תמיד במרכז העניינים
מחוז מרכז לשכת עורכי הדין
The Israel Bar Association - Central District
نقابة المحامين في إسرائيل- لواء المركز

Newsletter

ועדת עניינים פליליים - מחוז מרכז

פברואר 2022

מאת:
עו"ד יוסף לזר,
משרד עורכי דין יוסף לזר ושות'

בחינת הסכמה של אישה בעלת מוגבלות לקיום יחסים

פסק הדין של בית המשפט העליון בקפריסין (31.01.22), מזכה את הצעירה הבריטית שהתלוננה כי נאנסה ע"י 12 צעירים ישראלים בקיץ 2019, בפרשיה שזכתה לכינוי פרשת 'איה נאפה'. פרשה זו החזירה למודעות את נושא קיום היחסים, במקום שההסכמה לכך אינה ברורה ומובנת מאליה.

אחת מהדוגמאות הבולטות בנושא זה, הוא בחינת שאלת ההסכמה בעת קיום יחסים עם אישה בעלת מוגבלות שכלית.

במאמר זה נדון בנושא בהתאם לפסיקה ולחקיקה, נוכל לראות איך בנושא הזה כמו בנושאים אחרים הפסיקה היא זאת שהובילה לתיקוני החקיקה בנושא.

מקרה לדוגמא: אישה בת 40 בעלת הגבלה שכלית מתלוננת על גבר בן 47 שקיים איתה יחסי מין מספר פעמים במשך חודש וחצי, לטענתה הגבר היה "החבר" שלה עד שהיא נפרדה ממנו, כאשר מס' שבועות לאחר הפרידה, הם נפגשו שוב ברחוב, הוא הציע לה לעלות לביתו שם הוא יכבד אותה בדברי מתיקה, כשהיו בבית הם קיימו יחסים, האישה טוענת שהיא לא רצתה כלל, ושזה כאב לה אבל הוא כל הזמן פיתה איתה, והיא לא הצליחה להגיד לו לא. הגבר מאידך טוען להסכמה מלאה ושהיא זו שיזמה ורצתה, וכן טוען שבכל תקופת ההכרות ביניהם, לא היה ברור לו מצבה הנפשי.

השאלה העולה האם יש כאן עבירת אינוס של בעילה שלא בהסכמה נוכח מצבה הנפשי?

ס' החוק 345 א-(5) "הבועל אשה תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או בשל הליקוי בשכלה לא היתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית; הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים."[1]

עד שנת 1988 לשון החוק הייתה "הבועל אשה, שלא כדין, ביודעין שהיא לקויה בנפשה או בשכלה", דינו מאסר עשר שנים".

לשון סעיף החוק הקודם מצד אחד עשה את החיים קלים יותר, ומצד שני מורכבים יותר.

ע"פ לשון הסעיף הקודם מספיק להוכיח שהאישה היא לקויה בנפשה או לקויה בשכלה ע"מ לקיים עבירה של בעילה שלא בהסכמה, ולא היה צריך לדון בשאלה האם היא הסכימה לקיום היחסים או לא.

איך מוכיחים קיום לקות? אכן פס"ד הראשון המפורסם בעניין הינו **פס"ד עקארי** [2] פס"ד זה עוסק בנהג הסעות בן 35, נשוי פלוס 4 שתפקידו הוא להסיע חניכים ממועדון למקום מגוריהם, כאשר בסוף הנסיעה הוא קיים יחסים עם חניכה, מפגרת בשכלה בדרגה בינונית נמוכה, היא נכנסה להריון ואולצה לעבור הפלה, על הנהג נגזר 5 שנות מאסר שמתוכם 3 שנים בפועל וע"ז הוא ערער. המערער טען כי זה שהיא בעלת רמת משכל נמוכה לא הופך אותה אוטומטית להגדרה של לקויה בשכלה, עוד טען כי ככל שנרחיב את ההגדרה של מוגבל, זה ימנע ממוגבלים את הזכות לקיים יחסי מין. ואילו המדינה טענה כי תכלית החוק הוא להגן על מוגבלים, ולכן צריך להרחיב את ההגדרה של לקויים כמה שיותר.

כבוד השופט אהרון ברק עמד בראש ההרכב שדן בערעור, ובפס"ד כתב שצריך לאזן בין ההגנה על המוגבלים לבין זכותם לקיום יחסים, ולכן כאשר החוק קובע כי כל קיום יחסים עם בעלת מוגבלות מהווה עבירת אונס הרי הדבר מונע מכל בעלי המוגבלויות השכליות לחלוטין את האפשרות לקיים יחסי מין. ולכן קובע השופט ברק כי צריך לצמצם את ההגדרה של בעלי המוגבלויות השכליות שיחסי מין איתם יהוו עבירה.

ברק קובע כי בעלי מוגבלויות יוגדרו ע"פ מבחן עם 2 חלופות: 1, אישה שאינה מסוגלת להבין את ההיבט הפיסי של יחסי המין ואת תוצאת ההיריון והלידה העשויה לבוא בעקבותיהם היא "לקויה בשכלה". 2, אישה שאינה מסוגלת להבין את המשמעות החברתית של קשר אינטימי בין גבר לאישה ושל יחסי האימהות או את האחריות האישית והחברתית שהדבר מטיל עליה לפרי הקשר הזה. לבדה אין בכוחה להכריע כי מדובר על לקויה, אך אצלה היא גם לא ידעה Qובמקרה של עקארי, בית המשפט קבע כי אכן רמת ה את המשמעות הפיסית של קיום יחסים, וכן נקבע "אין כל אפשרות שעלובת שכל זו מבינה, ולו ברמה נמוכה, את ההיבטים האלמנטריים הקשורים ביחסי אהבה בין גבר לאשה, על ההיבטים הפיסיולוגיים והרגשיים הקשורים בנושא זה" ולכן דחו את הערעור.

נקודה מעניינת שהשופט ברק מתייחס אליה בפס"ד הנ"ל הינו לעניין ההסכמה, כאשר הסנגור טען כי כי ליקוי נפשי מתבטא, בין השאר, בחוסר יכולת ליתן הסכמה. "כפי שראינו, גישה זו אינה מקובלת עלי. הסכמתה של הלקויה בנפשה ניתנה, וזו אף הסיבה, שאין לנו עניין באינוס "רגיל", שאחד מיסודותיו הינו הבעילה "נגד רצונה" של האישה (סעיף 345לחוק העונשין בנוסחו המקורי) או "שלא בהסכמתה החופשית" (סעיף 345(א)(1) בנוסחו החדש). עם זאת, חרף קיומה של הסכמה, עניין לנו "באינוס במרמה" - כפי שכותרת השוליים מציינת - כלומר באינוס שבו ההסכמה אינה "בשילה", כלומר, אין בה אותה הבנה באשר למהותו הפיסית או החברתית של המעשה, שעליה עמדנו".

פסק דין זה דוחף את המחוקק לשנות את החוק מיד כך בשנת 1988,הנוסח החדש מכניס את עניין הניצול, **"הבועל אשה תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, מצב אחר המונע ממנה התנגדות או היותה חולת נפש או לקויה בשכלה ; הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים."** [3] עכשיו אין עבירה 'אוטומטית' על כל גבר שמקיים יחסים עם אישה בעלת לקות שכלית, כעת חלק מיסודות העבירה הוא בעילת אישה לקויה תוך ניצול היותה לקויה.

תיקון החוק הזה נתן מענה עד שמגיע אליהו ויצמן[4] **(ע"פ 1274/00)**, אליהו הוא בן זוג של אישה נורמטיבית ומגדלים ילדים יחד. לאשה הייתה אחות צעירה יותר מוגבלת שכלית, שנהגה לעזור להם בעבודות הבית ובטיפול בילדים, במיוחד כשהאם לא הייתה בבית והם נזקקו לעזרתה. יום אחד כשהאחות הגדולה הייתה בחו"ל, ניגש ויצמן אל המוגבלת ושואל אותה האם היא יודעת לשמור סוד? ואז לקח אותה לחדרו אמר לה לקיים איתו יחסי מין אוראליים, ואמר לה כי "זה דבר טוב" וכך עשתה המתלוננת. בהמשך אותו חודש הקשר התפתח ליחסי מין שונים. בחלק מהפעמים הצעירה טענה שזה מגעיל אותה וקשה לה, אבל תמיד ויצמן הצליח לשכנע אותה שזה דבר טוב ובסוף היא הייתה נכנעת "מסכימה" וממשיכה וכך זה נמשך כ4 חודשים.

בערעור טען הסנגור בין היתר, כי במקרה של המוגבלת כאן לא התקיימו המבחנים שנקבעו בפס"ד עקארי כיון שמדובר בבחורה שכן מבינה את המשמעות הפיזית והחברתית של קיום היחסים, בנוסף הוא כמובן טען שהבחורה היא זאת שיזמה ורצתה את קיום היחסים.

בראש ההרכב בדיון הזה, יושבת כבוד השופטת דורית ביניש והיא "בבעיה", כיון שע"פ המבחנים שקבע כבוד השופט ברק בפס"ד עקארי, הבוחנים את מידת הלקות עצמה והאם היא מבינה את המשמעות הפיזית או החברתית של קיום יחסים, אכן הצעירה הזאת עומדת במבחנים הללו, היא מבינה את המשמעות של קיום יחסים ומשכך היא יכולה לתת הסכמה, וכאן הרי היא הסכימה לקיום היחסים.

בעקבות כך ביניש חוזרת להנחה הבסיסית של אונס, שהגדרתו ביצוע יחסים ללא הסכמה חופשית ואומרת שמלשון החוק אנו רואים כי גם במקרים בהם מושגת ההסכמה עקב מרמה או כאשר יש נסיבות אחרות הפוגמות ביכולתה של האישה להסכים אז המעשה המיני מהווה עבירה של אינוס. ומשכך פוסקת ביניש כי לאחר שהחוק השתנה והרחיב את המקרים בהם מותר לאשה בעלת מוגבלות לקיים יחסים, כך שלא מספיק לדעת שהאישה בעלת מוגבלות כדי שזה יהווה עבירה, אלא המחוקק הכניס את יסוד הניצול, כך שחייב להתקיים קש"ס בין הניצול שבמעשה, ללקות של האישה. ולכן קובעת ביניש שכעת לאחר שהמחוקק העניק לבעלי מוגבלויות את הזכות הבסיסית לקיום יחסים, הרי שכבר לא צריך להגביל את ההבחנה של הגדרת לקות שכלית ע"פ עקארי וכעת ניתן להרחיב את הגדרת לקות שכלית גם במקרים קלים יותר.

כמובן שאי אפשר ככה לבטל בקלות את המבחנים שקבע השופט ברק, ולכן מוסיפה ביניש כי עדיין יש חשיבות למבחן עקארי, וזאת במקרים חמורים של מוגבלות שכלית או נפשית, במקרים אלו מספיק להוכיח שהבועל ידע על הלקות כדי להעמיד אוטומטית הנחה של ניצול וחוסר יכולת לתת הסכמה ולכן זה יספיק להוכיח עבירה.

במקרה של ויצמן מדובר בבעלת פיגור שכלי קל שאינה עומדת במבחנים של עקארי, כי בתחום המילולי יכולתה היא על גבול הנורמה אך הפיגור מתבטא בזה שאינה יודעת להגיד "לא" למה שמבקשים ממנה, והייתה "כנועה צייתנית ותלותית" וזה דבר שבלט אצלה ולכן ביהמ"ש אומר כי למרות שאינה עומדת במבחנים הנ"ל הרי שלאחר ההרחבה בהגדרות בהחלט ניתן להגדיר אותה כ"לקויה בשכלה". ולכן מה שנשאר לבדוק זה האם התקיים ניצול?

פסק הדין קובע כי כדי להוכיח ניצול צריך לבדוק: 1, מודעות של הבועל ללקות 2, ניצול הלקות כדי לקיים יחסי מין.

אצל ויצמן בית המשפט דוחה את הטענה כי ויצמן לא היה מודע ללקות שהרי הייתה בת בית אצלו, ולכן מתחיל לדון האם היה כאן ניצול?, בית המשפט מכריע כי היה כאן ניצול, ומוכיח זאת הן נוכח העובדה כי בהתחלה היא הייתה אומרת לו שהיא לא רוצה עד שלבסוף הייתה 'משתכנעת', וכן מהדרך שבה הוא לא רק אמר לה מה תעשה אלא גם מה תאמר אח"כ "ויצמן שכב עלי וביקש ממני להגיד במילים, תגידי שאת נהנית שאני שוכב עליך. תגידי שאת אוהבת ל... " זה שהוא ביקש לנטוע במוחה הצהרות כאילו היא נהנית, מוכיחה לדברי בית המשפט שהוא יידע שהיא לא באמת מסכימה ורצה לנצל אותה, ולכן בית המשפט דחה את ערעורו והשאיר את עונשו על 4 שנים בפועל 21 ע"ת.

בשולי הדברים בית המשפט מתייחס גם לנקודה נוספת ומצדיק את החלטת המחוזי שסעיף "הסל" שאומר כי הבועל אשה "מצב אחר המונע ממנה התנגדות". הוא לא רק כשאינה יכולה להתנגד מבחינה פיזית אלא גם כאשר אינה יכולה להתנגד מבחינה נפשית, עדיין זה נכלל בסעיף העבירה, וניתן להרשיע בגלל סעיף זה, רק שלא צריך כי הוכרע שהיא לקויה שכלית עוד נפסק כאשר הסנגור טען כי היא יכלה להתנגד ועובדה שהיו מקרים שהתנגדה ואמרה לו לא, והם לא קיימו יחסים. וע"כ משיבה ביניש כי בהתחשב במעמדו כלפיה ובשליטתו בה ובתלותיותה בו הרי שניתן לקבוע שלא יכלה להתנגד.

פס"ד זה ניתן בתאריך 20.7.2000 יממה אח"כ בתאריך 21.7.2000 פורסם ברשומות הכנסת תיקון מס' 56 לחוק הזה, ובו הוא מפצל את סעיף 4 הנ"ל שמסתיים "או מצב אחר המונע ממנה התנגדות." ואז נוצר סעיף 5 חדש "תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או בשל הליקוי בשכלה לא היתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית"[5]

שנה אח"כ ב-2001 מחליפים גם בסעיף 4 את המילה "התנגדות" במילה "הסכמה חופשית," וכך זה נשאר עד היום.[6]

א"כ כיום במידה ורוצים להרשיע בסעיף 5 בגין לקות, אם מדובר בלקות קשה העומדת במבחני עקארי הרי שמספיק להוכיח שהבועל ידע על הלקות כדי ליצור "חזקה" של ניצול וקיום עבירה.

במקרים של לקות קלה יותר, הרי יצטרכו להוכיח: 1, שאכן יש לה לקות מסוימת. 2, להוכיח שהבועל ידע על הלקות, 3. להוכיח שאכן ניצל את הלקות הזו לסיפוקו.

הדרך להוכיח ניצול לקות, תתקיים באמצעות הוכחה שהבועל יודע כי ה"הסכמה" של בעלת הלקות איננה הסכמה אמיתית, וכי היא ניתנת רק בגלל מצבה. במידה וזה לא יוכח הרי יתכן שלא היה ניצול וההסכמה הינה הסכמת אמת.

להוכיח קיום ניצול הינו דבר לא קל ולא נקבעו מבחנים ברורים לזה כך שכל מקרה נבחן לגופו. במקרה של ויצמן השופטים השתכנעו מקיום הניצול, בעקבות עדות הנפגעת שויצמן התעקש שהיא תגיד שזה טוב לה, וזה מראה שידע שזה לא באמת טוב לה.

לסיכום: נחזור למקרה שאיתו פתחנו, כאשר המתלוננת אומרת שכמעט ולא התנגדה, ושבהתחלה היא חשבה והרגישה שהוא ה"חבר" שלה ובן הזוג שלה, הרי שבכדי להוכיח כאן עבירה, נצטרך לבחון: 1, האם הלקות שלה עומדת במבחני עקארי ? אם אכן הלקות שלה כ"כ חמורה הרי שמתקיימת חזקה של ניצול. אך אם היא אכן יודעת את המשמעות הפיזית והחברתית של קיום יחסי מין, הרי שנלך לויצמן ונבחן האם היא בעלת לקות שכלית או נפשית אפילו קלה ולחילופין היא איננה יכולה לתת "הסכמה חופשית, רצונית ומודעת למעשה המיני" ע"פ ס' 4 לחוק?, בהנחה שיוכח כי אכן יש לה לקות שכלית/נפשית, אזי צריך להוכיח את המודעות שלו ללקות. בהנחה שיוכח כי היא בעלת לקות, וכי הוא ידע על זה, עדיין נותר להוכיח 'ניצול' וזאת באמצעות הנסיבות הקשורות לקיום היחסים.

---

[1] חוק העונשין, תשל"ז-1977

[2] ע"פ 406-88 **שמואל עקארי נ' מדינת ישראל**, מו(5) 840

[3] ס"ח תשמ"ח מס' 1246 מיום 31.3.1988 עמ' 62 (ה"ח תשמ"ו מס' 1797 עמ' 303) - תיקון מס' 22.

[4] ע"פ 1274/00 **אליהו ויצמן נ' מדינת ישראל**, נד(3) 344 (2000)

[5] ס"ח תש"ס מס' 1746 מיום 21.7.2000 עמ' 226 (ה"ח תש"ס מס' 2839 עמ' 187, ה"ח תש"ס מס' 2852 עמ' 302) - תיקון מס' 55.

[6] ס"ח תשס"א מס' 1794 מיום 2.6.2001 עמ' 408 (ה"ח תשס"א מס' 3007 עמ' 640) - תיקון מס' 61.

יובהר, כי אין במידע שיימסר על ידי כותב המאמר ו/או מי מטעמו, אשר ניתן כשירות וולונטרי לציבור, כדי לשמש או להיחשב כייעוץ משפטי ו/או המלצה משפטית ו/או חוות דעת משפטית ו/או תחליף לייעוץ משפטי אצל עו"ד בעל מומחיות, ניסיון ו/או ידע בתחום המשפטי הרלוונטי ואין להסתמך על המידע בכל צורה שהיא. יובהר כי כל פעולה שתעשה על פי המידע הנאמר ו/או המוצג הינה על אחריות הקורא בלבד ולא יהא באילו כדי ליצור יחסי עורך דין לקוח בין הקורא ולשכת עורכי הדין ו/או מי מטעמה ו/או כותב המאמר, בין במישרין ובין בעקיפין ולשכת עורכי הדין ו/או מי מטעמה, אינם אחראים בשום צורה ואופן לתוצאות השימוש במידע המוצג ו/או הנאמר.

בברכת חברים וקריאה פורה,
נשיאות הוועדה:

עו"ד רלי אבישר-רווה, יו"ר (משותפת)

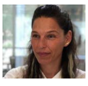
עו"ד אדי אבינועם, יו"ר (משותף)

עו"ד דוד טובול, יו"ר (משותף)

עו"ד שאול דבח, יו"ר (משותף)

עו"ד נג'ואן שביטה, מ"מ יו"ר (משותפת)

עו"ד אבשלום אחרק, מ"מ יו"ר (משותף)


עו"ד חיה ציון זכאי, סגנית יו"ר (משותפת)

עו"ד יפה גולן, סגנית יו"ר (משותפת)

עו"ד עדי לבוק, סגנית יו"ר (משותפת)

עו"ד סאני שייקיס, סגנית יו"ר (משותפת)

עו"ד ויקי שמואל, סגן יו"ר (משותף)

וחברי הוועדה