיב את מעמדה של אותה עובדת – הרי שהאחריות להימנע ממגע מיני עמה מוטלת עליו. שכן, הבחירה להיענות ל'פיתוי' בנסיבות מעין אלו, היא היא ניצול יחסי המרות שיש לו כלפיה".

115 שם: "[...] כאשר בבסיס מערכת היחסים היו עניין אמיתי ורצון מוסכם של שניים, או אז תופרך טענה בדבר 'ניצול יחסי מרות'. 'עניין אמיתי ורצון מוסכם של שניים' יכול שיוכחו בדרכים שונות, ובין היתר, במקום בו 'הרומן' המתפתח איננו מוגבל למסגרת העבודה בלבד, או ליחסי מין מזדמנים במקום העבודה, בדרך אליה או ממנה".

116 שם, פס' 70 ו-75 לפסק דינה של השופטת וירט-ליבנה.

117 איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית עבודה מטרידה – התמודדות עם תופעת ההטרדות המיניות בעבודה 22 (2014) www.1202.org.il/index.php?option=com_k2&id=28_609cc86430f47ea80be6aa885997adbb&lang=he&task=download&view=item

צריכה לנסות לסייע ביצירת מקום עבודה בטוח ומוגן ולהטיל על בעל המרות את האחריות להימנע ממגע מיני בנסיבות שבהן ברור לו כי העובדת מבקשת לקיים עמו מגע מיני רק כדי להיטיב את תנאי עבודתה.¹¹⁸

על אף האמור לעיל מקובלת עליי ההנחה שכלל ניתן לומר שבסיטואציות שבהן העובדת היא היוזמת של המגעים המיניים, ייתכן שהאוטונומיה שלה נפגעת פחות ממקרה שבו המעביד יוזם את המגעים המיניים. לכן לצורך הבחינה אם ובאיזו מידה נפגעה האוטונומיה של האישה ניתן להביא בחשבון את נסיבות חייה של האישה הקונקרטית, כגון הפרש הגילאים ופער המעמדות בין הצדדים, כפי שאכן בית המשפט עושה.¹¹⁹ זאת ועוד, אם האוטונומיה של האישה לא נפגעה כלל, ובית המשפט מתרשם שהגבר והאישה במעמד שווה פחות או יותר, ייתכן שיש לשקול להרשיע את שניהם בעברת השוחד. כלומר, את הגבר בקבלת שוחד ואת האישה בנתינתו.¹²⁰ אפשרות זו אף עלתה לדיון בפרשת נוי עצמה.¹²¹ אפשרות זו מצומצמת מכיוון שעברת השוחד חלה על עובדי ציבור בלבד. על אף זאת הגדרת עובד ציבור לעניין עברת השוחד היא רחבה יחסית,¹²² ולכן יהיה ניתן להשתמש באפשרות זו במספר לא מבוטל של מקרים.

יש המבקרים את הפירוש הרחב שניתן לעברת השוחד בבית המשפט תוך שהם טוענים שהפסיקה משקפת תפיסה רחבה של הערך החברתי המוגן בעברת השוחד.¹²³ עם זאת התייחסות לביקורת זו ולביקורות אחרות העלולות לעלות ממיצוי אפשרות זו חורגות מגבולות מאמר זה. כל שאציין הוא שגם בעיניי השימוש בעברת השוחד במקרים שבהם מעורבים יחסי מין – אינה אידאלית, בלשון המעטה. מלבד זאת שהרשעה בשוחד בהקשר מיני מצריכה הרחבה ניכרת לערך המוגן ביסוד עברת השוחד, היא גם מתעלמת מהערך המוגן שביסוד פרק העברות המיניות בחוק העונשין.¹²⁴ הרשעה בעברת שוחד בהקשר מיני אינה מביאה בחשבון את הקשר הרחב של עברות המין – הפגיעה הנפשית והגופנית

118 הערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל.

119 למשל, בפרשת נוי היו פערי כוח וגיל גדולים מאוד בין המערער לאחת מהמתלוננות, שהייתה אם חד-הורית ומפרנסת יחידה (ראו שם, פס' 25 לפסק דינו של השופט לוי). כן ראו והשוו עניין אל-חי, לעיל ה"ש 29, שם הנאשם הורשע בניצול יחסי מרות לאחר שהמתלוננות תוארו כמוחלשות ביחס למתלוננות בפרשת נוי (שם, פס' 35 לפסק דינה של השופטת שיצר).

120 ס' 290–291 לחוק העונשין. בתי המשפט הכירו ביחסי מין כנכללים בהגדרת "טובת הנאה" לפי ס' 293 לחוק העונשין (ראו פלר, לעיל ה"ש 93, בעמ' 732).

121 הערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50, פס' 23 לפסק דינו של השופט לוי: "ייתכן – ובכך אני קובע מסמרות – כי מעשה זה הוא עבירה של קבלת שוחד. עם זאת לא אדרש לסוגיה האחרונה באשר המבקש לא הואשם בעבירה זו, וממילא לא הוצג לנו טיעון מפורט באשר לה".

122 ס' 290(ב) לחוק העונשין: "בסעיף זה, 'עובד הציבור' – לרבות עובד של תאגיד המספק שירות לציבור". הגדרה זו חלה גם על מתן שוחד ולא רק על לקיחתו (ראו ס' 291 לחוק העונשין).

123 ראו למשל מירי גור-אריה "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי – האם עבירה פלילית?" פלילים ח 253, 257–258 (1999), הטוענת כי עברת השוחד הורחבה באופן שהיא נועדה להגן לא רק על המנהל הציבורי מפני שחיתות אלא גם על טוהר המידות של עובד הציבור ואמון הציבור כשלעצמם; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "עד היכן תתרחב עוד עבירת השוחד – בעקבות ע"פ 8573/96" עלי משפט א 369, 371–375 (2000).

124 סימן ה לפרק י לחוק העונשין.

באישה ובאוטונומיה שלה.¹²⁵ עם זאת ומכיוון שבתי המשפט, נכון להיום, משתמשים בעברת השוחד בהקשר מיני,¹²⁶ בעיניי ראוי לעשות כן רק במקום שבו בית המשפט מעוניין להרשיע את שני הצדדים. קרי, רק כשבית המשפט סבור באמת ובתמים כי במקרה הפרטי שהובא לפניו לא נגרמה לאישה פגיעה נפשית, גופנית או פגיעה באוטונומיה הבחירה שלה. אם בית המשפט מעוניין להרשיע את בעל המרות בלבד, רצוי ככל הניתן להרשיעו בעברת מין מתאימה. יודגש כי ככל שבית המשפט יתקשה להסביר מדוע האישה אשמה במעשים עד כדי הרשעה בעברת נתינת שוחד, יהיה בכך כדי לחזק את העובדה כי בעל המרות עבר לכל הפחות עברה אתית כלפיה, המצדיקה כאמור הרשעה בעברת ניצול יחסי מרות. אף שהפתרון אינו אידאלי בעיניי, הוא עדיף, בין שיוורשו בעל המרות והעובדת בעבירת השוחד ובין שיוורשע בעל המרות בעברת ניצול יחסי מרות, על פני מצב שבו בעל המרות יזוכה מהאשמות המיוחסות לו, שכן לא ראוי שפגיעה במקום העבודה, כמו גם פגיעה בביטחונן של נשים בו, תיוותר ללא מענה בדין. ממילא יש להניח שמכיוון שכיום במרבית המקרים מורשעים בעברת השוחד בעלי המרות בלבד,¹²⁷ השימוש בחלופה זו יצומצם במידה ניכרת.

לסיכום חלק זה, ניתן לומר כי ככלל, בגדרי עברת האינוס תיכלל הצעה ביזמת המעביד. אם ההצעה מרחיקה את האישה מנקודת מוצאה, מבחן האיכות יעיד שמופעל עליה לחץ רב, וניתן לשער שהסכמתה אינה חופשית עד כדי כניסה בגדרי עברת האינוס. לעניין היסוד הנפשי, ככל שהעסקה קונקרטית ומפורשת יותר, וככל שניתן להניח שהיא פוגעת במידה ניכרת באוטונומיה של האישה, כך יהיה קל יותר להניח את קיומו של היסוד הנפשי הנדרש. כשההצעה אינה מקיימת את מבחן האיכות ולא את מבחן העצמה – קרי, אי אפשר להצביע על נסיבות ייחודיות במקרה הקונקרטי שבגינן האוטונומיה שלה נפגעה במידה רבה – ההצעה תיכלל בגדרי עברת ניצול יחסי מרות.

בגדרי עברת ניצול יחסי מרות ייכללו גם מקרים שבהם העובדת היא היוזמת של העסקה, אף שזו התבצעה ללא תמורה קונקרטית מצדו של המעביד, ובלבד שקיבל הצעה זו בשל היותו בעל מרות. שימוש כזה תואם בעיניי הן את כוונת המחוקק שביקש להכיר במקרים שהיו עד כה אתיים או משמעותיים, הן את ההבנה שהאוטונומיה של האישה נפגעת אף

125 השוו נעמי לבנקרון "חשופות בניידת: הטרדות מיניות במשטרת ישראל" "המשפט" ברשת: זכויות אדם ב 123, 138–139 (2014). לבנקרון טוענת שהשימוש החסר בחוק מניעת הטרדה מינית בהקשר של מרות נובע מהשימוש בעברת "השוחד המיני". עברת "השוחד המיני" מנוסחת ניטרלית מבחינה מגדרית, מבלי להביא את הקשר הרחב של התופעה, חברתית ומגדרית, בחשבון, והיא משקפת, לדעת לבנקרון, תפיסה ישנה הרואה בנשים סוכנות אוטונומיות הבוחרות לקדם את מטרותיהן האישיות. לבנקרון סבורה שיש לבטל את עברת השוחד המיני ולכלול את המעשים הנכללים בה בחוק למניעת הטרדה מינית, או למצער בפרק העברות המיניות בחוק העונשין, תוך מתן פטור ל"נותנת השוחד".

126 ראו למשל ע"פ 658/88 טייטלמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 259 (1989); ע"פ 3433/04 גבאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2005); ע"פ 8856/02 מדינת ישראל נ' שוקרון (פורסם בנבו, 14.4.2003); ע"פ 799/13 קריאף נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.7.2013); ת"פ (שלום חי) 4031/04 מדינת ישראל נ' אסלטי (פורסם בנבו, 7.3.2005).

127 לרוב, מורשעים בעברת השוחד בעלי המרות לבדם (ראו לבנקרון, לעיל ה"ש 125, בעמ' 139). מחיפוש פסיקה בעניין עלה כי אישה אחת עמדה לדין על נתינת שוחד, אך עוכבו ההליכים נגדה (ת"פ (שלום ת"א) 20496-06-10 מדינת ישראל נ' פוקס (פורסם בנבו, 21.5.2012)).

בסיטואציות מעין אלו, ולכן חלה על בעל המרות חובת זהירות מוגברת, והן את מציאות חיינו שלפיה יש פגיעות מיניות במקומות העבודה ויש לשאוף למיגורן. עם זאת ניתן להביא בחשבון את מעמד העובדת ביחס למעביד, ואם מעמדה משתווה למעמדו, ובית המשפט מתרשם שאוטונומיית האישה לא נפגעה במקרה הזה, ניתן להרשיע את שניהם בעברת השוחד כדי לקיים את התכליות שהוצגו.

לסיום, ברצוני לבחון מקרה נוסף שבו בית המשפט משתמש בעברת ניצול יחסי מרות – מקרה שבו נקבע כי המעשה בוצע בהיעדר הסכמה, אך בשל קושי להוכיח את היסוד הנפשי זוכה הנאשם מעברת האינوس והורשע בעברת ניצול יחסי מרות במקומה.

2. עברת ניצול יחסי מרות וסיטואציות של ספק במודעות הנאשם

הרשעה בעברת ניצול יחסי מרות תחת עברת האינוס במקרה שמתעורר בו ספק במודעות הנאשם בנוגע ליסוד היעדר ההסכמה בעברת האינוס מציגה את הקושי השני הנוגע לעברת האינוס – הקושי בגישור על הפער בין היסוד הנפשי ליסוד העובדתי, שכן גם אם לבית המשפט ברור כי המתלוננת לא הסכימה למעשים במישור העובדתי הוא מתקשה לקבוע שהנאשם היה מודע להיעדר ההסכמה, ולכן נאלץ להרשיעו בעברת ניצול יחסי מרות.

בפרשת נורמטוב¹²⁸ הוגש כתב אישום ארוך ומורכב נגד שבעה נאשמים. עיקרם של האישומים הוא עברות של סחר בבני אדם לעיסוק בזנות, סרסרות ואינוס.¹²⁹ לענייננו רלוונטי האישום האחד-עשר שהוגש נגד נאשם מספר 6, אברהם ממך. המתלוננת, ג', שהתה חלק מהזמן במכון ליווי שניהל הנאשם לאחר שזה שכר את ג'. על פי כתב האישום, בעל הנאשם את ג' בניגוד להסכמתה החופשית בשלוש הזדמנויות שונות. ג' אפשרה לנאשם לקיים אתה יחסי מין בגלל פחדה וכיוון שראתה בו "בעל הבית" וחששה שיפגע בה אם לא תיענה לדרישותיו המיניות. הנאשם לא שילם למתלוננת כל תשלום עבור יחסי המין שקיימה אתו. לכן הועמד הנאשם לדין בגין שלוש עברות אינוס. בית המשפט מצא את עדותה של ג' "סבירה ומהימנה", אך זיכה את הנאשם מעברת האינוס והרשיעו בעברת ניצול יחסי מרות מכיוון שהתעורר ספק סביר בנוגע למודעות הנאשם לאי-הסכמתה.¹³⁰ כמו כן קבע בית המשפט שמכיוון שהמתלוננת רק הושכרה לנאשם ולא נמכרה לו, ומכיוון שהמתלוננת הייתה יכולה לעבור לידי משכיר אחר, לא ראוי להחיל את ההנחה של אי-הסכמה לקיום יחסי מין אף במצב שבו לא הופיע כל סימן לאי-הסכמה לקיום יחסי מין.¹³¹ הנאשם ערער לבית המשפט העליון, בין היתר על עצם ההרשעה, אך ערעורו נדחה.¹³²

128 תפ"ח (מחוזי ב"ש) 959/04 מדינת ישראל נ' נורמטוב (פורסם בנבו, 18.9.2006).

129 שם, פס' 1 לפסק הדין.

130 שם, פס' 185 לפסק הדין.

131 שם, ובמילותיו של בית המשפט: "[...] נראה לנו כי בנסיבות העניין, כאשר אין מדובר בסחר בבני אדם לשם עיסוק בזנות בדרך של העברת בעלות אלא בדרך של השכרה, כאשר הבעלים הדומיננטיים היו נאשמים 1 וחבריו מקבוצת בת ים, והיתה לה [ג'] אפשרות לעבור לנאשם 5 לפי בקשתה, אין מדובר במקרה בו ניתן וראוי להחיל את ההנחה של אי-הסכמה לקיום יחסי מין, אף במצב בו לא הופיעה כל אי-הסכמה לקיום יחסי מין".

132 ע"פ 1652/07 נורמטוב נ' מדינת ישראל, פס' ב.3.5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.10.2007).

אם כן, ניתן להניח שעקרונית בתי המשפט נכונים להשתמש בעברת ניצול יחסי מרות כשיש ספק במודעות הנאשם להיעדר ההסכמה. למעשה, אף שבית המשפט אינו מציין זאת במפורש, נראה שהוא מקבל את טענת הטעות בעובדה.¹³³ הנאשם טעה בדבר העובדה שהמתלוננת סירבה למעשים, ומכיוון שכל הנראה נקבע שטעותו כנה, כדרישת החוק, הוא הורשע במצב הדברים כפי שדימה אותו, קרי בעברת ניצול יחסי מרות.¹³⁴ ואכן, בנוגע להרשעה בעברת ניצול יחסי מרות ציין בית המשפט שהוכח מעבר לספק סביר כי ג' הייתה נתונה במצב של יחסי מרות עם הנאשם וראתה עצמה מחויבת לקיים עמו יחסי מין בשל מעמדו,¹³⁵ וכן שהנאשם היה מודע לכך.¹³⁶

שימוש בעברת ניצול יחסי מרות במקרים שמתעורר בהם ספק במודעות של הנאשם אינו אידאלי, שכן עלינו לנסות תחילה לגשר על הפער שבין היסוד הנפשי לעובדתי כדי לאפשר הרשעה בעברת האינוס ובכך להגשים את כוונת המחוקק. הוצע בספרות לפתור קושי זה דרך מענה כולל, כדוגמת חקיקת עברת אונוס ברשלנות.¹³⁷ מבלי להיכנס לפירוט כוללים מעין אלה, נראה שניתן להצביע על פתרון ייחודי למקרים שבהם מעורבים יחסי מרות. עבור מקרים מעין אלו הוצע פתרון בספרות – פתרונו של לבנת.

לבנת סבור כי יש לאמץ את גישתו של השופט חשין בפרשת שמרת כשמתקיימים יחסי מרות. בפרשה זו הביע חשין דעה שלפיה על גבר היוזם מגע מיני הנטל לקבל את הסכמת האישה, ומשלא עמד בנטל זה, מדובר באונס.¹³⁸ מודל מעין זה מקובל כיום בקנדה, שם בית המשפט העליון קבע כי מחשבה פלילית תתקיים לא רק כשהנאשם ידע שהמתלוננת לא הסכימה אלא גם כשהוא לא ידע אם היא הסכימה, או במילים אחרות כאשר הנאשם ידע שהמתלוננת לא אמרה כן.¹³⁹ כדי ליהנות מזיכוי, על הנאשם להעלות ספק סביר שהייתה הסכמה, והוא יכול לעשות כן בשתי דרכים – להוכיח כי המתלוננת רצתה במגע המיני, או

133 ס' 34 לחוק העונשין.

134 מכיוון שבית המשפט לא הצהיר במפורש שהוא מקבל את טענת הטעות בעובדה הוא גם לא דן בהלכה שהוזכרה לעיל, שלפיה אדם שעצם את עיניו לא יוכל להיחשב למי שטעה טעות כנה בעניינה (ראו פסקי הדין המצוינים בה"ש 94). עוד ייתכן כי בית המשפט לא התייחס להלכה זו מכיוון שסבר כי הנאשם אפילו לא חשד שהמתלוננת לא הסכימה.

135 הכוונה היא הן למעמדו הכללי כמי ששכר אותה והן למעמדו כמי שהיה יכול לבחור את הנשים שתלכנה לכל לקוח.

136 עניין נורמטוב, לעיל ה"ש 128, פס' 185 לפסק הדין.

137 לבנת, לעיל ה"ש 20, בעמ' 206.

138 פרשת שמרת, לעיל ה"ש 12, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

139 "[...] the mens rea of R. v. Park, [1995] 2 S.C.R. 836, 864 [Can.] במילותיו של בית המשפט: "sexual assault is not only satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially saying 'no', but is also satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially not saying 'yes'". עמדה זו אומצה גם בעניין R. v. Ewanchuk, [1999] 1 S.C.R. 330 [Can.] למקרים נוספים בהם יושמה הלכה זו, ראו Rakhi Ruparelia, Does No "No" Mean Reasonable Doubt? Assessing the Impact of Ewanchuk on Determinations of Consent, 25 CAN. WOMAN STUD. 167 (2006).

במקרה שבו הנאשם מעוניין להוכיח כי טעה טעות כנה באשר להסכמה, עליו להראות כיצד הביעה המתלוננת הסכמתה במילים או בהתנהגות.¹⁴⁰

עם זאת בישראל ספגה דעתו של חשין ביקורת רבה ולא נשמעה מאז בפסיקה.¹⁴¹ אף לבנת סבור שאימוץ גישה זו במלואה יש בה כדי להרוס את היפה בקיום יחסי מין בין שני בגירים, אך עדיין לדעתו קיימים מצבים שיש לאמץ בהם את גישת חשין. מצבים אלו מאופיינים ביחסי שליטה-כפיפות חריפים יותר כגון יחסי מעביד-עובדת, מפקד-חיילת ומטפל-מטופלת. רק במצבים אלו ייאלץ הגבר לקבל את הסכמתה המפורשת של העובדת (במילים או בדרך אחרת) בטרם יקיים אתה מגע מיני.¹⁴² אימוץ גישה זו בפסיקה יקל במידה ניכרת את ההרשעה בעברת האינוס, שכן על הנאשם יהיה להוכיח כי ביקש את הסכמת האישה במקרים שבהם קיימים יחסי מרות. אימוץ גישה מעין זו ראוי בעיניי, שכן אמנם בישראל נקבע שלא ראוי להטיל את האחריות לברר את הסכמת האישה על כל גבר שהוא, אך נראה שמוצדק בהחלט להטיל אחריות נוספת כשהגבר הוא בעל מרות כלפי האישה, ואין להתייחס לאותם יחסים כיחסים "רגילים" בין גבר ואישה. הטלת אחריות זו על בעל המרות תפחית מאחריות הקרבן ותאיר את אחריותו שלו, וכך לא יוכל בעל המרות לטעון כי פסיביות, שתיקה וכדומה, משמען הסכמה.¹⁴³ אמנם דעתו של לבנת בהקשר הזה נכתבה לפני כמעט שני עשורים, אך היא תואמת אמירות מהעת האחרונה של בתי המשפט על אחריותו המוגברת של בעל המרות, בהקשרים דומים שהוזכרו לעיל.¹⁴⁴

זאת ועוד, מאז נחקק החוק למניעת הטרדה מינית, שאף שבמהותו אינו חוק פלילי, הוא מציג את דעת המחוקק להטיל אחריות נוספת על בעל המרות. כדברי קמיר, אשר הייתה מיוזמות החוק:¹⁴⁵

החוק למניעת הטרדה מינית דורש מבעל מרות לחשוב היטב בטרם ינצל את מעמדו כדי להכנס למערכת יחסים אינטימית עם מי שכפופה לו. המצב העובדתי כיום הוא שבעל מרות יכול להרשות לעצמו לפתוח במערכת יחסים 'אינטימית' או מינית גרידא עם עובדת הכפופה לו, והיא לבדה נושאת בנטל החרדה למשרתה. החוק למניעת הטרדה מינית נועד לשנות את מאזן האימה, ולהטיל חלק מן החרדה על בעל המרות, וכך ראוי.

140 עניין Ewanchuk, לעיל ה"ש 139, פס' 46–49.

141 ראו למשל את הביקורת בפרשת שמרת, לעיל ה"ש 12, פס' 2 לפסק דינו של השופט גולדברג; היטיבה לתאר זאת נגבי בספרה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 204: "דבריו של חשין נותרו מזהירים בבדידותם".

142 לבנת, לעיל ה"ש 20, בעמ' 207–208.

143 לבנשטיין לזר, לעיל ה"ש 83, בעמ' 158.

144 ראו את הטקסט הסמוך לה"ש 112–116. כן ראו הערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל: "[...] עבירה זו באה להבטיח גם שמירה על סטנדרט התנהגות ראוי מצד בעלי מרות כלפי אלה הכפופים להם. באה היא ואומרת לבעל המרות כי האחריות המוטלת עליו ככזה מחייבת אותו להימנע ממגע שכזה בנסיבות שבהן ברור לו כי העובד מבקש לקיים עמו מגע מיני אך מפאת רצונו להיטיב או לשמר את מעמדו או את תנאיו במקום העבודה" (ההדגשה הוספה).

145 אורית קמיר "תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא' – למה את מתכוונת?" "שערי משפט" ב' 307, 316 (2001) (ההדגשה הוספה).

כחלק מאחריות זו ניתן לקבוע כי אם הנאשם מעוניין להימנע מאישומי אונס, עליו לבקש את הסכמתה של האישה מראש כדי להבטיח הסכמתה. הטלת אחריות כזו תאפשר לגשר על הפער בין היסוד העובדתי לנפשי ואף תפחית את העיסוק בהתנהגות הקרבן מכיוון שעיקר האחריות תועבר לבעל המרות.

עם זאת עולה החשש שתינתן מצד האישה הסכמה טכנית בלבד בשל חשש מבעל המרות. במילים אחרות, ה"כן" חשוד מראש בשל אופי היחסים, ועולה חשש שהוא אינו וולונטרי.¹⁴⁶ לכן על בית המשפט לבחון כי ההסכמה היא מהותית, וכי מדובר ב"רצון מוסכם של שניים".¹⁴⁷ בהקשר הזה החוק הקנדי, מתוך ניסיון להבהיר את סוגיית ההסכמה, קובע כי הסכמה משמעה הסכמה וולונטרית של המתלוננת לעסוק בפעילות מינית.¹⁴⁸ לאחר מכן החוק קובע נסיבות שבהן אי אפשר לראות בהסכמה וולונטרית. עם נסיבות אלו נמנתה נסיבה שלפיה "הנאשם מפעיל על המתלוננת לחץ על ידי שימוש לרעה ביחסי אמן, כוח או סמכות".¹⁴⁹ עמדה מעין זו הובאה גם בפרשת נוי, בעניין עברת ניצול יחסי מרות:¹⁵⁰

אפילו ניתנה הסכמה לביצועם של המעשים המיניים, החוק – בהכירו בעמדת הנחיתות הטבועה שבה מצוי הקרבן – מאפשר לראותה, בנסיבות המתאימות, כהסכמה "טכנית" שאין לייחס לה משמעות, בהיותה תוצאתם של שימוש לרעה בכוח וניצול פערי כוחות.

כלומר, שגם אם יאומץ פתרונו של לבנת, ויוכח כי האישה הסכימה, המשמעות אינה שהנאשם יזוכה, אלא שיתכן כי הסכמה זו אינה חופשית מכיוון שניתנה תוך שימוש לרעה בסמכות. הסכמה שניתנה בשל שימוש לרעה בסמכות, הפעלת לחץ וכדומה, משמעה הסכמה שניתנה בעסקה מסוימת שניתן לבחנה לפי החלק הקודם של פרק זה.

לסיכום, כדי לגשר על הפער בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי בעברת האינוס מוצע לאמץ את פתרונו של לבנת. הפתרון הקנדי לסוגיה זו, כמו גם אמירות מהעת האחרונה על אחריותו המוגברת של בעל מרות, מעידים שהגיעה העת לדרוש הסכמה פוזיטיבית לקיום מגע מיני כשמעורבים יחסי מרות. פתרון זה ראוי בעיניי, שכן הוא יאפשר לעברת האינוס להיות רחבה, ואילו עברת ניצול יחסי מרות תכניס בגדר הדין הפלילי מעשים שעד כה היו בגבולות אתיים או אזרחיים בלבד.

סיכום

רשימה זו ביקשה להתוות קו גבול ראשוני בין עברת האינוס לעברת ניצול יחסי מרות. לשם כך הוצגו תחילה ההרחבות בעברת האינוס והקשיים של בית המשפט להתמודד עם ההרחבות

146 לבנשטיין לזר, לעיל ה"ש 83, בעמ' 156.

147 ע"ע 274/06, לעיל ה"ש 112, פס' 75 לפסק דינה של השופטת וירט-ליבנה. לגבי השאלה כיצד מוכיחים "רצון מוסכם של שניים" ראו לעיל ה"ש 115.

148 Criminal Code, R.S.C., 1985, c C-46, s 271 (Can.) בהתבסס על התרגום המוצע אצל קמיר "יש סקס אחר", לעיל ה"ש 19, בעמ' 757.

149 שם.

150 הערעור בפרשת נוי, לעיל ה"ש 50, פס' 14 לפסק דינו של השופט לוי.

אלו. כך למשל מעצם העובדה שמדובר בעברה שדורשת מחשבה פלילית נוצר פער, קשה לגישור, בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי בעברת האינוס, המקשה להוכיח שהנאשם היה מודע להיעדר הסכמתה החופשית של הקרבן.

פער זה משפיע גם על עברת ניצול יחסי מרות. כך, אף שנראה שהמחוקק התכוון להכניס בגדרי עברת ניצול יחסי מרות מקרים שנכנסו עד כה בגדרי הדין האתי או המשמעתי, הרשיעה הפסיקה בניצול יחסי מרות מקרים שמתאימים מבחינה עובדתית לעברת האינוס, אך נותר ספק במודעותו של הנאשם בנוגע ליסודות העברה. במקרים כגון אלה הצעתי לאמץ את פתרונו של לבנת, שלפיו יש לאמץ את גישתו של השופט חשין בפרשת שמרת כשמתקיימים יחסי מרות. כלומר, במקרים שבהם מתקיימים יחסי מרות, על המעביד לקבל את הסכמתה המפורשת של העובדת (במילים או בדרך אחרת) בטרם יקיים אתה מגע מיני. משלא ביקש את הסכמת האישה, לא יוכל בעל המרות לטעון שלא היה מודע להיעדר הסכמתה. אם תינתן הסכמה, יש לבחון אם הסכמה זו היא טכנית ואינה חופשית, לפי המקרים ה"קלאסיים" של עברת ניצול יחסי מרות.

כדי לבחון את המקרים ה"קלאסיים" של עברת ניצול יחסי מרות הצעתי להסתכל על הסיטואציה כמעין "עסקה" מינית שנעשית בין העובדת למעביד. במקרים אלו הבחנתי בין מגע מיני שנעשה ביזמת המעביד לבין מגע מיני שנעשה ביזמת העובדת. כשהמגע המיני נעשה ביזמת המעביד, הצעתי לבחון תחילה את מבחן איכות הכפייה – ככל שההצעה "מזויה" את האישה מנקודת מוצאה מרחק גדול יותר, כך ניתן להניח שהסכמתה אינה חופשית עד כדי כניסה בגדרי עברת האינוס. בכלל זה בחנתי כמה הצעות שבעיניי יקיימו את מבחן איכות הכפייה, דוגמת פיטורין, ובמקרים מסוימים זכויות שמגיעות לאישה על פי דין (אך ישללו ממנה אלמלא יחסי המין) ואף הצעה כספית. כשאין מדובר בהצעה שמקיימת את מבחן איכות הכפייה, יש לפנות למבחן עצמת הכפייה ולבחון את נסיבותיו של המקרה הקונקרטי. כלומר, לבחון אם יש נסיבות ייחודיות שבגינן נפגעה האוטונומיה של האישה במידה ניכרת. מבחנים אלו יסייעו לבית המשפט להתמקד בעצם הצעתו של הנאשם כאינדיקציה לפגיעה באוטונומיה ולא לפנות ישירות לטיב ההסכמה של הקרבן ובכך לעסוק פחות בהתנהגותה. זאת ועוד, הבחנה זו תסייע בבחינת היסוד הנפשי – אם מדובר בהצעה שמקיימת את מבחן האיכות, יהיה ניתן להשתמש בחזקת המודעות כדי להוכיח את קיומו של היסוד הנפשי. מלבד זאת יהיה צורך להוכיח כי הנאשם מודע לעסקה, וסביר להניח שככל שהצעתו תהיה מפורשת וקונקרטית יותר, כך יהיה קל יותר להוכיח את היסוד הנפשי הדרוש.

כשהמגע המיני נעשה ביזמת העובדת, דעתי היא שראוי להכניס מקרים אלו בגדרי עברת ניצול יחסי מרות כל עוד היה המעביד מודע לכך שהסיבה למגע המיני היא הרצון לקדם את ענייני העובדת במקום העבודה, ואין צורך לתור אחר תמורה כלשהי מצדו. עם זאת אם בית המשפט מתרשם שמעמד העובדת שווה לזה של המעביד, ניתן להרשיע את שניהם בעברת השוחד כדי לקיים את התכליות שהוצגו. כך או כך, רצוי כי פגיעה במקום העבודה ופגיעות באוטונומיה של הנשים העובדות בו יזכו לסנקציה מתאימה.

השיקולים לבחינה במקרים השונים יאפשרו לעמוד טוב יותר על ההבדלים בין העבירה של ניצול יחסי מרות לבין עברת האינוס ויחדדו אט אט את קו הגבול ביניהם. חידוד קו

הגבול יגשים טוב יותר את כוונת המחוקק בעיניי, וכך תותר עברת האיננוס רחבה, ועברת ניצול יחסי מרות תכניס בגדריה מקרים שהיו עד כה בגבולות אתיים או אזרחיים. השיקולים שהוצגו במאמר הם שיקולים ראשוניים בלבד שיוכלו להתפתח לכשבית המשפט יתחיל ליישם בפועל.

לא נעלם מעיניי שחלק מהשיקולים ומהדוגמאות שהוצגו עלולים לספוג ביקורת מטעם תפיסות פמיניסטיות שונות. למשל, עצם הניסיון להבחין בין עברת ניצול יחסי מרות לבין עברת האיננוס, הסתכלות על הסיטואציות השונות כעסקאות, הניסיון להשתמש בהצעות שנכון להניח אובייקטיבית שהן פוגעות בהסכמה או השימוש בעברת השוחד. כאישה, וכפמיניסטית, אודה שהתלבטתי בדברים האלו לא מעט, ואולם אני סבורה שהם צעד בכיוון הנכון. ההכרה בהיותה של עברת האיננוס כוללת פגמים בהסכמה ולא היעדר הסכמה בלבד, היא צעד חשוב שנכון לעשותו בעיקר כשמעורבים יחסי מרות, והוא יכול להתפתח מכאן והלאה אל עבר הבנה עמוקה יותר של פגיעות מיניות. מלבד זאת, יש בשיקולים ובמבחנים שהוצגו כדי להציב בפני בית המשפט נורות אזהרה ולאפשר לו להפנים את השינויים שחלו עד כה בעברת האיננוס. כאמור, בית המשפט לעתים שבוי במיתוסים ובסטראוטיפים שהוא נאחז בהם בשל היעדרם של מבחנים ברורים לבחינת יסוד ההסכמה. השיקולים שהוצעו מסייעים בבחינת יסוד זה, ויש לקוות שבית המשפט ייעזר בהם כדי להתנער מהיישום האנכרוניסטי בעברות מין.