

הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

מאת

אורנה אליגון דר*

מאמר זה בוחן את התפיסות התרבותיות שמבטאים ההסדרים הראייתיים שאומצו בישראל ברפורמות של דיני האינוס ושואל באיזו מידה הצליחו הסדרים אלו להביא במהלך השנים להתנתקות מהמיתוסים של "האישה הפתולוגית", שלפיו נשים מגישות תלונות שווא על מעשי אונס ממניעים של נקמה שמקורם במזג לא צנוע או בדמיון החולני, ושל תסריט "האנוס האמיתי", התופס את המעשה כמבוצע בידי זר אלים בעלמה תמימה וחסרת ניסיון מיני. המאמר מראה שבקבות סטראוטיפים אלו עוצבו ההסדרים הראייתיים במשפט המקובל ובמשפט המנדטורי והישראלי המוקדם באופן שהקשה מאוד על היכולת לתת אמון בעדות המתלוננת, ובייחוד כאשר היא תיארה תרחיש שלא התיישב עם תסריט "האנוס האמיתי" האמור. המהפכה הפמיניסטית הביאה לשינוי חקיקה מקיף ולכמה וכמה חידושים ראייתיים שאומצו בחוק ובפסיקה כדי להינתק ממיתוסים אלה.

בחינת דרכי ההוכחה של עבירת האינוס בעידן שלאחר הרפורמות מראה כי אלו לא היו תרופת פלא להתנתקות ממיתוסי האנוס, אך גם אינן בגדר כישלון מוחלט. לתוך הפסיקה חלחלה תובנה כי הדין שהתעצב בנושא האנוס הושפע ממיתוסים תרבותיים, וחרף הקושי הכרוך בנטישת דפוסי מחשבה מושרשים נעשה ניסיון מודע להינתק ממיתוסי האינוס. בחינת הכללים הראייתיים מגלה תמונה מורכבת של המשכיות לצד שינוי. מצד אחד בית המשפט מגלה אמון רב יותר במתלוננות, ומצד אחר עדיין דבק בנשים דימוי פתולוגי, אם כי כעת יש בו כדי לחמוך במהימנותן, שכן הפתולוגיה נתפסת כתוצאה של התקיפה המינית. מצד אחד נשמעת הכרה גוברת (לפחות ברמה ההצהרתית) במרכזיות התופעה של אנוס בין מכרים, והמאמר גם מזהה צמיחה של נרטיב תרבותי חדש של "אנוס אמיתי" – האנוס בתוך המשפחה – ומצד אחר גם התסריט החדש הוא וריאציה על התסריט הישן והמוכר של תוקף פתולוגי הפוגע בקורבן תמים וחסר ניסיון מיני.

מבוא. א. ההיסטוריה של הוכחת האינוס במשפט המקובל. ב. הוכחת האינוס במשפט המנדטורי והמשפט הישראלי המוקדם. ג. המהפכה הפמיניסטית בתחום עבירות המין. ד. שינוי החקיקה בישראל. ה. שינויים פסיקטיים בדרכי ההוכחה. 1. עדות כבושה; 2. התייחסות לסתירות בעדות; 3. התערבות ערעורית מוגבלת במיוחד; 4. עדות מפי השמועה; 5. זיכרונות מודחקים; 6. מעשים דומים ועדות שיטה; סכום. 1. מיתוסי אנוס לאחר הרפורמות הראייתיות: המשכיות ושינוי. 1. התמדת תפיסות של "הפתולוגיה הנשית". 2. התמדת תפיסות של תסריט "האנוס האמיתי". 2. סכום ודיון.

* ד"ר אורנה אליגון דר, מרצה בכירה בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית ספיר ובבית הספר למשפטים, הקריה האקדמית אונו. תודותיי נתונות לשופטים האנונימיים ולעורכות כתב העת משפטים דניאל בן דור ונועה צוקר על הערות חדות, מעמיקות ומעוררות מחשבה, שתזמו רבות לשיפור המאמר.

מבוא

ההסדרים הראייתיים בנושא האינוס מושתתים על תפיסות חברתיות ותרבותיות מקובלות של סדר חברתי ושל דרך מסוימת שבה מתנהל העולם, כולל תפיסות ומיתוסים של מיניות ומגדר. מיתוסי אונוס מוגדרים כאמונות כוזבות מוטות וסטראוטיפיות על אונוס, אנשים וקורבנות, שמצדיקות תוקפנות מינית גברית נגד נשים.¹ מאמר זה מבקש לבחון אם הוכחת האינוס אכן עברה דה-מיטיזציה כפי ששאפו לחולל הרפורמות שאומצו בעקבות המהפכה הפמיניסטית במחצית השנייה של המאה העשרים. הממצא המרכזי הוא שסטראוטיפים חברתיים המהווים "גלגול חדש" של הסטראוטיפים התרבותיים הישנים עדיין שולטים בהסדרים הראייתיים החדשים, גם לאחר הרפורמות. עם זאת, אף שמיתוסי אונוס ישנים עדיין קיימים, ניתן לזהות גם מגמה של שינוי וצמיחה של מיתוסים חדשים. על מנת לבסס את הטענה בדבר המשכיות ותמורות של המיתוסים שבבסיס הוכחת האינוס אציג תחילה שני סטראוטיפים תרבותיים ששלטו בכיפה בהקשר של הוכחת העבירה. סטראוטיפ אחד נוגע לפתולוגיה הנשית, וגורס כי נשים מגישות תלונות שווא על מעשי אונוס ממניעים של נקמה, שמקורם במזג לא צנוע או בדמיון החולני. הסטראוטיפ השני נוגע לתסריט "האונוס האמיתי", ומתארו כמבוצע בידי זר אלים בעלמה תמימה וחסרת ניסיון מיני (להלן גם: "הזר הקופץ מן השיחים"). כפי שידגימו שני הפרקים הראשונים, בעקבות סטראוטיפים אלו עוצבו ההסדרים הראייתיים במשפט המקובל ובמשפט המנדטורי והישראלי המוקדם, עיצוב שהקשה מאוד על היכולת לתת אמון בעדות המתלוננת, ובייחוד כאשר היא תיארה תרחיש שלא התיישב עם תסריט "האונוס האמיתי" האמור.

כמתואר בפרק השלישי, המהפכה הפמיניסטית שמה לה למטרה להיאבק בסטראוטיפים מיתיים אלו. המהפכה הפמיניסטית הביאה לשינוי חקיקה מקיף, כמתואר בפרק הרביעי, וכן לכמה ולכמה חידושים ראייתיים שאומצו בפסיקה ומתוארים בפרק החמישי. אם אכן שונה הדין כדי להתנתק ממיתוסים, נשאלת השאלה, מדוע תחום עבירות המין עדיין מאופיין בדיני ראיות הייחודיים לו. האם מיתוסים תרבותיים עדיין שולטים בהוכחת עבירות המין? אם אכן כך, האם מדובר במיתוסים חדשים ושונים מאלו ששלטו בכיפה בעבר, או שמא בגלגול חדש של תפיסות תרבותיות דומות?

כדי לענות על שאלות אלה ולחשוף את הרובד האמיתי יש לקרוא את הפסיקה באופן המבקש לדלות מתוך הטענות, הרטוריקה והנימוקים את התפיסות התרבותיות, את הסטראוטיפים ואת ההנחות בדבר האופן שבו העולם פועל. קריאה זו מתייחסת לפסיקה כאל מקור ראשוני ועוסקת בפרשנות תרבותית של הטקסט.² הפרק החמישי יתחקה אחר

1 ראו Kimberly A. Lonsway & Louise F. Fitzgerald, *Rape Myths. In Review*, 18 PSYCHOL. WOMEN Q. 133, 134 (1994); Martha R. Burt, *Cultural Myths and Supports for Rape*, 38 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 217 (1980).

2 דוגמאות לניתוח נרטיב-תרבותי של פסיקה על עבירות אונוס ניתן למצוא במחקרים האלה: רינה בוגוש ורחל דון-יחיא מגדר ומשפט: אפליית נשים בבתי המשפט בישראל 200–227 (1999); עירית נגבי סיפורי אונוס בבית המשפט: ניתוח נרטיבי של פסקי דין (2009) (להלן: נגבי סיפורי אונוס). ראו במיוחד פירוש המתודולוגיה במאמרה של יופי תירוש "סיפור של אונוס לא יותר" – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי" משפטים לא 579, 597–601 (2001). המחקרים

הכללים הראייתיים שנועדו ליצור דה-מיטיזציה של הוכחת עבירות המין, והפרק השישי יעבור מקריאת המטרות המפורשות לפיענוח ההנחות המובלעות בטקסטים המשפטיים. מדובר בקריאה שונה מקריאה משפטית נורמטיבית-פוזיטיביסטית המבקשת לזהות נורמות, במקרה שלנו כללים ראייתיים, ולתאר את מקור תוקפן ומטרותיהן המוצהרות. הנחת המוצא היא כי בדרכי ההוכחה מוטמעים ערכים, אמונות ואינטרסים, בניגוד לדימוי של הכללים הראייתיים כאמצעים ניטרליים ואף טכניים לחקר האמת העובדתית. המתודולוגיה שבבסיס מאמר זה מתבוננת בכללים הראייתיים כפי שהם מתגבשים או מיושמים בתיקים משפטיים ספציפיים בניסיון לעמוד על חקר תפיסות תרבותיות הניצבות בעומקם, שעניינן מהותו של "אונס אמיתי", מגדר, נורמליות וסטייה וכדומה. קריאה מסוג זה אינה רואה ב"משפט" ספירה אוטונומית נפרדת מזו של ה"חברה".³ ההנחה היא שאת התפיסות התרבותיות והחברתיות שבבסיס דרכי ההוכחה של עבירות המין יכולים להביע שופטים, אך גם משתתפים אחרים בהליך – עורכי דין, מתלוננים, עדים או נאשמים. בנוסף, לצורך חשיפת מיתוסים, סטראוטיפים, תפיסות תרבותיות ואמונות המתבטאות בפרקטיקה ניתן להיעזר גם בפסקי דין של הערכאות הדיוניות.⁴ הפסיקה המנותחת בחלק השישי של המאמר היא משני העשורים הראשונים של המאה העשרים ואחת, היינו מהעידן שלאחר הרפורמות. פסקי הדין אותרו לפי מילות חיפוש המצליבות בין עבירת האינוס לבין הכללים הראייתיים השונים, והמאמר מציג ומפרש דוגמאות נבחרות.

הפרק השישי יטען כי הרפורמות שבוצעו בדין הישראלי הובילו לשיפור מסוים באפשרות הוכחת עבירת האינוס. למשל, ההסדרים הראייתיים החלים היום בישראל מקילים את היכולת לתת אומן בעדות המתלוננת, וכן מקילים על ההכרה במקרי אונס מסוימים שאינם מסוג "הזור הקופץ מן השיחים" (בעיקר מקרי אונס במשפחה, ובמידה פחותה במקרי אונס בידי מכר, date-rape). עם זאת ניתן לטעון כי הסטראוטיפים התרבותיים מהעבר עדיין קיימים בבסיס ההסדרים הראייתיים החדשים, אך "בשינוי אדרת": סטראוטיפ אחד עדיין נוגע לפתולוגיה הנשית, אך מתמקד בכך שגברים שגברו קורבן לפגיעה מינית סובלות

הללו מעידים כי מתודולוגיית הניתוח הנרטיבי יכולה להשתלב במתווים מחקריים מגוונים. כך למשל, תירוש (שם) מנתחת לעומק פסק דין יחיד שאינו תקדימי או "חשוב" של הערכאה הדיונית. נגבי (שם) מאתרת נרטיבים בפסיקה בית המשפט העליון בשנים 1991–2001, שאותה סיווגה לשלושה שערים: בראשון, פסקי דין שבהם השופטים נחלקים בעניין הנרטיב (פסיקה עם מחלוקת משפטיות דוקטרינריות, כגון בנוגע לדיני ראיות, לא נכללה במדגם); בשני, פסקי דין המתייחסים לאונס רעיה; בשלישי, פסיקה שאותרה על פי חמש קטגוריות שהוגדרו מראש בהתבסס על ביקורת פמיניסטית על הטיפול המשפטי בעבירת האינוס. בוגוש ודון-יחיא (שם) בונות סולם קטגוריות המאפשר למקם מקרים ספציפיים על הרצף שבין "אונס אמיתי" לבין "לא אונס". הן בוחנות את תדירות הקטגוריות הללו בעשרה פסקי דין של בית המשפט העליון ואחד של בית המשפט המחוזי כדי לאתר מתאם בין הפסיקה למודל פרוטוטיפי של "אונס אמיתי".

3 ראו בוגוש ודון-יחיא, שם, בעמ' 200.

4 לפי תירוש (לעיל ה"ש 2, בעמ' 620–621) דווקא התיקים ה"לא חשובים", היינו התיקים הפליליים מן השורה שאינם קובעים הלכה תקדימית ואינם זוכים לתשומת לב ציבורית, מסייעים בחשיפת הפער בין הדין והדוקטרינה לבין האופן שבו מתפקד המשפט בפרקטיקה ופותרים צוהר להשקפות העולם המנחות את השופטים. במובן זה שונה המתודולוגיה של תירוש מזו של נגבי, הבוחנת רק פסקי דין של בית המשפט העליון (ראו נגבי סיפורי אונס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 22–23).

מטראומה נפשית קשה שבמקרים רבים אינה ניתנת לריפוי. בדומה לזה, סטראוטיפ אחר נוגע לתסריט "האונס האמיתי", אך מתאר אותו כמבוצע בידי אינדיווידואל חולה בבת משפחתו הקטינה. האפשרות לאינוסה של אישה בוגרת בידי מכר או בן זוג כבר זוכה להכרה פורמלית. עם זאת נראה שבפועל המקרים של אונס בידי מכר שמבשילים לידי כתב אישום והרשעה דומים לתסריט "האונס האמיתי", בכך שהם כוללים יסוד של שימוש באלימות.

א. ההיסטוריה של הוכחת האינוס במשפט המקובל

ההתייחסות לעבירת המין כאל עבירות שיש קושי מובנה להוכיחן ודרישה של אמצעי זהירות ראייתיים שימנעו הרשעות שווא על בסיס האשמות כוזבות היו מסורת רבת שנים במשפט המקובל. כל הרשעה שנשענה על עדות יחידה ללא כל ראיה תומכת יכלה לעורר ספק,⁵ אך הוכחת עבירות המין נתפסה כמאתגרת במיוחד משום שמדובר בעבירה שנעשית על פי רוב ללא נוכחות עדים. השופט המהולל מת'יו הייל הצביע בחיבור שיצא לאור ב-1736, שישים שנה לאחר פטירתו, על כישוף ואינוס כפשעים המציבים את הקושי הגדול ביותר לעניין הוכחתם.⁶ פעמים רבות, טען הייל, יש בעבירות הללו נאשמים אמיתיים, אך קשה מאוד למצוא ראיות משביעות רצון. לעומת זאת סבר הייל כי ייתכן מצב שבו נאשמים חפים מפשע יילכדו בסבך של חזקות מפלילות המצביעות לכיוונם.⁷ לשיטתו של הייל, קל מאוד להטיח האשמה באונס, אך קשה מאוד להוכיחה, ועוד יותר קשה להתגונן מפניה – חף מפשע ככל שיהא הנאשם.⁸ קביעה זו של הייל זכתה לקיתונות ביקורת כלא מדויקת⁹ וכמוטה נגד נשים המתלוננות על אונס.¹⁰ אם נעמיד דברים על דיוקם ההיסטורי, הרי שהייל לא טען לחזקה שלפיה האשמות מפי נשים בגין אונס הן האשמות שווא. למעשה, הייל דווקא מנה כללים שהרחיבו את האפשרות להטלת אחריות פלילית בעבירות מין.¹¹ עם זאת הייל מנה רשימת נסיבות שיכולות לחזק

5 GEOFFREY W. GILBERT, THE LAW OF EVIDENCE 150–151 (W. Owen ed., 3rd. ed. 1769)

6 MATTHEW F. HALE, HISTORIA PLACITORUM CORONAE – THE HISTORY OF THE PLEAS OF THE CROWN; Now First Published from his Lordship's Original Manuscript, and the Several References to the Records Examined by the Originals, With Large Notes. By Sollom Emlyn; To Which is Added a Table of the Principal Matters (F. Gyles, T. Woodward & C. Davis eds., 1736).

7 GILBERT GEIS & IVAN BUNN, A TRIAL OF WITCHES A SEVENTEENTH-CENTURY WITCHCRAFT PROSECUTION 121 (1997).

8 שם, בעמ' 631.

9 Gilbert Geis, *Lord Hale, Witches, and Rape*, 5 BRIT. J. L. & SOC'Y 26 (1978); CONSTANCE BACKHOUSE, CARNAL CRIMES: SEXUAL ASSAULT LAW IN CANADA, 1900–1975, 171, 381 n. 24 (2008) (להלן: BACKHOUSE, CARNAL CRIMES).

10 Elizabeth Kolsky, *'The Body Evidencing the Crime': Rape on Trial in Colonial India, 1860–1947*, 22 GEND. HIST. 111 (2010).

11 כך למשל, למרות האיסור הסטטוטורי "לדעת" ילדה שגילה פחות מעשר שנים, קבע הייל (Hale) כי גיל ההסכמה הוא שתיים-עשרה; אף שהגדרת האונס דרשה חדירה, קבע הייל כי הנוכחים, המסייעים

משפטים נ"ת ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

את מהימנות המתלוננת ולחלופין להטיל בה ספק. המהימנות חוזקה כאשר לעדה היה מוניטין טוב; כשדיווחה על העבירה מייד;¹² כשהראתה סימני חבלה המתיישרים עם תקיפה מינית; במקרים שבהם זירת האירוע רחוקה מאזור מיושב ומעוברי אורח; ואם העברייני נמלט. כל אלה נותנים תוקף לעדות המתלוננת כאשר מוכיחים אותם גם באמצעות עדים נוספים. לעומת זאת כאשר המתלוננת כבשה עדותה, כאשר העבירה בוצעה בסמוך למקום שבו היה אפשר לשמוע את המתלוננת אך היא לא צעקה, נוצרת חזקה מוצקה (strong presumption) כי עדותה כוזבת.

האזהרה של הייל בנוגע לסכנה של הרשעת שווא במשפטים פלייליים שעניינם עבירות מין והקריטריונים שהוא מונה העמיקו את אחיזתם במשפט האנגלי. בלאקסטון, מהמשפטים שעיצבו את פרשנות המשפט המקובל, חוזר על אותם קריטריונים במאה השמונה-עשרה.¹³ המהדורה ה-25 של ארצ'בולד משנת 1922, השנה שבה פורסמו כתב המנדט לפלשתינה ודבר המלך במועצתו, מונה כללים דומים לאלו שפירט הייל כמאתיים שנה קודם לכן: מוניטין טוב, תלונה מיידית והימלטות החשוד כמגבירים מהימנות. ומנגד: מוניטין רע, היעדר עדויות תומכות של אחרים, עדות כבושה ועבירה שלפי הטענה בוצעה במקום שבו הייתה המתלוננת יכולה להישמע אך היא לא צעקה, הן נסיבות המקימות חזקה מוצקה אך לא חלוטה כי מדובר בתלונת שווא.¹⁴

תפיסתו של הייל באשר לאלמנטים המחזקים מהימנות או מחלישים אותה מגולמת בכמה וכמה כללים ודוקטרינות ראייתיות, המשתלבים היטב הן עם התפיסות הסטראוטיפיות את הפתולוגיה הנשית והן עם התפיסות את תסריט "האנוס האמיתי". התפיסה של הנשים כבעלות מאפיינים פתולוגיים מתבטאת בראייתן כמניפולטיביות או כאמוצינליות, שלא לומר היסטוריות, או כנוטות להעליל (בעיקר אם האישה נחשפה כמי

והמקילים בביצוע העבירה יוענשו כמו העברייני העיקרי; לפי הייל, הסכמה שהושגה באיום של מוות אינה הסכמה. עוד קבע הייל כי חרף החזקה של הסכמת הרעה לבעילה ניתן להעמיד לדין גבר שאילץ את אשתו לזנות עם אחר; הייל סבר כי אישה יכולה להגיש האשמות בגין אונס נגד גבר שאילץ אותה להינשא לו מייד עם פקיעת הנישואים, וכי הממלכה או קרוביה של האישה יכולים להגיש אישום באונס אף אם האישה נתנה הסכמתה ליחסים בדיעבד. הייל הבהיר כי נשים שנפלו קורבן לאונס כשירות לעדות. נוסף על זה, להשקפתו, בתיקי אונס על בית המשפט לשמוע עדות של ילדים רכים בשנים אף שהם לכאורה צעירים מכדי להעיד בשבועה (ככלל, עדות של ילדים בני פחות מארבע-עשרה לא הייתה קבילה באותה תקופה) אם כי לצורך הרשעה עדותם טעונה ראיה מסוג סיוע. ראו Orna A. Darr, *Relocated* Doctrine: The Travel of the English Doctrine of Corroboration in Sex Offense Cases to Darr, *Relocated* Mandate Palestine, 26 YALE J. L. & HUMAN. 185, 193 (2014) (להלן: *Doctrine*).

12 הדרישה לתלונה מיידית בתיקי אונס מופיעה אצל כותבים נוספים מהתקופה המודרנית המוקדמת. ראו למשל MICHAEL DALTON, THE COUNTRY JUSTICE: CONTAINING THE PRACTICE OF THE JUSTICES OF THE PEACE, AS WELL IN, AS OUT OF THE SESSIONS 392 (John Walthoe ed., 1715).

13 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND. BOOK THE SECOND 213 (John Exshaw et al eds., 1769). כרכים אלה הם יצירתו הנודעת ביותר, ובה הוא מפרש את עקרונות המשפט המקובל. בהמשך הקריירה שלו התמנה לשופט.

14 ראו JOHN F. ARCHBOLD, ARCHBOLD'S PLEADING, EVIDENCE & PRACTICE IN CRIMINAL CASES 1022 (12th ed. 1922).

שקיימה יחסים לא לגיטימיים, וההאשמה באונס היא לכאורה הדרך שלה להיחלץ מן המצר). אן קופלין גורסת כי מבנה עבירת האינוס במשפט המקובל משקף טענות הגנה של נשים שהואשמו בניאוף.¹⁵ לטענתה זו הסיבה שבפועל מתייחסים למתלוננות בעבירות מין כאל נאשמות, עם חשד מובנה למהימנותן.¹⁶

הביטוי המרכזי לחוסר האמון לאישה באשר היא אישה מתגלם בדרישת הסיוע, שאינה מאפשרת לסמוך הרשעה על עדות האישה לבדה.¹⁷ טיעונו של הייל שהמהימנות מוגברת כאשר יש עדות נוספת בעניין הנסיבות, התגבש לכלל ראיית הדורש להזהיר את המושבעים בדבר הקושי הראייתי בהוכחת עבירות מין והצורך בראיה מסייעת שתתמוך בעדות המתלוננת. כלל זה התייחס לכלל עבירות המין ולא רק לאונס.¹⁸ תאורטית החוק אפשר להרשיע גם ללא ראיה מסייעת, בכפוף לאזהרת המושבעים על הסכנה שבדבר, אך בפרקטיקה הסיוע היה חיוני לצורך הרשעה.¹⁹ דרישת הסיוע התפשטה עם המשפט המקובל לרחבי עולם המשפט האנגלו-אמריקאי וקנתה לה אחיזה, בין היתר בחלק מהקולוניות האמריקאיות,²⁰ בקנדה, באוסטרליה, בהודו ובפלשתינה.²¹

הספרות המשפטית של התקופה המודרנית הוסיפה רציונלים פסיכולוגיים לכלל הסיוע. ג'ון הנרי ויגמור האמריקאי, תאורטיקן מוביל של דיני הראיות, ראה את שורש הבעיה בפסיכופתולוגיה של נשים צעירות והתריע בפני הסיכון שחבר המושבעים ילך שולל אחרי פנים נאות וסיפור המסבר את האוון.²² לדבריו, הפסיכיאטריה המודרנית חשפה סוגי נשים שמזגן הלא צנוע או דמיון החולני הוביל אותן לרקוח אישומי שווא בדבר עבירות מין.²³

15 הטענות האפשריות הן כפיית המעשה בכוח, בכורח, במרמה בנוגע למהות המעשה, או לכך שביצעו את האקט המיני עם בעליהן. ראו אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאווהו לכאן": עברת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם "משפט וממשל ז' 669, 729–733 (2005).

16 קמיר (שם, בעמ' 733), מטילה ספק אם טענותיה של קופלין משקפות אמת היסטורית.

17 דרישת הסיוע מתייחסת לכלל עבירות המין גם כאשר המתלונן הוא גבר. עם זאת, מכיוון שכמעט כל התוקפים המיניים הם גברים, גם הקורבנות הגברים נתפסו בזמנם, כמו נשים, כקטגוריה חשודה, כשהחשד בעניינם נגע להומוסקסואליות. התקדים החשוב בנוגע לאלמנטים המרכיבים את דרישת הסיוע נקבע בתיק שבו נחשדו גברים בקיום יחסים הומוסקסואליים. ראו R. v. Baskerville, [1916] 2 K.B. 658. הלכת Baskerville קבעה כי לראיית הסיוע צריך להיות מקור חיצוני ועצמאי, וכי ראיה זו צריכה להצביע על פרט המאשר שהפשע אכן בוצע וגם זיהוי של הנאשם כמי שביצע אותו. כן ראו BACKHOUSE, CARNAL CRIMES, לעיל ה"ש 9, בעמ' 300.

18 ראו GLANVILLE WILLIAMS, THE PROOF OF GUILT: A STUDY OF THE ENGLISH CRIMINAL TRIAL 117 (3d ed. 1995).

19 ראו ARCHBOLD, לעיל ה"ש 14.

20 SUSAN ESTRICH, REAL RAPE 43 (1987).

21 על התפשטות דרישת הסיוע לאוסטרליה וקנדה ראו Constance Backhouse, *The Doctrine of Corroboration in Sexual Assault Trials in Early Twentieth-Century Canada and Australia*, 26 QUEEN'S L.J. 297 (2001) (להלן: Backhouse, *The Doctrine*).

22 ראו JOHN H. WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW 736 (1923). לביקורת על ויגמור (Wigmore) ראו BACKHOUSE, CARNAL CRIMES, לעיל ה"ש 9, בעמ' 382.

23 שם, בעמ' 383. כן ראו ESTRICH, לעיל ה"ש 20, בעמ' 43; Camille E. LeGrand, *Rape and Rape*, 61 CAL. L. REV. 919, 933 (1973). *Laws: Sexism in Society and Law*.

משפטים נ"ת ש"ף הוכחת עבירת האינוס : האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

לסברתו, נדרשה חוות דעת מומחה למהימנות עדותה של המתלוננת. גלנוויל ויליאמס, מלומד מוביל של המשפט הפלילי באנגליה של המאה העשרים, הסכים שמוצדק לדרוש ראיה מסוג סיוע בגלל הממד המטריד והלא צפוי שהתחום המיני שזור בראיות.²⁴ חוסר האמון כלפי נשים התבטא בין היתר בדוקטרינת התלונה המיידית. הכלל הראייתי המייחס משקל נמוך יותר לגרסאות שנמסרו באיחור, אינו מתייחס רק לגרסאות של מתלוננים אלא לעדים ככלל.²⁵ עם זאת המונח "עדות כבושה" מרמז על החלטה מניפולטיבית למסור גרסה באיחור שניתן לבנותה בהתחשב במידע שאינו ידוע בשלב הראשוני. יחס מסתייג זה מופנה כלפי עדים שיש להם מה להסתיר וכוונה להטעות (כגון נאשמים). כשמדובר במתלוננות על עבירות מין, ההנחה הסמויה היא שתלונה מיידית היא התגובה המצופה וה"נורמלית".²⁶ תלונה מאוחרת אפוא לא נתפסה בעבר כתגובה ה"נורמלית". חוסר האמון והנטייה לייחס לאשה מניעים פתולוגיים גוברים כשסיפור האנוס סוטה מתבנית "הזור הקופץ מן השיחים". המוסכמות הראייתיות שהטמיעו מיתוס זה היו קשורות להוכחת חוסר צניעות מינית, שכביכול הפריך היעדר הסכמה. לשם כך היה מקובל לחקור מתלוננת על עברה המיני, שכן המוניטין המיניים של המתלוננת, כצנועה או כמופקרת, נחשבו רלוונטיים. כן נדרשו ראיות המוכיחות שימוש בכוח פיזי מצד התוקף והתנגדות מוחשית מצד המתלוננת, שכן מי שלא התנגדה עד כלות הכוחות נחשבה למי שהסכימה. התפיסה שרק מקרים של "הזור הקופץ מן השיחים" הם אונס אמיתי התבטאה גם בכלל שלפיו בעל לא היה כשיר משפטית לאנוס את אשתו. כלל זה גילם חזקה ראייתית להוכחת אלמנט ההסכמה, כאשר ההנחה הייתה שהאישה הסכימה הסכמה גורפת ומראש ליחסי מין עם הגבר שלו נישאה.²⁷

ב. הוכחת האינוס במשפט המנדטורי ובמשפט הישראלי המוקדם

לאחר כיבוש פלשתינה החילו בה הבריטים את המשפט המקובל, כולל דין פלילי מהותי, במתכונת שאומצה גם בקולוניות אחרות, וכן דיני ראיות.²⁸ יישום הכללים הראייתיים

24 ראו WILLIAMS, לעיל ה"ש 18, בעמ' 117: "because the sexual factor introduces a disturbing and unpredictable element into the evidence".

25 ליישומם על נאשמים, ראו דורון מנשה "משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם" הפרקליט נג 41, 45 (2014).

26 יובל מרין "מבט פמיניסטי על דיני הראיות: ה'אמת' הממוגדרת והשתקת הקול השונה" המשפט טז 97, 108 (2011).

27 זו גם הסיבה לכך שהאישה הנשואה, שככלל אינה כשירה להעיד נגד בעלה, הייתה כשירה לעדות כאשר הנישואין נכפו עליה, שכן חווה שהושג בכפייה אינו מחייב על פי דין (GILBERT, לעיל ה"ש 5, בעמ' 137).

28 למורשת החוק המנדטורי ראו יורם שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936" עיוני משפט ז 75 (1980). לפי ס' 152(1)א ו-ג לפקודת החוק הפלילי, 1936, התקיים אינוס כאשר אדם בעל אישה שלא כחוק נגד רצונה בהשתמשו בכפייה או באיומי מוות או גרם חבלה גופנית חמורה, או כשהיא נטולת הכרה, או כשאינה יכולה להתנגד, או כאשר מדובר בבעילת ילדה מתחת לגיל 16.

מדגים כי החשש מהפתולוגיה הנשית והסטראוטיפים על "אונס אמיתי" התקיימו גם בהקשר של פלשתינה המנדטורית.

בתחילת ימי המנדט אומץ כלל ראייתי גורף שדרש סיוע בכל מקרה של עדות יחידה במשפטים אזרחיים ופליליים כאחד.²⁹ הדרישה הגורפת לראיה מסייעת נבעה ככל הנראה מחשש עמוק של עדות שקר מצד המקומיים.³⁰ ברם על רקע צניחה בשיעור ההרשעות לאחר המרד הערבי תוקן החוק בשנת 1936, ובכך בוטלה דרישת הסיוע במשפטים הפליליים.³¹ לכאורה הייתה כאן הזדמנות פז לחופש שיפוטי גדול יותר לשופטים המקומיים, אך בפועל הנחה הארי הרברט טראסטד, השופט הראשי של בית המשפט העליון, את השופטים לדרוש ראיית סיוע לעדות של שותף לעבירה, ילד צעיר ומתלוננת בעבירות מין.³² טראסטד הניח שדרישת הסיוע מתחייבת מעקרונות המשפט האנגלי, מבלי לשאול אם נכון לייבא כלל שנועד להזהיר מושבעים לשיטה המבוססת על שופטים מקצועיים. החשדנות הגורפת מופנית לנשים באשר הן נשים, כמשתמע מכך שהנחייתו של טראסטד לדרוש סיוע בעבירות מין התייחסה לעדות של מתלוננת בלשון נקבה (prosecutrix).

בתי המשפט המנדטוריים יישמו את דרישת הסיוע יישום נוקשה. הייתה הקפדה כי הסיוע יהיה ממקור עצמאי כך שזיהוי המתלוננת את החשוד במסדר זיהוי, או מה שסיפרה לאחרים, לא היה יכול לשמש ראיה.³³ ובניסוחו של השופט שואו: "She cannot corroborate herself"³⁴.

יושמה בקפדנות גם הדרישה של הלכת Baskerville האנגלית, שלפיה על הסיוע לאשש לא רק את העבירה אלא גם את זהות התוקף. התוצאה הייתה כי גם במקרים שבהם היו ראיות פורנזיות מובהקות לתקיפה מינית, כגון חבלות פיזיות קשות מאינסוס, עדיין לא היה אפשר לקבל את עדות הקורבן בנוגע לזהות התוקף.³⁵ פסיקת בית המשפט העליון המנדטורי המשיכה להדהד את ניסוחיו של מת'יו הייל על הקלות להאשים באונס ועל הקושי להתגונן מפניו.³⁶

Evidence Ordinance No. 11 of 1922, No. 13 of 1924, No. 28 of 1924, No. 17 of 1928, and No. 19 of 1928, Article 6

ראו 75 ISR. L. REV. 3, Leslie Sebba, *The Requirement of Corroboration in Sex Offences*, (1968). ייתכן גם כי הדרישה נבעה מחוסר הבנה של כלל שני העדים הכלול במגילה.

ראו 68 of 1936 Evidence Ordinance No. 5 §2. כן ראו ELIAHU HARNON, *LAW OF EVIDENCE* (1977). לסקירה של המרד הערבי, ראו Matthew Hughes, *The Banality of Brutality: British Armed Forces and the Repression of the Arab Revolt in Palestine 1936–39*, 124 ENG. HIST. REV. 313 (2009).

ראו ORNA A. DARR, *PLAUSIBLE CRIME STORIES: THE LEGAL HISTORY OF SEXUAL OFFENCES* (2019) (להלן: DARR, *PLAUSIBLE CRIME STORIES*).

שם, בעמ' 112.

CA 118/42 Abu Zeid v. A.G., ASC. 472 [1942].

ראו DARR, *PLAUSIBLE CRIME STORIES*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 109, 120.

36 לדוגמאות לנוסחים אלה, ראו עניין Abu Zeid, לעיל ה"ש 34: "Rape is one of those offences a charge of which it is very easy to make and which, although entirely innocent, an accused may

משפטים נ"תש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

גם התפיסה ש"אנוס אמיתי" הוא אירוע המתאפשר רק כשמדובר באישה צנועה מינית בידי זר מתמידה בתקופה המנדטורית. ההיסטוריה המינית של הקורבן הייתה חלק מהדין הראייתי בתיקי עבירות מין. אומנם גם כשהמתלוננת הייתה רחוקה מלהפגין צניעות מינית היה ניתן להעמיד את התוקף לדין, ברם ההתייחסות להיעדר הצניעות מבצבצת מבין השיטין. למשל, במקרה מ-1945 האשימה זונה יהודייה נהג מונית ערבי וחברו באינוס, ובנימוקי הכרעת הדין המזכה נכתב שאם נערה יהודייה הנכנסת לבדה למונית עם שני גברים ערבים לפנות בוקר, אפילו מתוך צורך, הדבר מלמד על נכונותה להרפתקה לילית.³⁷ זנות היא מקרה קיצון של חוסר צניעות, אך הניתוח בפסק הדין מרחיב את הגדרת הצניעות שהיעדרה פוגם במהימנות מתלוננות אל עבר לזה. הנערה הצנועה אינה עולה למונית עם גברים בשעות הקטנות של הלילה ואינה מתרועעת עם גברים מקבוצה לאומית אחרת. מבין השורות עולה הנחה מעין *actio libera in causa* (פעולה חופשית במקור).

הדוגמה ממחישה את יחסי הכלים השלובים בין הדרישה לראיית סיוע כמבוססת על פתולוגיה נשית לבין התפיסה הסטראוטיפית של "אנוס אמיתי", שמתאפשר רק כשמדובר בקורבן צנוע מינית. באותו מקרה, עובדת היותה של המתלוננת זונה לא חסמה ניהול הליכים פליליים. עם זאת חוסר האמון הנובע מעיסוקה ניכר לאורך כל פסק הדין. דרישת הסיוע, דרישה סטנדרטית לכאורה בתיקי עבירות מין, נומקה בהיות המתלוננת זונה ו"פסיכופתית" (מבלי שהוצגו ראיות לליקוי נפשי). בעניינה של מתלוננת הרחוקה מצניעות מינית מקבלת דרישת הסיוע משנה תוקף.

החשדנות בדבר העבר המיני של קורבנות עבירות מין התבטאה גם בבדיקות הפורנזיות.³⁸ נוסף על ההתייחסות לחבלות, ציינו הרופאים המשפטיים בתקופת המנדט כעניין של שגרה סימנים פיזיים המעידים על קיום או היעדר עבר מיני, גם כאשר הבדיקה בוצעה בילדים צעירים מאוד. למשל, אשר לבנות צוין אם איבדו את בתוליהן באירוע, ואשר לבנים צוין אם מדובר ב"סדומאי" (*habitual sodomist*) או "סובייקט פסיבי". גם אם הדבר לא נאמר מפורשות, העבר המיני היה עלול להכתיב את המהימנות.

הכללים הראייתיים שקבעו הבריטים להוכחת עבירות מין נותרו על כנם גם עם קום מדינת ישראל. החשש מהפסיכופתולוגיה הנשית הובע מפורשות בהנחיות שקיבלו חוקרי המשטרה בשנות החמישים. החוקרים התבקשו לגלות רגישות והבנה כלפי המתלוננת "ולא לצחוק או להתלוצץ על חשבון אסונה", אך בד בבד הוזהרו השוטרים משכיחות האשמות השווא, באזהרה המייחסת לנשים מניעים שונים להעללת אנוס:

במקרים רבים מתברר שלתלונה אין שחר. תלונות על אנוס יכולות לבוא מסיבות נקמה, במטרה לחסות על אי-צניעות, ע"מ לזכות בפיצויים או להכריח גבר שישא את המתלוננת לאישה או אפילו כתוצאה מדמיון חולני. התשוקה המינית ואי היכולת מתוך בושה או פחד לספק את הדרישות

find it very difficult to refute"; CA 54/38 Shafiq George Halaby v. A.G. [1938]: "[...] charges could be made which it might be very difficult for an innocent person to refute"

37 פסק דינו של השופט דיקנסון ב-Attorney General v. Naddi, 30 NLR 2048 (D.C. Haifa, 1945)

38 Darr, Relocated Doctrine, לעיל ה"ש 11, בעמ' 37, 199.

המיניות יכולות להביא אצל נערות לדפרסיה רוחנית וחזיונות של חיי מין ובמקרים מסויימים אף להגשת תלונה מצד הורים שאליה הביאו סיפורי הבדים של בתם על מעשה מגונה או אונס. [...] בחורות שנכנסות להריון או חושדות שנכנסו להריון עלולות להאשים את הגבר שאתו באו במגע מיני ברצונן הטוב שאנס אותן. הפחד שהבעל יגלה מעשי בגידה של אשתו גורם לפעמים לתלונות [...] הפחד מפני גלוי יחסי מין של נערה על ידי הוריה הוא גם כן לפעמים גורם לתלונות ממין זה.³⁹

כפי שיראה הפרק הבא, תפיסות אלו הוגדרו על ידי הפמיניזם כ"מיתוסי אונס", כמו גם הטענה שאינוס בכוח אינו אפשרי, שהופיעה גם היא במורשת ההדרכה של השוטרים בנושא חקירת האונס:

הבעיה היא באם יכול איש אחד להתנפל על אישה ובלי עזרת אחרים להתגבר עליה ולאנסה. על שאלה זו דברו עד כה הרבה ויש טוענים שדבר זה הוא בלתי אפשרי, אלא במקרה שהאונס בוצע במקום מרוחק ממקום ישוב והגבר חזק מהאשה ואז יכול הוא לאנסה ככלות כוחותיה ולאחר שאיש לא בא לעזרתה, או כשהגבר מביא את האשה לידי חוסר הכרה. הטוענים כך מנמקים את דעתם בעובדה שעל האנס לעשות כמה פעולות ע"מ לבצע את זממו; להשכיב את הקרבן, להחזיקה כשהיא שכובה על גבה, להחזיק את ידיה ולסתום את פיה, לפשק את רגליה, ואם נביא בחשבון שגם אז הקרבן עורר חפשי להזיז את גופו, נבין שהאונס בכוח אינו אלא בדוטה. הגורסים אחרית טוענים: שבאי אלה מקרים ואצל נשים מטיפוס מסויים דבר בצוע האונס הוא קל באופן יחסי. הפחד מפני העברייני עלול לפעמים לגרום לתדהמה ושתוק זמני של הקרבן, אשר לא יכול להתנגד. כ"כ תלויה דרגת ההתנגדות הפיזית באופיה ומעמדה של הקרבן, אשה פשוטה ומנוסה בחיי מין תתנגד בודאי ביתר עוז מאשר אשה עדינה, משכילה ובתולה. יש לקחת בחשבון את הכושר הגופני של הקרבן ביחס לכושרו של האנס. טבעי הוא שהאשה תתנגד בכל כוחותיה ותקרא לעזרה.⁴⁰

מניתוח הדברים עולה כי עצם ההיתכנות של אונס אלים הוטל בספק. בהנחיות לעיל ניתן למצוא את עקבות הקריטריונים למהימנות כפי שמנה הייל, ציפייה שהאשה תתנגד ותזעיק עזרה, ואמון גבוה יותר במקרה שאירע הרחק ממקום יישוב. ההנחיות מראות גם כי בפועל לא יושמו הקריטריונים יישום אוניברסלי אלא לפי המאפיינים החברתיים והמעמדיים של הקורבן.

בדוגמה שלהלן אישה "פשוטה ומנוסה" נמדדת בקריטריונים שונים מזו שהיא "עדינה, משכילה ובתולה". מהראשונה, בעלת הניסיון המיני, מצופה להתנגד ביתר עוז, היינו שאם

39 ראו "חקירה: בהתאם להרצאותיו של רב פקד יצחק בודינגר בקורס למפקחים" 195-196 (בסיס האימונים הארצי, יוני 1958). באדיבות בית המורשת של משטרת ישראל.

40 שם, בעמ' 196.

משפטים נ"ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

לא תימצאנה ראיות להתנגדותה הנמרצת, יוטל ספק בגרסתה. בשונה מזה, סיפורן של ה"עדינות" וה"משכילות" חסרות הניסיון המיני יזכה ליתר אמון כסיפור של "אנוס אמיתי", אף אם לא התנגדו פיזית.

הפסיקה הישראלית המוקדמת המשיכה להסתמך על הנוסחה של הייל שלפיה קל להאשים באנוס, וקשה להתגונן מפני אישום באנוס. כך למשל קובע השופט ש"ז חשין כי "דרישת הסיוע בעבירות מיניות היא מבטחו של האזרח מפני עלילות שוא",⁴¹ והשופט זילברג ראה בסיוע אמצעי להתגוננות מפני "סחיטה ונקמנות".⁴²

אף שבתי המשפט בישראל מתחו ביקורת חריפה על דרישת הסיוע, הם סברו כי זה עניין למחוקק לענות בו. השופט כהן למשל סבר כי מדובר בהסדר המתאים אולי לשיטת מושבעים, שבה הדיוטות חורצים את הדין, אך לא לשיטה שבה מכהנים שופטים מקצועיים שקביעת מהימנות היא לחם חוקם. נוסף על זה, אפילו באנגליה הדרישה אינה מוחלטת, אלא הכלל מסתפק באזהרה למושבעים. אף על פי כן סבור השופט כהן "שתורה מוטעית זו של הקורבן והזרע הייתה שורשים כה עמוקים בפסיקה הישראלית שיש צורך בדבר המחוקק כדי לבטלה".⁴³ על מנת לא לאפשר לעברייני מין לחמוק מכל עונש מציע השופט כהן, בדעת מיעוט מכוננת בפרשת בן-חמו, את ההצעה הזאת: להשאיר את דרישת הסיוע על כנה, אך ליטול ממנה את "העוקץ של עיוות-דין וסיכול הצדק והקלת הפשע", ובכך לאפשר את הרשעת העברייני בעבירות אחרות המגולמות בעבירות המין (תקיפה למשל) ושאין דורשות סיוע.⁴⁴ דעת הרוב באותו מקרה (השופטים לנדוי, הלוי וזילברג) גרסה שלא ניתן לעקוף את דרישת הסיוע בהרשעה ב"תקיפה" או בעבירה אחרת שהייתה כלולה בביצוע עבירת המין. כל שעשה בית המשפט הישראלי הוא "לרכך" את דרישת הסיוע, וכך גם מצב נפשי ירוד של המתלוננת,⁴⁵ התנהגותה ומראיה לאחר מעשה⁴⁶ ואף שקרי נאשם⁴⁷ נחשבו לסיוע.

41 ראו ע"פ 62/59 ג'מאל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 692, 696 (1959). לווריאציה על אמרתו של השופט הייל בפסיקה הישראלית של תחילת שנות האלפיים, ראו ע"פ 2864/01 מסילתי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 315, פס' 4 לפסק דינו של השופט לוי (2001); ע"פ 9930/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 21.7.2008).

42 ראו ע"פ 207/62 סעדיה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1860, פס' 4 לפסק דינו של השופט זילברג (1962).

43 ראו ע"פ 76/63 בן-חמו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 2857, 2866 (1963).

44 שם.

45 ראו ע"פ 950/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 561, 565 (1982); ע"פ 814/81 אל שבאב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 826, 829–841 (1982); ע"פ 556/74 פדידה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 387, 390 (1975).

46 ראו עניין פדידה, שם; ע"פ 147/79 קובו נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 721 (1979).

47 ראו עניין פדידה, לעיל ה"ש 45.

ג. הביקורת הפמיניסטית על הוכחת עבירות המין

הן הדין הפלילי המהותי בתחום האונס והן המנגנונים הראייתיים להוכחת העבירה זכו לביקורת נוקבת מצד התנועה הפמיניסטית. אצבע מאשימה הופנתה אל דיני הראיות כאתר המשמר ומקדם מיתוסים על תקיפה מינית, כמו גם שיח ופרדיגמות של מגדר, כוח וגזע.⁴⁸ תרומה נכבדת של הכתיבה הפמיניסטית הייתה התובנה כי המשפט מושתת על מיתוסים ועל אמונות הקשורים לתפיסות של מגדר ומיניות. אמונות תרבותיות אלו מעצבות את התפיסה של מה ייחשב אונס, מי ייחשב אנס או קורבן, ואת הדרך להוכיח את העבירה. עם מיתוסים אלו ניתן למנות תפיסות כמו "בחורות טובות לא נאנסות"; "נשים אינן מתכוונות ל'לא'"; "כל אישה בריאה יכולה להתגבר על אנס אם היא באמת רוצה בכך"; "נשים אוהבות שמכניעים אותן בכוח"; "נשים בוכות 'אונס' כשמישהו זורק אותן או כשיש להן משהו להסתיר"; "אנסים הם פסיכופטים או גברים שאינם שולטים ביצר המיני"; "שכיח שנשים יעלילו אונס".⁴⁹ בדומה לסטראוטיפים, המיתוסים אינם בהכרח הולמים כל מקרה בודד, וחלקם גם אינם ניתנים להפרכה (למשל "לנשים רבות יש תשוקה לא־מודעת להיאנס").⁵⁰ חשיבותם היא בתפקודם התרבותי והחברתי.⁵¹

הניתוח הפמיניסטי הניח כי מיתוסים אלו מעצבים הגדרה צרה יותר של המקרים שייחשבו אונס, ובכך תומכים בתרבות של אונס, המתכחשת למציאות שבה יש מקרים רבים של אונס. מיתוסים אלה מכחישים כי מקרי תקיפה רבים – כולל המצב השכיח של אונס בידי מכר – הם "אונס אמיתי". לפיכך הם מקשים על ניהול הליכים פליליים, הופכים את החלמת הקורבן לקשה יותר ומגוננים על תוקפים. המיתוסים מטילים אשמה על הקורבן וממזערים את אשמת התוקף. הסטראוטיפ של "אונס אמיתי" ניצב בבסיס סטנדרטים ראייתיים שונים, בעיקר בנוגע להוכחת הרכיב של היעדר הסכמה. המתלוננת נדרשה להוכיח שנאבקה עד כלות כוחותיה, צניעותה המינית עברה תחת שבט חקירה דקדקנית, ונבדקה "תרומתה" להתרחשות האירוע.⁵² למקרים שלא התאימו לסטראוטיפ הארכיטיפי של "הזור הקופץ מן השיחים" היה פחות סיכוי להסתיים בהרשעה.⁵³ בין היתר מחתה

48 MARY CHILDS & LOUISE ELLISON, FEMINIST PERSPECTIVES ON EVIDENCE 7 (2000); ראו Kathy Mack, *An Australian Perspective on Feminism, Race, and Evidence*, 28 Sw. U. L. Rev. 367, 369 (1999).

49 Martha R. Burt & Rochelle S. Albin, *Rape Myths, Rape Definitions, and Probability of Conviction*, 11 J. APPL. SOC. PSYCHOL. 212 (1981); Kimberly A. Lonsway & Louise F. Fitzgerald, *Rape Myths: in Review*, 18 PSYCHOL. WOMEN Q. 133 (1994); נגבי סיפורי אונס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13. לסקירת התפתחות הכתיבה הפמיניסטית על מיתוסי אונס ראו OLIVIA SMITH, RAPE TRIALS IN ENGLAND AND WALES: OBSERVING JUSTICE AND RETHINKING RAPE MYTHS 54–59 (2018).

50 Lonsway & Fitzgerald, לעיל ה"ש 49, בעמ' 135.

51 SMITH, לעיל ה"ש 49, בעמ' 54–55.

52 נגבי סיפורי אונס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 14–15.

53 ראו שם, בעמ' 15; תירוש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 596–597.

משפטים נ"ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האונס?

הכתיבה הפמיניסטית על ש"חוסר צניעות" נשי משמש להוכחת הסכמה, ואילו מעשים דומים קודמים של הנאשם אינם משמשים ראיה נגדו.⁵⁴ נוסף על כך, כתיבה רבה ניתחה את דרישת הסיוע כמונעת סיכוי סביר להרשעה במקרים רבים, ללא הצדקה,⁵⁵ וכמושתתת על חוסר אמון גורף בנשים ועל דעות קדומות על הפסיכופתולוגיה הנשית.⁵⁶ גם בישראל נמתחה ביקורת על דרישת הסיוע כמבטאת חוסר אמון הנובע ממעמדן החברתי-תרבותי-דתי של הנשים, מראיית האישה כשותפה לעבירה והפחד מעלילות שווא בשל אמוצינוליות יתרה, הפרעות מיניות, דמיונות ונטייה לשקר של נשים.⁵⁷ הכתיבה והפעילות הפמיניסטית הניבו רפורמות ברחבי עולם המשפט המקובל הן בנוגע לטיפול המנהלי/משטרי בתלונות, הן בנוגע לדין המהותי והן בנוגע לדיני הראיות.⁵⁸ בתחום הראייתי כללו הרפורמות, בין היתר, את ביטול דרישת הסיוע וצמצום האפשרות לחקור על עבר מיני. הציפייה הייתה שהרפורמות יאפשרו לכלול מקרי אונס רבים יותר בהגדרה המשפטית של העבירה, שיהיה קל יותר להוכיח את העבירה, ושתוצאות ההליכים הפליליים יהיו בהתאם.⁵⁹ לדאבון הלב, כפי שיודגם בהמשך המאמר, כגודל הציפייה כך גודל האכזבה. כותבים רבים מתייחסים לרפורמות ככישלון.⁶⁰ נכזבה הציפייה כי נשים תהיינה מוגנות יותר מפני אונס. הכתיבה המנסה להעריך את הרפורמות וכשליהן⁶¹ מתארת אחיזה מתמדת במיתוסי אונס המשפיעים על קביעת אחריות פלילית, ענישה⁶² והוכחה.⁶³ תפיסות תרבותיות הרואות

54 LeGrand, לעיל ה"ש 23, בעמ' 935.

55 שם, בעמ' 936.

56 ראו Backhouse, *The Doctrine*, לעיל ה"ש 21; ESTRICH, לעיל ה"ש 20, בעמ' 43; Pamela R. Ferguson, *Corroboration and Sexual Assaults in Scots Law*, in FEMINIST PERSPECTIVES ON EVIDENCE 149 (Mary Childs & Louise Ellison eds., 2000).

57 חנה אבנור "סיוע בעבירות מין – על שום מה?" הפרקליט כו 79, 81–83 (1970); ניצה שפירא-ליבאי "הדרישה ל'דבר מה' בעבירות מין – חריג בלתי מוצדק" הפרקליט 422, 426–427 (1981).

58 על הרפורמות במדינות שונות שבהן קיימת שיטת המשפט המקובל ראו JENNIFER TEMKIN, RAPE AND THE LEGAL PROCESS 149–186 (2002); Yvette Russell, *Woman's Voice/Law's Logos: The Rape Trial and the Limits of Liberal Reform*, 42 AUST. FEM. L.J. 273, 276–277 (2016). כללית של הרפורמות בישראל ראו אמנון סטרשנוב "עבירות מין – חידושי החקיקה והפסיקה" המשפט ב 265 (1994); לסלי סבה "עברת האונס – מגמות משפטיות וקרימינולוגיות" פלילים ג 46, 65–73, 81–78 (1992).

59 Burt & Albin, לעיל ה"ש 49, בעמ' 213.

60 ראו STEPHEN J. SCHULHOFER, UNWANTED SEX: THE CULTURE OF INTIMIDATION AND THE FAILURE OF LAW 17–46 (1998).

61 עירית נגבי ותמר ברנבלום "מבט פמיניסטי ביקורתי על הישגי הרפורמות החקיקתיות בדיני האונס" המשפט טז 209 (2011).

62 ראו עירית נגבי "על הרגולציה המשפטית של מגדר ומיניות בע"פ 4019/09 חליוה נ' מדינת ישראל" המשפט ברשת: זכויות אדם 47, 5 (2015) <http://bit.ly/2DJ80Q7> (נגבי מנתחת שם פסק דין משנת 2013 ומדגימה כיצד ייחוס חומרה פחותה לאונס בידי מכר והמיתוס שנשים אוהבות שיכניעו אותן בכוח השפיעו על הכרעת דין וענישה קלה). כן ראו נגבי וברנבלום (לעיל ה"ש 61, בעמ' 218, 226–229, 236), שם המחברות בחנו 790 פסקי דין של בית המשפט העליון משנות התשעים של המאה העשרים עד 2010

במיניות אגרסיבית של גברים חלק מהנורמה עומדות בקיומן למרות ביטול או ריכוך הדרישה לקיום שימוש בכוח, ותפיסות סטראוטיפיות מסורתיות באשר להסכמה עדיין משגשגות.⁶⁴ מאמר זה ינסה להעריך את ההסדרים הראייתיים שאומצו ברפורמות בחוקי האינסוף בחלופ שנים נוספות מאימוצן. בשלב הראשון יתוארו הרפורמות הראייתיות כפי שאומצו בחקיקה ובפסיקה.

ד. שינוי החקיקה בישראל

הביקורת הפמיניסטית על האונס והתרבות האופפת את התופעה הגיעה לישראל והתבטאה בפעילות במישור הציבורי והפרלמנטרי.⁶⁵ ספרה של סוזן בראונמילר "נשים גברים ואונס" יצא לאור בתרגום עברי בשנת 1980, חמש שנים לאחר צאתו לאור בארצות הברית, והיה מן הכתבים החשובים שחיברו את הפמיניזם הישראלי לפמיניזם האמריקאי.⁶⁶ בין היתר הוקמו מרכזי סיוע לקורבנות אונס ולנשים מוכות, והתקיימה פעילות פרלמנטרית ערה.

עיקר השינויים התחוללו בעקבות הקמת ועדה פרלמנטרית בראשות ח"כ שולמית אלוני, שדנה בנושא האונס. חלק א של המסקנות מ-1978 עסק בטיפול בנאנסת במשטרה, בבית המשפט ובמסגרות אחרות, וחלק ב התייחס לסוגיות משפטיות כולל הגדרת עבירת האינסוף, ההליך המשפטי והעונש.⁶⁷ שתי נקודות ראייתיות מרכזיות במסקנות ועדת אלוני מתייחסות לביטול דרישת הסיוע ואיסור חקירה על עבר מיני, צעדים שמקדמי הרפורמות במקומות אחרים בעולם נימקו, בהתאמה, במיגור דעות קדומות כלפי הפסיכופתולוגיה הנשית ותסריט "אונס אמיתי".⁶⁸ הצעת חוק (תיקון מס' 14 לחוק העונשין)⁶⁹ המבוססת על חלק

ומצאו עלייה בעונש המאסר הממוצע שנגזר על אנשים, אך העונשים הנגזרים בגין אונס רעיה חמורים פחות, אם כי הפער הולך ומצטמצם. הן הצביעו על מגמה של עלייה בפיצויים עונשיים לקורבנות האונס. ראו מרין, לעיל ה"ש 26, בעמ' 97. ראוי לציין גם את הכתיבה העוסקת בהערכת ההשפעה של החוק למניעת הטרדה מינית, אך הדיון בה חורג ממתווה מאמר זה. ראו רותי לבנשטיין לור "כשאת אומרת כן – למה את מתכוונת?" **המשפט ברשת: זכויות אדם** ב 141 (2014) <http://bit.ly/35UZD06>; נוייה רימלט "על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית בראי התאוריה הפמיניסטית והמצאות המשפטית" **משפטים** לה 601 (2005).

64 SCHULHOFER, לעיל ה"ש 60, בעמ' 46.

65 על הפמיניזם בארץ בשנות השבעים והשמונים ראו חנה ספרן לא רוצות להיות נחמדות: המאבק על זכות הבחירה לנשים וראשיתו של הפמיניזם החדש בישראל פרק 4 (2006). על היחסים האמביוולנטיים עם תנועת רצ ראו שם, בעמ' 88, 95.

66 שם, בעמ' 143.

67 מדובר בוועדה משותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת הפנים ואיכות הסביבה. המסקנות הוגשו בשני חלקים: ל"מסקנות ביניים של הוועדה המשותפת לעניין שינוי הטיפול במקרי אונס (חלק א)" ראו ד"כ התשל"ח 1769–1766 (להלן: מסקנות א'); ל"מסקנות בוועדה משותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת הפנים ואיכות הסביבה לעניין שינוי הטיפול במקרי אונס (חלק ב)" ראו ד"כ התשל"ח 3050–3048 (להלן: מסקנות ב'). נוסף על ההמלצה על שינוי הגדרת עבירות האונס והמעשה המגונה, מסקנות ב' כללו המלצות לקיום הדיונים בעבירות מין בדלתיים סגורות, אפשרות לגביית עדות מוקדמת, החלפת דרישת הסיוע ב"דבר מה" ואיסור חקירה על עבר מיני (שם).

68 ראו Russell, לעיל ה"ש 58, בעמ' 276–277; Morrison Torrey, *When Will We be Believed – Rape*; 24 U.C. DAVIS L. REV. 1013 (1990); *Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions*, 24 U.C. DAVIS L. REV. 1013 (1990);

משפטים נ"ת ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

ניכר מהמלצות הוועדה לא אומצה, אך במרוצת השנים אומצו חלק משינויי החקיקה המומלצים.

דרישת הסיוע לעדות מתלוננים בעבירות מין בוטלה בשנת 1982, לבד מבעדויות שגבה חוקר ילדים.⁷⁰ הצעת החוק המקורית הציעה להמיר את דרישת הסיוע בתוספת ראייתית של "דבר לחיזוק", שבאותה עת הייתה מקבילה לדרישת "דבר מה" כפי שגובשה בפסיקה.⁷¹ על ההצעה לדרוש "דבר מה" במקום לבטל לחלוטין את הצורך בתוספת ראייתית נמתחה ביקורת חריפה,⁷² והנוסח הסופי הסתפק בדרישה שבית המשפט ינמק את הסתמכותו על העדות.⁷³

בעקבות המלצות ועדת אלוני הציע תיקון מס' 14 להגביל את האפשרות לחקור את הנפגע על עברו המיני כדי לא להביך את הנפגע, וכדי שלא להניא נפגעים מלהגיש תלונות.⁷⁴ אף שתיקון מס' 14 לא אומץ, נתקבלה ההגבלה על חקירת הנפגע לבסוף בשנת 1988 (תיקון מס' 22), לבד מחריג, כאשר בית המשפט ראה "מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין".⁷⁵ התיקון מתייחס לחקירה ישירה של הקורבן על עברו המיני ולא לאמצעים אחרים לסרטוט דמות המתלוננת כ"מופקרת". על מנת לבחון את שאלת קיומה של הסכמה, או לחלופין מודעות הנאשם להיעדרה, המשיכו בתי המשפט להעביר תחת שבט ביקורתם התנהגויות של המתלוננת כגון אם עלתה לטרמפ עם הנאשם, אם מדובר בבחורה צעירה שיצאה למועדונים, אם שתתה אלכוהול, אם התגפפה עם הנאשם קודם לאירוע, אם עלתה לדירתו, למה לא נמלטה וכיוצא באלה "סימנים".⁷⁶ משנת 2001,

Christopher Bopst, *Rape Shield Laws and Prior False Accusations of Rape: The Need for Meaningful Legislative Reform*, 24 J. LEGIS. 125, 126–132 (1998). הנמקה מפורשת כזו לא נמצאה במסקנות שהגישה ועדת אלוני לכנסת.

69 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 14), התש"ם–1980, ה"ח 388.
70 ס' 9 ו-11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו–1955.
71 הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 6), התש"ם–1980, ה"ח 396.
72 ראו שפירא-ליבאי, לעיל ה"ש 57 (מאמר זה פורסם בעת שהמחברת כיהנה כיו"ר הצוות הבין-משרדי למעמד האישה בלשכת סגן ראש הממשלה).
73 חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 7), התשמ"ב–1982, ס"ח 197; לשון ס' 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971 קובעת כך: "הרשיע בית משפט במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז–1977, על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו".

74 דברי הסבר לס' 345 להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 14).
75 חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח–1988, ס"ח 62; ס' 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח–1957 (להלן: החוק לתיקון סדרי הדין). על הסדרי ה-rape shield במדינות המשפט המקובל ובארה"ב ראו ליאת לבנון "הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה" עלי משפט 323, 327–331 (2014). המאמר כולל דיון נורמטיבי על מתן שיקול דעת שיפוטי להתרת חקירה על עבר מיני. שינוי חשוב בהגדרה המהותית של עבירת האינוס במסגרת תיקון 22 היה ביטול הפטור מאחריות פלילית לבעל האנוס את אשתו. כן ראו Aviva Orenstein, *The Seductive Power of Patriarchal Stories*, 58 HOWARD L.J. 411 (2015).

76 דוגמאות לרטוריקה מסוג זה מלפני התיקון ראו ע"פ 579/76 פרג'ון נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 219 (1977). לאחר התיקון ראו בע"פ 235/90 חדר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.1990); תפ"ח

עם חקיקת החוק לזכויות נפגעי עבירה, נאסר על גופי חקירה לחקור מתלוננים בעבירות מין על עברם המיני, "למעט חקירה הנדרשת בנסיבות הענין בדבר קשר מיני קודם עם החשוד, אלא אם כן קבע הקצין הממונה מטעמים שיירשמו, כי חקירה זו חיונית כדי להגיע לחקר האמת".⁷⁷

תיקון בהגדרה המהותית של עבירת האונס נתקבל בשנת 2006 עם חקיקת תיקון מס' 61 לחוק העונשין.⁷⁸ המילים "עקב שימוש בכוח" נמחקו מס' 345(א)(1), והשימוש בכוח חדל להיות חלק מהגדרת עבירת האונס. כך הפכה ההסכמה ליחסי המין להיות לב העבירה. במשפט המקובל התקיימה מסורת רבת שנים של דרישת ראיות להתנגדות פיזית נמרצת מצד האישה על מנת להוכיח היעדרה של הסכמה. תיקון מס' 61 מבטל דוקטרינה זו. בביטול אלמנט הכוח יש להקל את ההוכחה והכנסת מקרים רבים יותר החורגים מתסריט "האונס האמיתי" בגדר העבירה. עם זאת בעקבות התיקון הועלו חששות כי התמקדות באלמנט ההסכמה תכוון את הזרקור לכיוון התנהגות המתלוננת במקום להתנהגות הנאשם ותציף מחדש סטראוטיפים ודעות קדומות.⁷⁹

תיקונים חקיקתיים נוספים נועדו להקל הוכחת עבירות מין נגד קטינים ובתוך המשפחה. בשנת 1991 בוטל הסייג לעדות של בן זוג או לעדות הורה וילד לפי ס' 3 ו-4 לפקודת הראיות כשמדובר בעבירות מין וזנות בתוך המשפחה.⁸⁰ בעניינם של קטינים אומצו הסדרים מגוונים בנוגע לחקירתם ולהעדתם כדי לגונן עליהם ולמנוע נזק נפשי.⁸¹ תקופת ההתיישנות בעניינם של מי שבוצעה בו עבירה מין בהיותו קטין הוארכה, וכך הקורבן יכול להגיש תלונה עד הגיעו לגיל 28 או עד גיל 38 אם העבירה בוצעה בידי בן משפחה או ביד אחראי

(מחוזי ת"א) 355/89 מדינת ישראל נ' מסנר, פ"מ התש"ן(2) 451 (1989). כן ראו אלון הראל וליילך וגנר "על 'האשם התורם' של קורבן האונס" פלילים ו 235, 240–242 (התשנ"ח) וההפניות הנזכרות שם.

77 ס' 13(א) לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001.

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

79 ראו קמיר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 755. מאמר זה עוסק בהוכחה ולא בדין המהותי, אך להשלמת התמונה ראוי לשים לב לכך שהיסוד הנפשי הנדרש לגיבוש עבירת האונס לפי הדין הישראלי הוא מחשבה פלילית. בשונה מזה, במשפט המקובל המסורתי עבירת האונס הייתה עבירה של אחריות מוחלטת או קפידה (שם, בעמ' 701), מה שהקל את הוכחתה. במשפט האנגלי העכשווי הגדרת היסוד העובדתי של האונס מושגת, כמו בישראל, על היעדר הסכמה, אך שם נדרש יסוד נפשי של רשלנות (על העושה להאמין בסבירות בקיום הסכמה). ראו Sexual Offences Act 2003, §2(1)(d).

80 חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 9), התשנ"א–1991, ס"ח 54; חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 14), התש"ס–2000, ס"ח 229.

81 כבר בשנת 1955 נקבעה האפשרות להימנע מהעדת ילדים "על מעשה עבירה נגד המוסר" שנעשה בגופם, בנוכחותם או שהם חשודים בה, כאשר חוקר הנוער אוסר על העדתם, אפשרות להגשת חקירתם באמצעות חוקר הנוער והסדר שלפיו קטינים יחקרו באמצעות חוקר נוער ויעידו בדלתיים סגורות. ראו ס' 2, 4 ו-9 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים) (בהמשך אף אומץ תיקון שלפיו חוקר נוער יכול לאסור על קבלת הודעתו של קטין בדבר עבירת מוסר). חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 9) (בשנת 2004 נקבעו הסדרים מיוחדים להעדת קטינים בעבירות רגישות, בעיקר עבירות מין, הכוללת אפשרות להעיד שלא בנוכחות הנאשם והתאמות אחרות, כפי שיתנה חוקר ילדים). ראו חוק לתיקון דיני הראיות (מס' 10), התשנ"ב–1992, ס"ח 225.

משפטים נ"ת ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

לקטין.⁸² תיקונים אלה הקלו הוכחת עבירות שלא נעברו בידי "הזור הקופץ מהשיחים" אלא דווקא בידי הקרובים ביותר לקורבן.

ה. שינויים פסיקטיים בדרכי ההוכחה

השפעת הפמיניזם על דרכי ההוכחה התבטאה גם בפסיקה, שניסתה להשאיר מאחור את הסטראוטיפים של הפתולוגיה הנשית ו"האנוס האמיתי". פרק זה יעסוק בשישה מנגנונים שנוצרו על מנת להגביר את האמון במתלוננות. הגברת האמון סוללת את הדרך לקבלת נרטיבים החורגים מזה של "הזור הקופץ מהשיחים", ולהפך: ההכרה בכך שאנוס אינו חייב להיות יצוק בתבנית של "הזור הקופץ מן השיחים" מגבירה את האמון שניתן לרחוש כלפי מי שסיפורה סוטה מתבנית זו. הדיון שלהלן, בחידושים הפסיקטיים שנועדו להגביר את האמון במתלוננים, מדגים את הקשר בין הסטראוטיפים.

1. עדות כבושה

דוקטרינת התלונה הכבושה, שנשענה על תפיסות סטראוטיפיות באשר לנטייה של נשים להגיש תלונות שווא בעבירות מין לא הייתה מקובעת בחקיקה, והפסיקה הטילה ספק ברצינות שמאחוריה. כבר בשנות החמישים קבעה הפסיקה הישראלית כי גם לעדות כבושה יכול להיות ערך, אם ניתן הסבר מתקבל על הדעת לאיחור בתלונה.⁸³ בעניין בארי (פרשת "האנוס בשומרת") מפרט הנשיא שמגר סיבות שונות לאי-הגשת תלונה מיידית על עבירת מין, ובהן היסוס, התלבטות, צורך בהתייעצות עם מקורבים, חשש מהחוויה הקשה הכרוכה בהגשת התלונה, מהסטיגמה שהיא מנת חלקם של הקורבנות, ובושה.⁸⁴ שמגר מסביר כי ערכה של עדות כבושה יהיה מועט רק בהיעדר הסבר הגיוני לגילוי הדברים באיחור, אולם מעת שניתן הסבר מתקבל על הדעת, אין לייחס לאיחור חשיבות יתרה, והעדויות יכולה להתקבל כאמינה גם באיחור של שנים.⁸⁵ כמה וכמה פסקי דין חזרו על עיקרון זה⁸⁶ וציינו כי במיוחד נכון הדבר לעבירות מין במשפחה.⁸⁷ כשמדובר בקטינים מספקת הפסיקה הסברים נוספים לכבישת העדות: יסודות של אהבה ותלות ביחסים עם הפוגע, אי-הבנה של משמעות מעשה העבירה בסמוך להתרחשותו, חולשה ביחס לפוגע, חוסר מודעות למי שיכולים לסייע, יכולת לגייס כוחות נפש להתלונן

82 ובלבד שהמעשים לא התיישנו טרם הפרסום. לסקירת השינויים בתקופת ההתיישנות בדבר עבירות מין שבוצעו בקטינים, ראו ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 93–99 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 20.10.2010).

83 ע"פ 202/56 פרקש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 677, 681 (1957).

84 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 361–364 (1993).

85 שם, בעמ' 361–362.

86 ע"פ 2677/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פרק "כבישת העדות ומהימנות המתלוננת" (פורסם בנבו, 18.4.2007); עניין מסילתי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 326, אך ראו גם דעת המיעוט של השופט אור, שם, פס' 5 (ז) לפסק דינו.

87 ע"פ 9675/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 40 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 11.6.2009).

רק בבגרות או העלאת הנושא רק לאחר שהתברר כי הפוגע פגע בקטינים נוספים.⁸⁸ השופטת פרוקצ'יה פסקה כי "לכבישת העדות במצבים כגון אלה יש לרוב הסבר סביר המעוגן בנסיבות המיוחדות של העניין ובמציאות החיים שבה שרוי קורבן העבירה, ולכן אין בה כדי לפגוע באמינות גירסת המתלונן", והדברים נכונים שבעתיים כאשר מדובר בקטינים.⁸⁹ לסיכום, כבישת עדותם של קורבנות עבירות מין הוכרה כתופעה שכיחה.⁹⁰

2. התייחסות לסתירות בעדות

גם ההתייחסות לסתירות בעדות עברה תהליך דומה של דה־מיטיזציה. ככלל, סתירות בעדות המתלוננת יכולות לפגוע במהימנותה, אם כי לבית המשפט אפשרות להתבסס על עדות עד גם כשחלקים ממנה אינם אמינים, ואף להבחין בין החלקים האמינים של העדות לחלקים שאינם כאלה.⁹¹ עם זאת כשמדובר בעבירות מין, ההתייחסות לסתירות בעדות המתלוננת תהא סלחנית אף יותר. בעניין בארי קבע הנשיא שמגר:

יש לעולם חשיבות לעקביות תיאוריו של עד. לצורך כך ניתן לפנות גם לנושאים שהם שוליים לסוגיה שבמחלוקת [...] יחד עם זאת, יש לראות את הדברים בפרופורציה הנכונה מבחינת חשיבותם היחסית במסכת אירועים שלמה, ואם העדה, שעברה בימים המעטים הללו הרבה מעמדים של הורדת חולצה או הורדת חזייה, מתבלבלת בתיאורו של אירוע אחד שאינו מבין הנושאים שבמחלוקת האמיתית, אין לראות בכך נקודה בעלת חשיבות [...] אין גם להפריז בהסקת מסקנות מכך שמתגלות סתירות קלות בתיאור של האונס, כפי שהושמע באוזני אנשים שונים.⁹²

הפסיקה חזרה על כך שאין לצפות מקורבן עבירות מין לזכור אירוע טראומטי בפרוטרוט, והשאלה אינה אם קיימים אי־דיוקים בפרטים אלא אם המקשה כולה אמינה.⁹³ אפילו שקרים של המתלוננת הנמצאים ב"קליפה" של ליבת גרסתה לא בהכרח יפגמו במהימנותה.⁹⁴

88 ע"פ 2485/00 פלוגי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, 925 (2001); ע"פ 4721/99 פלוגי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 684, 692 (1999); ע"פ 9657/05 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 19–21 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 9.3.2009).

89 שם, בעמ' 926.

90 ע"פ 150/09 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 6.5.2010); ע"פ 2677/06, לעיל ה"ש 86, פרק "כבישת העדות ומהימנות המתלוננת". כן ראו את האסמכתאות הרבות המובאות בע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 82, פס' 86 לפסק דינו של השופט עמית.

91 פרשת בארי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 314.

92 שם, בעמ' 320.

93 ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, פסק דינה של השופטת שטרסברג־כהן (2002).

94 ע"פ 5949/13 שרחה נ' מדינת ישראל, פס' 29 לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז (פורסם בנבו, 17.3.2014).

משפטים נ"ת ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

סתירות בעדות, לפי גישה זו, אינן בהכרח אינדיקציה לתלונת שווא, אלא הן מתיישבות עם טראומה מינית. כאשר מדובר בקטינים רכים בשנים, נפסק, הקושי לשחזר את האירועים הטראומטיים נכון "שבעתיים".⁹⁵

חרף האמור בתת-פרק זה ובקודמו, כללים פסיקטיים בנושא הערכת מהימנות סובלים גמישות מעצם טיבם, ובתי המשפט עדיין חופשיים לקבוע חוסר מהימנות של מתלוננות בשל סתירות או כבישת העדות, אם כי אין מדובר בהתרחשות נפוצה. בדוגמה ממקרה שבו זיכה בית המשפט המחוזי בחיפה, בדעת רוב, נאשם מאישומים שעניינם ביצוע עבירות מין בבתו בשל סתירות שנפלו בעדותה, שקרים וכבישת העדות, התריעה השופטת שרון נתנאל כי "יש להיזהר פן ההבנה של הקשיים הנ"ל ושל אופיין המיוחד של עבירות המין, מהסוג בו עסקינן, ישמשו 'הסבר סל', לכל פרכות, תמיהות וסתירות המתגלות בעדויות של מתלוננים בעבירות אלה".⁹⁶ לפיכך קבעה השופטת שרון נתנאל כי על בית המשפט לשקול אם אופי היחסים הספציפיים בין הנאשם למתלוננת מספקים הסבר ראוי לסתירות, להפרכות ולתמיהות המתגלות בעדות של מתלוננים. במקרה אחר זיכה בית המשפט העליון מעבירת אינוס כאשר הסתירות בעדות המתלוננת נגעו ל"הגרעין הקשה" של האירועים, וכאשר נתקיימו נסיבות נוספות המעלות ספק סביר.⁹⁷

3. התערבות ערעורית מוגבלת במיוחד

פן נוסף האופייני לעבירות המין היא האפשרות המצומצמת מהרגיל להשיג על פסק הדין. שנים רבות שלטה בכיפה גישה המצדדת בהתערבות ערעורית מוגבלת "ביתר שאת" עת מדובר בעבירות מין.⁹⁸ אחד הנימוקים לכך הוא העובדה כי תיקים אלה מאופיינים בגרסאות סותרות של שני המעורבים בפרשה, עם אפשרות מוגבלת להיעזר בעדי ראיה או בעדויות אובייקטיביות, חיצוניות לאירוע. בנסיבות אלו ההלכה מעניקה חשיבות מיוחדת להתרשמות הערכאה הדיונית מהעדים.⁹⁹ ההתרשמות הישירה מן העד יכולה לסרטט תמונה

95 ע"פ 2470/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 43 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 25.10.2015).

96 תפ"ח (מחוזי חי') 34046-11-15 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 3 לפסק דינה של השופטת שרון-נתנאל (פורסם בנבו, 26.10.2017).

97 ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, פס' 32 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 26.7.2012).

98 ראו ע"פ 3873/08 אטיאס נ' מדינת ישראל, פס' 92 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 6.9.2010); ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל, פס' 25 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 10.7.2013); ע"פ 5808/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 7.10.2015); ע"פ 5582/09 לעיל ה"ש 82, פס' 83 לפסק דינו של השופט עמית; ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 8.9.2011), וכן האסמכתאות הרבות המובאות שם; ע"פ 5795/14 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 15-17 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 3.9.2015); ע"פ 1933/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 11.2.2015), וכן האסמכתאות הרבות המובאות שם.

99 ראו ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פס' 39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 25.1.2007).

רגשית המסייעת לפיענוח היחסים בינו לבין הנאשם, בעיקר כאשר מדובר בעבירות מין במשפחה (כך, למשל, ניתן להתרשם אם המתלוננת פוחדת מהנאשם).¹⁰⁰

ההלכה הנוהגת היא שערכאת הערעור תמט להערב בקביעת ממצאי עובדה או מהימנות של הערכאה הדיונית.¹⁰¹ במרוצת השנים נקבעו שלושה חריגים לכלל זה:¹⁰² הראשון, כאשר פסק הדין מתבסס על ראיות כתובות, ולכן לערכאה הדיונית אין יתרון יחסי על זו הערעורית בכל הנוגע להערכת מהימנות;¹⁰³ השני, כשהממצאים מתבססים על שיקולים בהיגיון;¹⁰⁴ השלישי, כאשר הערכאה הדיונית טעתה טעות מהותית בהערכת המהימנות.¹⁰⁵ על פי הגישה הדומיננטית בפסיקה שתוארה לעיל, תחולת שני החריגים האחרונים תהא נדירה ביחס לעדים שהם נפגעי עבירת מין. טעם נוסף להתערבות פחותה מצד ערכאת הערעור בממצאי הערכאה הדיונית לעומת עבירות שאינן בעלת אופי מיני נובע מכך שכאמור מנפגעי עבירות המין אין ציפייה להתנהגות רציונלית, ומשכך הסתירות, התמיהות או כבישת העדות לא בהכרח מעוררות ספק בנוגע למהימנות. עם זאת בשנים האחרונות נשמעים קולות החולקים על העמדה שלפיה ההתערבות הערעורית בתיקי עבירות מין תהא נדירה יותר. לפי עמדה זו, דווקא בשל העובדה שמדובר לא אחת בתיקים שבהם גרסת הנאשם עומדת מול גרסת המתלוננת, חשוב להחיל ביקורת מוגברת.¹⁰⁶ חשוב להדגיש כי כלל ההתערבות הפחותה תואר כאן בהסתמך על התיאור העצמי של בית המשפט העליון. כדי לבדוק אם אין מדובר רק בעמדה רטורית אלא גם בפרקטיקה שיפוטית בפועל נדרש מחקר אמפירי המשווה את נטיית ערכאות הערעור להתערב בעבירות מין לנטייתם להתערב בעבירות מסוגים אחרים.

- 100 ראו ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 82, פס' 82 לפסק דינו של השופט עמית: "קשות במיוחד הן עבירות מין במשפחה הנעשות מטבע הדברים בחדרי חדרים, ואשר מעורבים בהם יחסי תלות ושליטה, פחד והכחשה. בשל האופי המיוחד של עבירות המין, ניתן משקל נכבד להתרשמותה של הערכאה הדיונית מעדותו של קורבן העבירה".
- 101 ראו ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 643–644 (2000); ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פס' 261 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.12.2015).
- 102 ע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 31.7.2008).
- 103 ע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.1.1994).
- 104 ע"פ 5937/94 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 832, 835 (1995).
- 105 ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 696, 690 (1993).
- 106 לגישה שלפיה דווקא בעבירות מין נדרשת ערכאת הערעור לבחון בקפידה יתרה את מסקנות הערכאה הדיונית, ראו ע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סה(2) 482, פס' 8–9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (2012). לגישה הגורסת כי אין סתירה קוטבית בין העמדות, ראו עניין ידען, לעיל ה"ש 97, פס' 22 לפסק דינו של השופט זילברטל; עניין ניימן, לעיל ה"ש 98, פס' 4 לפסק דינו של השופט דנציגר. כן ראו ע"פ 5676/10 שונים נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.8.2012); ע"פ 4487/10 גלילי נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 6.11.2012) וכן האסמכתאות המובאות שם. לפסק דין מפורט ומקיף המתאר את הגישות השונות בליווי שפע אסמכתאות, ראו ע"פ 1987/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 4.6.2019).

4. עדות מפי שמועה

תחום ראייתי נוסף שבו נבדלות עבירות המין הוא בנושא עדויות השמיעה. הכלל השגור מתיר לעדים להעיד רק על שקלטו בחושיהם אך לא על אמרות של אחרים, לבד מחריגים הקבועים בדין. לעומת זאת "בעבירות מין, חזון נפרץ הוא שהתביעה מעידה עדים ששמעו מקורבן העבירה את שנעשה בו – גם אם הדברים אינם בגדר החריג של רס גסטה (res gesta) – כראיה לא רק לעצם אמירת הדברים אלא גם כראיה מסייעת לתוכן עדותו של קורבן העבירה".¹⁰⁷ דומה כי שורשי התופעה נעוצים בריאקצייה לדוקטרינות הראייתיות של העדות הכבושה – עדות השמיעה מדגימה כי העד לא כבש עדותו ודיווח לאחרים על התקיפה המינית – ושל דרישת הסיוע – הגילויים ה"מרוככים" של דרישת הסיוע כללו עדויות בנוגע למצב נפשי חריג של המתלונן.

5. זיכרונות מודחקים

אפשרות ראייתית נוספת הקיימת רק בתיקי עבירות מין היא שימוש בראיה של "זיכרונות מודחקים". מדובר במקרים שבהם ניעורו אצל מתלוננות זיכרונות של עבירות מין שנעשו בהן לאחר שכחה ארוכת שנים. החל משנת 2010 ביסס בית המשפט העליון את האפשרות להסתמך על זיכרונות שצפו שנים לאחר המקרה.¹⁰⁸ אומנם לא הייתה קביעה שיפוטית שלפיה השימוש בראיית הזיכרונות המודחקים אפשרי רק בהקשר של עבירות מין, אך תסריט שבו בית משפט יסמוך את פסק דינו על עדות של מתלונן המספר כי נזכר שנשדד, למשל, שנים לאחר האירוע, אינו מצטייר כסביר אף שהתאוריה התומכת באפשרות קיום "זיכרונות מודחקים" מתבססת על הפרעה פוסט-טראומטית, שיכולה להיגרם מטראומות מגוונות.¹⁰⁹

בכל המקרים שבהם נתקבלה הראיה דובר במי שנפלו קורבן לגילוי עריות בילדותן (דוגמה נוספת ליחס שבין הגברת אמון לבין יכולת לקבל תסריטי אנוס החורגים מזה של "הזר הקופץ מהשיחים"). בפסק הדין שקבע את ההלכה בנושא הועלתה הסברה כי הארכת תקופת ההתיישנות בנוגע לעבירות מין במשפחה מלמדת שהמחוקק הישראלי אימץ את הדוקטרינה של הזיכרונות המודחקים.¹¹⁰ כן נקבע כי בשל אמונת הקורבן בזיכרונות

107 ראו ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 82, פס' 88 לפסק דינו של השופט עמית. החריג של "רס גסטה" לעדות שמועה מאפשר קבלת אמרה השזורה במעשה העבירה, כגון דברים שנאמרו בעת ביצועה, אמירה ספונטנית בנוגע לאירוע מרגש או אמירה המעידה על מצב נפשי או רגשי בזמן העבירה.

108 ראו שם; ע"פ 2218/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.11.2011); ע"פ 8203/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.9.2012); ע"פ 3958/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.9.2014) (להלן: עניין שמואל).

109 מכל מקום, לא הצלחתי לאתר תיק פלילי בגין אישומים לא-מיניים במסגרתו הועלתה טענה לקיום "זיכרונות מודחקים".

110 ראו ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 82, פס' 110 לפסק דינו של השופט עמית. הארכת תקופת ההתיישנות של עבירות מין שבוצעו בקטינים גם היא הסדר המקל השגתן של הרשעות בעבירות אלו. בשנת 1996 האריך תיקון 47 לחוק העונשין את תקופת ההתיישנות של עבירות שבוצעו בקטין בידי בן משפחה או אחראי לו לעשר שנים ממלאת 18 (ראו חוק העונשין (תיקון מס' 47), התשנ"ו-1996, ס"ח 42). בשנת 2000 תיקון 56 החיל את הארכת ההתיישנות גם על מעשה שנעשה לפני 10.8.1990, כאשר המעשה היה עבירה בעת

המודחקים מהימנות הקורבן מאבדת ממשקלה, והשאלה אינה של מהימנות אלא של אמינות הדברים.¹¹¹ לפיכך על בית המשפט לתור אחר ראיות חיצוניות מחזקות שתסייענה בהערכת תקפות הזיכרון.¹¹²

6. מעשים דומים ועדות שיטה

עד כה פורטו חידושים פסיקטיים שנועדו להגביר אמון בקורבן. החידוש הבא, "ריכוך" הכלל האוסר על הצגת עבירות קודמות, מסיט את המבט לכיוון הנאשם. ככלל, אין להציג בחומר הראיות מעשים רעים קודמים של הנאשם על מנת שלא ליצור דעה קדומה עליו.¹¹³ ברגיל הכלל מתייחס להרשעות קודמות¹¹⁴ וכן למעשים שליליים שלא נסתיימו בהרשעה, אם כי הוא מסויג כאשר הראיה רלוונטית וחיונית להוכחת העבירה (מלבד הצגת האופי השלילי של הנאשם ונטייתו לבצע מעשים כגון דא).¹¹⁵ כך למשל מתאפשרת הצגת מעשים שליליים קודמים להוכחת "שיטה" אופיינית לביצוע העבירה לצורך זיהוי הנאשם, או הצגת "מעשים דומים" שמפריכים טענת נאשם על היעדר כוונה פלילית.¹¹⁶ דוגמה לשימוש בראיה מסוג מעשים דומים במובנה המסורתי נמצאת במקרה של אדם שהואשם בסדרת עבירות מיניות בשישה קטינים שמשך לביתו. הנאשם אפשר לילדים לראות טלוויזיה, לשחק במחשב, לקפוץ על מיטות וכו'. בית המשפט קובע כי מעדויות המתלוננים עולה דפוס קבוע: תחילה ליטף הנאשם את הילד, עבר לעיסוי ובהמשך הגיע למגע באזור אברי המין. החזרתיות, קבע בית המשפט, שומטת את הקרקע מתחת לטענות הנאשם כי מדובר בנגיעות מקריות וסתמיות שנעשו בתום לב וללא כוונה מינית.¹¹⁷ למן שנות התשעים של המאה עשרים התגבשה בדין הישראלי הלכה שלפיה מעשים מיניים באנשים אחרים המלמדים על דפוס של התעללות מינית בילדים יהיו קבילים.¹¹⁸

שנעשה והעבירה טרם התיישנה התיישנות "רגילה" (חוק העונשין (תיקון מס' 56), התש"ס–2000, ס"ח 226). תיקון מס' 72 לחוק העונשין משנת 2002 האריך את ההתיישנות שתחילתה תהיה ביום שמלאו לקטין 28 (ראו חוק העונשין (תיקון מס' 72), התש"ס–2002, ס"ח 59). התעמקות בהיסטוריה החקיקתית ובשיקולים נורמטיביים ומוסדיים מעוררת ספק בנוגע לכך שהמחוקק בחר להתערב בנושא ראיתי באמצעות הארכת תקופת ההתיישנות. ראו טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" הארת הדין 39, 42–57 (2012) <http://bit.ly/2YwnUHe>.

111 שם, פס' 127.

112 שם, פס' 129.

113 להרחבה על הרציונלים של הכלל ראו Aviva Orenstein, *No Bad Men: A Feminist Analysis of Character Evidence in Rape Trials*, 49 HASTINGS L.J. 663, 670–671, 687–690 (1998).

114 ס' 163 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982.

115 נינה זלצמן "עדות 'שיטה' כראיה מסייעת – מבחן שונה לקבילות?" משפטים יא 528, 529 (1981).

116 שם, בעמ' 529–530 וההפניות המובאות שם.

117 תפ"ח (מחוזי ב"ש) 26711-06-11 מדינת ישראל נ' אהרן היני, פרק ג "מעשים דומים" (פורסם בנבו, 10.4.2014).

118 ע"פ 4009/90 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מז(1) 292 (1993); ע"פ 4721/99, לעיל ה"ש 88. בארצות הברית קיים הסדר פדרלי המאפשר הצגת ראיות על תקיפות מיניות קודמות שביצע הנאשם כאשר הצגתן רלוונטית, ראו FED. R. EVID. 413 (2011).

הדיון בקבילות ראיה של מעשים דומים או של שיטה התגבש בהקשר של ראיית הסיוע, שבלעדיה לא ניתן להרשיע בעבירות מין על סמך עדות ילדים שנגבתה באמצעות חוקר ילדים. בע"פ 4009/90 הוגשו עדויות בתו ובתו החורגת של הנאשם בידי חוקרת ילדים שחקרה אותן על עבירות מין נפרדות. עדות מסוג זה דורשת סיוע, והשאלה הייתה אם עדות הילדה האחת יכולה לשמש סיוע לעדות רעותה. השופט גולדברג, שכתב את דעת הרוב, אומר שאין זה מקרה של "עדות שיטה", שהרי מדובר בעבירות הנכללות באותו כתב אישום, וחובה על התביעה להביא ראיות לכל האישומים. אם ניתן במקרים מסוימים לסמוך על עדות שיטה שהיא ראיה נסיבתית, "אין סיבה שלא לראות [...] עדות אחת (מהימנת) של ילדה, על מה שביצע בה המשיב, ראיה נסיבתית המסייעת לעדות האחרת. זאת, כשקיים קשר מוחשי בין המעשים, המתבטא בכך כי מדובר בשתי ילדות המעידות על מעשים דומים במסגרת המשפחה".¹¹⁹ הגדרת הסיוע הורחבה כך שתכלול מעשים מיניים קודמים של הנאשם בילדים כדי להתגבר על הקושי שדרישת הסיוע הציבה בנוגע לאפשרות להוכחת העבירה. האפשרות להציג ראיות על מעשים קודמים נוצרה אפוא מתוך רצון לאפשר אמון מוגבר בעדות קורבנות ילדים.

כדי להעריך את השינוי שבהלכה ניתן להתעמק בחוות דעת המיעוט שכתב השופט מצא באותו עניין, המקפידה על ההגדרות הקלאסיות של ההבדל בין עדות שיטה למעשים דומים. פסק דינו מצדד בכלל המסורתי שלפיו מעשים דומים נועדו להוכיח את יסוד המחשבה הפלילית לעומת עדות שיטה שנועדה להוכיח את זיהוי הנאשם בהצבעה על הדמיון בין המעשה המיוחס לו למעשה עבירה אחר שלו שביצעו אינו שנוי במחלוקת. דמיון כללי בין המעשים אין די בו, וצריך להוכיח שיטת ביצוע ייחודית ואופיינית, ועדות שיטה אינה יכולה להועיל להוכחת עצם ביצוע המעשה.¹²⁰

ההלכה שהשתרשה בהמשך הסתפקה בדמיון כללי בלבד בין המעשים הדומים. כך למשל נקבע קיום מעשים דומים בנוגע לעבירות מין נפרדות שבוצעו במסגרת אותה מערכת יחסים, כאשר הנאשם הוא מאמן הכדורגל של המתלוננים,¹²¹ או במקרה שבו יוחסו לנאשם עבירות מין נפרדות בנכדתו ובשכנתו הקטינה "על אף שהמעשים שביצע בנכדה חמורים שבעתיים. בשני המקרים ביצע המערער את מעשיו בקטניות בגילאים דומים, בתוך ביתו, תוך שימוש במניפולציות וללא עדי ראיה".¹²²

את הרציונל שמאחורי השינוי הסבירה השופטת דורנר בפרשה שבה חזר המצב של כתב אישום המייחס לנאשם עבירות מין בשתי מתלוננות נפרדות: בתו החורגת וילדת השכנים. בבית המשפט המחוזי הורשע הנאשם בעבירות הקשורות לבתו החורגת בשנים שהייתה קטינה, ושעדותה נתמכה בשורת ראיות חיצוניות, אך זוכה מהעבירות הנוגעות לשכנה בת השש אף שעדותה נמצאה מהימנה, בשל היעדר סיוע. ערעור המדינה על הזיכוי נתקבל,

119 ע"פ 4009/90, לעיל ה"ש 118, פס' 7 לפסק דינו של השופט גולדברג.

120 שם, פס' 9. השופט מצא אינו מוצא לנכון להתייחס לשאלה אם "מעשים דומים" יכולים לשמש ראיה מסוג סיוע, כיוון שלשיטתו מדובר בעדויות על מעשים שונים, וממילא אינן מהוות סיוע (שם, פס' 10-11).

121 ע"פ 7320/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 23 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 13.5.2009).

122 ע"פ 5385/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 36 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 4.12.2013).

ונקבע כי עדות הבת החורגת יכולה לשמש סיוע לעדות הילדה בהצביעה על דפוס פעולה של הנאשם:

לעדויות קורבנות בעבירות מין נגד ילדים משקל סגולי העולה לאין ערוך על הדעה המוקדמת שהן עלולות להקים. הן אינן מצביעות אך על נטייה עבריינית, בדומה לעדויות בדבר עבירות רכוש חוזרות. בעדויות אלה מצויים מאפיינים המלמדים על סטייה מינית של פדופיליה. מחקרים אף הראו כי, ככלל, עבריינות מינית בילדים אינה באה לביטוי במעשה בודד אחד, אלא מדובר בדפוס התנהגות נמשך. ראו ט' פרניס התעללות מינית בילדים – תיאוריה ודרכי טיפול [17]. קווי דמיון אלה בין המעשים המיניים מכניסים אותם בגדר 'מעשים דומים', שראיה על אודותיהם היא קבילה.¹²³

הנמקתה של השופטת דורנר מדגימה תחום נוסף של התייחסות ראייתית ייחודית לעבירות המין. מההנמקה משתמע כי לא סביר שבתיק גניבה ניתן היה להגיש ראיה שלפיה לנאשם הרשעות קודמות בגניבה, או אפילו שהוא מאובחן כקלפטומן, מחשש ליצירת דעה קדומה עליו. בשונה מזה, ההנמקה מניחה שעדויות על מעשים קודמים של עבירות מין בילדים (אפילו כאלה שלא היו מושא לחקירה או לדין פלילי) מלמדות "על סטייה מינית של פדופיליה", וכי תיוג רפואי יכול לשמש ראיה לאשמתו של נאשם באישום קונקרטי. ההנחה היא של מסוכנות יתרה ושל רצדיביזם, הנובעים מפתולוגיה של הנאשם, הניתנת לאבחון רפואי.¹²⁴

מה שהתחיל כפירוש מורחב לראיית סיוע כדי לאפשר קבלת עדות של ילדים התרחב גם לעדות של מבוגרים על עבירות מין שנעשו בהם בילדותם, ובפסיקה דוגמאות למכביר לקבלת ראיות על עבירות מין קודמות. למשל, במקרה שבו שתי נשים בוגרות התלוננו נגד בן זוגה של אחותן הבכורה על שביצע בהן עבירות מין בהיותן קטינות.¹²⁵ המתלוננות סיפרו על דפוס דומה, ולפיו כאשר הגיע המערער ללון בבית הוריהן בשבתות וחגים היה מתקרב אליהן בלילה בסוכרו שהן ישנות, מפשיל את בגדיהן ו"מטייל" באצבעותיו על גופן. רק הצעירה יותר דיווחה כי המעשים כללו החדרת אצבע לאיבר המין, מעשה המגבש עבירת אינוס, וסיפרה גם על אירוע שהתרחש לאור יום. הערכאה הדיונית זיכתה את המערער מהאישום של מעשים מגונים בבת משפחה מתחת לגיל 16 באחות המבוגרת יותר, מחמת הקושי לקבוע כי המעשים בוצעו בטרם הייתה בת 16. המערער טען שאין להרשיעו במעשי האינוס באחות הצעירה, שכן הראיה לכך היא עדות יחידה ולא מהימנה. השופט שטיין דחה את טענתו בנימוק הזה: "במקרה דנן, עדותה של מ', נפגעת העבירות, לא הייתה עדות יחידה כלל ועיקר. רחוק מכך: עדותה של מ' נתמכה בראיות חיצוניות שכללו את עדות אחותה, ש', אשר מהווה חיזוק בהיותה עדות על מעשים דומים, אם לא עדות שיטה ממש".¹²⁶ לא זו בלבד שעדותה של האחות האחת משמשת תוספת ראייתית לעדותה של

123 ע"פ 4721/99, לעיל ה"ש 88, בעמ' 698.

124 Orenstein, לעיל ה"ש 113, בעמ' 691.

125 ע"פ 3541/17 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.6.2019).

126 שם, פס' 69 לפסק דינו של השופט שטיין.

משפטים נ"ת ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

האחרת, השופט שטיין מניח, כמובן מאליו, כי בעבירה מסוג זה ראייה מסוג "מעשים קודמים" או עדות שיטה לגיטימית לחלוטין כתוספת ראייתית. יתרה מזאת, מהאמירה כי מדובר ב"עדות על מעשים דומים, אם לא עדות שיטה ממש" עולה כי הגבול בין סוגי ראיות אלו אינו חד כשהיה, וכי בשני המקרים השימוש בראייה הוא להוכחת היסוד העובדתי. הרחבה נוספת היא במקרים שבהם העדויות על מעשים דומים אינן מתייחסות כלל למעשים שנמנו בכתב האישום. למשל, בתיק שבו האשימה אישה בוגרת את בן זוגה של אימה בעבירות מין שביצע בה בילדותה, העידה אחותה הבוגרת על מעשים דומים אף שאלה לא נכללו בכתב האישום.¹²⁷ כן מתאפשרת הבאת ראיות על "מעשים קודמים" שהתיישנו.¹²⁸

לעיתים מתבסס בית המשפט על מעשים דומים גם ללא צורך בתוספת ראייתית. בתיק שבו הואשם אב בביצוע עבירות מין בבתו עת הייתה קטינה, והתנהל בעת שהבת הייתה אישה בוגרת, נשמעו עדויות האם ואחותיה על שהנאשם ביצע בהן מעשים מיניים בנערותן, ועדות השותף לעסקי הנאשם על שהנאשם נהג לשלוח מבטים מיניים כלפי עובדות בחנות והתעניין במידה מוגברת במכוני ליווי ובמין. בית המשפט העליון קבע כי עדויות אלו על מעשים קודמים לא נדרשות כחיוזוק, אך יש בהן לחזק את מהימנות המתלוננת.¹²⁹ בעניין קצב נפסק כי "בעבירות מסוג זה ישנה הצדקה מיוחדת וייחודית להתרתן של עדויות על מעשים שהתיישנו במסגרת עדות שיטה או עדות בדבר מעשים דומים",¹³⁰ וכי די בעדות אחת כדי להקים עדות שיטה.¹³¹ בפסיקה ניתן למצוא גם דוגמאות להגשת ראיות על התנהגותו המינית של הנאשם בעבר, גם כשזו אינה עולה כדי עבירה פלילית, למשל הרגלי "נישוק" של הנאשם.¹³²

ראיות על התנהגויות מיניות לא נאותות קודמות של הנאשם עשויות להתקבל כדי לתמוך בגרסת המתלוננת. הקשר נפוץ, כמודגם לעיל, הוא תיקים של עבירות מין במשפחה, קטגוריה שונה מהותית מתסריט "האנוס האמיתי" של "הזור הקופץ מן השיחים".

סיכום

הדיון לעיל מראה כי גם בחקיקה וגם בפסיקה נעשה מאמץ להטמעת תובנות בנוגע למיתוסי אנוס. הרפורמות הראייתיות נועדו להתגבר על הסטראוטיפים המרכזיים בנוגע לעבירת האינוס (תלונות כזב של "האישה הפתולוגית" ו"הזור הקופץ מן השיחים") ולהקל את היכולת לתת אמון במתלוננות בעבירות מין בכלל ובעבירות בין מכרים בפרט. ההסדרים הראייתיים החדשים שאפו לקעקע את המיתוסים בדבר חוסר המהימנות הנשי: בוטלה

127 ע"פ 9657/05, לעיל ה"ש 88.

128 שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט לוי.

129 עניין שמואל, לעיל ה"ש 108, פס' 116 לפסק דינו של השופט עמית.

130 ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פס' 340 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 10.11.2011).

131 שם, פס' 364.

132 ע"פ 2470/15, לעיל ה"ש 95, פס' 11–13 לפסק הדין. לביקורת על הסטנדרט הכפול באיסור חקירת מתלוננים על עבר מיני לעומת קבלת מידע על עבר מיני של נאשמים ראו מרין, לעיל ה"ש 26, בעמ' 111.

דרישת הסיוע (למעט בנוגע לעדויות קטינים שמוגשות באמצעות חוקר ילדים); המהימנות אינה נפגעת אוטומטית בגין כבישת העדות, סתירות, בלבול או זיכרון שהתעורר לאחר שהיה מודחק במשך שנים; לא אחת מתאפשר לתמוך במהימנות המתלוננת בהצגת אמרות קודמות שלה; ערכאת הערעור תתערב בממצאי מהימנות אף פחות מהרגיל. היה אף מי שהעלה חשש כי האפשרות שמתלוננת היא דוברת שקר הפכה בפסיקה הישראלית לטאבו, לאופציה שאינה עולה כלל על הדעת.¹³³ נראה כי המוטלת נעה דרמטית מהסדרים ראייתיים מגוונים המביעים חוסר אמון בעדות מתלוננות לכיוון כללים שמקשים מאוד לקבוע חוסר מהימנות של המתלוננות.¹³⁴

הרחבת האפשרות להוכיח תסריטים אחרים מלבד זה של האישה הצנועה שנאנסה בידי אנס זר נעשתה באמצעים כמו הגבלת האפשרות לחקור על עבר מיני; ביטול אי-הכשירות להעיד נגד בני זוג או הורים; הארכת תקופת ההתיישנות בעניינם של קטינים, שהפועל היוצא שלה הוא דיון במקרים רבים יותר שבהם קטינים נפגעו בידי קרובים ומכרים. חשוב להדגיש כי ייתכן פער בין הכללים הסטטוטוריים והפסיקטיים המוצהרים לבין "המשפט בפעולה", וכי נדרש מחקר אמפירי כדי לבדוק יישומם של הכללים בשטח.¹³⁵ כפי שידגים הדיון להלן, המיתוסים האופפים את עבירות המין לא קועקעו לחלוטין אלא עברו טרנספורמציה.

מה שנשאר קבוע הוא שגם לאחר הרפורמות חלים על עבירות המין הסדרים ראייתיים ייחודיים. אמנם, יש עבירות נוספות שבעניינן קיים הסדר ראייתי מיוחד,¹³⁶ ואולם אין אח ורע להיקף ולמורכבות ההסדרים הראייתיים המייחדים את עבירות המין.

133 ראו דורון מנשה וליין אוחיון "ההשערה שנוגחה – שקר בתלונה לגילוי עריות על בסיס זיכרון מודחק" **MEET** 23.10.2014 (<http://bit.ly/353ZRln>).

134 ראו אריאל סלטו "כשאת אומרת שאמרת: לא! עדות מתלוננות בתיקי 'אינוס היכרות' אמרה שאינה ניתנת להפרכה" **הפרקליט** נג 141 (2014). לדוגמה הפוכה ונדירה בנחרצותה (מתיק אזורי) של קביעה שמתלוננות השתמשו לרעה בתלונות המאפיינות נפגעות עבירות מין לריקחת עליית שווא והתראה שלפיה חלילה מלהגיע למצב שבו כל תלונה על עבירות מין תהפוך בלתי ניתנת להפרכה, ראו ע"א 7426/14 פלונית נ' דניאל, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.3.2016). בתשובה לטענה כי המוטלת נעה עד כדי נחיתות מובנית של הנאשם ביחס למתלוננת, טענו שופטים כי הרפורמות השיפוטיות נועדו לשפר את הערכת המהימנות של מתלוננים, אך לא במתן מעמד עדיף לעדותם (ראו שם, פס' 10); ע"פ 7880/13 פלוני נ' מדינת ישראל פס' 36 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 11.5.2015); ע"פ 9020/14 מזרחי נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 9.7.2015).

135 דוגמה לעבודה אמפירית מסוג זה ראו אצל SMITH, לעיל ה"ש 49.

136 כך למשל בעבירה על משחק אסור או בעבירות השוחד ניתן להרשיע על סמך עדות יחידה של שותף לעבירה גם ללא ראיית סיוע. יש עבירות שנקבעו חזקות ראייתיות מיוחדות רק להן, כגון חזקות מיוחדות לעניין משחקים אסורים (ס' 233 לחוק העונשין), או לעבירות סמים (ס' 24 ו-31 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973).

ו. מיתוסי אנוס לאחר הרפורמות הראייתיות: המשכיות ושינוי

פרק זה יסקור את הפסיקה משני העשורים הראשונים של המאה העשרים ואחת לאיתור מנגנונים שונים של המשכיות הפועלים לשיעתוק ולהנצחה של מיתוסים וסטראוטיפים לצד מנגנוני השינוי שתוארו בפרק הרביעי והחמישי.¹³⁷ מי שקיווה כי הרפורמות יביאו לשינוי דרמטי נדון לאכזבה. שירות המיתוסים שבבסיס עבירת האינוס אינו אתגר פשוט, שכן בדרכם של ההסדרים הראייתיים החדשים עומדות אמונות תרבותיות שמוסיפות לשגשג בדינמיקת השיטה האדוורסרית ובשפת השיח בבית המשפט.¹³⁸ להלן אדגים כיצד המיתוסים של "הפתולוגיה הנשית" ושל תסריט "האנוס האמיתי" עודם קיימים גם בהסדרים הראייתיים החדשים, אם כי בגלגול חדש.

1. התמדת תפיסות של "הפתולוגיה הנשית"

(א) השיח הפסיכולוגיטי

הרפורמות הראייתיות שאפו לקעקע את התפיסה של הנטייה הנשית הפתולוגית לתלונות שווא על אנוס בשל נטייה לכזב, לנקמנות, לנירוזה דמיונית או להיסטריה.¹³⁹ עם זאת גם הפסיקה שנוצרה בעידן הרפורמות מסרטטת, במידה רבה, את דמותה של האישה-הנפגעת כדמות פתולוגית, אם כי בגלגול הנוכחי הפתולוגיה נתפסת כתוצאה של האינוס ולא כסיבה לתלונה.

ראש פרק זה עוסק בהתייחסות הפסיכולוגיטית לדמות המתלוננת כפי שהיא באה לידי ביטוי בהיבטים שונים של הליך ההוכחות. יש להבחין בין שלב זה של ההליך המשפטי לבין השלב הדיוני שלאחר הליך ההוכחות וההרשעה – הראיות לעניין העונש. בשלב זה הרלוונטיות של המצב הנפשי של הקורבן היא ישירה ומפורשת, באשר בית המשפט יכול להורות על הגשת תסקיר קורבן המפרט את הנזקים הנפשיים שנגרמו לקורבן העבירה.¹⁴⁰

137 במקרים שבהם נעשה שימוש בדוגמאות מפסיקה קודמת צוינה השנה במפורש בגוף הטקסט.

138 ראו GREGORY M. MATOESIAN, LAW AND THE LANGUAGE OF IDENTITY DISCOURSE IN THE WILLIAM KENNEDY SMITH RAPE TRIAL (2001); ANDREW E. TASLITZ, RAPE AND THE CULTURE OF THE COURTROOM (1999).

139 את אחת ההמשגות הפסיכולוגיות הנודעות של תפיסה זו עשה זיגמונד פרויד (Sigmund Freud). בתחילה האמין פרויד למטופלות שסיפרו לו שנפלו קורבן לגילוי עריות בילדותן, אך בהמשך סבר שאין מדובר בניצול ממשי אלא במשאלה או בפנטזיה של ניצול מיני. ראו LOUISE ARMSTRONG, ROCKING THE CRADLE OF SEXUAL POLITICS: WHAT HAPPENED WHEN WOMEN SAID INCEST 16 (1994); Kathleen R. Karlyn, "Too Close For Comfort": American Beauty and the Incest Motif, 44 CINE. J. 69, 74 (2004).

140 ס' 187(ב) לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי: "הרשיע בית המשפט נאשם בעבירת מין או בעבירת אלימות, רשאי הוא להורות לעובד ציבור, שמינה לענין זה שר הרווחה והשירותים החברתיים, לערוך ולהגיש לו תסקיר על מצבו של הנפגע בעבירה (להלן – הנפגע), ועל הנזק שנגרם לנפגע כתוצאה מן העבירה". ס' 18(א) לחוק זכויות נפגעי עבירה קובע כי: "נפגע עבירה זכאי למסור הצהרה בכתב לגוף החוקר או לתובע, על כל פגיעה ונזק שנגרמו לו בשל העבירה, לרבות נזק גוף, נזק נפשי או נזק לרכוש; מסר הנפגע הצהרה כאמור, זכאי הוא שהתובע יביא את הצהרתו לפני בית המשפט בדיון בענין גזר דינו של הנאשם, לפי הוראות פרק ה', סימן ז' לחוק סדר הדין הפלילי או בדיון בענין נאשם שהוא קטין, לפי

פסקי הדין בעידן שלאחר הרפורמות מרבים בציטוטים של ספרות על טראומה. אחד הספרים המצוטטים ביותר בידי שופטים הוא ספרה של ג'ודית לואיס הרמן **טראומה והחלמה**. בבג"ץ 6067/11 שימש ספרה של הרמן לתמיכה באמירה בדבר הטרומה הנפשית הקשה שגורם האונס:

אין תימה איפוא כי מי שנפלה קורבן לעבירת אינוס, ודאי לאונס חוזר ונשנה, תסבול תדיר מצלקות נפשיות אף זמן רב לאחר שסימניה הפיזיים של העבירה נמוגו (עיינו: ג'ודית הרמן לואיס **טראומה והחלמה** 67–71, 77, 217–218; (1994).¹⁴¹

אסמכתה זו משולבת בפסקה בין מובאות משפטיות של פסיקה וסעיפי חוק ללא הבחנה בין ספרות משפטית לספרות פסיכולוגית או התייחסות לדרישה הראייתית להצגת ספרות מקצועית לא משפטית באמצעות מומחים.

בפסק דין שעניינו זיכרונות מודחקים מבקש השופט עמית להציג מושגי יסוד שאותם הוא סומך על העולה "מחוות דעת המומחים ומחקירתם בבית המשפט, וכפי שעולה מספרות שנוכרה על ידם ונוכרה בפסיקה. כפי שהתרשמתי, ספרה של ג'ודית לואיס הרמן **טראומה והחלמה** הנ"ל, נחשב לאחד הספרים החשובים ביותר בתחום זה".¹⁴² לאחר הפניה כללית זו לביסוס חשיבות ספרה של הרמן ממשיך השופט עמית ומפנה ישירות אל הספר, באומרו כי "ההכרה בכך שנפגעי תקיפה מינית עלולים לפתח תופעות פוסט טראומטיות, בדומה להפרעות שהתפתחו אצל גברים שהשתתפו במלחמה, עלתה למרכז הבימה בעקבות פעילותה של התנועה לשחרור האישה בשנות השבעים ועליית כוחה של התנועה הפמיניסטית, ועם התגברות המודעות לנושא של התעללות מינית בילדות (הרמן, **טראומה והחלמה**, פרק ראשון)".¹⁴³ בהמשך השופט עמית חוזר אל הספר ומצטט ממנו ישירות, וגם ממקורות אחרים:

הדחת הזיכרון מצילה את הילד בכך שהיא מאפשרת לו לשמור על תפקוד תקין ונורמלי. הילד מאחסן ב"קובץ" נפרד את החוויות הטרומטיות. חוקרי טראומה סבורים כי זיכרון רגיל שונה מזיכרון טראומטי (אלי זומר "היבטים נירוביולוגיים וקליניים של זיכרון טראומטי" – באתר האינטרנט טראומה ודיסוציאציה ישראל – http://www.tdil.org/index.php?option=com_content&view=article&id=61:2009-08-22-18-32-04&catid=1:articles&Itemid=4).

הוראות פרק ה' לחוק הנוער". ס' 40ט(4) לחוק העונשין קובע את הנזק שנגרם מביצוע העבירה כשיקול רלוונטי בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה. לדיון כללי בנושא התסקיר, ראו יוסף אלרון "תסקיר מבחן ותסקיר קורבן – שיקולים משפטיים ואתיים" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל: אבחון טיפול ושיפוט 163, 166–167 (דוד יגיל, אמנון כרמי, משה זכי וענת לבני עורכים, 2008).

141 בג"ץ 6067/11 הפרקליט הצבאי הראשי נ' הועדה הצבאית לעיון בעונש, פס' 64 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 2.2.2012).

142 ע"פ 5582/09 לעיל ה"ש 82, פס' 111 לפסק דינו של השופט עמית.

143 שם.

זיכרונות הטראומה מקודדים במוח באופן שלא ניתן לסילוף ומאוחסנים בחלק במוח הנמצא בעומק האונה הטמפורלית התיכונה ונקרא "אמיגדלה" (amygdale) המסוגל לעבד רגשות ותחושות גופניות אך לא מילים. בשל כך, יש לנפגעי טראומה רבים זיכרון סנסורי-מוטורי ביחס לאירוע, והם מגיבים בבהלה או כעס או בדרך אחרת מול גירויים המזכירים להם את האירוע (זומר, זיכרון טראומטי). הקובץ בו מאוחסנים הזיכרונות הטראומטיים אינו נגיש ל"מערכת ההפעלה" של ההכרה המודעת, המאפשרת את התפקוד היום-יומי ומהווה מנגנון הגנה של הילד.

עמדה על כך ג'ודית לואיס הרמן בספרה **טראומה והחלמה**, בעמ' 127 :

"[...] כל ההסתגלויות הנפשיות שלהם משרתות מטרה יסודית אחת: לשמור על קשר ראשוני עם הוריהם למרות ראיות יומיומיות לרשעותם, לחוסר הישע שלהם או לאדישותם. לצורך זה הם משתמשים במגוון רחב של הגנות נפשיות. בכל ההגנות האלה נחסמת דרכה של ההתעללות אל התודעה והזכרון, כאילו לא התרחשה כלל, או שהיא מוקטנת, מתורצת ונסלחת, כאילו כל מה שקרה בעצם אינו התעללות. מאחר שאין הם יכולים להימלט ממצאות קשה מנשוא ואף לא לשנותה, הם משנים אותה במחשבתם [...] ההדחקה מאפשרת תפקוד טוב בתחום הלימודים ובחיי היום-יום, והילד אף יכול לגלות שמחה. ההדחקה לא מאפשרת למוח לעבד באופן מילולי את הטראומה אך מנגד, ייתכן שהסבל יבוא לידי ביטוי בדרכים שונות בהן יבוא לידי ביטוי התיעוב כלפי הגוף שבגד, כמו הפרעות אכילה או פגיעות אחרות בגוף".¹⁴⁴

במקום נוסף בפסק הדין שוב מצטט השופט עמית ישירות (בשונה מהפניה לחוות דעת מומחה שהוגשה כראיה בתיק) מספרה של פרופ' הרמן, בהתייחסו לקושי הנפשי של נפגעי עבירות מין לגולל את סיפורם :

לכך יש להוסיף את המצב הנפשי המיוחד של קורבן העבירה :

"העיוות בין הרצון להכחיש מעשים נוראים ובין הרצון להכריז עליהם בקול רם הוא דיאלקטיקה מרכזית של הטראומה הנפשית. בני אדם שנעשו בהם מעשי זוועה, מספרים פעמים רבות את סיפוריהם בדרך רגשית מאוד, סותרת ומקוטעת, החותרת תחת אמינותם ומשרתת ככה את שני הצווים: סיפור האמת ושמירת הסודיות" (ג'ודית לואיס הרמן טראומה והחלמה (1994) (להלן: הרמן, טראומה והחלמה).

כל אלה יכולים להביא לידי בלבול, אי דיוק, וחוסר עקביות בעדויות נפגעי עבירות מין. לכן, יש ובית המשפט מסתפק בגרעין האמת שבגרסת המתלונן.¹⁴⁵

אותו ציטוט מאוזכר גם בע"פ 7462/05 בהתייחסות לסתירות בעדות מתלוננת על התעללות מינית שביצע בה בעלה, כדלקמן: "המלומדת ג'ודית הרמן מצביעה בספרה טראומה והחלמה (1994) על 'העימות בין הרצון להכחיש מעשים נוראיים, ובין הרצון להכריז עליהם בקול רם' (שם, בעמ' 13). כתוצאה מעימות זה קורה פעמים רבות שקורבנות עבירות מין מספרים את סיפורם באופן מקוטע וסותר (שם, בפסקה 12)".¹⁴⁶

דיון פסיכולוגי רחב יריעה, אגב אזכורים ישירים מתוך ספרה של ג'ודית הרמן וממקורות נוספים של ספרות פסיכולוגית, צד בצד עם מקורות משפטיים, נמצא בפסק דין של השופטת עדנה ארבל, המתארת נפגעי עבירות מין כדלקמן:

נפגעים אלו סובלים פעמים רבות מטראומות נפשיות מכבידות השולחות גרורותיהן גם על הודעותיהם במשטרה ועל עדויותיהם בבית המשפט. המלומדת ג'ודית הרמן מצביעה בספרה "טראומה והחלמה" על "העימות בין הרצון להכחיש מעשים נוראיים ובין הרצון להכריז עליהם בקול רם" (עמ' 13 (1994)). כתוצאה מעימות זה קורה פעמים רבות שקורבנות עבירות מין מספרים את סיפורם באופן מקוטע וסותר המשרת את שני הצדדים לדיאלקטיקה, ויוצר בלבול אצל השומע מהצד (ראו: מירב דדיה ועידו דרויאן "הקורבן בהליך המשפטי" הסוד ושברו 498 (צביה זליגמן וזהבה סולומון עורכות, 2000) (להלן: דדיה ודרויאן)).

הקושי לעבד את החוויה הטראומתית ולהמשיג את אשר ארע, מקשה על תהליך ההיזכרות בחוויה בנקודת זמן מאוחרת –

"במקום לזכור חוויות בשלמות פורצים לתודעה היבטים שונים של החוויה, בדרך כלל ללא שליטה. כך שפעמים רבות, נפגעי טראומה אינם יכולים לספר את סיפורם בשלמות, אלא באופן מקוטע ורצוף פזרים רבים" (שם, בעמ' 499).

הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר קורבן העבירה הנטענת הינו רך בשנים –

"לעיתים התיאור מבולבל, לא ברור, ונדרשת סבלנות רבה על מנת להרכיב את הפרטים לתמונה שלמה. הילדה עלולה להשמיט פרטים חשובים לעומת הבלטת פרטים תפלים, לחזור בה, לתקן אותם או להיזכר בדבר מה מאוחר

¹⁴⁵ שם, פס' 84.

¹⁴⁶ ע"פ 7462/05 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 26 (ג) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 17.2.2010).

משפטים נ"ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האונס?

יותר" (לוי עדן "חקירה פלילית של ילדים המעורבים בעבירת מין" פגיעות מיניות בילדים: החוק, החוקר ובית המשפט 67–70 (ד"ר מאיר חובב עורך, 1993)).

דברים ברוח זו הסביר גם המלומד פרופ' אלי זומר בנייר עמדה שהגיש ב-1994 למועצה הלאומית לשלום הילד:

"אלימות המופעלת כלפי ילד על ידי מבוגר ידיו או על ידי בן משפחה היא קשה במיוחד לעיכול רגשי [...] אירועי ההתעללות עלולים להיות כה מרוחקים מההקשר של שגרת החיים הרגילה של הקורבן, עד כי הם מאבדים לחלוטין כל מובן הגיוני. בתור אירועים חסרי פשר והקשר, אין הם יכולים לקבל משמעות המאפשרת הטמעתם בזיכרון".

גם כאשר המתלונן איננו ילד עוד בעת מתן עדותו, ישנה עדיין חשיבות לעובדה כי עבר את החוויה הטראומטית כאשר היה בגיל הרך. הספרות מתארת תופעה שבה גם נשים בוגרות המשחזרות חוויות מיניות טראומטיות שאירעו בילדותן, עוברות תהליך מטלטל וקשה שבו מתרחש מעבר בין זמנים ובין גילאים שונים, ושבמסגרתו נעה הנפגעת בין האישה הבוגרת שהיא היום, לבין הילדה הקטנה שהייתה בעת הפגיעה (דדיה ודרויאן, בעמ' 500–501).¹⁴⁷

אזכורים ישירים לספרה של ג'ודית הרמן ניתן למצוא גם בפסיקת הערכאה הדיונית בהקשרים מגוונים, ובהם קושי להיזכר בתקיפה המינית בשל מנגנונים פסיכולוגיים של ילדים נפגעי עריות המכוונים לשמירת אמונה בהורים ופטירתם מאחריות¹⁴⁸ כגון יחס דואלי לתוקף הכולל תחושת מחויבות ונאמנות¹⁴⁹ וקושי לראות באם שותפה למעשי האב;¹⁵⁰ מזנק (טריגר) הגורם לזיכרונות מודחקים לעלות לתודעה;¹⁵¹ הסימפטומטולוגיה הפוסט-טראומטית של נפגעי עבירות מין;¹⁵² טראומת הפגיעה כגורם לאובדנות;¹⁵³ חוסר הישע והתגובה ה"מאובנת" האופייניים לקורבן האונס;¹⁵⁴ וכבישת עדות בשל הדחקה אופיינית לנפגעי עבירות מין.¹⁵⁵ על ספרה של הרמן נעשית הסתמכות רחבה כמקור שניתן

147 ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 3.7.2007).

148 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1035/03 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 14 (פורסם בנבו, 6.11.2007).

149 שם, פס' 36.

150 שם, פס' 12.

151 שם, פס' 19; תפ"ח (מחוזי ת"א) 1238/02 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 74 (פורסם בנבו, 21.7.2004).

152 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1116/03 מדינת ישראל נ' גואטה, פס' 6 (פורסם בנבו, 23.5.2004).

153 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1212/02 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 84 (פורסם בנבו, 29.12.2003).

154 ת"פ (מחוזי ת"א) 4124/98 מדינת ישראל נ' צדוק, פס' 18, 33 (פורסם בנבו, 12.1.2003).

155 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1154/01 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 87 (פורסם בנבו, 10.11.2002).

לצטט ממנו ישירות, בשונה ממידע שבמומחיות פסיכולוגית שיש להביאו בפני בית המשפט באמצעות מומחה.

האופי הפסיכולוגיסטי של השיח מתבטא לא רק בהישענות על ספרות אקדמית פסיכולוגית אלא גם באפיון המנגנונים הפסיכולוגיים של נפגעי עבירות המין. השלכותיו של השיח הפסיכולוגיסטי על עיצוב הכללים הראייתיים הייחודיים לתחום עבירות המין ניכרות במיוחד בהקשרים של העדות הכבושה, הסתירות בעדות, ההתערבות הערעורית המוגבלת והזיכרונות המודחקים. למשל, הרטוריקה של הפסיקה בנושא העדות הכבושה הפכה פסיכולוגיסטית יותר ויותר עם תחילת שנות האלפיים. העדות הכבושה תוארה כ"דפוס", "תופעה נפוצה ומוכרת", "תופעה אופיינית לקורבנות מין בכלל, ולקטינים שהם קורבנות עבירות מין במשפחה, בפרט".¹⁵⁶ היינו, ההתייחסות אליה היא כסימפטום המאפיין את המנגנון הפסיכולוגי של קורבנות עבירות מין. על הסיבות לכבישת העדות נוספו גם "מנגנונים פסיכולוגיים מורכבים, לרבות הדחקה והכחשה".¹⁵⁷ לעומת עבירות אחרות שבהן נבחנת כבישת העדות מפרספקטיבה רציונלית, כשמדובר בעבירות מין, כפי שקובע בית המשפט העליון בע"פ 5582/09, "בתי המשפט הכירו בכך שהתנהגותם של נפגעי עבירות מין אינה ניתנת תמיד להימדד באמות מידה רציונאליות למתבונן מן החוץ".¹⁵⁸ כבישת העדות מתוארת לפרקים כחלק ממערך של התנהגויות לא רציונליות ואף "תמוהות", כשקורבן העבירה אף יכול להמשיך לחיות לצד התוקף ולגלות אליו חיבה.¹⁵⁹ כמו באשר לכבישת עדות, גם בנושא הסתירות הפכה הרטוריקה הפסיקתית בשנות האלפיים לפסיכולוגיסטית יותר, כשבמרכזה מושג הטראומה והשלכותיו. כך כותבת השופטת ארבל בע"פ 6643/05:

בחלוף שנים מקרות טראומה מינית ממושכת, בפרט כשזו נחוות על-ידי מתלוננת רכה בשנים, עשויים אירועים מסוימים להיחזק כבהירות במוחה, ואחרים להתעמעם או להישכח מלבה, ללא קשר לחומרתם האובייקטיבית או לסדר הכרונולוגי שבו התרחשו. על השופט היושב בדין לבחון האם חרף הקשיים בעדות, ומה שנראה כבלבול, חוסר בהירות וחוסר אחידות, ניתן לתחם מתוך הדברים סיפור ברור ורציף שיש בו כדי לתאר את הטראומה הקשה שהייתה מנת חלקה. במקרה שכזה, אין בסתירות לבדן כדי לפגוע בהכרח במהימנות העדות או כדי להטיל ספק בגרסה.¹⁶⁰

לדברים אלה הקדימה השופטת ארבל דיון בטרומות הנפשיות המייחדות את נפגעי עבירות המין. היא מצטטת את הפסיכיאטרית ג'ודית הרמן, שלפיה מתקיים "עימות בין הרצון

156 ע"פ 150/09, לעיל ה"ש 90, פס' 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

157 ע"פ 9478/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 4.9.2014). ראו גם עניין דניאל, לעיל ה"ש 134, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.

158 ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 82, פס' 87 לפסק דינו של השופט עמית.

159 שם.

160 ע"פ 6643/05, לעיל ה"ש 147, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ארבל. דברים ברוח דומה כתבה השופטת ברלינר בע"פ 9806/05 פלוני נ' מ"י, פס' 3–4 לפסק דינה של השופטת ברילנר (פורסם בנבו, 8.1.2007).

משפטים נ"ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

להכחיש מעשים נוראיים ובין הרצון להכריז עליהם בקול רם, וקובעת כי לכן קורבנות רבים מספרים את סיפורם באופן קטוע ורצוף סתירות.¹⁶¹ בע"פ 2353/08 מוסיף השופט עמית, שבכתיבתו, כמו בזו של השופט ארבל, שזורים מונחים מתחום בריאות הנפש ואסמכתאות של ספרות מדעית מתחום זה, כי גם מעדים רגילים אין ציפייה שיזכרו פרטי פרטים מאירועים שהתרחשו לפני שנים, והדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר בקורבנות עבירות מין:

על אחת כמה וכמה לגבי נפגעות גילוי עריות, שנעזרות במגוון רחב של תגובות ניתוק (דיסוציאציה) ושל הגנות נפשיות כדי לחסום את דרכה של חווית ההתעללות אל התודעה והזיכרון – ראו שרונה שוורצברג ואלי זומר "חשיפת הסוד: גורמים מעודדים ומעכבים את גילוי סוד הפגיעה בקרב קורבנות התעללות מינית בילדות" בספר הסוד ושברו: סוגיות בגילוי עריות (צביה זליגמן וזהבה סולומון עורכות, הוצאת הקיבוץ המאוחד, מרכז אדלר, ואוניברסיטת ת"א, 2004), 82, 88 (להלן: הסוד ושברו).¹⁶²

הכללים החדשים נועדו להתגבר על תפיסות של הנשים כלא אמינות בשל מבנה נפשי מעורער. עם זאת הפסיקה המאפשרת קביעת מהימנות של נשים מתלוננות חרף סתירות או בלבול מסרטט דמות נשית שצולקה נפשית ללא תקומה. דוגמה לעניין היא קביעתה של השופטת ארבל ש"נפגעים אלו סובלים פעמים רבות מטראומות נפשיות מכבידות השולחות גרורותיהן גם על הודעותיהם במשטרה ועל עדויותיהם בבית המשפט", המשתמשת במטפורה של גידול ממאיר לתיאור הטראומה של הפגיעה המינית. גם ההתערבות המוגבלת של ערכאת הערעור בקביעות הערכאה הדיונית נקשרה לטראומה של הקורבנות. בלשונו של השופט דנציגר:

בעבירות אלה, מעצם טיבן, עוסקת העדות בנושא שהוא טראומטי ואינטימי כאחד, ולפיכך מתעורר לעתים קושי במתן עדות ברורה ורהוטה. בנסיבות כאלה, הטון, אופן הדיבור, שפת הגוף, וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן, מקבלים משקל חשוב עוד יותר.¹⁶³

כשהיטות העדות נפגעת ברישומה של הטראומה, הביטויים הלא-מילוליים, כמו שפת גוף, טון וכיוצ"ב, מקבלים חשיבות יתרה בהערכת מהימנות העד. ההלכה באשר לזיכרונות המודחקים היא מקרה מובהק של ניתוח שהטראומה במרכזו, שכן האפשרות לקבוע עובדות על סמך זיכרונות שצצו לאחר שנים מתבססת על תאוריה פסיכולוגית שלפיה טראומה הייתה הגורם להדחקה.

161 ע"פ 6643/05, לעיל ה"ש 147, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל.

162 ע"פ 2353/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 7.12.2009). לסקירת ספרות על סיבות שונות להשפעה של טראומה האנוס על עקיבות בזיכרון ובהחלטות ראו SMITH, לעיל ה"ש 49, בעמ' 70.

163 ראו עניין אטיאס, לעיל ה"ש 98, פס' 92 לפסק דינו של השופט דנציגר.

המאמר אינו מתווכח עם העמדה הנורמטיבית שלפיה ההכרה בטראומה מאפשרת לבית המשפט לבחון ברגישות רבה יותר את עדותן של נפגעות ולהתמודד באופן ראוי יותר עם בעיות של בלבול וחוסר עקיבות בעדותן. לא למותר להזכיר, בהתייחס לקישור שבין טראומה לאונס, כי הדיון במאמר הוא ברמה מטא-נורמטיבית, היינו השיח הנורמטיבי עצמו הוא מושא הבדיקה, ובהקשר תת-פרק זה, המאמר מבקש לתהות על המשמעויות התרבותיות של מרכזיות מושג הטראומה בתפיסת עבירת האונס.

הדומיננטיות של השיח הפסיכולוגיסטי גובלת לעיתים בהתייחסות להנחות הפסיכולוגיסטיות כידע שגור ומובן מאליו. כפי שהודגם לעיל, לעיתים השופטים אינם מסתפקים בהישענות על עדים מומחים אלא כותבים כמומחים בעצמם, כאשר הם מצטיינים ישירות מתוך ספרות מקצועית ומשתמשים בז'רגון פסיכולוגי כאילו מונחים כמו "הדחקה" או "דיסוציאציה" הם מובנים מאליהם.¹⁶⁴ בכך לכאורה השופטים חורגים מהגבולות המקובלים של "הידיעה השיפוטית".¹⁶⁵

נראה כי הדימוי הסטראוטיפי של האישה כנוטה לפתולוגיה נפשית שרד את הרפורמות בדין אך עבר מטמורפוזה. בעבר הייתה תדמית זו של הנשים עילה לחוסר אמון בתלונות על אונס. בשונה מזה, בפסיקה הישראלית הנוכחית הפתולוגיה הנפשית מתוארת כתוצאה של האונס, ולכן קיומה נתפס כמבסס מהימנות התלונה דווקא ולא כמקור לתלונות שווא. מה שנשאר קבוע הוא ראיית הקורבן, שסטראוטיפית מזוהה עם האישה/הילדה כדמות פגועה נפשית, לעיתים אף "ללא מרפא".¹⁶⁶

אין כוונת דברים אלה להמעיט בעוצמת הטראומה הנפשית שיכולה להיגרם לקורבנות עבירות מין. עם זאת אין לצפות כי כל הקורבנות יגיבו תגובה אחת. בהקשר זה ניתן לדלות תובנות מהביקורת הפמיניסטית הנוגעת לשימוש השיפוטי ב"סינדרום האישה המוכה". לפי טענה זו, כאשר בתי המשפט התוודעו לדפוס שפיתחו חוקרות פמיניסטיות, הם החלו להשתמש בו כאילו אין בלתו: כאילו במשפחה שבה הגבר אינו מכה, מחזר ושוב מכה – אין

164 ראו למשל הקביעה השיפוטית שנפגעות גילוי עריות "נעזרות במגוון רחב של תגובות ניתוק (דיסוציאציה) ושל הגנות נפשיות כדי לחסום את דרכה של חווית ההתעללות אל התודעה והזיכרון", בע"פ 2353/08, לעיל ה"ש 162, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית. כן ראו תע"א (אזורי ת"א) 8377/05 פלוגית – אלמונית, פס' 20–21 לפסק דין (פורסם בנבו, 17.4.2012), שם מצוטטים פרויד וחוקרת התרבות קתי קארות כאסמכתה לקיום הדחקה ודיסוציאציה. לדוגמה נוספת לציטוטים ישירים מספרות פסיכולוגית, ראו ע"פ 4721/99, לעיל ה"ש 88, בעמ' 692.

165 הידיעה השיפוטית כוללת עובדות שהן נחלת הכלל, והיא יכולה לכלול גם עובדות הניתנות לבירור מידי באמצעות עיון במקורות מוסמכים שאינם שנויים במחלוקת ובספרות מדעית בסיסית שהעיון בה אינו מצריך הכשרה. לעומת זאת, "ידע אישי" כולל מקורות מדעיים שללא התמחות והכשרה הולמת מסוכן להשתמש בו. ראו ע"א 941/05 אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון נ' חברת הכרם בע"מ, פ"ד סא(3) 350, פס' 32 לפסק דינה של השופטת ברלינר (2006); יעקב קדמי על הראיות חלק שני 644 (2003); אליהו הרנון דיני ראיות חלק שני 45 (1977); אליהו הרנון "הפעלת הידיעה השיפוטית – אימתי וכיצד" עיוני משפט ד 5, 8 (1974).

166 ע"פ 9675/08, לעיל ה"ש 87, פס' 48 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

אלימות, וכאילו שאישה שאינה שבויה בסנדרום כזה – אינה מוכה. התוצאה היא השתקה של נשים מוכות שאינן תואמות את הדפוס המצופה וחיזוק סטראוטיפים.¹⁶⁷ דוגמה למקרה שבו לא ניתן אמון בגרסת המתלוננת על שלא הפגינה סימני טראומה נמצאת בע"פ 6304/11. באותו מקרה הייתה המתלוננת קטינה שתיארה בפני חוקרת הילדים עבירות מין שביצע בה בן זוגה של אימה.¹⁶⁸ הנאשם זוכה לאחר שחוקרת הילדים ובית המשפט המחוזי התקשו לקבוע ממצאים ברורים על מהימנות המתלוננת משום שתגובותיה לא הראו כי היא מדברת על חוויה טראומטית. הילדה מתוארת כמי שמגוללת את הדברים בנינוחות וללא התרגשות, "כאילו היא מדברת על מזג האוויר", ארשת פניה עניינית ואדישה, והיא לא הזילה דמעה או הפגינה תגובה רגשית אחרת.¹⁶⁹ בדעת רוב החליט בית המשפט העליון שלא להתערב בתוצאה. השופט ארבל, בדעת מיעוט, סברה כי לא זו בלבד שהתנהגות הקטינה אינה סותרת את הציפיות מקורבנות עבירות מין, אלא היא אף מתיישבת עימן. את דבריה מבססת השופטת ארבל על ציטוט מדברי פרופ' זומר בנייר עמדה שהגיש למועצה הלאומית לשלום הילד, שם טען כי קיהיון וצפייה מבחוץ הם תגובות אפשריות אצל נפגעי עבירות מין.¹⁷⁰ הדעות השונות שבפסק הדין מעוררות שאלות. אם אכן אין תגובה סטנדרטית המצופה מנפגעי עבירות מין, מדוע ניתן רגשי או אדישות פוגעים במהימנות? ואם גם תגובה אדישה וגם תגובה רגשית הן תגובות אפשריות, כיצד זה תוכל הערכאה הדינית לדלות "אותות אמת" משפת הגוף או מהביטוי הרגשי של המתלוננים? במילים אחרות, אם כל תגובה רגשית מאששת את הפגיעה המינית, מה יכולה להיות התגובה שתשמש להפרכה?

אין אני מבקשת לטעון כי הפסיקה מגלה חוסר אמון כלפי מתלוננות מן הטעם שלא לקו בטרומה או בפוסט-טרומה. מטרה היא להצביע על כשלים לוגיים שעלולים לנבוע מהמרכזיות של הטרומה בנרטיב האינוס. כשל אחד עלול להתקיים בעניינן של קורבנות שסיפורן חורג מהדפוס. אם טראומה נתפסת כאלמנט מתבקש, אזי קורבנות שלא לקו בנוזק נפשי חמור מהתקיפה המינית עלולים להיחשב לא מהימנים. אם זיכרון מקוטע ומשובש נתפס כסימפטום מתבקש של טראומה מינית, אז דווקא העדות הרהוטה והקוהרנטית יכולה לעורר ספקות. כשל פוטנציאלי מסוג שונה טמון בטענה כי זיכרון משובש, מקוטע, הדרגתי או מאוחר מעיד על אמינות התלונה. כך למשל העידה עדה מומחית מטעם תביעה בתיק שעניינו עבירות מין במשפחה, כי "דווקא העובדה שהמתלוננת מתארת תרחישים שיש בהם כדי להטיל ספק בדבריה מהווה אינדיקציה לכך שאינה משקרת".¹⁷¹ עמדה זו לא התקבלה בבית המשפט, אך עצם העובדה שעדה מומחית מעלה טענה מסוג זה מרמזת על הטיה לוגית אפשרית.

167 ראו ליאורה בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלילים 5, 38–39 (1997). אני מודה לקוראת האנונימית/ת על תובנה זו.

168 ע"פ 6304/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.9.2012).

169 שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט סולברג. ראיות נוספות באותו מקרה היו הודאות של הנאשם בפני שני מתנדבים של המשמר האזרחי. ראיות אלה נפסלו בשל פגמים שנפלו בתיעודן.

170 שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ארבל.

171 עניין שמואל, לעיל ה"ש 108, פס' 34 לפסק דינו של השופט עמית.

קיים פרדוקס בזה שהדומיננטיות של השיח הפסיכולוגיסטי וההתייחסות המכלילה לנפגעות כמצולקות נפשית תומכות במשתמע ובמרומז בהמשך הדרישה לראיות מחזקות לעדות המתלוננת גם לאחר הביטול הפורמלי של דרישת הסיוע. הרי אם המתלוננת נתפסת כמעוררת בעת שהיא מעידה (למשל בשל מצב של פוסט-טראומה), מוטב שיהיו ראיות נוספות מלבד גרסתה, גם אם אין דרישה פורמלית לכך.

(ב) ראייה נפקדת-נוכחת: המקרה של דרישת הסיוע

המקרה של דרישת הסיוע, המגלמת חשש מממן אמון במתלוננות, מדגים כי גם כלל שבוטל יכול להמשיך ולרחף מעל הוכחת עבירות אינוס בישראל. זכר בולט לקיומה של דרישת הסיוע בישראל מצוי בסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות, המאפשר להרשיע נאשם בעבירת מין על פי עדות יחידה של הקורבן, בכפוף לכך שבית המשפט יפרט בהכרעת דינו את הנימוקים לכך. החשש כי דרישת ההנמקה הקבועה בסעיף 54א(א) מנציחה את הדעות הקדומות על נשים כמעלילות הועלה כבר לפני שנים.¹⁷² בוועדת אלוני נשמעו דעות שונות בדבר הצורך לשנות את דרישת הסיוע – החל מביטולה וכלה בשימורה ודרך הצעות ביניים כמו דרישת תוספת ראייתית רק לעניין היסוד העובדתי אך לא לעניין זהות האנס.¹⁷³ לאחר שוועדת אלוני הציעה להמיר את דרישת הסיוע ב"דבר מה", התריעה ניצה שפירא-ליבאי כי מקור הדרישה לתוספות ראייתיות נעוץ במיתוסים בנוגע לחוסר המהימנות הנשי. לעמדתה, גם תוספת ראייתית קלה יותר מסוג "דבר מה" אינה מוצדקת.¹⁷⁴ אכן ייתכן כי נוסחו הנוכחי

172 ראו מרין, לעיל ה"ש 26, בעמ' 125; צפורה האופטמן "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות" מעמד האיש בחברה ובמשפט 189, 210–212 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

173 כך למשל גבריאלי בך, פרקליט המדינה דאז, הציע כי ניתן להסתפק בעדות המתלוננת לשאלה של זהות האנס, אך אם השאלה השנייה במחלוקת היא עצם קרות העבירה, יהיה צורך בחיזוק. לעניין שינוי הטיפול במקרי אונס ראו פרוטוקול ישיבה מס' 15 של הוועדה המשותפת (חוקה, חוק ומשפט, פנים ואיכות הסביבה), הכנסת ה-9, 3 (7.3.1978); "היועץ המשפטי מינה צוות לבדוק נושא האונס" דבר 14.11.1977, 6; עו"ד יהודית קרפ ממשרד המשפטים, שעמדה בראש צוות שהקים פרקליט המדינה לבחינת עבירת האינוס, הציעה כי עדות המתלוננת אינה טעונה סיוע, אך בית המשפט לא ירשיע על סמך עדותה בלבד אלא אם מצא בחומר הראיות דבר המחזק את גרסתה בדבר ביצוע העבירה. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 17 של הוועדה המשותפת (חוקה, חוק ומשפט, פנים ואיכות הסביבה), הכנסת ה-9, 7 (21.3.1978). לשכת עורכי הדין הציעה להשאיר את דרישת הסיוע "במלוא נוקשותה" באשר לעבירות מין בילדים, להשאיר את דרישת הסיוע באשר לעצם ביצוע המעשה והסכמת הקורבן, ולבטל את דרישת הסיוע באשר לזהות העברייני (שם, בעמ' 8). חברת הוועדה, ח"כ שטרן-קטן, הציעה לאפשר למתלוננת להיעזר בבדיקת פוליגרף (שם, בעמ' 7). חבר הוועדה, ח"כ וירשובסקי, תמך בדעת מיעוט בעמדה שכל עדויות הקטינים דורשות סיוע (לא רק כאלה המוגשות באמצעות חוקר ילדים). ראו פרוטוקול ישיבה מס' 18 של הוועדה המשותפת (חוקה, חוק ומשפט, פנים ואיכות הסביבה), הכנסת ה-9, 2 (4.4.1978); מעניינת מאוד הנמקתו של בך בשלב מוקדם יחסית בדיונים על כך שלא ראוי לבטל את דרישת הסיוע מהטעם של חשש לפגיעה בבחורה. לטענתו, כך יגיעו לדיון תיקים של מילה כנגד מילה, ואז אם גבר שטען שהבחורה הסכימה יצא זכאי, "אז כל הסביבה אומרת שהיא הסכימה. הפגיעה בשם הטוב והבושה יהיו עוד הרבה יותר גדולים מאשר במצב שכולם יודעים שאי אפשר להגיש את המשפט". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 2 של הוועדה המשותפת (חוקה, חוק ומשפט, פנים ואיכות הסביבה), הכנסת ה-9, 5 (22.11.1977).

174 ראו שפירא-ליבאי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 426–427.

משפטים נ"ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

של ס' 54א(ב) הושפע מביקורת זו, והוא מייצג פשרה פוליטית בין העמדות השונות. האופטמן גרסה כי דרישת ההנמקה אף מחזקת את ההפליה בכך שקבעה אותה בחוק במקום בכלל פסיקתי. התופעה של המשך דרישה לראיות מחזקות ומסייעות גם לאחר ביטול הדרישה החוקית לראיית "סיוע" מוכרת גם במדינות אחרות, כולל מקומות שבהם בוטלה דרישת הסיוע לחלוטין.¹⁷⁵

ההנמקה צריכה להתמודד עם כל אלמנט שיקשה לתת אמון בעדות ולהינתן לכל אחד מן האישומים.¹⁷⁶ די במהימנות העדות למילוי דרישת ההנמקה, אך ככל שהקשיים בנושא העדות רציניים יותר, נדרשת הנמקה בעוצמה גבוהה יותר.¹⁷⁷

לפיכך תכופות מתבססת ההנמקה על ראיות מחזקות חיצוניות לעדות הקורבן, כמו למשל סימנים של קשירה על ידי המתלוננת ומצבה הנפשי לאחר האירוע.¹⁷⁸ במקרה אחר היו הסימנים מצב נפשי ירוד, בכי היסטרי, תלונה מיידית, ממצאי DNA, חבלות ופלטי טלפון.¹⁷⁹ ובמקרה נוסף: מצב נפשי ותלונה מיידית.¹⁸⁰ לא אחת מציין בית המשפט כי ראיות אלו אף מגיעות לכדי "סיוע".¹⁸¹ כך נשארת דרישת הסיוע נוכחת בדין חרף ביטולה הרשמי, או למצער נותר ערוץ פתוח המאפשר "לייבא" את הסטראוטיפים והדעות הקדומות שהיו טמונים בדרישת הסיוע.

בהתחשב בכך כי ממילא מצופה משופטים לנמק את פסקי דינם, נמתחה על דרישת ההנמקה ביקורת על היותה מיותרת לכאורה.¹⁸² סטרשנוב הסב את תשומת הלב לכך כי בניגוד להוראות חוק אחרות, ס' 54א(ב) אף אינו דורש כי ההסתפקות בעדות יחידה תהיה "מנימוקים מיוחדים שיירשמו".¹⁸³ השופט שטיין גורס כי מטרת דרישת ההנמקה היא "לאפשר לערכאת הערעור להעמיד את הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית בבדיקה מקיפה, העולה על הרגיל, ובהתעורר צורך בכך, אף בבדיקת עומק – כל זאת, כדי לוודא שהתשתית הראייתית שעל בסיסה הורשע הנאשם היא תשתית מוצקה

175 ראו Kathy Mack, *Continuing Barriers to Women's Credibility: A Feminist Perspective on the Proof Process*, 4 CRIM. L. F. 327, 340–348 (1993); Fiona E. Raitt, *Gender Bias in the Hearsay Rule*, in FEMINIST PERSPECTIVES ON EVIDENCE 65 (Mary Childs & Louise Ellison eds., 2000).

176 ע"פ 4930/07 טולדו נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 10.12.2009); ע"פ 7462/05, לעיל ה"ש 146, פס' 22 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר וההפניות המובאות שם.

177 עניין טולדו, שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט גובראן והפסיקה המאוזכרת שם; ע"פ 9930/06, לעיל ה"ש 41, פס' 11–12 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר והפסיקה המאוזכרת שם.

178 ע"פ 2289/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.5.2013).

179 ראו עניין נור, לעיל ה"ש 93.

180 ע"פ 2470/15, לעיל ה"ש 95, פס' 26–27, 47–48 לפסק דינו של השופט שהם (שאומנם מותיר בצריך עיון את שאלת מיידיות התלונה כסיוע, אך בעצם צעד זה מותיר את דוקטרינת התלונה המידית תלויה ועומדת).

181 ראו עניין נור, לעיל ה"ש 93, בעמ' 234; ע"פ 819/96 גואטה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 315, 326 (1997); עניין טולדו, לעיל ה"ש 176, פס' 25 לפסק דינו של השופט גובראן; עניין ניימן, לעיל ה"ש 98, פס' 43–44 לפסק דינו של השופט שהם.

182 ראו סלטו, לעיל ה"ש 134, בעמ' 160; סטרשנוב, לעיל ה"ש 58, בעמ' 266–268.

183 שם, בעמ' 268.

המוכיחה מעבר לכל ספק סביר כי הלה אכן ביצע את העבירות שבהן הורשע.¹⁸⁴ לכך אפשר להשיב שממילא בית המשפט צריך לבסס את הכרעותיו בפלילים על תשתית ראייתית מוצקה וברמת הוכחה של מעבר לספק סביר.¹⁸⁵

באותה פרשה יוחסו למערער שלושה אישומים. אשר לראשון, שעניינו מעשה מגונה בקטינה, הראיות כללו את דברי הקטינה לחוקרת הילדים, את עדות חוקרת הילדים, את עדותה של אם הקטינה ואת עדות דודתה של הקטינה, ולכן לא התעוררה השאלה של הרשעה על סמך עדות יחידה. האישום השני והשלישי ייחסו למערער עבירה של מעשה מגונה בפומבי ועבירה של מעשה מגונה באדם אחר. אשר לאישומים אלה הראיה היחידה הייתה עדות אימה של הקטינה, והרשעה על סמך עדות יחידה של נפגע העבירה דורשת הנמקה. שלושת שופטי הערעור הסכימו כי ההרשעה הנוגעת למעשה המגונה בקטינה צריכה לעמוד על כנה, אולם הדעות נחלקו בדבר האישום השני והשלישי. השופט שטיין הצביע על פער בין גרסת הילדה לגרסת האם, שהוסיפה פרטים שהילדה לא סיפרה עליהם. לפיכך, לשיטתו, אשר לעדותה מתעורר חשש של העצמה של חומרת מעשי המערער וסילוף.¹⁸⁶ השופט שטיין קבע כי אין בהנמקת בית משפט קמא להסיר את החששות, ולפיכך יש לזכות את המערער מהאישום השני והשלישי. השופט סולברג, שכתב את דעת הרוב, קבע כי הנמקתו של בית משפט קמא מספקת. הוא גרס כי דרישת ההנמקה נובעת מאותו רציונל שעליו נשענה בעבר דרישת הסיוע, החשש מפני עדות שלא ניתן להזימה, בשל העובדה כי עבירות המין מתרחשות בצנעה.¹⁸⁷ הנמקתו מהדהדת את אותו רציונל שניסח מת"ו הייל במאה השבע-עשרה. ואם אכן אותו רציונל הניב את דרישת הסיוע ודרישת ההנמקה, הרי שאותם חששות שעוררה דרישת הסיוע עשויים להתעורר בשל דרישת ההנמקה. הרי אין מדובר כאן בכלל ראיית המתייחס לכלל העבירות המתרחשות בצנעה, אלא בכלל ייחודי המביע הסתייגות ביחס למהימנות העדות של נפגעי עבירות מין. המשמעות של כלל הסיוע הייתה כי גם אם מאמינים לנפגעת העבירה אמון מלא, בית המשפט אינו יכול לבסס הרשעה על גרסתה. לעומת זאת אם לא האמינו למתלוננת, ממילא היה אפשר לזכות גם בלי להידרש לנושא הסיוע. ההנמקה שבאה חלף דרישת הסיוע נועדה להקל ביסוס הרשעה על סמך עדותם של מתלוננים מהימנים. מטרת דרישת ההנמקה לא הייתה להקשות על זיכוי במקרה שהמתלונן אינו מהימן. השופט שטיין, שסבר כי המתלוננת באישום השני והשלישי אינה מהימנה, ישב כשופט בערעור, ולכן נדרש להתייחס לדיון של הערכאה הדיונית בנושא ההנמקה. אולם כאשר הערכאה הדיונית היא שאינה רוחשת אמון לעדה, מבחינה פורמלית ניתן להסתפק בקביעה זו על מנת לקבוע כי התוצאה צריכה להיות זיכוי, ואין צורך להידרש לשאלת ההנמקה. לעומת זאת, מתן אמון בעדות המתלוננת מחייב הנמקה. מידת האמון שניתן לרחוש לעדות, לא אחת, קשורה בקיום תימוכין נוספים לעדות המתלוננת, והתוצאה היא שבפועל בתי המשפט מבקשים נימוקים נוספים על מתן אמון בעדות.

184 ע"פ 6808/18 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 15 (פורסם בנבו, 16.5.2019) (ההדגשות הוספו – א"ד).

185 סלטו, לעיל ה"ש 134, בעמ' 160.

186 ע"פ 6808/18, לעיל ה"ש 184, פס' 22 לפסק דינו של השופט שטיין.

187 שם, פס' 25 לפסק דינו של השופט סולברג.

בית המשפט העליון אומנם קבע בכמה וכמה פסקי דין כי די במתן אמון כדי למלא אחר דרישת ההנמקה, אך בפועל פסקי הדין הללו מפרטים תוספות ראייתיות התומכות בעדות המתלוננות. כך נפסק, כבר בשנת 1988, בעניין גנדור, שדי לתת אמון מלא ומפורש בגרסת הקורבן, ובד בבד נקבע כי יש בתיק תוספות ראייתיות העולות כדי "סיוע", הכוללות את "מצבה הנפשי ואת הופעתה הנרגשת והפרועה בעת הגשת התלונה במשטרה, וכאמור לעיל, באלה היה כדי לספק את דרישת הסיוע (בעבר) ובוודאי יש בהם כדי לספק את דרישת ההנמקה דהיום (וכל זאת בנוסף ליתר הראיות הנסיבתיות כגון תלונתה, אף כי המקוטעת, של המתלוננת בפני שכנתה, ואי האמון שהשופט ייחס לעדות המערער)".¹⁸⁸ בע"פ 9902/04 פסק בית המשפט כי די במתן אמון מלא ומפורש למילוי דרישת ההנמקה, אך ציין חיזוקים חשובים כמו עדויות העובדים הסוציאליים על מצבן הנפשי של המתלוננות ותיאורים המחזקים את גרסאותיהן, וכן ראיות מסוג "מעשים דומים".¹⁸⁹ בע"פ 7082/09 חזר בית המשפט על שדי באמון המוחלט שבית המשפט נותן לעדות המתלונן, אך ציין קיומו של חיזוק בדבר ראיות המתייחסות למצבה הנפשי של הקטינה מפי האם, מפי חוקרת הילדים, מפי מנהלת בית הספר שבו למדה הקטינה ומפי הפסיכולוגית שליוותה אותה לאחר חשיפת האירועים.¹⁹⁰

דרישה קפדנית יותר לסטנדרט ההנמקה משמיע השופט שטיין בחוות דעת המיעוט שלו שהוזכרה לעיל, בקובעו כי חובת ההנמקה הקבועה בס' 54א(ב) לפקודת הראיות משמעה שהערכאה הדיונית צריכה להתייחס "התייחסות פרטנית לכל עמימות או סתירה אשר עשויות להטיל ספק ביחס לאמינותה של עדות הנפגע מעבירת מין ולכל קושי אחר שעולה מעדות כאמור – כל אימת שמדובר בעדות יחידה". השופט שטיין מוסיף, כי בעבירות מין לא ניתן להסתפק בהנמקה כללית מסוג "אני מאמין לעד התביעה ולא מאמין לנאשם".¹⁹¹ כן קובע השופט שטיין כי אם הערכאה הדיונית קבעה ממצאים על סמך עדות יחידה של נפגע עבירות מין, תהא לערכאת הערעור יכולת התערבות גדולה מהרגיל בנוגע להנמקה, כדי למזער את הסיכון להרשעת חפים מפשע.¹⁹²

נראה כי למרות ההצהרות שדי במתן אמון במתלוננים, בפועל ממשיכים בתי המשפט להדגיש את חשיבות התוספות הראייתיות. נוסף על זה, המקום המרכזי שתופסת ההסתמכות על סימפטומים שונים של טראומה שהפגינה הקורבן עולה בקנה אחד עם התמדתן של תפיסות של "פתולוגיה נשית". הצימוד בין הטראומה למהימנות הוא מורכב. מצד אחד, בניגוד לתפיסות עבר, הסימפטומטולוגיה הטראומטית נתפסת כאישוש לפגיעה ולא כסיבה לפקפק במהימנות הנשית. מצד אחר, הקורבן הטיפוסי ממשיך להצטייר כדמות פתולוגית הדורשת הצבת תמרורי אזהרה ראייתיים ייחודיים כגון דרישת ההנמקה.

188 ע"פ 288/88 גנדור נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4), 45, 50 (1988).

189 ע"פ 9902/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 19–21 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 16.7.2007).

190 ע"פ 7082/09 פלוני נ' מדינת ישראל פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 10.3.2011).

191 ע"פ 6808/18 לעיל ה"ש 184, פס' 15.

192 שם, פס' 56.

מיתוסים אינם משוואה מתמטית. הערוצים שבהם הם פועלים יכולים להיות מפותלים ומתנגשים. הכללים הראייתיים המתוקנים נועדו להיאבק במיתוסים שעניינם הפתולוגיה הנשית המניבה תלונות שווא, הקיימים בבסיס חוסר האמון בסיפורם של מתלוננים בעבירות מין. מיתוסים אלה יכולים להמשיך ולהשפיע גם באמצעות כלל משפטי שבוטל, כמו במקרה של ראיית הסיוע, כאשר בפועל הפסיקה ממשיכה להתייחס אליו ולמדוד את הראיות לפי קנה מידה זה. כשההנמקה מייצגת סטנדרט למדידת תלונות על עבירות מין שהוא קפדני מזה שלפיו נמדדות תלונות על עבירות אחרות, מונצחים גם הרציונליים המיתיים שבבסיס הכלל.

2. התמדת תפיסות של תסריט "האונס האמיתי"

חלק ניכר מן הרפורמות נועד למיגור התפיסה הפרוטוטיפית של "האונס האמיתי": נערה תמימה וחסרת ניסיון מותקפת בידי אנס זר ופתולוגי ("הגברתן הפסיכופת" או "הזר הקופץ מן השיחים"). הרפורמות כללו הסדרים ראייתיים המכירים באפשרות של תקיפה מינית גם כאשר מדובר בקורבן בעל ניסיון מיני והתנהגות "מתירנית" וגם בין מכרים ואפילו בין בני זוג. בתי המשפט מראים מודעות לביקורת הפמיניסטית, הקרימינולוגית והמשפטית שלפיה מרבית מקרי האונס מבוצעים דווקא בידי מכרים, תרחיש המכונה בספרות *rape date*.¹⁹³ המונח *rape date* אף מצוין מפורשות בפסיקת בית המשפט העליון.¹⁹⁴ ההכרה בכך שעבר מיני אינו הופך את הקורבן לאובייקט מיני מותר התבטאה בהגבלת האפשרות לחקור מתלוננים על עברם המיני. השינוי העיקרי שחוללו הרפורמות באשר לתסריט "האונס האמיתי" הוא בתחום של עבירות המין המבוצעות בילדים במסגרת המשפחה. שינויים בדין המהותי והפרוצדורלי הקלו בירור מקרים של תקיפה מינית בתוך המשפחה, והתרחיש שלפיו אב אנס את בתו הקטינה כבר אינו נתפס כהזוי אלא כאפשרות מתקבלת על הדעת. הרפורמות הראייתיות הן חשובות, אך גם הן מכילות מנגנונים המשמרים אלמנטים מתסריט "האונס האמיתי", הן בהצגת התוקף כדמות פתולוגית וסוטה (מה שמבנה את עבירות המין כבעיה אינדיבידואלית, נטולת הקשר חברתי-תרבותי) והן בהבניית הדמות של

193 לריכוז נתונים מחקריים על שיעורי התקיפה המינית בין מכרים ראו דנה פוגין "ברצון שניהם ובשמחתם" – אינוס בידי בן זוג והתוויית גבולות המשפט הפלילי בחברה משתנה" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 501, 522 (2007). מחקרם של פינקל (Finkel) ואח' מצא כי נרטיב האונס הרווח ביותר בקרב הנבדקים, סטודנטים אמריקאים, היה של *date rape*, וכי התרחיש של אונס בידי זר ניצב במקום השני. ראו Norman J. Finkel & Jennifer L. Groscup, *Crime Prototypes, Objective Versus Subjective Culpability, and a Commonsense Balance*, 21 LAW & HUM. BEHAV. 209, 224 (1997).

194 עניין קצב, לעיל ה"ש 130, פס' 155 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור; ע"פ 1933/14, לעיל ה"ש 98, פס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן, פס' ג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין; עניין טולדו, לעיל ה"ש 176, פס' 12 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר; ע"פ 130/04 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 4.7.2005); עניין שרחה, לעיל ה"ש 94, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו. במחקר אנגלי נמצא שינוי דומה, כאשר מושבעי-דמה היו ערים לכך שמקרי אונס נפוצים בקרב מכרים, ועם זאת החזיקו באמונות בנוגע למיתוסי אונס אחרים. ראו Louise Ellison & Vanessa E. Munro, *Better the Devil You Know? 'Real Rape' Stereotypes and the Relevance of a Previous Relationship in (Mock) Juror Deliberations*, 17 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 299 (2013).

משפטים נ"ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

הקורבן הפרוטוטיפי כתמימה ונטולת ניסיון מיני (דבר המנציח את ההתכחשות לריבוי מקרי התקיפה המינית בין מכרים).¹⁹⁵

(א) מנגנונים להנצחת דמות האנס כאישיות פתולוגית

במסגרת הרפורמות נעשו מאמצים גדולים להביא לרהביליטציה של הקורבן, ואילו דימוי האנס כאינדיוידואל חולה הנגוע בפתולוגיה המגדירה את אישיותו נותר על כנו. הצגת הנאשם כ"פסיכופת" עדיין מסייעת לביסוס הטענה כי מדובר ב"אנוס אמיתי". המחשה טובה לכך ניתן למצוא בעניין דניאל, שאליו אידרש ביתר הרחבה בהמשך הדברים. הצדדים לאותו הליך היו חברים באותה קבוצת לימוד סגורה. בית המשפט העליון קבע כי המתלוננות טוו עלילת אונס בהשתמשן במלוא ה"קטלוג" של האלמנטים המאפיינים מתלוננות בעבירות מין.¹⁹⁶ ב"קטלוג" שמתאר בית המשפט העליון אפשר לכלול אלמנט נוסף, המתייחס לגבר שעליו נסבה התלונה: תיאורו כ"פסיכופת". כך אישרה אחת המתלוננות כי בטרם התלונה למשטרה דנה הקבוצה בצורך "להחדיר את המוטיב הזה שאורי דניאל הוא פסיכופט". מתלוננת אחרת הסבירה את התפתחות גרסתה, בין היתר באומרה ש"יש לי בראש תמונה של פסיכופט מול העיניים". מנהיגת הקבוצה פרסמה בבלוג שלה רשומה שכותרתה: "זהירות, פסיכופט לפניך". חבר אחר בקבוצה תיאר אותו כ"אדם דמגוג, ברמה פסיכופטית". חברת קבוצה שהיא גם פסיכולוגית אמרה "בהגדרה שלי הטיפוסים האלה מוגדרים פסיכופטים [...] רק פסיכופט מתנהג ככה".¹⁹⁷

הגדרת האנס כאינדיוידואל חולה מבססת תפיסה של אונס כפונקצייה של פתולוגיה אישית ואירוע שאינו חלק ממבנה הכוח החברתי. כשרואים באנס מפלצת (וכך מישוה שנתפס כ"נחמד" אינו יכול להיות אנס), זהו מיתוס אונס המוציא מקרים רבים מהגדרת העבירה.¹⁹⁸ כשמוסיפים לראות באנס "פסיכופת" מחמיצים לחלוטין את הביקורת הפמיניסטית הממקמת את האנס על רצף של נורמליות גברית הבנויה על שליטה במיניות האשה.¹⁹⁹

הגלגול החדש והמפותח של האנס הזר המתנפל על קורבן תמים וחסר ישע מתגלם בדמות סוטה המין, שמסוכנותו מתוארת במונחים של דיאגנוזה רפואית-פסיכיאטרית. הדברים נכונים שבעתיים כאשר מדובר במי שניתן לתייגו בסיווג רפואי של פדופיל. כמוסבר לעיל, בתחום עבירות המין הגבול בין עדות שיטה לבין מעשים דומים היטשטש. אם בעבר הכלל הברור היה שמטרת עדות השיטה היא להוכיח את היסוד העובדתי באמצעות הדגמת מידת דמיון רבה בין המעשים המיוחסים לנאשם בכתב האישום

195 לסרטוט דמות "הקורבן הסביר" בתיקי אונס והטרדה מינית ראו דפנה ברק-ארו "האשה הסבירה" פלילים 115 ו 126-130 (התשנ"ח).

196 עניין דניאל, לעיל ה"ש 134, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

197 שם, פס' 16, 41, 54.

198 SMITH, לעיל ה"ש 49, בעמ' 55.

199 פוגץ', לעיל ה"ש 193, בעמ' 528; CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW 86-87 (1987); CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 135-136 (1989); SUSAN BROWNMILLER, AGAINST OUR WILL: MEN, WOMEN, AND RAPE 15 (1975).

לראיות אחרות, ובעוד הגשת ראיות מסוג מעשים דומים נועדה לשלול טענה על היעדר מחשבה פלילית, בפסיקה העכשווית ניתן למצוא שימוש במעשים דומים גם לצורך הוכחת היסוד העובדתי, למשל בע"פ 3215/07, שבו יוחסו לנאשם עבירות מין מרובות בשתי אחיותיו, במשך תקופה שהתפרסה על שתיים-עשרה שנים. כן העידו במשפט שתי אחיות נוספות ועוד אח של הנאשם, על עבירות מין שביצע בהם ושלא נכללו בכתב האישום, מטעמי התיישנות. בית המשפט אפשר לקבל את עדויות האחיות האחרות על מעשים שהנאשם ביצע בהן ושלא נכללו בכתב האישום, להוכחת היסוד העובדתי של העבירות שבוצעו במתלוננות, בנמקו כדלקמן:

בענייננו, הואשם המערער בביצוע עבירות מין באחיותיו הקטנות. מדובר במעשים המצויים בנוף הקשה ביותר של עבירות המין, בתחום המצומצם יותר של גילוי עריות בין אח לאחיותיו, החותרים תחת טבעו הבסיסי ביותר של האדם. חריגות זו של המעשים שיוחסו למערער מעניקה משנה תוקף לראיות אודות מעשים מיניים אותם ביצע המערער ביתר אחיותיו ואחיו. לכך מצטרפים יתר קווי הדמיון בין המעשים, ובהם גילם של קורבנותיו, מעברו מקורבן לקורבן, ועלייתו במדרג העבירות שביצע בהם בהתבגרם.

תוקף ראייתי משמעותי זה מביא לכך שיש לראות בעדויות הנוגעות לעבירות מין אותן ביצע המערער באחיותיו ואחיו משום ראיות קבילות בדבר "מעשים דומים", החורגות מעצם הצבעה על נטייתו של המערער לבצע עבירות מסוג זה, ואשר נפקותן גוברת על החשש שהן מקימות מפני יצירת דעה מוקדמת כנגדו. משכך, צדק בית המשפט המחוזי משאפשר את שמיעתן.²⁰⁰

על פי הנמקה זו, הרי שככלל לא תתאפשר הצגת ראיות על מעשים דומים המצביעים על נטיית הנאשם לביצוע עבירות מסוג זה, ומה שאפשר את הצגת הראיות במקרה דנן היה ה"חריגות" של מעשה גילוי העריות. הנכונות להשתמש בראיות של מעשים קודמים לביסוס הרשעה נובעת מתפיסות של האנס כשונה וכמובחן ממי שמבצע עבירות מסוגים אחרים, ושל האונס כמעשה נדיר.²⁰¹ בד בבד חלה שחיקה במשמעות המושג של עדות שיטה כאשר מתקבלים כראיה מסוג זה גם מעשים שאינם כה ייחודיים. דוגמאות לכך ניתן למצוא במקרה של סב שהורשע בביצוע עבירות מין בנכדתו, ושבמשפט נגדו הובאו כראיה עדויות שביצע עבירות מין דומות בילדות נוספות שהתארחו בביתו – שתיים שהן קרובות משפחה ואחת שהייתה חברתה של הנכדה²⁰² – או של דוד שביצע עבירות מין בשתי אחייניותיו, שם נקבע שדי בקווי דמיון כלליים כדי לבסס עדות שיטה.²⁰³ דוגמה מובהקת אחרת היא במקרה שבו קבע בית המשפט קיומו של דמיון מוחשי בין שני מקרים שבשניהם דובר בהיכרות קודמת,

200 ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 26–27 (פורסם בנבו, 4.8.2008).

201 Orenstein, לעיל ה"ש 113, בעמ' 693.

202 ע"פ 4327/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.6.2013).

203 ע"פ 7247/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 45 (פורסם בנבו, 9.12.2015).

משפטים נ"ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

אם כי לא ברמה זוהי, ושכללו החדרת אצבעות לאיבר המין ונשיקות באיבר המין.²⁰⁴ כפי שניתן להתרשם, אף שקיים דמיון בין המקרים השונים, מעשים אלו אינם נושאים "חותם" ייחודי של המבצע. התוצאה מהאפשרות להציג גם מעשים מעין אלה כעדות שיטה היא התרחבות קטגוריית "האנסים הפתולוגיים", שהם אלמנט בסיסי במיתוס המסורתי של "אנוס אמיתי".

התסריט הגנרי של "אנוס אמיתי" עשוי בתבנית סיפור כיפה אדומה – ילדה תמימה שזאב טורף אורב לה בין עצי היער. בגרסת המאה העשרים ואחת הזאב הוא הפדופיל, והיער יכול להיות וירטואלי, כפי שהתנסח השופט עמית, בהתייחסו לעבירות מין מקוונות בקטנים: "כפה אדומה כבר אינה מסתובבת ביער שורץ זאבים, היא משוטטת במרחב האינטרנטי, שם אורבים לה ציידים וטורפים מסוג אחר".²⁰⁵

מנגנון נוסף המדגיש את הפתולוגיה של האנס הוא הקוד הסמוי שלפיו, כהגדרת פוגץ': "אנוס בידי בן זוג אינו חמור בדיוק כמו כל אנוס אחר, למעט אם מלווה באלמנטים".²⁰⁶ לכאורה הפסיקה זנחה עמדה זו זה מכבר. השופט לוי מתח ביקורת על סטנדרט ענישה שלפיו מקרה אנוס בידי זר חמור מזה המבוצע בידי מכר, באומרו:

מיעוטם של מעשי אינוס עונים לתסריט "טיפוסי" כביכול, בו תוקף זר מגיח מבין הצללים ותוקף באלמנט ובכוח את קורבנו; מרביתם המכריע של מעשי אינוס מתרחשים דווקא בין אנשים המקיימים היכרות מוקדמת – בני זוג, ידידים ובני משפחה, וכפיית המעשה אינה מתבצעת תמיד אגב שימוש באלמנט פיזית. הנה כי כן, אבחנה אקסיומטית בין "טיפוסי" אנוס לעניינה של ענישה לא זו בלבד שחוטאת היא לערכים הקבועים בלב-לבו של האיסור הפלילי על אינוס, אלא נמצאת חוטאת למציאות-חייהן של מרביתן המכריעה של קורבנות עבירה זו.²⁰⁷

204 ע"פ 7269/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' כ לפסק דינו של השופט (כתארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.2.2012).

205 בש"פ 2065/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 4 (פורסם בנבו, 22.3.2013). משפט ציורי זה צוטט בכמה וכמה פסקי דין של בית המשפט העליון ובבתי משפט מחוזיים. ראו גם האופטמן, לעיל ה"ש 172, בעמ' 214. דוגמה נוספת ניתן לראות בטיעונים לעונש של הפרקליטה במקרה שבו הורשע הנאשם בסדרת עבירות מין מקוונות בקטניות, ולפיהם: "המאשימה מכנה את הנאשם כ'טורף' אשר שיחר לפתח קורבנותיו ומבקשת לשגר מסר לעבריינים פוטנציאליים נוספים לאור ריבוי העבירות מסוג זה לעת האחרונה. המאשימה מבקשת שלא ליתן משקל מיוחד לעובדה שהנאשם נעדר עבר פלילי וסבורה שדווקא נאשמים המכונים 'נורמטיביים', כגון הנאשם, מסוכנים עוד יותר בהיבט של עבירות מחשב כגון אלו, שכן הם אינם מעוררים את חשדם של הסובבים, וכך מתאפשר להם לבצע את העבירות". תפ"ח (מחוזי חי') 9232-07-15 מדינת ישראל נ' טמסוט, פס' 17 (פורסם בנבו, 28.3.2016), כמו הזאב בסיפור כיפה אדומה מדובר ב"טורף" מסוג מתעתע. כפי שהסבתא היא למעשה זאב בתחפושת, כך גם החזות הנורמטיבית של הנאשם היא בגדר כינוי ותו לא.

206 פוגץ', לעיל ה"ש 193, בעמ' 540.

207 ע"פ 130/04, לעיל ה"ש 194, פס' 6. לפי נתוני איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות תקיפה מינית ולנפגעי תקיפה מינית בישראל דו"ח שנתי 2018: מציאות מטרידה – 20 שנה לחוק למניעת הטרדה מינית 20, 23 (2018) <http://bit.ly/2E1LlyJ> (להלן: דו"ח שנתי 2018), הכוללים סטטיסטיקה באשר לפניות

פוגין' מסכימה כי המיתוס של האנס הזר והפסיכופת נשחק, אך קובעת שלא נעלם כליל.²⁰⁸ חרף ההכרה בפוגענות של אונס בידי מכר או בן זוג, גם ללא שימוש באלמות פיזית, המיתוסים הישנים עדיין מקננים אצל רבים מאנשי מערכת אכיפת החוק, טוענת פוגין, מפרקליטים המגישים כתב אישום רק כשיש אלימות פיזית, ועד לשופטים שאינם מכירים בנזקים נפשיים כגורם המצדיק החמרה בענישה.²⁰⁹ תמיכה לדבריה נמצאת במחקרן של נגבי וברנבלום, שלפיו הענישה הממוצעת המוטלת על גברים שאנסו את נשותיהן קלה מזו המוטלת על כלל האנסים.²¹⁰

בחינת כמה וכמה פסקי דין שבהם חזרו בתי המשפט על שאין להבחין ברמת ענישה בין אונס ברוטלי בידי זר לבין אונס בין מכרים, מעלה כי רבות מהפרשיות הנדונות של אונס בת זוג אכן אופיינו באלמות. כך השופט פוגלמן:

בע"פ 1933/14 הנזכר לעיל הזדמן לי להתייחס לטענה בדבר הצורך להבחין ברמת הענישה בין אונס המתבצע באופן "ברוטלי ואכזרי", שבו תוקף העברייני קורבן תמים – זר לחלוטין – ובו הוא מבצע את זממו באלמות, בכוחניות ובאכזריות, לבין אונס בין שני אנשים הקרובים זה לזה, אנשים שמכירים האחד את השני ושמנהלים מערכת יחסים שבמסגרתה הם מקיימים יחסי מין בהסכמה עד למועד ביצוע העבירה. ציינתי כי אין בעובדה שלמערער ולמתלוננת ישנו עבר מיני משותף בהסכמה כדי להשליך על חומרת המעשים שנעשו שלא מרצונו החופשי של הקורבן. וכפי שהסברתי שם:

"משחלפו השנים והשתנו העתים, דומה כי שוב אין מקום להבחנה קטגורית גורפת בהקשר זה. לעניין גזירת עונשו של עברייני שהורשע באינוס, אין נפקא מינה אם הכיר את קורבנו עובר לביצוע העבירה אם לאו. הבחנה זו איננה קובעת את חומרת המעשים, וכפועל יוצא אין בה כדי לשנות לעניין העונש. חלף כך, יש לבחון את חומרת העבירה בכל מקרה לגופו ובהתאם לנסיבות העניין" (שם, פסקה 25; וראו גם דבריו של השופט א' א' לוי בע"פ 130/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 6 (פורסם בנבו 4.7.2005)).

למרכזי הסיוע כאשר מדובר בנשים ובגברים שנפגעו בבגרותם: 5.5% מהמקרים הם בגדר גילוי עריות, 8.6% הם מקרים של אונס בידי זר, וכל היתר, רובן המכריע של התקיפות המיניות, הן בידי מכרים (בן זוג נוכחי או לשעבר – 14.3%, יחסי עבודה או צבא – 35.1%, ידיד, מכר או שכן – 18.5%, פגישה עיוורת (בליינד דייט) או היכרות באינטרנט – 5.5%, סמכות דתית/רוחנית – 1%, מטפל – 3.5%, מרצה/מורה/מדריך/בעל מרות – 2.2%, נותן שירותים – 6.2%).

208 פוגין, לעיל ה"ש 193, בעמ' 539.

209 שם, בעמ' 540.

210 נגבי וברנבלום, לעיל ה"ש 61, בעמ' 225.

והדברים יפים גם לעניין שלפנינו, שבו כפה עצמו המערער על המתלוננת –
זוגתו – תוך שהוא מתעלם מהיעדר הסכמתה לקיום היחסים האנאליים.²¹¹

באותו מקרה נדון עניינו גבר שכפה על זוגתו יחסי מין אנאליים בכוח, בגורמו כאבים ודימום, איים שיהרוג אותה והפר צו הרחקה. המקרה האחר המוזכר במובאה דלעיל עניינו גבר שאילץ בת זוג לשעבר לבצע מעשים מיניים באיומים כי יפגע ביקרים לה אם תסרב, ושבו פיו הגדיר עצמו באוזני המתלוננת כ"מפלצת". בע"פ 4213/15 חוזר בית המשפט על כך שרוב מקרי האנוס מתבצעים בין מכרים, וכי כפיית המעשה יכולה להתבצע ללא שימוש בכוח פיזי. עם זאת באותו מקרה דובר בגבר יהודי חרדי שכפה על אשתו אקטים מיניים בזמן נידה, בכוח, ובשלב מסוים אף כיסה פניה בכרית עד שחששה לחייה.²¹² גם בע"פ 5828/13, שדוחה את ערעורו של גבר שהורשע באנוס אשתו, חוזר בית המשפט העליון על התובנה שרוב מעשי האינוס מתבצעים בין מכרים, לא בהכרח באלימות, ואינם תואמים את התסריט ה"טיפוסי" של הזר האלים. באותו מקרה היה בן הזוג נשא HIV שאנס את אשתו בהשתמשו בכוח פיזי ובהתעלמות מסירובה.²¹³ במקרה נוסף שבו ציין בית המשפט העליון כי ההיכרות המוקדמת אינה מפחיתה בחומרת העבירה נדחה ערעורו של גבר שהורשע בביצוע עבירות מין בידדה בהשתמשו בכוח פיזי, כשהוא מאיים עליה לחתוך אותה, מנופף לעברה בבקבוק וודקה, וממשיכו נגרמו לה חבלות ושטפי דם.²¹⁴ בכל המקרים הללו נותר שריד בולט מהתסריט ה"טיפוסי": השימוש באלימות. למרות ההכרה בשכיחות האנוס בין בני זוג, הנאשמים בתיקים הללו מצטיירים כדמויות פתולוגיות, מי שאינם משתייכים לנורמליות. הנתונים שבידי אינם מאפשרים לתהות על קנקנם של התיקים ש"סוננו" ולא הגיעו לדיון משפטי ולבחון אם התוקפים בתיקים הללו מצטיירים כ"נורמליים" יחסית. מכל מקום, רצף זה של תיקי אינוס בין מכרים שבו מודגשות האלימות והפתולוגיה של התוקף, מעורר תהייה אם ליד ההכרה בהיתכנות של אנוס בין מכרים ואפילו בין בני זוג נשואים, המקרים מעוררי האמון, שמבשילים לידי כתב אישום והרשעה, הם עדיין אלו הנוטים להכיל את האלמנט של התוקף הפתולוגי.

(ב) מנגנונים להנצחת דימוי "הקורבן האמיתי" כתמימה וחסרת ניסיון מיני
תסריט "האנוס האמיתי" משתמר גם בעזרת מנגנונים ראייתיים המבנים את הדמות המכונה בספרות "הקורבן האידיאלי", היינו הקורבן שמאפייניו נתפסים כטיפוסיים לאנוס "אמיתי". האפשרות לחקור מתלוננת על עבר מיני קיפלה הנחה כי "היא בטח רצתה את זה", או שהביאה על עצמה את מה שקרה, ולפיכך, כך משתמע, אינה "קורבן אמיתי". חוסר האמון גובר כשסיפורה של המתלוננת חורג מהתסריט התרבותי הפרוטוטיפי של "אנוס אמיתי".²¹⁵

211 ע"פ 5203/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 28 (פורסם בנבו, 23.6.2016).

212 ע"פ 4213/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.3.2016).

213 ע"פ 5823/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.6.2015).

214 ע"פ 8031/13 שדרין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.7.2015).

215 כפי שהמשיגה זאת אסטרך (Estrich), הטוענת שהאנוס של "הזר הקופץ מהשיחים" זוכה להתייחסות רצינית בהרבה מאנוס המבוצע בידי מכר. ראו ESTRICH, לעיל ה"ש 20; Orenstein, לעיל ה"ש 113, בעמ' 677, 682.

גם לאחר הרפורמות לא פסה האפשרות להטיל ספק בסיפורם של קורבנות בעלי עבר מיני. למשל, לכלל החקוק האוסר לחקור עדים על עבר מיני קיים סייג שלפיו בית משפט יתיר לחקור בנושא אם ראה "מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין".²¹⁶ מדובר בשיקול דעת רחב המאפשר להתייחס לסיטואציות מגוונות כמו הוכחת תלונות כוזבות קודמות של המתלוננת והרגלים מיניים של הקורבן (פרקטיקות סאדו-מזוכיסטיות, יחסי מין קבוצתיים וכו').²¹⁷ זאת לשם שלילת הטענה שלא ייתכן שהקורבן הסכים מרצונו לאקטים מסוג זה, הוכחת מניע של הקורבן לשקר או הסברת ידע מיני אצל הקורבן-הילד.²¹⁸

כלל זה זכה לביקורת על יישום קלוש בפרקטיקה השיפוטית. השופט הנדל ציין מגמה כללית של רפורמות המחזקות את מעמד נפגעי העבירה, אך סייג את הדברים באמרו: "חוששני כי הניסיון המשפטי מלמד כי דווקא בסוגיה משפטית אחת שנוגעת לנפגעי עבירות מין, סעיף חוק שנחקק לפני שנים לא מעטות טרם השתרש כראוי בשיטתנו המשפטית".²¹⁹ השופט הנדל מתאר כי מטרת החקיקה בשנת 1988 שבמסגרת תיקון 22 לחוק העונשין אימצה את סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, הייתה לעקור את הפרקטיקה הנעוצה במיתוסי מין של האשמת הקורבן, של חקירת נפגעות עבירה על התנהגותה, לבושה ואורחותיה המיניות כדי להסיק מכך על הסכמתה למקרה הנדון.²²⁰ נקודת המוצא היא כי החקירה בדבר עבר מיני אסורה, והחקירה היא בגדר חריג, במצב שבו איסור החקירה יגרום לנאשם עיוות דין. השופט הנדל מציע כי נוסף על איסור על חקירה בדבר עבר מיני במהלך המשפט ראוי להחיל מגבלה דומה על חקירה במשטרה (בשימוש בהוראת סעיף 13 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 שנועד להגן משאלות פוגעניות נטולות צורך חקירתי, כולל בנושא עבר מיני).²²¹ השופט הנדל קובע כי "הפסיקה לא הרבתה להתייחס לסעיף 2א [...] ואף קשה לאתר ניתוח פסיקתי אודות סעיף 13", וכי ראוי להקפיד שסעיפים אלו "לא יהיו בגדר הלכה ואין מורים כן".²²²

נראה כי אף שחלפו עשרות שנים מאז קבלת הכלל האוסר חקירה על עבר מיני בשנת 1982, עדיין נחקרות מתלוננות, לרבות קטינות, על עבר מיני. למשל, במקרה של תקיפה מינית של נערה בת שש-עשרה וחצי הסובלת מבעיות נפשיות, הותרה חקירתה על עבר מיני הכולל קיום יחסי מין לא מוגנים החל מגיל 14, מערכות יחסים בעלות אופי סאדו-מזוכיסטי

216 ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין.

217 מחקר על הפסיקה הקנדית בנושא איסור חקירת מתלוננים על עבר מיני מצא כי יישום הסעיף מושפע מתפיסות שופטים על מיניות ומגדר. ראו Elaine Craig, Section 276 Misconstrued: The Failure to Properly Interpret and Apply Canada's Rape Shield Provisions, 94 CAN. B. REV. 45 (2016). דוגמה לפרשנויות שונות ניתן למצוא במקרה שבו נחלקו דעות השופטים באשר לקבילות המידע כי הנאשם והמתלוננת היו "ידידים עם הטבות" (על פי דעת הרוב המידע לא קביל ועלול להניב מסקנות החוטאות בהנחות המיתיות שיש ברקע זה ללמד על הסכמה, או להשליך השלכות שליליות על מהימנות המתלוננת). ראו R. v. Goldfinch, 2019 S.C.C. 38 (Can.).

218 Orenstein, לעיל ה"ש 113, בעמ' 418-419.

219 ע"פ 9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 16.4.2012).

220 שם, פס' 2.

221 שם, פס' 3.

222 שם, פס' 4, 6.

משפטים נ"ת ש"ף הוכחת עבירת האינוס : האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

עם גברים בשנות ה-20 וה-30, לעיתים עבור תמורה.²²³ השופטת ברון מזכירה כי הרציונל לכלל הוא חוסר הרלוונטיות של העבר המיני וההשלכות המביכות של חקירה מסוג זה על הקורבן, שהופך ממאשים לנאשם. היא מביעה ספק אם המקרה דנן שייך לאותם "מקרים חריגים" שבהם תותר חקירה על עבר מיני, שהרי אף אם מדובר במתלוננת "פתיינית", כטענת המערער, אין לכך השלכה על קיום יסודות העבירה, והיסטוריה מינית אינה מעידה על הסכמה במקרה מסוים.²²⁴ חזרה על מסרים אלו בבית המשפט העליון מעידה על התמדתה של התופעה בערכאות הדיוניות.²²⁵ הערות ביקורתיות כגון אלו של השופטים הנדל וברון מדגימות כי אומנם קיימים כלל משפטי ברור האוסר על חקירת מתלוננים על עברם המיני ואמירה ברורה של בית המשפט העליון בדבר הרציונל שמאחוריו, אך הפרקטיקה טרם הטמיעה את הכלל.

חיפוש פסיקה על סעיף 2א, המגביל את האפשרות לחקור את הקורבן על עבר מיני, מניב תוצאות דלות ביותר. העובדה שלא התפתח גוף של פסיקה על יישום הסעיף ומהות שיקול הדעת השיפוטי בהפעלת הסייג של חשש לעיוות דין, מרמזת גם היא על היעדר שימוש נרחב בסעיף. יוצא מכלל זה תחום אחד שבו ניכרת מגמה של התפתחות פסיקה הנוגעת לכלל הקבוע בס' 2א: בקשות לעיון בחומר חקירה. פסיקה מתפתחת זו מתייחסת לשיקולים הרלוונטיים בעיון בחומרי חקירה שיש בהם לחשוף את עברה המיני של המתלוננת, כאשר הרציונל של הסעיף הוא שיקול המגביל מסירת החומר להגנה.²²⁶ עם זאת נקבע כי האיוון בין האינטרסים שונה כאשר מדובר בבקשות לחומר חקירה, כיוון שיתכן שחומר ראייתי יוגדר חומר חקירה אף אם אין הנאשם רשאי להשתמש בו ישירות להגנתו לפי דיני הראיות.²²⁷

לקבלת תמונה מלאה חשוב לשים לב לכך כי גם כשמתקבלות ראיות על עברה המיני של המתלוננת אין הדבר בהכרח פוגם במהימנותה. למשל, בתיק של אינוס בנסיבות מחמירות שנידון בבית המשפט המחוזי בת"א העידה חברתה של המתלוננת, בין היתר, כי "היא לא בחורה שצריך לאנוס אותה", והמתלוננת עצמה סיפרה בבית המשפט על עברה המיני. במקרה זה השתמש בית המשפט בכלל האוסר על חקירה על עבר מיני שלא על מנת לסנן את האמרות מן הפרוטוקול אלא על מנת לקבוע שאין בהן להשפיע על הערכת מהימנותה.²²⁸ דוגמה זו ממחישה כי למרות האפשרות לסייג את הכלל באמצעות חריג או לעוקפו, יש לו ערך ביצירת שינוי.

223 ע"פ 842/14 שרעבי נ' מדינת ישראל, פס' 8, 21 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 7.2.2017).

224 שם, פס' 42.

225 ראו למשל דברי השופט עמית בעניין דניאל, לעיל ה"ש 134, פס' 45 לפסק דינו; דברי השופט מינץ בע"פ 9741/16 אסלן נ' מדינת ישראל, פס' 17 (פורסם בנבו, 19.7.2018).

226 בע"ח (מחוזי ת"א) 35570-01-19 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 14 (פורסם בנבו, 25.3.2019); ע"פ 3600/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 87 (פורסם בנבו, 20.6.2019); בש"פ 2463/17 עבדאללה נ' מדינת ישראל, פס' 8 (פורסם בנבו, 3.4.2017).

227 ערעור (ערעורים צה"ל) 77/16 סמל ר' י' א' נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 7 (פורסם בנבו, 16.8.2016).

228 תפ"ח (מחוזי ת"א) 4080/98 מדינת ישראל נ' וחיד, פס' 47 לפסק דינו של השופט טימן (פורסם בנבו, 31.1.2001).

עם זאת אפילו היו מקפידים במחוזותינו על האיסור לחקור קורבן על עבר מיני, היה ניתן להתגבר עליו בעזרת שימוש בתבניות לשוניות ותרבותיות המטמיעות תפיסות מיתיות של "אונס אמיתי".²²⁹ התבניות התרבותיות המרמזות על היות המתלוננת "מופקרת" כוללות לא רק עבר מיני אלא גם התנהגויות אחרות של "ילדה רעה". במקרה שבו הורשע הנאשם באינוס ובמעשה סדום בקטינה שהסיע בטרמפ, נחקרה הנערה על כך שהסכימה לעלות לטרמפ, עישנה סיגריות, שתתה אלכוהול ושוחחה "בקלילות", ונשאלה מדוע לא ברחה מהרכב. חוקר המשטרה אף שאל את הנערה אם היא בתולה.²³⁰ בעשור השני של המאה העשרים ואחת, שלושים שנה לאחר קבלת כלל האוסר על חקירה על עבר מיני, עדיין הייתה השופטת ארבל צריכה להזכיר כי "העובדה שנערה עוצרת טרמפ בלילה משוחחת ומדברת בקלילות ומעשנת סיגריות אינה עילה להפכה לטרף קל".²³¹ הסתייגויות דומות השמיע השופט עמית על "טקטיקה שנועדה 'להכתים' את המתלוננת ב'מיניות' או 'פריצות'", וזאת בהצגת ראיות שלפיהן הנערה, מהמגזר החרדי, ניהלה שיחות טלפון עם גבר המבוגר ממנה בארבע שנים, וכי העלתה לחשבון האינסטגרם שלה תמונת 'סלפי' שבה היא משרכבת שפתיה לנשיקה וירטואלית.²³²

מאמר זה עוסק בסוגיות ראייתיות ולא בדין המהותי, אך אי אפשר להתעלם מהשיזור התרבותי של יסוד ההסכמה שנמצא בליבה של ההגדרה הנוכחית של עבירת האינוס, כאשר בחורות שנתפסות כבעלות התנהגות משוחררת נחשדות כמי שהסכימו למין.

ההתנהגויות של "הילדה הרעה" קשורות גם לתפיסות של הפתולוגיה הנשית, קלות דעת או הפקרות כמבטאות חוסר רציונליות. חוסר הרציונליות נמדד, לא אחת, לפי הסטייה מתסריט ה"אונס האמיתי" – המתלוננת שעלתה לטרמפ עם הנאשם, עלתה לדירתו לשתות אלכוהול, לא ניצלה הזדמנות להימלט – נתפסת כלא רציונלית. גם תפיסות אלו עדיין מבצבצות מבין השורות, אם כי כעת יהיה קשה למצוא בניסוח כמו זה שבפסק הדין המזכה בעניין פרג'ון משנת 1977 שלפיו: "בתי-המשפט הדגישו פעמים רבות שאשה, המתנגדת ברצינות לקיום מגע מיני עם גבר, נותנת ביטוי לכך בהתנהגותה ומנצלת הזדמנות ראשונה הניתנת לה כדי להסתלק או להזעיק עזרה. התנהגותה של המתלוננת בוודאי שאין בה כדי להראות שהתנגדה לקיום יחסי מין באותו לילה ולכן לא היה מקום להאמין לסיפורה, שנולד, כאמור, למעלה מיומיים אחרי כן".²³³

אך לעומת העבר, אז היה בהתנהגויות אלו כדי להעלות ספק בדבר יסוד הסכמתה ולהביא לזיכוי, הפסיקה של סוף המאה העשרים מגלה מודעות גוברת לכך שאין לפרש התנהגויות הנתפסות בעיני השופטים כלא רציונליות כהסכמה למין.²³⁴

229 תירוש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 583–584.

230 ראו ע"פ 9468/10, לעיל ה"ש 219, פס' 5, 10, 14 לפסק דינה של השופטת ארבל; פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל.

231 שם, פס' 26 לפסק דינה של השופטת ארבל.

232 ע"פ 4453/16 מדינת ישראל נ' פלוגי, פס' 9–10 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 20.7.2017).

233 עניין פרג'ון, לעיל ה"ש 76, בעמ' 224.

234 ראו הראל ווגנר, לעיל ה"ש 76, בעמ' 243, המזהים את פסק הדין בעניין בארי כאבן דרך חשובה. בשולי הדברים אציין כי היחס הכללי למיניות הוא של תחום לא רציונלי, וגם התנהגותם של הפוגעים מתוארת

משפטים נ"תש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

בית המשפט העליון קובע כי "אפילו במקום בהם סברו בתי המשפט כי התנהגותה של מתלוננת היא 'קלת דעת', 'מתירנית' או 'מזמינה' [...] הם לא נמנעו מהרשעה".²³⁵ אמירות אלה הן בגדר ניסיון מודע שלא לקבוע ממצאים של הסכמה על סמך מיתוסי אנוס. בה בעת אותה רטוריקה שיפוטית המדגישה אי-התחשבות בהתנהגותה של המתלוננת ומבססת הרשעה בעבירה חרף תיאור מפורש של התנהגותה ה"מתירנית", ממשיכה לשעתק דעות קדומות וציפיות בנוגע להתנהגות מינית של נשים.²³⁶ ניתן למצוא אזכורים רבים של ביקורת מוסרית על התנהגויות מתירניות. למשל, במקרה של בני הזוג שניהלו חיי מין שכללו משחקי שליטה והשפלה, כתב השופט רובינשטיין בפסק דין שהרשיע את הנאשם באונס חברתו לשעבר: "יתכנו דעות שונות על מתירנות כזאת או אחרת, אך אין גוף הזולת הפקר בשום פנים, תהא אשר תהא בחירתו באשר להתנהגותו ולחיו, ומכאן דרישת ההסכמה".²³⁷ דוגמה מובהקת אחרת נמצאת בפסק דין מחוזי משנת 1989 המקבל את גרסת המתלוננת ומרשיע את הנאשם באינוס חרף הוקעת התנהגותה כ"אילונית ומתירנית כפי שתהיה" וש"באוילותה כאילו נפלה לו למיטתו".²³⁸ העובדה כי ניתן למצוא המשכיות בצד שינוי אינה צריכה להפחית. אלמוג ויפת עומדות על התמדת הצימוד בין מיניות נשית ובושה חרף המהפכה הפמיניסטית והליברליזם.²³⁹ הפרקטיקה המשפטית נטועה בהקשר חברתי ותרבותי, ושינוי חקיקתי אינו יכול לעקור דפוסים תרבותיים בהינף קולמוס.

(ג) תסריט חדש של "אנוס אמיתי"

בד בבד עם שרידת המיתוס על "אנוס אמיתי" ככזה המבוצע בידי זר בנערה תמה, ניתן לזהות שינוי אחד ברור – עלייתו של תסריט תרבותי אלטרנטיבי ל"אנוס אמיתי". תסריט אחר של אנוס שכיח המתקבל על הדעת אינו בין זרים אלא דווקא בין הקרובים ביותר, בתוך המשפחה. על פי נרטיב זה, מי שמבצע את עבירות המין הוא האב,²⁴⁰ האב החורג,²⁴¹ הסב,²⁴² הדוד²⁴³ או האח,²⁴⁴ והקורבן הוא הילד, ובדרך כלל ילדה.²⁴⁵

ככזו שיכולה להיות לא רציונלית. ראו ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 82, פס' 87 לפסק דינו של השופט עמית.

235 עניין קצב, לעיל ה"ש 130, פס' 155 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור.

236 הראל ווגנר, לעיל ה"ש 76, בעמ' 248–250.

237 ע"פ 1933/14, לעיל ה"ש 98, פס' ה לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

238 עניין מסנר, לעיל ה"ש 76, בעמ' 460–461. לדוגמאות נוספות ראו האופטמן, לעיל ה"ש 172, בעמ' 230–232.

239 שולמית אלמוג וקארין כרמית יפת "מיניות מגדר ומשפט חלק א': בין כלכלת לקלקלת מין" משפטים מה 417, 385 (2015).

240 ע"פ 2353/08, לעיל ה"ש 162; ע"פ 241/03 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.2005); ע"פ 2524/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.10.2015); ע"פ 4466/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.1.2014).

241 ע"פ 5869/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.9.2009).

242 ע"פ 4327/12, לעיל ה"ש 202.

243 ע"פ 8347/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2016); ע"פ 2470/15, לעיל ה"ש 95; עניין גואטה, לעיל ה"ש 181; ע"פ 1647/17 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.1.2019); ע"פ 4751/17 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.7.2018).

244 ע"פ 483/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.1.2014).

קרובים אלו מנצלים את האמון ואת הקרבה ואת כוחם היחסי, ופגיעתם מתוארת כחמורה ביחס לפגיעות מיניות אחרות בשל העובדה שדווקא האדם הקרוב הפר את האמון. אב שביצע עבירות מין בבנותיו תואר כמי ש"מנצל את מרותו ואת פער הכוחות בינו לבין אשתו ומנצל את סמכותו ההורית כלפי בנותיו חסרות הישע. [...] עוצמת הפגיעה אף מוגברת בהשוואה לפגיעה מינית אחרת, דווקא בשל חווית הבגידה מצד האדם הקרוב והנוכח ביותר בחייה של הילדה הנפגעת".²⁴⁶ במקרה שבו אב לשישה הורשע בביצוע עבירות מין מרובות בשתיים מבנותיו, תוארו עבירות שנעשו "תוך ניצול הנסיבות המשפחתיות, התלות, הכפייה ופערי הכוחות בין הורים וילדיהם".²⁴⁷ העובדה שהמעשים בוצעו בקטינה במסגרת יחסי מרות בין הורה לבתו מקימה חזקה שהקטינה נמצאה במצב שבו לא היה באפשרותה להתנגד.²⁴⁸ לעיתים התלות מתוארת כקיצונית במיוחד, מה שמגביר את חומרת הניצול. כך כתב השופט רובינשטיין על אב שעלה ארצה עם ילדיו לאחר מות אשתו והורשע בשורת מעשי אינוס ומעשים מגונים בבתו: "הלב נכמר למקרא כתב האישום ורוב מלים למותר: ילדה יתומה מאם שנעקרה ממקומה הקודם, ותחת אשר יהיה לה אביה מגונן ומטפל, הפך אותה לשפחת מין".²⁴⁹ באותו מקרה תוארה הנערה כמי שלקתה בכל הסימפטומים של נפגעי גילוי עריות,²⁵⁰ היינו מקרה טיפוסי. גישה דומה ננקטה גם ביחס להורים חורגים, וניתן למצוא אמירות על שכיחותן של עבירות מסוג זה. כך, בפסק דין המתייחס לגבר שביצע עבירות מין בבתו החורגת כתב בית המשפט העליון כי "מעשיו של המערער חמורים הם, ולמגינת הלב אינם נדירים במחוזותינו. פעם אחר פעם מובאים בפני בתי המשפט סיפוריהם של מי שחוו התעללות חמורה בתוך ביתם-מבצרם, ודווקא על ידי מי שהופקדו על ביטחונם ושלומם".²⁵¹ הזדמנות לעבירות נשנות וחוזרות מאפשרת הקירבה במקרה של סב שנוהג לשמור על הנכדה כשההורים יוצאים,²⁵² או כשיש דוד הנוהג להתארח או לארח.²⁵³ לעיתים הדוד ממלא תפקיד תומך חשוב עד כדי כך שרואים בו אב.²⁵⁴ ניצול האמון ויחסי התלות בידי דמויות של מבוגרים בתא המשפחתי נתפס בפסיקה כנסיבה המצדיקה ענישה מחמירה במיוחד.²⁵⁵

מטבע הדברים הדמויות הסמכותיות בתא המשפחתי הן על פי רוב הורי המשפחה או הורים חורגים הזוכים לאמון ילדי המשפחה. אולם כאשר בן משפחה אחר זוכה למעמד דומה ומנצלו לשם פגיעה מינית בבן/בת משפחה, השיקולים שבבסיס הצורך בענישה

245 מנתוני דו"ח שנתי 2018 (לעיל ה"ש 207, בעמ' 20, 23), עולה כי 58% מהנפגעים הם קטינים, ו-42% בגירים. כאשר מדובר בילדים, ב-71% מן המקרים הפוגע הוא בן משפחה.

246 ע"פ 2353/08, לעיל ה"ש 162, פס' 24. ראו גם ע"פ 2599/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של השופט מינץ (פורסם בנבו, 14.1.2018).

247 ע"פ 241/03, לעיל ה"ש 240, פס' 10.

248 שם.

249 ע"פ 2524/14, לעיל ה"ש 240, פס' יד.

250 שם, פס' ו.

251 ע"פ 5869/07, לעיל ה"ש 241, פס' 24.

252 ע"פ 4327/12, לעיל ה"ש 202, פס' 37.

253 ע"פ 2470/15, לעיל ה"ש 95.

254 ראו עניין גואטה, לעיל ה"ש 181, פס' 1.

255 ע"פ 4528/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 36 לפסק דינו של השופט אלרון (פורסם בנבו, 16.6.2019).

משפטים נ"תש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

מחמירה ומרתיעה נותרים בעינם. גם אח שבני המשפחה מתארים אותו כדמות סמכותית, על רקע נוכחות הורית מצומצמת של אבי המשפחה החולה, נתפס כדמות סמכותית היכולה לנצל את מעמדה לשם פגיעה מינית.²⁵⁶ על פי השופט שטיין, דווקא עבירות מין במשפחה, ועבירות נגד קטינים בפרט, "הן עבירות של חדרי-חדרים, נגישות, קלות לביצוע וקשות לגילוי. מציאות זו מעצימה את תמריציהם של עברייני מין לממש את מאווייהם מעוררי הסלידה ולספק את יצריהם על ידי פגיעה בקטינים חסרי ישע".²⁵⁷

לפי נרטיב זה, המשפחה אינה חיק מגונן ותומך, אלא המקום האפל והמסוכן ביותר. את התסריט מתארת השופטת ארבל כדלקמן: "מדובר במעשים קשים ונוראים הנעשים בבית, במיטת ההורים, במקום שאמור להיות הבטוח והמגונן ביותר, במסווה של חבוק ואהבה, במעטפת של מסירות וחינוך למתן כבוד לאב המשפחה, לאחריות לשלמות התא המשפחתי. האב טווה קורי עכביש סביב כל אחת מבנותיו וקשר אותן אליו בקשר פתולוגי, מסוכן והרסני, באופן שאפשר לו לקבל סיפוק ליצריו האפלים".²⁵⁸ מעשים אלו מתוארים בידי השופטת ארבל כ"שכיחים". הנורמליות של המשפחה היא רק אשליה. עברו הימים שבהם שלטה בכיפה התזה הפרוידיאנית הרואה בדיווחים על גילוי עריות פנטזיה. התופעה של עבירות מין בקטינים ובתוך המשפחה בפרט מתוארת בבית המשפט העליון כ"חזון נפרץ",²⁵⁹ וככזו שמגיעה לפתחם של בתי המשפט "לעיתים מזומנות".²⁶⁰ הפתולוגיה אינה נדירה. אפילו מי שאינו סבור שנפל קורבן לעבירות מין יכול להיזכר בהמשך כי בוצעו בו עבירות מין, גם אם באיחור של שנים רבות.

בניתוח של עבירות המין במשפחה כגלגול חדש של המיתוס של תסריט "האנוס האמיתי" אין הכוונה להטיל ספק כלשהו בקיומה של התופעה או להפחית כחול זה בממדיה. הממד המיתי מתבטא בכך שבעת שתסריט מסוים נתפס כבלעדי וכאפשרות המציאותית המתקבלת על הדעת, נזנח העיסוק במציאות שבה מתקיימות סיטואציות נוספות ושכיחות של עבירות מין. בעבר נתפס התסריט של "הזר הקופץ מן השיחים" כתסריט ה"אמיתי" של אינוס, וסיפורים על אינוס בין מכרים לא התקבלו באמון. נראה כי כעת התחולל שינוי, ולא רק המשפט אלא גם הפסיכולוגיה, הפסיכיאטריה והתרבות הרחבה מכירים בכך כי גילוי העריות נפוץ מכפי שהיה נדמה בעבר.

ייתכן כי עליית התסריט האלטרנטיבי נעוצה בהשפעת ביקורת פמיניסטית על ההפרדה בין "אישי" ל"ציבורי", שלפיה עבירות בתוך המשפחה הוגדרו כנושא "אישי" שאל למשפט להתערב בו, וכך התאפשר לגברים להמשיך ולהתעלל בנשים ובילדים.²⁶¹ בתגובה לביקורת

256 שם.

257 ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 35 לפסק דינו של השופט שטיין (פורסם בנבו, 29.1.2019).

258 ע"פ 241/03, לעיל ה"ש 240, פס' 13.

259 ע"פ 5998/14 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 12 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 2.7.2015).

260 ע"פ 3648/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 15.9.2005).

261 CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 191 (1989); Ruth Gavison, *Feminism and the Public/Private Distinction*, 45 STAN. L. REV. 1 (1992); ליאור ברשק ודנה פוג'ן "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה בעקבות ע"פ 4596/98 פלוני נ' מדינת

העמיק המשפט אחיזתו בתוך המשפחה, ותחלואיה הפכו לחשופים יותר. כך החלה המדינה לגלות מעורבות בתחומים כמו תופעת "הנשים המוכות", הכאת ילדים או סרבנות הגט.²⁶² המאבק הפמיניסטי הביא למעורבות משפטית גוברת גם בתחום של עבירות המין במשפחה. המאבק הפמיניסטי חולל תמורות גם בשיח הפסיכולוגי בנשוא גילוי העריות. פורמלית המשפט הכיר באפשרות של גילוי עריות כבר לפני שנים רבות,²⁶³ אך הכללים הראייתיים, כגון דרישת הסיוע או דוקטרינת התלונה המיידית, סיכלו במידה רבה את האפשרות למצות את הדין עם מי שתקפו מינית ילדים בחיק המשפחה. כעת התפיסה היא כי מדובר בתסריט נפוץ. חלק התייחסות לתלונות על גילוי עריות כגילויים של פנטזיה, היסטוריה או נירוזה אחרת, הכתיבה הפסיכואנליטית הפמיניסטית אינה חולקת על מציאות של גילוי עריות ומרבה לדון בנושאים כטראומה, פוסט-טראומה, דיסוציאציה וזיכרונות מודחקים.²⁶⁴ ההסברים הפסיכואנליטיים הפמיניסטיים אינם נטולי מתחים. סתירה בולטת קיימת בין המשגת הטראומה כבעייה אינדיווידואלית של קורבן או משפחה מסוימת לבין תפיסה פמיניסטית המתמקדת במבני כוח חברתיים המכפיפים נשים וילדים. עם זאת המשותף לזרמים תאורטיים אלו הוא הנכונות לקבל דיווחים על גילוי עריות כמשקפי מציאות.

חלק נכבד מהשיח הפסיכואנליטי עסק בוויכוח סביב הזיכרונות המודחקים, אמיתותם והשאלה אם יש להבין אותם בהכרח כפשוטם.²⁶⁵ היו שטענו כי את הזיכרונות המודחקים יש לקרוא כחלק מגרסאות תרבותיים דומיננטיים, בעלי ביטוי בתרבות הפופולרית,²⁶⁶ או

ישראל "מחקרי משפט כ 7, 13–14 (2005); יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורונן פרי" עיוני משפט כח 871, 881 (2005).

262 שם, בעמ' 882. ביטון מתארת כי התגובה המדינית והעיסוק הציבורי בנושאים אלו הביאו לשינוי המוקד של הביקורת הפמיניסטית. אם בתחילה התמקדה הביקורת בהתעלמות מהסבל הנשי, בהמשך נמתחה ביקורת על כי הדגשת הפן החברתי-ציבורי של תופעת הנשים המוכות בא על חשבון שמיעת קולן הייחודי של הקורבנות, והביא לניסיון לקטלגן לתבניות מוגדרות במקום למציאת פתרונות אישיים וייחודיים.

263 באנגליה המודעות לניצול מיני של ילדים עלתה בסוף המאה התשע-עשרה בהקשר של זנות קטינים. האגודה נגד התאכזרות לילדים שקמה בשנת 1899 הסבה את תשומת הלב גם לניצול מיני בבית. בשנת 1908 הפך גילוי העריות לעבירה פלילית על ידי ה-Punishment of Incest Act, וגם אבות חורגים נכללו באיסור. דוח ממשלתי משנת 1925 בעניין ניצול מיני של קטינים קבע כי רבים מהמקרים אינם מדווחים או שאין ננקטים בהם הליכים משפטיים בשל קשיים ראייתיים, ובתיקים שמתנהלים שיעור הזיכוי גבוה מאוד. ראו Carol-Ann Hooper, *Child Sexual Abuse and the Regulation of Women: Variations On A Theme*, in *REGULATING WOMANHOOD* 56 (Carol Smart ed., 1992).

264 לפירוט של כותבות ראו Karlyn, לעיל ה"ש 139, בעמ' 75. מרכזית במיוחד היא ג'ודית לואיס הרמן טראומה והחלמה (1994).

265 SUE CAMPBELL, *RELATIONAL REMEMBERING: RETHINKING THE MEMORY WARS* 14, ראו 69–98 (2003); Janice Haaken, *The Recovery of Memory, Fantasy, and Desire: Feminist Approaches to Sexual Abuse and Psychic Trauma*, 21 SIGNS 1069, 1082 (1996).

266 Marita Sturken, *Narratives of Recovery: Repressed Memory as Cultural Memory*, in *ACTS OF MEMORY: CULTURAL RECALL IN THE PRESENT* 234 (Mieke Bal et al. eds., 1999). לפי Davis, שני המחנות הניצים בנושא הזיכרונות המודחקים מתקשים להשלים עם תפיסת הזיכרונות המודחקים כמטפורה. המאמינים בזיכרונות שגויים אינם מעוניינים בהסבר שלפיו ההאשמות בניצול

משפטים נ"ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האונס?

כתסמין תרבותי של חרדה ומתח.²⁶⁷ ואכן, הכרה גוברת בתסריט של אונס במשפחה כ"אונס אמיתי" קשורה גם לתמורה בייצוגים של תופעת גילוי העריות בתרבות הפופולרית. אפשר לומר כי תופעה זו, שהייתה מוכחשת במידה רבה, "יצאה מהארון" ועלתה לשיח בשלל תוכניות אירוח, סרטי קולנוע, סדרות טלוויזיה ובעיתונות.²⁶⁸

המחשה תיאטרלית להפיכתו של גילוי העריות לתסריט קונוונציונלי של עבירת מין ניתן למצוא בתיק שבו הואשם שחקן בעבירות מין כלפי נערות כשהציע להן חזרות לתפקידים פיקטיביים. באחד המקרים הציע לנערה תפקיד בסרט המבוסס על תסריט פרי עטו. התסריט (הפיקטיבי) עסק במשפחה שמתפתח בה קשר של גילוי עריות בין אב לבתו הקטינה לאחר מות האם בתאונה. ב"חזרות" גילם השחקן את האב והנערה את הבת. על מנת לבצע את המעשים המיניים בנערה יצק הנאשם את התפקידים לתסריט שיש לו קיום חברתי.²⁶⁹

ההכרה התרבותית בנרטיב של האונס במשפחה כ"אונס אמיתי" הופכת אותו לנקודת התייחסות והשוואה לתקיפות מיניות אחרות. למשל, במקרה שבו גבר ביצע עבירות מין בילדות שאינן קרובות משפחה, אך הוריהן היו חברים קרובים שלו, נקבע כי יש להתייחס לכבישת העדות "כאילו" נעשו המעשים בתוך המשפחה.²⁷⁰ בפרשה שהורשע בה גבר בן 63 בביצוע עבירות מין בשש קטינות ממשפחות מעוטות יכולת (החל מהטרדה מינית דרך מעשים מגונים וכלה במעשה אונס באחת מהן) נקבע כי פעל בדפוס שבו התחבר עם בני משפחותיהן עד כי "המתלוננות ראו במערער כדוד, אולי אפילו כדמות אב – הוא עזר להן, הסיע אותן, שימח אותן, בילה איתן ודאג להן".²⁷¹ במקרה שהורשע בו גבר בעבירות מין בבית של חברים, תיאר אותו פסק הדין כ"אבא שני", וכי יכולת ההתנגדות של הנערה הייתה חלשה, בהיות הנאשם "אדם מבוגר, סמכותי וקרוב, כמעין דוד".²⁷²

בעניין דניאל נידון עניינן של נשים שהשתייכו לקבוצת לימוד לפילוסופיה שבין חבריה התקיימו, לטענתן, יחסים היררכיים ו"מעין משפחתיים". הנשים האשימו את אחד החברים אשר בחלק מהתקופה היה לו מעמד נכבד בחבורה, בביצוע עבירות מין. בית המשפט העליון פסק כי מדובר בעלילת שווא שנחקקה בעזרת שימוש ב"קטלוג" המלא של האלמנטים שהפסיקה הגדירה כאופייניים לתלונות על עבירות מין.²⁷³ אחד מהאמצעים שנקטו המתלוננות היה אנלוגיה לתיקי עבירות אלימות או מין בתוך המשפחה. חלק מהמערערת ביקשו במפורש להשוות את המקרה למקרה של עבירות מין במשפחה או

מיני מעידות על בעיות משפחתיות אחרות (היינו הסבר שאין בו לשלול את אשמת ההורים), ולעומת זאת המטפלים רואים בתליית ההסבר לזיכרונות במטפורה טעות פרוידיאנית מובהקת של האשמת הקורבן.

ראו JOSEPH E. DAVIS, ACCOUNTS OF INNOCENCE: SEXUAL ABUSE, TRAUMA, AND THE SELF (2005) 236.

267 Elaine Showalter, Hystories (1997), מתואר בידי DAVIS, שם.

268 Karlyn, לעיל ה"ש 139, בעמ' 70.

269 ע"פ 10733/08 גולדבלט נ' מדינת ישראל, פס' 1 (פורסם בנבו, 17.2.2011).

270 עניין שונים, לעיל ה"ש 106, פס' 30 לפסק הדין של השופט דנציגר.

271 ע"פ 3473/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 18 (פורסם בנבו, 8.4.2019).

272 תפ"ח (מחוזי ב"ש) 44357-11-17 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 59, 63–64 (פורסם בנבו, 25.12.2018).

273 עניין דניאל, לעיל ה"ש 134, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

בקטינים.²⁷⁴ אחת המתלוננות הסבירה את כבישת עדותה בהסתמך על פסיקה המתארת תופעה של תלות כלכלית ורגשית של אישה מוכה בכך זוג מכה וחשש לשלמות התא המשפחתי.²⁷⁵ מתלוננת אחרת הסבירה את העיתוי המאוחר של עדותה בכך שכמו הדחקה של עבירות מין במשפחה המסתיימת בערעור המבנה המשפחתי, התפרקות הקבוצה והסכסוך הכלכלי שפרץ בעקבותיה היוו מזנק (טריגר) להגשת התלוננות המאוחרות בידי חברות הקבוצה.²⁷⁶ במסגרת ראיות המתלוננות חוזרת על עצמה התייחסות אליהן במונח "בנות".²⁷⁷ במקרה דנן נפסק שאין להשוות את הסיטואציה למקרה של תלונה על עבירות מין במשפחה, וכי "אין הצדקה לטשטש את הקטגוריות", וכי אפילו אם הגבר שעליו התלוננו זכה למעמד נכבד בקבוצה, אין לדמות את היחסים ליחסי הורה-ילד.²⁷⁸ כן נדחתה טענת המתלוננות ל"זיכרונות מודחקים" בנימוק שראיה זו רלוונטית לילדים שחוו פגיעה מינית או טראומטית מצד בן משפחה סמכותי, וחוות הדעת אינן תומכות בתחולת התופעה על נשים בוגרות השייכות לאותה קבוצה.²⁷⁹ אחת המתלוננות ניסתה להסביר את כבישת עדותה בהסתמך על מנגנונים המאפיינים אישה מוכה. נקבע שעניינה שונה בתכלית שינוי, שכן בנסיבות המקרה לא הייתה תלויה בגבר שהאשימה בשום מובן, ואין כל תחולה להסברים כמו חשש לשלמות התא המשפחתי או חשש לחייה. הסבריה של אותה מתלוננת על הישארותה בקשר עם התוקף הובחנו מפורשות, בין היתר, ממקרים של תקיפות מיניות בתוך המשפחה כגון קטינה שהותקפה בידי בן משפחה מבוגר ונותרה ללון אצלו, קטינה שביקשה לשמור על היחסים המשפחתיים או בני זוג הנתונים במערכת יחסים אלימה.²⁸⁰ הסירוב לגזור גזירה שווה לסיטואציה של אונס במשפחה, שכבר קנה לו חזקה כתסריט של "אונס אמיתי", סייע לתמוך במסקנות השוללות קיומו של אונס במקרה זה, באמצעות הצבעה על המאפיינים של המקרה הפרוטוטיפי של אונס במשפחה והבחנתם מהמקרה הנדון בפסק הדין.

מעניין כי בשונה מזה, השופטת ברק ארז, שבדעת מיעוט סברה שלא ניתן לקבוע נחרצות כי המתלוננות שיקרו, מצביעה על אנלוגיה בין נסיבות המקרה למקרה של עבירות מין במשפחה. בהתייחסה לעובדה שהמתלוננות התלוננו בעיתוי דומה לאחר שהגבר מושא התלונה פרש מהקבוצה החברתית המצומצמת שאליה השתייכו, קבעה כי הקושי להתלונן בנסיבות אלו "אינו מיוחד רק למקרים שבהם הפוגע הוא חלק מהתא המשפחתי או שבהם הנפגע הוא קטין".²⁸¹

לכאורה תסריט האונס בידי בן המשפחה הקרוב הוא תמונת הראי של תסריט האונס בידי זר. עם זאת המשך ההתייחסות לילד כקורבן הטיפוסי עודנו עולה בקנה אחד עם מיתוסי אונס שלפיהם הקורבן הוא תמים ולא מנוסה מבחינה מינית. הרפורמות אימצו הסדרים

274 שם, פס' 8.

275 שם, פס' 25.

276 שם, פס' 34.

277 שם, פס' 4.

278 שם, פס' 8.

279 שם, פס' 14.

280 שם, פס' 25.

281 שם, פס' 27 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.

משפטים נ תש"ף הוכחת עבירת האינוס : האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האנוס?

ראייתיים שקידמו במידה רבה את היכולת לתת ארון בעדות מתלוננים. בעקבותיהן ניכרת מגמת שינוי לעומת מצב שבו רק תרחיש "הזר הקופץ מן השיחים" נחשב "אנוס אמיתי", והפסיקה הישראלית הכירה שוב ושוב בשכיחות הרבה של אנוס בין מכרים (rape date). עם זאת האפקט הרב ביותר של הרפורמות הוא בעניין הקורבן שנתפס כ"תמים", ופחות בעניינם של קורבנות שהם נשים וגברים מבוגרים.

ז. סיכום ודיון

מאמר זה בוחן את התפיסות התרבותיות שמבטאים ההסדרים הראייתיים שאומצו בישראל במסגרת הרפורמות של דיני האינוס, ושואל באיזו מידה הצליחו הסדרים אלו להתנתק במהלך השנים מהמיתוסים של "האישה הפתולוגית" ושל תסריט "האנוס האמיתי". בחינת דרכי ההוכחה של עבירת האינוס מדגימה כי הרפורמות לא היו תרופת פלא להתנתקות ממיתוסי האנוס, אך גם אינן בגדר כישלון מוחלט. לתוך הפסיקה חלחלה תובנה כי הדין שהתעצב בנושא האנוס הושפע ממיתוסים תרבותיים, וחרף הקושי הכרוך בנטישת דפוסי מחשבה מושרשים נעשה ניסיון מודע להינתק ממיתוסי האינוס. בחינת הכללים הראייתיים מגלה תמונה מורכבת של המשכיות לצד שינוי. מצד אחד בית המשפט מגלה ארון רב יותר במתלוננות, ומצד אחר עדיין דבק בנשים דימוי פתולוגי, אם כי כעת יש בו כדי לתמוך במהימנותן, שכן הפתולוגיה נתפסת כתוצאה של התקיפה המינית. מצד אחד נשמעת הכרה גוברת (לפחות ברמה ההצהרתית) במרכזיות התופעה של אנוס בין מכרים, והמאמר גם מזהה צמיחה של נרטיב תרבותי חדש של "אנוס אמיתי" – האנוס בתוך המשפחה – ומצד אחר גם התסריט החדש הוא וריאציה על התסריט הישן והמוכר של תוקף פתולוגי הפוגע בקורבן תמים וחסר ניסיון מיני.

בשל הזיהוי התרבותי של קורבנות עבירות מין עם נשים, הרי שהכללים, כפי שהודגם לעיל, התבססו במידה רבה על סטראוטיפים המיוחסים לנשים. עם זאת יישום הכללים בפועל עשוי להיות שונה בין עדים ממגזרים חברתיים שונים. כך למשל הודגם בפרק השני למאמר, כי משטרת ישראל של שנות החמישים ציפתה לרמות התנגדות מסוימות מנשים "פשוטות" השונות מאלה של "משכילות". דוגמה מובהקת אחרת היא דרישת הסיוע, שהיא כלי רטורי המאפשר הבניית מהימנות (או היעדרה) בקרב עדים מקטגוריות חברתיות ותרבותיות מסוימות. לא רק עצם הדרישה לסיוע, אלא גם סוגי הראיות שייחשבו כסיוע (כמו הראיות הרפואיות המעידות על שימוש בכוח או על מאבק), מקפלות בתוכן הטיות תרבותיות. דרישת הסיוע, במהותה, מבליעה חשד באשר למהימנות העד. כאשר החשד נשען על מאפייני הקטגוריה החברתית שאליה משתייך העד, בין שמדובר במגדר, בעדה, בזהות לאומית, בגיל, בהשכלה וכיוצ"ב, הרי שהאופן שבו מופעל הכלל הראייתי תורם לשיעתוק תפיסות תרבותיות וליחסי כוח קיימים.²⁸² קיימת כתיבה העוסקת בהפעלת כלל הסיוע לקורבנות-נשים,²⁸³ אך זו אינה הקבוצה החברתית היחידה ש"סומה" באמצעות

282 Darr, Relocated Doctrine, לעיל ה"ש 11, בעמ' 206–207.

283 ראו ה"ש 103 לעיל.

השימוש בכלל הסיוע. מחקר היסטורי-חברתי שבחן את הפעלת כלל הסיוע בתיקי עבירות מין מצא כי הוא הופעל באופן מובחן ומפלה כלפי נתינים במשטר קולוניאלי וכלפי ילדים.²⁸⁴

כדי לבדוק אם קטגוריות חברתיות נוספות חוץ ממגדר משפיעות על פרקטיקות האכיפה ועל יישום הכללים הראייתיים נדרש מחקר אמפירי שיטתי שיבדוק מיהם המתלוננים (התפלגותם לפי מגדר, גיל, נתונים דמוגרפיים או קיום היכרות עם התוקף), מיהם החשודים והנאשמים, סוג המקרים שעוברים "סינון" ואינם מתגבשים לכדי כתב אישום, סוג המקרים שאינם מסתיימים בהרשעה והאופן שבו מופעלים הכללים הראייתיים על הקטגוריות השונות של המתלוננים. מחקר כזה יכול לזרות אור על מהות ההשפעה של הקטגוריה החברתית שאליה משתייכים המתלוננים והנאשמים על הליך ההוכחה ולחשוף השפעות של סטראוטיפים ודעות קדומות על ההליך. האם יש מתאם בין זהות העד לבין האמון שנותנים בגרסתו? האם יש מתאם בין זהות הנאשם לסיכויי בתיק?

נושא אפשרי אחר למחקר אמפירי על הקשר בין דיני הראיות למאפיינים חברתיים של המתלוננים הוא אם קיים פעפוע של כללים ראייתיים מתיקים העוסקים בילדים לתיקים שבהם הקורבנות הן נשים בוגרות. התיקים שבהם הקורבן הוא הילד, הם מוקד חשוב בפיתוח כללים ראייתיים ייחודיים בתחום עבירות המין. בתיקים אלו עדיין קיימת דרישת סיוע סטטוטורית הממשיכה להתעצב בפסיקה. הסדרים ראייתיים נוספים התפתחו במידה ניכרת בהקשר של עבירות מין בקטינים והפכו מקובלים בהקשר רחב יותר. למשל, הטעמים לכבישת עדות, בלבול, הדחת זיכרון וכיוצ"ב, חזקים יותר כשהקורבן הוא ילד. "זליגה" של פרקטיקות ראייתיות מתיקים של קורבנות קטינים לתיקים שבהם הקורבנות הן נשים בוגרות עשויה לרמז על זיהוי סמוי בין נשים לילדים, שיש בו ליצור אינפנטיליזציה של הנשים. נוסף על זה, כללים הנגזרים מהסיטואציה שבה הקורבן הוא ילד, מתיישבים עם תפיסת "האונס האמיתי" ככזה המבוצע בדמות תמימה וחסרת ניסיון מיני ומחזקים את הסטראוטיפ גם באשר לבגירים.

בדיון על שינוי היסטורי קיים מתח קבוע בין תפיסות פרוגרסיביות של השינוי כמבטא קדמה לבין טענות של הייררכייה ישנה באדרת חדשה, שאף מסייעת לשעתק מבני כוח קיימים. מחקר של האופן שבו דרכי ההוכחה מתפקדות בפועל מסייע להבהיר עד כמה שינויים שאומצו בחקיקה או בפסיקה אכן חוללו תפנית, ובאיזו מידה נתקלו בכוחות ובתגובות שכנגד. מחקר כזה יכול לחשוף אף את דרך תרומתם של השינויים להסוואת האופי הפוליטי של מבני כוח חברתיים. ההשקפה המקובלת רואה בדיני הראיות כללים "טכניים" לכאורה, שמטרתם גילוי עובדות, ולא כללים המתווים נורמות וערכים. לפיכך מחקר היסטוריוגרפי של דרכי ההוכחה הוא מתודולוגיה יעילה לחקר הפער בין שינוי מוצהר כפי שהוא מאומץ בחקיקה ובפסיקה ובין הפרקטיקה שבמסגרתה פועלים כוחות חברתיים המניעים שינוי ואחרים המנסים למנוע אותו. גם תצפיות אתנוגרפיות במשפטים של עבירות מין יכולות לחשוף את הפער בין כללי הדין המוצהר בפסיקה או עלי ספר המתנערים ממיתוסי האונס לבין מידת שגשוגם בפרקטיקה וברטוריקה.²⁸⁵

²⁸⁴ Darr, *Relocated Doctrine*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 185; Kolsky, לעיל ה"ש 10.

²⁸⁵ ראו SMITH, לעיל ה"ש 49.

משפטים נ"ת ש"ף הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האונס?

חקר דרכי ההוכחה מדגים כי חרף הניסיון המודע לשרש מיתוסי אונס מוסיפות לשגשג בדרכי ההוכחה תפיסות תרבותיות מסורתיות בנוגע לנשים, למין, לאונס, לקורבנות ולאנסים. כמו כן, תפיסות מגדריות של רציונליות ומיתוסי אונס מוסיפות להתקיים במישור של קביעת המהימנות, הנעשית לפי מה שבית המשפט רואה כ"סביר" או "הגיוני".²⁸⁶ תפיסות אלו נפקדות מהחוק החרות אך נוכחות בדרך שבה פועל המשפט. עם זאת תפיסה המספידה את הרפורמות ככישלון חרוץ חוטאת לאמת. אם לפני כעשור עוד היה ניתן לגרוס כי הפמיניזם לא חולל שינוי של ממש בדרכי ההוכחה,²⁸⁷ קשה יותר לטעון זאת בעשור השני של המאה העשרים ואחת. הסדרים הראייתיים והפרוצדורליים שאומצו במסגרת הרפורמות הגבירו את האפשרות לתת אמון בתלונות של נפגעי עבירות מין למרות התמדתם של מיתוסי מין, שמוסיפים להתקיים בספרה התרבותית ולהיות שזורים בהסדרים הראייתיים.

ואולם, לעומת הכללים הראייתיים, שהשתנו, התפיסה בת מאות השנים שלפיה עבירות מין דורשות הסדרים ראייתיים נפרדים נותרה בעינה. מת"ו הייל גרס בזמנו כי התחום המיני דורש זהירות יתרה, כיוון שהמעשים אינם מבוצעים בנוכחות עדים. על סמך המשגה זו התפתחה התייחסות ראייתית המייחדת את עבירות המין ושאינה חלה על כלל המצבים של מילה מול מילה.²⁸⁸ ברם רציונל זה מתעלם מכך שגם מבצעים של עבירות אחרות משתדלים לפעול באין משגיח. נראה כי גם לאחר אימוץ שורה של רפורמות בהוכחת עבירות המין וחרף התובנות בדבר המיתוסים שבבסיס העבירה, נותרה על כנה תפיסתו של גלנוויל שמין הוא תחום מסתורי ומתעתע הדורש הסדרים ייחודיים.²⁸⁹

286 שם, בעמ' 75.

287 פוגין, לעיל ה"ש 193, בעמ' 523.

288 מרין, לעיל ה"ש 26, בעמ' 125–126.

289 דוגמה ישראלית המציגה את המינויות כהיפוכה של החשיבה המשפטית הרציונלית והאנליטית נמצאת בפסק דינו של השופט גולדברג בפרשת האונס בשומרת, הכותב כי "ישנם יחסי אנוש שמיונם בקטיגוריות משפטיות אינו יאה להם, כיוון שהנורמות השולטות בהם מצויות במסגרות ערכיות אחרות (כגון אלה שבמוסר ובנימוסים)", וכי "דברים אלה יפים שבעתיים כשמדובר בתחום כה עדין, רגיש ואינטימי, של דרך גבר בעלמה". תפיסת יחסי המין היא של קשר אינטימי, רגיש, הטרוסקסואלי ותואם נורמות פטריארכליות (הדרך היא של הגבר בעלמה, לא של העלמה בגבר, או שמא בעלמה אחרת). ראו פרשת בארי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 384.