



מי הוא דוד? – בין חקיקה לפסיקה במקרים של פגיעות מיניות

כרמית קלר-חלמיש והלה נויבך*

א. מבוא. ב. פגיעה מינית במשפחה. 1. היקף התופעה של פגיעות מיניות וייחודיותן. 2. פגיעה מינית בילדים וילדות על ידי בן משפחה. ג. בין חקיקה לפסיקה – תפקידו של בית המשפט כמפרש חוקים. 1. התפתחות החקיקה הישראלית בעבירות מין. 2. תפקידו של בית המשפט כמכריע וכמפרש החוק. 3. הפרשנות שנותן בית המשפט לחוקים הנוגעים לפגיעות מיניות. ד. מי הוא דוד, והיכן שגה בית המשפט העליון בפרשנות החוק? ה. סיכום.

א. מבוא

בחודש נובמבר 2020 נדרש בית המשפט העליון, בהרכב של שלושה שופטים, להכריע בשאלה שנדמה כי לא חשבנו שיידרש לה אי פעם – "מי הוא דוד?". שאלה זו עלתה כדי להכריע בסוגיה שעמדה בפני בית המשפט, אם מי שהתגרש מבת זוגו ולאחר מכן פגע מינית באחיניתה של בת הזוג לשעבר, נכלל בהגדרה של "בן משפחה", במקרה של פגיעה מינית.¹

במקרה הנדון מדובר היה בפגיעה מינית של אדם בוגר, מי שהיה נשוי לדודתה של הנפגעת, ומי שהיא הכירה כדוד מגיל צעיר, אשר היה חלק מסביבתה הקרובה. במסגרת זאת ניצל הדוד את הגישה אל הילדה ואת האמון שנתנה בו, ופגע בה. במקרה זה התעוררה מורכבות משפטית, שנבעה מכך שהפגיעה נעשתה לאחר שדודתה של הנפגעת ומי שהיה נשוי לה, התגרשו. אף שהלה המשיך להיות חלק מסביבתה של הנפגעת ותפקד כדוד במובנים רבים (כך גם התאפשרה הפגיעה), הוא טען

* ד"ר עו"ד כרמית קלר חלמיש, היא ראשת תחום מחקר באיגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית ומרצה בחוק לקרימינולוגיה ובתוכנית לניהול ויישוב סכסוכים באוניברסיטת בר-אילן, עו"ד הלה נויבך היא יועצת משפטית באיגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית.

¹ ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל (אר"ש 9.11.2020).



מי הוא דוד? – בין חקיקה לפסיקה במקרים של פגיעות מיניות

כי נוכח הגירושים אין לראותו כ"דוד", ולפיכך אין להתייחס אליו כבן משפחה של הנפגעת במובן הפלילי והעונשי.

בערכאה הראשונה בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, נדון בין היתר סעיף 351(ה) לחוק העונשין,² העוסק בעבירות מין במשפחה על ידי אחראי על חסר ישע. נקבע שם, כי הגם שעל פניו סעיף זה קובע רשימה סגורה של קרובי הקורבן שניתן לראותם כ"בני משפחה", הרי שפרשנותן של מילים אלו נתונה לבית המשפט ותלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, נסיבות אשר שופכות אור על מידת הקרבה שבין העבריין לנפגע העבירה ועל הקשר האישי הקונקרטי שהיה ביניהם. כך, בית המשפט המחוזי פסק, תוך הסתמכות על מהות הקשר בין הפוגע לנפגעת העבירה ולא על פי סיווגו הרשמי של הקשר.³ הדוד המורשע ערער על ההחלטה לבית המשפט העליון, בטענה כי אין לראות בו דוד, אלא אדם זר, ולפיכך יש להפחית את העונש שנגזר עליו. טענותיו של הדוד המורשע הציבו בפני שופטי בית המשפט העליון שאלה משפטית שהפכה עקרונית – "מי הוא דוד?" – ולצידה את ההזדמנות לדון במשמעותה של פגיעה מינית על ידי קרוב המתפקד כבן משפחה.

בית המשפט העליון ביטל את קביעותיו של בית המשפט המחוזי, שלפיהן גם מי שהתגרש מדודתה של קטינה, הוא עדיין בגדר דוד בכל הקשור לעבירות מין במשפחה. בית המשפט העליון בחר בדרך פרשנות שאינה רק דווקנית, אלא בדרך שבעיקרה, כפי שנטען בהארה זו, חוטאת הן למהות והן לתכלית החוק.

כפי שנרחיב להלן, באופן תמוה בחרו שופטי בית המשפט העליון במקרה זה לדבוק בפרשנות מצמצמת וטכנית בלבד, ולהתייחס אל הדוד כמי שאינו בן משפחה במובן הפלילי, מאחר שביצע את מעשיו הפלילים – פגיעה מינית באחינית של אשתו – לאחר גירושיו ממנה. בהארה זו נסקור את התופעה של פגיעה מינית במשפחה, על משמעויותיה המיוחדות, את התייחסות המחוקק לפגיעה מינית במשפחה לאורך השנים, את מקומו הייחודי של בית המשפט העליון ותפקידו כמפרש חוקים, ואת בחירתו במקרה זה שלא לעשות שימוש בסמכותו לפרש חוקים, לצד השלכותיו העתידיות של המקרה.

² חוק העונשין, התשל"ז-1977.

³ פרשת פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 9-13 לפסק דינו של השופט אלכס שטיין. פסק הדין שניתן בערכאה הדיונית (תפ"ח 50351-08-18 מדינת ישראל נ' פלוני (14.11.2019)), לא פורסם.



ב. פגיעה מינית במשפחה

1. היקף התופעה של פגיעות מיניות וייחודיותן

במדינת ישראל, כמו במקומות אחרים בעולם, פגיעה מינית היא תופעה חברתית נפוצה הפוגעת באנשים רבים, ובמיוחד בנשים. פגיעה מינית היא פגיעה בכבוד האדם, בחירותו, בפרטיותו ובזכותו לשוויון.⁴ מחקרים שנעשו בעולם המערבי מצביעים על כך שאחת מבין שלוש נשים תסבול פגיעה מינית במהלך חייה, אחת מבין ארבע נשים תיאנס, ואחת משבע נשים תיפגע מגילוי עריות. בקרב גברים, אחד מתוך שישה גברים יהיה נתון לפגיעה מינית במהלך חייו.⁵

בשונה מעבירות אחרות, עבירות מין מאופיינות לרוב בהאשמה עצמית וחברתית, ובקשר שתיקה אשר מונע מרבות ומרבים לחשוף את הפגיעה או להגיש תלונות לרשויות אכיפת החוק. לצערנו הרב, גם בשנת 2021, פגיעה מינית על סוגיה השונים היא עודנה תופעה המאופיינת לרוב בתת-דיווח לרשויות החוק ולגורמים רשמיים אחרים. מנתוני איגוד מרכזי הסיוע עולה, כי מדי שנה מגיעות אל מרכזי הסיוע כ-50,000 פניות, אך פחות מ-10% מן הפונות (והפונים) למרכזי הסיוע בשנת 2019 בחרו להגיש תלונה במשטרה. כאשר מתווסף לכך הנתון שכ-84% מתיקי עבירות המין נגנזים ללא הגשת כתב אישום ו-92.4% מתיקי האונס נגנזים אף הם ללא כתב אישום, לרוב בשל חוסר ראיות, ברור כי רק קצה קצהו של קרחון אירועי הפגיעות המיניות מגיע לכדי בירור משפטי.⁶

מספרים אלו מציינים תמונה קודרת למדיי באשר לאמון הנפגעות ברשויות אכיפת החוק בכלל, ובמערכת המשפט בפרט. ואכן, נפגעות רבות הפונות למרכזי הסיוע מביעות קושי רב לחשוף את הפגיעות שעברו. הצורך להיחשף, להתלונן, לחוות שוב ושוב את האירוע הטראומטי ולאסוף כוחות כדי לפרוץ את מעגלי הבדידות וההשתקה מרתיע למדי. אך בכך לא די – 87% מהפגיעות המיניות מבוצעות על ידי אדם מסביבתה של הנפגעת – בין שמדובר בקרוב משפחה, בחבר או בגורם אחר בקהילה⁷ – והיציאה נגדו

⁴ הגדרה זו לקוחה מהחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, אך היא נכונה לכלל עבירות המין.

⁵ הרחבה על היקף תופעת האלימות המינית בעולם ונתונים ממחקרים שונים ניתן למצוא בעמוד הנתונים באתר איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית ב-<https://www.1202.org.il/centers-union/info/statistics/general-data>.

⁶ הנתונים לקוחים מדו"ח איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית לשנת 2020 – צל מגפה – השלכות משבר הקורונה על נפגעות ונפגעי תקיפה מינית – <https://www.1202.org.il/centers-union/publications/reports/649-2020-annual-report>.

⁷ עמוד הנתונים באתר איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית, לעיל ה"ש 5. כרמית קלר-חלמיש והלה נויבך



מי הוא דוד? – בין חקיקה לפסיקה במקרים של פגיעות מיניות

כרוכה בהתעמתות רחבה עם בני המשפחה או הקהילה. לכל אלה מתווסף גם החשש מיחסם של המשטרה ובתי המשפט, והפחד מפני עימות עם הצד שכנגד ועורך דינו. לחוסר האמון של הנפגעות ברשויות אכיפת החוק, הבא לידי ביטוי כאמור בויתור מראש על פנייה לאפיק הפלילי כערוץ להשגת צדק, ניתן למצוא, בין היתר, הסברים גם בפערים האדירים בין שפת הפגיעה לשפת המשפט. המערכת המשפטית על היבטיה השונים (משטרה, פרקליטות ובתי משפט) מחפשת ראיות חדות, הגדרות ברורות וסיפור אחד עם התחלה, אמצע וסוף, ואילו נפגעות רבות לא יכולות לספק זאת. מעבר לעובדה כי במקרים רבים עבירות מין מתרחשות בין ארבעה קירות ללא עדים, הרי שהשלכותיה של הפוסט-טראומה אינן מאפשרות לנפגעות לזכור במדויק כל פרט ופרט שהמערכת דורשת לקבל. הפערים בין שפת הפגיעה לשפת המשפט הם כה גדולים וקשים לגישור, כך שרוב הנפגעות והנפגעים לא ימצאו את הצדק המיוחל שיבקשו במערכת המשפטית, כפי שהיא כיום.⁸

נראה כי על אף שנים של ניסיון, מחקר וכתובה בתחום, מערכת המשפט, ברובה, עדיין אינה יודעת כיצד להתמודד עם תיקי עבירות מין.⁹ ייתכן כי המורכבות והפער נובעים מתפיסות שונות, אשר הדרך לגשר ביניהן מצריכה היערכות מיוחדת והתכוונות מלאה.¹⁰

⁸ מירב דדיה ועידו דרויאן "הקורבן בהליך המשפטי" הסוד ושברו 498 (צביה זליגמן וזהבה סולומון עורכות, 2004).

⁹ על שולחן הכנסת ה-20 הונחה הצעת חוק פרטית על ידי חברות הכנסת מיכל רוזין, מרב מיכאלי וזהבה גלאון להקמת מחלקה ייעודית לעבירות מין בבית המשפט המחוזי – הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – מחלקות לעבירות מין), התשע"ה–2015, פ/584/20. דברי ההסבר להצעת החוק מתארים היטב את הצורך בהתמקצעות של מערכת המשפט בתחום עבירות המין ונכתב בהם, בין היתר, כי על רקע "מאפייניהן המיוחדים של עבירות המין (...)" מתחדדת ההבנה כי ההתמודדות הנכונה עם תופעת האלימות המינית מחייבת את בית המשפט בהיכרות עם עולם התוכן של הפגיעה המינית ועם מאפייניה הייחודיים. השופט הדן בתיק עבירת מין נדרש להעשרת הידע שברשותו בתחומים לבר משפטיים, בעיקר בתחומי הבנת הנפש. הפנמת המאפיינים הייחודיים של תיקי עבירות המין על ידי מערכת המשפט, עשויה למנוע את אותם קשיים הכרוכים בניהולם ולהוסיף למשפט אפקט מעצים לקרבן העבירה." (דברי הסבר להצעת חוק בתי המשפט (תיקון – מחלקות לעבירות מין), התשע"ה–2015).

¹⁰ איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית פועל בשנים האחרונות רבות לקידום מערכת משפטית מיועדת טראומה מינית ולכינונה. עמדת האיגוד הוצגה בהרחבה בפני הוועדה הבין-משרדית לבחינת הטיפול בנפגעי עבירות מין בהליך הפלילי בראשות הנשיאה בדימוס דבורה ברלינר (להלן: "ועדת ברלינר"). בין שאר המלצות הוועדה, אשר פורסמו בדצמבר 2019, הומלץ על הקמת פיילוט למחלקות ייעודיות לעבירות מין במשטרה, בפרקליטות ובבתי המשפט. הוועדה הבין-משרדית לבחינת הטיפול בנפגעי עבירות מין בהליך הפלילי **דין וחשבון** (2009).



2. פגיעה מינית בילדים וילדות על ידי בן משפחה

הפגיעה המינית השכיחה ביותר בילדים וילדות נעשית על ידי בן משפחה.¹¹ פגיעה מינית במשפחה יכולה לשאת אופי מגוון ולכלול טווח רחב של התנהגויות בעלות אופי מיני – מחשיפה לפורנוגרפיה או ליטוף איברים אינטימיים ועד לקיום יחסי מין מלאים. הפגיעה יכולה להתרחש באופנים שונים ובגילאים שונים, להיות אירוע חד-פעמי או להימשך לאורך שנים.¹² פגיעה מינית בילדים היא חוויה טראומטית ייחודית, המשפיעה על עצם הווייתם של הנפגעים וממשיכה להדהד במשך כל חייהם, במודע או שלא במודע. כאשר הפגיעה המינית בילדים מתרחשת על ידי בן משפחה, בתוך מערכת היחסים האינטימית שבין הילד או הילדה לבין ההורה או קרובים אחרים האמונים על הטיפול בו או בה, מופר הביטחון הנפשי והפיזי של הילדה הנפגעת בעקבות התנהגותם. לרוב, פגיעה זו גורמת לאובדן של משאבים אישיותיים וחברתיים אצל הנפגעת.¹³

עד שנות השבעים של המאה ה-20 מקובל היה לחשוב כי מדובר בתופעה נדירה,¹⁴ אך הנתונים הסטטיסטיים שנאספו לאורך השנים מציגים תמונה של תופעה רחבת היקף ושכיחה בקרב כל שכבות האוכלוסייה, ללא קשר לרמת ההשכלה וההכנסה, למידת השמרנות או למוצא דתי או עדתי.¹⁵

¹¹ מנתוני דו"ח איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית לשנת 2019 עולה כי 64% מהפגיעות שדווחו על ידי ילדים בוצעו על ידי בן משפחה.

¹² צביה זליגמן "מבוא לגילוי עריות: אין אמת, ואין חסד, ואין רחמים" **הסוד ושברו** 15 (צביה זליגמן וזהבה סולומון עורכות, 2004); CHRISTINE A. COURTOIS, HEALING THE INCEST WOUND: ADULT SURVIVORS IN THERAPY (2ND ED.) (2010); W W Norton & Co. Frank W. Putnam, *Ten-year research update review: Child sexual abuse*, 42 J. AM. ACAD. CHILD ADOLESC. PSYCHIATRY 269 (2003); MARCIA SHEINBERG & PETER FRAENKEL, THE RELATIONAL TRAUMA OF INCEST: A FAMILY-BASED APPROACH TO TREATMENT (2001).

¹³ Marcia Sheinberg & Fiona True, *Treating family relational trauma: A recursive process using a decision dialogue*, 47(2) FAM. PROC. 173 (2003); Yuko Homma, Naren Wang, Elizabeth Saewyc & Nand Kishor, 51 *The relationship between sexual abuse and risky sexual behavior among adolescent boys: A meta-analysis*, J. ADOLESCENT HEALTH 18 (2012).

¹⁴ Erna Olafson & David L. Corwin, *Modern history of child sexual abuse awareness: Cycles of discovery and suppression*, 17 CHILD ABUSE & NEGLECT, 7 (1993); John R. Conte, *Child sexual abuse: awareness and backlash*, 4(2) FUTURE OF CHILDREN 224 (1994); SAMUEL KIRSON WEINBERG, INCEST BEHAVIOR (1955).

¹⁵ זליגמן, לעיל ה"ש 12; COURTOIS, לעיל ה"ש 12; בנוסף, קיימות הערכות שונות לגבי שיעורי הפגיעה המינית בילדים במסגרת המשפחה, והן נעות בין 14%–30%. לפי אחת ההערכות, אחד מכל שבעה ילדים עבר פגיעה מינית במשפחה. לפי הערכות אחרות 20%–



מי הוא דוד? – בין חקיקה לפסיקה במקרים של פגיעות מיניות

במקרים של פגיעה מינית במשפחה הפוגע מנצל לרעה את הקשר המשפחתי, את האמון ואת הסמכות הנתונים בידיו, כדי להשיג גישה אל הנפגעת. על פי רוב הוא מציג בפני הילדה את הפעילות המינית כמשחק, כפינוק מיוחד או כביטוי ליחס מועדף, כאשר במרבית המקרים הפוגע אינו נוקט באמצעים של אלימות וכפייה.¹⁶

במקרים הטיפוסיים הפוגע מבקש להשתיק את המעשים, בעודו מציין בפני הנפגע או הנפגעת כי יחסים אלו הם בבחינת נורמה וכי יש להמשיך ולשמור אותם בסוד, והכל כדי לשמר את הנגישות אל הנפגעת. הכוח העצום הטבוע בתוך מערכת היחסים המיוחדת בין הפוגע לבין הנפגעת, מאפשר את המשך שליטתו בה ואת השתקת המעשים. אחת התוצאות של דינמיקה זו היא כי רוב הילדות והילדים הנפגעים שומרים את הפגיעה המינית מבני משפחתם ומסביבתם בסודיות גמורה. ניצולה של הילדה, המתרחש על פי רוב במסווה של חוס ואהבה, עלול לבלבל אותה ולגרום לה לתחושות אמביוולנטיות כלפי הפגיעה והפוגע.¹⁷

פגיעה מינית במשפחה היא טראומה המתרחשת במסגרת יחסים relational (trauma). דפוסי התנהגות המתקיימים במסגרת הפגיעה מנוגדים לאופן שבו מוגדרים יחסים אלו באופן נורמטיבי, כאשר הפוגע מנצל לרעה את הקשר המשפחתי כדי לפגוע

30% מהנשים נפגעו מינית בילדותן, כאשר לפחות כמחצית מהן נפגעו על ידי בן משפחה Erin A. Casey & Paula S. Nurius, *Trends in the Prevalence and Characteristics of Sexual Violence: A Cohort Analysis*, 21 VIOLENCE AND VICTIMS 629 (2006); DAVID FINKELHOR, A SOURCEBOOK ON CHILD SEXUAL ABUSE (1986); Avigail Moor & Louise Silvern, *Identifying Pathways Linking Child Abuse to Psychological Outcome: The Mediating Role of Perceived Parental Failure of Empathy*, 6 J. EMOT. ABUSE 91 (2006); Diana E.H. Russell, *The Incidence and Prevalence of Intrafamilial and Extrafamilial Sexual Abuse of Female Children*, 7(2) CHILD ABUSE & NEGLECT 133 במחקרם של שיין ואחר אשר פורסם בשנת 2001 ונערך בישראל, צוין כי 26% מהנשים שדיווחו כי נפגעו מינית בילדותן (31% מכלל הנשאלות), ציינו כי הפגיעה התבצעה על ידי בן משפחה (משה שיין ואח' התעללות מינית בילדות-שכיחות התופעה בעברם של מבוגרים המבקרים אצל רופאי משפחה בישראל" **ילדים כקרבנות התעללות מינית במשפחה – מבט נוסף על התופעה, שכיחותה ומאפייניה** 74 (יפה ציונית ויצחק קדמן עורכים, 2001); במחקר שפורסם בשנת 2013 נמצא כי 29.7% מהפגיעות המיניות שדווחו במסגרת המחקר הן פגיעות מיניות בתוך המשפחה (צבי איזוקוביץ' ורחל לב-ויזל **התעללות, הזנחה ואלימות כלפי ילדים ובני נוער בישראל: בין שכיחות לדיווח** (המרכז לחקר החברה באוניברסיטת חיפה, 2013).

זליגמן, לעיל ה"ש 12.

רחב לב ויזל "פגיעה מינית בתקופת הילדות, טראומה, טראומטיזציה משנית ורה-טראומטיזציה" **התעללות והזנחה של ילדים בישראל** 581 (דבורה הורוביץ, יורם בן יהודה ומאיר חובב עורכים, 2007); SANDRA BUTLER, CONSPIRACY OF SILENCE: THE TRAUMA OF INCEST (1978); KATHRYN QUINA & NANCY N. CARLSON, RAPE, INCEST, AND SEXUAL HARASSMENT: A GUIDE FOR HELPING SURVIVORS (1989).



בנפגעת.¹⁸ מרשה שיינברג ופיטר פרנקל אפיינו טראומה זו כאובדן משמעותי של אמון באחרים המלווה בתחושות של כעס, כאב ובלבול לגבי מערכות היחסים המשפחתיות, וכן שינוי באמונה לגבי הביטחון במערכות יחסים קרובות באופן כללי, ובעמדות שליליות לגבי העצמי.¹⁹

לפגיעה מינית במשפחה ניתן להתייחס כפגיעה בעלת עוצמה רבה, בשל חוויות הבגידה המתקיימת ברמות אחדות. ברמה הראשונה, הפגיעה מתבצעת על ידי קרוב משפחה שלעיתים הוא האדם הקרוב ביותר לילדה, המספק לה את הצרכים הבסיסיים של חום וקרבה, בעודו משתמש בה לסיפוק צרכיו המיניים.²⁰ ברמה השנייה, הפגיעה והבגידה מתרחשות כאשר ההורה הלא פוגע, או קרובים אחרים, אינם מגנים על הילדה ולעיתים אף אינם מאמינים לדיווחיה.²¹ רמה נוספת של פגיעה שאליה ניתן להתייחס היא הרמה החברתית, כאשר הנפגעת חשה כי סביבתה החברתית אינה עושה דבר כדי למנוע את הפגיעה או לטפל בה.²²

3. בין חקיקה לפסיקה – תפקידו של בית המשפט כמפרש חוקים

ג. התפתחות החקיקה הישראלית בעבירות מין

המשפט הפלילי נועד להגן על האינטרסים הבסיסיים של חברה מאורגנת באמצעות הכרזה על איסורים וחובות, אשר הפרתם מצדיקה הטלת עונש על ידי המדינה, בהתאם לאופן שבו הם נקבעים על פי תפיסת החיים של החברה בתקופה נתונה.²³ המשפט הפלילי במהותו הוא מערכת המכוונת את התנהגות הפרטים בחברה, תוך הגדרת פעילות לא רצויה הפוגעת ביציבות הסדר החברתי, בחיים, בנוחות, בבריאות או ברכוש של אזרחי המדינה.²⁴

¹⁸ QUINA, שם; Courtois, לעיל ה"ש 12.

¹⁹ SHEINBERG & Fraenkel, לעיל ה"ש 12.

²⁰ גלית בן אמיתי "השלכות נפשיות של התעללות בילדים ומתבגרים" **התעללות והזנחה של ילדים בישראל** 536 (דבורה הורוביץ, יורם בן יהודה ומאיר חובב עורכים, 2007); שנדור פרנצי **בלבול השפות בין המבוגרים לילד** (רחל בן חיים מתרגמת, 2003).

²¹ Christopher Bollas, *The trauma of incest, in FORCES OF DESTINY: SYCHOANALYSIS AND HUMAN IDIOM* 171 (1989).

²² ראו לעיל ה"ש 12.

²³ להרחבה, ראו שניאור זלמן פלר **יסודות בדיני עונשין** (1984); יורם רבין ויניב ואקי דיני **עונשין** (2014); ANDREW ASHWORTH, *THE CRIMINAL PROCESS: AN EVALUATIVE STUDY*; (1998).

²⁴ יובל לוי ואליעזר לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** (1981).

כרמית קלר-חלמיש והלה נויבך



מי הוא דוד? – בין חקיקה לפסיקה במקרים של פגיעות מיניות

הקוד הפלילי של מדינת ישראל מושתת על הקוד הפלילי שהותיר אחריו השלטון המנדטורי, אשר במסגרתו לא נכללו מקרים של ניצול תלות ומרות במשפחה ומחוצה לה. רק לקראת סוף שנות השמונים של המאה ה-20, בהשפעת התפתחותן של תיאוריות פסיכולוגיות שונות, התקבלו מספר תיקוני חקיקה שעניינם הסדרת הטיפול בעבירות נגד ילדים במסגרת המשפחה, ובכללן עבירות מין.²⁵

ראשיתו של השינוי מופיע בתיקון שהתקבל בשנת 1988,²⁶ במסגרתו שונתה כותרתן של העבירות העוסקות בפגיעה מינית מ"עבירות נגד המוסר" ל"עבירות מין". מאחורי שינוי סמנטי זה ניצבת הצהרה ברורה וחד-משמעית, כי עבירות אלו אינן עוסקות בהתנהגות לא מוסרית, אלא בהתנהגות שיש בה אלמנט מיני שהתבצע ללא הסכמה.²⁷ בשנת 1989 התקבל התיקון הידוע בשם "חוק קטינים וחסרי ישע",²⁸ אשר במסגרתו הוסדרו עבירות פליליות מיוחדות למניעת התעללות בקטינים, ונקבעה חובת דיווח לרשויות במקרים אלו. במסגרת תיקון זה הוגדרה העבירה של "התעללות בקטין או בחסר ישע", הכוללת התעללות נפשית, גופנית או מינית בקטין, בסעיף 368 לחוק העונשין. עבירה זו כוללת גם מקרים של פגיעה מינית במסגרת המשפחה.

בשנת 1990 התקבל תיקון נוסף לחוק העונשין,²⁹ אשר הגדיר לראשונה באופן ייחודי את העבירה של "פגיעה מינית במשפחה" כעבירה פלילית נפרדת וחמורה במיוחד. במסגרת עבירה זו נקבע לראשונה העיקרון, כי התעללות בקטין על ידי בן משפחה היא בגדר עבירה חמורה יותר מאשר פגיעה על ידי זר. בכך באה לידי ביטוי הכרת המחוקק בהבדלים שתוארו בספרות הקלינית בין פגיעה מינית בילדים באופן כללי, לבין פגיעה מינית במסגרת המשפחה.³⁰

ההסדר החוקי הנוכחי קובע מזה 30 שנה, כי בעבירות של אינוס, בעילה בהסכמה, מעשה סדום או מעשים מגונים, ייקבעו עונשים מרכיבים חמורים יותר לפוגעים שביצעו מעשים אלה במסגרת התא המשפחתי, לעומת עבירות המבוצעות על ידי אחרים שאינם בני משפחה.³¹ מסגרת המשפחה מוגדרת בחוק באופן חלקי, וכוללת רק בני משפחה מסוימים כגון: את, דוד, גיס או סב. מהסדר זה ניתן ללמוד על מגמת המחוקק הברורה

²⁵ יורם שחר "מקורותיה של פקודת הדין הפלילי, 1936" **עיוני משפט** ז 75 (תש"ם); לימור עציוני "האם פסיכולוגיה יכולה לשמש מקדם הגנה – נשים בגירות קורבנות גילוי עריות בילדות כמקרה מבחן לבחינת הקשר בין הפסיכולוגיה לבין המציאות הפלילית-נזיקית" **שערי משפט** ה 71 (2009).

²⁶ חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62.

²⁷ עציוני, לעיל ה"ש 25; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 14), התש"ם-1980, ה"ח 196.

²⁸ חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן-1989, ס"ח 10.

²⁹ חוק העונשין (תיקון מס' 30), התש"ן-1990, ס"ח 196.

³⁰ לימור עציוני **גילוי עריות** (2009).

³¹ ס' 351 לחוק העונשין.



והחד-משמעית של החמרה בענישת עבריינים המבצעים פגיעה מינית במסגרת התא המשפחתי הקרוב, ועל השאיפה להרחיב את ההגנה על קטינים מפני פגיעה על ידי בני משפחה, המפירים את חובתם הבסיסית להגן עליהם.³²

סוגיה רלוונטית נוספת, אותה יש להזכיר בהקשר זה, היא סוגיית ההתיישנות. הנורמה הכללית בדין הפלילי הישראלי היא כי תקופת ההתיישנות נקבעת על פי חומרת העבירה, בכפוף לקיומן של הוראות חוק ספציפיות החלות במקרים מיוחדים.³³ אחד המקרים המיוחדים הללו מצוי בסעיף 345 לחוק העונשין, שעניינו עבירות מין בקטין – באופן כללי ולא רק בתוך המשפחה. במסגרת סעיף זה נקבע, כי מניין תקופת ההתיישנות יחל ביום שבו מלאו לקטין 18 שנים. סעיף 351 לחוק העונשין, שעניינו פגיעה מינית במשפחה, היה בעבר ככל עבירת מין אחרת מבחינת ההתיישנות, כלומר התיישן בחלוף 10 שנים מיום קרות האירוע, או במקרה של נפגע קטין, מהיום שבו מלאו לו 18 שנים. כלל התיישנות זה שונה בשנת 2005 בעקבות עליית המודעות המחקרית והציבורית לקשיים הנפשיים והחברתיים הכרוכים בדיווח על עבירות אלו. תיקון זה קבע, באופן כללי, כי תקופת ההתיישנות במקרים של פגיעה מינית במשפחה תחל מיום שהגיע הקטין הנפגע לגיל 28. המשמעות המעשית הייתה, כי נפגעות שעברו פגיעה מינית במשפחה יכלו להגיש תלונה במשטרה עד הגיען לגיל 39.³⁴ ניתן להיווכח כי בשינוי חקיקתי זה

³² עיצוני, לעיל ה"ש 25.

³³ ס' 24 לחוק העונשין מסווג עבירות פליליות לשלושה סוגים כלהלן: "(1) 'פשע' – עבירה שנקבע לה עונש חמור ממאסר לתקופה של שלוש שנים; (2) 'עוון' – עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים ושאינה עולה על שלוש שנים; ואם העונש הוא קנס בלבד - קנס העולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום; (3) 'חטא' – עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה שאינה עולה על שלושה חודשים, ואם העונש הוא קנס בלבד – קנס שאינו עולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום".

בהתאם, תקופת ההתיישנות בגין סוגי העבירות גם היא שונה. חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 87), התשע"ט–2019, ס"ח 238, הסדיר מחדש את סוגיית ההתיישנות וקבע כי ישנן עבירות שאינן מתיישנות (דוגמת רצח ועבירות לפי החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם) וכן כי תקופת ההתיישנות משתנה בין סוגי העבירות (בעבירות שדינן מיתה או מאסר עולם ההתיישנות עומדת על שלוש שנים, בעבירות פשע שדינן שבע שנות מאסר ומעלה, המנויות בתוספת הראשונה ב' – חמש-עשרה או עשרים ושלוש שנות התיישנות, בעבירות פשע שדינן שבע שנות מאסר ומעלה, המנויות בתוספת הראשונה ב', ההתיישנות עומדת על חמש-עשרה שנים, בעבירות פשע אחר ההתיישנות עומדת על עשר שנים, בעבירות עוון ההתיישנות עומדת על חמש שנים ובעבירות חטא ההתיישנות היא שנה אחת). להרחבה על תיקון זה, ראו את דברי ההסבר לחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 87), התשע"ח–2018, 192. חריג לכל אלו הן עבירות מין שבוצעו בקטינים כפי שמורחב במאמר זה.

³⁴ עיצוני, לעיל ה"ש 25.

כרמית קלר-חלמיש והלה נויבך



מי הוא דוד? – בין חקיקה לפסיקה במקרים של פגיעות מיניות

גולם פעם נוספת הידע הקליני שנאסף בדבר ייחודיותן של פגיעות מיניות בתוך המשפחה, השיהוי בדיווחן של נפגעות ונטייתן לחשוף את סיפור הפגיעה ולהתמודד עמו רק בחלוף שנים רבות. הדבר נובע, בין היתר, מהעובדה כי הפגיעה התרחשה במסגרת יחסי משפחה, כפי שתואר לעיל.

בשנת 2017 תוקן חוק העונשין פעם נוספת, באופן הקובע כי תקופת ההתיישנות המורחבת על עבירות מין במשפחה תחול גם במקרים שבהם הפוגע הוא בן דוד של הנפגעת שמלאו לה 15 שנה. תיקון זה המחיש את ההבנה וההכרה כי במערכת היחסים המשפחתית גם בני דודים יכולים לנצל קרבה וסמכות לצורך פגיעה מינית, והכיר בכך כי רשימת קרובי המשפחה שהוגדרו בחוק עובר לתיקון לא גילמה את כל האפשרויות של פגיעה מינית במשפחה המתרחשות במציאות.

בשנת 2019, בין היתר ביוזמת ובהובלת איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית, תוקן חוק העונשין פעם נוספת, כך ששוב הוארכה תקופת ההתיישנות במקרים של פגיעה מינית חמורה בתוך המשפחה, באופן שתקופת ההתיישנות בעבירות אלו תהיה 15 שנה מהגיע הנפגעת לגיל 28. גם תיקון זה ביטא את הכרת המחוקק בקשיים האינהרנטיים והאובייקטיביים שבפניהם ניצבים הנפגעים והנפגעות בבואם לדווח על הפגיעה בהם, על פי רוב בחלוף שנים רבות. בבסיס התיקון עמדה בין היתר התפיסה, כי האינטרס הציבורי בהעמדה לדין של מי שפגע מינית בקטינים, בוודאי ובוודאי בתוך המשפחה, גדול יותר מאשר בעבירות אחרות, משום שהתנהגות כזו פוגעת בערכים המוגנים ביותר של החברה, תוך ניצול פערי כוחות, אמון ותלות של הילדה שנפגעה, וזריעת הרס חסר תקנה אשר לעיתים אינו בר שיקום ומותיר צלקות לעד. בשל כל אלה, נכון להיום נפגעות ונפגעי עבירות מין חמורות בתוך המשפחה יכולים להגיש תלונה במשטרה עד הגיעם לגיל 43. מתיקונו הרבים של החוק שהתקבלו לאורך 30 השנים האחרונות, ניתן ללמוד על הבנת החברה והמחוקק את השלכותיה מרחיקות הלכת של פגיעה מינית בתוך משפחה, ועל המגמה להרחיב את אופני הטיפול המשפטיים בעבירות אלה במסגרת המאמץ להגן על ילדות וילדים במטרה למגר את התופעה.

2. תפקידו של בית המשפט כמכריע וכמפרש החוק

המשפט הישראלי עושה שימוש בקונסטרוקציה המשפטית של פירוש טקסט משפטי על פי תכליתו. פירוש הטקסט הוא משימה המבקשת להתחקות אחר רצונו של יוצר הטקסט – קרי, מה ביקש להשיג באמצעותו. הנחת היסוד היא, כי כאשר המחוקק חוקק חוק הוא ביקש להגשים באמצעותו מטרת חברתית, ולרצון זה יש ליתן משקל בעת הפירוש.³⁵ מזה עשרות בשנים פועלים שופטים ושופטות תחת ההבנה, כי במסגרת המשמעויות

³⁵ אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" **מחקרי משפט** יז 347 (2002).



הלשוניות האפשריות, עליהם ליתן ללשון הטקסט את הפירוש המגשים את תכליתו, אשר היא למעשה הערכים, העקרונות, האינטרסים והמטרות שהוא נועד להגשים.

כפי שתיאר זאת נשיא בית המשפט העליון (דאז) אהרון ברק:³⁶

“נקודת המוצא העקרונית היא כי הטקסט הפלילי מתפרש על פי אותה שיטת פרשנות שלפיה מתפרשים כלל הטקסטים המשפטיים בישראל, כלומר, על פי הפרשנות התכליתית. על פי שיטה זו, אמת המידה החלה בפירושה של כל הטקסטים המשפטיים – לרבות הטקסט הפלילי – היא התכלית המונחת ביסוד הדין. על הפרשן לסרטט את מתחם המשמעויות הלשוניות. בעשותו כן הוא פועל כבלשן. הוא שואל עצמו, איזה מובן ניתן לתת בלשון העברית ללשונו של הדין. מתוך מתחם זה של מובנים לשוניים הוא שולף את המובן המשפטי של הטקסט, וזאת על פי אמת המידה של התכלית המונחת ביסוד הדין. תכלית הדין הם האינטרסים, המטרות, הערכים, המדיניות והפונקציה אשר הדין נועד להגשים”.

עם הקמתו, דבקה בבית המשפט העליון הנטייה לאקטיביזם שיפוטי, שהביאה להתפתחות פסיקתו של בג”ץ והקנתה לו את מעמדו המרכזי.³⁷ משנות השמונים של המאה ה-20 ניכרת מגמה של הרחבת שיקול הדעת וכוחו של בית המשפט העליון. מגמה זו, המכונה גם “ירידת הפורמליזם”,³⁸ מבטאת את שינוי הסגנון שהתרחש עם השנים בפסיקת שופטי בית המשפט העליון ובתי משפט אחרים, אותו ניתן לתאר כמעבר מהדגש על הצורה (כללים או מושגים משפטיים) למהות, אשר באה לידי ביטוי בשימוש בערכים שמעבר לחוק הכתוב.

3. הפרשנות שנותן בית המשפט לחוקים הנוגעים לפגיעות מיניות

במקביל לתיקוני החקיקה שנסקרו לעיל, אשר הביאו לידי ביטוי את ההבנה מן המחקרים ומן השטח של הדינמיקה הייחודית של פגיעות מיניות בכלל, ופגיעות מיניות במשפחה בפרט, הרי שלאורך 30 השנים האחרונות התמודד בית המשפט העליון עם מספר סוגיות, שבהן הוא נדרש לפרשנות יצירתית לחוקים אלה ואחרים.

³⁶ שם, בעמ' 348.

³⁷ אקטיביזם שיפוטי ניתן להגדיר כמגמה שיפוטית שנוטה להרחיב את סמכויות בתי המשפט ואת התחומים שבהם ניתן להפעיל שיקול דעת, להחיל את שיקול הדעת הלכה למעשה ולצמצם או לבטל כללים שנקבעו בחקיקה או בדין קודם, המגבילים או מצמצמים שיקול דעת זה. דניאל פרידמן “פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי” **המשפט** 9, 11 (2007).

³⁸ שם; וראו מנחם מאוטנר “ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי” **עינוי משפט** יז 503 (1993); מיכל אלברשטין “מרד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית” **מחקרי משפט** כז (2011).



מי הוא דוד? – בין חקיקה לפסיקה במקרים של פגיעות מיניות

כך, למשל, בפסק הדין המפורסם בעניין האונס הקבוצתי בקיבוץ שמרת,³⁹ אשר ניתן לפני כמעט 30 שנה, התעכב בית המשפט העליון ארוכות על פירוש המונח "שלא בהסכמתה החופשית", המרכיב את עבירת האינוס הקבוצה בסעיף 345 לחוק העונשין. באותו עניין, כדי לתת ביטוי לתפיסות חברתיות ביחס לעבירות מין ולחוקים שונים בתחום עבירות המין, יצק בית המשפט העליון תוכן משפטי חדש לאותה עת, עבור מונח ההסכמה, כאשר קבע בין היתר כי:⁴⁰

"הסכמה לבעילה על-ידי פלוני אינה הסכמה לבעילה על-ידי פלמוני (ב"ש 323/78, בעמ' 803), והסכמה לבעילה בעבר אינה כשלעצמה הסכמה לצורכי בעילה בהווה. הווי אומר, בהיעדר סימן להסכמה במועד הרלוואנטי, אין זכות מוקנית להסכמה, אם כי ייתכנו כמובן נסיבות שבהן תשליך הסכמת העבר על המסקנה הסבירה והכנה שניתן להסיקה מנסיבות ההווה [...] אין הכרח בכך שהאי-הסכמה תובע בצעקה, בהיאבקות וכדומה. בוודאי, אין מקום לתמיהה מדוע פלונית לא צעקה כאשר הנסיבות היו כאלה שהיא ראתה עצמה בסכנה לו הייתה מביעה התנגדות קולנית, או אם הצעקה היא בנסיבות העניין חסרת תוחלת או תועלת. יש אף שאישה נוקטת שיטה של ניסיון שכנוע, ומבקשת להניא את האנס ממעשיו בדברים רוגעים. אין בכך, כמובן, כהוא זה ממידת ההסכמה החופשית."

בפסק דין נוסף שניתן בעניין פלונית,⁴¹ התמודד בית המשפט העליון עם השאלה אם הורה מלווה או רופא מלווה, במסגרת טיול לחוץ לארץ מטעם בית ספר תיכון, עונה להגדרת "אחראי" על נערים ונערות המשתתפים בטיול, במובן של סעיף 368א(1) לחוק העונשין, הקובע כי "אחראי" הוא "הורה או מי שעליו האחריות לצרכי מחייתו, לבריאותו, לחינוכו או לשלומו של קטין או של חסר ישע – מכוח דין, החלטה שיפוטית, חוזה מפורש או מכללא, או מי שעליו האחריות כאמור לקטין או לחסר ישע מחמת מעשה כשר או אסור שלו". בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון, כי בנסיבות מסוימות הורה מלווה או רופא מלווה, במסגרת טיול לחוץ לארץ מטעם בית ספר תיכון, יכול להיחשב "אחראי". אין ספק, כי פרשנות דווקנית ומצומצמת הייתה מביאה למסקנה כי ההורה ששימש כהורה מלווה באותו טיול אינו "אחראי" כפי ההגדרה בחוק, שכן טיול בחו"ל הוא אירוע נקודתי וקצר מועד והתלות של הקטינה באותו הורה היא מוגבלת למדי. אולם, בעניין זה בית המשפט העליון בחר לראות את המציאות כהווייתה. בנסיבות העניין, במסגרת שהות

³⁹ ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993).

⁴⁰ שם, בעמ' 344.

⁴¹ בג"ץ 2634/16 פלונית נ' פרקליטות המדינה (אר"ש 31.7.2019).



רגישה מחוץ לארץ (מסע מחנות לפולין) יצק בית המשפט פרשנות נרחבת למושג "אחראי", וכלל בתוכה גם את ההורה המלווה בנסיבות המסוימות ובסיטואציה הספציפית שנוצרה, שבה חל הרציונל הרגשי המורכב שאותו ביקש המחוקק ליישם. אין זאת אלא שבאותו עניין מילא בית המשפט העליון את פונקציית היישום של החוק והכלתו, או "הלבשתו" על מקרה ספציפי אשר דרש פרשנות.

ד. מי הוא דוד, והיכן שגה בית המשפט העליון בפרשנות החוק?

בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין הדוד צוין, בין היתר, כי במעגל משפחתי רחב יותר, אשר כלל את נפגעת העבירה, נתפס המערער כבן זוגה של גרושתו. במסגרת זו, אף נעשה שימוש תדיר במילים כמו "אשתי", "גיסים", "כמו אבא" וכד'. משכך, הילדה בת ה-9 נפגעת העבירה, ראתה בפוגע "בן משפחה" ו"דוד" לכל דבר. נראה כי פסיקת בית המשפט המחוזי במקרה זה ביקשה לגלם את המהות והרעיון העומדים מאחורי ההגדרה של פגיעה מינית על ידי בן משפחה, כפי שזו באה לידי ביטוי במציאות היומיומית ובמשמעויותיה הקליניות אשר הביאו לחקיקת ההסדרים המיוחדים בחוק הישראלי, שצוינו לעיל.

כך, למשל, התיקון לחוק העונשין שהתקבל בשנת 1990, ואשר הגדיר את העבירה של פגיעה מינית על ידי בן משפחה כעבירה שהעונש בצידה חמור יותר, ביקש כאמור לגלם את ההבנה הפסיכולוגית וההשלכות העצומות שיש לפגיעה מינית על ידי בן משפחה.⁴² דברי ההסבר לחוק⁴³ מכילים את המלצת הוועדה המיוחדת לילדים בסיכון ואת הרצון כי תיקון חקיקה זה יהווה הגנה נוספת על ילדים מפני פגיעות, תקיפות והתעללויות. עוד כוללים דברי ההסבר הבהרה כי "בסעיף 345א מוצעת הגדרה המרחיבה את עבירת גילוי עריות לא רק על ההורים אלא על כל המבוגרים האחראים על הילד והגרים עמו או קרוביו הישירים". כן מצוין, כי "בכל הסעיפים האלה תוחמר הענישה, לצורך הרתעה נוספת, בכל מקרה של פגיעה ב'בן בית'". הנה כי כן, המחוקק אשר ביקש לגלם בחוק את המשמעות החמורה של פגיעה על ידי בן משפחה קרוב, המהווה חלק מסביבתה של הנפגעת, ראה לנגד עיניו את בני ביתה ומשפחתה וקרובים אחרים המצויים תדיר בסביבתה של הנפגעת, ואת המשמעות של ענישה חמורה במיוחד במקרים אלה.

⁴² חוק העונשין (תיקון מס' 30), ס"ח 196.

⁴³ ראו דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 30), ה"ח 223 (בגוף הצעת החוק מצוינים תיקונים מס' 33 ו-34, אולם מדובר בדברי ההסבר לתיקון מס' 30, כמתואר בהערות השוליים הקודמת).



מי הוא דוד? – בין חקיקה לפסיקה במקרים של פגיעות מיניות

על רקע דברים אלה, בצירוף ההבנה של המשמעות החמורה של פגיעה מינית במשפחה והשלכותיה החמורות, ונוכח העובדה כי נראה שבמקרה הנדון האדם הפוגע שימש כדודה של הנפגעת ומכוח זה התאפשרה גישתו אליה ולמצער גם הפגיעה המינית בה, מאכזבת למדי פרשנותו הדווקנית של בית המשפט העליון שבחר לצמצם את הרעיון המגולם בחוק ולבטל את המשמעות המיוחדת שיש לניצול של יחסי הקרבה והאמון המצוי בבסיסה של פגיעה מינית במשפחה. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט העליון עצמו בעניין אחר:⁴⁴

”מבחינה מילולית שווה פירושו של בא-כוח המבקש לפירוש השני; מבחינה כללית הלשון שניהם אפשריים. אלא שאין אנו רשאים להתבצר כאן 'במבצר המילון' ולדרוש מלה כהוראתה במילון, כי אם עלינו לגלות את הפירוש שהוא נכון לצורך ענינו, על רקע של מטרת החקיקה.”

חרף דברים ברורים אלו, קבע בית המשפט העליון בעניין הדוד, בין היתר, כי בהתייחס לסעיף 351 לחוק העונשין, ”המילה 'דוד' מתייחסת אך ורק למי שנמצא בקשר דם או חיתון עם קורבן העבירה בשל היותו אח של הורה או נשוי לאחד מהאחאים של הוריו”. כלומר, בית המשפט העליון בוחר בפירוש כמעט מילוני למילה ”דוד”, ומרוקן מתוכן את הרציונל שעמד בבסיסו של החוק.

בחירתו זו של בית המשפט העליון עומדת בסתירה מוחלטת לקביעות קודמות שיצאו מלפניו. כך, למשל, בעניין פלוני, טען המערער כי הגדרתו של סב בהתייחס לסעיף 351 לחוק העונשין חלה רק על סב ביולוגי. בית המשפט העליון דחה טענה זו תוך שהוא קובע:⁴⁵

”הפרשנות הרואה בסב מכוח נישואין 'בן משפחה' עולה בהתאמה גם עם תכליתו של החוק להגן על קטינים מפגיעה מידו של מי שחי בקרבתם, מי שיש לו יסוד של אחריות כלפיהם במסגרת הקרובה והסגורה ביותר שניתן להעלות על הדעת – המשפחה – ומנצלה לרעה. המחוקק ביקש להגן על קטינים גם בביתם, בחיק משפחתם, גם בהיותם בקרבתם ובחסותם של האנשים הקרובים אליהם ביותר – הורה, אח, סב ועוד, כמפורט בסעיף. כל אחד מאלה חב לקטין את השמירה על ביטחונו, על הגנתו. המקרה שבפנינו אך מדגים עד כמה בלתי רצויה היא הפרשנות המוצעת על ידי המערער. המתלוננים נולדו אל מציאות בה המערער היה חלק בלתי נפרד ממשפחתם – בן זוגה של סבתם אשר

⁴⁴ בג”ץ 328/60 מוסא נ’ שר-הפנים, פ”ד טז 69, 78 (1962).

⁴⁵ ע”פ 1523/05 פלוני נ’ מדינת ישראל, פס’ 67 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (אר”ש 2.3.2006).



גידל כאב את אימם. המערער והמתלוננים חיו אמנם בערים שונות, אך הם נפגשו במפגשים משפחתיים, בשבתות, בחגים ובמועדים אחרים, שאז המערער נהנה מן הקירבה, האחריות והסמכות הנתונות לסב, סב אהוב כפי שתיארו נ' מ'. המסגרת המשפחתית היא שאפשרה למערער לבצע את המעשים השפלים והנלוזים תוך ניצול מתמשך של אמונם, אהבתם וחוסר האונים של המתלוננים ועל כן אין מקום לספק בעיני כי אין להוציא את המערער אל מחוץ לתחולת 'בן משפחה', שהרי, כאמור, בפועל שימש המערער כסבם של המתלוננים כפי שהיה משמש כל סב ביולוגי".

בית המשפט העליון קבע בפסק הדין מושא הארה זו, כי קביעתו הקודמת בעניין פלוני הביאה את פרשנות המילה "סב" לקצה גבולותיה. גישה זו, אשר נתלית בפירוש מצומצם ודווקני, הופכת את שופטי בית המשפט העליון לשופטים-בלשנים – מי שכל מלאכתם היא הוצאה לפועל של הוראות החוק היבש בלי להפיק בו רוח חיים. מי שנדמה כי נרתעים מלמלא את מלאכת הפרשנות המוטלת עליהם. גישה זו עומדת בסתירה מוחלטת לאופן שבו פועל בית המשפט העליון בישראל לאורך שנים, ובעיקר מעקרת את מהותם של החוקים אשר התגבשו והשתכללו לאורך השנים בתהליך ההפנמה של עוצמת הפגיעה בה מדובר.

בית המשפט העליון נתפס כהיכל הצדק. עבור ילדה אחת בת התשע, שחוותה פגיעה ממי שהיה עבורה חלק מהמסגרת שאמורה לגונן עליה וממי שהוא כנראה אחד הקרובים לה, קביעתו האחרונה של בית המשפט העליון כי העבירה שבוצעה בה, לא בוצעה בתוך המשפחה ועל כן מזכה בהקלה בעונש, יכולה להוות מכה קשה. מבחינת הנפגעת אין כל משמעות לרשומות משרד הפנים לפיהן הדוד שפגע בה הוא גרוש ולפיכך כביכול אינו מהווה עוד חלק ממשפחתה. מבחינתה הוא הדוד שלה. כך הכירה אותו, כך נקמו יחסי האמון עימו, כך התאפשרה כניסתו לביתה, כך ניתנה לו למעשה ההזדמנות לפגוע בה, וכך נופצו היסודות הקריטיים של חייה בעת הפגיעה.

פסיקתו זו של בית המשפט העליון היא מפגש עצוב ומאכזב בין מלאכה משפטית דווקנית לחיים האמיתיים ולפגיעות מיניות שמתרחשות בהם יום יום. 64% מהפניות למרכזי הסיוע במקרים של ילדות וילדים נעשות בעקבות פגיעה מינית במשפחה (לרבות פניות שנעשות שנים רבות לאחר הפגיעה). המקרה הספציפי הזה של הילדה בת התשע, אשר נפגעה מינית על ידי מי שהיה דודה באופן רשמי עד שלב מסוים, אך פגע בה לאחר שמערכת היחסים שלו עם הדודה הופסקה פורמלית, נפל בפער שבין המציאות לבין ההגדרות המשפטיות הצרות, והותיר תחושה קשה של ניתוק של בית המשפט העליון מן העולם האמיתי. בעולם האמיתי ילדה בת תשע אינה שואלת את בני משפחתה מה הוא המעמד המשפטי של בן הזוג לשעבר של דודתה, ואם מותר לו להיכנס לביתה או ליטול חלק במפגשים משפחתיים. היא מקבלת את הדברים כפי שהם, ועבורה אותו אדם אינו



מי הוא דוד? – בין חקיקה לפסיקה במקרים של פגיעות מיניות

בגדר זר שפגשה ברחוב ועל כן אולי יש להיזהר מפניו, כפי שנאמר במקרים רבים לילדים וילדות.

ה. סיכום

הנשיא ברק כתב, כי "אחד מתפקידיו העיקריים של השופט בישראל הוא לגשר על הפער שבין המשפט למציאות"⁴⁶. והנה, נקרתה בפני בית המשפט העליון הזדמנות להתאים את החוק למציאות המשתנה של שנת 2020 שבה מצבו המשפחתי של אדם ברשומות משרד הפנים אינו תואם, פעמים רבות, את מצב הדברים כפי שהם נחווים, לתקף את חווית הפגיעה והבגידה שחווה נפגעת העבירה במקרה זה ולהעביר מסר חד משמעי שפגיעות מיניות ובמיוחד בתוך המשפחה, הן עבירות חמורות שיש להתייחס אליהן בכבוד ראש, אף יותר מעבירות מין אחרות. מאכזב מאוד כי דווקא במקרה כואב זה בחר בית המשפט העליון לסגת אחורה לדרך פורמליסטית, ולקפל בחזרה אל המחשכים את ההישגים השונים שהושגו במהלך השנים במאבק למיגור אלימות מינית. בית המשפט העניק עדיפות למציאות פושעת על פני תיקונה באמצעים המשפטיים העומדים לרשותו. לא זו הדרך לגשר על הפער בין המציאות לבין המשפט.

דווקא בעידן זה, שבו נראה כי המאבקים בעשרות השנים האחרונות קיבלו מינוף בזכות תנועות מחאה כמו #MeToo והצפתו של הנושא באופן תדיר בתקשורת, קשה להבין את אמירתו המבטלת של בית המשפט העליון, אשר התעלם הלכה למעשה מן המאפיינים הייחודיים של פגיעות מיניות בתוך המשפחה, וזאת בניגוד מוחלט לרוח העולה מן הספרות המקצועית, המחקרים והחקיקה בשנים האחרונות. אין לנו אלא לקוות כי פסק דין זה הוא אירוע אנקדוטי בודד, שאינו מסמן מגמה כלשהי או מפנה בעלילה.

⁴⁶ אהרן ברק "על תפקידי כשופט" משפט וממשל ז 33 (2004).