

מרחבים של הסכמה: צילום אינטימי ברשות היחיד – בין עבירת פרטיות לעבירת מין

מאת
נופר שמלה קדוש*

תקציר

בשנת 2014 אישרה הכנסת את תיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, המכונה "חוק הסרטונים", הקובע כי כאשר עסקינן בפרסום צילום המתמקד במיניותו של אדם, ראוי להתייחס לעבירה המעוגנת בסעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות, כהטרדה מינית. ואולם, לצד עבירת "הפרסום", בסעיף 2(3) לחוק מעוגנת עבירת פרטיות נוספת, עבירת ה"צילום ברשות היחיד" האוסרת על עצם צילומו של אדם ברשות היחיד ללא הסכמתו. בניגוד לעבירת הפרסום, עבירת הצילום נותרה כעבירת פרטיות בלבד.

מאמר זה מבקש להציע כי גם בעצם הצילום המתמקד במיניותו של אדם ללא הסכמתו, נפגעת זכותו של המצולם לפרטיות מינית, לאוטונומיה וכבוד, פגיעה בעלת מאפיינים מיניים המצדיקה את הגדרתו של מעשה הצילום כעבירת מין פרטיקולרית. אומנם שיטת המשפט הישראלית מכירה גם כיום, בנסיבות מסוימות, בצילום המתמקד במיניותו של אדם כפגיעה מינית, באמצעות עבירת "המעשה המגונה". ואולם, נראה כי מדיניות אכיפת המעשה המגונה, עבירה בעלת "רקמה פתוחה", עלולה להשתנות ממקרה אחד למשנהו. מקרים שבהם החשיפה המקדימה של המצולם לגופו העירום של המצולם נעשתה בהסכמה, כגון במסגרת יחסי מין, אינם מסווגים בהכרח כמעשה מגונה, ונותרים כעבירת פרטיות גרידא. מקרים אלה יתוארו במאמר כמאופיינים ב"מרחב הסכמה" רחב לנסיבות שקדמו למעשה הצילום. זאת בניגוד למקרים שבהם חשיפת המצולם לעירום המצולם נעשתה ללא הסכמת המצולם, כגון

* בוגרת הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. מתמחה במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. תודתי נתונה בראש ובראשונה לד"ר יופי תירוש, שמאמר זה נכתב במסגרת סמינריון "הסכמה במשפט" בהנחייתה, על הליווי בעיבוד עבודת הסמינריון למאמר, על היחס החם ועל הערותיה המלמדות אשר סייעו לי רבות בשיפור הרעיון המובא במאמר. ברצוני להודות גם לעו"ד מיטל בוכמן-שינדל, לעו"ד איתי גוהר ולעינב פורמנסקי על הערותיהם מאירות העיניים במהלך שלבי כתיבת המאמר. כמו כן אבקש להודות לעורכת פרויקט הסמינר תמר בן עוזר, לחברי המערכת נועה וינר ואמיר בכר, ולקורא האנונימי על הערות מועילות ועל עבודת עריכה יסודית. תודה מיוחדת לבן-זוגי אבנר על תרומתו הרבה למאמר – במחקר, בהערות, בעריכה ובתמיכה אינסופית. תודה לא'. העמדות המובאות במאמר מבטאות את עמדת המחברת בלבד.

צילום מתחת לדלתות שירותים ציבוריים, ואותם אגדיר כמקרים המאופיינים ב"מרחב הסכמה" **מצומצם** לנסיבות שקדמו לצילום.

בראי מרחב ההסכמה, המאמר מבקש להסביר כיצד נוצרו דפוסי האכיפה השונים ולהדגים כיצד קיומה של הסכמה מטרימה לנסיבות שקדמו לאירוע, עלול להשפיע באופן מוטעה על המשקל שייחוס להיעדר ההרשאה למעשה הצילום. על מנת להתגבר על ההשפעה המתעתעת של אותו מרחב ההסכמה על סיווג העבירה, מאמר זה קורא לאינקורפורציה של עבירת הצילום בחוק למניעת הטרדה מינית, כעבירת מין עצמאית, תוך הצגת היתרונות בחיקוק עבירה ספציפית על פני טיוב אכיפת המצב המשפטי הקיים.

מבוא..... 2

א. בין פגיעה בפרטיות לפגיעה מינית: ההצדקות לאינקורפורציה של עבירת הצילום ברשות היחיד בחוק למניעת הטרדה מינית..... 7

1. מאפייני עבירת הצילום כעבירת מין..... 7

2. היבטים נוספים לפגיעה המינית בפעולת הצילום: הקשר בין צילום לפרסום..... 19

ב. בין עבירת סל לעבירה פרטיקולרית: הצורך בחיקוק עבירה פרטיקולרית והשפעות מרחב ההסכמה על סיווג העבירה..... 25

1. המצב המשפטי הקיים..... 25

2. מרחב ההסכמה..... 30

3. השפעות מרחב ההסכמה על סיווג העבירה..... 36

ג. חיקוק עבירת הצילום כעבירת מין פרטיקולרית – יתרונות הספציפיקציה וחסרונות ההפללה..... 46

1. היבטים ראייתיים..... 50

2. אתגרים נוספים – חשיבות קיומם של מהלכים משלימים אקס-אנטה..... 52

סיכום..... 56

מבוא

הפצת תמונה בעלת אופי מיני ללא הסכמת המצולמת, במיוחד בעידן הטכנולוגי של ימינו, טומנת בחובה השלכות חמורות על חייה. תחושת אובדן האוטונומיה של המצולמת, הנובעת מהשימוש במיניותה ובצלם גופה ללא הסכמתה, מתעצמת נוכח

התופעה הנרחבת של הפצת תמונות מיניות ברשתות החברתיות, המאפשרות את העברתן במהירות מיד ליד.¹

כמענה לכך, אישרה הכנסת בינואר 2014 את תיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, שזכה לכינוי "חוק הסרטונים".² התיקון קבע כי בנסיבות מסוימות ראוי להתייחס לעבירת "הפרסום" המעוגנת בסעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות, האוסרת את "פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות בהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו",³ כעבירת מין, מאחר ש"הפגיעה שהיא גורמת חמורה ביותר ובעלת מאפיינים של פגיעה מינית".⁴ לשם כך, הוסיף התיקון לחוק את סעיף 3(א)(א5), הקובע כי: "א5) פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום [...]". נחשב הטרדה מינית.⁵ אך סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות אינו מסתכם בעבירת "הפרסום" בלבד, ולצידה, בסעיף 2(3) מעוגנת עבירת פרטיות נוספת והיא עבירת ה"צילום ברשות היחיד" האוסרת על עצם הצילום של אדם ברשות היחיד ללא הסכמתו (להלן: עבירת הצילום). בניגוד לעבירת הפרסום, עבירת הצילום נותרה כעבירת פרטיות בלבד. מהלך עניינים זה מעלה כמה תהיות: האם ייתכן שבעצם העובדה שאדם צולם ללא הסכמתו צילום אינטימי, ללא קשר לשאלה האם הצילום פורסם או לאו – מתרחשת פגיעה באוטונומיה ובכבודו של המצולם, שמאפייניה כשל פגיעה מינית? האין הניצול בעל האופי המיני

1 ים קאטל "קול פרטי: חשופה: המאבק הפרטי לחוק הסרטונים" משפט, חברה ותרבות ב 365 (2019).

2 חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 10) התשע"ד-2014, ס"ח 263 (להלן: חוק הסרטונים); ראו גם דברי הסבר להצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 9) (פרסום תצלום, סרט או הקלטה המתמקד במיניותו של אדם), התשע"ג-2013, ה"ח הכנסת 58 (להלן: דברי ההסבר להצעת החוק).

3 ס' 2(4) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 ס"ח 128 (להלן: חוק הגנת הפרטיות).
4 ראו דברי הסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 2. להרחבה ראו עילית אפשטיין "פרסום המתמקד במיניות (בעקבות החוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 10) התשע"ד-2014)" משפט מפתח: כתב העת של פרקליטות המדינה 2 71 (2014). בעניין ע"פ 5090/18 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 18.11.2018), עמד בית המשפט העליון על חשיבותו של חוק הסרטונים: "חשיבותו של התיקון נעוצה בכך שהפצת פרסום משפיל אינה נתפסת רק כפגיעה בפרטיותו של מאן שהוא, אלא חמור מכך – כהטרדה מינית. כל הטרדה מינית מבזה את אנושיותו של אדם ושלולת את האוטונומיה שלו ואת שליטתו בגופו [...]". כך גם, ואף ביתר שאת, בהפצת תיעוד מבזה או משפיל המתמקד במיניותו של אדם. המתועדת, מוצגת בתור אוויקט מיני להנאת הצופים והשומעים. היא נחשפת לעיני כול, פשוטו כמשמעו, בלי שביקשו את הסכמתה. יסוד ההסכמה חשוב במיוחד, שכן הוא מבטא את האוטונומיה של הפרט במובנה המובהק ביותר, דהיינו בהחלטות של אדם אילו פרטים אינטימיים לחשוף לאחרים, למי לחשוף אותם ובניסיונו לשלוט בדימוי שלו בקרב מכריו ובציבור בכלל" (פס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

5 ס' 3(א)(א5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: החוק למניעת הטרדה מינית).

מתרחש עוד טרם הפרסום? האם ייתכן שבמקרים הרלוונטיים, המצלם נכנס למתחם הפגיעה המינית של העבירה **כבר בעת צילום**⁶ הנפגע ללא הסכמתו? מאמר זה מבקש לטעון כי באופן דומה לרקע שהוביל לחקיקת חוק הסרטונים, קיים צורך מהותי באינקורפורציה של עבירת הצילום, בנסיבות שבהן הצילום מתמקד במיניותו של המצלום, בחוק למניעת הטרדה מינית, ועיגונה **כעבירת מין עצמאית**.⁷ עצם צילום של אדם צילום המתמקד במיניותו ללא הסכמתו עלול לגרום למצלום פגיעה "חמורה ובעלת מאפיינים של פגיעה מינית", בדומה לפגיעה המתרחשת בעבירת הפרסום.⁸ מנקודת מבט אכיפתית, ניתן להסיק כי עבירת חוק הסרטונים היא שכיחה למדי, אך לא ניתן להסיק מסקנה דומה לגבי עבירת הצילום בשל חוסר בנתונים.⁹ עם

ודוק, מאמר זה מתייחס ל"צילום" בין שהמצלם השתמש במכשיר בעל יכולות צילום הנמצא ברשותו כגון מצלמה או מכשיר טלפון, ובין שהשתמש במכשיר הנמצא ברשות המצלום, אגב השתלטות על מכשיר צילום הנמצא בסביבתו תוך חדירה לחומרי מחשב. ראו למשל אמיתי זיו "תיזהרו, מישוהו מציץ לכם" **TheMarker** (29.11.2016), <https://www.themarker.com/technation/2016-11-29/ty-article/0000017f-ee3a-d4cd-af7f-ef7a79e40000>

לעניין זה יפים דבריה של השופטת מיכל אגמון-גונן בעניין עת"ם (מנהליים ת"א) 8707-07-15 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' ערן ירושלמי (נבו 28.8.2017), שלאחר סקירת החקיקה הישראלית קבעה כי: "מהחקיקה הישראלית לאורך השנים עולה מגמה מפורשת לאסור או להגביל באופן משמעותי פעילות המחפיצות נשים ופוגעות בכבודן כבנות אנוש", פס' 13.4.8 לפסק דינה. מאמר זה מבקש להצטרף למגמה המוצגת בדבריה של השופטת אגמון-גונן.

NICOLA HENRY, ANASTASIA POWELL & ASHER FLYNN, NOT JUST 'REVENGE PORNOGRAPHY': AUSTRALIANS EXPERIENCES OF IMAGE-BASED ABUSE: A SUMMARY REPORT (2017) (להלן: המחקר האוסטרלי). המחקר בוחן את היקף תופעת ה"פגיעה מבוססת תמונה" (image-based abuse) ואת השלכותיה בקרב בני נוער ומבוגרים (גילי 16 עד 46). המחקר מתבסס, בין היתר, על סקר מקוון שנערך באוסטרליה בהשתתפות 4,274 אנשים. ממצאי הסקר עולה כי 67% מנפגעי צילום מיני ללא הסכמה סבלו ממצוקה נפשית. ראו בעניין זה גם ת"פ (שלום קר') 19692-07-21 **מדינת ישראל נ' פלוני** (נבו 28.4.2022), שם נאמר כך: "דומה שאין חולק שהחזקת סרטון בעל תכנים פוגעניים בידי אחר, לא כל שכן בידי בן זוג לשעבר ובוודאי מי שהיחסים עמו עכורים, עלולה להדיר שינה מעיני האדם, לפגוע בשלוות רוחו, להלך עליו אימים ולפגוע באיכות חייו" (פס' 22).

על פי דוח של מרכז המחקר והמידע של הכנסת, מאז כניסתו לתוקף של חוק הסרטונים ועד שנת 2017 נפתחו במשטרה 643 תיקים הכוללים את סעיף החוק הרלוונטי. באותה תקופה זמן הוגשו 108 כתבי אישום שבהם נכללה העבירה לפי חוק הסרטונים. ברוח נכתב גם כי עד לחודש מרץ 2018 הורשעו 17 נאשמים בעבירה לפי חוק הסרטונים. ברם, לא ניתן להסיק מסקנה דומה לגבי עבירת הצילום בשל חוסר בנתונים. להרחבה ראו נורית יכימוביץ-כהן "טיפול הרשויות

זאת, את התמונה יכול להשלים מחקר שנעשה לאחרונה באוסטרליה המצביע על כך שצילום מיני ללא הסכמה הוא תופעה חברתית נרחבת ביותר, אף יותר מתופעת פרסום הצילומים המיניים ללא הסכמה.¹⁰ עובדת קיומה של תופעה נרחבת, אשר לא מקבלת ביטוי ההולם את היקפה בתמונת המצב האכיפתית כיום, מחזקת את הצורך בכינונה של עבירת הצילום כעבירת מין עצמאית.

צילום בעל אופי מיני של אדם ברשות היחיד איננו בבחינת תופעה חדשה, וכבר הגיע לפתחו של בית המשפט. במרבית המקרים הוא יסווג, כאמור, כעבירה תחת חוק הפרטיות, אף אם מדובר בצילומים המתמקדים במיניותו של אדם. אך במקרים מסוימים, לא נעלם מעינים של התובעים והשופטים כי אין המדובר בפגיעה "רגילה" בפרטיות, אלא עסקינן בפגיעה שבמהותה היא מינית. מקרים אלה סווגו לצד עבירת ה"צילום ברשות היחיד", גם כעבירת המעשה המגונה, המעוגנת בסעיף 348 לחוק העונשין,¹¹ עבירת מין שנוסחה הרחב מגדירה כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים",¹² ומאפשר להחילה גם על מקרים שבהם ה"מעשה" אינו פיזי,¹³ כגון צילום ברם, נראה כי הסתמכות על עבירת המעשה המגונה אינה הפתרון המיטבי לעניין צילום מיני ללא הסכמה. ראשית, מאחר שמדובר בעבירה בעלת "רקמה פתוחה", שגבולותיה עשויים להשתנות ממקרה אחד למשנהו, ייחוסה למקרה כזה או אחר עלול לסבול משרירותיות. ואכן, מסקירת הפסיקה הקיימת עולה כי מעשה הצילום המתמקד במיניותו של אדם "זוכה" לכמה מופעי אכיפה – בין כמעשה מגונה לצד עבירת פרטיות, ובין כעבירת פרטיות בלבד. יתרה מכך, שרירותיות זו עלולה להופיע כבר בשלב סיווג העבירה על ידי גורמי אכיפת החוק. כך אירע למשל לא¹⁴ אשר צולמה ללא ידיעתה על ידי מי שקיימה עימו יחסי מין בהסכמה. א' הבחינה בצילום בשעת מעשה, התעמתה עם המצלם ודרשה ממנו למחוק את התמונה, ותמונתה למעשה לא פורסמה. תלונתה של א' נסגרה בטענה כי המעשה אינו מהווה עבירה פלילית, והמקרה שתיארה סווג בטעות כעבירת חוק הסרטונים בלתי מגובשת.

שנית, עבירת המעשה המגונה היא עבירת מטרה, שלצורך גיבוש היסוד הנפשי בעניינה יש להוכיח כי המעשה נעשה לשם "גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", מציבה

בעבירות של פרסום תצלומים, הקלטות או סרטים בעלי אופי מיני ללא הסכמת המצולם ("חוק הסרטונים") (מרכז המחקר והמידע של הכנסת 2018) (להלן: יכימוביץ-כהן).

¹⁰ המחקר האוסטרלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 5. על פי ממצאי המחקר, צילום מיני ללא הסכמה הוא הפגיעה השכיחה ביותר במסגרת תופעת ה"פגיעה מבוססת תמונה" (image-based abuse); 20% מהנשאלים דיווחו על צילום מיני ללא הסכמה. חשוב לציין שהחוקרים מעריכים כי המספר האמיתי עשוי להיות גבוה יותר, שכן נפגעים רבים שצולמו ללא הסכמתם, צולמו גם ללא ידיעתם.

¹¹ ס' 348(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (החוק להלן: חוק העונשין), ס"ח 226.

¹² שם.

¹³ ראו להלן ה"ש 89.

¹⁴ המקרה של א' התרחש בשנת 2019, והובא לידיעתי ממקור ראשון. סיפורו חשף בפניי לראשונה את הלקונה בחוק והוא למעשה המניע לכתיבת מאמר זה.

משוכה ראייתית אשר עלולה למנוע הפללה כעבירת מין במקרים רבים של צילום מיני ברשות היחיד, שלא בהכרח מתבצע ממניע של סיפוק מיני. לפיכך, מאמר זה הוא קריאה לאינקורפורציה של עבירת הצילום בחוק למניעת הטרדה מינית, כעבירה עצמאית ופרטיקולרית, תוך בחינת ההצדקות והתמודדות עם ביקורות להצעה.

פרק א של המאמר, עוסק במישור היחסים שבין עבירת מין לעבירת פרטיות. בחלק זה אבקש להסביר מהי הפגיעה הנגרמת בעצם צילום מיני ללא הסכמה, ולהבהיר מדוע מדובר בפגיעה בעלת מאפיינים של פגיעה מינית, המצדיקים את כינונה של עבירת הצילום כעבירת מין פרטיקולרית. בפרק זה תובהר גם החשיבות **המעשית** בהגדרת העבירה כעבירת מין, בהתאמת המענים הדיוניים למערך הכוחות בין נפגעי עבירות המין לפוגעים – מבצעי העבירה. לצד זאת אבקש להצביע על קרבה נורמטיבית ותוצאתית לעבירת הפרסום, המהווה הצדקה נוספת לעיגון עבירת הצילום בחוק למניעת הטרדה מינית.

פרק ב של המאמר דן במישור היחסים שבין "עבירת סל" לעבירה פרטיקולרית. בפרק זה אסביר מדוע לדעתי הפתרון אינו מצוי בעבירת המעשה המגונה, עבירת סל רחבה בעלת "רקמה פתוחה", שהחלטה משתנה ממקרה למקרה. אציג את המושג "מרחב ההסכמה", המבקש לתאר את צבר ההרשאות שנתן אדם לזולתו בנסיבות מסוימות. בתוך כך אדגים כיצד סיווג העבירה כמעשה מגונה או כעבירת פרטיות גרידא עלול להשתנות בהתאם לרוחב מרחב ההסכמה המשתקף מנסיבות הצילום – בין מקרים המאופיינים במרחב הסכמה רחב, כגון צילום במהלך קיום יחסי מין, לבין מקרים המאופיינים במרחב הסכמה מצומצם, כגון צילום מתחת לדלתות שירותים ציבוריים. פרק זה יתאר כיצד עשוי מרחב ההסכמה לנסיבות שאפפו את האירוע להשפיע באופן מוטעה על המשקל שייחוס להיעדר ההרשאה למעשה הצילום, וכתוצאה מכך להשפיע גם על סיווג העבירה שתייחס למצלם. בחלק זה אבקש לנתח את מופעי האכיפה השונים: מעשה מגונה, עבירת פרטיות ואף חוק הסרטונים, בראי תאוריית מרחב ההסכמה, ולהסביר באמצעותה את דפוסי הסיווג השונים בין שתי קבוצות המקרים. כמו כן אנסה להסביר את המקרה הייחודי של א', אשר סווג באופן מוטעה כעבירת חוק הסרטונים, טעות שהובילה לסגירת התיק ללא כל הפללה, אף שברור כי מדובר בצילום מיני נעדר הסכמה, וראוי היה להתייחס אליו כעבירת פרטיות, אך גם מעבר לכך – כעבירת מין לכל דבר ועניין.

לבסוף, **פרק ג** של המאמר מציע כיצד יש להגדיר ולעצב את עבירת הצילום כעבירת מין עצמאית, תוך הצגת יתרונות הספציפיקציה של העבירה על פני טיוב אכיפת המצב המשפטי הקיים הנשען על עבירת המעשה המגונה, כהצדקה נוספת לאינקורפורציה של העבירה בחוק למניעת הטרדה מינית. בפרק זה אתייחס לאתגרים הראייתיים והאכיפתיים שעלולים להתעורר מתחיקת העבירה, וכן אתמודד עם כמה ביקורות-נגד אפשריות להצעה, שמעלות חשש מפנייה למשפט הפלילי כפתרון לתופעה חברתית.

א. בין פגיעה בפרטיות לפגיעה מינית: ההצדקות לאינקורפורציה של עבירת הצילום ברשות היחיד בחוק למניעת הטרדה מינית

1. מאפייני עבירת הצילום כעבירת מין

בעידן הדיגיטלי שבו אנו חיים, כמעט כל אדם מצויד במצלמה המותקנת בטלפון החכם שבשימוש. פעולת הצילום הפכה ממאורע חד-פעמי לפעולה יומיומית נורמטיבית, לחלק אינטגרלי משגרת חייו של האדם המודרני ואף למרכיב של ממש בהווייתו;¹⁵ ושיתוף התצלומים הפך לאספקט בלתי נפרד מחיי החברה האנושית.¹⁶ לחיים בעידן המאופיין בטכנולוגיות צילום זמינות, ובצורך חברתי-תרבותי בצפייה בתוכן מצולם, עלולות להיות השלכות על זכותו של האדם לפרטיות. חוק הגנת הפרטיות, שנחקק עוד בשנת 1981, נועד לתת, בין היתר, מענה לחשש זה ומגדיר מתי פעולת הצילום עלולה לפגוע בזכות האדם לפרטיות ובכך לחצות את הקו אל המרחב הפלילי. בתוך כך, החוק מבחין בין המרחבים שבהם מתרחש הצילום; צילום ברשות היחיד בהיעדר הסכמת המצולם ייחשב כפגיעה בפרטיותו, למעט מקרים חריגים של טובתם מעמיד החוק הגנות, וביניהן ההגנה כי הפגיעה נעשתה בתום לב.¹⁷ מפרייזמה של משפט והסכמה, עבירת הצילום ברשות היחיד מגלמת את עקרון ה- *Volenti non fit injuria* ("אין הרוצה נפגע"), שלפיו הסכמתו של אדם לפעולה מאיינת את הפליליות שבמעשה, ומבצע הפעולה לא ייחשב כמי שגרם לאדם נזק באמצעותה.¹⁸ בהתאמה, בהיעדר הסכמתו של המצולם, פעולת הצילום עלולה להיכנס לגדרי המרחב

¹⁵ עמרי ברק "חייכו, אתם מכורים: הישראלים לא מפסיקים לצלם בסמארטפון" N12 (1.8.2017), https://www.mako.co.il/news-money/tech-q3_2017/Article-6525df994fd9d51004.htm; Jane C. Hu, *How Smartphone Cameras Changed the Way We Document Our Lives*, SLATE (Dec 30, 2019), <https://slate.com/technology/2019/12/smartphone-camera-iphone-Krystal Grow, How Smartphones Have Changed the Way We Experience Photography>, TIME (Aug. 27, 2014), <https://time.com/3811490/smartphone-photography-at-woodstock>.

¹⁶ ראו JACOB SILVERMAN, *TERMS OF SERVICE: SOCIAL MEDIA AND THE PRICE OF CONSTANT CONNECTION* (2015).

¹⁷ ס' 18 לחוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 3.

¹⁸ להרחבה ראו אלי הלם *דיני הגנת הפרטיות* 41 (2003).

הפילי. ¹⁹ בראי המשפט החוקתי, צילום ללא הסכמה פוגע באוטונומיה של המצולם, ועשוי לעלות כדי פגיעה בזכותו לכבוד לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ²⁰ אולם, צילום המתמקד ב**מיניותו** של אדם ללא הסכמתו, אינו מסתכם בפגיעה בפרטיות גרידא. הפגיעה בכבודו של המצולם בצורה מוגברת וייחודית, היא גם בעלת מאפיינים של פגיעה מינית. ודוק, עבירת הצילום המעוגנת בחוק הגנת הפרטיות מגלמת הגנה על ממד הפרטיות בלבד, אך אינה מעניקה מענה דקלרטיבי ודיוני ראוי לממד הפגיעה **המינית** במעשה הצילום.

פרק זה יבקש לשרטט את קווי אופי הפגיעה הנגרמת בצילומו של אדם ללא הסכמתו צילום המתמקד במיניותו, ובתוך כך להבהיר מדוע מדובר בפגיעה בעלת מאפיינים של פגיעה מינית אשר מצדיקים את כינונה של עבירת הצילום כעבירת מין פרטיקולרית. מלבד המשמעות ה**נורמטיבית** של הכרה במעשה זה כפגיעה מינית והמשמעות ה**דקלרטיבית-חברתית** הנלווית לה, בפרק זה תובהר גם נפקות ה**מעשית** של הגדרת העבירה כעבירת מין, בהתאמת המענים הדיוניים למערך הכוחות בין נפגעי עבירות המין לבין הפוגעים, קרי מבצעי העבירה. כפי שיפורט להלן, הן הנפקות הדקלרטיבית והן הנפקות המעשית של חקיקת עבירת הצילום כעבירת מין, מצביעות על צורך בשינוי המצב המשפטי הקיים, שבו עבירת הצילום מעוגנת כעבירה פרטיקולרית תחת חוק הגנת הפרטיות בלבד.

(1) ערכים מוגנים בעבירת הצילום המוצעת

חוק הגנת הפרטיות מגן על הזכות לפרטיות במובנה המקובלים, זכותו של הפרט "להיעזב במנוחה" (the right to be let alone) ²¹ ולנהל את חייו "בלא הפרעה מבחוץ"; ²² או כ"יכולתו של אדם לשלוט בעצמו [...] להפקיד בידיו שליטה אפקטיבית במידע על אודותיו". אף שצילום המתמקד במיניות המצולם אכן פוגע בשליטתו של המצולם במידע על אודותיו, קשה לומר שבכך מסתכמת הפגיעה בו. למשל, יצירת סרטון המתעד אישה במהלך קיום יחסי מין אינה פוגעת בזכותה להיעזב במנוחה בלבד, כמעין "הפרעה מבחוץ", אלא מדובר ביצירה מחפצה המתעדת את דמותה בצורתה האינטימית ביותר, משתמשת במיניותה וצורבת אותה ליצירה

JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS 176-7 (1984)

כך למשל קבע השופט רובינשטיין בעניין **פלוגי**, שיוצג בהמשך, אשר צילם תמונות אינטימיות של נשים ללא ידיעתן: "ברי כי בראש הערכים המוגנים בנידון דידן הפגיעה בזכות, לא רק בשל העבירה הפלילית אלא גם לאורה של זכות היסוד החוקתית של איסור הפגיעה 'בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם'". פס"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין ע"פ 9603/09 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (נבו 27.9.2011) (להלן: עניין **פלוגי**).

מיכאל בירנהק **מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 59 (2010) (להלן: בירנהק).

בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456 (1994).

דיגיטלית העלולה להפוך לנצחית, כזו שבכל עת עלול להיעשות בה שימוש ללא הסכמתה.²³

לא בכדי עבירת הצילום המתמקד במיניותו של אדם הופללה זה מכבר בפסיקה כעבירת מין באמצעות עבירת הסל "מעשה מגונה", המעוגנת בסעיף 348 לחוק העונשין. המסורת הפסיקית בעניין זה ביקשה לשזור חוט מקשר בין הפגיעה בפרטיות לבין הפגיעה המינית, על ידי הרחבת היסוד העובדתי של עבירת המעשה המגונה.²⁴ כך למשל, בעניין פלוני, נידון ערעורו של אדם שצילם את איבריהן המוצנעים של נשים וקטינות בשירותים ציבוריים לצורך סיפוקו המיני. במסגרת ערעורו טען פלוני כי סיווג העבירה כמעשה מגונה הינו שגוי, וכי יש להסתפק בהפללת המקרה כעבירת פרטיות בלבד. השופט רובינשטיין דחה את הטענה, והבהיר: "לא השתכנעתי כי אפשר לצאת במקרה זה משדה עבירות המין אל שדה הגנת הפרטיות גרידא".²⁵

למעשה, בפעולת הצילום המתמקד במיניותו של אדם נפגע ממד ייחודי בזכות הפרטיות, אשר בשל חשיבותו הרבה יש להתייחס אליו באופן מובחן מהזכות לפרטיות רבתי – הזכות לפרטיות מינית (sexual privacy).²⁶ המושג פרטיות מינית, אשר פותח בהרחבה על ידי דניאל סיטרון (Citron), מתייחס לנורמות החברתיות המעצבות

²³ בהקשר זה חשוב לציין כי בית המשפט העליון קבע כי הפגיעה מתקיימת גם במקרים של חוסר מודעות מצד המצולם. ראו ע"פ 1269/15 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 23.12.2015, בפס' 10 לפסק דינו של השופט זילברטל: "בית משפט זה דחה לא פעם טענה זו בקבעו כי חוסר המודעות של הקורבן לכך שצולם ושימוש שנעשה בתמונותיו אינו מקהה את אופיים המגונה של המעשים" (ההדגשה אינה במקור).

²⁴ גישה זו משתקפת מפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה בעניין ע"פ 6269/99 אברהם כהן נ' מדינת ישראל, נה(2) 496 (2001), בעמ' 507, שם תיארה את הרציונל העומד מאחורי עבירת המעשה המגונה באופן הבא: "מקור האיסור הפלילי לבצע מעשה מגונה בצורך להגן על שלמות גופו, צנעת פרטיותו וכבודו של האדם [...] זכותו של אדם להגנה על גופו ולמניעת פגיעה בצנעת פרטיותו מוכרת במארג היחסים בין אדם לאדם ובין אדם לשלטון. היא חוצה את תחומי המרקם האנושי בהקשרים רבים ושונים [...] ערך ההגנה על זכותו של אדם לצנעת גופו עומד גם ברקע האיסור הפלילי על ביצוע מעשה מגונה והוא נושא ממד רב-משקל נוכח הפגיעה הכרוכה בו בזכות יסוד של הנפגע להגנה על גופו ועל כבודו".

עניין פלוני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 23.

²⁵ Danielle K. Citron, *Sexual Privacy*, 128 YALE L.J. 1870 (2019) (להלן: *Sexual Privacy*);
²⁶ Danielle Keats Citron, *A New Compact for Sexual Privacy*, 62 WM. & MARY L. REV. 1763 (2021); עוד על פרטיות מינית ראו באתר המרכז האיסלנדי לזכויות אדם: *Sexual Privacy*, ICELANDIC HUMAN RIGHTS CENTRE (last visited: Nov. 30, 2022), <https://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/comparative-analysis-of-selected-case-law-achpr-iachr-echr-hrc/the-right-to-respect-for-private-and-family-life/sexual-privacy>.

את הגבולות הנדרשים לצורך הבטחת אינטימיות הפרט.²⁷ גבולות אלה כוללים, בין היתר, את מידת גישתם של אחרים למידע על גופו העירום של הפרט (בעיקר חלקי הגוף הקשורים למין ומגדר), על המחשבות, הפנטזיות והרצונות המיניים שלו, על האופן שבו הוא מגדיר את עצמו מבחינה מגדרית ומינית ועל האופן שבו הוא עוסק בפעילויות אינטימיות, לרבות קיום יחסי מין. פרטיות מינית פירושה שקיים חיסיון משתמע על המידע הזה בין פרטנרים למין, או כל מי שהפרט בוחר לחלוק עימו מידע הנוגע לגבי נטייתו המינית, המגדר שלו, הפנטזיות או החוויות המיניות שלו.²⁸ חיסיון זה הוא ציפייה מוגנת העומדת בלב ההחלטה של אדם האם לחלוק את מראה גופו העירום עם אחרים. הפרטיות המינית חיונית להבטחת האוטונומיה המינית של האדם,²⁹ המאפשרת לו לנהל את חייו האינטימיים מבלי שיוחפץ לכדי אובייקט מיני או יצומצם לכדי מיניותו בלבד, וכן היא תנאי חיוני להיווצרות אינטימיות אנושית, שהיא כשלעצמה תנאי הכרחי ליצירת קשרים אנושיים, מיניים וא-מיניים כאחד.³⁰

ככלל, בפעולת הצילום ללא הסכמה, המצלם למעשה נוטל שליטה מהמצולם על צלם גופו ביצירת תוצר חזותי, המעתיק את דמותו של המצולם ומתקיים באופן מובחן ממנו. בצילום המתמקד במיניותו של אדם ללא הסכמתו, נוטל המצלם שליטה על גופו ומיניותו של המצולם, מפשיט אותו מזהותו ומהעצמיות שלו ומצמצם אותו לכדי מיניותו בלבד. בכך פוגע המצלם באותה ציפייה מקודשת לפרטיות מינית מצד המצולם, מפר את החיסיון החברתי בנוגע למידע המיני על אודות המצולם, ופוגע באמון החברתי שאותו חיסיון מבטיח.

מבחינה חוקתית, ניתן לטעון כי צילום המחפיץ את המצולם פוגע בזכותו החוקתית לכבוד, באוטונומיה שלו, ובערך העצמי שלו. אורית קמיר מכנה את ההיבט הייחודי בכבודו של האדם שנפגע כתוצאה מניצולו המיני: "הכבוד הסגולי" (human dignity של האדם, כפגיעה בליבת הערך המוגן של קיומו כאדם עצמאי בעל זכויות וערך.³¹ כלומר, בהשאלה מקמיר, צילום מיני של אדם ללא הסכמתו פוגע באלמנט של

27 Roni Rosenberg & Hadar Dancig, *Sexual Privacy*, שם, בעמ' 1888-1890. ראו גם - Rosenberg, *Reconceptualizing Revenge Porn*, 63 ARIZONA L. REV. 199 (2021) (להלן: *Reconceptualizing Revenge Porn*).

28 *Sexual Privacy*, שם, בעמ' 1879-1881.

29 להרחבה על הקשר בין פרטיות מינית לבין אוטונומיה מינית ראו *Reconceptualizing Revenge Porn*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 221-224.

30 Robert S. Gerstein, *Sexual Privacy*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1890-1888. ראו גם Robert S. Gerstein, *Why Privacy ; Intimacy and Privacy*, 89 ETHICS 76 (1978) James Rachels, *Is Important*, 4 PHIL. & PUB. AFF. 323, 326 (1975).

31 להרחבה על מושג הכבוד הסגולי בכתיבתה של קמיר ראו אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאווהו לכאן: עברת האיננס בין הדרת כבוד (honor) שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity) והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם" *משפט וממשל* (2) 669 (2005) (להלן: קמיר "עברת האיננס"); אורית קמיר "על פרשת דרכי כבוד – ישראל בין מגמות של הדרת-כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), הילת-כבוד (glory) וכבוד-מחיה (respect)"

"כבוד סגולי" המבטא את צלם האנוש של המצולם ואת זכותו לחיות חיים אנושיים בעלי ערך, כבעל זכויות על גופו וחירות על מיניותו. ואכן נפגעות עבירת הצילום בפועל, מתארות בהתאם לאמור לעיל תחושות קשות של חוסר אונים, אובדן תחושת הערך העצמי וחרדה. כך למשל, עולה מתצהיר הנפגעת שהוגש בעניין **שיליאן**.³² באותו עניין, ניסה הנאשם לסחוט חיילת ששירתה עימו על מנת שתשלח לו סרטונים מיניים, בתמורה לכך שלא יפיץ סרטון שצילם המתעד אותה מתקלחת. החיילת לא נכנעה לאיומיו והתלוננה למשטרה הצבאית, וזו עצרה את הנאשם טרם הפצת הסרטון. הגם שהסרטון לא הופץ בסופו של דבר, בתצהיר נפגעת העבירה מתוארים נזקים נפשיים כבדים שנגרמו לה **מעצם הצילום**: "טרם לכן, הייתה יציבה ובעלת בטחון עצמי וכעת חווה עומס רגשי אדיר, רווי חרדות. שגרת היומיום הפכה חשדנית ועמוסת פחדים; רעשי רקע שגרתיים לכאורה, הפכו מטרידים ומאיימים; כל מצלמה המכוונת לעברה מערערת אותה; הלילות מסויטים והפחד משתק עד שהיא נאלצת להזעיק את הוריה על מנת שירגיעו אותה [...]" הנה כי כן, אף מעדות נפגעת עבירת הצילום ניתן ללמוד כי הלכה למעשה, פעולת הצילום המתמקדת במיניותו של אדם פוגעת בו פגיעה חמורה, והיא בעלת מאפיינים של פגיעה מינית.

(2) המניעים לצילום מיני ללא הסכמה

לצילום המיני ללא הסכמה עשויים להיות מניעים שונים או מעורבים – יצירת תוכן מיני לסיפוק עצמי, אמצעי בידור, רווח כספי במכירת התצלום, סחיטת המצולם, או מוטיבציות נקם שונות לפגיעה אישית במצולם. כמו כן, לעיתים פעולת הצילום נלווית למעשים מיניים פליליים, כגון אונס, בייחוד במקרים של אונס קבוצתי.³³ מזווית

תרבות דמוקרטית 169 9 (2005); אורית קמיר "החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית – איפה אנחנו במלאה לו עשור?" **משפט ועסקים** ט 9 (2008); אורית קמיר זה **מטריד אותי: לחיות עם החוק למניעת הטרדה מינית** 179, 182-184 (2009); אורית קמיר "זכויות כבוד סגולי וזכויות כבוד מחיה: הצעה להמשגה של זכויות אדם ועיגון בחוק היסוד" **עלי משפט** יג 37 (2016); אורית קמיר "כיוש: פגיעה בכבוד, סוגים וטיפוסים, שיקולי מדיניות ודיון בהטרדה מינית" **משפט ועסקים** כג 21 (2020).

ח"י (בית דין צבאי מחוזי צפון) 19/21 **התובע הצבאי נ' שיליאן** (נבו) (13.9.2021), פס' 415 לפסק הדין.

עפרה שניידר "דינאמיקה של אונס קבוצתי: הסברים תיאורטיים" **עיתון יסודות** 11 (2010) (להלן: "דינאמיקה של אונס קבוצתי"), <https://yesodot3.co.il/2011/08/11/group-rape-dynamic-theoretical-explanations>. שם נכתב כי "מציצנות היא לעיתים חלק מהאונס: גברים שאינם מעורבים ישירות במעשה צופים בו דרך חור הצצה, **מצלמים**, או מעודדים מן החלון" (ההדגשה אינה במקור) לדוגמאות מהעת האחרונה ראו למשל, אילנה קוריאל "ארבעה אנסו, השאר צחקו ותיעדו הכול: לא היה צדיק אחד בסדרם" **Ynet** (02.9.2020), <https://www.ynet.co.il/news/article/SkjNZCnmD>; רויטל חובל ומאשה אברבוך "ילדה בת 13 צורחת לא ולא ושוב לא – והפוגעים לא ישלמו את מלוא חומרת

32

33

קרימינולוגית, נמצא כי מטרה אפשרית לתיעוד מעשים פלייליים מצד מבצע העבירה, היא להעמיק את ההשפלה שחוהה הקורבן. הנצחת דמותו של הקורבן בתצלום או בסרטון מהווה הפגנת כוח אולטימטיבית מצד הפוגע-המצלם, ומרחיבה את אפקט הפגיעה המינית או הפיזית של מעשיו מעבר לממד הטמפורלי, ל"an infinite reiteration of the abuse"³⁴.

במקרים שבהם המניע לביצוע המעשה הוא **לשם סיפוקו המיני של המצלם**, הצילום הוא אמצעי להפיכת גופו ומיניותו של המצלום לזמינים לשימוש מיני עבור המצלם, **ועצם ההחזקה בתצלום או בסרטון מאפשרת לו גישה בלתי מוגבלת למראה גופו של המצלום לשם סיפוקו המיני ובהיעדר כל הסכמה מצד המצלום**. כך, לפגיעה המינית הראשונית הנגרמת למצלום מצד הצילום, אובדן השליטה על גופו והשטחת זהותו לכדי מיניותו כמפורט לעיל, מתוספת פגיעה מינית שניונית – האפשרות כי ייעשה שימוש מיני בתצלום גופו של המצלום ללא הסכמתו. ניצול מיני זה, הגם שאינו פיזי, מתחדש כל זמן שהתצלום קיים, זמין לשימוש וסיפוקו העצמי של המצלם, ובכך הופכת הפגיעה המינית במצלום למתמשכת.

פגיעה זו מתרחשת גם במקרים שבהם החשיפה המטרימה של המצלם למראה גופו העירום של המצלום הייתה בהסכמה, למשל במסגרת קיום יחסי מין מוסכמים. במקרים אלה – שאותם אתאר בהמשך כמאופיינים במרחב הסכמה רחב, ואדון בהם בהרחבה בפרקים הבאים – אין בכוחה של ההסכמה המטרימה מצד המצלום לחשוף את גופו בפני המצלם כדי להכשיר את מעשה הצילום המיני ללא הסכמה, והמצלום חווה פגיעה מינית בעצם הצילום הבלתי מוסכם. גם כאן, מלבד הפגיעה הראשונית, בעצם מעשה הצילום, מייצר הצילום קיום מובחן ו"נצחי" של תמונת הגוף העירום, ומאפשר למצלם לראותו בכל עת שיחפוץ, לכל צורך, גם ללא הסכמת המצלום באופן החורג מהסכמתו הראשונית לחשיפת גופו הערום לצורך קיום יחסי מין קונקרטיים.

עם זאת, הפגיעה המינית הראשונית במצלום מתרחשת גם כאשר המוטיבציה לצילום אינה בהכרח לשם סיפוקו המיני של המצלם. כך למשל גם מעשים אחרים של התעללות מינית או תקיפה מינית עשויים להתרחש בכוונה לפגוע בקורבן או להשפיל

הדין "המקום הכי חם בגיהנום" (14.9.2022), <https://www.ha-makom.co.il/post-/masha-bat-13>.

ראו למשל Sveinung Sandberg & Thomas Ugelvik, *Why do Offenders Tape Their Crimes? Crime and Punishment in the Age of the Selfie*, 57 BRIT. J. ANASTASIA POWELL, ; (Sandberg & Ugelvik : להלן: CRIMINOLOGY 1023 (2016) *Configuring Consent: Emerging Technologies, Unauthorized Sexual Images and Sexual Assault*, 43 AUST. & N.Z. J. CRIMINOLOGY 76 (2010)

אותו,³⁵ או מתוך צורך ברצייה חברתית,³⁶ ואולם אין במוטיבציה למעשה הניצול המיני כדי להפחית מהפגיעה המינית שעובר הקורבן. לפיכך, ובדומה לעיצוב עבירת חוק הסרטונים שאינה טעונה הוכחה כי הפרסום נעשה במטרה לגירוי מיני, לצורך גיבוש יסודות העבירה, מאמר זה מבקש להתייחס לעבירת הצילום המיני כעבירה שאינה טעונה הוכחת מטרה.³⁷ בהקשר זה יצוין, כי על רקע הגידול במספרן של קבוצות הטלגרם להפצת תוכן מיני ללא הסכמת המצולמות,³⁸ מאמר זה מבקש להצביע על מניע נוסף שעשוי להוביל למעשה הצילום נעדר ההסכמה – כוונה לפרסמו, כפי שיפורט בתת-פרק 2 להלן.

(3) היבטים מגדריים ייחודיים בצילום מיני ללא הסכמה

כאשר עסקינן בנשים מצולמות,³⁹ מעניין לציין את הרובד המגדרי שנוסף לבחינת הפגיעה בכבוד האדם – צילום נעדר ההסכמה הנעשה על רקע פערי כוחות חברתיים

³⁵ ראו למשל בעניין ע"פ 3004/98 מדינת ישראל נ' פלוני, נה (3) 577 (1998). בהקשר זה, ראו גישה ביקורתית לפסק הדין: יופי תירוש "סיפור של אונס לא יותר" – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי "משפטים" לא (3) 579 (2001).

³⁶ ראו למשל Jeffrey B. Kingree, & Martie P. Thompson, *Fraternity Membership and Sexual Aggression: An Examination of Mediators of the* Courtney A. Franklin, ; *Association*, 61 J. AM. COLL. HEALTH 213 (2013); Leana A. Bouffard & Travis C. Pratt, *Sexual Assault on the College Campus Fraternity Affiliation, Male Peer Support, and Low Self-Control*, 39 CRIM. JUST. & BEHAV. 1457 (2012); "דינאמיקה של אונס קבוצתי", לעיל ה"ש 33. עוד ראו לדוגמה ע/33/19 (ערעורים צה"ל) 26/19 התובע הצבאי הראשי נ' נהרי (נבו) 27.8.2019, שם תוארו מניעיו של חייל שצילם חיילות מתקלחות בבסיס שבו שירת כי "נעשו לשם סיפוק צרכיו המיניים ולצורך ביסוס מעמדו החברתי", בפסקה 12 לפסק הדין.

³⁷ נקודה זו תתבהר בהרחבה בהמשך, במסגרת הדיון בשאלה מדוע אין להסתפק בפתרון של סיווג מעשה הצילום המיני כעבירת מעשה מגונה, עבירת מין שדורשת הוכחת רכיב מטרה, כלומר שהצילום נעשה במטרה לסיפוק או ביזוי מיני.

³⁸ מאשה אברבוך "הטרור המיני בטלגרם איבד מעצורים: סחר בתמונות אינטימיות ופריצה לחשבונות פייס" המקום הכי חם בגיהנום (11.10.2019), <https://www.ha-makom.co.il/post-masha-telegram>; מאשה אברבוך "בעקבות פניית המקום הכי חם: המשטרה עצרה מנהל קבוצות טלגרם שסחר בתמונות וסרטונים מיניים של נשים" המקום הכי חם בגיהנום (11.10.2021), <https://www.ha-makom.co.il/post-mash-new-stuff>.

³⁹ בהיעדר מידע על עבירת הצילום, ניתן ללמוד על נטייה מוגברת לעבירות צילום והפצת תמונות של נשים על ידי גברים ממחקר שערך מרכז המחקר והמידע של הכנסת על אכיפת חוק הסרטונים. מבחינה של תיקים שנפתחו בין השנים 2014-2017 בגין עבירה על חוק הסרטונים, שבהם זהות הקורבנות ידועה, עולה כי ב-83% מהתיקים הנפגעות היו נשים, נערות או ילדות.

מובנים בין גברים לנשים.⁴⁰ ביטוי לפערי כוחות אלה ניתן למצוא, בין היתר, בתעשיית הפורנוגרפיה, המתאפיינת בייצוג מחפין וסקסיסטי של נשים.⁴¹ אחת ההשלכות המוכרות של עליית הזמינות של סרטי הפורנוגרפיה בעידן האינטרנט, הוא פלישת יחסי הכוח המגדריים המשתקפים בסרטים אלה, לתוך המציאות היומיומית של הצופים.⁴² ההיפר-סקסואליזציה של נשים בסרטי פורנו חודרת למרחב המציאותי ומעוותת את התפיסה המגדרית של הצופים כלפי נשים בחברה, תוך הגברת החפצתן המינית.⁴³ על רקע זה התרחבה עם השנים תופעת ה"פורנו נעדר ההסכמה" (nonconsensual pornography), שבמסגרתה מופצים תכנים מיניים של נשים ללא הסכמתן.⁴⁴ תופעה זו הביאה לתרבות צריכת הפורנו שני אלמנטים חדשים: ראשית, הנשים המופיעות בתכנים אלה אינן "שחקניות" בתשלום, אלא נשים שחי המין הפרטיים שלהן תועדו;

בדומה לכך, בחינת התיקים שבהם זהות החשוד ידועה עולה כי 92% מהחשודים הם גברים, נערים או ילדים. ראו יכימוביץ-כהן, לעיל ה"ש 10; ראו מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 4, בפס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

40 הדר דנציג-רוזנברג ורוני רוזנברג "פורנוגרפיית נקם כהטרדה מינית" חוקים ט 265, 268-272 (להלן: דנציג-רוזנברג ורוזנברג). הדיון אומנם עוסק בהשלכות החברתיות של הפצת החומרים הפורנוגרפיים ללא הסכמה, אך גם בעצם יצירת חומרים כגון אלה ללא הסכמת המצולמת עלולות להיות השלכות דומות, וכן הם נעשים ממוטיבציה חברתית דומה.

41 אורית קמיר "על פורנוגרפיה ("הזניה מתועדת") וכבוד האדם: פסקהדין שלא נכתב (בעניין הארגונים החברתיים וחברי הכנסת נגד שידורי ערוץ פלייבוי ואח")" משפט, חברה ותרבות 247 (2006). ראו גם PATTI M. VALKENBURG & JESSICA T. PIOTROWSKI, PLUGGED IN: HOW MEDIA ATTRACT AND AFFECT YOUTH 165-167 (2017) (להלן: VALKENBURG & PIOTROWSKI). ראו גם ניתוח השוואתי בין פורנוגרפיה מקצוענית לבין פורנוגרפיה חובבנית: Marleen J. E. Klaassen & Jochen Peter, *Gender (In) Equality in Internet Pornography: A Content Analysis of Popular Pornographic Internet Videos*, 52 J. SEX RSCH. 721 (2015). שם נטען כי גם בפורנוגרפיה חובבנית נשים מוצגות ככלי לסיפוק מיני גברי. בתוך כך, נמצא כי סרטי פורנו כוללים יותר תקריבים של איברי גוף נשיים לעומת איברי גוף זכריים, וכן כי גברים יוזמים את יחסי המין לעיתים תכופות יותר לעומת נשים. על בסיס ממצאים אלה, בין היתר, נטען כי פורנוגרפיה חובבנית נוטה להיות סטראוטיפית ורגרסיבית יותר מאשר פורנוגרפיה מקצועית.

42 VALKENBURG & PIOTROWSKI, שם, בעמ' 175-158. ראו גם GAIL DINES, PORNLAND: HOW PORN HAS HIJACKED OUR SEXUALITY (2010); J. K. Ehrhart & B. R. Sandler, *Party Rape*, 9 RESPONSE VICTIM. WOMEN & CHILD. 2 (1986).

43 VALKENBURG & PIOTROWSKI, שם, בעמ' 172-167; Susan M. Shaw, *Men's Leisure and Woman's Lives: The Impact of Pornography On Women*, 18 LEISURE STUD. 197 (1999).

44 להרחבה ראו *Sexual Privacy*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1917-1921; דנציג-רוזנברג ורוזנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 273-280.

ושנית, התכנים הופצו (וייתכן שאף צולמו) ללא הסכמתן. תחושת "שבירת הקיר הרביעי" שמספקת תופעת פורנו הנקם,⁴⁵ מעורדת את צרכניה לקחת חלק פעיל ביצירת תכנים מעין אלה, יותר מבעבר.⁴⁶ על כן, על רקע יחסי הכוחות המגדריים המשתקפים מתרבות הפורנו בכלל, ומתרבות פורנו הנקם בפרט, תופעת הצילום המיני של נשים שלא בהסכמתן מקבלת משמעות נוספת. הצילום עלול להתבצע מתוך כוונה לקחת חלק באותה תרבות פורנו נעדר הסכמה המשגשגת כיום במרחבים דיגיטליים מתחת לרדאר, כגון בקבוצות טלגרם.⁴⁷ כאמור, צילום שמתמקד במיניותה של המצולמת ללא הסכמתה, משטיח את זהותה של האישה למופעה המיני בלבד, שולל ממנה את זכותה להגדיר את עצמה ומכפיף אותה להגדרה סקסיסטית המבכרת את מיניותה על פני אנושיותה. במעשה הצילום הכפוי, ממצב המצלם את המצולמת במקום נחות ונשלט, זמינה לשימוש מיני, לרוב מצד גברים.⁴⁸

כך למשל בקבוצות טלגרם ישראליות מתבקשים המשתתפים לצרף את מספר הטלפון של המצולמת וקישור לחשבונות שיש ברשותה החברתיות השונות, או לאתר את מספרי הטלפון של מצולמות בלתי מזוהות. מאשה אברבוך "תביא תמונה וסרטון של בחורה – כנס ל'חרמנים אורגניל' בטלגרם" המקום הכי חם בגיהנום (26.7.2019), <https://www.ha-makom.co.il/post-masha-telegram-sexnet>; מאשה אברבוך "הטרור המיני בטלגרם איבד מעצורים: סחר בתמונות אינטימיות ופריצה לחשבונות פרטיים" המקום הכי חם בגיהנום (11.10.2019), <https://www.ha-makom.co.il/post-masha-telegram>. עוד ראו את הנאמר בפסק הדין כנגד עידן מיכאילוב, שיצר את קבוצת הטלגרם "תוצרת כחול לבן" שם הופצו תמונות וסרטונים מיניים של נשים וקטניות ללא הסכמתן, בפסקה 15 לפסק הדין: "כעולה מעובדות כתב האישום המתוקן, הנאשם לא הסתפק בהפצת התכנים המיניים ובהפקת הרווח הכלכלי תוך רמיסת כבודן ופרטיותן של נפגעות העבירה, אלא הוא הגדיל לעשות וכדי להוכיח את אמינות ה'מוצר' שאותו הוא משווק, צירף לתכנים המיניים שהפיץ גם פרטי זיהוי של נפגעות העבירה. פרטי זיהוי אלה, לרבות שמות מלאים, כתובות התקשורת ומספרי טלפון, הפכו את הפגיעה בנפגעות העבירה למוחשית הרבה יותר, לא רק דמותן הפיזית הוצגה סחורה לכל דורש, אלא גם האפשרות לקשר את הדימוי הוויזואלי לזהות האוטנטית של הנפגעות ואף איפשר ל'צרכנים' שהיו מעוניינים בכך, לעשות מעשים נוספים ביצירת הקשר עם אותן נפגעות עבירה. בכך פגע הנאשם בפרטיותן של נפגעות העבירה פגיעה חמורה ונוספת מעבר לעצם הפצת התכנים המיניים", ת"פ (שלום ב"ש) 53431-10-21 מחלקת הסייבר נ' מיכאילוב (נבו 7.9.2022).

⁴⁵ Sandberg & Ugelvik, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1025-1029.

⁴⁶ כפי שיפורט בתת-פרק 2 להלן, קבוצות טלגרם רבות מתנות את ההצטרפות אליהן בשליחת תמונות עירום מקוריות חדשות.

⁴⁷ בהקשר זה מעניין להשוות לעמדת הגישה הפמיניסטית לקולנוע, שהוצגה לראשונה על ידי Laura Mulvey בשנות השבעים. לטענתה, נשים מוצגות בקולנוע כמושאי מבט של הצופה הגברי. זו לשונה: "In a world ordered by sexual imbalance, pleasure in looking has been split between active/male and passive/female. The determining male gaze projects its phantasy on to the female figure which

לסיכום חלק זה, נוכח כל האמור לעיל, נראה כי מאפייניה של פעולת הצילום של אדם במצב מיני ללא הסכמתו משרטטים עבירה שתוצאתה היא פגיעה מינית של ממש. בנקודה זו חשוב לציין כי השתנתה זה מכבר תפיסתו של המשפט שלפיה עבירת מין חייבת לכלול אלמנט של מגע פיזי, וכיום רווחת התפיסה, המשתקפת בין היתר בחקיקת חוק הסרטונים, כי עבירות מין בעידן הדיגיטלי עשויות להתבצע במגוון רחב של מדיומים ואינן כוללות בהכרח מגע פיזי בין הקורבן למבצע.⁴⁹

(4) משמעויות מעשיות בסיווג העבירה כעבירת מין

לצד החשיבות הנורמטיבית של הגדרת מעשה הצילום המיני ללא הסכמה כעבירת מין, קיימת גם חשיבות מעשית משמעותית. להגדרתה של עבירה כעבירת מין נלוות משמעויות דיוניות בדמות סל זכויות ייחודיות המוענקות לנפגעי עבירת מין בלבד. הגדרת עבירת הצילום כעבירת מין יזכה את נפגעות העבירה בסל הזכויות וההגנות הייעודי שמעניק החוק לנפגעת עבירת מין: (א) **בשלב החקירה** – הגבלה על חקירה מצד גופי חקירה בדבר עבר מיני,⁵⁰ זכות לנוכחות מלווה בחקירה,⁵¹ זכות לבחור את מין החוקר,⁵² זכות לסרב לעימות עם הפוגע; זכות להביע עמדה לעניין עיכוב הליכים,⁵³

is styled accordingly. In their traditional exhibitionist role women are simultaneously looked at and displayed, with their appearance coded for strong visual and erotic impact so that they can be said to connote to-be-Laura Mulvey, *Visual Pleasure and Narrative* looked-at-ness" *Cinema, in FEMINIST FILM THEORY: A READER* 58 (Sue. Thornham et al. eds., 1999). "מודל של ניתוח פמיניסטי רב ממדי: הצגתו, פיתוחו והחלתו על משפט ועל קולנוע" **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** 941, 967-977 (2007); דנציג-רוזנברג ורוזנברג, לעיל ה"ש 40.

ראו למשל את דבריו של השופט רובינשטיין בעניין **פלוני**, לעיל ה"ש 20: "אכן, היעדר המגע הפיסי עם הקורבנות בחלק מן המקרים אומר דרשני כשבפלילים עסקינן, אך שוב, בעולם הטכנולוגי בו אנו חיים, נתרחבו האפשרויות למעשים מגונים העונים להגדרת החוק על-פי עצם טיבם, ואין לפטור את עושיהם מן הדין מקום שברי כי המדובר במשאלת סיפוק מיני, אך בשל היעדר המגע הפיסי". להרחבה ראו חיים ויסמונסקי "התמודדות עם עבירות מין באינטרנט" **משפט מפתח: כתב העת של פרקליטות המדינה** 32 (2014) (להלן: ויסמונסקי); עוד ראו את הדיון אצל דנציג-רוזנברג ורוזנברג, שם, בעמ' 281-283.

ס' 13 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 183 (החוק להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה).

ס' 14, שם.

ס' 14א, שם.

ס' 16, שם.

הסדרי טיעון⁵⁴ וסגירת התיק,⁵⁵ זכות למסור הצהרת נפגע עבירה⁵⁶ ואיסור פלילי על פרסום פרטים מזהים של מתלונן;⁵⁷ (ב) **בשלב המשפט** – הגבלה על מסירת פרטים אישיים של נפגע עבירה,⁵⁸ עילה עצמאית למשפט בדלתיים סגורות⁵⁹ וכפועל יוצא מכך אף לאיסור פרסום;⁶⁰ (ג) **ובשלב פוסט-ההרשעה** – זכות להביע עמדה לפני היחידה לשחרור ממאסרים קצרים או לפני ועדת שחרורים⁶¹ ולעניין חנינה,⁶² ואפשרות לפסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק בהליכים אזרחיים.⁶³ לבסוף, הגדרת העבירה כעבירת מין תסייע להתאים הן לנפגעת והן לפוגע את הטיפול המתאים עבורם, בתהליכי השיקום של כל צד. כל זאת לצד ההוראה הכללית המופיעה בסעיף 3 לחוק זכויות נפגעי עבירה, הקובעת כי "מתן הזכויות לנפגע עבירה ייעשה תוך התחשבות בו ובצרכיו, שמירה על כבודו והגנה על פרטיותו ובתוך זמן סביר".⁶⁴

54 '17, ש.ם.

55 .ש.ם.

56 '18, ש.ם.

57 ס' 5(ה) לחוק למניעת הטרדה מינית, לעיל ה"ש 5, אשר מפנה לס' 352 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 11.

58 ס' 7(ב) לחוק זכויות נפגעי עבירה, לעיל ה"ש 50. בס' 7(א) לחוק נקבע כי הפרטים האישיים שעליהם מוטלת מגבלה זו הם כתובת מגורים, כתובת מקום העבודה ומספרי הטלפון.

59 ס' 68(ב)(5) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט).

60 ש.ם, בס' 70(א). יצוין כי לפי ס' 70(ד) לחוק בתי המשפט גם במקרה של עבירה לפי חוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 3, רשאי בית המשפט לאסור כל פרסום בקשר לדיוני בית המשפט, אך הוראת איסור הפרסום מחייבת "פגיעה חמורה בפרטיות" ואינה מקימה עילה קונקרטית.
ס' 19 לחוק זכויות נפגעי עבירה, לעיל ה"ש 50.

61 ש.ם, בס' 20.

62 ס' 6 לחוק למניעת הטרדה מינית, לעיל ה"ש 5.

63 ס' 3 לחוק זכויות נפגעי עבירה, לעיל ה"ש 50. להרחבה על ההכרה באינדיבידואליות הנפגע בעבירות מין ועל משמעויותיה ראו הדר דנציג-רוזנברג ונועה יוסף "נפגעות עברה בראי תאוריית הצמתים" **המשפט** כג 9 (2017), בה"ש 164. להכרה דומה בפסיקה ראו ע"פ 6834/12 **קבלאן נ' מדינת ישראל** (נבו 20.8.2015), פס' 45 לפסק דינו של השופט שהם, שם נקבע כך: "כידוע הוא, כי התנהגותם של קורבנות עבירות מין אינה נבחנת במדדים של סבירות, ואין בנמצא דפוס של 'התנהגות סבירה' המאפיינת נפגע עבירת מין. נקבע, לא אחת, כי לא ניתן לצפות את תגובתם של קורבנות תקיפה מינית, ויש להיזהר וזירות יתירה בבחינת התנהגותם בתגובה למעשים, כחוכמה שלאחר מעשה [...]". אף הספרות והמחקר האקדמי בתחום זה, מלמדים על כך שלא ניתן ליצור דפוס של 'התנהגות סבירה' מצד נפגע עבירת מין, ולא ניתן לקבוע, התנהגות שאיננה 'סבירה', מהי". ראו גם ע"פ 7082/09 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (נבו 10.3.2011), פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל; ע"פ 5205/06 **מדינת ישראל נ' פלוגי** (נבו 31.7.2006); ע"פ 4930/07 **טולדו נ' מדינת ישראל** (נבו 10.12.2009); ע"פ 1258/03 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (נבו 1.3.2004); דפנה ברק ארזי "האישה הסבירה" **פלילים** ו 115 (1997).

עוד יודגש כי להצעה לאינקורפורציה של עבירת הצילום בחוק למניעת הטרדה מינית, מלבד משמעותה הפלילית, ישנה משמעות אזרחית: סעיף 6 לחוק קובע כי הטרדה מינית היא גם עוולה אזרחית אשר עשויה לזכות את הנפגעות בסכום של עד 120,000 ש"ח ללא הוכחת נזק.⁶⁵

מדובר בסל זכויות בעל משקל קריטי לנפגעות, אשר מסייע, בין היתר, להתאמת כללי ההתדיינות לרגישויות הייחודיות של עבירות מין. לכן הענקתן של זכויות אלה לנפגעות, או מניעתן ממנה, עלולה להשפיע באופן ניכר על מהלך המשפט כולו ואף על הנכונות של הנפגעת לדווח על הפגיעה מלכתחילה.⁶⁶ במציאות המשפטית של ימינו, פוסט עידן ה-me too, אחת הביקורות המרכזיות כלפי בית המשפט היא אי-התאמתו למציאות המורכבת המאפיינת את עבירות המין, והקלות שבה הזירה המשפטית עלולה להפוך מזירה של גאולה, לזירה מחודשת של פגיעה, המכונה "אונס שני" של נפגעות עבירות המין.⁶⁷ ביקורת זו מושמעת אף נוכח קיומם של כללי ההתדיינות הייחודיים

⁶⁵ ס' 6 (ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, לעיל ה"ש 5. מעניין לציין כי מדובר בפיצוי גדול יותר מהפיצוי שנקבע בס' 4 לחוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 3: עד 50,000 ש"ח בלבד.

⁶⁶ נפגעות עבירות מין מדווחות על מוטיבציה ירודה להתלונן ולהגיע למיצוי דין במערכת המשפט מחשש לפגיעה נוספת מחוסר רגישותה של המערכת, המכונה "אונס שני". להרחבה ראו הדר דנציג-רוזנברג וענת פלג Post ופוסט-טראומה: עיבוד רגשות של נפגעות תקיפה מינית בהליך הפלילי ובפייסבוק "משפט, חברה ותרבות" 343, 357-358 (2020); הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגין "הדור הבא" של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן "עיוני משפט" לו 549, 566-568 (2015); לימור עציוני "הציץ ונפגע: בחינת הזכות לפרטיות של נפגעי עברה אל מול מציאותו של הציבור" עיוני משפט לו 757 (2015); אמיר אלון "#אל התלוננתי: יש טונות של סיבות למה נשים לא מתלוננות" Ynet (30.9.2018) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5360610,00.html>. קמפיין רשת בשם "#לא התלוננתי" חושף את כל הקשיים החברתיים, המערכתיים, המשפטיים והנפשיים הנערמים בפני מתלוננות ומתלוננים עקב הטרדה או תקיפה מינית, ומונעים הגעה למיצוי דין במערכת המשפט.

⁶⁷ בית המשפט העליון הכיר בתופעת ה"אונס השני" בעניין ב"ש"פ 8706/07 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו) 27.11.2007, שם קבע השופט פוגלמן כך: "הטיעון בדבר 'הפגיעה המשנית' הנגרמת למתלוננים בעטיו של ההליך הפלילי קשור בטבורו לכבודם ולזכויותיהם של מתלוננים בכלל, ושל מתלוננים בעבירות מין בפרט. ניסיון החיים מלמד, כי עצם הגשתה של תלונה בעבירות מסוג זה, לא כל שכן חקירת המשטרה ומתן עדות בפני בית המשפט, מעמידים מתלוננים בעבירות מין בפני ניסיון קשה. הם נדרשים לא אחת לחשיפה מכאיבה ואינטימית של אחד האירועים הקשים בחייהם, ולא בכדי דומתה דרך החתחתים הניצבת בפניהם ל'אונס שני ממש' (ההדגשה אינה במקור). להרחבה על תופעת הקורבנות המשנית של נפגעות תקיפה מינית בהליך הפלילי ועל השלכותיה ראו Hadar Dancig-Rosenberg, *Sexual Assault Victims: Empowerment or Re-victimization? The Need for a Therapeutic Jurisprudence Model*, in TRENDS AND ISSUES IN VICTIMOLOGY 150 (Natti Ronel, K. Jaishankar & Moshe Bensimon eds.,

לנפגעות עבירת מין כמתואר לעיל, ועל כן היא נכונה שבעתיים כשעסקינן בפגיעה מינית המטופלת כעבירה פלילית רגילה ונעדרת את ההגנות הקיימות.

2. היבטים נוספים לפגיעה המינית בפעולת הצילום: הקשר בין צילום לפרסום

בפרק הקודם תוארה הפגיעה המינית הנגרמת בפעולת הצילום המתמקד במיניותו של אדם ללא הסכמתו, **מעצם פעולת הצילום**. אומנם, לפי העמדה המובאת במאמר, די בעצם הצילום כדי לגרום לפגיעה זו. אולם, עיסוק בקשר הרעיוני בין פעולת הצילום לפעולת הפרסום, אשר הפך בעידן הרשתות החברתיות להלחם של ממש, מאיר זוויות חדשות בהרסניות הפוטנציאלית של עבירת הצילום, וכן פותח אפיקים דוקטרינריים נוספים שדרכם ניתן לחזק, אף יותר, את הצורך החברתי בהגדרתה כעבירת מין.

(1) פגיעה שניונית – חוסר ודאות באשר להפצה

פרסום התמונה או הסרטון ללא ספק מהווה עליית מדרגה בחומרת המעשה בהשוואה לצילום בלבד, ודאי מבחינת היקף הנזק לנפגעת. הפצת התמונה פוגעת באופן חמור יותר בפרטיות המצולמת ובזכותה לבחור מי יחשף לתצלום גופה ומתי. כל אדם שנחשף לתמונה עשוי להפיצה לאחרים, ביניהם גם מי שיש להם היכרות אישית עם המצולמת, ולהרחיב את מעגל הפגיעה. פרסום התמונה עלול אף להפוך את הפגיעה למתמשכת, שכן מרגע פרסומה במרשתת, מקבלת התמונה "חיים משלה" ועלולה להתקיים לצמיתות במרחב האינטרנטי.⁶⁸

אולם, ניתן להצביע על פגיעה דומה גם כאשר התמונה לא פורסמה, שכן מעצם **ההחזקה** של המצלם בתוצר הצילום, נעשה פוטנציאל קיומה של התמונה "נצחי".⁶⁹

Morrison Torrey, *When Will We Be Believed? Rape Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions*, 24 U.C. DAVIS. L. REV. NICOLA GAVEY, JUST SEX? THE CULTURAL SCAFFOLDING ; 1013 (1991) OF RAPE 24 (2005).

ראו **מדינת ישראל נ' פלוני**, לעיל ה"ש 4, שם עמד בית המשפט העליון על אפשרות התמשכות הפגיעה נוכח המציאות הטכנולוגית: "על אף הכלים הקיימים המאפשרים הסרה של חומרים מן הרשת, הרי שנוכח הקושי להתחקות במרחב הווירטואלי אחר חומרים ולמנוע את המשך הפצתם, הפגיעה עשויה להיות מתמשכת ולא להתמצות במקרה בודד ומגודר" (פס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן). בעניין ת"פ (שלום פ"ת) 33837-09-13 **מדינת ישראל נ' יוסף יצחק כהן** (נבו 2.6.2015) התייחס בית המשפט להיבט התמשכות הפגיעה: "הנזקים המתוארים על ידי המתלוננות הינם נזקים מתמשכים ומשמעותיים נוכח טיבו של העולם הטכנולוגי בו אנו חיים כיום ונוכח 'נצחיות' המידע המועלה לרשת האינטרנט".

לעניין זה יפים הדברים של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין ע/26/18 (ערעורים צה"ל) ר' ק' **נ' התובע הצבאי הראשי** (נבו 11.7.2018), בפס' 22 לפסק הדין: "הפגיעה בערכים אלה מקבלת

68

69

המצולם חסר אונים נוכח קיומו של תוכן מיני הנמצא בידיו של אחר, ומצוי בחוסר ודאות באשר לגורלו של אותו תצלום, אם הופץ אם לאו, ובאשר לתוכניותו העתידיות של המצלם ביחס לתצלום, מבלי שיש לו כל יכולת לשלוט בגורל זה.⁷⁰ חוסר ודאות זה מגביר את תחושת חוסר שליטתו של המצלום על צלם גופו ומחריף את הפגיעה באוטונומיה שלו. זוהי פגיעה שניונית נוספת לפגיעה הראשונית הנובעת מעצם הצילום (בדומה לפגיעה השניונית הנובעת מהאפשרות של המצלם להשתמש בתמונה לסיפוקן המיני, כפי שתואר בפרק א.1.2). כאמור לעיל וכפי שיפורט בהרחבה כעת, נוכח קיומן של קבוצות טלגרם מוצפנות, המשמשות להפצת תכנים מיניים בלתי מוסכמים, חשש זה אינו בלתי סביר.⁷¹

(2) חזקה לכוונה להפצה

אף שלצילום מיני ללא הסכמה יכולים להיות מניעים רבים, לא יהיה זה מופרך להניח שדווקא הצורך של המצלם לפרסם ולהפיץ את התמונה הוא שהניע אותו לבצע את פעולת הצילום.⁷² כך למשל קבוצות טלגרם המשתפות תכנים אינטימיים של נשים ונערות מתנות פעמים רבות את ההצטרפות לקבוצה בשיתוף תוכן חדש. צעירים המבקשים להצטרף לקבוצה למעשה מתבקשים להמשיך ולספק את הביקוש הרעבתי של חבריה לתכנים חדשים ולמצולמות חדשות, לצורך סחר חליפין בין תכנים מיניים לסיפוק עצמי, בתמורה לרווח כספי או מתוך רצייה חברתית. בהיעדר תמונות מיניות זמינות שנשלחו אליהם בהסכמה, חברי הקבוצות עלולים לפנות לצילום נעדר

משנה חומרה בעידן הטכנולוגי החדש, לנוכח זמינות המצלמות במכשירי הטלפון הניידים, המצויים ברשותו של כל אחד ואחד; ולנוכח הקלות הבלתי נסבלת, שבתיעוד המעשה הפוגע והפצתו ברבים, במרחב הווירטואלי. במרחב זה, מאבד נפגע העבירה את השליטה בתיעוד הפוגע ואין בידו להתחזק אחר מסלולי הפצתו. למעשה, הקרבן חסר אונים ואינו יכול להגביל ולצמצם את הנזק, שנגרם לו" (ההדגשה אינה במקור).

כך למשל עלה מתצהיר נפגעת העבירה בעניין **שיליאן** המפורט בה"ש 32 לעיל: "תמיד מקנן בה החשש שמא הסרטון נצפה על ידי אחרים ואולי הנאשם בכל זאת היה חלק מ'צוות'. הפחד מרגע שחוררו של הנאשם מכליאה מטריד את מחשבותיה – האם בידי סרטונים נוספים? האם ישוב ויאיים עליה?" (ההדגשות אינן במקור).

קיימות דוגמאות רבות למקרים של הפצת צילום שנעשה ללא הסכמה. ראו למשל קורין אלבו-אלוש וסער הס "קצינות, חיילות, אזרחיות. בבסיס, בביתו, אצלן: כך פעל הקצין שצילם בסתר נשים" **Ynet** (24.12.2021) <https://www.ynet.co.il/news/article/r1tqom7jy> (להלן: אלבו-אלוש והס); מאשה אברבוך "הפכתי לבדיחה של הבסיס. אנשים ידעו שיש לו תמונות עירום וסרטונים שלי ואף אחד לא עצר את זה" **המקום הכי חם בגיהנום** (06.02.2020), <https://www.ha-makom.co.il/post-masha-idf-telegram> (להלן: אברבוך).

70

71

72

הסכמה.⁷³ צילומים הנעשים בהיעדר הסכמת המצולמת, נעשים בדרך כלל גם בהיעדר ידיעתה,⁷⁴ וכך התופעה מתרחשת עמוק עוד יותר "מתחת לרדאר", ודאי בהשוואה למקרים שבהם התצלום נעשה בהסכמת המצולמת, ובידיעתה שהמצלם מחזיק בו, ועל כן עשויה בסבירות גבוהה יותר לוודא את סטטוס הפצתו. ממילא, לרוב קיים קושי להתחקות אחר הפצת תצלומי עירום שצולמו ללא הסכמת המצולמת או אף ללא ידיעתה.⁷⁵ הפצת תצלומי עירום נעשית בדרך כלל באמצעות קבוצות מוצפנות (למשל דרך אפליקציית טלגרם),⁷⁶ לעיתים תוך קושי להתחקות אחר זהות המפיץ (שיכול להפיץ את התמונה בשם בדוי או לשלוח למפיץ שניוני) ולעיתים תוך קושי לזהות את הנפגעת בתצלום.⁷⁷

שם. ראו גם מקרים של פריצה לחשבונות פרטיים: מאשה אברבוך "הטרור המיני בטלגרם איבד מעצורים: סחר בתמונות אינטימיות ופריצה לחשבונות פרטיים" **המקום הכי חם בגיהנום** <https://www.ha-makom.co.il/post-masha-telegram> (11.10.2019).

אלבז-אלוש והס, לעיל ה"ש 71; אברבוך, לעיל ה"ש 71.

בהקשר זה חשוב לזכור כי הפצה אינה חייבת להיעשות באמצעים דיגיטליים, אלא היא יכולה להתרחש גם באמצעות הצגת הצילומים לאחרים. ראו למשל תפ"ח (מחוזי נצ') 23755-10-14 **מדינת ישראל נ' פלוני** (נבו 16.7.2017); עלב"ש/21/18 **התובע הצבאי הראשי נ' ש' נ' (נבו 2.12.2018)**; ראו **התובע הצבאי הראשי נ' נהרי**, לעיל ה"ש 36; 467/14 (צבאי מר') **התובע הצבאי נ' דיאמנט** (נבו 29.6.2015). ברם, יצוין כי הפגיעה במקרים אלה היא פחות חמורה מאשר הפצה באמצעים דיגיטליים, שכן לפוגע נשאת שליטה על זהות וכמות הנחשפים לצילום.

ראו מאשה אברבוך "חסרי אונים? מלחמת ההתשה של המשטרה במפיצי תמונות העירום" **Ynet** <https://www.ynet.co.il/news/article/rkrxucsdo> (10.12.2022); אלוך חכמון "שלושה נעצרו בחשד להפצת תמונות עירום של נשים בטלגרם, בהן נשות תקשורת מוכרות" **מעריב** <https://www.maariv.co.il/news/law/Article-771805> (16.6.2020); ירון דורון "אישום: הפיץ תמונות של עשרות נשים בטלגרם" **ישראל היום** (3.1.2021) <https://www.israelhayom.co.il/article/836355>.

יודגש כי חוק הסרטונים, לעיל ה"ש 2, מדבר על "תצלום, סרט או הקלטה" – לרבות עריכה או שילוב של כל אחד מהם, ובלבד שבנסיבות העניין ניתן לזהות את האדם" (ההדגשה אינה במקור). ניתן לבקר את סיפא הסעיף בטענה כי אי-זיהוי הנפגעת בתצלום אולי עשוי לחסוך ממנה חלק מהנזקים הכרוכים בהפצת התצלום, אך הפגיעה בפרטיותה הנובעת מעצם חשיפת דיוקנה העירום ללא הסכמתה אינה מתבטלת כליל. עם זאת, יודגש כי הביטוי "בנסיבות העניין" פותח פתח לזיהוי על בסיס נתונים נוספים מלבד דרך הצילום עצמו, כמו למשל באמצעות ציון שמה או פרטים מזהים אחרים בכיתוב שנלווה להפצת התיעוד. תפיסה דומה מופיעה בס' 48 להנחיית התביעה הצבאית הראשית "הנחיה מס' 2.04 עבירות מין ופגיעה בפרטיות" (יולי 2018) (להלן: "הנחיה מס' 2.04 עבירות מין ופגיעה בפרטיות"), שם פורטה מדיניות העמדה לדין במקרה של פגיעה בפרטיות על דרך של יצירת תיעוד בעל אופי מיני, ונקבע כי ככלל יוגש כתב אישום בהתקיימות שני תנאים: "א. התיעוד נוצר או הופץ, לפי העניין, שלא בהסכמת נפגע העבירה, או שלא בידיעתו ולכן גם ללא קבלת הסכמתו, והחשוד ידע או חשד כי התקיימה

אם כן, על בסיס הרציונל של עבירת הניסיון ניתן להצביע על היבט נוסף המחדד את טיב הפגיעה המינית בעבירת הצילום, ומהווה הצדקה נוספת להפלתה כעבירת מין.⁷⁸ במקרים שבהם עולה החשד כי המצלם התכוון להפיץ, או אף הפיץ את התמונה שצילם מבלי שניתן להתחקות אחריה, אפשר להתייחס לעבירת הצילום ברשות היחיד כראשיתה של עבירת חוק הסרטונים. כלומר במקרים הרלוונטיים, ניתן לראות בפעולת הצילום כחוליה בשרשרת מתוך רצף פעולות המרכיבות את עבירת הפרסום (צילום-החזקה-הפצה), ואף ייתכן שכבר בפעולת הצילום התגבש היסוד הנפשי הנדרש – צילום במטרה להפיץ את התמונה. ברי כי אדם המתכוון לצלם את בת-זוגו ללא ידיעתה לצורך הפצת התמונה בקבוצות הטלגרם הייעודיות, יצטרך קודם כול לשם ביצוע תוכניתו, לצלם את בת-הזוג. שיטת המשפט הישראלי מבחינה בין "פעולות הכנה", אשר אינן מגבשות כשלעצמן את העבירה הפלילית, לבין "ניסיון לביצוע עבירה" העולה כדי עבירה פלילית של ממש. בעוד שמעשי הכנה הם פעולות אורדינריות הצופות פני עתיד ואינן מעידות בהכרח על הגשמת המטרה הפלילית שהציב לעצמו המבצע, הרי פעולה שתוגדר כ"ניסיון לביצוע עבירה" היא פעולה שכבר בהשלמתה נשקפת ממנה סכנה לפגיעה בערך חברתי מוגן. הגם שניתן לטעון כי פעולת הצילום צופה פני עתיד וכלל לא ברור כי התמונה אכן תופץ בסופו של דבר, כפי שיפורט להלן, צילום מיני ללא הסכמת המצולם הוא אכן פעולה המאיימת לפגוע בערך חברתי מוגן⁷⁹ – זכותו של הפרט לפרטיות מינית, אוטונומיה מינית וכבוד – על כן נראה כי מתאים יותר לסווגה כניסיון לביצוע עבירה מאשר פעולת הכנה בלבד.⁸⁰

כידוע, ניסיון לבצע עבירה מתגבש כאשר הפעולה שנעשתה עולה כדי ביצוע התחלתי המלמד באופן חד-משמעי שבכוונת העושה להשלים את העבירה המקורית.⁸¹ כלומר, לענייננו, נדרש להוכיח שעצם הצילום מעיד באופן חד-משמעי על כוונה להפיצו. ברם, כאמור לעיל, קשה להתחקות אחר הפצת צילומי עירום, ולצד ההסבר החלופי כי התמונה צולמה לשימוש עצמי בלבד, יעלה קושי להוכיח כוונה חד-

הנסיבה האמורה בסעיף זה; ב. ניתן לזהות את נפגע העבירה כמושא התייעוד – זאת, בין אם התייעוד נתפס וניתן לזהות בו את נפגע העבירה, או בדרך אחרת כלשהי, למשל באמצעות כיתוב שנלווה להפצת התייעוד – ובין אם התייעוד לא נתפס, אך הראיות מלמדות על כך שנפגע העבירה היה מושא התייעוד" (ההדגשה אינה במקור). חשוב לציין כי לעניין עבירת הצילום המוצעת ברשימה זו הדגש על זיהוי הנפגעת אינו מרכזי כבעבירת הפרסום, שכן הנזק הנגרם נובע, כאמור, מעצם הצילום ללא הסכמה, ולא נוגע לנזקי ההפצה שעשויים להיות כרוכים בתיווך לצדדים שלישיים בדבר זהות המצולמת על מנת לקשר בין התצלום לבין נפגעת העבירה.

78 ס' 25 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 11.

79 במקרה זה לא מדובר על ניסיון פגיעה, אלא על פגיעה של ממש בפרטיות המצולם שמגולמת בעבירה עצמאית המתגבשת במעשה – עבירת הצילום ברשות היחיד ללא הסכמת המצולם.

80 מרים גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב 505 (2002).

81 שם, בעמ' 508-510.

משמעית להפצתה.⁸² על כן, ברי כי לא ניתן להסתמך על הקונסטרוקציה של עבירת הניסיון כשעסקינן בצילום מיני ללא הסכמה, כמענה אכיפתי גורף. מכל מקום, ואף שהקונסטרוקציה של עבירת הניסיון לא בהכרח עולה כדי מענה אכיפתי הולם לענייננו, ניתן ללמוד ממנה על הקשר הקיים במקרים מסוימים בין עבירת הצילום לעבירת הפרסום. קשר זה כשלעצמו עשוי להוות הצדקה נוספת להעתקת עבירת הצילום ברשות היחיד לחוק למניעת הטרדה מינית – לשם שמירה על הערך המוגן של עבירת הפרסום, ביצירת אמצעי נוסף למלחמה בתופעת הפצת תמונות העירום.⁸³

אולם, ייתכן שבנסיבות מתאימות ניתן לייחס לנאשם כוונה קונסטרוקטיבית להפצת התמונה ברוח עקרון הלכת הצפיות, אשר ניתן להחילה על עבירת ניסיון בהתאם להלכת ע"פ 1599/08 לרינשטיין נ' מדינת ישראל (נבו 19.2.2009). המצדדים בהחלת הלכת הצפיות על הניסיון, מציעים להחילה רק כתחליף לרצון בתוצאה; כלומר: הסתפקות בכך שהמנסה צפה את התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי. גישה זו מתאימה לעניין שכיחות הסיכון לפריצה לטלפון או לענן, כך שעצם מעשה הצילום מבטא אדישות לתוצאה זו. מנגד, לגישתו של פרופ' סנג'רו, לעולם אין להחיל את הלכת הצפיות על ניסיון משום שתפקיד רכיב המטרה בעבירה זו חשוב עוד יותר מאשר בעבירה רגילה הדורשת מטרה, ראו בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים 24 (2020).

היגיון זה מיושם בעבירת ההחזקה של חומרי תועבה, המעוגנת בס' 214(ב3) לחוק העונשין, לעיל ה"ש 11. כך, הנחיתת פרקליט המדינה 22.2 "פרסום, החזקה וצריכה של חומר תועבה ובו דמותו של קטין" (6.6.2021) מבהירה כי אחד הביטויים לחומרת העבירה הוא כי "ביצוע העבירות מעודד את תעשיית הפדופיליה הממוחשבת ברשת, שבמסגרתה נאנסים קטינים או נפגעים מינית, לעיתים באכזריות, לצורך ייצור התכנים האמורים". מובן שגם עבירת הצילום תחת חוק הפרטיות עשויה לסייע בכך, אך בדומה להיגיון שבבסיס חוק הסרטונים, אשר לא הותיר את הטיפול בתופעה לעבירת הפרסום בחוק להגנת הפרטיות בלבד, תיוג מיני עשוי לתת מענה חריף יותר בשל תיוגו החברתי, וכן מענים שיקומיים מתאימים לפוגעים. ברוח זו ניתן אף לשקול את הפללת עצם ההחזקה בחומרים פורנוגרפיים אסורים מעין אלה הן כפעולה הנלווית לצילום טרם הפצתו, והן על מנת לספק מענה למקרה שאדם רוכש מקבוצות הטלגרם ביודעין ומכספו חומרים מיניים שצולמו ללא ידיעת המצולמת, אך מאחר שאינו מפיצם בעצמו, לא ניתן להפליל את החזקת הצילום והשימוש העצמי בהם ולסווגם כעבירה פלילית. בהקשר זה יצוין כי להבדיל מהחזקת חומרים פורנוגרפיים של מצולמים בגירים, שאם צולמו בהסכמת המצולמים אין בהכרח עילה להפללת החומרים, כשעסקינן בחומרי תועבה המתעדים קטינים, חזקה כי החומר נוצר תוך ביצוע עבירה פלילית – פגיעה מינית בקטינים. אולם, נראה כי גם בעולם הבגירים התפתחה תעשייה של חומרים מיניים בעלי גוון פלילי, בשל אי-הסכמת המצולמות לפרסום או לעצם הצילום ועל כן יש מקום לשקול את הפללת החזקה גם במקרה זה.

82

83

(3) כפיית סיכון להפצה

מזווית נזיקית, להיעדר הסכמת המצולמת לצילום מתוסף רובד נוסף – בעצם צילום התמונה, מטיל המצלם על המצולמת סיכון שתמונתה בסופו של דבר אכן תופץ לאנשים נוספים, ובוודאי בעידן הטכנולוגי שבו אנו חיים. חדשות לבקרים מתגלים מקרים של פריצות האקרים למצלמות ביתיות, לחשבונות דואר אלקטרוני ואף לגלריית התמונות במכשיר הנייד הפרטי או בענן הקבצים.⁸⁴ לפיכך, כאשר אדם מצלם את זולתו ללא הסכמתו, הוא למעשה משית על המצלם סיכון שלא ביקש לקבל על עצמו, שמכשיר הצילום יפרץ והתצלום יופץ ברחבי המרשתת, קל וחומר כשמדובר בתצלום שתוכנו עלול לבזות את המצלם או להשפילו.

אומנם בעידן הדיגיטלי אנו מקיפים את עצמנו **מרצון** במכשירים המאופיינים ביכולות צילום חדריות גם ברגעינו האינטימיים ביותר, ולמעשה כל אדם נוטל על עצמו סיכון מסוים כי יצולם שלא בדיעתו ולא בהסכמתו.⁸⁵ אולם, גם בעולם של סיכונים נתונים ישנם סיכונים העוברים את גדר הסביר, וקיומה של תמונת עירום של אדם במרחב הדיגיטלי, גם אם לא במרחב האינטרנטי, מגביר משמעותית את הסיכון שאנשים זרים ייחשפו אליה. כלומר, עצם הצילום במכשיר דיגיטלי מנגיש את התמונה עבור ציבור מסוים שיש לו נגישות למרחב זה (כגון האקרים, או כל מי שהתגלגל המכשיר לחזקתו). לפיכך, גם אם התמונה לא הופצה במרחב האינטרנטי הנגיש לכול – עבירות דיגיטלית עלולה להוביל להפצה במרשתת.⁸⁶ בהתאם, לא ניתן לטעון בכיטחון מלא שמחיקת התמונה תאיין בוודאות את הפגיעה במצולמת.

Thomas Brewster, *Stealing Nude Pics From iCloud Requires Zero Hacking Skills - Just Some YouTube Guides*, FORBES (Jun. 16, 2016), <https://www.forbes.com/sites/thomasbrewster/2016/03/16/icloud-hacking-jennifer-lawrence-fapping-apple-nude-photo-leaks/?sh=7a5845c775b3>

84

בוודאי במרחב הציבורי, למשל תל אביב היא "עיר מצולמת" וכל אדם הנכנס בשעריה נתפס כמי שהסכים לצילום; ובמרחב הפרטי, הטלפונים הניידים שמלווים אותנו בכל רגע, מצוידים במצלמות. ראו בר פלג "אלף מצלמות הוצבו ברחבי תל אביב מאז 2012. הדיון על נחיצותן מתלהט" **הארץ** (3.2.2020).

85

<https://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-MAGAZINE-1.8445403>; ברק, לעיל ה"ש 15.

נדמה כי בהתייחס לעבירת חוק הסרטונים, שם הנפגע הסכים לפעמים לצילום בעירום בפלטפורמה דיגיטלית, טיעון זה עלול לשרת את המפיץ הפוגע, כי ביצירת התמונה הנפגע ידע כי יש סיכון שהתצלום יופץ ברחבי המרשתת. ברם, כאשר המפיץ הוא זה שאחראי באופן פעיל על הפצת התמונה, הטיעון כי ממילא "האקרים" היו עלולים לשים ידם על התמונה ולהפיצה אינו מכשיר את פעולתו ואינו מייחס למצלם אשם תורם ביצירת הנזק, שנגרם כמובן מפעולת ההפצה שיצרה את הנזק בפועל. על כן מדובר בטיעון חד-סטרי היפה בעיקר לעבירת הצילום

86

לסיכום פרק זה, מאחר שיצירת צילום דיגיטלי מובילה לעבירות דיגיטליות ובכך לסכנת הפצה פוטנציאלית ברחבי המרשתת, עלולה להיווצר קרבה באופן **תוצאתי** בין עבירת הצילום לעבירת הפרסום בחוק הסרטונים והפגיעה המינית המגולמת בה. זאת לצד הקרבה הנורמטיבית שתוארה לעיל, באפשרות לביצוע הצילום מתוך כוונה להפיצו. קרבה נורמטיבית וקרבה תוצאתית אלה עשויות להוות הצדקה נוספת לתיקון המצב המשפטי הקיים באמצעות עיגון העבירה כעבירת מין פרטיקולרית בחוק למניעת הטרדה מינית, לצד עבירת חוק הסרטונים. במצב המשפטי הנוכחי, תיתכן סיטואציה אבסורדית שבה נפגעת שהצליחה לחשוף את הפוגע בעת מעשה הצילום ולעצור את רצף הפעולות שהיה עשוי לגבש את עבירת הפרסום, ולמעשה עלה בידה למנוע את הפצת התמונה והנזקים שהיו נלווים לכך – עלולה להיות מסוגלת כנפגעת עבירת פרטיות בלבד, ובכך יימנעו ממנה ההגנות של נפגעת עבירת מין שלהן הייתה זכאית אילו לא חשפה את הפגיעה מבעוד מועד, כנפגעת עבירת הפרסום תחת החוק למניעת הטרדה מינית. ודוק, זאת חרף העובדה שבשני המקרים הפגיעה המינית מתרחשת כבר מעצם מעשה הצילום המתמקד במיניות המצולמת ללא הסכמתה.

ב. בין עבירת סל לעבירה פרטיקולרית: הצורך בחיקוק עבירה

פרטיקולרית והשפעות מרחב ההסכמה על סיווג העבירה

1. המצב המשפטי הקיים

כידוע, צילום בעל אופי מיני ברשות היחיד איננו בבחינת תופעה חדשה, ועניין זה כבר הגיע לפתחו של בית המשפט. לרוב, צילום אדם ברשות היחיד ללא הסכמתו, יסווג כאמור כעבירה תחת חוק הפרטיות, אף אם מדובר בצילומים המתמקדים במיניותו של אדם. אך כאמור לעיל, במקרים מסוימים, לא נעלם מעינם של התובעים והשופטים כי אין המדובר בפגיעה "רגילה" בפרטיות, אלא בפגיעה שבמהותה היא מינית. מקרים אלה סווגו לצד עבירת הצילום ברשות היחיד, גם כעבירת המעשה המגונה, המעוגנת בסעיף 348 לחוק העונשין, עבירת מין שנוסחה הרחב כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים"⁸⁷, מאפשר להחילה גם על מקרים שבהם ה"מעשה" אינו פיזי, כגון צילום. בעניין פלוני קבע השופט ג'ובראן כי בנסיבות שבהן מעשיו של הנאשם עומדים במבחן שקבעה הפסיקה להתגבשותו של מעשה מגונה – קיומו של "אלמנט של מיניות גלויה, כך שעל-פי אמות מידה אובייקטיביות של האדם הממוצע, מעשיו יחשבו לא הגונים,

בהיעדר הסכמה, בהמחשת ממד נזיקי נוסף ביצירת תמונה שעלולה בסבירות לא מבוטלת להתגלגל למרשתת בדרכים שונות, וכל זאת בהיעדר הסכמתו ליצירתה.

ס' 348(ו) לחוק העונשין, לעיל ה"ש 11.

לא מוסריים ולא צנועים".⁸⁸ לפיכך נקבע שאפשר יהיה להרשיע בעבירה של מעשה מגונה גם בהיעדר מגע פיזי בין הנאשם לקורבן.⁸⁹ למעשה, בית המשפט קבע כי הרשעה הן בגין עבירת המעשה המגונה והן בגין עבירת הפרטיות של צילום ברשות היחיד אינה עולה כדי "כפילות פסולה" של הרשעה בגין אותו מעשה, שכן יסודותיהן של שתי העבירות אינם נבלעים זה בזה באופן מוחלט, וכל אחד מייחד ממד אחר של הפגיעה.⁹⁰ הנחיית המשנה לפרקליט המדינה (עניינים פליליים) בדבר "סעיף האישום במקרה של צילום איברים אינטימיים ללא הסכמת המצולמת" משנת 2019 נתנה לפסיקה ביטוי אכיפתי, וקבעה כי "במקרה שבו מדובר בחשוד שצילם ברשות הפרט (כגון: בתאי מדידה או בשירותים ציבוריים) איברים אינטימיים לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני, יש לייחס, נוסף על העבירה של פגיעה בפרטיות, גם עבירה של מעשה מגונה". הנחיה דומה אף משמשת את התביעה הצבאית.⁹¹ הנה כי כן, ניתן לראות כבר עתה כי לצד ההכרה בפגיעה בפרטיות, משתקפת מהפסיקה גישה של הכרה של ממש באופייה המיני

88 ראו למשל בע"פ 616/83 פ' פליישמן נ' מדינת ישראל, לט(1) 449 (1985), בפסק דינו של השופט גולדברג: "מעשה מגונה הינו מעשה, אשר יש בו על פניו אלמנט של מיניות גלויה, ואשר לפי אמות מידה אובייקטיביות של המתבונן מן הצד, של האדם הממוצע, ייחשב לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע".

89 בעניין פלוני, לעיל ה"ש 20, קבע השופט ג'ובראן בפס' 20 לפסק דינו כך: "נראה, כי בדרך זו שהותוותה בפסיקה ומהטעמים שהוזכרו, יש לקבוע, כי בנסיבות מסוימות – כשבמעשיו של הנאשם קיים אלמנט של מיניות גלויה, כך שעל-פי אמות מידה אובייקטיביות של האדם הממוצע, יחשבו לא הגונים, לא מוסריים ולא צנועים – יתכנו מקרים, בהם העבירה של מעשה מגונה לא תדרוש, כיסוד מיסודותיה, מגע פיסי של המבצע בקורבן וניתן יהיה להרשיע בעבירה של מעשה מגונה גם בהיעדר מגע פיסי בין הנאשם לקורבן" (ההדגשה אינה במקור). בעתירה שנדחתה לקיום דיון נוסף באותו מקרה, דנ"פ 7457/11 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 26.2.2012, קבעה השופטת בייניש בפס' 6 לפסק דינה כך: "גישתי זו אינה שוללת על-פניה את האפשרות כי יתכנו נסיבות בהן חרף העדר מגע פיסי בין מבצע המעשה לקורבן, ניתן יהיה לקבוע כי נתקיים היסוד העובדתי של עבירת המעשה המגונה. דברים אלה מתחזקים לשיטתי במציאות המודרנית והשינויים הטכנולוגיים הנלווים לה". להרחבה ראו ויסמונסקי, לעיל ה"ש 49.

90 ראו למשל תפ"ח (מחוזי ת"א) 11-08-14663-08 מדינת ישראל נ' לומלסקי (נבו) 27.6.2012, בפס' 30 לפסק דינה של השופטת דיסקין (להלן: עניין לומלסקי).

91 ראו ס' 41-42 להנחיה מס' 2.04 עבירות מין ופגיעה בפרטיות, לעיל ה"ש 77: "41. בכתב אישום בגין פגיעה בפרטיות על רקע מיני הכוללת הצצה, התחקות, בילוש או צילום, יש לייחס לחשוד, ככלל, עבירה על-פי חוק הגנת הפרטיות. 42. לצד זאת, כאשר מעשה הפגיעה בפרטיות כולל רכיב עובדתי של צילום, ומעובדות המקרה עולה כי הצילום כוון לאיבריו האינטימיים של נפגע העבירה, ונועד באופן מובהק לצורך גירוי או סיפוק מיניים של החייל, או לצורך ביזוי נפגע העבירה – יהיה מקום לייחס עבירה של מעשה מגונה, לפי ס' 348(ג) לחוק העונשין, אשר היסוד העובדתי בה אינו כולל דרישה למגע בנפגע העבירה. אישום זה יתווסף לאישום בעבירה שעניינה פגיעה בפרטיות, ובנסיבות אלה לא יהא בכך משום ייחוס של כפל אישומים".

של עבירת הצילום ברשות היחיד כאשר הצילום מתמקד במיניומו של המצולם, וכי ראוי להתייחס אליה גם כעבירת מין.

ואולם, אף שנראה כי הישועה תבוא מעבירת המעשה המגונה, המאפשרת לסווג את מעשה הצילום כעבירת מין גם בהיעדר קיומה של עבירה פרטיקולרית, נראה כי מדובר בפירוט שאינו עומד בכלל המקרים לרשות נפגעי עבירת הצילום המתמקד במיניומו המצולם, חרף הנחיית המשנה לפרקליט המדינה.⁹² נראה כי בהיבטי אכיפה, מעשה הצילום ברשות היחיד "זוכה" למגוון מופעי אכיפה, בין כמעשה מגונה (לצד עבירת הפרטיות), בין כעבירת פרטיות בלבד, ולעיתים אף עלול להיגמר ללא כל הפללה. כך, בעוד שבמקרה של פלוני שהובא לעיל, מעשה הצילום מתחת לדלתות שירותים ציבוריים סווג כמעשה מגונה – המקרה של א', אשר צולמה בעירום במסגרת יחסי מין מוסכמים, מקרה שאכנה כבעל "מרחב הסכמה" רחב לנסיבות שקדמו לצילום, לא סווג תחת עבירה זו, והסתיים בסגירת התיק ללא הפללה כלל.

ייתכן שהסבר אפשרי לפער זה נעוץ בעובדה כי עבירת המעשה המגונה היא עבירת מטרה, שלצורך גיבוש היסוד הנפשי בעניינה יש להוכיח כי המעשה נעשה לשם "גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". רכיב זה אינו מתקיים בהכרח בכל מעשה של צילום מיני ללא הסכמת המצולם, אשר כפי שפורט בפרק א', עשוי להתבצע על רקע מגוון מניעים, או בהיעדרן של ראיות לקיומה של כוונה זו.

סיבה נוספת לכך עשויה להיות עמימותה ורוחבה של הגדרת המעשה המגונה, שהיא עבירה בעלת "רקמה פתוחה".⁹³ אותה הגמישות המובנית של עבירת המעשה המגונה המאפיינת אותה כמעין "עבירת סל" שאפשרה לפסיקה להחילה לכתחילה על מקרי הצילום ברשות היחיד, עלולה מן הצד השני של המטבע לפגום בוודאות ובאחידות המשפטית, הן עבור הנאשמים והן עבור הנפגעים, שכן החלתה משתנה ממקרה למקרה ונעדרת גם כיום כללים ברורים. עמימות זו עלולה למנוע את ייחוס העבירה במקרים רבים אחרים של צילום אינטימי ברשות היחיד, כגון מקרים בעלי מרחב הסכמה רחב לנסיבות.

לשם גיבוי טענה זו, ביקשתי לאתר את קבוצת המקרים שבהם הוגש כתב אישום בגין צילום המתמקד במיניומו המצולם ללא הסכמתה, כאשר הצילום בוצע במסגרת מרחב הסכמה רחב לנסיבות – כלומר כאשר התקיימה הסכמה מקדימה לחשיפת המצולם למראה הגוף העירום של המצולמת, במסגרת יחסי מין מוסכמים – ולבחון מהו סיווג העבירה שנבחר בכל מקרה.

⁹² ראו למשל ת"פ (שלום פ"ת) 61526-12-20 מדינת ישראל נ' זיו (נבו) 11.5.2021 (להלן: עניין זיו); בש"פ 5004/21 מדינת ישראל נ' אבו עמרה (נבו) 5.8.2021. ראו גם בג"ץ 1869/22 פלונית נ' פרקליט המדינה (נבו) 6.4.2022 (להלן: בג"ץ פלונית), שם עתרה הנפגעת לבית המשפט העליון בבקשה להורות על תיקון כתב האישום כך שתתווסף לו גם עבירה של מעשה מגונה. לשם השלמת התמונה יצוין כי העתירה נדחתה בשל ההיקף המצומצם של ההתערבות השיפוטית בשיקול הדעת של רשויות החקירה והתביעה בכל הנוגע לנקיטת הליכים פליליים וניהולם.

⁹³ עניין פלוני, לעיל ה"ש 20, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

יש לציין כי ככלל, קשה לאתר מקרים שבהם הוגש כתב אישום כנגד מעשה צילום אינטימי ברשות היחיד בפני עצמו. במרבית המקרים, מעשה הצילום המיני נועד לצורך תיעוד מעשים מגונים אחרים שבוצעו במצולם,⁹⁴ או כשקדמו לצילום פעולות הכנה בעלות אופי מיני המערבות פעמים רבות מגע כגון הפשטה ללא הסכמה,⁹⁵ או כחלק ממעשה של צילום והפצה ללא הסכמה. במקרים אלה עולה קושי לבודד את יחסה של הפסיקה לעצם מעשה הצילום ללא הסכמה כפגיעה המינית שהובילה לסיווג העבירה כמעשה מגונה, ועל כן מקרים כגון אלה לא ייכללו בנייתוח הפסיקה שיוצג להלן.⁹⁶ סיבה נוספת לקושי לאתר מקרי צילום ברשות היחיד שהגיעו לדיון בפני הערכאות נעוצה בין היתר בטבעו של מעשה הצילום הלא מוסכם, המתקיים פעמים רבות בהיעדר מודעות הקורבנות למעשה בעת התרחשותו. הגילוי בדבר הצילום עשוי להתרחש רק אם המעשה מקבל פומבי בהפצת התמונה, או אז מתגבשת עבירה חדשה ושונה לחלוטין – עבירת חוק הסרטונים. המקרים הרלוונטיים, אם כן, מתאפיינים במערך נסיבות ייחודי, למשל כאשר המצולמת מגלה על דבר הצילום בזמן אמת. לצד זאת, ייתכן שמיעוט המקרים נובע מסיבה אחרת לחלוטין, והיא היעדר אכיפה מספקת של עבירת המעשה המגונה על מעשי צילום המתמקדים במיניותו של אדם, ודאי באותה קבוצת המקרים המאופיינים במרחב הסכמה רחב לנסיבות המקרה.

94 ראו למשל ע"פ 2524/15 שפרנוביץ נ' מדינת ישראל (נבו 8.9.2016); ע"פ 8863/15 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 7.6.2016); תפ"ח (מחוזי י-ם) 22337-11-16 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 13.2.2018); ע"פ 2825/11 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 25.7.2012); ע"פ 4751/17 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 17.7.2018); ע"פ 5617/19 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 26.8.2021); בש"פ 2752/16 דרחי נ' מדינת ישראל (נבו 11.4.2016); ע"פ 7708/13 דוד כהן נ' מדינת ישראל (נבו 21.5.2014); (מחוזי ב"ש) 934/01 מדינת ישראל נ' אופיר פרץ (נבו 17.07.2002); (צבאי מר') 543/16 התובע הצבאי נ' הימן (נבו 4.3.2018).

95 ראו לדוגמה את עניין לומלסקי, לעיל ה"ש 90.

96 אדרבה, סיווג העבירה כ"צילום ברשות היחיד" נועד דווקא ליחד את הפגיעה בפרטיות המצולמת לצד הפגיעה המינית המגולמת בעבירות האחרות. דוגמה לכך ניתן למצוא בעניין לומלסקי, שם, בפס' 30 לפסק דינה של השופטת דיסקין. באותו עניין, קבע בית המשפט כי הרשעת הנאשם בעבירת מעשה מגונה ובעבירת הפרטיות בגין צילום מיני ללא הסכמה אינה עולה כדי "כפילות פסולה", שכן יסודותיהן של שתי העבירות אינם נבלעים זה בזה באופן מוחלט, זו לשונה: "בענייננו, האישומים השונים מבחינים בין ביצוע המעשים המיניים 'הטהורים' לבין הפגיעה בפרטיות הקורבנות. ודוק: מעשיו של הנאשם משתנים, ועוצמתם מתגברת, לאורך שלביו השונים של האירוע והם אינם נבלעים האחד בשני באופן מושלם. כך, בעוד שבשלב הראשוני הנאשם נגע בקורבנות, הפשיטן מהכותונת שלבשו ואף הסיט את תחתוניהן, בשלב השני בחר לצלם אותן ושמר את התמונות בתיקייה סודית במכשיר הטלפון הנייד שברשותו. חומרת מעשיו של הנאשם, על כל שלביהם, ראויים לקבל מקום של ממש בכתב האישום, ואין לטעון כי מעשי הצילום מתבטלים לאור העובדה שהנאשם ביצע בקורבנות מעשים מיניים שונים".

מספרם המועט של המקרים שעלה בידי לאתר חושף גישות שונות מצד גורמי האכיפה ביחס לסיווג המשפטי הראוי למעשה צילום מיני בהיעדר הסכמת המצולמת, בנסיבות המאופיינות **במרחב הסכמה רחב**: במקרה אחד בלבד יוחס אישום בגין מעשה מגונה לצד האישום בגין הפגיעה בפרטיות,⁹⁷ ובמקרים האחרים מעשה הצילום סווג כעבירת פרטיות בלבד.⁹⁸ למאגר זה ניתן להוסיף את המקרה החריג של א' שיתואר להלן, אשר כלל לא הגיע לכדי הגשת כתב אישום, שם סווג מעשה הצילום באופן תמוה כעבירת חוק הסרטונים בלתי מגובשת, אשר הובילה לבסוף לסגירת התיק ללא הפללת המעשה.

כמוזכר לעיל, א' צולמה בעירום ללא הסכמתה על ידי אדם שעזמו קיימה יחסי מין בהסכמה. א' הבחינה בכך, התעמתה עם המצלם ודרשה שימחק את תמונותיה. בעקבות ובגין האירוע א' הגישה תלונה במשטרה, אך בחלוף זמן-מה התבשרה כי התיק בעניינה נסגר בטענה כי המעשה אינו מהווה עבירה פלילית, שכן מנסיבות המקרה לא עולה שהתצלום התפרסם, כלומר לא התקיימה דרישת הפרסום המנויה בעבירת הפרסום המעוגנת בסעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, שזוהתה כעבירה הרלוונטית לאירוע. תלונתה של א' סווגה באופן חריג כמקרה של עבירת הפרסום תחת חוק הסרטונים, והתיק בעניינה נסגר בהיעדר התקיימותה של נסיבת הפרסום, וזאת חרף העובדה שהתקיימו כל יסודות העבירה לפי סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות, המהווה גם היא עבירה פלילית, ולכאורה יכולה הייתה לשמש עילה עצמאית להגשת כתב אישום. כמו כן, ניתן לראות כי חרף הנטייה של מערכת המשפט לסווג צילום מיני ללא הסכמה כעבירת מעשה מגונה, לא היה די בנסיבות המקרה דנן על מנת לזכות בסיווג מתאים מצד גורמי האכיפה.

מאמר זה מבקש להציע הסבר לסיפורה של א' ולמופעי האכיפה השונים באמצעות הצגת ההשפעות המודעות או הסמויות של רוחב מרחב ההסכמה על המשקל שיוחס להיעדר ההרשאה למעשה הצילום בעת סיווג העבירה. בתת-הפרק הבא אציג את המושג "מרחב ההסכמה", המבקש לתאר את צבר ההרשאות שנתן אדם לזולתו בנסיבות מסוימות. בתוך כך אדגים כיצד סיווג העבירה כמעשה מגונה או כעבירת פרטיות גרידא עלול להשתנות בהתאם לרוחב המרחב ההסכמה המשתקף מנסיבות הצילום – בין מקרים המאופיינים במרחב הסכמה רחב, כגון צילום במהלך קיום יחסי מין, לבין מקרים המאופיינים במרחב הסכמה מצומצם, כגון צילום מתחת לדלתות שירותים ציבוריים. פרק זה יתאר כיצד עשוי מרחב ההסכמה לנסיבות שאפפו את האירוע להשפיע באופן מוטעה על המשקל שיוחס להיעדר ההרשאה למעשה הצילום, וכתוצאה מכך על סיווג העבירה שתיוחס למצלם.

ראו ת"פ (שלום ת"א) 5183-11-12 **מדינת ישראל נ' בן ארצי** (נבו 8.10.2015).
 עניין זיו, לעיל ה"ש 92; ת"פ (שלום ראשל"צ) 57544-10-19 **מדינת ישראל נ' אמיר** (נבו 11.5.2020) (להלן: עניין אמיר); ת"פ (שלום חי) 7365-07-16 **מדינת ישראל נ' מתי אברהם** (נבו 27.1.2019) (להלן: עניין מתי אברהם).

2. מרחב ההסכמה

הסכמה היא כוח מחולל הופלדיאני המשנה את מערך החירויות בין שני פרטים.⁹⁹ על פי מודל הזכויות של הופלד (Hohfeld),¹⁰⁰ במצב עניינים רגיל זכותו של אדם אחד מייצרת חובה לזולת לכבד את זכותו זו. בהתאם לכך, הסכמה למין היא הכוח שמחולל את יחסי המין, להבדיל מ"מין ללא הסכמה"¹⁰¹ המעוגן בדין הפלילי כעבירת האינוס. ביישום לענייננו, זכותו של אדם לפרטיות ולצנעת גופו יוצרת לאחר חובה שלא להפר אותה באמצעות הצצה או צילום.

עם התפתחות מעמדן המשפטי של נשים, השתנה יחסם של המשפט והחברה להסכמה למין, וסיטואציות רבות שבעבר חלה עליהן מעין "חזקת הסכמה" של הנפגעת, החלו להיתפס כמערכות המשפט ברחבי העולם כמצריכות הסכמה מפורשת למעשים המיניים.¹⁰² הבולטות בדוגמאות אלה הן אונס במסגרת הנישואין¹⁰³ ואונס בין

⁹⁹ להרחבה על כוחה המחולל נורמטיבית של הסכמה: Felix Koch, *Consent as a Normative Power*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF CONSENT 32 (Peter Schaber, Andreas Müller eds., 2018); Heidi Hurd, *The Normative Force of Consent*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF CONSENT 44 (Peter Schaber, Andreas Müller eds., 2018) (הספר להלן: HANDBOOK OF THE ETHICS OF CONSENT).

¹⁰⁰ Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913). להרחבה על מודל הזכויות של הופלד ראו חיים שיין הפילוסופיה של המשפט: עיון ישראלי 368 (1950); אהרן ברק "הקונסטיוציונליזציה של המשפט המקובל בישראל" הפרקליט 5, 36-35 (2022); אביחי דורפמן "זהירות! חובה" משפטים מב 87, 113-111 (2012). ראו גם התייחסות של בית המשפט העליון למודל בעניין דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, נ(4) 661 (1996) ובעניין בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה נב(3) 721 (1998). להסתייגות מסוימת מהחלת משנתו של הופלד על המשפט הפלילי ראו אלפרד ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט 5, 22 (1983).

¹⁰¹ בהקשר זה יש לציין כי ישנם קולות פמיניסטיים שמסרבים להכיר בקיום הפרדוקסלי של "מין ללא הסכמה". לתגובה פמיניסטית בלתי פורמלית ראו למשל עמוד הפייסבוק "קוראים לזה אונס", אשר מציע גרסה מתוקנת של כתבות שבהן פרשיות אונס תוארו כ"יחסי מין ללא הסכמה": "קוראים לזה אונס" פייסבוק <https://he-il.facebook.com/itscalledRape>.

¹⁰² Robin West, *Legitimation, and Dysphoria, Consent*, REV. L. MOD 83, 1, 33 (2020) (להלן: West).

¹⁰³ עירית נגבי ותמר ברנבלום "מבט פמיניסטי ביקורתי על הישגי הרפורמות החקיקתיות בדיני האונס" המשפט טז 237 (2011). ראו גם West, שם, בעמ' 5.

מכרים,¹⁰⁴ אשר הקשו על התביעה להוכיח את היעדר ההסכמה למעשה, בהשוואה למקרי אונס על ידי "זר שאורב בשיחים", אשר נתפס כמקרה "הדגל" המאפיין את העבירה. יופי תירוש תיארה במאמרה את הפער ביחסו הנורמטיבי של המשפט בין המקרים: אונס בין מכרים תואר כ"Simple Rape" ואילו אונס על ידי אדם זר ברחוב חשוך זכה ליחס כמקרה האותנטי שעליו מבקשת העבירה להגן – "Real Rape".¹⁰⁵ התפאורה סביב מעשי אונס במסגרת נישואין או קשרי חברות קודמים, משווה למעשה חזות של יחסי מין נורמטיביים. במקרים אלה התקשתה מערכת המשפט בעבר לאתר את האלמנט המפילל, קרי, היעדר ההסכמה, וכפועל יוצא מכך שאלת ההסכמה הפכה להיות מורכבת יותר.¹⁰⁶

נראה כי גם לענייננו תפיסות חברתיות שונות עלולות להשפיע על תפיסת משקלה של הסכמה מפורשת או היעדרה. כך למשל לעניין צילום מיני נעדר הסכמה במסגרת סיטואציה אינטימית, ניתן לטעון כי הפגיעה באוטונומיה פחותה ואף מתאינת עם מחיקת התמונה. כלומר, כאשר החשיפה למראה הגוף העירום בפני המצלם נעשתה **מלכתחילה** בהסכמה, הפגיעה באוטונומיה של המצולמת מסתכמת ביצירת תמונה של גופה העירום ללא הסכמתה "בלבד", ולכאורה ניתן למחוק את התמונה ובו ברגע

ראו Amy M. Buddie & Arthur G. Miller, *Beyond Rape Myths: A More Complex View of Perceptions of Rape Victims*, 45 SEX ROLES 139 (2001).

לדיון על ההבחנה בין אונס בין זרים לבין אונס בין מכרים ראו יופי תירוש "סיפור של אונס לא יותר": על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי **משפטים** (3) 579 (2001).

רובין ווסט מתארת כיצד עבר עולם המשפט ממודל הנשען על סטוס משפחתי לעבר מודל מבוסס הסכמה. על פי מודל הסטוס המשפחתי, מין והיריון במסגרת הנישואין הוגדרו כחוקיים ללא קשר לרצונה של האישה ולהסכמתה הקונקרטי. אולם, עם עליית תנועת זכויות האישה ופסיקת בית המשפט העליון האמריקני בהלכת *Roe v. Wade* (שנהפכה לאחרונה), מודל הסטוס המשפחתי הקטגוריאלי פינה את מקומו למודל מבוסס הסכמה. כך נוצרו קטגוריות חדשות מבוססות הסכמה המבחינות בין "סקס חוקי" ל"סקס לא חוקי". ברם, מודל זה השטיח את מושג ההסכמה, ויצר דיכוטומיה חדשה בדומה לדיכוטומיית התא המשפחתי – כל מה ש"מוסכם", הפך גם לחוקי וגם לרצוי. ההתמקדות בהסכמה יצרה לגיטימציה להתעלמות מפגיעה הנלווית למעשה המוסכם. מאחר שהיה בידה של האישה להסכים להיריון וללידה, למשל, ברור שעליה לשאת בהשלכות הבחירה, ולא לצפות לתנאים חברתיים שיאפשרו לה גם להיות הורה מטפל עיקרי וגם לחיות בתנאים של אוטונומיה – למשל בדמות הגשמה עצמית מקצועית ורווחה כלכלית. מבחינה מינית, התמקדות יתרה בשאלת ההסכמה המקדימה למין, והאדרתו כרכיב הרצוי הכמעט יחיד, מתעלמת מהתנאים החברתיים, המגדריים והמעמדיים שעשויים להיכלל באותה הסכמה, כאשר גם "סקס חוקי" אינו בהכרח "סקס טוב". West, לעיל ה"ש 102.

לצמצם באופן ניכר את הפגיעה.¹⁰⁷ זאת ודאי בהשוואה למקרים שבהם להיעדר ההסכמה לצילום מתווסף היעדר הסכמה לחשיפה מלכתחילה למראה הגוף העירום של המצולמת. למשל במקרה שבו הפוגע מצלם את איבריה המוצנעים של המצולמת ללא ידיעתה והסכמתה – צילומים שנעשים במרמה ובהיחבא, למשל תחת דלתות שירותים ציבוריים, בעזרת מצלמות נסתרות, או תוך השתלטות על מכשירים בעלי יכולת צילום בסביבה, כאשר המצולמת לא חשפה, ולא הייתה לה כל כוונה לחשוף, את גופה העירום בפני המצלם.¹⁰⁸

במאמר זה אבקש להציע מונח חדש להבחנה בין שתי קבוצות המקרים – **מרחב ההסכמה**. מונח זה מבקש לתאר את **צבר** ההרשאות שנתן אדם לזולתו בנסיבות מסוימות. ככל שצבר ההרשאות גדול יותר, כך מתרחב מרחב ההסכמה שאפיינ את הסיטואציה. כך, סיטואציה שבה אדם ביצע כמה פעולות על בסיס הרשאות מוסכמות שניתנו לו, ולאחר מכן חרג מהן בפעולה נוספת,¹⁰⁹ מתאפיינת במרחב הסכמה **רחב** לנסיבות. זאת ודאי בהשוואה לסיטואציה שבה אדם ביצע פעולה בהיעדר הרשאה לבצעה, כאשר לפעולתו לא קדמו שום הרשאות מוסכמות כלשהן. לדוגמה, מקרה שבו אדם נכנס לחצר חברו בהמשך להרשאה שנתן לו להיכנס לביתו, משקף מרחב הסכמה רחב יותר מאשר מקרה שבו אדם נכנס לחצרו של אדם אחר ללא כל היכרות או הרשאה מוקדמת. לענייננו, מקרים שבהם החשיפה של הפוגע לגופו העירום של הנפגע נעשתה בהסכמה, למשל במסגרת יחסי מין מוסכמים, מאופיינים במרחב הסכמה רחב יותר למכלול הנסיבות שבמסגרתן התקיימה העבירה – היכרות מוקדמת עם המצלם, הסכמה ליחסי מין ולחשיפת הגוף העירום בפני המצלם, ולמעשה היעדר ההסכמה נוגע **לעצם צילום התמונה** בלבד. לעומת זאת צילום תחת דלת שירותים ציבוריים מתאפיינ במרחב הסכמה מצומצם יותר לנסיבות – היעדר היכרות מוקדמת עם המצלם, היעדר הסכמה לחשיפתו למראה הגוף העירום של המצולמת, והיעדר הסכמה למעשה הצילום.

כעת עולה השאלה מהי הנפקות הנורמטיבית של מרחב ההסכמה, אם ישנה? מחד גיסא, ניתן לטעון כי ככל שמרחב ההסכמה לנסיבות מצומצם יותר, כך גדל **היקף** הפגיעה בפרטיות ובאוטונומיית הנפגע – מאחר שהפוגע פעל תחת פחות הרשאות. למשל, במעשה צילום מיני במרחב הסכמה מצומצם לנסיבות, מתווספת לפגיעה שנגרמת בעצם הצילום פגיעה נוספת – היעדר הרשאה לחשיפה למראה הגוף העירום של המצולמת באופן כללי, לא רק היעדר הסכמה לצילומו. במקרים אלה המצלם משתמש ביצירת התמונה ככלי שדרכו יוכל להיחשף למראה הגוף העירום מבלי שהמצולמת הסכימה לכך, ובכך מכפיף אותה להגדרה מינית כאילו אין חשיבות לרצונה באשר למי שייחשף למראה גופה.

107 השוואה מעניינת תהיה להשפעות הזכות להפלה על התפיסות החברתיות של נזקי האונס כאשר היכולת לסיים היריון שנוצר כתוצאה ממעשה אונס, נתפסה כ"משככת" רבים מנזקיו. שם, עמ' 12-11.

108 לדוגמה ראו עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 20.

109 הכוונה, למשל, לפעולה חדשה לחלוטין, או לפעולה שניתנה הרשאה קודמת לבצעה, אך כעת המבצע מבקש לחזור עליה גם בנקודת הזמן הנוכחית.

אולם, מאידך גיסא, לא ניתן לטעון כי אם החשיפה המקדימה למראה הגוף העירום הייתה מוסכמת, הפגיעה במצולמת מסתכמת אך ורק בקיומה של תמונה, הניתנת למחיקה. כמפורט בפרק א, לטענת מאמר זה הפגיעה המינית הנגרמת במעשה הצילום מתרחשת **בעצם** הצילום המתמקד במיניות המצולם ללא הסכמתו, פעולה המחפיצה אותו לכדי אובייקט מיני, משטיחה אותו לכדי זהותו המינית בלבד ונוטלת ממנו שליטה על המידע הקשור בגופו העירום, וזאת ללא קשר לשאלה האם המצלם נחשף לראשונה למראה הגוף העירום של המצולם באמצעות הצילום, או האם נחשף לו קודם לכן בהסכמה. **כלומר, הפגיעה הייחודית נגרמת בעצם פעולת הצילום המיני נעדר ההסכמה, פגיעה מינית לכל דבר ועניין, ללא קשר להיקף מרחב ההסכמה שאפף את הנסיבות.** גם לעניין הפגיעות השניוניות אשר צוינו לעיל – כפיית סיכון כי התצלום יופץ מעצם יצירתו במדיום דיגיטלי חדיר, וכן תחושת חוסר שליטה על גורל התצלום ושימושו העתידיים של המצלם בו, אין כל נפקות לקיומה של הסכמה מטרימה לחשיפת המצלם למראה גופו של המצולם. הסכמתו של המצולם להיחשף בפני המצלם בנקודת זמן קונקרטי לצורך קיום יחסי מין מוסכמים למשל, אינה מהווה הכשר נצחי עבור המצלם להיחשף למראה הגוף מתי שרצה, ולכל צורך שיחפוץ בו, על ידי החזקה בתצלום. ככלל, נראה כי בעולמות שבהם האלמנטים הטמפורלי והקונקרטי של המעשה מקבלים חשיבות יתרה¹¹⁰ – כגון בעבירות פרטיות ועבירות מין – אין בהסכמה מקדימה לנסיבות אחרות להכשיר את ביצוע המעשה בהיעדר הסכמה.

אחד העקרונות המגנים על הפרט מפני הרחבה מלאכותית של הסכמה קונקרטי שנתן לזולתו, הוא עקרון **צמידות המטרה**, עקרון יסוד בדיני הגנת הפרטיות. עיקרון זה מקנה לפרט שליטה במידע על ענייניו הפרטיים גם לאחר שיצא מידיו, באמצעות הגבלת השימוש במידע אך ורק למטרה שלשמה הוא נמסר.¹¹¹ העיקרון אוסר על

Bart Custers et al., *Consent as a Normative Power*, in HANDBOOK OF THE ETHICS OF CONSENT, לעיל ה"ש 99, בעמ' 252-254. 110

עקרון צמידות המטרה מעוגן בדין הישראלי בס' 2(9) לחוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 3, המגדיר שימוש בידיעה שלא למטרה שלשמה נמסרה כפגיעה בפרטיות, וכן בס' 8(ב), האוסר על בעלי מאגר מידע להשתמש במידע שלא למטרה שלשמה הוקם המאגר. עיקרון זה קיבל ביטוי גם בפסיקה הישראלית, ראו למשל עת"מ (מנהליים ת"א) 11-24867-02 **איי.די.איי חברה לכיטוח בע"מ נ' רשם מאגרי המידע** (נבו 5.8.2012), שם נקבע כי "עקרון צמידות המטרה [...] מהווה עקרון יסוד בדיני הגנת הפרטיות". להרחבה על עקרון צמידות המטרה ראו בירנהק, לעיל ה"ש 21, בעמ' 251. העיקרון (המכונה *purpose limitation*) זכה לביטוי גם בדין האירופי להגנת מידע אישי: *the of 2016/679 (EU) Art. 5.1(b) to Regulation Protection the on 2016 April 27 of Council the of and Parliament European on and Data Personal of Processing the to Regard with Persons Natural of EC/95/46 Directive Repealing and ,data such of Movement Free the (Regulation Protection Data General)*, O.J 2016, (119 L) 1 (EU) (להלן: ה-GDPR) בס' 5(1)(b), שם נקבע כך: 111

"1. Personal data shall be :

שימוש בידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם שניתנו לו לצורך מסוים מעבר לצורך זה, או על מסירתה לאחר. באנלוגיה לעיקרון זה, הסכמתו של אדם לחשוף את גופו בפני המצלם ברגע נתון (לצורך יחסי מין למשל), אינה מקנה למצלם זכות לחזות בגופו בכל עת שיחפוץ, או זכות לתעד את גופו בתצלום.¹¹² באופן דומה, כאשר מדובר בעבירת הפרסום, אין חשיבות לעובדה, אם מתקיימת, שתמונות העירום צולמו ואף נשלחו למפיץ בהסכמת המצלם – שכן היעדר הסכמת המצלם להפצה היא-היא הבסיס לעבירה.¹¹³

ביטוי לשימוש דומה בעקרון צמידות המטרה בעבירות הצילום, מצוי בפסיקה של בית המשפט העליון הקנדי משנת 2019 אשר עסקה בשאלה באילו תנאים קיימת לאדם "ציפייה סבירה לפרטיות". במסגרת פסק הדין הבחין נשיא בית המשפט העליון הקנדי בין הסכמה של אדם להיחשף בעירום ולחלוק עם אדם אחר את "המידע" הנוגע למראה גופו לצורך מטרה מסוימת, כגון לצורך קיום יחסי מין, לבין הסכמה לתיעוד אותו מידע באמצעות צילום.¹¹⁴ קביעה דומה התקבלה גם בפסיקה של בית המשפט לערעורים

[...]

(b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes; further processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes shall, in accordance with Article 89(1), not be considered to be incompatible with the initial purposes ('purpose limitation')."

לעניין זה יפים דבריה של השופטת הדסה נאור בעניין **מדינת ישראל נ' בן ארצי**, לעיל ה"ש 97. בפס' 9 לפסק דינה: "צודקת המאשימה בטענתה כי **העובדה שהמתלוננות הסכימו לעצם קיום יחסי המין ולחשיפתן לעיני הנאשם בשעת המעשה, אין בה כדי להוות הסכמה לויתור גורף על פרטיותן**" (ההדגשה אינה במקור).

דניציג-רוזנברג ורוזנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 286 בה"ש 76. גם בפסיקה האמריקנית נקבע שהסכמה לצילום אינה מעידה על הסכמה לפרסום, ראו למשל *Overstreet v. State*, 724 N.E.2d 661, 663 (Ind. Ct. App. 2000).

114 *Jarvis .R v*, 10 SCC 2019, [2019] 1 S.C.R. 488. מדובר בערעור על זיכוי של מורה שהואשם בעבירת המציצנות (voyeurism) בגין צילום בעל אופי מיני של תלמידות באמצעות מצלמת וידאו נסתרת שהוטמנה בעט שלו. מעניין לציין כי אף שהמקרה התאפיין במרחב הסכמה מצומצם לנסיבות, בחר בית המשפט הקנדי להשתמש בדוגמה המשקפת מרחב הסכמה רחב לנסיבות – הסכמה מקדימה לחשיפה לעירום במסגרת יחסי מין. בפס' 38 לפסק הדין נקבע כך: "38. In my view, a typical or ordinary understanding of the concept of privacy recognizes that a person may be in circumstances where she can expect to be the subject of certain types of observation or recording but not to be the subject of other types [...] a person who chooses to disrobe and engage in sexual activity with another person and who necessarily expects to be observed by that other person while she is nude and engaging

הבריטי משנת 2020, שם חיזק בית המשפט את טענתו כי לאדם יש ציפייה לפרטיות במובן של "לא להיות מצולם" גם במסגרת יחסי מין מוסכמים, באמצעות הדוגמה כי הסכמה להיחשף בעירום בפני רופא לשם ביצוע בדיקה רפואית, אינה תקפה אם הרופא יצלם את גופו של המטופל, שלא לצורך רפואי.¹¹⁵

לפיכך, אף שניתן לטעון כי היקף הפגיעה במקרים של מרחב הסכמה רחב הוא מצומצם בהשוואה להיקף הפגיעה של מי שלא הסכימה לחשוף את גופה העירום בפני המצלם, קשה לטעון כי מדובר בפגיעה חמורה פחות. אדרבה, ניתן לטעון כי **עוצמת** הפגיעה דווקא מתחזקת במקרים המאופיינים במרחב הסכמה רחב לנסיבות, וכי האמון שנתנה הנפגעת בפוגע, במתן ההרשאות שקדמו למעשה, הופר, והוביל לפגיעה קשה בתחושת האמון שחשה כלפיו, בייחוד כאשר הייתה לה ציפייה **גבוהה** כי פרטיותה והאוטונומיה שלה תישמרנה מכל משמר. אותו חיסיון חברתי משתמע אשר חל על מידע מיני בין פרטנרים, ומהווה תנאי בסיס לקיום יחסים אנושיים פיזיים ואחרים, מופר, ומשמעותו פגיעה אנושה בזכותה של המצולמת לפרטיות מינית. כך למשל צילום מיני ללא הסכמה על ידי בן-הזוג של המצולמת, שנתנה בו אמון וחשפה בפניו את גופה העירום, מתוך ציפייה מוגברת לשמירת פרטיותה וכבודה, עלול לפגוע בתחושת האוטונומיה המינית שלה ובזכותה לפרטיות מינית ברובד ייחודי בהשוואה לאדם זר, הגם ש"ממילא" ניתנה הסכמה לבן-הזוג לחזות בגופה העירום.¹¹⁶

לסיכום נקודה זו, בין שהיקף הפגיעה נרחב יותר כשהעבירה מבוצעת במרחב הסכמה מצומצם לנסיבות, ובין שעוצמת הפגיעה באמון הפרט גבוהה יותר כשהעבירה

in that activity. Her privacy would nonetheless be violated if that other person, without her knowledge, video recorded the two of them engaging in the activity"

115 R. v. Richards [2020] EWCA Crim 95 (להלן: Richards). ס' 67 (3) לחוק עבירות המין הבריטי מציב שלושה תנאים מצטברים – תיעוד של אדם אחר מבצע מעשה פרטי; מתוך כוונה שהוא או אדם אחר יקבלו סיפוק מיני מצפייה בתיעוד; תוך ידיעה שהמצולם לא נתן את הסכמתו למימוש כוונה זו באמצעות הצילום. זו לשונו:

A person commits an offence if—

- (a) he records another person (B) doing a private act,
- (b) he does so with the intention that he or a third person will, for the purpose of obtaining sexual gratification, look at an image of B doing the act, and
- (c) he knows that B does not consent to his recording the act with that intention.

116 כמו כן ייתכן שתוכן הצילום יהיה אינטימי ולפיכך פוגעני יותר בהתאמה – פרטנר למין נגיש למופע ההתנהגות האינטימי ביותר של האדם, כאשר הוא מופשט מקליפותיו ומממש את צרכיו המיניים, ועל כן התוכן שאותו יתעד בצילום עשוי להיות אינטימי ביותר, ודאי בהשוואה לצילום על ידי זר שאינו נגיש בדרך כלל לתוכן מסוג זה. בהתאמה, הפגיעה בנפגע עלולה להיות עצימה יותר.

מבוצעת על רקע מרחב הסכמה רחב לנסיבות, ברי כי היעדר ההסכמה לביצוע המעשה הקונקרטי טעונה הפללה בשני המקרים כעבירת מין. הפגיעה המינית בעבירת הצילום מתרחשת בעצם מעשה הצילום המתמקד במיניות המצולם ללא הסכמתו, ללא תלות במרחב ההסכמה שאפף את הנסיבות שקדמו לו. על כן, נראה כי אין הצדקה נורמטיבית למופעי האכיפה השונים המתוארים לעיל, המצביעים על פער בין נטיית גורמי האכיפה לסווג את העבירה כמעשה מגונה במקרים של צילום המאופייין במרחב הסכמה מצומצם, לבין מקרים המאופיינים במרחב הסכמה רחב, לטובת הראשון. לפיכך, מאמר זה מבקש להציע הסבר למופעי האכיפה השונים, הנעוץ בהשפעות המודעות או הסמויות של רוחב מרחב ההסכמה על המשקל שייחוס להיעדר ההרשאה למעשה הצילום.

3. השפעות מרחב ההסכמה על סיווג העבירה

כדי לעמוד על הסיבה האפשרית לקיומן של גישות אכיפה שונות ביחס לאותו מעשה – צילום מיני נעדר הסכמה – יש לבחון אפרוריות כיצד פועל הכוח המחולל של ההסכמה.¹¹⁷ ניתן להבין את הגישות השונות להסכמה בעזרת שני מודלים, בהשאלה ממודל הגל-חלקיק הפיזיקלי המשמש לתיאור תכונותיו הפיזיקליות של האור.¹¹⁸ בהשאלה ממודל הגל, ניתן לראות בהסכמה ככוח רציף, בעל מיקום בלתי מוגדר (בדומה לגל הפיזיקלי), המרחף מעל מערכת היחסים בין הפרטים. כלומר הרשאה לעבור מנקודה א' ל-ב', עשויה לייצר בסיטואציות מסוימות הסכמה מתמשכת לעבור

להרחבה על תאוריות שבירת הבינריות ראו רותי לבנשטיין-לזר "מבט חדש על הסכמה בעבירת האיננס" **עיוני משפט** מב 67, 75-78 (2019) (להלן: לבנשטיין-לזר). בין התאוריות של שבירת הבינריות ניתן למצוא, למשל, את מודל התקשורת (The Negotiation Model) של מישל אנדרסון, ראו Michelle J. Anderson, *Negotiating Sex*, 78 S. CAL. L. REV. 1401 (2005); את מודל המיניות התקשורתית (The Communicative Sexuality Model) של לואי פיננו, ראו Lois Pineau, *Date Rape: A feminist Analysis*, PHIL & LAW 8 (1989) 217; מודל של שיח ותקשורת באינטראקציות מיניות של שולמית אלמוג וקארין כרמית יפת, ראו שולמית אלמוג וקארין כרמית יפת "מיניות מגדר ומשפט – חלק ב: לקראת המשגה חדשה של מיניות נשית במשפט הישראלי" **משפטים** מה 653 (2016).

עד המאה ה-17 התפיסה הרווחת, שנשענה בעיקר על עבודתו של אייזיק ניוטון, גרסה כי האור מורכב מחלקיקים. ברבות השנים החלה להתפתח תאוריה מתחרה, שקנתה לה שביטה בעקבות עבודתו של תומס יאנג, שטענה כי האור הוא גל. אולם, במאה ה-20 התערער גם תוקפה של תאוריה זו, בין היתר עקב עבודתו של אלברט איינשטיין, והתברר כי המציאות מורכבת יותר. כיום, מקובל לייחס לאור גם תכונות של גל וגם תכונות של חלקיק. להרחבה ראו Ran Kuttner, *The Wave/Particle Tension in Negotiation*, 16 HARV. NEGOT. L. REV. (2011).

מנקודה ב' ל-ג', וההסכמה הראשונית היא שמקשרת בין חלקי הסיטואציה.¹¹⁹ המודל החלקיקי לעומת זאת יתאר את ההסכמה ככוח מקוטע, בעל אלמנט **טמפורלי** ואלמנט **קונקרטי** ברורים, הנכונים רק למקטע מסוים בזמן מסוים ולצורך מסוים.¹²⁰ על פי מודל זה, הסכמה להגיע מנקודה א' ל-ב' אינה מכשירה התקדמות מנקודה ב' ל-ג'. פיזיקאים הגיעו למסקנה שלאור ישנן שתי התכונות בעת ובעונה אחת וכי יש לייחס לו את שני המודלים באופן דואלי. כך גם לגבי הסכמה, אשר ניתן לראותה במקרים מסוימים כטמפורלית וקונקרטית, ובמקרים אחרים כגל רציף, המקשר בין שני מאורעות שונים.

מרחב ההסכמה, כאמור, מתאר את **צבר** ההרשאות שנתן אדם לזולתו בנסיבות מסוימות. ככל שצבר ההרשאות גדול יותר, כך מתרחב מרחב ההסכמה שאפף את הסיטואציה. אם כן, אבקש להציע כי ככל שמרחב ההסכמה רחב יותר, כך נתקשה לאתר את הרכיב החלקיקי – הטמפורלי והקונקרטי – של ההסכמה, וניטה באופן לא רציונלי לראותה כגל רציף המרחף מעל הסיטואציה. במסגרת זו צבר ההרשאות המקדימות שניתנו לנסיבות אחרות שאפפו את הסיטואציה, עלול להשליך, **באופן מוטעה**, על המשקל שיינתן להיעדר ההסכמה למעשה העבירה הקונקרטי, או אף להוביל ליצירת הסכמה קונסטרוקטיבית, משתמעת, לביצוע המעשה נעדר ההרשאה. לפיכך, ככל שמרחב ההסכמה רחב יותר, כך עלול להתגבר החשש שמשקיף חיצוני ישלים מדמיונו את היעדר ההסכמה, בהתאם לתפיסתו הסובייקטיבית כיצד אמורה להתרחש ההשתלשלות "הטבעית של הדברים".¹²¹

¹¹⁹ למאמר התומך במידת מה בתפיסת ההסכמה כגל ראו Gideon Yaffe, *Hypothetical Consent*, in *ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF CONSENT*, בעמ' 95-104, המתאר מקרים שבהם מוצדק להכיר בקיומה של הסכמה משתמעת אף בהיעדר אינדיקציה לכך, מטעמים פטרנליסטיים.

¹²⁰ על אופייה הקונקרטי והטמפורלי של הסכמה ראו Neil C. Manson, *The Scope of Consent*, in *ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF CONSENT*, בעמ' 65-74, 67 שם דבק המחבר במודל החלקיקי וגורס כי גם במקרים שבהם הסכמה מצטיירת כרחבה, היא אינה הופכת ל"רקמה פתוחה" באף שלב: "Because actions can be individuated indefinitely finely, or with reference to indefinitely many individuating factors, it is correct, in one sense at least, that an act of consent permits indefinitely many actions. But this does not imply that an act of consent permits anything or that it is somehow "open". There is nothing odd or untoward about this kind of "open-but-bounded" feature of consent; it is a general feature of communication"

¹²¹ ראו בהקשר אחר Michael Birnhack, *The Temporal Dimension of Surveillance, Surveillance & Society* (Forthcoming, 2023). מאמרו של בירנהק העוסק בטכנולוגיות מעקב, מתאר את הממד הטמפורלי כמשחק בין וקטורי זמן שונים, הנתונים להטיות נרטיביות מצד השחקנים השונים המשתתפים במעקב.

הגם שישנם תחומי חיים ומשפט שבהם תכונותיה הדואליות של ההסכמה עשויות להיות בעלת ערך, והמשפט אף יבקש לייצר מנגנונים של הסכמה המשכית משתמעת,¹²² ישנם תחומי חיים שבהם ראוי להתייחס להסכמה כחלקיקית בלבד – תחומים שבהם מבקשים המשפט והחברה לשמור על אוטונומיית הפרט מכל משמר, כגון עבירות מין. ייחוס תכונת הגל להסכמה בעולם עבירות המין עלול להוביל לפגיעה קשה מנשוא בחירות הפרט וזכותו לכבוד. לא זו בלבד, תפיסת ההסכמה כגל בתחום עבירות המין עלולה להיות מושפעת מסטריאוטיפים חברתיים על הסכמה למין, ובכך להוביל ליצירת נרטיבים מעוותים באשר לשאלה איך נראית הגרסה "האמתית" של העבירה, אותו "Real Rape" שמתארת תירוש, כפי שהוצג לעיל.¹²³

על בסיס האמור, תאוריית מרחב ההסכמה מזמינה קריאה ביקורתית של מדיניות האכיפה, ומתארת כיצד קיומה של הסכמה מטרימה לנסיבות אחרות שקדמו לעבירה, עלול לצבוע את האירוע בגוון אחר בעיני גורמי האכיפה, בהיעדר כל הצדקה נורמטיבית לכך.

ישנן סיטואציות משפטיות שבהן דווקא נרצה להכשיר הסכמה משתמעת על בסיס הסכמה מקדימה. כך למשל פועלת זיקת ההנאה מכוח התיישנות המעוגנת בס' 94(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 ס"ח 259, שלפיה "מי שהשתמש בזכות הראויה להוות זיקת הנאה במשך תקופה של שלושים שנים רצופות רכש את הזיקה והוא זכאי לדרוש רישומה", כאשר ההסכמה הראשונית מרחפת מעל היחסים החוזיים-קנייניים בין הצדדים ומאפשרת רכישת זיקה גם בהיעדר הסכמה מפורשת לרישום, בין היתר בשל הציפייה המוגנת מצמחה למשתמש לאורך השנים. דוגמה נוספת ניתן לשאוב מדיני חוזים, עולם שבו הסכמה משתמעת מתקבלת ככוח מחולל לכל דבר ועניין במגוון הקשרים, כגון כריתת חוזה או הארכתו בהתנהגות, והשלמת תנאי מכללא בחוזה, כאשר המטרה היא להגן על ציפיית הצד השני לחוזה, גם במחיר פגיעה לכאורית באוטונומיה של מי שייחסו לו הסכמה משתמעת. ראו למשל גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 486-487 (מהדורה רביעית 2019) שם מתואר תהליך ההשלמה של החוזה כתהליך ה"מבוסס על ההנחה כי בעניין מסוים לא גיבשו הצדדים רצון משותף ולא הסכימו לגביו – במודע או שלא במודע"; עוד על ערעור חשיבותה של ההסכמה במועד כריתת החוזה ראו אצל דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (כרך א 1991). מעניין לקרוא את הציטוט המובא להלן, בהשוואה לתפיסת ההסכמה בתחום עבירות המין, שם שמורה לצדדים הזכות לחזור בהם מהצעתם או הסכמתם למין, בכל רגע נתון: "יתכן שבשלב שבין מתן הודעת קיבול לבין מסירתה, יבקש המציע לחזור בו מן ההצעה. אך זאת לא יוכל. וכן, בהצעה ללא חזרה, ייתכן שלאחר מסירתה לניצע, יתחרט המציע, ויבקש לחזור בו מהצעתו. גם זאת לא יוכל. יוצא, אפוא, כי בעת כריתת החוזה (הרגע שבו נמסרה הודעת הקיבול) הצדדים אינם idem ad, שהרי רק הניצע מעוניין בחוזה, אך אין לכך חשיבות, שכן מועד כריתת החוזה אינו רלבנטי לעניין זה".

במובן זה מחזק מודל מרחב ההסכמה את כתיבתה של ווסט בשאלה מהו "סקס טוב" להבדיל מ"חוקי" ואת כתיבתה של לבנשטיין-לזר על הצורך במעבר למודל של הסכמה פוזיטיבית, אשר מזוהרות מפני ההשלכות החברתיות של התמקדות יתרה בהסכמה למין, ולא בשאלת רצונה הממשי של האישה – כאשר שאלת ההסכמה המקדימה למין עלולה להקרין על סיווג העבירה. להרחבה ראו לבנשטיין-לזר, לעיל ה"ש 117; West, לעיל ה"ש 102, בעמ' 33.

122

123

גם לענייננו, תאוריית מרחב ההסכמה עשויה לספק הסבר לספקטרום מופעי האכיפה האפשריים ביחס למעשה צילום מיני ללא הסכמת המצולם. כפי שאדגים להלן, מרחב ההסכמה עלול להשפיע, בין באופן מודע ובין באופן לא מודע, על מדיניות האכיפה בסיווג מקרי הצילום השונים, ועובדת קיומה של הסכמה לחלק מנסיבות המאורע – כמו למשל חשיפה מקדימה לעירום – עלולה להקרין, בעת ניתוח העבירה, על המשקל שיינתן להיעדר הסכמת המצולם לצילום. השפעה מתעתעת זו של מרחב ההסכמה עשויה להוביל לתת-סיווג של מקרי צילום המתמקדים במיניות המצולם במרחב ההסכמה רחב לנסיבות, כעבירות מין, ואף הפללתם כעבירות בכלל. בחלק הבא אבקש לנתח את שלל מופעי האכיפה: מעשה מגונה, עבירת פרטיות ואף חוק הסרטונים, בראי תאוריית מרחב ההסכמה ולספק באמצעותה הסבר לרפואי הסיווג השונים בין מקרים המאופיינים במרחב ההסכמה מצומצם כגון צילום מתחת לדלתות שירותים, לבין מקרים המאופיינים במרחב ההסכמה רחב כגון צילום במהלך קיום יחסי מין, וביניהם המקרה של א'. כמו כן, בחלק זה אנסה להסביר כיצד המקרה של א' סווג באופן מוטעה כעבירת חוק הסרטונים, טעות שהביאה לסגירת התיק ללא כל הפללה, אף שברור כי מדובר בצילום מיני נעדר ההסכמה שראוי להתייחס אליו לא רק כעבירת פרטיות, אלא כעבירת מין לכל דבר ועניין.

(1) מעשה מגונה

מחד גיסא, הודות להגדרתה הגמישה של עבירת המעשה המגונה, היא מהווה מעין "עבירת סל" שניתן להחילה בנקל על מגוון רב של נסיבות. בשל כך עבירת המעשה המגונה משמשת בין היתר להפללת התנהגויות מיניות במרחב המרשתת הנעדרות מגע פיזי, ואשר היה קשה לייחסן לעבירות מין אחרות, ספציפיות יותר.¹²⁴ כך תיאר השופט זילברג את עמימותה וגמישותה של עבירת המעשה המגונה, כ"עבירת סל": "המונח 'מעשה מגונה' אינו נתון להגדרה ממצה ומדויקת. דבר זה אין לך בו אלא מקומו ושעתו, והשקפות החברה בה מבוצע המעשה. ברוב המכריע של המקרים – אך לא תמיד ממש – מצוי במעשה זה יסוד של יצרי מין".¹²⁵

¹²⁴ ראו לדוגמה עפ"ג (מחוזי מר') 13982-05-12 יעקב נסים נ' מדינת ישראל (נבו 6.11.2012); רע"פ 2681/19 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 29.5.2019).

¹²⁵ ע"פ 315/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' ג'בארה, יג 565 (1959), בעמ' 566. עוד ראו את דבריו של השופט חשין בע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, נח(3) 168 (2004) "קשה להשתחרר מהתרשמות כי מושג זה של 'מעשה מגונה' מושג חמקמק הוא לא מעט, ולא אך חמקמק הוא; אף חלקלק הוא. 'עם זאת', כפי שאמר השופט זמיר בעש"מ 6713/96 מדינת ישראל בן אשר [4], בעמ' 682, '...כפי שנאמר לגבי פיל, אף שקשה להגדיר אותו, כשרואים אותו, אין קושי לזהות אותו'. ואולם מתוך שברין העונשין ענייננו, לא נלאה מניסיונות חוזרים ונשנים להבין ולהגדיר – לא אך באינטואיציה אלא בדרך מושכלת אף-היא – 'מעשה מגונה' מהו. וכך, בסוף כל הסופות, דומה, התשובה לשאלה היא שאמורים אנו לגזור את הגנות שבמעשה פלוני מאותו מקום שמושג המעשה המגונה בא אלינו, דהיינו מתוך השקפות החברה

מאידך גיסא, אותה גמישות המאפיינת את "עבירות הסל" מתגלה כאליה וקוץ בה. מאחר שעבירה זו משמשת ככלי ליציקת משמעות לפי "השקפות החברה בה בוצע המעשה" כדברי השופט זילברג, מקרים רבים עלולים "ליפול בין הכיסאות" ולא להצטייר בעיני גורמי האכיפה כמעשה מגונה. כך למשל, ניתן להשוות בין המקרה של **פלוני** שהובא לעיל – צלם סדרתי שצילם נשים ואף קטינות תוך פריצה לבתיהן, לעניין **זיו**,¹²⁶ עניין **אמיר**,¹²⁷ עניין **אברהם**¹²⁸ וסיפורה של א', אשר ככולם צולמו נשים ללא הסכמתן במסגרת יחסי מין מוסכמים. בעוד שבעניין **פלוני**, העבירה סווגה כמעשה מגונה, במקרים האחרים – **זיו**, **אמיר ואברהם** – צילום העירום סווג כעבירת פרטיות בלבד, ואילו המקרה של א', הסתיים ללא כל הפללה והיא ניצבה בפני שוקת שבורה.¹²⁹ למעשה, בבחינה כמותית, ניתן לראות כי הרוב המוחלט של המקרים שבהם נוסף לאישום בגין פגיעה בפרטיות עקב צילום ללא הסכמה ברשות היחיד, יוחסה לפעולת הצילום עבירה של מעשה מגונה, היו מקרים בעלי מרחב הסכמה מצומצם לנסיבות – צילום מצינני של איברי המין, מחוץ לדלתות שירותים או מקלחות, ללא הסכמה מוקדמת לחשיפה לגוף העירום.¹³⁰ זאת בהשוואה למקרה אחד בלבד שבו יוחסה עבירה של מעשה מגונה בגין צילום במסגרת יחסי מין מוסכמים.¹³¹ ייתכן כי הנחיית המשנה לפרקליט המדינה סייעה לשיכוך מסוים של פער זה, אך נראה כי גם בשנים שלאחר פרסומה של ההנחיה, ניתן לאתר מקרים שבהם הצילום נעשה, כנראה, לצורך סיפוק או גירוי מיניים, אך בכל זאת סווגו כעבירת פרטיות בלבד.¹³² ויזכר כי ניתוח זה אינו כולל מקרים שבהם הצילום נלווה למעשה מגונה אחר, בשל הקושי לבודד האם עצם הצילום הוגדר כמעשה מגונה, אף על פי שגם מקרים אלה עשויים להצביע על נטייה מוגברת לסווג צילום כמעשה מגונה, בעיקר במקרים המאופיינים במרחב הסכמה צר מאוד לנסיבות.

באשר להיותו של מעשה פלוני מעשה מגונה. המבחן הוא 'מבחן אובייקטיבי, מעשה שעל פניו קיים בו אלמנט מגונה על-פי השקפות החברה בה מתבצע המעשה'."

עניין **זיו**, לעיל ה"ש 92. 126

עניין **אמיר**, לעיל ה"ש 98. 127

עניין **מתי אברהם**, לעיל ה"ש 98. 128

חלקם גם בימים שלאחר הנחיית המשנה לפרקליט המדינה המתוארת לעיל. 129

ראו למשל עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 20; רע"פ 3371/11 **וקנין נ' הצבאי הראשי** (נבו 11.5.2011); 130

ת"פ (שלום קר) 18951-12-19 **מדינת ישראל נ' שמש** (נבו 7.3.2021) (להלן: עניין **שמש**);

ע/40/17 **שרון נ' התובע הצבאי הראשי** (נבו 29.10.2017); ראו **התובע הצבאי הראשי נ' ש' נ'**,

לעיל ה"ש 75; ז"י (צבאי דר') 273/17 **התובע הצבאי נ' ר' ק'** (נבו 27.5.2018); (צבאי דרום)

407/20 **התובע הצבאי נ' אברגיל** (נבו 27.1.2022) (להלן: עניין **אברגיל**); (צבאי מר') 148/18

התובע הצבאי נ' ני כהן (נבו 18.12.2018); ח"א (צבאי מר') 168/18 **התובע הצבאי נ' רדוצקי**

(נבו 20.3.2019); (צבאי צפון) 24/21 **התובע הצבאי נ' רונצויג** (נבו 11.8.2021).

גם שם יצוין כי כתב האישום איחד בין מקרי צילום מצינניים מבעד לדלתות מקלחות ותאי 131

שירותים לבין מקרים שבהם הסריט הפוגע יחסי מין מוסכמים שקיים עם המצולמות.

עניין **אמיר**, לעיל ה"ש 98; עניין **זיו**, לעיל ה"ש 92. 132

בראי עולם ההסכמה, ההבדל בין המקרים ברור – רוחב מרחב הסכמתן של הנפגעות למכלול הנסיבות שאפף את המעשה. בעניין פלוני ואחרים, מרחב ההסכמה של המצולמות מצומצם ביותר – אין להן היכרות מקדימה עם הפוגע; אין כל הסכמה מצידן לחשיפת גופן בפניו (לשם כך נדרש הפוגע לבצע פעולות נוספות של חדירה לפרטיות, כגון צילום מתחת לחצאית או הצצה לשירותים ציבוריים); וכמובן לא הסכימו לצילום. לעומת זאת, בעניין זיו, אמיר ואברהם ובמקרה של א', שבהם הצילום בוצע במסגרת סטואציה אינטימית, מרחב ההסכמה לנסיבות רחב: ישנה היכרות מוקדמת עם הפוגע; התקיימה הסכמה מקדימה לחשיפת הגוף העירום בפניו; אך לא ניתנה הסכמה לצילום התמונה. בכל אחד מהמקרים הללו, צולמו איברי האינטימיים של הנפגעות ברשות הפרט, לצורך סיפוקם המיני של המצלמים, אך הן לא "זכו" ליחס של נפגעות עבירת מין. וזאת, חרף העובדה כי הפגיעה המינית שבגינה יש לסווג את מעשה הצילום כמעשה מגונה, התרחשה גם כאשר התמונות צולמו במסגרת יחסי מין מוסכמים.

בהקשר זה מעניין לציין, כי אף הדוגמאות שמוכאות בהנחיות המשנה לפרקליט המדינה למקרים שבהם ראוי להאשים בעבירת המעשה המגונה אדם שצילם ברשות הפרט איברים אינטימיים לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני – "תאי מדידה או שירותים ציבוריים" – מאופיינות במרחב הסכמה מצומצם ביותר. נראה כי בחירה בדוגמאות אלה אינה מקרית, והיא כשלעצמה עלולה להצביע על הטיה מסוימת במדיניות האכיפה לעבר מקרים המאופיינים במרחב הסכמה מצומצם.

לפיכך, אבקש לטעון כי ככל שמרחב ההסכמה רחב יותר, נראה כי רשויות האכיפה מתקשות לסווג את המעשה כ"מעשה מגונה". לגישת המאמר, זוהי דוגמה להשפעת המתעתעת של מרחב ההסכמה על הדיוק בסיווג העבירה, ונדמה כי קיומה של הסכמה מקדימה לחשיפת מראה הגוף העירום בפני המצלם מפחיתה את הסיכוי של המקרה "לזכות" בתיוג של מעשה מגונה, האפיק היחיד שדרכו ניתן להגדיר את המעשה כעבירת מין. ודוק, זאת ללא כל הצדקה נורמטיבית, שכן כאמור הפגיעה מתרחשת בעצם הצילום המיני ללא הסכמה. כאמור, אפשר אף לגרוס כי הפגיעה המינית במעשה הצילום עצמו עשויה להיות עצימה יותר דווקא בשל האמון הרב שנתנה הנפגעת בפוגע, גם אם ניתן לטעון כי היקף הפגיעה מצומצם יותר בהשוואה לקורבנות צילום מיני שצילם אדם זר.

מלבד מרחב ההסכמה קיים אלמנט נוסף אשר עלול להשפיע על ההחלטה האם לסווג את הצילום כמעשה מגונה – המסד הראייתי. פעמים רבות תתקשה התביעה להוכיח את יסודות עבירת המעשה המגונה, הדורשת הוכחה כי הצילום נעשה לשם גירוי או סיפוק מיניים (מתן הסבר חלופי עלול למנוע את הכרתה של נפגעת כנפגעת עבירת מין) וכן ממבחני הפסיקה, עולה שנדרשת הוכחה כי במעשה הצילום יש אלמנט ברור של מיניות גלויה הנדרש לגיבוש עבירת המעשה המגונה.¹³³

ראו למשל בעניין פלוני, לעיל ה"ש 20, בפס' 20 לפסק דינו של השופט ג'ובראן: "במקרה שמתקיים אלמנט של מיניות גלויה ומעשי הנאשם יחשבו לא הגונים, לא מוסריים ולא צנועים,

(2) עבירת הצילום ברשות היחיד – עבירת פרטיות

הבעיה המרכזית בהשפעותיו של מרחב ההסכמה על מדיניות האכיפה, שבה מתמקד מאמר זה, היא בפער בין החלת עבירת המעשה המגונה על מקרים של צילום מיני המתאפיינים במרחב הסכמה צר לנסיבות, לבין מקרים בעלי מרחב הסכמה רחב. בהיותה עבירת פרטיות, עבירת הצילום ברשות היחיד אינה אמורה להיות לכאורה מושפעת מסטריאוטיפים חברתיים על הסכמה למין ועל כן נדמה שלא יהיה אפקט דומה להיקף מרחב ההסכמה על סיווג העבירה. ואכן, ניתן להצביע על כמה מקרים בודדים של צילום המתמקד במיניותן של המצולמות, המאופיינים במרחב הסכמה רחב לנסיבות, אשר סווגו תחת עבירה זו.¹³⁴ ואולם, מבחינה השוואתית נראה כי אותם מקרים בודדים מתגמדים לעומת מספר המקרים המאופיינים במרחב הסכמה צר לנסיבות, אשר סווגו תחת עבירה זו (לעיתים לצד עבירות מין נוספות),¹³⁵ כגון צילום מצינני בעזרת מצלמות נסתרות, אף בהשוואה למספר מקרי עבירת הצילום ברשות

די יהיה באלמנט המיניות על-מנת לגבש את היסוד העובדתי הנדרש בעבירת מעשה מגונה" (ההדגשה אינה במקור); וכן את הנחיות התביעה הצבאית, "הנחיה מס' 2.04 עבירות מין ופגיעה בפרטיות", לעיל ה"ש 77, הדורשות כי "הצילום כוון לאיבריו האינטימיים של נפגע העבירה, ונועד באופן מובהק לצורך גירוי או סיפוק מיניים"; עוד ראו לדוגמה את בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 92, שם כאמור נדחתה עתירה מצד הנפגעת בבקשה להורות על תיקון כתב האישום כך שתתווסף לו גם עבירה של מעשה מגונה. בית המשפט ציין את עמדת גורמי האכיפה שלפיה התרשמו "כי אין בענייננו תמיכה ראייתית מספקת כי במעשי הנאשם קיים אלמנט של מיניות גלויה ומובהקת, הנדרש על פי המדיניות התביעתית המנחה בנושא במקרים בהם לא התקיים מגע פיסי בין הנאשם לנפגעת העבירה" (ההדגשה אינה במקור).

עניין אמיר, לעיל ה"ש 98; עניין זיו, לעיל ה"ש 92; עניין מתי אברהם, לעיל ה"ש 98.
ראו למשל ח"א (צבאי מר') 645/13 התובע הצבאי נ' א.מ. (נבו 25.11.2014); (צבאי מר') 448/13 התובע הצבאי נ' חמו (נבו 7.7.2014); רע"פ 8724/19 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 12.1.2020); עניין פלוני, לעיל ה"ש 20; רע"פ 1267/15 משיח נ' התובע הצבאי הראשי (נבו 22.2.2015); בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 92; ע"פ 5638/14 מדינת ישראל נ' לומלסקי (נבו 17.2.2015); ע"פ (מחוזי ת"א) 1132/96 חתוכה נ' מדינת ישראל (נבו 20.1.1998); עניין שמש, לעיל ה"ש 130; ע"פ (מחוזי ים-15-09-7061 קהן נ' מדינת ישראל (נבו 9.2.2016); ת"פ (שלום ת"א) 59744-06-15 מדינת ישראל נ' קרבצוב (נבו 5.12.2017); ת"פ (שלום ת"א) 59605-07-13 מדינת ישראל נ' טרוגמן (נבו 10.9.2014); ת"פ (שלום נת') 45731-12-13 מדינת ישראל נ' סאלח (נבו 2.7.2014); ת"פ (שלום נצ') 6561-12-08 מדינת ישראל נ' שבלי (נבו 14.4.2010); עניין אברגיל, לעיל ה"ש 130; ת"פ (שלום ת"א) 16209-08-20 מדינת ישראל נ' צ'יקוב (נבו 20.10.2021); ע' (צבאי מר') 113/14 משיח נ' התובע הצבאי הראשי (נבו 21.1.2015); ח"י (צבאי צפון) 57/20 התובע הצבאי נ' ואנונו (נבו 27.4.2021); עורף (צבאי מר') 22/20 התובע הצבאי נ' דוסתקאם (נבו 8.2.2021) (להלן: עניין דוסתקאם); מ' (צבאי מר') 1/21 ד' ש' נ' התובע הצבאי הראשי (נבו 8.9.2022).

134

135

היחיד שאינם מתמקדים במיניות המצולם.¹³⁶ ייתכן שמכלל לאו את שומעת הן, וישנם מקרים נוספים שלא סווגו תחת עבירת הפרטיות, וכתוצאה מכך הסתיימו בסגירת התיק, כדוגמת המקרה של א' שלא סווג כעבירת פרטיות, אף שהוא עונה בנקל על סעיף העבירה של צילום ברשות היחיד.¹³⁷

אם כן, ייתכן כי גם "מקרה הדגל" של עבירת הצילום תחת חוק הפרטיות מאופיין בדרך כלל במרחב מצומצם מאוד של הסכמת הנפגע ומודעותו לצילום,¹³⁸ עד כדי אי-הימצאות פיזית של הנאשם ברשות היחיד של המצולם, אלא מחוצה לו – אותו צילום מציני המתבצע כאשר המצלם נמצא מחוץ לגדרי רשות היחיד אף במשמעותה הקניינית.¹³⁹ לכן, מקרה בעל מרחב הסכמה רחב יותר, כגון בעת צילום במסגרת יחסי מין מוסכמים, הממקם את הצלם בתוך רשות היחיד של המצולם ועוד בהסכמתו, לא בהכרח יצטייר כמופע "הקלאסי" של העבירה ועלול ליפול בין כיסאות מדיניות האכיפה.

ואכן, במקרי צילום המאופיינים במרחב הסכמה רחב לנסיבות, שהגיעו לפתחם של בתי משפט שונים, נעשו ניסיונות לכרסם בטענה לקיומה של פגיעה בפרטיות, עד כדי העלאת טענות להיעדר עילה להפללה.¹⁴⁰

¹³⁶ ראו למשל ב"ש (שלום רמ') 2966/06 **מדינת ישראל נ' כץ** (נבו 10.5.2006); ת"פ (שלום רמ') 2657/04 **מדינת ישראל נ' רגב נתן** (נבו 1.11.2005) (להלן: **עניין רגב נתן**); ת"פ (שלום י-ם) 1596/96 **מדינת ישראל נ' גוטמן** (נבו 28.3.2000) (להלן: **עניין גוטמן**); ע"ח (מחוזי ב"ש) 19094-02-11 **מדינת ישראל נ' יפרח** (נבו 14.4.2011); ע"פ 5026/97 **ג'ק גלעם נ' מדינת ישראל** (נבו 13.6.1999) (להלן: **עניין ג'ק גלעם**).

¹³⁷ א' גילתה על קיומה של עבירת הצילום בחוק הגנת הפרטיות רק לאחר סגירת התיק, כאשר פנתה לעזרה למרכז הסיוע לנפגעות תקיפה מינית. כפי שאפרט בפרק הבא, נקודה זו כשלעצמה מקוממת ומצדיקה את הצורך בשינוי מצב החקיקה הקיים – שכן, אם נפגעת זקוקה להכוונה מקצועית על מנת להבטיח את סיווג הפגיעה שלה כראוי, אזי מצב החקיקה הנוכחי אינו מספק הכוונה אכיפה יעילה.

¹³⁸ ראו למשל עניין **ג'ק גלעם**, לעיל ה"ש 136; ת"פ (שלום ב"ש) 55604-08-10 **מדינת ישראל נ' יפרח** (נבו 30.1.2013); עניין **גוטמן**, לעיל ה"ש 136; עניין **רגב נתן**, לעיל ה"ש 136; מ"ת (שלום עכו) 6833-01-13 **מדינת ישראל נ' בן שושן** (נבו 10.1.2013).

¹³⁹ כך למשל בבג"ץ **פלונית**, לעיל ה"ש 92, סווג מקרה שבו חיילת צולמה במקלחת, כעבירת פרטיות, בעוד שבמקרה של **פלונית**, לעיל ה"ש 20, הוביל הרכיב המיני הברור של התצלומים "לצורך גירוי מיני" לסיווגו כמעשה מגונה.

¹⁴⁰ למקרה דומה שהתרחש בבריטניה (לפני פסק דין Richards) ולא הופלל מנימוקים של מרחב הסכמה רחב לנסיבות, ראו: *Filming A Person Naked Without Their Consent: Government Says It Is Illegal, CPS Refuse To Prosecute: Judicial Review Launched Against DPP*, CENTRE FOR WOMEN'S JUSTICE (Jun. 17, 2019), <https://www.centreforwomensjustice.org.uk/news/2019/6/17/filming-a-person-naked-without-their-consent-government-says-it-is-illegal-cps-refuse-to-prosecute-judicial-review-launched-against-dpp>.

דוגמה מעניינת לכך היא המקרה הבריטי שהוזכר לעיל, שבו הורשע אדם בצילום נשים שעומדות קיים יחסי מין. הנאשם טען כי בהתאם לחוק הבריטי, עבירת המציצנות היא תיעוד "מעשה פרטי שביצע אדם" ("doing private act"), בנסיבות שבהן יש לו "ציפייה סבירה לפרטיות", ואילו מאחר שקיים עם הנשים יחסי מין וקיבל מהן רשות לחזות בגופן העירום, לא הייתה אמורה להיות להן ציפייה לפרטיות בנסיבות העניין.¹⁴¹ בית המשפט הבריטי דחה, כאמור, את טענתו וקבע כי לאדם יש ציפייה לפרטיות במובן של "ציפייה שלא להיות מצולם", גם במהלך קיום יחסי מין בעירום. כלומר, פסק הדין הרחיב את עבירת המציצנות הבריטית (שהיא מלכתחילה עבירת מין) כך שתכלול גם מקרים בעלי מרחב הסכמה רחב.

אף בזירת המשפט המקומית, ניסה הנאשם בעניין **מתי אברהם**,¹⁴² שצילם את יחסי המין עם בת-זוגו בניגוד לידיעתה, להעלות טיעון דומה, ולפיו לא ניתן לייחס לו פגיעה בפרטיותה של המתלוננת, מאחר שלאור טיב יחסיהם לא הייתה קיימת ביניהם פרטיות. גם את עניין **מתי אברהם** אפשר לראות כנקודת אור – בית המשפט הצליח לזהות את חומרת הפגיעה על אף מרחב ההסכמה הרחב, ודחה את ניסיונותיהם של הנאשמים להשליך מהסכמת הנפגעות לייחסי מין, להסכמתן לצילום. תחת זאת התייחס בית המשפט להסכמה לפי הגישה "החלקיקית":

הסכמה של אדם לדבר אחד אינה גוררת הסכמה מחויבת לדבר אחר, וכל פעולה הקשורה ביחסי מין והנצחתם מצריכה הסכמה מלאה ומפרשת לכל מעשה בנפרד. אדם יכול להסכים לקיום יחסי מין עם בן זוג מסוים במועד אחד ולסרב לכך במועד אחר, ואין צורך לציין כי הפסיקה כבר הכירה בעבירת אינוס בין בני זוג, לרבות בני זוג נשואים כחוק. מובן אפוא, גם הסכמתה של המתלוננת לצילום תמונות חושפניות ואף צילום הסרטון "השלישי" אין בהם כדי להביא למסקנה כי הסכימה בהכרח לצילום הסרטים הנוספים, או לטענה המשתמעת מעמדת הנאשם כי לא היה צורך בהסכמה (ההדגשות אינן במקור).

וידוגש, כי ההלכה מדברת על ציפייה לפרטיות ב"רשות היחיד" כמושג שאינו במשמעותו הקניינית, אלא מבחינה מהותית.¹⁴³ על אף המורכבות בכך, ברי כי גם

Richards, לעיל ה"ש 115.

עניין **מתי אברהם**, לעיל ה"ש 98.

המונח "רשות היחיד" פורש בפסיקה בהרחבה ונקבע כי הוא מבטא יחידה אוטונומית שבה זכאי אדם לפרטיות. ראו בג"ץ 6650/04 **פלונית נ' בית הדין הרבני**, סא(1) 581 (2006), בפס' 21 לפסק דינו של השופט ברק: "בהקשר שלנו, שעניינו צילום של אדם שלא בהסכמתו, הדיבור 'ברשות היחיד' אינו מצביע על 'יחידה קניינית'. הוא מצביע על 'יחידה אוטונומית' (ההדגשה אינה במקור). ראו גם ע"פ 2126/05 **ג'רייס נ' מדינת ישראל** (נבו 26.6.2006), בפס' 11 לפסק דינה של השופטת ארבל (להלן: הלכת ג'רייס). באותו עניין נידון צילום של בני זוג במצבים אינטימיים ביותר במקום מוסתר בחורשה. השופטת ארבל דחתה את טענת הנאשם שלפיה חורשה אינה עולה כדי "רשות היחיד", וקבעה כי: "רשות היחיד" לצורך ענייננו אינו מושג בדיני המקרקעין או בדיני החוזים, אלא עליו להתפרש תוך זיקה לחוק בו הוא מופיע ותוך התייחסות למטרתו. חשוב להבטיח שפרטיותו של אדם לא תופרע, ואיש לא יפגע בד' אמות

141

142

143

במסגרת יחסי מין מוסכמים מדובר בצילום ברשות היחיד של המצולמת – דווקא בעת קיום יחסי מין נוצר מרחב אינטימי, המאפשר חשיפה על בסיס אמון, דווקא שם, יש לצדדים ציפייה סבירה לפרטיות ביתר שאת.

(3) חוק הסרטונים

באי-סיווגו כעבירת חוק הפרטיות ובסיווגו, ככל הנראה, כעבירת חוק הסרטונים בלתי מגובשת, המקרה הפרטני של א' מוסיף לשאלה המרכזית "מה בין מעשה מגונה לעבירת הפרטיות", שאלות נוספות. הגם שיתכן שמדובר במקרה חריג, או בטעות חד-פעמית שנפלה בסיווג העבירה, ניתן ללמוד ממנו על השפעות מרחב ההסכמה על סיווג העבירה ברמת האכיפה.

בדומה למקרה של א', חלק גדול מעבירות חוק הסרטונים מתבצעות במערך נסיבות שהתקיימו ברובן בהסכמת המצולמת. המקרה האופייני הוא של אדם המואשם בהפצת תמונה שנשלחה לו בהסכמת המצולמת, מה שמכונה בתרבות הפופולרית ובספרות "פורנוגרפיית נקם"¹⁴⁴. במצב עניינים זה, מרחב ההסכמה רחב ביותר – למצולמת יש היכרות מוקדמת עם המפיץ הראשוני, קיימת הסכמה מקדימה לחשיפתו למראה גופה העירום ואף קיימת ברוב המקרים, כאמור, הסכמה מקדימה לצילום הגוף העירום, אולם אין הסכמה מצד המצולמת להפצת התמונה. לכן, ייתכן שסיפורה של א', אשר כלל נסיבות של קיום יחסי מין בהסכמה, מרחב ההסכמה הרחב השפיע על שיקול הדעת בסיווג העבירה כעבירת חוק הסרטונים לא מגובשת באופן מוטעה, גם במחיר הותרתה ללא כל מענה פלילי.¹⁴⁵

בהקשר זה מעניין לציין כי עובר לחיקוק חוק הסרטונים, מקרים של פרסום תמונה המתמקדת במיניות המצולם לא סווגו תחת עבירת המעשה המגונה.¹⁴⁶ מצב זה של היעדר מענה משפטי הוא שהוביל לחקיקת חוק הסרטונים,¹⁴⁷ וייתכן שהמסורת

חייו הפרטיים, בדרך ההתנהלות אותה בחר לעצמו ובקשרים אותם הוא מבקש לקיים, לא כל שכן שלא תיפגע צנעת חייו".

¹⁴⁴ דנציג-רוזנברג ורוזנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 272-277. ראו גם Rachel Budde Patton, *Taking the Sting Out of Revenge Porn: Using Criminal Statutes to Safeguard Sexual Autonomy in the Digital Age*, 16 GEO. J. GENDER & L. 407 (2015).

¹⁴⁵ בנקודה זו אבקש להזכיר את הצעתי להתייחס לצילום מיני ברשות היחיד בנסיבות המתאימות, כעבירת ניסיון של עבירת חוק הסרטונים. אם ממילא התייחסה המשטרה למקרה זה כעבירת פרסום הנעדרת יסוד עובדתי, פתרון זה היה יכול להותיר לא' מענה פלילי כעבירת ניסיון, שהרי עבירה זו מתגבשת "כשהמבצע פעל במטרה להשלים את העבירה, אך העבירה לא הושלמה – חסר רכיב ביסוד העובדתי" (סנג'רו, לעיל ה"ש 82, בעמ' 213).

¹⁴⁶ דנציג-רוזנברג ורוזנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 283.

¹⁴⁷ זהו למעשה הרקע לתיקון החוק: המקרה של אישה שסרטוני עירום שלה פורסמו ללא הסכמתה על ידי בן-זוגה לשעבר, ולא זכתה לשום מענה חקיקתי, הגיע לידיעתה של ח"כ יפעת קריב.

הפסיקתית לסווג, לעיתים, צילום ברשות היחיד כמעשה מגונה, היא שמנעה תיקון דומה גם בעבירת הצילום.

לסיכום, כפי שעולה מהמקרים שהובאו לעיל, נראה כי ישנה עמימות משפטית סביב השאלה מתי מדובר בעבירת פרטיות גרידא ומתי בעבירת מין העולה כדי מעשה מגונה. נראה כי עבירת הפרטיות עוברת מעין **הקרנה נורמטיבית** מצד עבירת המעשה המגונה ועבירת חוק הסרטונים, כך שהיא מעוצבת לאורן, או ליתר דיוק, בצילן. כך, הנסיבות שמאפיינות כל מקרה לגופו ומרחב ההסכמה המשתקף מהן עשויים להשפיע על מדיניות האכיפה בסיווג העבירה, וזו בתורה עלולה להיות שרירותית, מוטעית ונתונה להטיות סטריאוטיפיות.

אף שהנחיית המשנה לפרקליט המדינה היא צעד בכיוון הנכון ומבקשת להבטיח כי מעשי צילום מיניים יוכרו כעבירת מין, הדוגמאות המצוינות בה – צילום תחת דלתות תאי מדידה או שירותים ציבוריים – מקבעות את ההטיה הסמויה שיוצר מרחב ההסכמה. כך, מקרים הנעשים במרחב הסכמה רחב לנסיבות שקדמו למקרה עלולים שלא לחסות בצל ההנחיה ולא לזכות בסיווג הראוי כעבירת מין. במילים אחרות, המצב החקיקתי הקיים עלול להוביל לטעות בסיווג של עבירת הצילום ברשות היחיד המתמקד במיניותו של אדם ללא הסכמתו, ואולי אף להותיר את נפגעי העבירה ללא כל מענה. לפיכך, על מנת להתגבר על השפעות מרחב ההסכמה על מדיניות האכיפה בסיווג העבירה, נראה כי עולה הצורך בחיקוק עבירה **פרטנית וברורה**, שתגדיר את מעשה הצילום המתמקד במיניותו של אדם ללא הסכמתו כעבירת מין.

ג. חיקוק עבירת הצילום כעבירת מין פרטיקולרית – יתרונות הספציפיקציה וחסרונות ההפללה

הסיפורים והממצאים שהובאו לעיל ממחישים את הצורך הממשי בהגדרת עבירת מין פרטיקולרית של צילום ברשות היחיד, צורך שלא מקבל מענה הולם דיו דרך שימוש בעבירות אחרות. חקיקת עבירה ספציפית תסייע להתאים את הפתרון המשפטי למאפייניה הייחודיים של עבירת הצילום המיני ברשות היחיד ללא הסכמת המצולם. סיווג עבירת הצילום בנסיבות הרלוונטיות כעבירת מין, יסייע הן לנפגעים לזכות בהגנות החשובות של נפגעי עבירת מין, והן למערכות המשפט והאכיפה בהתמודדותן עם עבירות פרטיות אשר "לובשות" נסיבות של עבירות מין לכל דבר ועניין. בהתאם לאמור לעיל, נראה כי יש צורך לדייק את ההבחנה בין מקרים של פגיעה בפרטיות בלבד לבין אלה של פגיעה בעלת גוון מיני, כך שמקרים בעלי מרחב הסכמה רחב יכללו גם הם בקבוצה האחרונה. לשם השגת מטרה זו ישנן שתי דרכי פעולה אפשריות: האחת, **טיוב** המצב המשפטי הקיים על ידי חידוד מדיניות האכיפה בהפעלת "עבירת הסל" מעשה מגונה וטיוב ההנחיות בנושא, כך שיינתן פתרון מעשי לסיווג

לירון שמם "בעקבות חשיפת mako: הפצת סרטוני מין תחשב הטרדה מינית" Mako
<https://www.mako.co.il/nexter-internet/Article->
 (21.5.2013)
[dd670620f66ce31006.htm](https://www.mako.co.il/nexter-internet/Article-)

פעולת הצילום כעבירת מין גם במקרים המאופיינים במרחב הסכמה רחב; והשנייה, **שינוי** המצב המשפטי על ידי חקיקת עבירה פרטיקולרית עצמאית – צילום המתמקד במיניותו של אדם ללא הסכמתו.

תיקון ופירוט הנחיות המשנה לפרקליט המדינה (עניינים פליליים), העומדות כיום על פסקה אחת בלבד, אכן עשויים לסייע לסווג בצורה אחידה יותר מעשים של צילום ברשות היחיד המתמקדים במיניות המצולם ללא הסכמתו, כמעשה מגונה. ניתן, למשל, לטייב את הכוונת האכיפה על ידי פירוט הרציונלים השונים העומדים מאחורי העבירה, הבהרה מה עשוי לכלול תצלום המתמקד במיניותו של אדם וכן מהם המרחבים השונים שבהם עלול להתקיים צילום שכזה – תוך ציון דוגמאות הנוגעות גם למרחב הסכמה רחב יותר, כגון במסגרת יחסי מין בהסכמה.¹⁴⁸ באופן זה ניתן יהיה להמשיך להפלייל את מעשה הצילום המיני בעזרת עבירת המעשה המגונה, ויתרונותיה היחסיים לעומת חיקוק עבירה פרטיקולרית בחוק למניעת הטרדה מינית, כגון תחולתן של מגבלות על עברייני מין מורשעים לפי חוק ההגנה על הציבור מפני עברייני מין,¹⁴⁹ וכן הגנה דיונית נוספת לנפגעי העבירה בדמות הגבלה על חקירה בדבר עבר מיני,¹⁵⁰ שאינם חלים על החוק למניעת הטרדה מינית.¹⁵¹

ואולם, ניתן להצביע על כמה יתרונות משמעותיים לטובת שינוי המצב המשפטי הקיים על ידי אינקורפורציה של עבירת הצילום בחוק למניעת הטרדה מינית, המטים את הכף לטובת פתרון זה.

ראשית, ישנם פערי ענישה בין שתי ההצעות. כך למשל סיווג מעשה צילום המהווה פגיעה מינית כמעשה מגונה, יביא לקביעת העונש לפי סעיף 348(ג) ויעמוד על שלוש שנות מאסר בלבד, ואילו העונש הקבוע בגין הטרדה מינית כאמור בסעיף 5 לחוק, קרי, עבירת חוק הסרטונים, הוא חמש שנות מאסר, כדין עבירה על חוק הגנת הפרטיות.

148 וזאת כאמור בניגוד למצב הקיים שהדוגמאות עוסקות בו, אך ורק במקרים בעלי מרחב הסכמה מצומצם כגון צילום בשירותים.

149 חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006, ס"ח 234; חוק מגבלות על חזרתו של עברייני מין לסביבת נפגע העבירה, התשס"ה-2004, ס"ח 6; חוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, התשס"א-2001, ס"ח 509.

150 ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, ס"ח 16. להרחבה על מגבלה זו ולהשוואה להסדרים דומים במדינות המשפט המקובל ראו ליאת לבנון "הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה" **עלי משפט** יא 323, 327-331 (2014).

151 מאמר זה אומנם קורא לאינקורפורציה של עבירת הצילום בתוך החוק למניעת הטרדה מינית, כמהלך משלים לחוק הסרטונים, אך אינו שולל את חיקוק עבירת הצילום כעבירת מין בחוק העונשין. ואולם, חיקוק בחוק למניעת הטרדה מינית יאפשר את המשך השימוש בעבירת המעשה המגונה במקביל. שיקול זה אף עמד מאחורי החלטת המחוקק לקבוע את עבירת הפרסום כהטרדה מינית ולא תחת חוק העונשין. להרחבה ראו דניציג-רוזנברג ורוזנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 283-285; וכן ראו פרוטוקול ישיבה 20 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-19 (18.6.2013).

אף שבדרך כלל מקרה של צילום שיופלט כמעשה מגונה יסווג במקביל כעבירת פרטיות כך שעונשו של העבריין עשוי להגיע בנקל לחמש שנות מאסר, הבעייתיות בפער הענישה בין העבירות עשויה להתבטא ברמה הדקלרטיבית.

שנית, המצב המשפטי הקיים, קרי הסתמכות על עבירת המעשה המגונה, מחייב להעמיד תשתית ראייתית להוכחת היסוד הנפשי של העבירה, כלומר להוכיח שהצילום נעשה מתוך מטרה להשיג גירוי, סיפוק או ביזוי מיני.¹⁵² כפי שהוצג בפרק א, לפעולת הצילום ללא הסכמה עשויים להיות מניעים שונים או מעורבים, ולכן המצלם עלול להציע אמתלות שונות למעשה הצילום אשר עשויות להטיל ספק בהתקיימות היסוד הנפשי, וכפועל יוצא מכך להקשות על הפללת הצילום. ברם, נוכח אופייה הייחודי של הפגיעה המינית בעצם מעשה הצילום המיני בהיעדר הסכמה, ונוכח קיומן של מוטיבציות שונות העשויות לעמוד מאחורי המעשה, אין נפקות משמעותית למוטיבציה לביצועו כדי להצדיק את הפללתו בעזרת עבירת מטרה. בכך דומה הדבר למעשה הפרסום וההפצה של תוכן מיני, אשר עלול להתרחש מתוך מניעים של נקם, צורך ברצייה חברתית או רווח כספי ממכירת התמונות בקבוצות טלגרם, אך נוסח העבירה בחוק למניעת הטרדה מינית מתמקד בטיב התוכן המצולם לצורך גיבוש העבירה, ולא במטרת המפיץ במעשיו.

שלישית, ייתכן שאף אם תחודר מדיניות החלת עבירת המעשה המגונה במקרים של צילום ברשות היחיד המתמקד במיניותו של אדם בהיעדר הסכמה, לא יהיה בכך כדי להתגבר על אופייה של עבירת המעשה המגונה כ"רקמה פתוחה", ועל הנטייה להחילה רק במקרים חמורים, במערך נסיבות המשקף לרוב מרחב הסכמה מצומצם. חיקוק עבירה פרטיקולרית והטמעתה בחוק למניעת הטרדה מינית יפתור את הצורך בהישענות על עבירת המעשה המגונה ובה בעת, **עיגונה בחוק למניעת הטרדה מינית ולא בחוק העונשין**, ישמר את האפשרות לפנות אליה במקרים חמורים, כך שניתן יהיה ליהנות במידת הצורך, לצד יתרונותיה של העבירה הפרטיקולרית, מיתרונותיה של עבירת הסל הגמישה.¹⁵³ דרוק, מלבד נקודה זו שני היתרונות שהוצגו לעיל מטילים את

¹⁵² ראו **אברהם כהן נ' מדינת ישראל**, לעיל ה"ש 24, שם ניתח בית המשפט את היסוד הנפשי הנדרש להוכחת עבירת המעשה המגונה וקבע כך: "היסוד הנפשי בעבירה נקשר לדרישה הכלולה בהגדרת 'המעשה המגונה' כי הוא ייעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. הוא מבטא דרישה לקיומה של מטרה להשיג את אחת התכליות הנקובות בו. מכאן, שלצורך אחריות פלילית אין די בכך שהמעשה יהיה על פניו פגום מן הבחינה המוסרית אם לא נתלוותה לו מטרה להשיג את אחד היעדים כאמור. ככזו, עבירת המעשה המגונה מחייבת הוכחת קיומה של מטרה כיסוד נפשי בעבירה אולם אין בצדה דרישה להתממשות אותו יעד. די בכך 'שהמטרה המייחדת את היסוד הנפשי שבעבירה היתה לנגד עיני העושה בשעת עשיית המעשה'".

¹⁵³ דניציג-רוזנברג ורוזנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 283. ראו הדיון שם באשר לשאלה האם ראוי היה לעגן את עבירת הפרסום בחוק העונשין או להרחיב את עבירת המעשה המגונה.

הכף לטובת חיקוקה של עבירת מין פרטיקולרית גם במקרים המאופיינים במרחב הסכמה מצומצם לנסיבות.¹⁵⁴

רביעית, הקרבה הפוטנציאלית מבחינה תוצאתית ונורמטיבית לעבירת הפרסום כפי שתואר בפרק א, עשויה להוות הצדקה נוספת לעיגון עבירת הצילום דווקא בחוק למניעת הטרדה מינית, לצידה של עבירת הפרסום, בדומה למצב החקיקה תחת חוק הגנת הפרטיות.

לאור כל האמור, נראה כי **שינוי** המצב המשפטי – על ידי חקיקת עבירה פרטיקולרית עצמאית – הוא הפתרון העדיף בענייננו. על כן, מאמר זה מציע לשלב את העבירה בחוק למניעת הטרדה מינית, בדומה לנעשה בחוק הסרטונים, כך שיבוא לפני סעיף 3(א)(5) בחוק:

“צילום תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו,¹⁵⁵ ולא ניתנה הסכמתו לצילום”.

לסיכום נקודה זו, נראה כי ספציפיקציה של העבירה תתרום להכוונת התנהגות ברורה יותר בקרב הציבור, וכפועל יוצא מכך תסייע להגשים תכלית זו של המשפט הפלילי. כמו כן, הספציפיקציה תסייע לביסוס ודאות ואחידות משפטית גדולה יותר,¹⁵⁶ ולהכוונת פעילות רשויות האכיפה בסיווג העבירות תוך מניעת שרירותיות. אומנם מקובל כי אחד העקרונות שמאפיינים חקיקה ראויה הינו “כלליות”,¹⁵⁷ אך כאשר עסקינן בעבירות פליליות המבקשות להגן על הפרט מהתנהגויות מסוכנות או פסולות, נטה המשפט הפלילי לעבר מודל של יצירת עבירות ספציפיות, כאשר הנסיבות של ביצוע העבירה משפיעות על סיווגה וחומרתה. סיבה אחת לכך היא כי בשל חומרתה הרבה של הסנקציה הפלילית הן מבחינת הקלון החברתי שהיא נושאת עימה והן מבחינת נטילת החירויות שכרוכה בה,¹⁵⁸ הקפיד המשפט הפלילי על עקרון “אין עונשין

154 אף שניתן למצוא גם בשנים שלאחר פרסום הנחיית המשנה לפרקליט המדינה (עניינים פליליים) מקרים בעלי מרחב הסכמה מצומצם לנסיבות הצילום המיני שלא סווגו כעבירת מעשה מגונה ותומכים אף הם בצורך בחיקוק עבירה ספציפית. ראו לדוגמה את בג”ץ **פלונת**, לעיל ה”ש 92, וכן את עניין **דוסתקאם**, לעיל ה”ש 135.

155 בהקשר זה יצוין כי במדינות רבות בארצות הברית, הדרישה בחוק לגבי עבירה של פרסום תמונה מינית היא שזוהי תמונת עירום, ולא די בתמונה “המתמקדת במיניות”, כלשונו של חוק הסרטונים. במובן זה, החוק הישראלי רחב יותר מגרסאות דומות במדינות אחרות. לסקירה מקיפה על אודות המצב החקיקתי במדינות ארצות הברית ראו **Reconceptualizing Revenge Porn**, לעיל ה”ש 27, בעמ’ 212-214.

156 טיעון זה מוזכר לרוב בהקשרי עבירת הרשלנות בדיני נזיקין. להרחבה על היחס בין עולות פרטיקולריות לעולות “סל” או עולות מסגרת בדיני נזיקין, ראו **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** 234, 236 (גד טדסקי עורך 1969); אסף יעקב “שתלטנות הרשלנות” **משפטים** מז 227 (2018).

157 LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 33-55, 62-72, 79-91 (rev’d ed. 1964).

158 גבריאלי הלוי “עקרון החוקיות וחוקיות בדיני העונשין בישראל” **קריית המשפט** ח 335 (2009).

אלא אם כן מזהירין",¹⁵⁹ המטיל על המחוקק חובות מוגברות של בהירות בחקיקת עבירה פלילית.¹⁶⁰ סיבה נוספת היא הרצון להכווין את התנהגות הציבור – כדי למנוע מאזרחים לנהוג באופן הפוגע בפרטים אחרים, נדרשת העבירה הפלילית להתייחס באופן ברור ליסודות הנדרשים לשם היווצרותה, כאשר נסיבות מסוימות עשויות להשפיע באופן דרמטי על חומרתה של העבירה.

1. היבטים ראייתיים

בהיבט הראייתי, עבירת הצילום ברשות היחיד מערימה על מערכת האכיפה קשיים לא מבוטלים, כאשר התביעה תתבקש להוכיח שהצילום התבצע ללא הסכמת המצולמת. בניגוד למקרים המאופיינים במרחב הסכמה מצומצם, שבאופן טבעי כוללים הזדמנויות ראייתיות רבות יותר,¹⁶¹ הקושי להוכיח היעדר הסכמה מתעצם דווקא במקרים שזקוקים לכינון העבירה העצמאית – מקרים בעלי מרחב הסכמה רחב, שבהם זירת המחלוקת עשויה להצטמצם לקיומה או להיעדרה של הסכמה לצילום בלבד. זירה מצומצמת זו עלולה להציב את התביעה בעמדה בעייתית המסתמכת על עדות יחידה של הנפגעת, ואולי אף להוביל לסגירת התיק בעילה של היעדר ראיות. אכן, הקושי הראייתי האינהרנטי למקרים אלה עשוי לפגוע בסיכויים להגיע למשפט ולהרשיע בגין עבירה זו. אולם, אני סבורה כי למרות זאת, ובמובנים מסוימים דווקא בשל כך, הם ראויים לעיגון ברור בחקיקה. ראשית, לדעתי, קושי ראייתי פוטנציאלי אינו סיבה ראויה להימנע מקביעת איסור על התנהגות פוגענית. גם עבירת האונס, התנהגות חמורה שיש להוקיע מכול וכול, עלולה במקרים רבים להיוותר ללא ראיות פורנזיות ולהישען על עדות הנפגעת בלבד.¹⁶² יתרה מזו, לקביעת איסור פלילי ישנן משמעויות חברתיות לא מבוטלות שאף קשיים ראייתיים אינהרנטיים אינם פוגמים בהן. כך למשל, כפי שהובהר לעיל, מנקודת מבט אקס-אנטה, טיוב הדין הפלילי על ידי ספציפיקציה של ההתנהגות האסורה, משפרת את הכוונת ההתנהגות בחברה ותורמת למניעת התנהגות אסורה; שנית, החקיקה תסייע למקרים שבהם קושי ראייתי זה לא עולה, להיכנס לגדרי ההליך הפלילי. למשל במקרה שהתרחש בקנדה, המצלמה

¹⁵⁹ ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 6 (1984).

¹⁶⁰ החזקה הפרשנית לטובת הנאשם מכוח ס' 34א לחוק העונשין, לעיל ה"ש 11, מגלמת עיקרון זה.

¹⁶¹ למשל צלם סדרתי שבחזקתו צילומים רבים, באיכות המעידה על צילום חטוף ומזוויות המצביעות על היעדר מודעות המצולמת; הימצאות הנאשם בזירה מפלילה כגון פריצה לבית המצולמת, שירותי נשים ועוד.

¹⁶² אורנה אליגון-דר "הוכחת עבירת האינסוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האונס?" **משפטים** נ 131 (2020) (להלן: אליגון-דר).

שנועדה לצילום המצולמת, תיעדה את העימות בינה למצלם בעת הגילוי והתיעוד שימש כראייה להרשעתו.¹⁶³

לעומת זאת, ייתכן ודווקא נוסח העבירה המוצע יעורר פחות קשיים ראייתיים בהשוואה למצב המשפטי הקיים. כאמור, נוסח העבירה המוצע יחסוך מהנפגעות את הצורך להוכיח כי הצילום נעשה למטרת ביזוי או סיפוק מיני כפי שעולה בסיווג הצילום כמעשה מגונה, כאשר אמתלות שונות לצילום עשויות להטיל ספק בהתקיימות יסוד המטרה הנדרש ולפגום בהפללת הצילום.

בשלב זה ניתן להעלות ביקורת ברוח גישתן של משפטניות כדוגמת קמיר ולבנשטיין-לזר,¹⁶⁴ המצביעות על הסכנה בהפללת עבירת מין המבקשת להוכיח כנסיבה עובדתית "היעדר ההסכמה" – בית המשפט עלול לבחון את התנהגות הנפגעת ואת מידת ההסכמה המשתקפת ממנה, כאילו היא זו העומדת למשפט, במקום לבחון את התנהגות הפוגע כמדד למודעותו להיעדר ההסכמה. אכן, תיקון החוק המוצע במאמר זה משמר את מבנה ההסכמה הקלאסי המאפיין את עבירות המין הקיימות, ומזמין התמקדות באופן שבו התנהגות המצולמת מצביעה על היעדר ההסכמה לצילום, חלף התמקדות בשאלה הרצויה – האם המצלם פעל בידיעה שניתנה לו הסכמת המצולמת, או לאו. התמקדות זו ברכיב היעדר ההסכמה לצילום עלולה להקשות על הוכחת היסוד הנפשי של הנאשם – מודעותו להיעדר הסכמת המצולמת, בייחוד במקרים בעלי מרחב הסכמה רחב כגון מקרי צילום במסגרת יחסי מין מוסכמים, שם תתקשה הנפגעת להביא ראיות לאי-הסכמתה לפעולת הצילום, מלבד עדותה שלה.¹⁶⁵ לפיכך, בהתאם לעמדתן של קמיר ולבנשטיין-לזר, גם אם ייושם התיקון המוצע ברשימה זו, לא יהיה בו די, ויש לתת את הדעת גם לאופן שבו יתבצע עיגון העבירה בחוק. יש לפרט בהצעת החוק כיצד ניתן להוכיח את אלמנט היעדר ההסכמה לצורך גיבוש העבירה, ולוודא כי יתמקד בהתנהגות הצלם ובמאמציו לוודא את הסכמתה הפוזיטיבית של המצולמת לצילום. לנקודה זו מצטרפת הגישה החשדנית להסכמה,

¹⁶³ R. v. Mahabir, 2010 ONCJ 347. דוגמה נוספת ניתן למצוא בעניין **מתי אברהם**, לעיל ה"ש 98, שם התבסס בית המשפט על איכות הצילום הירודה לעומת איכות הצילום שצולם בהסכמת שני בני-הזוג, כאינדיקציה להיעדר ההסכמה. כך נקבע בעמ' 7 לפסק הדין: "הבדל משמעותי נוסף בין הסרטונים הוא בתנאי התאורה ואיכות הצילום. בעוד שהסרטון השלישי, שלא נכלל בכתב האישום, צולם בתנאי תאורה מלאה והוא ברור, שני האחרים צולמו בתאורה חשוכה יחסית ואיכות הצילום נמוכה בהרבה. הדעת נותנת כי לו הייתה הסכמה מלאה של שני הצדדים לצילומם, ואף תיאום והכנה מראש כגרסת הנאשם, היו המשתתפים דואגים גם לתאורה טובה שתאפשר צילום איכותי יותר".

¹⁶⁴ קמיר "עברת האינוס", לעיל ה"ש 31; לבנשטיין-לזר, לעיל ה"ש 117.
¹⁶⁵ קושי זה מתעורר פחות בהקשר של עבירת הפרסום, בשל אופי העבירה. כך למשל, במקרים של מפיצים שניוניים, היעדר הסכמת המצולמת לפרסום כלל אינו שנוי במחלוקת ושאלת ההסכמה אינה תופסת חלק מרכזי בהוכחת העבירה. לעומת זאת, חיקוק עבירת הצילום כמוצע במאמר זה עלול להוביל לעיסוק מוגבר בשאלת ההסכמה, וכפועל יוצא מכך להתבסס יותר על "גרסה כנגד גרסה" ולהשתמש תדיר בכלי של עימות.

המשתקפת גם מכתבתה של המשפטנית ווסט, ולפיה גם "הסכמה" לצילום עלולה להינתן באופן לא חופשי, אלא מתוך לחצים חברתיים, מגדריים ומעמדיים. כשהמעשה המוסכם לכאורה הוא צילום – מעשה שההסכמה לו יכולה להיות זמנית ומהוססת, אך השלכותיו עלולות להיות "נצחיות" בפוטנציה, נדרש כי סטנדרט ההסכמה שהעבירה תדרוש יהיה גבוה במיוחד.¹⁶⁶

2. אתגרים נוספים – חשיבות קיומם של מהלכים משלימים אקס-אנטה

לפני סיום, אבקש לא להתעלם מכך שהפתרון המוצע במאמר זה, קרי חקיקת עבירת מין פרטיקולרית, נשאר בגדרי המשפט הפלילי, תחום המעורר מחלוקות באשר להיותו זירת פתרון הסכסוכים הרצויה כשמדובר בעבירות מין. הפנייה למשפט הפלילי לצורך אסדרתה של סוגיה חברתית אינה חפה מביקורת ועלולה להיתפס מנקודת מבט ליברלית כביטוי להפללת יתר, ודאי כאשר התחום שאותו החוק הפלילי מבקש לאסדר הוא תחום אינטימי ואישי במיוחד – יחסי מין בין בני-אדם.¹⁶⁷ כלומר האסדרה שמבקש תיקון החוק לבצע כרוכה בחדירת המשפט לחדר המיטות של הפרט. הפמיניזם המשילוחי מבקר גם הוא את הנהירה הפמיניסטית לעבר המשפט הפלילי, הידוע ככלי שעלול להיות מופעל באופן אקססיבי כנגד אוכלוסיות מוחלשות,¹⁶⁸ כמו גם את הפללת היתר של עבירות מין שנוקט הפמיניזם של שליטה, הממסגר כל סוג של יחסי מין בין גברים לנשים בפרדיגמות בלתי שוויוניות של כוח. לטענת הפמיניזם המשילוחי, הנהירה למשפט הפלילי יצאה מכלל שליטה, עד כדי סיווג עבירות שאינן מיניות כעבירות מין, סימון בינארי קיצוני של גברים כפושעים ונשים כחלשות, ונקיטת עמדה שמרנית ואף דכאנית כלפי מין, המתעלמת מהיותו אקט משחרר ומעצים.¹⁶⁹

¹⁶⁶ West, לעיל ה"ש 102, בעמ' 33.

¹⁶⁷ למענה לביקורת בנוגע להפללה של פורנוגרפיית נקם ראו Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, *Criminalizing Revenge Porn*, 49 WAKE FOREST L. REV. 345 (2014).

¹⁶⁸ ראו למשל Janet Halley, *SPLIT DECISIONS: HOW AND WHY TO TAKE A* ;BREAK FROM FEMINISM 17-22 (2006) *Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in* JEANNIE ; *Positive International Criminal Law*, 30 MICH. J. INT'L L. (2008) SUK, AT HOME IN THE LAW: HOW THE DOMESTIC VIOLENCE Aya Gruber, *Rape*, ;REVOLUTION IS TRANSFORMING PRIVACY 6 (2009) ; *Feminism and the War on Crime*, 84 WASH. L. REV. 581, 649-50 (2009) לבנשטיין-לזר, לעיל ה"ש 117, בעמ' 110-111.

¹⁶⁹ ג'נט האלי "פרקים מתוך הספר: מבור לפמיניזם משילוחי" *מעשי משפט* ט (2) 11, 44-38 (2018); לבנשטיין-לזר, שם, בעמ' 75-78.

זווית נוספת לביקורת פמיניסטית אפשרית כנגד הפנייה למשפט הפלילי בעניין זה, היא הקושי שמציב המשפט הפלילי על מוסדותיו בפני נפגעות עבירות המין. גם בהינתן סל הזכויות המוענק לנפגעות עבירת מין, שתואר בפרק א כקריטי לניהול תיק פלילי, ההליך הפלילי עדיין אינו מותאם דיו למאפייני הפגיעה המינית ולתהליך ההחלמה המורכב של הנפגעות.¹⁷⁰ חיובן להתעמת עם הפוגע ולשחזר את פגיעתן המורכבת בהתאם לדיני ראיות בלתי מותאמים,¹⁷¹ עלול לפגום בטיב ההליך המשפטי שנערך בעניינן ובכדאיות עבורן לפנות אליו מלכתחילה. לצד הקשיים הראייתיים המובנים לעבירות מין כגון אלה שצוינו לעיל, פוחתים סיכוייהן של נפגעות רבות לזכות בהליך משפטי בתגובה לתלונה.¹⁷² אף סיום "מוצלח" לתיק – הרשעת הפוגע וכליאתו – לא יספק בהכרח את הנפגעת או ישרת את הליך ההחלמה שלה.¹⁷³ הפללת התנהגות כעבירת מין לא מיטיבה בהכרח עם הנפגעות, ובמקרים רבים מתגלה כנטולת יכולת ממשית להשפיע על החברה. ואכן, בהיעדר רפורמה משמעותית בתחום עבירות המין,¹⁷⁴ הפתרון המוצע במאמר, אשר נשאר בגדר המשפט הפלילי, יאופיין גם הוא בקשיים אלה.

אליגון-דר, לעיל ה"ש 162, בעמ' 157-163.

למשל עדות מקוטעת המכילה סתירות, שנתפסת בדיני הראיות כבלתי מהימנה, דווקא אופיינית לנפגעות פוסט-טראומה. אולם, בשנים האחרונות מסתמנת מגמה בפסיקה שמכירה בפערים אלה. ראו אליגון-דר, שם, בעמ' 147-149. עוד ראו רננה לוי "מה יצא לי מזה?" מיעוט הגשת תלונות למשטרה על ידי נפגעות גילוי עריות" **מעשי משפט** יג 383, 402-405 (2002) (להלן: לוי). במסגרת מחקר איכותני שערכה לוי, מובא ריאיון שקיימה עם ד"ר ענת גור, אשת טיפול, מומחית בפגיעות מיניות, המשמשת פעמים רבות כעדה מומחית בנושא, ובו היא מתארת את אי-התאמת הדין הפלילי למאפייני הטראומה המינית: "האבסורד הוא שככל שהיא נפגעה קשה יותר, כך היא תהיה פחות האדם הבהיר שיכול להעיד קוהרנטית. לתת עדות קוהרנטית עם התחלה אמצע וסוף. לדעתה, עדות שסועה ומקוטעת היא היא העדות האמינה ביותר" (בעמ' 402).

לראיה, בשנת 2021 נפתחו 4,218 תיקים בפרקליטות בחדש לעבירות מין והטרדה מינית, ואילו 2,542 תיקים נסגרו ללא כתב אישום, לרוב בעילה של חוסר ראיות. איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית **צדק אזרחי? על הליכים משפטיים נזיקיים במקרי פגיעה מינית | דוח שנתי 2022** 32-38 (2022).

בת עמי ברוט ורחל גרייבין "צדק מאחה ועבירות מין – מחשבות ודילמות" **חוק וצדק – נפגעות תקיפה מינית ומערכת אכיפת החוק** 49, 52 (2007); מחקרה האיכותני של לוי חשף כי הצורך בהחלמה הוא אחד משלוש התמות המרכזיות שבגינן נפגעות גילוי עריות לא מדווחות על פגיעתן לרשויות האכיפה, ראו לוי, לעיל ה"ש 171.

במסגרת ההסכמים הקואליציוניים של הממשלה ה-36, התקבלה דרישתה של שרת התחבורה מרב מיכאלי כי הממשלה תקים יחידות ייעודיות לטיפול בעבירות מין במשטרה, בפרקליטות ובבתי המשפט, בהתאם למסקנות דוח ברלינר. אריק בנדר ואנה ברסקי "תיקים ותפקידים עם השפעה: אלה ההסכמות אליהן הגיעו לפיד ומיכאלי" **מעריב** (28.05.2021). <https://www.maariv.co.il/news/politics/Article-843503>

אף שאכן יש לתהות האם המשפט הפלילי הוא המסגרת הנורמטיבית המיטבית לאסדרת יחסים אלה והאם מדובר בפתרון מיטבי לנפגעות המין, יוזכר כי הפעולה מושא העבירה המוצעת ברשימה זו, צילום מיני ללא הסכמה, מופללת זה מכבר בחוק להגנת הפרטיות, וכאמור עשויה להיות מופללת כעבירת מין מסוג מעשה מגונה. כלומר, גם נקיטת דרך של תיקון החוק למניעת הטרדה מינית לא תפרוש את גבולות המשפט הפלילי מעבר להתנהגויות ותחומים שהוא אינו חולש עליהם זה מכבר, לפחות עלי ספר. למעשה, מאמר זה מבקש לטייב את האכיפה הפלילית ואת מערך הזכויות שיש להעניק לנפגעי העבירה, על ידי קריאה לסיווג מדויק יותר של המעשה המגבש את העבירה. הגברת הוודאות המשפטית שיספק התיקון המוצע, דווקא משרתת את הביקורת הליברלית מאחר שהיא תסייע למנוע שרירותיות באכיפתן של התנהגויות חברתיות אנושיות.

מפריזמה של מיניות חיובית, ניתן לטעון כי עידוד קביעת כללים מוגדרים להגדרת צילום אסור המתמקד במיניותו של אדם ללא הסכמתו, אינו מבטא גישה דכאנית כלפי מין. אדרבה, החלתו תמנע אפקט מצנן מצד צעירות וצעירים החוששים לקיים יחסי מין בעידן הדיגיטלי, שבו לכל פרטנר פוטנציאלי יש מצלמה.¹⁷⁵ דווקא עיצובה של עבירת מין פרטיקולרית בנוסחה המוצע לעיל, עשוי לתת, בדומה לעבירת חוק הסרטונים, מענה גם למקרים המאופיינים במרחב הסכמה רחב, המבוצעים במסגרת יחסי מין בהסכמה, במטרה לאפשר את המשכם וקיומם כמרחב בטוח.

מסקנה נוספת שעולה מדיון זה, היא כי לצד ההפלה, יש לנקוט פתרונות מניעתיים אקס-אנטה נוספים שלא לוקים באותן הטיות סטריאוטיפיות, ולא יערימו קשיים על הנפגעות, כגון חינוך והסברה.

עם עליית זמינותן של יכולות הצילום הודות לשילובן בטלפונים חכמים, לרבים מאיתנו יש יכולת צילום באיכות גבוהה למדי, הזמינה עבורנו בכל עת. אם בעבר עבירת הצילום דרשה הכנה מוקדמת כגון הטמנת מצלמה נסתרת, הרי היום ניתן בשליחת יד למכשיר הנייד, ברגע של חוסר תשומת לב מצד המצולם, לתעד בקלות אנשים בשלל מצבים. הנגישות הגבוהה לצד השתנות תרבות הצריכה הדיגיטלית לעולם מבוסס תוכן ויזואלי, המטשטשת את הגבול בין פעולת צילום מותרת ורווחת לבין אסורה, עלולות להשפיע על מידת האימפולסיביות בצילום בני אדם ברשות היחיד (לראיה, מעורבותם הגבוהה של בני נוער וצעירים בשירותם הצבאי בביצוע העבירות).¹⁷⁶ כל אלה הובילו

נקודה זו עשויה להתמודד עם ביקורת של פמיניסטיות sex-positive כדוגמת מישל אנדרסון שדוחה את ההנחה שגבר דורש מין ואישה "מסכימה" לו, ושואפת להגדיר מין כמפגש רצונות הדדי – המסר בהטלת האיסור הפלילי היא שצעירות לא צריכות לגרוע מחופש הבחירה המינית שלהן, כדי להגן על עצמן מפגיעה. לבנשטיין-לזר, לעיל ה"ש 117, בעמ' 75-79.

בהקשר זה חשוב לציין כי יש שיטענו שבשל כך עולה קושי בהחלת העבירה על קטינים בני-אחריות פלילית. דיון דומה עלה ברקע לחקיקת חוק הסרטונים, שם כרבע מכלל תיקי חוק הסרטונים נפתחים כנגד נאשמים קטינים. שלוש שנים לאחר חקיקת חוק הסרטונים יצאה הנחיית פרקליט המדינה 2.29 "הנחיית פרקליט המדינה מס' 2.29 – חקירה והעמדה לדין בעבירות של פרסום תצלומים, הקלטות או סרטים של אדם, בעלי אופי מיני, ללא הסכמתו"

ליצירתו של שוק חדש של סחר בתכנים פורנוגרפיים ביתיים בהיעדר הסכמת הנפגעות להפצה או לעיתים אף לעצם הצילום, שהולך ומתעצם הודות למנגנונים חברתיים המספקים עוד ועוד תכנים חדשים. קיומו של "שוק" נרחב זה מבהיר כי לא די בפנייה למשפט הפלילי בחיקוק עבירה חדשה על שלל יתרונותיה בטיוב האכיפה, שיום הפגיעה המינית בנפגעות, והענקת סל הזכויות הנלווה לכך. על מנת למנוע את התרחבות התופעה בכללותה אקס-אנטה וכן לצורך מניעת רצידיביזם, יש להפעיל מערך חינוכי נרחב להפנמת הערך המוגן שנפגע בביצוע העבירה, אשר יתרום להכוונת התנהגות אפקטיבית יותר בקרב מבוגרים ונוער. צורך דומה העלתה המשפטנית ווסט: A civil right to be free of unwelcome sex might rest on law only indirectly, and might require not so much a civil action as a civil education: minimally, sex education that would emphasize the ¹⁷⁷ difference between legal sex and good sex

יצוין כי במקביל לחקיקת חוק הסרטונים הפעיל משרד המשפטים מגוון תוכניות להעלאת המודעות הציבורית לעבירה ולמניעתה.¹⁷⁸ ברם, התוכניות הללו נתפסו כזמניות, למטרת הגברת המודעות הציבורית לעבירה החדשה, והופסקו כעבור כשנתיים.¹⁷⁹ על כן, עם חיקוק חוק עבירות הצילום המתמקד במיניותו של אדם, לא יהיה די בעצם החיקוק, אלא תידרש הקמתו של מערך הסברה ציבורי, הן מטעם משרד

(1.2.2017). המתווה את אופן החקירה וההעמדה לדין בעבירת חוק הסרטונים. בס' 18 להנחיה הובהר לראשונה כי אכיפת החוק תושג גם על ממצעים קטיניים, בנמקה כי "קיים אינטרס ציבורי ממשי באכיפתה של העבירה, גם כאשר מדובר בחשודים קטינים, נעדרי עבר פלילי. זאת, נוכח פגיעתה הקשה של העבירה והשלכותיה מרחיקות הלכת על קורבנות העבירה". לצד זאת, בס' 20 (א) צוין שסגירת תיקים תישקל בנסיבות שבהן המבצע היה מתחת לגיל 15 בעת ביצוע העבירה. מבלי להעמיק בדיון זה מפאת קוצר היריעה, נראה כי סביר שעבירת הצילום המוצעת במאמר הנוכחי תיאכף באופן דומה. ראו בעניין זה כימוביץ-כהן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 9.

West, לעיל ה"ש 102, בעמ' 33.

כימוביץ-כהן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 18.

משרד המשפטים הכיר באפקטיביות של פעולות אלה בסמוך לחקיקת חוק הסרטונים והקדיש מאמצים להעלאת המודעות הציבורית לעבירה ולמניעתה באמצעות שלל תוכניות חינוכיות, כגון תוכנית "פרטי באופן ציבורי" – בהנחיית עורכי דין מתנדבים מטעם משרד המשפטים שהועברה במהלך שנת 2015; הסנגוריה הציבורית לנוער קיימה בבתי ספר הרצאות בנושא הפצת תמונות בעלות אופי מיני ברשת; ותוכנית הדרכה של מחלקת הסייבר במשרת ישראל התמקדה בהסברה על עבירות ברשת והפצת תמונות. אולם, כל אלה נעשו כחלק מהכנת הקרקע הציבורית לחקיקה החדשה והסתיימו ברובן עד לשנת 2016. ראו כימוביץ-כהן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 18. דוגמה נוספת היא הקמת תחום החינוך במטה הלאומי להגנה על ילדים ברשת 105, האמונה על קידום פעולות להתנהלות מיטבית ברשת ומניעת פגיעה בקרב תלמידים, הורים וצוותי חינוך על ידי יצירת חומרי הסברה, תוכניות מניעה, הדרכות והכשרות: "תחום חינוך – המטה הלאומי 105" שפינט אתר השירות הפסיכולוגי הייעוצי במשרד החינוך <https://cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/Shefi/gapim/105>.

177

178

179

החינוך¹⁸⁰ והן מטעם גורמי האכיפה השונים, כחלק מתפיסה רחבה יותר של תפקידם במניעת פשיעה.¹⁸¹

בהקשר זה חשוב לציין כי במסגרת הטיפול בתופעה יש לספק סעדים נוספים מלבד ענישה פלילית, כגון צווי מניעה למחיקת התמונות, אשר יצמצמו במעט את הנזק שנגרם מאובדן השליטה על התצלום, בכך שיבטיחו כי המצלם לא יעשה בו כל שימוש עתידי, וכן בכך שישכחו את החשש שהתצלום יודלף ויגיע לאחרים.¹⁸²

סיכום

נשים רבות פועלות על פי מה שמכונה "לו"ז אונס"¹⁸³ – כללי התנהגות, לעיתים אף לא מדוברים, שעל פיהם מתנהלות נשים בשל חששן, המוצדק סטטיסטית, להיפגע מינית. "הקפידו לשתות מבקבוקים סגורים במקומות בילוי ציבוריים";¹⁸⁴ "הקפידו

180 הסברה לצעירים במסגרת חינוכית הכרחית לשם הנגשת הנושא לקטינים. היעדר מערך ההסברה לנוער על ההשלכות של פעולות חוק הסרטונים אף היה מוקד הביקורת של דיון הוועדה לקידום מעמד האישה בכנסת. כך למשל התבטאה ד"ר נאוה כהן אביגדור, הממונה על מערך מאו"ר במוקד 105: "היד של ילדים קלה על ההדק. פה חשוב מאוד להסביר להם מרגע שהתמונה בנייד אין שליטה עליה"; וח"כ פורר: "הסברה צריכה להיות בהבנה של המשמעות הפלילית של המעשה בעצם שליחת הסרטון הלאה". להרחבה ראו "בדיון הוועדה לקידום מעמד האישה על 'חוק הסרטונים' התברר: מטה משרד החינוך לא יודע כמה תלונות תלמידים התקבלו בנושא בשנה שעברה" **חדשות הכנסת** (29.06.2020) <https://main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press29062020H.aspx>; גם מבקר המדינה ביקר את היישום הלקוי של החוק למניעת הטרדה מינית על ידי משרד החינוך במקרים של פגיעה בין תלמידים. ראו "יישום החוק למניעת הטרדה מינית" **מבקר המדינה דוח שנתי 70ב**, 212-219 (2020).

181 ארוז פדן "פרקליטות 0.3 – הפרקליטות כפי שהייתה, כפי שהינה וכפי שצריכה להיות" **מעשי משפט** יג 411, 431-447 (2022). המאמר קורא לפרקליטות לאמץ תפיסת ייעוד חדשה כמוסד שתפקידו אינו מתמצה באופן הטיפול בתיקים המגיעים לפתחם של רשויות האכיפה ובית המשפט, אלא גם באחריות לצמצום הפשיעה ונזקה.

182 בדומה לאפשרות חסימת אתרים בחוק הסרטונים: דנציג-רוזנברג ורוזנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 276, בה"ש 42.

183 המונה לו"ז אונס (rape schedule), תואר לראשונה על ידי הרמן, שטענה כי "Women live their lives according to a rape schedule", כלומר שהחשש מפני אונס מכתוב במידה מסוימת את שגרת החיים של נשים רבות. ראו Dianne Herman, *The Rape Culture, in WOMEN: A FEMINIST PERSPECTIVE* (3rd. ed., Jo Freeman ed., JESSICA VALENTI, FULL FRONTAL FEMINISM: A YOUNG WOMAN'S GUIDE TO WHY FEMINISM MATTERS (2007) MARGARET GORDON & STEPHANIE RIGER, THE FEMALE FEAR: THE SOCIAL COSTS OF RAPE (1991); CATHARINE A. MACKINNON, SEX EQUALITY 339 (2007). מחשש להימצאות סם אונס במשקה.

ללכת בליווי חברה לשירותים ציבוריים"; ו"הימנעי ממעבר ברחובות חשוכים" הן דיברות חשובות המועברות מאם לבתה, ומאישה לרעותה, כמעין מצוות "והגדת לבתך". כיום נוספו איומים חדשים, ונראה כי האזהרה "הימנעי מלקיים יחסי מין כשמכשיר הסלולרי בהישג יד" עשויה להפוך לדיברה חדשה.

בחקיקת חוק הסרטונים, ביקש המחוקק להבחין בין עבירות פרטיות גרידא לבין עבירות פרטיות בעלות גוון מיני, וזאת באמצעות חקיקת עבירת מין פרטיקולרית. ואולם, כפי שהדגים מאמר זה, גם עבירת הצילום ברשות היחיד, בנסיבות שבהן התצלום מתמקד במיניותה של המצולמת ונעשה ללא הסכמתה, היא עבירה הפוגעת באוטונומיה מינית שלה על גופה, בפרטיותה המינית, ואף משייתה עליה סיכון בלתי סביר להפצת התמונה. לפיכך, מאמר זה מבקש לראות גם בעבירת הצילום כעבירת מין פרטיקולרית ולזכות את הנפגעות בהגנות הייעודיות המגיעות להן. חרף קיומה של האפשרות לסיווג העבירה כמעשה מגונה, נראה כי אפיק זה לא תמיד יעמוד לטובת הנפגעות, בייחוד במקרים שבהם נסיבות ביצוע העבירה מצביעות על מרחב הסכמה רחב יותר. על כן, קיים צורך ממשי להמשיך לצעוד בדרך שהטווה חוק הסרטונים, ולהכליל את עבירת הצילום ברשות היחיד ללא הסכמה לפי סעיף 2(3) לחוק הגנת פרטיות, כאשר הצילום המתמקד במיניותו של אדם, בחוק למניעת הטרדה מינית.¹⁸⁵

סיווג מדויק יותר של העבירה אומנם לא ירפא את המשפט הפלילי מחוליו, ולא את החברה מחוליה שלה – תופעת הצילום המיני ללא הסכמת המצולמת. אך כשמרחב ההסכמה האופף את נסיבות המקרה עלול להשפיע על יכולתן של נפגעות להיכנס בשערי ההליך הפלילי, כך שמקרה אחד ייכנס בשערי ומקרה אחר כדוגמת א' יישאר מחוצה להם, ישנו צורך ממשי בנקיטת פעולה לתיקון המצב הקיים. תיקון כזה ראוי לבצע, גם אם הנפגעות שתביעתן תטופל בהליך הפלילי, תתקלנה, קרוב לוודאי, בקשיים רבים בהליך עצמו, הטעון שינוי מיסודו. אימוץ העבירה המוצעת במאמר זה יסייע לייצר הכוונת התנהגות אפקטיבית של הפרטים בחברה ויעניק למערכת המשפט ולגורמי האכיפה כלי יעיל ומדויק יותר להתמודדות עם התופעה. כך, במקרים המתאימים, מערכת המשפט לא תידרש להישען על "עבירות סל", שהחלתן משתנה ממקרה למקרה ולמרחב ההסכמה לנסיבות המשתקף ממנו.

הצעה זו מגיעה דווקא מתוך שאיפה לחברה המאפשרת "סקס טוב" בעידן הדיגיטלי עתיר המצלמות הזמינות, חברה שבה לאישה נתונה החירות לא רק להסכים למין, אלא גם ליזום מין בבטחה, כשבאמתחתה הזכות שלא יפגעו בה מינית בכל דרך, פיזית או לאו.¹⁸⁶ זו גם הייתה מטרת המחוקק עם העתקתה של עבירת הפרסום מחוק

¹⁸⁵ בחודש פברואר 2021 הוציא משרד המשפטים קול קורא להשתתפות הציבור בתיקון החוק למניעת הטרדה מינית. הטענות המובאות במאמר זה נשלחו והתקבלו על ידי צוות המשרד ועתידות להיכלל במסמך מדיניות שייכתב מטעם מחלקת ייעוץ וחקיקה בנושא. "טיוטת מדיניות רגולציה: משרד המשפטים בקריאה לציבור לקחת חלק בהליך חשיבה מחדש על מדיניות הרגולציה למניעת הטרדה מינית" אתר החקיקה הממשלתי (03.02.2021).

<https://bit.ly/2YmXz2Y>

¹⁸⁶ West, לעיל ה"ש 102, בעמ' 33.

הגנת הפרטיות לתוך החוק למניעת הטרדה מינית. גם כיום, שמונה שנים לאחר מכן, עוד לא מאוחר מדי לצרף לחוק לצד עבירת הפרסום את עבירת הצילום, בנסיבות שבהן הצילום מתמקד במיניותו של אדם ללא הסכמתו.