

## בין מרמה לכפייה: על עֵבֶרַת האונס במרמה לגבי מיהות העושה

מאת  
עמית פונדיק\*

### תקציר

בית-המשפט הרשיע את קאשור, אדם נשוי ממוצא ערבי, בעֵבֶרַת אונס, לאחר שהציג את עצמו לפני המתלוננת כרווק יהודי המעוניין בקשר רומנטי משמעותי. פרשה זו הובילה לשיא מגמה שהלכה והתגברה עם השנים במשפט הישראלי – להרחיב את פרשנותה של עֵבֶרַת האונס במרמה ולהעדיפה על הרשעה בעֵבֶרַת של קבלת דבר במרמה. הטענה במאמר זה היא שיש להוציא את כל מקרי המרמה לגבי מיהות העושה אל מחוץ לעֵבֶרַת האונס, אפילו כאשר מדובר במקרי מרמה קשים במיוחד. הרציונל העומד בבסיסה של עמדה זו הוא מוסרי-יתוגי, ולפיו אשמתו של אדם המשיג הסכמה לקיום יחסי מין באמצעות מרמה אינה חמורה כמו אשמתו של אדם הכופה את קיום יחסי המין על הקורבן בניגוד לרצונה, ועל הדין הפלילי לשקף הבדל מוסרי זה. טענת המאמר היא כי ההבדל המוסרי בין מרמה לכפייה נעוץ בכך שהכופה אינו מכיר בתחושות השליליות של הקורבן ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו, ובכך מתעלם מחלק חשוב ב"אני הפועל" (agency) של הקורבן. לעומת זאת, מאמציו של המְרַמֵּה להשיג את הסכמת הקורבן במרמה משקפים, בין היתר, הכרה בתחושותיו השליליות של הקורבן כיוצרות אפקט מצנן על התנהגותו. נוסף על כך, וכתמיכה נוספת לצורך בשינוי החוק, המאמר גם מציג את הבעייתיות בעֵבֶרַת האונס במרמה כפי שהיא מיושמת כיום במשפט הישראלי.

מבוא

א. מושג ההסכמה – כמה הבחנות ייסוד  
1. הסכמה מסוימת והסכמה כללית

\* מרצה למשפטים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לחנוך דגן, לאריאל פורת, למני מאוטנר, לשי לביא, לאייל גרוס, לדפנה הקר, לאלקנה לייסט, לגלן כהן, לדנה פוגין, לאיציק בנבגי, לשרון שקרגי ולמשתתפי הסמינרים המחלקתיים בפקולטות למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, באוניברסיטה העברית, במרכז הבינתחומי הרצליה ובקריה האקדמית אונו על הערותיהם המצוינות, אשר סייעו לי רבות בכתובת מאמר זה. אני מודה גם לנועם גוטמן, לעמרי כהן, לאלעזר וייס, למאיה בן-מאיר ולאסף וינר, שסייעו לי רבות הן בעזרה במחקר והן בהערותיהם המועילות. מחקר זה נעשה בסיוע נדיב מצד האיחוד האירופי, במסגרת מענק המחקר מ"Marie Curie Actions לפרויקט מחקר שכותרתו "הכללות במשפט".

2. אי־הסכמה והעדר הסכמה
3. הסכמה אקטואלית והסכמה קונסטרוקטיבית
4. גדר המחלוקת
- ב. ההבדל בין מקרי הכפייה לבין מקרי המרמה
  1. ההבדל בין הנורמות מבחינת החומרה המוסרית הגלומה בהפרתן
  2. ממוסר למשפט
  - ג. עֵברת האונס במרמה במשפט הישראלי
    1. הגישה האובייקטיבית
    2. הגישה הסובייקטיבית
    3. ביקורת כללית על הגישות הקיימות
- סיכום וקריאה לשינוי עֵברת האונס

## מבוא

בתאריך 19.7.2010 הרשיע בית־המשפט המחוזי בירושלים את קאשור בעֵברת אונס.<sup>1</sup> לפי כתב האישום המתוקן, קאשור, אדם נשוי ממוצא ערבי, הציג את עצמו לפני המתלוננת, שאותה פגש לראשונה באקראי במרכז העיר ירושלים, כרווק יהודי המעוניין בקשר רומנטי משמעותי. לאחר שיחה קצרה הוא הציע למתלוננת להתלוות אליו לבנין סמוך, שעל גגו הם קיימו יחסי מין בהסכמה, אך הסכמה זו הושגה במרמה לגבי מיהות העושה. קאשור הורשע במסגרת עסקת־טיעון על בסיס עובדות אלה.<sup>2</sup> המקרה עורר תשומת־לב רבה בתקשורת בישראל, ועמד במרכזם של טורים רבים של עיתונאים ומומחי משפט העוסקים בתחום.<sup>3</sup>

- 1 לפי ס' 345(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. תפ"ח (י-ם) 561/08 מדינת ישראל נ' קאשור (פורסם בנבו, 19.7.2010).
- 2 הוגש ערעור לבית־המשפט העליון, אך הסנגוריה לא ניסתה להתנער מעסקת־הטיעון, והערעור התמקד בחומרת העונש. הערעור התקבל חלקית, ועונש המאסר בפועל הופחת מ־18 ל־9 חודשים, אך בית־המשפט סירב להיכנס לעובי הקורה של הסוגיות המהותיות העולות מהכרעת־הדין, והתמקד אך ורק בסוגיות הקשורות לגזר־הדין. ראו ע"פ 5734/10 קאשור נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק־דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 25.1.2012). יש לציין גם כי לאחר שהפרשה הגיעה לתקשורת הסתבר כי העובדות שהופיעו בתלונתה של המתלוננת, כמו־גם בכתב האישום המקורי, היו שונות, וכללו האשמות בדבר קיום יחסי מין בלא הסכמה ואף בכפייה, כלומר, עֵברה לפי ס' 345(א)(1) לחוק העונשין ("שלא בהסכמתה החופשית"), ולא לפי ס' 345(א)(2) ("בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה"). הדיון במאמר זה מתייחס אך ורק לעובדות שעל בסיסן הורשע הנאשם, ואינו מטפל בהחלטתה הבעייתית של התביעה להגיש הסדר־טיעון שכולל שינוי מהותי של העובדות או באישור התמוה של בית־המשפט להסדר זה. שאלות אלה נוגעות בסוגיות חשובות בתחום הסדר־הטיעון, אך הן מצויות מחוץ לגדר מֵאמר זה.
- 3 למשל: זאב סגל "זילות של האונס" הארץ חלק ב 21.7.2010; אורית קמיר "הרשעת הערבי באונס מחייבת רענון חוקתי" ynet דעות 23.7.2010 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3923816,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3923816,00.html). בהמשך פורסמה כתבה שחשפה את הרקע להסדר־

המקרה אף זכה בחשיפה ניכרת בעיתונות העולמית, בשל המימד הגזעני שמלווה לכאורה את הפרשה.<sup>4</sup> פרשת קאשור הובילה לשיא מגמה שהלכה והתגברה עם השנים במשפט הישראלי – להרחיב את פרשנותה של עבֶרת האונס במרמה ולהעדיפה על הרשעה בעבֶרות חלופיות. בתחילה, מקרים שבהם הסכמת המתלוננת הושגה באמצעות מרמה לגבי מיהות העושה טופלו באמצעות העבֶרה של קבלת דבר במרמה.<sup>5</sup> למשל, בפרשת בן־אברהם (משנת 1998) הורשע הנאשם בקבלת דבר במרמה שכן הציג את עצמו ככוכב כטייס בעבר, כרופא מצליח בהווה וכבעל נכס במושב יוקרתי במרכז הארץ.<sup>6</sup> אך עד־מהרה עברו מקרי המרמה אל תוך עבֶרת האונס עצמה. בפרשת אלקובי (משנת 2002) הרשיע בית־המשפט אדם שנולד עם איברי מין נקביים אך הציג את עצמו כלפי המתלוננות כגבר, בין היתר, במעשה מגונה בנסיבות של אינוס במרמה ובנסיונות לביצוע אונס במרמה.<sup>7</sup> בהמשך, בפרשת פלוני (משנת

הטיעון: ליטל גרוסמן "הייתי בלי מכנסיים, נשארתי ככה כאילו, כי הייתי בהלם. הרצפה הייתה מלוכלכת בדם ונורא פחדתי לגעת בעצמי כדי לראות אם אני בסדר" הארץ – עכבר העיר 2.9.2010. בעקבות הכתבה פורסמו מאמרי דעות נוספים, כגון מרב מיכאלי "להאמין אחת לשנייה" הארץ חלק ב 6.9.2010.

4 למשל: Dina Newman, *Unravelling the Israeli Arab 'Rape by Deception' Case*, BBC ONLINE, Sept. 17, 2010, [www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-11329429](http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-11329429); Jo Adentunji & Harriet Sherwood, *Arab Guilty of Rape After Consensual Sex with Jew*, THE GUARDIAN ONLINE, Jul. 21, 2010, [www.guardian.co.uk/world/2010/jul/21/arab-guilty-rape-consensual-sex-jew](http://www.guardian.co.uk/world/2010/jul/21/arab-guilty-rape-consensual-sex-jew). אף שהמימד הגזעני של הפרשה תפס חלק ניכר מהכותרות, בהחלטת בית־המשפט עובדת היותו של קאשור ערבי מוזכרת רק פעם אחת, בצירוף רכיבים נוספים שלגביהם הטעה הנאשם את המתלוננת (מצבו המשפחתי וכוונותיו לקשר רציני). לנוכח זאת ניתן להטיל ספק במרכזיותו של המימד הגזעני בפרשייה זו. כך או כך, מאמר זה מתמקד בסוגיית האונס במרמה באופן כללי יותר, שאינו מוגבל למאפיינים אתניים, ואין בו משום נקיטת עמדה באשר לחשיבותו של המימד הגזעני לכאורה בהחלטת בית־המשפט.

5 ס' 415 לחוק העונשין.

6 ע"פ (ת"א) 157/98 בן־אברהם נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי 1998(6) 456. לפרשה זו קדמו פרשת אל־שעבי, שבה הורשע דרווי נשוי בקבלת דבר במרמה מאחר שהציג את עצמו כיהודי רווק והבטיח להינשא לקטינה, אשר בינתיים הרתה לו (ע"פ 499/72 אל־שעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 602 (1973)), וכן פרשת דנינו, שבה הורשע הנאשם בקבלת דבר במרמה לאחר שהציג את עצמו כגרוש אף שהוא נשוי ואב לילדים, וכך השיג הסכמה ליחסי מין (ע"פ 817/76 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 645 (1977)). גור־אריה ביקרה את החלטת בית־המשפט בפרשת אל־שעבי לבחור בעבֶרה של קבלת דבר במרמה, שאותה יש לייחד, לדעתה, לקבלת טובות־הנאה כספיות. עם זאת, לדעתה העבֶרה הראויה במקרה כזה אינה אונס, אלא התחזות (כיום ס' 441 לחוק העונשין, ואז ס' 374 לפקודת החוק הפלילי). ראו מרים גור־אריה "התחזות לדמות פיקטיבית – התראות כאחר או מירמה" משפטים ה 673 (1974). דיון ביקורתי קצר בהצעתה של גור־אריה מופיע בסיכום המאמר, ליד ה"ש 149 להלן.

7 ת"פ 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (פורסם בנבו, 7.9.2003). לדיון נרחב בפרשה זו ראו אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" משפטים על אהבה 365 (ארנה בן־נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005). בדומה לגרוס, גם מאמר זה מתייחס

2006) אף קבע בית־המשפט כי השימוש בעברה של קבלת דבר במרמה אינו ראוי, שכן הוא הופך יחסי מין ל"דבר", ולכן יש להשתמש אך ורק בעברת האינוס במרמה, על נגזרותיה.<sup>8</sup> למרות תשומת־הלב הרבה שניתנת הן במחקר האקדמי והן בפסיקה לעברת האונס ולנגזרותיה, הדיון בסוגיה הספציפית של הסכמה שהושגה במרמה באשר למיהות העושה אינו מפותח דיו. המחקר האקדמי עסק באופן נרחב בסוגיות הקשורות לניתוח מגדרי או פמיניסטי של עברת האונס,<sup>9</sup> לשפה שבית־המשפט נוקט בדונו בעברת האונס<sup>10</sup> או להיקף ההתערבות הראוי של המשפט הפלילי בתחום השייך באופן מובהק לחייהם האינטימיים של הפרטים.<sup>11</sup> בהשוואה לעושרה היחסי של הכתיבה על הסוגיות הללו, סוגיית ההסכמה ליחסי

- 
- לאלקובי בלשון זכר, כדי לבטא את העדיפות שיש לתת לאופן שבו אלקובי רואה את זהותו המינית על האופן שבו החברה רואה זאת (שם, בעמ' 366).
- 8 עמדה זו הופיעה בתחילה כדעת מיעוט, בפסק־דינו של השופט אשר בפרשת דנינו (לעיל ה"ש 6), שטען כי אין לראות יחסים אישיים כ"קבלת דבר במרמה", ולכן אין להרשיע את הנאשם בשום עברה, למרות עוגמת־הנפש למתלוננת. עמדה זו נהפכה להלכה בע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.9.2008) (להלן: פרשת פלוני). השופט רובינשטיין קובע במקרה זה כי עברה של קבלת דבר במרמה אינה מתאימה למקרים של השגת הסכמה ליחסי מין באמצעות מרמה לגבי מיהות העושה: "לדידי, לא ניתן לכלול במסגרת קבלת דבר במרמה מקרים שעניינם רכושי כגון מקרקעין, ממון, ועמם – בהבל פה אחד – יחסי מין, משהמחוקק ראה לייחד עבירה למחוזות האינטימיות, אשר בכסיסה ההגנה על אוטונומית האישה על גופה, חירותה, ויותר מכל כבודה כאדם." שם, פס' קז לפסק־דינו של השופט רובינשטיין. בע"פ 5097/07 פחימה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.5.2009) הסכים עקרונית השופט ריבלין, שכתב את דעת הרוב, עם הסתייגותו של השופט רובינשטיין ביחס להגדרת יחסי מין כ"דבר", אך טען כי הפתרון צריך להיות שינוי בחקיקה, וכי בהינתן המצב בחוק כיום, יש לבחור בעברה של קבלת דבר במרמה, "ולא לפרוץ את גדרה של עבירת האינוס" (שם, סוף פס' 13 לפסק־דינו של השופט ריבלין). רובינשטיין התייחס לדברים הללו בע"פ 9274/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.12.2009), שם טען כי יש להעדיף את דעת המיעוט של השופט ארבל בפרשת פחימה. מכל מקום, המחלוקת בין רובינשטיין לריבלין עוסקת בגדרה של עברת האינוס במרמה לגבי מהות המעשה, ולא לגבי מיהות העושה. במקרי המרמה לגבי מיהות העושה דומה שאין עוררין על קביעתו של רובינשטיין בפרשת פלוני שלפיה אין להידרש לעברה של קבלת דבר במרמה.
- 9 לדוגמה, אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאוהו לכאן": עברת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם" משפט וממשל ז 669 (2005) 84 Va. L. Rev.; Anne M. Coughlin, *Sex and Guilt*, 1 (1998).
- 10 לדוגמה, יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר" – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי" משפטים לא 579 (2001); אורית קמיר "זאם בעל – קנה: סיפורי 'בעילה' ו'היבעלות' בחוק העונשין" פלילים ז 121 (1998).
- 11 לדוגמה: MARIA BEVACQUA, RAPE ON THE PUBLIC AGENDA: FEMINIST AND THE POLITICS OF SEXUAL ASSAULT (2000).

מין שהושגה במרמה באשר למיהות העושה זכתה בתשומת-לב מועטה.<sup>12</sup> העדרו של דיון מקיף ומעמיק בסוגיה זו בולט אף יותר בפסיקה, אשר אפשרה לצדדים במשפטים פליליים להשתמש בכלי הדיוני של הסדרייטיעון כדי לקבוע את גבולות המשפט הפלילי על-ידי הרחבת עֵבֶרַת האונס לסוגים חדשים של מרמה לגבי מיהות העושה. הן פרשת אלקובי, שבה נגעה המרמה בזהותו המינית או המגדרית של הנאשם, והן פרשת קאשור, שבה נגעה המרמה בשיכוו האתני ובמצבו המשפחתי של הנאשם, היו תולדה של הסדרייטיעון. יתר על כן, בפרשת קאשור הרחיב בית-המשפט את עֵבֶרַת האונס באופן משמעותי בהחלטה קצרה שקיבלה את הסדרייטיעון שעליו הסכימו הצדדים, וזאת בלא דיון מעמיק במשמעותו של יסוד ההסכמה בעֵבֶרַת האונס, בגבולותיה הראויים של עֵבֶרַת זו ובמידת ההתערבות הראויה של המשפט הפלילי בתחום היחסים האינטימיים שבין הפרטים בחברה.<sup>13</sup> לנוכח חֶסֶר זה במחקר ובפסיקה, ולנוכח מרכזיותו של יסוד ההסכמה בעֵבֶרַת האונס,<sup>14</sup> יש צורך לבחון באופן שיטתי יותר מהו אופיו של יסוד זה ומהם הגבולות הראויים של עֵבֶרַת האונס.

12 חריגים חשובים הם מאמריהם של דנה פוגין' "קרימינליזציה של גינוני חיזור מקובלים? מרמה, טעות הקורבן והסכמה לעניין עבירות מין" מגמות בפליליים: עיונים בתורת האחריות הפלילית 149 (אלי דרמן עורך, 2001), ושל גרוס, לעיל ה"ש 7, כמרגם מאמר הביקורת הקצר של לייסט על פרשת פלוני: אלקנה לייסט "הערת פסיקה: אינוס במרמה לגבי מיהות העושה" – בעקבות ע"פ 2411/06 פלוני נגד מדינת ישראל" הסניגור 146, 4 (2009). המצב דומה גם בכתיבה הזרה. שני חריגים חשובים בכתיבה זו הם מאמריהם של פלק ושל רובנפלד: Patricia J. Falk, *Rape by Fraud and Rape by Coercion*, 64 BROOK. L. REV. 39, 108 (1998); Jed Rubenfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 YALE L.J. 1372 (2013).

13 נכונותו של בית-המשפט לאפשר את הרחבת הדין המהותי באמצעות הסדרייטיעון, בלא דיון סדור ומעמיק לפני הרחבת החבות הפלילית למחוזות אלה, מעוררת שאלות קשות באשר למוסד הסדרייטיעון. שאלות אלה מצטרפות לשאלות העולות עקב שינוי העובדות (ראו ה"ש 2 לעיל) וכן לספקות אחרים, כלליים יותר, שיש באשר למוסד הסדרייטיעון. ראו, למשל, אורן גול "הסדרייטיעון ובעיית החף" משפטים לה 1 (2005). סוגיית הבעייתיות של הסדרייטיעון כשלעצמם מצויה כאמור מחוץ לגרי מאמר זה.

14 ככל שמדובר באישה בגירה ובריאה בנפשה, יסוד ההסכמה הוא היסוד המרכזי בעֵבֶרַת האונס, שכן יחסי מין אשר דומים ליחסי מין שלא בהסכמה בכל היבט חיצוני שהוא למעט קיומה של הסכמה (לדוגמה, כחלק ממשחק-תפקידים כלשהו בין בני-הזוג) אינם מתגבשים לכלל אונס. מדוגמה זו ניתן ללמוד כי ההבדל היחיד בין המקרים הוא היחס המנטלי של בני-הזוג אל יחסי המין, ולא משהו שקשור ליחסי המין עצמם. במילים אחרות, מה שמבדיל אונס מיחסי מין מותרים הם העדרה של הסכמה מצד האישה ומודעותו של הגבר להעדר ההסכמה. אך ראו Rubenfeld, לעיל ה"ש 12, הטוען כי ראוי להבין את עֵבֶרַת האונס לא כמנסה להגן על האוטונומיה המינית של האישה, אלא כאוסרת שעבוד מיני (שם, עמ' 1425). מטענתו של רובנפלד ניתן להבין כי יסוד ההסכמה בעֵבֶרַת האונס אינו צריך להיות מרכזי כפי שהוא כיום (למעט כטענת הגנה במקרה של שימוש בכוח בהסכמה), אם כי רובנפלד אינו טוען זאת במפורש.

מאמר זה עוסק בהבדל המוסרי שבין כפייה למרמה, וטוען כי יש להוציא את כל המקרים שבהם הסכמת האישה<sup>15</sup> הושגה במרמה לגבי מיהות העושה אל מחוץ לעברת האונס, אפילו כאשר מדובר במקרי־קצה של מרמה קשה ושיטתית במיוחד. טענת המאמר היא שהחומרה המוסרית הגלומה בהשגת הסכמה באמצעות מרמה אינה משתווה לחומרה המוסרית הגלומה בהתנהגותו של אדם הכופה את רצונו ואת עצמו על הקורבן (באמצעים פיזיים או לא־פיזיים) ללא הסכמתו. במקרי הכפייה התנהגותו של הכופה מפרה נורמה מוסרית חמורה יותר, שכן הכופה אינו מכיר בתחושותיו השליליות של הקורבן ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו, ואולי הוא אף שואב מהן הנאה פרורטית כלשהי, ובכך מתעלם מחלק חשוב ב"אני הפועל" (agency) של הקורבן. המְרַמָּה, לעומת זאת, מפר בהתנהגותו נורמה מוסרית חמורה פחות, שכן מאמציו להשיג את הסכמת הקורבן במרמה משקפים, בין היתר, הכרה בתחושותיו השליליות של הקורבן כיוצרות אפקט מצנן על התנהגותו. לנוכח זאת, המאמר טוען כי הרשעת נאשמים כקאשור באונס מרחיבה את עברת האונס יתר על המידה, ומטשטשת הבדל מוסרי משמעותי שיש בין מקרי הכפייה למקרי המרמה.

עמדת מאמר זה מנוגדת כמובן לדין הנוהג בישראל, וקבלתה תחייב את שינוי נוסחו של חוק העונשין (סעיף 345(א)(2)) כך שלא יכלול עוד את התיבות "לגבי מיהות העושה". כתמיכה נוספת לצורך בשינוי החוק, המאמר גם מציג את הבעייתיות בעברת האונס במרמה כפי שהיא מוגדרת ומיושמת כיום במשפט הישראלי. עם זאת, מאמר זה אינו נוקט עמדה בנוגע להסכמה שהושגה במרמה לגבי מהות המעשה, המהווה את חציו השני של סעיף 345(א)(2), כמו־גם בנוגע לסוגי האונס האחרים המוגדרים בסעיף 345(א)(3) (קטינה מתחת לגיל ארבע־עשרה) ובסעיף 345(א)(5) (חסרת ישע), שכן אלה סוגיות שיש לטפל בהן בנפרד.<sup>16</sup> כך, למשל, הסוגיה של מרמה לגבי מהות המעשה מעלה שאלות מורכבות לגבי מהותם של יחסי המין בעיני בני־האדם ומה שמייחד אותם מסוגים אחרים של יחסי־גומלין בין־אישיים.<sup>17</sup> אף שבאופן עקרוני טענת המאמר חלה על כל סוגי המרמה, כולל מרמה לגבי מהות המעשה, עיסוק בשאלות מורכבות אלה עלול להסיט את המאמר מהטענה העקרונית לגבי ההבדל המוסרי שבין כפייה למרמה, ולכן מאמר זה אינו נוקט עמדה בנוגע למרמה לגבי מהות המעשה.

15 המאמר מניח כי קורבן העברה היא אישה, שכן נוסחה הבעייתית של עברת האונס בישראל אינו מכיר באונס שקורבנו הוא גבר, אבל הטענה במאמר הייתה חלה באופן זהה גם על אונס במרמה של גברים אילו הכיר החוק בכך שגם גברים יכולים להיות קורבנות של עברת אונס. לעומת זאת, ס' 347(ב) מחיל את דיני האונס על המבצע מעשה סדום (שם הקורבן יכול להיות גבר), ולכן טענת המאמר תקפה גם למעשי סדום שההסכמה להם הושגה במרמה לגבי מיהות העושה.

16 חריג להתמקדותו של המאמר במקרי המרמה לגבי מיהות העושה הוא ס' 345(א)(4) (חוסר הכרה), אשר ידיון בקצרה בהמשך בהקשר של סוגיית "סם האונס". ראו להלן בפסקה שאחרי ה"ש 88 ואילך.

17 סוגיה זו עולה בהקשר דומה בדיון המתנהל בין תיאוריות פמיניסטיות לבין תיאוריות קוויריות. ראו, למשל, אייל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה לפוליטיקה: לימודים הומוריסטיים ותיאוריה קווירית" מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומוריסטיים ותיאוריה קווירית 9, 13 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003).

מבנה המאמר הוא כדלהלן. בחלק א המאמר מציע כמה הבחנות באשר למושג ההסכמה. מטרתו של חלק זה במאמר אינה לאתר את המשמעות האחת והיחידה שיש לתת למושג ההסכמה, אלא רק לאפשר דיון מדויק יותר ביסוד ההסכמה, על-ידי הגדרת כמה סוגים שונים של הסכמה ושל חוסר הסכמה. לאחר הבהרה מושגית זו, עיקר המאמר מוקדש לשאלה איזה מן המושגים הללו צריך לעמוד בבסיסה של עברת האונס. חלק ב עוסק בהבדל בין מקרי הכפייה למקרי המרמה. לאחר פירוט הטענה בדבר ההבדל בחומרה המוסרית הגלומה בהתנהגות הפועל בכל אחד מהמקרים, חלק זה עובר מהמישור המוסרי אל זה המשפטי, מסביר את החשיבות הכללית של תיוג מדויק, וטוען כי אין לכלול את מקרי המרמה בעברת האונס (או בכל עברה אחרת בעלת שם או חומרה דומים). לאחר פרישת הטענה המרכזית במאמר, חלק ג פונה לבחינת הגישות הקיימות בישראל כלפי הסוגיה, הן בפסיקה והן בספרות, ומאתר את הבעיות העיקריות שיש בכל אחת מן הגישות הללו. כך, למשל, קשה להגדיר ולהצדיק הבחנה בין מקרי מרמה שבהם ראוי לפי גישות אלה להרשיע את המרמה בעברת האונס לבין מקרי מרמה אחרים שבהם הרשעת המרמה באונס תהווה תוצאה אבסורדית למדי. חלק זה של המאמר מעלה דוגמאות אחדות שבהן ברור למדי כי אין זה ראוי להרשיע את המרמה בעברת האונס ואף על-פי-כן קשה לאתר הבחנה שתבדיל אותן מפרשיות כגון קאשור ואלקובי. המאמר חותם בדיון קצר בשאלה אם על המשפט הפלילי לטפל בכלל במקרי המרמה, ואם כן – באמצעות איזו עברה.<sup>18</sup>

## א. מושג ההסכמה – כמה הבחנות יסוד

### 1. הסכמה מסוימת והסכמה כללית

ההבחנה הראשונה שיש לערוך היא בין הסכמה מסוימת להסכמה כללית. הסכמה מסוימת היא הסכמה שמוגבלת לחבר קונקרטי. במינוח חוזי-מסחרי קמעה, זוהי הסכמה שדורשת דרגה גבוהה של מסוימות, כלומר, היא מותנית במאפיינים ספציפיים של הדברים שהמסכים אמור לעשות, לתת או לקבל. לעומתה, הסכמה כללית היא הסכמה רחבה יותר, שכוללת הסכמה למגוון רחב של אירועים או מצבים אפשריים. מדובר כמובן בטווח רחב של דרגות מסוימות אפשריות, וקשה לקבוע היכן בדיוק עובר קו פרשת-המים שבו הסכמה נהפכת ממסוימת לכללית.<sup>19</sup> אף על-פי-כן זוהי הבחנה חשובה לעניין יסוד ההסכמה בעברת האונס, שכן העמדה המקובלת בימינו היא שהסכמה ליחסי מין היא לעולם הסכמה מסוימת.

18 הסוגיה של הסכמה שהושגה במרמה עולה במגוון תחומים משפטיים, כגון דיני החוזים ודיני הנזיקין, וייתכן שחלק מהטענות כאן ניתנות להחלה גם שם. עם זאת, מאמר זה אינו מטפל במקרים אלה, וזאת לא רק בגלל קוצר היריעה, אלא גם משום שעשוי להיות שוני משמעותי במשקל שתחומים אלה נותנים לשיקולי האחריות המוסרית, העומדים במרכזו של מאמר זה, וכן ביחס בין שיקולים אלה לבין עקרונות ותכליות אחרים של דינים אלה. למעשה, ההבדלים בין התחומים המשפטיים השונים מבחינת אופן טיפולם בסוגיה של הסכמה שהושגה במרמה יכולים אולי אף לשמש לאיתור העקרונות הכלליים השונים המנחים כל אחד מן התחומים. ביסוס טענה כזו מחייב כמובן מחקר נפרד.

19 דוגמה שממחישה את הקושי הזה היא אישה שמסכימה לקיים יחסי מין עם גבר מסוים בעיקר בגלל השתייכותו לקבוצה מסוימת (למשל, אישה שרוצה להתנסות בקיום יחסי מין עם

ראשית, הסכמה לקיים יחסי מין ניתנת בדרך-כלל לאדם מסוים, ולכן הסכמה שניתנת לאדם אחד אינה מהווה הסכמה לקיים יחסי מין עם אדם אחר. כך, בפרשת שמרת, למשל, סירב בית-המשפט לקבל את הקונסטרוקציה המשפטית שלפיה הסכמתה של המתלוננת הייתה רחבה וכללה הסכמה לקיום יחסי מין עם כמה נערים, ולא רק עם הנער שבו הייתה מעוניינת, ודרש הסכמה מסוימת לכל אחד ואחד מהנערים שקיימו יחסי מין עם המתלוננת.<sup>20</sup> הסכמה היא מסוימת גם באשר לזמן, כך שהסכמה שניתנה במועד אחד אינה יכולה בדרך-כלל לחייב את המסכים להמשיך להסכים גם בעתיד. בכך המשפט של ימינו דוחה את הקונסטרוקציה המשפטית של המשפט הקנוני שלפיה האישה, בכואה בברית הנישואים, נותנת את הסכמתה מכללא לקיום יחסי מין עם בעלה, והסכמה זו נמשכת לאורך כל חיי הנישואים שלהם. התוצאה העגומה של קונסטרוקציה זו הייתה אי-הכרה מוחלטת באונס של אישה על-ידי בעלה. עמדה זו נדחתה על-ידי המשפט העברי מקדמת דנא,<sup>21</sup> אך למשפט המערבי המודרני נדרש זמן רב יותר על-מנת להשתחרר מכבליה של הקונסטרוקציה הקנונית.<sup>22</sup> הדרישה להסכמה מסוימת מבחינת הזמן היא שעומדת גם בבסיס ההתייחסות למקרה "שתחילתו ברצון" אך סופו באי-הסכמה כאל מקרה אונס לכל דבר ועניין, שכן אין להתייחס להסכמה בתחילת האירוע ככובלת את האישה להמשיך להסכים גם בהמשך.<sup>23</sup> לבסוף, הסכמה ליחסי מין היא לעולם לאופן מסוים, כך שהסכמה לקיום יחסי מין מסוג אחד אינה מהווה הסכמה לקיום יחסי מין מסוג אחר.<sup>24</sup>

גבר ערבי/נימול/טייס וכולי). אותה סוגיה עולה גם כאשר מדובר באי-הסכמה, כגון אישה שמסרבת לקיים יחסי מין עם גבר מסוים בגלל היותו ערבי/נימול/טייס. בשני המקרים עולה השאלה אם (אי-)ההסכמה היא מסוימת, קרי לגבר הספציפי, או כללית, דהיינו לכל הגברים שמשתייכים לאותה קבוצה.

- 20 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 326 (1993) (להלן: פרשת שמרת).
- 21 איסור כפיית יחסי מין במסגרת הנישואים ניתן למצוא כבר בגמרא עצמה: "אסור לאדם שיכוף אשתו לרבר מצוה" (בבלי, עירובין ק, ע"ב). ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא גם בהמשך. הרמב"ם, למשל, טובע את הביטוי "שאינה בשביה שתיבעל לשנוי לה" (משנה תורה, נשים, פרק יד, הלכה ח). הקונסטרוקציה הקנונית, לכן, מעולם לא הייתה חלק מהמשפט העברי.
- 22 במשפט האנגלי, למשל, הצמצום הראשון של ההיתר הגורף המאפשר לבעל לאנוס את אשתו הופיע רק בשנת 1949. במשפט האמריקני, בשנת 1985, היה היתר גורף זה תקף עדיין ב-40 מתוך 50 המדינות. לפירוט בנושא ראו: Susan Estrich, *Real Rape* 74 (1988).
- 23 דרישה זו הוגדרה, בין היתר, בפרשה הבאה: ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.2.2007). עוד על אונס שתחילתו ברצון או על "שינוי לבבות" ראו במאמר: Amanda Davis, *Clarifying the Issue of Consent: The Evolution of Post-Penetration Rape Law*, 34 *STETSON L. REV.* 729 (2005).
- 24 ת"פ (ת"א) 51/93 מדינת ישראל נ' מוניר (לא פורסם; סיכום העובדות מופיע אצל אמנון סטרשנוב "עבירות מין – חידושי החקיקה והפסיקה" המשפט ב 265, 274-275 (1994)). אף שהנאשם זופה לבסוף, קיבל בית-המשפט את עמדת התביעה לגבי יסוד ההסכמה עצמו, ולא הסיק מהסכמתה של המתלוננת לקיום יחסי מין אורליים כי היא הסכימה בכך גם לקיום יחסי מין מלאים. דוגמה נוספת ניתן למצוא בע"פ 6424/10 דהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.4.2011), שם נקבע כי אין להסיק הסכמה ליחסים אנליים מהסכמה ליחסי מין רגילים.



בהקשר של מסוימות ההסכמה חשוב להבדיל בין השאלה המהותית לבין השאלה הראייתית: ניתן לטעון כי העובדה שהמתלוננת קיימה יחסי מין בהסכמה עם הנאשם שבועות מספר לפני האירוע מהווה ראיה רלוונטית לכך שגם יחסי המין באירוע מושא התביעה היו בהסכמה (או שהנאשם לא היה מודע לאי־ההסכמה).<sup>25</sup> באותו אופן ניתן לטעון כי הסכמתה של המתלוננת לסוג מסוים של יחסי מין מהווה ראיה שמעלה את ההסתברות שגם הסוג האחר של יחסי המין, שהם מושא התביעה, היו בהסכמה (או שקיום יחסי המין המוסכמים גרם לכך שהנאשם האמין בטעות בקיומה של הסכמה גם לסוג האחר).<sup>26</sup> טענות אלה הן טענות ראייתיות בעיקרן, וזאת ללא קשר לשאלה אם הן טובות או גרועות, אם הן משקפות את המציאות או מעוותות אותה, אם הן הוגנות או פוגעות ופוגעניות כלפי נשים וכולי. הן טוענות שכאשר עולה מחלוקת ראייתית באשר להתקיימותה של הסכמה מסוימת אחת (או באשר לאמונתו של הנאשם בנוגע לקיומה של הסכמה זו), ניתן ללמוד משהו, גם אם לא באופן קונקלוסיבי, מהסכמה מסוימת אחרת שעל קיומה אין מחלוקת בין הצדדים. מבלי לנקוט עמדה לגבי טענות ראייתיות אלה,<sup>27</sup> חשוב להדגיש כי גם מי שמוכן לאמץ אותן ברמה הראייתית יכול עדיין לקבל את העמדה שהסכמה ליחסי מין היא לעולם מסוימת, ולא כללית.

כשם שהסכמה ליחסי מין היא לעולם מסוימת, כך גם אי־הסכמה ליחסי מין היא מסוימת. כאשר אדם מועמד לדין בעברת אונס, הוכחת יסוד אי־ההסכמה דורשת גם היא מסוימות: על התביעה להוכיח, מעבר לספק סביר, כי המתלוננת לא הסכימה לקיום יחסי המין עם הנאשם במועד שבו קוימו ובאופן שבו קוימו. לעיתים שאלות אלה אינן נמצאות ביריעת המחלוקת בין הצדדים, אבל אין ללמוד מכך שדי בהוכחת אי־ההסכמה כללית ללא התייחסות לאירוע הקונקרטי שבו קוימו יחסי המין. כמו בהסכמה, גם בנוגע לאי־ההסכמה יש להבחין בין השאלה המהותית (אם אי־ההסכמה לדבר מסוים אחד מהווה גם אי־ההסכמה לדבר מסוים אחר) לבין השאלה הראייתית (אם קיומה של אי־ההסכמה לדבר מסוים אחד יכול לסייע בבירור השאלה העובדתית אם הייתה אי־ההסכמה גם באשר לדבר מסוים אחר). גם כאן עולות שאלות ראייתיות חשובות ומעניינות. למשל, במקרה שבו הוכח כי המתלוננת לא הסכימה לקיים יחסי מין עם הנאשם בפעמים הקודמות שבהן ניסה ליזום יחסים כאלה, האם עובדה זו מהווה ראיה שמחזקת (גם אם לא מוכיחה באופן חותך) את טענת התביעה כי היא לא הסכימה ליחסי המין גם במקרה העומד בכיסו של כתב האישום? שאלה נוספת היא אם ניתן להסיק אי־ההסכמה מסוימת מאי־ההסכמה גורפת שהובעה בעבר – למשל, אם המתלוננת אמרה לנאשם זמן־מה לפני האירוע כי לעולם לא תסכים (עוד) לקיים איתו יחסי מין. לא ברור כלל אם שימוש באי־ההסכמה אחת כדי לבסס ראייתית אי־ההסכמה אחרת שונה

25 ראו, למשל: 1 [2002] U.K.H.L. 25; [2001] R. v. A. (Complainant's Sexual History), A.C. 45 (H.L.).

26 ראו את המקרים המתוארים לעיל בה"ש 24.

27 למאמרים העוסקים בשאלה זו ראו: Di Birch, *Rethinking Sexual History Evidence: Proposals for Fairer Trials*, CRIM. L. REV. 531 (2002); Jennifer Tenkin, *Sexual History Evidence – Beware the Backlash*, CRIM. L. REV. 217 (2003); יובל מרין "מבט פמיניסטי על דיני הראיות: האמת' המוגדרת והשתקת הקול השונה" המשפט טז 97, 114-121 (2011).

מבחינה אפיסטמית או ראוי יותר מבחינה מוסרית מאשר שימוש בהסכמה אחת כדי לבסס ראייתית הסכמה אחרת. כך או כך, סוגיות ראייתיות חשובות אלה מצויות מחוץ לגדר מאמר זה, העוסק בהיבטים המהותיים של יסוד ההסכמה.

## 2. אי־הסכמה והעדר הסכמה

הבחנה נוספת שניתן להציע היא בין אי־הסכמה לבין העדר הסכמה. אי־הסכמה היא דיספוזיציה אקטיבית ומודעת של הפועל (agent), אשר מגבש עמדה שבה הוא אינו מסכים למשהו ספציפי. לעומת זאת, העדר הסכמה הוא העדרה של דיספוזיציה אקטיבית ומודעת של הסכמה או אי־הסכמה מצד הפועל כלפי אותו משהו ספציפי. במילים אחרות, בעוד אי־הסכמה היא מצב שבו הוצעו לפועל דבר מסוים או הצעה מסוימת והפועל גיבש עמדה אקטיבית של דחייתם, במצב של העדר הסכמה השאלה אם להסכים או לא להסכים לא חלפה כלל בראשו של הפועל.<sup>28</sup> מדובר כאן אך ורק בשאלה אם בתוך נכחי נפשו גיבש הפועל עמדה מנטלית פנימית אם לאו, ויש להבדיל שאלה זו משאלת קיומם או העדרם של ביטויי התנהגות חיצוניים שיעידו על גיבושה של עמדה מנטלית כזו. כך, למשל, מקרה שבו גבר מכוון אקדח לראש האישה ומכריח אותה לומר כי היא מסכימה ליחסי המין יכול עדיין להוות מקרה פרדיגמטי של אי־הסכמה. ברור שאמירת האישה כי היא מסכימה בעוד אקדח מכוון לראשה אינה מהווה ראיה טובה לכך שהייתה לה דיספוזיציה מנטלית פנימית של הסכמה ליחסי המין. בניגוד לביטויי ההסכמה החיצוניים שהיא נכפתה לבטא, עמדתה המנטלית הפנימית כלפי האקט המיני היא ככל הנראה דווקא של אי־הסכמה. כמו־כן יש להבהיר כי הבחנה זו מתבססת אך ורק על שאלת קיומה או העדרה של דיספוזיציה מנטלית אקטיבית, ועצם עריכת ההבחנה אינה מחייבת נקיטת עמדה נורמטיבית כלשהי באשר לדרך שבה ראוי שדיספוזיציה כזו תגובש.<sup>29</sup>

במקרים רבים, ולצרכים מסוימים, הדין מתייחס להעדר הסכמה כמו אל אי־הסכמה לכל דבר ועניין. בדיני החוזים, לדוגמה, קביעה של המציע כי שתיקת הניצע כמוה כהסכמה אינה קביעה תקפה (למעט אם מדובר בהצעה שאין בה אלא לְזַכּוֹת את הניצע).<sup>30</sup> אך חשוב

28 יש לציין כי הבחנה זו אינה נוהגת בפסיקה, אשר נוטה להתייחס למצבים של אי־הסכמה ולמצבים של העדר הסכמה כמשתייכים לאותה קטגוריה. כך, למשל, בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 8, פס' עא, השופט רובינשטיין מתייחס למצב של העדר הסכמה כאל "אי־הסכמה". בעריכת ההבחנה הזו אין עדיין משום מחלוקת משמעותית עם הפסיקה, שכן עצם עריכת ההבחנה אינה כוללת הנחה מובלעת שעל המשפט הפלילי להתייחס אחרת אל כל אחת מהקטגוריות (טענה זו תועלה רק בחלק הבא של מאמר זה).

29 כך, למשל, עצם עריכת ההבחנה בין אי־הסכמה לבין העדר הסכמה אינה תלויה בקיומו של הליך קבלת החלטות רציונלי/או הליך הכפוף לסטנדרטים אפיסטמיים או נורמטיביים אחרים. בפרט, ההבחנה אינה תלויה בקיומו של מידע רלוונטי הררוש לצורך הליך קבלת החלטות זה. תנאים נוספים אלה חשובים, כמובן, והשאלה מה מעמדה של הסכמה שניתנה בהעדרם של תנאים נוספים כגון אלה עומדת במרכזו של מאמר זה. עם זאת, חשוב להדגיש כי עצם עריכת ההבחנה בין אי־הסכמה לבין העדר הסכמה אינה מחייבת נקיטת עמדה כלשהי באשר לנחיצותם של תנאים נוספים אלה או באשר לאופיים המדויק, אם הם אכן נחוצים.

30 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס' 6(ב) ו-7, בהתאמה.

להדגיש כי ההבחנה קיימת, כך שמדובר בכל־זאת בשני מצבים שונים. גם כאשר ההתייחסות אליהם זהה ומנביעה אותן תוצאות מעשיות ונפקויות משפטיות, אין הדבר נובע מכך שמדובר באותה דיספוזיציה של הפועל. במקרים אלה, בגלל שיקולים שונים או כדי להשיג מטרות מסוימות, השיטה המשפטית פשוט בוחרת להתייחס להעדר הסכמה כמו אל אי־הסכמה. בדיני החוזים, לדוגמה, שיקולים אלה יכולים להיות הרצון לדרבן את המציע למסור מידע מסוים שברשותו או לדרבנו לוודא שלפועל יש דיספוזיציה אקטיבית של הסכמה כלפי ההצעה. כאמור, ההבדלים הקיימים בין תחומי הדין השונים לגבי טיב המקרים שבהם מצבים של העדר הסכמה יוכרו כאי־הסכמה יכולים כנראה ללמדנו על ההבדלים בין המטרות והתפיסות השונות העומדות בבסיסו של כל אחד מהתחומים.<sup>31</sup> מה שחשוב לענייננו הוא שקשה לקבל שהעדר הסכמה שקול לאי־הסכמה באופן אוטומטי, מושגי או אנליטי, שכן השאלה אם יש להתייחס להעדר הסכמה כמו אל אי־הסכמה תלויה בנסיבות הספציפיות של כל סוגיה וסוגיה (למשל, מיהו הפועל, מהו הדבר שהפועל מתבקש להסכים לו, לצורך מה נערך הבריור באשר לקיומה של ההסכמה וכולי). לראיה, קיימים מקרים שבהם החוק מכיר בכך שהעדר הסכמה שקול דווקא להסכמה, ולא לאי־הסכמה. כך, לדוגמה, בסיטואציות מסוימות ניתן להעניק טיפול רפואי שמחייב בעיקרון מתן הסכמה מדעת מצד המטופל אפילו אם המטופל אינו מסוגל לגבש הסכמה כזאת באופן אקטיבי ומודע.<sup>32</sup> אם כן, גם אם במקרים מסוימים אי־הסכמה והעדר הסכמה מובילים לאותן תוצאות מעשיות ומשפטיות, בכל־זאת מדובר בשני מושגים שונים. השאלה אם מקרה שבו עולה סוגיה של הסכמה ליחסי מין הוא אחד מאותם מקרים שבהם יש להתייחס להעדר הסכמה כאל אי־הסכמה היא אחת השאלות העומדות במרכזו של מאמר זה.

ניתן להדגים את ההבחנה הזאת באמצעות דוגמה שאינה קשורה לתחום של עבדות המין. נניח שבעת טיסה דייל עובר ומציע לאחד הנוסעים קפה. הנוסע חוכך בדעתו ומחליט כי הוא אכן מעוניין בקפה. הדייל מוזג מן הקנקן שבידו, ולהפתעת שניהם מדובר בתה. האם הנוסע הסכים לקבל תה? התשובה היא לא, כמובן, שכן הסכמתו הייתה לקפה. אבל מכאן אי־אפשר עדיין להסיק כי בעת האירוע עצמו הוא גיבש אי־הסכמה לקבלת התה. ייתכן שהמחשבה אם הוא מעוניין בכוס תה לא חלפה כלל בראשו, כי הוא הרי נשאל לגבי קפה. אם לא הייתה לו דיספוזיציה אקטיבית באשר לתה, המצב שמאפיין אותו הוא מצב של העדר הסכמה.

### 3. הסכמה אקטואלית והסכמה קונסטרוקטיבית

מובן שבמקרים לא־מעטים של העדר הסכמה ניתן לשער, לעיתים בדרגה גבוהה של ודאות, מה הייתה הדיספוזיציה של הפועל אילו נדרש לגבש הסכמה או אי־הסכמה. למשל, אם בדרגמת הדייל שלעיל מסתבר שהנוסע נוהג לשתות תה בעיקר כאשר הוא אינו בקו הבריאות, אזי ניתן להעריך שאם הנוסע היה בריא בעת האירוע, הוא לא היה

31 עוד על־אודות הסכמה שהושגה במרמה בתחומים משפטיים שונים ראו לעיל ה"ש 18.

32 ס' 15(1) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, מפרט את התנאים למתן טיפול רפואי בהעדר הסכמה. גם חוק עשיית עושר מאפשר הענקת טובת־הנאה כפויה – למשל, במקרים של הצלת חיים. ראו חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, ס' 5(ג) סיפא.

מסכים לקבל כוס תה. לנוכח זאת ניתן לערוך הבחנה נוספת – בין הסכמה אקטואלית להסכמה קונסטרוקטיבית. הסכמה אקטואלית היא דיספוזיציה של הפועל כפי שהייתה בעת התרחשות האירוע עצמו. לעומתה, הסכמה קונסטרוקטיבית היא דיספוזיציה שהפועל מגבש במועד מאוחר לאירוע כלפי הדבר שהוצע לו בעת האירוע עצמו, כאשר בעת האירוע עצמו לא התגבשה אצלו הסכמה (או אי-הסכמה) אקטואלית לגבי הדבר שהוצע לו (אך ייתכן שהתגבשה אצלו הסכמה אקטואלית לגבי דבר מסוים אחר).<sup>33</sup> כאשר הפועל מגבש הסכמה (או אי-הסכמה) קונסטרוקטיבית, הוא מנסה לשחזר את האירוע ולשער כיצד היה מגיב אילו התבקש להסכים באירוע עצמו. יש להבדיל בין הסכמה קונסטרוקטיבית לבין חרטה או שינוי דעה, שהם מצבים שבהם לפועל הייתה בעת האירוע דיספוזיציה אקטיבית אחת כאשר לדבר המסוים שהוצע לו, ובמועד מאוחר יותר היא התחלפה בדיספוזיציה אקטיבית אחרת כלפי אותו דבר. הסכמה קונסטרוקטיבית שונה באופן מהותי ממצבים אלה, שכן היא רלוונטית רק כאשר בעת האירוע עצמו היה הפועל במצב של העדר הסכמה אקטואלית. חשוב להדגיש כי מעצם עריכת ההבחנה בין הסכמה אקטואלית לבין הסכמה קונסטרוקטיבית לא נובע שיש להתייחס להסכמה אקטואלית כמבטאת טוב יותר את הרצון האוטנטי של הפועל מאשר הסכמה קונסטרוקטיבית, שכן זו עמדה ערכית שאינה נובעת באופן מושגי או אנליטי מן ההבחנה האמורה. עוד חשוב להדגיש כי תהליך גיבושה של הסכמה הקונסטרוקטיבית אינו תהליך של גילוי האמת העובדתית כאשר לשאלת קיומה של הסכמה בעת האירוע עצמו. במצבים כאלה הפועל נדרש לקיים הערכה לגבי מצב דברים היפותטי שמעולם לא קרה במציאות: איזו דיספוזיציה אקטיבית הוא היה מגבש אילו נדרש לכך בעת האירוע עצמו. מדובר במצב היפותטי בהגדרה, שכן בעת האירוע היה הפועל במצב של העדר הסכמה, והמשמעות של העדר הסכמה היא שהפועל לא נדרש – או לא הייתה לו ההזדמנות – לגבש דיספוזיציה אקטיבית כלשהי לגבי אותו דבר שהוצע לו. היגדים מסוג זה נקראים בפילוסופיה "היגדים קאונטר-פקטואליים" (בתרגום חופשי, "היגדים המנוגדים למציאות העובדתית", שכן אלה היגדים על מצב דברים שהמאפיין המכונן שלהם הוא שהם לא התרחשו במציאות). היגדים כאלה מעוררים שאלות רבות ומורכבות כאשר לטיבם הלוגי, המטפיזי והאפיסטמי.<sup>34</sup> עם זאת, ואף שמדובר בשאלות חשובות, מאמר זה נמנע ככל האפשר

33 מונח אחר שאפשר לנקוט כאן במקום "הסכמה קונסטרוקטיבית" הוא "הסכמה היפותטית". בעוד "הסכמה היפותטית" מתאימה יותר למצב שבו ברור למדי כי לא ניתנה הסכמה אקטואלית, "הסכמה קונסטרוקטיבית" מתאימה יותר למצב שבו הדין מתייחס למצב מסוים כאילו הייתה בו הסכמה, בין אם במציאות התקיימה הסכמה אקטואלית ובין אם לאו. הבחירה ב"הסכמה קונסטרוקטיבית" נראית מתאימה יותר, שכן בית-המשפט לא יהיה מעוניין בהכרח לקבוע ממצאים עובדתיים לגבי קיומה או העדרה של הסכמה אקטואלית רק מעצם הפנייה לערוץ הקונסטרוקטיבי. בכל מקרה, ההבדל אינו עקרוני למאמר, וניתן לחזור על הטענות שבמאמר גם לגבי הסכמה היפותטית.

34 ראו, לדוגמה: (1973) (1973) (Blackwell Publishers 2001) DAVID LEWIS, COUNTERFACTUALS. חלק ניכר מן העיסוק בהיגדים אלה נעשה בהקשר של מושג הסיבתיות. ראו, למשל, בקובץ המאמרים: (John Collins, Ned Hall & L.A. Paul eds., 2004). היגדים אלה קיבלו גם תשומת-לב במחקר הפסיכולוגי. ראו, למשל: Daniel Kahneman & Amos Tversky, *The Simulation Heuristic*, in JUDGMENT UNDER

מדיון כללי בסוגיות פילוסופיות שעולות לגבי היגדים מסוג זה ומנקיטת עמדה לגביהן, והוא אינו מתיימר לקדם את הדיון בסוגיות פילוסופיות כלליות. שאלות מורכבות אלה תקפות לכל ההיגדים הקאונטר־פקטואליים, ולא רק לתת־קבוצה של היגדים הנסכים על הסכמה קונסטרוקטיבית, ולכן לא ברור אם וכיצד עיסוק בשאלות כלליות אלה יכול לסייע לדיון המשפטי בעברת האונס במרמה דווקא (או כיצד הוא יכול להסתייע מדיון כזה). מטרתו של דיון קצר זה היא רק להבהיר שכאשר בית־המשפט עוסק בהסכמה הקונסטרוקטיבית של המתלוננת, אין מדובר בשאלה עובדתית רגילה (הנסבה על העובדות כפי שהן קרו בעת האירוע), אלא בשאלה מסוג שונה, הנסבה על תרחיש היפותטי שלא קרה במציאות.<sup>35</sup>

#### 4. גדר המחלוקת

כעת ניתן לחזור לעברה של אונס במרמה לגבי מיהות העושה, המוגדרת ברישא של סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, ולנתח לאור ההבחנות שהוצעו לעיל. מאמר זה מציג להבין את יסוד ההסכמה בעברת האונס במרמה כמורכב משלושה רכיבים.<sup>36</sup> ראשית, מקרי המרמה לגבי מיהות העושה מתאפיינים בקיומה של הסכמה אקטואלית של המתלוננת לקיום יחסי מין עם אדם בעל מאפיינים שונים מאלה של הנאשם. בפרשת קאשור, למשל, הסכימה המתלוננת לקיים יחסי מין עם אדם שדומה לקאשור בכל המאפיינים למעט היותו יהודי, רווק ומחפש קשר רומנטי משמעותי. בפרשת בן־אברהם הייתה הסכמה אקטואלית מסוימת לקיום יחסי מין עם אדם הדומה לבן־אברהם בכל המאפיינים למעט היותו טייס בעברו, רופא בהווה ובעל נכס במושב יוקרתי. אונס במרמה לגבי מיהות העושה מתאפיין

UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 201 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982). אחת השאלות הקשות לגבי סוג זה של היגדים היא השאלה אם יש להם בכלל ערכי אמת מלכתחילה. לדוגמה, האם אמירה של הנוסע כי הוא לא היה מסכים לקבל את הצעת הדייל אילו ידע שמדובר בתה שייכת בכלל לסוג ההיגדים שיכולים להיות נכונים או לא־נכונים (להבדיל מהיגדים שאין להם ערכי אמת, כגון "דני, בוא הביתה")? שאלה נוספת, קשה לא פחות, היא אם ניתן לגלות את ערכי האמת הללו, בהנחה שהם אכן קיימים, וכיצד ניתן לעשות זאת: כיצד ניתן לדעת מה היה אותו נוסע עושה אילו הוצע לו תה, ולא קפה? ניתן כמובן לשאול את הנוסע בדיעבד, וזאת בדרך־כלל תהיה ראייה טובה, אבל השאלה הראייתית מורכבת יותר: האם הליך מציאתן של "עובדות" כאלה זהה לגמרי להליך מציאתן של עובדות שהתרחשו במציאות או שמא, מכיון שמדובר בהיגדים קאונטר־פקטואליים, יש להשתמש בכלים אפיסטמיים ו/או בכללים ראייתיים שונים? כך, לדוגמה, דרך אפשרית להבין את מתן אפשרות הביטול (להבדיל מביטול אוטומטי) במקרה של הטעיה, במסגרת דיני החוזים (ס' 15 לחוק החוזים), היא כניסיון להתחקות אחר הרצון הקונסטרוקטיבי של המוטעה. עצם בחירתו של המוטעה לקיים את החוזה או לדרוש את ביטולו יכולה להוות ראייה לרצון הקונסטרוקטיבי שלו בעת האירוע עצמו.

נחזור לסוגיה זו בהמשך, אחרי ה"ש 145.

מבחינת ניתוח יסודות העברה מדובר בנסיבה "בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה", שהיא חלק מהיסוד העובדתי. התביעה תצטרך להוכיח גם את מודעותו של הנאשם לנסיבה זו, כחלק מהוכחת היסוד הנפשי. מורכבות הוכחתו של יסוד נפשי זה תידון ליד ה"ש 141 ואילך.

בכך שקיימת הסכמה אקטואלית מסוימת מצד המתלוננת, כך שאילו תאם הנאשם את המצג שיצר לגבי עצמו, לא הייתה מתעוררת כלל מחלוקת באשר לחוקיותם של יחסי המין. שנית, אונס במרמה מתאפיין בכך שבאותו זמן שהמתלוננת נתנה את הסכמתה האקטואלית לאדם בעל מאפיינים שהנאשם רימה לגביהם, היא הייתה שרויה במצב של העדר הסכמה אקטואלית כאשר לקיום יחסי מין עם אדם בעל מאפיינים הזהים בדיוק לאלה של הנאשם.<sup>37</sup> כך, בפרשת קאשור, למשל, בעת האירוע עצמו, לא הייתה למתלוננת דיספוזיציה אקטיבית באשר לשאלה אם היא מעוניינת לקיים יחסי מין עם קאשור על כל מאפייניו האמיתיים, הכוללים את היותו ערבי ונשוי שאינו מחפש קשר רומנטי משמעותי נוסף. לפחות לפי כתב האישום המתוקן והמוסכם, המתלוננת לא הייתה מודעת כלל למאפיינים אלה, ולכן לא יכלה לגבש דיספוזיציה אקטיבית של הסכמה או אי-הסכמה בעניין. הרכיב השלישי המאפיין את מקרי המרמה הוא קיומה של אי-הסכמה קונסטרוקטיבית. אחרי האירוע המתלוננת טוענת כי היא לא הייתה מסכימה לקיים יחסי מין עם הנאשם אילו הייתה מודעת למאפייניו האמיתיים. לצורך הדיון בדין המהותי יש להניח כי מבחינה ראייתית הוכחה מעבר לכל ספק סביר עובדת אי-הסכמתה הקונסטרוקטיבית של המתלוננת הספציפית. בהינתן הסכמה אקטואלית לקיום יחסי מין עם הנאשם כפי שהציג את עצמו בעת האירוע (שהרי אם לא כן מדובר באונס בכפייה), השאלה המהותית שמקרי המרמה מעלים היא זאת: האם ניתן להסיק את התגבשותה של עברת אונס מחיבור של (1) העדר הסכמה אקטואלית ליחסי מין עם אדם בעל מאפיינים הזהים לאלה של הנאשם כפי שהוא באמת, ו-(2) קיומה של אי-הסכמה קונסטרוקטיבית לגבי קיום יחסי מין עם אדם זה?

באופן עקרוני קיימות שלוש תשובות אפשריות לשאלה זו. לפי האפשרות הראשונה, כאשר בוחנים את השאלה אם מעשה מסוים יכול להוביל להתגבשותה של עברת אונס, יש להתמקד אך ורק במקרים של אי-הסכמה אקטואלית. לפי גישה זו, העדר הסכמה אקטואלית, להבדיל מאי-הסכמה אקטואלית, לא יביא בשום מקרה לידי התגבשותה של עברת אונס, ואין כל צורך להביא בחשבון את קיומה או העדרה של אי-הסכמה קונסטרוקטיבית. האפשרות השנייה היא זו הפוכה, ולפיה יש לראות כל מקרה של העדר הסכמה אקטואלית ככזה שיכול להביא לידי התגבשותה של עברת אונס. המשמעות היא יצירת כלל בררת-מחדל שלפיו אם המתלוננת לא הייתה מודעת באופן אקטואלי ומסוים למאפיינים הרלוונטיים של הנאשם, ואם התקיימו שאר יסודות העברה (בעילה, מודעות של הנאשם וכולי), עברת האונס מתגבשת תמיד. על פניו נראה כי כלל כזה מקדם מטרות ראיות וחשובות באשר למעמד האישה ולחשיבות שיש לתת לאוטונומיה שלה, אבל בפועל מדובר בכלל פשטני שמוביל לתוצאות בעייתיות. לפי כלל זה, אפילו אם האישה תעיד באופן מהימן לחלוטין כי היא הייתה מסכימה ליחסי המין גם אילו הייתה מודעת למאפיין רלוונטי מסוים שהיא

37 מקרה מורכב יותר הוא כאשר בנקודה כלשהי שקודמת בזמן גיבשה המתלוננת אי-הסכמה אקטואלית לקיום יחסי מין עם אדם בעל מאפיינים הזהים לאלה של הנאשם, ורק אחרי שהנאשם רימה אותה, היא הסכימה לקיים עימו יחסי מין. אם הסכמה ואי-הסכמה ליחסי מין הן מסוימות תמיד (ראו לעיל חלק 1א), אזי הסוגיה שמתעוררת כאן היא ראייתית למעשה: האם ומתי ניתן להשתמש בקיומה של (אי-)הסכמה אקטואלית בעבר כדי לבסס את קיומה של (אי-)הסכמה בעת האירוע עצמו (ראו ליד ה"ש 25 ואילך).

לא הייתה מודעת אליו בעת האירוע, עֵבֶרַת האונס כבר התגבשה, ואין חשיבות לקיומה של הסכמה קונסטרוקטיבית מצידה של האישה.<sup>38</sup> לנוכח תוצאה אבסורדית זו,<sup>39</sup> האפשרות המציאותית יותר היא האפשרות השלישית: להתייחס להעדר הסכמה כאל מצב שיכול להביא לידי גיבושה של עֵבֶרַת אונס רק כאשר מתלֵוֶה אליו אי־הסכמה קונסטרוקטיבית. עֵבֶרַת האונס תתגבש רק אם התביעה תצליח להוכיח כי האישה לא הייתה נותנת את הסכמתה בעת האירוע אילו ידעה על מאפייניו הרלוונטיים של הנאשם כפי שהם באמת.

בניגוד לעמדות הרווחות בישראל הן בפסיקה והן בספרות,<sup>40</sup> מאמר זה טוען כי אין להסיק התגבשות של עֵבֶרַת אונס מהעדר הסכמה אקטואלית, אפילו כאשר נוסף על כך יש אי־הסכמה קונסטרוקטיבית. ייתכן שבנסיבות של מרמה חמורה באשר למאפיינים מהותיים יש להפליל גם יחסי מין בהעדר הסכמה, אך הפללה זו צריכה להיעשות בעֵבֶרַת שונה באופן קטגורי וחמורה פחות מעֵבֶרַת האונס, הן מבחינת תיוגה והן מבחינת הסנקציה המוצמדת אליה. הטענה העיקרית של מאמר זה היא אם כן שעֵבֶרַת האונס אינה צריכה לכלול כלל יחסי מין בהעדר הסכמה אקטואלית, וזאת אפילו במקרי־קצה של מרמה קשה ושיטתית – למשל, כאשר ההתחזות היא לבן־זוגה של המתלוננת. בניסוח תמציתי: עֵבֶרַת האונס צריכה לחול אך ורק על יחסי מין בלא הסכמה, ולא על יחסי מין בהעדר הסכמה. החלק הבא מפרט את השיקול העקרוני בעד גישה זו – השיקול המוסרי־תיוגי – ואילו החלק שאחריו מפרט את הבעיות שעולות לגבי הגישות הקיימות במשפט הישראלי.

## ב. ההבדל בין מקרי הכפייה לבין מקרי המרמה

השיקול בעד מיקודה של עֵבֶרַת האונס באי־הסכמה אקטואלית בלבד נובע, לטענת מאמר זה, מקיומו של הבדל מוסרי בין מקרי אי־הסכמה האקטואלית לבין מקרי אי־הסכמה הקונסטרוקטיבית, ומן הצורך שהדין הפלילי ישקף הבדל זה. רובו של חלק זה יוקדש לטענה כי הפגיעה של הפועל ביכולתו של פרט אחר להחליט אם להסכים לדבר מסוים אם לאו –

38 ניתן לטעון כי הפללת מקרי המרמה מבוססת אך ורק על קיומה של מרמה, וכי אין חשיבות לשאלה הקאונטר־פקטואלית מה הייתה האישה המרומה עושה אילו ידעה את האמת. הדוגמה שבטקסט ממחישה מדוע החלת עֵבֶרַת האונס על מקרי המרמה מחייבת את הוכחת נכונותו של תרחיש קאונטר־פקטואלי שלפיו המתלוננת לא הייתה מסכימה ליחסי המין אילו ידעה את מאפייניו האמיתיים של הגבר. באופן כללי יותר, הסיטואציה של העדר הסכמה אקטואלית שמלווה דווקא הסכמה קונסטרוקטיבית חשובה כדי לאבחן במדויק את האינטרס של האישה שעליו עֵבֶרַת האונס מנסה להגן. מאמר זה עוסק בסוגיה זו בהמשך, ליד ה"ש 69.

39 ניתן לטעון כי אפשר להימנע מתוצאה אבסורדית זו על־ידי הקפדה שהתביעה תנהל רק תיקים שבהם האישה התלוננה, וברור שבמקרה כזה האישה לא תתלונן מלכתחילה. אולם פתרון כזה הוא אדי־הוקי, ומבלבל בין שאלות מהותיות (מהם יסודות העֵבֶרַת) לבין שאלות דיוניות (מתי על התביעה לנהל הליך פלילי נגד נאשם שחשוד בכיזועה של אותה עֵבֶרַת). אחת התוצאות הבעייתיות של פתרון כזה היא הכנסת הדרישה לאי־הסכמה קונסטרוקטיבית "בדלת האחורית", תוך פטירת התביעה מן הצורך להוכיח יסוד חשוב זה מעבר לכל ספק סביר.

40 עמדות אלה מפורטות להלן בחלק ג.

חמורה ככל שתהיה מבחינה מוסרית – חמורה עדיין פחות מהתעלמות מוחלטת של הפועל מבחירה שפרט אחר כבר עשה וכפיית אותו פרט, באמצעים פיזיים או לא-פיזיים,<sup>41</sup> לעשות משהו שהפועל יודע כי אותו פרט אינו מעוניין לעשותו.<sup>42</sup> בסוף חלק זה ימשיך המאמר ויטען כי אם אכן יש הבדל מוסרי כזה, אזי על הדין הפלילי לשקפו באמצעות הוצאתם של מקרי אי-הסכמה הקונסטרוקטיבית אל מחוץ לעברת האונס.

מאחר שבדרך-כלל קשה לבסס טיעונים משפטיים על טענות מתחום המוסר, חשוב לפתוח חלק זה בשלוש הבהרות. ראשית, המונח "מוסר", על נגזרותיו, מעורר לעיתים רתיעה מסוימת, והשימוש במינוח זה עלול ליצור את הרושם כאילו המאמר מניח או מנסה לקדם תורת מוסר מסוימת אחת – למשל, תועלתנות או תורת מוסר דתית כלשהי – כך שמסקנתו של מאמר זה מותנית בקבלתה של אותה תורת מוסר ספציפית. הקשר בין הטענה המועלית במאמר זה לבין תורות המוסר השונות הוא מורכב, וייתכן שהטענה המובאת כאן לא תתיישב עם תורות מוסר מסוימות. אך במקום להניח תורת מוסר מסוימת אחת ולבסס עליה את הטענה בדבר קיומו של הבדל מוסרי, תועלנה בחלק זה טענות אחדות שבבסיסן הנחות מקובלות למדי. השאלה כיצד בדיוק הנחות אלה מתיישבות עם תורות המוסר השונות מחייבת מחקר נוסף, שאינו חלק ממאמר זה. היה אפשר לנהל את הדיון שבחלק זה ללא אזכור המושג "מוסר", ובמקום זאת להציג את השיקולים שיובאו כאן כשיקולים עקרוניים או כלליים, אך דיון כזה היה מטשטש את אופיין המוסרי של טענות נורמטיביות אלה, שכן הן עוסקות בתחום שבין אדם לחברו ומשקפות, בין היתר, את הציפיות שיש לנו – ו/או צריכות להיות לנו – בנוגע לאופן שבו אנשים אחרים יתנהגו כלפינו.

שנית, חשוב להדגיש כי ההנחה העומדת בבסיסו של חלק זה היא שקיים אומנם קשר משמעותי בין המוסר לבין הדין הפלילי אך אין זה קשר ממצה. למשל, המאמר אינו מניח שהיות מעשה מסוים לא-מוסרי הוא תנאי הכרחי או תנאי מספיק ליצירתה של עברה פלילית שתשקף אותו. ההנחה שדרושה למאמר זה היא הנחה חלשה למדי, והיא שלפחות בעברות החמורות שבדין הפלילי, אשר עברת האונס נמנית עימן, הדין הפלילי צריך להיות מושפע, גם אם לא באופן מלא או בלעדי, מן החומרה המוסרית של המעשה האסור. ההנחה אינה

41 זאת, בניגוד לעמדתו של רובנפלד, הקורא להחזרתה של דרישת השימוש בכוח לעברת האונס. ראו Rubinfeld, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1432-1434. הבעיה בגישתו של רובנפלד היא שאפילו אם מקבלים את עמדתו שעברת האונס נועדה למנוע שעבוד מיני, לא ברור עדיין מדוע כפיית יחסי מין שלא באמצעות כוח פיזי אינה מהווה שעבוד מיני בדיוק כמו כפייתם באמצעות כוח פיזי (וראו את התייחסותו של רובנפלד לביקורת זאת, שם בעמ' 1435-1436). לגישת מאמר זה, להבדיל מזו של רובנפלד, המאפיין המרכזי של כפייה אינו השימוש בכוח (או האיום בהפעלתו), אלא קיומה של אי-הסכמה אקטואלית מצד הנכפה.

42 הטקסט משתמש בלשון זכר ("פרט אחר", ולא "אישה") כדי לשמור על כלליות הדיון, שכן הטענה המועלית בחלק זה תקפה גם לגברים הנופלים קורבן לעברות מין וגם לזוגות שאינם הטרוסקסואלים. אין אופן ניסוח זה בא להכחיש שיש מאפיינים ייחודיים הנובעים מהגדרתו של הקורבן ו/או שהבנה וניתוח ממצים של עברת האונס מחייבים את הבאתם של המאפיינים הללו בחשבון. הנקודה היא שמאפיינים אלה, חשובים ככל שיהיו, אינם רלוונטיים לטענה המופיעה בחלק זה, ולכן השימוש הוא בלשון זכר הן לפועל והן לקורבן, וזאת כדי לשמור על כלליות הטענה.



שהאיסור הפלילי צריך להיקבע רק על-פי חומרתה המוסרית של הפרת הנורמה הפלילית, אלא שהחומרה המוסרית היא גורם רלוונטי ומשמעותי שחשוב להביאו בחשבון כאשר דנים בהיקף האיסור הפלילי ובעוצמת הסנקציה שמוצמדת אליו. סוגיה זו תעלה שוב בסוף חלק זה, כחלק מהדיון במעבר מן ההבדל המוסרי שקיים לטענת מאמר זה בין מקרי אי-ההסכמה האקטואלית לבין מקרי אי-ההסכמה הקונסטרוקטיבית אל האופן שבו עברת האונס צריכה להיות מוסדרת בחוק הפלילי.

ההבהרה האחרונה היא לגבי מוקד הטענה: מאמר זה מתמקד בנקודת-מבטו של הפועל, אשר את אחריותו המוסרית והמשפטית הדין מנסה להעריך, ולא בנקודת-מבטו של הקורבן, חשובה ככל שתהיה. השאלה אם יש הבדל בעוצמת הפגיעה בקורבן היא שאלה חשובה ומעניינת, בפרט בתחום האונס (כלומר, אם הפגיעה בקורבן אונס במקרי אי-ההסכמה האקטואלית שונה או גדולה יותר מאשר במקרים של העדר הסכמה אקטואלית ואי-הסכמה קונסטרוקטיבית). עוצמת הפגיעה בקורבן תלויה כמובן בנסיבות המקרה עצמו, בהיכרותו הקודמת של הקורבן עם הנאשם, בתמיכה המשפחתית, החברתית והמקצועית הניתנת לקורבן ובפרמטרים רבים נוספים. בכל-זאת, ניתן אולי לשער שכאשר מחזיקים את שאר המשתנים קבועים, הפגיעה מיחסי מין שנכפים על הפרט אחרי שגיבש רצון ברור לא לקיימם, ובניגוד לרצון ברור זה, גדולה מן הפגיעה מיחסי מין שאליהם נתן את הסכמתו בהתבסס על מרמה שבלעדיה לא היה מסכים. אם אכן קיים הבדל משמעותי כזה בעוצמת הפגיעה בקורבן, הבדל זה יכול לשמש נימוק נוסף להבדלה בין החומרה המוסרית והמשפטית של הפועל במקרי האונס הפרדיגמטיים לבין החומרה המוסרית והמשפטית של הפועל במקרי המרמה. אך דברים אלה לגבי ההבדל בעוצמת הפגיעה בקורבן הם בגדר השערה בלבד, המחייבת אישוש אמפירי, ולא ברור כלל אם ניתן להציע הכללה כלשהי באשר לעוצמת הפגיעה בכל אחד מהמקרים האלה, ומה רמת הדיוק של הכללה כזאת.<sup>43</sup> כך או כך, ולמרות חשיבותה של שאלה זו, מאמר זה אינו מניח שום הנחה באשר לעוצמת הפגיעה בקורבן, וכל הטענות שיועלו בחלק זה מתמקדות בטיב אשמתו של הפועל.<sup>44</sup>

הסיבה להתמקדות בפועל, ולא בקורבן, היא שאף-על-פי שהקורבן הולך ותופס מקום חשוב יותר בהליך הפלילי<sup>45</sup> (ומאמר זה אינו נוקט עמדה בעניין חשיבותה או צדקתה של מגמה זו), ההליך הפלילי עוסק עדיין בראש ובראשונה בנאשם: תפקידו העיקרי הוא לקבוע עובדתית את מעשיו של הנאשם ואת תוצאותיהם, להעריך את מידת אשמתו של הנאשם כמו-גם את האופן שבו הדין הפלילי צריך לחול עליו ולהטיל עליו סנקציה מתאימה המשקפת את חומרת מעשיו (בדרך-כלל תוך התחשבות בנסיבותיו האישיות, אך זוהי סוגיה

43 באופן מפתיע מעט, אין מחקר אמפירי בסוגיה זו או אפילו התייחסות כללית אליה, גם לא כמאמרים שמתמקדים בנושא האונס במרמה, ואפילו לא במאמרה של פוג'ין, לעיל ה"ש 12, אשר שם דגש לא-מבוטל בנקודת-המבט של הקורבן.

44 לכתובה שמתמקדת בנקודת-מבטו של הקורבן ובטיב הפגיעה בו ראו, לדוגמה, Rubenfeld, לעיל ה"ש 12.

45 חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001; דנה פוג'ין "מהפכת הקורבנות - היום שאחרי" קרית המשפט - שנתון הקריה האקדמית ד' 229 (2004).

נפרדת).<sup>46</sup> הדין הפלילי רצוף דוגמאות שבהן היסוד הנפשי של הנאשם – על מידת האשמה המשתקפת ממנו – מהווה את ההבדל היחיד בין עבירות שונות הנבדלות זו מזו באופן ניכר במידת החומרה המיוחסת להן ובעוצמת הסנקציה הפלילית הצמודה אליהן גם כאשר הפגיעה בקורבן זהה. הדוגמה המובהקת ביותר להבדל בחומרה בין עבירות בעלות תוצאה דומה היא עבירת הרצח ועבירת ההריגה:<sup>47</sup> אף שהיסוד העובדתי, ובכלל זה עוצמת הפגיעה בקורבן, זהה לחלוטין בשתי העבירות, יש בכל־זאת הבדל גדול ביניהן הן מן הבחינה התיוגית והן מבחינת הסנקציה העונשית הצמודה אליהן. הבדל זה נובע אך ורק מן ההבדל ביסוד הנפשי של הפועל: כוונה תחילה ברצח, לעומת אדישות או קלות־דעת בהריגה. ההתמקדות של מאמר זה במידת אשמתו של הנאשם, ולא בעוצמת הפגיעה בקורבן, עוקבת אם כן אחר גישתו הכללית של הדין הפלילי עצמו.

### 1. ההבדל בין הנורמות מבחינת החומרה המוסרית הגלומה בהפרתן

לאחר הבהרות אלה ניתן לעבור אל גוף הטענה עצמה בדבר ההבדל המוסרי בין הנורמות השונות. הטענה היא שמבחינת הפועל, כפיית יחסי מין בניגוד להסכמתו האקטואלית של הקורבן מפרה נורמה מוסרית חמורה יותר מן הנורמה המוסרית המופרת כאשר הפועל גורם באמצעות מרמה לכך שהקורבן יסכים ליחסי מין שהוא לא היה מסכים להם אילו היה מודע למאפייניו האמיתיים של הפועל.

נקודת המוצא של דיון זה היא השאלה מדוע שהפועל יטרח להשקיע את הזמן והמאמץ הכרוך במרמה ובשכנוע הקורבן להסכים, במקום פשוט לכפות על הקורבן לעשות כרצונו. שאלה זו רלוונטית במיוחד במקרים שבהם לפועל הייתה היכולת הפיזית לכפות את רצונו בניגוד לא־הסכמתו האקטואלית של הקורבן, אך במקום זאת הוא בחר להטעות את הקורבן ולהשיג את הסכמתו במרמה. ההסבר שמאמר זה מציע לבחירה זו הוא שרמיית הקורבן מאפשרת לפועל להימנע מלחוות באופן ישיר ובעת האירוע את ה־"resentment של הקורבן: תחושות או רגשות של כעס, תסכול, תרעומת או טינה מצד הקורבן (להלן: התחושות השליליות, כתרגום לא־מדויק של המונח reactive attitudes, בעקבות מאמרו המשפיע של סטרוסון בנושא חופש הרצון והיתכנותו בעולם דטרמיניסטי).<sup>48</sup> לגישתו של סטרוסון, התחושות השליליות הללו משקפות הבדל מוסרי חשוב בין שתי פעולות זהות לחלוטין

46 עמנואל גרוס מסביר כי הדיון בזכויותיהם של נפגעי עברה מצומצם לדין הפרוצדורלי ולהיבט העונשי, ואינו מתייחס להיבט המהותי. עמנואל גרוס "הזכויות החוקתיות של הקורבן – מבט השוואתי" מחקרי משפט יז 419, 457 (2002).

47 ס' 300(א)2 ו־298 לחוק העונשין, בהתאמה.

48 ראו: P.F. Strawson, *Freedom and Resentment*, in P.F. STRAWSON, FREEDOM AND RESENTMENT AND OTHER ESSAYS 1 (1974). לספרות הענפה שהתפתחה בעקבותיו ראו, לדוגמה: John Martin Fischer & Mark Ravizza (eds.), *PERSPECTIVES ON MORAL RESPONSIBILITY* (John Martin Fischer & Mark Ravizza eds., 1993); *FREE WILL AND REACTIVE ATTITUDES: PERSPECTIVES ON P.F. STRAWSON'S* (Michael Mckenna & Paul Russell eds., 2008) "FREEDOM AND RESENTMENT". הטקסט כולל את המונחים הלועזיים שכן מדובר במונחים שקשים לתרגום מדויק, ויש להם תפקיד מרכזי בספרות הרלוונטית בתחום חופש הרצון.

(למשל, כאשר אדם דורך על ידו של אדם אחר בכוונה או בטעות).<sup>49</sup> לתחושות שליליות אלה, שהן מעצם טיבן תגובתיות (reactive), יש תפקיד חשוב ביחסים שבין אדם לחברו: התחושות הללו הן תגובתו של המגיב על כך שהפועל התייחס אליו בצורה שאינה ראויה, לדעת המגיב. סטרוסון גורס כי התחושות השליליות הללו קשורות באופן הדוק לשיפוטים מוסריים של אחריות ואשמה,<sup>50</sup> וזאת ללא קשר לשאלה המטפיזית אם קיומו של חופש אפשרי גם בעולם דטרמיניסטי. לגישתו של סטרוסון, החשיבות הרבה שאנחנו נוטים לייחס לקיומן ולתוכנן של תחושות שליליות כאלה בעת עריכת שיפוטים מוסריים מוציאה את העוקץ מהשאלה המטפיזית לגבי היחס שבין חופש לבין דטרמיניזם והופכת אותה לשאלה תיאורטית בלבד. מבלי להסכים עם גישתו של סטרוסון לבעיית חופש הרצון, מאמר זה מתמקד בתחושות השליליות הללו ובחשיבות שיש להן ביחסים שבין אדם לחברו, ומנסה לבסס את ההבדל המוסרי שבין כפייה למרמה על יחסו המנטלי של הפועל כלפי התחושות השליליות של הקורבן, כפי שיפורט להלן.

טענת מאמר זה היא שההבדל המוסרי בין הנורמות נעוץ בהכרה או באי־ההכרה – כפי שהן משתקפות מהתנהגותו של הפועל המפר אותן – בתחושות השליליות של הקורבן ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגות הפועל. בעצם הניסיון להימנע מלחוות תחושות כאלה מצד המרומה, התנהגותו של המְרַמָּה משקפת הכרה לא רק בכך שהמרומה הוא בעל "אני פועל" (agency), ושהאני הזה מסוגל לגבש תחושות שליליות כאלה. כאשר המְרַמָּה מנסה להתחמק מהתמודדות עם התחושות השליליות של הקורבן, התנהגותו משקפת הכרה גם בתפקיד שאמור להיות לתחושות כאלה, במסגרת היחסים התקינים שבין אדם לחברו, כיוצרות אפקט מצנן על התנהגותו. התנהגותו של הכופה, לעומת זאת, משקפת אי־הכרה בתחושות השליליות של הקורבן ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו. באי־ההכרה הזו, התנהגותו של הכופה משקפת התעלמות מחלק חשוב ב"אני הפועל" של הקורבן – אותו חלק אשר מגבש ומבטא תחושות שליליות שאמורות להשפיע על היחס של הסובבים אותו כלפיו. טענת המאמר היא אם כן שהכופה מפר נורמה מוסרית חמורה יותר מאשר המְרַמָּה, משום שהתנהגותו משקפת אי־הכרה בנכפה כישות בעלת "אני פועל" אשר לתחושותיו השליליות ישנו התפקיד שאמור להיות להן בהכוונת התנהגותו של הכופה. מובן שההכרה בתחושות השליליות המשתקפת מהתנהגותו של המְרַמָּה אינה מנטרלת לגמרי את אי־המוסריות שבהתנהגותו זו, שכן המְרַמָּה עדיין מוכן להשתמש במרומה כאמצעי

49 "These simplifications... help to emphasize how much we actually mind, how much it matters to us, whether the actions of other people – and particularly of *some* other people – reflect attitudes towards us of goodwill, affection, or esteem on the one hand or contempt, indifference, or malevolence on the other. If someone treads on my hand accidentally, while trying to help me, the pain may be no less acute than if he treads on it in contemptuous disregard of my existence or with a malevolent wish to injure me. But I shall generally feel in the second case a kind and degree of resentment that I shall not feel in the first". ראו Strawson, לעיל ה"ש 48, בעמ' 5.

50 אם כי קשר זה הוא מורכב, כמובן, ונמצא במרכזה של מחלוקת עמוקה – ראו, למשל, אצל Strawson, לעיל ה"ש 48.

להגשמת רצונו שלו.<sup>51</sup> אך טענת המאמר היא שהפרת נורמה מוסרית זו חמורה פחות מן הפרה הגלומה בכפייה, בשל ההבדל ביחסו של הפועל – כפי שמשקף מהתנהגותו – כלפי התחושות השליליות ו"האני הפועל" של הקורבן.

ניתן להמחיש את ההבדל המוסרי בין המְרַמָּה לכופה באמצעות דוגמה הלקוחה מחוץ לתחום עֲבֵרוֹת המין. נניח שלפועל יש היכולת לכפות את הקורבן לתת לו את שעונו, אך במקום זאת הוא בוחר להטעות את הקורבן ולנסות לקבל ממנו את השעון במרמה (באמצעות מידע מוטעה, מידע חלקי או הבטחות־שווא). במקרה כזה עולה השאלה מהו ההבדל המוסרי בין מעשה מרמה כזה לבין מקרה שבו הפועל כופה את הקורבן לתת לו את שעונו בכוח הזרוע. טענת המאמר היא כאמור שקיים הבדל בחומרה של הנורמה המוסרית המופרת בכל אחד מהמקרים. התנהגות הגנב משקפת הכרה בתחושות השליליות של הקורבן ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו שלו, שכן הגנב נמנע מלחוות את התחושות השליליות הללו באופן ישיר בעת האירוע. התנהגות השודד, לעומת זאת, אינה משקפת הכרה כזו, שכן הוא כופה את הקורבן לתת לו את שעונו למרות (ואולי בגלל) קיומן של תחושות שליליות אלה בעת האירוע.

חשוב לציין כי טענת המאמר אינה מבוססת על מניעי הפועל או על הסיבות שהניעו אותו לפעולה, אלא על ההכרה או אי־ההכרה שלו בתחושות השליליות של הקורבן כפי שהדבר משתקף מהתנהגותו של הפועל. לבחירתו של הפועל במרמה יכולים להיות הסברים נוספים, כמובן, כגון קלות הביצוע או השוני בסנקציה הפלילית הצפויה אם יתפס. כך, למשל, הגנב יכול להיות מונע מעובדת היותה של הסנקציה הפלילית בגין שוד קשה מזו המוטלת בגין מרמה, כקבוע בחוק העונשין הישראלי.<sup>52</sup> עם זאת, גם אם הרצון להימנע מהתחושות השליליות של הקורבן אינו המניע לבחירתו של הפועל באפשרות של מרמה, מאמר זה אינו מתמקד במניע הפנימי של הפועל, אלא ביחס המנטלי השלילי שהתנהגותו החיצונית משקפת כלפי הערך החברתי המוגן. לפי טענת המאמר, ההבדל המוסרי בין הכופה למְרַמָּה נובע מההבדל ביחסם כלפי התחושות השליליות של הקורבן, כפי שהדבר משתקף מהתנהגותם, גם אם יחס זה אינו המניע או הסיבה לפעולתם. אי־התמקדותו של מאמר זה במניעי הפועל תואמת גם את גישתו הכללית של הדין הפלילי, אשר רואה לרוב במניע של הפועל נתון לא־רלוונטי להערכת אחריותו הפלילית.<sup>53</sup> במקום להתמקד במניע הפנימי,

51 זו הסיבה לכך שהבחנה המוצעת במאמר זה בין מרמה לבין כפייה אינה מבוססת על עמדה קאנטיאנית המבחינה בין שימוש באדם אחר כאמצעי או כמטרה. כפי שיפורט בהמשך (ליד ה"ש 63), סביר שעמדה קאנטיאנית כזו תייחס חומרה מוסרית שווה דווקא לכפייה ולמרמה. 52 העונש בגין עֲבֵרוֹת שוד בנסיבות כאלה (ס' 402(א) לחוק העונשין) הוא ארבע־עשרה שנות מאסר, בעוד העונש בגין עֲבֵרוֹת של קבלת דבר במרמה (ס' 415 לחוק העונשין) הוא רק שלוש שנות מאסר (בשני המקרים ההנחה היא שאין נסיבות מחמירות).

53 ראו ש"ו פלר יסודות בדיני העונשין כרך א 486 (1984). ראו גם ע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265, 277–290 (1990). אחת התוצאות של התמקדות הדין הפלילי במודעות וביחס החפצי, ולא במניע או בסיבה לפעולה, היא שהדין הפלילי עשוי להשית סנקציה פחותה על פושע מתוכם יותר שבחר להשיג את מטרתו באמצעות עֲבֵרוֹת פחותה מבחינת חומרתה. כך, למשל, פושע מתוכם שיכול להשיג חפץ מסוים (למשל, את שעונו של הקורבן) הן במרמה והן בכפייה, ובוחר במרמה בשל קלות הביצוע (מבחינתו), יישא בסנקציה

הדין הפלילי מתמקד ביחס המנטלי השלילי כלפי הערך החברתי המוגן, כפי שזה בא לידי ביטוי במודעותו של הפועל לטיב המעשה ולנסיבות, ואם מדובר בעבירה תוצאתית – גם לאפשרות של גרימת התוצאה ויחסו החפצי כלפיה (כוונה, אדישות או קלות-דעת).<sup>54</sup> כך, למשל, אדם שדורס למוות הולך-רגל, בין בכוונה ובין בפזיזות, יכול להיות אשם במותו גם אם המניע הפנימי לפעולתו לא היה הרצון לגרום למותו של הולך-הרגל, אלא הרצון להגיע למקום עבודתו בזמן. הרכיב ההתנהגותי בעבירה, בדמות נהיגתו המהירה, משקף יחס שלילי כלפי הערך החברתי המוגן, וזאת גם אם המניע שלו לנהיגה המהירה היה שונה. חשוב אם כן להדגיש כי הרכיב שיוצר לטענת המאמר את ההבדל המוסרי בין כפייה למרמה ממוקם בחלק המנטלי הפנימי של העבירה (ה"מנס ריאה"), ולא בחלק החיצוני וההתנהגותי שלה (ה"אקטוס ריאוסי"). במילים אחרות, מה שהופך את אשמתו של הכופה לחמורה מאשמתו של המְרַמֵּה הוא לא ההבדל ביסוד העובדתי, בדמות ההבדל שבין ההתנהגות החיצונית של הכופה והמְרַמֵּה, או ההבדל בסוג הנזק ובהיקף הנזק שכל אחד מהם גורם לקורבן. הבדלים אלה קיימים, כמובן, אך טענת המאמר היא שההבדל בחומרה המוסרית מבוסס בעיקר על הבדל ביסוד הנפשי – הבדל ביחס המנטלי של הפועל כלפי התחושות השליליות של הקורבן, כפי שיחס זה משתקף מהתנהגותם החיצונית השונה של הכופה ושל המְרַמֵּה. התפיסה הכללית שמאמר זה מבוסס עליה היא שאשמתו של הפועל נובעת בעיקר מהיחס המנטלי הפנימי כלפי הערך המוגן,<sup>55</sup> כפי שיחס מנטלי זה משתקף מהתנהגותו החיצונית של הפועל (אך כאמור, לא נדרש שהמניע הפנימי לפעולתו יהיה הרצון לפגוע באותו ערך חברתי מוגן). לפי תפיסה זו, היסוד העובדתי – ההתנהגות האסורה עצמה – הוא עדיין תנאי הכרחי להתגבשות אשמתו של הפועל, שכן עצם קיומו של יחס מנטלי שלילי כלפי הערך המוגן אין בו כדי להביא לידי גיבוש אשמה של הפועל. אשמתו מתגבשת רק אחרי עשיית המעשה האסור – מעשה שיש לו ביטוי חיצוני כלשהו מחוץ לעולמו הפנימי של הפועל. עם זאת, לפי תפיסה כללית זו, היחס המנטלי השלילי הוא המרכיב העיקרי, גם אם לא הבלעדי, שעליו מבוססת אשמתו של הפועל, בעוד ההתנהגות החיצונית, על מרכיביה ונסיבותיה הספציפיים, מהווה ראייה חיצונית חזקה<sup>56</sup> שמצביעה על

פלילית חמורה פחות (בגין עבֶרת גנבה) בהשוואה לפושע מתוחכם פחות, שיכול לבחור רק בכפייה (ואשר יישא לפיכך בסנקציה בגין עבֶרת שוד). בעיה דומה עולה גם בהקשר של עבֶרת האונס: לפי גישתו של מאמר זה, יש להשית סנקציה פלילית חמורה יותר על הכופה, גם אם בחירתו בכפייה נבעה מהעדר התחכום הדרוש כדי להשיג את הסכמת הקורבן במרמה. מדובר כאמור בבעיה כללית שנובעת מהתמקדותו של הדין הפלילי במודעות וביחס החפצי, במקום במניע או בסיבה לפעולה. טענת מאמר זה היא שהיחס השלילי של הכופה כלפי התחושות השליליות של הקורבן, כפי שהרבר משתקף מהתנהגותו, חמור מזה של המְרַמֵּה, גם אם הסיבה לבחירה בכפייה נובעת מחוסר תחכום. לפי גישה זו, אין הבדל מוסרי בין כופה שהיה יכול לבחור במרמה לבין כופה שלא היה יכול לבחור במרמה. מה שחשוב הוא ששניהם בחרו לספק את מאווייהם תוך התעלמות או אפילו הנאה מהתחושות השליליות של הקורבן.

54 ס' 20(א) לחוק העונשין.

55 השאלה מהו בדיוק הערך החברתי המוגן על-ידי עבֶרת האונס תידון בהמשך, ליד ה"ש 69.

56 בכיטוי "ראיה חיצונית חזקה" אין הכוונה לכך שמדובר בראיה שמהימנותה או משמעותה אינן כפופות לפרשנות סובייקטיבית של המתבונן מן הצד, אלא שהמעשה הוא אובייקטיבי,

יחסו המנטלי השלילי של הפועל כלפי הערך המוגן. על מרכזיותו של היחס המנטלי השלילי בגיבושה של האשמה ובקביעת חומרתה ניתן ללמוד מן הדוגמאות שהוזכרו לעיל בדבר ההבדל בין רצח להריגה<sup>57</sup> ובדבר ההבדל שבין דריכה מכוונת על ידו של אחר לבין דריכה אקראית עליה.<sup>58</sup> עם זאת, חשוב לציין כי תיאור תפיסה כללית זו הינו בבחינת רקע בלבד לטענת המאמר, ואין כאן ניסיון לבססה או להצדיקה כגישה כללית למשפט הפלילי, שכן מאמר זה אינו מנסה לבחון באופן מעמיק את השאלה הכללית בדבר מיקומה של האשמה בציר שבין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי (או בציר שבין המעשה לעושה).

כעת ניתן לחזור אל עֶבְרַת האונס. ההבדל בין הגבר המְרַמָּה לכופה כולט במיוחד במקרים שבהם היה הגבר יכול – מבחינת כוחו הפיזי ו/או פגיעות האישה – לכפות על האישה את יחסי המין גם אילו גיבשה אי־הסכמה אקטואלית, אך בחר במקום זאת להשיג את הסכמתה במרמה. לפי הצעת מאמר זה, הכופה מפר נורמה מוסרית חמורה יותר שכן התנהגותו משקפת אי־הכרה בתחושות השליליות של האישה, באפקט המצנן שהן אמורות ליצור על התנהגותו ובחלק חשוב ב"אני הפועל" שלה. אפשרות אחת היא שהגבר הכופה אדיש לגמרי לתחושותיה השליליות של האישה שעליה הוא כופה את קיום יחסי המין, אף שהוא מודע לאי־הסכמתה האקטואלית. במקרה כזה הכופה האדיש משתמש באישה כגוף חסר תחושות לשם סיפוק צרכיו המיניים, והתנהגותו משקפת אי־הכרה בתחושותיה השליליות ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו (בין משום שהוא מתעלם לחלוטין מקיומן ובין משום שהוא מעדיף את סיפוק יצריו על התחשבות בתחושותיה אלה). מכאן שהתנהגותו של הכופה שאדיש לתחושותיה השליליות של האישה אינה משקפת אפילו את ההכרה המינימלית באותו חלק חשוב של "האני הפועל" שלה אשר התנהגותו של המְרַמָּה מביאה בחשבון. אפשרות אחרת היא שהכופה אינו סתם אדיש לתחושותיה השליליות של האישה כלפיו, אלא דווקא שואב מהן הנאה פרוורטית כלשהי. אין זו אפשרות היפותטית או קיצונית, שכן היא עולה בקנה אחד עם המחקר הקרימינולוגי, המראה כי אנסים רבים פועלים מתוך שאיפה לתחושות של כוח ושליטה או כתוצאה מתחושות כעס.<sup>59</sup> אבל גם במקרה שבו הכופה שואב הנאה מעצם קיומן של התחושות השליליות של האישה כלפיו, הוא מפר עדיין נורמה מוסרית חמורה יותר מאשר המְרַמָּה.<sup>60</sup> אומנם, הכופה הפרוורטי אינו מתעלם מתחושותיה השליליות של האישה, אבל התנהגותו אינה משקפת את ההכרה בהן

במובן זה שיש לו ביטוי בעולם שמחוץ לעולמו הפנימי של הפועל, בניגוד למניעים ולסיבות, המצויים בתוך עולמו הפנימי של הפועל.

57 ראו ליד ה"ש 47.

58 על ההבחנה בין הרגשות השונים שמתעוררים בתגובה על דריכה אקראית או דריכה מכוונת ראו לעיל ה"ש 49.

59 ראו: A.N. Gorth, A.W. Burgess & L.L. Holmstorm, *Rape: Power, Anger, and Sexuality*, 134(11) Am. J. PSYCHIATRY 1239 (1977).

60 ניתן לטעון כי הבחירה של הפועל במרמה נובעת מאמונתו שהסנקציה הפלילית על אונס ככפייה חמורה יותר או שיחסי המין יהיו מהנים יותר בעבורו אם תלווה אליהם הסכמה, גם אם זו הושגה במרמה. אך הסברים אלה קשורים למניעיו של המְרַמָּה, בעוד מה שעומד כאמור בבסיסה של טענת המאמר היא ההכרה בתחושות השליליות וב"אני הפועל" של הקורבן אשר משתקפת מהתנהגותו של המְרַמָּה.

ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו. בכך התנהגותו של הכופה הפרוורטי משקפת גם היא התעלמות מחלק חשוב ב"אני הפועל" של האישה ומן התפקיד החשוב שאמור להיות לתחושות השליליות הללו ביחסי-הגומלין שבין אדם לחברו.<sup>61</sup> לעומת הכופה, התנהגותו של המְרַמָּה מכירה בתחושות השליליות של האישה ובאפקט המצנן שהן אמורות ליצור, ולכן מבטאת הכרה מינימלית, גם אם לא מספיקה, באותו חלק של "האני הפועל" של האישה אשר מגבש ומבטא את התחושות השליליות הללו.<sup>62</sup>

ניתן להדגים טענה זו בפרשת קאשור. במקום שהמתלוננת תוכל להחליט אם היא מעוניינת לקיים יחסי מין עם קאשור למרות היותו ערבי ונשוי, מעשה המרמה הביאה לידי גיבוש הסכמה אקטואלית לקיום יחסי מין עם קאשור היהודי, הרווק ובעל הכוונות לקשר רומנטי ארוך. גם במעשה המרמה יש הפרה של נורמה מוסרית, שכן אנחנו רשאים לצפות שאנשים לא ינסו להביאנו לידי הסכמה לקיום יחסי מין על-סמך מידע שהם מודעים לכך שהוא שגוי. הנקודה החשובה היא שאילו סירבה המתלוננת לקיום יחסי המין, ואילו היה קאשור מודע לכך ולמרות זאת כופה אותם עליה (באמצעים פיזיים או לא-פיזיים), אזי המעשה עצמו היה חמור יותר מבחינה מוסרית. במקרה כזה הייתה התנהגותו של הכופה משקפת התעלמות מחלק חשוב ב"אני הפועל" של המתלוננת ואי-הכרה בתחושותיה השליליות ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו. קאשור, לעומת זאת, נקט במרמה, לפי כתב האישום, והבחירה במרמה משקפת הכרה בתחושות השליליות של הקורבן כיוצרות אפקט מצנן על התנהגותו. בכך הפר קאשור נורמה מוסרית חמורה פחות מזו שהכופה מפר, שכן התנהגותו של קאשור, לפי כתב האישום, הכירה במתלוננת כבעלת "אני פועל" שיכול לגבש ולבטא תחושות שליליות המסוגלות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו שלו.

61 ייתכן אף שהתנהגותו של הכופה הפרוורטי מפרה נורמה מוסרית חמורה יותר מאשר התנהגותו של הכופה האדיש, שכן הכופה הפרוורטי מנצל לצורך סיפוק צרכיו המיניים לא רק את גופה של האישה, אלא גם את תחושותיה השליליות ואת אותו חלק ב"אני הפועל" שלה שמגבשן. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי התייחסותו של הכופה הפרוורטי אל הקורבן טובה מזו של הכופה האדיש, שכן הכופה הפרוורטי לפחות מכיר בקורבן כאדם עם תחושות שליליות, בעוד המתעלם רואה בה רק חפץ לסיפוק צרכיו. כך או כך, סוגיה זו אינה מחייבת הכרעה לצורך מאמר זה. מה שחשוב לענייננו הוא שהתנהגותו של הכופה, הן האדיש והן הפרוורטי, חמורה מהתנהגותו של המְרַמָּה: שניהם אינם נענים לאפקט המצנן שאמור להיות לתחושותיה השליליות של האישה על התנהגותם, ובכך מתעלמים מאותו חלק ב"אני הפועל" שלה אשר מגבש ומבטא תחושות אלה.

62 ההבחנה בין מרמה לכפייה בתחום יחסי המין אינה פשוטה תמיד. מקרה היפותטי שמדגים זאת הוא כאשר הנאשם מאלץ את המתלוננת לקיים עימו יחסי מין באיומי אקדח, אבל משתמש באקדח פלסטיק במקום באקדח אמיתי, מבלי שהמתלוננת שמה לב לכך. על-פי גישת המאמר, מדובר במקרה של כפייה, ולא מרמה, אשר מצדיק הרשעה בעברת אונס, שכן הנאשם לא הכיר בתחושות השליליות של המתלוננת ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו. המרמה לא הייתה לגבי מיהות העושה (או מהות המעשה), אלא לגבי האמצעים שבהם כפה הנאשם את רצונו על הקורבן. דוגמה זו ממחישה, בין היתר, כי הטענה שמאמר זה מציע יכולה לשמש גם מבחן להבדלה בין מקרי כפייה לבין מקרי מרמה.

ניתן לבקר את טענת המאמר בדבר קיומו של הבדל בחומרה המוסרית בכך שטענה זו מחמיצה את החומרה המוסרית המיוחדת שיש בעצם הפגיעה ביכולתו של הקורבן להפעיל את שיקול-דעתו ולבחור. ברברה הרמן, למשל, מתבססת על תורתו של קאנט ומתייחסת למרמה ולכפייה כאל שני המקרים המובהקים ביותר של מניפולציה אסורה על הרצון.<sup>63</sup> מרמה פוגעת ברצון באופן חמור כמו כפייה של ממש, משום שהיא מנצלת את תלותו של הקורבן במידע שהמְרמה מעביר לו – ואשר דרוש לו לקורבן כדי שיוכל להפעיל את שיקול-דעתו באופן חופשי ורציונלי – וזאת כדי לגרום לכך שהקורבן יעשה את מה שהמְרמה רוצה שהוא יעשה. ניצול זה של התלות הופך את מעשהו של המְרמה למקרה מובהק של שימוש באדם אחר כאמצעי, ולא כמטרה, בסתירה ברורה לדרישה הקאנטיאנית ההפוכה. ניתן אם כן להתבסס על ההשוואה שהרמן עורכת בין כפייה למרמה כדי לטעון שגם החומרה המוסרית שווה בעוצמתה (להלן: הביקורת הצרה). ניתן לנסח ביקורת רחבה אף יותר ולטעון כי החומרה המוסרית הגלומה במרמה לא רק שאינה פחותה מזו הגלומה בכפייה, אלא דווקא עולה עליה, במיוחד בהקשר של הסכמה ליחסי מין.<sup>64</sup> בעוד יחסי מין בכפייה פוגעים בגופה של המתלוננת, יחסי מין שהסכמתה להם הושגה באמצעות מרמה מוסיפים עלבון על פגיעה, שכן הפועל מנצל לא רק את גופה של המתלוננת, אלא גם את רצונה ותודעתה. המְרמה לא רק מביא אותה לידי קיום יחסי מין שהיא לא הייתה מסכימה להם אלמלא המרמה, אלא גם מונע ממנה את המודעות למציאות כפי שהיא באמת, ובכך מגייס לא רק את גופה לסיפוק צרכיו המיניים, אלא גם את תודעתה. לנוכח זאת ניתן לטעון כי הזלזול של המְרמה בקורבן לא רק שאינו חמור פחות מן הזלזול של הכופה, אלא חמור ממנו אף יותר (להלן: הביקורת הרחבה).<sup>65</sup>

ראשית, כל אחת מהביקורות לוקה בבעיות מיוחדות משלה. הסתמכותה של הביקורת הצרה על האיסור הקאנטיאני להשתמש באדם אחר כאמצעי בלבד היא בעייתית, שכן אמת-מידה זו אינה יכולה לשמש לדירוג חומרת העבירות. במגוון רחב של עבירות, אם לא ברובן המכריע, הפועל משתמש בקורבן כאמצעי בלבד לסיפוק מאווייו: השודד משתמש בקורבן השודד כאמצעי בלבד להשגת הפריט שנשדד, הסרסור משתמש בזונה כאמצעי בלבד להפקת רווחים בעבור עצמו, הסדיסט החובל בחברו משתמש בקורבן כאמצעי בלבד לסיפוק מאווייו הסדיסטיים וכולי. אם מעצם השימוש באדם אחר כאמצעי בלבד, ולא כמטרה, נובע

63 BARBARA HERMAN, THE PRACTICE OF MORAL JUDGMENT 203–207 (1993). הרמן מציעה פרשנות שלפיה פגיעה ב"אני הפועל" (agency) יכולה להתרחש דרך אי-התחשבות במה שהיא מכנה "contingent ends" (שם, בעמ' 205).

64 אני מודה לחנוך דגן, אשר הסב את תשומת-ליבי לטענה זו.

65 ביקורות אלה, הן הצרה והן הרחבה, מתמקרות במקרים שבהם המרומה מגלה את דבר המרמה רק אחרי האירוע. לעיתים המרומה מגלה את המרמה בזמן-אמת, ואז הפגיעה בו שונה במהותה, ונובעת, בין היתר, מכך שהמרומה נעלב מן ההנחה הסמויה של המְרמה כי הוא, המרומה, אינו חכם דיו לגלות את האמת בעוד מועד. סוג כזה של פגיעה אינו רלוונטי לסוגיית האונס במרמה, שכן המקרים שבהם האישה מגלה את האמת בעוד מועד אינם מקרי מרמה, מכיוון שהם אינם כוללים את הרכיב של העדר הסכמה אקטואלית (אם לאחר הגילוי היא תסכים ליחסי המין למרות המרמה, תהיה הסכמה אקטואלית, ואם היא לא תסכים והגבר יאלצה בכל-זאת לקיים עימו יחסי מין, תהיה זו אי-הסכמה אקטואלית).



שכפייה שווה בחומרתה המוסרית למרמה, אזי נובע מכך שכפייה שווה בחומרתה למגוון רחב של עֲבֵרוֹת נוספות.<sup>66</sup> לכן קשה לבסס את הביקורת הצרה, שלפיה מרמה חמורה ככפייה, על הגישה הקאנטיאנית. באשר לביקורת הרחבה, גם היא בעייתית, משתי סיבות שונות. ראשית, יש לזכור כי טענת מאמר זה אינה מבוססת על מידת הנזק לקורבן, אלא על מידת אשמתו של הפועל,<sup>67</sup> ולכן הביקורת הרחבה אינה מערערת על מהלך הטיעון של מאמר זה, אלא על אחת מהנחות המוצא שלו. הביקורת הרחבה נהפכת לרלוונטית רק כאשר שמים את הנזק לקורבן במרכז – עמדה שמנוגדת לא רק להנחות המוצא של מאמר זה, אלא גם להנחות המוצא של הדין הפלילי.<sup>68</sup> שנית, הביקורת הרחבה נותרת בעייתית גם כאשר המוקד עובר לקורבן, שכן היא מחמיצה את עוצמת הפגיעה ב"אני הפועל" של הקורבן, ולא רק בגופה, הגלומה בהתנהגותו של הכופה. הכופה הפרוורטי, המפיק הנאה מסבלה של הקורבן, מנצל לשם כך לא רק את גופה של הקורבן, אלא גם את תחושותיה השליליות, והכופה האדיש מתעלם מסבלה ומעדיף את הנאתו שלו, ובכך התנהגותו משרדת אי-הכרה בחשיבות רצונותיה האקטואליים. המשותף לשניהם הוא שהתנהגותם פוגעת לא רק בגופה של הקורבן, אלא גם ב"אני הפועל" שלה, שכן היא מתעלמת מהאפקט המצנן שהיה אמור להיות לתחושותיה השליליות עליהם. לכן קשה לקבל את הנחת הביקורת הרחבה כאילו הכופה מנצל רק את גופה של הקורבן.

באופן כללי יותר, שתי הביקורות מעלות את השאלה על איזה אינטרס של האישה עֲבֵרַת האונס מנסה להגן: האם היא מנסה להגן על האישה מפני אפשרות מסוימת (קיום יחסי מין בניגוד להסכמתה) או שמא היא מנסה להגן על עצם קיומה של בחירה? כפי שניתן לראות מן הדוגמה הבאה, ברור למדי שעֲבֵרַת האונס לא נועדה להגן על עצם קיומה של אפשרות הבחירה. נניח מקרה היפותטי, הדומה לפרשת קאשור, שבו האישה לא ידעה שהגבר הוא ערבי וגילתה זאת רק אחרי קיום יחסי המין, אך גם לאחר הגילוי היא מעידה באופן מהימן כי הייתה מסכימה ליחסי המין איתו גם אילו ידעה שהוא ערבי (להלן: קורבן המרמה שהסכימה בדיעבד). אפילו אם הסתרת המידע פגעה באינטרס כלשהו של האישה, ואפילו אם על המשפט הפלילי להתערב במקרים כאלה, ברור למדי שאין מדובר במעשה אונס.<sup>69</sup> לכן, קשה לראות את עֲבֵרַת האונס ככזאת שבאה להגן רק על עצם קיומה של בחירה.<sup>70</sup> עֲבֵרַת האונס נועדה להגן על האישה מפני אפשרות מסוימת (קיום יחסי מין שהיא אינה

66 לטענה דומה בהקשר אחר ראו את עמדתו של אלדר לגבי ביצוע באמצעות אחר: שחר אלדר כלי אדם – שימוש בכני אדם לביצוע עבירות והנהגת ארגוני פשיעה 125–126 (2009).

67 ראו ליד ה"ש 43 לעיל.

68 ראו ליד ה"ש 46 לעיל.

69 ניתן לטעון כי גם אם אין מדובר כאן באונס, יש להרשיע את הגבר במקרה כזה בניסיון לאונס, שכן מדובר בניסיון לקיים יחסי מין שהסכמה להם הושגה במרמה אלא שהניסיון לא צלח כי התברר שהאישה הייתה מסכימה גם אלמלא המרמה. עמדה כזו היא בעייתית לא רק משום שהתוצאה שהיא מגיעה אליה נראית אבסורדית למדי, אלא גם משום שלא ברור מהו בדיוק רכיב אי-ההסכמה ביסוד העובדתי שהנאשם היה מודע אליו, שהרי הוכח כי לאישה לא הייתה אי-ההסכמה אקטואלית או קונסטרוקטיבית.

70 בניגוד, אולי, למטרת הדרישה להסכמה מדעת בטיפול רפואי. על ההבדל בין יסוד ההסכמה בעֲבֵרַת האונס לבין מושגי ההסכמה בדין האזרחי ראו לעיל ה"ש 18.

רוצה לקיימם), והמחלוקת היא אם ראוי שעֵבֶרֶת האונס תגן עליה רק מפני קיום יחסי מין בניגוד לרצונה האקטואלי, כלומר רק אחרי שהיא בחרה לא לקיימם (גישת מאמר זה), או גם מפני קיום יחסי מין בניגוד לרצונה הקונסטרוקטיבי, כלומר כאלה שהיא הייתה בוחרת לא לקיימם אילולא רומתה לגבי מיהותו של הגבר (הגישות הקיימות בחקיקה, בפסיקה ובספרות, כפי שיפורטו בהמשך).<sup>71</sup>

דוגמה זו ממחישה שאפילו אם ביקורות אלה משכנעות בהקשרים אחרים שבהם עולה השאלה בדבר ההבדל בין כפייה ומרמה (ואין מאמר זה נוקט עמדה בעניין), קשה לקבלן בהקשר של הסכמה ליחסי מין. הדבר הראשון שניתן ללמוד מדוגמה זו הוא שביקורות אלה אינן רלוונטיות לעֵבֶרֶת האונס. שתי הביקורות תקפות גם במקרה של קורבן המרמה שהסכימה בדיעבד: בעת האירוע ניצל המְרַמֵּה את תלותה של הקורבן במידע שהוא מוסר לה, והשתמש בה כאמצעי בלבד לסיפוק צרכיו (הביקורת הצרה), ולצורך כך הוא ניצל לא רק את גופה, אלא גם את רצונה ותודעתה (הביקורת הרחבה). אך אף־על־פי ששתי הביקורות תקפות גם במקרה זה, הדוגמה לעיל מראה שקשה לראות בסיטואציה הזו מקרה של אונס, וזאת משום שעֵבֶרֶת האונס מלכתחילה אינה מנסה להגן על הליך קבלת ההחלטות של האישה, אלא מנסה להגן על האישה מפני קיום יחסי מין בניגוד להסכמתה. לנוכח זאת יש לדחות את הביקורות הללו, שכן הן מקיפות מדי: הפגיעה שלטענתן הופכת את מקרי המרמה למקרי אונס מתקיימת גם במקרה שבאופן מובהק אינו מקרה אונס. אך ההבדל בין התנהגותו של הכופה לבין התנהגותו של המְרַמֵּה במקרה שבו הקורבן שהסכימה בדיעבד אינו מתמצה רק בכך שהראשון נכנס לקטגוריה הקרויה "אונס" והשני לא. אילו היו הביקורות הללו משכנעות, היה צריך לקבל שהתנהגותו של המְרַמֵּה כלפי קורבן המרמה שהסכימה בדיעבד חמורה לפחות כמו התנהגותו של מי שכפה על הקורבן יחסי מין בניגוד לרצונה (ולפי הביקורת הרחבה – אף חמורה ממנה). הדוגמה לעיל ממחישה שגם אם יחסו של המְרַמֵּה כלפי הקורבן שהסכימה בדיעבד הינו פסול מבחינה מוסרית, הוא אינו חמור כמו יחסו של מי שכפה על הקורבן יחסי מין בניגוד לרצונה. הביקורות מאגדות אם כן יחד שני אינטרסים שונים שיש לבחון את הפגיעה בכל אחד מהם בנפרד. אם המרמה פוגעת באופן משמעותי ביכולתה של האישה לבחור, יש אולי להגן על אינטרס זה בנפרד, אבל בוודאי לא באמצעות עֵבֶרֶת האונס או עֵבֶרֶת אחרת הוזה בחומרתה.<sup>72</sup>

71 רובנפלד טוען טענה דומה, שלפיה עֵבֶרֶת האונס לא נועדה להגן על האוטונומיה המינית של האישה, אך הוא מסתמך על טיעונים שונים מזה המופיע כאן. ראו Rubenfeld, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1417.

72 זאת ועוד, גם אם יש להגן על אינטרס זה, ספק רב אם הפגיעה חמורה דייה להצדיק את התערבותו של המשפט הפלילי, אפילו באמצעות עֵבֶרֶת של קבלת דבר במרמה (או עֵבֶרֶת מין חדשה של קבלת טובות־הנאה מיניות במרמה). הסיבה לכך היא שקשה לקבל שראוי להפליל גבר שהיה מודע לאי־מודעותה של האישה למאפיין כלשהו שלו גם במקרים שבהם מסתבר כי האישה הייתה מסכימה גם אילו ידעה את האמת לגבי מאפיין זה (במקרים כאלה חסר קשר סיבתי בין המרמה לבין קבלת הדבר או קבלת טובות־ההנאה המיניות). כך או כך, היקף ההגנה על האינטרס הזה הוא סוגיה נפרדת שצריך לבחון בנפרד. טענת המאמר היא שאפילו אם הגנה באמצעות המשפט הפלילי ראויה במקרים כאלה, היא אינה צריכה להיעשות על־ידי עֵבֶרֶת האונס, אלא על־ידי עֵבֶרֶת חמורה פחות.

## 2. ממוסר למשפט

כעת ניתן לעבור מן התחום המוסרי בחזרה אל התחום המשפטי. שאר חלק זה יוקדש לטענה שאם אכן מדובר בנורמות שיש ביניהן הבדל מבחינת החומרה המוסרית הגלומה בהפרתן, אזי על הדין הפלילי לשקף הבדל זה. ראשית, יש להפריד את המקרים לקטגוריות שונות, כלומר, לעברות שונות. שנית, יש להתאים את עוצמת הסטיגמה והסנקציה הפליליות המוצמדות להפרת כל נורמה לחומרתה של אותה נורמה, כך שהסטיגמה והסנקציה בגין מקרים של יחסי מין במצבים של אי-הסכמה אקטואלית תהיינה חמורות במידה משמעותית מן הסטיגמה והסנקציה בגין יחסי מין במצבים של אי-הסכמה קונסטרוקטיבית. חלק זה יתמקד רק בטענה העקרונית, והצעות אפשריות לרפורמה יופיעו בסיוכום, לאחר בחינת הבעיות העולות מהגישות הקיימות.

לפני הדין בסוגיה הספציפית של מקרי המרמה יש להגן על הנחת המוצא הכללית של מאמר זה, הגורסת כי תיוג מדויק הוא חשוב וכי צריך להתקיים מתאם כלשהו בין סוג העוולה המוסרית לבין סוג העברה הפלילית, כך שלכל הפחות אותה עברה לא תכלול עוולות מוסריות אשר שונות זו מזו הן בסוג העוולה והן בחומרתה.<sup>73</sup> ניתן לבקר הנחה זו על היותה פורמליסטית, בשל החשיבות שהיא מייחסת לשם או לכותרת של העברה, בעוד הדבר העיקרי שחשוב הוא לכאורה עוצמת הסנקציה הפלילית המוצמדת אליה. ביקורת דומה אחרת היא שגם אם יש הבדל בין הנורמות מבחינת החומרה המוסרית הגלומה בהפרתן, ניתן לשקפו באמצעות יצירת מדרג בתוך עברת האונס (בדומה למדרג הנהוג בארצות-הברית בין רצח מדרגה ראשונה לבין רצח מדרגה שנייה).<sup>74</sup> אולם ביקורות מסוג זה מחמיצות את החשיבות הרבה שיש לתיוג מדויק במשפט הפלילי בכלל ובתחום עברות המין בפרט.<sup>75</sup> הרשעת הנאשם

73 בהקשר זה ראו מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות (עבודה לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980) (להלן: קרמניצר, דוקטורט). קרמניצר הציג הנחות יסוד לבניית חלק ספציפי חדש לקודקס הפלילי על בסיס חלוקה טיפולוגית של העברות בתוך כל קבוצה. כידוע, תיקון החלק הספציפי של חוק העונשין טרם נעשה. ראו גם מרדכי קרמניצר "הערות לחקיקה – האם חסרי עבירות אנחנו" משפטים יג 159, 160 (1982): "ההיררכיה של הערכים המוגנים מבחינת חשיבותם ומידת חיוניותם לחיים חברתיים תקינים מספקת מפתח חשוב לנושאים שונים, וביניהם התאמת עונשים ראויים לעבירות השונות."

74 עברת הרצח (על דרגותיה השונות) מוגדרת ב־111 U.S.C. § 18. מעניין שה־MPC דוחה את החלוקה לדרגות בעברות הרצח (MODEL PENAL CODE § 210.2). עוד לגבי החלוקה לדרגות של עברת הרצח בארצות-הברית ראו: WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW 809–816 (5th ed. 2004).

75 המפסוף, במאמרה המשפיע בנושא הענישה הפלילית, טוענת כי יש צורך בהגדרה מדויקת של ההתנהגות האסורה על-מנת להעביר את הגינוי המוסרי: Jean Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, 13(3) PHIL. & PUB. AFF. 208, 225–226 (1984). פיינברג טוען כי הסנקציה הפלילית אינה רק "תג מחיר" בגין התנהגות בלתי-רצויה, אלא גם דרך לבטא דחייה וגינוי של הפעולה: Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, in DOING & DESERVING 95, 98 (1970). קרמניצר כותב בעבודת הדוקטורט שלו: "ככל שחלוקת המשנה [של העברות] מפורטת יותר ומעניקה מידע משמעותי ועמוק

בעברה שקרויה "אונס" ותיוגו כ"אנס" הם חלק חשוב מהסנקציה הפלילית, אשר עוצמתה נגזרת לא רק ממספר שנות המאסר המוטלות על הנאשם (כפועל או על־תנאי), אלא גם מסוג הסטיגמה הפלילית שמוצמדת אליו, וזו קשורה באופן הדוק לשם העברה.<sup>76</sup> ביקורות כאלה גם מעלות את השאלה מדוע מלכתחילה ראוי להפריד את עברת האונס משאר עברות המין. אם תיוג מדויק אינו חשוב, מדוע לא להסתפק בעברה כללית אחת שתיקרא "עברת מין", ולהותיר לבית־המשפט שיקול־דעת רחב לקבוע את הסנקציה העונשית מבלי לתייג קודם את העברה באופן מדויק (למשל, כאונס או כמעשה מגונה)? ואם אפשר לשקף את ההבדל המוסרי באמצעות הפרדת עברת האונס לדרגה ראשונה ולדרגה שנייה, אזי מדוע לא ליצור "עברת מין" כללית אחת עם מספר רב של מדרגים בתוכה? כך, למשל, מדוע שמעשה מגונה לא יתייג כ"עברת מין מדרגה שלישית/רביעית/חמישית" במקום כעברה נפרדת כמו היום?<sup>77</sup> החשש העומד בבסיסו של מאמר זה הוא שככל שהתנהגויות רבות יותר שאינן זהות בחומרתן לאונס יוכנסו אל תוך עברת האונס, תלך עברה זו ותיהפך ל"עברת מין" כללית מעין זו שתוארה לעיל. הנחת־המוצא של המאמר היא אם כן שיש חשיבות לשאלה אם מקרי המרמה צריכים להיכלל בעברת האונס, וזאת גם ללא קשר לתקופת המאסר, ושאינו זו שאלה פורמליסטית ו/או חסרת חשיבות מעשית.

בהינתן החשיבות הכללית של אופן התייג של מקרי המרמה, טענת המאמר היא שיש להוציא את מקרי המרמה מעברת האונס, ואם יש מקום להפילן, יש לעשות זאת באמצעות עברה נפרדת וחמורה פחות ממנה מבחינת הסטיגמה והסנקציה הפליליות.

ראשית, לגבי ההפרדה לעברות שונות, הטענה היא שמקרי המרמה שונים ממקרי הכפייה במידה שדי בה להצדיק את הוצאתם מעברת האונס. אם יש אכן הבדל בין הנורמות מבחינת החומרה המוסרית הגלומה בהפרתן, וככל הנראה מדובר גם בנורמות אשר שונות זו מזו באופן קטגורי, אזי מגוון שיקולים תומכים בהפרדה של מקרי אי־ההסכמה האקטואלית ומקרי אי־ההסכמה הקונסטרוקטיבית לשתי עברות נפרדות. שיקולי הרתעה, למשל, מכוונים לתייג מדויק של ההתנהגות שהדין מנסה להרתיע ממנה.<sup>78</sup> כדי שהכוונת ההתנהגות של הדין הפלילי תהיה אפקטיבית, צריך להיות ברור לעבריין־בכוח ולחברה כולה מהי ההתנהגות שהעברה מנסה למנוע. התפיסות המקובלות בחברה ביחס לאונס עלולות לגרום לכך שחלק מהעברינים־בכוח יסברו בטעות כי מקרי אי־ההסכמה הקונסטרוקטיבית אינם נכנסים לגדר

---

יותר אודות העבירות והעבירה, כך ממלא המבנה את תפקידיו על הצד הטוב ביותר. המעבר מן המסגרת הכוללת (גוש של קבוצות) אל הקבוצה ואל חלקיה וחלקי חלקיה עד ליחידה הבסיסית, הוא בעצם מסע להכרת העבירה, שהיא נקודת המוצא. ראו קרמניצר, דוקטורט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 246.

76 נוסף על המקורות שבהערות־השוליים הקודמת, ראו גם שלמה גיורא שוהם וגיורא רהב אות קין 19–22 (2002), הטוענים כי הסטיגמה עצמה משמשת עונש, מאחר שיחסי־הגומלין הנלווים אליה נתפסים בדרך־כלל כבעלי ערך שלילי לגבי האדם המתויג, ולכן היא מרתיעה לא פחות – ואולי אף יותר – מהסנקציה הפלילית עצמה.

77 ס' 348 לחוק העונשין.

78 שוהם ורהב, למשל, מעירים כי "הסטיגמה של הרשעה... מצמצמת את ההזדמנויות החברתיות והכלכליות הפתוחות בפני אדם. הסטטוסים שלו ותפקידיו החברתיים משתנים מאוד". ראו שוהם ורהב, לעיל ה"ש 76, בעמ' 133.

עֲבֵרַת האונס,<sup>79</sup> וכך תיפגע יכולתה של עֲבֵרַת האונס להרתיע עבריינים – בכוח מלהשיג את הסכמתה של הקורבן במרמה. ניתן כמובן למצוא דרכים אחרות להתמודד עם קושי זה, כגון חינוך או הסברה, אבל קשה להעריך את מידת האפקטיביות שלהן, בעוד הפרדת המעשים השונים לקטגוריות נפרדות יכולה למנוע בלבול כזה מלכתחילה.<sup>80</sup> שיקולים אקספרסיביים, הרואים בדין הפלילי כלי לשידור מסר לעבריין ולחברה,<sup>81</sup> שמים דגש בבחירתו של המסר המועבר.<sup>82</sup> אם חשיבותה של הסנקציה הפלילית נובעת, באופן חלקי לפחות, מן המסר שהטלתה על העבריין מעבירה לעבריין עצמו ולציבור הרחב, אזי עֲבֵרַת נפרדת תאפשר לדין הפלילי להעביר מסר בהיר ומדויק יותר, וכך לסייע לדין הפלילי להשיג מטרות אקספרסיביות. שיקולים גמוליים, המבקשים להעניש את העבריין כגמולו, לא פחות ולא יותר, מייחסים חשיבות רבה לחלוקה של הסטיגמה החברתית בסנקציה הפלילית.<sup>83</sup> מבחינה זו, אם אכן מדובר בשתי נורמות שונות בחומרתן המוסרית, גם ההגנה עליהן באמצעות הדין הפלילי צריכה להיות מופרדת לשתי עֲבֵרַת נפרדות, כדי שהסטיגמה הפלילית תשקף באופן קונקרטי ומדויק יותר את הנורמה שהופרה – הן במקרי האונס הפרדיגמטיים והן במקרי המרמה.

שנית, לגבי עוצמת הסנקציה הפלילית, אם יש הבדל בין הנורמות השונות מבחינת החומרה המוסרית הגלומה בהפרתן, כנטען במאמר זה, אזי לא רק תיוג העֲבֵרַת צריך לשקף את ההבדל המוסרי הזה, אלא גם עוצמת הסנקציה הפלילית (אשר חלק חשוב ממנה, כאמור, הוא הסטיגמה הפלילית הנובעת משם העֲבֵרַת). טענת המאמר היא אם כן שהסנקציה הפלילית

79 לגבי האופן שבו התפיסות המקובלות הללו לגבי אונס במרמה משתקפות בפסקי־דין אנגליים ואמריקניים ראו Rubenfeld, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1395.

80 אלון הראל ואריאל פורת טוענים כי יש צורך ביצירת עֲבֵרַת לא־ספציפיות כדי לאפשר הרשעה במקרים שבהם יש ספק סביר באשר להרשעה ספציפית אך לא באשר לעובדה שהנאשם ביצע לפחות אחת מהעֲבֵרַת. ראו: Alon Harel & Ariel Porat, *Criminal Responsibility for Unspecified Offenses*, 94 MINN. L. REV. 261 (2009). טענה זו אינה חותרת בהכרח תחת הנאמר בטקסט, שכן הראל ופורת דנים במצב שבו הבחירה היא בין הרשעה בעֲבֵרַת לא־ספציפית לבין זיכוי, ואילו הטקסט עוסק בשאלה אם יש להרשיע בעֲבֵרַת כללית של "אונס" הכוללת גם מצבים של אי־הסכמה קונסטרוקטיבית או שמא יש ליצור בעבור מקרים אלה עֲבֵרַת ספציפית אחרת. לביקורת כללית על עמדתם של הראל ופורת ראו: Amit Pundik, *Should Criminals be Convicted of Unspecific Offences? On Efficiency, Condemnation, and Cognitive Psychology*, CRIM. L. & PHIL. (forthcoming, 2013).

81 Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. PA. L. REV. 1503 (2000); Craig M. Bradley & Joseph L. Hoffmann, *Public Perception, Justice and, the "Search for Truth" in Criminal Cases*, 69 S. CAL. L. REV. 1267 (1996).

82 Bradley & Hoffmann, שם, בעמ' 1278.

83 H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY – ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW 230–237 (1968). תורתו של הארט משלבת אומנם יסודות גמוליים ותועלתניים, אך מדגישה את חשיבותה של הסטיגמה החברתית מבחינה גמולית. ראו גם התייחסות לשאלת התיוג החברתי במאמרו הקצר של עמיר פוקס על פרשת קאשור: עמיר פוקס "התחזות לאונס – על תיק סאבר קאשור" [www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/313.aspx](http://www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/313.aspx) (2010).

המוצמדת למקרי אי־ההסכמה האקטואלית צריכה להיות חריפה מזו המוצמדת למקרי אי־ההסכמה הקונסטרוקטיבית. אותם שיקולים התומכים בתיוגן השונה של העברות תומכים גם ביצירת הבדל בחריפותה של הסנקציה הפלילית המוטלת בגינן. מבחינת שיקולי הרתעה, בהנחה שסנקציה פלילית חמורה יותר אמורה ליצור הרתעה חזקה יותר,<sup>84</sup> ובהנחה שמשנתנים אחרים, כגון רמת האכיפה, מוחזקים קבועים,<sup>85</sup> ההבדל בחומרה המוסרית מהווה שיקול התומך בסנקציה פלילית חמורה יותר במקרי אי־ההסכמה האקטואלית. ההבדל בחומרה המוסרית משפיע על עוצמת ההגנה שראוי לתת לאינטרס החברתי המוגן בכל אחד מהמקרים. ככל שהאינטרס החברתי המוגן ראוי להגנה טובה יותר, נדרשת הרתעה חזקה יותר כדי למנוע את הפגיעה בו, והבדל זה משפיע בתורו על עוצמת הסנקציה הפלילית הנדרשת.<sup>86</sup> אם מקרי אי־ההסכמה האקטואלית מהווים הפרה של נורמה מוסרית חמורה יותר, אזי נדרשת הגנה טובה יותר על האינטרס החברתי המוגן על־ידיה. הגנה זו מחייבת הרתעה חזקה יותר ולכן סנקציה פלילית חריפה יותר מזו שתוטל במקרי אי־ההסכמה הקונסטרוקטיבית. מבחינת שיקולים אקספרסיביים, עוצמת הסנקציה הפלילית משקפת את עוצמת המסר שהדין הפלילי מנסה להעביר ולחברו.<sup>87</sup> הכללתם של מקרי אי־ההסכמה הקונסטרוקטיבית בעברת האונס מקהה ומדללת את המסר המועבר, שכן היא מכניסה אל העברה מקרים שבהם ההפרה של הנורמה המוסרית חמורה פחות. החשש הוא שהמסר החזק של עברת האונס יימהל במקרים שאינם שווים בחומרתם למקרי אי־ההסכמה האקטואלית, והדבר יפגע בעוצמת המסר שתעביר הרשעה בעברת האונס במקרי הכפייה. לבסוף, מבחינת שיקולי הגמול, ענישה דומה בשני סוגי המקרים תוביל לאחת משתי תוצאות בעייתיות: או שמפרי הנורמה המוסרית החמורה פחות ייענשו יותר מכפי שנדרש לפי שיקולי הגמול או שמפרי הנורמה המוסרית החמורה יותר ייענשו פחות מכפי שנדרש לפי שיקולי הגמול.

84 הטקסט אינו מניח כי הגדרת גובה העונש במדויק מקדמת את ההרתעה, ולכן הוא אינו חשוף לטענתם של אלון הראל ועוזי סגל לפיה בתנאים מסוימים דווקא איזודאות באשר לגובה הסנקציה שתוטל עשויה לקדם את ההרתעה. Alon Harel & Uzi Segal, *Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Detering Crime*, 1 AM. L. & ECON. REV. 276 (1999); Alon Harel, Tom Baker & Tamar Kugler, *The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach*, 89 IOWA L. REV. 443 (2004).

85 ניתן לחשוב על טענות אחרות המבוססות על הרתעה שיכולות להוביל למסקנה הפוכה – למשל, הטענה כי יש להחמיר בענישה במקרי המרמה משום שהאכיפה במקרים אלה קשה יותר מאשר במקרי האונס הפרדיגמטיים. טענות אלה אינן קלות לביסוס או להפרכה, שכן הן מבוססות על הנחות אמפיריות חזקות שקשה לבודקן. כך או כך, הטקסט לעיל אינו מתיימר לערוך ניתוח מקיף של כל שיקולי ההרתעה הרלוונטיים, אלא רק לציין כי קיומו של הבדל מוסרי בין הנורמות הוא שיקול חשוב בעד יצירת הבדל ברמת הענישה, וכי על הניתוח ההרתעתי להביא שיקול זה בחשבון.

86 הנחה זו משתקפת גם בעמדתו של רובנפלד, הגורס כי האינטרס המוגן על־ידי עברת האונס הוא הגנה מפני שעבוד מיני, ולא מפני פגיעה באוטונומיה המינית. ראו Rubinfeld, *לעיל ה"ש 12*, בעמ' 1423-1442.

87 ראו המקורות לעיל בה"ש 75 ו-76.

מובן שאין בהערות קצרות אלה כדי להוות ניתוח מדוקדק של מגוון השיקולים הרלוונטיים לאופן שבו ראוי להגדיר את כל סוגי העברות בדין הפלילי, אך הן ממחישות מדוע יש לשקול ברצינות את הפרדתם של מקרי אי־הסכמה האקטואלית ומקרי אי־הסכמה הקונסטרוקטיבית לעברות נפרדות ששונות בחומרן.

גישה דומה משתקפת בהתנהלותם של הצדדים בפרשת קאשור בהליך עצמו.<sup>88</sup> ניתן ללמוד זאת מכך שהסכמת הצדדים להסדר־הטיעון מבוססת בעיקר על המרת כתב האישום מאינס לפי סעיף 345(א)(1) לאינס לפי סעיף 345(א)(2), ועל שינוי של תיאור המקרה מאונס בכפייה לאונס במרמה, ללא שינוי סוג העברה או הקלה/סיכום לגבי העונש שייגזר על קאשור. עצם העובדה שזאת התמורה (במירכאות או לא במירכאות) העיקרית, אם לא היחידה, שקיבל קאשור בעבור נכונותו להודות בעברת האונס במרמה מראה כי הן התביעה והן ההגנה, כמו־גם בית־המשפט שאישר את הסדר־הטיעון, חשבו כי מדובר בהקלה משמעותית דייה להצדיק ויתור על ניהול המשפט. האופן שבו נוהל ההליך הפלילי בפרשת קאשור משקף אם כן התייחסות לאונס בכפייה יותר מאשר אונס במרמה, אף ששניהם משתייכים לעברת האונס ומלווים אותה אחריות פלילית ואותה סנקציה עונשית של עד שש־עשרה שנות מאסר. מכאן שהתנהלות הצדדים בפרשת קאשור משקפת גם היא התייחסות למקרי אי־הסכמה הקונסטרוקטיבית כחמורים פחות ממקרי אי־הסכמה האקטואלית.

ניתן לבקר את טענת מאמר זה – שלפיה אם יש לטפל במקרי המרמה באמצעות הדין הפלילי, ראוי לעשות זאת באמצעות עברה נפרדת וחמורה פחות מזו המשמשת לטיפול במקרי האונס בכפייה – בעזרת המקרה של "סם האונס": מצב שבו העבריין מכניס למשקה של הקורבן, בלא ידיעתה, חומר כימי הפוגע באופן משמעותי ביכולת קבלת ההחלטות וביכולת הפעולה שלה, ומקיים עימה יחסי מין בעודה תחת השפעת הסם. הביקורת מניחה כי "סם האונס" הוא דוגמה פרדיגמטית למצב שבו עברת האונס צריכה לחול. אבל כמו במקרי המרמה, גם מקרה זה מבוסס על אי־הסכמה קונסטרוקטיבית: אי־אפשר לומר כי בעת האירוע התגבשה אצל הקורבן הסכמה אקטואלית או אי־הסכמה אקטואלית, ולכן יש כאן העדר הסכמה אקטואלית, אך ברור למדי שהיא לא הייתה מסכימה לקיים את יחסי המין באופן שבו קוימו אילו יכלה לגבש את רצונה, ולכן יש כאן אי־הסכמה קונסטרוקטיבית. התוצאה המתקבלת היא שבעוד שלגישת הביקורת עברת האונס צריכה לחול על מקרה "סם האונס", עמדתו של מאמר זה מובילה לכאורה למסקנה כי אין להחיל את עברת האונס במקרה זה. טענת הביקורת היא שאם זו אכן התוצאה המתקבלת מהחלת עמדת המאמר על סוגיית "סם האונס", אזי יש לחשוש שמהו בנייתו כולו פגום מיסודו, ולכן יש לדחות את עמדת המאמר גם לגבי מקרי המרמה.

88 כך, למשל, מטענות הערעור של קאשור על העונש שנגזר עליו ניתן להבין כי עמדת הסנגוריה הציבורית היא שמידת הפליליות הטמונה באונס במרמה הינה נמוכה יותר: "לאור נתונים חשובים אלו העולים מעובדות כתב האישום המתוקן סבורה הסנגוריה כי רמת הפליליות של מעשיו של המערער הינה נמוכה מאוד ואיננה מצדיקה השתת מאסר בפועל" (עמ' 5 בנימוקי הערעור). (נימוקי הערעור של הסנגוריה לא פורסמו, אך הציטוט כאן נעשה בידיעה ובאישור של סנגורו של קאשור, עו"ד ד"ר אלקנה לייסט).

ביקורת זו שגויה מיסודה. עֵבֶרַת האונס הקיימת כוללת מגוון מקרים שבהם לקורבן אין מסוגלות (capacity) או פשירות (competency) לתת הסכמה – למשל, מקרים שבהם הקורבן מתחת לגיל ארבע-עשרה, חולת נפש או לקויה בשכלה.<sup>89</sup> "סם האונס" הוא אחד מן המקרים הללו.<sup>90</sup> מאמר זה אינו חולק על כך שבמקרים שבהם לקורבן אין מסוגלות או פשירות להסכים אכן מדובר באונס, שהנורמה המוסרית המופרת במקרים אלה חמורה באותה מידה – ואולי אף יותר – מן הנורמה המופרת במקרי האונס בכפייה (בלא הסכמה אקטואלית)<sup>91</sup> או שתיוגם כחלק מאותה עֵבֶרַת של אונס הוא אכן ראוי. עֵבֶרַת האונס אינה אמורה להגן רק על קורבנות שיש להן המסוגלות והפשירות לתת הסכמה, אלא גם על קורבנות שלגביהן אין שום חשיבות מלכתחילה לשאלה אם יחסי המין היו בהסכמה אם לאו. בניגוד למקרי האונס בכפייה, במקרי אי-הכשירות קיומה של הסכמה אקטואלית לא תסייע לנאשם, כי הדין אינו מכיר בקורבנות הללו כבעלי כשירות לגבש הסכמה כזו. בניגוד למקרי המרמה, עֵבֶרַת האונס במקרים הללו אינה מחייבת הוכחה של אי-הסכמה קונסטרוקטיבית, כי ברור שהעברייין לא יזוכה גם אם יוכיח כי הקורבן הייתה מסכימה אילו רק הייתה לה הכשירות להסכים. לכן מקרי אי-הכשירות אינם רלוונטיים לטענת מאמר זה, שכן מאמר זה מתמקד אך ורק בהיקף התחולה הראוי של עֵבֶרַת האונס על מקרים שבהם לאישה יש כשירות להסכים ליחסי המין.<sup>92</sup>

89 ס' 345(א)(3) וס' 345(א)(5) לחוק העונשין.

90 מקרי "סם האונס" נכנסים בגדרו של ס' 345(א)(4) לחוק העונשין. לתיאור מדעי של השפעות "סם האונס" ראו: Leo J. Schep et al., *The Clinical Toxicology of Gamma-Hydroxybutyrate, Gamma-Butyrolactone and 1,4-Butanediol*, 50 CLIN. TOXICOL. (PHILA) 458, 462 (2012) (המחקר הקליני על השפעות הסם מצוי עדיין בראשית דרכו, אולם הממצאים הקליניים המופיעים במאמר מצביעים במפורש על אפקטים של אמנויה, אופוריה, חוסר שליטה מוטורית, חוסר תגובתיות, חוסר התמצאות ואובדן הכרה).

91 ס' 345(א)(1) לחוק העונשין.

92 במאמר מוסגר ניתן לשאול אם ראוי להכליל את מקרי "סם האונס" בעֵבֶרַת האונס, כפי שעושה הדין כיום (ס' 345(א)(4) לחוק העונשין), או שמא ראוי להכלילם תחת העֵבֶרַת של שלילת כושר ההתנגדות לשם ביצוע עֵבֶרַת (ס' 327 לחוק העונשין). בעֵבֶרַת של שלילת כושר ההתנגדות ניתן להרשיע גם נאשם שהפעיל "סם אונס" על הקורבן במטרה לקיים איתה יחסי מין ואז התחרט והניח לה לנפשה, אבל קשה לקבל שדינו של נאשם שאנס בעזרת "סם האונס" כדינו של נאשם שהתחרט ולא קיים יחסי מין עם הקורבן. שיקול נוסף הוא שראוי כי העֵבֶרַת שבה יורשע הנאשם במקרי "סם האונס" תכלול תיוג מפורש של עֵבֶרַת מין, ולכן אין להסתפק בעֵבֶרַת הכללית של שלילת כושר ההתנגדות. לבסוף, לפי החוק כיום, העונש המרבי על עֵבֶרַת האונס (ללא נסיבות מחמירות) הוא שש-עשרה שנים, בעוד העונש המרבי על עֵבֶרַת של שלילת כושר ההתנגדות הוא עשרים שנה, ולא ברור אם מקרי "סם האונס" הם חמורים יותר או פחות ממקרי אי-הסכמה האקטואלית. ההשוואה הזו קשה במיוחד במקרים שבהם הגבר שקיים עם הקורבן יחסי מין אינו אותו אדם שהיה אחראי לכך שהיא איבדה את כשירותה להסכים (למשל, אם מי שהחזיר למשקה שלה את "סם האונס" היה אדם אחר, שאינו קשור לאותו גבר בשום צורה, או אם האישה עצמה נכנסה ביוזמתה למצב של אי-כשירות באמצעות "סם האונס", אלכוהול או כימיקלים אחרים). סוגיה זו מחייבת אם כן טיפול מעמיק יותר מכפי שניתן לערוך במאמר זה מבלי להסיטו יתר על מידה ממקרי המרמה.



לסיכום חלק זה, טענת המאמר היא שהפרת הנורמה המוסרית במקרי אי־ההסכמה האקטואלית חמורה יותר מהפרת הנורמה המוסרית במקרי אי־ההסכמה הקונסטרוקטיבית, שכן הכופה אינו מכיר בתחושות השליליות של הקורבן ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו, וזאת בניגוד למִרְמָה, אשר מכיר בהן ככאלה. לטענת מאמר זה, על הדין הפלילי לשקף את ההבדל הזה בחומרה המוסרית באמצעות צמצום עֲבֵרַת האונס והוצאת מקרי המרמה לגבי מיהות העושה אל מחוץ לה.

### ג. עֲבֵרַת האונס במרמה במשפט הישראלי

נוסף על הטענה כי קיים מדרג מוסרי בין מקרי הכפייה למקרי המרמה וכי על הדין הפלילי לשקפו, ניתן להשעין את הצורך לשנות את עֲבֵרַת האונס כפי שהיא מוגדרת כיום בחוק העונשין גם על הבעייתיות העולה מן האופן שבו עֲבֵרָה זו מיושמת ומפורשת במשפט הישראלי. חלק זה מתאר את הרקע להיווצרותה של עֲבֵרַת האונס במרמה במשפט המקובל ובישראל, כמו־גם את הגישות השונות שהתפתחו בפסיקה ובספרות הישראליות באשר לאופן שבו יש להחיל עֲבֵרָה זו על מקרי המרמה השונים. מטרת חלק זה היא בעיקר לבסס את הצורך בשינוי עֲבֵרַת האונס הקיימת לנוכח הבעיות הקשות העולות מהפעלת העֲבֵרָה בפועל, אך גם להראות את האתגרים הניצבים בפני כל ניסיון להשתמש בעֲבֵרָה אחרת כלשהי – בין חדשה ובין קיימת – כדי לאסור השגת הסכמה לקיום יחסי מין באמצעות מרמה לגבי מיהות העושה.

עֲבֵרַת האונס במרמה כפי שהיא מנוסחת כיום בישראל אינה מוכרת ברוב ארצות המשפט המקובל. מצד אחד, המקרים הפרדיגמטיים של התחזות לבעל (כמרמה לגבי מיהות העושה) או יחסי מין במסווה של טיפול רפואי (כמרמה לגבי מהות המעשה) מוכרים ברבות מארצות המשפט המקובל,<sup>93</sup> ואושרו לא אחת גם בפסיקתן.<sup>94</sup> בחלק מן המקומות הורחבה במרוצת הזמן קטגוריית המרמה, והוכללו בה גם מקרים של התחזות לבן־זוג שאינו הבעל החוקי של האישה.<sup>95</sup> עם זאת, הרשעה באונס במקרי מרמה שאינם נופלים תחת שני חריגים אלה אינה מקובלת בשיטות זרות. רק במדינות ספורות ניתן למצוא עֲבֵרַת אונס שכוללת נוסח

93 לאנגליה ולארצות־הברית, באופן כללי, ראו Rubinfeld, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1395. החריג של התחזות לבעל מופיע בחקיקתן של עשרות מדינות בארצות־הברית. ראו: Russell L. Christopher & Kathryn H. Christopher, *Adult Impersonation: Rape by Fraud as a Defense to Statutory Rape*, 101 NW. U. L. REV. 75, 100 & nn. 164–165 (2007) CAL. PENAL CODE § 261(a)(5) בקליפורניה, לדוגמה, יש סעיף ספציפי הקובע עֲבֵרָה זו: MODEL PENAL CODE § 213.1(2)(c) (Official גם בפסיקתן.<sup>94</sup> (West 2008) CANADA CRIMINAL CODE, R.S.C. 1985, Draft and Explanatory Notes, 1985) וכן בקנדה: .c. C-46, §§ 271–273 (Can.)

94 לארצות־הברית ראו: People v. Minkowski, 23 Cal. Rptr. 92 (1962); Pomeroy v. State, 94 Ind. 96 (1883); People v. Crosswell, 13 Mich. 427, 438 (1865); Story v. State, 721 P.2d 1020 (Wyo. 1986) .P.2d 1020 (Wyo. 1986) לאוסטרליה ראו: Papadimitropoulos v. The Queen (1958) 98 C.L.R. 249, 257–259 (Austl.)

95 פוגץ', לעיל ה"ש 12, בעמ' 169–170.

הדומה בכלליותו לעברת האונס במרמה הישראלית.<sup>96</sup> יש אומנם מיני חוקים הנוגעים בהונאה כשוללת הסכמה, אך גם כאשר מוטל איסור פלילי על קיום יחסי מין באמצעות מצג-שווא, לרוב מדובר בהוראת חוק נפרדת הקובעת עברה קלה יותר.<sup>97</sup> מקורה של עברת האונס במרמה הישראלית הוא עוד מפקודת החוק הפלילי המנדטורית, שם היא הוגדרה כעברה נפרדת של "אינוס בתרמית", אך נשאה עונש מאסר זהה באורכו לעברת האינוס.<sup>98</sup> ההפרדה התיוגית בין עברת האינוס לעברת התרמית נותרה בעינה בעת חקיקת חוק העונשין בשנת 1977, אך אז גם נוספה הפרדה בחומרת הסנקציה הפלילית.<sup>99</sup> הכנסת מקרי המרמה אל תוך עברת האונס נעשתה רק בתיקון מס' 22 לחוק העונשין משנת 1988.<sup>100</sup>

השאלה העיקרית שבה עוסקים בפסיקה ובספרות בישראל היא מהם המאפיינים שמרמה לגביהם תיחשב מרמה באשר למיחות העושה, ואם הסטנדרט הראוי לבחינת שאלה זו הינו אובייקטיבי או סובייקטיבי. לפי הגישה האובייקטיבית, אשר מקובלת בפסיקה ונפוצה בספרות, עברת האונס במרמה צריכה לכלול הבחנה כלשהי בין מאפיינים שמרמה לגביהם תביא לידי התגבשותה של עברת האונס לבין מאפיינים אחרים, שוליים יותר, שמרמה לגביהם לא תביא לידי התגבשותה של עברת האונס. לעומת זאת, לפי הגישה הסובייקטיבית, השאלה אם המתלוננת הייתה מסכימה ליחסי המין אילו ידעה על מאפייניו האמיתיים של הנאשם היא שאלה שצריכה להיות תלויה אך ורק במתלוננת הספציפית, ואין חשיבות לשאלה אילו מאפיינים הייתה "האישה הסבירה" מחשיבה כקריטיים להחלטתה או מה "אדם מן היישוב" היה חושב שהמתלוננת הספציפית הייתה רוצה לדעת.<sup>101</sup>

96 בין מדינות אלה ניתן למנות את טנסי ואלבמה – בשתיהן החקיקה אינה מגדירה במדויק באילו סוגים של הונאה מדובר. ראו אצל Falk, לעיל ה"ש 12, בעמ' 108-110.

97 פוגין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 168.

98 עברת האינוס הוגדרה בס' 152 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ואילו עברת "אינוס בתרמית" הוגדרה בס' 153 לפקודה ("כל הבוועל אישה שלא כחוק והוא יודעה כחולת רוח או כשוטה, או הבוועל אישה שהסכמתה נתקבלה ע"י איומים או בתרמית בנוגע למהותו של המעשה או בנוגע לאדם העושה את המעשה, יאשם בפשע ויהיה צפוי למאסר עשר שנים"). להרחבה על המקורות האנגליים של עברת אינוס בתרמית ראו פוגין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 163-164 ובעמ' 168-173.

99 עברת האינוס הוגדרה בס' 345 לחוק העונשין (בנוסחו המקורי), והסנקציה עליה הייתה מאסר של ארבע-עשרה שנים, ואילו עברת ה"אינוס במרמה" הוגדרה בס' 346 ("הבוועל אישה, שאינה אשתו, בידועין שהיא לקויה בנפשה או בשכלה, או כשהסכמתה הושגה באיומים או במרמה לגבי מהות המעשה או מיהות העושה"), והסנקציה עליה הייתה מאסר של עשר שנים. חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 1246. תיקון זה ערך רפורמה נרחבת בתחום עברות המין, לרבות ביטול ההחרגה המסורתית של אונס על-ידי בעלה של האישה, הרחבת ההגדרות של מעשה מגונה ומעשה סדום, איסור פרסום פרטיו של נפגע עברת מין ואיסור חקירה בדבר עבר מיני של נפגע עברת מין.

101 שתי השאלות הללו אינן זהות, וההבדל ביניהן בולט כאשר מנסים לנתח את גישתו האובייקטיבית של השופט רובינשטיין. ראו להלן ה"ש 102.

## 1. הגישה האובייקטיבית

מייצגה המובהק של הגישה האובייקטיבית הוא השופט רובינשטיין בפרשת פלוני, אשר קובע אותה כהלכה ומעמיד את המבחן לקיומה של מרמה על השאלה "אם אדם אינו אומר אמת באשר למאפיינים אשר הם קריטיים בעיניה של אשה סבירה, ונוכח מצג שגוי זה קיימה עמו אשה יחסי מין".<sup>102</sup> רובינשטיין אינו מציין מהם המאפיינים הספציפיים שהופכים את המרמה לכזאת שעולה לכדי "מרמה לגבי מיהות העושה", אלא מותיר שאלה זו כשאלה פתוחה שיש לדון בה באופן קזואיסטי.<sup>103</sup> המבחן של רובינשטיין הוא אם כן מבחן גמיש המותאם לנסיבותיו של כל מקרה, וכולל סטנדרט אובייקטיבי משמעותי.

אפשר לשער מדוע השופט רובינשטיין בחר להשאיר את השאלה פתוחה, שכן קביעת רשימה מדויקת של מאפיינים המוגנים בעברת האונס במרמה היא משימה קשה, שלא ברור אם ניתן לעמוד בה בהינתן מורכבותן של הסיטואציות המדוברות. כך, בין היתר, לא רק שרשימת המאפיינים משתנה מאישה לאישה, היא יכולה להשתנות באופן משמעותי גם אצל אותה אישה בהתאם למטרת הקשר בעיניה. קביעתה של רשימת מאפיינים כזאת, והפעולה החשובה לא פחות של הבאתה לידיעת הציבור, מעוררות את כן קשיים יישומיים רבים. עם זאת, ולמרות היתרונות המעשיים שיש בגישתו הגמישה של השופט רובינשטיין, קשה לראות כיצד ניתן ליישבה עם עקרון החוקיות. הנאשם יוכל לגלות אם המאפיינים הספציפיים שלגביהם רימה מכניסים אותו לגדר עברת האונס רק לאחר המעשה ולאחר קבלת הכרעה שיפוטית בעניינו. עקרון החוקיות דורש, בין היתר, שהפרט יזהר לפני ענישתו, ומתנגד בתוקף לענישה רטרואקטיבית בגין הפרת נורמת התנהגות שלא הייתה מוגדרת באופן ברור כאסורה בשעה שהפרט בחר להתנהג כפי שהתנהג.<sup>104</sup> לכן השיטה האובייקטיבית של רובינשטיין עלולה להביא לידי ענישה לא־צודקת אשר תושת ללא אוזרה מוקדמת ותלקה ברטרואקטיביות. זוהי כמובן בעיה כללית בכל שימוש של המשפט הפלילי בסטנדרטים

102 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 8, פס' קה לפסק־דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשה במקור). טיבו של היסוד האובייקטיבי במבחנו של רובינשטיין אינו ברור, שכן בפסקה העוקבת הוא חוזר על המבחן עם יסוד אובייקטיבי שונה, שלפיו השאלה היא "אם בעיני אדם מן היישוב אשה זו היתה מסכימה לקיים יחסי מין עם גבר זה בלא ה'מיהות' שבה" (שם, פס' קו). זאת, תוך כדי הצגתו של מבחן זה כזהה למבחן הקודם, אף שבפועל מדובר במבחנים שונים באופן מהותי (הראשון בוחן את הדברים מנקודת־מבטה של "האישה הסבירה", ואילו השני שואל מה היה "האדם הסביר" מחשיב כמאפיינים קריטיים בעיני האישה הספציפית). ניתן לטעון שהמבחן הראשון מתייחס ליסוד העובדתי של קיום אי־הסכמה, בעוד השני מתייחס ליסוד הנפשי של מודעות הנאשם לאי־הסכמה, אבל פרשנות זו רק מחזקת את היסוד האובייקטיבי בגישתו של רובינשטיין, אשר נהפך לכפול: הן בהערכת יסוד ההסכמה והן בהערכת מודעותו של הנאשם (באופן שמעקר את הצורך במחשבה פלילית, ובכך מאפשר להרשיע באונס ברשלנות). בכל מקרה, נראה שאין ספק באשר לקיומו של יסוד אובייקטיבי משמעותי כלשהו בגישתו של רובינשטיין, בין שרק לגבי היסוד העובדתי ובין שגם לגבי היסוד הנפשי.

103 שם, פס' קו.

104 1 ו־3 לחוק העונשין. "עקרון יסוד, ראשון במעלה, בדיני העונשין של מדינת שלטון החוק הוא עקרון החוקיות: אין עבירה ואין עונש אלא על־פי חוק שעמד בתקפו בעת עשיית העבירה ושחל עליה גם מבחינת מקום עשייתה." פלר, לעיל ה"ש 53, בעמ' 4.

במקום בכללים, אך הותרת הרשימה פתוחה לחלוטין וללא קביעת אמות-מידה מנחות מגבירה את היקף פגיעתה של הגישה האובייקטיבית של רובינשטיין בעקרון החוקיות. נוסף על עקרון החוקיות, שיטתו הגמישה של רובינשטיין עלולה גם לפגוע באפקטיביות של הדין הפלילי בהכוונת התנהגות. ככל שרשימת המאפיינים הסבירים (לדעת בית-המשפט) תהיה מעורפלת יותר ונתונה יותר לשיקול-דעתו של כל שופט ושופטת בהתאם לנסיבות המקרה הספציפיות, כן יעלה הסיכון ליצירת הרתעת-חסר או הרתעת-יתר של פרטים אשר לא היו מודעים להיקף המרויק של הנורמה האוסרת. ודאות זו חשובה לא רק לגברים, אלא גם לנשים, שכן גם האישה זכאית לדעת בעת גיבוש הסכמתה אילו מאפיינים היא רשאית לצפות שהגבר יגלה לה, ואילו מאפיינים לא יעקרו את הסכמתה אם תרוקם לגביהם, אף אם היא עצמה מייחסת להם חשיבות רבה. מבין הגישות האובייקטיביות שיפורטו בהמשך, גישתו של רובינשטיין לוקה בבעיות הללו באופן המובהק ביותר. זאת, מכיוון שהיא מותירה כאמור את הרשימה הזאת פתוחה לגמרי, נתונה להחלטתם של כל שופט ושופטת בערכאה הדיונית, תוך התחשבות בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. תוצאת מצב זה היא שלא לגבר ולא לאישה ברור אילו מאפיינים הגבר חייב לגלות ואילו מאפיינים הוא רשאי להסתיר או לייפות.

הדברים מתקשרים לבעיה נוספת שיש בעמדתו של רובינשטיין, כמו-גם בגישות האובייקטיביות באופן כללי, והיא ההתערבות בחופש של האישה לקבוע מהם המאפיינים החשובים לה אצל השותף המיני שלה. לפי הגישה האובייקטיבית, גם אם המתלוננת עצמה מעידה באופן מהימן כי היא לא הייתה מסכימה לקיום יחסי המין אילו הייתה מודעת למאפיינים מסוימים, מרמה כזו לא תיכלל בעברת האונס אם המאפיינים האלה נראים לבית-המשפט לא-סבירים. מכאן שגישה זו אינה מגינה על כל בחירה של האישה לגבי מיהות השותף המיני שלה, אלא רק על אותן בחירות שנראות למחוקק ו/או לבית-המשפט סבירות. <sup>105</sup> אבל אילו האישה לא הייתה מסכימה ליחסי המין אחרי שגילתה את המרמה, ואז הגבר היה כופה עליה את יחסי המין בניגוד לרצונה האקטואלי, אזי לא היה ספק שמדובר באונס. בית-המשפט לא היה מזכה את הנאשם במקרה כזה רק משום שסיבת הסירוב של האישה ליחסי המין נראית בעיניו לא-סבירה. מדוע, אם כן, התערבותו של בית-המשפט בחופש של האישה להחליט אילו מאפיינים חשובים בעבורה לגיטימית יותר כאשר מדובר במקרי המרמה? ביקורת ליברלית זו עולה בקנה אחד גם עם ביקורתה של פוגץ' על פסק-הדין בפרשת בן-אברהם. <sup>106</sup> רובינשטיין אומנם מסתמך על מאמרה של פוגץ' בפסק-דינו בפרשת פלוני, <sup>107</sup> אבל נדמה שביקורתה כלפי הלכת בן-אברהם תקפה גם כלפי עמדתו של רובינשטיין בהלכת פלוני, שכן שתי ההלכות מאפשרות לבית-המשפט לבחור, באמצעות הכנסת היסוד האובייקטיבי, להגן רק על חלק (או אף על לא אחד) מהמאפיינים שהיו חשובים למתלוננת הספציפית. אם כן, באמצעות דרישה מהגבר לגלות את האמת בנוגע למאפיינים מסוימים, הגישה האובייקטיבית מתימרת להחליט בעבור האישה אילו מאפיינים ראוי שהיא תביא

105 או רק על אותן בחירות המבוססות על מאפיינים שנראים למחוקק ו/או לבית-המשפט ככאלה ש"האישה הסבירה" תחשיב כחשובים. ראו ה"ש 102 לעיל.

106 פוגץ', לעיל ה"ש 12, בעמ' 178-180.

107 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 8, פס' קא.

בחשבון, ואילו מאפיינים אין זה ראוי שהיא תביא בחשבון אפילו אם הם קריטיים מבחינתה באופן אישי. זאת, משום שהוצאת מאפיינים אלה אל מחוץ לרשימת המאפיינים היוצרים אי-הסכמה קונסטרוקטיבית מתירה למעשה לגבר לא לגלותם. לכן, בעצם עריכת ההבחנה בין מאפיינים מוגנים לכאלה שאינם מוגנים יש משום פגיעה באוטונומיה של האישה.

גישה אובייקטיבית אחרת היא זו שנהוגה במשפט האנגלי ובחלק מהמדינות בארצות-הברית,<sup>108</sup> ואשר בה מצדד גם לייסט כפתרון זמני עד לשינוי החוק בהתאם להצעתו ויצירת עברה חדשה של "קבלת טובות-הנאה מיניות במרמה".<sup>109</sup> לפי גישה זו, יש להגביל את מקרי האונס במרמה אך ורק למקרים שבהם אדם מתחזה לאדם המוכר למתלוננת באופן אישי (הדין האנגלי)<sup>110</sup> או לבן-זוגה של מתלוננת (לייסט)<sup>111</sup> ומשיג כך את הסכמתה לקיום יחסי מין. גישה זו קרובה מאוד לגישתו של מאמר זה, בכך שגם היא מוציאה את רוב מקרי המרמה אל מחוץ לעברת האונס, ולכן תחום המחלוקת אינו גדול במיוחד. אך יש בכל-זאת קושי להצדיק גישה אובייקטיבית זו אפילו באשר לאותם מקרי מרמה שלפיה צריכים להיוותר בתוך עברת האונס.<sup>112</sup> גישה זו משמרת את החשיבות שנוטים לייחס למקרים הפרדיגמטיים של גבר המתגנב למיטתה של אישה תוך כדי התחזות לבעלה (או לבן-זוגה או לאדם אחר המוכר לה) – מקרים אשר מבחינה היסטורית, ואולי אף מבחינה אינטואיטיבית, נמצאים בלב-ליבה של עברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה. הבעיה המרכזית בגישה זו היא שלא ברור כלל מה ההצדקה להבחנה הזאת כיום, כלומר, מדוע ראוי להגן על אישה מפני יחסי מין עם אדם שמתחזה למישהו שהיא מכירה אבל אין צורך להגן עליה מפני גבר המתחזה לאדם בעל מאפיינים אחרים שבהם היא מעוניינת ואשר אלמלא המרמה לגביהם היא לא הייתה מסכימה ליחסי המין.<sup>113</sup> ניתן גם לתהות אם מצבים כאלה, שבהם אישה אינה

- 108 במשפט האנגלי המבחן מוגדר ב־(Sexual Offences Act 2003, c. 42, § 76(2)(b) (Eng.)) כ־סקירה של הדין האמריקני ניתן למצוא בפסק־דינו של השופט רובינשטיין בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 8, פס' קכב-קכה.
- 109 לייסט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 9.
- 110 כפי שנקבע במפורש בס' 76(2)(b) ל־Sexual Offences Act 2003: "The defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant". ההיסטוריה של הדין האנגלי, והאופן שבו הוא התפתח מהעיסוק במקרה הפרדיגמטי של אדם המתחזה לבעלה של אישה כדי לקיים איתה יחסי מין, מפורטים בהרחבה אצל פוג'ן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 168-173.
- 111 לייסט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 9.
- 112 Michael Bohlander, *Mistaken Consent to Sex, Political Correctness and Correct Policy*, 71 J. CRIM. L. 412, 415-416 (2007).
- 113 לביקורת נוקבת על גישתו של המשפט המקובל ראו Rubinfeld, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1395-1401. רובנפלד טוען כי המשפט המקובל הכיר באונס במרמה רק בשני מקרים חריגים – התחזות לבעל וטיפול רפואי – שכן במקרים אלה מדובר באישה נשואה שקיימה יחסי מין מחוץ לנישואים מבלי שהתכוונה לכך. ההתמקדות בשני מקרים אלה משקפת תפיסה המבוססת על חילול כבוד האישה, שלפיה יש להגן רק על נשים נשואות ורק מפני יחסי מין לא־רצויים מחוץ לנישואים (כך, למשל, יחסי מין כפויים בתוך הנישואים לא הוכרו כאונס). תפיסה מיושנת זו עומדת בניגוד גמור לתפיסות המקובלות כיום לגבי אוטונומיה מינית ולגבי

מצליחה להבדיל בין הנאשם לבין בעלה או בן־זוגה, אכן קורים במציאות או שמה מדובר בקונסטרוקציה משפטית מן העבר הרחוק שמטרתה הייתה להימנע מהצורך להתייחס לאותה אישה כאל נואפת לפי הדין הדתי.<sup>114</sup> זאת ועוד, אם השיקול המוסרי־תיוגי שהועלה בחלק הקודם משכנע לגבי אותם מקרי מרמה שגם גישה אובייקטיבית זו מסכימה כי יש להוציאם אל מחוץ לעברת האונס, אזי לא ברור מדוע אותו שיקול בדיוק אינו מוביל למסקנה דומה גם במקרים של התחזות לבן־זוג או לאדם מוכר.<sup>115</sup> כל אלה, כמובן, נוספים על ביקורתה של פוגין – אשר מאמר זה מצטרף אליה – בדבר העמדות השמרניות שהבחנה זו מבוססת עליהן ובדבר האופן השרירותי שבו גישה זו בוחרת על אילו נשים להגן ומפני אילו מעשי רמייה.<sup>116</sup>

לבסוף, העמדה האובייקטיבית הקרובה ביותר לגישה הסובייקטיבית מופיעה אצל גרוס, שדומה כי חזה את פרשת קאשור זמן רב לפני שקרתה.<sup>117</sup> גרוס מסכים כי אמת־המידה צריכה להיות סובייקטיבית, וכי יש לאפשר לאישה לבחור את המאפיינים החשובים לה, אבל מקפיד להחריג שיקולים גזעניים ומקרים כגון פרשת אלקובי, שם הנאשם לא תפס את עצמו כמתחזה כלל, אלא הציג את עצמו למתלוננות בהתאם לזהותו המינית בעיני עצמו.<sup>118</sup> אף שמבין הגישות האובייקטיביות גישתו של גרוס היא הקרובה ביותר לגישה הסובייקטיבית, ביקורתה של פוגין חלה גם על גישתו, שכן לא ברור מדוע אישה שאינה מעוניינת לקיים יחסי מין עם ערבי/יהודי/מזרחי/אשכנזי אינה ראויה להגנת החוק בעוד אישה שאינה מעוניינת לקיים יחסי מין עם אדם שאינו מבוסס מספיק כלכלית לטעמה (בן־אברהם) ראויה להגנה כזאת. קשה אומנם לקבל שיש להגן על קבוצה אחת שמופלית לרעה (נשים) באמצעות פגיעה בקבוצה אחרת שמופלית לרעה (ערבים), אבל קשה גם לקבל שעקרון השוויון צריך לחול גם כאשר מדובר בהעדפותיו של אדם פרטי באשר לשותפיו המיניים, כך שהדין הפלילי צריך להגן על העדפות האישה רק אם הן עולות בקנה אחד עם

היקף ההתערבות הראוי של המשפט הפלילי בחיי הפרט. לכן, טוען רובנפלד, אין פלא שאי־אפשר להצדיק את החריגים הללו על בסיס העקרונות המקובלים בימינו.

114 פוגין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 168. דוגמה למקרה מן הסוג הזה שאכן קרה ניתן למצוא בארצות־הברית, שם התחזה הנאשם לאחיו התאום כדי לקיים יחסי מין עם אשת תאומו: *People v. Hough*, 159 Misc. 2d 997, 607 N.Y.S.2d 884 (1994).

115 ניתן לטעון כי שלילת הרצון של האישה במקרים של התחזות לבן־זוגה שונה באופן איכותי מאשר במקרי המרמה הרגילים, ודומה במוחלטותה לשלילת הרצון במקרי "סם האונס" (ראו לעיל בפסקה שאחרי ה"ש 88 ואילך). עם זאת, קשה לראות כיצד ניתן לבסס שוני איכותני כזה מבלי להניח מראש שמדובר בסוג שונה של מקרים ותוך התעלמות מן ההבדלים המשמעותיים שיש בין מקרים אלה לבין מקרי "סם האונס" בפרט ומקרי אי־הכשירות בכלל.

116 פוגין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 177, 183–187, 193–194.

117 גרוס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 389, חזה מקרה דומה לזה שנידון בפרשת קאשור: "כאשר מדובר באישה שיצאה עם אדם שנראה יהודי והסתבר לה כי הוא ערבי: האם בחברה הישראלית צריך לחשוש שאישה יהודייה אינה רוצה לקיים יחסים עם ערבי, ועל כן הוא עשוי להיות צפוי להרשעה אם לא יגלה לאישה את מוצאו הלאומי ביוזמתו?"

118 שם. ראו גם את מאמרו העדכני בנושא: אייל גרוס "הכל קאשור: חציית גבולות המגדר והלאום בפסיקה אודות אונס במרמה" (טרם פורסם).

עקרון השוויון (כלומר, שהדין הפלילי יגן על יכולתה להפלות על בסיס גובה, הכנסה, מקום מגורים וכולי, אבל לא על בסיס אתני).<sup>119</sup> מאידך גיסא, ברור שיש הבדל מהותי בין מקרים כגון פרשת קאשור לבין סוגיות אחרות שבהן החלת עקרון השוויון עולה, שכן כאן מדובר לא בשאלה אם ראוי להטיל סנקציה על המפלה, אלא אם יש להטיל סנקציה (פלילית) על המופלה. כך או כך, ומבלי להיכנס לסוגיה הזאת לעומקה, הבעיה העיקרית בגישתו של גרוס היא שבגלל קרבתו לגישה הסובייקטיבית, כל הבעיות שיועלו בהמשך לגבי הגישה הסובייקטיבית חלים גם על גישתו.

## 2. הגישה הסובייקטיבית

המייצגת המובהקת של הגישה הסובייקטיבית היא פוג'ן,<sup>120</sup> אשר טוענת במאמר הביקורת שלה על פרשת בן-אברהם כי חשיבותו של המאפיין צריכה להיקבע על-ידי האישה עצמה, ולא על-ידי בית-המשפט. לגישה, יש להתייחס לכל מאפיין שהאישה עצמה ראתה כרלוונטי, גם אם מדובר במאפיינים שנראים לחברה בעייתיים או לא-ראויים, כמו בפרשת בן-אברהם, וזאת כדי להגן על כל בחירה של האישה באשר לשאלה עם מי היא רוצה ומוכנה לקיים יחסי מין.<sup>121</sup> הגישה הסובייקטיבית נמנעת מהבעיות שהגישות האובייקטיביות נאלצות להתמודד איתן, ומייתרת את הרכבתה של רשימת מאפיינים רלוונטיים ואת הבאתה לידיעת הציבור. המאפיינים שהובילו את המתלוננת לגיבוש אי-הסכמה קונסטרוקטיבית נתונים לחלוטין לבחירתה, ואין כל חשיבות לשאלה אם היה ראוי, לדעת המחוקק ו/או בית-המשפט, שהמתלוננת תביא מאפיינים אלה בחשבון. גישה זו מקפידה יותר על האוטונומיה של האישה, שכן היא מותירה בידיה חופש מלא לקבוע מהם הגורמים המהותיים והרלוונטיים מבחינתה להחלטתה אם להסכים לקיום יחסי המין.<sup>122</sup> גישה זו ניטרלית יותר מבחינה ערכית, ומכבדת את בחירותיה של האישה מבלי להכפיף לאמות-מידה חיצוניות. ככזאת, הגישה הסובייקטיבית מאחדת עקרונות ליברליים, של אי-התערבות הכלל בבחירותיו של הפרט, ועקרונות פמיניסטיים מסוימים, של קידום אוטונומיה נשית ואי-הכפפתה לאמות-מידה

119 לגבי המחלוקת באשר להחלת עקרון השוויון במשפט הפרטי ראו, למשל, צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" **משפט וממשל** ז 541 (2004).

120 פוג'ן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 193-194.

121 אבל ראו כאמור את Rubinfeld, לעיל ה"ש 12, אשר יוצא נגד התפיסה שעברת האונס אמורה להגן על האוטונומיה המינית של האישה. הבעיה בגישתו של רובנפלד היא שרוב ביקורתו מבוססת על הבנת האוטונומיה המינית כזכותו של הפרט לקיים מגע מיני עם מי שהוא רוצה, ואז נוצר לכאורה מתח בין רצונו של אדם אחד לקיים מגע מיני עם אדם אחר לעומת רצונו של האחר לא לעשות זאת. פרשנות זו של המושג "אוטונומיה מינית" היא בעייתית שכן היא מגיחה, ללא הצדקה טובה, כי מדובר בזכות חיובית – הזכות של הפרט לקיים מגע מיני כרצונו. ניתן לנטרל את רוב ביקורתו של רובנפלד על המושג "אוטונומיה מינית" באמצעות התייחסות לאוטונומיה המינית כזכות שלילית, קרי, כזכותה של האישה להימנע מקיום מגע מיני עם אדם שהיא אינה מעוניינת בו.

ממסדיות, אשר נוטות להיות גבריות במקרים רבים.<sup>122</sup> בניגוד לגישתו של רובינשטיין, גישה של פוגץ' עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות, כי היקף האיסור ברור, וכולל את כל המאפיינים החשובים להחלטתה של האישה הספציפית שאיתה מבקש הגבר לקיים יחסי מין.<sup>123</sup> לנוכח זאת, אף שאין היא עמדת הפסיקה, עמדתה של פוגץ' היא העמדה המבוססת והמאתגרת ביותר מבין מגוון העמדות הקיימות לגבי סוגיית המרמה לגבי מיהות העושה, ולכן עיקרו של חלק זה של המאמר יוקדש לגישה זו.

הגישה הסובייקטיבית אינה לוקה אומנם בבעיות המאפיינות את הגישה האובייקטיבית, אולם היא לוקה בבעיות אחרות, קשות לא פחות. ראשית, אף שהיקף האיסור ברור, הגישה הסובייקטיבית מחריפה את שאלת "חובת הגילוי".<sup>124</sup> האם הנטל הוא על הגבר לברר מהם

122 קשה כמובן לדבר על פמיניזם כעמדה אחת בעלת עקרונות משותפים, שכן המחלוקות בין הזרמים השונים גדולות אולי אף יותר מן המשותף להם. עם זאת, בהקשר הממוקד למדי של התערבות במערכת השיקולים של האישה בשאלה אם להסכים לקיום יחסי המין אם לאו, קשה לראות כיצד ניתן להצדיק בשם קידום מעמד האישה התעלמות ממאפיין מסוים שחשוב לאישה הספציפית עד כדי כך שהיא לא הייתה מסכימה ליחסי המין אילו ידעה את האמת בנוגע אליו. ניתן כמובן לבקר עמדה זו כנובעת מסוג של "פמיניזם לבן" (ביקורת שמפיניסטיות שחורות הטיחו בפמיניסטיות שלפניהן בשל התמקדותן בצורכיהן של נשים לבנות ממעמד הביניים). דוגמה למקרה שבו יכולה להתגלות מחלוקת בין הגישות הפמיניסטיות היא של גבר ממוצא מעורב שהציג את עצמו כלבן. אבל דומה שכרוב המקרים המתח אינו בין האינטרסים של נשים לבנות לבין אלה של נשים ממיעוטים אחרים, אלא בין נשים כקבוצה לבין קבוצות מיעוטים אחרות (או לכל-היותר בין האינטרסים של נשות מיעוט כנשים לעומת האינטרסים שלהן כחברות בקבוצת המיעוט). בכל מקרה, גם אם גישות פמיניסטיות מסוימות מנביעות גישה אובייקטיבית יותר – דוגמת עמדתו של גרוס, לעיל ה"ש 7, הקורא להחריג מאפיינים גזעניים – הן חשופות גם לרוב הביקורת שהובאה לעיל כלפי הגישה האובייקטיבית וגם לרוב הביקורת שמובאת בחלק זה לגבי הגישה הסובייקטיבית.

123 ניתן לטעון כי הגישה הסובייקטיבית דווקא פוגעת בצורה חמורה יותר בעקרון החוקיות, שכן היא מותירה בידי כל אישה ואישה את היכולת לקבוע את היקף האיסור הפלילי, שהרי העדפותיה של האישה הספציפית הן שיקבעו מהם המאפיינים שמרמה לגביהם תביא לידי התגבשותה של עֵבֶרֶת האונס. טענה זו חלשה, שכן היא מחמיצה את עיקר הבעייתיות הגלומה בגישה האובייקטיבית: העובדה שבעת האירוע הגבר אינו יכול לעשות דבר כדי לברר אם הוא נדרש לגלות את האמת לגבי מאפיין מסוים. הגישה הסובייקטיבית, לעומת זאת, יוצרת איסור פלילי שהיקפו ברור יותר: הגבר צריך להימנע מלרמות את האישה לגבי כל מאפיין שהוא מודע להיותו קריטי בעבורה (לגבי השאלה על מי מוטל הנטל לברר או להבהיר מהם המאפיינים הללו ראו בפסקה הבאה).

124 סוגיית חובת הגילוי זכתה בטיפול נרחב בדיני החוזים, שם אין חובה גורפת לגלות כל פריט מידע שהוא, אלא רק חובת גילוי המתחייבת מכוח "דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות" (ס' 15 לחוק החוזים). עם זאת, בפסיקה נקבעו נסיבות שבהן חלה על צד חובת גילוי מוגברת: טעות שידועה לו, סוגים מסוימים של מידע, מידע שלצד האחר אין גישה אליו, פערי כוחות בין הצדדים, אופי מסוים של מערכת היחסים בין הצדדים, סוגים מסוימים של חוזה ועוד. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חזוים כרך ב 810-835 (1992). עם זאת, חשוב להדגיש כי הדוקטרינות שפותחו בדיני החוזים אינן מתאימות בהכרח לדיני העונשין, שכן עקרונות



כל המאפיינים שהאישה מחשיבה כקריטיים להחלטתה או שמא על האישה להבהירם לגבר? כך, למשל, בפרשת קאשור ניתן לשאול את השאלה הבאה: אם מוצאו, מצבו המשפחתי ו/או כוונותיו הרומנטיות של הנאשם היו חשובים כל-כך למתלוננת בכואה לגבש את רצונה האקטואלי, שמא היה עליה להקדיש יותר מאשר שיחה אחת קצרה עם הנאשם כדי לברר פרטים אלה? שמא היה עליה לשאול את השאלות הללו באופן מפורש יותר? מובן שניתן להתייחס לעצם העלאתן של שאלות אלה כאל הטחת אשמה במתלוננת, אשר דומה לנוהג הפסול של ייחוס חלק מהאשמה – באופן מפורש או משתמע – לקורבן האונס עצמה בגלל האופן שבו היא התלבשה, התאפרה, התנהגה וכולי. אלא שהעלאת שאלות כאלה במהלך הדיון בגישה הסובייקטיבית אינה חשופה לביקורת זו. הנקודה החשובה לענייננו אינה מי אשם בכך שהמתלוננת לא יכלה לגבש הסכמה אקטואלית באשר ליחסי המין עם הנאשם כמות שהוא, ולכן אין כאן ייחוס אשמה למתלוננת בגין מה שקרה (אשמה גם אינה "משחק סכום אפס", כך שגם אם הנאשם אשם פחות, אין זה אומר בהכרח שהמתלוננת אשמה יותר). מה שחשוב לענייננו הוא שהגישה הסובייקטיבית מחריפה את הצורך בהכרעה מי נושא בנטל הבריור – הכרעה שבלעדיה החשש לפגיעה בעקרון החוקיות עלול לשוב ולעלות. סוגיית חובות הגילוי קשורה גם לחשש נוסף, והוא ההשפעה של חובות גילוי כאלה על היקף ההתערבות הראוי של המשפט הפלילי בחיי הפרט. השאלה העולה היא עד כמה ראוי לדרוש מבני-זוג – או לתמרץ אותם – לקיים שיחות הכנה והבהרה כאלה לפני שהם מקיימים יחסי מין, וגם שאלה זו היא מורכבת, במיוחד כאשר מדובר בקשר מיני מזדמן או ראשוני. שאלות כלליות אלה נידונו כבר בספרות,<sup>125</sup> אך בהקשר של מרמה לגבי מיהות העושה עולה בעיה קשה נוספת, שמקשה על קבלתה של הגישה הסובייקטיבית: קשה להבחין בין מקרים שבהם ראוי שעברת האונס תגבש בשל קיומה של אי-הסכמה קונסטרוקטיבית לבין מקרים אחרים שבהם הרשעה באונס או בעברה הדומה בחומרתה תהיה בגדר תוצאה אבסורדית. להלן דוגמה הממחישה קושי זה.<sup>126</sup> נניח שאישה מגלה כי בן-זוגה בוגד בה כבר כשנה. האם יש להתייחס לכל הפעמים שבהן הם קיימו יחסי מין במהלך אותה שנה

היסוד של כל אחד מהדינים הינם שונים (בפרט, שיקולי אשמה, שהינם מרכזיים לדיני העונשין, מקבלים משקל קטן יותר ואולי אף אפסי בדיני החוזים).

125 ראו, למשל, את נסיונה של פוג'ק' להתמודד עם הטענה ברבר פגיעתם של האיטורים המשפטיים בפרקטיקות המקובלות של חיזור – פוג'ק', לעיל ה"ש 12, בעמ' 181-186. ראו גם: Jane E. Larson, "Women Understand So Little, They Call My Good Nature 'Deceit'": *A Feminist Rethinking of Seduction*, 93 COLUM. L. REV. 374 (1993). לרסון קוראת ליצור כלי משפטי שיתמודד עם הנזקים הנפשיים והפיזיים שנגרמים על-ידי הונאה מינית (sexual fraud), המוגדרת כמצג-שווא מכוער שנועד להשיג את הסכמתו של אחר ליחסי מין. בהקשר של פרקטיקות מקובלות של חיזור טוענת לרסון כי: "The prevailing conventions of romance discourage people from speaking frankly before sex about their relational expectations" (שם, בעמ' 426). לרסון מתמודדת עם עמדתו של כהן, שלפיה העלות החברתית של הגנה יעילה של החוק מפני יחסי מין במרמה עולה על היתרונות המופקים ממנה: Lloyd R. Cohen, *Sexual Harassment and the Law*, 28 SOCIETY 8 (1991).

126 דוגמאות נוספות ניתן למצוא להלן ליד ה"ש 132 וכן במאמרו של Rubinfeld, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1414-1415.

כאל מקרי אונס במרמה (בהנחה שאילו ידעה האישה כי בן־זוגה בוגד בה, היא לא הייתה מסכימה לקיים עימו יחסי מין)? התביעה יכולה לטעון כי בכל אחת מן הפעמים שבהן הם קיימו יחסי מין במהלך אותה שנה התגבשה עברת אונס לפי סעיף 345(א)(2), שכן היו אלה יחסי מין שבהם הסכמת האישה הושגה במרמה לגבי מיהות העושה, אשר לא היה בן־זוג נאמן כפי שהאישה האמינה, וההסכמה האקטואלית שניתנה הייתה לאדם עם מאפיין שונה מזה של בן־זוגה (נאמן, ולא בוגד).<sup>127</sup> התוצאה המתקבלת היא שלפי הגישה הסובייקטיבית, כל גבר שבוגד בבת־זוגו עלול למצוא את עצמו מורשע לא סתם בעברה פלילית, אלא במספר רב של עברות אונס,<sup>128</sup> כל עוד בית־המשפט ישתכנע מעבר לספק סביר כי האישה לא הייתה מסכימה לקיום היחסים אילו ידעה שהוא בוגד בה, ושהגבר היה מודע לכך שהיא הייתה מסרבת אילו ידעה.

לכאורה ניתן לטעון כי הרשעה באונס בדוגמה שלעיל, שהובאה כדי להמחיש את האבסורדיות שהגישה הסובייקטיבית עלולה להוביל אליה, דווקא אינה בעייתית כל־כך או שהיא נראית בעייתית בעיקר מנקודת־מבט גברית. אחרי ככלות הכול, מה רע כל־כך בזה שגברים יפסיקו להסתיר מבנות־זוגן את בגידותיהם? מדוע לא להגן על נשים מפני קיום יחסי מין עם בני־זוג שהן לא היו מסכימות לקיימם אילו ידעו את מאפייניהם האמיתיים? אך ניתן להראות כי באותה מידה שהגישה הסובייקטיבית עלולה להביא לידי הרשתתם של גברים רבים, היא עלולה להביא גם לידי הפלתן של נשים רבות. אומנם, על־פי הדין הנוהג בישראל, גבר אינו יכול להיות קורבן של מעשה אונס, ולכן גבר שגילה כי אשתו בגדה בו לא יוכל להאשימה באונס במרמה, אבל סעיף 348(א) יוצר עברה של מעשה מגונה באופן שמייבא לתוכה חלקים נרחבים מעברת האונס, ביניהם נסיבות של הסכמה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה. לנוכח זאת, לפי הגישה הסובייקטיבית יהיה אפשר להעמיד לדין, בגין ביצוע מעשה מגונה, גם כל אישה שאי־פעם בגדה בבן־זוגה, ולגזור עליה עד שבע שנות מאסר בגין כל אחת מהפעמים שבהם קיים הזוג מגע מיני כלשהו, אם יוכח כי בן־זוגה לא היה מסכים לקיים עימה יחסי מין אילו ידע על דבר בגידתה, וכי היא הייתה מודעת לכך שהוא היה מסרב אילו ידע.<sup>129</sup>

127 יש כמובן חשיבות לשאלה כיצד התגבשה דעה זו אצל האישה (למשל, אם הגבר הטעה אותה באופן אקטיבי ובכוונה או רק הניח לה להאמין במה שהיה נוח לו). אך אף ששאלה זו חשובה לצורך הגדרתה המדויקת של עברת האונס במרמה, דיון בה אינו נחוץ כעת, שכן הבעיה עולה גם אם עברת האונס במרמה תוגדר כך שנדרשות פעולות אקטיביות של מרמה מתוך מטרה להטעות.

128 לכאורה היה אפשר לחשוב שמדובר בעברה מתמשכת אחת, ולא במספר רב של עברות אונס, אבל ככל שקיום יחסי מין בכפייה כמה פעמים לאורך תקופה כלשהי מצדיק הרשעה בכמה עברות אונס נפרדות, אין סיבה להתייחס אחרת למקרי המרמה.

129 יהיה אפשר להחיל אותה עברה גם על בני־זוג בזוגות חד־מיניים שבגדו בבן־זוגם, אם כי על אלה יהיה אפשר כנראה להחיל גם עברות חמורות יותר: בזוגות של נשים חד־מיניות יהיה אפשר להשתמש בעברת האונס במרמה עצמה, שכן קורבן העברה היא אישה (בהתאם לדרישת ס' 345(ג) לחוק העונשין); ואילו בזוגות של גברים חד־מיניים יהיה אפשר להשתמש בעברה של מעשה סדום, שכן דיני האונס חלים גם על מעשה סדום (בהתאם לס' 347(ב)), ולכן ניתן לבצע מעשה סדום במרמה.

דוגמת הבגידה ממחישה את האבסורדיות הגלומה בגישה הסובייקטיבית, שכן היא מראה כי גישה זו עלולה להביא לידי הרחבת-יתר של עֵבֶרַת האונס כך שזו תחול על אחוז ניכר מהבגירים בישראל – גברים ונשים כאחד (לפחות על אלה שבני-זוגם או בנות-זוגם לא היו מסכימים לקיים עימם יחסי מין אילו ידעו על דבר הבגידה).<sup>130</sup> במצב כזה הבררה שתיוותר בידי הרשויות תהיה בחירה בין אכיפה פְּרִירֵנִית (סלקטיבית) ואולי אף שרירותית של עֵבֶרַת האונס לבין אכיפה מלאה שעלולה לגרום לכך שאחוזי הכליאה של מדינת קליפורניה ייראו נמוכים בהשוואה למצב בישראל.<sup>131</sup> הנקודה כאן אינה ששכיחותה הגבוהה של התופעה היא נימוק בעד אי-אכיפתה (שהרי גם עֵבֶרַת תנועה שכיחות), וניתן אף לטעון כי שכיחות גבוהה זו היא נימוק דווקא בעד הגברת האכיפה, כדי לבער את התופעה. הנקודה כאן היא שהשכיחות הגבוהה של התופעה עלולה לאלץ את רשויות האכיפה להיות פְּרִירֵנִיות בבחירת סוגי התלונות שאליהם הן תתייחסנה ברצינות או סוגי המקרים שבהם יוגשו כתבי אישום. הצורך המעשי באכיפה פְּרִירֵנִית עלול להביא לידי כך שאותם סטנדרטים אובייקטיביים שמהם ניסתה הגישה הסובייקטיבית להימנע יוחזרו בדלת האחורית דרך שיקוליהן של רשויות האכיפה והתביעה. אכיפה פְּרִירֵנִית כזו חשופה לאותה ביקורת שהועלתה לעיל נגד הגישה האובייקטיבית. ככל שהשיקולים הללו אינם ברורים ושקופים, הם חשופים לביקורת על הפגיעה בעקרון החוקיות ועל אי-מתן אזהרה מספקת לפרטים בחברה, ואם הם ברורים ושקופים, הם חשופים לביקורת על הפגיעה באוטונומיה של האישה להחליט מהם המאפיינים החשובים לה. זאת ועוד, אכיפה פְּרִירֵנִית כזו עלולה להיות בעייתית אף יותר מאשר הגישה האובייקטיבית עצמה, שכן היא מעבירה את הסמכות לקביעת הסטנדרטים האובייקטיביים הללו מהמחוקק ומבתי-המשפט אל רשויות האכיפה והתביעה.

לצד דוגמת הבגידה אפשר להציג דוגמאות נוספות הממחישות את האבסורדיות שיש בגישה הסובייקטיבית. בניגוד לגישה האובייקטיבית, המכפייה לסטנדרט של סבירות את רשימת המאפיינים שמרמה לגביהם תעקר את הסכמת האישה, הגישה הסובייקטיבית

130 אחוז הבוגדים בבני-זוגם משתנה ממקום למקום, וקיימת גם שונות בין גברים ונשים, אך הסטטיסטיקה הנפוצה מצביעה על יותר מ-20%: Michael W. Wiederman, *Extramarital*: 20%: האחוז המדויק של הפרטים שייפתסו בגדריה של עֵבֶרַת האונס במרמה לפי הגישה הסובייקטיבית ישתנה לפי סוג המרמה שתירדש, אך בכל מקרה מדובר במספר רב של פרטים.

131 שיעור הכליאה בישראל עומד כיום על כ-0.262% מהאוכלוסייה, בעוד בקליפורניה הוא עומד על 0.595%. קשה לערוך השוואה מדויקת, שכן בישראל הנתונים המתפרסמים מתמקדים בדרך-כלל במספרם המוחלט של האסירים, ולא בשיעורם באוכלוסייה, אך הנתונים הללו נותנים אינדיקציה כללית מספקת לצורך מאמר זה. הנתונים לגבי קליפורניה לקוחים מאתר המכון למדיניות ציבורית של קליפורניה ([www.ppic.org/main/publication\\_show.asp?i=702](http://www.ppic.org/main/publication_show.asp?i=702)), הנתונים נבדקו לאחרונה בתאריך 30.12.2011. נתונים גולמיים על ישראל ניתן למצוא באתר שירות בתי-הסוהר הישראלי ([www.shabas.gov.il/Shabas/TIPUL/](http://www.shabas.gov.il/Shabas/TIPUL/)), הנתונים נבדקו בתאריך 30.12.2011: PRISONER/Prisoners+Info/prisoners\_no.htm, הנתונים נבדקו בתאריך 30.12.2011: מספר האסירים בשנת 2010 עמד על 20,191, והאוכלוסייה הכללית בישראל בסוף 2010 מנתה כ-7,695,000 אנשים, לפי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל מס' 62 (2011).

מאפשרת העמדה לדין באונס במרמה גם במקרים שבהם המאפיינים שהאישה לא הייתה מודעת אליהם נראים שוליים יחסית או בעייתיים מבחינה ערכית. כך, למשל, האם יש להרשיע באונס במרמה גבר המסתיר את מוצאו המזרחי מאישה המעוניינת בקשר עם גבר אשכנזי (או להפך)?<sup>132</sup> אם מתלוננת מעידה באופן מהימן כי אילו ידעה שגובהו של הנאשם 1.79, ולא 1.80, היא לא הייתה מסכימה ליחסי המין (למשל, בשל אמונה טפלה כלשהי שיש לה לגבי אנשים שגובהם מתחת ל-1.80), והנאשם היה מודע להעדפה זו, האם יש לכבדה ולהרשיע את הנאשם באונס במרמה, ולשלוח אותו למאסר של עד שש-עשרה שנים, רק משום שהטעה אותה בהציגו את עצמו כגבוה בסנטימטר אחד בלבד מגובהה האמיתי?<sup>133</sup> ניתן לטעון כי אפשר למנוע מקרים אבסורדיים כאלה באמצעות שימוש בכלי "זוטי דברים",<sup>134</sup> וזאת מבלי לעבור עדיין לגישה האובייקטיבית. כלומר, לפי הגישה הסובייקטיבית אפשר לומר שנקבל כל מרמה מבלי להגבילה מראש לתחומים מסוימים, אבל רק אם היא משמעותית דייה להוות עברה פלילית. הבעיה בטענה זו היא שלפי הגישה הסובייקטיבית עצמה, גם אם המאפיין נראה קל-ערך, המעשה עצמו אינו קל-ערך כלל, ולכן גם במקרים כאלה מדובר עדיין במעשה חמור: קיום יחסי מין תוך השגת הסכמה במרמה. כל ניסיון להוסיף אמת-מידה שאינה תלויה במתלוננת יהפוך את הגישה הזאת לגישה אובייקטיבית, על כל הבעיות הכרוכות בגישה זו, כפי שפורטו לעיל.

ניתן כמובן לרבוך בגישה הסובייקטיבית ולטעון כי הבעיה אינה בגישה עצמה, אלא בתפיסה הרואה בכל המקרים הללו מקרי-קצה אבסורדיים, וכי בכל המקרים הללו אכן ראוי להרשיע באונס או במעשה מגונה. חשוב להדגיש כי מדובר בעמדה שקשה להגן עליה, שכן האבסורדיות שמאמר זה טוען לה אינה נובעת מעצם ההפלה, אלא מהתוצאה שלפיה בכל הדוגמאות הללו יש להרשיע את הגבר באותה עברה שבה יש להרשיעו במקרי הכפייה. חשוב להדגיש כי גם בעבור מי שכופר באבסורדיות של הרשעה באונס או במעשה מגונה במקרים אלה, הדוגמאות הללו ממחישות עדיין עד כמה קשה להפעיל את עברת האונס במרמה באופן הוגן ואפקטיבי תחת הגישה הסובייקטיבית מבלי להרחיב את תחום עברות המין באופן דרמטי. לכן, למרות יתרונותיה, חשוב להכיר בכך שהגישה הסובייקטיבית הופכת את תחום עברות המין, ובפרט את תחום עברת האונס, לרחב בהרבה מזה הנוהג כיום, באופן שעלול לפגוע בגברים ובנשים כאחד. מבחינת השיקול התיוגי שהועלה בחלק 2, ככל שמקרי מרמה רבים יותר אשר נתפסים כחברה כאבסורדיים או ככאלה שאינם מצדיקים הרשעה באונס יתויגו ככל-זאת כאונס, תלך עוצמת הסטיגמה הפלילית של עברת האונס ותפחת. כך, למשל, קשה לקבל שראוי לתייג אדם שהשיג את הסכמת האישה אחרי שרימה לגבי גובהו בדיוק באותו אופן שבו יש לתייג אנס אלים שכפה את עצמו על הקורבן

132 גרוס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 388-389.

133 רובנפלד מביא דוגמה אבסורדית נוספת: אנס היפותטי שבוחר כקורבנות רק דוגמניות, ומאשים אחת מקורבנותיו באונס במרמה שלו עצמו שכן היא הטעתה אותו בהציגה את עצמה כדוגמנית. Rubinfeld, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1415.

134 כך, למשל, ס' 34 לחוק העונשין מחרג מעשה מתחום האחריות הפלילית אם "לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

באיומי סכין. ניתן לסכם, אם כן, שהגישה הסובייקטיבית לוקה בבעיות שונות אך קשות לא פחות מאלה המאפיינות את הגישה האובייקטיבית.

### 3. ביקורת כללית על הגישות הקיימות

על הקשיים הספציפיים שעולים לגבי כל גישה ניתן להוסיף שני קשיים שרלוונטיים הן לגישה הסובייקטיבית והן לגישה האובייקטיבית. הקושי הראשון הוא שלגישות אלה עלולה להיות תחולה רחבה שתוביל לתוצאות בעייתיות כלפי נשים וגברים כאחד. דוגמה אחת עולה דרך השאלה אם יש להרשיע אישה שמשקרת לגבי גילה בתקיפה מינית, אם הגבר לא היה מסכים ליחסי המין אילו ידע את גילה האמיתי. הסיטואציה שעומדת כאן על הפרק כוללת לא רק נשים המחסירות מגילן, אלא גם קטינות המוספות לגילן. נניח שקטינה בת שש־עשרה פחות שבוע מתלוננת נגד צעיר בן תשע־עשרה ושבווע על בעילה אסורה בהסכמה,<sup>135</sup> והצעיר טוען להגנתו כי הוא לא ידע את גילה האמיתי, וכי אילו ידע אותו, הוא לא היה מקיים איתה יחסי מין. אם בית־המשפט יקבל את גרסתו, אזי לפי הגישות הקיימות ניתן להעמיד את הקטינה עצמה לדין בגין מעשה מגונה שהעונש עליו הוא עד שלוש שנות מאסר.<sup>136</sup> אי־הסכמתו הקונסטרוקטיבית של הצעיר, שאותה קיבל בית־המשפט כטענת הגנה, יכולה לבסס את יסוד ההסכמה שהושגה במרמה הדרוש להאשמתה בעברת מעשה מגונה שלה בו.<sup>137</sup> מובן שנטלי ההוכחה וסיפּי ההוכחה השונים החלים על טענת הצעיר כאשר היא מובאת כטענת הגנה או כטענת תביעה, יחד עם הצורך להוכיח יסוד נפשי אצל הקטינה, ימנעו הרשעה בחלק המקרים.<sup>138</sup> אולם מדובר בכל־זאת בתרחיש אפשרי תחת

135 עברה של בעילה אסורה בהסכמה מוגדרת בס' 346(א)(1) לחוק העונשין, והחריג המוגדר בס' 353 לחוק אינו חל בדוגמה זו, שכן הפרש הגילים בין הנאשם למתלוננת גדול (בשבועיים) משלוש שנים.

136 לפי ס' 348(ג) לחוק העונשין, שכן מקרה זה אינו נופל אף לאחד מן המקרים הספציפיים המוגדרים בס' 348. דוגמה דומה מופיעה אצל Rubinfeld, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1414, ועומדת גם בבסיס מאמרם של Christopher & Christopher, לעיל ה"ש 93.

137 אם מדובר בגישה האובייקטיבית, ההנחה היא ש"הגבר הסביר", שהוא כמוכּן שומר חוק, היה רוצה לדעת את גילה של הקטינה. אם מדובר בגישה הסובייקטיבית, טענת ההגנה במשפטו של הגבר מנביעה את הטענה כי הוא לא היה מסכים לקיום יחסי המין אילו ידע את האמת על־אודות גילה, ומכאן שמתקיימת אי־הסכמה קונסטרוקטיבית.

138 אפשרות נוספת למונע הרשעות כאלה היא לשלול את הסימטריות שבהפללה, ולהתייחס רק למעשיו של הצעיר כאל עברה פלילית מבלי להפליל גם את מעשי הקטינה. אי־סימטריות כזו רווחת בתחום עברות המין, ודוגמה ערכנית לה אפשר למצוא בהצעת החוק להפליל לקוחות זנות מבלי להפליל באופן סימטרי את הזונות עצמן (הצעת חוק איסור צריכת זנות וטיפול בקהילה (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010). הנימוק העומד בבסיס ההצעה להפללה חד־צדדית ביחס ללקוחות של שירותי זנות הוא שנשים העוסקות בזנות הן קורבנות, ולא שותפות לרבר עברה. ראו יהודה טרואן "הפללת לקוחות הזנות: סוגיות מרכזיות" (הכנסת - מרכז המחקר והמידע, 23.9.2008). אי־סימטריות כזו מעוררת שאלות מורכבות באשר להברל שבין המעשים ובאשר ליחס המשתקף ממנה כלפי מידת האחיות והכשירות של כל אחד מהצדדים. שאלות אלה חורגות מגדר הדיון של מאמר זה.

הגישות הקיימות, הן במקרים שבהם קדמה לתלונת הצעיר תלונה של הקטינה והן במקרים שבהם רק הוא התלונן נגדה.

דוגמה נוספת לתחולה הרחבה של הגישות הקיימות היא שהן מאפשרות להפוך "גנבת זרע" לעברה פלילית מסוג של מעשה מגונה במרמה. מדובר במצבים שבהם האישה מרמה את בן-זוגה באשר לנחיצותם של אמצעי מניעה, בין במכוון (כדי להרות) ובין ביסוד נפשי חמור פחות של קלות-דעת או אדישות. לפי הגישות הקיימות, גם אותה ניתן להרשיע במעשה מגונה במרמה אם הגבר לא היה מסכים לקיום יחסי המין עימה אילו ידע שהיא מרמה אותו (בין בגלל מאפייני אופי כלליים שבאים לידי ביטוי במעשה המרמה שלה, כגון חוסר כנות, חוסר זהירות וכולי, ובין בגלל מאפיינים פיזיים שנובעים מאינטטילת אמצעי המניעה, כגון היכולת להיכנס להיריון).<sup>139</sup> כשם שאישה, במקרים אחרים של מרמה, יכולה לטעון כי הסכמתה האקטואלית שניתנה בעת האירוע אינה מספיקה שכן היא ניתנה לאדם עם מאפיינים השונים ממאפייניו האמיתיים של הנאשם, כך גם גבר, במקרה גנבת זרע, יכול לטעון כי הסכמתו האקטואלית בעת האירוע אינה מספיקה שכן היא ניתנה לאישה עם מאפיינים מסוימים השונים מאלה של הנאשמת.<sup>140</sup> יוצא כי לפי הגישות הקיימות, גם גנבת זרע היא מקרה של אי-הסכמה קונסטרוקטיבית. אפשר לטעון כי יש לשקול אם יש מקום להעמיד את האישה לדין בגין קבלת דבר במרמה, ואכן אין זו אפשרות מופרכת על פניה במקרים קשים של מרמה מכוונת ושיטתית, אבל להפוך אישה כזאת לעבריינית מין ולהרשיעה במעשה מגונה – וזו כאמור התוצאה שהגישות הקיימות מובילות אליה – היא תוצאה שקשה לקבלה.

הקושי השני שרלוונטי לכל הגישות הקיימות הוא קושי חשוב מהתחום הראייתי, המיתוסף על כל הקשיים שתוארו עד כה, אשר מקורם בדין המהותי. נוסף על היסוד העובדתי, עברת האונס דורשת גם יסוד נפשי בצורת מודעותו של הנאשם לאי-ההסכמה. כאשר התביעה מנסה להוכיח מודעות לאי-ההסכמה אקטואלית, היא נדרשת להפריך סוג מסוים של קשיים ראייתיים המנתקים את הקשר בין הראיות לבין קיומה של מודעות לאי-ההסכמה אקטואלית. לעומת זאת, בעברת האונס במרמה עולה השאלה לאילו עובדות בדיוק הנאשם צריך להיות מודע באשר לאי-ההסכמתה של המתלוננת. כאמור, מאפיין חשוב של מקרי המרמה הוא שהם אינם כוללים אי-ההסכמה אקטואלית (שאם לא כן היה מדובר במקרה כפיה), ולכן אי-אפשר לדרוש את מודעותו של הנאשם לאי-ההסכמתה האקטואלית של המתלוננת, שהרי אי-אפשר לדרוש מודעות לעובדה שאינה חלק מהיסוד העובדתי כלל. הנאשם צריך להיות מודע, אם כן, להעדר ההסכמה האקטואלית של המתלוננת ולא-ההסכמתה

139 דוגמה זו ניתן להבנות הן כמקרה של מרמה לגבי מיהות העושה (כפי שהיא מנוסחת בטקסט) והן כמרמה לגבי מהות המעשה (אופן קיום יחסי המין – עם או בלי אמצעי מניעה). לא ברור כלל איוז מההבניות טובה יותר, אם מדובר באפשרויות חליפיות או מצטברות, ואם יש צורך בכלל לבחור מהי הדרך ה"נכונה" או הטובה ביותר להבנות את מקרה המרמה הזה. עם זאת, מאחר שמאמר זה מתמקד באונס במרמה לגבי מיהות העושה, הניסוח בטקסט מתייחס לדוגמה כאל מרמה לגבי מיהות העושה, שכן מטרת הדוגמה היא להמחיש עד כמה פרשנותה של עברת האונס עלולה להיות רחבה תחת הגישות הקיימות.

140 תחולתה של הגישה האובייקטיבית תלויה כמובן בהנחה ש"גבר סביר" היה רוצה לדעת אם האישה משתמשת באמצעי מניעה, אבל קשה לדחות את ההנחה הזו.

הקונסטרוקטיבית. במילים אחרות, התביעה צריכה להוכיח מעבר לספק סביר שהנאשם היה מודע לעובדות הבאות: (1) שהמתלוננת ייחסה לו מאפיינים שונים מאלה שיש לו בפועל; (2) שמאפיינים אלה היו חשובים לה עד כדי כך שאילו ידעה כי מאפייניו האמיתיים שונים מהם היא הייתה נסוגה מהסכמתה האקטואלית.

בשיטות משפט זרות, דוגמת זו האנגלית, הכיר המחוקק גם בגרסה מסוימת של אונס ברשלנות,<sup>141</sup> אך בישראל הדרישה היא ליסוד נפשי סובייקטיבי של מודעות<sup>142</sup> או לחשד סובייקטיבי שהנאשם נמנע מלבררו.<sup>143</sup> בפרשת קאשור, לדוגמה, הייתה התביעה צריכה להוכיח מעבר לספק סביר לא רק שהנאשם היה מודע לכך שהנאשמת טועה ומייחסת לו מאפיינים שאינם נכונים (כלומר, חושבת שהוא יהודי, רווק ובעל כוונות רומנטיות משמעותיות), אלא גם שהנאשם היה מודע לכך שאילו ידעה המתלוננת כי הוא ערבי נשוי ללא כוונות רומנטיות משמעותיות, היא הייתה משנה את דעתה ולא הייתה מסכימה לקיים

141 ס' 1(1)(c) ל-42 Sexual Offences Act 2003.

142 יש לציין כי בפרשת שמרת, לעיל ה"ש 20, בעמ' 357, הביע השופט שמגר נכונות לראות בשאלת סבירות הטעות (כלומר, מידת ההתרשלות) כלי ראיתי לקביעת היסוד הנפשי של הנאשם, ובמובן זה התקרב לתפיסה של אונס ברשלנות. עם זאת, גישתו נדחתה על-ידי השופטים חשין וגולדברג. נוסף על כך, תיקון מס' 39 תיקן את הדברים וקבע כי בעברות מסוג מחשבה פלילית די בכך שהטעות כנה, גם אם אינה סבירה. ראו חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348, ס' 34(א)). מאז עלו כמה הצעות לשינוי החוק כך שיגדיר גם אינוס ברשלנות, אך ההצעות טרם עברו. ראו, למשל, את הצעתה של ד"ר אורית קמיר, אשר הוגשה כהצעת חוק פרטית על-ידי חברי-הכנסת זהבה גלאון, אבשלום וילן ונאדיה חילו: הצעת החוק למניעת כפייה מינית, התשס"ו-2006, פ/842/17(ס' 4)(ד2) ודברי ההסבר הנלווים להצעת החוק.

143 זוהי, כמובן, דוקטרינת עצימת העיניים (ס' 20(ג1) לחוק העונשין), אשר הופכת את עניין מודעותו של הנאשם לאי-הסכמתה של המתלוננת למורכב יותר. גם בדוקטרינת עצימת העיניים הדרישה היא לחשד סובייקטיבי של הנאשם עצמו, ואין די בכך ש"אדם סביר" בנעליו היה חושד באפשרות שהמתלוננת אינה מסכימה. ההצעה להכיר בחשד אובייקטיבי הופיעה בפסק-דינו של השופט שמגר בפרשת שמרת, לעיל ה"ש 20, בעמ' 360, אך נדחתה במפורש בפסיקה מאוחרת של בית-המשפט, שהדגיש כי החשד צריך להיות סובייקטיבי (ראו ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, 895 (2001), וע"פ 11699/05 סרפו נ' מדינת ישראל, פ"ד 4 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנוב, 23.6.2008)). עם זאת, הפסיקה הכירה בכך שבעברות מין דוקטרינת עצימת העיניים כוללת גם מצב של "חלל תודעתי", אשר הועלה על-ידי השופט גולדברג (בפסק-דינו בפרשת שמרת, לעיל ה"ש 20, בעמ' 382) והוגדר על-ידי השופט אנגלרד כ"אדישות לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לא, ללא הקדשת מחשבה בעניין זה ונטילת סיכון במודע כי ההסכמה אינה נתונה" (ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 305). כפי שטוענים רבין וואקי, ההלכה לגבי "חלל תודעתי" ועמדתו של שמגר לגבי "חשד אובייקטיבי" מכניסות יסוד נפשי של רשלנות לתוך עקרת האונס, שהיא עקרת מחשבה פלילית מובהקת, וגם פוגעות בעקרונות החוקיות, שכן אין לעמדות אלה ביסוס בחוק הקיים. ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 364 (מהדורה שנייה, 2010).

עימו יחסי מין.<sup>144</sup> במילים אחרות, התביעה בפרשת קאשור הייתה צריכה להוכיח לא רק את העובדה המטריאלית של אי־הסכמה קונסטרוקטיבית – השייכת ליסוד העובדתי של העברה – שלפיה המתלוננת אכן לא הייתה מסכימה אילו ידעה את מאפייניו האמיתיים של קאשור; היה עליה להוכיח מעבר לספק סביר גם את היסוד הנפשי, כלומר, שבעת האירוע עצמו (!) היה קאשור מודע – או עצם את עיניו – לכך שהמתלוננת הייתה משנה את דעתה אילו ידעה את האמת. כך, למשל, אילו התנהל משפט מלא, היה קאשור יכול להתגונן בטענה שגם אם התנהגותו הטעתה את המתלוננת בנוגע למוצאו, הוא לא היה מודע לכך שהיא אינה מבינה שהוא ערבי. לחלופין הוא היה יכול לטעון כי הוא לא היה מודע לכך שמדובר בפרט קריטי כל־כך מבחינתה, וכי הוא התנהג כפי שהתנהג מטעמים אחרים שאינם קשורים ליסוד ההסכמה (כגון בעיות זהות עצמית, חשש מהתנכלות וכולי).<sup>145</sup>

לנוכח זאת, במקרים של אי־הסכמה קונסטרוקטיבית עולים ספקות ראייתיים מסוג שונה לגמרי, שכן הם נסכים לא על המציאות כפי שהייתה, אלא על עולם היפותטי: הם עוסקים בשאלה מה היה קורה אילו ידעה המתלוננת את פריטי המידע שלגביהם הוטעתה. כאמור בחלק 3, הספקות הראייתיים סביב שאלות אלה אינם דומים לסוג הראשון של הספקות הראייתיים, שכן הם אינם נובעים מהקושי לגלות את המציאות כפי שהייתה, אלא מנסים לבסס את נכונותם של משפטים קאונטר־פקטואליים, כלומר, משפטים שנסכים על עולם היפותטי ששונה מהמציאות כפי שהיא. במקרה שלנו הספקות הם באשר לשאלה כיצד הייתה המתלוננת מתנהגת בעולם מקביל שבו פרטי מידע מסוימים על־אודות הנאשם היו ידועים לה, ולעולם יוותר הספק שמא הייתה המתלוננת מסכימה גם אילו ידעה את פרטי המידע האלה. העובדה שהיא מעידה מאוחר יותר כי היא לא הייתה מסכימה אילו ידעה מהווה כמובן ראיה חזקה לאופן שבו היא הייתה מגיבה, אלא שמדובר עדיין בהשערה בלבד (מבוססת ככל שתהיה) באשר למצב עניינים היפותטי, ולא בהוכחה של העובדות כפי שהיו בעת האירוע. זאת ועוד, הוכחת מודעותו של הנאשם הן להעדר ההסכמה האקטואלית והן לאי־ההסכמה הקונסטרוקטיבית הן עובדות קשות להוכחה, ומדובר למעשה בהוכחת יסוד נפשי מסדר שני: צריך להוכיח את תוכן אמונותיו של הנאשם לגבי תוכן אמונותיה של המתלוננת – הן אלה האקטואליות והן אלה הקונסטרוקטיביות. אפילו הוכחת יסוד נפשי מסדר ראשון (למשל, מודעות של הנאשם לכך שהוא אינו בעליו של חפץ שהוא גונב) היא עניין מורכב,

144 בפועל, מאחר שהרשעת קאשור הושגה באמצעות הסדר־טיעון, לא נאלצה התביעה להוכיח עובדות אלה בעצמה, אלא יכלה להסתמך על הודאת הנאשם. עם זאת, אילו הייתה ההגנה בוחרת לנהל משפט, אזי מודעות לעובדות אלה הייתה חלק מהעובדות המטריאליות שהתביעה הייתה צריכה להוכיח מעבר לספק סביר.

145 בהקשר זה יש לציין את תופעת ה־"Passing", שבה בני מיעוטים בחברות רב־תרבותיות מזדהים כחברי קבוצת הרוב. להצגת תופעה זו בקרב ערבים בישראל ראו: Leora Bilsky, 'Speaking through the Mask': Israeli Arabs and the Changing Faces of Israeli Citizenship, 1 MIDDLE EAST L. & GOV. 166, 171 (2009). סוגיה דומה יכולה לעלות גם בפרשת אלקובי, לעיל ה"ש 7, לגבי מניעים אפשריים של הנאשם להציג את עצמו כגבר רגיל המשתייך לקבוצת הרוב הנורמטיבית.



שהרי שופטים הם רק בני-אדם ואינם בוחני כליות ולב.<sup>146</sup> הוכחת יסוד נפשי של מודעות של אדם אחד (הנאשם) לזכרים שבראשו של אדם אחר (המתלוננת) קשה עוד יותר,<sup>147</sup> שכן על קשייו של בית-המשפט בקביעת צפונות-ליבו של הנאשם מיתוספים גם קשייו של הנאשם עצמו בפענוח צפונות-ליבה של המתלוננת, במיוחד בתחומים אינטימיים כל-כך כמו יחסי מין. לכן במקרי המרמה מתעורר קושי ראייתי משמעותי, הנובע מהצורך להוכיח לא רק את מודעותו של הנאשם למצבה המנטלי האקטואלי של המתלוננת (הוכחת מודעותו להעדר הסכמתה האקטואלית), אלא גם את מודעותו למצבה המנטלי הקונסטרוקטיבי (הוכחת מודעותו לאי-הסכמתה הקונסטרוקטיבית). משמעותו של הקושי להוכיח יסוד נפשי מורכב זה היא עלייה בסיכון לטעות: אם בית-המשפט ייתן לקושי זה את מלוא משקלו (או יותר ממשקלו), ויקפיד להרשיע נאשמים רק כאשר אין שום ספק לגבי מודעותם הן להעדרה של הסכמה אקטואלית והן לקיומה של אי-הסכמה קונסטרוקטיבית, אזי הסיכוי שבית-המשפט יטעה ויזכה נאשם אשם עולה; לעומת זאת, אם בית-המשפט לא יתייחס ברצינות הראויה לדרישת ההוכחה מעבר לספק סביר של יסוד נפשי זה, הסכנה להרשעת חפים מפשע עלולה לגדול במידה משמעותית. כך או כך, הצורך להוכיח יסוד נפשי מסדר שני מהווה קושי נוסף ביישום עקרת האונס במרמה – קושי ראייתי אשר מיתוסף על הקשיים שמעורר הדין המהותי הן לגבי הגישה הסובייקטיבית והן לגבי הגישה האובייקטיבית.<sup>148</sup>

לסיכום, הגישות הקיימות מתמודדות עם דילמה לא-פשוטה בין הכללת סוגים מסוימים של מרמה בעקרת האונס אך לא סוגים אחרים לבין הכללת כל סוגי המרמה בעקרת האונס. הגישה האובייקטיבית, הבוחרת באפשרות הראשונה שלפיה רק מרמה לגבי מאפיינים מסוימים תגבש את עקרת האונס במרמה, היא גישה בעייתית ביותר, שכן היא משתמשת במושג "האישה הסבירה" כדי להכתיב לנשים אילו מאפיינים רלוונטיים הן מצופות לשקול בבואן לגבש את רצונן כאשר ליחסי המין. על קושי עקרוני זה מיתוספים גם קשיים מעשיים, הקשורים לעצם הניסיון לגבש רשימה של מאפיינים "סבירים" שעליהם תגן עקרת האונס במרמה. גישתו האובייקטיבית הגמישה של השופט רובינשטיין עוקפת אומנם את הקושי

146 ראו, למשל: Rebecca Dresser, *Culpability and Other Minds*, 2 S. CAL. INTERDISC. L.J. 41, 58 (1993). הקושי להוכיח מחשבה פלילית נידון גם בפסיקה: "המחשבה הפלילית איננה יכולה להיות מוסקת ברוב המכריע של האישומים הפליליים, אלא מתוך מכלול הנסיבות החיצוניות. הווה אומר, אך מעטים המקרים, בהם עולה המחשבה הפלילית (או אף הכוונה הפלילית המיוחדת, כאשר זו נדרשת) מתוך הצהרה גלויה וברורה של המחשבה, המסתתרת בלבו של הנאשם." ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 85, 99 (1981).

147 ראו, לדוגמה, ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 735, פס' 24 לפסק-דינו של השופט חשין (2001).

148 הגישות האובייקטיביות של המשפט המקובל ושל לייסט פגיעות פחות לביקורת זו, שכן קל יותר להוכיח מודעות של נאשם שהתחזה לבן-הזוג או לאדם ספציפי אחר הן להעדר ההסכמה האקטואלית של המתלוננת והן לאי-הסכמתה הקונסטרוקטיבית. אך לגישת מאמר זה, כפי שפורטה לעיל ליד ה"ש 112, הבעיה בגישות אובייקטיביות אלה אינה נעוצה בכך שהן מוציאות את רוב מקרי המרמה אל מחוץ לעקרת האונס במרמה (תוצאה שגם מאמר זה טוען בעדה), אלא בקושי שלהן להצדיק את ההתמקדות באותם מקרים שלשיטתן צריכים להיכלל בעקרת האונס במרמה לגבי מיהות העושה (התחזות לבן-הזוג או לאדם מוכר).

המעשי הזה, אך במחיר פגיעה קשה בעקרון החוקיות וביכולתו של הדין להכווין הן את התנהגות הגברים והן את ציפיות הנשים. הגישה הסובייקטיבית של פוג'ן נמנעת מן הקשיים הללו, שכן הגבר יוכל לדעת שהכל תלוי באישה הספציפית שלפניו, ולא באיזו "אישה סבירה" אמורפית, אבל גישה סובייקטיבית זו לוקה בבעיות אחרות. ראשית, לא נראה שיש דרך טובה להבחין בין אותם מקרים שבהם יש להרשיע את הנאשם באונס במרמה לבין מקרים אחרים – אשר דוגמאות להם הובאו לעיל – שבהם הרשעה באונס ו/או מעשה מגונה תהיה תוצאה אבסורדית למדי. שנית, השכיחות הגבוהה של המקרים הללו עלולה להביא לידי כך שרשויות האכיפה והתביעה יכניסו סטנדרטים אובייקטיביים בדלת האחורית. נוסף על הקשיים הייחודיים לכל גישה, עברת האונס במרמה יוצרת גם קושי ראייתי משמעותי המשותף לכל הגישות, בשל הצורך להוכיח יסוד נפשי מורכב מסדר שני באשר למצבה המנטלי הקונסטרוקטיבי של המתלוננת: על התביעה להוכיח מעבר לספק סביר לא רק את מודעותו של הנאשם לאי־מודעותה האקטואלית של המתלוננת למאפיין מסוים, אלא גם את מודעותו לכך שאילו הייתה המתלוננת מודעת לאותו מאפיין, היא הייתה משנה את דעתה מן הקצה אל הקצה ונסוגה מהסכמתה האקטואלית.

### סיכום וקריאה לשינוי עברת האונס

טענת מאמר זה היא כי יש להוציא את כל מקרי המרמה לגבי מיהות העושה אל מחוץ לעברת האונס, אפילו כאשר מדובר במקרי־הקצה של מרמה קשה ושיטתית. הטענה היא שהנורמה המוסרית המופרת במקרי הכפייה חמורה מזו המופרת במקרי המרמה, שכן התנהגותו של הכופה משקפת אי־הכרה בתחושותיה השליליות של הקורבן ככאלה שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו. לעומת זאת, מאמציו של המרמה להשיג את הסכמת הקורבן במרמה משקפים הכרה בתחושותיה השליליות, כמו־גם בחלק החשוב ב"אני הפועל" שלה אשר מגבש ומבטא אותן, ועל־כן החומרה המוסרית הגלומה בהתנהגותו פחותה. יש לשוב ולהדגיש כי הטענה אינה שבמקרי המרמה אין כלל הפרה של נורמה מוסרית כלשהי, אלא רק שהפרת הנורמה המוסרית במקרים אלה חמורה פחות מאשר במקרי הכפייה. מסקנת המאמר היא אם כן שעל הדין הפלילי לשקף את ההבדל בחומרה המוסרית בין שני סוגי המקרים באמצעות הוצאת כל מקרי המרמה לגבי מיהות העושה אל מחוץ לעברת האונס. תמיכה נוספת למסקנה זו ניתן למצוא בבעיות הקשות שפורטו בחלק הקודם לגבי הגישות הקיימות, אשר מחילות את עברת האונס על מקרי המרמה.

בעקבות מסקנה זו מתעוררת השאלה אילו מקרי מרמה צריכים להיות מטופלים על־ידי הדין הפלילי, אם בכלל, ואיזו עברה מתאימה לטיפול בהם. השאלה אם ראוי בכלל שהדין הפלילי יתערב במקרי המרמה היא שאלה מורכבת, המערבת מגוון של שיקולים מנוגדים. מבחינה ליברלית, שאלה זו קשורה לסוגיה הכללית מהם הגבולות הראויים של המשפט הפלילי ומתי התערבות של המשפט הפלילי בחיי הפרט אינה רצויה אפילו כאשר התנהגות הפרט מפרה נורמה מוסרית (למשל, במקרה של ניאוף). מאידך גיסא, עמדה ליברלית כזו עלולה לעורר ביקורת פמיניסטית על כך שהימנעות הדין הפלילי מהתערבות במקרי המרמה מנציחה פרקטיקות פוגעניות כלפי נשים. על כך ניתן להוסיף שיקולים תועלתניים בדבר התמריצים הרצויים והלא־רצויים שהכללת מקרי המרמה בדין הפלילי

עשויה ליצור. לבסוף, יש שיקולים ממסדיים ומעשיים הנוגעים ביכולתה של מערכת הצדק לטפל באופן אפקטיבי והוגן במקרים כאלה, כגון החשש שטיפול במקרי המרמה באמצעות הדין הפלילי יסיט משאבי אכיפה מתחומים אחרים. כדי להגיע למסקנה אם ראוי להפליל את מקרי המרמה דרוש אם כן דיון מעמיק במגוון השיקולים הללו. דיון כזה חורג ממסגרת מאמר זה ומחייב מחקר נפרד.

עם זאת, ניתן להציע את המהלך הבא ביחס לשאלה אם יש בכלל מקום להפליל מקרי מרמה. ההצדקה להתערבותו של הדין הפלילי במקרי המרמה לגבי מיהות העושה יכולה להיות מכוח "קל וחומר" לנוכח התערבות הדין במקרי מרמה לא-מיניים. ניתן לטעון כי כל עוד התערבותו של הדין הפלילי במקרי מרמה שבהם טובת-ההנאה אינה מינית נחשבת מוצדקת, קשה לקבל שדווקא כאשר טובת-ההנאה היא מינית, הדין הפלילי אינו צריך להתערב. הסיבה היא שקשה לראות איך העובדה שטובת-ההנאה היא מינית יכולה להפוך את התערבותו של המשפט הפלילי לבלתי-ראויה באופן קטגורי וללא יוצאים מן הכלל. ניתן כמובן לטעון שאופיים המיוחד של יחסי המין הוא שמצדיק את אי-התערבות הגורפת. אבל אופי מיוחד זה יכול לשמש נימוק גם לכיוון ההפוך, כשיקול שמצדיק דווקא התערבות מקיפה יותר, בשל פגיעות הקורבנות או עוצמת הנזק הגדולה יותר מאשר במקרי המרמה הלא-מיניים. מכאן שאם הפללת מקרי המרמה הלא-מיניים מוצדקת, וכל עוד אין טיעון משכנע שיראה כי היותה של טובת-ההנאה מינית הופך באופן קטגורי את הפללת מקרי המרמה המיניים לבלתי-ראויה, המסקנה המותנית המתקבלת ממהלך זה היא שהדין הפלילי צריך לחול גם על מקרי מרמה שבהם טובת-ההנאה שהמְרמה קיבל הייתה מינית. במילים אחרות, אם יש מקרי מרמה לא-מיניים שבהם הפרת הנורמה המוסרית חמורה דייה להצדיק את התערבותו של המשפט הפלילי, אזי נראה שיש גם מקרי מרמה מיניים כאלה. מהלך "קל וחומר" זה אינו מייתר כמובן בחינה שיטתית של מגוון השיקולים שאוזכרו קודם; הוא רק מראה שכל עמדה הגורסת כי אין להפליל כלל מקרי מרמה לגבי מיהות העושה צריכה להתמודד עם אתגר לא-פשוט: להסביר מדוע ראוי להפליל מקרה מרמה שדומה מכל בחינה שהיא למקרה המרמה המיני למעט היותה של טובת-ההנאה לא-מינית.

לגבי השאלה איזו עברה היא המתאימה ביותר לטיפול במקרי המרמה, יש מספר לא-מועט של אפשרויות, אך נראה שאף לא אחת מהן עונה על כל הבעיות שהועלו במאמר זה. מבין העברות הקיימות בספר החוקים הישראלי, ניתן לטעון, כפי שמציעה גור-אריה, כי העברה המתאימה ביותר לטיפול במקרי המרמה היא עברת ההתחזות.<sup>149</sup> בעיה אחת עם השימוש בעברת ההתחזות היא שעברה זו אינה כוללת תיוג של המעשה כעברת מין (בהנחה שתיוג כזה אכן נדרש). בעיה נוספת היא שהשימוש בעברת ההתחזות יהפוך את קיומם של יחסי המין ללא-רלוונטיים לחלוטין, שכן עברה זו מתגבשת במלואה גם כאשר הנאשם התחזה ולא הצליח להשיג כך את הסכמת האישה ליחסי המין. עברת ההתחזות מחמיצה

149 ס' 441 לחוק העונשין. ראו גור-אריה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 684. יש לציין כי באופן מסורתי היה קושי פורמלי להשתמש בעברת ההתחזות בהקשר זה, מכיוון שהדרישה הייתה להתחזות לאדם "מסוים" (חי או מת). לטענתו של גרוס, פסק-דין אלקובי הוא למעשה סטייה של בית-המשפט המחוזי מהלכה מגבילה זו. ראו גרוס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 369.

אם כן הברל חשוב בין נאשם שקיים יחסי מין עם המתלוננת על בסיס התחזותו לבין נאשם שהתחזותו התגלתה לפני שהספיק להשיג את הסכמת המתלוננת.

העברה אשר הייתה בעבר העברה המקובלת לטיפול במקרי המרמה במשפט הישראלי היא קבלת דבר במרמה.<sup>150</sup> כאמור, בפרשת פלוני דחה בית־המשפט את התאמתה של עברה זו למקרי המרמה, בשל הבעייתיות שמצא בהתייחסות ליחסי מין כאל "דבר".<sup>151</sup> קשה לקבל את עמדת בית־המשפט, שכן היא שוללת גם את האפשרות להכליל מקרים של שוחד מיני בעברת השוחד. אם יחסי מין אינם "דבר", לא ברור כיצד הם יכולים להיות "טובת־הנאה" הניתנת כשוחד או כחלק ממנו.<sup>152</sup> אבל הבעיה עם השימוש בעברה של קבלת דבר במרמה היא כפולה. ראשית, גם היא אינה כוללת תיוג של המעשה כעברת מין. שנית, היא אינה פותרת את רוב הבעיות שהועלו בחלק ג. לדוגמה, החשש מהרחבה משמעותית של הדין הפלילי והחלתו על מקרי הבגידה עולה גם אם האישה הבוגדת בבן־זוגה תורשע בקבלת דבר במרמה, ולא באונס. באופן כללי יותר, גם בעברה של קבלת דבר במרמה עולה כנראה הצורך לזהות את המאפיינים שמרמה לגביהם תביא לידי גיבוש העברה, ומתעורר הקושי הראייתי שנווה לצורך בהוכחת מודעותו של הנאשם לאי־הסכמה הקונסטרוקטיבית.

אפשרות נוספת היא הצעתו של לייסט ליצור עברה חדשה של "קבלת טובת־הנאה מיניות במרמה".<sup>153</sup> לנוכח עמדתו של לייסט עולה השאלה אם אכן ראוי לתייג את מקרי המרמה המיניים כעברת מין, שאז אכן יש צורך בעברה בעלת תיוג ברור של עברת מין כגון זו שמציע לייסט, או שמא תיוג כזה אינו נדרש, שכן מקרי המרמה המיניים דומים מספיק במהותם למקרי המרמה הלא־מיניים. הכרעה בשאלה זו מחייבת דיון מעמיק יותר בעקרונות החלוקה של הדין הפלילי לעברות ספציפיות, דוגמת הדיון המצוי בעבודתו של קרמניצר,<sup>154</sup> אולם דיון זה חורג ממסגרת מאמר זה. כך או כך, גם עברה חדשה כזו תצטרך להתמודד עם רוב הקשיים שהעברה הקיימת של קבלת דבר במרמה צריכה להתמודד איתם. לבסוף, אפשרות מעניינת אחרת היא ההצעה – שנכללה בהצעת חוק לתיקון חוק העונשין – לאגוד את מקרי המרמה עם המקרים של ניצול יחסי מרות ובעילת קטינה בהסכמה ("אונס סטטוטורי") תחת עברה אחת בשם "בעילה אסורה".<sup>155</sup> בדברי ההסבר להצעת החוק

150 על פסקי־הדין שבהם נקבעה הלכה זו ראו לעיל ה"ש 6.

151 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 8, והציטוט המובא שם.

152 ס' 293(1) לחוק העונשין. עמדה דומה הובעה על־ידי מרב מיכאלי בכנס שכותרתו "הנאשם הציג עצמו ככזב" – על גבולות עבירת אינוס במרמה" (נערך ב־6.6.2011 באוניברסיטת תל־אביב, הפקולטה למשפטים, המכון למשפט פלילי ע"ש טאוובנשלג). לייסט, לעומת זאת, טוען שגם אחרי הלכת פלוני יהיה אפשר להמשיך להשתמש בעברת השוחד גם כאשר מדובר בשוחד מיני, שכן יש הבחנה מסוימת בין "דבר" לבין "טובת־הנאה" (לייסט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 6). אבל גם לדעת לייסט, הלכת פלוני היא בעייתית, בין היתר משום שהיא מאפשרת להרשיע את מי שמתחזה לבכיר במשרד השיכון באונס, בעוד בכיר אמיתי במשרד השיכון שמבטיח דירה בתמורה ליחסי מין יורשע רק בקבלת שוחד (שם).

153 שם, בעמ' 9.

154 ראו לעיל המקורות שבה"ש 73.

155 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו–1986, ה"ח 1797. הצעת התיקון מאוזכרת גם בפסקי־הדין של השופט רובינשטיין בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 8, פס' פה.

צוין כי "יסודות העבירה, לפי הסעיף המוצע הם בעילה בנסיבות שבהן נעדרת הסכמה שקולה ומחושבת של הנפגעת, אף שזו ניתנה לכאורה"<sup>156</sup>. אולם השימוש בכיטוי "הסכמה שקולה ומחושבת" מעלה את החשש שהיקף תחולתה של עברה זו עלול להיות רחב מאוד. יש ברברי ההסבר גם הנחה משתמעת שהדרך היחידה שבה ראוי לקבל החלטות בתחום המיני היא בהליך שקול ומחושב, ובכך יש משום התערבות בעייתית בצורת החשיבה של הפרטים בחברה ובאופן שבו הם רואים לנכון לקבל החלטות בתחום זה של חייהם. זאת ועוד, רוב הקשיים שהועלו בחלק ג נותרים בעינם גם תחת הצעה זו.

מדובר כמובן בדיון ראשוני למדי, וכדי להגיע למסקנה באשר לאופן שבו ראוי להפיל את מקרי המרמה, נדרש דיון מעמיק יותר ביתרונות ובחסרונות היחסים של כל אפשרות. תהא העברה אשר תהא, נדרשות תשומת-לב וזהירות רבה בהפעלה של הדין הפלילי, כדי להימנע מיצירת פתח להתערבות מקיפה מדי בחיים האינטימיים של הפרטים. בפרט, נדרשת התייחסות לשאלה אילו מאפיינים חייבים לגלות ועל מי מוטלת "חובת הגילוי"<sup>157</sup>, וכן לאופן שבו ניתן להבטיח כי קשיי ההוכחה של אי-הסכמה הקונסטרוקטיבית לא יביאו לידי הגדלה משמעותית של הסיכון להרשעת חפים מפשע.<sup>158</sup> מאמר זה, אם כן, הינו רק תחילתו של דיון בסוגיה הכללית של מקרי המרמה המיניים, ושאלות רבות נותרו פתוחות כאשר לעצם התערבותו של הדין הפלילי, באשר לעברה המתאימה ובאשר למבחנים להחלתה. עם זאת, טענתו העיקרית של מאמר זה היא שיש להוציא את כל מקרי המרמה אל מחוץ לעברת האונס, וטענה זו אינה מחייבת מתן מענה לכל השאלות הפתוחות שנותרו. אם יש אכן הבדל בין הנורמות מבחינת החומרה המוסרית הגלומה בהפרתן, כפי שמאמר זה טוען, אזי על הדין הפלילי הישראלי לשקף זאת, ויש לשנות את עברת האונס כך שלא תחול עוד על מקרי המרמה לגבי מיהות העושה, אפילו כאשר מדובר במקרי-קצה של מרמה קשה ושיטתית.

---

156 ש.ם.

157 על סוגיית חובות הגילוי, תוך שימת דגש בתחום דיני החוזים, ראו לעיל ה"ש 124.

158 ראו לעיל חלק ג.3.

