



על הרגולציה המשפטית של מגדר ומיניות בע"פ 5019/09 חליווה נ' מדינת ישראל

עירית נגבי*

א. מבוא. ב. הקריטריונים לקביעת חומרת העונש בעברות מין.
1. הקשר החברתי בין מבצע העברה לנפגע כקובעים את חומרת העונש.
2. מידת אי-ההסכמה למעשה המיני כקובעת את חומרת העונש.
ג. מיתוס האונס והבניית המיניות הנשית. ד. סיכום.

א. מבוא

בהארת פסיקה זו אבקש להפנות את תשומת הלב לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין חליווה,¹ שדן בעברות אלימות מינית, ומבטא תפיסות סטריאוטיפיות ודעות קדומות כלפי נשים ומיניותן, השוללות את זכותן של נשים לאוטונומיה ולכבוד אנושי, ופוגעות בסיכוייהן להביא לענישתם של מי שתקפו אותן מינית. הנאשם, דביר חליווה, הורשע בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע בעברות שביצע כלפי בת זוגו באותה עת, שבהן שתי עברות מעשה סדום, שתי עברות אינוס, וכן איומים, חבלה ופגיעה בנסיבות מחמירות ותקיפה והדחה בחקירה. חליווה נידון לשנתיים מאסר בפועל, לשנה מאסר על תנאי וחויב בפיצוי המתלוננת בסך 25,000 ש"ח. העונש הקל נומק בעיקרו בזמן הרב שחלף בין הגשת כתב האישום לגזירת הדין (כעשר שנים),² ובכך שבמשך הזמן שינה הנאשם את אורחותיו והפך לאדם חיובי ומועיל לחברה.³ ערכאת הערעור (השופטים מלצר, רובינשטיין וג'ובראן) קיבלה חלקית את ערעורו, וזיכתה אותו מעברות האלימות וההדחה בחקירה, בנימוק שמחדלי החקירה המשטרית קיפחו את הגנתו. כמו כן, השופטים מלצר וג'ובראן זיכו את חליווה בדעת רוב מעברת מעשה סדום

* דוקטור, מרצה מן החוג לדיני משפחה ולדיני חוזים באוניברסיטת בר-אילן.

¹ ע"פ 5019/09 חליווה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.8.2013).

² אף כי, כפי שצוטט מפסק הדין של בית המשפט המחוזי, "חלק ניכר מהדחיות בתיק נבעו מבקשות של ההגנה". שם, פס' 66 לפסק דינו של השופט חנן מלצר.

³ שם.



אחת, בנימוק שלא שוכנעו שהמעשה היה בניגוד להסכמת האישה. עונשו, על שתי עברות אינוס ועברת מעשה סדום אחת, וכן על עברת איומים, הופחת לששה חודשי עבודות שירות ולמאסר על תנאי של 18 חדשים, בנוסף לפיצוי המתלוננת, שנתר על כנו.

פסק הדין של ערכאת הערעור מציב קריטריונים אנכרוניסטיים לקביעת חומרת העונש בעברות מין, המכרסמים באוטונומיה המינית של האישה, והשוללים את זכותה המוחלטת להימנע ממין בלתי רצוי לה. קריטריונים אלה כוללים, אליבא דבית המשפט, את מידת אי-ההסכמה של הנאנסת למעשה המיני, ואת הקשר החברתי בין האנס לנאנסת.

בנוסף, ערכאת הערעור זיכתה את המערער מאחד משני מעשי סדום שבהם הורשע, בהעדיפה את התרחיש הפורנוגרפי לפיו המתלוננת נענתה ליחסי מין אלימים, משפילים ומבוזים, על פני התרחיש לפיו סירבה ליחסי מין אלה, שנכפו עליה. העדפתו של בית המשפט איננה נשענת על ראיות כלשהן להסכמת המתלוננת, אלא על הנחת רקע תרבותית, לפיה לנשים תשוקה ליחסי מין אלימים ומשפילים. בכך משקף (ומחזק) פסק הדין את "מיתוס האונס", המשליך את האחריות לאונס על הנאנסת, בין השאר על ידי הבנייתה כמי שמבקשת מין אלים, ומגלה תשוקה לכאב ולהשפלה מידי הגבר. חלקה הראשון של הארה זו יוקדש לדיון בקריטריונים שמציב פסק הדין לקביעת חומרת העונש בעברות מין, וחלקה השני לדיון ב"מיתוס האונס" ובהשתקפותו מפסק הדין.

ב. הקריטריונים לקביעת חומרת העונש בעברות מין

פסק הדין של ערכאת הערעור נכתב על ידי השופט מלצר, בהסכמת השופטים ג'ובראן ורובינשטיין, למעט הזיכוי מעברת מעשה סדום שעליו חלק השופט רובינשטיין. ארבעה קריטריונים לקביעת חומרת העונש בעברות מין מציב השופט מלצר: "העונש בעבירות אלו אמור להיקבע בדרך כלל על פי ארבעה קריטריונים: מהות המעשה המיני, מידת אי ההסכמה למעשה המיני, גיל נפגע העבירה, והקשר החברתי בין מבצע העבירה לנפגע"⁴. שניים מן הקריטריונים הללו מעוגנים בחוק – מהות המעשה המיני וגיל נפגע העברה, ואין כל מחלוקת על כך שהם משפיעים על חומרת המעשה, וכנגזרת מכך גם על חומרת העונש. לא כן לגבי מידת אי-ההסכמה למעשה המיני ולגבי הקשר החברתי בין מבצע העברה לנפגע. קריטריונים אלה אינם מעוגנים בחוק, אלא במסורת פטריארכלית

⁴ עניין חליווה, לעיל ה"ש 1, פס' 69 לפסק דינו של השופט מלצר.



ככה לא בונים הורות הסכמית

שפגעה לאורך השנים, בשיטתיות, בזכויותיהן של נפגעות העברה ובאפשרותן לזכות בסעד מבית המשפט, והמחוקק הישראלי התנער מהם זה מכבר.⁵

1. הקשר החברתי בין מבצע העברה לנפגע כקובעים את חומרת העונש

הקשר החברתי בין הנאנסת לאנס כמדד לחומרת העונש, מניח לכאורה כי עצם קיומו של קשר חברתי, או עצם קיומם של קשרים חברתיים מסויימים, מפחית מחומרת מעשה האונס. אם הכוונה לכך שכל היכרות מוקדמת בין האנס לנאנסת מפחיתה מחומרת האונס, ואם הכוונה היא שרק קשרים זוגיים מפחיתים מחומרת האונס, התוצאה היא אחת: אי-הכרה באוטונומיה המינית של האישה כזכות מוחלטת. משמעות הכפפת האוטונומיה המינית של האישה לקשרים או לסוג הקשרים שהיא מקיימת, היא שאין רואים באיסור על כפיית מגע מיני איסור מוחלט, אלא איסור המתונה בשאלה מיהו הכופה את המגע המיני ועל מי הוא נכפה. ההתייחסות בית המשפט המקלה עם אונס שבוצע על ידי מי שיש לו קשר חברתי עם הנאנסת, מהווה נסיגה מההכרה באוטונומיה המינית של האישה, שהחלה מתפתחת מאז ראשית שנות התשעים,⁶ וקיבלה ביטוי בשני פסקי דין מכוננים, פסק דין בארי⁷ ופסק דין טייב,⁸ ובהמשך גם באמצעות תיקון מס'⁹.⁶¹

באופן מסורתי בתי המשפט נהגו לראות בהיכרות מוקדמת בין הנאשם למתלוננת שיקול לזיכוי הנאשם, ולמצער להקלה בעונשו. כאשר האנס היה זר לנאנסת, ההתייחסות לאונס הייתה כאל הפשע הארכיטיפי, והעונשים שנגזרו היו בהתאם. לעומת זאת אונס על ידי מוכר, לעתים קרובות, לא נתפס כלל כאונס ובכל מקרה לא נתפס כפשע חמור, והעונשים שנגזרו, אם בכלל, היו קלים יחסית.¹⁰ הסובלנות החברתית והמשפטית לאונס על ידי מוכר, מקורה בייחוס אשם תורם לנאנסת. במשפט הפלילי אין אשם תורם לקורבן,

⁵ מלכתחילה עיגון הקריטריונים בחוק היה חלקי בלבד, ובעיקרם היו חלק מהפסיקה הנוהגת. על ההכרה באוטונומיה המינית של האישה כערך המוגן בעברת האונס ראו עירית נגבי

⁶ סיפורי אונס בבית המשפט – ניתוח נרטיבי של פסקי דין 202 (2009).

⁷ ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1), 302 (1993) (להלן: עניין בארי).

⁸ ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3), 289 (2000).

⁹ חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א–2001, ס"ח 1794 (להלן: "תיקון מס' 61"). על תיקון זה בהיבט האוטונומיה של האישה ראו אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן": עברת האינס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם "משפט וממשל ז' 669, 672–674 (2004).

¹⁰ SUSAN ESTRICH, REAL RAPE (1987).



אך לגבי נשים שהותקפו מינית הפרקטיקה הנוהגת הייתה לבחון אם הנאנסת תרמה לאונס בכך שנכשלה בהערכת הסכנה, ולא נמנעה מן הסיטואציה המסוכנת שחשפה אותה לתקיפה המינית.¹¹ אישה שהייתה לה היכרות קודמת עם הגבר שאנס אותה, הואשמה בכך שהביאה על עצמה את האונס, שכן היא לא נבחרה אקראית על ידי גבר זר שארב לנשים בסמטאות חשוכות. מעשי אונס אלו זכו לכינוי "friendly rapes" או "assault with failure to please".¹² כאשר ההיכרות הקודמת בין האנס לנאנסת כללה יחסים אינטימיים, אזי האשמת הנאנסת באחריות לאונס התחלפה בתפיסת מיניות האישה כנתונה לבעלותו של בן זוגה, שזכאי לעשות בה כעולה על רוחו,¹³ ועל כן אין זה אונס. החוק אף ביטא זאת בכך שפטור גבר שאנס את אשתו מאחריות פלילית (marital-rape exemption),¹⁴ ובתי המשפט הרחיבו את הפטור לבני זוג שאינם בהכרח קשורים בקשר נישואין.¹⁵

הביקורת שהועלתה כנגד יחסו המקל של בית המשפט לאונס על ידי מכר (date rape),¹⁶ ובמיוחד כנגד "הפטור לבעל",¹⁷ לצד ההכרה בכך שמרבית מעשי האונס

¹¹ Susan Estrich, *Palm Beach Stories*, 11 L.& PHIL. 5, 10 (1992)

¹² DEBORAH L. RHODE, JUSTICE AND GENDER: SEX DISCRIMINATION AND THE LAW 248 (1989); Dianne F. Herman, *The Rape Culture, in WOMEN: A FEMINIST PERSPECTIVE* 20, 35 (Jo Freeman ed., 4th ed. CA, 1989)

¹³ ראו יורם שחר "אנוסה על פי דין? עיוני משפט ח 649, 660–659 (1982); DEBORAH L. RHODE, JUSTICE AND GENDER: SEX DISCRIMINATION AND THE LAW 250 (1989)

¹⁴ הפטור לבעל היה נהוג בחוקיהן של מדינות שונות עד העשורים האחרונים של המאה העשרים. מלבד החוק האנגלי, ניתן פטור לבעל גם בקוד האזרחי הצרפתי ובמערכת החוקים ההולנדית. משם, התפשט ונאכף במושבות של מדינות אלה, והשתמר שם גם כאשר זכו המושבות לעצמאות. ניצה ברקוביץ "גלובליזציה של זכויות אדם ושל זכויות נשים: המדינה והמערכת הפוליטית העולמית" *תאוריה וביקורת* 23, 13, 29 (2003).

¹⁵ CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 176 (1989)

¹⁶ ראו למשל: Judith S. Bridges, Susan Estrich, *Rape*, 95 Yale L.J. 1087 (1986); Judith S. Bridge & Christine A. McGrail, *Perceptions of Date and Stranger Rape: A Differences in Sex Roles Expectations and Rape-Supportive Beliefs*, 24 SEX ROLES 291 (1991); Judith S. Bridge & Christine A. McGrail, *Attributions of Responsibility for Date and Stranger Rape*, 21 SEX ROLES 273 (1989); Mary P. Koss, Thomas E. Dinero, Cynthia A. Seibel & Susan L. Cox, *Stranger and Acquaintance Rape: Are There Differences in the Victim's Experience?*, 12 PSYCHOLOGY OF WOMEN QUARTERLY, 1–24 (1988); לעיל ה"ש 12.

¹⁷ ראו למשל: DAVID FINKELHOR & KERSTI YLLO, LICENSE TO RAPE: SEXUAL ABUSE OF WIVES (1985); DIANA E.H. RUSSELL, RAPE IN MARRIAGE (Revised Ed., 1990)



ככה לא בונים הורות הסכמית

מבוצעים על ידי גברים המוכרים לנאנסות,¹⁸ הביאו לביטול "הפטור לבעל" במרבית מדינות המערב, כולל בישראל, עד סוף שנות השמונים של המאה העשרים,¹⁹ ולהתנערותו ההדרגתית של בית המשפט מהענקת משקל להיכרות קודמת בין האנס לקורבנו בגזירת הדין.

על ייחוס חומרה פחותה לאונס על ידי מכר כתב שופט בית המשפט העליון אדמונד

לוי:

"אין כל דבר אקסיומטי, לעניינה של ענישה, באבחנה בין מעשה אונס המתבצע כלפי קורבן להיכרות מוקדמת עם תוקפה, לבין מעשה אונס המתבצע כלפי קורבן להיכרות מוקדמת עם תוקפה, לבין מעשה משרתת מטרות ענישה מכל סוג, וזרה לתכליתם של ערכים עליהם מכוונת עבירת האינוס להגן [...] אבחנה אקסיומטית בין 'טיפוס' אונס לעניינה של ענישה לא זו בלבד שחוטאת היא לערכים הקבועים בלב-לבו של האיסור הפלילי על אינוס, אלא נמצאת חוטאת למציאות חייהן של מרביתן המכריעה של קורבנות עבירה זר".²⁰

¹⁸ על פי נתוני מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית לשנת 2013, רק 11% מהפניות דיווחו על פגיעה מידי זר מוחלט - www.1202.org.il/centers-union/info/statistics/union-data.

¹⁹ בישראל, במסגרת תיקון מס' 22 הושמט הביטוי "שלא כדין" ("הבועל אישה שלא כדין") אשר יש שראו בו מתן פטור לבעל מאחריות פלילית לאינוס אשתו. טרם תיקון החוק, קבע בית המשפט העליון בראשית שנות השמונים כי דינו של אונס על ידי הבעל כדין כל אונס אחר, ואין לבעל הגנה מיוחדת. ראו ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3), 281 (1980). פסיקה זו התבססה על המשפט העברי האוסר לקיים יחסי אישות בכפייה, אף כי האישה עלולה לאבד את זכויותיה בנישואין אם תסרב לקיים יחסי אישות עם בעלה. התוצאה של פסיקה זו, שנשענה על ההלכה היהודית, הייתה קיומו של דין אחד לגברים יהודים ודין אחר לגברים בני דתות אחרות. תיקון מס' 22 עיגן בחוק את ביטול "הפטור לבעל".

²⁰ ע"פ 130/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 4.7.2005).



2. מידת אי-ההסכמה למעשה המיני כקובעת את חומרת העונש

הקריטריון האחר לקביעת חומרת העונש, לפי השופט מלצר, הוא מידת אי-ההסכמה למעשה המיני. נראה כי קריטריון זה מניח כי ככל שמידת אי-ההסכמה של הנאנסת תהא גדולה יותר, היינו, ככל שהתנגדותה תהא ברורה יותר ותקיפה יותר, כך תגבר בהתאמה חומרת העונש. דברים אלה אינם מתיישבים עם לשונו של החוק. בחוק הישראלי אין כל דרישה להתנגד למגע המיני כדי שתוכח פליליותו של המעשה. ס' 345 לחוק העונשין התשל"ז-1977 קובע: "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית הריהו אונס". הביטוי "שלא בהסכמתה החופשית" החליף במסגרת תיקון מס' 22 את ההגדרה הקודמת של אינוס: "הבועל אישה [...] נגד רצונה".²¹ ההגדרה הישנה פורשה כדרישה מנאנסת להתנגד פיזית לתוקף, ולא להסתפק בהבעת סירוב. נאנסות נדרשו להוכיח שנאבקו עם האנס כדי שבית המשפט ישתכנע שנאנסו. את ההבדל בין שתי ההגדרות הללו מנסח הנשיא שמגר:

"אישה האומרת 'לא' – מבטאת אי-הסכמה, ויש לפרש את התיקון הנ"ל לחוק כרצון להשתחרר, לעניין העבירה התדירה והחמורה שלפנינו, מדפוסי מחשבה שנושנו. מי שמבקש להזריק לאחר זריקה החודרת דרך עורו זקוק להסכמה, ודי באמירת 'לא' כדי שהחדירה האמורה תהא בלתי חוקית. אין הצדקה והגיון בכך שלצרכי מניעת חדירה לאבר מינה של אשה תהיה דרושה יותר מאי-הסכמה מילולית".²²

הדרישה להתנגדות פיזית, מקורה בהנחות מיוזגניות לגבי טיבן של הנשים. נשים נתפסו כמעלילות עלילות שווא על גברים וטופלות עליהם האשמות באונס בשל נקמנות, סחטנות, קנאה, פנטזיות ארוטיות, סטיות מיניות או רצון לשמור על שמן כבתולות חסודות.²³ לפיכך, רק התנגדות תקיפה ונחרצת, שעלולה לעלות להן בחייהן, נחשבה כראייה אמיתית להתרחשות האונס.

הציפייה מן הנאנסת להתנגד לאונס בכוח הפלתה אותה לעומת קורבנות עברה אחרים, משום שאלה האחרונים לא נדרשו להוכיח כל התנגדות, ובוודאי לא התנגדות

²¹ חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 1246.
²² עניין בארי, לעיל ה"ש 7, פס' 92 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

²³ ראו למשל: Glanville Williams, *Corroboration – Sexual Cases*, CRIM.L.R. 662, 662 (1962): "sexual cases are particularly subject to the danger of deliberately false charges, resulting from sexual neurosis, phantasy, jealousy, spite, or simply a girl's refusal to admit that she consented to the act of which she is now ashamed"



ככה לא בונים הורות הסכמית

שעלולה לסכן את חייהם. ציפייה זו מנעה את הרשעת התוקפים בחלק ניכר מן המקרים, משום שרק מיעוט מבוטל מהנאנסות מגיב בהתנגדות פיסית.²⁴ נשים שלא התנגדו פיסית לתוקף נוכחו לדעת שבעיני מערכת אכיפת החוק האירוע שחוו איננו אונס, ולחילופין, שיכלו למנוע את האונס.²⁵ משמעותה הסימבולית של דרישת ההתנגדות מצד האישה, כתנאי לפליליות המעשה המיני שנעשה בה, היא שכל אישה זמינה מינית לכל גבר, בכל עת ובכל מקום, אלא אם הביעה התנגדות, ועד שלא הביעה התנגדות רשאי הגבר לעשות בה כחפצו. על כך כתב השופט חשין:

“מה הצדק ימצא לנו כי נטיל על אשה ליתן ביטוי חיצוני לאי-הסכמתה למעשה-אישות – בהתנגדות, בהבעת אי-רצון, בדיבור או במעשה – וכי חייבת היא דבר לגבר שלידה? ניצע במשפט החוזים אינו חייב כלל להגיב על הצעה המופנית אליו – ובאין תגובה מצידו ממילא אין לא קיבול ולא הסכם – ומדוע נטיל על אשה נטל שניצע אינו נושא בו?”²⁶

השופט חשין אינו מסתפק אפוא בקביעתו של השופט שמגר, כי די באמירת “לא” כדי שחדירה לגופה של אישה תהא בלתי-חוקית, אלא תובע הסכמה פוזיטיבית מצד האישה כתנאי לחוקיות החדירה לגופה.²⁷ עמדה זו אמנם אינה בגדר הלכה, אך היא משקפת את מגמת השינוי בעברת האונס, מגמה המדגישה את ההגנה על האוטונומיה של האישה וזכותה על גופה. ככל שגדלה ההכרה באוטונומיה של האישה ובזכותה להחליט עם מי, מתי וכיצד תקיים יחסי מין, כך מתחזקת המגמה של הסטת חיפוש גילויי התנגדות או אי-הסכמה מצד האישה, לחיפוש ביטויי הסכמה מצדה. קריטריון מידת אי-ההסכמה מצד האישה למעשה המיני, שמציב השופט מלצר לחומרת העונש, מהווה אפוא, כמו קודמו, נסיגה מן ההכרה המשפטית באוטונומיה המינית של האישה, ובזכותה שלא ייעשה בה מעשה שאינו בהסכמתה.

²⁴ ראו עירית נגבי ותמר ברנבלום “מבט פמיניסטי ביקורתי על הישגי הרפורמות החקיקתיות בדיני האונס” **המשפט** טז 209, 215–216 (2011).

²⁵ RHODE, לעיל ה”ש 12, בעמ’ 247.

²⁶ עניין בארי, לעיל ה”ש 7, פס’ 12 לפסק דינו של השופט חשין.

²⁷ ראו ציפורה האופטמן “אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות” **מעמד האשה בחברה ובמשפט** 189, 196–198 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).



ג. מיתוס האונס והבניית המיניות הנשית

ייחוס חומרה פחותה לאונס על ידי מכר, ובמיוחד לאונס על ידי בן זוג, וייחוס חומרה פחותה לאונס שלא הייתה בו התנגדות מצד הנאנסת, הם רכיבים של "מיתוס האונס".²⁸ מושג זה מתייחס למערכת אמונות ודעות קדומות האופפות את תופעת האונס, אשר על אף היותן חסרות כל בסיס מבחינה אמפירית, הן נטועות עמוק בלב הציבור, גברים ונשים כאחד. אמונות אלה פועלות למשטור התנהגותן של נשים ולהפעלת פיקוח חברתי עליהן, ומשמשות, בין השאר, להצדקת האלימות המינית כלפי נשים "מגיע להן", נשים "שהזמינו את זה". נשים שעלו על טרמפ או שתו לשכרה, נשים שהחזיאו שלהן קצרה מדי או שהמחשוף שלהן עמוק מדי, נשים שהזמינו לביתן גבר או שנענו להזמנתו, נשים שפלטו נשים שהתגפפו - כל אלה הן חלק מקבוצה גדולה של נשים שעל פי "מיתוס האונס" הן נשים "שהזמינו את זה".

הסוציולוגית מרתה בארט (Martha Burt) מצאה כי קיים מתאם חיובי בין עמדות מסורתיות-סטריאוטיפיות אודות תפקידי המין, לבין האמונה במיתוסים אלה, המעניקים לגיטימציה לאונס ואפילו מעודדים אותו.²⁹ הקשר בין עמדות מסורתיות לגבי תפקידי המין, לבין אחיזה במיתוסים על האונס, ובין אלה לבין ההסתברות להתנהגות מינית אלימה כלפי נשים, תועד במחקרים שונים.³⁰

פסק הדין בעניין חליווה משקף, כפי שצוין, את המיתוסים שעל פיהם אישה ש"באמת" אינה רוצה במגע המיני מתנגדת לכך "ברצינות", ואונס בין מכרים איננו אונס "אמתי" (או איננו פוגע פגיעה חמורה באישה). מיתוס נוסף שמשקף מעניין חליווה, הוא

28 ראו Martha R. Burt, *Cultural Myths and Supports for Rape*, 38(2) J. PERS. SOC. COLLEEN A. WARD, ATTITUDES TOWARD RAPE: FEMINIST; PSYCHOL. 217-230 (1980) AND SOCIAL PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVES (London New Delhi, 1995).

29 Burt, שם.

30 ראו למשל: Gordon B. Forbes, Leah E. Adams-Curtis & Kay B. White, *First and Second Generation Measures of Sexism, Rape Myths and Related Beliefs, and Hostility Toward Women*, 10 VIOLENCE AGAINST WOMEN 236-261 (2004); Kathryn M. Ryan, *Further Evidence for a Cognitive Component of Rape*, 9 AGGRESSION AND VIOLENT BEHAVIOR, 579-604 (2004); Kimberly A. Lonsway & Louise F. Fitzgerald, *Rape Myths: In Review*, 18 PSYCHOLOGY OF WOMEN QUARTERLY 133-164 (1994); John Briere & Neil M. Malamuth, *Self-Reported Likelihood of Sexually Aggressive Behavior: Attitudinal versus Sexual Explanations*, 17 JOURNAL OF RESEARCH IN PERSONALITY, 315-323 (1983). ראו גם מחקר שנערך בישראל, הבוחן את השפעתם של גורמים תרבותיים על התנהגות מינית אלימה כלפי נשים: Moshe Sherer & Talia Etgar, *Attitudes Toward Sex and Sex Offences Among Israeli and Former Union of Soviet Socialist Republic Youth*, 20 JOURNAL OF INTERPERSONAL VIOLENCE, 680-700 (2005).



המיתוס שנשים אוהבות מין אלים; נשים אוהבות שיכניעו אותן בכוח וישפילו אותן. השקפה זו לגבי העדפותיהן המיניות של נשים מאפשרת לעברייני המין לממש פנטזיות של שליטה ואלימות כלפי נשים, ובמקביל לזכות בהצדקה אפריורית לאונס. פסק הדין בעניין חליווה משקף מיתוס זה בהעדיפו, כאמור, את התרחיש הפורנוגרפי שעל פיו המתלוננת נענתה ליחסי מין אלימים, משפילים ומבזים, על פני התרחיש לפיו סירבה ליחסי מין כאלה ואלה נכפו עליה, וזאת חרף הכחשתה הנחרצת של המתלוננת, חרף העובדה שלא היה כל בסיס להניח את הסכמתה וחרף העובדה שקשה מאוד לראות אפשרות לקיומה של הסכמה באירוע מעין זה שממנו זוכה המערער.

העברה של מעשה סדום, שממנה זוכה המערער (הרשעה במעשה סדום נוסף נותרה על כנה) התרחשה בעת שהמערער ובת זוגו דאז, המתלוננת, שהו בדירתם. לפי טענת המתלוננת, המערער דרש ממנה להגיע אליו לשירותים, בזמן שישב על אסלת השירותים ועשה את צרכיו. משהגיעה אליו, משך אותה המערער בידה, הוריד אותה על ברכיה, תפס בראשה והחדיר בכוח את איבר מינו לתוך פיה עד אשר הגיע לסיפוקו המיני, וכל זאת בניגוד לרצונה, ולמרות תחנוניה והתנגדותה.

הנאשם לא כפר במעשים שתוארו, אלא שלגירסתו הדברים כפי שתוארו נעשו בהסכמת המתלוננת. השופט פלפל, נשיא בית המשפט המחוזי בבאר-שבע כתוארו אז, כתב את חוות הדעת העיקרית, שבה הביע את אמונו במתלוננת ובגירסתה. בקשר לאירוע הספציפי שתואר לעיל, אמונו בגרסת המתלוננת נסמך, בנוסף למהימנות הכללית שייחס למתלוננת והחזיוקים השונים לגרסתה, על השקפתו כי "קשה להעלות על הדעת שאדם בר דעת יסכים לעשות לחברו מין אוראלי כאשר האחרון יושב על אסלה ועושה את צרכיו".³¹

על דברים אלה זכה לביקורת מפי השופט מלצר בערכאת הערעור:

"בכל הכבוד הנמקה כי קשה להעלות על הדעת דבר מסוים, שכן מדובר ביחסים פרברטיים – איננה עומדת במבחן ההנמקה הדרוש על פי סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות, ודומה שגישה זו נבעה מהשקפתו של כב' הנשיא, השופט פלפל, שבוטאה בהכרעת הדין בסמוך לכך, כשקבע ש'האירוע מעורר שאט נפש'.³²

קתרין מקינון (Mackinnon) מציינת כי הדרישה מהאישה להוכיח שלא הסכימה למגע המיני, גם כאשר הוכח שימוש בכוח בעת המגע המיני, מניחה את התרחיש הפורנוגרפי

³¹ עניין חליווה, פס' 58 לפסק דינו של השופט מלצר.
³² שם.



שעל פיו אישה תיתן את הסכמתה למגע המיני למרות השימוש בכוח.³³ דומה כי גם במקרה זה השופט מניח את התרחיש הפורנוגרפי שעל פיו אישה תיתן את הסכמתה למגע המיני למרות היותו מעורר קבס ומשפיל. נראה כי מה שהוא בגדר המובן מאליו לגבי כל אדם – שאין הוא מסכים שיכאיבו לו, ישפילו אותו או יפגעו בו בכל דרך אחרת, אינו תקף לגבי נשים בהקשר של מין. אם מתבצעת תקיפה שלא בהקשר של מין, והתוקף טוען שהתקיפה הייתה בהסכמה, עליו הנטל להוכיח זאת. החזקה הינה כי אדם איננו מסכים שיתקפו אותו. לעומת זאת, כאשר המותקף היא אישה וההקשר הוא הקשר מיני, החזקה הזאת מתבטלת. כל עוד ניתן לקטלג את המעשים כ"יחסי מין" בית המשפט מחפש אי-הסכמה גם במקרים שבהם קשה לראות בסיס לקיומה של הסכמה.³⁴

גם בעניין חליווה בית המשפט מחפש אי-הסכמה במקום לחפש עדויות להסכמה. ודוק, גם אילו היו נגלים סימני הסכמה מצד המתלוננת, היה מקום להתייחס בחשדנות להסכמתה למגע מיני מעין זה. שכן, כפי שמציין השופט מלצר, בית המשפט המחוזי הדגיש כי "המערער שלט במתלוננת בעת שהיתה בת-זוגו, הטיל עליה אימה ופחד לאורך תקופה ארוכה וכפה עליה קיום מגעים בניגוד לרצונה".³⁵ במערכת יחסים כזאת, של שליטה-כפיפות, אשר ערכאת הערעור לא כפרה בה, ואף אישרה בהכרעתה קיומם של איומים מצד המערער כלפי המתלוננת וכן את קיום המגעים המיניים בניגוד לרצונה, האם היה מקום להתייחס אל המתלוננת כאילו נשמרה במלואה האוטונומיה שלה להתנגד למעשיו של המערער?³⁶

זאת אף זאת, ההנחה שאישה תסכים למעשים מיניים מעין זה שתואר לעיל, נשענת במידה רבה על החפצת האישה, שגורעת מאנושיותה ומכבוד האדם שלה, ורואה בה אובייקט מיני שנועד לספק את צרכיהם המיניים של הגברים. מלכתחילה, הרדוקציה שלה לאובייקט מיני היא שמנביעה את הפנטזיות, ובעקבותיהן את המעשים מהסוג הזה,

MACKINNON, לעיל ה"ש 15, בעמ' 173.

כך, בעניין חליווה היה מקום לתהות אם באמת ייתכן שהמתלוננת הסכימה למגע מיני כזה; ואם הסכימה, האם ייתכן שהסכימה בשל פחד מהמערער או בשל תחושת חוסר אונים לאחר שאנס אותה בפעמים קודמות. תחת שאלות אלה השופט מלצר תוהה "כיצד היא לא הצליחה להתנגד לו דווקא כאשר הוא ישב על אסלת השירות ו-מכנסיו מופשלים כלפי מטה?" כאשר במקרים דומים שבהם ניסה המערער לכפות עליה מין אוראלי, בעודו עומד על שתי רגליו ואינו עסוק בעשיית צרכיו, המתלוננת כן הצליחה למנוע את הכפייה המינית. עניין חליווה, לעיל ה"ש 1, פס' 59 לפסק דינו של השופט מלצר.

שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר.

ראו קתרין מקינאון "מין לא שוויוני" פמיניזם משפטי בתיאורי ובפרקטיקה 63–71 (דפנה ברק-ארוז עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005).



ככה לא בונים הורות הסכמית

ולאחר מכן אותה החפצה היא שגורמת לבית המשפט להאמין בהסכמתה של האישה גם בהיעדר כל ראיות להסכמתה.

ד. סיכום

בהארה זו נטען כי פסק הדין בעניין חליוה מבטא תפיסות סטריאוטיפיות לגבי נשים ומיניותן, ועמדות שמרניות ואנכרוניסטיות לגבי תקיפה מינית של נשים, השוללות את זכותן לאוטונומיה ולכבוד אנושי. טענה זו הודגמה כפי שמשקף מפסק הדין שהתנה את חומרת העונש בקשר בין הנאנסת לאנס, וכן במידת אי-ההסכמה של הנאנסת לתקיפה המינית שבוצעה בה. כמו כן הודגמה טענה זו באמצעות חשיפת האמונה המובלעת בתשוקתן של נשים להיות מוכנעות ומושפלות בידי גברים.

המסרים התרבותיים והערכיים העולים מפסק דין זה, תורמים לשימור הדעות הקדומות והתפיסות הסטריאוטיפיות כלפי נשים ולהנצחה של "מיתוס האונס", הן בקרב הציבור הרחב, והן במסגרת השיח המשפטי. משמעותם היא שלילת הגנתו של בית המשפט מנשים שהותקפו מינית אך לא תאמו את המודל הסטריאוטיפי של קורבן עברת מין.³⁷ In the law of rape, supposedly dead horses continue to run³⁸, כתבה סוזאן אסטריך לפני שלושה עשורים, והדברים עדיין תקפים לימינו.

גם הוויתור בעניין חליוה על מאסר מאחורי סורג ובריח אף שמדובר בשלושה אירועים חוזרים של תקיפה מינית, שדין כל אחד מהם 16 שנות מאסר, יש בו מסר לנאנסת ולשאר הנשים על מידת (אי) החשיבות שבית המשפט מעניק להגנה על האוטונומיה שלהן, על כבודן ועל פרטיותן. הרפורמות החקיקתיות בדיני האונס שהתחוללו בעשורים האחרונים של המאה העשרים, בישראל ובמדינות שונות, פעלו בחלקן להחמרת הענישה בעברות מין, מהתפיסה שהעונשים הקלים שנגזרו על עברות אלימות מינית, משקפים את הטיית המשפט כנגד נשים ואת הזלזול בערכים המוגנים בעברת האינסוס, שהם האוטונומיה של האישה וחופש הבחירה שלה, כבודה כאדם ופרטיותה. אי-האמון בבית המשפט בנוגע לענישה בעברות אלימות מינית הביא לכך שהמחוקק נקט בצעד חריג והטיל עונש מינימום בעברות מין מסוימות בשיעור רבע

³⁷ Wendy Larcombe, *The 'Ideal' Victim v. Successful Complainants: Not What You Might Expect*, 10 FEMINIST LEGAL STUDIES 131, 133–134 (2002). ראו גם בהקשר רחב יותר Nils Christie, *The Ideal Victim*, in FROM CRIME POLICY TO VICTIM POLICY 17–30 (Ezzath Fattah Fattah ed., 1986).

³⁸ Estrich, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1091.



מבזקי הארות פסיקה 47 | אוגוסט 2015
"מיתוס האונס": על קריטריונים לענישה

מהעונש המרבי, כדי להגביל את האפשרות שבית המשפט ימשיך לנקוט ביד קלה כלפי עברייני מין.³⁹
פסק הדין בעניין חליווה שב ומעלה ספקות באשר לנכונותו של בית המשפט להציב נורמות ראויות בתחום ההתנהגות המינית, ולשמש שומר הסף בהגנה על האוטונומיה המינית של נשים ועל שוויון בין המינים.

³⁹ חוק העונשין (תיקון מס' 51), התשנ"ח-1998, ס"ח 1676; חוק העונשין (תיקון מס' 68), התשס"ב-2002, ס"ח 1849. העונש שנגזר על הנאשם בעניין חליווה אינו עומד בתנאים שקבע המחוקק, גם כאשר מצרפים לתקופה של שישה חודשי עבודות שירות את תקופת המאסר על תנאי של 18 חודשים. עם זאת יש לציין כי המחוקק התיר לשופטים לחרוג מעונש המינימום "מטעמים מיוחדים".