

האיסור הפלילי על מין ביחסי מרות בעבודה: בין הגנה על אוטונומיה לאסדרה של סמכות

מאמר זה מציע פרשנות חדשה לעברה של בעילה אסורה תוך ניצול יחסי מרות בעבודה, המובנת בשיח הקיים כמגנה על ערך האוטונומיה המינית. המאמר מראה כי בצד ההגנה על אוטונומיה יש בפסיקה מגמה אחרת, המדגישה רציונל הלכות מדיני השחיתות שעניינו אסדרת סמכות במקום העבודה. מעבר לפגיעה בכפופים ספציפיים – השותפים המידיים למגע המיני עם הממונה במקום העבודה – פרשנות זו מבליטה את פוטנציאל הנזק הכרוך במין ביחסי מרות לאינטרסים מעין-ציבוריים, שענינם ההתנהלות התקינה של מקום העבודה. המאמר עומד על ההבחנה המקובלת במשפט הפלילי בין עברות ליבה לעברות אסדרתיות, ובאמצעותה מראה כי שיפוט של ניצול מיני ביחסי מרות בעבודה תוך אימוצה של "חזקת ניצול" בידי בתי המשפט מתיישבת עם הבנה אסדרתית של העברה. המאמר דן בהשלכות הנורמטיביות של שילוב ההיבט האסדרתי האמור עם ענישת מאסר משמעותית, האופיינית לעברות ליבה.

מבוא א. הערך המוגן בעברה של בעילה אסורה בעבודה: ההגמוניה של אוטונומיה מינית וכרסומה ב. הפרשנות של יסוד הניצול בעברה של בעילה אסורה בעבודה: בין כפייה מינית לניצול לרעה של כוח המשכה

1. עברות ניצול לרעה של כוח המשכה במשפט הפלילי 2. הקבלה בין יסוד "ניצל המרות" בעברות מין לבין המושג "באצטלה של המשכה" בעברות שחיתות 3. ההבחנה בין עברות ליבה לעברות אסדרתיות במשפט הפלילי
4. אימוץ חזקת ניצול והבנת האיסור כאסדרה של סמכות ג. ההשלכות הנורמטיביות של פרשנות העברה ד. סיכום

מבוא

אחת ההתפתחויות המסקרנות במשפט הפלילי בישראל בעשורים האחרונים הוא יצירת קטגוריה חדשה של עברות פליליות האוסרות על מין בכמה סוגים של יחסים היררכיים כגון מטפל ומטופל, מורה ותלמיד, מעביד ועובד. המגמה של הפללת יחסי מין במערכות יחסים היררכיות אינה ייחודית לישראל,¹ אולם המשפט הישראלי נמצא בחזית ההפללה

* מרצה, המרכז הבינתחומי הרצליה, בית ספר רדזינר למשפטים. תורתית לתומר קנת על עזרה מצוינת במחקר ולמערכת משפט, חברה ותרבות על הערותיהם המצוינות.

הן מבחינת כמות העבירות ומגוון היחסים ההיררכיים הכלולים בהן² והן מבחינת החומרה המיוחסת לעבירות אלה בהשוואה להסדרים דומים בעולם.³ בוודאי נכון הדבר לגבי האיסור על מין ביחסי מרות בעבודה.⁴ תחולת האיסור אינה מוגבלת לכפופים שהם קטינים, והוא חל אף על מגע מיני בין בגירים בהסכמה, כפי שמורה כותרת העברה בחוק העונשין,⁵ וכלי שהתביעה נדרשת להוכיח שימוש בטכניקות כפייה מוגדרות כגון אלימות פיזית, איומים או מרמה מצד הנאשם. תחת כל אלה חוק העונשין קובע שיחסי מין הם אסורים כשהם מתקיימים תוך ניצול לרעה של יחסי מרות בעבודה – ומותיר לכתי המשפט את מלאכת

1 לחקיקה בבריטניה ראו Sexual Offences Act, 2003, c. 42, § 16–24 (U.K.); לחקיקה בקנדה ראו Canada Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, § 271, 273.1(2)(c)(c); לחקיקה אמריקנית ראו, למשל, N.D. CENT. CODE. §12.1-20-06.1 (2012). לדוגמאות רבות נוספות במשפט האמריקני ראו Galia Schneebaum, *Offenses of Sexual Abuse in Authority Relations: Beyond Liberalism and Radical Feminism* (2013) (Unpublished Ph.D. Dissertation, Tel-Aviv University).

2 האיסור המיני ביחסי מרות בעבודה יידון להלן בהרחבה. לאיסור בתחום של יחסי חינוך ראו ס' 346(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) (חל רק במצב שבו הכפוף הוא קטין) וס' 3(א)(6)(ד) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק למניעת הטרדה מינית) (חל גם על סטודנטים בגירים); לאיסור במסגרת טיפול נפשי ראו ס' 347א לחוק העונשין וס' 3(א)(6)(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית. החוק למניעת הטרדה מינית הוחל לאחרונה על שתי קטגוריות נוספות של יחסי מרות – יחסים בין עובד ציבור לאזרח (ס' 3(א)(6)(ח) לחוק למניעת הטרדה מינית) ויחסים בין כהן דת לאדם המתיעץ עמו (ס' 3(א)(6)(ז) לחוק למניעת הטרדה מינית).

3 כך למשל, בבריטניה ובמדינות ארה"ב ההפללה של מין ביחסי סמכות מתמקדת לרוב בקורבנות פגיעים מבחינה נפשית (למשל ביחסים של טיפול נפשי) או בקטינים. גם כאשר קיימת הפללה של מין ביחסי סמכות בין בגירים, מדובר בעבירות קלות יחסית. להפלת ניצול ביחסי סמכות/אמון בין קטינים בבריטניה ראו Sexual Offences Act, 2003, c. 42, § 16–24 (U.K.). להרחבה לגבי עבירות ניצול סמכות ביחסי טיפול במשפט האמריקאי ראו Galia Schneebaum, *What is Wrong with Sex in Authority Relations?*, 105 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 345 (2016) (להלן: שניבויים), עמ' 51–350.

4 כך למשל, במשפט האמריקני, הפללת מין ביחסי מרות בעבודה אינה מקובלת. מעשים מיניים והתבטאויות מיניות מסוגים מסוימים כן נכללים באיסורים על הטרדה מינית, אך הם מהווים חלק מהמשפט האזרחי ולא הפלילי. ראו Michal Buchhandler-Raphael, *Criminalizing Coerced Submission in the Workplace and in the Academy*, 19 COLUM. J. GENDER & L. 409, 420 (2010).

5 ס' 346(ב) לחוק העונשין, שכותרתו "בעילה אסורה בהסכמה". חוץ מהאיסור על בעילה, הכלול בסעיף 346(ב), חוק העונשין אוסר גם על מעשים מיניים נוספים במסגרת יחסי מרות בעבודה. סעיפים אלה נוקטים כולם לשון חקיקתית דומה, דהיינו: המעשה המיני אסור אם הוא נעשה "תוך ניצול יחסי מרות". לאיסור על מעשה סדום ביחסי מרות בעבודה ראו סעיף 347(א)(1) לחוק העונשין; לאיסור על מעשים מגונים ביחסי מרות בעבודה ראו ס' 348(ה) לחוק העונשין. מאמר זה דן בעיקר בעברה של בעילה אסורה ביחסי מרות בעבודה אולם ניתוח דומה ניתן ליישום אף ביחס לעבירות האחרות האוסרות על ניצול מיני ביחסי מרות בעבודה.

הפרשנות של מונחים אלה והתווית גבולותיו של האיסור. במשך שלושה עשורים (כמעט) מאז נחקק האיסור על מין ביחסי מרות בעבודה, הלך הדיון בעברות אלה ותפס מקום מרכזי בשיח הציבורי, התקשורתי והאקדמי, במיוחד כשדובר בניצול מיני על ידי אישיות ציבורית בכירה.⁶ שיח זה הרגיש לא רק את החדשנות החקיקתית אלא אף את החדשנות התפיסתית שבבסיס האיסור: זו הובנה על פי רוב כחלק מאג'נדה מגדרית רחבה, המבקשת להגשים שוויון בין המינים באמצעות ביצור האוטונומיה המינית של נשים והכרה בסוגים חדשים של פגיעות מיניות מעבר למקרי אונס "קלאסיים".⁷ מאמר זה מבקש להעשיר את הדיון

6 העיסוק התקשורתי בעברות של ניצול מיני ביחסי מרות הגיע לאחד משיאיו הבולטים בפרשת קצב. לאחר כמה גלגולים, כתב האישום הסופי שהוגש לא התמקד בעברות של ניצול ביחסי מרות אלא ייחס לנשיא לשעבר עברות של אונס, שבהן הוא אף הורשע בסופו של דבר. לפיכך, מאמר זה אינו עוסק בפרשת קצב ובפסקי הדין שניתנו בעניינו. לדיון בהיבטים רחבים של פרשת זו, לרבות סיקור של אופן הטיפול בה על ידי מערכת אכיפת החוק, ראו יובל יועז תיק קצב (2010).

7 הספרות המשפטית העוסקת בעברות של ניצול מיני ביחסי מרות בישראל היא מעטה. אורית קמיר, העוסקת בשנים האחרונות בפיתוח תאוריה מבוססת-כבוד בתחום עברות המין, לא התמקדה ספציפית בעברות של ניצול ביחסי מרות. ראו אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן": עברת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם "משפט וממשל" 669 (2004). גם כתיבתה בתחום ההטרדה המינית לא התמקדה בהטרדה מינית ביחסי מרות אלא ביקשה לבסס תאוריה כוללת להטרדות מיניות, מתוך תפיסה שעוולה – או עברה – זו אינה מוגבלת ליחסים מסוימים ויכולה להתרחש בכל מקום. ראו אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים כט, 317 (תשנ"ח). עם זאת, עמדתו המשתמעת של החוק למניעת הטרדה מינית, שקמיר היא ממנסחיו, היא שהטרדה מינית ביחסי מרות מהווה פגיעה בכבוד ובאוטונומיה של המוטרדת, משום שההקשר של יחסי מרות אינו מתיישב עם הסכמה חופשית להטרדה: החוק קובע כי לא נדרש מהכפופה להביע את התנגדותה לצורך שכלול העברה או העוולה. כתיבתה של נויה רימלט ביקרה את עמדתה של קמיר לעניין ההמשגה של הטרדה מינית כפגיעה בכבוד, וטענה כי ערך השוויון הוא הערך המרכזי שבבסיס הרגולציה של הטרדות מיניות. מתוך עמדה זו העניקה רימלט תשומת לב רבה יותר מקמיר להקשר הספציפי של יחסי מרות, אולם לפי עמדתה יחסי מרות בשוק העבודה הם רק אחד הביטויים למבני כוח מגדריים בעיקרם. ראו נויה רימלט "על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית במבחן התאוריה הפמיניסטית והמציאות המשפטית" משפטים לה 601 (2005). מאמרה של רותי לבנשטיין-לזר עוסק במושג ההסכמה ליחסי מין ובתאוריות של אוטונומיה מינית, ומנתח בהקשר זה את האיסורים על מין ביחסי מרות ואת השאלה אם הוא ראוי להיתפס כפגיעה באוטונומיה. ראו רותי לבנשטיין-לזר "כשאת אומרת כן – למה את מתכוונת?" המשפט ברשת – זכויות אדם ב 141 (2014) www.colman.ac.il/sites/default/files/6.Levenstein_lazar.pdf (להלן: רותי לבנשטיין-לזר). מאמרה של מיכל שקד עוסק בניתוח פסק הדין בפרשת גלילי ומצביע על כך שבדונו בהטרדות מיניות ביחסי פיקוד בצבא, סטה בית המשפט העליון מההבנה הסטנדרטית של מושג ההסכמה ליחסי מין; מיכל שקד "כיצד הפסיד תא"ל גלילי את קידומו" פלילים ט 443 (2001). ליז מוניטיליו טוענת במאמר שפורסם לאחרונה כי יש להבחין בין עברת האינוס לבין העבירה של ניצול לרעה ביחסי מרות בעבודה על בסיס סוגי כפייה שונים, כאשר הכפייה

בעברות של ניצול מיני ביחסי עבודה⁸ באמצעות הצבעה על מוקד ערכי נוסף של עברות אלה, שאיננו מתמקד באוטונומיה מינית או בשוויון מגדרי אלא באסדרת סמכות במקום העבודה. בשונה מניתוחים אחרים העוסקים בערך המוגן של העבירה באופן מופשט, מאמר זה בוחן מקרוב את פסקי הדין המרכזיים שניתנו בהקשר לעברות של ניצול מיני ביחסי מרות וחושף רציונל נוסף שלהם, שמתוכו מפרשים בתי המשפט את העבירה, ומתוכו הם מעצבים אותה כעבירה אסדרתית במהותה. בצד כיווני המחקר שתובנה זו מספקת, אני טוענת כי המצב הנוכחי – שבו מחד גיסא העברה מוגדרת כעברת מין הכרוכה בענישה חמורה (שלוש שנות מאסר), ומאידך גיסא היא מפורשת כעברה אסדרתית המאפשרת לתביעה נטלי הוכחה מרוככים – הוא בעייתי מאוד מבחינת זכויות הנאשם.

ראשיתו של האיסור על מין ביחסי מרות בעבודה במשפט הישראלי היא מחוץ למשפט הפלילי – בדין המשמעתי החל על עובדים בשירות המדינה.⁹ הכללת העברה בפרק עברות המין של חוק העונשין בסוף שנות השמונים אפשרה להרחיב את תחולת האיסור על כלל מקומות העבודה במשק. מהלך זה נטע את האיסור בסביבה נורמטיבית חדשה העוסקת בדגולציה של מיניות, וביתר ספציפיות: בהגנה על אוטונומיה מינית, הנחשבת לערך המרכזי שבו עוסקות עברות מין מודרניות.¹⁰ אלא שההתוויה של גבולות העברה ושיפוט מקרים של ניצול יחסי מרות בעבודה התגלו כמשימה מורכבת. ככל שהעברה אכן מובנת כמיועדת להגן על האוטונומיה המינית של כפופים במקום העבודה, היא תובעת הליכה אל מעבר לקטגוריות מוכרות של פגיעה באוטונומיה ואי־הסכמה ליחסי מין. כפי שקבעו בתי המשפט, העברה של ניצול מיני ביחסי מרות אינה מניחה שהניצול חייב לכלול שימוש מפורש באיומים מצד הממונה במקום העבודה ("היערתי לדרישותי המיניות או שאפטר אותך"). היא אף אינה מוגבלת למקרים של מרמה וודאי שהיא אינה דורשת הוכחת שימוש באלימות פיזית. זאת ועוד: העברה אינה מניחה היעדר־כשירות מוחלט מצד כפופות במקום העבודה להסכים

8 הכרוכה בניצול מרות בעבודה היא כלכלית בעיקרה. ראו ליז מוניטיליו, "על קנקנה של עברת ניצול יחסי מרות" משפטים על-אתר ח' 69 (תשע"ו). סקירה זו מלמדת כי בצד ההכרה הקיימת בחלק מהניתוחים שמין ביחסי מרות מאתגר את התאוריה המסורתית של אוטונומיה מינית כמו גם קטגוריות מוכרות של אי־הסכמה ליחסי מין, ההנחה הכמעט מובנת מאליה היא שאוטונומיה או שוויון מגדרי הן המסגרות התאורטיות הראויות לדיון במקרים אלה.

9 המאמר מתמקד בהפללת מעשים מיניים – להבדיל מהתבטאויות מילוליות מיניות במסגרת יחסי מרות, המוסדרות בחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. חשוב לציין כי בתיקים אזרחיים ומשמעתיים נדונים לעתים גם מעשים מיניים (ולא רק התבטאויות מילוליות) תחת המטריה של החוק למניעת הטרדה מינית. זאת, משום שהגדרת הטרדה מינית על-פי החוק כוללת מעשים מגונים כהגדרתם בחוק העונשין; נוסף על כך, בתי המשפט פירשו את הסעיף ככולל גם בעילה כהטרדה מינית, כדי לאפשר הטלת אחריות אזרחית או משמעטית בגין מעשים אלה.

9 איסור זה היה קבוע בס' 43.422(ב) לתקש"ר, שקבע: "לא יעשה בעל סמכות מעשה בעל אופי מיני כלפי עובד הנתון לסמכותו, אם יש במעשה משום ניצול מעמד כלפי אותו עובד כדי להשיג ממנו, שלא כדין, טובת הנאה מינית".

10 ראו, למשל, STEPHEN J. SCHULHOFER, UNWANTED SEX: THE CULTURE OF INTIMIDATION AND THE FAILURE OF LAW (SCHULHOFER, 1998) 99

ליחסי מין עם מי שנמצא בעמדת סמכות,¹¹ אלא אוסרת רק על מגע מיני שהתקיים תוך ניצול יחסי מרות. עמדה בסיסית זו של החוק חייבה את בתי המשפט, ובמיוחד את בית המשפט העליון, לפרש מונח זה ולגבש קווים מנחים לפרשנות העברה על ידי ערכאות נמוכות ממנו. מאמר זה בוחן מקרוב את הפסיקה שהצטברה לעניין פרשנות העברה של בעילה אסורה ביחסי מרות בעבודה. בחינה זו מלמדת כי בצד ניסיון של בתי המשפט לפרש את המונח "ניצול יחסי מרות" תוך התאמה לרעיון האוטונומיה מינית ולמושג ההסכמה (למעשה למושג אי-ההסכמה) ליחסי מין, יש בפסיקה גם מגמה המדגישה לא רק את הפגיעה ככפופים הספציפיים – השותפים המידיים למגע המיני עם הממונה במקום העבודה – אלא רציונל אחר, הלקוח מדיני השחיתות. לפי רציונל זה יש לאסור את אקט הניצול בשל פוטנציאל הנזק שלו לאינטרס ציבורי (או מעין-ציבורי) – התנהלותו התקינה של מקום העבודה כמרחב של יחסים מקצועיים ואישיים. בחינת הפסיקה תבצע תוך שימוש בשתי מתודולוגיות: הראשונה היא קריאת הפסיקה העוסקת בעברה של בעילה אסורה בעבודה לאורה של קטגוריה פלילית החיצונית לתחום עברות המין – ניצול לרעה של כח המשרה, עברה מתחום עברות שחיתות; המתודולוגיה השנייה היא קריאת הפסיקה העוסקת בעברות של ניצול מיני ביחסי מרות בעבודה על פי ההבחנה הבסיסית במשפט הפלילי בין עברות ליבה לעברות אסדרתיות. אנלוגיות אלה עשויות להאיר באור חדש מחלוקות פרשניות שהתגלעו בפרשנות העברה של ניצול מיני ביחסי מרות בעבודה, ולחדד את האתגר בשיפוט מקרים של ניצול מיני ביחסי מרות. כמו כן, אנלוגיות אלה מצביעות על כמה אפשרויות להבין את העוול הפלילי הכרוך בבעילה אסורה ביחסי מרות ולצייר אחרת את העברין, את הקרבן ואת הפגיעה המקשרת בין העברין לקרבן. כך, בעוד העברה של ניצול מיני ביחסי מרות בעבודה נתפסת כיום כמעוגנת בערך האוטונומיה המינית, הבנה אסדרתית שלה תנתק מתפיסת העברין ככופה מיני (או כעברין מין) ותראה בו בעל משרה (officeholder) המפר את נורמות ההתנהגות התקינות במקום העבודה. קרבן העברה איננו/ה השותף/ה למגע המיני המדומינת/ת כקרבן אינדיבידואלי של כפייה מינית אלא מרחב יחסי העבודה כולו, הכולל את השותף/ה המידי/ת למגע המיני וגם שותפות פוטנציאליות או כאלה העשויים/עשויות להניח שעליהם להסכים לשיתוף פעולה מיני עם הממונים עליהן כדי להתקדם במקום העבודה.

המאמר ממשיך כדלקמן: פרק א' מתאר את הרקע לחקיקת העברה של ניצול מיני ביחסי מרות בעבודה ומצביע על ההתלבטות בפסיקה באשר לערך המוגן שבבסיסה. ספציפית אראה כי קיימת מגמה של כרסום בהגמוניה של ערך האוטונומיה המינית כערך המרכזי – ודאי היחיד – שבבסיס העברה. פרק ב' מנתח את האופן שבו פירשו בתי המשפט את יסודות העברה באמצעות אנלוגיה בין עברה זו לבין עברות של ניצול לרעה של כוח המשרה, ובמיוחד העברה הידועה במשפט המקובל בכינוי "common law extortion". פרק זה מצביע גם על

11 זה כנראה המצב בכל הקשור לאיסור על מין במסגרת טיפול נפשי, הקבוע בסעיף 347א לחוק העונשין. סעיף זה אוסר על מגע מיני ביחסי טיפול, בהסכמה שהושגה תוך ניצול תלות נפשית ממשית של המטופל במטפל, וקובע חזקה שלפיה "לענין סעיף קטן זה יראו מעשים כאמור שנעשו במהלך התקופה שבה ניתן הטיפול הנפשי כאילו נעשו תוך ניצול תלות נפשית ממשית כאמור". בית המשפט העליון טרם נדרש לפרשנות החזקה, אולם פסק דין שניתן לאחרונה בבית משפט השלום קבע כי מדובר בחזקה חלוטה שאינה ניתנת להפרכה על ידי הנאשם. ראו ת"פ (ת"א) 14-06-49350 מדינת ישראל נ' דיין (פורסם בנבו, 26.1.2015).

חזקת הניצול שפותחה בשיפוט עברות של ניצול מיני ביחסי מרות, כיסוד המתיישב עם הכנת העברה כעברה אסדרתית של ניצול סמכות. פרק ג' מצביע על ההשלכות הנורמטיביות של הניתוח שנעשה בפרקים הקודמים של המאמר. עיקר המאמר אינו המלצה נורמטיבית מסוימת לקידום ערכים מוגנים או להעדפתם על פני אחרים, אלא קריאה פרשנית אלטרנטיבית של הפרקטיקה המשפטית המסיטה את המבט מערך האוטונומיה המינית לערכים אחרים. עם זאת, לניתוח הפרשני יש השלכות נורמטיביות שעליהן יצביע המאמר לקראת סופו, ובהן הצורך לשקול מחדש את רמת הענישה כעברה של ניצול מיני ביחסי מרות בעבודה בהתחשב בהחלה של חזקת הניצול כעברה זו. כפי שאטען בהמשך, דבקות ברמת הענישה הנוכחית בצד החלתה של חזקת-ניצול כעברה זו פוגעת בזכויות הנאשם.

א. הערך המוגן בעברה של בעילה אסורה בעבודה: ההגמוניה של אוטונומיה מינית וכרסומה

בעילה אסורה בהסכמה ביחסי עבודה, המוגדרת כעברה בסעיף 346(ב) לחוק העונשין, נוספה לחוק הפלילי בסוף שנות השמונים כחלק מרפורמה מקיפה בפרק עברות המין של חוק העונשין.¹² נוסף על השינויים במבנה העברות ובהגדרתן הוחלפה גם כותרת הפרק מ"עבירות נגד המוסר" ל"עבירות מין". על פי כוונתם המוצהרת של המתקנים, כפי שהיא עולה מדברי ההסבר להצעת החוק, השינוי נועד לסמל הבנה עכשווית ומודרנית ולהתנתק מתפיסות אנכרוניסטיות של מין ומיניות.¹³ התיקון הונחה על ידי גישה ליברלית שלפיה עברות מין עוסקות בהגנה על אוטונומיה מינית, להבדיל מביצור של נורמות מוסריות (או מוסרניות). כותרת זו רמזה כי עניינן של עברות המין הוא בהגנה על חופש הבחירה המיני מפני כפייה פסולה. אולם, דווקא על רקע תיוג זה והמטען הערכי הנלווה לו, העברה של בעילה אסורה בהסכמה עוררה קושי כמעט מיום חקיקתה. קושי זה נגע בעיקר לשניים: הכנת הערך המוגן שבבסיס העברה וההגדרה של יסודות העברה ופרשנותם. ראשית, יש סתירה נחוצה בין הגדרת העברה כעברת מין, האמורה להגן על האוטונומיה המינית של הקרבן, לבין העובדה שהבעילה האסורה על פי הסעיף היא בעילה "בהסכמה". אם הבעילה היא בהסכמה – מדוע היא אסורה? ואם היא אסורה – מה הבסיס הנורמטיבי לאיסור מלבד חוסר ההסכמה של הקרבן? שנית, על פי הגדרתה, העברה אוסרת על בעילה "תוך ניצול יחסי מרות". לשון חקיקתית זו, שלא הופיעה בעבר בפרק עברות המין,¹⁴ הציבה לפני מפרשי העברה אתגר שהתעצם לנוכח ההכרה שיסוד נסיבת זה – "תוך ניצול יחסי מרות" – הוא הברית התיכון של העברה, המשמש אמת-מידה מבחינה בין אסור למותר, בין מין פלילי למין החף מפליליות.

12 חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988.

13 הצעה לתיקון חוק העונשין (מס' 14) התש"ם-1980, 387.

14 בפרק עברות המין של חוק העונשין כבר הייתה כלולה בעבר עברה שהשתמשה במונח "מרות", אולם היא לא חלה בתחום של יחסי עבודה אלא בתחום של יחסי הורות או אפטרופוסות. עברה זו לא כללה יסוד של "ניצול מרות" משום שהאיסור על מגע מיני במסגרת יחסים אלה היה מוחלט. עברה זו הוחלפה מאוחר יותר, בראשית שנות התשעים, בס' 351 לחוק העונשין שכתורתו "עבירות מין בתוך המשפחה".

האתגר הפרשני הכרוך בעברה של בעילה אסורה ביחסי מרות אינו רק תאורטי או מושגי אלא גם מעשי. מכל מקום, הוא נהפך מוחשי כשכתבי אישום החלו מוגשים ובתי המשפט חויבו להכריע את דינם של נאשמים במקרים ספציפיים. עברת הבעילה תוך ניצול יחסי מרות אוזכרה בפסקי דין של בית המשפט העליון מאז סוף שנות התשעים,¹⁵ אולם רק בשנת 2005 ניתן פסק דין מנחה שעסק בהרחבה בפרשנותה, בעניינו של יוסף נוי.¹⁶ פסק דין זה מנסח את התאוריה השלטת בפרשנות העברה, שלפיה תכליתה היא הגנה על האוטונומיה המינית של הכפופים ביחסי סמכות. עיון בפסק הדין חושף – בצד התאוריה השלטת – גם תאוריה חלופית להבנת העברה והערך המוגן שבבסיסה: תאוריה שעניינה מניעת שחיתות, הבאה לידי ביטוי בפסק דינה של שופטת המיעוט עדנה ארבל. אלטרנטיבה זו, גם אם אינה נעדרת כליל מהשיח האקדמי והציבורי על אודות ניצול והטרדות מיניות ביחסי מרות,¹⁷ אינה בולטת בו. הניתוח שאציע להלן מבקש לחשוף פרשנות זו ולדון בהשלכותיה.

יוסף נוי היה מנהל מטבח בבית החולים הלל יפה שבחדרה. ההתדיינות המשפטית החלה עקב תלונה של שתי עובדות מטבח שעבדו תחת פיקוחו שלפיה הנאשם העיר כלפיהן הערות בעלות אופי מיני, נגע בחלקי גופן ללא רשותן ואף קיים עמן מגע מיני מלא בחדר סמוך למטבח, במחסן שבבית החולים או במשרדו. כל זאת, לטענתן, בניגוד לרצונן, כשהנאשם כופה את עצמו עליהן ואף מבטיח להן כי ידאג לקידומן בעבודה. בית המשפט המחוזי מצא כי גרסאות המתלוננות בלתי־מהימנות בכמה נקודות מפתח ולכן זיכה את הנאשם מעברות של מעשים מגונים ואיננס. עם זאת, הנאשם לא זוכה כליל. בית המשפט המחוזי התבסס על עובדה שלא הייתה שנויה במחלוקת בין הצדדים – דהיינו: שהתקיים מגע מיני בין הנאשם לבין העובדות הכפופות לו – ובמקום העברות המקוריות שנטענו בכתב האישום הרשיעו בעברה של בעילה תוך ניצול מרות על פי סעיף 346(ב) לחוק העונשין. נוי הגיש ערעור על ההרשעה; ומאחר שהמדינה מצדה לא ערערה על זיכוי, התמקד הדיון בבית המשפט העליון בשאלה אם המגע המיני בין הנאשם לעובדות הכפופות לו, כנסיבות המתוארות, אכן מהווה בעילה "תוך ניצול יחסי מרות". השופט אדמונד לוי, שכתב את דעת הרוב, קבע

15 ראו, למשל, בג"צ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי ואח', פ"ד נג(2) 62, 72 (1999); בג"צ 4869/01 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נו(3) 944, 955 (2002).

16 ע"פ 9256/04 יוסף נוי נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 172 (2005) (להלן: עניין נוי).

17 כך למשל, פסקי דין בתחום משתמשים מפעם לפעם בביטויים "אנשי שררה" או "טובת הנאה" כדי לתאר את הפסול שבניצול מיני ביחסי מרות בעבודה. ראו, למשל, ע"פ 2695/93 שירי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.1993) ("אין לסכול את התופעה, שלמרכה הצער נפוצה היא, כי מעבידים ואנשים בעלי שררה יפעילו סמכותם על הנתונים למרותם כדי להפיק לעצמם טובת הנאה מינית"). גם בדיון הציבורי והאקדמי נהוג להשתמש מפעם לפעם בביטוי "שחיתות" בהקשר של עברות אלה. ראו, למשל, אורית קמיר "מה שהאזרחיות לא צריכות לתת לשליטים" ארץ אחרת מהרורה 36, 26 (2006). הזרם המרכזי של הפסיקה והספרות מבין את העברות כמיועדות להגן על ערך האוטונומיה או הכבוד של הקרבן, ומונח השחיתות, ככל שנעשה בו שימוש, מכוון בעיקר להקשר הספציפי של ניצול מרות על ידי עובדי ציבור. לטענתני, המונח "שחיתות" רלוונטי לעברות של ניצול ביחסי מרות בעבודה בשוק הפרטי כמו גם במקומות ציבוריים, ולמעשה הוא מסמן התרחבות של האיסורים בתחום השחיתות.

שלא (או שיש ספק בעניין זה, הפועל לטובת הנאשם).¹⁸ השופטת עדנה ארבל, שהייתה בעמדת מיעוט, סברה שכן. עיון בחוות הדעת שלהם והצבתן זו מול זו מלמד כי המחלוקת בין השניים אינה נוגעת לעובדות אלא לפרשנותן המשפטית. יתרה מזו: המחלוקת בין לוי לארבל אינה מצטמצמת ליישום של סטנדרטים פרשניים מוגדרים על העובדות של מקרה ספציפי, אלא נוגעת לניסוח הסטנדרטים הפרשניים עצמם ולהגדרת הערך המוגן שבבסיס האיסור על מין ביחסי מרות.

המפתח לניתוח פסק דינו של השופט א' לוי ולהבנת העמדה הפרשנית שאימץ טמון באמירתו שלפיה "תכליתה של הוראת סעיף 346(ב) לחוק העונשין הנה להגן על אוטונומית הרצון של הכפוף במקום העבודה".¹⁹ מאחר שכותרת העברה היא "בעילה אסורה בהסכמה" נדרש השופט א' לוי להשקיע מאמץ לא מבוטל בביסוס העמדה שתכלית העברה היא להגן על אוטונומיית הרצון של הכפוף (ושלכן הנחת היסוד שלה היא לכאורה שהמין במצבים אלה מתקיים ללא הסכמה). בעניין זה צייטט השופט א' לוי הלכות קודמות של בית המשפט העליון בתחום המשמעתי, שעסקו אגב אורחא בסעיף 346(ב) לחוק העונשין; למעשה, ציטוטן (בהסכמה) בעניין נוי הפכה אותן להלכה מנחה אף בתחום הפלילי. על פי הלכות אלה, המלה "הסכמה" המופיעה בכותרת העברה היא מטעה. השופט א' לוי אמנם עמד על כך כי לא רק שכותרת העברה כוללת את המלה "בהסכמה" – יסודות העברה אף אינם דורשים במפורש להוכיח אי-הסכמה מצד הקרבן.²⁰ מעמדתו של השופט א' לוי משתמע כי רק לכאורה אי-הסכמה איננה יסוד של העבירה, משום שככל שיש הסכמה של הקרבן במקרים אלה, על פי רוב אין זו הסכמה אמיתית ואין לייחס לה תוקף משפטי:

ההנחה הברורה הגלומה במבנה זה של העבירה הנה כי בנסיבות בהן אדם כפוף למרותו של אדם אחר, אין לייחס משמעות להסכמה הניתנת מצדו למעשים מיניים עם בעל המרות, ככל שהסכמה זו הנה תוצאת ניצולה של המרות. לשון אחר, אפילו ניתנה הסכמה לביצועם של המעשים המיניים, החוק – בהכירו בעמדת הנחיתות הטבועה בה מצוי הקורבן – מאפשר לראותה, בנסיבות המתאימות, כהסכמה "טכנית" שאין לייחס לה משמעות, בהיותה תוצאתם של שימוש לרעה בכוח וניצול פערי כוחות.²¹

אם כן, לפי עמדתו של השופט א' לוי, אף שפורמלית אי-הסכמה אינה יסוד של העברה, למעשה יש שקילות בין היסוד "תוך ניצול יחסי מרות" המופיע מפורשות בהגדרת העברה לבין אי-הסכמה של הכפוף/ה למגע המיני. השופט א' לוי יצר – ולמעשה הניח – שקילות זו כשגרס כי "ככל שהסכמה זו הנה תוצאת ניצולה של המרות" – אין לייחס לה משמעות.

18 לגבי אחת המתלוננות קבע בית-המשפט העליון כי העבירה בעניינה התיישנה ולכן התמקד באשמתו של הנאשם בעניינה של המתלוננת השנייה. יחד עם זאת, לאורך פסק-דינו מתייחס השופט אדמונד לוי פעמים רבות לשתי הפרשות בכפיפה אחת. עניין נוי לעיל, ה"ש 16, בעמ' 189.

19 עניין נוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 191.

20 שם, בעמ' 184.

21 שם.

הסכמה הנובעת מניצול פסול של יחסי מרות לאו הסכמה היא, ומגע מיני המתקיים תוך ניצול יחסי המרות פוגע באוטונומיה המינית של הקרבן.

בד בבד עם יצירת השקילות בין ניצול יחסי מרות לבין אי-הסכמת הקרבן, הקפיד השופט א' לוי לטרטט את גבולותיה. השקילות, כך הדגיש – כמו שופטים נוספים לפניו ואחריו – היא בין מגע מיני "תוך ניצול מרות" לבין מגע מיני ללא הסכמה, ולא בין מגע מיני ביחסי מרות פרוסה לבין אי-הסכמה. במילים אחרות: לא כל מגע מיני ביחסי מרות ייחשב למגע מיני ללא הסכמה, אלא רק כזה הנעשה "תוך ניצול מרות":

נקודת המוצא בעניין זה – והדבר רחוק מלהיות שנוי במחלוקת – היא כי מגע מיני בין בגירים, פרי הסכמה ורצון חופשיים אינו מעניינו של החוק הפלילי ואינו חשוף להתערבות. מאידך, יחסי-מין שאינם פרי רצון והסכמה חופשיים – כגון יחסי-מין שההסכמה לקיומם ניתנה כתוצאה של ניצול מרות ביחסי עבודה – לא יזכו ליחס דומה. אין בכך משום "התערבות" בלתי ראויה או "פלישה" בלתי מוצדקת לאוטונומיה הפרט, באשר דווקא ההגנה על אוטונומיה הרצון, דווקא ההכרה בזכותו של אדם להתקשר עם בני-אדם אחרים על-פי רצונו אמיתי, ולא בשל כפיה או אילוץ, הן העומדות ביסוד איסור פלילי זה ואחרים הדומים לו.²²

התוצאה של עמדה זו מבחינת יסודות העברה היא ש"בקיומה של מרות לבדה אין די לצורך התגבשות יסודות העבירה, ונדרש כי יתקיים 'ניצול' של מרות זו".²³ השאלה העומדת להכרעת בית המשפט היא "האם הסכמתו של עובד לקיים מגע מיני עם מעביד יסודה בניצול מרות" – ושאלה זו, כך המשיך השופט א' לוי, צריכה להיבחן "בשים לב למכלול נסיבות העניין וההקשר בו המעשים התבצעו".

על רקע עמדה עקרונית זו פנה השופט א' לוי לדון בשאלה אם בנסיבות המקרה שלפניו התקיימו יסודות העברה, והאם אפשר לומר שבאותו מקרה נבעה הסכמת הכפופות לקיום מגע מיני עם נוי מניצול מרות מצדו (ולכן אינה הסכמה אמיתית). תשובתו של השופט א' לוי הייתה שבמקרה שלפניו יש ספק באשר לניצול המרות מצד הנאשם (ויש ספק באשר לאי-הסכמתה של המתלוננת למגע המיני עמו). זאת, משום שגרסתו העובדתית של הנאשם – שלפיה היוזמה למגע המיני באה מצד המתלוננת, שרצו לקדם את ענייניהן במקום העבודה, ובמיוחד לקבל ממנו יחס אוהד על רקע פרשת זיוף של תלושי אוכל שהיו מעורבות בה – לא נשללה, ולכל הפחות נקבע שהיא אפשרית.²⁴ לדידו של השופט א' לוי, תשתית עובדתית זו מובילה למסקנה המשפטית שלפיה לא הוכח מעבר לספק סביר שיחסי המין בין הנאשם לבין המתלוננת נבעו מניצול מרות ביחסי עבודה. מסקנה זו, הסביר

22 עניין נוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 188.

23 שם, בעמ' 186.

24 שם, בעמ' 190 ("הגרסה העובדתית אותה ביקש המערער כי בית המשפט קמא יאמץ, על-פיה המתלוננת קיימה עמו יחסי מין ביוזמתה, מתוך מטרה מודעת לקדם את ענייניה במקום העבודה, הנה גרסה אפשרית, המתיישבת עם העדויות שהוצגו בפני בית המשפט קמא ואף המעוררת ספק סביר בהתייחס לשאלת התקיימותו של יסוד הניצול").

השופט א' לוי, נלמדת מהתכלית של סעיף 346(ב) ומהערך שעליו הוא נועד להגן, דהיינו: ערך האוטונומיה המינית.²⁵

אם כן, העובדה המכריעה מבחינת השופט א' לוי היא שהמתלוננות – ולא הנאשם – הן שיוזמו את המגע המיני, משום שיוזמה מצד המתלוננת לכאורה אינה מתיישבת עם טענה לאי-הסכמה או לכפייה מינית. לפיכך סבר השופט א' לוי כי אי-אפשר לומר שבנסיבות המקרה הנאשם ניצל לרעה את יחסי המרות כדי לכפות מגע מיני על המתלוננת. אמנם השופט א' לוי הזכיר, בנימה של הסכמה, פסיקה קודמת של בית המשפט העליון, שבה נקבע כי שאלת היוזמה למגע המיני איננה קונקלוסיבית לצורך הוכחת היסוד של ניצול מרות, וכי ייתכנו מקרים שבהם מגע מיני שהוא תוצאה של יוזמה מינית מצד העובדת ייחשב אף הוא בעילה תוך ניצול מרות:

בהחלט ניתן להעלות על הדעת מצבים בהם 'יוזמה' מצד עובד לקיים יחסי מין עם המעביד, תהא אף היא יוזמה 'טכנית' בלבד, כגון במצב דברים בו ברור לכלל העובדים כי הדרך היחידה להימנע מפיתויין או להתקדם במקום העבודה הנה באמצעות קיום מגע מיני עם המעביד, וכי הדבר הוא בכחינת נורמת עבודה בלתי מדוברת ובה בעת – ממשית וקיימת.²⁶

אולם, לדידו, במקרה שלפניו יוזמת המתלוננות לא הייתה טכנית משום שלא הוכח כי הנאשם הבטיח למתלוננות דבר מה או כי איים לפטרן או לשנות מתנאי עבודתן, במפורש או במשמע, בגלוי או בסמוי. ההנחה העובדתית באותו מקרה הייתה שהמתלוננות "בחרו לקדם את ענייניהן ולהיטיב את תנאיהן במקום העבודה בדרך בה בחרו, והמערער – בידועו כי כך הם פני הדברים – נעתר להן". ייתכן, המשיך השופט א' לוי ואמר, כי התנהגות זו ראויה לגינוי; ייתכן כי היא מצדיקה בירור משמעותי וייתכן כי היא אף מהווה מעשה של קבלת שוחד – אולם כל אלה אינם באים בגדרו של סעיף 346(ב) לחוק העונשין, העוסק בהגנה על האוטונומיה המינית של הכפופה ביחסי סמכות.²⁷

הכרעתו של השופט א' לוי התקבלה בהסכמה של השופט ריבלין, ואילו השופטת עדנה ארבל חלקה על דעתם וסברה כי יש להרשיע את הנאשם בעברה של בעילה אסורה בעבודה. עמדתה מעניינת דווקא משום שאין מחלוקת עובדתית בינה לבין שופטי הרוב; יתרה מזו: ראשיתה של חוות הדעת מטעמה עשויה ליצור את הרושם שאין מחלוקת של ממש בינה לבין שופטי הרוב באשר לפרשנות של העברה ושל הערך המוגן בה. כך, היא פותחת את דבריה באמירה שלפיה "העקרונות שהותוו בפסיקה בהתייחס לסוגיה של ניצול מרות ביחסי

25 שם, בעמ' 191 ("כמבואר לעיל, תכליתה של הוראת סעיף 346(ב) לחוק העונשין הנה להגן על אוטונומיה הרצון של הכפוף במקום העבודה. היא נועדה להבטיח את זכותו שלא להיכפות, בהסכמתו המדומה, לקיומם של מגעים מיניים עם מעסיקו, בחששו מכוח סמכותו של האחרון. אינני סבור, כי בנסיבות המקרה שבפנינו, ניתן לומר שנפגעה אוטונומיית הרצון של המתלוננת. אינני סבור שניתן לקבוע, כי קיום יחסי המין עם המערער – יחסי מין לגביהם אנו מניחים כי היו פרי יוזמתן של המתלוננות – הנו מעשה שהסכמתן לו אינה אלא הסכמה טכנית וחסרת משמעות").

26 שם, בעמ' 187.

27 שם, בעמ' 91-190.

עבודה הובאו בפסק־דינו של השופט א' לוי והם מקובלים עליי במלואם", וקובעת כי "אף שבררכו של חברי אני צועדת, הרי שבבואנו אל התוצאה במקרה דנן, בהתייחס להרשעה שעניינה בעילה אסורה בהסכמה של המתלוננת א', מתפצלות דרכינו".²⁸ אפשר אפוא לחשוב שהמחלוקת בין השופטת ארבל לבין שופטי הרוב בעניין נוי נוגעת אך ליישום הפרשנות של הסטנדרט המשפטי על עובדות המקרה. רושם כזה הוא שגוי. המשך חוות הדעת מגלה מחלוקת של ממש בין האופן שבו הבינה השופטת ארבל את העברה של בעילה אסורה בעבודה לבין הפרשנות שהעניקו לה שופטי הרוב.

התשתית העובדתית שעליה התבססה השופטת ארבל מביאה בחשבון כי המתלוננת²⁹ – העוברת שהייתה כפופה למרות הנאשם כמנהל מטבח – היא שיזמה את המגע המיני עמו משום שביקשה להשיג בכך טובת הנאה ויחס מועדף. השופטת ארבל קבעה כי הנאשם עצמו לא הבטיח למתלוננת דבר כדי להניע אותה לקיים עמו מגע מיני, והיא אף מוכנה להניח לטובתו כי הוא לא גרם למתלוננת להבין, ולו במשתמע, שקיום יחסי מין עמו יניב לה יתרונות במקום העבודה. לשיטתה, אשמתו נובעת מעצם מודעותו – שבה הודה – כי הכפופה מקיימת עמו מגע מיני מתוך תקווה לשפר את תנאי עבודתה. בנסיבות אלה, היעדרותו ליוזמתה המינית מהווה, על פי השופטת ארבל, "בעילה תוך ניצול מרות" ביחסי עבודה.³⁰ עמדה זו של השופטת ארבל טעונה הסבר. על פני הדברים קשה ליישב כינה לבין הפרשנות הסטנדרטית של העברה ככזו שנועדה להגן על האוטונומיה המינית של הכפופה ביחסי סמכות. אם המגע המיני בין הצדדים לא נבע מאיום או מהבטחה מצדו של בעל הסמכות (אפילו לא "ברל הבטחה", כפי שכינה זאת השופט א' לוי), ואם היוזמה באה כל-כולה מצד הכפופה – איך אפשר לטעון שהמגע המיני פגע באוטונומיה המינית שלה?³¹ השופטת ארבל לא התעלמה מקושי קונספטואלי זה אלא הבהירה כי פסיקתה איננה מבוססת על הבנת העברה כמיועדת להגן אך על האוטונומיה המינית של הקרבן, אלא כמכוונת גם להשגת תכלית אחרת. תכלית זו אינה ממוקדת בכפופה ביחסי הסמכות ובפגיעה בה, אלא במניעת תופעה רחבה ומפושטת יותר, הנוגעת למקום העבודה כמרחב של פעילות ויחסים אנושיים: "בהיבט זה מבקשת הנורמה הפלילית להביא לכך שמקום העבודה יהיה מקום בטוח ומוגן לעובד ולעובדת, כמו גם מפני תופעות שליליות במערכת יחסי העבודה".³² באיזה מובן מגע מיני ביחסי סמכות מהווה "תופעה שלילית" אם איננו מניחים שכרוכה בו פגיעה באוטונומיה המינית של הכפוף? קו הטיעון בחוות הדעת של השופטת ארבל מסיט את ההתמקדות מהכפופה ומהפגיעה בה לעבר בעל הסמכות והתנהגותו הפסולה:

28 עניין נוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 192.

29 השופטת ארבל מתייחסת בפסק־דינה למתלוננת שהעברה בעניינה לא התיישנה ולכן מדברת על "מתלוננת" להבדיל מ"מתלוננות". ר' שם.

30 עניין נוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 193.

31 אינני מתעלמת מהתפיסה הקיימת בשנים האחרונות שלפיה גם מגע מיני שהקרבן יזם אותו עשוי להיתפס כפגיעה באוטונומיה שלו, דוגמת מגע מיני הקיים ביחסי־זנות (והיוזמה להפלת לקוחות במצבים אלה); אולם הנמקת השופטת ארבל אינה צועדת בנתיב זה. פסק הדין שלה אינו מבטא תפיסה של ניצול מיני אלא של עניין אחר, שאותו אני מבקשת לנסח במאמר זה.

32 עניין נוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 193.

סבורני, כי העבירה של בעילה אסורה בהסכמה "תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות" אינה באה אך להגן על האינטרס של קורבן העבירה ועל אוטונומיית הרצון שלו. עבירה זו באה להבטיח גם שמירה על סטנדרט התנהגות ראוי מצד בעלי מרות כלפי אלה הכפופים להם [...] חובתנו לנקוט מדיניות מחמירה כלפי מי שהופך את כוח הסמכות שבידו, ואשר ניתן לו במסגרת בה קיימים פערי כוחות, למנוף לסיפוק צרכיו האישיים. אכן, חובתנו לשרש תופעות של הפקת טובות הנאה על רקע מיני על ידי מעבידים ונושאי תפקידים אחרים שהשררה בידם, מכוח הסמכות שניתנה להם.³³

במקום להתמקד בפגיעה בכפופה ביחסי סמכות, השופטת ארבל מתארת את בעל הסמכות ואת ההנאה שלו. גם כאן אפשר לשאול באיזה מובן ההנאה של בעל הסמכות בעייתית (לא כל שכן פלילית) אם אין בה פגיעה באנשים הכפופים לו. על פי השופטת ארבל, לא ההנאה כשלעצמה ראויה לגינוי אלא "טובת ההנאה" שצמחה לבעל הסמכות תוך שימוש פסול בכוח סמכותו. שפה זו – שפת השחיתות – אכן מזוהה באופן מסורתי עם פגיעה באינטרסים ציבוריים-קולקטיביים, להבדיל מזכויות אינדיבידואליות. נדמה כי הפנייה של השופטת ארבל לשפה זו מצליחה להסיט את המבט מהכפופה ומסוגיית האוטונומיה המינית שנפגעה. אולם, השופטת ארבל עושה שימוש בלתי-מסורתי בעליל בשפת השחיתות כשהיא מייבאת אותה לתחום של עברות מין. עד כה ניתנה לשילוב זה פרשנות שלפיה אפשר להניח שקילות בין ניצול הסמכות לבין פגיעה באוטונומיה של הקרבן. השופטת ארבל ביקשה להיחלץ משקילות זו – אולם פסק דינה חסר את הכלים המושגיים ואת התשתית התאורטית המתאימה לעשות זאת. המשך המאמר יציע כלים מושגיים ותשתית תיאורטית הלקוחים מתחום השחיתות והאסדרה של השחיתות, החסרים בפסק-דינה של השופטת ארבל.

ב. הפרשנות של יסוד הניצול בעברה של בעילה אסורה בעבודה: בין כפייה מינית לניצול לרעה של כוח המשך

ההפלה של מין ושל הטרדות מיניות ביחסי סמכות מקושרת לרוב עם האקטיביזם הפמיניסטי,³⁴ שהציב את האוטונומיה של נשים בכלל, ואת האוטונומיה המינית³⁵ שלהן בפרט, במוקד של סדר היום הציבורי והמשפטי. ההתמקדות הכמעט-בלעדית בשאלות של אוטונומיה ואמנציפציה נשית נטתה להאפיל על מוקד ערכי ואידאולוגי נוסף של איסורים אלה – הגדרה ומניעה של צורות חדשות לניצול לרעה של סמכות ביחסי עבודה ובזירות מקצועיות נוספות. המשגת מין ביחסי סמכות כצורה של ניצול לרעה של סמכות – או, כפי שאציע להלן: כניצול לרעה של כוח המשך – מזמינה עיון השוואתי בטרטוריות שטרם נחקרו בהקשר זה. בפרק זה אערוך עיון השוואתי לאורך שני צירים עיקריים: האחד משווה בין

33 שם.

34 ראו, למשל, ניצן לונברג "הטרדה אינה ארוטיקה, יחסי מרות אינם רומנטיים" הארץ 27.5.2015
www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.2646164

35 לדיון בעול הכרוך במין ביחסי מרות במרחבים של אוטונומיה מינית ראו, Stephen J. Schulhofer, *Taking Sexual Autonomy Seriously - Rape, Law and Beyond*, 11 *LAW & PHIL.* 35, 79 (1992).

עברות מין ביחסי מרות לבין עברות ניצול לרעה של כוח המְשָׁחָה, ובמיוחד העברה המכונה במשפט המקובל common law extortion; הציר האחר דן בעברות מין ביחסי מרות לפי ההבחנה בין עברות ליבה לעברות אסדרתיות. הדיון בשני צירים אלה ישפוך אור חדש על הפרשנות של יסוד הניצול בעברות מין ביחסי מרות.

1. עברות ניצול לרעה של כוח המְשָׁחָה במשפט הפלילי

המשפט הפלילי מגדיר ואוכף שורה של עברות העוסקות בניצול לרעה של כוח המְשָׁחָה (misconduct in office או official misconduct)³⁶ על ידי עובדי ציבור. עברות מסוימות (כגון עברת השוחד) הן ותיקות ובעלות שורשים עתיקים במשפט הטרום-מודרני;³⁷ אולם הקטגוריה כולה התרחבה במידה ניכרת עם כינון המדינה המודרנית והקמת מנגנון מסועף של אדמיניסטרציה ציבורית.³⁸ המשותף לעברות אלה הוא שהן עוסקות בהתנהגות של עובדי ציבור הקשורה בתפקידם, הנעשית מתוך מניע מושחת ושיש בה כדי להזיק למדינה, לציבור או לפרטים בו. חלק ניכר מעברות אלה מבוססות על הנחת יסוד של הממשל והבירוקרטיה המודרניים – שהאנשים המחזיקים בכוח המְשָׁחָה כעובדי ציבור אינם הבעלים של המשאבים שעליהם הם אחראים, אלא אמורים לנהל אותם כנאמנים ומשרתים של הציבור.³⁹ פיצול זה בין סמכות ניהול לבין בעלות על משאבים יוצרת כר פורה לניצול, משום שלבעל המְשָׁחָה יש שליטה על המשאבים שלפי הגדרת תפקידו הוא אמור לנהל כדי להשיג מטרות ציבוריות, והוא עשוי – אם הוא מושחת – לנצלם להגשמת מאוייו והאינטרסים הפרטיים שלו, שאינם עולים בקנה אחד עם האינטרס הציבורי.

אם כן, העברות העוסקות בניצול לרעה של כוח המְשָׁחָה – ובשמן המקובל: עברות שחיתות⁴⁰ – עוסקות במתח שבין האינטרסים הפרטיים של בעלי המְשָׁחָה הציבורית לבין המטרה הציבורית שלשמה הוענק להם כוחם. עברות אלה נועדו להגן על תפקודו התקין

36 פרקינס עומד על ריבוי המונחים שבהם נעשה שימוש כדי לתאר קטגוריה זו, ובהם Misconduct in office, "abuse of office", "official misconduct" and "misbehavior in office". ראו Rollin M. Perkins, Criminal Law 543 (3rd ed. 1982) (להלן: פרקינס).

37 על המקורות של עברת השוחד במשפט המקובל ראו פרקינס, שם, בעמ' 486. למקורות של עברת השוחד במשפט הישראלי ראו דליה צמרי-חלק עבירת השוחד (2009).

38 כפי שכתב פרקינס, ה"ש 36 לעיל, בעמ' 440: "As complicated governmental affairs required a great number of public officials, there came a recognition of the social interest in having each officer act according to his best judgment, without having their official action influenced by compensation coming from some private source".

39 התפיסה של עובדי ציבור כנאמניו ומשרתיו של הציבור היא בסיסית לעברות שחיתות. ראו, למשל, ע"פ 5076/14 שטרית נ' מדינת ישראל, פס' 108 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.12.2015).

40 הקטגוריה של עברות שחיתות היא למעשה רחבה יותר מעברות ניצול לרעה של המְשָׁחָה, שכן תיתכן שחיתות המבוצעת על-ידי אזרח או אדם פרטי שאיננו בעל-מְשָׁחָה (למשל, מתן שוחד). השימוש במונח "עברות שחיתות" שלעיל מציין אפוא תחום כללי של עברות שעניינן פגיעה באינטרסים ציבוריים או מעין-ציבוריים, להבדיל מעברות מין העוסקות בהגנה על זכויות אינדיבידואליות.

של המנהל הציבורי ועל אמון הציבור בו,⁴¹ העשויים להיפגם כשמשאבים ציבוריים מוסטים להשאת רווחים או אינטרסים פרטיים. שתיים מהעברות הכרוכות בניצול לרעה של כוח המשׁרה, המוכרות במשפט המקובל⁴² כ-*official oppression* ו-*common law extortion*, ראויות לתשומת לב מיוחדת בהקשר שבו אנו עוסקים, משום שהן מתמקדות במובחן בפגיעה של בעלי סמכות ציבורית באזרחים הכפופים לסמכותם.⁴³ להלן אתמקד בעברה של *common law extortion*. עברה זו, שהיא בעלת שורשים עמוקים במשפט האנגלו-אמריקני,⁴⁴ מגדירה טכניקת ניצול שהיא אנלוגית למדי לניצול שבו עוסקים האיטורים החדשים על מין ביחסי סמכות. בניתוח שלהלן אציע כי בדומה לעברה המסורתית של *common law extortion*, העברה של בעילה אסורה בהסכמה אוסרת על קבלת טובת הנאה פרטית תוך שימוש פסול בכוח המשׁרה; אולם, בשונה מ-*common law extortion*, העברה של בעילה אסורה בהסכמה אינה מוגבלת לבעלי משׁרה (officeholders) שהם עובדי ציבור, אלא חלה גם על בעלי משׁרה בשוק הפרטי. הברל נוסף מהעברה המסורתית הוא שהעברה של בעילה אסורה בהסכמה עוסקת בטובת הנאה מינית, להבדיל מכספית.

כדי להבין את התפיסה המשפטית המונחת בבסיס העברה של *common law extortion* יש להתנתק מהמובן המקובל בשפה המשפטית של הביטוי *extortion* – “סחיטה” בעברית. המובן השגור של “סחיטה” מסמן הצגת איומים מפורשים מצד העבריין,⁴⁵ אך עברת *common law extortion* לא עסקה באיומים דווקא, אלא סימנה קשת רחבה יותר של התנהגויות (ובהן גם

41 על הערכים המוגנים בתחום עברות השחיתות ראו, למשל, רע"פ 5905/98 רונן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.3.1999); דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004).

42 לעברות אלה אין מקבילה מובהקת בחוק העונשין הישראלי. עברה קרובה לשתיהן היא העברה שכותרתה “שימוש לרעה בכוח המשׁרה” בס' 280(1) לחוק העונשין. עברה זו אוסרת על עובר ציבור לעשות “מעשה שרירותי הפוגע בזכותו של אחר תוך שימוש לרעה בכוח המשׁרה”. אחד מפסקי הדין היחידים של בית המשפט העליון שדן בסעיף הוא ע"פ 4148/96 מדינת ישראל נ' יעקב גנות, פ"י נ(5) 367 (1996).

43 פרקניס, לעיל ה"ש 36, בעמ' 548 (Official misconduct which is harmful to some individual “is either extortion or oppression”). בדומה, בפסק הדין בפרשת ברמן קבע בית המשפט כי בעוד שעברה של הפרת אמונים עוסקת בפגיעה בציבור, עברה של שימוש לרעה בכוח המשׁרה לפי סעיף 280 לחוק עוסקת בפגיעה בפרט. ראו ע"פ (ת"א) 71766/04 ברמן נ' מדינת ישראל פרקליטות מחוז ת"א פלילי (פורסם בנבו, 30.6.2006). עם זאת, בע"פ גנות קבע בית המשפט העליון כי הערך המוגן בעברה לפי סעיף 280 הוא תקינות פעולתו של המנהל.

44 ראו James Lindgren, *The Elusive Distinction Between Bribery and Extortion: From the Common Law to the Hobbs Act*, 35 UCLA L. REV. 815 (1988).

45 ראו ס' 428 לחוק העונשין, המגדיר סחיטה כך: “המאיים על אדם בכתב, בעל פה או בהתנהגות, בפגיעה שלא כדין בגופו או בגוף אדם אחר, בחירותם, ברכושם, בפרנסתם, בשמם הטוב או בצנעת הפרט שלהם, או מאיים על אדם לפרסם או להימנע מפרסם דבר הנוגע לו או לאדם אחר, או מטיל אימה על אדם בדרך אחרת, הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו – מאסר שבע שנים; נעשו המעשה או המחול מפני איום או הטלת אימה כאמור או במהלכם, דינו – מאסר תשע שנים”.

מרמה),⁴⁶ ומכל מקום לא חייבה להוכיח שימוש באיומים או במצגים מפורשים מצד הנאשם. עברה זו התמקדה בעובדי ציבור ועסקה בקבלה של טובת הנאה קניינית על ידי עובד ציבור שאינה מגיעה לו כחלק מתפקידו, שהוא הצליח "לסחוט" מאדם הכפוף לו באצטלה של המשֶׁה: "under the color of office" או "under the color of official right".⁴⁷ דוגמאות פרדיגמטיות כוללות מצב שבו קצין משטרה דורש מאזרח תשלום עבור שירות שאין בו צורך כגון ביטול צו חיפוש שהוצא שלא כדין והוא נעדר כל תוקף.⁴⁸ במשפט האמריקני הנוכחי, עברת common law extortion כלולה בחקיקה פדרלית העוסקת בעברות הונאה ושחיתות,⁴⁹ ויחד עם עברת השוחד⁵⁰ היא מהווה נדבך מרכזי של ההסדר החקיקתי הפדרלי למאבק בשחיתות. הליבה המשותפת לעברות אלה היא שתשלום או טובת הנאה נדרשים או מתקבלים מאזרח באופן בלתי-חוקי תחת אצטלה של המשֶׁה.

2. הקבלה בין יסוד "ניצל המרות" בעברות מין לבין המושג "באצטלה של המשֶׁה" בעברות שחיתות

הרעיון של שימוש בכוח המשֶׁה כאצטלה לקבלת טובת הנאה מצד אדם הכפוף לבעל הסמכות הוא מרכזי לעברה של בעילה אסורה בעבודה וחיוני להבנתה. כדי להבין זאת עלינו לסקור פסיקה נוספת של בתי המשפט, שעסקה בפרשנות של סעיף 346(ב) לחוק העונשין, שזו לשונו:

הבועל אשה שמלאו לה שמונה עשרה שנים תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות או עקב הבטחת שווא לנישואין תוך התחזות כפנוי למרות היותו נשוי, דינו – מאסר שלוש שנים.

בהתאם לשפה הפורמלית של המשפט הפלילי, המפרקת כל עברה ליסוד עוברתי ויסוד נפשי, ניתחו בתי המשפט את יסודות עברה והתעכבו בעיקר על שני רכיבים נסיבתיים⁵¹ ביסוד העוברתי שלה: "מרות ביחסי עבודה" ו"תוך ניצול". אשר לרכיב הראשון קבע בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין כי המרות שאליה הסעיף מכוון לא חייבת להיות ישירה

James Lindgren, *The Theory, History, and Practice of the Bribery-Extortion Distinction*, 46 141 U. Pa. L. Rev. 1695, 1716 (1992-1993).

עברת common law extortion הוגדרה במשפט המקובל כך: "the collection of an unlawful fee by an officer under color of office של המשֶׁה" מוצע על ידי במאמר זה כתרגום לביטוי באנגלית "under the color of office". פרקינס, לעיל ה"ש 36, בעמ' 548. המונח "באצטלה" פרקינס, לעיל ה"ש 36, בעמ' 470.

הסעיף כלול ב-Hobbs Act ומגדיר סחיטה כך: "the obtaining of property from another, with his consent, induced by wrongful use of actual or threatened force, violence, or fear, or under color of official right". The Hobbs Act, 18 U.S.C. § 1951 (b)(2) (2012) (ההדגשה הוספה).

U.S.C. 18 § 201 50

בעילה מובנת כיסוד ההתנהגותי של העברה ואינה מעוררת קושי מיוחד. 51

והיא יכולה להיות גם עקיפה.⁵² את מרב מאמציהם הפרשניים השקיעו בתי המשפט ביסוד הניצול כנסיכה של העברה. פסק הדין המנחה בעניין זה, פרשת בן-חיים, ניתן בערעור על בית הדין למשמעת של עובדי שירות המדינה.⁵³ אם כן, פרשת בן-חיים עסקה בבעילה אסורה בהסכמה כעברה משמעתית,⁵⁴ אולם משאימץ בית המשפט העליון בעניין נוי את קביעותיו של פסק הדין בעניין בן-חיים, נהפכו אלו להלכה מחייבת גם בתחום הפלילי. הדרך שבה הלכו בתי המשפט, לפחות בתחילה, הייתה לפרש את יסוד הניצול בהתאם לערך האוטונומיה המינית כערך המוגן של העברה, ובזיקה לאי-ההסכמה של הכפופה ליחסי המין. לפיכך, בעניין בן-חיים קבעה השופטת ביניש כי ניצול הסמכות שבעברה עניינו כפיית מין לא רצוי על הכפופה ביחסי המרות:

המילה ניצול היא מילה נרדפת למילה שימוש; בהקשר בו אנו עוסקים מדובר למעשה ב'שימוש לרעה' [...] הממונה משתמש בסמכותו או בכוחו להשפיע על מעמדו או עתידו של הכפוף למרותו, על מנת להשיג את הסמכותו לביצוע המעשים המיניים בו וכדי לכפות את רצונו עליו.⁵⁵

עד מהרה התברר כי אין זה פשוט לקחת את הרעיון המופשט בדבר ניצול הסמכות ולתרגמו לטכניקות ניצול קונקרטיות, שגם יולידו מסקנה בדבר אי-הסכמת הקרבן. תרגום כזה מחייב חריגה מטכניקות הכפייה המוכרות במסורת המשפט הפלילי כשוללות את הסכמת הקרבן.⁵⁶ כאשר ביקשה השופטת ביניש לפרוט לפרוטות את הנסיבות שייחשבו לניצול הפוגע באוטונומיה של הקרבן, היא פתחה בציון סוג אחד של מצבים שבהם ניצול הקרבן וגם אי-ההסכמה שלה ברורים: שימוש באיומים מפורשים על ידי בעל הסמכות כי ישתמש לרעה בכוח סמכותו כמעביד כלפי הכפופה לו אלא אם זו תיענה לדרישותיו המיניות. מגע מיני המתקיים בעקבות איומים כאלה הוא בעת ובעונה אחת ניצול לרעה של הסמכות ושליטת

52 ראו עש"מ 1599/03 טאפירו נ' שירות המדינה, פ"ד נח(2) 125 (2003) (להלן: עניין טאפירו). בעניין זה נדונו עברות משמעת בשירות המדינה, אך הלכה זו נשנתה מאוחר יותר בעניין נוי שעסק בעברה פלילית של ניצול יחסי מרות בעבודה. ראו עניין נוי, ה"ש 16 לעיל, בעמ' 186.

53 עש"מ 4790/04 מדינת ישראל נ' בן-חיים, פ"ד ס(1) 257 (2005) (להלן: עניין בן-חיים).

54 לאחר חקיקתו של החוק למניעת הטרדה מינית בוטלו ההוראות הקודמות בעניין הטרדה מינית בדין המשמעתי החל על עובדי שירות המדינה, והוראות החוק החדש שולבו בו בדרך של אינקורפורציה. לפיכך, כיום החוק למניעת הטרדה מינית וחוק העונשין הם דברי החקיקה החלים על ניצול ביחסי מרות הן במישור הפלילי, הן במישור האזרחי והן בדין המשמעתי. ראו אורית קמיר ואח' "החוק למניעת הטרדה מינית במערכות המשפט והמשמעת: נתונים מן העשור הראשון" "המשפט" ברשת: זכויות אדם ב 13 (2014) <http://din-online.info/pdf/ham2-3.pdf>.

55 עניין בן חיים, ה"ש 53 לעיל, עמ' 268.

56 לדיון בקטגוריית מוכרות של אי-ההסכמה ליחסי מין ראו ALAN WERTHEIMER, CONSENT TO SEXUAL RELATIONS 163-257 (2003). טרם חקיקתן של עברות ניצול ביחסי מרות הוכרו הקטגוריות הבאות במסגרת עברת האונס, בהיותן שוללות את הסכמת הקרבן ליחסי מין: אלימות פיזית, סוגים מסוימים של מרמה, איומים ואיי-כשירות למתן הסכמה.

תוקפה של הסכמת הקרבן למגע המיני.⁵⁷ כפי שראינו, שימוש בכוח הסמכות כדי לאיים על אדם הכפוף לבעל הסמכות מהווה "זה תמורת זה" מהסוג שהיה כלול בעברות של ניצול לרעה של כוח המשרה (common law extortion ושחד). מהכיוון של עברות מין, שימוש באיום בלתי-לגיטימי היווה קטגוריה מוכרת של כפייה מינית.⁵⁸ מיד לאחר ציון קטגוריה זו של איומים הבהירה השופטת ביניש כי שכיחותם של מצבים אלה נמוכה וכי לרוב לא יתבטא הניצול באיומים מפורשים. לפיכך, היא עברה לבחון סוג אחר של "זה תמורת זה" – הבטחה הניתנת לכפופה שהסמכות תופעל לטובתה בתמורה למגע מיני,⁵⁹ מצב שגם הוא היה אסור על פי עברות השחיתות המסורתיות, ושאפשר – אמנם לא בלי קושי⁶⁰ – להמשיג אותו כסוג של כפייה מינית כלפי הכפופה. גם מצבים אלה אינם מכסים את חלק הארי של מקרי הניצול, שבהם, כדברי השופטת ביניש, לא מושמעים איומים והצעות מפורשות מצד בעל הסמכות. לפיכך קבעה השופטת ביניש:

התנהגות העולה כדי 'ניצול מרות' עשויה ללוש צורות רבות ושונות. התנהגות כזו יכולה להיות מפורשת או מרומזת והיא יכולה להיעשות במישרין או בעקיפין [...] מכל מקום, תהא הדרך בה בא יסוד 'ניצול המרות' אשר תהא – המשמעות היא תמיד אחת: השגת הסכמתו של הכפוף לביצוע המעשים שלא על-פי רצונו האמיתי אלא כתוצאה משימוש לרעה ביחסי המרות.⁶¹

המבחן שקבעה השופטת ביניש בסופו של דבר לבחינת יסוד הניצול הוא מבחן מסוג "כלל הנסיבות", שלפיו בית המשפט בוחן כמה פרמטרים כדי להכריע אם המגע המיני בין הצדדים נעשה "תוך ניצול יחסי מרות":

ככל שפערי הכוח והפרשי הגילאים בין הממונה לכפוף לו גדולים יותר; ככל שלממונה יכולת השפעה ניכרת יותר על מעמדו או עתידו של העובד; וככל שהיוזמה לביצוע המעשים המיניים נתונה בידיו של הממונה; כך עשויה להתבקש המסקנה כי המעשים המיניים היו בגדר ניצול יחסי המרות; כל זאת, מבלי למצות

57 ראו בעניין בן-חיים, לעיל ה"ש 53, בעמ' 268: "אחת הצורות הקיצוניות של התנהגות זו תהא השמעת איום גלוי וישיר [...]".

58 איומים מפורשים נחשבו לשוללים את הסכמת הקרבן ליחסי מין במסגרת עברת האונס בחוק העונשין. אף ה-Model Penal Code האמריקני מכיר באיומים כשוללים את הסכמת הקרבן ליחסי מין, אם כי הפללת איומים אלה נעשית במסגרת עברת מין נבדלת וחמורה פחות מעברת האונס, המכונה Gross Sexual Imposition. ראו MODEL PENAL CODE, ART. 213.1(2)(a).

59 ראו עניין בן-חיים, לעיל ה"ש 53, בעמ' 268: "במקרים אחרים השימוש לרעה בסמכות ילבש צורה של הבטחה מפורשת או משתמעת של הטבה בתנאי העבודה בתמורה לטובת הנאה בתחום המיני [...]".

60 הקושי נובע מכך שבמסורת החשיבה הליברלית של המשפט הפלילי יש הבחנה יסודית בין איומים להבטחות ובין כפייה (coercion) לעסקה (bargain). להבחנה זו ראו ALAN WERTHEIMER, COERCION (2014) 202-221. בהקשר של יחסי סמכות אפשר לטעון שההבחנה מיטשטשת ושגם הבטחה מצד דמות סמכותית עשויה להשתמע כאיום וככפייה. לטעון ברוח זו ראו STEPHEN SCHULHOFER, UNWANTED SEX (1998) 137-152.

61 עניין בן חיים, ה"ש 53 לעיל, סעיף 9 לפסק הדין.

את השיקולים השונים הרלוונטיים לעניין אשר ייבחנו בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.⁶²

בחירתו של בית המשפט במבחן כלל הנסיבות בעברה של בעילה ביחסי מרות היא עדות להיעדר ההתאמה של דוקטרינות קיימות מתחום עברות המין, שיכולות היו לשמש את בית המשפט,⁶³ ולקושי הממשי – לא רק להגדיר את מקרי הניצול אלא גם לשפוט אותם במציאות ולהבחין בין מין ביחסי מרות, שהוא נצלני, לבין מין שאינו כזה; בין מין שיש לדאוגו ככפוי על הכפופה ביחסי הסמכות לבין מין שאינו כפוי.⁶⁴ לטענתי, מבחן כלל הנסיבות מקביל

62 עניין בן-חיים, ה"ש 53 לעיל, בעמ' 270. בית המשפט העליון חזר על מבחן זה בעניין נוי, ראו ה"ש 16 לעיל, בעמ' 187.

63 היעדר התאמה בין קטגוריות מסורתיות של אי-הסכמה ליחסי מין לבין מקרים של ניצול ביחסי מרות נדון בספרות המשפטית האמריקנית. ראו, למשל, Stephen J. Schulhofer, *Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and Beyond*, 11 LAW & PHIL. 35, 79-84 (1992); Michal Buchhandler-Raphael, *Sexual Abuse of Power*, 21 U. FLA. J.L. & PUB. POL'Y 77, 90-95 (2010).

64 האתגר המיוחד של שיפוט מין ביחסי מרות ניכר בעניין בן-חיים. כפי שראינו, בפרשנותו את יסוד הניצול התחיל בית המשפט העליון בפרישת הרעיונות של סחיטת מגע מיני על ידי איום או הבטחה מצד המעביד, אולם מיד לאחר מכן הצביע בית המשפט על כך שלא די בהם. למעשה, פסק דין זה הוא דוגמה טובה לכך שגם במצבים שבהם אפשר להביא ראיות על קיומו של המגע המיני בצלן של הבטחות מפורשות להטיב בתנאי עבודתה של העובדת אם אכן תיעתר ליוזמות מיניות מצד הדמות הסמכותית – כאשר בית המשפט שופט את המקרה הוא אינו מעניק להן דגש מיוחד אלא מצביע על שורה של נסיבות, מלבד קיומן של הבטחות סחטניות מפורשות, המעידות על היותו של המגע המיני תוצאה של ניצול הסמכות של הנאשם. בעניין בן-חיים נדון סיפור יחסייהם של מנהל מחלקת דוורים בסניף של רשות הדואר (הנאשם) ועובדת הכפופה לו. זמן קצר לאחר תחילת עבודתה בסניף החל המנהל לחזור אחריה, לבקר בביתה ולהתקשר אליה. בין השניים התקיימה מסכת של יחסי מין שלוותה תדיר בהבטחות מצד הנאשם כי ידאג להשיג עבורה מעמד של עובדת קבועה ברשות הדואר ולקדם אותה. לכאורה, די בהצבעה על הבטחות אלה מצד הממונה על העובדת כמקיימות את יסוד הניצול על פי הקווים המנחים שניסח בית המשפט לפרשנות יסוד הניצול בעברה; אולם כשיישם בית המשפט את הקווים המנחים על עובדות המקרה שלפניו (תוך שימוש במתכונת הידועה "מן הכלל אל הפרט"), אנו רואים כי הוא לא הרגיש רק את ההבטחות של הממונה אלא גם שורה נוספת של נסיבות המעידות על ניצול, לדעת בית המשפט; עניין בן-חיים, לעיל ה"ש 53, בעמ' 273:

מהעובדות שהוכחו בפני בית הדין עולה כי הסכמתה של המתלוננת ניתנה עקב ניצול מרותו של המשיב עליה. כאמור, המשיב היה מנהל מחלקת דוורים – המחלקה בה עבדה המתלוננת מטעם חברת כוח אדם. מהעדויות שנשמעו בפני בית הדין עולה כי כוח השפעתו של המשיב ביחס לעתידים המקצועי של העובדים היה רב. עתידה המקצועי של המתלוננת, פרנסתה וסיכויי התקדמותה ברשות הדואר היו תלויים, אפוא, במוצא פיו של המשיב, והוא החזיק בעמדת כוח משמעותית ביחס אליה. לכך יש להוסיף כי המתלוננת היתה כבת 22 שנים בעת שהחלה לעבוד בסניף הדואר וכי בינה לבין המשיב היה פער גילים ניכר של כ-20 שנים. פער גילים זה

לשאלה שבתו המשפט שואלים בתחום העברות של ניצול לרעה של כוח המְשָׁרָה, היינו: האם טובת הנאה התקבלה על ידי עובד ציבור באצטלה של המשָׁרָה. קבלת טובת הנאה על ידי עובד ציבור באצטלה של המשָׁרָה היא המהות המשותפת לעברת השוחד ולעברה של סחיטה על ידי איש ציבור (common law extortion or official extortion). הפסול במצב שבו טובת הנאה ניתנת או מתקבלת על ידי עובד ציבור באצטלה של המשָׁרָה נעוץ בערוב הבעייתי שבין הספירה הפרטית לספירה הציבורית.⁶⁵ כסף (או שווה-כסף) המועבר כטרנסאקציה בעלת היגיון ביחסים פרטיים בין שניים, וכן כסף (או שווה-כסף) המועבר כטרנסאקציה בעלת היגיון במסגרת הפעלה נכונה של המשָׁרָה (למשל: העברת תשלום בגין אגרה המוגדרת בדין) – אלה אינם מהווים בעיה. הבעיה מתעוררת בערוב בין הספירות: כשכסף שהעברתו אינה הגיונית ביחסים פרטיים (לרוב משום שאין בין השניים יחסים פרטיים), ושאינו נגבה במסגרת תשלום רשמי עבור שירות שאיש הציבור מעניק, מועבר כדי להשפיע על האופן שבו איש הציבור ממלא את תפקידו או בתגובה לאיום מפורש או משתמע מצד איש הציבור, שלפיו אי-תשלום יוביל לשימוש נקמני בכוח המשָׁרָה. לפיכך, השאלה המרכזית הנדונה בשיפוט של עברות שוחד וסחיטה על ידי איש ציבור היא שאלת הזיקה בין האינטראקציה הפרטית ליחסי הסמכות, ובמילים אחרות: האם האינטראקציה הפרטית התקיימה באצטלה של המשָׁרָה או ללא קשר אליה. לדעתי, זו גם השאלה המנחה את הבירור המשפטי בעברה של בעילה אסורה בהסכמה.

יצירת אנלוגיה בין המגזר הציבורי למקומות עבודה בסקטור הפרטי, לשם החלת איסורי שחיתות במגזר הפרטי, אינה מובנת מאליה ומהווה הרחבה של היקף התחולה המסורתית של עברות השחיתות.⁶⁶ הטיעון שיפותח להלן אינו מבקש לספק טעמים נורמטיביים המצדיקים או שוללים הרחבה זו, אלא להצביע עליה כמסבירה התפתחויות בשיפוט עברות של ניצול מיני ביחסי סמכות. כעניין תיאורי, הרחבת איסורי שחיתות מהמגזר הציבורי והחלתם על גופים פרטיים (או כאלה שנחשבו פרטיים על פי הבנות מסורתיות של החלוקה פרטי-ציבורי) היא תופעה בעלת ביטויים רבים, ואין היא מיוחדת לעברות של ניצול מיני. כך, למשל, האיסור על שוחד במשפט הישראלי, שחל בעבר רק על עובדי ציבור, הורחב בשנים האחרונות וכעת

הוסיף לשליטה ממנה נהנה המשיב ביחס למתלוננת. לא למותר לציין את נסיבותיה האישיות של המתלוננת בעת שהחלה לעבוד בסניף הרואר. המתלוננת התיימרה מאביה וחווה בעת היא משבר אישי. המתלוננת העידה כי אותה עת היתה "במצב נפשי לא כל כך טוב" וכי מששאל אותה המשיב על חייה הפרטיים התוודתה בפניו על נסיבותיה האישיות. נראה כי מצבה הרגיש של המתלוננת אליו היה המשיב מודע, החליש עוד יותר את כוח עמידתה בפני מרותו. בהתחשב במכלול הנסיבות האמורות, מתבקשת המסקנה כי הסכמתה של המתלוננת למעשים המיניים ניתנה עקב ניצול מרותו של המשיב עליה ולפיכך אין מדובר בהסכמה חופשית ואמיתית.

65 MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (Basic Books, 1983).

66 להרחבה ראו פרקינס, לעיל ה"ש 36, בעמ' 530-531.

הוא חל על כל עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור";⁶⁷ כך גם נחקקו עברות של שוחד מסחרי (commercial bribery) במשפט האמריקני ובמדינות נוספות.⁶⁸ בדומה, האיסור הפלילי על מרמה והפרת אמונים הוחל לא רק על עובדי ציבור אלא גם על נושאי משרה בתאגידים.⁶⁹ ככל המצבים האלה האיסור הפלילי מבוסס על הנחה שהתנהגותו של נושא משרה בהתאם לאינטרסים הפרטיים שלו באה על חשבון האינטרסים של בני אדם אחרים, בדרך כלל ציבורים רחבים כגון ציבור אזרחי המדינה או בעלי מניות של תאגיד. במקרה של ניצול מיני, החלת איסורי שחיתות מבטאת הנחה שלפיה מגע מיני בין בעל סמכות במקום העבודה לבין עובדת עשוי לפגוע לא רק בעובדת הכפופה לבעל הסמכות – השותפה המיידית למגע המיני עמו – אלא במקום העבודה כולו: הן באינטרסים של המעסיק-המעביד והן בציבור העובדים, בתחושת הביטחון שלהם ובצביון המקצועי של מקום העבודה כסביבה ארגונית.⁷⁰ אכן, ככל שאיסורים אלה מוחלים מתוך מחשבה על ציבור העובדים כציבור הנפגעים הפוטנציאליים מעסקות של שוחד מיני או ממקרים של ניצול מיני במקום העבודה, ההנחה המובלעת בהם היא שמקומות עבודה מודרניים הם זירות ציבוריות או מעין-ציבוריות, ושאחד מתפקידי המשפט הוא להגן על אינטרסים ציבוריים אלה מפני פגיעה לא לגיטימית. לפיכך, אני סבורה כי השאלה אם האינטראקציה המינית בין הצדדים התקימה באצטלה של המשרה או ללא קשר למשרה מנחה את הבירור המשפטי בעברה של בעילה אסורה בהסכמה. אולם, בעוד שהמוקד של עברות השחיתות הקלאסיות הוא ניצול לרעה של המשרה על ידי בעליה, בעברות הניצול המיני יש שני מוקדים שבתי המשפט מתלבטים ביניהם: מוקד אחד הוא ניצול לרעה של המשרה על ידי בעל הסמכות; מוקד אחר הוא הפגיעה באוטונומיה המינית של הקרבן. בעוד שיח האוטונומיה מופיע במפורש בפסקי הדין, העיסוק בניצול לרעה של כוח המשרה מנחה את הדיון רק במשתמע, בלי ששפה זו מופיעה במפורש בטקסטים המשפטיים.

3. ההבחנה בין עברות ליבה לעברות אסדרתיות במשפט הפלילי

העברה של בעילה אסורה ביחסי מרות בעבודה ממוקמת בפרק עברות המין של חוק העונשין ולפיכך נחשבת עברת ליבה. כאשר בתי המשפט עוסקים בעברה זו, הם משתמשים לעתים בשפה השמורה בדרך כלל לקטגוריה נפרדת של עברות אסדרתיות. בשיפוט של עברות אלה מדובר בעיקר בהחלת חזקה – "חזקת הניצול". בדומה לעיסוק המשתמע בניצול לרעה

67 ס' 290(ב) לחוק העונשין.

68 לסקירת חקיקה המפלילה שוחד מסחרי במשפט האמריקאי ובמדינות נוספות ראו Ryan J. Rohlfent, *Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws*, 2012 U. Chi. Legal F. 151 (2012).

69 סעיף 425 לחוק העונשין. הסעיף אינו מוגבל לחברות ממשלתיות אלא חל על כל סוגי התאגידים.

70 אפשר להקשות ולשאול אם אפשר להגדיר כשוחד מצב שבו מקום העבודה קטן, בעל הסמכות הוא הבעלים היחיד של העסק, ולא מועסקות עובדות נוספות וזולת הכפופה לבעל הסמכות המקיימת עמו מגע מיני כדי לשפר את תנאי עבודתה. אני מודה לאלון הראל על דוגמה זו, המחדדת באופן פורה את שאלת הנפגעים הפוטנציאליים של עסקה מינית מסוג זה, ואת התובנה שבשונה מגופים שלטוניים, החלת איסורי שוחד במקומות עבודה פרטיים לא יכולה להיות אוטומטית.

של המשך, גם האספקטים האסדרתיים של עברת הבעילה האסורה בעבודה אינם נדונים במפורש ככאלה ואין דיון בהשלכותיהם. לפני שאפנה לתאר את האופן שבו הם באים לידי ביטוי בפסיקה העוסקת במין ביחסי מרות בעבודה, אבהיר תחילה את ההבחנה בין עברות ליבה לבין עברות אסדרתיות בהקשר של מאמר זה.

אם כן, במשפט הפלילי מוכרת הבחנה בסיסית בין עברות ליבה (או עברות "אמתיות") לעברות אסדרתיות.⁷¹ לקלסיפיקציה הזו יש כינויים נוספים שאינם חופפים לחלוטין וגם יש מחלוקות – הן באשר לשם הנכון של הקלסיפיקציה⁷² והן באשר לגבולות המדויקים של כל קטגוריה.⁷³ חרף המחלוקות, מדובר בהבחנה בסיסית בעלת תרומה דסקריפטיבית להבנת המפה הנוכחית של המשפט הפלילי, להתחקות אחר ההיסטוריה שלו ולהתוויה נורמטיבית של גבולותיו הראויים. לחלוקה האמורה יש מאפיינים מהותיים ופרוצדורליים. במישור המהותי, עברות ליבה עוסקות בהגנה על אינטרסים ציבוריים חיוניים ועל זכויות אזרח בסיסיות, והן טעונות הוכחה של מחשבה פלילית סובייקטיבית של הנאשם. הדוגמאות הפרדיגמטיות הן רצח, בגידה, תקיפה וגנבה. לעומת זאת, עברות אסדרתיות עוסקות באסדרה של מרחבי פעילות ספציפיים ובהבטחת תקינותם ובטיחותם, ולרוב הן מסתפקות בדרישה מרוככת של אשמה (לא נדרש להוכיח מחשבה פלילית סובייקטיבית). הדוגמאות האופייניות הן עברות של איכות הסביבה, עברות פיננסיות (למשל בתחום ההגבלים העסקיים) ועברות תעבורה. במישור הפרוצדורלי, הסנקציה האופיינית לעברות ליבה היא מאסר, נטל ההוכחה המוטל על התביעה מצוי ברף העליון ("מעבר לספק סביר") והגוף השופט הוא בית המשפט. לעומת זאת, עברות אסדרתיות מסתפקות לרוב בהטלת קנסות, נטלי ההוכחה בהן מרוככים, והשיפוט והטלת הסנקציה מופקדים לעתים בידי רשות מנהלית.⁷⁴

הלגיטימציה של עברות אסדרתיות בשיטות משפט אנגלו-אמריקניות נתונה בספק מתמיד.⁷⁵ אחד הניסוחים המקובלים של הביקורת הוא שעברות אסדרתיות פוגעות בעקרון האשם, המרכזי למשפט הפלילי, ולכן לא ראוי להפלילן.⁷⁶ ביקורת נפוצה נוספת מצביעה

71 המונח "רגולציה" מתורגם לעברית בשנים האחרונות כ"אסדרה" ומכאן ש"עברות אסדרתיות" הן עברות רגולטוריות, המכוננות בלעז regulatory offenses.

72 שמות נוספים הם mala in se / mala prohibita, criminal law v. quasi-criminal law. עברות ליבה מול עבירות פריפריה. לקטגוריה של עברות רגולטוריות כשלעצמה יש כמה כינויים (ויש טענה להבדלים מסוימים ביניהם) כגון עברות מנהליות, עברות של תקנת הציבור ועברות רוחה.

73 ראו, למשל, את הגדרתו של אלן ברודנר לעברות רוחה (welfare offenses), שאינה חופפת לחלוטין את החלוקה המקובלת בין mala prohibita ו-mala in se. ALAN BRUDNER, PUNISHMENT; AND FREEDOM (2009) 169-173.

74 לתיאור ההבחנה בין עברות ליבה לעברות רגולטוריות ראו Daniel Ohana, *Regulatory Offenses and Administrative Sanctions: Between Criminal and Administrative Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW 1064-1065 (Oxford University Press, 2014).

75 שם, בעמ' 1065.

76 מרים גור-אריה "אחריות מוחלטת לעבירות של 'תקנת הציבור' – קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי והעברתה למשפט המנהלי" גבורות לשמעון אגרנט 241 (מרדכי קרמיניצ'ר ורות גביון עורכים, 1986).

על ההתרחבות הבלתי־מבוקרת של קטגוריית העברות האסדרתיות⁷⁷ באופן שאינו תואם את עקרון השיוריות, התובע צמצום של המשפט הפלילי למינימום הכרחי. מאמר זה אינו עוסק בלגיטימציה של עברות אסדרתיות כקטגוריה אלא מניח את קיומה כדי לעשות בה שימוש פרשני להבנת תחום ספציפי של איסורים פליליים. יתרה מזו: בניגוד להתמקדות הנפוצה בקיומה או בהיעדרה של דרישה להוכחת מחשבה פלילית סובייקטיבית כאמת המידה המרכזית להבחנה בין הקטגוריות, הניתוח שלהלן מניח שההבחנה ביניהן משתרעת על הגדרה טיפוסית שונה של היסוד העובדתי ולא רק של היסוד הנפשי,⁷⁸ ושילובם של שני אלה יוצר עוול פלילי (criminal wrong) השונה במהותו בכל אחת מהקטגוריות. לבסוף, הניתוח שלהלן דוחה את התפיסה האינסטרומנטלית של קטגוריית העברות האסדרתיות, שלפיה מדובר בתחום משפטי שכינונו מוסבר בעיקר על ידי גורמים חוץ־משפטיים (או שאינם משפטיים "טהורים") כגון הקלה על רשויות התביעה באכיפת החוק והשגת יעילות.⁷⁹ ההתייחסות לעברות האסדרתיות בספרות המשפטית מלווה לרוב בתיאור היסטוריוגרפי שלפיו מדובר בתחום הפללה חדש, שהחל להתפתח בעידן המודרני (החל במאה התשע־עשרה וביתר שאת במאה העשרים). התפתחות זו באה בתגובה לשינויים חברתיים, כלכליים וטכנולוגיים שהצריכו הנחלה ואכיפה של סטנדרטי התנהגות במגוון של תחומי פעילות כגון ניהול מפעלי תעשייה, תעבורה ועוד. אף שהתיאור ההיסטורי אינו שגוי, ההיסטוריוגרפיה של העברות האסדרתיות המופיעה בכתיבה הליברלית־קלאסית על המשפט הפלילי מבטאת נרטיב מובחן – ולא הכרחי – המצייר את הרגולציה הפלילית כנתונה להשפעה של כוחות חיצוניים למשפט,⁸⁰ באופן הכרוך בויתור (ואפילו ב"בגידה") במושכלות היסוד המנחים את המשפט הפלילי. לעומתן, הקטגוריה של "עברות אמתיות" מוצגת כמשתמע בתיאורים אלה כמגלמת תפיסות מהותיות של צדק, החפות מהשפעה חברתית או מאג'נדה פוליטית. בד בבד עם האמור לעיל, עבודות שנעשו בשנים האחרונות בעולם האנגלו־אמריקני מערעות על התפיסה האינסטרומנטלית של עברות אסדרתיות.⁸¹ בהשראת ניתוחים אלה אני

77 ראו מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי – ידו ככולו?" ספר דניאל – עיונים בהגותו של

דניאל פרידמן 937, 935 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008). Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure and Sanctions*, CRIMINAL LAW AND PHILOSOPHY, 21 (2008) (להלן: Ashworth & Zedner).

78 עברות רגולטוריות רבות מציינות כללי התנהגות ברורים ומפורטים, להבדיל מעברות ליבה, המשתמשות במונחים רחבים יותר הטעונים פרשנות. דוגמה מייצגת לעברה רגולטורית היא האיסור על נהיגה במהירות הגבוהה מזו המותרת, היוצרת נורמה תחומה וספציפית.

79 לעמדה זו ראו Ashworth & Zedner, ה"ש 77 לעיל.

80 למאמר קלאסי המתאר את התפתחות הקטגוריה של עברות רגולטוריות, כנובעת מהתפתחויות חברתיות, כלכליות ובעיקר טכנולוגיות, ראו Francis Bowes Sayre, *Public Welfare Offences* (1933) 33 COLUM. L. REV. (להלן: סירר).

81 עבודתו של אלן ברודנר היא אחד הניסיונות המרכזיים לנסח את סוג העוול הפלילי הכרוך בעברות רגולטוריות ואת הגיון הפנימי, בשונה מהקטגוריה של עברות אמתיות. ברודנר טוען, בהשראת פילוסופיית המשפט של הגל, כי התכלית של העברות הרגולטוריות היא להגן על אוטונומיה מהותית, להבדיל מפורמלית. ראו Alan Brudner, *Agency and Welfare in the Penal*.

טוענת כי עברות אסדרתיות אינן עוסקות בדרכים אפקטיביות יותר להגשמת הערכים המוגנים באמצעות עברות הליכה ויש להבינן כמגדירות עוול פלילי שונה. בהקשר שבו אנו עוסקים, הבנת העברה של ניצול מיני ביחסי מרות בעבודה כעברה אסדרתית תדגיש את פוטנציאל הפגיעה במרחב יחסי העבודה, להבדיל ממניעת מקרים מובהקים של שחיתות (כגון שוחד) או מקרים מובהקים של פגיעה בזכויות אינדיבידואליות (כגון פגיעה באוטונומיה מינית). לטענתי, הפרקטיקה המשפטית של הפללת מין ביחסי מרות בעבודה מגלמת שתי הבנות אפשריות של האיסור, המקבילות לחלוקה בין עברות ליבה לעברות אסדרתיות. על פי הבנה אחת, מין ביחסי מרות פוגע באוטונומיה המינית של הקרבן ובכך הוא מהווה סוג (חדש) של כפייה מינית, המדומה לאונס; על פי הבנה זו, כאשר היסוד הנסיבתי "תוך ניצול יחסי מרות" מתקיים, הדבר שקול לאי־הסכמת הקרבן ומהווה פגיעה באוטונומיה שלו.⁸² על פי פרשנות זו, ההבדל בין עברה של בעילה אסורה בהסכמה לבין עברת האונס הוא כמותי ולא איכותי, שכן שני האיסורים נועדו להגן על האוטונומיה המינית של הקרבן באמצעות איסור על פגיעה מכוונת בה ובאמצעות ענישה גמולית של העבריין. על פי ההבנה האחרת, מין ביחסי מרות עשוי להזיק לכפופים במקום העבודה, לסכן את תחושת הביטחון שלהם ולפגום בתפקוד התקין של מקום העבודה כמרחב של פעילות אנושית, מקצועית וכלכלית. מטרתה של הרגולציה המשפטית היא לקבוע כלל התנהגות שיפחית את הסיכון הכרוך בהתנהגות זו באמצעות ענישה מרתיעה. לטענתי, ההבחנה בין עברות ליבה לעברות אסדרתיות מסייעת להבחין בשתי הפרשנויות האפשריות הללו, ואילו הפרקטיקה הקיימת – אף שהיא מבטאת את שתייהן – אינה מבחינה ביניהן במפורש. כפי שאראה בהמשך לערכוב בעייתי זה יש משמעויות נורמטיביות.

4. אימוץ חזקת ניצול והבנת האיסור כאסדרה של סמכות

נחזור כעת לפסיקת בתי המשפט ונבחן אותה לאור ההשוואה בין עברות ליבה לעברות אסדרתיות. בפרט נתמקד בהחלה של חזקת הניצול בשיפוט של בעילה אסורה ביחסי מרות. אטען כי החלה של חזקה זו גורמת לכך שהעברה המדוברת דומה במובנים מסוימים לעברה אסדרתית.

Law, in The Unity of the Common Law – Studies in Hegelian Jurisprudence (University of California Press, 1995); ALAN BRUDNER, *PUNISHMENT AND FREEDOM* (Oxford, 2009) מכיוון אחר, פיטר ראמזי טוען כי בעוד שעברות הליכה מגנות על חירות שלילית בדמוקרטיה ליברלית, עברות רגולטוריות עוסקות בחירות חיובית ומבטאות תפיסה פרוגרסיבית של ליברליזם. Peter Ramsay, *The Responsible Subject as Citizen: Criminal law, Democracy, and* ראו *the Welfare State*, 69 MOD. L. REV. 29 (2006). סטיארט גרין יוצא אף הוא נגד הטענה שהעברות הרגולטוריות הן ניטרליות מבחינה ערכית או נעדרות תוכן מוסרי; ראו Stuart P. Green, *Why It's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses*, 46 EMORY L. J. 1533 (1997).

82 כך, למשל, תפיסה זו באה לידי ביטוי בהצעת חוק שנוסחה בשנים האחרונות, המציעה רפורמה כוללת לתחום עברות המין. הצעת החוק מגדירה בעילה תוך ניצול לרעה של יחסי מרות כאחת החלופות של עברת האונס, בדומה לבעילה המתקיימת תוך שימוש בכוח. ראו הצעת חוק למניעת כפייה מינית, התשע"ה-2015.

כד בכד עם הקו הפרשני שפיתח בית המשפט העליון בעניין בן-חיים ושאומוץ בעניין נוי, הבוחן את שאלת הניצול על פי מבחן כלל הנסיבות, החלה להתפתח בפסיקה מתודה נוספת לבחינה של יסוד הניצול – החלה של חזקת ניצול. בתי המשפט מיישמים את שתי השיטות, בלי לקבוע מה היחס ביניהן ובלי לבדוק אם יש נסיבות שבהן יש להעדיף את זו או את זו. על פי מתודת החזקה, התביעה אינה מחויבת להוכיח את היסוד של ניצול מרות באופן עצמאי: משעה שהוכח קיומם של יחסי מרות בין הצדדים, קמה חזקה יסוד הניצול מתקיים, המעבירה את הנטל אל הנאשם להוכיח אחרת. כך, למשל, בפסק הדין בפרשת עופר נקבע כי "בהוכחת עצם התקיימותה של זיקת התלות, יוצאת התביעה ידי חובת ההוכחה לכאורה בדבר הניצול (קדמי, בעמ' 1406). החזקה הסטוטורית קובעת כי משהוכחו יחסי המרות, הרי שנתקיים יסוד הניצול"⁸³. בחלק מפסקי הדין פורשה החזקה כמשליכה לא רק על הוכחת הניצול כרכיב ביסוד העובדתי של העברה, אלא אף כרכיב ביסוד הנפשי, דהיינו: מודעות הנאשם לכך שהבעילה הייתה תוך ניצול יחסי מרות.⁸⁴ בתי המשפט אימצו את חזקת הניצול לצורך שיפוט העברה הפלילית של בעילה אסורה ביחסי מרות בעקבות פסיקה של בית המשפט העליון, שדנה באחריות של עובדי מדינה בעברות של הטרדה מינית והתנהגות בלתי-הולמת על פי הדין המשמעי.⁸⁵ השאלה הראשונית העולה ממצב זה נוגעת להגיון שבאימוץ חזקה מהדין המשמעי לדין הפלילי: האם אימוץ כזה תואם את עקרונות היסוד של המשפט פלילי, ובהם זכות הנאשם להליך הוגן? מעבר לכך, אני סבורה שאימוץ של חזקת הניצול קשור לנכונות להפלייל באמצעות עברה של בעילה אסורה ביחסי מרות מעטפת רחבה יותר של מקרים, מעבר לאלה שהוכח לגביהם מעבר לספק סביר כי נפגעה האוטונומיה המינית של הכפופה.⁸⁶ נכונות זו נובעת, כנראה,

83 ע"פ 10489/06 עופר נ' מדינת ישראל, עמ' 28 לפסק הדין (לא פורסם, 14.1.2010). פסק הדין עסק בפרשה של סחר בנשים ולכן הדיון נסב על עברות של סחר ולא על עברת הבעילה האסורה בהסכמה. עם זאת, פסק הדין חשוב משום שבית המשפט מניח בו כמובן מאליו שאפשר להוכיח את יסוד הניצול בעברה של בעילה אסורה בהסכמה באמצעות חזקה. פסקי דין נוספים – של בית המשפט העליון ושל ערכאות נמוכות יותר – מזכירים את חזקת הניצול ופועלים על פיה. ראו, למשל, רע"פ 913/14 מוצאפי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) ("לפיכך, לאחר בחינת מכלול הנסיבות, סבורני כי בצדק קבעו הערכאות הקודמות כי לא עלה בידי המבקש להרים את הנטל הכבד שהוטל עליו, להראות כי על אף פערי הכוחות המובהקים בינו לבין המתלוננת, מדובר ביחסים שאינם בגדר 'ניצול'"); ע"פ (ת"א) 70379/05 אל-חי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.11.2005), בעמ' 8: "מודעותן של המתלוננות למרותו של המערער, מקימה חזקה כי המעשים המיניים נעשו תוך ניצולה של אותה מרות" (להלן: עניין אל-חי).

84 כך, למשל, בעניין אל-חי קבעה השופטת שיצר (בפסקה 14 לפסק הדין): "כשם שמודעות המתלוננות ליחסי המרות, מקימה חזקה שהסכמתן למעשים נבעה מיחסי המרות, כך מודעות המערער לטיב היחסים, מקימה חזקה שלכל הפחות עצם את עיניו לכך, שהסכמת המתלוננות נבעה מיחסי המרות. אכן, החזקה ניתנת לסתירה, אלא שהנטל הוא על המערער, ובמקרה דגן הוא לא הרים נטל זה".

85 עניין טאפירו, לעיל ה"ש 52.

86 אפשר היה לטעון שהחלת החזקה אינה סותרת את תפיסת העברה כעברת אוטונומיה, אלא משמשת הקלה ראייתית בהוכחת היעדר האוטונומיה של המתלוננת בעברות אלה. אכן, אפשר

מהבנת העברה כעוסקת ברגולציה של סמכות ובקביעת נורמות התנהגות במקום העבודה (ולא רק בפגיעה באוטונומיה מינית באמצעות ניצול לרעה של סמכות). החלה של חזקת הניצול בעברה של בעילה אסורה בהסכמה מקרבת עברה זו לעברות האסדרתיות. בית המשפט מסיק את קיומה של עברה מעצם העובדה שהתקיים מגע מיני בין בני אדם שיש ביניהם יחסי סמכות בעבודה, ועל הנאשם הנטל להוכיח שאין פליליות במעשה.⁸⁷ מבנה זה של אחריות תואם את מבנה האחריות של עברות אסדרתיות, שבהן המחוקק קובע איסור רחב כשידוע מראש שחלק מהמצבים שייתפסו ברשתו אינם מזיקים כשלעצמם. זאת, בשל פוטנציאל הנזק שבהם וכדי לאפשר הנחלה פשוטה ואכיפה יעילה של נורמות התנהגות.⁸⁸ העובדה שהנאשם יכול לסתור את החזקה אינה הופכת את האיסור לעברת ליבה, שכן בעברות אסדרתיות רבות יש הגנות המותרות לנאשם פתח (גם אם צר) להיחלץ מהרשעה.⁸⁹ אם נחזור לאנלוגיה בין האיסור הפלילי על מין ביחסי מרות לבין עברות השחיתות בתחום המנהל הציבורי, אפשר לדמות את חזקת הניצול בעברה של בעילה אסורה בעבודה לאיסור על מתן מתנות לעובדי ציבור, שהוא אסדרתי באופיו.⁹⁰ מוכן שאין כוונתי לרמוז כי מגע מיני הוא "מתנה" שהכפופים ביחסי סמכות מעניקים לבעל הסמכות; האנלוגיה

- להצביע על מקרים אחרים בתחום עברות המין שבהן מוחלות חזקות המסיקות פגיעה באוטונומיה על בסיס נתון חיצוני כגון גיל המתלוננת (ס' 345(א)(3) לחוק העונשין) או יחסי מטפל-מטופל (ס' 347 לחוק העונשין). אולם, במקרים אלה נקבעה החזקה בחוק והיא משקפת תפיסה שלפיה ברוב המוחלט של מקרים אלו, מגע מיני יהווה פגיעה באוטונומיה. בעברות ניצול אין חזקה בלשון החוק, ובתי המשפט אף הדגישו בפסיקתם כי כוונת האיסור אינה להתערב ביחסי מין מרצון. בנסיבות אלה, החלה של חזקה המנביעה אוטומטית מסקנה של פגיעה באוטונומיה במין ביחסי מרות היא משונה, ולכן אני טוענת שהיא משקפת היגיון אחר. ראו דיון נוסף בעניין זה להלן.
- 87 בחינה של פסיקת בתי המשפט מראה כי אכן יש מצבים שבהם בית המשפט קובע שהחזקה נסתרה ומזכה את הנאשם; לדוגמה: ת"פ (חדרה) 3061/02 פרקליטות מחוז חיפה נ' עקיבא (פורסם בנבו, 24.12.2007). ועדיין החלת החזקה הופכת את העברה לאסדרתית באופייה.
- 88 Jeremy Horder, *Bureaucratic 'Criminal' Law: Too Much of a Bad Thing?*, in CRIMINALIZATION: THE POLITICAL MORALITY OF THE CRIMINAL LAW (eds. Duff et al, 2014)
- 89 לסקירת סוגים שונים של הגנות העומדות לרשות הנאשם בעברות רגולטוריות ראו Law Commission, Consultation Paper 195, *Criminal liability in Regulatory Contexts*. 117-120 (2012).
- 90 ראו חוק שירות הציבור (מתנות), התש"ם-1979. החוק מטיל חובות דיווח על קבלת מתנות וקובע שמתנה שקיבל עובד הציבור ולא סירב לקבלה או לא החזירה – "תקום המתנה לקניין המדינה". בית המשפט העליון קבע בעניין סויסא כי תכליתו של חוק המתנות היא "להקדים תרופה למכה ולשלול רינונים כי המתנה נועדה להשפיע על שיקול דעתו של עובד הציבור". עוד עמד בית המשפט העליון על ההבדל בין האיסור על קבלת מתנות לבין עברת השוחד וקבע כי האיסור על מתנות הוא מניעתי באופיו וקובע רגולציה רחבה יותר מזו שקובעת עברת השוחד: "ביסוד חוק המתנות מונח הרצון לקבוע כללי התנהגות של עובדי ציבור, שהם רחבים יותר מאלה המכוסים על-ידי עבירת השוחד או הפרת האמונים. מטרתו של חוק המתנות להסדיר קבלת מתנות הניתנות לעובדי ציבור באשר הם עובדי ציבור, בין שהמתנה הינה בעד פעולה הקשורה בתפקידים ובין שהיא אינה קשורה בו [...]". ראו בג"צ 7074/93 סויסא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מח(2) 749, 790 (1994). גם ה-Model Penal Code האמריקני

תקפה רק במובן זה שהאיסור על מתן מתנות לעובדי ציבור נועד לקבוע כלל התנהגות רחב המאפשר לתביעה להתגבר על קשיי הוכחה בעברת השוחד (או בעברת הסחיטה על ידי עובד ציבור).⁹¹ הגיונו של הכלל בכך שהוא אוסר על אינטראקציה פרטית באופייה בין אנשים שיש ביניהם יחסי סמכות, מתוך הנחה שבחלק מהמקרים מה שנחזה להיות אינטראקציה פרטית – "מתנה" – התקבל תוך שימוש לרעה בכוח המשכה. אנו רואים אפוא שבכל הקשור לעובדי ציבור הדין הפלילי מפריד בין שוחד כעברה "אמתית" לבין רגולציה רחבה יותר בדמות איסור על מתנות. לעומת זאת, הפרקטיקה המשפטית הנוכחית של שיפוט מין ביחסי מרות אינה מתאפיינת בהפרדה אלא בטשטוש בין שני הסוגים של משטרי ההפללה. ההתלבטות בין הבנת העברה כעוסקת בזכותם של הכפופים ביחסי מרות לקיים מגע מיני מתוך בחירה חופשית, לבין הבנתה כעוסקת בהפרת נורמות של התנהגות ראויה במקום העבודה, ניכרת בפסק הדין התקדימי של בית הדין הארצי לעבודה בעניין פלונית.⁹² אמנם לא מדובר בפסק דין פלילי, אולם שופטי בית הדין עוסקים בו בפרשנות המונחים "תוך ניצול יחסי מרות" לצורך פרשנותו של החוק למניעת הטרדה מינית, המטיל אחריות אזרחית בצד האחריות הפלילית.⁹³ הדיון כולו נערך תוך הסתמכות על הלכות שנקבעו בתחום הפלילי (או המשמעתי), ופסק הדין מבקש לפתח מבחנים לעניין יסוד הניצול במסגרת האיסור (הפלילי והאזרחי) על מין ביחסי מרות. עיון בפסק הדין מגלה מנעד של אפשרויות פרשניות להבנה של יסוד הניצול, שקשה לתת לו מובן אם מחזיקים בעמדה שלפיה עניינם הבלעדי של האיסורים על הטרדה מינית ביחסי סמכות הוא הגנה אינדיבידואלית על הכפופים הספציפיים שקיימו מגע מיני עם הדמות הסמכותית. פסק הדין עוסק ביחסים אינטימיים שהתקיימו בין מי ששימש מהנדס ראשי בחברת טכנולוגיה לבין עובדת שהועסקה כבודקת תוכנה באחד הצוותים שבאחריותו. העובדת טענה כי מאז תחילת עבודתה בחברה נהג המנהל לנעוץ בה מבטים. כשנה וחצי לאחר תחילת עבודתה בחברה קיימו השניים שיחת משוב אישית, ואחריה היו ביניהם במשך כמה חודשים מגעים מיניים, שיחות טלפון והודעות דוא"ל. המגע המיני בין השניים התקיים כמה פעמים בחדר הביטחון של החברה, ולאחר מכן הם נפגשו אף מחוץ למקום העבודה (בקאנטרי קלאב, בחוף הים, במכונית). הקשר האינטימי ביניהם הסתיים ביוזמת המנהל, וחודשים ספורים לאחר מכן התלוננה נגדו העובדת על הטרדה מינית לפני

- כולל עברה שעניינה קבלת מתנות על ידי עובדי ציבור, ויש בו הגנה לעובד ציבור שיוכח כי הרקע לקבלת המתנה הוא יחסים אישיים; (5) + (1) § 240.5 Model Penal Code.
- 91 רציונל זה מוסבר בדברי הפרשנות הרשמיים של Model Penal Code; ראו ה־Model Penal Code & Commentaries Part II, Vol. 3, 74 (1985).
- 92 עע 274/06 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 26.3.2008) (להלן: עניין פלונית). כפי שעולה מפסק הדין, שופטי המותב חתרו במודע לכתיבת החלטה תקדימית בפרשנותו של החוק למניעת הטרדה מינית: "ערעור זה מעלה שאלות עקרוניות, הנוגעות לגבולות הדקים התוחמים את הגדרתה של 'ההטרדה המינית', ולנורמות ההתנהגות הנדרשות במערכת יחסי עבודה בנסיבות של יחסי מרות, המהוות קרקע פוריה לאפשרות של הטרדה מינית. על כן מצאתי לנכון להרחיב, אף מעבר לדרוש, בדיון ובהכרעה שבפסק דין זה".
- 93 על פי לשוננו, החוק למניעת הטרדה מינית אינו מגדיר כהטרדה מינית בעילה אלא רק מעשים מיניים קלים יותר. למרות זאת פורש החוק ככולל גם בעילה, כדי שאפשר יהיה להטיל אחריות אזרחית בגין בעילה ביחסי מרות.

האחראית על טיפול בתלונות על הטרדות מיניות בחברה. העובדת הגישה תביעת פיצויים נגד המנהל בבית הדין האזורי לעבודה, אולם שם נקבע כי המנהל אינו אחראי בהטרדה מינית. בית הדין הארצי קיבל את ערעורה של העובדת על פסיקת בית הדין האזורי וקבע כי המנהל ניצל לרעה את סמכותו כלפי העובדת, ופסק תשלום פיצוי ללא הוכחת נזק על פי סעיף 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית בסך חמישים אלף ש"ח. השופטים הסכימו באשר לתוצאת פסק הדין אך היו חלוקים לעניין פרשנותו של יסוד הניצול ולעניין יישומו על עובדות המקרה.

השופטת וירט־לבנה התמודדה עם קושי האופייני לשיפוט מין ביחסי מרות, ובמיוחד למערכות יחסים הנמשכות שבועות או חודשים רבים וכוללות מגע מיני מלא (להבדיל ממעשים מיניים קלים יותר, שלפי ההגדרות הנוכחיות של החוק הפלילי נחשבים "מעשים מגונים"). בהיעדר אמצעים של כפייה פיזית, מרמה או שימוש באיומים מפורשים מצד הנאשם־הנתבע, קשה לבית המשפט לזהות את הניצול במקרים ספציפיים. ההנחה היא שניצול יכול להתקיים ללא שימוש באמצעי כפייה מוגדרים מצד בעל הסמכות, ומצד שני יש הנחה שלא כל מגע מיני בין בני אדם שיש ביניהם יחסי מרות הוא נצלני כלפי הכפופה ביחסי המרות. כפי שטענתי במקום אחר, הקביעה שמין ביחסי מרות פוגע באוטונומיה המינית של הקרבן מבוסס על ההנחה שכוח מיוחד הנלווה לְמִשְׁרָה – "הכריזמה של המשֶׁרָה"⁹⁴ – עשוי לשמש את בעל הסמכות להוביל את הכפופה לשתף פעולה עם יוזמה מינית מצדו, גם אם הייתה דוחה יוזמה כזו מחוץ להקשר הסמכותי. אולם איך אפשר לאתר את הכריזמה של המשֶׁרָה במקרים ספציפיים ולהבחין בין מצבים שבהם הכפופה נעתרה ליוזמה מינית מצד בעל הסמכות בהשפעתה של אותה כריזמה, לבין מצבים שבהם המגע המיני בין הצדדים היה חופשי מאותה כריזמה והתקיים ללא תלות בה?

בבחינתה את יסוד הניצול חזרה השופטת וירט־לבנה על קביעות בפסקי דין קודמים של בית המשפט העליון, שלפיהן שאלת היוזמה למגע המיני אינה קונקלוסיבית לצורך הקביעה אם התקיים יסוד הניצול, ולפיכך ממצא שהיוזמה לקיומו של מגע מיני הגיעה מצד הכפופה איננה שוללת את המסקנה שהתקיים ניצול.⁹⁵ בה בעת משתמע מחוות דעתה שגם ההפך נכון: כשם שיוזמה מינית מצד הכפופה אינה שוללת ניצול – כך גם יוזמה מינית מצד בעל הסמכות אינה מחייבת מסקנה בדבר ניצול.⁹⁶ לפיכך עברה השופטת וירט־לבנה

94 ראו שניבויים ה"ש 3 לעיל. עניינה של הטענה בדבר "הכריזמה של המשֶׁרָה" הוא בכוח מיוחד הנלווה לְמִשְׁרָה, המאפשר לדמויות סמכות להוביל אנשים הכפופים להם לשתוף פעולה או לציות, גם אם פורמלית סמכותם אינה כוללת כוחות אלה. הטענה בדבר הכריזמה של המשֶׁרָה מפותחת במאמר על בסיס טיפולוגיית הסמכות של מקס וובר, הכוללת דיון בשלושה סוגי סמכות: סמכות מסורתית, סמכות כריזמטית וסמכות בירוקרטית (או סמכות של המשֶׁרָה).

95 ראו סעיף 64 לפסק דינה של השופטת וירט־לבנה בעניין פלונית, ה"ש 93 לעיל.

96 ראו סעיף 68 לפסק דינה של השופטת וירט־לבנה, שם. אמנם השופטת הזכירה את חזקת הניצול שנקבעה בעניין טאפירו, לעיל ה"ש 52, אולם היא לא הסתפקה בכך אלא הוסיפה שמוטל על המתלוננת נטל הוכחה, אם כי הוא אינו כבד: "במקרה דנן, סבורה אני כי אין מקום להטיל על מתלוננת בהטרדה מינית בנסיבות של יחסי מרות, נטל הוכחה כבד, לפיו עליה להראות באיזו דרך נוצלה, או נכפו עליה מעשים חמורים כמו אלו שמויחסים למשיב. בעניין זה, די לי בפערי הכוחות שבין המערערת למשיב; ביכולת השפעתו – גם אם עקיפה – על עתידה

לבחינת הנסיבות של המקרה שלפניה, והדגישה בעיקר את שאלת הזיקה שבין הקשר המיני לבין מקום העבודה בממדי הזמן והמקום:

במקרה זה, היה על ממונה להצביע על סממנים המעידים על מערכת יחסים שהינה גם חיצונית למסגרת יחסי העבודה. אמנם, ייתכן שמערכת יחסים שכזו, הורתה במקום העבודה, שכן זהו מקום המפגש הראשון בין ממונה לעובדת הכפופה לו. אלא שיש להראות, כי מערכת היחסים איננה בעלת זיקה בלעדית למסגרת העבודה [...]. כך, למשל, אם יוכח שרומן בין ממונה לעובדת כלל, בין היתר, פגישות מחוץ למקום העבודה, ושמאפייניו של אותו רומן באו לידי ביטוי בזמנים שאינם דווקא שעות העבודה.⁹⁷

בהקשר זה מצאה השופטת וירט־לבנה תועלת בשאלה אם דמתה מערכת היחסים האינטימית בין הצדדים ל"רומן" (או "רומן אמיתי"):⁹⁸

ככל שמוכח היה, כי בין המערערת והמשיב התפתחה מערכת יחסים כוללת, שניתן היה לזהות בה פעולות הדריות המעידות על עניין משותף לרומן אמיתי, הרי שטענה בדבר יוזמה מצידה של עובדת, היתה יכולה לסייע בהוכחת העדר "הניצול" [...] לא כך הם פני הדברים במקרה שבפנינו. כל שהוכח הוא, שמערכת היחסים שבין המערערת למשיב הסתכמה ביחסי מין מזדמנים במקום העבודה, תוך כדי שעות העבודה, בדרך אליה או ממנה.

לפיכך קבעה השופטת וירט־לבנה כי במקרה זה התקיים יסוד הניצול וכי הנתבע אחראי בהטרה מינית כלפי התובעת.

תפיסת "הרומן האמיתי" של השופטת וירט־לבנה עשויה להיתפס כמפגן של אתיקה מינית שמרנית הסולדת ממיניות מזדמנת ונכונה להעניק גושפנקה משפטית רק לאינטימיות שיש בה ממדים נוספים (חברות, אהבה – ובכל מקרה לא "רק סקס"). אולם, סוג החקירה שבו השופטת וירט־לבנה עוסקת אינו בלתי־הגיוני אם השאלה שמנסים להשיב עליה נוגעת לזיקה בין הקשר הפרטי לקשר המקצועי, ואם בית המשפט מנסה לבחון עד כמה חסה הקשר הפרטי בין הצדדים באצטלה של המשך ועד כמה היה חופשי ממנה. זאת, משום ש"רומן" הוא המודל הפרדיגמטי של קשר אינטימי המתקיים בספרה הפרטית כשהיא מדומיינת כנפרדת מספרות קיום אחרות. מבחן הרומן שהציעה השופטת וירט־לבנה מבוסס אפוא על ההנחה שיחסים הכוללים היבטים נוספים של אינטימיות, מעבר למיניות, יאפשרו מסקנה בטוחה יותר שהקשר הפרטי בין הצדדים הוא בעל נפח משמעותי, וגם אם בראשיתו היה קשור אינצידנטלית לספרה המקצועית – הוא עלה על נתיב עצמאי המתקיים ללא תלות (או ללא תלות חזקה) בקשר המקצועי.

במקום העבודה; ובחשש שהעידה עליו לאורך כל ההליך כי תפוט. בנסיבות אלו, סבורה אני כי אין להוסיף ולדרוש הוכחה מפורשת וברורה מצד המערערת לכך שהמשיב השמיע איום ישיר, או אפילו עקיף, המאלץ אותה לקיים איתו מגע מיני".

97 ראו ס' 79 לפסק דינה של השופטת וירט־לבנה, שם.

98 סעיף 79 לפסק דינה של השופטת וירט־לבנה, שם. בהמשך חוות הדעת הוסיפה השופטת שבבית הדין האזורי העיד המשיב כי מערכת היחסים בינו לבין המערערת הייתה אקראית, לא מחייבת ולא נשאה אופי של קרבה הדרית.

יש לתת את הדעת למרחק ההולך וגדל בין השאלה המרכזית שאמורה הייתה להעסיק את בתי-המשפט אילו מדובר היה בעברת אוטונומיה מובהקת – האם נפגעה הבחירה החופשית המינית של הכפופה ביחסי מרות – לבין מבחן-העזר של "רומן אמיתי"; אפשר להעלות על הדעת קשר מיני מזדמן בין שני בני אדם שיש ביניהם בקשרי סמכות מקצועיים שאינו כרוך בפגיעה באוטונומיה המינית של הכפופה. ואכן נראה כי הנשיא סטיב אדלר הוטרד בחוות דעתו ממרחק זה, באומרו כי "אין לשלול את האפשרות שהעובד ירים את נטל ההוכחה המוגבר המוטל עליו, ויסתור את החזקה האמורה [חזקת הניצול; ג' ש', גם כאשר מדובר במערכת יחסים שכל כולה מבוססת על יחסי מין מזדמנים".⁹⁹

יתר חוות-דעתו של הנשיא אדלר מבטא התרחקות נוספת מהתמקדות באוטונומיה המינית של הכפופה ביחסי הסמכות ובפגיעה בה. כך, הנשיא אדלר הציע לבחון את יסוד הניצול בהטרדה מינית לפי השאלה אם, ובאיזה אופן, פעל בעל הסמכות לביטול של ניגוד העניינים בין המישור המקצועי למישור האישי;¹⁰⁰ וכן האם, ובאיזה אופן, נקט בעל הסמכות גילוי נאות של מצב ניגוד העניינים לממונים עליו.¹⁰¹ בחוות דעתו של הנשיא אדלר אף מופיע ניסוח של האיסור ככלל גורף למדי, אסדרתי באופיו: "ככלל, אין עובד רשאי לקיים מערכת יחסים אינטימית עם עובדת אשר יש ביניהם יחסי מרות. על כן, בכל מקרה כזה מוטל נטל הראיה על העובד הבכיר להוכיח להגנתו את העדר ניצול יחסי המרות בינו לבין העובדת".¹⁰² גם כאן רואים אפוא כי בית המשפט התייחס לעברה זו כעברה אסדרתית, גם אם לא במפורש.

99 סעיף 7 לפסק דינו של הנשיא אדלר, שם.

100 סעיף 12 לפסק דינו של הנשיא אדלר, שם: "על מנת להפריך לחלוטין את חזקת ניצול יחסי המרות, על העובד הבכיר לפעול מצדו בתחילת מערכת היחסים המתפתחת, לביטול יחסי המרות, ולהביא להפרדה במקום העבודה בין היחסים המקצועיים לבין היחסים האישיים שבינו לבין העובדת".

101 ראו סעיף 13 לפסק דינו של הנשיא אדלר, שם.

102 למעשה, השקפה זו לא נדחתה גם על ידי השופטת וירט-לבנה, שהגדירה את הרציונל של האיסורים על מין ביחסי מרות במילים אלה: "אסכם בכך, שהדין הפלילי כמו גם האזרחי מבקשים להנהיג נורמות ראויות, לפיהן בעלי מרות ידעו, כי מוטלת עליהם אחריות כלפי הכפופים להם. אחריות זו איננה מתמצית בדל"ת אמותיה של העבודה, השירות הצבאי, הלימודים או הטיפול הרפואי. היא באה ליצור מקום עבודה מוגן למי שכפופים למרותו של בעל המרות, ומחייבת מידה מחמירה של זהירות. אחריות זו תחייב את בעל המרות, המעוניין בפיתוח קשר עם מי שכפוף לו, לעמוד בחובת גילוי נאות, ולדווח על כך לממונים. כך מחייבים הנהלים בחברה בה עובדים המערערת והמשיב, ועל כך העיד המשיב בעצמו; כל עוד היחסים אינם גלויים, ידועים ומוסכמים, עלולים מעשים הנעשים מצידו של בעל מרות להתפרש, בשעת אמת, כמעשים לא רצויים, ולא יהיה די בטענה, לפיה ניתנה להם הסכמה, או שנעשו מבלי הבעת חוסר עניין. זאת, בהתחשב במרקם היחסים העדין והמורכב הקיים במערכת בו מצויים בעלי מרות והכפופים להם". סעיף 70 לפסק דינה של השופטת וירט-ליבנה, שם.

ד. ההשלכות הנורמטיביות של פרשנות העברה

הניתוח שלעיל מציע אפשרות לחשוב מחדש על ההפללה של מין ביחסי מרות בעבודה ועל העומד בבסיסה. המונח "מרות" מופיע בלשון החוק אולם עד כה התיאוריה המשפטית והשיח הציבורי לא התמקדו בו ולא נתנו דעתם לרעיון של ניצול לרעה של סמכות כעוול מובחן וככזה העומד במוקד העברות המדוברות.¹⁰³ מאמר זה מציע להתבונן דרך פריזמה זו על העברות של ניצול מיני ביחסי מרות בעבודה. הפסיקה המצטברת בעניין פרשנות העברה של בעילה אסורה ביחסי מרות בעבודה, והאנלוגיה בינה לבין עברות של ניצול לרעה של כוח המשׁה במשפט הפלילי, מלמדות כי שני סוגי העברות מבוססים על חשש דומה, הנוגע למבני סמכות מודרניים: החשש שהספירה הפרטית-אישית והספירה המקצועית – שהחברה המודרנית מקפידה להפריד – יתערבבו זו בזו באופן בעייתי. או אז, כוח או סמכות שאמורים להיות מוגבלים לספירה המקצועית יפעלו את פעולתם גם בספירה הפרטית; לחלופין, שיקולים ואינטרסים פרטיים ישבשו את תקינות פעולתן של זירות מקצועיות. תובנה זו פותחת מרחב חדש של שאלות הקוראות לדיון ציבורי, מדיניות ומשפטי. פרישת הטווח המלא של שאלות אלה ודיון בהן חורגת מהיקפו של מאמר זה, אולם להלן אציג כמה דוגמאות להשלכות אפשריות של החשיבה על מין ביחסי מרות דרך הפריזמה של אסדרת סמכות.

ראשית, אם חושבים על מין ביחסי מרות דרך פריזמה של אסדרת סמכות, אפשר לחשוב על האינטראקציה המינית ככזו שעשויה להסב נזק לא רק לעובד/ת הכפופ/ה לדמות סמכותית אלא אף למקום העבודה כולו. קשר אינטימי במסגרת יחסי סמכות במקום העבודה עשוי להוביל לקבלת החלטות שאינה מקצועית, לתחושות (מוצדקות או לא) של העדפת מקורבים בקרב עובדים שאינם בקשר אינטימי עם הממונה, לפרקטיקות של העברת תפקיד בעקבות הקשר המיני או עקב סיומו, שאינה נדרשת משיקולים מקצועיים וכיוצא באלה. ספציפית, מצב שבו יש בין הצדדים לקשר המיני עסקה מפורשת של "זה תמורת זה" עשוי להיות פסול מהפריזמה של אסדרת סמכות, גם אם הכפופה לדמות הסמכותית יזמה את העסקה¹⁰⁴ ובלי קשר לשאלה אם העסקה אכן יצאה לפועל ואם התקיים בין הצדדים מגע מיני כלשהו. כשם

103 יודגש, כי בהנחה שהאיסור על מין ביחסי מרות מוכן כאסדרה של סמכות, להבדיל מעברת אוטונומיה, אין הכרח לראות בו עברה רגולטורית. אפשר לכאורה לטעון כי כשם שעברות של ניצול לרעה של כוח המשׁה בהקשר השלטוני מופללות כעברות ליבה, כך ראוי גם להפיל את הניצול לרעה של כוח המשׁה במקומות עבודה. אולם, לטענתי, הפרקטיקה המשפטית הנוכחית החילה את חזקת הניצול מתוך תפיסה אסדרתית של העברה. אפשר להבין את הגיונה של תפיסה אסדרתית זו רק אם ערים לרעיון של ניצול לרעה של סמכות, להבדיל מפגיעה באוטונומיה.

104 השאלה אם יש נסיבות שבהן יוזמה של כפופה לעסקה מינית במקום העבודה אמורה להטיל עליה אחריות – בדומה לאחריות הפלילית המוטלת על נותן שוחד בהקשר הפוליטי – היא שאלה מורכבת מאוד וראוי כי יתנהל בה דיון.

שעברת השוחד איננה דורשת הוצאה לפועל של עסקת השוחד בין הצדדים,¹⁰⁵ גם אסדרה של שחיתות במקום העבודה עשויה להסתפק באיסור על העסקה עצמה.¹⁰⁶ אין בנאמר לעיל משום המלצה חד-משמעית להרחבת האיסורים המשפטיים בתחום זה. כל אסדרה של מין ביחסי עבודה תצטרך להביא בחשבון את הצורך לא רק להגן על תפקודו התקין של מקום העבודה, אלא גם לאפשר לבני האדם הפועלים בו חירות בבחירת פרטנרים מיניים. הסכנה מפני אסדרת-יתר בהקשר זה – במיוחד אם מדובר באסדרה פלילית – רבה מאוד, משום שהחשיבה על אינטראקציות מיניות ככאלה שעשויות להזיק לתפקודו התקין של מקום העבודה מאפשרת לכאורה לחשוב על הרחבת האיסורים הקיימים אל מעבר למצבים של עסקה מפורשת בין הצדדים, או על שימוש באצטלה של המְשָׁה (או ב"כריזמה של המשָׁה") כדי להוביל את הכפופים לשיתוף פעולה מיני עם הממונים עליהם. זאת, משום שפוטנציאל הנזק מתקיים מעצם ברהזמניות של הקשר המיני והקשר המקצועי, גם אם הקשר המיני קדם לקשר המקצועי (למשל: בני זוג שהתקבלו למקום עבודה והם ביחסי כפיפות מקצועיים). מכל מקום, עצם הדיון הזה צריך להתקיים – ומאמר זה מציע שפה שטרם נעשה בה שימוש כדי לנהל אותו. כפי שראינו בעניין פלוני, השופט אדלר כבר נזקק לשיקולים מתחום זה אולם ללא הבחנה ברורה בין הפריזמה של אסדרת סמכות לבין הפריזמה של הגנה על האוטונומיה המינית של הכפופים ביחסי סמכות.

שנית, גם אם מוקד העניין הנוכחי של החברה ושל קובעי המדיניות הוא הגנה על כפופים ביחסי סמכות בעבודה – כלומר: החשש שכוח הסמכות המקצועי ישמש לניצול ולפגיעה בכפופים לדמות הסמכותית – הניתוח שלעיל מציע אפשרות לחשוב על העוול המשפטי במקרים אלה "מחוץ ל-" ו"בנפרד מ-" פרדיגמת האוטונומיה, ובמנותק ממושג ההסכמה ליחסי מין. בעשורים האחרונים מתקיים בישראל ובמדינות רבות בעולם דיון אינטנסיבי בשאלת היקפה ותוכנה של הזכות לאוטונומיה מינית ובשאלת משמעותו המשפטית של מושג ההסכמה ליחסי מין. עברת האונס – עברת המין האולטימטיבי – משנה בשנים האחרונות את מובנה. חוקרים, משפטנים וקובעי מדיניות מערערים על ההגדרות המסורתיות של המגע המיני האסור ושל נסיבות קיומו וחותרים לגיבוש הגדרות חדשות. הטרנד הבולט מכוון להרחבת האיסור על אונס כך שיכלול סוגים מסוימים של אי-הסכמה מעבר לשימוש באלימות פיזית,¹⁰⁷ כגון שימוש במרמה ואיומים למיניהם. האיסור על מין ביחסי סמכות הובן בשנים האחרונות כחלק מאותה התפתחות של הגברת ההגנה על האוטונומיה המינית של נשים. במשפט הישראלי, העברה של בעילה אסורה בהסכמה מוסדרת אמנם בעברה נפרדת ולא כחלק מעברת האונס, אולם הטענה שערך האוטונומיה המינית הוא הערך המוגן בשתי העברות, וההנחה שהסכמה למין ביחסי מרות איננה הסכמה אמיתית, צריכות לעורר

105 ראו ס' 294(א) לחוק העונשין, הקובע כי "המבקש או המתנה שוחד, אף שלא נענה, כמוהו כלוקח שוחד".

106 ס' 3(א)(1) לחוק למניעת הטרדה מינית מספק מענה מסוים לקושי זה כשהוא אוסר על סחיטה מינית כסוג של הטרדה מינית. האיסור על סחיטה בחוק העונשין, שאליו החוק למניעת הטרדה מינית מפנה, כולל שימוש באיומים בלבד ואינו כולל שימוש בהבטחות לשיפור תנאי העבודה; ראו ס' 428 לחוק העונשין.

107 הביטוי הבולט להתפתחות זו בדין הישראלי הוא ביטולה של דרישת השימוש בכוח בהגדרה של עברת האונס בראשית שנות האלפיים. ראו חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א-2001.

כמה שאלות. ראשית, מהי בעצם ההבחנה המהותית בין בעילה אסורה תוך ניצול יחסי מרות לבין אונס? שנית, בהנחה שאוטונומיה מינית היא הערך המוגן בבסיס האיסור – האם לא ראוי היה לקבוע כי בעילה תוך ניצול יחסי מרות היא בעילה "שלא בהסכמה חופשית" כלשונו של סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, המגדיר את אחת החלופות המרכזיות לעברת האונס? הניתוח במאמר זה מציע אפשרות להמשיג את האיסור על מין ביחסי סמכות מחוץ לפרדיגמת האוטונומיה ומחוץ לפרק עברות המין בחוק העונשין. טענה זו מצטרפת לניתוחים נוספים שנעשו בשנים האחרונות, המציעים לשקול מחדש את ההתרחבות של עברות המין (או של עברת האונס),¹⁰⁸ ולהפיל באופן אחר¹⁰⁹ שימוש בטכניקות פסולות בתחום המיניות. התבוננות על מין ביחסי מרות דרך פריזמה של אסדרת סמכות מאפשרת לדמיין אחרת את סוג העוול הפלילי הכרוך במקרים אלה. עברות של ניצול מיני ביחסי מרות עוסקות בכני אדם הפועלים בתוך מבנים של סמכות שאנחנו – הקהילה הפוליטית באמצעות החוק – מניחים שהם טובים ביסודם ומועילים לחברה. בניגוד לחלק מהזרמים הפמיניסטיים, המבינים את עברות המין כעוסקות בכוח (גברי) דכאני שיש למגרן, עברות של ניצול ביחסי מרות בעבודה מניחות שהכוח המנוצל לרעה הוא בבסיסו מועיל אבל בעל השלכות לזוואי בעייתיות, כשם שתחום עברות התעבורה ותחומים נוספים מהווים אסדרה של שימוש באמצעים טכנולוגיים מועילים אבל מסוכנים.¹¹⁰ אם מבינים את הבעיה כסוגיה של אסדרת כוח במרחבים מקצועיים, אין הכרח להתבונן על בעל הסמכות ככופה מיני ועל הכפופה כעל קרבן אונס, ואין הכרח להתבונן על העוול כעברת מין. במילים אחרות: אפשר לקחת ברצינות את כותרתו של סעיף 346(ב) בחוק העונשין, ולגרוס שמין ביחסי סמכות הוא מין בהסכמה – אלא שהוא עשוי להיות פסול בהיותו ניצול לרעה של כוח המשך. על פי הבנה זו, המסר העיקרי שהחוק מבקש לשדר איננו שאסור לכפות מין על נשים שאינן מעוניינות בכך, אלא שבעל סמכות במקום העבודה בעולם המודרני אינו יכול לדמות את סמכותו המקצועית-ארגונית לכוה עריץ וחובק-כול.

לכל אחת מצורות ההפלה ייתכנו יתרונות וחסרונות. גם כאן אינני מציעה טיעון התומך חדי-משמעות בהפלה מסוימת של מין ביחסי סמכות, אלא טיעון המניח על השולחן אופציה שלא נשקלה בעבר. בהקשר זה ראוי אולי להתייחס לטענה ספציפית העשויה לעלות בתגובה לדברים אלה, שלפיה הפללת ניצול מיני ביחסי עבודה כעברה אסדרתית תיצור "דילול" בחומרה המיוחסת לעברה, ותפגע בחדות ההוקעה של מקרים כאלה באופן שייטיב עם בעלי השררה תוך פגיעה בקורבנות הפוטנציאליים. יש כמה תשובות אפשריות לטענה זו. ראשית, יש לשים לב לכך שהמעבר למודל אסדרתי של סמכות איננו בהכרח מיטיב עם נאשמים פוטנציאליים. מעבר זה מאפשר להטיל אחריות תובענית פחות, מבחינת הנטל המוטל על

Jed Rubinfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 108
122 Yale. L. J. 1372 (2013).

109 כך, למשל, עמית פונדיק מזכיר את האפשרות להפיל מרמה ביחסי-מין באמצעות העברה הכללית של קבלת דבר במרמה במקום כעברת אונס. ר' למשל עמית פונדיק "בין מרמה לכפייה: על עבירת האונס במרמה לגבי מיהות העושה" עיוני משפט לו' 215 (2013).

110 כך, למשל, מאמרו של סירי מתאר את חקיקתן של העברות הרגולטוריות כקשורה להתפתחויות טכנולוגיות ברפואה, בתחבורה ובעיור: שהן מועילות בבסיסן אך יוצרות סיכונים חדשים שעל החברה המודרנית להתמודד עמם. ראו ה"ש 80 לעיל, בעמ' 68-69.

התביעה, להוכחת מחשבה פלילית סובייקטיבית ולהוכחת המעשה הפלילי.¹¹¹ שנית, המצב הנוכחי, שבו העברה מוגדרת כעברת מין, נושא לא רק יתרונות אלא גם מחירים עבור קרבנות העברה. כאשר בעילה אסורה ביחסי מרות מומשגת כעברת מין וכסוג של כפייה מינית, המערכת המשפטית צריכה להניח שיכולתם של כפופים ביחסי סמכות לגבש הסכמה חופשית למין היא פגומה.¹¹² גם במצבים שבהם הכפופה ביחסי סמכות משתפת פעולה עם יוזמה מינית מצד בעל סמכות במקום העבודה, המערכת המשפטית מפרשת את האירוע בדיעבד כאירוע בלתי-אוטונומי מבחינת הכפופה. לעומת זאת, אם האיסור על מין ביחסי סמכות מובן כעברה אסדרתית, המערכת המשפטית אינה צריכה להתמקד באוטונומיה של הכפופה ואינה צריכה להצהיר על התנהלותה החיצונית של המתלוננת כבלתי-תואמת את עמדתה הפנימית. ניסוח כזה של העברה מאפשר למערכת המשפטית להניח פגיעות של כפופים ביחסי סמכות, אולם פגיעות זו אינה מתורגמת להיעדר אוטונומיה. הדגשה של מושג הסמכות, וניתוח האיסור על מין ביחסי עבודה תוך יצירת אנלוגיה לעברות מסורתיות של ניצול לרעה של כוח המְשָׁרָה, מספקים מסגרת ניתוח המאפשרת לשקול אופן הפללה זה. לסיום פרק זה אצביע על בעיה ספציפית בפרקטיקה המשפטית הנוכחית של שיפוט מין ביחסי מרות: החלתה של "חזקת ניצול" במסגרת שיפוט העברה של בעילה ביחסי מרות בעבודה. לטענתי, החלה של חזקת הניצול בעברה זו משקפת ראייה של האיסור כאסדרתי באופיו. הבעיה במצב דברים זה נובעת מהשילוב בין האופי האסדרתי של האיסור מחד גיסא לבין רמת הענישה הנוכחית של העברה (שלוש שנות מאסר) ותיוגה כעברה חמורה (עברת מין). הפללה של עברות ליבה והפללה של עברות אסדרתיות הן שתי צורות לגיטימיות של הפעלת כוח כופה מצד המדינה במסגרת המשפט הפלילי, אך ערבוב בין המודלים הוא בעייתי מבחינת זכויות הנאשם – וזה המצב בפרקטיקה הנוכחית של שיפוט מין ביחסי מרות בעבודה.

הביקורת שלהלן אינה מכוונת לעצם החלתה של חזקה ראייתית בדין הפלילי; חזקות ראייתיות מופעלות כמשפט הפלילי כדבר שבשגרה, ועצם החלתן – בין שנוצרו בהוראות המחוקק ובין שהוחלו על ידי בתי המשפט¹¹³ – אינו בהכרח מוליך למסקנה בדבר פגיעה בחזקת החפות או בהיבטים אחרים של הזכות להליך הוגן. לפי ההיגיון הבסיסי של חזקות ראייתיות, הן מתפקדות כאמצעי של הוכחה עקיפה: הן מאפשרות לצד שנעזר בהן להוכיח עובדה הטעונה הוכחה באמצעות הוכחת עובדה אחרת הקשורה אליה בקשר מסתבר (למשל: הימצאותה של כמות סמים מעל רף מסוים מהווה חזקה שהסמים נועדו למסחר ולא רק לשימוש עצמי).¹¹⁴ אולם, אני טוענת שההחלה של חזקת הניצול בעברה של בעילה אסורה

111 המצב הבעייתי בפרקטיקה הנוכחית הוא היעדר ההבחנה בין הרציונלים של העברה והכרה ב"חזקת ניצול" כדי להוכיח כפייה מינית. אם תוכר העברה כעברה אסדרתית, ובה בעת תאומן "חזקת ניצול" המרככת את הנטל המוטל על התביעה – יתעורר צורך לשקול מחדש את רמת הענישה בעברה, באופן שיאפשר את הפחתתה משלוש שנות מאסר.

112 במאמרה הדגישה רותי לבנשטיין-לזר את המסר הפטרנליסטי הנובע מאופן ההפללה הנוכחי של מין ביחסי מרות; ראו רותי לבנשטיין-לזר, ה"ש 7 לעיל.

113 ש"ז פלר "על הקטגוריות של החזקות אגב פסקי-הדין סובאח, צלנקו, ופלוני" מחקרי משפט יג 357 (1996).

114 סעיף 3(13) לפקודת הסמים המסוכנים התשל"ג-1973.

בהסכמה נעשתה כלאחר יד, ובלי שבתי המשפט נתנו דעתם להגיונה או לשאלה אם עצם קיומם של יחסי מרות מוליך למסקנה של "ניסיון החיים" ו"השכל הישר" בדבר קיומו המסתבר של ניצול ביחסי מרות.¹¹⁵ נוסחו של סעיף 346(ב) מלמד כי בעברות אלה הניח המחוקק שלא בכל מקרה של יחסי מין בין מעביד לעובד מדובר בניצול, שאחרת היה קובע איסור מוחלט על יחסים כאלה, בדומה לאיסור על מין ביחסי טיפול. ההחלה של חזקת ניצול בנסיבות אלה על ידי בתי המשפט יוצרת הקלה ראייתית ביסוד המרכזי של העברה הטעון הוכחה – יסוד הניצול. מעבר לביקורת שאפשר למתוח על יצירה של חזקה בנסיבות אלה, אני טוענת שהחלתה על ידי בתי המשפט נובעת מתפיסה רחבה של פוטנציאל הנזק הכרוך במין ביחסי מרות, החורג מהפגיעה האפשרית באוטונומיה המינית של הכפופים לבעל המרות. חזקת הניצול איננה חזקה ראייתית שתפקידה להוכיח שמין ביחסי מרות הוא פגיעה באוטונומיה של המתלוננת, אלא חזקה ההופכת את סעיף 346(ב) לאיסור אסדרתי באופיו, כלומר: איסור הקובע כלל התנהגות בעל אופי מניעתי, שנועד למנוע מין ביחסי מרות בשל פוטנציאל הנזק הכרוך בכך לא רק לכפופים הספציפיים אלא למקום העבודה כולו. לכן רואים בפסק דינו של השופט אדלר בבית הדין הארצי לעבודה את העמדה שלפיה דיווח לממונים על קיום מגע מיני ביחסי מרות עשוי להביא לסתירה של חזקת הניצול, גם אם אין בדיווח הזה כשלעצמו כדי להעיד על היעדר פגיעה באוטונומיה של הכפופה.

אם כן, כאמור, הבעיה במצב דברים זה נובעת מהשילוב בין סטנדרט ענישה גבוה, האופייני לעברות ליבה ותיוג של עברת מין, לבין נטל הוכחה מרוכך ואיסור מניעתי באופיו, המאפיינים עברות אסדרתיות. ההנחה שצריכה להתקיים הפרדה מסוימת בין עברות אסדרתיות לעברות אמתיות מאפיינת את רוב שיטות המשפט.¹¹⁶ בלי לפקפק בלגיטימציה של עברות אסדרתיות כקטגוריה, אחת המשמעויות של ההבחנה בין עברות ליבה לעברות אסדרתיות היא שהמשפט הפלילי מכיר בשתי פרדיגמות של הפללה, שלכל אחת מהן תיוג שונה ורמת ענישה שונה. לרוב, הקלת נטל ההוכחה המאפיינת את העברות האסדרתיות הולכת יד ביד עם ענישה קלה יותר, שאיננה כוללת מאסר. כך, למשל, עמדתו הבסיסית של חוק העונשין בישראל היא שעל עברות של אחריות קפידה – שהן סוג של עבירות אסדרתיות – אין להטיל מאסר.¹¹⁷ הפרקטיקה הנוכחית של שיפוט בעברות מין ביחסי מרות

115 ההשוואה בין עברה של ניצול מרות בעבודה לבין עברה של ניצול מיני ביחסי טיפול (ס' 347א לחוק העונשין) חשובה בהקשר זה, משום שבניגוד ליחסי מרות בעבודה, ביחסים טיפוליים המחוקק ראה לנכון לקבוע חזקה סטטוטורית של ניצול.

116 לא בכל שיטות המשפט סוג ההפרדה דומה. במשפט הגרמני, למשל, יש הפרדה חדה בין שני סוגי העברות והשיפוט שלהן, המתקיים במערכות נפרדות של אכיפת חוק. במשפט האנגלו-אמריקני, ואף במשפט הישראלי, ההפרדה אינה כה חדה, אולם יש רמות ענישה טיפוסיות ומאפייניים פרודורליים ומהותיים המבחינים בין שני סוגי העברות. לסקירת סוגים של עברות אסדרתיות במשפט הישראלי ראו רע"פ 3515/12 שבתאי נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 10.9.2013).

117 ס' 22(ג) לחוק העונשין.

בעבודה, המחילה בהן חזקת ניצול, יוצרת מצב שבו יש איסור אסדרתי באופיו על מין ביחסי מרות בעבודה – הנושא ענישת מאסר משמעותית. מצב דברים זה פוגע בזכויות הנאשם.¹¹⁸

סיכום

מאמר זה מציג להבין את העברה של בעילה אסורה תוך ניצול מיני ביחסי מרות בעבודה כעוסקת באסדרה של סמכות. הדבר מתבהר כשמתבוננים באיסורים על מין ביחסי סמכות לא רק מתוך פרספקטיבה של תחום עברות המין אלא גם מתוך פרספקטיבה של תחום עברות השחיתות. עיון זה מגלה כי האיסורים על מין ביחסי סמכות הם לא רק הרחבה של האיסורים בתחום המיני, אלא גם הרחבה של עברות השחיתות המסורתיות, משום שהם מסדירים את הפעלת הסמכות בגופים ומוסדות פרטיים, להבדיל מההתמקדות המסורתית של האסדרה המשפטית בגופים שלטוניים. הסוציולוג מקס וובר השתמש במונח בירוקרטיה כדי לאפיין את פעילותן של זירות מקצועיות בגופים ציבוריים ופרטיים כאחד. וובר הצביע על ייחודה של הבירוקרטיה המודרנית – המדינתית והפרטית – ככזו היוצרת הפרדה בין חיים מקצועיים לחיים אישיים¹¹⁹ באמצעות הפרדה בין ניהול משאבים לבעלות עליהם, ובאמצעות ייחודה של עמדת הסמכות – "המשכה" – לחיים המקצועיים. החיים הפרטיים של בני האדם אמורים להיות מחוץ לשדות הכוח והסמכות ולהיות מונחים על ידי נורמה של שוויון.¹²⁰ זאת, בניגוד למבנים טרום-מודרניים של סמכות,¹²¹ שבהם הסמכות הייתה כל-כוללת ובמובנים רבים עריצה – ובהתאם לכך גם הכפיפות לסמכות השתרעה על כל תחומי החיים, ללא הפרדה בין ספרה מקצועית לספרה אישית-פרטית. מאמר זה מציג להתבונן בעברה של ניצול מיני ביחסי מרות כמבטאת הכרה בצורות חדשות של ניצול לרעה של סמכות, שעניינן זליגה של כוח מקצועי ליחסים אינטימיים או שיבוש בתקינות פעולתן של זירות מקצועיות עקב קיומם הבוזמני של יחסים אינטימיים. דיון בצורות ההסדרה הראויות של מין ביחסי מרות בעבודה, שלא יביא בחשבון מאפיינים אלה, ימצא חסר.

118 אפשר לפתח גם טיעון הבוחן את חוקתיותה של חזקת הניצול שקבע בית המשפט; טיעון כזה חורג ממסגרת המאמר. למודל המציע סטנדרטים חוקתיים נבדלים לבחינה של עברות ליבה ושל עברות רגולטוריות במשפט הישראלי ראו שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחדש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים) (2010).

119 ראו שניבויים, לעיל ה"ש 3.

120 הכוונה כאן היא לשוויון פורמלי, להבדיל משוויון בחלוקת העושר. בתקופה המודרנית, בניגוד לתקופות שקדמו לה, היררכיות פורמליות מתקיימות בעיקר בארגונים וביחסים בין שלטון לאזרח.

121 אלה מכונים על ידי וובר "סמכות מסורתית". לפירוט ראו שניבויים, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 369,

