

משפט, חברה ותרבות בפרשת חיים רמון: ניתוח עברת "מעשה מגונה", מוסכמות חברתיות רלוונטיות והצעת "החוק למניעת כפייה מינית" ¹

אורית קמיר *

- א. הצגת הנושא והמאמר
- ב. חלק ראשון: "הבנת הנורמה" – האיסור הפלילי של "מעשה מגונה" ¹
 1. המשפט האנגלי
 - (1) עברת Assault ("תקיפה")
 - (2) עברת Indecent Assault ("תקיפה/מעשה מגונה")
 2. המשפט הקנדי, האמריקני והסקוטי
 3. שיטות משפט אחרות: צרפת וגרמניה
 4. ישראל
- ג. חלק שני: "זיהוי המוסכמה" – אשכול המוסכמות החברתיות-התרבותיות הרלוונטיות
 1. מוסכמות מוסרניות לגבי המיניות עצמה
 2. אשכול מוסכמות פטריארכליות מסורתיות שנוגעות לחוסר אמינותה ולאשמתה של מתלוננת על עברת מין
 3. מוסכמות פטריארכליות המתייחסות לנשים (בעיקר צעירות) כסמל סטטוס (לגברים)

* דוקטור למשפטים, מרצה למשפט, חברה ומגדר באוניברסיטה העברית בירושלים, עמיתה במכון שלום הרטמן ללימודי יהדות ומנהלת במשותף של המרכז הישראלי לכבוד האדם.

1 תודה חמה לשני פוגודה אשר ערכה את המחקר על התפתחותה של עברת המעשה המגונה בחוק הישראלי. תודה מקרב לב גם לפקולטה למשפטים של אוניברסיטת מישגן באן ארכור על האפשרות לבצע את המחקר המשפטי של המשפט הזר ולברברה גרווליה (Barbara Garavaglia) אשר סייעה לי בעריכת מחקר זה במסירות ובסבלנות לאין קץ, כתמיד. תודה לחברות ולחברים שהקשיבו בסבלנות במהלך השבועות הספורים של העבודה האינטנסיבית על המאמר, תמכו והציעו הערות ותובנות, ובמיוחד רבקה אלישע ולדן שולץ. האחריות לכל האמור במאמר היא עליי.

4. מוסכמות ישראליות מצ'ואיסטיות
5. מוסכמה ציונית מגדרית – האישה העבריה החזקה ושוות הזכויות אינה זקוקה להגנה פטרנליסטית של החוק
6. מוסכמה ליברלית קיצונית – חיוב מלא של כל ביטוי מיני
7. מוסכמות מתהוות של פמיניזם כבוד האדם – "בא לי שטויות ולא בא לי עליך" בגיבוי החוק למניעת הטרדה מינית
- ד. חלק שלישי: "חיבור הנורמה והמוסכמה" – דיון ביקורתי במפגש (ככלל ובפרשת רמון בפרט) בין האיסור של "מעשה מגונה" לבין המוסכמות החברתיות-התרבותיות שהוצגו
1. חזותו המוסרנית של האיסור הפלילי והתנגשותו (לכאורה) במוסכמה הליברלית
2. חדשנותו של כבוד אדם וחזה בהקשר ההתנהגות המינית וההכרח לפרשו ולבארו
- ה. חלק רביעי: "הצגת תחליף" – הצעת החוק למניעת כפייה מינית

א. הצגת הנושא והמאמר

1. ביום 12 ביולי 2006 לקראת השעה 20:00 היה שר המשפטים דאז, חיים רמון (עורך דין בהכשרתו המקצועית), בדרכו לשיבת ממשלה במשרד ראש הממשלה בתל-אביב, שנושאה היה החלטה על יציאה למלחמה בלבנון. באותה עת נחגגה במקום מסיבת סיום שירות של קצינת צה"ל ששירתה במשרד. בראותה את השר העובר קמה הקצינה לקראתו והציעה לו את כסאה; הוא השיב שהוא צעיר ולא צריך לקום ולפנות לו מקום, ובין השניים התפתחה שיחה קלילה ברוח משתובבת שלווה בצחקוקים. במהלך השיחה הוזכר טיול השחרור המתוכנן של הקצינה לדרום-אמריקה, והיא הציעה לשר בבדיחות: "השר, אולי תבוא איתי". ייתכן שאמרה כי "אינה יכולה לעמוד בפניו". הוא מצדו צבט את לחייה ואמר כי היא מתוקה.

בין שאר חילופי הדברים, ביקשה הקצינה מן השר להצטלם עמו למזכרת, והוא הסכים, אך ביקש שהצילום ייערך בחדר מבודד מעט. באחת התמונות (מתוך שלוש שצולמו) נראים השניים כשזרועותיה של הקצינה כרוכות סביב בטנו וגבו של השר וזרועו סביב כתפה. לאחר הצילום פתח השר בידו את פיה של הקצינה והחדיר לתוכו את לשונו. כשחזרו לאזור הפתוח שבו שהו אנשים נוספים, הוא שאל מתי ייפגשו שוב וביקש את מספר הטלפון שלה. כשחזר על בקשתו, היא כתבה את המספר על פיסת נייר ונתנה לו, כיוון שלא ידעה כיצד לסרב לבקשתו ורצתה להיראות ולהתנהג כאילו לא אירע דבר.

השר עזב את המקום והמשיך לשיבת הממשלה שעניינה יציאה למלחמה

בלבנון, שם הזין את מספר הטלפון של הקצינה לזיכרון הטלפון הסלולרי שלו. הקצינה מצדה נותרה המומה ונסערת, ותגובתה הייתה רעד ודמעות. חברותיה חשו כי דבר מה התרחש ושינה את הלך רוחה. היא הרגישה צורך לפרוק את תחושותיה וסיפרה על אודות המקרה לשלושה עשר אנשים שונים, תוך שביקשה שישמרו את הדבר לעצמם, שכן חששה להיחשף ולהפוך לאויבת של אדם חזק כשר המשפטים. אך שמע האירוע הגיע לאנשי משטרה, אשר הפעילו עליה לחצים להגיש תלונה נגד השר, עד שהחליטה לבסוף לעשות כן.²

משהוגשה התלונה פעלה המשטרה נמרצות לביירוה. כך למשל נשלחו חוקרים לדרום-אמריקה על מנת לקיים עימות טלפוני בין המתלוננת לבין הנילון, וכן בוצעו האזנות סתר, חלקן לא מאושרות, כלשכת ראש הממשלה. בהסתמך על הראיות שהוצגו בפניו, מצא היועץ המשפטי לממשלה, מנחם מזוז, שיש בסיס להגשת תביעה פלילית נגד השר בגין ביצוע "מעשה מגונה". השר דחה את הטענות נגדו, טען כי נשק לקצינה בהסכמתה ואף ביזמתה, והציג אותה כפולרטנית שקרנית ובלתי אמינה. עם זאת, הוא התפטר מתפקידו. הפרקליטות הגישה נגדו תביעה פלילית. לאחר דיון משפטי מזוז הורשע השר, ב־30 בינואר 2007, בביצוע "מעשה מגונה" בקצינה, ושלושה חודשים מאוחר יותר, ב־30 באפריל, נדחתה בקשתו (שנסמכה על המלצת קצין מבחן) לביטול ההרשעה, ועונשו גזור.³

ההתרחשות המתוארת וההלך הפלילי, על כל הכרוך בו, עוררו תשומת לב תקשורתית אינטנסיבית ולו בסיקור עיתונאי, בפרשנות ובכתיבה פובליציסטית בלתי פוסקים. במשך כתשעה חודשים במהלך השנים 2006 ו-2007, לא ירד הנושא מסדר היום התקשורתי, למרות אירועים לאומיים רבי-חשיבות (לרבות מלחמה, ועדת חקירה ופרשיות שחיתות במוסדות מדינה כמו רשות המסים ומשרדי ממשלה). כמעט שלא עבר יום שבו לא דנה התקשורת בהרחבה בהתפתחויות של מה שהפך להיות "פרשת רמון". חלק נכבד מן העיסוק התקשורתי בפרשה היה

2 לתיאור המפורט והמלא של ההתרחשות, כפי שנקבעה בידי בית המשפט, ראו ת"פ (ת"א) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון, תק"ש (1)07 (9460) (2007) (להלן: עניין רמון או "פסק הדין"). שופטים סג"ח' כוחן, ד' בארי, ד' שריזלי. בית המשפט קיבל את גרסת המתלוננת במלואה כיוון שמצא אותה אמינה לחלוטין. את גרסת הנאשם דחה בשל היותה מניפולטיבית ולא אמינה. למרות הביקורות המרובות שנמתחו עליו, לא מצאתי בפסק הדין סיבה לפקפק בהתרשמותם של השופטות והשופט מן המתלוננת ומן הנאשם, ולכן לא מצאתי סיבה לפקפק בעובדות שקבעו. התרשמותם הבלתי אמצעית של השופטות והשופט והנחותיהם הפרשניות — כי אישה שהותקפה מינית שרויה בהלם ויכולה להגיב באופנים שאינם בהכרח "רציונליים" ו"סבירים" בנסיבות אחרות — משכנעים ומתקבלים על דעתי. כמו כן, אף שקראתי נרטיבים ופרשנויות מתחרים ואלטרנטיביים, לא מצאתי שום תיאור אחר של האירוע שהרשים אותי כאמין, כקוהרנטי או כמדויק יותר מזה שנקבע בפסק הדין.

3 על השר הושתו מאה ועשרים שעות לתועלת הציבור, ונקבע שעליו לפצות את המתלוננת בסכום של 15,000 ש"ח. מתוך התחשבות בעברו הנקי של השר וכדי שלא לפגוע בעתידו, בית המשפט קבע כי בנסיבות המסוימות של העברה הנדונה לא נלווה להרשעה קלון. ראו ת"פ (שלום ת"א) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון, תק"ש (1)07 (28243), פס" (ה) 20 (2007).

ביקורת נוקבת של כל תו ותג של פעילות מערכות אכיפת החוק. לחץ רב הופעל באמצעות כלי התקשורת לא להגיש את התביעה, ולאחר שהוגשה – לבטלה. עיתונים, כתבים ופרשנים האשימו את המשטרה ואת היועץ המשפטי לממשלה בלהיטות יתר ברדיפת השר, בהפעלת לחץ על המתלוננת להגיש את התלונה, בבזבוז משאבי ציבור ובמניעים פסולים. תאוריות קונספירציה שהופצו בערוצי התקשורת האשימו את נשיאת בית המשפט העליון בהתנכלות לשר, שלכאורה ביקש לצמצם את סמכויותיה, וב"תפירת התיק" בעזרת המשטרה והיועץ המשפטי לממשלה. המתלוננת הוכפשה, הוצגה כבלתי אמינה, וגרסתה וגרסת המדינה הוצגו לרוב כשקריות וכאינטרסנטיות. גרסתו של השר, לעומת זאת, הוצגה בדרך כלל באהדה כאמיתית ומשכנעת.⁴

עיתונים, כתבים ופרשנים טענו כי הפרשה מעידה על כך שהחוק למניעת הטרדה מינית⁵ הרחיק לכת, יצא מכלל שליטה ומשמש את השלטונות לאכיפת פורטיטניות מינית ולפגיעה בזכויות יסוד של אזרחי המדינה. אנשי ציבור מוכרים (כמו אמנון רובינשטיין, שולמית אלוני ועל דיון – שהובילה את חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית) צוטטו שוב ושוב מותחים ביקורת נוקבת זו על החוק ומביעים תמיכה בלתי מסויגת בשר, שהוצג כקרבן המערכת. בצעד יוצא דופן, התגייס העיתון "מעריב" להוביל את המערכה התקשורתית נגד ההליך המשפטי ונגד החוק למניעת הטרדה מינית. עו"ד בן דרור ימיני, עורך המדור הפובליציסטי של העיתון, יצא בחריפות רבה נגד ההליך המשפטי ונגד החוק למניעת הטרדה מינית. הוא שב וטען, בין השאר, כי רק חוקיהן של ערב הסעודית, אירן וישראל מאפשרים העמדה לדין כמו זו של השר רמון.⁶

העיסוק התקשורתי האינטנסיבי עורר תשומת לב ציבורית עמוקה, והניע רבים בציבור לחשוד במערכות אכיפת החוק ולהתנגד להליך המשפטי ולחוק למניעת הטרדה מינית. הפעילות התקשורתית להנעת הציבור הייתה כה קיצונית ויוצאת דופן עד שבית המשפט מצא לנכון להתייחס אליה בחריפות רבה, ולדרוש מן היועץ המשפטי לממשלה שישקול דרכים להגיב ולמנוע הישנות התופעה.⁷

4 במקביל לפרשת רמון הסעירה את הציבור, באותה תקופה ממש, גם פרשת התקיפות המיניות שיוחסו לנשיא המדינה דאז, משה קצב, על ידי מספר גדול של נשים שהיו כפופות לו במסגרת יחסי עבודה במהלך שנים רבות. התרחשותן של שתי הפרשיות במקביל והסיקור התקשורתי הרב ששתיהן זכו לו, יצרו תחושת סנסציה מועצמת, וייתכן שהגבירו את העיסוק הציבורי בכל אחת מן הפרשיות בנפרד. לדין בפרשת קצב ראו אורית קמיר "חשיבה משפט-תרבותית: ניתוח של מקרה לדוגמא – העדר יושר אקדמי ואפשרות הנהגתם של 'מבחני כבוד'" דין ודברים ד 167 (2008).

5 החוק למניעת הטרדה מינית, התשמ"ח-1998, ס"ח 166 (להלן: "החוק למניעת הטרדה מינית"). לדין ערכני בחוק ראו אורית קמיר "החוק למניעת הטרדה מינית במלאת לו עשור" (צפוי להתפרסם במשפט ועסקים 2008).

6 ראו למשל בן דרור ימיני "משפט ראווה" מעריב NRG חדשות 25.11.2006 www.nrg.co.il/online/1/ART1/509/477.html.

7 "לא נוכל לסיים משפט זה בלי התייחסות לתקשורת. לטעמנו, בתיק זה נחצו כל הקווים

ואולם התקשורת לא הגיבה לפסק הדין כפי שבית המשפט דרש, אלא בביקורת קשה ביותר. הרשעתו של רמון, כמו עצם העמדתו לדין, הוצגה כתקדים מסוכן ודרקוני הפוגע בחירות אזרחית בסיסית ושורשיו נעוצים בשיקולים זרים ואישיים. כך למשל בצעד חריג נטל על עצמו מדור "ספרים" של עיתון "הארץ" – המוקדש לביקורת ספרים – לשמש במה ל"מסה" אדירת ממדים של מנחם פרי שערערה על הלגיטימיות של פסק הדין ועל כישוריהן של השופטות שישבו בדין.⁸ ראש הממשלה הביע צער על הרשעתו של השר, ומינה תחתיו לשר משפטים את פרופסור דניאל פרידמן, משפטן שתקף את פסק הדין בחריפות רבה מעל דפי העיתון "ידיעות אחרונות"⁹, וחרת על דגלו את צמצום סמכויותיה של מערכת המשפט והרשות השופטת בכלל ושל נשיאת בית המשפט העליון בפרט.

2. מבחינה משפטית ההליך בפרשת רמון היה פשוט. יתרה מזאת, כמעט שאין קשר בין ההליך המשפטי, על היבטיו השונים, לבין השיח התקשורתי והציבורי הער שהתנחשל סביבו. השר הואשם והורשע על פי סעיף 348(ג) לחוק העונשין¹⁰ בביצוע "מעשה מגונה", כלומר ביצוע בזולת "מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" ללא הסכמתו של זה. בית המשפט קבע כי מעשהו של השר בקצינה היה לשם סיפוק מיני ונעשה ללא הסכמתה¹¹; לכן הוא נלכד על ידי האיסור הפלילי של "מעשה מגונה".

האיסור הפלילי של "מעשה מגונה" קבוע בחוק הישראלי מאז שנת 1936.¹² איסור דומה קיים במשפט המקובל האנגלי מאז ומעולם, והוא חל תמיד על נשיקה מינית לא רצויה. בחלק מארצות המשפט המקובל, לרבות אנגליה עצמה, האיסור הפלילי המקביל חמור הרבה יותר מאשר בישראל (דינו עשר שנות מאסר, ואילו

האדומים, המושג סוביידיצה דורדר להתהוותם שלא הכרנו. תוכן עדויות פורסם באמצעי התקשורת, טרם עדים השמיעו את עדותם וכך התוודענו, במספר מקרים, ל'זיהום' עדויות. האיסור שלא לפרסם את עדות המתלוננת הופר ברגל גסה ע"י פרסום מילולי של העימות, שהיווה חלק אינטגרלי של העדות. ראיות מתיק המרצגים, לרבות צילומים, פורסמו ברכים, טרם ביהמ"ש אמר את דברו. אמצעי התקשורת עשו שימוש נלוו בבידוק פוליגרף לשלוש עדות ההגנה האחרונות, בנסיין ליצור בציבור את התחושה שהמשפט מתנהל בתקשורת ולא בבית משפט. תחושתנו היתה שנעשים ניסיונות, לעתים ע"י מסרים מוסווים, לעיתים בבוטות, להטות משפט. ליבנו היה גס בנאמר. לנו השופטים אין אלא את צו מצפוננו והוא הוא בלבד שמנחה אותנו. התופעות החמורות שנתגלו במהלך ניהול משפט זה אינן יכולות להישאר ללא מענה. ראוי שהאחראים על מערכת אכיפת החוק יתנו דעתם לאותן תופעות פסולות וינקטו בצעדים הנדרשים". עניין רמון, לעיל ה"ש 2, פס' 96–97.

8 ראו מאמרו של מנחם פרי "הנשיקה: סיפור בשלוש וריאציות" הארץ Online ספרים 7.3.2007 www.haaretz.co.il/hasite/spages/833833.html. לתגובתי למאמר זה ראו במדור ספרים של הארץ מיום 14 במרץ, אורית קמיר "יש גם פרשנות אחרת. הרבה יותר פשוטה" הארץ Online ספרים 14.3.2007 www.haaretz.co.il/hasite/spages/837009.html.

9 ראו מאמרו של דניאל פרידמן "משפט רמון" ידיעות אחרונות מוסף שבת 2.2.2007, 10.

10 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: "חוק העונשין").

11 עניין רמון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 48–51.

12 Criminal Code Ordinance, 1936, P.G Supp. I 263.

בישראל דינו שלוש שנים בלבד)¹³. בדומה למערכות משפט אחרות בעולם המשפט המקובל, מערכת המשפט הישראלית הרשיעה במהלך השנים לא מעט אנשים בביצוע "מעשה מגונה" משנקבע שנשקו מינית לאדם שלא הסכים לכך. על רובם נגזרו עונשים חמורים יותר מזה שנגזר על רמון. החוק למניעת הטרדה מינית כלל לא נדון במשפטו של רמון, כיוון שאינו חל על הליכים פליליים בגין "מעשה מגונה". בהקשר של "מעשה מגונה", החוק למניעת הטרדה מינית חל רק על הליכים אזרחיים, כלומר על תביעות לפיצויים עקב מעשים מגונים, ועל הליכים בגין מעשים מגונים הנדונים בבתי הדין לעבודה¹⁴.

אין ספק שהסערה התקשורתית שעוררה פרשת רמון – ובעקבותיה זו הציבורית – לא נבעה ממורכבות, מעניין, מקושי או מחידוש משפטיים. רבות מן ההתייחסויות ה"משפטיות" לפרשה, גם אלה של משפטנים (כמו אמנון רובינשטיין, שולמית אלוני ובוודאי בן דרור ימיני), היו מופרכות לחלוטין מבחינה משפטית ונטולות כל קשר לחוק או לפסיקה הרלוונטיים. הסערה סביב ההליך המשפטי מבטאת ויכוח סביב עמדות חברתיות-תרבותיות שעלו, נדונו והוכרעו בזירה המשפטית. את המפתח להבנת הסערה אפוא יש לבקש בתחום שבו נפגשים המשפט, החברה והתרבות. וביתר דיוק: כיוון שבעין הסערה נערץ מעשה בעל אופי מיני שביצע גבר באישה, הרי שמדובר בפרשה שעניינה מגדר, יחסים בין המינים וחזיונות גברים ונשים, כפי שהם באים לידי ביטוי ביחסים ההדדיים שבין משפט, חברה ותרבות. שיח העוסק בתחום זה הוא הפמיניזם המשפטי. מאמר זה מציע ניתוח פמיניסטי, ענייני ושיטתי של פרשת רמון על היבטיה המשפטיים, החברתיים, התרבותיים והמגדריים.

3. במקומות אחרים הצעתי מודל לניתוח שיטתי מקיף של תופעות בעלות היבטים משפטיים ותרבותיים¹⁵, וגרסה שלו ההולמת ביתר פירוט ודיוק ניתוח תופעות משפט-תרבותיות שהן מגדריות באופיין¹⁶. המודל מכיל ארבעה שלבים: (א) שלב "הבנת הנורמה" – המכיל הצגה וניתוח מדויקים של הגדרתה הנוהגת של הנורמה המוחלטת בהקשר הנדון; (ב) שלב "זיהוי המוסכמה" – המכיל הצגת מוסכמה חברתית-תרבותית רווחת שאיננה נתפסת, ככלל, כרלוונטית לנורמה הנדונה (שזוהתה בשלב א'); (ג) שלב "חיבור הנורמה והמוסכמה" – המכיל דיון ביקורתי במפגש בין הנורמה הנדונה לבין המוסכמה החברתית-תרבותית הרלוונטית. דיון

13 ראו דיון במשפט המקובל בסעיף ב' ("חלק ראשון: 'הבנת הנורמה' – האיסור הפלילי של 'מעשה מגונה') של המאמר.

14 להבהרת הקשר בין איסור "מעשה מגונה" ובין החוק למניעת הטרדה מינית ראו שם, בסוף סעיף ב', ("חלק ראשון") של המאמר, בעמ' 315.

15 ראו קמיר, לעיל ה"ש 4.

16 ראו אורית קמיר כבוד אדם וחיה: פמיניזם ישראלי משפטי וחברתי, פרק שלישי, 87 (2007) (להלן: "קמיר כבוד אדם וחיה"); אורית קמיר "מודל של ניתוח פמיניסטי רב ממדי: הצגתו, פיתוחו והחלתו על משפט וקולנוע" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 941 (דפנה ברק-אריז, שלומית יניסקי-ריב, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

זה חושף ומבאר קשיים משפטיים וחברתיים בהקשר הנדון; (ד) שלב "הצעת תחליף" – המכיל את המסקנה שעשויה להתקבל, כי לנוכח שלבים א', ב' ו-ג', יש לזנוח את הגדרתה הנוהגת של הנורמה הנדונה ולהמירה באחרת. ההגדרה החדשה תכיר בקיומה ובמשמעויותיה של המוסכמה החברתית הנדונה, ותאפשר להחיל את הנורמה באופן שיוציל לשינוי המוסכמה הרווחת והשקפת העולם שהיא כרוכה בה. המאמר הנוכחי דן בפרשת רמון באמצעות הפרספקטיבה המרוכעת של ניתוח זה, שאת גרסתו ההולמת סוגיות בעלות צביון מגדרי כיניתי "ניתוח פמיניסטי רב-ממדי".

4. חלקו הראשון של המאמר מציג ומנתח את הגדרתו המדויקת של האיסור הפלילי של "מעשה מגונה". בשל המיעוט הבולט של ספרות משפטית בנושא זה, חלק זה מציג גם את ההיסטוריה של האיסור של "מעשה מגונה", הן במשפט האנגלי והן בזה הישראלי. הדיון ההיסטורי שופך אור ומבאר בפירוט את האיסור, כפי שהוא קבוע כיום בחוק. חלקו השני של המאמר מציג כמה מוסכמות חברתיות-תרבותיות אשר רווחות בחברה הישראלית (בעיקר זו היהודית ה"מיינסטרימית"), ובהן המוסכמה הפטריארכלית בדבר זכאותם של גברים מבוגרים וחזקים לנשים צעירות; המוסכמה הליברלית המחייבת חופש ביטוי מיני בלתי מוגבל; המוסכמה המקשרת את הדרת כבודו של הגבר העברי עם פעילות מינית מוחצנת; המוסכמה בדבר עצמתה ו"גבריותה" של האישה הישראלית; והמוסכמה החדשה בדבר זכות האישה הישראלית לגופה וזכותה להגנת החוק מפני התנהגות מינית שאינה רצויה לה. החלק השלישי מצליב את הנורמה המשפטית הרלוונטית שהוצגה בחלק הראשון עם המוסכמות החברתיות-התרבותיות שהוצגו בחלק השני ומצביע על מקורות של מתח ובעייתיות, שאכן באו לידי ביטוי בפרשת רמון הן בנוגע לחוק למניעת הטרדה מינית והן בנוגע לפסק הדין בעניינו של רמון. החלק הרביעי והאחרון מציג נורמה חלופית אשר מכירה במוסכמות החברתיות-התרבותיות ומתמודדת עמן. כיוון שבסוגיות המוצגות בחלקים השני עד הרביעי דנתי כבר בהרחבה במקומות אחרים, ואילו האיסור הפלילי של "מעשה מגונה" בחוק הישראלי סובל, כאמור, מהתעלמות אקדמית, חלקו הראשון של המאמר הוא המפורט והארוך שבהם.

ב. חלק ראשון: "הבנת הנורמה" – האיסור הפלילי של "מעשה מגונה"

מקור האיסור הפלילי של "מעשה מגונה" במשפט המקובל האנגלי, ולכן כדי להבינו לאשורו יש לדון, ולו בקצרה, בהיסטוריה שלו בשיטת משפט זו.

1. המשפט האנגלי

(1) *Assault* ("תקיפה")

המשפט המקובל המסורתי הכיל שתי "עברות אחיות" שהאחת נקראה *battery*

(הכאה") והשנייה assault ("תקיפה")¹⁷. האיסור של battery ("הכאה") נגע להפעלת כוח כנגד הזולת, אך גם לכל נגיעה בגופו של הזולת שלא בהסכמתו (למעט נגיעות במהלך החיים הרגיל, כמו התחככות כתף בכתף בכלי תחבורה ציבורי)¹⁸. האיסור של assault ("תקיפה") נגע להפגנת כוח באופן מאיים, פיזית או מילולית, שגרמה למאום חרדה או אי-נוחות משמעותית¹⁹. ניתן היה להרשיע אדם בביצוע כל אחת מן העברות הללו אם התכוון להפחיד את זולתו או לפגוע בגופו (ולו בנגיעה), או אם היה אדיש כלפי חרדתו של הזולת או כלפי הפגיעה הגופנית בו²⁰. הסכמת הזולת שללה את פליליות המעשים — אלא אם כן היה הזולת קטין או אדם בעל ליקוי נפשי או שכלי השולל את כושרו המשפטי להסכים²¹ (כל אחת מן העברות הללו דמתה בכל לעוולות הנזיקיות שאף הן נקראו battery ו-assault)²². במהלך ההיסטוריה נס ליחו של המונח battery, ומשפטנים החלו לכנות בשם assault את שני סוגי העברות, אף שהן שונות זו מזו במידה רבה: האחת מתייחסת להתנהגות מאיימת, שנזקה בכך שהיא גורמת לזולת עוגמת נפש, בין שהיא מכילה נגיעה בו ובין שלא; השנייה מתייחסת לכל נגיעה לא מוסכמת בזולת, אף אם הוא כלל אינו מודע לה²³. משפטנים ושופטים אנגלים ציינו בצדק כי חיבורן של שתי העברות מטעה ומבלבל²⁴; עוד ציינו כי השימוש במונח assault אינו הולם אף אחת מן העברות, שכן בשימושו הרגיל מונח זה מציין התנהגות פיזית אקטיבית של הכאה והרמת יד אלימה על הזולת; פעילות כזו אינה נדרשת לשם הרשעה באף אחד מסוגי ה-assault, והדבר יוצר פער בין משמעותו המדויקת של האיסור ובין המובן שהציבור מייחס לו²⁵. עם כל זאת, איסור ה-assault הוסיף להתייחס הן לאיום מפחיד והן לנגיעה אסורה (למשל אם אינה מוסכמת). דוגמה מובהקת ל-assault במובן האחד היא הרמת מכשיר כבד או כלי נשק באופן הגורם לזולת לחשוש לחייו או לשלמותו הגופנית. המשפטן האנגלי גלנוויל ויליאמס (שדורות של משפטנים ישראלים, לרבות שופטים ואנשי אקדמיה, ראו בו אורים ותומים של המשפט הפלילי) קובע כי הדוגמה המובהקת ל-assault במובן האחר (של battery) היא הנשיקה שנשק הנסיך ליפהפיה הנרדמת. זו אמנם לא ידעה כלל כי הנסיך נשק לה, ולכן לא חששה ולא חרדה לחייה או לשלמות גופה; ואולם אין ספק כי לא הסכימה לנגיעת שפתיו של הנסיך בגופה, ולכן

17 GLANVILLE WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 171 (2nd ed., 1983)

18 שם, בעמ' 172 ו-177.

19 שם, בעמ' 172.

20 שם, בעמ' 171.

21 שם.

22 שם.

23 שם, בעמ' 172 ו-177. A. N. Mackesy, *The Criminal Law and The Woman Seducer*, CRIM. L.R. (1956) 441, 449.

24 ראו Mackesy, שם, בעמ' 449.

25 ראו WILLIAMS, לעיל ה"ש 17, בעמ' 172, 229 ו-232, Mackesy, שם, בעמ' 450.

הנשיקה אסורה ומהווה עברה מסוג assault²⁶. תקדים אנגלי משנת 1864 (Dungey) קובע בקיצור ובהחלטיות כי "אם הנאשם הניח את ידיו על האישה ונשק לה בניגוד לרצונה, הוא היה ללא ספק מועמד (liable) להרשעה באשמת assault"²⁷. גישה זו, שעל פיה נשיקה לא רצויה יכולה להילכך ברשת עברת ה-battery/assault ("תקיפה"), נותרה מקובלת במדינות רבות בארצות-הברית (כפי שיוזכר בהמשך). אך באנגליה היא התחלפה בגישה שעל פיה נשיקה לא רצויה שייכת לסוג ייחודי של עברות ה-battery/assault, סוג המכונה indecent assault ("תקיפה/מעשה מגונה") או sexual assault ("תקיפה מינית").

(2) עברת Indecent Assault ("תקיפה/מעשה מגונה")
העברה שכוונתה indecent assault ("תקיפה/מעשה מגונה") היא מקרה פרטי של עברת ה-assault ("תקיפה"). כלומר יש ש-assault היא גם indecent ("מגונה"), ואז היא indecent assault. התקדים המנחה בתחום זה היה עניין *R. v. Baker* משנת 1875, שבו נקבע כי "אם אדם צעיר מנשק אישה צעירה בניגוד לרצונה, ברגשות של תשוקת בשרים ובתקווה לספק את תשוקתו או לעורר את שלה – זהו indecent assault"²⁸. עד שנות החמישים של המאה העשרים לא התעוררה, ככל הנראה, מחלוקת לגבי משמעותו של המונח המשפטי indecent assault. אולם עם השתנות התפיסות הערכיות החלו להסתמן בפסיקה האנגלית – ובכל רחבי עולם המשפט המקובל – גישות פרשניות שונות²⁹. פסק הדין *Beal v. Kelley* משנת

26 WILLIAMS, לעיל ה"ש 17, בעמ' 172. הדוגמה הנוספת שמביא שם וויליאמס היא יריקה על אדם.
27 Regina v. Dungey [1864] 4F & F 99 at 102, 176 ER 485, at 488. בתרגום חופשי מהמקור.
28 פסק הדין מאוחר ב-16 THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW 89 (1952). הוא פורסם ב-, 30th July and 3rd August, 1875.

29 לשלש הגישות העיקריות, כפי שהתפתחו בכל רחבי המשפט המקובל, ראו Mackesy, לעיל ה"ש 23, בעמ' 530.

1. מעשה מסוג assault יכול להיחשב ל-indecent assault רק אם במהותו ובטבעו הוא Indecent, כלומר אם אינו מעשה שאנשים סבירים ומהוגנים נוהגים לעשותו במסגרת אורח חיים רגיל. גישה מצמצמת (ומוסרנית) זו לכדה ברשתה רק מעשים שנתפסו על ידי השופטים כ"מגעילים", כ"דוחים" וכ"פוגעים ברגשות המהוגנים" ו"במוסר הציבורי", כמו גרירתה של אישה לבית בושת (דוגמה זו הוצגה על ידי שופט קנדי בשנת 1914, ונדונה אצל Mackesy, לעיל ה"ש 23, בעמ' 532 וכמו מין אורלי או אנאלי או נגיעה כוולת בהקשר הומוסקסואלי (ראו Mackesy, לעיל ה"ש 23, בעמ' 447, ו-WILLIAM, לעיל ה"ש 17, בעמ' 223).
2. כל מעשה מסוג assault יכול להיחשב ל-indecent assault אם הוא מבוצע ביחד עם מעשים שאפשר להגדירם כ-indecent, כלומר בנסיבות שהן indecent. למשל, נגיעה באדם אחר תוך התערטלות בפניו (זוהי דוגמה שהובאה על ידי השופט Lord Goddard בפסק הדין *Beal v. Kelley*, [1951] 2 All E. R. 763, 764 (K.B.) (Eng.). לפי גישה זו, גם מעשים שאנשים סבירים ונורמטיביים נוהגים לבצע במהלך חייהם הרגיל יכולים להיחשב כ-indecent assault אם בוצעו בהקשר שנתפס כלא מהוגן, כמו למשל אם נעשו באופן בלתי חוקי מאחר שלא נתקבלה הסכמתו של הזולת (על אי-חוקיותו של מעשה הנעשה ללא הסכמת הזולת ראו Mackesy, לעיל ה"ש 23, בעמ' 450. כך, למשל, נשיקה של אדם ללא הסכמתו של אחר יכולה להוות "מעשה מגונה").

1951³⁰ הכריע כי באנגליה, כל מעשה המהווה assault יכול להיחשב כ-indecent assault אם התרחש בנסיבות שניתן להבינן כ-indecent. לא הוכרע אם מחשבה מינית של התוקף/עושה המעשה או מילים בעלות קונוטציה מינית שהשמיע במהלך התקיפה/מעשה יכולות להוות "נסיבות" ההופכות assault ל-indecent assault.³¹

עברת ה-indecent assault (כמו עברת ה-assault) התפתחה בידי שופטי המשפט המקובל (כלומר בהלכה שיפוטית), אך עוגנה בספר החוקים האנגלי כבר בשנת 1861, בסעיפים 52 ו-62 של "חוק העברות נגד הגוף"³². בשנת 1956 נחקק באנגליה "חוק העברות המיניות"³³, אשר עיגן את ההלכות המשפטיות של המשפט המקובל בתחום זה בסעיפים 14 ו-15. החוק קבע איסורים זהים בנוגע ל-indecent assault של גבר ושל אישה³⁴. עם זאת, העונש המרבי שנקבע ל-indecent assault כשהקרבן הוא אישה היה שנתיים מאסר, ואילו העונש המרבי על indecent assault כשהקרבן הוא גבר נקבע לעשר שנות מאסר. זאת משום ההנחה כי מבצעי העברה על גברים יהיו גברים, והעברה תכיל יסוד הומוסקסואלי שנתפס כ-indecent במהותו.³⁵

כשנקפו השנים והתפיסות הרווחות בנוגע להתנהגויות מיניות השתנו, גברה הביקורת (במיוחד זו הפמיניסטית) כלפי רוחו והוראותיו של "חוק העברות המיניות", ובינואר 1999 הזמינה הממשלה האנגלית מחקר משפטי-אקדמי-ביצועי שיבחן את הוראות החוק ויציע חקיקה חדשה וערכנית. במלאכה עשו שתי ועדות: באחת נועדו נציגי משרדי ממשלה וגופים המגישים סיוע לנפגעות ולנפגעי

3. כל מעשה מסוג assault יכול להיחשב ל-indecent assault אם הוא מבוצע בנסיבות שאפשר להגדירן כ-indecent, לרבות אם הוא מבוצע ככוונה/מטרה שהיא indecent מצד הנאשם. לפי גישה זו, כל נגיעה בזולת מתוך כוונה/מטרה מינית יכולה להיות indecent assault ("תקיפה/מעשה מגונה").

30 הלכת Beal, לעיל ה"ש 29.

31 ראו Mackesy, לעיל ה"ש 23, בעמ' 535, וכן The Journal of Criminal Law, לעיל ה"ש 28, בעמ' 91. בחלקים אחרים של עולם המשפט המקובל, כמו בדרום אפריקה, בניו זילנד ובקנדה, הגיעו בתי המשפט להכרעות שונות. ראו Mackesy, שם, בעמ' 531–533. בשונה מעמדת הפסיקה, גלנוויל וויליאמס סבור שהגישה הפרשנית הראשונה היא הנכונה. ראו Williams, לעיל ה"ש 17, בעמ' 230–233. לשיטתו, נשיקה לא רצויה יכולה להיות indecent assault רק אם התלוו לה הצעות מיניות — וגם אז לא בהכרח. לחיזוק גישתו הוא מדיגיש את חילוקי הדעות בין השופטים, אך אינו מבהיר כי חילוקי דעות אלה, שאליהם הוא מפנה, אינם בקרב שופטים אנגלים, כי אם בדרום אפריקה, בניו זילנד ובקנדה.

32 Offences Against the Person Act, 1861, (c. 001) (Eng.).

33 The Sexual Offences Act, 1956, ch. 69 (Eng.).

34 סעיף 14 קבע כי "זו עברה לבצע indecent assault באישה" (בתרגום חופשי מהמקור). עוד קבע הסעיף כי אישה מתחת לגיל 16 ואישה שהיא "Defective" ("פגומה") אינה יכולה לתת הסכמה אשר תכשיר מעשה של indecent assault ותהפוך אותו למוסכם, ולכן מעשה כזה מותר. סעיף 15 קבע אותו איסור לגבי indecent assault המבוצע בגבר.

35 לביקורת על הבחנה חקוקה זו ראו Williams, לעיל ה"ש 17, בעמ' 228.

תקיפה מינית, ובשנייה – ארגונים המקדמים זכויות נשים, ילדים, לסביות והומוסקסואלים, ונשות אקדמיה פמיניסטיות שעוסקות בתחום הפלילי.³⁶ הצעת החוק של הוועדות הוגשה לממשלה האנגלית בשנת 2000, אומצה על ידיה³⁷ והובאה לפרלמנט לחקיקה. במהלך דיוני החקיקה נתקלה ההצעה בהתנגדויות עזות מכיוונים שמרניים, ואלה באו לידי ביטוי בתוצר הסופי.³⁸ עם זאת, "חוק העברות המיניות" החדש של שנת 2003 שונה באופן ברור מקודמו משנת 1956, והוא מבטא תובנות וערכים רבים המאפיינים את ההתייחסות לעברות המיניות בראשית המאה העשרים ואחת. לענייננו, האיסור של indecent assault ("תקיפה/מעשה מגונה") הוחלף באיסור של sexual assault ("תקיפה מינית"), וזה הוגדר כך:

- (1)3 אדם א' מבצע עברה אם –
(א) הוא נוגע במכוון באדם אחר ב',
(ב) הנגיעה היא מינית,
(ג) ב' אינו מסכים לנגיעה,
(ד) א' אינו מאמין באופן סביר ש-ב' מסכים.
(2) השאלה האם אמונה היא סבירה תוכרע תוך התחשבות בכל הנסיבות, לרבות כל הצעדים שנקט א' לוודא האם ב' מסכים.³⁹

KIM STEVENSON, ANNE DAVIES & MICHAEL GUNN, 2003 BLACKSTONE'S GUIDE TO THE SEXUAL 36
OFFENCES ACT 3 (2004).

מסקנת ה"רו"ח אומצו במסמך רשמי של משרד הפנים, 37
HOME OFFICE, SENTENCING AND OFFENCES UNIT, PROTECTING THE PUBLIC: STRENGTHENING PROTECTION AGAINST SEX OFFENDERS AND REFORMING THE LAW ON SEXUAL OFFENCES, 2002, Cm. 5668 available at http://search.homeoffice.gov.uk/search?q=Sentencing+and+Offences+Unit%2C+Protecting+the+Public%3A+Strengthening+Protection+Against+Sex+Offenders+and+Reforming+the+Law+on+Sexual+Offences&entqr=0&ud=1&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&ie=UTF-8&client=default_frontend&proxystylesheet=default_frontend.&site=default_collection

בדברי הפתיחה שלו בנייר זה קובע שר הפנים דאז (David Blunkett) כי "החוק [האנגלי] החל על עבירות מיניות הוא ארכאי, לא קוהרנטי ומפלה. רובו כלול בחוק העבירות המיניות 1956, שמרביתו מכיל עיגון של משפט בן המאה ה-19. חוק זה אינו משקף את השינויים בחברה וביחס החברה שהתרחשו מאז חקיקת החוק, והוא נתפס על ידי רבים כלא הולם ומיושן [...] כיום אנו יודעים הרבה יותר על האופנים הקשים בהם מתרחשת פגיעה מינית והקשבת לקולות הקורבנות ביחס לתוצאות העמוקות והמתמשכות של הפגיעה המינית" (שם, בעמ' 9). בתרגום חופשי מהמקור.

Jennifer Temkin & Andrew Ashworth, *The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual Assault 38*
and the Problems of Consent, CRIM. L. R. 328, 328 (2004).

3. *Sexual Assault*. (1) A person (A) commits an offence if — (a) he intentionally touches 39
another person (B), (b) the touching is sexual, (c) B does not consent to the touching and (d) A does not reasonably believe that B consents. (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents. *Sexual Offences Act, 2003, c. 46 (Eng.)*
מהמקור.

על פי סעיף 78 לחוק החדש, נגיעה היא "מינית" אם צביונה המיני ברור ככזה לאדם הסביר. מקום שבו צביונה של הנגיעה אינו בבירור מיני, "מיניותה" תיקבע על פי נסיבותיה או על פי מטרותיו של הנאשם⁴⁰. הענישה המרבית על sexual assault היא עשר שנות מאסר.

במילים פשוטות: אדם הנוגע מינית במי שלא הסכים לכך דינו (לכל היותר) עשר שנות מאסר; אם טעה וחשב שהאחר הסכים לנגיעה המינית, טעותו תשמש לו כהגנה אם הייתה סבירה בנסיבות המקרה, כלומר אם הוא ניסה לברר את הסכמת הזולת ובכל זאת טעה באופן שאדם סביר יכול היה לטעות.

העברה החדשה משחררת את השיח המשפטי הפלילי באנגליה מן המושג הארכאי indecent ("מגונה") ופוטרת אותו מן הצורך להכריע חדשות לבקרים אם התנהגות היא מגונה ועל פי אילו קריטריונים. כל סוגיית הגנאי, שגררה פרשנויות רבות ועוררה מחלוקות רבות – ירדה מסדר היום. דומה שהוכרעה גם השאלה אם נגיעות בעלות צביון מיני יילכדו באיסור של sexual assault או באיסור של indecent/sexual assault, כשהכרעה היא לטובת האפשרות השנייה. זאת ועוד. העברה החדשה מצומצמת הרבה יותר מקודמתה ומתייחסת רק להתנהגויות מיניות שאינן כוללות חדירה לגוף הזולת. עד שנת 2003 גם התנהגויות הכוללות חדירות לגוף יכלו לכונן indecent assault (למשל החדרת פין לפי הקרבן, או החדרת חפץ לכל נקב מנקביו). הענישה המרבית (עשר שנים כשהקרבן גבר ושנתיים כשהוא אישה) יכלה אז להתפרש כמתייחסת להתנהגויות הכוללות חדירה. בחוק החדש, לעומת זאת, עברת האינוס (שבסעיף 1) כוללת כל החדרה לא מוסכמת של פין לכל נקב של הזולת, והעברה החדשה, assault by penetration ("תקיפה על ידי חדירה", בסעיף 2), כוללת חדירה וגינלית או אנלית לגוף הזולת באמצעות איבר גוף או חפץ. עברת ה-sexual assault, לכן, מתייחסת רק לנגיעות מיניות לא מוסכמות שאינן מגיעות כדי חדירה. למרות זאת, הענישה המרבית על התנהגות זו נקבעה לעשר שנות מאסר (בין שהקרבן הוא גבר ובין שהוא אישה). זוהי החמרה משמעותית בענישה. בנוסף, היסוד הנפשי שגדרש לשם הרשעה בעברה, שעד החקיקה החדשה היה מחשבה פלילית, הופחת לרשלנות בכל הקשור בהסכמת הקרבן להתנהגות המינית. במילים אחרות: עד שנת 2003 ניתן היה להרשיע ב-indecent assault רק מי שידע כי הקרבן לא הסכים להתנהגותו המינית; מאז שנת 2003 ניתן להרשיע ב-sexual assault גם מי שלא ידע בפועל, אך יכול וצריך היה, בנסיבות העניין, לברר ולדעת שהקרבן אינו מסכים להתנהגותו.

ביקורת מושמעת כנגד היבטים שונים של הסעיף החדש⁴¹, ובראש ובראשונה כנגד הסתירה בין כותרתו לתכניו. כאמור לעיל, במשפט האנגלי המילה assault

40 לפירוט ראו Stevenson, לעיל ה"ש 36, בעמ' 46–47, וכן Temkin, לעיל ה"ש 38, בעמ' 331.

41 למשל ההגדרה הלא מספקת של "נגיעה מינית", ניסוחיהם המסורבלים של הסעיפים. Eric Clive, *Drafting the Law on Sexual Offences: A Comparison of the Draft Criminal Code for Scotland and the Sexual Offences Act 2003*, 55 THE JURIDICAL REVIEW (2006)

משמשת לציון שתי משמעויות: battery (נגיעה אסורה בזולת) ו-assault (הפחדה). הבחירה בכותרת sexual assault ולא כ-sexual touching (כפי שהוצע ונדרה) משמעה שהעברה החדשה היא מקרה פרטי של assault, כלומר – היא יכולה להתבצע על ידי נגיעה אסורה או על ידי הפחדה שאינה מכילה נגיעה, ובלבד שה-assault הייתה מינית. ההתייחסות המפורשת של לשון הסעיף החדש לנגיעה מינית בלבד יכולה להתפרש כמצמצמת את העברה ל-battery בלבד, בניגוד להכרות הכותרת⁴². ביקורת זו מצטרפת לביקורת הקודמת כלפי השימוש המשפטי המבלבל במושג assault, תקיפה, שהוא אכן בעייתי⁴³. ואולם, עם כל זאת, אין ספק כי הסעיף החדש הולם את המאה העשרים ואחת וזוכה בתמיכה ציבורית, משפטית ואקדמית לאין שיעור יותר מאשר קודמו.

2. המשפט הקנדי, האמריקני והסקוטי

ההסדר במשפט הקנדי דומה לזה שבמשפט האנגלי, וכיוון שקדם לחקיקה האנגלית של שנת 2003 אף שימש לה מקור השראה. סעיף 265 לחוק העונשין הקנדי⁴⁴ קובע כי עברת ה-assault ("תקיפה") כוללת גם assault (במובן המקורי של הפחדה) וגם battery (נגיעה) לא מוסכמים. הסעיף קובע שאי-אפשר לפסוק כי הייתה הסכמה של הקרבן כאשר הקרבן נכנע/ה או לא התנגד/ה עקב שימוש בכוח או באיומים, עקב פחד, תרמית או ניצול סמכות. הסעיף קובע כי בכל מקרה שבו נבחנת מהימנותה של טענת הגנה כי הנאשם טעה לחשוב שהקרבן הסכים/ה, יש לבחון אם היה בסיס סביר לטעות כזו ולשפוט את טענת ההגנה לאור שאלה זו. עוד קובע הסעיף מפורשות כי העברה הספציפית של sexual assault היא מקרה פרטי של assault (כלומר, היא יכולה להתקיים גם על ידי הפחדה ללא מגע). סעיף 271 קובע כי הענישה המרבית על sexual assault היא עשר שנות מאסר. סעיף 272 קובע כי הענישה המרבית על sexual assault בנסיבות מחמירות (תוך נשיאת נשק או שימוש בו, ביצוע בחבורה או איום על אדם שלישי או גרימת נזק גופני) היא 14 שנות מאסר. כאשר נעשה שימוש בנשק נקבע עונש מינימום של ארבע שנות מאסר.

לכל אחת מחמישים המדינות האמריקניות קוד פלילי משלה, ולכן לא ניתן לסקור כאן את ההתייחסות הפלילית לסוגיה זו בארצות-הברית. עם זאת, אפשר לציין בהכללה כי במסגרת המשפט המקובל האמריקני המסורתי, כל נגיעה לא מוסכמת בזולת, לרבות נגיעה בעלת אופי מיני (כמו נגיעה באחוריה או בחזה של אישה או נשיקה לא רצויה), נתפסו בגדר עברת ה-battery. חלק מן המדינות האמריקניות ממשיכות לנהוג על פי תפיסה זו גם כיום⁴⁵. ה-Model Penal Code,

42 לפירוש על ביקורת מוצדקת זו ראו Stevenson, לעיל ה"ש 36, בעמ' 42 ו-45.

43 ראו לעיל ה"ש 24 ו-25 והטקסט הסמוך להן.

44 Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46. s. 265

45 Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law 553 (2nd ed., 2003)

שהוא דגם של חקיקה פלילית שנוסח בשנות השישים של המאה העשרים בגישה ליברלית קיצונית ומצמצמת, הציע לתחום את עברת ה-battery, כמו גם עברות אחרות, ולהפוך אותה לעברת תוצאה. מדינות אשר אימצו גישה זו, החלו לדרוש לשם הרשעה ב-battery תוצאה של "נזק פיסי", "נזק גופני" וכיו"ב⁴⁶. מדינות אחרות הסתפקו בהוספת הדרישה כי הנגיעה (battery) תהיה "פוגענית", "מעליבה", "מקנטרת", "גסה" או "כעושה"⁴⁷. במדינות שבהן נגיעה לא מוסכמת שאינה גורמת לנזק גופני שוכ אינה מהווה battery – יש שהתנהגות זו נלכדת במסגרת חוקים אחרים. בנוסף, חיפוש בקודים הפליליים של מדינות ארצות-הברית מעלה עברות מגוונות הנושאות כותרות כמו indecent assault ו-sexual battery. במישור האזרחי מפותחת ומוכרת מאוד העילה של הטרדה מינית, במיוחד כאשר ההתנהגות האסורה מתרחשת בהקשר של עבודה (אך גם בהקשרים נוספים כמו חינוך ודירור).

בשעת כתיבתו של מאמר זה מתקיים בסקוטלנד דיון משפטי, אקדמי וציבורי סביב טיוטה של הצעת חוק חדשה לעברות המיניות, שנוסחה בהשראת הרפורמה האנגלית משנת 2003. הפרק השמיני של ההצעה נקרא "Offensive Conduct" ("התנהגות פוגעת"), והוא מכיל, בין השאר, את סעיף 107 המוצע, האוסר indecent conduct ("התנהגות מגונה"). כותרת הפרק וכותרת הסעיף מלמדים כי הסעיף אינו נתפס כמגדיר עברת מין, והוא אכן עוסק במגוון גדול של התנהגויות כמו קיום מגעים מיניים בפרהסיה, חשיפת אברי מין או האחוריים וגם עשיית צרכים ברשות הרבים⁴⁸. התכנים שנוצקו לסעיף מוצע זה מעידים עד כמה הביטוי "מעשה מגונה" הוא נזיל, לא מדויק ולא נתפס בהכרח כנוגע לעברת מין. בהקשר הפלילי, נזילות וחוסר דיוק הם חסרונות חמורים.

3. שיטות משפט אחרות: צרפת וגרמניה

החוק הפלילי הישראלי שייך למשפחת המשפט המקובל: מושגיו, רוחו והגיגיו נשאבו מעולם זה. משום כך יש לנסות להבין את עברת המעשה המגונה בהקשר עולמו של המשפט המקובל. עם זאת, מעניין לציין כי גם המשפט הפלילי הצרפתי אוסר תקיפה מינית: סעיף 222-6 קובע חמש שנות מאסר ל-sexual assault שאינו אונס⁴⁹. לעומת זאת, דומה שספר החוקים הגרמני מכיל איסור של מעשה מיני לא רצוי רק אם נעשה תוך שימוש בכוח (סעיף 177)⁵⁰.

46 שם.

47 שם, בעמ' 553–554.

48 להצגה ודיון ביקורתי ראו: Jennifer Temkin, *A New Law on Sexual Offences for Scotland: A Comment on the Draft Criminal Code*, 29 THE JURIDICAL REVIEW 49 (2006).

49 The French Penal Code of 1994 (as amended as of January 1st 1999), 1999, Translated by Edward A. Tomlison, Fred B. Rothman Co., Littleton, Colorado, p. 110.

50 The German Penal Code (as Amended as of December 19th, 2001), 2002, Translated by Stephen Thaman, William S. Hein & Co., Buffalo, N.Y., p. 112.

4. ישראל

בשנת 1936 קבעו רשויות המנדט הבריטי בפלשתינה-א"י את פקודת החוק הפלילי⁵¹. בפרק 17, שכותרתו "עבירות נגד המוסר", בסעיף 157 נקבע איסור Indecent Act With Force, "מעשה מגונה תוך שימוש בכוח", ובסעיף 158 איסור Indecent Act Without Force: "מעשה מגונה ללא שימוש בכוח", שהוא נושא דיונו של מאמר זה⁵². חלקו של הסעיף שהוא רלוונטי לענייננו קובע כי מי שמבצע או מנסה לבצע "מעשה מגונה" בגופו של אחר בלא הסכמתו אך בלא שימוש בכוח או באיומים — דינו שנתיים מאסר או קנס בשווי של מאה לירות אנגליות⁵³. נוסח זה נמנע מן השימוש במושגים המבלבלים assault ו-battery, ובמקומם הוא משתמש בביטוי הפשוט "מעשה"; עם זאת, הניסוח "מבצע או מנסה לבצע על גופו של אחר בלי הסכמתו" מתייחס בבירור ל-assault כמובן הכפול של assault וגם של battery. הניסוח המנדטורי אינו חוסך מנתיניו את המילה הבעייתית indecent, מגונה, הגוררת עמה את הפרשנויות והמחלוקות שהתגלעו במשפט המקובל, החלו להתבטא בפסיקה האנגלית משנות החמישים, והביאו, בסופו של דבר, להחלפת הביטוי הבעייתי בחקיקה משנת 2003. עם זאת, מעניין כי הפקודה המנדטורית, שלא כמו החוק האנגלי משנת 1956, אינה מפלה בין מי שמבצע "מעשה מגונה הטרוסקסואלי" למי שמבצע "מעשה מגונה הומוסקסואלי", ומחילה על כולם עונש מרבי נמוך מאוד יחסית (שנתיים מאסר, לעומת עשר שנים למבצע "מעשה מגונה הומוסקסואלי" בחוק האנגלי משנת 1956).

בסוף שנות החמישים פסק בית המשפט העליון הישראלי בשלושה תיקים תקדימיים וקבע את הפרשנות המחייבת לעברת המעשה המגונה. בע"פ 190/58 סאלם נ' היועץ המשפטי לממשלה⁵⁴ נדון ערעורו של מי שהורשע בביצוע שלושה מעשים מגונים: מעשה ראשון: המערער "חייבך בחורה, נשק לה בפניה ונשך אותה בלחייה הימנית, נגד רצונה ותוך שימוש בכוח. מעשה שני: באותו חודש נשק המערער בחורה אחרת נגד רצונה ותוך שימוש בכוח. מעשה שלישי: בחודש

51 Criminal Code Ordinance, 1936, P.G Supp I 263.

52 נוסחו המלא של הסעיף קובע כך: "Any person who commits or attempts to commit an indecent act upon the person of another without his consent, but without force or threats, or where consent is obtained by deception as to the nature of the act or as to the person by whom it is committed, or induces or attempts to induce any person whom he knows to be insane or imbecile to commit or to submit to any indecent act, is guilty of misdemeanor and is liable to imprisonment for two years or to a fine of one hundred pounds".

53 "כל העושה או מנסה לעשות מעשה מגונה בגופו של אדם אחר מבלי הסכמתו, אך מבלי כוח או איומים, או כשנתקבלה הסכמתו ע"י מעשה תרמית בנוגע למהותו של המעשה או בנוגע לאדם העושה את המעשה, או המפתה, או מנסה לפתות כל אדם שהוא יודעו כשוטה או כחולה רוח לעשות כל מעשה מגונה או שיעשו בו כל מעשה מגונה, יאשם בעוון ויהיה צפוי למאסר שנתיים ימים או לקנס של מאה לירות", פקודת החוק הפלילי מס' 74 לשנת 1936.

54 פ"ד יב 1847 (1958).

פברואר 1958 ניסה לנשק בחורה אחרת, הפילה ארצה בניגוד לרצונה תוך שימוש בכוח⁵⁵. הוא הורשע בביצוע "מעשה מגונה" ודינו נגזר לשנת מאסר. בא כוחו של המערער טען כי זה אמנם אשם בביצוע עברה של תקיפה (assault), על פי סעיף 248 לפקודת החוק הפלילי, אך מעשיו אינם מהווים "מעשה מגונה". הוא הסתמך על פסק דין מנדטורי של בית המשפט המחוזי בחיפה משנת 1943, שבו נקבע כי נשיקה אינה יכולה להיות "מעשה מגונה" אם היא מוטבעת במקום שבו נהוג לנשק, כמו פנים או יד. פסיקה מנדטורית זו מבטאת את דעת המיעוט שלא התקבלה במשפט האנגלי, שעל פיה מעשה שאנשים סבירים ומהוגנים נוהגים לעשותו אינו יכול להיחשב כ"מגונה". "מעשה מגונה", לפי גישה מוסרנית ומצמצמת זו, הוא רק מעשה "דוחה" ו"מגעיל" שלא יעלה על דעתם של אנשים סבירים ומהוגנים לעשותו. בפסק דין של פחות מעמוד אחד דחו שופטי בית המשפט העליון — גויטיין, זוסמן וברנזון — גישה זו וקבעו: "נדמה לנו כי הנשיקה יכולה להיות מעשה מגונה אם הכוונה לא היתה לתת נשיקה אלא לספק את חשקו של המנשק. במקרה שלפנינו אין ספק שהמערער עשה מה שעשה לסיפוק חשקו המיני"⁵⁶. כך אימצה הפסיקה הישראלית את הלכת *Beal* האנגלית משנת 1951, שלפיה כל מעשה יכול להיחשב ל"מגונה" אם התרחש בנסיבות שאפשר להבין כמגונות, למשל בניגוד להסכמת הקרבן.

גם בע"פ 315/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' ג'בארה⁵⁷ התעוררה השאלה אם "תפיסת בחורה בכתפיה, משיכתה, קריעת השמלה תוך כדי האבקות נסיון לנשק אותה"⁵⁸ מהווים תקיפה או "מעשה מגונה". בית המשפט המחוזי בתל-אביב הרשיע את הנאשם בתקיפה ולא במעשה מגונה, והטיל עליו חודשיים מאסר בפועל ושישה חודשי מאסר על תנאי לשלוש שנים. בערעור, בית המשפט העליון מפי נשיאו, אולשן, קיבל את טענת המדינה והמיר את ההרשעה במעשה מגונה (בכוח). השופט זילברג הסביר: "המונח 'מעשה מגונה' אינו נתון להגדרה ממצה ומדויקת. דבר זה אין לך בו אלא מקומו ושעתו, והשקפות החברה בה מבוצע המעשה. ברוב המכריע של המקרים — אך לא תמיד ממש — מצוי במעשה זה יסוד של יצרי מין, ועובדה זו ייתכן שתהא מוסקת מעצם השימוש בכוח על-ידי הנאשם"⁵⁹.

נקודה זו נדונה שוב וביתר פירוט בעניין ע"פ 63/58 עג'מי נ' היועץ המשפטי לממשלה⁶⁰. באותו עניין נגעו המערערים בגופה של המתלוננת (לרבות חזה וצווארה) לאחר שמשכו אותה עירומה לחדר המדרגות של ביתה. מעשיהם לא נעשו בהקשר מיני, אלא בכוונה למנוע מקרבנם לפעול באופן שהיה פוגע באינטרס

55 שם, בעמ' 1847.

56 שם, בעמ' 1848.

57 פ"ד יג 565 (1959).

58 שם, בעמ' 565.

59 שם, בעמ' 566.

60 פ"ד יג 421 (1959).

של בן זוגה בהליך משפטי שהתנהל ביניהם. הם הורשעו וטענו בערעור כי כיוון שהתנהגותם נעדרה צביון מיני אי-אפשר להרשיעם בביצוע "מעשה מגונה". שופט בית המשפט העליון אגרנט שב וקבע כי איסור "מעשה מגונה" אינו מחייב שההתנהגות הנלכדת ברשתו תהיה בעלת צביון מיני. הוא הבחין בין שלושה סוגי התנהגות: (1) התנהגות הנתפסת על ידי "האדם הממוצע" כמגונה כיוון שנעשתה לשם סיפוק תאוותו המינית של הנאשם, כמו ההתנהגות המתוארת בעניין סאלם; (2) התנהגות שהכול היו רואים בה "מעשה מגונה" אלמלא נועדה למטרה טובה, כמו הצלת חיים, ולכן אינה מגונה (למשל תפיסת גופה של אישה עירומה המאיימת לקפוץ מן הגג); (3) "הסוג השלישי כולל את המקרים שבהם בוצע מעשה התקיפה כלפי גופו של המתלונן בנסיבות הנושאות, בצורה בולטת, אופי 'מגונה' והמקנות אפוא לאותו מעשה אופי כזה".⁶¹

השופט אגרנט הסתמך על הלכת *Beal*⁶² ועל ספרות משפטית אנגלית בת התקופה, והכריע כי סוג ההתנהגות השלישי, בדומה לראשון, נלכד אף הוא ברשת איסור "מעשה מגונה", אף אם אינו בעל צביון מיני. כלומר איסור "מעשה מגונה" חל לא רק על נגיעות בזולת שהן מגונות משום מטרות המינית של הנאשם, אלא גם על כאלה שנסיבותיהן מגונות במובן זה שהן נעשות ללא הסכמת הקרבן. היעדר הסכמת הקרבן יכול להפוך התנהגות למגונה על פי חוק גם אם אינה בעלת מטרה מינית.

פרשנות זו אומצה ואושררה שוב כעבור 26 שנים בשנת 1985 בע"פ 616/83 פליישמן נ' מדינת ישראל⁶³, שם הורשע המערער בביצוע מעשים מגונים בנשים שהוטעו להאמין כי נגע בגופן – ואף באיברים פנימיים – כרופא גניקולוג. למעשה, כוונתו אמנם הייתה רפואית, אך הוא לא היה בעל רישיון רפואי תקף. בית המשפט העליון מפי השופט גולדברג, ובהסכמת השופט כח, הסתמך על הפסיקה הישראלית משנות החמישים וכן על פסיקה וספרות אקדמית אנגלית, וקיבל את עמדת בית המשפט המחוזי, שעל פיה "אין החוק דורש שהתביעה תוכיח כי המבצע 'מעשה מגונה' שלא בכפייה יהא שטוף זימה ותאוה מינית. זה אולי מתקבל בדרך כלל על הדעת, אך לא מחייב להיות יסוד מיסודות האישום".⁶⁴ בית המשפט אישר כי "מעשה מגונה" יכול להיקבע ככזה על סמך מטרות המינית של הנאשם או, בהיעדר כוונה כזו, על סמך נסיבותיו המגונות של המעשה, כמו השגת הסכמתן של נשים לגעת בגופן בתרמית. עם זאת, פסק הדין מכיל דעת מיעוט מפורטת של השופט דב לרין אשר בהסתמך, בין השאר, על עמדתו של Williams⁶⁵, אימץ את הפרשנות המוסרנית המצמצמת למושג "מגונה":

61 שם, בעמ' 433.

62 הלכת *Beal*, לעיל ה"ש 29.

63 פ"ד לט(1) 449 (1985).

64 שם, בעמ' 453.

65 WILLIAMS, לעיל ה"ש 17, בעמ' 231.

"ניתן לקבוע אם כן, לאור מטרת החוק ובהתאם לפסיקה, כי 'מעשה מגונה' הינו מעשה, אשר יש בו על פניו אלמנט של מיניות גלויה, ואשר לפי אמות מידה אובייקטיביות של מתבונן מן הצד, של האדם הממוצע, ייחשב לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע"⁶⁶.

השופט אף הלך צעד נוסף לצמצום תחולת האיסור וקבע כי "היסוד של כוונה מינית הנו יסוד מיסודות העברה, ובהיעדרו, אפילו משקיים ספק בדבר קיומו, אין מקום להרשיע במעשה מגונה"⁶⁷. לשיטתו אפוא מעשה ייחשב למגונה רק אם ההתנהגות העובדתית עצמה היא מכוערת, ואם הוכח שהנאשם ביצע מתוך "כוונה מגונה", כלומר בהתקיים יסוד נפשי מיוחד של כוונה מינית פסולה. לצד גישה מצמצמת זו (שנותרה, כאמור, בדעת מיעוט, ולכן אינה מהווה תקדים) אמר השופט לוין גם את הדברים המעניינים הבאים:

"חלק ניכר מן העבירות, המצויות בפרק זה, הינן עבירות, המקיימות גם את יסודות עבירת התקיפה, אולם המחוקק ראה בנסיבות המיוחדות המאפיינות עבירות אלה פגיעה בערך מוגן נוסף על הערך של שלמות הגוף, הוא הערך אותו כינה שמירה על המוסר. עבירות אלה מאופיינות בכך, שבנוסף על כך שהן מהוות פגיעה פיסית בקורבן, הן פוגעות בצניעותו, באיבריו האינטימיים, משפילות אותו ופוגעות בכבודו. גורמים אלה מוסיפים רובד נוסף לעבירה והופכים אותה לחמורה יותר בעיני המחוקק. מטרת הסימן הינה להגן על החברה ועל הפרטים המרכיבים אותה מפני התנהגות המכונה בלתי מוסרית, למנוע הפיכתם לאובייקטים מיניים ללא הסכמתם ולמנוע את ניצולם למטרות מיניות"⁶⁸.

בשונה מן ההיסטוריה הפסוקה של העברה, המציגה קו חשיבה קוהרנטי, יציב ומתפתח, ההיסטוריה החקוקה שלה בשנים 1988–1990 תמוהה, פתלתלה ומבולבלת. בשנת 1977 חוקקה הכנסת את חוק העונשין אשר החליף את הפקודה המנדטורית משנת 1936. מרבית העבירות המנדטוריות הועתקו אל החוק החדש בשינויי נוסח קלים, וכך היה גם לגבי איסור "מעשה מגונה ללא שימוש בכוח", שנקבע בסעיף 355 לחוק החדש⁶⁹.

66 עניין פליישמן, לעיל ה"ש 63, בעמ' 458.

67 שם, בעמ' 459.

68 שם, בעמ' 457.

69 "העושה, או המנסה לעשות, מעשה מגונה בגופו של אדם בלא הסכמתו אך בלא שימוש בכוח או באיומים, או שהשיג הסכמתו בדרכי מרמה לגבי מהות המעשה או מיהות העושה, או מפתה או מנסה לפתות אדם, ביודעין שהוא לקוי בנפשו או בשכלו, לעשות או להניח שיעשה בו מעשה מגונה, דינו — מאסר שנתיים". למעט שינויי הנוסח הקלים, ההבדל הממשי היחיד הוא שבנוסח המנדטורי אפשר היה להשית קנס במקום מאסר, חלופה שאינה מופיעה בנוסח משנת 1977.

הצעת חוק ממשלתית לתיקון מספר 14 לחוק העונשין משנת 1980, הציעה לכנות "מעשה מגונה תוך שימוש בכוח" "תקיפה מינית" (כשהמילה "תקיפה" מוגדרת כצירוף של assault, כלומר איומים בשימוש בכוח, ו-battery במובן הצר של שימוש בכוח ולא סתם נגיעה). במקביל, הוצע לכנות "מעשה מגונה ללא שימוש בכוח" "מעשה מיני אסור" (הסעיפים נועדו להיות 348 ו-349 בהתאמה). הוצע שיסודות העברה של מעשה מיני אסור יהיו ביצוע מעשה מיני שנעשה ללא שימוש בכוח ובלא שניתנה לו הסכמה תקפה, אך רק כשהקרבן הוא צעיר מגיל שש-עשרה, או צאצא של הנאשם, או שהסכמתו הושגה תוך ניצול היותו חולה נפש או לקוי בשכלו, או בתחבולה או בניצול טעות, או שהמעשה שנעשה בו נעשה תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה⁷⁰. גם המושג "מעשה מיני" הוגדר (בסעיף 345 המוצע) באופן מצמצם ביותר, כמתייחס רק ל"איברים מוצנעים": "מעשה מיני" – נגיעה מכוונת של איבר מוצנע של אדם בגופו של זולתו או נגיעה מכוונת כלשהי של אדם, אף על ידי חפץ, באיבר מוצנע של זולתו, והכל לשם גירוי מיני או לשם ביוזי, ואחת היא אם האיבר המוצנע היה חשוף או לבוש". דברי ההסבר הבהירו כי במסגרת גישה מצמצמת זו נשיקה אינה באה בגדר "מעשה מיני" על פי הגדרה זו: "יצאו מכלל ההגדרה מעשי תקיפה כגון נשיקות, שאולי יש בהם גוון מיני אך יש ספק אם ראוי להעלותם למדרגת עבירות מין. תחום זה של מעשים הוא על הגבול שבין תקיפה לעבירת מין ומוצע להשאירו בתחום התקיפות הרגילות"⁷¹.

הצעת חוק זו ביקשה אפוא להגביל באופן משמעותי את האיסור של מעשים מיניים שנעשו ללא שימוש בכוח וללא קבלת הסכמה תקפה, ולהחילו רק על מעשים הכוללים נגיעה אלימה (או איומים בנגיעה כזו) באיברים מוצנעים של הקרבן או על ידי איברים מוצנעים של הנאשם, שנעשו בקטגוריות מוגדרות של אנשים (צעירים, צאצאים, מי שהסכמתם הושגה תוך ניצול חולשה שלהם, ומי שהמעשה נעשה בהם תוך ניצול מרות). זהו ניסיון לצמצום משמעותי ביותר בכל מובן לעומת המצב המשפטי שביקשה ההצעה לשנות, ומשמעותו הייתה הפיכת ההלכות שנקבעו בבית המשפט העליון בשנות החמישים של המאה העשרים בעניין סאלם⁷² ובעניין ג'בארה⁷³. כזכור, הלכות אלה קובעות, בין השאר, שנשיקות לא מוסכמות יכולות להיות מעשים מגונים (ולא תקיפה רגילה). הגישה המצמצמת של הצעת החוק צרה עוד הרבה יותר מן הגישה הצרה לעברת המעשה המגונה במשפט האנגלי, שנתמכה על ידי המשפטן גלנוויל וויליאמס⁷⁴ אך נותרה תמיד

70 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 14), התש"ס-1980, ה"ח 388. העונש המרבי שהוצע בגין ביצוע מעשה מיני אסור היה מאסר שלוש שנים, ובהתקיים תנאים מחמירים, כפל העונש האמור.

71 שם, בעמ' 391.

72 לעיל ה"ש 54.

73 לעיל ה"ש 57.

74 לעיל ה"ש 17.

בדעת מיעוט. כזכור, הרוב בעולם המשפט האנגלי שב וקבע כי נשיקה לא מוסכמת היא לא רק תקיפה אלא גם "תקיפה/מעשה מגונה". כך גם קובע החוק האנגלי החדש משנת 2003. בסופו של דבר, הצעת החוק הנדונה לתיקון מספר 14 לחוק העונשין מעולם לא הגיעה לכלל חקיקה. משמעות הדבר היא שגישתה המצמצמת לא נתקבלה על ידי המחוקק.

שש שנים לאחר מכן שב משרד המשפטים וניסח הצעת חוק חדשה לתיקון חוק העונשין⁷⁵, שאימצה הרבה מן האמור בהצעת תיקון מספר 14 משנת 1980⁷⁶. אך התיקון לחוק (תיקון 22)⁷⁷ שהתקבל לבסוף בכנסת בשנת 1988 היה שונה באופן מהותי מהצעת החוק שקדמה לו. התיקון איחד את הוראות האיסורים של "מעשה מגונה תוך שימוש בכוח" ושל "מעשה מגונה ללא שימוש בכוח", והגדיר את שני סוגי ההתנהגות הללו (בסעיף 348) כ"תקיפה מינית". סעיף 348(א) החדש, "תקיפה מינית", קבע מצתה כי "התוקף אדם או העושה תנועות מגונות המכוונות אליו, לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, דינו — מאסר שלוש שנים"⁷⁸. סעיף זה הבהיר אפוא כי האיסור הפלילי חל לא רק על נגיעות מיניות, אלא גם על "עשיית תנועות מגונות המכוונות" כלפי אדם. דברי ההסבר שנלוו להצעת התיקון שהולידה תיקון זה⁷⁹ שבו והציעו כי נשיקות לא ייחשבו "מעשה מגונה" אלא תקיפה רגילה, ואולם הדבר לא התקבל בהליך החקיקה, ולכן החוק הותיר על כנה את פסיקת בית המשפט העליון כי נשיקה לא מוסכמת היא עברה מינית. על פי נוסחו החדש של האיסור הפלילי, נשיקה לא מוסכמת הייתה עתה "תקיפה מינית".

לצד סעיף 348 החדש, תיקון מספר 22 ניסח מחדש גם את סעיף 349. סעיף זה, במתכונתו החדשה, נקרא "מעשה מגונה", וזו הייתה לשונו: "העושה מעשה מגונה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, בפומבי או בכל מקום אחר בפני אדם שטרם מלאו לו שש עשרה שנים, והמעשה אינו עברה מן המנויות בסעיפים 345 עד 348, דינו — מאסר שלוש שנים". איסור זה של מעשים מיניים בקטינים חל בין שהם "הסכימו" ובין שלא "הסכימו", ואולם רמת הענישה שהוא קבע — נמוכה יחסית⁸⁰.

75 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו-1986, ה"ח 303.

76 לעיל ה"ש 70.

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

78 סעיף 348 (ב) קבע נסיבה מחמירה: העושה מעשה של תקיפה מינית באדם שגילו פחות משש עשרה, דינו חמש שנות מאסר. סעיף 348(ג) קבע כי החרדה של חפץ לאיבר המין הנשי או לפי הטבעת של כל אדם מוגדת כתקיפה מינית, אך דינה כאינוס.

79 היא הצעת תיקון 26, לעיל ה"ש 75.

80 ניסוחו של סעיף זה אינו ברור, כך שאי-אפשר להבין אם הוא חל רק על פגיעה מינית בקטינים, הן בפומבי והן בצנעת הפרט, או שמא על מעשים מגונים בפומבי ככלל, ובקטינים בכל מקום אחר. השוואה לס' 11 להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26) (לעיל ה"ש 75), מחזקת את הקריאה שלפיה הכוונה למעשים מגונים בפני כל אדם בפומבי וגם למעשים מגונים בפני קטינים בכל מקום (סעיף 11 להצעת החוק הציע כי סעיף 357 יקבע ש"העושה מעשה מגונה בפומבי או בפני קטין שלא מלאו לו ארבע עשרה שנים, דינו — מאסר

מטרתו המוצהרת של תיקון 22 לחוק העונשין הייתה לעדכן את העברות המיניות, להתאימן לרוח הזמן ולהחמיר את עונשיהן. בפועל, קשה לזהות בבירור מגמות אלה בתוצר המוגמר. במתכונת החדשה, מעשים מיניים לא רצויים שנעשו תוך שימוש בכוח לא הוגדרו כחמורים יותר מאלה שנעשו ללא שימוש בכוח, ועונשם לא היה גבוה יותר. גם מעשים מיניים בילדים לא זכו למידת החומרה שאפשר היה לצפות. בית המשפט העליון עמד על כך, גינה תוצאה זו, וקרא למשרד המשפטים לעשות לתיקון מירי של התקלה:

"מקרה של מעשה מגונה בכפייה, שמצד אחד אין חומרתו מגיעה לכדי מעשה אינוס או מעשה סדום לפי התיקון החדש, ושלפני תיקון החוק עונשו היה חמש שנות מאסר (סעיף 354(א)), לא הוגדר בחוק המתוקן כעברה מיוחדת של מעשה מגונה, וכלול הוא, משום כך, בסעיף 348(א) הדן בתקיפה מינית, שנסיבותיה הן קלות בהרבה ממעשה מגונה בכפייה, והעונש המושת בה הוא שלוש שנות מאסר [...] הגב' פלדמן הודיעה לנו, כי משרד המשפטים כבר עמד על שגגה זו שיצאה מלפני המחוקק, וכי 'מחלקת החקיקה במשרד המשפטים הודיעה כי תפעל לתיקונו של החוק ולהפרדת העברות של מעשה מגונה ומעשה מגונה תוך שימוש בכוח או באימים, כך שהעונש בגין עברה של מעשה מגונה תוך שימוש בכוח או באימים יעלה על העונש שנקבע בחוק לעברה של מעשה מגונה'. אין לנו אלא לקוות, שאכן יתוקן חוסר ההגיון הקיים עתה בחוק, שיסודו בשגגה שיצאה מלפני המחוקק, מהר ככל האפשר"⁸¹.

אכן, בשנת 1990 נחקק תיקון מספר 30 לחוק העונשין⁸², אשר שב והבחין בין מעשים מיניים שנעשו בכוח וללא הסכמה, לבין אלה שנעשו ללא הסכמה אך ללא שימוש בכוח. הצעת החוק הציעה לכנות את המעשה הכוחני "תקיפה מינית", ואילו את המעשה המיני שנעשה ללא הסכמה תקפה אך ללא שימוש בכוח – "מעשה מגונה"⁸³. אך התיקון לחוק שהתקבל בסופו של דבר לא הכיל הבחנה מושגית זו: הוא ביטל את השימוש במושג "תקיפה מינית", ושב והגדיר כל מעשה מיני שלא הוסכם באופן תקף (ושאינו כולל חדירה לגוף הקרבן) כ"מעשה מגונה". עם זאת, במקום לשוב לנוסח המקורי ולהסתפק בהבחנה בין מעשים מגונים תוך שימוש בכוח למעשים מגונים ללא שימוש בכוח, הנוסח החדש הבחין בין כמה

ששה חודשים"). דברי ההסבר שבהצעת החוק לסעיף זה, מדגישים כי איסור מעשה מגונה בפני קטינים במקום פרטי הוא חידוש ותוספת, והוא נועד להחמיר. עם זאת, בתיקון לחוק שהתקבל בפועל (לעיל ה"ש 77), סעיף 348(ב) קבע כי מעשה מגונה (לרבות תנועות מגונות) בקטין דינו חמש שנות מאסר (לעיל ה"ש 78), ולכן הוראתו של סעיף 349 אינה מחמירה ואינה סבירה.

81 ע"פ 63/89 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 388, 393 (1989).

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

83 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 33), התש"ן-1990, ה"ח 2001.

סוגים שונים של מעשים מגונים על פי מידת חומרתם. חידוש חשוב בנוסח החדש היה דירוג חומרתם של מעשים מגונים באופן מקביל לזה שעברת האינוס מדרגת את חומרתם של סוגים שונים של אינוס. כך נוצר קישור חזק מובהק בין שורה של עברות מיניות שאינן כוללות חדירה (מעשים מגונים) לבין שורה של עברות מיניות הכוללות חדירה (אינוס). חידוש חשוב נוסף הוא הגדרתו המרחיבה של המעשה המגונה בחוק. מעתה, "מעשה מגונה" הוא "מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" שנעשה ללא הסכמת הקרבן. זוהי הגדרה רחבה ביותר, שאינה מצמצמת את תחולת האיסור לנגיעות באיברים "מוצנעים", או למגע עם גופניים מכל סוג, או אף למגע עם מיניים ותנועות מגונות. על פי ההגדרה החדשה, כל מעשה יכול להיות "מעשה מגונה" אם נעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים וללא הסכמת הזולת. הגדרה זו כוללת נשיקה, כמו גם מעשה אוננות של הנאשם בנוכחות אדם אחר שלא הסכים לכך.

תיקונים מספר 56⁸⁴ ו-61⁸⁵ מן השנים 2000 ו-2001 המשיכו במגמת ההתאמה בין קשת האיסורים של מעשים מגונים ובין קשת האיסורים של סוגים של אינוס. תיקון מספר 77⁸⁶ משנת 2003 הוסיף הוראות מפורטות בנוגע להתנהגות מינית בין מטפל נפשי ומטופל (סעיפים קטנים 348(ד) ו-17). בעקבות כל התיקונים הללו, נוסחו הנוכחי של האיסור של "מעשה מגונה" בסעיף 348 לחוק העונשין הוא זה:

348. מעשה מגונה

(א) העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף

345(א)(2) עד (5), בשינויים המחוייבים, דינו – מאסר שבע

שנים⁸⁷.

(ב) העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף

345(ב)(1) עד (5), בשינויים המחוייבים, דינו – מאסר עשר

שנים⁸⁸.

84 חוק העונשין (תיקון מס' 56) התש"ס-2000, ס"ח 226.

85 חוק העונשין (תיקון מספר 61), תשס"א-2001, ס"ח 408.

86 חוק העונשין (תיקון מספר 77), התשס"ד-2003, ס"ח 18.

87 345(א), 2-5:

(2) בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה;

(3) כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה; או

(4) תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית;

(5) תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או בשל הליקוי בשכלה לא היתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית;

88 345(ב) 1-5:

(1) בקטינה שטרם מלאו לה שש עשרה שנים ובנסיבות האמורות בסעיף קטן (א)(2), (1),

(4) או (5);

(2) באיום בנשק חם או קר;

(ג) העושה מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו אך שלא בנסיבות כאמור בסעיפים קטנים (א), (ב) או (ג), דינו — מאסר שלוש שנים.
(ג) נעברה עברה לפי סעיף קטן (ג) תוך שימוש בכוח או הפעלת אמצעי לחץ אחרים, או תוך איום באחד מאלה, כלפי האדם או כלפי זולתו, דינו של עובר העברה — מאסר שבע שנים.

(ד) (1) העושה מעשה מגונה באדם שהוא קטין שמלאו לו ארבע עשרה שנים תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות, דינו — מאסר ארבע שנים.

(2) לענין סעיף קטן זה יראו מטפל נפשי שעשה מעשה מגונה באדם שמלאו לו ארבע עשרה שנים וטרם מלאו לו שמונה עשרה שנים, במהלך התקופה שבה ניתן לאותו אדם טיפול נפשי על ידו, כאילו עשה את המעשה תוך ניצול יחסי תלות; חזקה זו לא תחול אם מלאו לאדם שש עשרה שנים, והמעשים החלו לפני תחילתו של הטיפול הנפשי במסגרת קשר זוגי;

(17) מטפל נפשי העושה באדם שמלאו לו שמונה עשרה שנים מעשה מגונה בנסיבות המפורטות בסעיף 347א(ב), דינו — מאסר שלוש שנים.

(ה) העושה מעשה מגונה באדם שמלאו לו שמונה עשרה שנים תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות, דינו — מאסר שנתיים.

(ו) בסימן זה, "מעשה מגונה" — מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.

התהפוכות הרבות הללו בהלך הרוח החקיקתי בשנים 1988–1990 מעידות על התחבטות מעמיקה בקשת גדולה של שאלות הקשורות במשמעותו הראויה של האיסור הפלילי. עם זאת, הן כמעט שלא הותירו כל חותם על הפסיקה הישראלית. זו הוסיפה לציית ולפתח את ההלכות הוותיקות מסוף שנות החמישים בצירוף הלכת פליישמן⁸⁹ משנות השמונים. "מעשה מגונה" פורש באופן עקבי כמעשה שנעשה בגוף הזולת או בנוכחותו ללא הסכמתו והוא פוגע בו באופן שמקובל לקשרו עם מיניות, זהות מינית, תחושה של אוטונומיה ושליטה עצמית מיניים. לא נדרש שהנאשם פעל מתוך תאוה מינית, אלא רק שהפגיעה בקרבן הייתה בעלת צביון שאפשר לאפיינו כמיני. הערכים שהפסיקה קבעה שהם מוגנים על ידי האיסור של "מעשה מגונה" הם שליטתו של אדם בצנעת גופו, שלמותו

(3) תוך גרימת חבלה גופנית או נפשית או הריגה;

(4) תוך התעללות באשה, לפני המעשה, בזמן המעשה או אחריו;

(5) בנוכחות אחר או אחרים שחברו יחד עמו לכיצוע האינוס בידי אחד או אחדים מהם.

89 לעיל ה"ש 63.

הגופנית והמינית, ומעל לכול – כבוד האדם שלו וחירותו כפי שהם מתבטאים באוטונומיה המינית שלו.

במילים אחרות: הפסיקה הוסיפה לפרש את האיסור של "מעשה מגונה" באופן מרחיב, ולקשרו לא עם ערכים מוסריים, אלא עם עולם הערכים של כבוד האדם וחירותו. בתוך כך נקבע שוב ושוב שנשיקות כפזיות יכולות להיות מעשים מגונים. כך, למשל, בעניין מדינת ישראל נ' עובדיה⁹⁰ משנת 1998 נדון מקרה שבו, במסגרת פגישת עבודה במשרדו, עובד בזק תפס את ידה של המתלוננת לאחר עשר דקות של שיחה ונישק אותה על שפתיה למרות התנגדותה המפורשת. בנוסף, הוא ביקש ממנה עוד שלוש נשיקות.

הערכאה הראשונה ששמעה את התיק לא השתכנעה מעל לכל ספק סביר כי עובדות האירוע מעידות על כוונה של הנאשם להשיג גירוי, סיפוק או ביזוי מיני ולכן זיכתה אותו. בית משפט השלום סבר שנשיקה יחידה שניתנה מצדו השני של שולחן במשרד ולא התלוו אליה חיבוק או גיפוף נוסף כלשהו, אינה בהכרח מעידה על הכוונה המיוחדת הנדרשת להרשעה ב"מעשה מגונה". בית משפט השלום הסתמך על דברי ההסבר של הצעת תיקון מספר 26 ועל תיקון 22 לחוק העונשין⁹¹, והטיל ספק אם נשיקה יכולה להיות עברה מינית. עוד סבר בית משפט השלום כי אילו הואשם הנאשם בעברת תקיפה אפשר היה להרשיעו.

אך בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המדינה וקבע, כי ניסיון החיים מלמד כי נשיקה חברית בנסיבות הנדונות לא הייתה ניתנת על השפתיים תוך החזקת ידה של המנושקת ודרישה לשלוש נשיקות נוספות. בית המשפט שלעצור הבחיר כי הצעת החוק שעליה הסתמך בית המשפט קמא אינה רלוונטית לפרשנות החוק כיוון שמעולם לא נחקקה. עוד הזכיר בית המשפט המחוזי כי ההלכה הפסוקה בישראל מאז ומעולם היא שנשיקה יכולה בהחלט להיות עברה מינית של "מעשה מגונה", והפנה לפסקי הדין בענייניהם של סאלם ופליישמן⁹². על סמך כל אלה נהפך הדין, והנאשם הורשע בביצוע "מעשה מגונה בכח", על פי סעיף 348(א). פסק דין זה מדגים קו יציב והחלטי בפסיקה, השבה וקובעת, פעם אחר פעם, כי נשיקה כפזיה שניתנה לקרבן ללא הסכמתה יכולה להיות "מעשה מגונה" ולהוביל להרשעה על פי האיסור הקבוע בסעיף 348(ג) לחוק העונשין⁹³. תיקים אלה כמעט שאינם מגיעים לערכאות ערעור, שכן ההלכה בנקודה זו ברורה ומעולם לא נהפכה.

90 ע"פ 341/98 (ת"א-יפו) מדינת ישראל נ' עובדיה, תק"מ 99(2) 3700 (1999) (הש' ד' ברלינר, א' ביזר ו' המר).

91 לעיל ה"ש 75 ו-77 בהתאמה.

92 לעיל ה"ש 54 ו-63 בהתאמה.

93 ראו למשל: ת"פ (שלום רח') 3223/98 מדינת ישראל נ' סיאני רמון (לא פורסם) (2003) (הש' הרן פינשטיין); ת"פ (שלום ת"א) 8067/02 מדינת ישראל נ' מוריצי, תק"ש 105(1) 24755 (2005) (הש' דורית רייך-שפירא); ת"פ (שלום רח') 1960/03 מדינת ישראל נ' בן איוב, תק"ש 205(2) 14579 (2005) (הש' גדעון ברק); ת"פ (שלום ת"א) 3008/05 מדינת ישראל נ' שקדי, תק"ש 106(1) 665 (2006) (הש' ציון קאפח).

כאמור, הגישה הפרשנית הבאה לידי ביטוי בהגדרתה של נשיקה לא מוסכמת כ"מעשה מגונה" מתבטאת גם בהקשרים נוספים של הטיפול השיפוטי בעברה זו. כך, למשל, עניין כהן⁹⁴ משנת 1999 עסק במקרה המזכיר את עובדותיו של עניין פליישמן⁹⁵, כלומר בנגיעה באיבר מין שלא נועדה על ידי המבצע לעורר גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. כהן הורשע בביצוע "מעשה מגונה" בכוח באישה שבה סרסר למטרות זנות, לאחר שהכניס את ידו לאיבר מינה וחישש בו כסף שחשד כי היא מסתירה מפניו. בית המשפט העליון דחה את טענת המערער כי לא פעל לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. נפסק כי על פי הלכת הצפיות יש לייחס למערער מודעות בדרגת הסתברות הקרובה לוודאי כי מעשיו יביאו עמם לביזויה המיני של המתלוננת. מודעות זו שקולה כנגד שאיפה לבזות מינית.

בית המשפט העליון קבע עוד כי מקור האיסור הפלילי של "מעשה מגונה" ברצון החברתי להגן על שלמות גופו, צנעת פרטיותו וכבודו של כל אדם באשר הוא אדם, וקישור את איסור עשיית "מעשה מגונה" ישירות ומפורשות עם חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו⁹⁶. זכותו של אדם באשר הוא אדם להגנה מפני פגיעה בגופו ובכבודו כמו גם זכותו לפרטיות ולצנעת חייו הוכרו כזכויות יסוד בסעיפים 2 ו-7 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט הסתמך גם על ההלכות הוותיקות בענייניהם של עגמי ופליישמן⁹⁷ וקבע כי הלכה פסוקה מושרשת בישראל קובעת שאפשר להרשיע ב"מעשה מגונה" גם מקום שבו לא התקיימה בנאשם מטרה סובייקטיבית להשיג גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, ובלבד שביצוע המעשה היה בנסיבות המעידות על מודעות גבוהה לכך כי ההתנהגות תוליד פגיעה בעלת אופי מיני בנפגעת. בית המשפט העליון הכריז על דבקוּתו בהלכה פסוקה זו.

פסק דין דומה של בית המשפט העליון משנת 2004⁹⁸ שב ואימץ עמדה זו. בית המשפט אף פנה לסעיף 78 לחוק העברות המיניות האנגלי משנת 2003⁹⁹ כדי להיעזר בו בפרשנות האיסור הישראלי של "מעשה מגונה". עוד העמיק בית המשפט בחקר משמעותו של האיסור החקוק לגרום לאדם "ביזוי" מיני, והרחיב את הדיון על הקשר בין "ביזוי" ל"ביוש". בכיוון נוסף, פסק דין מחוזי ממאי 2007 בעניינו של פלוני¹⁰⁰,

94 ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496 (2001) (השופטים י' זמיר, י' טירקל, א' פרוקציה).

95 לעיל ה"ש 63.

96 ס"ח התשנ"ב 150.

97 לעיל ה"ש 60 ו-63 בהתאמה.

98 ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 168 (2004) (השופטים מ' חשין, ד' ביניש, א' חיות). מעניין לציין כי בהגדירו את אופיו של המעשה המגונה, השופט חשין מסתמך, בין השאר, על דבריו של השופט דב לוין בעניין פליישמן (לעיל ה"ש 63). כזכור, דברים אלה ביטאו עמדה שמרנית ומצמצמת שנותרה דעת מיעוט.

99 לעיל ה"ש 39 ו-40 והטקסט הסמוך אליהן.

100 ע"פ 30678/06 (מחוזי י-ם) פלוני נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, ניתן ב-1 מאי, 2007 (הש' ע' חבש, צ' זילברטל, י' ענבר).

קבע כי מעשה מגונה אינו חייב להכיל נגיעה בקרבן, ודי במחווה גופנית כלפי הקרבן או בדיבור המכוון אליו. בכך אימץ בית המשפט המחוזי בירושלים, גיבה ופירט, שורה של פסקי דין מחוזיים קודמים שכולם קבעו קביעות דומות. המקרה הנדון עסק בפתחת רוכסן המכנסיים, הוצאת איבר המין ואוננות של הנאשם בנוכחות המתלוננות במקום העבודה המשותף להם (חברת "בזק"). במקרים קודמים נדונו גם מילים שבאמצעותן דרשו נאשמים מקרבנותיהם שאלה תבצענה בעצמן מעשים מיניים. בית המשפט בעניין פלוני קבע כי החוק הישראלי מכיר בשלושה סוגי מעשים מיניים: נגיעות בגוף הקרבן, מחוות גופניות או מילוליות כלפיו, ומחוות גופניות או מילוליות שאינן מכוונות כלפיו. כאשר הם נעשים ללא הסכמת הקרבן, שני הסוגים הראשונים נלכדים ברשת סעיף 348 ואילו השלישי בסעיף 349 ("מעשה מגונה בפומבי"). כל השלושה אסורים.

זהו ההקשר המשפטי, החוק וההלכתי, שבמסגרתו הוחלט להעמיד את חיים רמון לדין, ואשר במסגרתו נדון האישום הפלילי נגדו. בית משפט השלום שדן בתיק פנה אל ההחלטות המוזכרות לעיל והסתמך עליהן. אמנם במקרה של רמון נדון רק אירוע קצר אחד, ואילו במרבית המקרים האחרים היו הנשיקות הלא מוסכמות חלק ממסכת רחבה יותר של מעשים לא מוסכמים, אולם מדובר בסוג שונה של נשיקות. במקרים האחרים נדונו נשיקות, כלומר מגע שפתיים של פלוני על עורה של אלמונית, ובמקרים החמורים ביותר, מגע שפתיו של הנאשם על שפתי המתלוננת. בעניינו של חיים רמון לא נדונה נשיקה במשמעות של השקה, ממשק של עור בעור, שפתיים בעור או שפתיים בשפתיים, אלא החדרה של לשון אל תוך חלל הפה. זוהי התנהגות פולשנית וחמורה יותר – מבחינת חילול האוטונומיה, הפרטיות וכבוד האדם – מאשר נשיקה על העור, שבה דנה הפסיקה הישראלית במרבית המקרים. על רקע זה, ההחלטה להעמיד את רמון לדין, כמו גם ההחלטה השיפוטית להרשיעו בביצוע "מעשה מגונה" לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, לא רק שלא היו תקדימיות, מהפכניות או חריגות בשום צורה ואופן, אלא היו כמעט הכרחיות ומובנות מאליהן. גם העונש שהושת על השר לא היה כבד, אלא דווקא קל בהשוואה למקרים קודמים¹⁰¹.

לסיכום, בחינת האיסור הישראלי של "מעשה מגונה" על רקע עברות דומות במשפט המקובל האנגלי מלמדת כי: (1) המילה "מעשה" שנוקט החוק הישראלי טובה מן המילה הבעייתית "תקיפה" המופיעה בחוק האנגלי (ואשר הופיעה בעבר

101 קשה למצוא גזרי דין רבים, שכן לרוב הם אינם מתפרסמים. בעניין מוריציו למשל, הנאשם הורשע בנשיקה על עורה של המתלוננת. בית המשפט התחשב בו בשל גילו המבוגר, עברו הנקי והעובדה ששלוש שנים עברו מיום ביצוע העברה ועד גזירת דינו, וגזר עליו 3 חודשים על תנאי, פיצוי של 1,000 ש"ח והתחייבות (על סך 4,000 ש"ח) שלא יעבור עברה של מוסר במשך שנתיים. בעניין ת"פ 1028/03 (שלום ק"ג) מדינת ישראל נ' כהן, תק"ש 2006 (2)05 (2005) מונה השופט אבי זמיר רשימת גזרי דין שהוטלו על מורשעים במעשים מגונים. על פי רשימה זו, עבורות שירות בצירוף מאסר על תנאי וקנס הם העונש המקובל.

באופן לא עקבי ולא ברור גם בחוק הישראלי; (2) המילה "מגונה" המופיעה בחוק הישראלי נושאת עמה מטענים של חוסר בהירות, פרשנויות מסובכות, מחלוקות וניחוח של השקפות עולם מוסרניות; טוב עשתה שיטת המשפט האנגלית שהמירה מילה זו בשנת 2003 באחרת, וטוב יעשה המשפט הישראלי אם יעשה כן אף הוא. למרות כל זאת, הפסיקה הישראלית – ואפילו החקיקה – עשו רבות כדי להבהיר כי האיסור של "מעשה מגונה" הוא רחב היקף בכל מובן, ועם זאת הרציונל שלו אינו מוסרי, אלא מחויב להגנה על זכותו של כל אדם שלא להיות חשוף למעשים מיניים שהוא אינו חפץ בהם. פסיקה עדכנית שבה וקבעה כי הערכים המוגנים על ידי איסור זה הם כבוד האדם וחירותו, פרטיותו וצנעתו; (3) העונש המרבי הקבוע במשפט הישראלי בגין "מעשה מגונה" קל לאין שיעור מאשר זה הקבוע במשפט האנגלי על עברות מקבילות, ויש מקום לשקול את החמרתו; (4) היסוד הנפשי הנדרש בחוק הישראלי להרשעה בגין "מעשה מגונה" מכביד על התביעה יותר מאשר היסוד הנפשי הנדרש בעברות מקבילות באנגליה מאז הרפורמה של שנת 2003, ולכן יש מקום לשקול שינוי גם בנקודה זו.

לסיום חלק זה יש מקום להבהיר כי החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית לא שינה את האיסור הפלילי של "מעשה מגונה" ולא הוציאו מחוק העונשין. עם זאת, סעיף 3(א)(2) לחוק למניעת הטרדה מינית קובע כי כל סוגי "המעשים המגונים" המפורטים בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין הם גם בגדר הטרדות מיניות. לקביעה זו משמעות כפולה: (א) במישור הערכי, היא מעניקה לאיסור הפלילי של מעשים מגונים רציונל עדכני המסתמך על ערכיו של החוק למניעת הטרדה מינית. ערכים אלה הם כבוד האדם, חירותו, זכותו לפרטיות ושוויון בין המינים; (ב) במישור המשפטי המעשי, הגדרת "מעשים מגונים" כהטרדות מיניות משמעה כי אפשר לתבוע בגינם פיצויים בתביעות אזרחיות על פי סעיף 6 לחוק למניעת הטרדה מינית, ואם התרחשו במסגרת יחסי עבודה, אפשר לתבוע בגינם במקום העבודה או בבית הדין לעבודה על פי סעיף 7 לחוק זה.

במילים אחרות: החוק למניעת הטרדה מינית לא שינה דבר בעניין האיסור הפלילי של מעשים מגונים, אך הוא קבע כי מעשים מגונים מהווים "הטרדה מינית", והוא מאפשר לתבוע בגינם גם בהליכים אזרחיים ולטפל בהם במסגרת דיני עבודה כאשר ההתרחשות היא במסגרת יחסי עבודה¹⁰². בהקשר המסוים של פרשת רמון, כיוון שהמתלוננת הודרכה לבחור רק באפיק הפלילי ועשתה כן, היא לא נזקקה לחוק למניעת הטרדה מינית, וההליך כולו התנהל במסגרת חוק העונשין. עם זאת, במישור הערכי, הוראת סעיף 3(א)(1) לחוק למניעת הטרדה מינית משמעה כי התלונה נגד רמון בגין "מעשה מגונה" מהווה, ברזמנית, גם טענה כי הוא ביצע הטרדה מינית. כמו כן, אם תרצה המתלוננת לתבוע פיצויי נזיקין בגין המעשה שבוצע בה, היא תוכל לעשות כן על פי החוק למניעת הטרדה מינית (המתלוננת לא יכלה לתבוע

102 לפירוט ראו קמיר, לעיל ה"ש 5.

את רמון בגין הטורדה מינית במסגרת יחסי עבודה מכיוון שבהיותו שר, הוא אינו "עובד" או "ממונה" והוראות התקשי"ר אינן חלות עליו. זוהי לקונה בעייתית, שמן הראוי היה לתת עליה את הדעת ולמלאה. אין זה ראוי שעובד מדינה בכל דרגה שהיא ככול בכללי המשמעת של החוק ונציבות שירות המדינה, ואילו נבחר ציבור "פטור" מכללי משמעת מכול וכול. במקביל, אילו יכלה המתלוננת לפנות לאפיק של תלונה במקום העבודה, ייתכן שלא הייתה נזקקת להליך הפלילי. כל מי שהודעו נגד הפעלת המנגנון הפלילי בעניין זה שכחו, ככל הנראה, שהמתלוננת במקרה הנדון לא יכלה לפנות לאפיק משמעת).

ג. חלק שני: "זיהוי המוסכמה" – אשכול המוסכמות החברתיות-התרבותיות הרלוונטיות

המציאות החברתית-התרבותית הישראלית מכילה מספר לא מבוטל של מוסכמות רווחות שלא מקובל, בהכרח, לקשר אותן במפורש עם האיסור הפלילי של "מעשה מגונה", ואולם ניתוח ביקורתי חושף את הרלוונטיות שלהן לפרשנותו ולהתקבלותו של האיסור הפלילי הנדון במשפט ובחברה. המוסכמות הללו רווחות בקרב מגזרים ואוכלוסיות שונים; יש שהן מתיישבות זו עם זו ואף משלימות זו את זו; יש שאינן עולות בקנה אחד ויש שהן מתנגשות זו בזו במובהק. עם זאת, כולן מתקיימות בחברה הישראלית על תתי-תרבויותיה, ולכן לכולן רלוונטיות בהקשר הנדון. בעיסוק הציבורי בפרשת רמון באו כלל מוסכמות אלה לידי ביטוי בעצמה גדולה. ייתכן שמספרן הרב ושונותן הגדולה הם שתרמו לסערה הציבורית סביב הפרשה שלא שככה חודשים רבים. מפאת קוצר היריעה, מכיוון שמרבית הדברים מוכרים היטב לציבור הישראלי ומכיוון שהרחבתי בדיון בחלק מן המוסכמות הללו במקומות אחרים¹⁰³, אסתפק כאן באזכור תמציתי בלבד של המוסכמות החברתיות-התרבותיות הרלוונטיות.

1. מוסכמות מוסרניות לגבי המיניות עצמה

מוסכמה מוסרנית פוריטנית: "גילויי מיניות הם תועבה". על פי מוסכמה זו גילויים של מיניות המבוטאים שלא בצנעת הפרט, שלא בין בני זוג נשואים – או אף גילויים של מיניות המבוטאים בכל הקשר – הם בבחינת "תועבה", "כיעור" ו"מעשים מגונים"; הם פוגעים בטעם הטוב, במוסר הציבורי ובהדרת כבודו¹⁰⁴ (honor) של

103 ראו קמיר כבוד אדם וחזה, לעיל ה"ש 16.

104 לדיונים בהדרת כבוד ובסוגי הכבוד האחרים ראו: אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2004) (להלן: "קמיר שאלה של כבוד"); קמיר כבוד אדם וחזה, לעיל ה"ש 16; ושורה של מאמרים שאפשר למצוא באתר האקדמי של המחברת באינטרנט www.sitemaker.umich.edu/orit_kamir.

הציבור, ויש להוקיעם¹⁰⁵. בקרב החוגים המסורתיים בישראל, בני כל הלאומים, העדות והתרבויות, יש מי שמחזיקים במוסכמה מוסרנית פוריטנית זו וסולדים מגילויים — בוודאי פומביים — של מיניות. לרוב השיח המבטא והמצדיק גישה זו הוא דתי ושמרני, ואולם פוריטניות מינית אפיינה, בראשית דרכה של ההתיישבות הציונית, גם את החוגים האידאולוגיים הרדיקליים ביותר מימין ומשמאל¹⁰⁶. אף שגישות אלה גוועו עם הזמן ופינו מקום לגישות הליברליות המצדדות בחופש הביטוי המיני, הן הותירו חותם על השיח הציבורי בישראל, בוודאי בקרב הדורות הוותיקים.

מוסכמה מסורתית מוסרנית: "יש להגן על תומתן של נשים צנועות וחסודות": על פי מוסכמה זו, נשים צנועות וחסודות קונות לעצמן בהתנהגותן זו הדרת כבוד, והן ראויות להכרת החברה ולהגנתה מפני כל דבר שעלול לפגוע בצניעותן ובהדרת כבודן. מי שמבצע מעשה מיני — או אף פונה באמירה, בתנועה או ברמיזה מינית אל אישה צנועה וחסודה שאינה רעיתו — פוגע בתומתה, בהדרת הכבוד שלה, בהדרת כבודה של משפחתה ובחוסנה המוסרי של הקהילה כולה. חובה על החברה להפעיל את מלוא עצמתה כדי להגן על נשותיה הצנועות והנכבדות, ועל עצמה, מפני פגיעות כאלה¹⁰⁷.

מוסכמות אלה, אשר עולות בקנה אחד עם האיסור הפלילי של "מעשה מגונה", תופסות מקום מרכזי בשיח של קבוצות מובחנות (דתיות ושמרניות) אך אינן פופולריות בקרב מרבית הציבור הישראלי (ודאי שלא בקרב זה היהודי החילוני).

2. אשכול מוסכמות פטריארכליות מסורתיות שנוגעות לחוסר אמינותה ולאשמתה של מתלוננת על עברת מין

בעולם הפטריאכלי נהוג פעמים רבות לחלק את הנשים לשתי קבוצות. הקבוצה האחת כוללת נשים צנועות וחסודות, כלומר אלה שהתנהגותן המינית עולה בקנה אחד עם האידאל המיני של חברתן. בחברות מסורתיות, נשים צנועות הן אלה המצניעות את מיניותן ומייחדות אותה אך ורק לבן הזוג לו הן נשואות כדת וכדין. לפי המוסכמה, נשים אלה אינן חפצות בהתייחסותם המינית של גברים, ולכן הן יודעות לנהוג באופן שלא יעורר, יזמין או יאפשר התייחסויות לא רצויות כאלה. התוצאה היא — לפי המוסכמה — שנשים אלה אינן סובלות מהתייחסויות מיניות לא רצויות ואינן מתלוננות עליהן. לעומתן, הקבוצה האחרת כוללת נשים שהתנהגותן מינית ולא צנועה; הן חפצות בהתייחסויות מיניות של גברים, ואין התייחסויות מיניות שאינן רצויות להן. נשים כאלה יוזמות ומגרות גברים להתייחס

105 לדיון במוסכמות אלה בהקשר של שידור תשדירי הזניה מתועדת (פורנוגרפיה) ראו קמיר כבוד אדם וחיה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 208 ואילך.

106 לדיון ראו למשל רינה פלד "האדם החדש" של המהפכה הציונית: השומר הצעיר ושורשיו האידויים (2002).

107 לפירוט והרחבה ראו קמיר כבוד אדם וחיה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 67 ואילך.

אליהן מינית – על ידי לבוש והתנהגות פרובוקטיביים, טכניקות של פיתוי והפעלת "קסמים נשיים" – ומביאות התייחסויות אלה על עצמן.

גברים, על פי מוסכמה פטריארכלית מסורתית רווחת, מגיבים לגירויים אלה ונענים להם; זוהי עבורם תגובה טבעית, גברית וכמעט בלתי נמנעת. אך יש שהנשים המדיחות מכחישות את מעשיהן וטופלות על גברים האשמות שווא; הן עושות זאת מתוך התחסדות, רגשות אשם על התנהגותן הפרובוקטיבית או נקמנות כלפי הגברים (בייחוד אם לא הצליחו "ללכוד אותם ברשתן" ונזנחו לאנחות). נשים המדווחות על התייחסויות מיניות שאינן רצויות להן הן בהכרח נשים מיניות, לא צנועות ומדיחות, הטופלות האשמות שווא על הגברים, ולכן הן גם לא אמינות¹⁰⁸. אשכול מוסכמות זה רווח ונפוץ מאוד במרבית החברות גם היום. הוא בא לידי ביטוי מפורש ובוטה ביחס חשדני, מפקפק ומאשים כלפי מתלוננות על עברות מין, לרבות אונס, מעשים מגונים והטרדות מיניות. הוא מבטא חשש מנשים, ואף שנאת נשים, ומעניק הגנה רחבה של "חזקת חפות" תרבותית לגברים המואשמים בהתייחסויות מיניות לא רצויות.

3. מוסכמות פטריארכליות המתייחסות לנשים (בעיקר צעירות) כסמל סטטוס (לגברים)

"רחם רחמים לראש גבר"¹⁰⁹: נשים, במיוחד צעירות ופוריות, הן מושא לתשוקה ויעד לתחרות ול"כיבוש" בידי גברים. בחברות פטריארכליות רבות המקדשות את הדרת כבודו (honor) של הגבר, "כיבושן" המיני של נשים מעיד על גבריותו, על אונס ועל עליונותו של הגבר ה"כובש"; ככל כיבוש, גם "כיבוש" מיני מקנה לגבר הדרת כבוד לעומת מתחריו. אנשים רמי ייחוס (כמו מצביאים, מנהיגים, שועים ועשירים) נהנים מהדרת כבוד המקנה להם פריווילגיה – וכמעט מטילה עליהם "מחויבות" כלפי מעמדם – "לאסוף", "לנכס" ו"לצרוך" נשים צעירות כסמל סטטוס אשר מביע ומנציח את עליונותם. כך שלמה המלך למשל נהנה מן הזכות (וכמעט היה "מחויב", כמלך בעל מעמד בין־לאומי רב־עצמה) לקנות לו אלף נשים כרעיות וכפילגשים. הן שימשו כראיה וכסמל חי למעמדו הרם, ולמעשה כאמצעי ליצירת מעמד זה, לכינונו ולהנצחתו. גם בתקופות מודרניות יותר נהגו מלכים, מנהיגים ומצביאים כמו שלמה, וניכסו לעצמם כל אישה שחשקו בה, גם אם הייתה נשואה לגבר אחר. בכך הביעו את עליונותם ביחס לשאר הגברים.

מוסכמה פטריארכלית משלימה – "רק לא זקן, רק לא זקן": בחברות רבות מקובל להאמין כי נשים (בעיקר צעירות) חולמות אמנם על אהבה רומנטית, אך מקבלות עליהן את דין הפטריארכיה (המתגלמת באופן מסורתי בשלטון האב),

108 לפירוט ראו שם, בעמ' 284–285.

109 שופטים ה' 30; לדין ראו אורית קמיר "מה שהאזרחיות לא צריכות לתת לשליטים" ארץ אחרת 36, 26 (2006).

נענות לדרישותיהם של גברים הדורי כבוד (לרוב מבוגרים מהן) ומתמסרות להם. שברון לבן הוא קרבן שהן מעלות על מזבח הקבלה וההשלמה עם הסדר הפטריארכלי ההגמוני. התנהגותן הפסיבית, הכנועה והמקבלת מבטאת ומנציחה את הסדר החברתי.

מוסכמה זו שימשה בסיס לריבוא יצירות אמנות בכל רחבי העולם הפטריארכלי שביטאו כאב, התקוממות והשלמה. הד למוסכמה זו בתרבות העברית אפשר לשמוע בשירו העממי של חיים נחמן ביאליק "לא ביום ולא בלילה": "והשיטה פותרת חידות/ ומגידה היא עתידות./ את השיטה אשאל אני:/ מי ומי יהיה חתני?// ומאין יבוא שיטה — / המפולין או מליטא?/ הבמרכבה יעבור שבילי,/ אם במקלו בתרמילו?// [...] שמא זקן, שיטה טובה/ אז לא אשמע, אז לא אוכה/ אומר לאבי המיתני — / וביד זקן אל תתנני./ לרגליו אפול ואשקן/ אך לא זקן, אך לא זקן". קוראי השיר מבינים כי למרות חלומותיה הרומנטיים, הצעירה תקבל עליה את מרות האב ואת שלטון הפטריארכיה ותינשא לזקן שיחשוק בה וידרשנה (בין השאר כדי לכונן ולהפגין את הדרת כבודו). בכך תקבל עליה את ערכי ההגמוניה ותחזקם.

4. מוסכמות ישראליות מצ'ואיסטיות

"זיונים זה הכל" ו"סימן שאתה צעיר": בספרה על דיכוי הארוטיקה בישראל¹¹⁰ מתארת ניצה בן-ארי כיצד בשנות השבעים פרץ דן בן-אמון (בספרו "זיונים זה לא הכל") את טאבו הצניעות המינית הציוני, והפך את דימוי הצבר על ראשו: לא עוד תמים וסגפן כי אם מיני ונהנתן.

"בניגוד לדימוי הנושן של הצבר הביישן והמסוגר, מפגין הצבר החדש הנאה גלויה ממין על כל צורותיו. בניגוד לערך ההסתפקות במועט הנוזרי של העבר, הוא שופע נהנתנות הדוניסטית כללית. בניגוד לחשש מן המיניות ולרתיעה מן העיסוק בה, עיסוק שאינו ראוי ליהודי החדש, הצבר שלו [של בן אמון] 'גברי' יותר בזכות העיסוק במין והצלחותיו בתחום"¹¹¹.

סרטים בני התקופה של אורי זוהר ("מציצים"), אסי דיין ("גבעת חלפון אינה עונה") ואחרים תרמו אף הם לחיזוקה של מגמה זו, שהתפשטה בחברה הישראלית כאש בשדה קוצים.

התוצאה היא שמאז שנות השמונים, הצלחה מינית גלויה ובוטה (בדמות "כיבושים" רבים ומהירים ככל האפשר, שלאחריהם נהוג "לרוץ ולספר לחברה") היא מרכיב מרכזי בהדרת כבודו של הגבר הישראלי העברי. מי שאינו מרכה ב"כיבושים" מאבד גבריות, הדרת כבוד וסטטוס חברתי¹¹².

110 ניצה בן-ארי דיכוי הארוטיקה: צנוורה וצנוורה-עצמית בספרות העברית 1930–1980 (2006).

111 שם, בעמ' 326.

112 לדיון מפורט ראו קמיר כבוד אדם וחור, לעיל ה"ש 16, בעמ' 320 ואילך.

על "הצבר המיתולוגי" נגזר להישאר צעיר נצחי, לעומת "היהודי הגלותי" הקשיש, כבוי העיניים וכפוף הגו. מראשית דרכו, גבריותו והדרת כבודו של הגבר הישראלי נכרכו ללא הפרד בנעורי הנצח השוכבים שלו (בדמות בני "חבורה שכזו" של פוצ'ו, הפלמ"חניק מן הצ'יזבטים, ובדור שאחריהם בדמות ארבינקא של אפרים קישון וחיים טופול). כשה"כיבושים" המיניים הפכו לחלק בלתי נפרד מזהותו של הגבר הישראלי, הם הפכו למעשה גם למבחן ועדות לנעוריו ולחן קסמו. אם אתה נחשק על ידי נשים ו"כובשן" — אתה צעיר, אתה גבר, אתה צבר, אתה בעל הדרת כבוד ישראלית. חשבו בהקשר זה על הפזמון הפופולרי, פרי עטו של יוסי גמזו ובביצוע שלישיית גשר הירקון, שהטרים את עידן דן בן-אמוץ ואורי זוהר וביטא את רוח התקופה בעדינות אך גם במדויק: "אם עוד מושכים אותך שירים וגם גיטרה, / אם צועקים לך: 'זה נוער זה?' — זה בררה! / ואם עוד בחורות ברחוב עושות לך עיניים / ויש לך זהב בלב ולא בין השניים [...] / זה סימן שאתה צעיר / כמו יום אביב בהיר, / סימן שאתה צעיר!"

מוסכמה ישראלית מצ'ואיסטית משלימה — "ספינת הבנות": נשים ישראליות הנאמנות לגברים שלהן, בני בריתן ושותפיהן לגורל, מחויבות להדרת כבודם. לכן הן מעניקות להם את ה"כיבושים" המיניים שהם זקוקים להם לשם הבטחת גבריותם ונעוריהם (במיוחד כשאלה מאוימים, מועמדים בסימן שאלה או מתכלים). סרטים ישראליים פופולריים רבים ביטאו מוסכמה זו וחזקו אותה (למשל הסרט "הלהקה" שזכה לעדנה מחודשת בשנות האלפיים). הרומן "ספינת הבנות", המתאר הווי של חיילות ישראליות במאה העשרים ואחת, ממחיש מוסכמה זו בחדות:

"עוד מעט יבוא שלום, מפקד חטיבה בשטחים, שאני מדפיסה לו את העבודה לסיום התואר. אני מדפיסה והוא בא לקחת, תוחב את הדפים לתיק ג'יימס בונד קצת מתקלף בפניו, מניח יד על כתפי בתודה, מהדק את האחיזה ומשליך אותי על המיטה. איתו זה סתם, כי התרגלנו, מין טובה אישית. אנחנו לא עושים עניין וגם אין לי כוח להתווכח. זיונים עייפים. גם הוא לא מתלהב. הוא לא אוהב אותי ואני לא אוהבת אותו. לא מסתכלים בעיניים [...] אני מעיפה מעלי את נעלי הבית ואת המכנסיים של הטרגינג ואת התחתונים, הכל בתנופה אחת, ונותנת לו להכנס [...] יש לו כמוני עוד מאה"¹¹³.

5. מוסכמה ציונית מגדרית — האישה העבריה החזקה ושוות הזכויות אינה זקוקה להגנה פטרנליסטית של החוק
הציונות המדינית הגדירה את עצמה כמעט מראשית דרכה בתור תנועה שוויונית, והיא הטביעה תפיסה זו בתודעתם של רבים. שוויון האישה הוצג והתקבל על ידי רבים ורבות כנושא שטופל ונפתר אי שם מזמן, בראשית דרכה של הציונות,

ומאז ואילך שוב אינו מצריך התייחסות. ישראלים רבים נהגו ונוהגים עדיין לנופף בטענות על אודות מעמדן האיתן ושוויון המלא של נשים בעשייה ההתיישבותית, ובמיוחד בקיבוצים ובצבא, ובכונהנתה של גולדה מאיר כראש ממשלה. אלה שימשו ומשמים אותם עד היום בתור הוכחה ניצחת לכך שהחברה הישראלית מחויבת לשוויון האיש, שנשים ישראליות נהנות משוויון, ושאינן בישראל בעיה מגדרית המצריכה חשיבה או עשייה פמיניסטיות¹¹⁴.

עמדה רומנטית זו אינה תואמת את המציאות העובדתית, ויותר ויותר ישראליות וישראלים מודעים לכך; הפלייתן של נשים בעולם העבודה ובדיני המשפחה, האלימות המינית המופעלת כלפיהן ותת-הייצוג שלהן בפוליטיקה ובהנהגה הכלכלית ידועים כיום לכול. עם זאת, מיתוס שוויון האשה הוא עדיין אחד המושרשים בחברה הישראלית¹¹⁵. גם לאחר כמה עשורים של קעקעו באותות ובמופתים, בעובדות ובתמונות מן המציאות — עוד כוחו של מיתוס השוויון במותניו, ורבים ורבות נוהים אחריו ונשבעים בשמו. יתרה מזאת, האתוס הציוני מעניק לנשים העבריות לא סתם שוויון, אלא מעמד מיוחס של "גברים של כבוד": הן הובנו באתוס הקולקטיבי כחזקות, כענייניות, כ"גדות", כ"קרביות", כ"אחלה גבר" וכ"בעלות ביצים". לכן הן נתפסות, במסגרת השקפה זו, כמי שאינן סובלות מהפליה או מפגיעות מגדריות, אינן מתרגשות מאלימות ("קטן עליהן") ואינן זקוקות להגנות פטרנליסטיות מעליבות ההולמות "נקבות רכרוכיות" של מקומות אחרים¹¹⁶.

6. מוסכמה ליברלית קיצונית — חיוב מלא של כל ביטוי מיני מאז שנות השמונים של המאה העשרים גוברת בישראל ההשפעה האמריקנית, ומתחזקות בה המגמות הליברליות והאינדיבידואליות. בתוך כך התבססה בקרב חלקים מובילים ומשפיעים של הציבור הישראלי המוסכמה שלפיה מיניות ופעילות מינית הן חלק אינטגרלי ומרכזי בהגדרה העצמית ובאוטונומיה הבסיסית ביותר של כל אדם כאדם. מימוש וביטוי עצמי מיניים הפכו לערכים חיוביים חשובים. התגברות הרוח הליברלית, ובצדה אף זו הפוסט-מודרנית, גם מזערו מאוד את השיפוטיות בנוגע לסוגים רבים של פעילות מינית. כמעט כל גילוי של מיניות שנראה אותנטי ומבטא את צרכיו, יכולותיו ותשוקותיו של הפועל — הפך ללגיטימי ולחסין משיפוט מוסרי (במיוחד כמובן כשהגילויים הם הטרוסקסואליים)¹¹⁷. חריג יוצא דופן, המעיד על הכלל, הוא התנהגות מינית פדופילית. ההגנה על קטינים היא

114 לפירוט ראו קמיר כבוד אדם וחור, לעיל ה"ש 16, בעמ' 15.

115 להרחבה ופיתוח ראו שם, בעמ' 318.

116 בקרב נשים ישראליות "מצליחניות", הנתפסות כמי שהגיעו לצמרת ומשמשות כמודל לחיקוי, יש רבות המאמצות אתוס זה בהתלהבות. לניתוח קבוצה כזו, של "חיילות קרביות", ראו אורנה ששון-לוי זהויות במדים: גבריות ונשיות בצבא הישראלי 152 (2006).

117 להרחבה ופיתוח ראו שם, בעמ' 322, וכן בעמ' 208 ואילך.

אחד הערכים היחידים הנתפסים בישראל כגוברים על ערכו של חופש הביטוי המיני. התוצאה היא שכמעט כל התנהגות מינית (הטרדסקסואלית) מוחזקת כאותנטית, כביטוי עצמיותו של הפועל, ולכן כלגיטימית וכחיוכית; הטוענת אחרת – עליה הראיה.

7. מוסכמות מתהוות של פמיניזם כבוד האדם – "בא לי שטויות ולא בא לי עליך" בגיבוי החוק למניעת הטרדה מינית בשנות התשעים של המאה העשרים החל להתעצם בארץ פמיניזם, שבעשורים הקודמים הצליח לפרוח רק בגרעינים הקשים והקטנים של תנועות הנשים הרדיקליות. אני מכנה אותו "פמיניזם ישראלי של כבוד האדם" (הכבוד הסגולי – dignity, וכבוד המחיה – respect) או "פמיניזם כבוד אדם וחיה"¹¹⁸. פמיניזם זה שואב הרבה מחיותו הערכית מחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו, שניזום ונחקק (בשנת 1992) במטרה לקדם שיח של כבוד האדם (הכבוד הסגולי וכבוד המחיה) ולרסן את מנטליות הדרת הכבוד הישראלית.

פמיניזם כבוד אדם וחיה בישראל מתמקד בראש ובראשונה בצורכיהן ובזכויות האדם היסודיים ביותר של נשים כנשים. סחר, הזניה ושעבוד מיני, אינוס, אלימות מגדרית בתוך המשפחה ומחוצה לה, סוגים חמורים של הטרדה מינית ושל הטרדה מאיימת, הזניה מתועדת (פורנוגרפיה) ומגוון סוגי הכפייה המינית, כולם פוגעים פגיעה קשה בכבודה הסגולי של האישה, כלומר באנושיותה. פמיניזם כבוד אדם וחיה מאפשר להתמקד בכל אלה, לחשוף אותם, לנתחם, להבינם, הן כל אחד לעצמו והן כמכלול שלם, ולפעול נגדם באפקטיביות מבלי להתחשב בהדרת הכבוד הגברית של האומה, המדינה או של גברים מסוימים.

עוד הוא מאפשר להגן על תחומי המחיה הרחבים יותר של נשים בישראל: הוא מאפשר להן לטפח ולממש את שאיפותיהן, לבחור לעצמן את אורחות חייהן כרצונן ולהתפתח על פי כישוריהן והגדרתן העצמית (ולא על פי תכתיבים מגדריים צרים וכובלים). חלק זה של פמיניזם כבוד אדם וחיה מאפשר לנשים לא רק לשרוד בכבוד, אלא גם לפרוח כאינדוידואלים אוטונומיים המממשים את עצמם על פי מיטב הכרתם.

מן האמור כאן עולה כי פמיניזם כבוד אדם וחיה הוא בעצם "ערכי כבוד אדם וחיה": זוהי השקפת עולם ערכית המתמקדת בכבוד הסגולי וככבוד מחייתם של כל בני האדם, נשים וגברים כאחד. בשנים האחרונות מתפתחות בישראל מוסכמות חברתיות המושתתות על תפיסה ערכית זו.

¹¹⁸ לפירוט והרחבה על אודות פמיניזם זה ראו: קמיר שאלה של כבוד, לעיל ה"ש 104, בעמ' 194; קמיר כבוד אדם וחיה, לעיל ה"ש 16. לפיתוח המושגים "כבוד סגולי" ו"כבוד מחיה" ראו: קמיר שאלה של כבוד, לעיל ה"ש 104; אורית קמיר "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסודי" המשפט 23, 33 (2007).

האדישות להדרת הכבוד הציונית הקולקטיבית, משחררת את המערכת הערכית של כבוד אדם וחזה מקשר השתיקה בנוגע לפגיעות של גברים עבריים בנשים עבריות, ומאפשרת לה להתמקד ללא סייג במצוקותיהן של נשים, בצורכיהן, בדרישותיהן ובשאיפותיהן; להטות להן אוזן, להציע להן במה ולהיאבק למענן. אך מנקודת המבט הציונית המסורתית, גישה זו, המתעלמת מצורכיהם של גברים עבריים (לרבות מדרישתם לשתיקה ולחיפוי על שמם הטוב), נתפסת כלא פחות מבגידה. זהו אחד המניעים הרגשיים העמוקים לתגובות הקשות כל כך כלפי פמיניזם זה, ובמיוחד כלפי החוק למניעת הטרדה מינית אשר נושא את דגלו. דבר זה נכון גם באשר לישראלים התופסים את עצמם כשוויוניים וכמקדמי זכויות נשים בחברה, שכן פעמים רבות הם מחויבים באורח בלתי ביקורתי – ואף בלתי מודע – להיבטים של הדרת הכבוד הציונית¹¹⁹.

בנוסף, גם מי שדבקים במיתוס שוויון האישה הישראלית ובדימויה המיתולוגי (כ"ג'דה"), מתקוממים כנגד השקפת העולם המתייחסת אל האישה הישראלית כאל אישה בשר ודם; כאל מי שסובלת מכל הפגיעות שמהן סובלות אחיותיה בשאר חלקי תבל. ומי שמחזיקים בליברליזם הקיצוני מגנים את פמיניזם כבוד אדם וחזה זה כפוגע בחופש הביטוי (למשל של יצרני ההזניה המתועדת – פורנוגרפיה), בחופש הבחירה (למשל "לעסוק" בזנות) ובצנעת הפרט (למשל בהתערבות ביחסים אלימים בתוך המשפחה).

פמיניזם כבוד האדם בישראל משוחרר גם ממחויבות להדרת כבודה המסורתית של האישה שעל זכויותיה הוא נאבק. בכך הוא נבדל מן הגישות המוסרניות המסורתיות המתנות את זכותה של אישה להגנה מפני "מעשי כיעור" מיניים בכך שהיא עצמה תנהג בצניעות המבטאת ומבטיחה את הדרת כבודה הנשית המסורתית; הדרת כבוד הכרוכה, מעל לכול, בהצנעת מיניותה. במילים אחרות: פמיניזם כבוד אדם וחזה הישראלי מחויב לא רק לזכויותיהן של "בתולה כשרה" ו"מטרוניתה נכבדת", אלא גם לאלה של גיבורת הפזמון הפופולרי המגדירה את עצמה במילים אלה: "אין לי ראש למילים ארוכות/ ואתה מין מילה ארוכה שכזאת...// כי בא לי לצחוק בא לי שטויות/ בא לי לרקוד ולא בא לי עליך/ בא לי בימים בא לי בלילות/ בא לי לצעוק: 'אני פרוחה'...// רוצה לאהוב כמו בסרטים, / חתיך שיבוא באנגלית וצבעים. / come on baby המטוס מחכה, / ועוד חלום שלי ממריא לו ובוכה.// כי בא לי לצחוק בא לי שטויות/ בא לי לרקוד ולא בא לי עליך"¹²⁰.

119 דברים אלה מופיעים בקמיר כבוד אדם וחזה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 80–83. לפירוט והרחבה ראו קמיר שאלה של כבוד, לעיל ה"ש 104, בעמ' 194.

120 "שיר הפרחה" – מילים: אסי דיין, לחן: צביקה פיק, ביצוע: עופרה חזה. כשנכתב השיר (על ידי שני גברים אשכנזים) הוא ביטא מרי אתני-מעמדי, והתייחס לצעירות ממוצא יהודי מזרחי. עם השנים הפכה הזכות ש"יבוא לה שטויות" ו"לא עליו" לדגלן של צעירות רבות מכל המגזרים.

החוק למניעת הטרדה מינית, שנחקק בשנת 1998, נועד להגן גם על כבוד האדם של נשים ישראליות ש"שיר הפרחה" הולם את אורח חייהן. הוא נותן גושפנקה חוקית לזכותן לבחור להיות קלות דעת, להשתובב, לנהוג כ"פרחות", ועם זאת ליהנות מהגנה מלאה מפני פניות מיניות שאינן רצויות להן. כל זאת בשמם של ערכי היסוד החירותים בסעיף המטרה של החוק¹²¹ והחלים על כל אדם, והם: כבוד האדם, חירותו, פרטיותו והשוויון בין המינים. החוק נועד לאפשר לאישה הישראלית לחלום, "לאהוב כמו בסרטים", להתנהל בחופשיות ועם זאת להיות מוגנת מפני פניותיו המיניות, הלא רצויות לה, של הגבר ש"לא בא לה עליי"; גבר המתעקש למצוא בהתנהגותה "עשיית עיניים" ולהגיב בהתנהגות מינית שתהווה עבורו ועבור הסובבים אותו "סימן שאתה צעיר". במובן זה החוק קורא תיגר על מוסכמות מסורתיות, כגון אלה הבאות לידי ביטוי בתחינתה הנואשת, הנדונה לכישלון, של נערה תמה "רק לא זקן, רק לא זקן", וכן גם על מוסכמות ישראליות הבאות לידי ביטוי בחיי גיבורות הרומן "ספינת הבנות".

כאמור, מאז שנת 1998 מתפתחות ומתחזקות בישראל מוסכמות חברתיות המושתתות על ערכי כבוד אדם וחווה. יותר ויותר ישראלים, במיוחד צעירים, משוכנעים שכל אדם זכאי גם להתנהג בחופשיות מינית וגם ליהנות מהגנה מההתייחסויות המיניות של אדם אחר, אם אלה אינן רצויות לו.

ד. חלק שלישי: "חייבו הנורמה והמוסכמה" – דיון ביקורתי במפגש (ככלל ובפרשת רמון בפרט) בין האיסור של "מעשה מגונה" לבין המוסכמות החברתיות-התרבותיות שהוצגו

הצלבת הנורמה המשפטית האוסרת "מעשה מגונה" עם המוסכמות החברתיות הרווחות שבחרתי להציג, מעלה שתי תובנות מרכזיות, הן ברמת הכלל והן בהקשר של פרשת רמון בפרט. סעיף זה מציג שתי תובנות אלה, ועיקרן תחילה:

1. שמו של האיסור הפלילי – "מעשה מגונה" – מקשרו בתודעת הציבור עם שיח מוסרני, פוריטני ושמרני, ויוצר את הרושם שמשמעותו היא בוודאי זו שהוצעה על ידי הפירוש המשפטי השמרני – פירוש שבפועל לא התקבל על ידי מערכות המשפט באנגליה או בישראל. האסוציאציה המוסרנית האמורה מתנגשת במוסכמה הליברלית ומעוררת התנגדות מידית בקרב חסידיה של האחרונה. בפרשת רמון, עצם ההעמדה לדין בגין "מעשה מגונה" נתפסה כאקט מוסרני המצנזר משא ומתן מיני. הטקסט בפסק הדין שיחק לידי מבקריו הליברליים כיוון שלא השכיל להדגיש די הצורך את מחויבותו לכבוד האדם, ואפשר למבקרו למצוא בו מוסרנות בלתי ליברלית.

2. למעשה, האיסור הפלילי של "מעשה מגונה" שבחוק העונשין, מפורש על ידי מערכת המשפט ומוחל על ידיה לאור ערכי כבוד אדם וחווה, בדומה לחוק

למניעת הטרדה מינית. ערכי כבוד אדם וחיה – ובמיוחד ההיבט של הבטחת הגנה מפני פניות מיניות לא רצויות גם למי שבוחרת לנהוג כ"פרחה" – מתנגשים במוסכמות חברתיות המושרשות בישראל, שהוצגו בחלקן השני של הניתוח. האיסור של "מעשה מגונה" הקבוע בחוק העונשין אינו מציע התמודדות ערכית ברורה או אף ראשי פרקים לאלטרנטיבה ערכית סדורה למוסכמות האמורות. בהמשך לכך, השיח הציבורי בפרשת רמון, כמו גם הטיפול המשפטי בה, לא השכילו להציג, להבהיר או לחדד את משמעותו הערכית של כבוד אדם וחיה, ולא השכילו להתמודד עם המוסכמות הרווחות, המוכרות והשגורות.

אציג כל אחת מתובנות אלה ביתר פירוט.

1. חזות המוסרנית של האיסור הפלילי והתנגשותו (לכאורה) במוסכמה הליברלית עצם שמו של האיסור הפלילי של "מעשה מגונה" מקשר אותו עם השיח המוסרני, אשר מייחס גנאי להתנהגויות מיניות "מכוערות" או "תאוותניות". ואכן, הפרשנויות השמרניות לאיסור "מעשה מגונה" שהוצגו בחלקן הראשון של הניתוח¹²², קובעות כי ישנם מעשים מיניים שהם "מכוערים" במהותם (בעצם המעשה המיני או בתאווה המניעה אותו), והם שונים מהותית ממעשים מיניים "סבירים", "רגילים" ו"מהוגנים" של אנשים מן היישוב. גישה זו נהנית ללא ספק מתומכים בקרב מיעוטים שמרניים גדולים בישראל, אך לא בקרב השדרות הרחבות של ה"מיינסטרים" הישראלי (ובוודאי זה היהודי). ההפך הוא הנכון: בציבור המרכזי הרחב, השיח השמרני המוסרני מעורר התנגדות עמוקה וגורפת, במיוחד בקרב מי שמחויבים לאידאולוגיה הליברלית, לרבות הליברלית הקיצונית. בקרב אלה, כל העמדה לדין הנתפסת כפוגעת בחופש הביטוי המיני מעוררת תגובה שלילית.

העמדתו לדין של רמון בגין "מעשה מגונה" נתפסה על ידי ישראלים רבים כהתערבות פטרנליסטית ומוסרנית בחופש המשא ומתן המיני. בשל שמו של האיסור הפלילי, הניחו רבים, כמובן מאליו, שמשמעותו המשפטית היא זו שהוצעה בעבר על ידי הפרשנות השמרנית. הבלבול העמיק עם פרסום פסק הדין, בין השאר משום שבית המשפט, ברטוריקה השיפוטית שלו, בחר להבנות את המתלוננת בדמות "בתולה כשרה" ולהגן עליה כעל אישה מהוגנת, צנועה והדורת כבוד שתומתה נפגעה¹²³. נכון אמנם שבית המשפט קיבל את העדויות שהדגישו את טבעה המשתובב וקל הדעת של המתלוננת¹²⁴, וגם הזכיר בכמה מילים כי איסור

122 כמו הפרשנות שנוסחה בשנות החמישים של המאה העשרים באנגליה ובוטאה על ידי השופט דב לרין בעניין פליישמן, לעיל ה"ש 63.

123 "אנו קובעים, שהמתלוננת לא פלירטה עם הנאשם, לא יזמה את הנשיקה ולא הסכימה לה [...] דבר מדברי הבלע שכוונו כלפיה לא היה בו אמת. מדובר בצעירה איכותית, ישרה, לא 'פלטטנית' ולא קלת דעת". עניין רמון, לעיל ה"ש 2, פסקאות 94–95.

124 "המתלוננת היא בחורה פתוחה, היא קלת דעת מבחינת איך שהיא מדברת עם אנשים [...]"

המעשה המגונה נועד להגן על כבוד האדם¹²⁵, אולם באותה נשימה הוא עמד גם על כך שהמתלוננת לא הייתה צעירה קלת דעת, וגם על כך שהאיסור הפלילי הנדון קשור ב"צניעות", ב"מוסריות" וב"הגיונות"¹²⁶. התעקשותו זו של בית המשפט על "תומתה" של המתלוננת נתפסה על ידי רבים בציבור כלא משכנעת, נוכח התצלום שבו נראתה המתלוננת קבל עם מחבת בשתי ידיה את בטנו של הנאשם. הרטוריקה השיפוטית נתפסה כמיועדת לייצר למתלוננת בכוח דמות של "בתולה כשרה", ולפרוש על תומתה הגנה מוסרנית. התעקשות שיפוטית זו, יחד עם ההתייחסות המפורשת ל"מוסריות" ול"צניעות", חיזקו את הרושם שההליך המשפטי בעניין רמון מבטא ומנציח ערכים שמרניים, מוסרניים, ארכאיים וכלתי ליברליים. במקביל, הימנעותו של בית המשפט מאפיון המתלוננת כמי ש"בא לה שטויות ולא בא לה עליו", והימנעותו מהדגשת ערכי כבוד האדם, פירוטם, פירושם והבהרתם, הקשו על הציבור לזהות שעניינו של ההליך המשפטי הוא הגנה על כבודה הסגולי וכבוד מחייתה של המתלוננת כאדם אוטונומי¹²⁷.

2. חדשנותו של כבוד אדם וחיה בהקשר ההתנהגות המינית וההכרח לפרשו ולבארו למעשה, כפי שחלקו הראשון של המאמר מבהיר, הפרשנות השמרנית-המוסרנית לאיסור "מעשה מגונה" לא התקבלה באנגליה או בישראל. הפרשנות המשפטית שהתקבלה ונוהגת, ללא עוררין, הן באנגליה והן בישראל היא דווקא זו הקובעת כי כל מעשה היכול להתפרש כמיני יכול להפוך ל"מגונה" ולאסור – אם הוא מתבצע ללא הסכמת נמענו. "גנותו" של המעשה אינה בעצם מיניותו או בסוג מיניותו – אלא בכפייתו על הזולת ללא רצונו והסכמתו. ההתמקדות בהסכמתו של הנמען משמעה כי בניגוד למשתמע משמה של העברה, הערכים המוגנים על ידיה הם כבוד האדם, חירותו, פרטיותו, זכותו על גופו וזכותם של בני אדם לשוויון זכויות בכל ההיבטים הללו. לכן במתכונתו השיפוטית, איסור "מעשה מגונה"

לא בצורה מינית אבל בדרך חברית, סוג של תמימות לדעתו". עניין רמון, לעיל ה"ש 2, פס' 13.

125 "המכנה המשותף לשלוש המטרות [המגדירות מעשה מגונה – גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים] מצוי בתכלית של הגנת כבודו, פרטיותו וצניעותו של הקרבן". עניין רמון, לעיל ה"ש 2, פס' 42.

126 בית המשפט קבע כי האיסור של "מעשה מגונה" מתפרש לאור תפיסות של מוסר מיני וצניעות הנוהגות בחברה: "השקפת החברה גם קובעת אם מעשה ייחשב בעיניה כמעשה אשר יש בו, על פניו, אלמנט של מיניות גלויה ואשר לפי אמות המידה שלה ייחשב לא הגון, לא מוסרי ולא צנוע". שם.

127 בית המשפט בעניינו של רמון יכול היה להימנע מההכרזה שהמתלוננת לא פלירטה עם הנאשם, ולהסתפק בקביעה כי בין שפלירטה עמו קלות ובין שלא, לא היה שום בסיס לחשוד שהסכימה להחרת לשונו לפיה. הוא יכול היה להסביר בפירוט מדוע החרת לשון לפיה, בלא שהביעה הסכמה, פוגעת בזכויותיה שלליטה בגופה, לפרטיות, לחירות ולכבוד האדם. עמדה כזו הייתה מבארת את ערכי כבוד האדם ואת פמיניזם אדם וחיה ומדיפה פחות ניחוח של צניעות, מוסרנות והדרת כבוד נשית מסורתית.

הקבוע בחוק העונשין קרוב מאוד ברוחו לחוק למניעת הטרדה מינית. כלומר הוא שייך לשיח הכבוד הסגולי וכבוד המחיה, ועולה בקנה אחד עם פמיניזם כבוד אדם וחווה. משמעות הדבר היא כי האיסור של "מעשה מגונה" אינו מוסרני ואינו מחויב לצניעות או להדרת כבוד גברית או נשית. הוא מגן על זכותו של כל אדם ועל זכותה של כל אישה, בין שהיא חסודה ובין שהיא "חופשית" בהתנהגותה, שלא לסבול התנהגויות מיניות לא רצויות. עמדה זו שוללת את ההבחנה בין "הבתולה הכשרה" הצנועה והטהורה לבין "הפרחה" המשתובבת, ומגנה על שתיהן באותה המידה.

בית המשפט בפרשת רמון לא סטה מגישה שיפוטית הגמונית זו, אלא קיבל אותה והחילה. עם זאת, הוא לא השכיל להבהיר באופן חד ומדויק, וודאי שלא לנמקה במידה שנדרשה כדי להתמודד עם המוסכמות החברתיות הרווחות, שפמיניזם כבוד אדם וחווה מתנגש בהן.

הגישה השיפוטית ההגמונית, המבטאת את ערכי כבוד האדם ועולה בקנה אחד עם פמיניזם כבוד אדם וחווה, מרחיקה את המגזרים השמרניים, שכן היא אינה מוסרנית ואינה מחויבת להדרת כבודן של נשים צנועות. בנוסף, היא מעצימה את החשדנות כלפי המתלוננות על מעשים מגונים; חשדנות הגלומה באשכול המוסכמות הפטריארכליות בדבר חוסר אמינותן של מתלוננות על פגיעות מיניות בהן. שכן לפי הגיון של מוסכמות אלה, אם החוק ושופטיו שוב אינם מבחינים בין "בתולות כשרות" לבין "פרחות", והם מתירים ל"פרחות" להתלונן ולהעיד על התייחסויות מיניות לא רצויות — משמע שוויתרו על מסננת המהוגנות המינית של מתלוננות, ובכך גם על דרישת סף של אמינותן כעדות. לכן מעתה כל מתלוננת חשודה שהיא "פרחה" ושעדותה אינה אמינה.

במקביל, כפי שעולה משלל המוסכמות שתוארו בחלקו השני של המאמר, הגישה המשפטית ההגמונית בנוגע ל"מעשה מגונה" מתנגשת גם עם מוסכמותיו של ה"מיינסטרים" הישראלי שאינו שמרני. היא מתנגשת עם המוסכמה הפטריארכלית הוותיקה שעל פיה הגבר הכובש זכאי ל"רחם רחמתיים" לראשו, ואילו האישה מצופה לקבל עליה בהשלמה את הדין (למרות דמעותיה בהתייפחות שקטה "רק לא זקן, רק לא זקן"). היא מתנגשת גם עם הגישה הישראלית המצ'ואיסטית, שעל פיה גבר ישראלי זכאי — ואף מצופה ונדרש — להוכיח את "צעירותו", גבריותו, אוננו והדרת כבודו בפעילות מינית בוטה ("סימן שאתה צעיר"), ואילו האישה הישראלית מצופה — בשתיקה — לאפשר לו זאת ("מוסכמת ספינת הבנות"). הגישה השיפוטית המחילה את ערכי כבוד אדם וחווה מתנגשת גם עם מיתוס השוויון המגדרי הישראלי, שעל פיו האישה הישראלית ה"ג'דה" אינה זקוקה להגנתו הפטרנליסטית של החוק מפני "צלופחים ארוכי זרועות", וכמובן גם עם הגישה הליברלית הקיצונית המתנגדת לשיטור, למשמוע ולבחינה של פעילות מינית כלשהי. כדי להתמודד עם כל המוסכמות המושרשות הללו, על השיח המשפטי לפרש, לפרט, לנמק ולבאר את ערכי כבוד אדם וחווה. לשונו הלקונית

של החוק אינה מרימה נטל זה, וגם רבים מפסקי הדין אינם משכילים לעשות זאת. כך קרה גם בפרשת רמון.

בפרשת רמון חברו יחדיו כל המוסכמות הנדונות ושימשו בשיח הציבורי ובחקשורת בערכוביה. ליברלים מובהקים כמו אמנון רובינשטיין, שולמית אלוני ויעל דיין התקוממו על ההליך הפלילי בשם חופש הביטוי המיני וראו בהעמדה לדין ובהרשעה הגבלה פוריסטית של חופש הביטוי והאוטונומיה המינית המקודשת. הם תיבלו את סלידתם הליברלית-הקיצונית מפטרנליזם זה בעמידה על הדרת כבודה של האישה הישראלית החזקה, שאינה זקוקה להגנתו האבירית החונקת והדכאנית של ממסד אכיפת החוק¹²⁸. עמדות אלה – שכרכו יחדיו ליברליזם קיצוני, התנגדות למוסרנות ותמיכה במיתוס השוויון – שימשו גם חלקים לא מבוטלים בציבור אשר נזעקו להגן על המצ'ואיזם הישראלי ועל המוסכמה הפטריארכלית הוותיקה. בפייהם של רבים, השיח הליברלי, הבזז למוסרנות ומס השפתיים לשוויון המגדרי ולעצמאות המיתולוגית של האישה הישראלית, חיפו על מאבק להגן על "חופש הציד" הגברי (רבות ה"טוקבקים" שנשפכו כמים סביב פרשת רמון בעולם הווירטואלי סיפקו דוגמות לאי-ספור לגישה זו). לנוכח כל אלה, לשונו הלקונית של החוק (איסור "מעשה מגונה"), פסק הדין בעניינו של רמון והשיח הציבורי שהתנחשל סביבו לא הבהירו די הצורך את הגיון כבוד אדם וחור, היגיון אשר מחייב את העמדתו לדין והרשעתו של מי שדוחף את לשונו לפיו של הזולת ללא הסכמתו של זה. לשון החוק, פסק הדין והשיח הציבורי בוודאי לא הבהירו את הגיון כבוד אדם וחור במידה הנחוצה כדי להתגבר על כל המוסכמות החברתיות שהוזכרו¹²⁹.

ה. חלק רביעי: "הצגת תחליף" – הצעת החוק למניעת כפייה מינית

הדיון בחלק השלישי, ביחד עם הדיון המשפטי המשווה בחלק הראשון, מובילים למסקנה כי החלת הנורמה המשפטית כפי שהיא מוגדרת באיסור הפלילי של "מעשה מגונה" מעוררת קשיים, שכן היא מתנגשת במקבץ של מוסכמות חברתיות

128 היהיו שיצרו בין ההעמדה לדין על "מעשה מגונה" לבין הוראות החוק למניעת הטרדה מינית והתייחסותם הלא מדויקת לחוק זה, הדביקו לאחרון את אותה תווית של מוסרנות פוריסטית שהדבקה לאיסור של "מעשה מגונה".

129 עם זאת, מן ההכרח להזכיר כי כנגד נציגיהן של המוסכמות החברתיות האמורות התייצבו חלקים גדולים של מערכת המשפט ובמיוחד מערכת אכיפת החוק – מערכות המחויבות לעולם הערכים הנגזר מכבוד האדם וחירותו. שופטים בדימוס, פרקליטים ובראש ובראשונה היועץ המשפטי לממשלה, מנחם מזוז, ייצגו בשיח הציבורי את עמדת כבוד האדם של מערכת המשפט בכלל ואת מערכת אכיפת החוק בפרט. לצדם ניצב אותו פלח של הציבור הישראלי אשר הפנים ואימץ מערכת ערכית זו או את פמיניזם כבוד אדם וחור. קולות, כמו אלה של משה נגבי וגבי גזית, ביטאו עמדה זו בחקשורת ההמונים. קשה להעריך את ממדיו של פלח הציבור ששפט את פרשת רמון דרך פריזמת כבוד האדם ודרך פמיניזם כבוד אדם וחור, אך מסקרי דעת קהל דומה כי שיעורו היה גדול יותר בקרב צעירות וצעירים בישראל מאשר בקרב שכבות גיל מבוגרות יותר.

תרבותיות ורוחות. הניתוח מעלה כי קושי אחד קשור בשם האיסור – "מעשה מגונה" – אשר מטעה לחשוב כי הוא מבטא ערכים מוסרניים. שאר הקשיים קשורים לא בנוסחו החקוק של האיסור, אלא דווקא ברציונל ששיוותה לו הפסיקה, רציונל המושתת על כבוד אדם ותוה. כאמור, מוסכמות רבות אשר ורוחות בחברה הישראלית מתנגשות בערכי כבוד אדם וחיה ומסכלות את התקבלותם; החוק עצמו, פסקי הדין (לרבות זה שבפרשת רמון) והשיח הציבורי אינם משכילים להציג ערכים פרוגרסיביים אלה, לבארם ולנמקם כך שיוכלו להתמודד בהצלחה עם המוסכמות הרווחות. במילים פשוטות, הניתוח בחלק השלישי העלה שיש להתמקד בשתי נקודות: (1) החלפת הביטוי "מגונה" בביטוי שלא מקושר עם מוסרנות; (2) הבהרה מפורשת בחוק ובפסיקה כי האיסור הפלילי של "מעשה מגונה" נגזר מן ההגנה על ערכי כבוד אדם וחיה, והצגה של מערכת ערכית זו באופן קוהרנטי ומשכנע.

לאור זאת, דומה שמן הראוי ללכת בדרך שבה הלכה שיטת המשפט האנגלית בשנת 2003 ולנסח מחדש, באופן עדכני ומדויק, את האיסור של כפייה מינית שאדם כופה את עצמו על הזולת ללא הסכמתו של זה. יש לבחור בקפידה את הרטוריקה ההולמת, ולהימנע מניסוחים מטעים בעלי קונוטציות מוסרניות וארכאיות.¹³⁰ בדומה לרפורמה האנגלית, מן הראוי להגדיר את האיסור של "מעשה מגונה" במסגרת ניסוח מחודש של כל פרק עברות המין בחוק העונשין. יש להבהיר את הקשר המדויק בין איסור כפייה מינית, שאדם כופה את עצמו על הזולת ללא הסכמתו של זה, לבין האיסורים של פגיעות מיניות אחרות המוכרות לציבור (כמו אונס). יש לנסות ולהגדיר, ככל שאפשר, מה יכול להיחשב כהסכמה של אדם למגע מיני של הזולת ומה לא. יש לבחון ביסודיות מהו היסוד הנפשי ההולם כל עברה וכל רכיב מרכיביה. ואולי חשוב מכול, בהקשר הנדון כאן, יש לקבוע בבירור מהם הערכים שעליהם באים איסורים אלה להגן, ולבאר את הדברים ביתר פירוט בדברי ההסבר.

בשנת 2005 הניחה חברת הכנסת אתי לבני על שולחן הכנסת השש-עשרה את הצעת החוק למניעת כפייה מינית.¹³¹ בשנת 2006 שבה חברת הכנסת זהבה גלאון והניחה הצעת חוק זו על שולחנה של הכנסת השבע-עשרה.¹³² הצעת החוק נועדה להסדיר מחדש, ברוח עדכנית וקוהרנטית, את העברות המיניות בישראל. בהתאמה עם מסקנתו הראשונה של הדין בחלקו השלישי של המאמר, הצעת החוק נמנעת מביטויים מוסרניים ארכאיים (כמו "מגונה"), וגם מביטויים שההיסטוריה המשפטית

130 כפי שעולה מן הביקורת שנמתחה על החקיקה האנגלית בחלקו הראשון של המאמר, ראוי להימנע מן השימוש בביטוי הבעייתי "תקיפה" (מינית).

131 הצעת החוק למניעת כפייה מינית, התשס"ה–2005, ה"ח 3629. חברת הכנסת לבני הייתה באותה העת יו"ר הוועדה לקידום מעמד האישה. על הצעת החוק הפרטית היו חתומים כל חברי סיעת שינוי. ההצעה נתמכה על ידי המרכז הישראלי לכבוד האדם, שדולת הנשים בישראל ואיגוד נפגעות תקיפה מינית.

132 הצעת החוק למניעת כפייה מינית, התשס"ו–2006, ה"ח 842. על ההצעה חתומים גם אבשלום וילן וגדיה חילו.

חושפת את הבעייתיות הטמונה בהם (כמו "תקיפה"). היא אינה משתמשת במושגים בעייתיים נוספים המופיעים היום בחוק העונשין כמו "מעשה סדום" (ביטוי המתייחס היום לחדירה אנאלית, ומדגיש את "רשעותה" בת המוות), וכמו "בעילה" (מילה המציינת כיום חדירה וגנילית, ומדגישה כי בחדירה לגופה של אישה, גבר קונה לו בעלות בגופה)¹³³. במקום אוצר המושגים הבעייתיים הללו, כונתה ההתנהגות המרכזית שאוסרת הצעת החוק — "כפייה מינית". ביטוי זה, שאינו מדיף מוסרנות (ושגם אינו מסתבך עם ההיסטוריה המשפטית של המילה "תקיפה"), נועד להבהיר כי הרציונל של האיסור הפלילי של מעשים מיניים מסוימים נעוץ בכך שהם נעשים באופן חד-צדדי וללא התחשבות ברצונות הצד האחר ובזכויותיו על גופו; לא בשל היותם "מגונים" בתאונות המינית שבהם, בפרקטיקה המינית שהם מבטאים או מכל סיבה מוסרנית אחרת. כבר במונחיה, הצעת החוק מבהירה אפוא שכפייה מינית היא שלילית ואסורה כיוון שיש בה שימוש במין, במיניות, באיברי מין וברגישויות מיניות כדי לאפשר לאדם אחד לכפות את עצמו על זולתו ללא הסכמתו של זה.

בנוסף לכך, בהתאמה עם מסקנתו השנייה של הדיון בחלקו השלישי של המאמר, הצעת החוק מפרשת באופן הצהרתי וחגיגי את הערכים שעליהם נועדה להגן. כדי להדגיש מהם הערכים שכפייה מינית פוגעת בהם, הצעת החוק פותחת (מיד לאחר סעיף ההגדרות) בסעיף מטרה (סעיף 2 להצעת החוק) המכריז כי "מטרתו של חוק זה לאסור כפייה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים". זהו נוסח הסעיף שנקבע בשנת 1998 בחוק למניעת הטרדה מינית. רציונל ערכי מוצהר זה מבהיר כי החוק מחויב לערכי כבוד אדם וחווה, על כל המשתמע מהם. בכך הוא קובע באופן החלטתי מהם הערכים שמדינת ישראל בוחזת בהם, בהקשר של אינטראקציה מינית בין פרטים, ומהם הערכים שאינם זוכים למעמד זה (למשל ערכים פטריארכליים, מוסרניים ופוריטניים, וערכים ישראליים מצ'ואיסטיים).

אף שבחירה ערכית זו מתנגשת בשלל מוסכמות נוהגות (שתוארו בחלקו השני של הניתוח הרב-ממדי במאמר זה), החלטיותה ובהירותה משדרות מסר ברור ופחות פתח לדיון ציבורי ולהשתנות תהליכית מודעת. סעיף מטרה זה מבהיר כי השתררותו של אדם על זולתו באמצעים מיניים — בין שהדבר נועד להסב לו הנאה מינית, בין שהוא נועד להאדיר את הדרת כבודו ובין שיש בכך להשפיל את הקרבן — פוגעת בוודאי בכבוד מחייתו של הקרבן, ולעתים גם בכבודו הסגולי. התנהגות כזו פוגעת בזכותו של הקרבן לפרטיות, לבחירה חופשית בתחום המיני ולמימוש עצמי אוטונומי על פי נטיותיו, תשוקותיו, שאיפותיו וחלומותיו, ללא כורח וללא מורא. נשים, כבנות אדם וחווה, נהנות מכלל זכויות אדם בסיסיות אלה באופן מלא, לא פחות מגברים, וזוהי משמעות ההתייחסות לערך השוויון בהקשר

133 לדיון במושגים בעייתיים אלה ראו אורית קמיר "ואם בעל — קנה: טרמינולוגיה 'בעילה' בעבירות המין בשיח המשפטי הישראלי" פלילים 121 (1998).

זה. דברי ההסבר שינוסחו להצעה, אם תידון, צריכים להבהיר כל זאת בפירוט, לשימוש הפרשני של שופטים ולצורכי השיח הציבורי הרחב.

כיוון שהצעת החוק אינה מוכרת לציבור, אציג כאן כמה מרכיבים מרכזיים שלה¹³⁴. כיוון שההצעה ממשיכה להידון בקרב משפטניות ופעילות גם לאחר שהונחה על שולחן הכנסת, לא אתייחס לנוסח זה כי אם לנוסח המעודכן הנמצא בידי בשעת כתיבתו של מאמר זה.

סעיפו המרכזי של החוק המוצע אוסר "כפייה מינית". סעיף זה מנסח מחדש את האיסור הפלילי של "מעשה מגונה", והופך אותו לאבן היסוד של החוק. הסעיף החדש המוצע (סעיף 3(א) להצעת החוק) קובע כי: "כפייה מינית היא שימוש בגופה של אישה או בנוכחותה לשם גירוי או סיפוק מיני של המבצע או אדם אחר, או תוך ביזוי והשפלה מיניים של האישה, בין שנעשה שימוש בכוח ובין שלא". סעיף ההגדרות (סעיף 1) מבהיר ש"אישה" – לרבות "איש". כלומר אף שהחוק מכיר בכך ומצהיר על כך שנשים הן הקרבנות העיקריים של מעשי כפייה מינית, הוא מציע הגנה לכל אדם ללא הבדל מין. עוד מבהיר סעיף ההגדרות מהו "שימוש בגופה של אישה או בנוכחותה":

"התנהגות מינית חד צדדית שאינה מתחשבת בטובתה של האישה, בזכויותיה או ברצונותיה. פעולה מינית הודית המתרחשת לרצונם של המעורבים בה אינה שימוש בגופה של אישה או בנוכחותה. שימוש בגופה או בנוכחותה של אישה יכול להתקיים גם אם האישה השתתפה בפעולה המינית באופן פעיל, אך לא מתוך הסכמה חופשית לעשות כן".

סעיפו המרכזי של החוק המוצע מבחין אפוא בין שני סוגי התנהגויות: הסוג האחד מכיל התנהגויות בעלות אופי מיני שהן הדדיות, מתרחשות בהתאם לרצונם החופשי של הצדדים המעורבים בהן ומבטאות התחשבות הדדית בטובתם של כל הצדדים המעורבים, בזכויותיהם וברצונותיהם. סוג זה של התנהגויות מיניות הוא לגיטימי, והחוק הפלילי אינו חל עליו¹³⁵. התנהגויות הבאות בגדר סוג זה מוגנות על ידי זכות האדם לכבוד, לחירות, לפרטיות ולשוויון. הן שייכות לצנעת הפרט, ויד החברה והחוק אינה צריכה להגיע אליהן, זאת בין שהן הטרוסקסואליות, הומוסקסואליות או לסביות; בין שהן "רומנטיות" או מזדמנות; בין שהן מכילות מעשים מיניים "נורמטיביים" ובין שהן מכילות מעשים מיניים "תריגים"¹³⁶.

134 הצעת החוק נולדה בעקבות המאמר אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן: עבירת האיניוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם" משפט וממשל 669 (2004). לפירוט מלא של הביקורת על עברת האיניוס ועל עברות מין נוספות במתכונתן הנוכחית, ושל הרציונל לחקיקה חדשה – ראו שם.

135 חריג לכלל זה הוא כאשר אחד הצדדים למגע המיני צעיר מכדי שהחוק ייחס לו יכולת לרצון חופשי תקף לקיים מגע מיני. סעיף 9 להצעת החוק מגדיר מגע מיני כזה "צ'לני" ואוסרו.

136 בשלב זה איני מתיימרת להציע תשובה לשאלת יחסים מיניים סאדו-מזוכיסטיים הגוררים פגיעה ממשית באחד הצדדים. סוגיה זו מחייבת מחשבה יסודית.

הסוג האחר מכיל התנהגויות בעלות אופי מיני שאינן מבטאות התחשבות בטובתו, בזכויותיו או ברצונותיו של אחד הצדדים, והן אינן מתרחשות באופן הדדי בהתאם לרצונם של כל המעורבים. התנהגויות הבאות בגדר סוג זה, ורק התנהגויות אלה, הן ההתנהגויות שעליהן חל החוק למניעת כפייה מינית. התנהגויות אלה פוגעות בערכים המוגנים על ידי החוק (הקבועים בסעיפו השני): בכבוד האדם, בחירותו, בזכותו לפרטיות ולשוויון, והן מצדיקות התערבות חברתית לשם מניעת כפייה מינית של אדם על זולתו. התנהגויות מסוג זה מכוננות על ידי הצעת החוק "שימוש" באדם אחר, וזאת במטרה להבהיר ולהדגיש שמה שמייחד אותן הוא שהן "מחפצנות" אדם, כלומר מתייחסות אליו כאל אובייקט לשימוש של המשתמש. בכך הן פוגעות בעקרון היסוד של היות כל אדם סובייקט אוטונומי וחופשי, כלומר הן קוראות תיגר על כבודו הסגולי של האדם (dignity). המילה "שימוש" נועדה להבהיר כי האיסור שהצעת החוק קובעת אינו על פרקטיקות מיניות כאלה או אחרות, אלא על "חיפצון" של אדם, כלומר על דה-הומניזציה שלו, התייחסות אינסטרומנטלית אליו, שאינה מכירה באנושיותו ובערכה המוחלט של אנושיות זו. כאשר אדם "משתמש" באדם אחר באופן מיני, הוא הופך אותו לאובייקט מיני ומתעלם מאנושיותו ומהאוטונומיה הטבועה בה. את זאת נועד החוק המוצע למנוע.

סעיפו המרכזי של החוק המוצע, המגדיר "כפייה מינית", מתייחס אך ורק להתנהגויות מן הסוג השני שתואר: התנהגויות שיש בהן חיפצון של אדם אחד בידי אדם אחר. לגבי התנהגויות אלה, החוק המוצע מחיל איסור דומה לזה הקבוע היום בחוק העונשין בנוגע ל"מעשה מגונה": האיסור להשיג גירוי או סיפוק מיניים באמצעות אדם אחר, או לבזות אדם מינית, כאשר הדבר נעשה בחוסר התחשבות באותו אדם וברצונו. כלומר, סעיפו המרכזי של החוק המוצע קובע ש"כפייה מינית" היא שימוש באדם (התייחסות אליו כאל חפץ נטול עצמיות לשימוש המיני של הפועל) כאשר הפועל עושה זאת לשם השגת גירוי או סיפוק מיני (של עצמו או של אדם אחר) או תוך ביזוי והשפלה של מושא ההתנהגות.

בשונה מהגדרת "מעשה מגונה" בחוק העונשין כיום, הגדרת "הכפייה המינית" אינה מתייחסת להסכמתה של מושא ההתנהגות הנדונה. זאת משום שבחוק המוצע המעשה הופך לכפייה מינית מעצם כך שהוא מכיל חיפצון, דה-הומניזציה של אדם ושימוש בו כאובייקט לשם השגת גירוי או סיפוק מיניים, או תוך כדי ביזוי והשפלתו. "הסכמה" היא יסוד משפטי בעייתי, אשר מטיל נטל ראיתי כבד על נפגעת הכפייה המינית, ומציב אותה בעמדת התגוננות, כאילו הייתה היא הנאשמת.¹³⁷ הגדרת הכפייה המינית ללא הזקקות לבחינת הסכמתה של הנפגעת, הופכת את ההתנהגות לאובייקטיבית, מבחינה משפטית, ומקלה על הנפגעת את החקירה הנחוות על ידיה, לעתים קרובות מדי, כ"אונס שני".

137 לדיון מפורט ראו קמיר יש סקס אחר, לעיל ה"ש 135.

עם זאת, החוק המוצע אינו מבקש להיות פטרנליסטי במידה הפוגעת בזכותו הלגיטימית של כל אדם (בוגר וחופשי מלחצים) לבחור לעצמו מגעים מיניים, גם אם הם מתעלמים מאנושיותו ואף אם הם משפילים ומבזים אותו. בהחלט ייתכן מצב שבו אישה בוגרת, חופשייה מלחץ או כפייה ואחראית למעשיה, תסכים, מסיבות שונות, למגע מיני שבמסגרתו אדם אחר אינו מתחשב ברצונותיה או בזכויותיה, מתייחס אליה כאל חפץ מיני ומשתמש בה כדי להשיג גירוי או סיפוק מיניים שלו או של אדם אחר. אישה יכולה להסכים למגע כזה באופן חד-פעמי או מתמשך, עם בן הזוג שלו היא נשואה או עם כל גבר אחר. היא יכולה להסכים לכך מטעמים דתיים, כלכליים, ארוטיים או אחרים, על פי מיטב הבנתה והגדרתה העצמית. בתוך כך, מן ההכרח להבטיח שקטינה, או אישה השרויה במצב שבו היא אינה יכולה להביע הסכמה חופשית לחיפצונה, לא ייכפו "להסכים" על ידי מי שמבקשים להשתמש בהן מינית. הצעת החוק מבקשת להביא בחשבון את כל הגורמים והמצבים הללו. כדי להבטיח את זכותה של האישה הבגירה לחופש בחירה, כדי לא להפליל אדם שהשתמש באישה בגירה המסכימה לכך, ועם זאת כדי להגן על קטינות ועל נשים (לרבות גברים) במצבים מוחלשים, הצעת החוק מכילה הגנה הפוטרת מאחריות פלילית את מי שהשתמש באישה אשר הסכימה לכך בנסיבות לגיטימיות וראויות להכרה. סעיף 3(ב) להצעת החוק קובע:

3(ב) שימוש בגופה של אישה לא יהווה כפייה מינית אם התקיימו ארבעה אלה:

- (1) האישה בת 16 שנים בשעת המעשה, ואם מתקיים קשר של מרות, חינוך, טיפול או כפיפות בינה ובין הנאשם — היא בת 18 שנים;
- (2) האישה אינה חסרת ישע, או שרויה בעלפון, שכרות, סימום, חוסר הכרה, או כל מצב גופני, שכלי או נפשי שאינו מאפשר מודעות מלאה לשימוש המיני המבוצע בה או בנוכחותה, או הבעת הסכמה חופשית;
- (3) האישה אינה מטופלת נפשית על ידי אף אחד מן המשתתפים באירוע המיני ואינה מקבלת הנחיה רוחנית מאף אחד מהם; אם היה ביניהם בעבר קשר של טיפול נפשי או הנחיה רוחנית, הוא הסתיים שלוש שנים קודם לשימוש המיני;
- (4) האישה הביעה הסכמה חופשית לשימוש המיני בנוכחותה או בגופה.

כלומר, כאשר אישה היא מעל גיל 16, במצב נפשי, רגשי ושכלי תקין, והיא מסכימה הסכמה חופשית שאדם אחר יעשה בה שימוש מיני מחפצן — הצעת החוק מכבדת את בחירתה, והשימוש המיני המחפצן לא ייחשב "כפייה מינית".

כדי להבהיר באילו נסיבות אפשר לקבוע שאישה הסכימה באופן חופשי שייצשה בה שימוש מיני אינסטרומנטלי-מחפצן, ובאילו נסיבות אי-אפשר למצוא הסכמה חופשית, הצעת החוק מפרטת, במידת האפשר, מהי "הסכמה חופשית" בהקשר זה ומתי אי-אפשר לטעון שהתקיימה. סעיף ההגדרות (סעיף 1) מבהיר כי "הסכמה חופשית" היא:

"הסכמה מודעת וולונטרית להתנהגות הנדונה באופן בו בוצעה, שאינה מושפעת מפחד, ממצוקה או מטשטוש חושים; הסכמה חופשית אינה יכולה להנתן על ידי אדם השרוי בעילפון, שכרות, סימום, חוסר הכרה, או כל מצב גופני, שכלי או נפשי שאינו מאפשר מודעות מלאה, שיקול רציונלי וקבלת החלטות".

סעיף 4 להצעת החוק קובע:

4. (א) לעניין חוק זה, לא הובעה הסכמה חופשית, בין השאר, אם התקיים אחד מאלה:

- (1) ההסכמה הובעה במילים או בהתנהגות של אדם שאיננו האישה בה נעשה השימוש המיני;
- (2) הבעת ההסכמה הושגה באמצעות הפעלת לחץ, לרבות על ידי שימוש לרעה ביחסי אמן, כוח או סמכות מכל סוג שהוא;
- (3) האישה הביעה, בין במילים ובין בהתנהגות, העדר הסכמה לשימוש המיני בה;
- (4) לאחר שהסכימה לשימוש המיני בה, האישה הביעה, במילים או בהתנהגות, העדר הסכמה להמשך השימוש המיני בה;
- (5) האישה הביעה הסכמה למגע מיני הדדי ולא לשימוש מיני בה.

(ב) האמור בסעיף קטן (א) אינו רשימה סגורה.

(ג) נאשם על פי חוק זה לא יוכל להתגונן בטענה כי האמין שהאישה הביעה הסכמה חופשית לשימוש המיני בה, אם אמנתו של הנאשם צמחה:

- (1) מתוך כך שהנאשם הכניס את עצמו למצב של טשטוש חושים מלא או חלקי, למשל עקב צריכת סמים או אלכוהול, או
- (2) הנאשם לא נקט צעדים סבירים, בנסיבות כפי שהיו ידועות לו בעת ההתרחשות הנדונה, לוודא שהאישה אכן הביעה הסכמה חופשית לשימוש המיני בה.

סעיף קטן (ג) של סעיף 4 חשוב במיוחד. בהשראת החקיקה הפרוגרסיבית בקנדה ובאנגליה, הוראה מוצעת זו שוללת את הגנת ה"טעות" ממני שטעה לחשוב שאישה הסכימה לשמש לו כחפץ לשימושו המיני, וטעותו נבעה מכך שהוא הכניס את עצמו למצב שתוי או מסומם, או מכך שהוא לא בדק באופן סביר אם האישה

אכן מסכימה שהוא ישתמש בה כחפץ לשימוש המיני. במילים אחרות, הצעת החוק מציעה לכל אדם העומד לקיים קשר בעל אופי מיני עם אדם אחר לברר באופן סביר (1) אם האדם האחר מעוניין במגע מיני הדדי עמו, ואם לא; (2) אם האדם האחר מסכים שהוא ישתמש בו כחפץ מיני. אם האדם האחר מעוניין לקיים עמו מגע מיני הדדי – החוק, שעניינו כפייה מינית ולא יחסים בהסכמה, לא חל¹³⁸. אם האדם האחר מוכן שישתמשו בו כחפץ לשימוש מיני (בהתאמה עם הוראות סעיף 4 לגבי הבעת הסכמה חופשית) לא תהיה זו כפייה מינית. אך אם עקב הטשטוש שהפועל הכניס את עצמו אליו, או מאחר שלא טרח לבדוק כיצד מרגיש האדם האחר בנוגע למגע המיני ביניהם, הפועל מקיים באדם האחר מגע מיני שהוא התנהגות חד-צדדית שאינה מתחשבת בטובת האחר, בזכויותיו או ברצונו, הרי המגע המיני הוא בבחינת כפייה מינית.

סעיפה החמישי של הצעת החוק מונה שורה של נסיבות מחמירות, אשר הופכות כפייה מינית לחמורה יותר. נסיבות אלה כוללות שימוש בכוח או באיומים, נשיאת נשק, פעולה בחבורה, ניצול יחסי מרות ועוד. סעיפה השישי של הצעת החוק קובע כי כפייה מינית הכוללת חדירה לגוף הקרבן מהווה אינוס. כלומר, כאשר אדם כופה את עצמו מינית על זולתו ובתוך כך חודר לגופו – הוא מבצע אינוס. כפייה מינית היא אפוא עברת היסוד של חוק העברות המיניות המוצע, ואינוס הוא מקרה פרטי חמור יותר שלה, כיוון שהוא כולל גם חדירה לגוף הקרבן. משמעות הדבר היא, בעצם, שחדירה לגופו של הקרבן היא נסיבה מחמירה, ההופכת כפייה מינית לכפייה מינית חמורה יותר. זאת, בין שהחדירה היא לנרתיק, לפי הטבעת או לפה¹³⁹. אפשר היה להסתפק בהגדרת חדירה לגוף כנסיבה מחמירה ולכנותה "כפייה מינית עם חדירה לגוף". ואולם הטאבו החברתי, המשפטי והתרבותי על אינוס הוא עתיק וחזק, וייתכן שיש מקום לשמר את הביטוי בהתייחס לכפייה מינית עם חדירה.

סעיף 7 להצעת החוק קובע שכפייה מינית היא עברה פלילית, וסעיף 8 קובע כי היא עוולה אזרחית. מתכונת זו משחזרת את מבנהו של החוק למניעת הטרדה מינית. מטרתה לאפשר לקרבן לבחור אם ברצונו לפתוח בהליך פלילי, או לנהל הליך אזרחי. כידוע, הליך פלילי מנוהל על ידי רשויות אכיפת החוק (המשטרה והפרקליטות), ולקרבן אין שליטה עליו. נטל הראיה בו גבוה במיוחד: כדי להביא להרשעתו של נאשם, יש לשכנע את בית המשפט באשמתו מעל לכל ספק סביר. הליך פלילי יכול להסתיים בהרשעה, שמשמעותה עונש (לעתים מאסר), ובסטיגמה חברתית. הליך אזרחי, לעומת זאת, נתון כולו בידי התובעת, ונטל הראיות כידוע קל יותר. אך הליך אזרחי יכול להוביל לפיצויים, ולא להוקעה חברתית ולענישה. יש

138 אלא אם כן הניצע צעיר מגיל 14, כאמור בסעיף 9 להצעת החוק.

139 כיום חדירה לפי הטבעת או החדרת איבר מין זכרי לפיו של אדם ללא הסכמתו, הם "מעשה סדום". הצעת החוק מבטלת את השימוש במושג מוסרני זה, כמו גם את ההבחנה בין אינוס למעשה סדום.

קרבת של עברות מין המבקשות לנהל הליך פלילי כדי להוקיע, לענוש ולהרתיע. יש שמעדיפות הליך אזרחי, שבמסגרתו אינן נתונות לחסדי המשטרה והפרקליטות. הצעת החוק מציעה לפתוח בפני קרבת עברות מין את שתי הדלתות, לבחירתן¹⁴⁰. עוד היא מציעה, שמי שבחרה במסלול האזרחי, הנזיקי, והוכיחה קיומה של כפייה מינית, תהיה זכאית לפיצוי ללא הוכחת נזק, שכן עצם הכפייה המינית היא נזק שיש לפצות עליו (סעיף של פיצוי ללא הוכחת נזק קבוע בחוק למניעת הטרדה מינית).

סעיף 9 להצעת החוק חורג מן הטיפול במעשים של כפייה מינית, ועוסק במה שהוא מכנה "התנהגות מינית נצלנית". הוראותיו מתייחסות למצבים שאינם בבחינת "שימוש בגופה של אישה או בנוכחותה", אלא למצבים שהם דווקא "התנהגויות מיניות הדריות". ואולם התנהגויות אלה מתקיימות בנסיבות בעייתיות: עם אדם צעיר מגיל 14, עקב הטעיה יסודית של אחד הצדדים לגבי מיהות הצד האחר או לגבי מהות המעשה, או עקב ניצול של יחסי מרות, תלות, טיפול, הנחיה רוחנית או השגחה. משום הנסיבות הבעייתיות הללו, הצעת החוק מפעילה חזקה שלפיה הצד החלש לא יכול היה להביע הסכמה חופשית להתנהגות המינית, ולכן מדובר בהתנהגות מינית נצלנית שהיא אסורה. כאמור, הוראות סעיף זה חורגות מהגישה של הצעת החוק, ותידרש עבודה מאומצת כדי לנסח הוראות אלה באופן המתיישב הן עם רוח הצעת החוק והן עם הרצון להגן על אנשים מפני מגעים מיניים נצלניים. הצעת החוק נוסחה מתוך מודעות למוסכמות הרווחות בחברה הישראלית, ובמטרה לתקשר עמן, להתמודד עמן ובמקרים מסוימים לקרוא עליהן תיגר ולשנותן. הניסוח הראשוני של ההצעה והנחתה על שולחן הכנסת היו צעדים התחלתיים. פרסום ההצעה כאן, לעיון ולדיון מקצועיים וציבוריים, הוא הצעד הבא. הצעת החוק היא חלקית, ומהווה שלד שצריך יהיה לעטות עליו בשר. המשך פיתוחה המקצועי וחקיקתה הם המסקנה הנגזרת מן הניתוח הרב-ממדי שהוצג כאן של פרשת רמון והשלכותיה¹⁴¹.

140 כיום לא קיימות עוללות נזיקיות מפורשות המתייחסות לכפייה מינית. עם זאת, אפשר לתבוע תביעה נזיקית בגין פגיעה מינית, אך נשים לא יודעות על כך וממעטות מאוד לעשות זאת.

141 אני מודעת לכך שההצעה להבחין בין מגעים מיניים הדריים ורצוניים לבין "שימוש בגופה של אישה או בנוכחותה" כבסיס לחקיקה מחודשת של עברות המין נשמעת לרבות ולרבים כמהפכנית מדי וכמרחיקת לכת. אני איני סבורה כך. אני מאמינה כי זו גישה חינוכית וקוהרנטית. אך אם נחזיק שלב ביניים, אפשר להשתמש בחלקים מן ההצעה כדי לנסח, בשלב ראשון, תיקון "שמרני" וקטן הרבה יותר. כך, אפשר לנסח איסור כפייה מינית, ולקבוע כי "כפייה מינית היא מעשה שנעשה לשם גירוי או סיפוק מיני של המבצע או אדם אחר, או תוך ביוזי והשפלה מיניים של אדם, בין שנעשה תוך שימוש בכוח או באיומים ובין שלא, וכלבד שלא ניתנה הסכמה חופשית של האדם שבו נעשה המעשה". "הסכמה חופשית" אפשר להגדיר כ"הסכמה מודעת וולונטרית להתנהגות הנדונה באופן שבו בוצעה, שאינה מושפעת מפחד, ממצוקה או מטשטוש חושים; הסכמה חופשית אינה יכולה להינתן על ידי אדם השרוי בעילפון, שכרות, סימום, חוסר הכרה, או כל מצב גופני, שכלי או נפשי שאינו מאפשר מודעות מלאה, שיקול רציונלי וקבלת החלטות". אפשר לאמץ את הקביעה שמעשה

נספח

הצעת חוק למניעת כפייה מינית, נוסח אפריל 2008

1. דרות — בחוק זה —
"אחראי על חסר ישע" — כהגדרת המונח בסעיף 368א לחוק העונשין, התשל"ז-1977¹⁴²;
"אשה" — לרבות איש;
"הסכמה חופשית" — הסכמה מודעת וולונטרית להתנהגות הנדונה באופן בו בוצעה, שאינה מושפעת מפחד, ממצוקה או מטשטוש חושים; הסכמה חופשית אינה יכולה להנתן על ידי אדם השרוי בעילפון, שכרות, סימום, חוסר הכרה, או כל מצב גופני, שכלי או נפשי שאינו מאפשר מודעות מלאה, שיקול רציונלי וקבלת החלטות;
"חסר ישע" — כהגדרת המונח בסעיף 368א לחוק העונשין, התשל"ז-1977¹⁴³;
"קרוב משפחה מדרגה ראשונה" — הורה, בן זוג של הורה, אח או אחות, לרבות חורגים ובני זוגם הנשואים, גיס וגיסה, סב וסבתא ובני זוגם, בן דוד או דודה ובת דוד או דודה ובני זוגם הנשואים;
"שימוש בגופה של אשה או בנוכחותה" — התנהגות מינית חד צדדית שאינה מתחשבת בטובתה של האישה, בזכויותיה או ברצונותיה; פעולה מינית הדדית המתרחשת לרצונם של המעורבים בה אינה שימוש בגופה של אישה או בנוכחותה. שימוש בגופה או בנוכחותה של אישה יכול להתקיים גם אם האישה השתתפה בפעולה המינית באופן פעיל, אך לא מתוך הסכמה חופשית לעשות כן.
2. טרה — מטרתו של חוק זה לאסור כפייה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים.
3. יייה
נית — (א) כפייה מינית היא שימוש בגופה של אישה או בנוכחותה לשם גירוי או סיפוק מיני של המבצע או אדם אחר, או תוך ביזוי והשפלה מיניים של האישה, בין שנעשה שימוש בכוח או באיומים ובין שלא.
(ב) שימוש בגופה של אשה לא יהווה כפייה מינית אם התקיימו ארבעה אלה:

מגונה הכולל חדירה לגוף הקרבן הוא אינוס, את רשימת הנסיבות המחמירות, את האיסור הפלילי וקביעת העוולה הנזיקית, והוראות נוספות.

142 ס"ח התשל"ז, עמ' 226.

143 ס"ח התשל"ז, עמ' 226.

- (1) האשה בת 16 שנים בשעת המעשה, ואם מתקיים קשר של מרות, חינוך, טיפול או כפיפות בינה ובין הנאשם — היא בת 18 שנים;
- (2) האשה אינה חסרת ישע, או שרויה בעילפון, שכרות, סימום, חוסר הכרה, או כל מצב גופני, שכלי או נפשי שאינו מאפשר מודעות מלאה לשימוש המיני המבוצע בה או בנוכחותה, או הבעת הסכמה חופשית;
- (3) האישה אינה מטופלת נפשית על ידי אף אחד מן המשתתפים באירוע המיני ואינה מקבלת מאף אחד מהם הנחיה רוחנית; אם היה ביניהם בעבר קשר של טיפול נפשי או הנחיה רוחנית, הוא הסתיים שלוש שנים קודם לשימוש המיני;
- (4) האשה הביעה הסכמה חופשית לשימוש המיני בנוכחותה או בגופה, באופן בו נעשה השימוש.

הבעת
הסכמה

4. (א) לעניין חוק זה, לא הובעה הסכמה חופשית אם התקיים אחד מאלה:
 - (1) ההסכמה הובעה במילים או בהתנהגות של אדם שאינו האשה בה נעשה השימוש המיני;
 - (2) הבעת ההסכמה הושגה באמצעות הפעלת לחץ, לרבות על ידי שימוש לרעה ביחסי אמון, כוח או סמכות;
 - (3) האשה הביעה, בין במילים ובין בהתנהגות, העדר הסכמה לשימוש המיני בה;
 - (4) לאחר שהסכימה לשימוש המיני בה, האשה הביעה, במילים או בהתנהגות, היעדר הסכמה להמשך השימוש המיני;
 - (5) האישה הביעה הסכמה למגע מיני הדדי ולא לשימוש מיני בה.
- (ב) האמור בסעיף קטן (א) אינו רשימה סגורה.
- (ג) נאשם על פי חוק זה לא יוכל להתגונן בטענה כי האמין שהאשה הביעה הסכמה חופשית לפעילות המינית הנדונה, אם אמונתו של הנאשם צמחה:
 - (1) מתוך כך שהנאשם הכניס את עצמו למצב של טשטוש חושים, למשל עקב צריכת סמים או אלכוהול, או
 - (2) הנאשם לא נקט צעדים סבירים, בנסיבות כפי שהיו ידועות לו בעת ההתרחשות הנדונה, לוודא שהאשה אכן הביעה הסכמה חופשית.

נסיבות
מחמירות

5. נסיבות מחמירות הן כל אחת מאלה:
 - (א) כאשר השימוש המיני נעשה בנוכחות אדם או אנשים אחרים;
 - (ב) כאשר המבצע או מי מן הנוכחים נושא כלי נשק או שהוא או מי מן הנוכחים גורם לאישה לחשוב שהוא או מיהו מהם נושא נשק;
 - (ג) כאשר השימוש המיני נעשה תוך הפעלת כוח או איומים;

- (ד) כאשר המבצע הוא קרוב משפחה מדרגה ראשונה;
 (ה) כאשר השימוש המיני נעשה בהקשר של חטיפה או התעללות גופנית או נפשית נוספות על עצם השימוש המיני;
 (ו) כאשר השימוש המיני גרם לחבלה, מחלה, פגיעה גופנית או נפשית מעבר לעצם השימוש המיני או להיריון;
 (ז) כאשר המעשה נעשה תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות, לרבות אם המבצע הוא אפוטרופוס של האישה, או אחראי על חסר ישע והאישה היא חסרת ישע.

6. (א) אינוס הוא כפייה מינית הכוללת חדירה.
 (ב) חדירה היא כל מידה של החדרת איבר מין זכרי, איבר גוף אחר או חפץ אל תוך איבר מין נקבי, או אל פי הטבעת, או כל מידה של החדרת איבר מין זכרי לפיו של אדם.

7. (א) לא יבצע אדם כפייה מינית ולא אינוס.
 (ב) המבצע כפייה מינית דינו 7 שנות מאסר.
 (ג) המבצע כפייה מינית בנסיבות מחמירות דינו 10 שנות מאסר.
 (ד) המבצע אינוס דינו 16 שנות מאסר.
 (ה) המבצע אינוס בנסיבות מחמירות דינו 20 שנות מאסר.

8. (א) כפייה מינית ואינוס הן עוולות אזרחיות, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש]¹⁴⁴ יחולו עליהן בכפוף להוראות חוק זה.
 (ב) בית המשפט רשאי לפסוק בשל כפייה מינית או בשל אינוס פיצוי שלא יעלה על סך של 100,000 ש"ח ללא הוכחת נזק; סכום זה יעודכן ב-16 בכל חודש, בהתאם לשיעור עליית המדד החדש לעומת המדד הבסיסי.

9. (א) התנהגות בעלת אופי מינית עם אדם שהוא צעיר מגיל 14 היא התנהגות מינית נצלנית והיא אסורה. דינה 7 שנות מאסר, ואם נעשתה בנסיבות מחמירות כאמור בסעיף 5 — דינה 10 שנות מאסר. אם כללה חדירה — דינה 16 שנות מאסר, ואם נעשתה החדירה בנסיבות מחמירות כאמור בסעיף 5 — דינה 20 שנות מאסר. הוראות סעיף 8 יחולו בהתאמה.
 (ב) התנהגות מינית הדדית שהתקיימה עקב הטעיה יסודית של אחד הצדדים לגבי מהות המעשה או מיהות המשתתפים בו, או עקב ניצול של יחסי מרות, תלות, טיפול, הנחיה רוחנית או השגחה, היא התנהגות מינית נצלנית והיא אסורה. דינה 3 שנות מאסר, ואם נעשתה בנסיבות מחמירות

144 דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 10, עמ' 266.

כאמור בסעיף 5 — דינה 10 שנות מאסר. אם כללה חדירה — דינה 5 שנות מאסר, ואם נעשתה החדירה בנסיבות מחמירות כאמור בסעיף 5 — דינה 20 שנות מאסר. הוראות סעיף 8 יחולו בהתאמה.

10. (א) המפרסם ברכים שמו של אדם או של כל דבר שיש בו כדי לזהות אדם כמי שנפגע בעברה לפי חוק זה, דינו — מאסר שנה.
(ב) לא ישא אדם באחריות פלילית לפי סעיף קטן (א) אם האדם ששמו או זהותו פורסמו כאמור, נתן את הסכמתו לפרסום, בפני בית משפט.

איסור פרסום

11. בעבירות ובעוולות המנויות בחוק זה, שנעשו בקטין, יחל מנין תקופת ההתיישנות ביום שמלאו לו עשרים ושמונה שנים.
סייג להתיישנות עבירות מין בקטין

12. (א) הורשע אדם בעבירות לפי חוק זה, לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עברה, אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שירשמו, להקל בעונשו.
(ב) עונש מאסר לפי סעיף קטן (א) לא יהיה, בהעדר טעמים מיוחדים, כולו על תנאי.
עונש מזערי