

עבירות מין – חידושי החקיקה והפסיקה

השופט אמנון סטרשנוב*

מבוא

לנושא עבירות המין יוחד מקום נרחב ורב חשיבות בקודקס הפלילי במדינת ישראל, ודומה כי ההתייחסות אליו איננה כאל העבירות הפליליות האחרות. מלבד היותן של עבירות המין בגדר סטייה חמורה מנורמה חברתית ומשפטית מקובלת ועל-כן הן מהוות עבירה על החוק הפלילי, מתלווה לעבירות שכאלה מטען אמוציונאלי חזק במיוחד ורגיש ביותר. החלטות בתי-המשפט בעבירות מין זוכות לסיקור תקשורתי בולט ביותר, ולעיתים תכופות גם לביקורת חריפה. זיכוי נאשמים בעבירות מין או רמת הענישה בעבירות אלה מהווים כר נרחב לדיווח תקשורתי ולפרסומים שונים. נחלתם היא גם ביקורת והתייחסות מצד ארגונים שונים ששמו לעצמם מטרה להגן על קורבן התקיפה המינית, מבוגרים וילדים כאחד, ולמחות בצורה נוקבת, גם אם לא תמיד הולמת, כנגד החלטות בית-המשפט שאינן מקובלות עליהם.

לכאורה, קיימות בחוק העונשין עבירות שאינן נופלות בחומרתן מעבירות מין, כגון רצח, סחר בסמים והפצתו לקטינים, מעשי שוד לרבות שוד ישישים וחסרי ישע ועוד. עם זאת, לא נשמעו ביקורת והתייחסות כה בוטים כלפי החקיקה, השפיטה ורמת הענישה בעבירות אלה, לא בתקשורת ולא בדרך של הפגנות רחוב. לעומת זאת, זיכוי בודד במקרה של עבירות מין גרר אחריו הפגנות סוערות מול בתי-המשפט השונים ברחבי הארץ, במגמה ליצור השפעה חזקה, ובמידה רבה בלתי הוגנת, על ערכאות השיפוט הדנות בעבירות רגישות שכאלה.

לא יפלא איפוא, כי בעשור השנים האחרון נזקק המחוקק שוב ושוב לביצוע תיקונים מפליגים באותו חלק בחוק העונשין העוסק בעבירות מין¹. מגמת החקיקה הכוללת הינה בכיוון החמרה משמעותית במידת העונש המירבי שנקבע בחוק לצידן של עבירות המין, בד בבד עם הקלה בדיני הראיות שיהיה בה כדי להביא להרשעתם של נאשמים בעבירות מין, כגון ביטול דרישת הסיוע.

כך לדוגמה, העונש המירבי לעבירת אינוס לפי סעיף 345 לחוק העונשין, התשל"ז –

* שופט בית-המשפט המחוזי.

** המאמר המקורי, כפי שפורסם בגיליון מס' 4 בחודש מרץ 1994, נכתב לפני שניתן פסק-הדין בעניין האונס בשומרת. במאמר זה הוסף ערכון על הפסיקה בעניין האונס בשומרת.

1 סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז – 1977.

1977² (להלן: החוק המקורי) היה 14 שנות מאטר. בשנת 1988 תוקן החוק³ (להלן: התיקון משנת 1988), והעונש המירבי בגין עבירת אינוס הועמד על 16 שנות מאטר. לחוק הוסף סעיף 345(ב) העוסק באינוס בנסיכות מחמירות, כגון תוך כדי איום בנשק, גרימת חבלה גופנית או נפשית, או תוך התעללות באישה, שאזי העונש המירבי הועמד על 20 שנות מאטר.

בשנת 1990 תוקן החוק פעם נוספת⁴ (להלן: התיקון משנת 1990), תוך מתן הגדרות מדויקות למספר מושגים שלא הוגדרו בעבר כראוי, כגון "בעילה" ו"מעשה סרום". כמורכן, הוסף בתיקון זה סעיף מיוחד העוסק בעבירות מין במשפחה⁵. מטרת רשימה זו היא לסקור את עיקרי הרפורמה והחידושים, הן בחוק והן בפסיקה, ולהצביע על המגמה המסתמנת בעקבות תיקוני חקיקה אלה.

ביטול דרישת הסיוע

דרישת הסיוע הינה כלל מדיני הראיות, שמטרתו להגביל את שיקול-דעתו של בית-המשפט בהרשעת נאשם בהסתמך על עדות יחידה, לדוגמא, של שותף לעבירה, קטיין שאיננו מעיד בבית-המשפט או מתלוננת בעבירת מין. על-פי המצב המשפטי שנהג עד לביטול דרישת הסיוע בעבירות מין, בית-המשפט לא היה רשאי להרשיע נאשם בעבירה שכזאת גם אם נתן אמון מלא ובלתי מסויג בעדותה של המתלוננת ואף אם דחה מכל וכל את גירסת הנאשם ככוזבת ובלתי מהימנה. דרישת הסיוע, שהיתה יציר הפסיקה ולא מעשה ידיו של המחוקק, היתה חדר-משמעית והביאה לזיכרים של נאשמים לא מעטים, למרות שנראה היה בעליל כי הם ביצעו את העבירות שיוחסו להם. לדעת בית-המשפט העליון באותם ימים:

"הטעם שבגללו זקוקה עבירה מינית לעדות מסייעת הוא נראה בעליל וברור: מפני שעדותה של המתלוננת היא, כמעט תמיד, בגדר עדות "שאי אתה יכול להזימה". מעשי בינו-לבינה אלה נעשים בהסתר אין רואה, ואין עדי הגנה בנמצא שיחושו לעזרתו של החף הנחשד"⁶.

דומה, כי טעם זה, כמו טעמים אחרים שעמדו ביסוד דרישת הסיוע, חלפו ועברו מן העולם. ועדה משותפת של ועדת החוקה חוק ומשפט וועדת הפנים של הכנסת, לעניין הטיפול במקרי אונס, בראשות חברת-הכנסת שולמית אלוני, המליצה לבטל את דרישת הסיוע לעדות מתלוננת בעבירות מין ולהמירה בדרישה של חיזוק כלשהו לעדות זו. בהצעת-החוק מטעם הממשלה לתיקון פקודת הראיות הוצע הנוסח הבא לסעיף

54א(ב) לפקודת הראיות:

- 2 ס"ח התשל"ז 226.
- 3 כפי שתוקן: ס"ח תשמ"ח 62.
- 4 כפי שתוקן: ס"ח תש"ן 196.
- 5 סעיף 351 לחוק.
- 6 ע"פ 207/62 סעדיה נ' הי"מ, פ"ד ט"ו (3) 1860, 1862.

”במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, תשל"ז – 1977, לא ירשיע בית-המשפט על סמך עדות יחידה של נפגע אלא אם מצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה”.

כמהלך הדיון בכנסת בהצעת-החוק, נפלו חילוקי-דעות באשר לנוסח התיקון המוצע.⁷ חברי-הכנסת מ' קליינר ייצג את הגישה לפיה:

”... התלבטתי בין העניין של מחיקת ה”דבר מה” או השארת ה”דבר מה” במקום הסיוע, ובסופו של דבר... הגעתי למסקנה בכל זאת לעשות את זה בהדרגה ולהשאיר לפי שעה את ה”דבר מה” הנוסף, לפי הצעת משרד המשפטים”.

רעתה של חברת-הכנסת ש' אלוני היתה שונה, ולפיה לא יהיה צורך בחיזוק ראיתי כל שהוא לעדותו של הנפגע בעבירות מין ודי בכך:

”שהשופט על-פי עדות יחידה של הנפגע יפרט בהכרעת-הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו”.

הצעתה של חברת-הכנסת אלוני זכתה לרוב בכנסת של 37 קולות מול 29 קולות, והיא שקיבלה לבסוף את ביטויה בתיקון החוק. סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל”א – 1971 קובע לאמור:

”הרשיע בית-משפט במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, התשל”ז – 1977, על-פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת-הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו”.

ניתן לקבוע כי שינוי מפליג זה בדיני הראיות, ביטל כליל את דרישת הסיוע בעבירות מין ואף איננו מחייב עוד כל תוספת ראיתית מסוג כלשהו לעדותה של המתלוננת, כגון ”דבר מה נוסף” או ”דבר לחיזוקה”.

דומה, כי הדרישה בסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות לפיה על השופט לפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות יחידה זו, הינה בבחינת סרז עורף או שמא מס שפתיים, גרידא, שאין לה כל משמעות של ממש.

מטבע הדברים, גם בעבירות פעוטות יחסית, של גניבת אופניים או סטירת לחי, מבוססת, לעיתים, הכרעת בית-המשפט על העדפת עדות אחת על פני רעותה ובכל מקרה על השופט לנמק מה הניעו לאמץ עדות אחת ולדחות את האחרת. על השופט חלה איפוא, בכל הכרעת-דין וכדבר שבשגרה, חובת ההנמקה כיצד הגיע מבחינה הגיונית וסבירה לתוצאה אליה הגיע. מה הועילו איפוא, מחוקקים בתקנתם בקביעה מפורשת שכזאת בחוק, שהינה, ממילא לחם חוקם של שופטים היושבים עלי מדין. המחוקק אף

7 הצעת חוק לתיקון פק' הראיות (מס' 6), תשמ"מ – 1980, ה"ח 1477.

8 ד"כ כה (התשמ"ב) 3427.

9 כפי שתוקן: ס"ח התשמ"ב 197.

לא דרש כי הסתפקות בעדות יחידה של נפגע בעבירות מין, לצורך הרשעה, תהיה אך "מנימוקים מיוחדים שיירשמו", כפי שהוא נוהג לעיתים תכופות בהוראות חיקוק אחרות¹⁰.

כלום לא אותם נימוקים ושיקולים שבשכל ישר והיגיון בריא, אשר הביאו את השופט לכלל מסקנה שהמתלוננת דוברת את האמת לאמתיה, הם גם ש"הניעו אותו להסתפק בעדות זו", כלשון החוק? או שמא חלה כאן חובת הנמקה "כפולה" ראשית, מדוע החליט בית-המשפט להאמין למתלוננת דווקא, ושנית, מדוע החליט להסתפק בעדות מהימנה זו?

סבורני, כי נימוקים אלה הינם זהים לחלוטין ושלובים זה בזה, עד שהם מהווים, להלכה ולמעשה, מקשה אחת. כל הפרדה בין אמון בגרסה לגופה לבין הסתפקות בגרסה זו, ואין בילתה, לצורך הרשעה במשפט — הינה מלאכותית למדי.

אינוס

בעילה "שלא כדין"

סעיף 152(1) לפקודת החוק הפלילי, 1936, הטיל איסור על בעילת אישה "שלא כדין" (UNLAWFUL). הפקודה הוחלפה בחוק העונשין, התשל"ז — 1977, שהוצא בנוסח מאוחד שנקבע בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ביום 7.6.77, לפי סעיף 16(1) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח — 1948¹¹.

דומה, כי בניסוח סעיף 345 לחוק העונשין שהגדיר את עבירת האינוס, נפלה שגגה מלפני המחוקק, משנקבע כי עבירת האינוס תתקיים אך במקרה של אדם "הבועל אישה, שאינה אישתו...". ללמדך, כי בעילת אישה על-ידי בעלה הינה מותרת וחוקית על-פי נוסח שגוי זה של החוק. עד מהרה נזעק המחוקק לתיקון העוולה ונוסחו החדש-ישן של החוק היה "הבועל אישה, שלא כדין..."¹².

אולם גם נוסח מתוקן זה עורר מחלוקת לעניין פרשנות המונח "שלא כדין". בע"פ כהן נ. מ"י¹³, הורשע המערער בבית-המשפט המחוזי, בין היתר, בעבירה של אינוס, לאחר שבעל את אישתו כנגד רצונה ותוך שימוש בכוח. סניגורו של המערער טען כי בעילת אישה יהודיה על-ידי בעלה איננה בעילה "שלא כדין", שכן על-פי המשפט העברי חייב הבעל מדין תורה "בשארה, כסותה ועונתה לא יגרע", ומול חובה זו עומדת חובתה של האישה לקיים יחסי אישות עם בעלה.

טענה זו נדחתה הן על-ידי בית-המשפט המחוזי והן על-ידי בית-המשפט העליון, וזאת בהתבסס על הוראות המשפט העברי כמו גם על עקרונות יסוד של כבוד האדם.

10 לדוגמא: סעיף 153(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב — 1982; תקנה 368 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד — 1984.

11 ס"ח התשל"ז 226.

12 ס"ח התשל"ח 113.

13 ע"פ 91/80 כהן נ' מ"י, פ"ד ל"ה (3) 281.

בית־המשפט העליון הגיע למסקנה כי מול חובות הבעל מדין תורה, כמבואר לעיל, אין במקרא ואף לא בתלמוד, הוראה המטילה חובה מקבילה על האישה להתמסר לבעלה בניגוד לרצונה.
על־פי חכמי התלמוד:

”יש איסור לקיים יחסי אישות בכפייה, וגם אם סירוב האישה להיבעל אינו מוצדק, אין כופים אותה, אם כי התוצאה עלולה להיות, שתיחשב כמורדת או שתאבד זכויות, שיש לה על־פי הנישואין”¹⁴.

בית־המשפט העליון מדגיש עוד, כי המסקנה אליה הגיע

”עולה בקנה אחד גם עם עקרונות היסוד של כבוד האישה כאדם חופשי ולא כשפחה, הנתונה לחסדי בעלה בעניין כה רגיש ועדין, עקרונות אשר, לדאבון הלב, לא מומשו בחקיקה ובפסיקה של מדינות נאורות ומתקדמות בעולם”¹⁵.

יצוין, כי עד לא מכבר שלטה באנגליה ההלכה לפיה הבעל אינו יכול להיות אשם בעבירה של אינוס אישתו, שכן על־ידי ההסכמה ההודית ותחזה הנישואין מסרה האישה את עצמה לרשות בעלה, ואין היא יכולה לחזור בה כל עוד קשר הנישואין לא נותק (כך!).

בית־המשפט העליון דחה איפוא, את הערעור וקבע כי בעל יכול גם יכול להימצא אשם בביצוע עבירת אינוס באישתו החוקית.

מנוסחו החדש של סעיף 345, כפי שתוקן בשנת 1988, הושמטו המלים ”שלא כדין” והחוק מפרט את המקרים והנסיבות בהן אדם ה”בועל אישה” דהיינו, כל אישה, עובר עבירה של אינוס. כנאמר בדברי ההסבר להצעת החוק:

”בכך יש גילוי דעת מכללא כי בעבירת האינוס אין הגנה מיוחדת לבעל, העומדת לו בשל קשר הנישואין... אין להשלים עם אלימות גם בתוך התא המשפחתי ואין אישה שבוייה בידי בעלה להיבעל לו בעל־כורחה”¹⁶.

יסוד ה”בעילה”

בנוסחו של חוק העונשין, התשל”ז – 1977, הוא החוק המקורי, כמו גם בפקודת החוק הפלילי, 1936, שקדמה לו, לא הוגדר יסוד ה”בעילה” הנדרש לצורך הוכחת האשמה של אינוס לפי סעיף 345 לחוק. פסיקת בית־המשפט העליון קבעה כי לצורך הוכחת הבעילה, על התביעה להוכיח חדירה של איבר־מינו של הנאשם לתוך איבר־מינה של האישה, ולו חדירה חלקית בלבד.

14 שם, בע’ 288.

15 שם, בע’ 291.

16 ה”ח 1797, התשמ”ו, 301.

17 ע”פ 809/76 בלילי נ’ מ”י, פ”ד ל”א (2) 598.

בע"פ בלילי נ. מ"י¹⁷ מסתמך השופט חיים כהן על דברי הרמב"ם לגבי דרך הוכחת יסוד החדירה, כהאי לישנא:

"אין העדים נזקקים לראות המנאפים שהערו זה כזה כמכחול בשפופרת; אלא משיראו אותם דבוקים זה עם זה, כדרך כל הבעולים, הרי אלו נהרגים בראיה זו; ואין אומרים שמא לא הערה, מפני שחזקה צורה זו שהערה" (הרמב"ם, הלכות איסורי ביאה א', י"ט).

לדברי השופט ח' כהן:

"עיינינו הרואות שאם כי גם בדין תורה ההעראה היא אלמנט-בלעדיו-אין של הבעילה האסורה אין צורך בהוכחתה המפורשת, אלא יש להסיקה מן הנסיבות..."¹⁸.

על-פי המבחנים שנקבעו בפסיקה, די בתחילת החדירה של איבר-המין הגברי לאיבר-מינה של האישה, כדי לבסס הרשעה בעבירת אינוס. אין צורך להוכיח כי כתוצאה מהחדירה נקרעו בתוליה של קורבן העבירה, ותיכחן הרשעה באינוס גם כאשר קרום הבתולים נותר בשלמותו. מחוות-דעת רפואיות ומקצועיות עולה כי קרום הבתולים לא יינזק במקרה של חדירה חלקית בלבד, ולעיתים גם לא במקרה של חדירה מלאה, וזאת בהתחשב במבנה האנטומי של איבר-המין — הנשי והגברי, באותו מקרה ספציפי. ואכן, במספר מקרים הורשעו נאשמים בעבירות אינוס, למרות שקרום הבתולים של הנאנסת לא נפגע¹⁹.

הגדרת ה"בעילה"

בתיקון החוק משנת 1988 אין מוצאים עדיין הגדרה ברורה למונח "בעילה", שמוכנה הפשוט הוא החדרת איבר-המין של הגבר לתוך איבר-המין של האישה. עם זאת, מצאנו בסעיף 348(ג) לחוק המתוקן, שכותרתו "תקיפה מינית", הגדרה כדלהלן:

"המחדיר חפץ לאיבר-המין של אישה או לפי הטבעת של אדם, כאחת הנסיבות המנויות בסעיף 345, דינו כדין אונס".

הגדרה זו נדונה על-ידי בית-המשפט העליון בע"פ סמחאת נ. מ"י²⁰. על-פי עובדות המקרה, ניצל המערער, רופא כללי במקצועו, את בדיקתן הרפואית של שתי נשים והכניס אצבעותיו לתוך איבר-מינן. המערער הורשע בבית-המשפט המחוזי בעבירת אינוס, והרשעתו אושרה בבית-המשפט העליון. לדעת בית-המשפט העליון, ממגמתה

18 שם, בע' 603.

19 ת"פ (ת"א) 394/91 מ"י נ' חנניה — לא פורסם; ת"פ (ת"א) 185/93 מ"י נ' צירמן — לא פורסם.

20 ע"פ 3907/92 סמחאת נ' מ"י, פ"ד מז (1) 104.

של החקיקה במקרה זה עולה המסקנה כי "החדרת העצם, יהיה הוא דומם או חלק מן החי הוא הנושא הנדון בסעיף", ועל-כן ראה בית-המשפט לפרש את המונח "חפץ" ככולל בחובו גם איבר מאיברי הגוף, כגון האצבע. לקביעת בית-המשפט העליון:

"אך מובן ש"חפץ" בהקשר זה מתייחס לכל דבר שהוחדר, כי ההחדרה – לשם השוואתה לבעילה רגילה – היא מרכז הכובד של האיסור אותו רצו לשלוף מתוך התקיפה המינית כדי להעמידה בדרגת אינוס. לא אמצעי ההחדרה היווה את הלוח של האיסור, אלא ההחדרה עצמה. במילים אחרות, המסקנה העולה ממגמתה של החקיקה היא כי לא ה"חפץ" עמד במרכזו של הרחבת האיסור החקוק החדש, אלא ההחדרה עצמה"²¹.

אשר על-כן, הגיע בית-המשפט העליון למסקנה, כי החדרת אצבע לאיבר-המין של האישה, מהווה עבירת אינוס על-פי הגדרתה דאז בסעיף 348(ג) לחוק, תוך הפניה לסעיף 345 לחוק.

לקביעה זו מבקשים אנו, בכל הכבוד, להציע פרשנות אפשרית אחרת. לשון סעיף 348(ג) הינה ברורה ביותר ומדברת על "המחדיר חפץ לאיבר-המין של האישה...". דהיינו, המדובר בשני יסודות נפרדים:

האחד – עצם ההחדרה, והאחר – מהות החפץ המוחדר, ודומה כי אין להסיק מהיסוד האחד כלפי משנהו.

גם בהצעת-החוק, אליה מתייחס בית-המשפט בפסק-דינו, אין כל איזכור, לא במפורש ולא במשחמע, לכוונה להכליל במונח "חפץ" גם איבר מאיברי גופו של האדם. בדברי ההסבר להצעת-החוק, נאמר מפורשות כי "הגדרת 'בעילה' תכלול כל החדרה של איבר-המין לניקבי גופה של האישה וכן החדרת חפץ לאיברי-המין או לפי הטבעת של האישה"²².

גם מבחינה בלשנית טהורה, מתעורר לדעתנו, קושי לכלול במונח "חפץ" גם חלק מן החי. ספק אם מובנו של מושג זה בלשון השגורה, בין כפי העם ובין בשפת המילון, סובל פרשנות מרחיבה שכזאת²³.

אין לשכוח כי המדובר במשפט פלילי בו יש לתת למונח או להגדרה בחוק, גם אם הם משתמעים לשני פנים, פירוש מצמצם ודווקני. על אחת כמה וכמה אמורים הדברים, אם בדרך של פרשנות מרחיבה של המונח "חפץ", כפי שפורש על-ידי בית-המשפט העליון, הורשע המערער בעבירת אינוס שעונשה המירבי 16 שנות מאסר, לעומת עבירה של תקיפה מינית, שהעונש שהיה קבוע לצידה בחוק, באותה עת, היה שלוש שנות מאסר בלבד.

21 שם, בע' 107.

22 ה"ח 1797, לעיל הערה 16, בע' 303.

23 מילון חדש א' אבן-שושן, מגדיר חפץ כ"עצם, גוף, מכשיר, מצרך". ראה גם הגדרה באוצר הלשון העברית י' כנעני: "דבר מטלטל, כלי".

השוואה בין הגדרת המונח "בעילה" להגדרת "מעשה סדום" המופיע בסעיף 347(ג), תוך התייחסות גם לנוסח הצעת החוק, תידון בפרק המתאים שיעסוק ב"מעשה סדום" ומלמדת אף היא על הקושי הניכר שבהכללת איבר מגוף החי בהגדרת ה"חפץ", כפי שנקבע בפסק-דין סמחאת.

בשנת 1990 תוקן החוק פעם נוספת, והפעם הגדיר המחוקק, לראשונה, את המונח "בוועל" הגדרה ממצה, כדלהלן:

"בוועל" — המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר-המין של האישה"²⁴.

אמור מעתה, החדרת איבר-המין או כל איבר אחר, כגון אצבע, או חפץ כל שהוא לאיבר-המין של האישה — תיחשב בכחינת מעשה אינוס.

בית-המשפט העליון, בעת שדן בעניין סמחאת היה ער לתיקון ההגדרה בחוק, לאתר אירוע המקרה נשוא הדיון שבפניו, כך שהיא כוללת מעתה הן חפץ והן החדרת איבר מאיברי הגוף. על אף זאת קבע בית-המשפט, כי יש לראות את התיקון מתש"ן כ"הבהרה ולא כחידוש"²⁵.

יצוין, כי על-פי המצב המשפטי הקיים, לא תהיה כל מניעה להרשיע גם אישה בעבירה של אינוס. אפשרות כזאת קיימת אם האישה הינה שותפה לעבריין בביצוע מעשה האינוס על-ידי התגברות על התנגדות הקורבן, שידולו או סיוע לו בדרך אחרת כל שהיא, מכוח דיני השותפות והסיוע (ראה ס' 26 לחוק העונשין). אפשרות נוספת היא ביצוע מעשה האינוס על-ידי העברינית באופן עצמאי, דהיינו, על-ידי החדרת אצבע או חפץ לאיבר-המין של הקורבן.

"התעללות"

בנוסחו החדש של החוק, כפי שתוקן בשנת 1988, הוסיף המחוקק נסיבה מחמירה לעבירת האינוס, בקובעו כי דינו של האונס "תוך התעללות באישה, לפני המעשה, בזמן המעשה או אחריו" יהיה 20 שנות מאסר, להבדיל ממעשה אינוס "רגיל", הגורר בעקבותיו עונש של 16 שנות מאסר²⁶.

השימוש במונח "התעללות" בחוק העונשין הינו חדש ונזכר בחוק רק במקום אחד נוסף, לגבי עבירה של התעללות בקטין או בחסר ישע, לפי סעיף 368 לחוק. המושג התעללות מופיע גם בסעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו — 1955 לעניין התעללות בחיילים, אך דומה כי הקשר הדברים שונה לחלוטין כבואנו לעסוק במונח זה במסגרת עבירת האינוס.

במקרה שנדון בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב²⁷, ביצעו שלושת הנאשמים מעשה שוד באישה בתוך ביתה, תוך שכבלוה בסלון, קשרוה, חסמו את פיה בסמרטוט והיכוה.

24 חוק העונשין, לעיל הערה 4, בע' 196.

25 ע"פ 3907/92, לעיל הערה 20 בע' 108.

26 סעיף 345(ב)(4) לחוק.

27 ת"פ (ת"א) 395/92 מ"י נ' פרדזיב ואח' — לא פורסם.

לאחר ששדרו את כספה וחפצים שונים, עזבו שניים מתוך שלושת הנאשמים את הבית, ואילו הנאשם השלישי הוביל את המתלוננת לחדר האמבטיה והורה לה להתפשט מבגדיה ולהתקלח, על-מנת שלא תוכל להזעיק עזרה עד שהשלושה יימלטו עם שללם. כך נהגו הנאשמים גם במקרה שוד אחר, שאירע כשבועיים לפני כן. לאחר שהמתלוננת התפשטה מבגדיה ובטרם החלה להתקלח, גבר עליו ייצרו של הנאשם והוא בעל אותה, שלא מרצונה.

התביעה הכללית ייחסה לנאשם זה עבירה של אינוס תוך התעללות לפי סעיף 345(ב)(4) לחוק העונשין. בפסק-דינו ראה בית-המשפט להפריד הפרדה מוחלטת בין ההתעללות במתלוננת בסלון, תוך כדי ביצוע השוד ועל-מנת להקל על ביצועו, לבין מעשה האינוס שבוצע בה בחדר האמבטיה, שלא היה מתוכנן, ונעשה ללא שימוש באלימות וללא כוח, למעט עצם הבעילה בניגוד לרצונה. נוכח ניתוק זה בין ראשית המעשה לבין סיומו, ובהעדר סממנים של התעללות לשמה – בין פיזית ובין נפשית – מצד הנאשם כלפי המתלוננת בעת ביצוע האינוס או לאחריו, החליט בית-המשפט לזכות את הנאשם מהעבירה החמורה של אינוס תוך התעללות, ולהרשיעו, חרף זאת, באינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק.

בהתייחסו ליסוד ה"התעללות" כנסיבה מחמירה לביצוע עבירת האינוס, קבע בית-המשפט המחוזי כדלהלן:

"כאן המקום לציין, כי בעצם ביצוע עבירה שפלה כמו אינוס, גלומים מטבע הדברים, היסודות של ביזוי, השפלה ודיכוי של קורבן העבירה, כאשר ניתן לראות בעבירה שכזאת, מעצם טיבה וטבעה, משום פגיעה קשה וחמורה בכבודה, בחירותה ובגופה של המתלוננת. סבורני, על-כן, כי לעניין היסוד של "התעללות", כנדרש בסעיף 345(ב)(4) לחוק העונשין, על התביעה להוכיח כי למעשה האינוס נתוספו יסודות נוספים של השפלה קיצונית וחמורה, או אלימות אכזרית ומתמשכת או ביזוי ופגיעה שהם יוצאי דופן בחומרתם, אשר יהיה בהם כדי להוות נסיבה מחמירה כבדת משקל, וזאת מעבר למעשה האינוס עצמו"²⁸.

יסוד אי-ההסכמה

סעיף 345(א)(1) לחוק מגדיר את עבירת האינוס, בין היתר, כמי שבועל אישה "שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה..."

דומה, כי נושא "אי-ההסכמה" או "נגד רצונה", כהגדרת החוק המקורי, היווה מאז ומתמיד את סלע המחלוקת העיקרי בעבירות מין ככלל ובעבירת האינוס בפרט. מתן האמון בעדות זו או אחרת והערפת גרסה אחת דווקא על פני רעותה, הם מהנושאים הקשים והבעייתיים ביותר שהוטלו על כתפיו של השופט. הדברים אמורים במשפט

פלילי בכלל, ועל אחת כמה וכמה בעבירות מין הנעשות, בדרך כלל, בצנעה ובחשאייות. לעיתים תכופות המרחק בין הסכמת קורבן העבירה למעשה לבין אי-הסכמתו, איננו רב והוא תלוי על חוט השערה, עד שקשה מאוד מלאכת ההכרעה לכאן או לכאן. הלכה פסוקה היא, כי אין אישה חייבת לשים את נפשה בכפה או להיהרג תוך שמירה על גופה וכבודה בהביעה התנגדות למעשי התוקפן-העבריין, ודי אם תביע אי-הסכמתה המפורשת, בין במלים ובין בהתנהגות.

"כדי שתיאמן גירסתה, שמעשה בעילה שנעשה בה נעשה שלא בהסכמתה, אין אישה חייבת להראות, כי מיצתה את כל האפשרויות הפיסייות של התנגדות לבעילה הבלתי רצויה לה, ודי לה שתראה, כי הבהירה את אי-הסכמתה באופן שזו הגיעה לתודעתו של התוקף", כדברי בית-המשפט העליון בע"פ שיאחי נ. מ"י²⁹.

המבחן המכריע בסוגייה סבוכה ועדינה זו של הסכמה או אי-הסכמה, איננו בהכרח אם הקורבן אכן לא הסכים לקיום המגע המיני. המבחן, כפי שנקבע בפסיקה, הינו האם הנאשם ידע, או צריך היה לדעת או להבין, כי האישה ממאנת להיכעל לו. ייתכן בהחלט מצב, בו המתלוננת לא הסכימה למגע המיני ולא חפצה בו, אך היא לא הביעה אי-הסכמתה זו בצורה ברורה ומפורשת, כך שזו הגיעה לתודעתו של התוקף.

זכורני, מתקופת שירותי כפרקליט הצבאי הראשי, עת היה בטיפולי תיק חקירה בו יוחסה לחשוד עבירה של אינוס תיילת, אשר טענה כי המעשה נכפה עליה בכוח ובאימים. החשוד הודה בקיום יחסי-מין עם המתלוננת, אך לטענתו קרה הדבר בהסכמתה המלאה ומרצונה החופשי. הן החשוד והן המתלוננת הביעו נכונותם להיכבד במכונת אמת (פוליגרף). שניהם נבדקו ונמצאו דוברי אמת. התיק נסגר. כפי שנקבע על-ידי בית-המשפט העליון בע"פ 478/79 אדרי נ. מ"י³⁰:

"מוכן אני להניח שהמתלוננת "לא רצתה" במגע המיני הזה עם המערער, אך השאלה היא, עדיין, אם נתנה לאי-רצונה ביטוי מוחשי שהיה בו כדי שגם המערער יכול וצריך היה להבין שהדבר אינו רצוי לה...."

בת"פ (ת"א) 3151/93 טייל הנאשם יחד עם המתלוננת, תירת מארה"ב, בחוף ימה של ת"א. לטענת המתלוננת, ביקש ממנה הנאשם לקיים עימו יחסי-מין ואף החל לנשקה ולגפפה, תוך שהוא הורף אותה על רצפת המלתחה שבחוף היס. בשלב זה, חששה המתלוננת כי הנאשם יבעל אותה בניגוד לרצונה, ובלא אומר ודברים היא פתחה את כפתורי מכנסיו, סייעה לו להפשיל את מכנסיו ותחתוניו וביצעה עימו מגע מיני אוראלי, ביוזמתה. לאחר-מכן בעל אותה הנאשם, לטענתה שלא מרצונה. המתלוננת נימקה את

29 ע"פ 3179/91 שיאחי נ' מ"י, פ"ד מ"ו (2) 52.

30 ע"פ 478/79 אדרי נ' מ"י, פ"ד ל"ד (2) 524, 528. ראה גם ע"פ 277/76 בונגים נ' מ"י, פ"ד ל"א (1) 561, 563; ע"פ 256/78 הן נ' מ"י, פ"ד ל"ד (3) 589.

31 ת"פ (ת"א) 51/93 מ"י נ' מוניר — לא פורסם.

יוזמתה לביצוע המגע האוראלי עם הנאשם בכך שהיתה בעבר קורבן לשני מעשי אינוס בארה"ב, ועל-כן העדיפה לנהוג כפי שנהגה, כשבכך היא קיוותה למנוע מהנאשם לבעול אותה.

בית-המשפט המחוזי בתל-אביב החליט לזכות את הנאשם מעבירות האינוס ומעשה הסדרום שיוחסו לו, וקבע כהאי לי שנא:

"... יש לבחון את האירועים מנקודת ראותו של הנאשם, דוקא, אשר חש לפתע פתאום, מבלי שביקש זאת ומבלי שהתכוון לכך כלל, כי המתלוננת מתחילה לבצע בו מגע מיני אוראלי מרצונה החופשי וביוזמתה הבלעדית. ומנין היה לו לנאשם להניח או להעלות על דעתו את מניעיה הכמוסים של המתלוננת להתנהגותה בשלב זה של האירוע? ... הנאשם יכול היה בהחלט להבין, וככל הנראה אף הבין כך בפועל, מבחינתו הסובייקטיבית, כי המתלוננת התרצתה לו ונעתרה לחיזוריו"³².

פרשת שמרת

בפרשה שנדונה בע"פ 5612/92 מ"י נ' בארי ואח'³³, קיימו ארבעה המערערים, כבני 17, יחסים אינטימיים עם נערה בת כ-14 וחצי במשך כחמישה ימים. המדובר היה ביחסי מין חלקיים ומלאים, שבוצעו במקומות שונים בקיבוץ שמרת, בין היתר בשדות המשק, על שפת הים, ברכב ובחדרה של המתלוננת, להם היו שותפים הנאשמים ואחרים, כולם או מקצתם.

בית-המשפט המחוזי בחיפה זיכה את הנאשמים מאשמת האינוס שיוחסה להם, בין היתר, מאחר שהגיע למסקנה כי המתלוננת לא העמידה את הנאשמים על אי-הסכמתה לקיים עימם יחסי מין.

בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה והרשיע את הנאשמים בעבירה שיוחסה להם, תוך שקבע כי:

"מי שמודה בקיום מגע מיני עם נערה בת ארבע-עשרה וחצי בניסיונות כמתואר, דהיינו, מין קבוצתי, בסידרה, של ארבעה צעירים בני שש-עשרה וחצי עד שמונה-עשרה, הנכנסים למכונית או לחדר לפ תור, כאשר היתר נוכחים בחדר או מציצים מדי פעם דרך החלון, אינו יכול ליהנות מן ההנחה כי שתיהם כהסכמה דמיה"³⁴.

בהתייחסו לאפשרות קיומה של טענת ההגנה של טעות בעובדה לפי סעיף 17 לחוק העונשין, הגיע בית-המשפט העליון למסקנה, כי למרות שבקרב הנאשמים התעורר חשד, כי המתלוננת איננה מוכנה לקיים עימם יחסי קרבה אינטימיים, לא כל שכן יחסי

32 שם, פסקה 14 לפסק-הדין.

33 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי ואח' (טרם פורסם). [להלן – עניין שמרת].

34 שם, בפסקה 85 (ה) לפסק-הדין.

מין מלאים, התקיימה אצל כל אחד מהם "עצימת עיניים" לגבי המתרחש, מהבחינה המשפטית:

"עצימת עיניים' בפני ההכרה באפשרות קיומה של נסיבה הנמנית עם היסוד העובדתי שבעבירה, כמוה כמודעות בפועל לקיומה של הנסיבה... עצימת עיניים הינה שוות משמעות לידעה"³⁵.

הנשיא מ' שמגר מעורר בחוות-דעתו, אגב אורחא, את השאלה העם הטעות בעובדה לה טוען הנאשם, חייבת להיות סבירה מהבחינה האובייקטיבית, בנוסף להיותה כנה, מבחינתו הסובייקטיבית של טוען הטענה. דומה, כי הנשיא שמגר נוטה בחוות-דעתו לגישה, כי בנוסף למבחן הסובייקטיבי של כנות טענת ההגנה של טעות בעובדה בעבירת האינוס, מן הראוי לבחון גם את היסוד של סבירות התנהגותו של הנאשם, מהבחינה האובייקטיבית.

מסקנתו של הנשיא שמגר בסוגייה זו היא כי:

"...ההכרעה בשאלה זו איננה דרושה כאן וניתן להשאיר הנשוא — על השאלות הכרוכות בו — בצריך עיון לעת מצוא. עם זאת אוסיף למען הבהירות, כי אין בהותרת הנושא להזדמנות אחרת, כדי לגרוע מן הכלל המוסכם לפיו משמשת הסבירות אכן בוחן ראייתית לשם הסקת מסקנה על קיומה או אי-קיומה של הכנות השוללת, לפי טענת הנאשם, את המחשבה הפלילית"³⁶.

השופט א' גולדברג דוחה בחוות-דעתו מכל וכל את הכנסת היסוד האובייקטיבי של סבירות הטעות בעובדה בעבירת האינוס, וקובע חד משמעית כי:

"הדרישה לסבירות הטעות, כיסוד מהותי, במצטבר לטענתו הכנה של הנאשם, כמוה כפגיעה בעקרון כי באין אשמה, אין המעשה הופך את העושה לעבריין... על-פי גישה זו מעמידים אנו את היסוד האובייקטיבי, כיסוד מהותי יחיד, לעבירה שכל כולה מבוססת על הלך מחשבתו הסובייקטיבית של הנאשם. לגישה זו אין בידי להסכים, שכן היא משמיטה את הקרקע ממהותה של העבירה כעבירה של מחשבה פלילית"³⁷.

עם זאת, השופט גולדברג תמים דעים עם עמדתו של הנשיא שמגר, שלפיה הסבירות תשמש, בעבירת האינוס, אמת מידה ראייתית לבחינת כנותה של הטעות לה טוען הנאשם, אך לא כיסוד עצמאי ובלתי תלוי המהווה תנאי מצטבר לטעות הסובייקטיבית. כאן המקום להדגיש, כי הניתוח המשפטי בפסק-דין שמרת לעניין מהות יריעתם של הנאשמים את דבר אי-הסכמתה של המתלוננת ליחסי קרבה אינטימיים עימם, לרבות הדין בטענת טעות בעובדה, נעשה אגב אורחא בלבד ולא לגופו של עניין. בפועל, היתה

35 שם, בפסקה 101 (ג) לפסק-הדין.

36 שם, בפסקה 100 (ב) לפסק-הדין.

37 שם, בפסקה 6 לפסק-הדין.

דעתם של כל השופטים כי בנסיבות מקרה זה, בו כפו ארבעת הנאשמים על המתלוננת הצעירה יחסים אינטימציים מסוגים ובאופנים שונים, בצוותא חדא ובדרך של מין קבוצתי, הוכחה המחשבה הפלילית של הנאשמים בעת ביצוע העבירה, ועצימת העיניים על-ידם עלתה כדי מודעות מלאה לנסיבות ביצוע העבירה על-ידם.

ניתן לסכם איפוא ולומר כי הלכה למעשה לא שונתה בפסק-דין שמרת ההלכה הקיימת בדבר הצורך להוכיח כי הנאשם היה מודע, סובייקטיבית, לכך שהמתלוננת איננה נכונה להיבעל על-ידו או לקיים עימו יחסי קירבה מסוג כלשהו. אם הנאשם לא היה מודע להעדר ההסכמה מצד המתלוננת וזו לא הגיעה כלל לתודעתו, על-פי נסיבות המקרה יהיה מקום לזיכוי של הנאשם מעבירת האינוס.

מסקנה זו, לפיה לא חל למעשה כל שינוי במצב המשפטי לעניין היסוד הנפשי של העבריין בכל הכרוך לנושא אי-ההסכמה של המתלוננת, בעקבות פסק-דין שמרת, נתמכת גם בהחלטת הנשיא מ' שמגר, בה נדחתה בקשת ההגנה לקיים דיון נוסף בפרשת שמרת³⁸.

בהחלטתו כותב הנשיא מ' שמגר לאמור:

"אכן עלתה בפסק-דיני ההצעה להשתית בעתיד את ההלכה בכגון דא על מבחנם של החשדות שהיו צריכים לעלות במחשבתו של האדם הסביר בנסיבות כגון אלה. אולם, לא רק שלא היה כל יישום של הלכה במקרה דנן, אלא שבית-המשפט הדגיש – בפסק-דין הנשיא בו הועלה הרעיון הנ"ל, כי בעניין שבפנינו מתבסס בית-המשפט אך ורק על ההלכה הקיימת ומבחינה השרירים והקיימים"³⁹.

הנשיא שמגר מסיים החלטתו בקביעה נחרצת וחד-משמעית, לפיה:

"...קריאת פסק-הדין מלמדת בעליל כי הוא לא נתבסס על כל חידוש וכי אומצה ההלכה הקיימת והידועה היטב... שהפכה כבר, שנים הרבה, לחלק מהותי מן המשפט הפלילי"⁴⁰.

"שינוי הלבבות"

מה דין מקרה בו מסכימה המתלוננת בתחילה לקיום יחסי קירבה אינטימיים עם הנאשם, בצורה כזאת או אחרת, אך בשלב מאוחר של האירוע מבקשת היא לחזור בה מהסכמתה, או לפחות ל"הגביל" את המגע האינטימי ולהימנע מבעילה של ממש? שנאמר, תחילתו מרצון וסופו באונס.

סוגייה זו נדונה רבות בפסיקה, ולא מכבר עלתה על שולחן הדיונים בבית-המשפט העליון בע"פ חרד ואח' נ. מ"י⁴¹. במקרה זה התלוותה המתלוננת לנאשם בדרכו לביתו,

38 דנ"פ 7069/93 בארי ואח' נ' מ"י (טרם פורסם).

39 שם, בע' 4 להחלטה.

40 שם, בע' 5 להחלטה.

41 ע"פ 235/90 חרד ואח' נ' מ"י, פ"ד מ"ו (1) 209.

ובהיכנסם לבית הוא הובילה למיטה הזוגית והחל להפשיטה. המתלוננת ביקשה ממנו, לפי גרסתה היא, שלא יפשיט מעליה את הבגדים שכיסו את פלג גופה התחתון, וזאת מחשש שתיכנס להריון. הנאשם לא שעה לה, פשק את רגליה ובעל אותה. בנתחו את ההלכה הנוגעת לעניין, קבע בית-המשפט העליון כי:

"אין לשלול קיומו של אונס אף כאשר בשלבים הראשונים של האירוע לא הראתה המתלוננת כל התנגדות ולכאורה אף שיתפה פעולה בתהליך האינטימי. אך כאשר טוענת אישה לאונס בנסיבות שכאלו, עליה להוכיח בראיות חזקות שהיתה נקודת תפנית, נקודה שממנה לא רצתה עוד בקיום המגע המיני זה נכפה עליה. לנקודת תפנית זו קראנו בפסיקה 'שינוי לבבות'⁴²."

בית-המשפט העליון ביטל את הרשעתו של המערער באשמת אינוס, תוך שקבע כי בשלב זה של האירוע לא העמידה אותו המתלוננת במידה מספקת על טעותו "לא צעקה, לא מחתה ולא ניסתה להיחלץ אלא פשוט נכנעה ופשקה רגליה".

עם זאת, מן הראוי לשוב ולהדגיש, כפי שצוין אף בפסק-דין חוד, כי הפסיקה ככלל, מקלה מאוד עם המתלוננת לגבי השלבים הראשונים של האירוע. לפעמים די אפילו בהתנגדות קלה ביותר, בין בדיבור ובין בהתנהגות, כדי להביא למסקנה שהנאשם ידע והבין כי הוא פועל בניגוד לרצונה. בנסיבות מסוימות, די יהיה אף במלים ספורות הנאמרות בלחש כדי להעמיד את הבורעל על טעותו, ואם ימשך במעשיו חרף אי-הסכמתה של המתלוננת — דינו להרשעה בעבירת אינוס⁴³.

מקרה מעניין בסוגיית "שינוי הלבבות", אם לא פיקנטי קמעא, נדון בבית-המשפט לערעורים באנגליה (Privy Council) בשיכתו בערעור על פסיקת בית-המשפט העליון בניו-זילנד בעניין *Kaitamaki V. The Queen*⁴⁴. במקרה זה קיים המערער יחסי מין עם המתלוננת, אך לטענתו היו אלה יחסים מרצון, לפחות בתחילתם. עם זאת, הודה המערער כי בשלב מסוים, במהלך הבעילה, הביעה המתלוננת את אי-הסכמתה להמשך המגע המיני. טענת סניגורו של המערער היתה, כי אם תחילת הבעילה היתה בהסכמה והמתלוננת לא התנגדה לעצם החדירה, אין להרשיע את המערער גם אם נוכח בשלב מאוחר במהלך המשגל שהיא איננה מסכימה עוד להמשך הבעילה. בתי-המשפט בניו-זילנד דחו את טענתו של הסניגור והרשיעו את הנאשם. ערעורו לבית-המשפט לערעורים באנגליה נדחה אף הוא, תוך שבית-המשפט קובע כי עבירת האינוס היא עבירה נמשכת המסתיימת רק בנסיגה (Withdrawal). גם אם עצם החדירה היתה בהסכמה, הרי משהביעה המתלוננת את התנגדותה להמשך המשגל, היה על הנאשם לסגת, תרתי משמע, ועל-כן הרשעת המערער בדין יסודה — כך בית-המשפט לערעורים באנגליה.

ספק אם פסיקה דומה היתה מתקבלת בבתי-המשפט בישראל.

42 שם, בע' 214. לעניין "שינוי הלבבות" ראה גם ע"פ 45/79 מ"י ג' מיטרני, פ"ד ל"ג (3) 225, 226.

43 ע"פ 862/80 מ"י ג' שבירו ואח', פ"ד ל"ה (2) 775.

44 *Kaitamaki V. The Queen* [1984] 2 ALL E. R. 435

בעילה אסורה בהסכמה

סעיף 347 לחוק העונשין המקורי משנת 1977, שכותרתו היתה "בעילת קטינה" קבע, כי הבוועל קטינה שלא מלאו לה 16, והיא איננה אישתי, דינו מאסר 14 שנים ואילו בעילת קטינה שלא מלאו לה 17, עונשה חמש שנות מאסר בלבד. המחוקק אף ראה לאבחן במקרה של בעילת קטינה שלא מלאו לה 16, אך לבוועל היה יסוד סביר להניח שמלאו לה 16 אך לא 17 שנים, והעמיד אף את עונשו של זה על חמש שנים.

עם תיקון החוק בשנת 1988, כפי שתוקן פעם נוספת בשנת 1990, עמד המחוקק על אבחנה ברורה ושיטתית יותר לגבי גיל קורבן העבירה. ראשית, כותרת סעיף 346 שונתה מ"בעילת קטינה" ל"בעילה אסורה בהסכמה", שכן הסעיף דן גם בבעילה אסורה בהסכמה של אישה בוגרת. שנית, הוראות החוק החדש הסדירו את נושא גיל קורבן העבירה המינית כדלהלן:

(א) בעילת קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים, אף בהסכמתה, מהווה בכל מקרה עבירה של אינוס, שעונשה המירבי בחוק הוא 16 שנות מאסר (ס' 345(א)(3) לחוק). עבירה זו ידועה גם בכינויה "אינוס סטטוטורי". באישום בעבירה זו אין איפוא, כל רבותא אם הקטינה שטרם מלאו לה 14 הסכימה לבעילה, יזמה אותה או עודדה אותה, ודינו של העבריין ייחרץ לשבט.

(ב) בעילת קטינה שמלאו לה 14 שנים אך טרם מלאו לה 16, אסורה אף היא בכל מקרה, גם בהסכמה. אולם דינו של העובר עבירה זו הינו חמש שנות מאסר בלבד, כנקבע בסעיף 346(א) לחוק.

(ג) אסורה בעילת קטינה שמלאו לה 16 וטרם מלאו לה 18 שנים, גם בהסכמתה, אך זאת בתנאי שהמעשה כוצע "תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה, או תוך הבטחת שווא לנישואין". דין העובר עבירה זו — חמש שנות מאסר (סעיף 346(א) לחוק). בחוקקו הוראה חדשה זו, ביקש המחוקק להגן גם על קטינות בגיל בוגר יחסית, מפני התנכלות או התאנות מינית כלפיהן. כוונת החוק הינה, בעיקר ליחסים במסגרות מסוימות בהן יש כפיפות הירארכית כזו או אחרת. לדוגמא, מורה ותלמידה בבית־הספר, מדריך וחניכה במוסד, מפקד ופקידה במסגרת הצבאית, רופא ואחות בבית־חולים וכיו"ב.

(ד) המחוקק מעניק הגנה לאישה מפני בעילה בהסכמה, גם מעל גיל 18, אם זאת נעשתה "תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או כשירות או עקב הבטחת שווא לנישואין תוך התחזות כפגני למרות היותו נשוי" (סעיף 346(ב) לחוק). במקרה כזה, יהיה העונש המירבי קל יותר והוא הועמד על שלוש שנות מאסר בלבד. בהוראה זו, כמו גם בהוראה האוסרת על מעשה מגונה באדם שמלאו לו 18 "תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או כשירות" (סעיף 348(ה) לחוק), באה לידי ביטוי המגמה הברורה להגן על האישה מפני הטרדה מינית מצד מעבידה או הממונים עליה, גם אם המעשים נעשו בהסכמה.

הוראת חוק הראויה לציון נקבעה בסעיף 353 לחוק, ולפיה בעבירה של בעילה בהסכמה לפי סעיף 346(א):

"תהיה זו הגנה לנאשם שהבדל הגילים בינו לבין הקטינה אינו עולה על שנתיים, אם הקטינה הסכימה למעשה ואם המעשה נעשה במהלך יחסי רעות רגילים וללא ניצול מעמדו של הנאשם".

מטרת הוראה זו היא למנוע קיומה של עבירה כאשר המדובר ביחסי קירבה בין צעירים שהינם חברים ונוצרו ביניהם "יחסי רעות רגילים", וזאת אף אם הנערה היא מתחת לגיל 16 (או 18, לפי המקרה). אלמלא הוראה זו היו יחסים שכאלה מהווים עבירה על החוק, שעונשה המיזיבי, כאמור, חמש שנות מאסר. הוראה זו מאפשרת, לדוגמא, לקטינה בת 14 וחצי או 15 שנים, לקיים יחסי-מין עם חברה בן ה-16 וחצי או ה-17, במהלך יחסי רעות רגילים ביניהם, מבלי שהחבר יסתכן בעבירה על החוק. אין ספק, כי המדובר במגמה ליברלית של הוראות החוק, תוך התאמתן למציאות ימינו ועל-מנת למנוע יצירת תקנה שהציבור, או מרביתו, לא יוכל לעמוד בה. המונח "במהלך יחסי רעות רגילים"⁴⁵ – פורש לאחרונה ע"י בית-המשפט העליון בפסק-דין שמרת, כדלהלן:

המחוקק ביקש לפרוס הגנתו על זוג צעירים – המקיימים יחסי חברות ומתעלסים זה עם זה. אין ללמוד בצורה כלשהי מנוסח החוק שהמחוקק ביקש להגן על קבוצת צעירים החוברת לשם בעילה, לפי תור, של צעירה בת ארבע-עשרה וחצי. אלה אינם "יחסי רעות רגילים" כלשון החוק, אלא בכל מקרה ניצול לרעה של נסיבות..."⁴⁶.

ידיעת הגיל

שינוי משמעותי חל בחוק בהתייחס לחובת הידיעה של העבריין את גילו של קורבן העבירה. סעיף 358 לחוק המקורי קבע ככלל, כי אם נעברה לגבי אישה עבירה התלויה בגילה, "אין נפקא מינה אם הנאשם לא ידע שהיא למטה מאותו גיל או הניח שהיא לא למטה מאותו גיל". במילים אחרות, לא עמדה לנאשם הגנה לפיה הוא לא ידע כי גילה האמיתי של הנערה הוא נמוך מכפי שחשב או סבר, גם אם סבר כך בתום-לב ובמידת היגיון ראויה. המבחן הקובע, על-פי החוק המקורי, היה איפוא, אובייקטיבי ואחריותו של הנאשם לעבירה נקבעה על-פי גילה של הנערה בפועל, ולא על-פי מחשבתו הסובייקטיבית של הנאשם. לדוגמא, הטענה כי הנערה נראתה לנאשם ולחברה הסובבת אותה מפותחת ומבוגרת מכפי גילה, או הטענה כי הנערה עצמה מסרה לנאשם כי היא מבוגרת יותר מכפי גילה האמיתי – לא היה בהן כדי לסייע לנאשם ולחלצו מהרשעה בדין. הטענה של אי-ידיעת הגיל האמיתי לא היה בה כדי להעלות או להוריד לעניין האחריות הפלילית לעבירות מין, והיתה קיימת איפוא, אחריות מוחלטת (אבסולוטית), לעניין גילה של המתלוננת, כאשר הגיל היווה אלמנט של העבירה.

45 פסק-דין שמרת, לעיל הערה 33.

46 שם, פסקה 90 לפסק-הדין.

מצב משפטי זה שונה בתיקון החוק משנת 1988, והוראת סעיף 358 הנ"ל בוטלה ועברה מן העולם. במקום ההוראה המיוחדת שבסעיף 358, תעמוד מעתה בתוקפה ההוראה הכללית של טעות בעובדה לפי סעיף 17 לחוק העונשין⁴⁷. המבחן לידעת גילה של הנערה יהיה איפוא, מעתה ואילך, סובייקטיבי ולא אובייקטיבי, ולנאשם תעמוד טענת ההגנה של טעות בעובדה, ובלבד שטעות זו היתה כנה וסבירה כאחד. המצב המשפטי החדש נדון בבית-המשפט העליון בע"פ פלוני נ. מ"י⁴⁸. במקרה זה הואשם המערער, בין היתר, במעשה סדום בנערה שמלאו לה 14 שנים וטרם מלאו לה 18, עבירה לפי סעיף 347(א) לחוק העונשין, שדינה מאסר חמש שנים. הנאשם החזיר את איבר-מינו לתוך פיה של המתלוננת, עד שהגיע לסיפוקו. בעת האירוע היתה המתלוננת בת 17 שנים ותשעה חודשים. סניגורו של הנאשם ביקש לזכותו מהאשמה של מעשה סדום, בטענה שמרשו לא ידע שלמתלוננת טרם מלאו 18 שנים. בהתייחסו ליסוד הנפשי של הנאשם בביצוע עבירה שכזאת, קבע בית-המשפט העליון כי:

"כדי להביא להרשעה בגין עבירה לפי סעיף 347(א) לחוק העונשין, אין חובה על התביעה להוכיח באופן פוזיטיבי, שהנאשם אכן היה מודע לעובדה, שהמתלוננת הייתה שייכת לטווח הגילים האמור. די אם יוכחו קיומן של "פזיזות" ולא-איכפתיות בגקודה זו, כפי שיוסבר להלן. נעיר עוד, שאם יעלה בידי הנאשם להראות, שהוא פעל על-פי טעות כנה וסבירה ביחס לעובדת גילה של המתלוננת, הרי יהיה בכך כדי לסתור קיומה של המחשבה הפלילית הדרושה. ... אולם אין הנאשם יכול להימלט מהרשעה בעבירה זו על-ידי כך שיטען, ואפילו ישכנע, שלא ידע על דבר גילה של המתלוננת מפני שכלל לא התעניין בנושא זה ולא חשב עליו. אם עולה מהנסיבות, שהנאשם חייב היה להיות מודע לפחות לאפשרות שהמתלוננת הינה מתחת לגיל שצוין בסעיף האישום, אזי מקבל הוא על עצמו סיכון בחוסר התעניינותו, ופזיזותו תיהפך לו לרועץ, אם אובייקטיבית יסתבר, כי המתלוננת אכן השתייכה לאחד הגילאים שהחוק בא להגן עליהם במיוחד"⁴⁹.

אשר למקרה הנדון, קבע בית-המשפט העליון כי בנסיבות מקרה זה לא העיד המערער כי ניסה לברר את גילה של המתלוננת או שהאמין בטעות שהיא למעלה מגיל 18. למרות שהמתלוננת אמרה לו כי סיימה זה עתה את לימודיה בכיתה י"ב ושהיא עומדת לפני גיוסה לצה"ל, היה עליו לברר ולברוק את גילה ולא להתעלם ממנו. בית-המשפט העליון אישר את הרשעתו של המערער בבית-המשפט המחוזי.

47 סעיף 17 לחוק העונשין: "העושה מעשה או מחל בהנחה כנה וסבירה, אך מוטעית, בדבר מצב דברים — אינו נושא עליהם באחריות גדולה מזו שהיה נושא בה אילו היה מצב הדברים לאמיתו כפי שהניח...".

48 ע"פ 5424/91 פלוני נ' מ"י, פ"ד מ"ו (4) 497.

49 שם, בע' 501.

מעשה סדום

רביזיה של ממש עשה המחוקק בנושא עבירות שעניינן מעשה סדום והדומות להן, כמו "סטיית מדרך הטבע".

בהקשר זה מן הראוי להעיר כי על-פי התיקון לחוק משנת 1988 שונתה גם כותרת סימן ה' לפרק י' של חוק העונשין ובמקום "עבירות נגד המוסר" נאמר עתה בכותרת הסעיף "עבירות מין". המחוקק איננו איפוא, עוד שומר חותם המוסר אלא ממונה על נורמות משפטיות שהן בגדר עבירות על החוק, ולא דן באספקט המוסרי יותר או המוסרי פחות של המעשה.

סעיף 351 לחוק המקורי משנת 1977, שנשא את הכותרת "סטיית מדרך הטבע", גזר עונש מאסר של 10 שנים על מי ששוכב עם אדם שלא כדרך הטבע, מרשה לגבר לשכב עימו או מרשה לגבר לשכב עימה שלא כדרך הטבע. הוראות סעיף זה לא הופעלו, הלכה למעשה, מאז כיהן השופט חיים כהן כיועץ משפטי לממשלה (1950–1960), וזאת על-פי הוראה מנהלית שהוצאה על-ידו.

האיסור על מגעים הומוסקסואליים מרצון בין מבוגרים היה איפוא שנים רבות, אות מתה בספר החוקים והלכה שאין מורין על-פיה. בשנת 1988 אזור המחוקק עזו והעביר איסור זה מן העולם על-ידי ביטולו המפורש של סעיף 351 הנ"ל, לאמור, אין עוד איסור בחוק על קיום יחסים הומוסקסואליים בין בגירים, כשהמגע נעשה ביניהם בהסכמה ומרצון.

דינו של העושה מעשה סדום באדם, כאחת הנסיבות המנויות בסעיף 345 לחוק, לדוגמא, שלא בהסכמה עקב שימוש בכוח, או בקטינה או בקטין שטרם מלאו לו 14 שנים, או תוך ניצול מצב של חוסר הכרה או מחלת נפש — כדינו של המבצע מעשה אינוס והוא צפוי לעונש מירבי של 16 שנות מאסר. ביצוע מעשה סדום בנסיבות מחמירות, בדומה לביצוע אינוס בנסיבות שכאלה המפורטות בסעיף 345(ב) לחוק, גרור אחריו עונש של 20 שנות מאסר.

המחוקק השווה איפוא, לחלוטין בין עבירות של מעשה סדום, שבוצעו שלא בהסכמה או בנסיבות אחרות המפורטות בסעיף 345 לחוק, לעבירת האינוס והטיל עונש מירבי זהה לגבי שני סוגי עבירות אלה.

העושה מעשה סדום באדם שמלאו לו 14 שנים וטרם מלאו לו 18 שנים, גם אם המעשה נעשה בהסכמה, דינו מאסר עד חמש שנים⁵⁰. המחוקק עמד איפוא, על הצורך להמשיך ולהגן על קטינים גם מפני מעשי סדום המבוצעים בהסכמה. בדומה לאיסור שהטיל על בעילה אסורה בהסכמה של קטינה, אסר המחוקק גם על מעשה סדום בקטינים, וקבע לשני האיסורים עונש זהה של חמש שנות מאסר. גם העושה מעשה סדום באדם שמלאו לו 18 שנים "תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות", עובר עבירה שדינה שלוש שנות מאסר⁵¹.

50 סעיף 347(א) לחוק העונשין.

51 סעיף 347(א)(1א) לחוק העונשין. ראה הוראה דומה לגבי בעילה אסורה בהסכמה בסעיף 346(ב) לחוק.

למרות שמגמת חקיקה זו הינה זהה לכאורה, דהיינו להגן על קטינים וקטינות גם יחד, הן מפני בעילה בהסכמה והן מפני מעשה סדום בהסכמה, מתגלים שני שינויים מהותיים למדי בין שתי הוראות החוק המפורטות לעיל:

- (א) בעוד האיסור על בעילת קטינה חל כל עוד לא מלאו לקטינה 16 שנים, הרי האיסור על מעשה סדום באדם (קטין או קטינה) משתרע עד מלאות לקורבן 18 שנים.
- (ב) הסייג לאחריות פלילית שנקבע בסעיף 353 לחוק העונשין, ושלפיו לא יורשע אדם בבעילת קטינה אם הפרש הגילים ביניהם איננו עולה על שנתיים והמעשה נעשה במהלך יחסי רעות רגילים ביניהם – איננו חל במקרה של מעשה סדום. אדם המבצע מעשה סדום בהסכמה באדם שלא מלאו לו 18 שנים, גם אם הפרש הגילים ביניהם איננו עולה על שנתיים, דינו להרשעה בכל מקרה, ולא תעמוד לו ההגנה הקבוצה בסעיף 353 לחוק, החלה רק לגבי עבירה של בעילה אסורה בהסכמה. א-סימטריה זו, בין הוראות החוק לגבי בעילה אסורה בהסכמה לבין מעשה סדום בהסכמה, איננה מובנת ואף מעוררת קשיים לא מעטים, הן מהבחינה ההגיונית הצרופה והן מההיבט המשפטי. אם ההיגיון שעמד מאחורי כוונת המחוקק בנושא זה היה הרצון לשמור ולהגן על קטינים, לעיתים גם מפני עצמם, ולמנוע קיום יחסי-מין, מסוג כל שהוא, בגיל צעיר יתר על המידה, לא ברור מדוע נעשתה אבחנה שכזו בין שני סוגי העבירות, שלכאורה מייצגות אותו ערך חברתי שעליו שאף המחוקק להגן. על-פי החוק הקיים, מותר לקיים יחסי-מין בהסכמה עם נערה בת 17, אך קיים איסור לקיים יחסים הומוסקסואליים בהסכמה עם נער בן 17. לא זאת אף זאת, בעוד שאין כל איסור לקיים יחסי-מין עם נערה בת 17 בדרך של בעילה, הרי קיום מגע מיני אוראלי או אנאלי (המוגדרים אף הם כמעשי סדום), עם אותה נערה יגרור הטלת עונש של חמש שנות מאסר. אבסורד נוסף – נער בן 17 רשאי לקיים יחסי-מין בדרך של בעילה עם חברתו בת ה-15 והוא יזכה להגנה הקבוצה בסעיף 353 לגבי פער הגילים של עד שנתיים. אולם אם יחרוג קמעא מדרך הבעילה הטבעית – לא יוכל עוד לחסות בצילה של ההגנה האמורה, ושוב צפוי לו עונש של חמש שנות מאסר בגין עבירה של "מעשה סדום". האומנם?!

קשה לראות היגיון של ממש בחוסר העקביות בה נהג המחוקק בתחום זה, ולאבחנה שעשה בין שני סוגי העבירות. שמא נותר שמץ של אנאכרוניזם ביחס השונה והליברלי פחות שהוא נקט כלפי עבירות שהיו ידועות כעבר כ"עבירות נגד המוסר"? מן הראוי שהמחוקק ייתן דעתו לסוגייה זו, על-מנת לגרום להשוואה מלאה בין שני סוגי עבירות אלה, שאין למעשה כל הבדל מהותי ביניהן לעניין הערך החברתי עליו הן באות להגן.

הגדרת "מעשה סדום"

בחוק המקורי משנת 1977 לא היתה כל הגדרה למונח "מעשה סדום". מונח זה הוגדר לראשונה בתיקון החוק משנת 1988 והוגדר מחדש בתיקון הנוסף משנת 1990, בוו הלשון:

"מעשה סדום — החדרת איבר־המין של גבר לפי הטבעת או לפה של אדם, או החדרת חפץ לפי הטבעת של אדם"⁵².

מעשה סדום יכול אפוא להתקיים כאחת משלוש אפשרויות: החדרת איבר־המין של הגבר לפי הטבעת של אדם אחר, בין גבר ובין אישה, החדרת איבר־המין לפיו של אדם אחר או החדרת חפץ לפי הטבעת. כאן המקום לתת את הדעת להבדל, המהותי לדעתנו, בין הגדרת המונח "בועל" לעניין עבירת האינוס לפי סעיף 345 לחוק לבין הגדרת "מעשה סדום" לעניין סעיף 347 לחוק.

בעוד ההגדרה של "בועל" מנוסחת כיום, כמי שמחדיר "איבר מאיברי הגוף", דהיינו כל איבר (לא איבר־המין בלבד), או חפץ לאיבר־המין של האישה, הוגדר "מעשה סדום", כהחדרת איבר־המין בלבד של הגבר (לפה או לפי הטבעת) או חפץ (לפי הטבעת). יצוין, כי קודם לתיקון החוק בשנת 1990 הוגדר גם מעשה האינוס, בנוסף לבעילה, בחוק משנת 1988 כהחדרת "חפץ" בלבד, אך מונח זה פורש על־ידי בית־המשפט העליון בפסק־דין סמחאת כחובק בתוכו גם איבר מאיברי הגוף⁵³. כיום, על־פי התיקון משנת 1990 בו הוגדרו מחדש המונחים "בועל" ו"מעשה סדום", מופיעות זו בצד זו באותו חוק, הגדרות שונות לשני המושגים הללו, כשלגבי מעשה סדום, היסוד המקים את העבירה הוא החדרת איבר־המין בלבד (או חפץ), אך לא איבר מאיברי הגוף, שיוחד אך להגדרת הבעילה בעבירת אינוס. לא זאת אף זאת — בהצעת החוק היה הנוסח המוצע לתיקון הגדרת "מעשה סדום" כדלהלן:

"מעשה סדום — החדרת איבר־המין של גבר לנקב מנקבי גופו של אדם, שלא בדרך של בעילה, או החדרת איבר אחר של אדם או חפץ לפי הטבעת של אדם"⁵⁴.

בדברי ההסבר להצעת החוק צוינה מגמת התיקון כהרחבת ההגדרה של "מעשה סדום" על־מנת "לכלול בה אותן דרכים לביצוע העבירה שמוצע לכלול בתיקון להגדרת "בועל"⁵⁵.

והנה, הנוסח הסופי של החוק, כפי שצוטט לעיל, שונה מהותית מהנוסח של הצעת־החוק, שכן הושמטו ממנו, בין היתר, המלים "או החדרת איבר אחר", דהיינו, החדרת איבר אחר איננה מהווה, לכאורה מעשה סדום. השאלה העשויה להתעורר בבית־המשפט היא, מה דינו של אדם המחזיר איבר אחר, כגון אצבע, לפי הטבעת של אדם, והאם ניתן לראות בכך ביצוע עבירה של "מעשה סדום"?

להלכה, על־פי הפרשנות המרחיבה שניתנה למילה "חפץ" בפסק־דין סמחאת,

52 סעיף 347(ג) לחוק כפי שתוקן: ס"ח תש"ן 196.

53 ע"פ 3907/92, לעיל הערות 20, 21.

54 ה"ח 2001, התש"ן, 223.

55 שם, כע' 225.

לאמור: "החדרת העצם, היא הוא דומם או חלק מן החי, הוא הנושא הנדון בסעיף⁵⁶, היא זה מן הראוי לקבוע, כי "החדרת חפץ לפי הטבעת של האדם", כלשון ההגדרה, גם החדרת אצבע, במשמע ולהרשיע את הנאשם בעבירה זו.

למעשה, אין הפרשנות המרחיבה בפסק־דין סמחאת תואמת עוד את הוראות החוק כפי שתוקן בשנת 1990, למרות שאלה עמדו לנגד עיני בית־המשפט העליון והוא אף התייחס להגדרה החדשה של "בעילה" כאל "הבהרה ולא חידוש"⁵⁷. בעוד שבהצעת־החוק ניתנו הגדרות זהות הן למונח ה"בעילה" והן למונח של "מעשה סדום", כשברברי ההסבר להצעת־החוק צוינה מפורשות המגמה לעשות התאמה מלאה בין השניים, הושמט מנוסחה הסופי של הגדרת "מעשה סדום" היסוד של "החדרת איבר אחר". ללמדך, שהמחוקק נמנע במודע מלכלול בהגדרה הסופית של מעשה הסדום את היסוד שעניינו החדרת איבר אחר, כגון אצבע לפי הטבעת של אדם והסתפק בהחדרת איבר־המין או חפץ בלבד. למקרא שתי ההגדרות בנוסח הסופי של התיקון לחוק משנת 1990, המופיעות בצוותא חרא באותו תיקון עצמו (כך שלא ניתן לטעון עוד כי המדובר בהשמטה מקרית), ונוכח ההבדל הבולט ביניהן – ספק רב אם ניתן יהיה להרשיע את הנאשם ולקבוע כי גם במקרה של החדרת אצבע לפי הטבעת של אדם, "המסקנה העולה ממגמתה של החקיקה היא, כי לא ה"חפץ" עמד במרכזה של הרחבת האיסור החוק החדש אלא ה"החדרה", כלשון בית־המשפט העליון בפסק־דין סמחאת.

עבירות מין במשפחה

בעת תיקון החוק משנת 1990, הוסיף המחוקק הוראה חדשה ומיוחדת המתייחסת לעבירות מין במשפחה, בדמות סעיף 351 לחוק העונשין.

למעשה, לא קבע המחוקק עבירות חדשות שלא היו קיימות בחלק הכללי של סימן ה' לפרק י' לחוק, שכותרתו "עבירות מין". העבירות הקיימות כגון: אינוס, בעילה בהסכמה, מעשה סדום או מעשים מגונים, נותרו בעינן והגדרתן לא שונתה. הוספת סעיף 351 לחוק, מגמתו הברורה היתה לקבוע עונשים מירביים חמורים יותר למי שמבצע עבירות מין במסגרת התא המשפחתי, לעומת עבירות המין המבוצעות שלא במסגרת המשפחה.

כך, קובע סעיף 351(א) לחוק כי מי שעובר עבירה של אינוס או מעשה סדום "באדם שהוא קטין, והוא בן־משפחתו" – דינו מאסר 20 שנה, לעומת העונש המירבי של 16 שנות מאסר לגבי אינוס או מעשה סדום באדם שאינו בן־משפחה (סעיפים 345(א) ו־347(ב) לחוק).

בסעיף 351(ב) לחוק נקבע כי מי שכוּעל אישה או מבצע מעשה סדום באדם, שהם בני־משפחתו, שמלאו להם 14 אך לא מלאו להם 21 שנים – דינו מאסר 16 שנים.

56 ע"פ 3907/92, לעיל הערה 20.

57 ע"פ 3907/92, לעיל הערה 25. יצוין, כי בפסק־דין סמחאת לא נדונה העבירה של "מעשה סדום" ואין בו התייחסות או השוואה להגדרת מונח זה בחוק, כפי שתוקן.

המדובר בסעיף זה בבעילה אסורה בהסכמה של בן-משפחה, והוראות הסעיף מחמירות עם מבצע העבירה לעומת הסעיף הדין בבעילה אסורה בהסכמה, שאיננה של בן-משפחה (סעיף 346(א) לחוק), בשני תחומים:

א) בעוד שבסעיף 346(א) נקבע הגיל המקסימלי לאיסור בעילה בהסכמה ל-16 שנים, ולגבי מעשה סדום ל-18 שנים (סעיף 347(א) לחוק) — החמיר המחוקק בעבירות שכאלה הנעברות כלפי בן-משפחה והעמיד את הגיל המקסימלי של קורבן העבירה על 21 שנים.

ב) העונש המירבי בגין עבירות של בעילה אסורה בהסכמה ושל מעשה סדום, על-פי הדין הכללי, הינו חמש שנות מאסר. אותן עבירות המבוצעות כלפי בן-משפחה גוררות עונש חמור בהרבה של 16 שנות מאסר.

באותה דרך החמיר המחוקק גם בעונשים בגין עבירות של מעשים מגונים המבוצעות כלפי בן-משפחה, לעומת מעשים כאלה המבוצעים שלא במסגרת המשפחתית (ראה סעיף 351(ג) לחוק).

עינינו הרואות, כי מגמת המחוקק היתה ברורה וחד-משמעית בכיוון החמרה יתרה בענישתם של עברייני מין המבצעים את העבירות במסגרת התא המשפחתי, ופוגעים בשלמותו. בכך שאף המחוקק להרחיב את ההגנה על בני-משפחה, בדרך כלל קטינים, מפני פגיעתם הרעה של הוריהם או קרובי משפחה אחרים, המפריים את חובתם הבסיסית לשמש מגן ומושיע ליוצאי חלציהם ומבצעים בהם ניצול מיני מחפיר.

גישה זו מצאה את ביטויה גם ברמת הענישה המחמירה של בתי-המשפט, אשר לא היססו להטיל על עבריינים המבצעים עבירות מין במשפחה עונשים כבדים ביותר של 12, 15 ו-16 שנות מאסר.

סיכום

בעשור השנים האחרון עברו דיני העונשין והראיות במדינת-ישראל שינויים מפליגים ביותר בתחום עבירות המין, וניתן לקבוע כי נעשתה, למעשה, רפורמה כללית ויסודית בתחום רגיש ומיוחד זה של הקודקס הפלילי.

המגמה הברורה המסתמנת משינויי החקיקה, הינה הנטייה להקל עם התביעה בדרך הוכחת עבירות המין (לדוגמא, ביטול הסיוד), בצד החמרה בולטת בקביעת רמת הענישה בעבירות מין, בין בדרך-כלל ובין תוך התייחסות ספציפית לעבירות כלפי קטינים וכאלה המבוצעות כנגד בני-משפחה.

הפן האחר של גישת המחוקק, בא לידי ביטוי בגישה ליברלית יותר המתחייבת מהתאמת הוראות החוק לרוח התקופה ולהתנהגות האדם, במסגרת היחסים שבינו לבין, בשלהי המאה העשרים. מגמה זו הביאה לביטול הוראות החוק בדבר משכב שלא כדרך הטבע או מעשה סדום בהסכמה בין מבוגרים, תוך השארת האיסור בדבר קיום מגע שכזה עם קטינים, על כנו. דוגמא אחרת לגישה זו, כפי שהובאה לעיל, הינה היתר לקיום יחסי-מין בהסכמה בין קטינים מעל גיל 14 לבין עצמם, ובלבד שאלה נעשו במהלך יחסי רעות רגילים והפרש הגילים ביניהם אינו עולה על שנתיים.

בתי-המשפט ישתיתו מעתה ואילך את פסיקתם על שינויי החקיקה הללו ככתבם, כלשונם ואף כרוחם, והדבר כבר בא לידי ביטוי בפסיקה, המעטה עדיין, שפורסמה מאז תיקוני החקיקה החדשים.

עם זאת, ממשיכים להישמע קולות בדבר הצורך בתיקונים נוספים בחקיקה המתייחסת לעבירות מין, במטרה להגביר עוד יותר את מגמת ההחמרה בתחום זה, לדוגמא, על-ידי הטלת עונשי מינימום שייקבעו בחוק לגבי חלק מעבירות המין ועוד.

נוכח התיקונים המפליגים של החוק בשנים האחרונות בתחום הדין המהותי, דיני הראיות ומגמת הענישה, כמבואר לעיל, אשר דומה, כי אין להם אח ורע בתחום אחר כל שהוא של הדין הפלילי, מוצע לשקול היטב אם אין מקום לעצור בשלב זה את מרכבת החקיקה ולאפשר לבתי-המשפט לומר את דברם וליישם כהלכה את תיקוני החקיקה המרוכבים שנתקבלו עד כה. קיים חשש של ממש, כי מעורבות מופרזת של המחוקק בנושא מיוחד ורגיש זה של עבירות המין לגווניהן השונים, תיצור מצב של "חקיקת יתר", עוד בטרם יהיה סיפק בידי בתי-המשפט לגבש מדיניות שפיטה וענישה ראויים, על-פי תיקוני החקיקה הקיימים. בכך עלול, חלילה וחס, לצאת שכרה של החקיקה החדשה בהפסדה. מוטב, אולי, להביא לאתנחתא מסוימת, ולו קצרה, ביצירת נורמות משפטיות חדשות לבקרים על-ידי המחוקק, ולאפשר לרשות השופטת ליישם ו"לעכל" כניחותא וכיישוב-הדעת את המגמות החדשות של החקיקה הקיימת, שנאמר: "תפסת מרובה – לא תפסת".