

מבט חדש על הסכמה בעברת האינוס

מאת

רותי לבנשטיין לזר*

תקציר

הכתיבה המשפטית בכלל וזו המשפטית-הפמיניסטית בפרט עוסקות זה עשורים אחדים באופן שבו על המשפט הפלילי להמשיג את עברת האינוס, ובפרט בגבולותיה של ההסכמה ובאופן שבו היא מפורשת על-ידי בתי-המשפט. מבט אל מעבר לים – אל קנדה, אנגליה, אוסטרליה וארצות-הברית – מראה כי סוגיית ההסכמה בעברת האינוס מהווה נושא מרכזי בכתיבה האקדמית המשפטית. בעוד הכתיבה האקדמית מחוץ לישראל בסוגיה זו מוסיפה להתפתח, בישראל הדיון האקדמי בהסכמה הואט. עוד נראה כי במדינות אלה התרחשו בשני העשורים האחרונים תמורות חקיקתיות ופסיקתיות בכל הנוגע בהגדרת עברת האינוס ובהמשגת יסוד ההסכמה. בישראל, לעומת זאת, לא טיפל המחוקק בסוגיית ההסכמה בעברת האינוס מאז התקבל בשנת 2001 תיקון 61 לחוק העונשין.

מאמר זה מבקש למלא את החסר ולעסוק בהיבטים החברתיים והמשפטיים של הסכמה בעברות מין, ובעיקר בעברת האינוס. המאמר מציג חשיבה מחודשת על יסוד ההסכמה בעברת האינוס ועל עיצובה הראוי של עברת האינוס, באמצעות מתווה משפטי של מיניות קומוניקטיבית שייצוק תוכן מודרני במושג ההסכמה. המודל המוצע במאמר מבקש לקבוע בחקיקה את דרישת ההסכמה הפוזיטיבית (affirmative consent) באמצעות תיקונו של היסוד העובדתי בעברת האינוס כך שיכלול דרישה לנקיטת "צעדים סבירים לוודוא הסכמה". המאמר מבקש לתרום בשני אופנים: ראשית, הוא מבקש לפתח את השיח התיאורטי בישראל בנוגע להסכמה בעברת האינוס, הלוקה כאמור בחסר בעשורים האחרונים; ושנית, ברובד הנורמטיבי הוא

* מרצה בבית-הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המכללה למינהל, ומנהלת מערך הקליניקות של המכללה.

מבקש לקדם חשיבה מחודשת על יסוד ההסכמה ועל עיצובה הראוי של עברת האינוס, באמצעות הצגת מודל חדש אשר יאפשר הגנה טובה יותר על נפגעות ונפגעים של עברות מין.

מבוא

א. הסכמה

1. נרטיב ליברלי של הסכמה
2. ההסכמה בראי הפמיניזם הרדיקלי
3. ההסכמה בראי תיאוריות שבירת הבינריות
- ב. על עברות מין במשפט הישראלי
 1. המישור החקיקתי
 2. פסיקת בתי-המשפט 2002–2016
- ג. מודל ההסכמה הפוזיטיבית (Affirmative Consent)
 1. מהו מודל ההסכמה הפוזיטיבית?
 2. הסכמה במבט משווה
 3. הצדקה נורמטיבית
 4. הביקורת על המודל

(א) הביקורת המשפטית

(ב) הביקורת החברתית-התרבותית

סיכום והרהורים לעתיד

נספח א: מתודולוגיה

נספח ב: פסיקה – הסכמה 2002–2016

נספח ג: פסיקה – דרישת הסכמה מפורשת עובר למעשה המיני

מבוא

"מסע תגליות אמיתי אינו מורכב ממציאת נופים חדשים, אלא מהתבוננות דרך עיניים חדשות."¹ מאמר זה הינו מסע תגליות למחוז שמוכר לעוסקים במשפט הפלילי בכלל ובניתוח פמיניסטי של המשפט הפלילי בפרט, ותכליתו היא התבוננות על סוגיית ההסכמה בעברת האינוס "דרך עיניים מחודשות".

הכתיבה המשפטית בכלל וזו המשפטית-הפמיניסטית בפרט עוסקת זה עשורים אחדים באופן שבו על המשפט הפלילי להמשיג את עברת האינוס, ובפרט בגבולותיה של ההסכמה ובאופן שבו היא מפורשת עלידי בתי-המשפט. לנוכח העיסוק הרב

1 MARCEL PROUST, À LA RECHERCHE DU TEMPS PERDU (In Search of Lost Time) (התרגום שלי – ר' ל"ל).

בסוגיה נשאלת השאלה אם ניתן לצאת למסע תגליות ולבחון סוגיה זו במשקפיים חדשים.

סקירת הספרות שנכתבה בישראל בעשור האחרון בסוגיית ההסכמה בעברת האינוס ה"פרדיגמטית" – זו המעוגנת בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ד-1977 – מגלה כי ספרות זו חסרה. למעט כתיבתה של אורית קמיר מלפני כעשור, ולהבדיל מהעיסוק האקדמי בהיבטים אחרים של עברות מין, בסוגיה זו אין די כתיבה.² בהיבט, המורכבות הגלומה בפרשנותה של ההסכמה רלוונטית מתמיד.

מבט אל מעבר לים – אל קנדה, אנגליה, אוסטרליה וארצות-הברית – מראה כי סוגיית ההסכמה בעברת האינוס ה"פרדיגמטית" מהווה עדיין נושא מרכזי בכתיבה המשפטית.³ בעוד הכתיבה האקדמית מחוץ לישראל בסוגיה זו מוסיפה להתפתח,

2 מספר רב של כותבים עסקו בסוגיית ההסכמה, אולם מדובר בכתיבה משנות התשעים של המאה הקודמת או מתחילת שנות האלפיים. אילת שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" **עיוני משפט** יח 159 (1993); יובל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אשה (על יסוד א"ההסכמה בעבירת האונס)" **פלילים** ו 187 (1997); רון כהנא "כשאת אומרת כן למה את מתכוונת?" **הפרקליט** מה 76 (2000); ציפורה האופטמן "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות" **מעמד האישה בחברה ובמשפט** 189 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבנקובי עורכות, 1995).

כאמור, ד"ר אורית קמיר היא החוקרת והכותבת הבולטת בתחום, ובעשור האחרון היא הכותבת המרכזית – וכמעט היחידה – בנושא ההסכמה. בשנת 2004 התפרסם מאמרה אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן": עברת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם" **משפט וממשל** ז 669 (2004) (להלן: קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן"), אשר עסק בסוגיית ההסכמה והטעות, והציע המשגה חדשנית של עברת האינוס. גם בספרה אורית קמיר **כבוד אדם וחווה – פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי** (2007) עסקה קמיר בסוגיית ההסכמה באופן דומה. ראו שם, פרק חמישי. ראו גם גיל סיגל וצחי דוידוביץ' "כן לא שחור לבן – על יסוד אי ההסכמה ושינוי הלבבות בעבירת האינוס" **הארץ דין** ד 140 (2007); שולמית אלמוג וקארין כרמית יפת "מיניות מגדר ומשפט – חלק ב: לקראת המשגה חדשה של מיניות נשית במשפט הישראלי" **משפטים** מה 653 (2016). לדיון בהסכמה בהקשרים ספציפיים ראו דנה פוגץ' "ברצון שניהם ובשמחתם" – אינוס בידי בן זוג והתוויית גבולות המשפט הפלילי בחברה משתנה" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 501 (דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקר-ריבד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007); עמית פונדיק "בין מרמה לכפייה: על עבירת האונס במרמה לגבי מיהות העושה" **עיוני משפט** לו 215 (2013).

במקביל, הכתיבה המשפטית העוסקת בהיבטים אחרים של נושא עברות המין ממשכה ומתפתחת. כתיבה זו אינה מתמקדת בהסכמה. ראו יובל מרין "מבט פמיניסטי על דיני הראיות: ה'אמת' הממוגדרת והשתקת הקול השונה" **המשפט** טז 97 (2011) (דיון בהיבטים ראייתיים); עירית נגבי **סיפורי אונס בבית המשפט – ניתוח נרטיבי של פסקי דין** (2009) (ניתוח מגמות בפסיקה); עירית נגבי ותמר ברנבלום "מבט פמיניסטי ביקורתי על הישגי הרפורמות החקיקתיות בדיני האונס" **המשפט** טז 209 (2011).

3 המקורות להלן הן אך "טיפה בים" הספרות העוסקת בהסכמה בעברת אונס: Lucinda Vandervort, *Sexual Consent as Voluntary Agreement: Tales of 'Seduction' or Questions of Law?*, 16 NEW CRIM. L. REV. 143 (2013); Jesse Elvin, *The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003*, 72 J. CRIM. L. 519 (2008); Donald

בישראל הדיון האקדמי בהסכמה הואט. עוד נראה כי במדינות אלה התרחשו בשני העשורים האחרונים תמורות חקיקתיות ופסיקתיות בכל הנוגע בהגדרת עברת האינוס ובהמשגת יסוד ההסכמה.⁴ בישראל, לעומת זאת, לא טיפל המחוקק בסוגיית ההסכמה בעברת האינוס הפרדיגמטית מאז התקבל בשנת 2001 תיקון 61 לחוק העונשין (להלן: תיקון 61),⁵ ועברת האינוס נותרה למעשה על כנה ללא שינויים.⁶ לאורך השנים ניסה החוק הישראלי לתת מענה למורכבויות מהותיות, פרוצדורליות וראייתיות של עברות מין, וזאת בשורה של רפורמות חקיקתיות שיורחב עליהן בהמשך. הצעת החוק למניעת כפייה מינית, המבקשת לשנות מהיסוד את הגדרתה של עברת האינוס, הועלתה לדיון פעמים מספר אך לא התקדמה.⁷

מאמר זה מבקש למלא את החסר ולעסוק בהיבטים החברתיים והמשפטיים של הסכמה בעברות מין, ובעיקר בעברת האינוס. המאמר מציע מודל חדש של עברת האינוס. המודל המוצע מבקש לקבוע בחקיקה את דרישת ההסכמה הפוזיטיבית (affirmative consent) באמצעות תיקונו של היסוד העובדתי בעברת האינוס כך שיכלול דרישה לנקיטת "צעדים סבירים לוודוא הסכמה". לפי ההגדרה החדשה, יוזם המגע המיני יחויב לנקוט צעדים סבירים לוודוא הסכמה חופשית של הצד האחר לפני האקט המיני, ונאשם שלא עשה זאת לא יוכל לטעון בהמשך כי לא היה מודע

Dripps, *After Rape Law: Will the Turn to Consent Normalize the Prosecution of Sexual Assault?*, 41 AKRON L. REV. 957 (2008); Joseph J. Fischel & Hilary R. O'Connell, *Disabling Consent, or Reconstructing Sexual Autonomy*, 30 COLUM. J. GENDER & L. 428 (2015); Michal Buchhandler-Raphael, *The Failure of Consent: Re-conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power*, 18 MICH. J. GENDER & L. 147 (2011); YES MEANS YES! VISIONS OF FEMALE SEXUAL POWER AND A WORLD WITHOUT RAPE (Jaclyn Friedman & Jessica Valenti eds., 2008); Robin West, *Sex, Law, and Consent*, in THE ETHICS OF CONSENT: THEORY AND PRACTICE 221 (Franklin G. Miller & Alan Wertheimer eds., 2009).

4 במדינות כגון אנגליה וחלק ממדינות אוסטרליה נעשה שינוי גם בהגדרת המחשבה הפילית בעברת האינוס. ראו דיון בפרק ג.

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

6 בשנת 2007 תוקן חוק העונשין ונוספה עברה של אינוס מטופל עלידי מטפל נפשי (ס' 347 לחוק העונשין), ובשנת 2016 נוספה עברה של איסור יחסי מין בין כוהן דת לבין אדם שקיבל ממנו ייעוץ או הדרכה (ס' 347 לחוק העונשין), אולם מדובר בעברות נפרדות מעברת האינוס – הן בהגדרתן והן בחומרתן.

7 ראו הצעת החוק למניעת כפייה מינית, התשע"ה-2015, פ/1921/20, שמקדמות חברות הכנסת מרב מיכאלי ומיכל רוזין. הצעה הוצעה במקורה לפני כעשור עלידי חברת הכנסת אתי לבני – ראו הצעת חוק למניעת כפייה מינית, התשס"ה-2005, פ/3629/16. הצעה, שנוסחה עלידי קמיר, מבקשת לחולל מהפכה בעברות המין, ולעגן את כולן תחת מטרייה נורמטיבית חדשה. חשוב מכך, כפי שאראה בהמשך, הצעה מבקשת לבטל את יסוד ההסכמה ולהחליפו בנסיבות חיצוניות היוצרות כפייה מינית. חלקים מהמודל בהצעת החוק מבוססים על החוק הקנדי, שאותו הצגתי לקמיר בשנת 2003. בשנת 2015 השתתפתי בשולחן עגול בנושא הצעת החוק, אשר אורגן עלידי חברת הכנסת מרב מיכאלי.

לכך שהאישה לא הסכימה להסכמה חופשית וכי טעה בפרשנות הסכמתה. הצעה זו מבוססת על המודל הקנדי, שיצר מהפכה בקנדה בנוגע לעברות מין.⁸ המאמר מבקש לתרום בשני אופנים: ראשית, הוא מבקש לפתח את השיח התיאורטי בישראל בנוגע להסכמה בעברת האינוס, הלוּקָה כאמור בחסר בעשורים האחרונים; ושנית, ברובד הנורמטיבי הוא מבקש לקדם חשיבה מחודשת על יסוד ההסכמה ועל עיצובה הראוי של עברת האינוס, באמצעות הצגת מודל חדש אשר יאפשר הגנה טובה יותר על נפגעות ונפגעים של עברות מין.⁹ על-מנת לספק תמונה אמפירית רחבה של הפסיקה בנושאי הסכמה בעברת האינוס, המאמר סוקר את כלל הכרעות-הדין בעברות מין שניתנו בכל ערכאות הפלילים למן תיקון 61, ומציג תמונה עדכנית של סוגיית ההסכמה בראי הפסיקה בשנים שחלפו מתיקון 61 ועד סוף שנת 2016.¹⁰ התייחסות להסכמה כיסוד מכוון בעברות מין אינה חפה מביקורת, כפי שיורחב בהמשך. עם זאת, לתפיסתי, על-מנת לייצר שינוי מציאותי וישים בשיח המשפטי של עברת האינוס, יש להשאיר את יסוד ההסכמה בהגדרת העברה, ולהרחיב את פרשנותו אל מעבר לגבולות הפרדיגמה הקיימת כיום. אחזור לכך בהמשך.

מבנה המאמר יהיה כדלקמן. בפרק הראשון יוצגו תיאוריות שונות של הסכמה, במטרה לבסס תשתית תיאורטית להמשך. בפרק השני יוצג הדין הפוזיטיבי של עברת האינוס בישראל והתפתחויות החקיקתיות שחלו בנושא. הפרק השלישי יציג את מודל ההסכמה הפוזיטיבית, את ההצדקה הנורמטיבית למודל, את חשיבותו, את יתרונותיו ואת הביקורת עליו, וכל זאת על רקע התיאוריות השונות של הסכמה, עקרונות המשפט הפלילי, גבולותיו ויכולתו לחולל שינוי. עוד יעסוק פרק זה במודלים שונים של הסכמה בחקיקת עברות מין בעולם. דיון זה יתמקד בקנדה ובאנגליה, אך יציג גם סקירה קצרה של המודלים בארצות-הברית ובאוסטרליה.

א. הסכמה

“Sex is unique. No other area of human relations involves quite the same degree of individual, even idiosyncratic behavior. Attempts by jurists to spell out so-called ‘normal’ activity surrounding sexual

-
- 8 למודל זה נחשפתי לראשונה בעת כתיבת התזה במסגרת לימודי התואר השני שלי בקנדה בשנת 2002.
- 9 בשל מגרירתה של תופעת הפגיעות המיניות, קרי העובדה שרוב הקורבנות הן נשים, בחלק גדול מהמאמר אשתמש בלשון נקבה לתיאור קורבן עברת מין. עם זאת, בכל מקום שיש בו התייחסות לנפגעת/מתלוננת, הכוונה גם לגברים.
- 10 למן מאמרה של קמיר “יש סקס אחר – הביאווה לכאן”, לעיל ה”ש 2, משנת 2004, לא הציגה הספרות סקירה עדכנית של המגמה הרווחת בפסיקה בנוגע להסכמה חופשית בעברות אינוס. כפי שיוצג בנספח א, לצורך כתיבת המאמר נבדקו 434 פסקי-דין. ראו דיון להלן בנספח א.

conduct are sometimes laughable, often insensitive, and in some instances dead wrong. This is most apparent when judges wrestle with the question of consent to sexual relations."¹¹

קורפוס הדיון האקדמי בהסכמה, ובעיקר בשאלת "חופשיותה" של ההסכמה, הוא רחב. בפרק זה תוצג "טעימה" מקשת התיאוריות של הסכמה בהקשר של עברות מין. מטרת פרק זה היא לייצר מסגרת תיאורטית על־מנת להבין את המורכבויות הטמונות בחיבור בין הסכמה, אינטראקציה מינית ומשפט פלילי. תיאוריות אלה חושפות את המשמעויות החברתיות והתרבותיות של הסכמה, מין ויחסים בין המינים, אשר יעצבו את הדיון המשפטי בהסכמה בהמשך המאמר.

תחילה תוצג בקצרה תפיסת ההסכמה הקלסית הליברלית. בהמשך תוצג ביקורת פמיניסטית רדיקלית על הנרטיב הליברלי של הסכמה. לאחר־מכן אדון בתיאוריות מאוחרות יותר של הסכמה – כגון תיאוריית התקשורת, תיאוריות של מיניות חיובית (pro-sex / sex positive) ותיאוריות פוסט־פמיניסטיות – אשר אתגרו, בתורן, את השיח הפמיניסטי הרדיקלי של הסכמה.

1. נרטיב ליברלי של הסכמה¹²

במחשבה הליברלית הקלסית¹³ הסכמה מבטאת את עקרונות האוטונומיה, האינדיבידואליות והרציונליות. לדידו של ג'ון סטיוארט מיל, הסכמה היא ביטוי ליכולתו של אדם להחליט מה טוב לו. עקרון האינדיבידואליות, לפי מיל, מעגן את יכולתו של אדם לדעת (טוב יותר מכל אדם אחר, ובוודאי מהמדינה) מהם צרכיו, רגשותיו ותנאי חייו, ולכלכל בהתאם את צעדיו.¹⁴ גם הפילוסוף הליברלי ג'ואל פיינברג קבע כי הסכמה מבוססת על האוטונומיה של האדם, אשר נובעת מהריבונות העצמית שלו (self-sovereignty). פיינברג נשען על עקרון ה־*volenti non fit injuria*, שלפיו אם אדם מסכים (לפעולה), הסכמתו מאיינת את הפליליות שבפעולה, והפועל

11 Hart Schwartz, *Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection*, 31 C.R. (4th) 232 (1994).

12 ספרות מחקרית ענפה הוקדשה לנרטיב הליברלי של הסכמה ולביקורות עליו, ואיני מתימרת להציג כאן שיח זה במלואו. מטרת חלק זה היא להבין את הביקורת הפמיניסטית המגוונת שהתפתחה מאוחר יותר, אשר הובילה לשינויים מרחיקי־לכת בהמשגת ההסכמה בתחום המשפטי.

13 ליברליזם אינו עשוי מקשה אחת, אלא כולל מגוון של תפיסות, גישות ועמדות. לצורך מאמר זה אתייחס לתפיסות ה"קלסיות" של המחשבה הפוליטית הליברלית.

14 ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** 91 (ברק בן־נתן עורך, אהרן אמיר מתרגם, 2006): "...בכל הנוגע לרגשותיו ולתנאי חייו שלו הרי לגבר או לאישה הרגילים ביותר יש אמצעים לידיעתם העולים לאין שיעור על כל מה שיכול להיות בידי אדם כלשהו זולתם... בתחום זה של אורחות אנוש שמור אפוא לאינדיבידואליות כר הפעולה היאה לה."

לא ייחשב כמי שגרם לו נזק (to one who consents, no wrong is done).¹⁵ לפי ג'ורג' פלטשר, הסכמה היא המקור החשוב ביותר לערכים שבין אדם לאדם, ובכוחה להפוך פעולה מזיקה לפעולה שאינה מזיקה.¹⁶ הסכמה, בפרדיגמה הליברלית, היא אם כן יסוד מכוון המעצב את בחירותיו של האדם ומהווה את מילת "הקסם המוסרי" (the moral magic) המבחינה בין המותר לבין האסור.¹⁷ האדם האוטונומי והרציונלי ניצב בפני מנעד של אפשרויות,¹⁸ ובחירותיו, המבוססות על תוקפה המוסרי של ההסכמה, הן מושכלות, חופשיות ואוטונומיות.¹⁹

לאורך שנים שיקף המשפט הפלילי במדינות המשפט המקובל תפיסה ליברלית זו. המשפט הפלילי קבע כי הסכמה חופשית נשללה רק מקום שהופעלו אמצעים פיזיים גלויים לעין, כגון אלימות פיזית או איומים. פערי כוחות סמויים (כגון פערי כוחות תרבותיים, כלכליים ומעמדיים) לא הוכרו כמאיינים הסכמה. במצבים מעין אלה ההנחה הייתה כי האישה היא אוטונומית, רציונלית ובעלת יכולת בחירה חופשית. בהתאם לכך עוצבה הדרישה המשפטית מקורבן האונס להוכיח התנגדות פיזית, לקרוא לעזרה, להתלונן באופן מידי, לנתק קשר, וככלל להתנהג בצורה "סבירה" על-מנת להראות כי לא הסכימה.

2. ההסכמה בראי הפמיניזם הרדיקלי

הביקורת הפמיניסטית הרדיקלית הצביעה על כך שהחשיבה הליברלית מנתקת את האדם מהמסגרת החברתית-הפוליטית-האישית שבה הוא חי, "מפשיטה" אותו מההיסטוריה שלו, מתעלמת מהייחודיות שלו, ולמעשה ממקמת אותו בעולם "סטריילי" ללא התייחסות להשפעה של ההקשר הכולל על בחירותיו של הפרט.²⁰ אוטונומיה, בחירה והסכמה, לפי ביקורת זו, אינם יכולים להיות מפורשים ללא חיבור

15 JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS 176–77 (1984)

16 GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF LEGAL THOUGHT 112 (1996). בניסוחו

של פלטשר (שם, בעמ' 109): "[n]o idea testifies more powerfully to individuals as a source of value than the principle of consent"

17 Heidi M. Hurd, *The Moral Magic of Consent*, 2 LEGAL THEORY 121 (1996)

18 Kathryn Abrams, *From Autonomy to Agency: Feminist Perspectives on Self-Direction*, 40 WM. & MARY L. REV. 805 (1999)

19 תפיסה זו משתקפת במשנתו של רולס, ובעיקר בדימוי של מסך הבערות (the veil of ignorance). ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 516 (1971). לסקירה קצרה על משנתו של רולס ראו פניה עודלצברגר "ג'ון רולס על צדק ושוויון" משפט וממשל ז 459 (2004).

20 יפים לעניין זה דבריה של הנשיאה בדימוס ביניש בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 838–839 (2012): "השאלה, מהן נסיבות חיים שהן תולדה של בחירה חופשית ונסיבות חיים שהן תולדה של כורח ואילוץ, היא, פעמים רבות, מורכבת. היכן עובר קו הגבול שבין בחירה חופשית לבין הבניה חברתית? שהרי אפשרויות הבחירה מושפעות, בין היתר, מהסביבה שבה גדל אדם – ממצבו המשפחתי, ממצבו הכלכלי וממצבו החברתי."

להקשר, אשר לגבי נשים רבות הוא הקשר של אלימות, דיכוי, הדרה, עוני וגזענות.²¹ הקשר זה משפיע על בחירותיו של הפרט, ויותר מכך – הוא מגביל את מנעד אפשרויות הבחירה הפתוחות לפניו ומצמצם את האוטונומיה האישית שלו.²² הפמיניזם הרדיקלי, המזוהה עם קתרין מקינן, התמקד במערך יחסי הכוח החברתיים, התרבותיים והמעמדיים, ובהשפעתם על הסכמה, בעיקר בעברות מין. לפי גישה זו, הסתכלות על האישה הפרטנית ללא בחינת ההקשר המשפיע על בחירותיה יוצרת תמונה שאינה משקפת נכונה את מידת הוולונטריות של הסכמתה. בהתאם, יש להסתכל בחשדנות על הסכמה, שכן זו מותאמת לצרכים ולדרישות של בעלי הכוח (בהקשר של עברות מין – הגברים), המבקשים לשמר את כוחם.²³ הציר המכונן בתיאוריה המשפטית של מקינן הוא הקישור בין מיניות נשית לבין פערי כוח מגדריים. על-פי מקינן, מיניות היא כלי לדיכוי נשים ולשימור פערי כוחות אלה, באמצעות שורה של פעולות העושות שימוש במיניות הנשית, בגוף הנשי ובנשים עצמן לצורך החפצתן ודיכויין.²⁴ מקינן טוענת כי המושג "הסכמה" מעוצב בהתאם לנסיון חיים וחווית חיים גבריים, ואינו משקף את נקודת-מבטן של נשים, את מציאות חייהן ואת צורכיהן. לפיכך המושג "הסכמה" ריק למעשה מתוכן. כפועל יוצא מכך, כמעט כל סוגי האינטראקציה המינית ההטרסקסואלית אינם משקפים הסכמה ממשית, חופשית וולונטרית של האישה.²⁵

קרול פייטמן, תיאורטיקאית של מדע המדינה, טוענת כי התיאוריה הליברלית נכשלה בהפרדה קונספטואלית בין הסכמה לבין שליטה וכניעה. מאחר שהסכמה מזוהה מבחינה חברתית עם כניעה (submission), ולנוכח מערך יחסי הכוחות החברתי בין המינים, אי-אפשר לדבר על הסכמה חופשית של אישה באינטראקציה מינית.²⁶

KAREN GREEN, THE WOMAN OF REASON: FEMINISM, HUMANISM AND POLITICAL THOUGHT (1995); Martha Albertson Fineman, *Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy, and Self-Sufficiency*, 8 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 13 (2000).

שחר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 165–166.

Adrienne Rich, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*, 5 SIGNS 631, 636–67 (1980); SUSAN BROWNMILLER, AGAINST OUR WILL: MEN, WOMEN AND RAPE 267–68 (1975).

CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 127–128 (1989). פרופ' דפנה ברקארז מתייחסת לחשדנותה זו של מקינן בנוגע ליחסים מיניים הטרסקסואליים בדבריה הבאים: "עולה ממנה כי מערכות היחסים המיניות בין גברים לנשים בחברה הן אתר של דיכוי ובסיס לכינונו והעמקתו גם יחד." ראו דפנה ברקארז "מבוא: הפמיניזם המשפטי של קתרין מקינן והמעבר מן השוליים למרכז מביקורת אל יצירת עולם מושגים משפטי חדש" קתרין מקינן **פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה** 7, 11–12 (דפנה ברקארז עורכת, 2005).

MACKINNON, לעיל ה"ש 24, בעמ' 439–443.

CAROLE PATEMAN, THE DISORDER OF WOMEN: DEMOCRACY, FEMINISM AND POLITICAL THEORY (1989). פייטמן טוענת (שם, בעמ' 72): "Consent as ideology cannot be distinguished from habitual acquiescence, assent, silent dissent, submission,

מקינון (בכתיבה מאוחרת שלה) ופייטמן מבקשות להוציא את יסוד ההסכמה מהניתוח המשפטי של עברות המין, וגישתן זו נתמכת על-ידי חוקרים רבים.²⁷ מקינון מציעה להשתמש ב"כפייה" כבסיס להגדרה של עברת האונס, ולא בהסכמה.²⁸ התמקדות בכפייה משמעה התמקדות במבני כוח חברתיים לא-שוויוניים, בעוד התמקדות בהסכמה עניינה ביחסים האינטימיים הספציפיים בין הנאשם למתלוננת. ההתמקדות במקרה הפרטני מעלימה (ומאלימה) את ההקשר החברתי המשמעותי כל-כך בדיון בעברות מין.²⁹

באופן דומה, בארץ הציעה קמיר לשנות את "השפה המשפטית" בכל הקשור לעברות מין, ולהשתמש במינוח חדש שמנותק מהבניות חברתיות ותרבותיות של הסכמה ומין. לטענתה, הקשר בין רכיביה של עברת המין, ובעיקר רכיב ההסכמה, לבין המטען ההיסטורי, התרבותי והחברתי הסטריאוטיפי של עברות מין אינו ניתן להתרה. גם קמיר, בדומה למקינון, הציעה להשתמש במושג "כפייה מינית", ולהתנתק כליל מהרכיבים המסורתיים של עברת האינוס, ובראשם הסכמה.³⁰ זרמים אחרים של פמיניזם רדיקלי קוראים לדה-קונסטרוקציה של ההסכמה, לתפיסה רחבה של המונח "כפייה מינית"³¹ ולהרחבתן של חזקות אייההסכמה בסיטואציות שונות של פערי כוח, כגון הפללת יחסי מין בין מטפל למטופל, בין כוהן דת לאדם הבא להתייעץ עימו, בין אדם במעמד מיוחד ל"מעריצים" ועוד.³²

3. ההסכמה בראי תיאוריות שבירת הבינריות

or even enforced submission. Unless refusal of consent or withdrawal of consent are real possibilities, we can no longer speak of 'consent' in any genuine sense"

27 ראו, למשל, Maya Dusenbery, "Affirmative Consent" Just Means Mutual Desire. And It Should Definitely Be the Standard, FEMINISTING (2014), <http://feministing.com/2014/06/25/affirmative-consent-just-means-mutual-desire-and-it-should-definitely-be-the-standard/>: "Frankly, sometimes I think we should ditch the term 'consent' altogether. It feels like a carryover from the old male-aggressor/female-gatekeeper model of (hetero) sex, and, even with the addition of adjectives like 'affirmative' or 'enthusiastic,' retains this contractual connotation that, I think, detracts from the shift we're actually trying to make here. The point is that people shouldn't be 'consenting' to sex as if they're acquiescing to a request to borrow your damn toothbrush"

28 CATHARINE A. MACKINNON, ARE WOMEN HUMAN? AND OTHER INTERNATIONAL DIALOGUES 238, 245 (2006)

29 שם, בעמ' 238: "Where coercion definitions of rape see power—domination and violence—non-consent definitions envision love or passion gone wrong. Consent definitions accordingly turn proof of rape on victim and perpetrator mental state: who wanted what, who knew what when..."

30 קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן", לעיל ה"ש 2, בעמ' 760.

31 למשל, Martha Chamallas, *Consent, Equality, and the Legal Control of Sexual Conduct*, 61 S. CAL. L. REV. 777 (1988).

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

ברבות השנים נהפך שיח ההסכמה למורכב יותר, והבינריות של מושג ההסכמה "נשברה". גישות פמיניסטיות רדיקליות הוסיפו היבטים חדשים לניתוח התיאורטי של הסכמה, ונוספו לשיח תיאוריות של מיניות חיובית (pro-sex & sex positive),³³ תיאוריות פוסט-פמיניסטיות, תיאוריות קוויריות ועוד. חלק זה יציג גוונים תיאורטיים שונים של הסכמה.

גישתה של מישל אנדרסון, אשר נטועה בזרם הפמיניסטי הרדיקלי, מבקשת להשתית את עברת האינוס על "מודל התקשורת" (The Negotiation Model).³⁴ להבדיל מהסכמה, אשר מניחה פעולה יזומה של הגבר וסבילות של האישה, תקשורת בין שניים משמעה התנהלות פעילה של שני הצדדים במטרה להגיע להחלטה. על-פי מודל התקשורת, שהינו מודל אינטראקציה מניית חייב בהידברות מלאה בנוגע לקיום יחסי המין.³⁵ מה שחשוב, לפי אנדרסון, הם חילופי המידע והשיתוף ההדדי בתחושות באשר ליחסי המין בין שני השותפים. התקשורת וההסכמה, לפי אנדרסון, יהיו מילוליים, אלא אם כן מדובר בבניזוג עם מנהגים קבועים.³⁶ היתרון המשמעותי של "מודל התקשורת" מתבטא בכך שהוא אינו מתמקד בנפגעת ובהתנהגותה, כי אם בנאשם ובהתנהלותו עובר לאינטראקציה המינית.³⁷ כפי שיוצג בהמשך, מודל ההסכמה הפוזיטיבית מושתת על תקשורת ומפגש רצונות קומוניקטיבי בין צדדים.

יסוד התקשורת ההדדית בין שני שותפים למין והדגש במפגש רצונות נטענים גם בעבודתה של הפילוסופית לואי פינאו (Lois Pineau), אשר מושפעת אף היא מהפמיניזם הרדיקלי.³⁸ פינאו מציעה שיח הדדי של הסכמה. לגישתה, לפי מודל המיניות ההטרורסקסואלי, גברים מצופים להפעיל כוח ושליטה על-מנת לקבל את כניעתן והסכמתן של נשים למין.³⁹ במודל "הפיתוי האגרסיבי" האמור, ההנחה

33 תיאוריות אלה התפתחו בשנות השמונים של המאה הקודמת, על רקע ביקורת קשה על הפמיניזם הרדיקלי המזוהה עם מקינזון ודורקיין. תיאוריות אלה קידמו את הרעיון שמין הוא רכיב מרכזי בשחרור נשים ובשוויון מיני.

34 Michelle J. Anderson, *Negotiating Sex*, 78 S. CAL. L. REV. 1401 (2005).

35 במודל התקשורת, תחת השאלה "האם היא נתנה את הסכמתה לקיום יחסי מין?", תישאל השאלה: "האם יוזם/ת המגע המיני דן/ה עם בת/בן-הזוג בקיום יחסי המין והם הגיעו להסכמה משותפת בעניין?"

36 Anderson, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1421. במסגרת יחסים אינטימיים פרשנותו של יסוד ההסכמה מורכבת עוד יותר, לנוכח העבר המיני המשותף, הקשר האישי, השפה והתקשורת הלא-מילולית. להרחבה בנושא זה ראו Ruthy Lazar, *Negotiating Sex—The Legal Construct of Consent in Cases of Wife Rape in Ontario, Canada*, 22 CAN. J. WOMEN & L. 329 (2010); Ruthy Lowenstein Lazar, *The "Vindictive Wife": The Credibility of Complainants in Cases of Wife Rape*, 25 S. CAL. REV. L. & SOC. JUST. 1 (2015).

37 לכך יש משמעות רבה, שכן הדבר מנטרל את הסטריאוטיפים שמשפיעים על ניתוח התנהגותן של נפגעות עברות מין.

38 Lois Pineau, *Date Rape: A Feminist Analysis*, in DATE RAPE: FEMINISM, PHILOSOPHY, AND THE LAW 1 (Leslie Francis ed., 1996).

39 שם, בעמ' 6.

החברתית המובלעת היא שהסכמה קיימת תמיד.⁴⁰ גם פינו, כמו אנדרסון, מציעה לעבור למודל מיניות המבוסס על תקשורת בין הצדדים, מה שהיא מכנה "the communicative sexuality model". מודל זה מבוסס על הקשבה, התחשבות והבנה של הצרכים המיניים והרגשיים של הצד האחר. הסכמה בתנאים אלה תהא בעלת משמעות, ותשקף את רצונותיהם של שני הצדדים באופן אותנטי.⁴¹ גם פינו וגם אנדרסון מחפשות אם כן את השותפות, ההדדיות והתקשורתיות בין שני השותפים ליחסי המין.⁴²

מודל של שיח ותקשורת באינטראקציות מיניות הוצע גם בארץ על-ידי שולמית אלמוג וקארין כרמית יפת.⁴³ אלמוג ויפת טוענות כי פרדיגמת ההסכמה משרתת מערך כוחות פטריארכלי שבמסגרתו האישה נותנת מין והגבר לוקח מין. לתפיסתן, קיים קשר אינהרנטי בין מודל ההסכמה לבין ההבניה החברתית והתרבותית השלילית של המיניות הנשית. פרדיגמת ההסכמה משמרת מיניות נשית בינרית שמבדילה בין האישה שאינה מסכימה למין לבין זו שתמיד מסכימה למין. בכך מודל ההסכמה מתחזק את "סקלת ההשפלה" המבדילה בין ה"ברה" ל"פרוצה".⁴⁴ פרדיגמת ההסכמה, לפי אלמוג ויפת, אינה נותנת ביטוי לתשוקותיה של האישה או לבחירתה במין, אלא רק "להסכנתה עם מין".⁴⁵ אלמוג ויפת מציעות פרדיגמה (חלופית או מקבילה לפרדיגמת ההסכמה) של "מפגש רצונות", המבוססת על ראיית המין כמשאב חיובי, שהצדדים מעניקים זה לזה, וכרצף של שיח.⁴⁶

בעוד שהפמיניזם הרדיקלי עשה קישור תיאורטי בין מין, דיכוי ופערי כוח, תיאוריות של מיניות חיובית (pro-sex ר sex positive) מדגישות את ההנאה במין וממין ואת העוצמה, השחרור והעצמאות הנלווים למין. הקישור התיאורטי בין מין, מיניות ושליטה פטריארכלית מוחלף, במסגרת גישות אלה, בפרדיגמה תיאורטית המדגישה את החופש הנשי לחשוק במין – את התשוקה ואת החופש והשחרור

40 שם, בעמ' 17. זו למעשה ההנחה העומדת מאחורי דרישת ההתנגדות שנדרשה מאישה לאורך ההיסטוריה.

41 שם, בעמ' 68. פינו טוענת כי הסכמה בתנאים אלה תהא "more ongoing, more tentative, more reversible than the one-shot affair..."

42 גישה דומה ניתן למצוא בכתיבתה של ניירי נפין, שמתמקדת בהבניה החברתית של המיניות ההטרנסקסואלית כמבוססת על אובייקט (נשי) וסובייקט (גברי), ומציעה הבניה מחודשת של עברות המין המבוססת על שוויוניות והדדיות, ולא על יחסי שליטה. ראו, למשל, Ngairé Naffine, *Possession: Erotic Love in the Law of Rape*, 57 MOD. L. REV. 10 (1994).

43 אלמוג ויפת, לעיל ה"ש 2.

44 "ברה" היא האישה ה"טהורה", אשר אינה מקיימת יחסי מין עם שותפים רבים ושומרת על תומתה. בהתאם, היא אינה נוטה להסכים לקיום יחסי מין. לעומתה, ה"פרוצה", הממוקמת בצידה האחר של הסקלה, תמיד מסכימה לקיים יחסי מין.

45 אלמוג ויפת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 684. הכוונה היא שהאישה משלימה בלית ברירה עם יחסי המין. הסכמתה אינה מבטאת את רצונותיה ומאווייה, אלא מהווה מעין כניעה והשלמה עם היוזמה של הגבר לקיום יחסי מין.

46 שם, בעמ' 682–691.

שהתשוקה מציעה. סקס הוא דבר חיובי, מין הוא דבר מעצים ומשחרר. הוא מאפשר ביטוי עצמי, עצמאות מינית ושחרור מכבלי החברה, והוא מקור בלתינדלה של תשוקה והנאה.⁴⁷ בהתאם, באינטראקציה מינית מוסכמת יש לשים את הדגש בתנאים המאפשרים לנו להגיד כן למין, להבדיל מההתמקדות הפמיניסטית הרדיקלית בתנאים השוללים יחסי מין.⁴⁸

גישות אלה וגישות פוסט-פמיניסטיות וקוויריות מציעות ניתוח שונה של מיניות וכוח מהניתוח שמציע הפמיניזם הרדיקלי. מיניות, לפי תיאוריות אלה, אינה חדר ממדיית כפי שהפמיניזם הרדיקלי מציג. בהשפעת תיאוריית הכוח והמיניות של פוקו, גישות אלה טוענות כי יחסי כוח קיימים בכל רובדי החיים ובכל מערכות היחסים החברתיות. מיניות נבנית ומעוצבת ביחס למנעד של יחסים חברתיים, ויסוד הכוח משתנה מיחסים ליחסיים. לפיכך אי-אפשר לדבר על כוח ומיניות כיסודות קבועים בכל מערכות היחסים המיניות. למשל, יש נשים שמבחינתן יחסי כוח תורמים לארוטיזציה של המין ומעצימים אותו. גישות קוויריות של pro-sex, למשל, מכירות בכינונה של מיניות בעולם של יחסי כוח ובסכנה הנלווית לפרקטיקה של מיניות – לסקס. עם זאת, לגישתן, לפחד ולסכנה יש גם פוטנציאל לחיזוק מיניות חיובית, ליצירת תשוקה ולהנאה ממין.⁴⁹

הסכמה פוזיטיבית, לדין של גישות אלה, היא כלי למשטור מיניות, להתערבות ביחסי מין ולהחלשת מיניות נשית. הן מבקרות הרתעתיתר בנוגע למין, נרתעות מהחיבור של מין ליחסי כוח ודיכוי, וחלקן מתעלמות מההקשר החברתי של יחסי כוח בין גברים לנשים ומהשפעתו על הבניית המיניות הנשית והגברית ועל אינטראקציות מיניות הטרנסקסואליות. למרות האמור, גישות המיניות החיובית עשויות לאפשר לנו תיאורטיזציה מורכבת ורבי-ממדית של הסכמה. לתפיסתי, פרדיגמה זו עשויה דווקא לחזק את מודל ההסכמה הפוזיטיבית. הדגש בחיוביות המין, כפוטנציאל הקיים בו לשוויוניות ולהעצמה ובחיבור האינהרנטי בינו לבין תשוקה מדגיש את הרצון במין – את ה"כן", ולא את ה"לא". אחזור לכך בהמשך כאשר אדון במודל ההסכמה הפוזיטיבית.

בין שנתמקד בשאלה הנורמטיבית שעניינה המודל הראוי להגדרת עברת האינסו (עם יסוד ההסכמה או בלעדיו), ובין שנעסוק בשאלה הדוקטרינרית שעניינה הגדרת

Laura A. Rosenbury & Jennifer E. Rothman, *Sex In and Out of Intimacy*, 59 EMORY L.J. 809 (2010) 47

Katherine M. Franke, *Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire*, 101 COLUM. L. REV. 181, 206 (2013) 48
 "[T]o evacuate : (207–206 בעמ' ,שם), פרנקי טוענת (שם, בעמ' 207–206): "[T]o evacuate women's sexuality of any risk of a confrontation with shame, loss of control, or objectification strikes me as selling women a sanitized, meager simulacrum of sex not worth getting riled up about... It is precisely the proximity to danger, the lure of prohibition, the seamy side of shame that creates the heat that draws us toward our desires... It is also what makes pleasure, not a contradiction of or haven from danger, but rather a close relation"

JANET HALLEY, SPLIT DECISIONS: HOW AND WHY TO TAKE A BREAK FROM FEMINISM 6 (2006) 49

ההסכמה בעברת האינוס, יש לתת את הדעת לשינוי ה"סיפור", קרי, לשינוי של סיפור האינטראקציה המינית בין גבר לאישה. ה"סיפור" החדש של היחסים המיניים בין גבר לאישה מדגיש את ההבניות החברתיות ה"מנרמלות" התנהגויות רבות של מין בכפייה, ובהתאם מוציאות אותן מתחולתו של המשפט הפלילי, כך שקבוצה שלמה של התנהגויות של מין בכפייה נתפסות כמין, ולא כתופעה פלילית. זניחת יסוד ההסכמה, מחד גיסא, או הגמשה והרחבה של הפרשנות של אי-הסכמה, מאידך גיסא, הן כאמור גישות לעיצוב מחודש של יחסי מין שוויוניים ולגיבוש הבנה בהירה יותר בנוגע לשאלה מהו מין בכפייה – מהו אינוס. אולם אין אלה הגישות היחידות המוצעות. מודל התקשורת, המהווה את הבסיס התיאורטי לדרישת ההסכמה הפוזיטיבית/המפורשת, מציע פרסקטיבה נוספת לדיון התיאורטי בהסכמה. פרק ג ירחיב בנושא זה.

ב. על עברות מין במשפט הישראלי

עברת האונס היא עברה התנהגותית הכוללת ביסוד העובדתי שלה את הרכיבים הבאים: בעילה, של אישה, בנסיבות של העדר הסכמה חופשית. היסוד הנפשי, כמו בעברות התנהגותיות אחרות, דורש מודעות (או עצימת עיניים) לנסיבות. בפסיקה המורכבות המשפטית מתבטאת בדרך-כלל בשאלת המודעות לנסיבת העדר ההסכמה של האישה. לאחר הגדרה "פרדיגמטית" זו החוק מציג כמה הגדרות המתייחסות לסיטואציות ספציפיות של עברת האינוס.⁵⁰

1. המישור החקיקתי

הזירה הפלילית של עברות מין עברה לאורך שנים רפורמות משפטיות רבות, וקצרה היריעה מלפרט את כולן. עד 1988 הוגדרה עברת האונס בישראל לפי המודל הישן של המשפט המקובל, וכללה בעילה של אישה לא כדין ונגד רצונה.⁵¹ בשנת 1988, במסגרת תיקון 22, שונתה הגדרת העברה. עיקר החידוש התבטא בהחלפת הביטוי "נגד רצונה" בביטוי "שלא בהסכמתה החופשית". שינוי זה שיקף את התפיסה כי אישה יכולה להביע את חוסר רצונה לקיים יחסי מין במגוון של תגובות.

50 ס' 345(א) לחוק העונשין.

51 "הבועל אישה, שלא כדין, נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באימו עליה במוות או בחבלת גוף קשה, או כשהיא בחוסר הכרה או במצב המונע את התנגדותה, דינו – מאסר ארבע עשרה שנים." בתחילה כללה הגדרת העברה את הביטוי "שאינה אשתו" – ראו ס' 345 לחוק העונשין, התשל"ד-1977, ס"ח 226, 277. אולם לאחר שנה, במסגרת תיקון טעויות, הושב הנוסח המקורי (מלפני קבלת הנוסח המאוחד של חוק העונשין בשנת 1977), עם הביטוי "שלא כדין" – ראו ס"ח התשל"ח 113 (ס' 6).

הביטוי "נגד רצונה" ביטא תפיסת-עולם סטריאוטיפית שדרשה מקורבן עברת המין ביטוי התנגדות חיצונית למעשה האונס.⁵² אולם נפגעות עברות מין רבות מגיבות בניגוד למצופה בהגדרה החקיקתית – הן נכנסות להלם, לאלם ולקיפאון, ואינן נלחמות כל עוד רוחן בן. הסיבות לכך מגוונות, ביניהן פחד, היכרות עם הפוגע המונעת התנגדות פיזית, פערי כוחות (פיזיים ואחרים) וכן תהליכי חברות המלמדים נשים לא להילחם ולא להתנגד.⁵³ סעיף 345(א) המחודש קבע כי "הבועל אשה... שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה, ואחת היא אם נעשו אלה כלפי האשה או כלפי זולתה... הרי הוא אונס". שינוי משמעותי נוסף היה השמטת הביטוי "שלא כדין", ששיקף החרגה של גבר מאינוס של אשתו.⁵⁴

לאחר כעשור, בשנת 2001, תיקן המחוקק את עברת האינוס והסיר את הדרישה לשימוש בכוח, לגרימת סבל גופני או להפעלת לחץ.⁵⁵ תיקון זה השלים את השינוי שנעשה בשנת 1988, וביטא את התפיסה כי קיימת קשת של סיטואציות שבמסגרתן ההסכמה החופשית נשללת גם אם לא נעשה שימוש באלימות, באמצעי לחץ או באיומים. המחוקק הישראלי הכיר בעובדה שברוב מקרי האונס התוקף אינו נדרש לכפות מין באמצעות כוח פיזי, וזאת בשל פערי כוח סמויים, היכרות עם התוקף או חשש, הלם, אלם וקיפאון מצידה של הנפגעת. עם השלמתו של שינוי זה נשלח המסר כי כפייה מינית נעשית לא בהסכמה חופשית, וכי לא נדרשת הוכחתם של יסודות נוספים לשם שלילת ההסכמה החופשית.

בשנת 2005 הועלתה לראשונה הצעת החוק למניעת כפייה מינית, שהוזכרה לעיל.⁵⁶ ההצעה כוללת עברה חדשה של "כפייה מינית", המוגדרת כ"שימוש בגופה או בנוכחותה של אישה (לרבות איש) בנסיבות חיצוניות כגון איום, סחיטה, ניצול לרעה של סמכות, אמון, תלות או פגיעות. השימוש ביסוד הכפייה, ולא ביסוד

52 מה שכונה באנגלית the utmost resistance. על המעבר מאירצון להסכמה חופשית נכתב רבות. ראו קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן", לעיל ה"ש 2; פסקדינה של השופטת ביניש בע"פ 5938/00 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 873 (2001); אמנון סטרשנב "עבירות מין – חידושי החקיקה והפסיקה" **המשפט** ב 265, 273–274 (1994).

53 Charlene L. Muehlenhard & Jennifer L. Schrag, *Nonviolent Sexual Coercion, in* ACQUAINTANCE RAPE: THE HIDDEN CRIME 115, 125 (Andrea Parrot & Laurie Bechhofer eds., 1991)

54 ראו חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62. ההגנה לבעל האונס בוטלה בהמשך לפסיקת בית-המשפט העליון בעניין ד"ר 37/80 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(1) 371, 373 (1980).

55 השינוי חל, בין היתר, בעקבות ע"פ 115/00 **טייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 289, 313–331 (2000). פרשה זו עסקה באונס ומעשה סדום של פיזיותרפיסט במטופלת במהלך עיסוי, וכללה ניתוח וביקורת ביחס לרכיב הכפייה. ראו חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א-2001, ס"ח 408.

56 ראו לעיל ה"ש 7.

ההסכמה, נועד לנטרל את השימוש בהנחות סטריאוטיפיות לגבי האישה, ולמנוע מצבים של "אונס שני" בבית-המשפט.

שינויים ראייתיים נוספים שנעשו עם השנים כללו הסרה של דרישת הסיוע לעדות יחידה של קורבן עברת מין לצורך הרשעה⁵⁷ וקביעת איסור בדבר חקירת עבר מיני של נפגעת עברות מין.⁵⁸ נוסף על כך, בשנת 2001 חוקק חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, שכולל התייחסות רחבה לזכויותיהן של נפגעות עברות מין או אלימות בהליך הפלילי.⁵⁹

על-אף השינויים הרבים בחקיקה נמשכת הביקורת האקדמית בארץ ובעולם על יכולתן של רפורמות אלה לקדם שינוי משמעותי בהגנה המשפטית על נפגעות עברות מין.⁶⁰ הציר המרכזי שביקורת זו סובבת סביבו, כפי שנראה בהמשך, הוא נושא ההסכמה.⁶¹ בחלק הבא אסקור את הפסיקה הישראלית משנת 2002 (לאחר תיקונה של עברת האינוס) ועד 2016, במטרה להציג תמונה אמפירית רחבה של תפיסת ההסכמה עלידי בתי-המשפט.

2. פסיקת בתי-המשפט 2002–2016

מטרתה של סקירת הפסיקה היא לתת הקשר פסיקתי לדיון התיאורטי בהסכמה. יתרונה של הסקירה הוא בהצגת תמונה עדכנית של מציאות פסיקתית אשר בעשור וחצי האחרונים נפקדה לחלוטין מהספרות בישראל. דיון תיאורטי בהסכמה והצעה לרפורמה בשיח ההסכמה בעברת האינוס מחייבים היכרות עם הזירה הפסיקתית ועם פרשנותה של ההסכמה עלידי בתי-המשפט.

עוד לפני השינוי בחוק העונשין שנעשה בשנת 2001, הכירו בתי-המשפט בכך שתיתכן קשת של תגובות של האישה על מעשה כפייה מיני.⁶² עם זאת, התוכן שנוצק

57 ובמקומה קביעת חובת ההנמקה בס' 54 לפקודת הראיות, התשל"א-1971.
 58 ס' 2 לחוק לתיקון הסדרי דין (חקירת עדים), התשי"ח-1957. החוק מאפשר חקירת עברה המיני של נפגעת אם הדבר דרוש לצורך מניעת עיוות דין.
 59 למשל, מתן הזדמנות לנפגע עברת מין או אלימות להביע את עמדתו בנוגע להסדר-טיעון או לסגירת התיק; זכות לנוכחות של מלווה בחקירה; זכות עיון בכתב האישום ועוד.
 60 ראו, למשל, נגבי וברנבלום, לעיל ה"ש 2; ROSE CORRIGAN, UP AGAINST A WALL: RAPE REFORM AND THE FAILURE OF SUCCESS (2014).
 61 ראו, לדוגמה, John F. Decker & Peter G. Baroni, "No" Still Means "Yes": The Failure of the "Non-Consent" Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law, 101 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1081, 1084–86 (2011); Peter Westen, Some Common Confusion About Consent in Rape Cases, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 333 (2004).
 62 כך, למשל, אומרת השופטת ביניש בעניין **אזולאי**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 888: "עם השנים גברה ההכרה כי המציאות מורכבת יותר מהתפיסה החברתית הדוגמטית המניחה כיצד על אישה להתנהג בעקבות מעשה אינוס, וכי תיתכן קשת של תגובות ודרכי התמודדות מצד הקורבן למעשה האינוס. יש שאישה בוחרת בגישה של שכנוע ומבקשת להניא את האנס ממצעו בדברים רוגיעים... ויש שאישה נאבקת ומתנגדת

ליסוד ההסכמה לא היה רחב. פרשת בארי, משנות התשעים,⁶³ יצרה אדוות של שינוי, ששיאן היה בתיקון 61 בשנת 2001. בפרשה זו ניתן ביטוי לדרישת ההסכמה הפוזיטיבית בהקשר של אונס בקביעתו של השופט חשין כי יש לוודא הסכמה חופשית לפני קיום יחסי מין. עוד קבע בתי-המשפט, מפי השופט שמגר, כי שתיקה וסבילות אינן יכולות לבטא הסכמה חופשית.

סקירת הפסיקה מלמדת על שני מוטיבים מרכזיים: ראשית, ניכרת מגמה של שיפור בהבנה של בתי-המשפט כי לעברות מין יש דינמיקה ייחודית שאינה מאפיינת עברות אחרות, ולפיכך ההתייחסות המשפטית אליהן צריכה להיות שונה. בפסקי-דין רבים בתי-המשפט מפרשים הסכמה בצורה המכירה בהקשר הרחב של הסיטואציה, ובהתאם – באופן שמטיב עם נפגעות ונפגעים של עברות מין. שנית, ולמרות האמור, המגמה הבולטת בפסיקה היא עדיין בחינה של העדר הסכמה. בתי-המשפט ממשיכים להידרש לבחינת העדר הסכמה חופשית, ואינם דורשים ביטוי להסכמה חופשית עובר למעשה. דרישה זו שמה במרכז השיח את התנהגותה של נפגעת העברה. רק במקרים מובהקים שבהם האישה משוללת יכולת להסכים (למשל, בהשפעת אלכוהול או סמים) בתי-המשפט דורשים וידוא הסכמה עובר למעשה.

סקירת הפסיקה מתיקון 61 ואילך מלמדת כי בתי-המשפט צעדו כברת-דרך באופן שבו הם מפרשים הסכמה. ראשית, בחלק גדול מפסקי-הדין בתי-המשפט מכירים בחשיבותה של הסכמה כיסוד מכוון בשמירת האוטונומיה המינית של האישה, גופה ושלמות נפשה.⁶⁴ עוד נקבע כי ההיבט השלילי של הסכמה – משמע הבעת התנגדות ואמירת "לא" – אינו נדרש, וכי גם מקום שאישה לא אמרה "לא" ולא הביעה התנגדות פיזית או מילולית ניתן לראות איה-הסכמה.⁶⁵ ככלל, ניתן לומר כי בחלק גדול

בכוח למעשה האיננו... מנגד, יש מצבים שבהם האישה אינה מתנגדת בכוח ואינה צועקת לעזרה, בין היתר, נוכח פחד וחוסר אונים שבהם היא שרויה. לעיתים מבכרת האישה שלא להתנגד פיזית עקב היות כוחה נחות ביחס לזה של הגבר וכן עקב כך שניסיון חייה לא הכשירה לחילופי מהלומות...".

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

64 למשל: "הדגש על ההסכמה החופשית של האישה אינו אלא מתן ביטוי לחוט המשולש שבין בחירה מלאה, כבוד האדם והאוטונומיה של הפרט. האוטונומיה של האישה מחייבת שמירה על כבודה תוך הצבת דרישת ההסכמה החופשית. החדירה הכפויה לגופה ונפשה של אישה, פורמת את החוט המשולש בגסות, תוך הפיכת היחיד מסובייקט לאובייקט". ע"פ 132/10 טוואצאו נ' מדינת ישראל, פס' 6 (פורסם בנבו, 5.9.2011). ראו גם ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פס' 31–32 (פורסם בנבו, 25.1.2007). ראו עוד פ"ח (מחוזי ב"ש) 904/03 מדינת ישראל נ' זלצקי, פס' 11–12 (פורסם בנבו, 5.12.2004); ע"פ 238/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.4.2010).

65 "בקשת שלמה של מקרים ונסיבות לא נדרש כלל מהאישה להביא לידי ביטוי חייוני פעיל את אי הסכמתה לקיומם של יחסי מין. התנהגותה של אישה במצבים אלו זכתה בפסיקה לכינויים מכינויים שונים – 'פסיביות', 'שיתוק-שליהם', 'נאלם קולה', התנגדות 'שבלבן פנימה', 'הסכמה שבשתיקה' או 'כניעה' ר'השלמה'...". ע"פ 2606/04 בנבידה נ' מדינת ישראל, פס' 27 (פורסם בנבו, 26.4.2006). ראו גם תפ"ח (מחוזי י-ם) 7005/06 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 19 (פורסם בנבו, 12.7.2006); תפ"ח

מהפסיקות בתייהמשפט מכירים במורכבותו של יסוד ההסכמה, ובכלל זה באי הסכמה גם מקום שהאישה שתקה,⁶⁶ הסכימה למעשים מיניים בעבר או לפני האירוע מושא כתב האישום,⁶⁷ ואפילו "שיתפה פעולה" עקב פערי כוחות בינה לבין הנאשם.⁶⁸

מגמה זו מתיישבת עם תפיסות פמיניסטיות רדיקליות של הסכמה, כפי שהוצג לעיל בחלק הראשון. בתייהמשפט גם מודעים לקיומם של "מיתוסי אונס". מיתוסי אונס מבטאים מערכת של סטריאוטיפים ואמונות בנוגע להתנהגותן של קורבנות אונס. מערכת אמונות זו ניזונה מנורמות ארכאיות לגבי מיניות, תפקידי מגדר, נשים וגברים. כאלה הן, לדוגמה, ההנחות כי קורבנות אונס יילחמו בפוגע כל עוד נפשן בן (to the utmost), ידווחו על הפגיעה מייד לאחריה, לא ימשיכו בקשר עם הפוגע, יברחו מהמקום ועוד. אומנם, הדרישות להתנגדות מצד האישה, לבריחה מהמקום, לקריאה לעזרה ולתלונה מיידית לא נעלמו מהזירה המשפטית, אך הן אינן כה דומיננטיות בשיח המשפטי כפי שהיו בעבר.⁶⁹ בתייהמשפט מכירים בייחודיותן של עברות המין, ובהתאם קובעים כי אין לשפוט התנהגות של נפגעות במונחים של "סבירות".⁷⁰ כך, סתירות בעדותה של נפגעת אינן מצביעות בהכרח על חוסר מהימנות

-
- (מחוזי ת"א) 7451-01-12 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פס' 23 (פורסם בנבו, 14.3.2013) (להלן: תפ"ח פלוני); ע"פ 6890/04 **מדינת ישראל נ' בלאוסוב**, פס' 5 לפסקדינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 13.9.2005).
- 66 ע"פ 3005/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.3.2009); ת"פ (מחוזי ב"ש) 966/99 **מדינת ישראל נ' יעיש** (פורסם בנבו, 29.2.2004).
- 67 ראו, למשל, ע"פ 8031/13 **שורין נ' מדינת ישראל**, פס' 36 לפסקדינה של השופטת ברקארזו (פורסם בנבו, 22.7.2015) ("גם אם נגעה בו קודם לכן במהלך הערב, הדבר לא מעיד על הסכמה כלשהי ליחסי המין שהיו מאוחרים לכך... התנהגות כזו או אחרת מצד המתלוננת אינה מהווה היתר לפגיעה מינית – לא מלכתחילה ולא בדיעבד").
- 68 ע"פ (מחוזי ת"א) 70379/05 **אלחי נ' מדינת ישראל – פרקליטות מחוז ת"א – פלילי** (פורסם בנבו, 16.11.2005); ע"פ 2411/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(1) 170 (2008); בג"ץ 5699/07 **פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(3) 550 (2008); עניין **יעיש**, לעיל ה"ש 66; ת"א 10349/00 **מדינת ישראל נ' צברי** (פורסם בנבו, 24.7.2003).
- 69 ראו עניין **בנבירה**, לעיל ה"ש 65, פס' 27, שם נקבע כי אין לבחון את התנהגותה של קורבן עברת מין "בכלים של סבירות ורציונאליות". ראו גם תפ"ח (מחוזי ת"א) 1003/02 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 30.3.2003).
- 70 כך, למשל, קובע בתייהמשפט בעניין **בלאוסוב**, לעיל ה"ש 65, פס' 15 לפסקדינו של השופט לוי ("אין כל חולק, כי על ביתיהמשפט הדין באישומים שבמרכוזם עבירות מין לשוות לנגד עיניו את ייחודן של עבירות אלה, את הטראומה והנזק הנפשי המוסבים לקורבן ואת הקושי הכרוך בחשיפתן; עליו להימנע מתהיות עקרות בדבר 'סבירות' התנהגותה של הקורבן, להביא בחשבון תגובות כאלם, שיתוק וקיפאון כתגובות אפשריות לסיטואציה קשה ומאימת..."). ראו גם ע"פ 6834/12 **פבלאן נ' מדינת ישראל**, פס' 45 לפסקדינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 20.8.2015).

שלה.⁷¹ עוד מכירים בתייהמשפט ב"גרסה מתפתחת" בעדותן של נפגעות עברות מין, אשר נובעת במקרים רבים מחששן לחשוף את סיפור הפגיעה.⁷² צורת התבוננות זו על עברות מין, אשר נובעת ממאפייניהן הייחודיים, מכונה עלידי ביתהמשפט העליון "מובלעת ראייתית".⁷³

למרות הרטוריקה החשובה הזו, בתייהמשפט ממשיכים לחפש סימנים להעדר הסכמה לצורך ביסוס הרשעה. גם מקום שהם מדגישים את היסוד החיובי של הסכמה (הבעת הסכמה) הם מתייחסים – באותה נשימה ובאמצעות התמקדות בנפגעת – ליסוד השלילי (העדר הסכמה), ובכך מחזירים את מרכזהכובד המשפטי אל היסוד השלילי של הסכמה. כך, למשל, באחת הפרשות ביתהמשפט מכריז כי "הלכה היא כי הסכמה חופשית לבעילה נלמדת מקום שבו ניתן ביטוי להסכמה ואין די בהיעדר התנגדות...". אך מייד אחר כך הוא קובע כי "על היעדל הסכמה ניתן ללמוד מתוך מערכת הנסיבות הכללית של המקרה כפי שהיא נפרשת בפני בית המשפט ובכלל זה התנהגותו של קורבן העבירה ודברים שנאמרו על ידו...".⁷⁴

ההתמקדות ביסוד השלילי של הסכמה היא בעייתית, שכן מובילה מניה וביה להתמקדות בנפגעת ובהתנהגותה, לחדירה לפרטיותה ולשימוש בכלים סטריאוטיפיים לערעור מהימנותה. בביתהמשפט היא מאפשרת חקירות דורסניות על-ידי סנגורים, היוצרות חוויית בית-משפט טראומטית לנפגעת.

התייחסות להסכמה חיובית ופוזיטיבית (affirmative consent) לפני המעשה המיני, אשר מדגישה את חשיבותן של החופשיות והוולונטריות של ההסכמה, אינה נשמעת כמעט בבתייהמשפט. בספרה **סיפורי אונס בבית המשפט**, שסקר פסיקה בנושא זה בעשור האחרון של המאה העשרים,⁷⁵ קובעת עירית נגבי כי ההשקפה הרווחת בבתייהמשפט היא שאין זה מחובתו של גבר לקבל הסכמה מהאישה למגע מיני, וכי די בכך שהאישה לא סירבה במפורש. סקירת הפסיקה בעשור וחצי

71 ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.10.2010) (להלן: ע"פ פלוני); ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 3.7.2007); ע"פ 7147/12 סרנגה נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסקדינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 14.1.2014); ע"פ 5920/13 אטלן נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסקדינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 2.7.2015); ע"פ 9806/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 2 לפסקדינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 8.1.2007).

72 ראו ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 71, פס' 82–90 לפסקדינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 20.10.10). ראו בפרט שם, פס' 85 לפסקדינו של השופט עמית: "בעבירות מין... בית המשפט מודע לכך שהגרסאות הראשונות של קורבנות עבירות מין הן לעיתים לקוניות, חושפות טפח ומסתירות טפחיים."

73 ע"א 7426/14 פלונית נ' דניאל, פסקדינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.3.2016). לביקורת על גישה זו של ביתהמשפט ראו אריאל סלמו "כשאת אומרת שאמרת: לא! עדות מתלוננות בתיקי 'אינוס היכרות' – אמרה שאינה ניתנת להפרכה" הפרקליט נג 141 (2014).

74 ע"פ 5673/04 מזרחי נ' מדינת ישראל, פס' 5 (פורסם בנבו, 30.12.2004) (ההדגשה הוספה).

75 נגבי, לעיל ה"ש 2.

הראשונים של המאה העשרים ואחת במאמר זה מראה כי דרישה לוודא הסכמה חופשית של האישה לפני יחסי מין ולביטוייה של הסכמה כזו קיימת במשורה בלבד. מתוך כלל פסקי־הדין, הדרישה לקבלת הסכמה לפני המעשה המיני קיימת רק ב־20 פסקי־דין.⁷⁶ מדובר במעשי־דין מפסקי־הדין שנסקרו. יתרה מזו, המקרים הנדונים בפסקי־דין אלה מתאפיינים בפערי כוח מובהקים וקלים לזיהוי בין הנפגעת לנאשם – למשל, כאשר הנפגעת נמצאת במצב של שכרות או נטילת סמים. במצבים של פערי כוח מורכבים וסמויים יותר בתיהמשפט ממשיכים לחפש את העדרה של הסכמה חופשית, ולא את ביטוייה החיובי.

כאמור, למן מחקרה של נגבי התייחסות להסכמה פוזיטיבית נשמעת רק במקרים של פגיעות מיניות בנשים תחת השפעת אלכוהול או סמים. לשונו של סעיף 345א(4) לחוק העונשין מציבה חזקת אי־הסכמה במקרים אלה, והדבר מקל מאוד על בתי המשפט לדרוש באותם מקרים הסכמה מפורשת עובר למעשה המיני. בתיהמשפט מדגישים כי חובה לוודא הסכמה חופשית בשל המצב הפיזי והנפשי של הנפגעות, שאינו מאפשר הבעת הסכמה (או אי־הסכמה). למשל, באחת הפרשות, שדנה בערעורו של גבר שהורשע באונס של נערה בת שש־עשרה, שהייתה במצב של שכרות אשר מנע ממנה את האפשרות לתת את הסכמתה החופשית לקיום היחסים, קבע השופט הנדל כי "יש לוודא את הסכמתה החופשית לקיום יחסי המין. המבחן אינו שלילי, של אי התנגדות, אלא חיובי – הסכמה חופשית".⁷⁷ בפרשה אחרת נקבע כי "מי שקיים יחסי מין עם אישה אשר נמצאה תחת השפעה של משקאות משכרים, לוקח על עצמו אחריות כבדת משקל, לוודא באופן ברור שאינו משתמע לשני פנים, כי האישה נותנת הסכמה חופשית לקיום יחסי מין עמו".⁷⁸ בפרשה נוספת קבע ביתהמשפט כי על המערער חלה החובה לקבל הסכמה מפורשת של הנפגעת: "על מנת לקיים יחסי מין חייב היה המערער 2 לבקש את הסכמתה של המתלוננת. לא הסכמה בתנועות שאינן ברורות. לא הסכמה בנשיפות. לא הסכמה בנשימות, כפי שטען המערער 2 בחקירתו במשטרה. היה עליו לקבל הסכמה חופשית אמיתית ומלאה לקיום יחסי מין...".⁷⁹

76 לרשימת פסקי־הדין שמציגים דרישה להסכמה חופשית עובר למעשה המיני ראו נספח ג.

77 ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 10 (פורסם בנבו, 2.3.2015). (ההדגשה הוספה).

78 ע"פ 7257/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 23 לפסקי־דין של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 22.4.2010). ראו גם ע"פ 4443/10 קחקוזאשווילי נ' מדינת ישראל, פס' 28 לפסקי־דין של השופט עמית (פורסם בנבו, 20.12.2012). כן ראו ע"פ 2848/14 סיגר נ' מדינת ישראל, פס' 33 (פורסם בנבו, 12.11.2014).

79 ע"פ 10898/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסקי־דין של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 15.4.2010). רטוריקה דומה לזו של ביתהמשפט העליון ניתן למצוא גם בערכאות הנמוכות. כך, למשל, בפרשה שבה הנפגעת הייתה צעירה במצב של שכרות קבע ביתהמשפט כי הנפגעת "לא יכולה הייתה לתת הסכמה חופשית לקיום יחסי מין, או, למצער, שהייתה חובה על הנאשם שלא לעצום עיניים אלא לברר פוזיטיבית את הסכמתה ונכונותה של המתלוננת לקיים עמו יחסים". תפ"ח פלוני, לעיל ה"ש 65, פס'

במקרים האמורים קל לבתייהמשפט להבין כי מצבה הפיזי והנפשי של האישה מאיין את חופשיות ההסכמה, ולפיקך על הנאשם לוודא לפני המעשה שהיא נתנה את הסכמתה לו.

בסיטואציות הנדונות לעיל האישה מוחלשת באופן מיוחד, ובהתאם יכולתה לתקשר הסכמה או אי-הסכמה ולבטא את שהיא רוצה מוגבלת, ולעיתים אף אינה קיימת כלל. פערי הכוח בין הצדדים מובהקים וקלים לזיהוי ולהמשגה. כפי שהצביעו התיאוריות הפמיניסטיות הרדיקליות, האתגר של המשפט הפלילי בהקשר של הסכמה בעברת האונס הוא להבחין בפערי כוח שאינם מובהקים ולהכיר ביחסי כוח סמויים ובהשפעתם על חופשיות ההסכמה. בהתאם, השאלה החשובה היא מדוע בתי המשפט אינם הולכים צעד קדימה בהגנה על נפגעות עברות מין ואינם דורשים וידוא הסכמה בסיטואציות מורכבות יותר, שבהן פערי הכוח מובהקים פחות. כפי ששורחב בהמשך, קיימת הצדקה נורמטיבית למודל ההסכמה הפוזיטיבית (וידוא הסכמה) גם במקרים של פערי כוח שאינם כה מובהקים כמו במקרים האמורים.

"דבריו של השופט חשין" (בפרשת בארי), אומרת נגבי בשנת 2009, "נותרו מזהירים בבדידותם".⁸⁰ גם כיום ניתן לומר כי דבריו של השופט חשין באותה פרשה (המכונה בציבור "פרשת האונס בשמרת") לא הכו שורשים בפסיקה, והמודל החיובי שהוא קידם שם – של הסכמה פוזיטיבית עובר למעשה ("כן זה כן") – לא קנה את מקומו במשפט הישראלי.

ג. מודל ההסכמה הפוזיטיבית (Affirmative Consent)

"An affirmative consent standard is the best way to recognize legally that women are equal partners in any sexual interaction, and that their input is equally valid as that of the male participant."⁸¹

בפרק זה יוצג מודל ההסכמה הפוזיטיבית, שקנה לו אחיזה משפטית ואקדמית בקנדה, באנגליה, בחלק ממדינות אוסטרליה, ובאופן חלקי גם בארצות-הברית. בחלק הראשון אציג את מודל ההסכמה הפוזיטיבית, בחלק השני אציג את מודל ההסכמה במבט משווה, בחלקו השלישי של פרק זה אדון בהצדקה הנורמטיבית לאימוץ המודל בחקיקה הישראלית, ובחלקו הרביעי של הפרק יוצגו הביקורות השונות על המודל והמענה לכל אחת מהן.

21. ראו גם תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1196-08 מדינת ישראל: פרקליטות מחוז דרום – פלילי נ' פלוני, פס' 13 לפסקדינה של השופטת סלוטקי (פורסם בנבו, 18.11.2012).

80 נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 204.

81 Nicholas J. Little, *From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law*, 58 VAND. L. REV. 1321, 1363 (2005)

1. מהו מודל ההסכמה הפוזיטיבית?

הביקורת המרכזית על תפיסת ההסכמה של הפמיניזם הרדיקלי היא כי קשה לשרטט קו משפטי ברור בין הסכמה חופשית וולונטרית לבין הסכמה מלאכותית. התפיסה כי כמעט כל אינטראקציה מינית הטרוסקסואלית משקפת מבני כוח, ולפיכך אינה חופשית, קשה ליישום בשיח הפלילי, הדורש הגדרות ברורות של העברה ובפרט של היסוד הנפשי.⁸² השארת יסוד ההסכמה כרכיב מרכזי במודל המוצע במאמר מאפשרת שינוי רדיקלי בשיח המשפטי של עברת האינוס, אשר תואם את כללי השיח הפלילי ועקרונותיו.

סטיבן שולהופר, מן הבולטים בכתיבה על הסכמה בעברות מין, טוען כי "הרכיב החסר" בדיון הוא האוטונומיה המינית של האישה. לאוטונומיה זו שלושה ממדים: יכולת קוגניטיבית, יכולת מנטלית ויכולת פיזית לקבל החלטה ללא כל השפעה של לחץ. מאחר שהאוטונומיה המינית צריכה להיות הערך המוגן בעברת האינוס, יש ליצור ולחזק מנגנונים משפטיים המכוונים להגן על ערך זה. המנגנון המוצע על-ידי שולהופר (ועל-ידי רבים אחרים) הוא הסכמה פוזיטיבית בעברות מין – affirmative consent.⁸³ הסכמה פוזיטיבית מבטאת תקשורת בין שני הצדדים לאינטראקציה המינית, הקשבה לרצונותיו של הצד האחר והתייחסות למאווייו ולתחושותיו. למעשה, הסכמה פוזיטיבית משקפת את העקרונות של שיח התקשורת שהציעו אנדרסון, פינז ואחרות.⁸⁴

הסכמה פוזיטיבית משמעה ביטוי חיובי של הסכמה מצד מושא היוזמה ווידוא הסכמה על-ידי יוזם המגע המיני עובר לאקט המיני. ההתמקדות כאן היא ביסוד החיובי של הסכמה ("כן זה כן"), ולא ביסוד השלילי של התנגדות ("לא זה לא"). קרי, אין די בהעדר אמירה או התנהגות של האישה (או של הצד שכלפיו יוזמים את האקט המיני) השוללות הסכמה, אלא יש צורך באמירה או התנהגות ברורות וחד משמעיות של האישה, לפני יחסי המין, המבטאות הסכמה חופשית.⁸⁵ הסכמה

82 כך, למשל, סטיבן שולהופר טוען כי סיטואציות שבהן המין אינו רצוי וההסכמה הינה תוצר חברתי מתאפיינות בבעייתיות מוסרית אך אינן ניתנות להמשגה בפלילים, שכן השיח הפלילי זקוק לקו ברור באשר למחשבה הפלילית של הנאשם. ראו STEPHEN J. SCHULHOFER, UNWANTED SEX: THE CULTURE OF INTIMIDATION AND THE FAILURE OF LAW (1998). יש הטוענות כי הסכמה שניתנת לאחר הבטחה של גבר כי יכלכל את האישה היא הסכמה מלאכותית, בעיקר בעולם המתאפיין בנחיתות כלכלית של נשים. ראו Muehlenhard & Schrag, לעיל ה"ש 53, בעמ' 125.

83 SCHULHOFER, לעיל ה"ש 82, בעמ' 109–112.

84 ראו לעיל בחלק א' 3.

85 הציטוט להלן של רמיק ממצה את הגדרתה של הסכמה פוזיטיבית: "It also sends a clear message to every man that when he has sex with a woman who willingly states her consent, he is not raping her; when he has sex with a woman who has verbally expressed her unwillingness, he is violating her rights, raping her, and breaking the law. If she has expressed neither consent nor nonconsent, he has an obligation to Laney Anne Remick, *Read Her*. inquire into the situation further before proceeding" Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape, 141 U. PA. L. REV. 1103,

פוזיטיבית יכולה להיות באמצעים מילוליים, קרי הסכמה באמירה, או באמצעים שאינם מילוליים, קרי בסימנים המעידים על הסכמה, כגון הנהון בראש, משיכת הצד היזום לכיוון צד ב, התפשטות מבגדים ועוד. עלימנת לאפשר יישום מיטבי של מודל זה, יוזם המגע המיני נדרש לנקוט צעדים (או אמצעים) סבירים לוודא ההסכמה.⁸⁶ צעדים אלה ייצקו תוכן בדרישה לחופשיות ההסכמה, שכן יוזם המגע המיני יצטרך להראות מה עשה ואילו צעדים נקט עלימנת לוודא שהצד האחר מעוניין ביחסי המין. כך תתבסס האינטראקציה המינית על הסכמה מלאה וחופשית של שני הצדדים. בפרשת בארי, משנות התשעים, אמר השופט חשין את הדברים הבאים:

”גבר היוזם מגע אישות עם אישה, עליו הנטל לבקש הסכמתה של האישה, ועליו הנטל לקבל הסכמתה. ורק במקום בו הסכימה האישה – באחת מדרכי ההסכמה המקובלות: בין מקובלות על בני-אדם בכלל ובין מקובלות על הגבר והאישה המיוחדים – ניתן לומר כי מעשה האישות נעשה בהסכמתה של האישה. ואם לא נתנה האישה הסכמתה – הסכמה מפורשת או הסכמה במשתמע – יהיה מעשה האישות שלא בהסכמה. במקום בו עולה ספק אם הסכימה האישה למעשה אישות – או אם לא הסכימה – המסקנה חייבת להיות כי מעשה האישות היה שלא בהסכמה, שהרי עד שלא הייתה הסכמה לא הייתה הסכמה, ומעשה אישות שהיה לאחר אותה 'לא היתה הסכמה' נעשה ממילא 'שלא בהסכמתה החופשית' של האישה.”⁸⁷

למעשה, השופט חשין מציע את דוקטרינת ההסכמה הפוזיטיבית כדוקטרינה מחייבת במשפט הפלילי בעברות מין, ובמרכזה הדרישה לביטוי של הסכמה עובר למעשה.⁸⁸ בהמשך הוא מקביל את האינטראקציה המינית ליחסים חוזיים.⁸⁹

1147 (1993). Little, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1345: "An affirmative consent standard requires that, for sex to be considered consensual, it must have been consented to by the woman in advance. In short, if the instigator of a sexual interaction wishes to do anything, he or she must inquire whether his or her partner wishes that to be done, and that partner must receive freely given consent to continue. In the absence of such consent, the activity cannot be seen as voluntary for both parties"

86 להרחבה בסוגיית "הצעדים הסבירים" לוודא הסכמה ראו להלן בסוף החלק הנוכחי.
87 עניין בארי, לעיל ה"ש 63, בעמ' 377 (פס' 10 לפסקדינו של השופט חשין) (ההדגשה במקור).

88 גם הנשיא שמגר קבע בעניין בארי – שם, בעמ' 346 (פס' 92) (ג) לפסקדינו) – כי "הסכמה חופשית עולה מתוך מתן ביטוי להסכמה", אולם הוא אינו מסביר מהי אותה הסכמה, כיצד יש לבטא אותה וכיצד נבדוק אותה.

89 "ניתן לדמות הזמנה למעשה אישות – הזמנה והסכמה בצדה – להסכם רגיל שמשפט חוזים חל עליו... בכל אחד מן השניים חייבת שתהיה 'הצעה'; חייבת שתהיה 'הסכמה' ('קיבול') 'להצעה' שהועלתה; ורק כך ייכרת 'הסכם' במקרה האחד ומעשה האישות יהיה 'בהסכמה' במקרה האחר. ההשוואה למשפט החוזים אינה על דרך הגזירה השווה אלא על דרך של קליוחומר: שאם ביחסי מין כן, לא כל שכן – וקליוחומר – בגופו של אדם, בכבודו של אדם, בחירותו של אדם, ברצונו החופשי של האדם. איננו בטוחים

המודל המוצע במאמר מבקש לקבוע בחקיקה את מודל ההסכמה הפוזיטיבית באמצעות תיקונו של היסוד העובדתי בעברת האינוס כך שיכלול דרישה לנקיטת "צעדים סבירים לוודוא הסכמה". לפי ההגדרה החדשה, יוזם המגע המיני יחויב לנקוט צעדים סבירים לוודוא הסכמה חופשית של הצד האחר לפני האקט המיני, ונאשם שלא עשה זאת לא יוכל לטעון בהמשך כי לא היה מודע לכך שהאישה לא הסכימה הסכמה חופשית וכי טעה בפרשנות הסכמתה.

המודל המוצע יתקן את עברת האינוס שבחוק העונשין כדלקמן:

באישום לפי סעיף זה לא תעמוד לנאשם הטענה כי הוא לא היה מודע להעדר הסכמתה החופשית של האישה, כאמור בסעיף 20(א) לחוק, אלא אם כן נקט את האמצעים הסבירים בנסיבות הקיימות כדי לוודא הסכמה חופשית של האישה כאמור לעיל.

בפסיקה נקבע כי על אדם שחשד כי הצד האחר אינו מסכים לקיום יחסי מין חלה חובה לוודא הסכמה. החשד המוקדם מחייב את האדם "לפתוח את עיניו" להלך-הרוח של הצד האחר לאינטראקציה המינית, ואם לא עשה כן, הוא לא יוכל לטעון לטעות ולהעדר מודעות, והוא יחויב בפלילים. המודל המוצע במאמר הולך צעד אחד קדימה בהגנה על נפגעות ונפגעים של עברות מין, בהחילו את החובה לוודא הסכמה גם במצב שבו אין כל חשד כאמור. ודוק, ההצעה אינה מבקשת להרחיב את פרשנותה של דוקטרינת עצימת העיניים, כפי שהוצע עלידי השופט שמגר בפרשת בארי.⁹⁰ היא גם אינה מבקשת להכיר ב"חלל תודעתי", כפי שהציעו השופט גולדברג והשופט אנגלרד בפרשות בארי וטייב, בהתאמה.⁹¹ המודל המוצע מתמקד ביסוד העובדתי, וקובע את חובת הבירור והוודוא של הסכמה גם אם אין כל חשד מצידו של יוזם המגע המיני.⁹² יצוין כי תוצאת המודל דומה להצעות האמורות, שכן אדם שלא יראה

שכך תמיד ראו או רואים מעשי אישות, והנה אמרנו דברים מפורשים." שם, בעמ' 377 (פס' 11 לפסקדינו של השופט חשין).

90 שם, בעמ' 387.

91 החשד הנדרש לפי החוק הוא חשד סובייקטיבי של העושה עצמו. לגבי עברות מין הוצגה בפסיקה גם גישה שונה, המכירה ב"חלל תודעתי" ("מעין-חשד"), שהינו "אדישות מצד הנאשם לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לאו, או שהוא רק קיווה כי ההסכמה נתונה, ולקח על עצמו סיכון". שם, בעמ' 387 (סוף פס' 6 לפסקדינו של השופט גולדברג) (ההדגשות במקור הוסרו). ראו גם עניין טייב, לעיל ה"ש 55, בעמ' 304.

92 "If consent is found to have been absent for the purposes of analysis of the *actus reus*, a defense of belief in consent is only available when the accused is able to point to evidence of specific acts of communication by the complainant that the accused perceived as communication of voluntary agreement. A belief that the complainant would consent is quite different from a belief that she did consent, and a belief that she did consent can only be grounded on evidence of specific acts of communication." Lucinda Vandervort, *Affirmative Sexual Consent in Canadian Law, Jurisprudence, and Legal Theory*, 23 COLUM. J. GENDER & L. 395, 419 (2012)

כי בדק את נסיבות ההסכמה של הצד האחר לא יוכל לטעון כי טעה ולא היה מודע להעדר הסכמה.

המודל אינו מתקן את היסוד הנפשי, דהיינו, התביעה תמשיך להידרש להוכיח מודעות או עצימת עיניים להעדר הסכמה; השוני הוא בהתנהגות הנדרשת מהנאשם בשלב וידוא ההסכמה (בשלב של בחינת היסוד העובדתי). על-פי המודל המוצע, הסטנדרט הוא אובייקטיבי-סובייקטיבי – צעדים שהיה האדם הסביר נוקט בנסיבות הספציפיות לצורך וידוא הסכמה. ודוק, ברי שהכללת אמצעים סבירים תשפיע על המחשבה הפלילית, שכן נאשם לא יוכל לטעון כי טעה בהבנת הסיטואציה וכי לא הייתה לו מחשבה פלילית אם הוא לא נקט בשלב הראשון אמצעים סבירים, אך המחשבה הפלילית שלו נותרת סובייקטיבית.

נקיטת אמצעים או צעדים סבירים היא דרישה שקיימת בחוק העונשין (להלן: החוק) ונטועה במסורת הפלילית הדוקטרינרית. כך, למשל, אנו מוצאים דרישה זו בעברה של פרסום ידיעות כוזבות לפי ס' 159 לחוק, בעברה של הזנחת ילדים לפי ס' 362 לחוק ובעברה של כניסה לשטח חקלאי לפי ס' 494 לחוק. כן אנו מוצאים דרישה לנקיטת כל האמצעים הסבירים (שהיא הרחבה של הדרישה שלעיל) בעברה של אי-מניעת פשע לפי ס' 262 לחוק, בקביעת חזקת אחריות במקרה של השחתת פני מקרקעין לפי ס' 196 לחוק ובעברה של תשלום קנס שהוטל על הזולת לפי ס' 252 לחוק. אם בעברות הקלות האמורות המחוקק דורש מאדם לנקוט אמצעים סבירים, הדרישה לנקיטת צעדים סבירים בעברות מין, שפגיעתן באדם קשה מנשוא, הינה מקל וחומר.

כיצד נבחן את סבירות הצעדים? הביקורת בספרות על המושג "סבירות" רחבה, וחורגת מהדיון במאמר זה. עיקר הביקורת נוגעת בנקודת-המבט החד-ממדית המעצבת את המושג, שהיא נקודת-מבט הגמונית-גברית-לבנה. גישות ביקורתיות, ובכלל זה הגישות הפמיניסטיות, הדגישו כי המושג משקף ערכים שאינם מבטאים את חוויית החיים של קבוצות שאינן משתייכות להגמוניה, ובהקשר המגדרי – את חוויית החיים הנשית, את הניסיון הנשי, וככלל את נקודת-המבט של האישה הסבירה.⁹³ בהתאם, הטלת חובה לנקוט צעדים סבירים כרוכה בחשש מהחזרה בדלת האחורית של מיתוסי אונס והבניות סטריאוטיפיות של מין ומיניות בתיקי עברות מין במסגרת פרשנות המושג "צעדים סבירים".⁹⁴ אפשרות אחת להתמודד עם האמור היא להציג רשימה לא-סגורה של צעדים סבירים. אפשרות אחרת, שמתאימה יותר למשפט הפלילי ואשר קיימת בקנדה, היא ליצוק פרשנות משפטית רחבה למושג "סבירות", אשר מביאה בחשבון את ההקשר הייחודי של תיקי עברות מין. מאחר שבתיה-המשפט

93 יפעת ביטון "חוויית-חיים נשית" וצפיות של נזק" **משפטים** לג 585 (2003); דפנה ברק-ארו "האשה הסבירה" **פלילים** ו 115 (1997); אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" **משפטים** כט 317, 353 (1998). ראו גם MacKinnon, לעיל ה"ש 24.

94 על חשש זה ראו Vanessa E. Munro, *Dev'l-in Disguise? Harm, Privacy and the Sexual Offences Act 2003*, in *SEXUALITY AND THE LAW: FEMINIST ENGAGEMENTS 1* (Vanessa E. Munro & Carl F. Stychin eds., 2007).

מתמודדים עם פרשנות המושג דרך קבע, נראה כי אין בעיה מיוחדת לצקת תוכן מתאים ורחב למושג.

2. הסכמה במבט משווה

בשנת 1992 נערכו רפורמות משמעותיות בחקיקת עברות מין בקנדה, המתמקדות בהסכמה ובטעות במצב דברים.⁹⁵ לראשונה הוגדרה "הסכמה" בחוק: "voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question"⁹⁶. ההגדרה מדגישה שני היבטים: האחד, *חופשיות* ההסכמה (voluntariness), במטרה לנטרל פרשנויות סטריאוטיפיות למונח "הסכמה"; והאחר, הצורך בביטוי של הסכמה מצד המתלונן/ת, כדי להדגיש את התקשורת הנדרשת בהבעת הסכמה – תקשורת שפורשה כמילים או התנהגות.⁹⁷ נוסף על כך, ס' 273 לקוד הפלילי מפרט סיטואציות אחדות ששוללות הסכמה.⁹⁸ הוספת סיטואציות נוספות על אלה ה"קונוונציונליות" (כגון שימוש באיומים או באלימות פיזית לשם השגת הסכמה) סימלה את תפיסת המחוקק הקנדי כי קיים מגוון של יחסים ומצבים סמויים מן העין

95 למעשה, הרפורמה המקיפה הראשונה בעברות מין נעשתה בשנת 1983, אז שונתה, בין היתר, ההגדרה של עברת האינוס, והמונח "אונס" (rape) הומר ב"תקיפה מינית" (sexual assault). המטרה הייתה להדגיש את האופי האלים של אונס, ולמצב עברה זו כעברת אלימות, ולא כעברת מין. אולם מבחינה מהותית המשיכה עברת האינוס לעמוד על איהסכמת הנפגע/ת. שינויים נוספים שקרו בשנה זו כללו הפללה של אינוס אישה נשואה עלידי בעלה, ביטול דרישת הסיוע (corroboration) ועוד. להרחבה על הרפורמות החקיקתיות בתחום עברות המין בשנת 1983 ראו Catharine A. MacKinnon, *Feminist Approaches to Sexual Assault in Canada and the United States: A Brief Retrospective*, in CHALLENGING TIMES: THE WOMEN'S MOVEMENT IN CANADA AND THE UNITED STATES 186 (Constance Backhouse & David H. Flaherty eds., 1992); Maria Łoś, *The Struggle to Redefine Rape in the Early 1980s*, in CONFRONTING SEXUAL ASSAULT: A DECADE OF LEGAL AND SOCIAL CHANGE 20 (Julian V. Roberts & Renate M. Mohar eds., (1994).

96 RSC 1985, c C-46, s 273.1(1) [Criminal Code].

97 לסינדה ונדרוונט, אחת החוקרות המובילות בקנדה בנושא הסכמה ומחשבה פלילית בעברות מין, מיטיבה להסביר זאת: "There is no consent or 'voluntary agreement' unless there are words or conduct by the complainant that *communicate agreement* and no agreement is valid unless it is *voluntary*. Both elements are required"⁹⁷ Vandervort, לעיל ה"ש 3, בעמ' 186 (ההדגשות במקור).

98 כאשר ההסכמה הובעה עלידי צד שלישי, ולא עלידי המתלוננת; כאשר המתלוננת אינה יכולה להסכים; כאשר הסכמה היא עקב ניצול של עמדת כוח, סמכות ויחסי תלות; כאשר המתלוננת הביעה, במילים או בהתנהגות, איהסכמה באשר לפעילות המינית; וכאשר המתלוננת הביעה את איהסכמתה להמשיך בפעילות המינית. המקרה האחרון מכונה אצלנו "שינוי לבבות". סוגיה זו זכתה בהתייחסות בע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סב(1) 710 (2007), שם נקבע כי "לאישה נתונה הזכות בכל שלב לפני קיום יחסי המין לסגת מהסכמתה ולסרב להם, כל עוד חזרה זו מהסכמה מובאת לידיעתו של בן־הזוג באופן ברור" (שם, פס' 28 לפסקדינו של השופט ג'ובראן).

וקשים לזיהוי שבהם פערי הכוחות בין הגבר לאישה אינם מאפשרים הסכמה חופשית.⁹⁹ עוד נקבע כי רשימת המצבים המפורטת בסעיף זה אינה סגורה.¹⁰⁰ יצוין כי סעיף זה היתוסף על סעיף 265(3), שקבע כי הסכמה שהושגה במרמה או כתוצאה מאיום, מפחד או משימוש בכוח אינה הסכמה.¹⁰¹

הרפורמה בקנדה מבטאת גווניו שונים של התיאוריה הפמיניסטית הרדיקלית. היא מכירה בפערי כוח מבניים-תרבותיים-חברתיים בין גברים לנשים, ובהשפעתם על עיצובה של תפיסת ההסכמה ועל חופשיות ההסכמה ביחסים בין המינים.¹⁰² בצד זאת היא אינה "זונחת" את ההסכמה, אלא מדגישה את גישת התקשורת כמודל שמאפשר "לפרק" את מורכבותה של ההסכמה באינטראקציות מיניות, להדגיש את השיח והתקשורת באינטראקציה המינית וליישם עקרונות אלה במשפט הפלילי.

רכיב נוסף שנעשו בו שינויים מרחיקי-לכת היה הגנת הטעות בעברת האינוס. בסעיף 273.2 לקוד הפלילי נקבע כי נאשם לא יוכל לטעון כי סבר בטעות שהמתלוננת הסכימה אם טעותו זו נבעה מאחד משני מצבים: המצב האחד הוא שכרות מרצון, פזיזות או עצימת עיניים; והמצב האחר, שאליו אתייחס בהרחבה בהמשך מאמר זה, הוא כאשר הנאשם לא נקט אמצעים סבירים, בנסיבות הידועות לו בזמן האירוע, כדי לוודא שהמתלוננת מסכימה.¹⁰³ בכך הוכנס למעשה לחוק רכיב מעין-אובייקטיבי

99 הסעיף העוסק בניצול יחסים של כוח, תלות, סמכות ומרות (power, dependency and authority) הוא דוגמה מובהקת לפרשנות מרחיבה זו של הסכמה. יצוין כי בהצעת החוק ביקשו חוקרות ואקטיביסטיות פמיניסטיות לכלול גם יחסי כוח חברתיים, כלכליים ומוסדיים כשוללים הסכמה, אולם אלה לא נכללו לבסוף בנוסח הסופי של הקוד הפלילי. ראו Sheila McIntyre, *Redefining Reformism: The Consultations that Shaped Bill C-49*, in *CONFRONTING SEXUAL ASSAULT: A DECADE OF LEGAL AND SOCIAL CHANGE* 293, 313–314 (Julian V. Roberts & Renate M. Mohar eds., 1994): "The exercise of authority or the abuse of trust or of social, economic or institutional power to secure sexual compliance on the basis of the accused's power to deny the complainant or a person other than the complainant significant benefits or necessities of life or to impose upon the complainant or a person other than the complainant significant harm".

ההנחה הייתה כי מדובר ביחסי כוח בעלי השפעה רבה על יכולת הבחירה החופשית. לאלה רלוונטיים גם יחסי כוח גזעיים. לביקורת על השמטת יחסים אלה מלשון החוק ראו Elizabeth Sheehy, *Legalising Justice for All Women: Canadian Women's Struggle for Democratic Rape Law Reforms*, 6 *AUSTL. FEMINIST L.J.* 87, 93 (1996); RSC 1985, c. C-46, s 273 [Criminal Code].

100 יחסים של כוח, סמכות ותלות כמאיינים הסכמה חופשית. סעיף זה מבטא את ההכרה בכך שגם פערי כוחות שאינם פיזיים שוללים הסכמה חופשית. RSC 1985, c. C-46, s 273.1(1) [Criminal Code].

101 זה גם לתקיפה מינית. כאמור, החוק הקנדי אינו משתמש במושג rape, כי אם במושג sexual assault (ראו לעיל ה"ש 95).

102 אכן, הרפורמות של 1992 הושפעו מתפיסות פמיניסטיות. ראו McIntyre, לעיל ה"ש 99.

103 RSC 1985, c. C-46, s 273.2 [Criminal Code]. כלשון החוק:

המבקש למדוד את סבירות התנהגותו של הנאשם עובר למעשה על-מנת לקבוע אם הייתה הסכמה אם לאו.

המטרה בהכללת רכיב הסבירות בחוק הייתה להרשיע נאשמים שכפו מין ללא הסכמה על הצד האחר מבלי שעשו מאמץ לברר אם הצד האחר (אשר נמצא שם ונגיש לברור ולמתן מענה) מסכים לקיום היחסים. לשון אחר, השימוש באמת-מידה זו משמעו הפלת אלה אשר לא פעלו באופן סביר כדי לבדוק את עמדתו של הצד האחר באשר למין (ולא הפלת חפים מפשע חסרי מחשבה פלילית). החוק מדבר על צעדים סבירים בנסיבות *הידועות לנאשם*, ובכך ממשיג את דרישת הסבירות כדרישה "מעין-אובייקטיבית"¹⁰⁴.

הביקורת בקנדה גרסה כי החקיקה מבטאת אובייקטיביזציה של המחשבה הפלילית ולפיכך אינה חוקתית. חוקתיות התיקון הועמדה למבחן לפני בית-המשפט העליון, אך זה פסק כי התיקון חוקתי.¹⁰⁵ ביקורת אחרת טענה כי התיקון מטיל אחריותיתר על הגבר בהשוואה לאישה, וכי יש ליצור שני סוגי אינוס: אינוס "רגיל" ואינוס ברשלנות.¹⁰⁶

טענת-הנגד הייתה כי התיקון נועד להסיט (ולא להזיז כליל) את ה"אחריות" לתהליך התקשורת בין הצדדים לכיוון הנאשם, כך שהאחרון לא יוכל לטעון כי

"It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

(a) the accused's belief arose from the accused's

(i) self-induced intoxication, or

(ii) recklessness or willful blindness; or

(b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting."

104 הגדרה זוהי להגנת הטעות נמצאת בחוק המדינתי בטסמניה (שבאוסטרליה). ההגדרה

שם קובעת כי טעות באשר להסכמה בעברות מין אינה כנה או סבירה אם הנאשם: (1)

היה במצב של שכרות (יזומה על-ידיו) ולא היה עושה את הטעות אילולא היה שיכור;

(2) היה פזיז באשר להסכמת המתלוננת; (3) לא נקט צעדים סבירים, בנסיבות הידועות

לו בעת המעשה, כדי לוודא שהמתלוננת מסכימה. בלשון ה־Criminal Code

: Amendment (Consent) Act 2004 (Tas) 14A(1)

"In proceedings for [rape, indecent assault or unlawful sexual intercourse], a mistaken belief by the accused as to the existence of consent is not honest or reasonable if the accused—

(a) was in a state of self-induced intoxication and the mistake was not one which the accused would have made if not intoxicated; or

(b) was reckless as to whether or not the complainant consented; or

(c) did not take reasonable steps, in the circumstances known to him or her at the time of the offence, to ascertain that the complainant was consenting to the act."

105 ראו *R v Darrach*, [2000] 2 SCR 443.

106 ראו, לדוגמה, Don Stuart, *The Pendulum Has Been Pushed Too Far*, 42 U.N.B.L.J.

(1993) 349, 353–54. ראו גם עמנואל גרוס "אינוס בטעות או שמא אינוסה של הטעות"

הפרקליט מב 343–340, 334 (1995).

סבילות, שתיקה, לבוש פרובוקטיבי, קיום יחסי מין עם אחרים, אמירת "כן" בעבר או כל טענה סטריאוטיפית אחרת מבססים הסכמה. נקיטת צעדים סבירים משמעה נטילת אחריות לסיטואציה המינית ווידוא כי הסכמה אכן קיימת, ללא פרשנויות סטריאוטיפיות.¹⁰⁷

כפי שאדון בהרחבה בחלק הרביעי של פרק זה, עברת האינוס בקנדה לא נהפכה לעברת רשלנות, ולא נעשה שינוי ביסוד הנפשי, שכן המחשבה הפלילית הנדרשת מנאשם נמדדת עדיין בפריזמה סובייקטיבית של המחשבה הפלילית שלו.

בשנת 1999 יצא מבית המשפט העליון הקנדי פסקדין תקדימי בעניין הסכמה בעברות מין, שהיווה שלב משמעותי נוסף בהתפתחות ההלכה בסוגיות אלה. פרשת *Ewanchuk*¹⁰⁸ עסקה בבחורה שבאה לריאיון אצל הנאשם, אשר התקיים בקרוך המגורים שלו. במהלך הריאיון נגע הנאשם נגיעות מיניות במתלוננת, זו הגיבה באמירת "לא", והנאשם הפסיק. בהמשך הוא שוב נגע במתלוננת. הפעם היא הגיבה בסבילות בשל חששה מהנאשם, בשל הנגיעות החוזרות למרות סירובה הראשוני, בשל העובדה שהיא נמצאה בקרוך המגורים שלו (ביתו) ובשל העובדה שהיא הייתה בראיון עבודה. שופט הערכאה הראשונה קבע כי המתלוננת מהימנה, וכי הוא מאמין לטענתה שהיא לא הסכימה למעשים. עם זאת, הוא קבע כי יש לזכות את הנאשם על בסיס "הסכמה מרומזת" (implied consent) – הסכמה שהיה אפשר לפרש מהתנהגותה הסבילה של המתלוננת. לאחר גלגולים הגיע התיק לבית המשפט העליון, שקבע כי יש להרשיע את הנאשם, וכי "הסכמה מרומזת" (implied consent) אינה קיימת בחוק. בית המשפט קבע כי היסוד העובדתי של העברה – אי הסכמה – ייקבע על בסיס תפיסתה הסובייקטיבית של המתלוננת, ואם בית המשפט מאמין לה שהיא לא הסכימה באותה עת, אזי התקיים היסוד העובדתי של העברה. בהמשך קבע בית המשפט כי המחשבה הפלילית תוכח לא רק כאשר הנאשם ידע שהמתלוננת אומרת לא, אלא גם כאשר הוא ידע שהיא אינה אומרת כן. במילים אחרות, על הנאשם לנקוט צעדים סבירים כדי לוודא שהצד האחר מביע הסכמה פוזיטיבית חיובית, הן במילים והן בהתנהגות, ואם לא נקט צעדים אלה, הוא אינו יכול לטעון טענה של טעות בפרשנות בנוגע להסכמה. סבילות, שתיקה ואי התנגדות אינן הסכמה, והנחה כי תגובות אלה משמען הסכמה, ללא נקיטת אמצעים סבירים לוודוא הסכמה, מאיינת את הגנת הטעות. רק אם נאשם נקט צעדים סבירים, בנסיבות הסיטואציה, כדי לוודא הסכמה, הוא יוכל ליהנות מהגנת הטעות.¹⁰⁹

Hamish Stewart, *R. v. Darrach: A Step Forward in the Constitutionalization of Fault?*, 107 4 CAN. CRIM. L. REV. 9, 23 (1999): "The new fault element for sexual assault—failing to take reasonable steps, in the circumstances known to the accused, to ascertain consent—is appropriate to the heavy stigma because it imposes a relatively light burden on people to ensure that they have permission to engage in intentional sexual contact with other people"

R v Ewanchuk, [1999] 1 SCR 330 108

שם, פס' 45 לפסקהדין: "[T]he mens rea of sexual assault is not only satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially saying 'no', but is

בית־המשפט התייחס גם לשכיחות השימוש ב"מיתוסי אונס" בתיקי עברות מין, ולהשפעתם על פרשנות הסכמה על־ידי בתי־המשפט.¹¹⁰ הסכמה פוזיטיבית חיונית לפיכך לנטרול אותם סטריאוטיפים, שכן וידוא הסכמה עובר ליחסי המין מצמצם את טווח הפרשנויות הניתן להסכמה.

פסיקות שניתנו לאחר פרשת Ewanchuk המשיכו בקו שהתווה בית־המשפט העליון. ראשית, הן קבעו כי הסכמה צריכה להיות פעילה וחופשית, וכי יש צורך בביטוי של הסכמה. שנית, הן דרשו מנאשמים נקיטת צעדים פעילים וסבירים לבדיקת הסכמתו של הצד האחר. באופן זה הן המשיכו בפרשנותה של ההסכמה ובעיצובה כפוזיטיבית וכחיובית ("כן זה כן").¹¹¹ אחד הביטויים המובהקים של גישה זו נמצא בפסקדין שבו הורשע גבר באינוס אשתו, תוך שבית־המשפט העליון קובע כי גם ביחסים אינטימיים על ההסכמה לקיום יחסי מין להיות מפורשת ופוזיטיבית.¹¹² השיח המשפטי בקנדה אימץ מודל של תקשורת בין הצדדים בנוגע להסכמה, המשקף את תיאוריית התקשורת של אנדרסון שהוצגה לעיל.¹¹³ החקיקה והפסיקה בקנדה מעצבות את מושג ההסכמה בעברות מין כבר יותר מעשור באופן ששם את נקודת־המבט של הנפגע/ת במרכז השיח. בתי־המשפט מדגישים כי כוונת המחוקק הייתה לייחס להסכמה משמעות של הלך־נפש של מודעות – וולונטריות – שלפיו נותן ההסכמה יכול בכל רגע נתון לחזור בו מהסכמתו, ועל יוזם המגע המיני מוטלת האחריות לוודא את הוולונטריות של ההסכמה. כך, המשפט הקנדי מאפשר פרשנות רחבה של הסכמה וטעות, ומדגיש כי הערך המוגן בעברות מין הוא האוטונומיה המינית של האישה.¹¹⁴

קנדה אינה לבדה בנוף הרפורמות המהפכניות בעברות מין. בשנת 2003 עברה גם חקיקת עברות המין באנגליה רפורמה, בעיקר בכל הנוגע בהסכמה, במחשבה

also satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially not saying 'yes'".

110 שם, פס' 83, 94 ר'97.

111 דוגמאות לפסקי־דין שעסקו בהסכמה פוזיטיבית ראו במאמרה של ליז גוטל: Lise Gotell, *Rethinking Affirmative Consent in Canadian Sexual Assault Law: Neoliberal Sexual Subjects and Risky Women*, 41 AKRON L. REV. 865 (2008) ראו גם, Lise Gotell, *The Discursive Disappearance of Sexualized Violence: Feminist Law Reform, Judicial Resistance, and Neo-liberal Sexual Citizenship*, in REACTION AND RESISTANCE: FEMINISM, LAW, AND SOCIAL CHANGE 127, 144–46 (Dorothy E. Chunn, Susan B. Boyd & Hester Lessard eds., 2007).

112 *R v JA*, 2011 SCC, 28. הייתי שותפה בצוות מומחיות מטעם ארגון LEAF (Women's Legal Education and Action Fund) שהכין בקשת "ידיד" בערעור לפני בית־המשפט העליון הקנדי על זיכוי הנאשם בערכאה הנמוכה יותר. בערעור התקבלה הבקשה.

113 ראו לעיל בחלק א3.

114 בהקשר זה יפים דבריו הבאים של בית־המשפט: "In assessing the reality of consent and the existence and impact of any of the factors that tend to negate true consent, it is important to take a contextually sensitive approach". *Norberg v Wynrib* 2 SCR 226, [1992] 304.

הפלילית ובהגנת הטעות. הרפורמה עוגנה ב־Sexual Offences Act 2003,¹¹⁵ אשר איגד את כל עברות המין והציע תפיסה רדיקלית של הסכמה ושינוי של יסוד האשמה בעברת האינוס.

החוק האנגלי שם את הנפגעת במרכז הדיון, ומדגיש את ערך האוטונומיה המינית כערך המוגן המרכזי. ראשית, הוא קובע קווים מנחים לקביעת הסכמה. בדומה לקנדה, גם החוק האנגלי מגדיר הסכמה כאקט וולונטרי, חופשי, הנעשה על-ידי אדם בעל יכולת (capacity) להסכים.¹¹⁶ הגדרה זו מכירה במציאות המורכבת של יחסי כוח שעשויים להשפיע על החלטותיה של האישה בנוגע למתן הסכמה.¹¹⁷ שנית, עברת האינוס באנגליה מוגדרת כחידרה ללא הסכמה, בנסיבות שבהן אמונת הנאשם בהסכמת המתלוננת לא הייתה סבירה. הסבירות תיקבע בהתאם לכלל הנסיבות, כולל הצעדים שנקט הנאשם כדי לוודא שהמתלוננת הסכימה.¹¹⁸ במילים אחרות, להבדיל מהחוק הקנדי, שהכניס רכיב אובייקטיבי ליסוד העובדתי של עברת האינוס, באנגליה נהפך הרכיב האובייקטיבי לחלק מהמחשבה הפלילית של הנאשם. החוק האנגלי קובע כי אחריות פלילית לאינוס תתקיים לא רק כאשר הנאשם היה מודע או עצם עינוי, אלא גם כאשר הוא האמין אמונה לא־סבירה (מקביל לטעות לא־סבירה) בהסכמת המתלוננת. סבירות אמונתו תיבחן בהתאם לכלל הצעדים שנקט לוודאו הסכמה.¹¹⁹

115 The Sexual Offences Act 2003 (Eng.) (להלן: החוק האנגלי). הרקע לחקיקת החוק היה ההכרה בכך שחקיקת עברות המין לא הייתה קוהרנטית ואחידה, ושיקפה תפיסות חברתיות ארכאיות של נשים. החקיקה נועדה לשקף ערכים מודרניים ופמיניסטיים של מעמד הנשים, מינייתן ומקומן החברתי. ראו Elvin, לעיל ה"ש 3. ראו גם Anna Carline & Clare Gunby, "How an Ordinary Jury Makes Sense of it is a Mystery": Barristers' Perspectives on Rape, Consent and the Sexual Offences Act 2003, 32 LIVERPOOL L. REV. 237, 237–38 (2011), שם נטען כי החוק נועד להתמודד עם הירידה בהרשעות בעברות אינוס (מ־25% הרשעות בשנת 1998 ל־7% בשנת 2000).

116 "74 לחוק האנגלי: [A] person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice". ראו גם ס' 75 לחוק האנגלי, הקובע חזקות של אי־הסכמה, וס' 76 לחוק האנגלי, הקובע חזקות של אי־הסכמה שאינן ניתנות לסתירה.

117 Vanessa E. Munro, *Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing Constraint in the Expression of Sexual Autonomy*, 41 AKRON L. REV. 923, 945 (2008).

118 במילותיו של ס' 1 לחוק האנגלי:

- "(1) A person (A) commits an offence if:
- (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,
 - (b) B does not consent to the penetration, and
 - (c) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents."

119 שינוי המחשבה הפלילית באנגליה הוליד דיון בשאלת האובייקטיביות של עברת האינוס – סוגיה שאינה במרכזו של מאמר זה. הכנסת רכיב אובייקטיבי של סבירות ליסוד הנפשי נתפסת כסטייה מעקרונות דיני העונשין, שלפיהם יסוד האשמה, כמשקף

גם בטסמניה שבאוסטרליה נעשתה בשנת 2004 רפורמה בנוגע ליסוד ההסכמה ברוח השיטה הקנדית. הסכמה הוגדרה שם כהסכמה פוזיטיבית הדורשת הבעת סימנים חיוביים על-ידי המסכים/ה. בלשון החוק:

“[A] person does not freely agree to an act if the person—(a) does not say or do anything to communicate consent...”¹²⁰

נוסף על כך תוקנה הגנת הטעות כך שהיא אינה ישימה עוד אם הנאשם לא נקט צעדים סבירים לוודוא הסכמה.¹²¹

בארצות-הברית, במדינות ויסקונסין, ורמונט וושינגטון, הסכמה מוגדרת כהסכמה פוזיטיבית.¹²² להבדיל מקנדה, החקיקה במדינות אלה אינה דורשת מיוזם המגוע נקיטת צעדים סבירים לוודוא הסכמה. נוסף על כך, כאלף וארבע מאות מוסדות להשכלה גבוהה אימצו את מודל ההסכמה הפוזיטיבית בתקנונים משמעותיים,¹²³ בניסיון לפתור את תופעת ה"אינוס בדייט" (date rape), אשר שכיחה בקולג'ים ובאוניברסיטאות בארצות-הברית. הממשל האמריקני הוציא המלצות לכל האוניברסיטאות והקולג'ים בארצות-הברית לאמץ בקודים משמעותיים הן את מודל

את תפיסתו של הנאשם, הוא סובייקטיבי. יסודות אובייקטיביים כסבירות אינם משקפים את הלך-הרוח של הנאשם, כי אם מגלמים תפיסה חברתית, מערכתית. ראו Carline & Gunby, לעיל ה"ש 115, בעמ' 246–247, המציגות מחקר משנת 2011 שכלל ראיונות עם פרקליטים וסנגורים באנגליה. רוב המרואיינים (ובאופן מפתיע גם הסנגורים) הביעו תמיכה באימוץ המבחן האובייקטיבי, בהדגישם כי המבחן הסובייקטיבי ה"טהור" גורם אי-צדק לנפגעות.

Criminal Code Act 1924 (Tas) sch 2A(2)(a) (להלן: החוק הטסמני). 120

ס' 1A14 (1) לחוק הטסמני קובע כי "a mistaken belief by the accused as to the existence of consent is not honest or reasonable if the accused—(a) was in a state of self-induced intoxication and the mistake was not one which the accused would have made if not intoxicated; or (b) was reckless as to whether or not the complainant consented; or (c) did not take reasonable steps, in the circumstances known to him or her at the time of the offence, to ascertain that the complainant was consenting to the act" 121

החוק בוויסקונסין – Wis. STAT. ANN. § 940.225(4) (2011) – מגדיר הסכמה כ"words or overt actions by a person who is competent to give informed consent indicating a freely given agreement to have sexual intercourse or sexual contact" 122

מגדיר הסכמה כ"words or actions by a person – 13 VT. STAT. ANN § 3251(3) – indicating a voluntary agreement to engage in a sexual act" 123

מגדיר הסכמה כדלקמן: "Consent" means that at the time of the act of sexual intercourse or sexual contact there are actual words or conduct indicating freely given agreement to have sexual intercourse or sexual contact" 123

Deborah Tuerkheimer, *Affirmative Consent*, 13 OHIO ST. J. CRIM. L. REV. 441 (2016) 123

דוגמה אחת היא מאוניברסיטת ייל, שם נקבע כי הסכמה תוגדר כ"positive, unambiguous, voluntary agreement at every point during a sexual encounter—the presence of an unequivocal 'yes' (verbal or otherwise), not just the absence of a 'no.'" שם, בעמ' 442, ה"ש 1.

ההסכמה המפורשת והן את הדרישה לנקיטת צעדים סבירים לוודוא קיומה.¹²⁴ כך, בקליפורניה הוסף בשנת 2014 במסגרת חקיקה אזרחית סעיף 67386 לחוק החינוך (Education Code), הקובע כי כל המוסדות האקדמיים בקליפורניה המפורטים בתיקון מחויבים – אם ברצונם לקבל תקציבים מהמדינה – לקבוע מדיניות שבמסגרתה הסכמה מפורשת היא הסטנדרט הנדרש בהחלטה אם ניתנה הסכמה למעשה המיני אם לאו.¹²⁵ החוק מציג הגדרה של הסכמה פוזיטיבית שמדגישה את השותפות, התקשורת והרכיבים החיוביים של הסכמה ביחסי מין, וכן את האחריות של כל צד לוודא הסכמה של הצד האחר.¹²⁶

חלק זה הדגים עד כמה התפתחה חקיקת עברות המין במדינות רבות של המשפט המקובל, וממשיכה להתפתח, להבדיל מהחקיקה בישראל. על הנאשם בשיטות משפט אלה מוטל הנטל לחפש ולמצוא הסכמה לאינטראקציה המינית. מודלים אלה מבטאים תפיסה של מין שוויוני המבוסס על שיתופיות, תקשורת והדדיות. האמור להלן מיטיב לסכם זאת:

“This constitutes a strong endorsement of the idea that responsibility for establishing mutual agreement to the proposed conduct rests with both parties in sexual encounters.”¹²⁷

3. הצדקה נורמטיבית

המודל של וידוא הסכמה על-ידי יוזם המגע המיני, באמצעות נקיטת צעדים סבירים וקבלת הסכמה של הצד האחר לפני קיום יחסי המין, התפתח על רקע הקשיים הרבים שהמשפט הפלילי הציב ומציב בפני נפגעות ונפגעים של עברות מין. כפי שהוצג בהרחבה בפרק השני, עברת האיניוס ההיסטורית התמקדה בכוח (“נגד רצונה”,

Wendy Adele Humphrey, “Let’s Talk About Sex”: Legislating and Educating on the Affirmative Consent Standard, 50 U.S.F. L. REV. 39 (2016) לדין במדיניות במוסדות

להשכלה גבוהה ובאימוץ המודל במוסדות אלה ראו במיוחד שם, בעמ’ 54–64.

Senate Bill No. 967 Chapter 748. לביקורת על חקיקה זו ראו Tuerkheimer, לעיל ה”ש 125, בעמ’ 445, ה”ש 16.

Cal. Ed. Code s. 67386(a)(1) (2014). הכתיבה בנושא ההסכמה הפוזיטיבית במוסדות

האקדמיים בארצות הברית ענפה ומתפתחת. ראו, למשל, Chandler Delamater, Note: “Yes Means Yes” Means for New York Schools: The Positive Effects of New York’s Efforts to Combat Campus Sexual Assault Through Affirmative Consent, 79 ALB. L. REV. 591 (2015); Erick Kuyllman, A Constitutional Defense of “Yes Means Yes”—California’s Affirmative Consent Standard in Sexual Assault Cases on College Campuses, 25 S. CAL. REV. L. & SOC. JUST. 211 (2016); Ruby Aliment, Saying “Yes”: How California’s Affirmative Consent Policy Can Transform Tape Culture, 14 SEATTLE J. SOC. JUST. 187 (2015).

Helen Mary Cockburn, The Impact of Introducing an Affirmative Model of Consent and Changes to the Defence of Mistake in Tasmanian Rape Trials 111 (unpublished thesis, University of Tasmania, 2012)

ובהמשך – דרישת ההתנגדות), ולא בהסכמה. לרכיב הכוח נלוו תפיסות סטריאוטיפיות בנוגע לפגיעה מינית ולתגובות של נפגעות אונס, וכן הבניות ארכאיות של מיניות נשית ומיניות גברית, שתכליתן הייתה לערער את מהימנותה של נפגעת עברת המין ולקבוע כי הייתה הסכמה למין.

על רקע האמור, גם אם המגמה הפסיקתית מעידה על שינוי חיובי ביחסם של בתי המשפט להסכמה בעברת האינוס, אין בכך כדי לייתר את הדיון התיאורטי בהסכמה פוזיטיבית ואת ההצעה לשינוי. המודל המוצע, אשר ישנה את הגדרתה של עברת האינוס, ידגיש את חיוביות ההסכמה ואת החשיבות של ביטוי ההסכמה, ויאפשר להסיט את ההתמקדות הבעייתית בנפגעת העברה, לדחוק מהזירה את השימוש במיתוסי אונס וליצור "חווית צדק" טובה יותר לנפגעות בהליך הפלילי.

כפי שהראה ניתוח הפסיקה בפרק ב, למרות השינויים החיוביים בפרשנות ההסכמה בישראל, הבחינה המשפטית מתמקדת עדיין בהעדר הסכמה ובביטוי של אי-הסכמה. התביעה נדרשת להוכיח שהנפגעת או הנפגע עשו מעשים פוזיטיביים שמעידים על אי-הסכמה (התנגדות, צעקות, בריחה, סירוב מפורש וכולי). נוסף על כך, ההגנה משתמשת באמצעים פוגעניים כדי לפגוע במהימנותה של המתלוננת, תוך חדירה לפרטיותה באמצעות בקשה לחשיפת חומרי חקירה ושאלת שאלות הנוגעות בהבעת התנגדות, בהמשך קשר עם הנאשם, במערכת יחסים מינית קודמת איתו ועוד. ההתמקדות בנפגעת העברה מאפשרת שימוש בתפיסות הסטריאוטיפיות שנוכרו לעיל, ופותרת פתח לפגיעה קשה בפרטיותה של הנפגעת.¹²⁸

מודל ההסכמה הפוזיטיבית מבקש ליצוק תוכן שונה להליך הפלילי של עברת האונס. למודל יש כמה רציונלים. הרציונל הראשון עניינו בהסטת תשומת-הלב המשפטית (הן של התביעה בהחלטתה אם להעמיד לדין¹²⁹ והן של בית-המשפט בהערכת העדויות בהליך ההוכחות) מתגובותיה וממעשיה של הנפגעת אל אלה של הנאשם. אין מדובר בהסטה מוחלטת של הבחינה המשפטית אל הנאשם, כי אם בהזזת המטוטלת המשפטית מהתמקדות בלעדית בנפגעת להתמקדות גם בנאשם. מאחר שמודל ההסכמה הפוזיטיבית בוחן אילו צעדים סבירים נקט יוזם המגע המיני לפני יחסי המין במטרה לבדוק את הסכמת הצד האחר למעשים, הדיון אינו מתמקד רק באופן שבו הגיבה הנפגעת על המעשה – מה היא עשתה לפני האירוע, מה היא

128 במחקר שאני עורכת בימים אלה עולה כי אחת הסוגיות המרכזיות בתיקי אינוס היא סוגיית "חומר החקירה", שבמסגרתה ההגנה מבקשת לקבל לידיה – בהתאם לס' 74 או ס' 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 – חומרים רבים העוסקים בחייה של הנפגעת, ובעיקר חומרים פסיכולוגיים ופסיכיאטריים. ההגנה ובית המשפט "נוברים" בחייה, בהתנהלותה ובמצבה האישי של הנפגעת.

129 שיקולי התביעה בהעמדה לדין קבועים בס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי, ומבוססים על שני שיקולים: ראיות לכאורה ועניין לציבור. הרף הראייתי שנקבע בפסיקה הוא "סיכוי סביר להרשעה". ראו בג"ץ 2534/97 **יהב נ' פרקליטת המדינה**, פ"ד נא(3) 1 (1997). ההתמקדות בתגובות המתלוננת והחשש של התביעה כי היא לא תצליח להוכיח שהנפגעת הביעה אי-הסכמה ברורה מובילים במקרים רבים לסגירת תיקים. גם נתון זה עולה מהמחקר שאני עורכת בימים אלה (ראו לעיל ה"ש 128).

אמרה, איך היא התנהלה מייד אחרי האירוע, למי היא סיפרה וכדומה. אם נקבע כי הנפגעת לא הסכימה, הדיון לא יתמקד בצורה בלעדית בשאלה באיזה אופן היא הביעה את אייהסכמתה – שאלה המאפשרת כאמור שימוש בהנחות בעייתיות לגבי קורבנות אונס.¹³⁰ הדיון יתמקד גם בנאשם – בשאלה אם הוא בדק את הסכמת הצד האחר לקיום יחסי המין, באופן שבו הוא בדק זאת (בשאלות ששאל, במעשים שנקט) ובהתנהלותו לפני האירוע.

מדובר בהוספה של נטל הבאת ראיות על הנאשם.¹³¹ נטל זה אומנם יוצר לכאורה סיכון ליוזם המגזע המיני, אולם משיקולים של חלוקת סיכונים מאוזנת עולה כי הטלת חובה על יוזם המגזע המיני לשאול שאלה פשוטה עדיפה על חשיפת אישה לסיכון מתמיד של פגיעה מינית כתוצר של פרשנות מוטעית. כיום מוטל למעשה על האישה נטל (חברתי ותרבותי) כבד לחשוב אם התנהלותה, לבושה ותגובותיה עלולים לעורר בעיני מי מהגברים שבסביבתה את התחושה הסובייקטיבית שהיא מסכימה לקיום יחסי מין. נטל זה נהפך גם לנטל משפטי בבית המשפט. דרישה מנאשם לוודא הסכמה פוזיטיבית וברורה עובר לאקט המיני מסיטה את האחריות (ולא מזיזה אותה כליל) גם אל כתפי הנאשם, ובכך מצמצמת את ההתמקדות השיפוטית במתלוננת. אם מחלקים את הסיכונים מאחורי מסך הבערות, אימוץ המודל אינו מעורר קשיים קונספטואליים.¹³²

כך, המודל מקדם תפיסה של תקשורת חיובית ברורה וחד-משמעית – בין מילולית ובין התנהגותית – באינטראקציה המינית. במילים אחרות, הסכמה פוזיטיבית משמעה ביטוי חיובי ברור לרצון לקיים יחסי מין ווידוא מצד יוזם המגזע המיני כי הצד האחר אכן נתן ביטוי חיובי להסכמתו למגע זה.

130 SCHULHOFER, לעיל ה"ש 82, בעמ' 272–273: "The legal standard must move away from the demand for unambiguous evidence of [the victim's] protests and insist instead that the man have affirmative indication that she chose to participate... [w]ith this change of focus, criminal law should no longer have trouble reaching many of the clear-cut abuses that slip through the existing law"

131 נטל השכנוע מכונה "נטל מס' 1", ונטל הבאת הראיות מכונה "נטל מס' 2". שניהם יחד מהווים את נטל השכנוע. נטל השכנוע, שהוא הנטל העיקרי, מוטל במשפט פלילי על שכמה של התביעה, ואינו עובר במהלך המשפט להגנה. נטל הבאת הראיות הוא נטל משני, והוא עשוי לעבור במהלך המשפט מצד לצד. בהליך ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 504 (1950), הבהיר השופט אגרנט את השוני בין "חובת הראייה" (או "נטל השכנוע") – שהיא "החובה מס' 1", כדברי בית המשפט – לבין "חובת ההוכחה" (או "נטל הבאת הראיות"), שהיא "החובה מס' 2": "רק בהגיעו למדרגה זו עוברת החובה מס' 2 ('חובת ההוכחה') למתנגדו, החייב עתה להמציא עדות מצדו. ברם, העובדה, שהחובה מס' 2 עברה מבעל דין אחד למשנהו, אין בה עדיין, כשלעצמה, כדי לחתוך את גורלו של המשפט, התלוי תמיד במידה שבה נתמלאה החובה העיקרית – החובה מס' 1 – וזו, כמו שאמרנו, נשארת קבועה לתמיד. רק החובה מס' 2 עשויה לעבור, בשלב ידוע של המשפט, מבעל דין אחד למשנהו..." (שם, בעמ' 523). ראו גם אליהו הרנון **דיני ראיות** כרך א 187 ואילך (1977).

132 תודה לד"ר יניב בן הרוש על העלאת סוגיה זו וחיידודה.

כך, לדוגמה, בפרשת וקנין¹³³ הכירו המתלוננת והנאשם זה את זה מן היישוב שבו התגוררו שניהם. הנאשם הודה בקיום יחסי מין, אולם טען כי אלה נעשו בהסכמה מלאה של המתלוננת. האחרונה, לעומת זאת, טענה כי הנאשם, שעלה לביתה בהסכמה ושתה עימה קפה, דחף אותה לחדר השינה ושם כפה עליה יחסי מין. בית המשפט המחוזי נתן אמון בגרסת המתלוננת, וקבע כי היא אומנם לא התנגדה התנגדות פיזית ומילולית למעשים, אך לא הסכימה. זוהי אמירה חשובה של בית המשפט. עם זאת, בית-המשפט לא הסתפק בקביעה כי האמין למתלוננת שהיא לא הסכימה, אלא המשיך ותיאר אותה כ"רופפת, דלה בשפתה וחסרת תושיה"¹³⁴, וזאת על-מנת לנמק את אי-התנגדותה למעשי הנאשם. כך, אף שבית-המשפט מאמין למתלוננת וקובע אי-הסכמה מקום שלא הייתה התנגדות פעילה, אנו עדים להתייחסות רחבה – הן של בית-המשפט המחוזי והן של בית-המשפט העליון – לאישיותה של המתלוננת ולאופייה כגורמים המסבירים אי-התנגדות זו.¹³⁵

אם החקיקה תאמץ את המודל המוצע, לא יידרש עוד בית-המשפט להתמקד (רק) בסימנים של העדר הסכמה. במקום להתמקד באישיות המתלוננת, יוסט הזרקור גם לנאשם, באמצעות בחינת התנהגותו עובר למעשה – מה הוא עשה כדי לוודא הסכמה, מה הוא שאל, כיצד התנהג, אילו צעדים נקט, ואם אלה היו סבירים. טענת הנאשם כי המעשים נעשו בהסכמה מלאה תחייב אותו להראות כיצד פעל במטרה להבין, להכיר ולוודא הסכמה זו. בפרשת וקנין לא היה מודל ההסכמה הפוזיטיבית משנה את תוצאת פסק-הדין, אולם הוא היה עשוי להשפיע על חוויית הנפגעת בחקירה בבית-המשפט – סוגיה שמהווה חסם משמעותי לנפגעות ולנפגעים של עברות מין מפני פנייה להליך הפלילי.

להססת הזרקור מהנפגעת אל הנאשם יש אם כן השלכות חיוביות נוספות. כפי שצוין מוקדם יותר, תיאוריות של צדק דיוני מראות כיצד "חוויית הצדק" של נפגעי עברה בכלל ושל נפגעות עברות מין בהליך הפלילי בפרט היא פעמים רבות חוויה קשה וטראומטית, וזאת גם כאשר ההליך מסתיים בהרשעה.¹³⁶ למודל ההסכמה

133 עניין וקנין, לעיל ה"ש 64, פס' 70 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

134 שם, פס' 15 57ר.

135 כך מתאר בית-המשפט העליון את התייחסותו של בית-משפט קמא: "בית המשפט היה ער לכך שהמתלוננת לא נהגה בהתנגדות אקטיבית למעשה המיני שבוצע בה. הוא הסביר זאת באישיותה החלשה, בפחדה מן המערער, ובאמירתה כי לא יכלה להתמודד איתו, ולכן גם לא התמידה בהתנגדות אקטיבית למעשיו. הוא פירש את תגובותיה, הן לפני המעשה והן לאחריו, כתגובות של אדם מפוחד, השרוי בהלם מן האירועים, וחש חסר יכולת להתגונן מפני אדם החזק ממנו, ומבקש לעבור את האירוע הקשה שנקלע אליו תוך פגיעה ונזק מינימליים." שם, פס' 54.

136 הציטוט שלהלן, הלקוח מריאיון עם פרקליטה 5 במסגרת המחקר שאני עורכת בימים אלה (ראו לעיל ה"ש 128), מודגים את הפער בין חוויית הצדק של נפגעות לבין תוצאת ההליך הפלילי:

"בית-המשפט, משהו צריך להשתנות שם; חוויה בעיני הרבה פעמים מאוד לאינעימה. זה בא ככה – דרך אגב, זה תיק שהייתה בו הרשעה וכולי... ודווקא אני הרגשתי שהייתה חוויה טובה, הייתה חקירה נגדית הוגנת יחסית ופיירית.

הפוזיטיבית יש פוטנציאל לשנות את אופיין הפוגעני של החקירות הנגדיות. נוסף על כך, על רקע הנתונים בנוגע לסגירת תלונות על עברות מין בהליך הפלילי, ועל רקע הקשיים בהוכחת אי-הסכמה במצב החקיקתי הקיים, תיקים שבהם התקשה הנפגעת להביע אי-הסכמה נסגרים בשלב מוקדם יותר על-ידי התביעה, ואינם עושים את דרכם להליך המשפטי. מודל ההסכמה הפוזיטיבית עשוי לאפשר לנפגעות ולנפגעים רבים יותר לקבל את יומם בביתהמשפט.

הרציונל השני שהמודל מושתת עליו מתייחס לכך שהסכמה פוזיטיבית מאפשרת להפיג את "העמימות התקשורתית" המאפיינת רבות מהאינטראקציות המיניות, ולקבוע אם ניתנה הסכמה חופשית ומרצון, ואם יוזם המגע המיני היה מודע לה. נאשמים רבים בעברות מין מודים כי הנפגעת לא הביעה הסכמה ברורה, אך טוענים כי טעו בפרשנות של התנהגותה, ומנמקים טעות זו באי-הבנה. אי-ההבנה, כפי שהראה הדיון בפרק הראשון של המאמר, מושתתת במקרים רבים על מיתוסי אונס והבניות ארכאיות של מין ומיניות.¹³⁷ וידוא הסכמה ייצר ויאפשר תקשורת ברורה יותר בין שני הצדדים, ויצמצם פרשנות שגויה בנוגע לרצונה ולהסכמתה של האישה, בין שפרשנות שגויה זו מבוססת על מיתוסי אונס ובין שהיא נובעת מאופיין של אינטראקציות מיניות רבות. כך, למשל, בפרשת **נסאר**¹³⁸ הואשם הנאשם כי עשה מעשה סדום בנסיבות של אינוס במתלונן. המתלונן עלה כטרמפיסט לרכבו של הנאשם, ואין חולק כי הוא והנאשם לא הכירו לפני כן. בית-המשפט, אשר נותן אמון בגרסת הנאשם, קובע כי הנאשם העלה את המתלונן לרכבו בזמן שהנאשם צפה בסרט פורנוגרפי בטלפון הנייד שלו. לפי בית-המשפט, המתלונן לא התנגד לצפייה בסרט. בשלב מסוים הציע הנאשם למתלונן לקיים מין אורלי. המתלונן השיב בשלילה להצעת הנאשם, "אלא שהאחרון המשיך והפציר בו בניסיון לשכנעו לקיים עמו יחסי מין. לא באימים הוא עשה כן ולא בהנפת אגרוף..."¹³⁹ בהמשך קובע בית-המשפט כי מנקודת-ראותו של הנאשם, לאמר הפצרותיו במתלונן לא הביע הלה התנגדות

ובתסקיר נפגע עברה ראיתי איזו חוויה מזעזעת וקשה הייתה לה החקירה... זה הלם בי כזה, כי זה היה מבחינתי תיק שיחסית היה... הרגשתי טוב בחקירה שלה. זאת אומרת שהיא ענתה נכון ושהשאלות היו מכבדות וכולי. יחד עם זאת, בסופו של דבר היא יצאה מאוד פגועה מההליך המשפטי. ושוב, הבן-אדם הורשע וקיבל המון שנים בכלא וכולי. ושאלתי את עצמי ככה שאלות של... משהו פה לא טוב. כאילו, כי גם אם בסופו של דבר הוא מקבל כזה עונש מאוד גדול, אם החוויה שלה היא כלי-כך לא-טובה, אז איפשהו אנחנו מפקשים משהו."

137 ראו Heike Gerger et al., *The Acceptance of Modern Myths About Sexual Aggression Scale: Development and Validation in German and English*, 33 *AGGRESSIVE BEHAVIOR* 422, 423 (2007); Martha R. Burt, *Cultural Myths and Supports for Rape*, 38 *J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL.* 217 (1980); Colleen Ward, *The Attitudes Toward Rape Victims Scale: Construction, Validation, and Cross-Cultural Applicability*, 12 *PSYCHOL. WOMEN Q.* 127 (1988).

138 תפ"ח (מחוזי נצ') 32279-01-14 **מדינת ישראל נ' נסאר** (פורסם בנבו, 30.11.2014).

139 שם, פס' 22.

למעשים המיניים; נהפוך הוא, מהתנהגותו של המתלונן, אשר לגרסת הנאשם הוריד את התיק שהיה על ברכיו אל רצפת המכונית לאחר הפצרות הנאשם שיקיים עימו יחסי מין, היה אפשר ללמוד שהוא אינו מתנגד. בית המשפט ממשיך וקובע כי מנקודת מבטו של המתלונן האירוע המיני לא היה בהסכמה, אולם בנאשם לא מתקיים היסוד הנפשי הנדרש להרשעה, שכן הוא סבר כי המתלונן נענה להפצרותו ולא הביע כל התנגדות למעשים. בית המשפט מדגיש שוב ושוב את איבהעת ההתנגדות למעשים, וזאת אף שגם אליבא דבית המשפט התגובה הראשונה של המתלונן על ההצעה המינית הייתה סירוב והתנגדות. כך או כך, בית המשפט מבסס את הקביעה כי הנאשם סבר שהמתלונן מסכים למעשה המיני על כך שהמתלונן הוריד את התיק מברכיו כאשר הנאשם חשף את איבר מינו, ומזכה את הנאשם.

בהנחה שכך אכן היו פני הדברים, מודל הסכמה פוזיטיבית היה מחייב במקרה זה את הנאשם לנקוט צעדים סבירים לוודא הסכמה חופשית של המתלונן, ולא להסתמך על העובדה שהאחרון הוריד את התיק מרגליו. מודל ההסכמה הפוזיטיבית היה מאפשר את בירור רצונותיו של המתלונן ומפיג את העמימות שבה נתלה הנאשם בטענתו כי סבר שהמתלונן הסכים למעשה. על רקע סירובו הראשוני של המתלונן לקיים עימו יחסי מין, על רקע העובדה שהמתלונן עלה כטרמפיסט לרכבו של הנאשם, שאותו לא הכיר לפני כן, ועל רקע העובדה שהוא נמצא בנסיעה, בסיטואציה שקשה להימלט ממנה, והיה נתון לחסדי הנאשם – אילו הוחל מודל ההסכמה הפוזיטיבית, היה הנאשם נדרש להראות כיצד הוא וידא ובדק, לפני קיום האקט המיני, כי המתלונן אכן מעוניין ומסכים לקיום יחסי המין. אילו הופעל מודל ההסכמה הפוזיטיבית, הורדת התיק לרצפה עלידי המתלונן לא הייתה אינדיקציה מרכזית להסכמה, שכן ההתמקדות הייתה גם בנאשם (ולא רק במתלונן) ובבחינת התנהגותו עובר למעשה (אם שאל, איך שאל ואילו צעדים נקט כדי לוודא הסכמה). בנסיבות המתוארות לעיל לא נקט הנאשם צעד כלשהו לוודא הסכמה. הוא לא בדק אם המתלונן, אשר טרם להצעתו הראשונית לקיום יחסי מין, אכן מסכים ומעוניין ביחסי המין. הפצרות, כידוע, אינן וידוא הסכמה.¹⁴⁰

פרשה נוספת שעוסקת בפרשנות מוטעית של אי ההסכמה היא פרשת פלוני.¹⁴¹ פרשה זו מדגימה את האופן שבו מודל ההסכמה הפוזיטיבית היה יכול לשנות את הניתוח המשפטי ואף את החלטתו של בית המשפט. המעניין בפרשה זו הוא שדעת המיעוט, הקובעת חובה מוגברת לוודא הסכמה, מציעה למעשה את מודל ההסכמה הפוזיטיבית ככלי ניתוח משפטי, אשר מוביל את שופט המיעוט להרשעה. דעת הרוב, לעומת זאת, מחפשת לאורך כל פסקהדין סימנים לאי ההסכמה ולהתנגדות של

140 בשולי הדברים יוער כי הדגש שבית המשפט שם באיבהעת התנגדות מצד המתלונן, לאחר שזה סירב סירוב ראשוני לאקט המיני, אינו עומד בקנה אחד עם ערך האוטונומיה המינית ועם הרטוריקה הפסיקית בנוגע להסכמה. יתרה מזו, העובדה שבית המשפט מתעלם מן ההקשר – מן העובדה שמדובר בסיטואציה שבה אדם נמצא ברכב של אדם זר, שאליו עלה כטרמפיסט, עם יכולת מוגבלת לצאת מהרכב מאחר שהוא נמצא בנסיעה – היא בעייתית.

141 תפ"ח (מחוזי-י) 9030-02-14 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 16.2.2015).

המתלוננת, במקום לחפש סימנים להסכמתה למעשה המיני ולרצון שלה בו. אכן, לאחר דיון תיאורטי ביסוד ההסכמה, בית-המשפט קובע כך: "מן הכלל אל הפרט, יש כעת להכריע האם המתלוננת העבירה לנאשם מסר כי היא אינה מסכימה לקיום יחסי המין".¹⁴²

עובדות המקרה הן כדלקמן: הנאשם והמתלוננת נכנסו יחד לחדר במלון, לאחר ששוחחו ארוכות בחנות שבה עבד הנאשם. בדרך למלון אמרה המתלוננת לנאשם כי לא תקיים עימו יחסי מין. המתלוננת ישבה לאכול, הנאשם החליף מצעים (במסגרת עבודתו הנוספת כחדן במלון), ויצא פעמיים להביא מגבות. הנאשם שתה אלכוהול. השניים שוחחו על דברים רבים, והמתלוננת סיפרה לו על אונס שעברה בעבר, ובמהלך השיחה בכתה. לאחר-מכן חיבק אותה הנאשם ונישק אותה, אך היא אמרה לו "לא", והוא הפסיק. לאחר-מכן משך אותה הנאשם אל ברכיו ונישק אותה שוב. המתלוננת נישקה אותו בחזרה. לטענתה, היא עשתה זאת כי חששה ממנו, מאחר שהיה שיכור והחזיק את ידיה בחוזקה. היא חשבה שהנשיקה תספק אותו, והוא יפסיק עם מעשיו. הנאשם, מצידו, טען כי הנשיקה שידרה מסר של הסכמה. בהמשך עברו השניים למיטה. המתלוננת טענה שהנאשם דחף אותה, שהיא הייתה קפואה בשל חששה מהנאשם, ושהיא לא יכלה לנשום. הנאשם טען שהמעבר למיטה היה בהסכמת המתלוננת. בשלב זה ניסה הנאשם להרים את חולצתה של המתלוננת, והיא סירבה ומשכה אותה למטה. אין מחלוקת כי המתלוננת סירבה להוריד את החולצה. בנקודה זו, לאחר שמשכה את החולצה מטה, טען הנאשם כי המעשים המיניים שעשה בה נעשו ללא התנגדותה, תוך שהוא אף שואל אותה כמה פעמים אם זה נעים לה. המתלוננת טענה כי לאחר שסירבה להורדת החולצה, היא הייתה קפואה ופעלה כמאובנת ("לא הייתי מסוגלת לדבר או לזוז"), ולפיכך לא הביעה התנגדות למעשים. בית-המשפט קובע כי קיים ספק סביר ביחס למודעותו של הנאשם להעדר הסכמתה של המתלוננת, וזאת על רקע התנהגותה הכוללת וה"זורמת" של המתלוננת. הוא מוכן אומנם להכיר בכך שבחוויה הסובייקטיבית של המתלוננת היחסים היו ללא הסכמתה החופשית, אך סבור כי הנשיקה שנישקה את הנאשם בחדר המלון, העובדה שהיא לא ברחה מהחדר, עדותה כי בזמן שקדם למעשה היא נהנתה מחברתו של הנאשם וכן אי-התנגדותה למעשי הנאשם (לאחר ההתנגדות הראשונית להורדת החולצה) יצרו אצל הנאשם מצג כי היא מעוניינת ביחסים. בית-המשפט ממשיך וקובע כי בשלב שעברו למיטה לא הוכח שהופעל על המתלוננת כוח לכפיית יחסי המין. על טענת המתלוננת כי הייתה קפואה וכי משכה את חולצתה כלפי מטה מגיב בית-המשפט בקביעה כי משיכת החולצה כלפי מטה הייתה יכולה לנבוע מסיבות שונות, ולא מחוסר רצון לקיים מגע מיני. בלשון בית-המשפט:

"אומנם, ההסבר שנתן הנאשם לראשונה בבית המשפט לכך שהמתלוננת משכה את חולצתה, שהיא אמרה לו שאינה רוצה שחולצתה תתקמט, אינו משכנע במיוחד. ברם, היא הייתה יכולה

142 שם, פס' 81 לפסקדינו של השופט גרינברגר.

למשוך את חולצתה בשל חוסר רצון שייגע בחזה מסיבות שונות, לרבות רצונה שלא לחשוף את גופה (ואני מפנה בהקשר זה לעדותה, המפורטת לעיל, באשר לרתיעתה מפני חשיפת גופה); ולא בהכרח ניתן לצפות מן הנאשם שייסיק מתנועת משיכת החולצה שהיא אינה מעוניינת במין האוראלי ובחדירה, כאשר לא אמרה דבר, לא הגיבה להמשך מעשיו בתנועת גוף כלשהי שתלמד על התנגדותה לכך, וכן מעצם העובדה שלא התרחקה ממנו ולא ירדה מן המיטה.¹⁴³

בית המשפט ממשיך וקובע כי –

"התנהגות ראויה יותר מצד הנאשם הייתה מחייבת המתנה לתשובה כאשר הוא שאל את המתלוננת לתחושתה במהלך המגעים, וזאת על רקע העמדה שביטאה קודם לכן – בדרך לבית המלון ולאחר הנשיקה הראשונה – ואולם השאלה שעומדת לדיון אינה האם התרשל הנאשם בהבנת רצונה של המתלוננת או אם נהג כראוי – אלא האם קם ספק סביר בדבר מודעותו של הנאשם להיעדר הסכמה של המתלוננת והאם טעה טעות, המוכרת בדין כהגנה, בהבנת התנהגותה של המתלוננת. הנחתו של הנאשם, שאני נכון להניח כי הייתה מוטעית, הייתה, כאמור, כי המתלוננת 'זורמת' עמו החל מאותו שלב [של הנשיקה – ר' ל"ל] ומסכימה לקיום היחסים."¹⁴⁴

מודל ההסכמה הפוזיטיבית היה מחייב את הנאשם לעשות צעדים פעילים לוודוא הסכמה. אומנם, סבירותם של הצעדים בנסיבות האמורות היא שאלה פרשנית, אולם עצם דרישתם הייתה מאפשרת ניתוח נוסף של העובדות, שהיה עשוי לשנות את תוצאת פסקהדין. על רקע האמירה המקדימה של המתלוננת כי לא תקיים עימו יחסי מין, על רקע סירובה הראשוני לנשיקה, על רקע התנגדותה לנאשם כאשר ניסה להוריד את חולצתה ולהכניס את ידו לחזה, ועל רקע מצבה הנפשי וחשיפת סיפור האונס שעברה, היה הנאשם צריך לעשות צעדים פעילים וסבירים לוודוא הסכמה חופשית ומלאה לקיום יחסי המין. גם אם נקבל את הטענה כי שיתוף הפעולה שלה בנשיקה והתנהלותה החופשית עד אותה נשיקה יצרו מצג שלפיו המתלוננת מעוניינת ביחסי מין (טענה בעייתית כשלעצמה), בהקשר האמור היה צורך לוודא הסכמה חופשית ומלאה.

לגישתו של שופט המיעוט, הסתייגותה הראשונה של המתלוננת מקיום יחסי מין והבהרתה המפורשת לנאשם כי היא אינה רוצה בקיום יחסי מין, בצירוף חשיפת סיפורה האישי כקורבן אונס, יצרו חובה מוגברת של הנאשם לוודא כי הנסיבות השתנו וכי המתלוננת אכן מסכימה. במילותיו של השופט:

143 שם, פס' 85 לפסקדינו של השופט גרינברגר.

144 שם, פס' 4–5 לפסקדינו של השופט דראל.

"בנסיבות ספציפיות אלו חלה חובה מוגברת על הנאשם לוודא, ככל ש'ל'ב ו'ש'ל'ב, עד בסמוך ממש לאקט עצמו, אם אכן אירע 'שינוי לבבות' (הפוך) מלא אצל המתלוננת, היינו – לוודא, בקפידה מוגברת, כמי שכלל לא הכיר אותה קודם לכן, לא תהה על מורכבות אישיותה, לא בחן כלל את רגישותה ורגישויותיה במידה סבירה, על אף פרץ הבכי שלה, שאכן, על אף אמירותיה המפורשות, המגבילות והתוחמות הקודמות שלה, היא בכל זאת שינתה את דעתה והסכימה, לרבות באופן מילולי, הנצרך לסברתי בנסיבות העניין, לקיים עמו מעבר להתעלסות גרידא, גם יחסי מין".¹⁴⁵

הנה כי כן, שופט המיעוט מציג למעשה מודל של הסכמה פוזיטיבית (מילולית במקרה דנן), ויישומה של דוקטרינה זו מוביל להרשעת הנאשם. דרישה לוודא הסכמה פוזיטיבית, שמטרתה לברר עם הצד האחר את רצונותיו באשר ליחסי המין עובר לקיוםם, עשויה לנטרל איהבנות מהסוג שתואר לעיל. היא מחייבת את יוזם המגע המיני לחפש (ולמצוא) בהירות בסיטואציה המינית, להיות קשוב לתחושותיו של הצד האחר, ולא לפרש שתיקה או כניעה כסימני הסכמה או להסתמך על אמונות מוטעות באשר להסכמה.¹⁴⁶ למעשה, הסכמה פוזיטיבית מייצרת תקשורת ו"יחסי אנוש". בהקשר זה יפים דבריו של השופט חשין בפרשת טייב: "בפרשת בארי... הסברתי את הצורך המובהק ב'יחסי אנוש', כי עד שגבר יבוא במגע אישות עם אישה חייב הוא לקבל את הסכמתה לדבר..."¹⁴⁷

הרציונל השלישי שמודל ההסכמה הפוזיטיבית מושתת עליו נוגע בכך שהסכמה פוזיטיבית מאפשרת מקום ממשי לנשים באינטראקציה המינית, ומייצרת "מיניות קומוניקטיבית". באמצעות הסכמה פוזיטיבית ניתן מקום להבעת רצונה ולבחירתה של האישה באשר למעשה המיני. הסכמה פוזיטיבית מאפשרת לאישה ליטול חלק פעיל במפגש הרצונות, ולהביע את עמדתה, תחושותיה ומחשבותיה בנוגע ליחסי המין. מאחר שבמקרים רבים תיקי עברות מין מתאפיינים ב"גרסה מול גרסה", בית המשפט נדרש להכריע ל"אמת" של מי יש להאמין. מודל ההסכמה הפוזיטיבית משנה במעט את יחסי הכוח בין גברים לנשים בהליך הפלילי של עברות מין, ומאפשר לקולן של נפגעות עברה ול"נרטיב" שלהן להישמע בצורה אמינה. "The way consent is defined will inevitably shape whose story the law validates, and thus whom the law¹⁴⁸ protects".

145 שם, פס' 5 לפסקדינו של אב"ד סגל (ההדגשות במקור).

146 ראו, למשל, Katharine K. Baker, *Gender and Emotion in Criminal Law*, 28 HARV. J.L. & GENDER 447, 451–52 (2005); Andrew E. Taslitz, *Willfully Blinded: On Date Rape and Self-Deception*, 28 HARV. J.L. & GENDER 381 (2005).

147 עניין טייב, לעיל ה"ש 55, בעמ' 316–317 (ההדגשה הוספה).

148 Jennifer Nedelsky, *Violence Against Women: Challenges to the Liberal State and Relational Feminism*, in POLITICAL ORDER 454, 478 (Ian Shapiro & Russell Hardin eds., 1996).

קול זה חשוב במיוחד לנשים מוחלשות או לנשים שנמצאות בסיטואציות המתאפיינות בפערי כוחות. רבות מה"הסכמות" הניתנות עלידי קורבנות עברות מין אינן מבטאות הסכמה חופשית ונקייה מלחץ, בעיקר בסיטואציות של יחסי כוח, תלות, מרות ושליטה.¹⁴⁹ יכולתן של נפגעות בסיטואציות אלה למחות – אם עלידי אמירת "לא" ואם בדרך אחרת – מוחלשת, ולעיתים אינה קיימת כלל. פגיעותן לעברות מין רבה יותר בשל פערי הכוח המאפיינים יחסים אלה. מודל ההסכמה חייב להתאים את עצמו לפגיעות זו.¹⁵⁰ בדיקת רצונה והסכמתה של האישה לפני האקט המיני מעניקה קול לאישה, ועשויה לנטרל במעט את יחסי הכוח. כך, מודל ההסכמה הפוזיטיבית מביא בחשבון את הדינמיקה הייחודית של יחסי כוח (מכל סוג), ומאפשר הגנה טובה יותר על קבוצות פגיעות, כגון אלה שפורטו לעיל. אחזור לסוגיה זו כאשר אדון בביקורת על המודל.

אם כן, להסכמה פוזיטיבית, המלווה צעדים סבירים לוודוא ההסכמה, יש יתרונות רבים. ראשית, מודל זה מעניק לאישה קול ומקום לביטוי תחושותיה בנוגע לאינטראקציה המינית. הוא מהווה כלי לשיקוף רצונה האמיתי, החופשי והולונטרי, וכך הוא מאפשר שמירה על הערך המוגן בעברת האינוס – אוטונומיה מינית. באופן זה מובטח שבכל מערכת יחסים, ובפרט במערכת יחסי כוח, תהיה לאישה האפשרות לבטא את יחסה ורצונה בנוגע למין. שנית, באמצעות השמעת קולה של האישה, הסכמה פוזיטיבית מצמצמת את טווח הפרשנויות בנוגע לתגובתה, ודוחקת מהזירה המשפטית הנחות תרבותיות וחברתיות סטריאוטיפיות. שלישי, מדובר בכלי להטלת אחריות פלילית על אלה אשר "טועים" ומפרשים סבילות, שתיקה או סימנים אחרים כמזמנים מין, ומרשים לעצמם לפעול על בסיס פרשנות זו ללא בדיקת עמדתו של הצד האחר ליחסים.¹⁵¹ מודל ההסכמה הפוזיטיבית עשוי להטיל אחריות פלילית גם על אלה שאינם חושבים כלל על רצונותיה של האישה. כך המודל מגן על הערך החברתי החשוב של אוטונומיה מינית. יתרון נוסף, שאתיחס אליו בפרק הבא, הוא ההלימה שבין המודל לבין המשפט הפלילי ועקרונותיו. מדובר בכלי משפטי המאפשר להוכיח את הטענות הנטענות באמצעות ראיות. זאת ועוד, מדובר במודל

149 נתון רלוונטי בהקשר זה הוא שרוב הפגיעות המיניות מבוצעות עלידי אדם שמוכר לנפגע/ת. ראו Ian Ayres & Katharine K. Baker, *A Separate Crime of Reckless Sex*, 72 U. CHI. L. REV. 599, 621 (2005), המציגים מחקרים רבים שלפיהם רוב מקרי האינוס מבוצעים עלידי אדם שמוכר לנפגע (acquaintance rape). אחד המחקרים, למשל, הראה כי 84% ממקרי האינוס שבוצעו עלידי אדם מוכר (לא כולל בן משפחה) נעשו עלידי חבר או מכר. שם. מנתונים שפורסמו עלידי איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ונפגעי תקיפה מינית עולה כי 85% מכלל מקרי התקיפה מבוצעים עלידי אדם שמוכר לקורבן. הקטגוריה של "אנשים מוכרים" כוללת בני משפחה, חברים, מכרים, מורים, מטפלים, עמיתים ועוד. רוב מקרי האונס מתרחשים בבית הנפגע/ת או בביתו של התוקף.

150 Vandervort, לעיל ה"ש 3.

151 ס' 34(חא) לחוק העונשין קובע כי "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו".

שמתיישב עם עקרון האשמה ואינו מערער את היסוד הנפשי. נקודה זו משמעותית, שכן הצעות רבות שהוצעו בספרות קשות ליישום במישור הפלילי, כפי שהראה הדיון בפרק א.

4. הביקורת על המודל

חלק זה יעסוק בביקורת על מודל ההסכמה הפוזיטיבית ובניתוח הביקורת. את הביקורת ניתן לחלק לשתי קטגוריות: הביקורת המשפטית והביקורת החברתית התרבותית. הביקורת המשפטית עוסקת בכמה היבטים: האחד הוא השפעתו של המודל על היסוד הנפשי של הנאשם וסוגיית הפללתהיתר; היבט שני הוא שאלת גבולותיו של המשפט הפלילי; היבט שלישי הוא השימוש במשפט הפלילי למשטור אוכלוסיות מוחלשות; וההיבט הרביעי הוא יכולתו של המודל לסייע באופן משפטי לנשים המצויות ביחסי מרות וכוח. הביקורת החברתית-התרבותית עוסקת בהשפעת הדוקטרינה על הבניית המיניות הנשית ועל תפיסות חברתיות של מין ומיניות. אציג את הביקורות השונות ואת התשובה לביקורות. באמצעות התשובות לביקורות אפתח את הדיון במודל ההסכמה הפוזיטיבית.

(א) הביקורת המשפטית

טענה ראשונה שנשמעת היא כי יישום דוקטרינת ההסכמה הפוזיטיבית יאפשר הרשעה ללא עמדה נפשית המכוננת אשמה. נטען כי דרישה לנקיטת אמצעים סבירים לוודא הסכמה מכניסה רכיבים אובייקטיביים ליסוד הנפשי, והופכת את עברת האיננס לעברת רשלנות. לפי ביקורת זו, מודל ההסכמה הפוזיטיבית יפליל אנשים חסרי מחשבה פלילית. כך, למשל, אדם שהאמין כי האישה אינה אומרת כן כי היא "משחקת משחק" ומנסה למשוך אותו, ואשר המשיך עקב כך במעשה המיני, יחויב בפלילים בדיוק כמו אדם שהאמין כי האישה אינה אומרת כן כי היא אינה מעוניינת ובכל זאת המשיך באקט המיני (קרי, אדם עם מודעות מלאה לאי ההסכמה). לפי הביקורת, הראשון טעה טעות כנה וסבירה בפרשנות התנהגותה של האישה,¹⁵² אולם הדוקטרינה תמנע ממנו את הגנת הטעות.¹⁵³

דוגמה נוספת שניתנת היא אדם שקיים יחסי מין עם אישה שלא רצתה במין אבל לא הביעה מחאה או התנגדות ו"קיבלה את הדין".¹⁵⁴ האם, כך טוענים המבקרים, יש להפליל אדם זה, שסבר כי האישה מסכימה? האם יש להפליל אדם שלא התכוון להזיק לאישה? וגם אם התשובה חיובית, האם יש להטיל עליו עונש זהה לזה שנטיל על אדם שמקיים יחסי מין כאשר הוא יודע שהצד האחר אינו מסכים?¹⁵⁵

Kimberly Kessler Ferzan, *Consent, Culpability, and the Law of Rape*, 13 OHIO ST. J. 152 (2016). CRIM. L. 397, 419–23.

153 אשר מעוגנת בישראל בס' 34 לחוק העונשין.

154 הביטוי המדויק הוא acquiesce, אולם אין לו תרגום מוצלח בעברית.

155 ראו Kessler Ferzan, לעיל ה"ש 152, בעמ' 435.

ג'נט היילי, מהמבקרות החריפות של המודל, טוענת כי המודל יעודד נשים להתלונן על אונס בעקבות יחסי מין מוסכמים שבהם לא היה ביטוי להסכמה. הגבר, שקיים יחסי מין מוסכמים אולם לא וידא הסכמה, יורשע.¹⁵⁶ גם איה גרובר טוענת טענה דומה. לטענתה, מודל ההסכמה הפוזיטיבית ייצר הפללתיתר, שכן הוא יעודד דיווח במקרים של חוסר תקשורת בין הצדדים לאקט – מקרים שבעבר לא נתפסו (בעיקר לא עלידי נשים) כמקרים פליליים.¹⁵⁷

הביקורת השנייה מתכתבת עם הטענה הראשונה, ועוסקת בחשש מהרחבה של גבולות המשפט הפלילי. לפי ביקורת זו, מודל ההסכמה הפוזיטיבית "כניס" תחת המטרייה הפלילית התנהגויות מיניות שנתפסות כיום כנורמטיביות. הטענה היא כי מודל זה סוטה באופן משמעותי מנורמות מיניות המושרשות עמוק בחברה, בעיקר אצל צעירים, כגון מיניות "בלהט הרגע", יחסי מין חד-פעמיים בין זרים וכולי.¹⁵⁸ החלת המודל מהווה שימוש בכלי המשפטי הקיצוני ביותר – כלי שבצידו כתם בפלילים וסנקציות של שלילת חירות – לצורך שינוי של נורמות מיניות נורמטיביות והטמעת נורמות מיניות חדשות ורדיקליות. המחיר החברתי של הפללת אנשים שמורגלים בהתנהגות מינית (אשר נחשבת כאמור נורמטיבית מבחינה תרבותית וחברתית) הוא כבד מדי.¹⁵⁹

היבט נוסף של ביקורת זו עוסק ביעילות החקיקה ובשאלה אם ניתן בכלל, באמצעות משפט פלילי, לעשות טרנספורמציה משמעותית בהרגלי מיניות חברתיים ותרבותיים. נטען כי חקיקה שמחייבת שינוי התנהגותי רדיקלי של נורמה, ואשר בצידה סנקציות עונשיות חמורות (מה שקרוי "hard shove" laws), יעילה פחות מחקיקה "רכה" יותר שאינה מנסה לייצר שינוי דרסטי של נורמות במחלוקת (gentle "nudge" laws).¹⁶⁰ דן קהן, שמבקר את רפורמת ההסכמה הפוזיטיבית בארצות-הברית, טוען כי מאחר שאין קונסנזוס חברתי ותרבותי בנוגע להסכמה בעברות מין (למשל, לתפיסתו, לא כולם מסכימים עם הנורמה ש"לא משמעו לא", וחלק סבורים שלעיתים "לא משמעו כן"), הרפורמות בהגדרת עברות האונס, אשר ביקשו לקדם תפיסה מחמירה יותר של הסכמה, נתקלו בהתנגדות מצד סוכניה של מערכת אכיפת החוק, קרי, שוטרים, תובעים, שופטים ומושבעים.¹⁶¹ ככל שהנורמה הפלילית מחמירה יותר ומבקשת לייצר שינוי רדיקלי, טוען קהן, כן נטייתם של סוכנים אלה היא לאכוף אותה פחות או לייצר אכיפה חלקית. קהן סבור כי החקיקה בתחום של עברות מין ואלומות נגד נשים משקפת ביקורת פמיניסטית על נורמות חברתיות, אולם נורמות אלה לא השתנו עדיין, והביקורת עליהן לא השתרשה בקרב הפרטים בחברה. לפיכך חקיקה זו

Janet Halley, *The Move to Affirmative Consent*, 42 SIGNS 257 (2016) 156

.Aya Gruber, *Consent Confusion*, 38 CARDOZO L. REV. 415, 455 (2016) 157

ראו דיון להלן בחלק 4(ב).

Gruber, לעיל ה"ש 157.

Dan M. Kahan, *Gentle Nudges vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem*, 67

U. CHI. L. REV. 607 (2000)

שם, בעמ' 623–624.

אינה יעילה ואינה נאכפת.¹⁶² הדרך היעילה והראויה להילחם בנורמות בעייתיות היא באמצעות כלים "רכים" יותר, כגון חקיקה פלילית מקילה יותר¹⁶³ (למשל, שימוש בעברה של מעשה מגונה במקום בעברת האונס במקרים של יחסי מין ללא הסכמה אך ללא שימוש בכוח), או כלים שאינם מתחום המשפט הפלילי, כגון "ביוש ציבורי", צווי הגנה (בהקשר של אלימות במשפחה) ועוד.¹⁶⁴

אדון כעת בביקורות האמורות. כאמור, *טענה אחת* של הביקורת היא כי אימוץ המודל ישנה את המחשבה הפלילית ויהפכה לאובייקטיבית. אולם בדומה למודל הקנדי, הדרישה לנקיטת צעדים סבירים לוודא הסכמה עובר לאקט המיני מהווה שינוי של היסוד העובדתי של העברה; היא אינה *משנה* את המחשבה הפלילית הנדרשת בעברת האינסוס, ובהתאם אינה יוצרת אובייקטיביזציה שלה. המחשבה הפלילית נותרת סובייקטיבית ואינדיווידואלית, ועל התביעה מוטלת החובה להוכיח מודעות של הנאשם להעדר הסכמה.¹⁶⁵ להבדיל מהחקיקה האנגלית, ששינתה את היסוד הנפשי הנדרש בעברת האינסוס ויצרה מעין עברת אינסוס ברשלנות, המודל המוצע במאמר מתמקד ביסוד העובדתי ומשנה אותו, ואינו "הופך על פניה" את עברת האינסוס. כך תתאפשר הגנה טובה יותר על נפגעות ונפגעים של עברות מין במתחם הגבולות המשפטיים הפליליים המקובלים, מבלי לאתגר את העקרונות הבסיסיים של דיני העונשין הישראליים, ביניהם עקרון האשמה והסובייקטיביות של המחשבה הפלילית ועקרון החוקיות.

כאשר לטענה השנייה, בדבר הרחבת גבולות המשפט הפלילי והפללה של חפים מפשע כתוצאה משינוי המחשבה הפלילית, מניעת הגנת הטעות מנאשמים שלא ביררו הסכמה לפני המעשה מוצדקת הן מבחינה משפטית והן מבחינה מוסרית, ואין בה כדי למתוח יתר על המידה את גבולות המשפט הפלילי. מי שמקיים יחסי מין מבלי לברר את הסכמתה של שותפתו לאקט מוביל את עצמו למצב שבו הוא עלול לטעות בנוגע לרצונה ולהסכמתה. כאשר אדם מכניס את עצמו ביודעין לסיטואציה שבה הוא עלול לטעות, מבלי שנקט צעדים סבירים למניעת הטעות ומבלי שבדק אפשרויות למניעת הטעות, הגנת הטעות אינה צריכה לקום לו,¹⁶⁶ קל וחומר כאשר

162 שם, בעמ' 629.

163 שם, בעמ' 624.

164 שם, בעמ' 630.

165 Elizabeth A. Sheehy, *Judges and the Reasonable Steps Requirement: The Judicial Stance on Perpetration Against Unconscious Women*, in *SEXUAL ASSAULT IN CANADA: LAW, LEGAL PRACTICE AND WOMEN'S ACTIVISM* 483, 494–95 (Elizabeth A. Sheehy ed., 2012).

166 Remick, לעיל ה"ש 85. ניתן להשתמש בס' 34 ל^ד חוק העונשין על מנת לחזק טענה זו. עיניי זה מאפשר הטלת אחריות פלילית לעברה של מחשבה פלילית על מי שהוביל את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה למצב של העדר שליטה, של כורח או של צורך. במצב זה, גם אם הנאשם לא היה מודע לכך שהוא עלול לעבור עברה, מוטלת עליו אחריות פלילית, שכן הוא הביא את עצמו בהתנהגותו הפסולה לידי עשיית העברה, ובלבד שבנסיבות העניין היה אדם מן היישוב יכול להיות מודע לכך. כניסה ביודעין לסיטואציה שבה אדם עלול לטעות ולכפות מין על אדם אחר ללא הסכמתו דומה

השלכותיה של הטעות כה הרסניות לגבי אדם אחר. באמצעות סטנדרט של הסכמה פוזיטיבית ודרישה לנקיטת צעדים סבירים לוודא הסכמה זו, יהיה קל להימנע מטעות בפרשנות הסיטואציה שתגרום למין בכפייה ולנזק קשה.¹⁶⁷ יתרה מזו, לפני היוזם מגע מיני עומדות כל האפשרויות לבדוק את עמדותיו, תחושותיו ורצונו של הצד האחר, שכן האחרון נמצא לצידו, ומה פשוט וקל יותר מלברר עימו את האמור?¹⁶⁸ טענתה של היילי כי נשים "ירוצו" להתלונן במקרים שבהם הן הסכימו למעשה לקיום יחסי המין מבטאת תפיסה פטריארכלית ומסוכנת של נשים, שלפיה נשים מעלילות עלילות-שווא של אונס גם במקרים שבהם הן הסכימו לקיום יחסי המין. כך או כך, בדיקה של יוזם המגע המיני תאפשר לצד האחר להביע הסכמה, וכך תסייע לו גם במצבים שהיילי מתארת.

בשיטות משפט רבות, כגון אלה של אנגליה, סקוטלנד, נירזילנד וחלק ממדינות אוסטרליה, כמרגם בספרות האקדמית, מקובל לראות אדם שקיים יחסי מין ללא אמונה סבירה בנוגע לחופשיות ההסכמה כאדם עם אשם מוסרי.¹⁶⁹ תפיסה זו אינה רדיקלית ופרטים בחברה יכולים בקלות להזדהות איתה, להבדיל מטענתו של קהן כי מודל ההסכמה הפוזיטיבית אינו מתיישב עם נורמות מיניות מקובלות. הנורמה שלפיה יוזם מגע מיני צריך לוודא כי הצד האחר מעוניין אף הוא ביחסי המין אינה נורמה רדיקלית. נהפוך הוא, היא מתיישבת עם תפיסות של מיניות שוויונית ומהנה, ועם הערך של אוטונומיה מינית. לא רבים האנשים שמעוניינים לקיים יחסי מין עם אדם שאינו משתף פעולה ואינו מבטא את תחושותיו ורגשותיו בנוגע למין. אינטראקציה מינית שיוזם אדם אשר אינו בודק את רצונותיו של הצד האחר – או מפרש שתיקה, "קבלת דין" או העדר פעולה יוזמה כלשהי כהסכמה – אינה נתפסת כנורמטיבית וכרצויה.

יש אף המגדילים לעשות וטוענים כי בעצם העובדה שמוכחת איהסכמה יש כדי לבסס אשם, ואין צורך לבדוק את המחשבה הפלילית.¹⁷⁰ גישות נורמטיביות קובעות

לסיטואציה שבה אדם, בהתנהגותו הפסולה, מוביל את עצמו למצב של העדר שליטה ועובר עברה פלילית.

Jennifer Temkin, *The Limits of Reckless Rape*, 5. CRIM. L. REV. 15 (1983) 167

“Consent is a matter of present fact, not of potential future consequences. There are only two legally relevant possibilities: consent is given or it is not. There is a discrete method, available to virtually everyone, of clarifying any ambiguities: actual verbal inquiry. And the one person who possesses the necessary information is, after all, right there. In such circumstances, there can be no unfairness in requiring the actor to inquire into consent with the degree of care of which he is personally capable.” Toni Pickard, *Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime*, 30 U. TORONTO L.J. 75, 81 (1980) 168

Wendy Larcombe et al., *I Think It's Rape and I Think He Would Be Found Not Guilty*: Focus Group Perceptions of (un)Reasonable Belief in Consent in Rape Law, 25 SOC. & LEGAL STUD. 611, 614 (2016) 169

“If there is sufficient evidence to satisfy a jury consent was absent, can it not be argued that this is sufficient to distinguish, in terms of culpability, the mistaken defendant from those men who have never had sexual intercourse with a woman who was not 170

כי עצם העובדה שהאדם פועל בצורה אנטי-חברתית ומפר נורמות מוסריות בסיסיות מצביעה על אשמה ומאפשרת ענישה. לפי גישות אלה, שמאגרות את הרעיון של מודעות, גם אם לאדם אין מודעות ברורה להתנהגותו, בעובדה שהוא מתנהל באופן אנטי-חברתי יש כדי לבסס אשמה.¹⁷¹ גישה "מרוככת" יותר קובעת כי אם אדם אינו שת ליבו לנסיבות העברה משום שהוא אינו אכפתי לנסיבות, אדיש לנסיבות ואינו מתעניין בהן, ובהתנהגותו זו הוא פוגע בנפגע עברה, אזי יש להשית עליו אחריות פלילית. כאשר אדם בוחר להתנהל בצורה אנטי-חברתית, כאשר הוא אדיש לערכים חברתיים, אינו מתעניין בהם ומפר אותם, הוא בראשמה גם אם אין לו מודעות.¹⁷² גיא בן דוד מציע להכיר במצבים מסוימים של "חלל תודעתי" כמקרים אחריות פלילית, בין היתר בשל העובדה שחוק העונשין אינו מכיל מורכבויות חברתיות ואנושיות, ומייצר הבחנה בינרית בין מודעות להעדר מודעות. כך, חוק העונשין אינו משקף את היחס הנפשי האמיתי הפסול של העושה לערכים מוגנים.¹⁷³

שינוי המחשבה הפלילית והדיון במתח שבין סובייקטיביות לאובייקטיביות בנוגע ליסוד הנפשי אינם עומדים במרכזו של מאמר זה, אולם ראוי לציין כי יש בגישות אלה כדי לחזק את המענה לביקורת הנוגעת במחשבה הפלילית של הנאשם. הטלת אחריות גדולה יותר על יוזם מגע מיני לתת דעתו לנסיבת ההסכמה, באמצעות יסודות אובייקטיביים, וכן סטייה מעקרון האשם הסובייקטיבי הטהור בעברות מין מעוגנות בהבנה כי עברות מין מתקיימות בזירה ייחודית ושונה מזירות פליליות אחרות. זירה זו מושפעת מתפיסות חברתיות סטריאוטיפיות בנוגע למין ומגדר, וקשורה בעבותות למבני כוח חברתיים, תרבותיים, מעמדיים וכלכליים. הדבר נתפס כמהלך מוצדק וראוי, על-ימנת לקדם את הערך של אוטונומיה מינית עליידי המשפט הפלילי.¹⁷⁴ תיקון היסוד העובדתי של העברה באמצעות דרישה לנקיטת צעדים סבירים יחייב אדם לתת דעתו לנסיבות האינטראקציה המינית, קרי, לשאלה אם שותפתו למעשה

consenting? If the defendant is so out of touch with the reality of the situation, is there not a suggestion that he should take more care to ensure that his sexual partner is willing? Social protection might be better served by the punishment of a defendant who failed to acquaint himself with this (seemingly) elementary fact." Celia Wells,

Swatting the Subjectivist Bug, 1982 CRIM. L. REV. 209, 217

171 הגישות הנורמטיביות מבוססות על תיאוריות פסיכולוגיות מודרניות המתייחסות לתת-מודע ולהשפעתו על תהליך קבלת ההחלטות של האדם. המחזיקים בגישות אלה מתמקדים בשאלה אם ניתן בכלל לערוך הבחנה בין מודעות לאי-מודעות (שהיא הבסיס למחשבה פלילית בעברות שאינן רשלנות), וזאת על רקע מורכבותו של תהליך קבלת ההחלטות אצל האדם. לפי גישות אלה, כאמור, גם אם לאדם אין מודעות ברורה להתנהגותו, בעובדה שהוא מתנהל באופן אנטי-חברתי יש כדי לבסס אשמה. ראו שלמה אישון **סייגים לאחריות פלילית** (נחום רקובר עורך, 2009).

172 גיא בן דוד "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה" **דין ודברים** ט 367, 386–387 (2016).

173 שם, בעמ' 387.

174 ראו Munro, לעיל ה"ש 117 בעמ' 945: "While this represents a (not uncontroversial) departure from ordinary standards of criminal responsibility, it was accepted that there were peculiar and legitimate grounds for holding defendants to a higher level of accountability in the rape context"

מסכימה לקיום יחסי המין. דרישה זו מהווה מעין "שומר־סף" אשר "מזהיר" את יוזם המגע המיני לבל יחל ביחסים מבלי לשים לב, להתייחס ולהיות קשוב לנפגעת. גם אם יש בתיקון זה כדי להשפיע על הלך־הנפש של הנאשם, בכך שהוא מגביל אותו מלטעון את טענת הטעות, המודל אינו משנה את הגדרת המחשבה הפלילית הנדרשת בעברת האינוס (אשר נותרת מודעות או עצימת עיניים), ואינו כולל יסודות אובייקטיביים בהגדרתה. הוא אינו יוצר עברה פלילית חדשה, אינו מפליל אנשים ללא מחשבה פלילית, ואינו מאתגר את עקרון האשם במשפט הפלילי. כל שהשינוי עושה הוא להוסיף נטל הבאת ראיות על הנאשם, אשר מתיישב עם עקרונות המשפט הפלילי.

המודל אף אינו מציב נורמה התנהגותית רדיקלית או חריגה לתפיסות החברתיות של מיניות ראויה ורצויה, ומתיישב עם נורמות של מיניות שוויונית. גם נשים שמעוניינות במין לא־רגשי, חד־פעמי, עם אדם זר, ללא שיחה או היכרות לפני או אחרי האינטראקציה המינית, מעוניינות שהצד האחר יהיה קשוב למה שהן רוצות ושהמין (החד־פעמי, נטול הרגש והאינטימיות) יהיה לאחר שהצד האחר וידא כי זה אכן מה שהן מעוניינות בו.

היבט שלישי של הביקורת המשפטית עוסק בשימוש של הפמיניזם הרדיקלי במשפט הפלילי. הטענה היא כי שימוש זה אפשר לכוחות שמרניים לנצל את רעיונות הפמיניזם כדי למשטר אוכלוסיות מיעוט.¹⁷⁵ הפמיניזם הרדיקלי, אשר החל את דרכו כתנועה שמאתגרת את המדינה ומוסדותיה ומבקר את האופן שבו המדינה משמרת יחסי כוח חברתיים, חבר למדינה ואימץ ערכים שמרניים.¹⁷⁶ אלה מבטאים ומקדמים את מודל מניעת הפשיעה, משמע, מעצרים רבים, ענישה מחמירה והגדלת הפיקוח המדינתי.¹⁷⁷ הבסיס לטיעון זה הוא שהמשפט הפלילי המודרני שם דגש בענישה

175 HALLEY, לעיל ה"ש 49, בעמ' 17–22 (הטוענת כי ההתמקדות בשיח הפמיניסטי מעלים את הבעיות היומיומיות שנשים נתקלות בהן); JEANNIE SUK, AT HOME IN THE LAW: HOW THE DOMESTIC VIOLENCE REVOLUTION IS TRANSFORMING PRIVACY 6 (2009) (הטוענת כי ההקשחה בחקיקה הפלילית של אלימות במשפחה הובילה לתוצאות בלתי־צפויות מבחינתן של קורבנות אלימות במשפחה, אשר פגעו באוטונומיה ובפרטיות שלהן); Aya Gruber, *Rape, Feminism, and the War on Crime*, 84 WASH. L. REV. 581, (2009) 50–64 (הטוענת כי בשל מדיניות שמחייבת מעצרים והעמדה לדין בעברות של אלימות במשפחה, חלק מהנשים הקורבנות נפגעות מהכוח של התביעה, שכן הן נעצרות על־ידי המשטרה אם הן אינן משתפות פעולה, חוות קשיים כלכליים עקב מעצרו של בן־הזוג האלים, חוות פירוק של המשפחה ועוד).

176 Janet Halley et al., *From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism*, 29 HARV. J.L. & GENDER 335 (2006) (המציגות את התיאוריה שהן מכנות "governance feminism" ככינוי לפמיניזם הרדיקלי ש"משתף פעולה" עם המדינה ומוסדותיה, בעיקר עם המשפט הפלילי); Janet Halley, *Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law*, 30 MICH. J. INT'L L. 1 (2008).

177 הרברט פקר תיאר שני מודלים של ההליך הפלילי: האחד, מודל ההליך ההוגן, השם דגש בזכויות של חשודים ונאשמים; והאחר, מודל מניעת הפשיעה, המבקש לתת

ובגמול, ומתמקד בעיקר בקבוצות מיעוט – מהגרים, עניים ושחורים (ובהקשר הישראלי – מזרחים, אתיופים וערבים).¹⁷⁸ גרובר משתמשת בתיאוריה של קהן לעיל וטוענת כי אכיפה חלקית על-ידי התובעים ושאר סוכניה של מערכת אכיפת החוק היא בעייתית. נוסף על ההשלכות הבעייתיות של אכיפה חלקית על האינטרס החברתי של הכוונה התנהגות ושמירה על בטחון החברה, אכיפה חלקית מכוונת לאוכלוסיות מוחלשות, ורוב האזרחים לא יושפעו כלל מאותה נורמה עונשית חדשה.¹⁷⁹ כמרכן, נוסף על כך שהמודל מהווה למעשה שיתוף-פעולה של הפמיניזם במשטרו של אוכלוסיות מיעוט, הטענה היא כי הוא מבטא חבירה נוספת של הפמיניזם למשפט הפלילי על-מנת לטפל בעברות מין. המודל ייצר הרשעות רבות יותר, יבוא על-חשבון טיפול בפערי כוח חברתיים ושיקום, וכך יסתור את המטרה הפמיניסטית של צדק חלוקתי, צמצום פערי כוח ושוויון.¹⁸⁰

טענה זו מתעלמת ממצאות מורכבת יותר. בעוד שהתנועה הפמיניסטית הדגישה את הבעייתיות ביחסם של המשפט הפלילי ושל החברה לנפגעות עברות מין ואת ההיסטוריה הפטריארכלית של עברת האינוס, וביקשה לחשוף את מגוון הסוגים של כפייה מינית, תנועות שמרניות בארצות-הברית התמקדו בנרטיב של "האנס הזר", על משמעויותיו הבעייתיות ביחס לגברים מקבוצות מיעוט (שנתפסים כאנסים פוטנציאליים). הגישה של "tough on crime" הובילה רפורמות שביקשו להחמיר בענישה על עברות מין.¹⁸¹ התנועות הפמיניסטיות התנגדו לרפורמות אלה, בהדגישן, בין היתר, כי ענישה מחמירה עלולה להרחיק נפגעות מדיווח.¹⁸²

אין חולק על החסרונות הגלומים בשימושייתר במשפט הפלילי, אשר אחד מהם הוא אכיפה לא-שוויונית של המשפט הפלילי כלפי אוכלוסיות מיעוט. רצוי גם לשלב רפורמות חקיקתיות עם כלים חינוכיים.¹⁸³ ככלל, המשפט הפלילי אינו הזירה

סמכויות נרחבות למשטרה ולתביעה במטרה לחזק את אכיפת החוק ואת השמירה על הסדר הציבורי. ראו Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1 (1964).

Richard Delgado & Jean Stefancic, *Critical Perspectives on Police, Policing, and Mass Incarceration*, 104 GEO. L.J. 1531 (2016); James Forman, Jr., *Children, Cops, and Citizenship: Why Conservatives Should Oppose Racial Profiling*, in INVISIBLE PUNISHMENT: THE COLLATERAL CONSEQUENCES OF MASS IMPRISONMENT 150, 151 (Marc Mauer & Meda Chesney-Lind eds., 2002).

Gruber, לעיל ה"ש 157, בעמ' 446–447.

JONATHAN SIMON, GOVERNING THROUGH CRIME: HOW THE WAR ON CRIME TRANSFORMED AMERICAN DEMOCRACY AND CREATED A CULTURE OF FEAR 177 (2007).

Michelle J. Anderson, *Campus Sexual Assault Adjudication and Resistance to Reform*, 125 YALE L.J. 1940, 1954–59 (2016).

שם, בעמ' 1957–1958.

183 בעניין זה יפים הדברים הבאים: "The law can change the meaning of rape/sexual assault in the statute books, but changing its meaning in practice is another matter. The same values and beliefs about sexuality and attitudes to women underlie the reasons why men rape, and impact on the prosecution of sexual offences, the trial and penal

האידיאלית לטיפול בעברות מין. להליך הפלילי האדוורסרי יש מגבלות הן בהגנה על נפגעי עברה, הן במניעת הישנות עברות והן בקידום צדק. אלה הולידו את הפלורליזם המאפיין את המשפט הפלילי המודרני, אשר מאפשר לנפגעי עברה ולנאשמים לפנות להליכים המצמצמים את האדוורסריות של ההליך ואת השימוש במשפט הפלילי המסורתי לפתרון בעיות.¹⁸⁴

עם זאת, האם לנוכח האמור אנו צריכים לזנוח את המשפט הפלילי? תפקידו הראשון של המשפט הפלילי הוא הכוונת התנהגות. כל עוד איננו מחליטים לזנוח כליל את המשפט הפלילי, איננו יכולים להתעלם מתפקידו, ממחויבותו ומיכולתו לשנות נורמות התנהגותיות ולהגן על אנשים מפני חדירה לגופם ולנפשם ללא בדיקת הסכמתם לכך. המשפט הפלילי מגן על ערכים חברתיים מוסכמים ומקדם נורמות חברתיות שנתפסות כראויות. נכון לעת הזו, הוא עדיין הזירה המרכזית שבה עושים זאת. כפייה מינית ללא בדיקת הסכמה היא מההתנהגויות החברתיות החמורות ביותר, וראוי להישאר בזירת המשפט הפלילי על-מנת לטפל בה. גם הכלים הנוספים שצוינו לעיל ראויים, אך בצידו של המשפט הפלילי, ולא במקומו. נוסף על כך, כפי שנדון קודם, רוב הנפגעות והנפגעים של עברות מין אינם פונים כלל למשפט הפלילי, וגם כאשר הם פונים, רוב התלונות נסגרות, ואינן מתגבשות לכלל כתבי אישום. חיזוק נורמות חקיקתיות ושליחת מסר באמצעות שימוש במשפט הפלילי עשויים להגדיל את מספר הנפגעים הפונים למערכת המשפט.

ההיבט הרביעי של הביקורת המשפטית הוא שהסכמה פוזיטיבית לא תוכל להגן על נשים המצויות ביחסי כוח, מרות ושליטה. אחד המאפיינים של מערכת יחסי כוח עשוי להיות נטרול יכולת הבחירה של הצד החלש. כך, פערי כוחות עלולים לגרום לכך שאישה תאמר כן גם אם היא אינה מעוניינת בקשר המיני. תפיסה זו באה לידי ביטוי בפסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה לפני כעשור, שם הגדיל בית-הדין וקבע כי גם אם האישה יזמה את הקשר האינטימי, אין בכך כדי לבטא הסכמה, וזאת לנוכח פערי הכוח האינהרנטיים ליחסי מרות.¹⁸⁵ במקום אחר ובהקשר אחר אמר השופט דנציגר, בדעת מיעוט, כי כאשר שוטר מעכב אדם לצורך חיפוש, הסכמתו של האדם

process making it difficult to shift the boundaries between lawful sex and sexual assault. A widespread change to community attitudes through education and other media is needed so that sexuality is seen as an expression of equal sharing relationships." Kate Warner, *Sexual Offending: Victim, Gender and Sentencing Dilemmas*, in *ISSUES IN AUSTRALIAN CRIME AND CRIMINAL JUSTICE* 247 (Duncan Chappell & Paul Wilson eds., 2005). יש הסבורים כי בתי-המשפט אינם יכולים לקדם שינוי חברתי מסוג זה. ראו GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (2nd ed. 2014).

184 למשל, הליכי צדק מאחה, גישור פלילי, בתי-משפט פותרי בעיות ועוד. ראו, לדוגמה, Hadar Dancig-Rosenberg & Tali Gal, *Restorative Criminal Justice*, 34 *CARDOZO L. REV.* 2313 (2013); Brenda Bratton Blom, Julie Galbo-Moyes & Robin Jacobs, *Community Voice and Justice: An Essay on Problem-Solving Courts as a Proxy for Change*, 10 *U. MD. L.J. RACE, RELIGION, GENDER & CLASS* 25 (2010).

185 ע"ע (ארצי) 274/06 פלונית – אלמוני (פורסם בנבו, 26.3.2008).

לחיפוש לעולם אינה חופשית. בשל פערי הכוחות האינהרנטיים לסיטואציה זו (העובדה שמדובר בשוטר מול אזרח ובסיטואציה שבה חירותו של האזרח בסכנה), לאדם המעוכב אין כלל יכולת בחירה חופשית אם להסכים לחיפוש אם לאו, ולפיכך, לגישת דנציגר, יש להניח כי זו אינה קיימת.¹⁸⁶ לפי תפיסה זו, פערי כוחות עלולים לאיין לחלוטין את חופשיות ההסכמה, ובמצב זה הסכמה פוזיטיבית אינה אפשרית לקיום וליישום.

אכן, פערי כוח יכולים להאליים ולהעלים את קולה של האישה, כך שגם הסכמתה לאו הסכמה תהא. דרישת ההסכמה הפוזיטיבית לא תוכל להדוף ביקורת זו במלואה ולא תנטרל לגמרי יחסי כוח, שכן פחד עלול לאיין את יכולתה של האישה להגיב תגובה אותנטית. עם זאת, דרישת ההסכמה הפוזיטיבית עשויה לתרום בצורה משמעותית לצמום פגיעותן של נשים המצויות ביחסי כוח. ראשית, בעצם ההתייחסות לצד האחר ובדיקת הסכמתו ורצונו בנוגע לאקט המיני יש כדי לתת כוח לאותו צד, במיוחד לנשים במצבי מוחלשות מובהקים. העובדה שהחוק מטיל חובה על יוזם המגע המיני לבדוק את עמדתו ורצונותיו של אדם מוחלש ופגיע בנוגע לאינטראקציה המינית שולחת מסר חשוב שמחזק את מעמדו וחשיבות קולו של הנפגע. פרדיגמה של הסכמה המבוססת על תקשורת, על הידברות, על קשר קומוניקטיבי בין הצדדים, תסייע בצמצום יחסי אישוויון. נוסף על כך, החובה לוודא הסכמה לפני המעשה המיני באמצעות צעדים סבירים תוסיף מעין "שלב" באינטראקציה, וכך לאישה יהיה המקום והזמן להביע את עמדתה, ולא להיכנע ללא אפשרות תגובה. לבעל הכוח יהיה קשה יותר להסתמך על כניעה, שכן הוא יחויב לבדוק ולבחון מה הצד האחר רוצה. בפרשת נסאר, שהוזכרה מוקדם יותר,¹⁸⁷ דרישה של הסכמה פוזיטיבית הייתה עשויה למנוע את הפגיעה. וידוא הסכמתו של המתלונן על-ידי הנהג ומתן מרחב למתלונן להביע את רצונו הייתה עשויה להפיח בו אומץ לומר "לא", למרות החשש שהיה שרוי בו.

(ב) הביקורת החברתית-התרבותית

הביקורת החברתית-התרבותית מתמקדת בהשפעה השלילית שיש למודל ההסכמה הפוזיטיבית על הבניית המיניות הנשית בחברה ובתרבות ועל תפיסות חברתיות של מין ויחסים בין המינים.

טענה ראשונה בהקשר זה היא שמודל המיניות המבוטא בדוקטרינת ההסכמה הפוזיטיבית סותר את הנורמות המיניות החברתיות המקובלות. המבקרים מבססים טענה זו על מחקרים בתחום המיניות שמראים כי אנשים בכלל, וצעירים בפרט, אינם מקיימים תקשורת מילולית בנוגע ליחסי מין. גרובר, למשל, מציגה מחקרים שלפיהם

186 רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, פס' 14 לפסקדינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 6.3.2012). כנגד דעת מיעוט זו קבעה השופטת ביניש כי האוטונומיה של האדם שהחברה מבקשת להגן עליה מפני פגיעה היא האוטונומיה המאפשרת לו לוותר על זכויות מסוימות (במקרה דנן – הפרטיות).
187 ראו לעיל ה"ש 138 והטקסט שליטה.

הגישה המועדפת על גברים ונשים כאחד היא לבטא הסכמה בדרך לאימילולית. רוב האנשים נותנים ביטוי לאימילולית להסכמתם לקיום יחסי מין בכך שהם אינם מתנגדים, מאפשרים לצד האחר להפשיט אותם, אינם אומרים "לא" או אינם מפסיקים את השותף לאינטראקציה המינית.¹⁸⁸ יש סיטואציות מיניות רבות שבהן, בלהט התשוקה, הצדדים אינם מקיימים תקשורת מילולית כלל. דרישה ל"הפסקה" באינטימיות הפיזית על-מנת לבדוק הסכמה ולקבלה, כך טוענים המבקרים, אינה מותאמת לתהליך מיני, אשר מטבעו מתפתח, משתנה ומתגבר בעוצמתו הפיזית והרגשית. בהקשר זה נטען גם כי קיימת בעיה עם "מיקום" הדרישה להסכמה פוזיטיבית. אם נדרשת הסכמה פוזיטיבית בכל שלב במהלך האקט המיני, יש בכך פגיעה בדינמיקה הייחודית של מין, שהרי אקט מיני הוא מטיבו ומטבעו דינמי ומשתנה. אם, לחלופין, יש למקם את הדרישה לפני האקט המיני, אזי נדרשת עצירה מלאכותית של היחסים, אשר פוגעת אף היא בדינמיקה גמישה של מין.

טענה נוספת היא כי עולם שבו יחסי מין מוסדרים עד הרכיב האחרון לא רק סותר את הנורמות המיניות המקובלות, אלא גם אינו עולם של מיניות אידיאלית. דרישה לוודא הסכמה פוזיטיבית תבטל את התשוקה ותחסל את ה"heat that draws us toward our desires".¹⁸⁹ תפיסות הסכמה המדגישות תקשורת, שיתופיות והדדיות, כמו אלה שהוצגו בפרק הראשון, מבטאות מיניות ללא תשוקה, וככזו היא מיניות שאינה אותנטית ואינה חיובית.¹⁹⁰

היבט נוסף של הביקורת על הבניית המיניות הוא שהסכמה פוזיטיבית מבטאת תפיסה שמרנית של מין ומיניות, שלפיה יחסי מין חייבים להיבנות לפי תבניות ברורות, ללא כל אפשרות לסטות מהן. דוקטרינה זו, כך נטען, מחזירה אותנו לפרדיגמה ההיסטורית השמרנית של מיניות, יחסי מין ויחסים בין גברים לנשים.

היבט רביעי של הביקורת מתייחס למיצובה של האישה כסבילה וכתגובתית. לפי מודל זה, הגבר הוא היוזם והפעיל; הוא שמניע את האקט המיני ומשפיע עליו; הוא שעוצר את האינטראקציה המינית ובודק/מוודא הסכמה. האישה נשאלת, ולא שואלת; היא מחכה ליוזמה, ולא יוזמת. לפי ביקורת זו, הסכמה, מטיבה ומטבעה, מניחה תגובתיות של האישה, אשר "מחכה" ליוזמה של הגבר על-מנת להביע את יחסה לסיטואציה. התוצאה היא שהגברים נתפסים כאחראים הבלעדיים לאינטראקציה המינית, והנשים רק מגיבות.¹⁹¹

הטענה החמישית של הביקורת החברתית-התרבותית מתכתבת עם גישות של מיניות חיובית וגישות קוויריות ופוסט-מודרניות שהוצגו בפרק א. לפי ביקורת זו, דוקטרינת הסכמה הפוזיטיבית מהווה ביטוי (בעייתי) לחיבור בין מין לדיכוי,

Terry P. Humphreys & Mélanie M. Brousseau, *The Sexual Consent Scale-Revised: Development, Reliability, and Preliminary Validity*, 47 J. SEX RES. 420, 421 (2010).

189 Franke, לעיל ה"ש 48, בעמ' 207.

190 Gruber, לעיל ה"ש 175, בעמ' 611-614.

191 HALLEY, לעיל ה"ש 49.

והופכת נשים לחסרות ישע. דרישה להסכמה פוזיטיבית מונעת מנשים העצמה מינית, ודוחקת סממנים של מיניות חזקה ומהנה.¹⁹² מין הוא פעולה מחזקת ומעצימה המאפשרת שחרור וביטוי של תשוקה, ולפיכך חשדנות וזהירות בנוגע לחופשיות ההסכמה של נשים בסיטואציות מיניות מחלישות נשים, ופוגעות בתשוקה ובפוטנציאל ההעצמה של נשים הגלום במין. יותר מכך, החיבור התמידי בין מין לסכנה מונע מנשים את המשאבים לפתח יכולות התנגדות, כלים לביטוי עצמי, וככלל יכולת לעמוד על שלהן באינטראקציות מיניות, ולכך יש השלכה על מיתוגן של נשים כקורבנות תמידיים. נוסף על כך את התפיסה של גישות אלה כי החיבור בין סכנה למין אינו שלילי. דרישה לוודא הסכמה מפורשת של אישה משמעה התייחסות לנשים כאל ילדות חסרות ישע שאינן יכולות לעמוד על דעתן ולסרב כאשר הן אינן מעוניינות בקשר מיני, ואשר אינן מסוגלות לעצב את האינטראקציה המינית. התייחסות זו מקבעת סטריאוטיפים מגדריים.¹⁹³ הדגש בכיקורת זו הוא בשלילת האוטונומיה של נשים (autonomy) והעצמאות שלהן (agency).

אשיב כעת על הביקורות האמורות. מודל ההסכמה הפוזיטיבית אינו מבקש לייצר משאומתן באינטראקציה המינית או למשטר פעולות מיניות. המודל מושתת על התפיסה כי השתתפות באקט מיני מעוגנת ברצון של שני הצדדים ליטול בו חלק, ובכך מקדם תפיסה של יחסים מיניים כחסיים המושתתים על שוויון מיני ורצון, ולא על כפייה וכוח. לפי גישות ה־pro-sex והמיניות החיובית, מין מתקשר לתשוקה, לכוח, לשחרור מיני ולעוצמה נשית. התיאורטיזציה של הסכמה שגישות אלה מקדמות מתמקדת בחיוביות של יחסי המין, קרי, ברצון לקיים. מודל של "כן זה כן", שמבקש לבחון מה האישה רוצה, במה היא מעוניינת ומהן תחושותיה ומחשבותיה בנוגע ליחסי המין, הוא תוצר ישיר של תפיסות של מיניות שוויונית ורצויה, ולא כלי שמדכא מיניות משחררת ומשוחררת, כפי שגישות אלה טוענות.

הסכמה פוזיטיבית מבקשת לייצר מקום שוויוני לשני הצדדים ביחסים, ומתמקדת בחשיבותה של תקשורת (בין מילולית ובין לא-מילולית), כפי שהורחב בפרק א, וב"יחסי אנוש" בין הצדדים, כדברי השופט חשין בפרשת טייב.¹⁹⁴ הדגש הוא בהתייחסות לצד האחר, בהתחשבות ברצונותיו ובקיום יחסי מין כאשר שני הצדדים

192 Aya Gruber, *A "Neo-feminist" Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform*, 15 J. GENDER RACE & JUST. 583 (2012); Kathryn Abrams, *Sex Wars Redux*:

Agency and Coercion in Feminist Legal Theory, 95 COLUM. L. REV. 304, 311 (1995)

193 ביקורת דומה הובעה ביחס לרפורמות המשפטיות בתחום האלימות נגד נשים במשפחה. גם שם נטען כי הרפורמות פטרנליסטיות, מאלימות את קולן של נשים, ומעלימות את צורכיהן, רצונותיהן ודרישותיהן. כך, למשל, נטען כי נפגעות אלימות רבות אינן מעוניינות במדיניות המחייבת את התביעה להגיש כתבי אישום או במדיניות המחייבת את המשטרה לעצור את הגבר האלים, ומרגישות כי מדיניות פטרנליסטית זו מפקיעה מהן את יכולת הבחירה באיזה אופן להתמודד עם האלימות. ראו Suk, לעיל ה"ש 175; Gruber; לעיל ה"ש 175; הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ' "כשאהבה כואבת": על דילמת ההתחשבות בבקשתן של נשים החיות בצל האלימות להקל בענישת הפוגע" **מחקרי משפט** כו 589, תת-פרקים 33–42 (2010).

194 עניין טייב, לעיל ה"ש 55, בעמ' 317.

מעוניינים בכך ומודעים לעניין ולרצון של הצד האחר. יצוין שגם אם הרומנטיקה או היצרים עלולים להיפגע בחלק מהמקרים מאימוץ המודל (ואין סיבה שייפגעו), וגם אם חקיקה מסוג זה תגבה מחיר מאלה המעדיפים יחסי מין נטולי "תקשורת", מדובר במחיר נמוך בהשוואה למחיר הכבד של כפייה מינית.¹⁹⁵

צעדים פעילים וסבירים עובר ליחסי המין אינם חתימה על חוזה כתוב. הם יכולים להתמצות בשאלה קצרה – "את בעניין?" , "את רוצה?" , "נלך על זה?" , "בא לך?" , "מה את רוצה?" , "אפשרי?" – ובתשובה קצרה עוד יותר: "כן" , "אני רוצה" , "בא לי" , "איזה כף שנעשה סקס" , ושלל אמירות ססגוניות מסוג זה. אפשרויות לא מילוליות יכולות להיות הנהון, התפשטות יזומה מבגדים, משיכת השותף לכיוונה והפשטתו מבגדיו, ופעולות מסוג זה. הדרישה שבלהט החושים יידרש יום המגע המיני לשאול שאלה או לנקוט פעולה אחרת ש"עוצרת" את האקט המיני ומודאת הסכמה אינה בעייתית, שמרנית או הורסת רומנטיקה ומין, אלא מקדמת מפגש מיניות קומוניקטיבי, יחסים שוויוניים בין שני הצדדים ומין מוסכם. ברי כי אם הצד האחר מעוניין באקט המיני ומביע עניין והסכמה, תקשורת מעין זו תהיה קצרה וממצה ואפילו שולית במהלך הכולל של הדברים. אולם ככל שמדובר באינטראקציה מינית שבה לא ברור, לא ידוע או לא מובן אם הצד האחר מסכים לאקט המיני ורוצה בו (וסיטואציות מיניות רבות אכן מתאפיינות בעמימות תקשורתית), או בסיטואציה שבה הצד האחר חלש ופגיע יותר בשל פערי כוח הנובעים מיחסי תלות, מרות או שליטה (יחסים שקיים בהם פוטנציאל ממשי לניצול כוח), התקשורת בין הצדדים תתפוס מקום רשמי, מרכזי ואף חשוב יותר, ותגן על צד אחד מפני כפייה מינית מכיוונו של הצד האחר. לפיכך אין לחשוש מהרס הרומנטיקה או מביטול היצר והשלהוב המיני.

גם מיקומה של הדרישה אינו בעייתי. כדי שיחסי מין יהיו מוסכמים, צריך שתהיה הסכמה לכל אורכם של יחסי המין ובכל שלב. אולם כדי שיחסי מין ייהפכו לאינוס, נדרשת מודעות של הצד האחר להעדר יסוד של הסכמה. כך, הסכמה לקיום יחסי מין לפני תחילת האקט מעניקה לצד האחר את האישור לקיום יחסי מין ומייצרת מין מוסכם. בכל עת נותן ההסכמה רשאי לחזור בו מהסכמתו, אלא שעליו לתת ביטוי ברור לשינוי הלבבות, שאם לא כן חזקה עליו שהסכמתו בתוקף. אם לא ניתן ביטוי

195 אלן דרשוביץ משתמש בעיקרון שהתווה הרמב"ם שלפיו עדיף עשרה רשעים חופשיים מצדיק אחד כלוא על-מנת להסביר את חשיבותה של הסכמה פוזיטיבית, גם אם היא כרוכה במחיר מסוים: "We can slightly alter the concept when speaking of sexual assault and come to the conclusion that it is better that 10 acts of potentially welcome sex be avoided than that even one act of nonconsensual sex occur. Put more simply, we should always err on the side of being absolutely certain that our potential partners have, in fact, consented." Alan Dershowitz, *Innocent Until Proven Guilty? Not Under 'Yes Means Yes'*, WASH. POST (Oct. 14, 2015), https://www.washingtonpost.com/news/in-theory/wp/2015/10/14/how-affirmative-consent-rules-put-principles-of-fairness-at-risk/?noredirect=on&utm_term=. דרשוביץ מתייחס להסכמה פוזיטיבית בהקשר של הליכים משמעתיים, ולא פליליים, אבל הרעיון זהה.

פוזיטיבי לשינוי הלבבות, איראפשר להעמיד לדין את הצד האחר, הגם שייתכן בהחלט שהתקיימו יחסי מין בלתי-מוסכמים לפרק-זמן מסוים. בהתאם, הדרישה לביטוי הסכמה ממוקמת לפני האקט המיני, ולא במהלכו.¹⁹⁶

בדרישה לנקיטת צעדים לאישושה של הסכמה ולמתן ביטוי מפורש להסכמה אין כדי להחליש נשים; נהפוך הוא – דרישה זו מחזקת את ערך האוטונומיה המינית, ומאפשרת לאישה ליטול חלק בהחלטה על יחסי המין. היא נותנת מקום (תרחי משמע) להבעת רצונותיה, תחושותיה ומאווייה של האישה. היא מאפשרת לה להיות פעילה ולהשמיע את קולה. אומנם, השיח בנוגע למין ולמיניות השתנה בעשורים האחרונים, וכיום מין ומיניות מהווים לגבי נשים רבות מקור להעצמה, לעצמאות מינית (sexual agency) ולביטוי עצמי.¹⁹⁷ נשים דורשות ויכולות להשמיע את קולן באינטראקציה המינית, וליטול בה תפקיד שוויוני. נשים יוזמות מין, ואינן מחכות להגיב. נשים מתנסות בפרקטיקות מיניות שונות. עם זאת, למרות שינוי העיתים, מחקרים מראים כי רבות מהפרקטיקות המיניות ומהאינטראקציות המיניות מבטאות מין לא-רצוי (unwanted sex).¹⁹⁸ מחקרים אלה מראים כיצד פרקטיקות מיניות שנתפסות כמקור כוח לנשים (כגון "סטוצים", שליחת תמונות מיניות ועוד) משעתקות למעשה יחסי כוח מגדריים. העולם המיני המודרני מתעתע מבחינתן של נערות ונשים רבות, אשר למרות התייחסותן למין כאל מקור של עוצמה, מוצאות את עצמן במקום מוחלש ופגיע באינטראקציות מיניות רבות. הנורמות החדשות של מין ומיניות לא הצליחו עדיין לייצר תפיסה של מיניות שוויונית. כך, רוב הנשים (בעיקר נערות ונשים צעירות) אינן יכולות עדיין להתנהל מינית כפי שגברים מתנהלים.¹⁹⁹ אי אפשר להתעלם ממצויאות של פערי כוח ומוחלשות *קבוצתית* של נשים, בעיקר

196 ניתן לחשוב על סיטואציה שבה ניתנה הסכמה עלידי צד ב לאחר שנעשה וידוא הסכמה לפני האקט המיני עלידי צד א, ולאחר שהחלו יחסי המין איבד צד ב הכרה. במצב של איבוד הכרה צד ב אינו יכול לחזור בו מהסכמתו, ואינו יכול להביע את תחושותיו ורצונותיו בנוגע לאקט המיני. במצבים מסוג זה תידרש הסכמה פוזיטיבית נוספת במהלך האקט המיני.

197 ראו, למשל, Katharine K. Baker & Michelle Oberman, *Women's Sexual Agency and the Law of Rape in the 21st Century*, 69 *STUD. L., POL. & SOC'Y* 63 (2016).

198 שם, בעמ' 81–92. ראו גם "גומרים הולכים: על הרפתקאותי בטינדרלנד" <https://www.onlife.co.il/relations/150985>. הסיפור בקישור הזה מבטא חוויות חוזרות של נשים צעירות, ומה שמרתק בו הוא הסתירה הדרמטית בין האופן שבו הבחורה תופסת את עצמה ואת מקומה במערכת יחסים מינית לבין החוויה המשפילה שהיא עוברת.

199 Kristen N. Jozkowski, *Barriers to Affirmative Consent Policies and the Need for Affirmative Sexuality*, 47 *U. PAC. L. REV.* 741 (2016). במאמר מוצגים ציטוטים של סטודנטים וסטודנטיות בארצות-הברית. להלן דוגמה אחת (שם, בעמ' 766):

"Damien, 22, stated: 'Afterwards [referring to after college] you want a wife and not a woman who's done all these people. You know? It's like when you get a new car. You don't want a lot of mileage on it.' Similarly, Joe, 19, stated, 'A girl that hasn't had sex, they're typically in a lot higher—they're a lot nicer, they know what they want in life.'"

בהקשר של פגיעות מיניות. אינטראקציות מיניות מתקיימות עדיין במבנה חברתי שבו נשים כקבוצה מוחפצות מינית, והבניות תרבותיות וחברתיות סטריאוטיפיות מעצבות מושגים של מין, מיניות ויחסי נשים-גברים. פערי כוח פיזיים וחברתיים, יחד עם נורמות חברתיות ותרבותיות של מין, מיניות ומגדר, מעצבים במקרים רבים יחסים מיניים לא־שוויוניים, ו"מנתבים" נערות ונשים רבות למצבים של פגיעות ומוחלשות באינטראקציות מיניות. כך, למרות העוצמה והכוח שנלווים למין לגבי נשים רבות, זניחת יסוד ההסכמה בעייתית. מודל ההסכמה הפוזיטיבית מבקש לצמצם את יחסי הכוח המובהקים (עדיין) בזירה זו.

נוסף על כך, בניגוד לטענה כי המודל מבנה סבילות נשית, הסכמה פוזיטיבית מצליחה דווקא לנטרל מעט את הדפוס של יוזם-מגיבה. אכן, להבדיל מהצעת החוק למניעת כפייה מינית, המודל אינו מתיימר לבטל כליל דפוס זה, שכן הסכמה נשארת רכיב בהגדרת העברה, ובכך גלומה ההנחה שיש יוזם ויש מסכים, משמע, מגיב (או מגיבה). אולם, מאחר שהסכמה פוזיטיבית מציבה זקקור על שיתופיות, שוויוניות, בחירה ורצון, ומאחר שהיא מאפשרת מקום לאישה להביע את עמדתה ורצונותיה בנוגע ליחסי המין, היא מעניקה כוח לנשים ביחסים המיניים. גם נשים שאינן יוזמות או פעילות מקבלות מקום פעיל שמאפשר להן קול והבעת עמדה ודעה לגבי היחסים המיניים.

הטלת חובה מוגברת על יוזם מגע מיני לוודא הסכמה חופשית עובר לאקט המיני ודרישה לנקיטת אמצעים סבירים לוודא הסכמה הן פתרונות משפטיים שמביאים בחשבון את ההקשר הייחודי של עברות מין: ראשית, את העובדה שפגיעתן של עברות אלה באוטונומיה של הקורבן, בחירותה, בנפשה ובגופה היא קשה במיוחד;²⁰⁰ שנית, את העובדה שתופעת הפגיעות המיניות היא תופעה מגדרית, שבה נשים הן הנפגעות העיקריות וכמעט כל הפוגעים הם גברים; ושלישית, ובהמשך לאמור, את העובדה שתחום עברות המין, יותר מכל תחום פלילי אחר, מושפע מתפיסות־עולם מגדריות, תרבותיות וחברתיות של מין, מיניות ויחסי נשים-גברים, אשר מקשות במקרה הקל, ואינן מאפשרות, במקרה הקשה, ניתוח חף מסטריאוטיפים של הסיטואציה המינית. המודל המוצע מצמצם את השפעתן של תפיסות לבר־משפטיות סטריאוטיפיות על הניתוח המשפטי.

סיכום והרהורים לעתיד

המאמר מציע חשיבה מחודשת על יסוד ההסכמה בעברת האינוס ועל עיצובה הראוי של עברת האינוס, באמצעות מתווה משפטי של מיניות קומוניקטיבית שייצוק תוכן מודרני במושג ההסכמה.

המודל המוצע משנה פרדיגמה נוהגת, רווחת, רבת שנים, שבמסגרתה נשים נדרשות לבדוק כל העת אם הן אינן משרדות הסכמה לקיום יחסי מין אף שהן אינן מעוניינות בהם. פרדיגמה זו מניחה כי אישה שאינה מעוניינת ביחסי מין תביע אר הסכמה. למרות ההכרה המשפטית והחברתית המתפתחת במגוון התגובות של נשים על פגיעה מינית, ההליך הפלילי, על כל שלביו, אינו מצליח להגן באופן מיטבי על נפגעות ונפגעים של עברות מין שאינם מביעים איהסכמה או שאינם עומדים בהנחות החברתיות בנוגע לאופן ההבעה של איהסכמה.

המודל המוצע מדגיש את ביטוי ההסכמה, ומטיל נטל (מוסרי ומשפטי) על יוזם המגע המיני בדמות דרישה לנקיטת צעדים סבירים לוודא הסכמה לפני האקט המיני. דרישה זו משלבת את כללי השיח הפלילי, ביניהם עקרון החוקיות ועקרון האשם, עם עקרון האוטונומיה המינית, עם תפיסות מיניות שוויוניות ומודרניות, עם ההשפעות החברתיות והתרבותיות על המשפט בעיקר בתחום עברות המין, ועם יחסי הכוח החברתיים והתרבותיים בין המינים. כך, באמצעות מודל משפטי, מתאפשר איזון בין מגוון של ערכים ואינטרסים.

חלוקת סיכונים צודקת צריכה להוביל לקבלת המודל. אומנם, ב"עולם החדש" גבר שלא ישאל ולא ינקוט אמצעים סבירים אחרים על-מנת לבדוק עם האישה באופן פוזיטיבי אם היא מסכימה לקיים יחסי מין עלול להיות מורשע באיננוס, אך החלופה הגרועה יותר היא "העולם הישן", שבו אישה שתובן לא כהלכה (בדרך-כלל על בסיס ניתוח סטריאוטיפי ובעייתי של תגובותיה או פרשנות שגויה של סיטואציה) תיאנס, והאנס לא יועמד לדין (או יזוכה לאחר חקירה נגדית משפילה של המתלוננת).

ב"עולם החדש" יש מקום לקול, לרצון ולנקודת-המבט של האישה – נקודת-מבט שנותנת ביטוי לאוטונומיה שלה – במסגרת השיח הפלילי ובכפוף לעקרונותיו. המודל מייצר "מפגש מיניות קומוניקטיבי", אשר מדגיש את חשיבותו של מין שוויוני ומרצון, ובכך מעצים מיניות נשית ומאפשר את ביטויה. השימוש בשפה ה"מוכרת" של הסכמה במשפט הפלילי, בשילוב הדרישה לוודא הסכמה, מאפשרים "רדיקליזציה" של מושג ההסכמה בעברות מין ומתן מענה למורכבות המשפטית של הסכמה, מחד גיסא, והקפדה על עקרונות המשפט הפלילי, מאידך גיסא.

"החוק היבש לא נרטב אף פעם, אפילו לא מדמעה של ילדה"²⁰¹, שרו חברי להקת רוק בביקורת על הפער בין קולו של המשפט לבין קולן של נפגעות תקיפה מינית. מודל ההסכמה הפוזיטיבית יאפשר לגשר על הפער בין שני קולות אלה. באמצעות הדרישה לתקשורת ול"יחסי אנוש" בתוך המרחב הפלילי, הפרדיגמה החדשה מעניקה תוקף לרצונותיה של האישה ומובילה למפגש רצונות בין הצדדים למין.

נספח א: מתודולוגיה

201 "כל החברה" (מילים ולחן: יהלי סובול, 1995).

הפסיקה שנסקרה לצורך מחקר זה מקיפה את כל הכרעות הדין משנת 2002 עד נובמבר 2016 העוסקות בעברות מין, מכל ערכאות הפלילים (שלום, מחוזי ועליון), שפורסמו במאגר נבו.²⁰² בחיפוש ראשוני הוקלדה מילת החיפוש "הסכמה", ובחיפוש נוסף הביטוי "הסכמה חופשית". בבדיקה זו עלו 434 פסקי-דין. מפסקי-דין אלה "נופתה" פסיקה בערכאות שאינן פליליות. כן הוחרגו גזרי-דין והליכי מעצר, החלטות בעניין עיכוב ביצוע עונש וכדומה. לאחר ניפוי זה נותרו 205 הכרעות-דין שנסקרו. ב-90 מבין פסקי-הדין הללו לא הוצג דיון ביסוד ההסכמה ממגוון סיבות, כגון עברות מין במשפחה, הסדרייטעון ועוד. 115 פסקי-הדין הנותרים הציגו דיון בהסכמה בעברת האינוס (ובמספר קטן של עברות מין נוספות).

בצד חשיבותה של הסקירה הפסיקתית ראוי לציין שתי מגבלות מתודולוגיות שיש להן חשיבות לדיון. ראשית, סקירה מעין זו אינה יכולה להציג את "מאחורי הקלעים" של פסקי-הדין ולבחון את אופן חקירתם של הנפגעות והנפגעים בבית-המשפט.²⁰³ סוגיה אחרונה זו עומדת במרכזה של ביקורת פמיניסטית רחבה על חוויית בית המשפט הקשה של נפגעות עברות מין, המכונה בספרות "אונס שני".²⁰⁴ נפגעות עברות מין חוות חוויות קשות בבית-המשפט, ותחושת החמצת הצדק שמלווה אותן היא מרכזית במקרים רבים, אפילו במקרים שבהם גרסתן מתקבלת והנאשם מורשע. סקירת הפסיקה אינה יכולה לתאר את סוג השאלות, את השאלות שנפסלות ואת השימוש בתפיסות חברתיות בעייתיות ובמיתוסי אונס על-ידי הסנגורים, בתי-המשפט ואף התביעה. ככלל, פסקי-הדין אינם יכולים להעיד על אופי מתן העדות, על היקף ההתמקדות השיפוטית בנפגעת ועל חוויית הנפגעת בבית-המשפט. תיאוריות של צדק דיוני (procedural justice theories) מתייחסות לחוויה הסובייקטיבית של אדם בבית המשפט, ובפרט לרכיבים של מתן קול, יחס מכבד, שקיפות וכדומה אשר מעצימים את הנפגע ומגבירים את חוויית הצדק שלו.²⁰⁵

מגבלה שנייה היא שסקירת פסיקה משקפת חלק קטן בלבד מההליך הפלילי, ואינה כוללת את שלב ההעמדה לדין. מניתוח הפסיקה אי-אפשר לדעת כמה מקרים נותרים מחוץ לפתחה של מערכת המשפט משום שהגדרתה של עברת האינוס

202 לרשימת כל פסקי-הדין ראו נספח ב.

203 ניתן להתמודד עם מגבלה זו באמצעות ניתוח פרוטוקולים של תיקי בית-משפט ובאמצעות ראיונות עם אנשי-מפתח בהליך. במאמר זה לא נעשה שימוש במתודולוגיה איכותנית זו לנוכח מטרתו לקדם שיח תיאורטי מחודש בנושא הסכמה.

204 ראו, למשל, JENNIFER TEMKIN, RAPE AND THE LEGAL PROCESS (2nd ed. 2002); JENNIFER TEMKIN & BARBARA KRAHE, SEXUAL ASSAULT AND THE JUSTICE GAP: A QUESTION OF ATTITUDE (2008); Katharine K. Baker, *Sex, Rape, and Shame*, 79 B.U. L. REV. 663, 690 (1999); Katharine K. Baker, *Why Rape Should Not (Always) Be a Crime*, 100 MINN. L. REV. 221, 235–45 (2015).

205 Mary Margaret Giannini, *Redeeming an Empty Promise: Procedural Justice, the Crime Victims' Rights Act, and the Victim's Right to Be Reasonably Protected from the Accused*, 78 TENN. L. REV. 47 (2010).

ומורכבותו של יסוד ההסכמה מעוררים קשיים אשר מונעים הגשת כתבי אישום.²⁰⁶ נתונים מן העולם מראים כי מקרי אונס מתאפיינים בתדירות, באי-התגבשות לכלל כתבי אישום במקרים המדווחים ובשיעור הרשעות נמוך באותם מקרים שבהם מוגש כתב אישום.²⁰⁷ בארץ הנתונים בנוגע לשלב ההעמדה לדין לוקים בחסר, אולם אלה הקיימים מתארים תופעה דומה לזו שמתועדת בעולם.²⁰⁸

נספח ב: פסיקה – הסכמה 2002–2016

דיון ביסוד ההסכמה

1. ע"פ 3217/14 שמיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.7.2016).
2. ע"פ 5203/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.6.2016).
3. ע"פ 4213/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.3.2016).
4. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 2187-10-12 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו,

206 במסגרת המחקר שאני עושה בימים אלה (ראו לעיל ה"ש 128) נערכים ראיונות עם פרקליטות ברחבי הארץ העוסקות בתיקי עברות מין. אחד הממצאים שעולים בראיונות הוא ההיקף הגדול של סגירת תיקים בעברות מין עלידי הפרקליטות. מ-18 הראיונות שנערכו עד כה עולה כי במקרים רבים התיק נסגר בלי ניהול הליך משפטי בשל העובדה שלא הייתה אמירה ברורה של אי-הסכמה או התנגדות, או בשל העובדה שלא היה ברור אם החשוד היה מודע לאי-הסכמה. בשלב זה של המחקר נראה שהסכמה מייצרת מורכבות משמעותית בהחלטה על ההעמדה לדין. "יש תחושת שיתוק או 'הססנות' של הפרקליטות", אמרה אחת המרואיינות.

207 Catharine A. MacKinnon, *Rape Redefined*, 10 HARV. L. & POL'Y REV. 431, 436–39 (2016). ראו גם Kimberly A. Lonsway & Joanne Archambault, *The "Justice Gap" for Sexual Assault Cases: Future Directions for Research and Reform*, 18 VIOLENCE AGAINST WOMEN 145 (2012) (המתארות את שחיקתן של התלונות בעברות מין במהלך ההליך הפלילי).

208 ראו איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית **עבודה מטרידה – התמודדות עם תופעת ההטרדות המיניות בעבודה בישראל 2014** (2014) www.1202.org.il/centers-union/publications/reports/37-2014-annual-report. על-פי דוח זה, בשנת 2013 נפתחו במשטרה 5,704 תיקי עברות מין (כולל 820 תיקי הטרדה מינית). בפרקליטות נפתחו 2,815 תיקי עברות מין (אינוס, מעשה מגונה, בעילה אסורה בהסכמה, עברות מין במשפחה ועוד, לא כולל הטרדה מינית) והוגשו 594 כתבי אישום. 1,668 תיקי עברות מין נסגרו עלידי הפרקליטות בשנה זו, כולל תיקים שנפתחו בשנים קודמות. עוד עולה מן הדוח כי רק 15% מהמקרים שדווחו למרכזי הסיוע בשנת 2013 דווחו גם למשטרה. הנתונים הקיימים חסרים, ואינם מספקים תמונה מלאה על הסוגיה, אולם ברי כי קיים פער בין מספר הפגיעות המיניות בפועל לבין מספר הפגיעות המיניות המדווחות לגורמי האכיפה, וכי בשלבי ההליך הפלילי מתהווה פער נוסף בין מספר התלונות לבין מספר כתבי האישום המוגשים.

- 8.2.2016).
5. ע"פ 7212/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.1.2016).
 6. תפ"ח (מחוזי חי') 16531-09-14 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.12.2015).
 7. ת"פ (שלום ת"א) 20150-06-14 מדינת ישראל נ' פלונית (פורסם בנבו, 29.12.2015).
 8. ע"פ 3204/15 בוזגלו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.7.2015).
 9. ע"פ 8031/13 שדרין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.7.2015).
 10. ע"פ (מחוזי נצ') 39977-07-13 מדינת ישראל נ' בוזגלו (פורסם בנבו, 4.3.2015).
 11. ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.3.2015).
 12. תפ"ח (מחוזי י-ם) 9030-02-14 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 16.2.2015).
 13. ע"פ 1933/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2015).
 14. תפ"ח (מחוזי נצ') 32279-01-14 מדינת ישראל נ' נסאר (פורסם בנבו, 30.11.2014).
 15. ע"פ 2848/14 סיגר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.11.2014).
 16. תפ"ח (מחוזי חי') 51550-10-13 מדינת ישראל נ' שייניס (פורסם בנבו, 4.11.2014).
 17. ע"פ 4795/13 בזזינסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.1.2014).
 18. ע"פ 8998/12 גואטה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.12.2013).
 19. תפ"ח (מחוזי י-ם) 1349-01-13 מדינת ישראל נ' בן גול סיגר (פורסם בנבו, 7.11.2013).
 20. ע"פ 8987/12 טרשתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.10.2013).
 21. תפ"ח (מחוזי י-ם) 20495-05-12 מדינת ישראל נ' פאדול (פורסם בנבו, 8.10.2013).
 22. ע"פ 5084/12 שקורי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.2013).
 23. ע"פ 8980/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.8.2013).
 24. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 13454-02-11 מדינת ישראל נ' אטלן (פורסם בנבו, 8.7.2013).
 25. ע"פ 9314/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.4.2013).
 26. תפ"ח (מחוזי ת"א) 7451-01-12 מדינת ישראל נ' פלוני (14.3.2013).
 27. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 44281-12-11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.1.2013).
 28. ע"פ 4936/11 ישועה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2012).
 29. ע"פ 4443/10 קחוקואשווילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.12.2012).
 30. ת"פ (שלום י-ם) 34300-11-10 מדינת ישראל נ' לוי (פורסם בנבו, 5.12.2012).
 31. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1196-08 מדינת ישראל: פרקליטות מחוז דרום – פלילי נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.11.2012).

32. ע"פ 7720/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.11.2012).
33. ע"פ 4487/10 גלילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.11.2012).
34. ע"פ 4776/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.10.2012).
35. ע"פ 6179/12 טובול נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.9.2012).
36. ע"פ 2489/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.2012).
37. ע"פ 206/12 לויגולץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.7.2012).
38. תפ"ח (מחוזי ת"א) 14663-08-11 מדינת ישראל נ' לומלסקי (פורסם בנבו, 27.6.2012).
39. ע"פ 9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.4.2012).
40. תפ"ח (מחוזי י-ם) 616/09 מדינת ישראל נ' קיקואשוילי (פורסם בנבו, 1.4.2012).
41. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1064-04 מדינת ישראל נ' אליהו (פורסם בנבו, 19.2.2012).
42. ע"פ 635/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.1.2012).
43. ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.11.2011).
44. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1005-08 מדינת ישראל נ' יוספוב (פורסם בנבו, 8.11.2011).
45. ת"פ (שלום ראש"צ) 47141-05-10 מדינת ישראל נ' מ.צ. (פורסם בנבו, 1.11.2011).
46. ע"פ 132/10 טוואצאו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.9.2011).
47. תפ"ח (מחוזי מר') 53-10-08 מדינת ישראל נ' אבוהי (פורסם בנבו, 28.6.2011).
48. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1035-09 מדינת ישראל: פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' לויץ (פורסם בנבו, 11.4.2011).
49. ע"פ 10733/08 גולדבלט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.2.2011).
50. תפ"ח (מחוזי מר') 7365-09-08 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.12.2010).
51. ע"פ 1651/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.11.2010).
52. ע"פ 7296/07 תורן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.8.2010).
53. ע"פ 4164/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.7.2010).
54. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1002-09 מדינת ישראל נ' גלילי (פורסם בנבו, 29.4.2010).
55. ע"פ 7257/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.4.2010).
56. ע"פ 238/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.4.2010).
57. ע"פ 10937/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2010).
58. ע"פ 10898/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2010).
59. ע"פ 431/08 גואברנה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.4.2010).
60. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1084-09 מדינת ישראל נ' דהן (פורסם בנבו, 8.3.2010).
61. ע"פ 3729/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.1.2010).
62. ע"פ 9274/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.12.2009).
63. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1178/07 מדינת ישראל נ' טוואצאו (פורסם בנבו,

- 24.11.2009).
64. ע"פ 8296/05 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.9.2009).
65. ע"פ 2056/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.5.2009).
66. ע"פ 5097/07 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(1) 830 (2009).
67. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1049/08 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.5.2009).
68. ע"פ 3005/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.3.2009).
69. ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(1) 170 (2008).
70. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1133/05 מדינת ישראל נ' גולדבלט (פורסם בנבו, 3.7.2008).
71. ע"פ 2589/05 מקייבסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2008).
72. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1183/05 מדינת ישראל נ' גורליק (פורסם בנבו 27.3.2008).
73. בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008).
74. ע"פ 10496/05 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.2.2008).
75. ע"פ 4301/05 חלבלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.2007).
76. ע"פ 1652/07 נורמטוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.10.2007).
77. ת"פ (שלום די') 1203/03 פרקליטות מחוז הדרום נ' פרץ (פורסם בנבו, 28.5.2007).
78. תפ"ח (מחוזי י-ם) 7013/06 מדינת ישראל נ' תורן (פורסם בנבו, 7.3.2007).
79. ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סב(1) 710 (2007).
80. ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.1.2007).
81. תפ"ח (מחוזי י-ם) 7014/06 מדינת ישראל נ' אלימלך (פורסם בנבו, 11.12.2006).
82. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1044/05 מדינת ישראל נ' פחימה (פורסם בנבו, 7.12.2006).
83. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1141/04 מדינת ישראל נ' עופר (פורסם בנבו, 3.10.2006).
84. תפ"ח (מחוזי י-ם) 7005/06 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 12.7.2006).
85. ע"פ 2606/04 בנבידה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.4.2006).
86. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1134/04 מדינת ישראל נ' סלימאן (פורסם בנבו, 4.1.2006).
87. ע"פ 241/03 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.2005).
88. ע"פ (מחוזי ת"א) 70379/05 אל-חי נ' מדינת ישראל – פרקליטות מחוז ת"א – פלילי (פורסם בנבו, 16.11.2005).
89. ת"פ (שלום ת"א) 5165/02 מדינת ישראל נ' חביב (פורסם בנבו, 16.11.2005).
90. פ"ח (מחוזי ת"א) 1133/03 מדינת ישראל נ' אביבי (פורסם בנבו, 10.10.2005).
91. ע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' בלאוסוב (פורסם בנבו, 13.9.2005).
92. ע"פ 9256/04 נוי נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 172 (2005).
93. ע"פ 130/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.7.2005).
94. פ"ח (מחוזי ת"א) 1247/02 מדינת ישראל נ' פאסי (פורסם בנבו, 21.4.2005).

95. פ"ח (מחוזי חי') 1073/04 מדינת ישראל – פרקליטות מחוז חיפה נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.4.2005).
96. ת"פ (מחוזי חי') 232/01 מדינת ישראל נ' אבני (פורסם בנבו, 8.3.2005).
97. ע"פ 5033/00 נוף נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.3.2005).
98. ע"פ 5673/04 מזרחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.12.2004).
99. פ"ח (מחוזי ב"ש) 904/03 מדינת ישראל נ' זלצקי (פורסם בנבו, 5.12.2004).
100. ע"פ 7595/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 1 (2004).
101. ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625 (2004).
102. ת"פ (מחוזי ב"ש) 966/99 מדינת ישראל נ' יעיש (פורסם בנבו, 29.2.2004).
103. פ"ח (מחוזי ב"ש) 983/01 מדינת ישראל נ' שימוביץ (פורסם בנבו, 10.2.2004).
104. ת"פ (שלום רח') 3957/01 מדינת ישראל נ' וייס (פורסם בנבו, 10.11.2003).
105. ת"פ (שלום ת"א) 10349/00 מדינת ישראל נ' צברי (פורסם בנבו, 24.7.2003).
106. ת"פ (מחוזי ב"ש) 916/00 מדינת ישראל נ' דהן (פורסם בנבו, 22.7.2003).
107. ת"פ (שלום י-ם) 1297/00 פרקליטות מחוז ירושלים נ' מסילתי (פורסם בנבו, 18.5.2003).
108. ת"פ (שלום טב') 1088/01 מדינת ישראל נ' אלה (פורסם בנבו, 30.4.2003).
109. ת"פ"ח (מחוזי ת"א) 1003/02 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.3.2003).
110. ע"פ (מחוזי ב"ש) 7371/01 אופנהיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.3.2003).
111. ת"פ (מחוזי ת"א) 4124/98 מדינת ישראל נ' צדוק (פורסם בנבו, 12.1.2003).
112. ת"פ (מחוזי ת"א) 1608/01 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 16.10.2002).
113. בג"ץ 4869/01 פלוגית נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(3) 944 (2002).
114. ת"פ (שלום י-ם) 3828/00 מדינת ישראל נ' קופרפרשמיד (פורסם בנבו, 14.4.2002).
115. ת"פ (מחוזי ת"א) 1009/00 מדינת ישראל נ' פינטו (פורסם בנבו, 3.3.2002).

יסוד ההסכמה אינו במרכז הדיון 2016–2002

1. ע"פ 8271/14 רצון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.7.2016).
2. ע"פ 1072/15 שייניס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.11.2015).
3. ת"פ"ח (מחוזי ת"א) 3045-05-13 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 16.9.2015).
4. ע"פ 6834/12 קבלאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.8.2015).
5. ע"פ 8479/13 אבו לשין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.8.2015).
6. ע"פ 5920/13 אטלן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2015).
7. ע"פ (מחוזי מר') 15310-09-14 גמליאלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.6.2015).
8. ת"פ"ח (מחוזי ת"א) 30942-09-12 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.10.2014).

9. ע"פ 3435/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.5.2014).
10. רע"פ 913/14 מוצאפי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.4.2014).
11. תפ"ח (מחוזי י-ם) 33735-09-12 מדינת ישראל נ' א. א. (פורסם בנבו, 14.1.2014).
12. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1151/09 מדינת ישראל נ' מישייב (פורסם בנבו, 7.1.2014).
13. ע"פ 3182/13 פרץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.12.2013).
14. ע"פ 7590/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.11.2013).
15. ת"פ (שלום י-ם) 47-02-13 מדינת ישראל נ' גבריהוורה (פורסם בנבו, 9.10.2013).
16. תפ"ח (מחוזי י-ם) 6749-08-11 מדינת ישראל נ' ד.א. (פורסם בנבו, 10.9.2013).
17. ע"פ 2847/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.7.2013).
18. תפ"ח (מחוזי חי") 2499-06-12 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.7.2013).
19. בש"פ 3476/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.5.2013).
20. תפ"ח (מחוזי חי") 36439-09-10 מדינת ישראל נ' רווח (פורסם בנבו, 23.4.2013).
21. ע"פ 10121/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.4.2013).
22. ת"פ (מחוזי י-ם) 14026-02-11 מדינת ישראל נ' הנאשם (פורסם בנבו, 14.3.2013).
23. ע"פ 1864/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.1.2013).
24. תפ"ח (מחוזי י-ם) 5105-11-10 מדינת ישראל נ' סץ (פורסם בנבו, 23.1.2013).
25. תפ"ח (מחוזי חי") 19586-08-11 מדינת ישראל נ' רייטבורג (פורסם בנבו, 23.12.2012).
26. ע"פ 8288/11 וודאג נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.11.2012).
27. ע"פ 1921/11 דנה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.11.2012).
28. ע"פ 7633/11 דניאל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.5.2012).
29. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1134-09 מדינת ישראל נ' דורושב (פורסם בנבו, 22.4.2012).
30. ת"פ (שלום אי") 1069-08 מדינת ישראל שלוחת תביעות אילת – משטרת אילת נ' בירמוב (פורסם בנבו, 26.3.2012).
31. ע"פ 5167/09 דרביקין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.2.2012).
32. תפ"ח (מחוזי י-ם) 667/09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.12.2011).
33. ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.9.2011).
34. ע"פ 2171/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.7.2011).
35. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1049/08 מדינת ישראל נ' נחושטן (פורסם בנבו, 17.7.2011).
36. ע"פ 4602/10 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.4.2011).
37. תפ"ח (מחוזי י-ם) 320/10 מדינת ישראל נ' ישועה (פורסם בנבו, 15.3.2011).

38. תפ"ח (מחוזי חי') 23471-12-09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 5.10.2010).
39. ע"פ 6921/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.9.2010).
40. ת"פ (שלום חד') 7906-08-08 מדינת ישראל נ' עותאמנה (פורסם בנבו, 2.9.2010).
41. ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.6.2010).
42. ע"פ 8292/09 עודה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.6.2010).
43. תפ"ח (מחוזי י-ם) 660-09 מדינת ישראל נ' ד' (פורסם בנבו, 6.6.2010).
44. ת"פ (שלום ת"א) 8210-07 מדינת ישראל פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' קשקוש (פורסם בנבו, 18.4.2010).
45. ע"פ 2717/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2010).
46. תפ"ח (מחוזי חי') 12962-02-09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.4.2010).
47. ע"פ 9619/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.1.2010).
48. ע"פ 1947/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.12.2009).
49. ת"פ (שלום י-ם) 9842/08 מדינת ישראל – ענף הביעות ירושלים נ' סעדה (פורסם בנבו, 15.12.2009).
50. ת"פ (שלום ת"א) 2688/08 מדינת ישראל נ' עמית (פורסם בנבו, 9.7.2009).
51. ע"פ 2085/07 פלח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.6.2009).
52. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1053/08 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.4.2009).
53. ע"פ 1385/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.4.2009).
54. תפ"ח (מחוזי חי') 4063-07 מדינת ישראל נ' חג'אזי (זעורו) (פורסם בנבו, 5.3.2009).
55. ע"פ 6402/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.12.2008).
56. תפ"ח (מחוזי י-ם) 8007/07 מדינת ישראל נ' רג'בי (פורסם בנבו, 17.1.2008).
57. ת"פ (שלום ת"א) 6342/06 פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' יאיר (פורסם בנבו, 22.10.2007).
58. תפ"ח (מחוזי חי') 3039/06 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.9.2007).
59. תפ"ח (מחוזי חי') 3075/06 מדינת ישראל נ' סימנדויב (פורסם בנבו, 4.7.2007).
60. ע"פ 6643/05 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.7.2007).
61. ע"פ 1718/06 אברג'יל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.3.2007).
62. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1164/03 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.11.2006).
63. ת"פ (שלום כ"ס) 1079/03 מדינת ישראל נ' מרעי (פורסם בנבו, 25.9.2006).
64. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 959/04 מדינת ישראל נ' נורמטוב (פורסם בנבו, 18.9.2006).
65. ע"פ 7895/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.8.2006).
66. ע"פ 9458/05 רחמילוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.7.2006).

67. ע"פ (מחוזי ת"א) 71986/05 טור'גמן נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2006).
68. ת"פ (שלום י-ם) 1393/04 מדינת ישראל נ' גר גאון (פורסם בנבו, 22.2.2006).
69. פ"ח (מחוזי י-ם) 820/05 מדינת ישראל נ' גורביץ (פורסם בנבו, 24.1.2006).
70. פ"ח (מחוזי ב"ש) 984/04 מדינת ישראל נ' אליאגוייב (פורסם בנבו, 2.6.2005).
71. עש"ם 4790/04 מדינת ישראל נ' בן חיים, פ"ד ס(1) 257 (2005).
72. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1201/02 מדינת ישראל נ' רוזוליו (פורסם בנבו, 30.3.2005).
73. פ"ח (מחוזי י-ם) 750/04 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 13.3.2005).
74. ע"פ 6234/03 מדינת ישראל נ' זיתאווי (פורסם בנבו, 9.3.2005).
75. ת"פ (מחוזי ת"א) 1184/00 מדינת ישראל נ' זיידר (פורסם בנבו, 11.1.2005).
76. ע"פ (מחוזי ת"א) 71500/04 ארינסון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.10.2004).
77. פ"ח (מחוזי ת"א) 1077/02 מדינת ישראל נ' סולימאן (פורסם בנבו, 15.3.2004).
78. ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419 (2004).
79. ת"פ (מחוזי חי') 455/01 מדינת ישראל נ' זהראלדין (פורסם בנבו, 17.12.2003).
80. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1196/02 מדינת ישראל נ' בלנק (פורסם בנבו, 15.12.2003).
81. ת"פ (שלום ת"א) 11652/01 מדינת ישראל נ' חכמוב (פורסם בנבו, 22.9.2003).
82. ת"פ (מחוזי ת"א) 1084/01 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.9.2003).
83. ת"פ (מחוזי ב"ש) 952/97 מדינת ישראל נ' סרוסי (פורסם בנבו, 7.9.2003).
84. עש"ם 7113/02 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד נז(3) 817 (2003).
85. ת"פ (מחוזי ת"א) 1031/01 מדינת ישראל נ' אזולאי (פורסם בנבו, 13.4.2003).
86. פ"ח (מחוזי י-ם) 5046/02 מדינת ישראל נ' הור (פורסם בנבו, 12.3.2003).
87. פ"ח (מחוזי ב"ש) 975/01 מדינת ישראל נ' גנטשקה (פורסם בנבו, 26.1.2003).
88. תפ"ח (מחוזי י-ם) 4069/01 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 23.10.2002).
89. ת"פ (מחוזי ת"א) 1189/00 מדינת ישראל נ' בבקוב (פורסם בנבו, 1.7.2002).
90. ת"פ (שלום רמ') 2226/01 מדינת ישראל נ' אלשכור (פורסם בנבו, 8.4.2002).

נספח ג: פסיקה – דרישת הסכמה מפורשת עובר למעשה המיני

1. ע"פ 3217/14 שמיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.7.2016).

2. ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.3.2015).
3. ע"פ 2848/14 סיגר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.11.2014).
4. ע"פ 3435/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.5.2014).
5. תפ"ח (מחוזי י-ם) 1349-01-13 מדינת ישראל נ' בן גול סיגר (פורסם בנבו, 7.11.2013).
6. ע"פ 8987/12 טרשתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.10.2013).
7. תפ"ח (מחוזי ת"א) 7451-01-12 מדינת ישראל נ' פלוני (14.3.2013).
8. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 44281-12-11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.1.2013).
9. ע"פ 4443/10 קחקוזאשווילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.12.2012).
19. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1196-08 מדינת ישראל: פרקליטות מחוז דרום – פלילי נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.11.2012).
11. ע"פ 2489/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.2012).
12. ע"פ 7296/07 תורן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.8.2010).
13. ע"פ 4164/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.7.2010).
14. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1002-09 מדינת ישראל נ' גלילי (פורסם בנבו, 29.4.2010).
15. ע"פ 7257/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.4.2010).
16. ע"פ 10898/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2010).
17. ע"פ (מחוזי ת"א) 70379/05 אל-חי נ' מדינת ישראל – פרקליטות מחוז ת"א – פלילי (פורסם בנבו, 16.11.2005).
18. פ"ח (מחוזי ב"ש) 904/03 מדינת ישראל נ' זלצקי (פורסם בנבו, 5.12.2004).
19. ע"פ (מחוזי ב"ש) 7371/01 אופנהיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.3.2003).
20. ת"פ (שלום י-ם) 3828/00 מדינת ישראל נ' קופפרשמיד (פורסם בנבו, 14.4.2002).