

# מישהו "מטפל" ברך? בעקבות תיקון 77 לחוק העונשין - איסור קשר מיני בין מטפלים למטופליהם עומר בכמן ויסמין רובין\*

- א. הקדמה
- ב. המצב עובר לתיקון והצורך בשינוי
- ג. על מערכת היחסים הטיפולית ותופעות הייחודיות לה
- ד. תכלית התיקון ומהותו
- ה. חזקת ניצול התלות
- ו. בעיות נוספות העולות מנוסח התיקון
1. תקופת הצינון
2. הגדרות החוק
- ז. סיכום

## א. הקדמה

תופעת הניצול המיני בין מטפלים למטופליהם הפכה תופעה מוכרת. מחקרים שנערכו בארץ ובחו"ל מדווחים על ממצאים מדאיגים בדבר היקף התופעה.<sup>2</sup> תיקון 77 לחוק העונשין, שהתקבל בעת האחרונה, קובע כי קשירת קשר מיני בין מטפלים נפשיים למטופליהם היא עבירה פלילית.<sup>3</sup> התיקון מתייחס לכל סוגי הקשר המיני בהתאם לעבירות המין המפורטות בסימן ה' לחוק העונשין.<sup>4</sup>

בשל קוצר היריעה נתמקד בסעיף 347א<sup>5</sup>, העוסק בקשר מיני בין מטפלים למטופלים בגירים, שהוא הסעיף המרכזי והמנחה שהתווסף לחוק העונשין במסגרת התיקון. בסעיף מוגדרים מטפל נפשי וטיפול נפשי, שעליהם תחול חזקה כי קשר מיני שהתקיים במשך הטיפול הנפשי נעשה מתוך ניצול תלותו הנפשית והממשית של המטופל במטפל. בחזקה זו ובהשלכותיה נדון בהרחבה בהמשך. בנוסף, החוק קובע מעין "תקופת צינון" שחלה

- 
- \* סטודנטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. תודתנו נתונה לד"ר נויה רימלט על הערותיה המועילות למאמר זה.
- 1 די בחיפוש מהיר באינטרנט כדי למצוא סיפורים אישיים רבים של מטופלים שנוצלו מינית בידי מטפליהם. ראו, למשל, [http://www.macom.org.il/maya\\_reed.asp](http://www.macom.org.il/maya_reed.asp); <http://images.maariv.co.il/cache/cachearchive/21082002/ART336927.html>; <http://www.macom.org.il/captive.asp>
  - 2 ראו מחקרים שונים אצל ק' ורדי ניצול מיני בין מטפל ומטופל (תשס"א) 26; א' זומר יחסים מקבילים: פתוי וניצול מיני בפסיכותרפיה ויעוץ (1999) 43, 46.
  - 3 בנוסף נציין כי מכיוון שמדובר בהליך פלילי, לעתים העניין יגיע לערכאות אף חרף התנגדות המטופל. לכן כשנדון בהסכמת המטופל, נניח שהוגש כתב אישום בשל תלונה ממקור אחר.
  - 4 חוק העונשין (תיקון 77) התשס"ד-2003, ס"ח 18. בהתאם לחוק החדש ברצונו גם התיקונים האלה: לסעיף 346 העוסק בבעילה אסורה בהסכמה הוסף סעיף קטן (2) הקובע כי חזקת ניצול התלות תחול על מטפל שבעל קטינה בגילאים 16-18. לסעיף 347 העוסק במעשה סדום הוסף סעיף קטן (2) הקובע כי חזקת ניצול התלות תחול על מטפל שביצע מעשה סדום באדם בגילאים 16-18. לסעיף 348 העוסק במעשה מגונה הוספו שני סעיפים קטנים הקובעים כי החזקה תחול על מטפל שביצע מעשה מגונה בקטין בגילאים 14-18, וכי מטפל המבצע מעשה מגונה בהסכמה בבגיר במשך הטיפול או בתקופת הצינון (בהתאם להגדרות סעיף 347א(ב)), דינו - מאסר שלוש שנים.

## יחסי מין בין מטפל נפשי ומטופל

(א) בסימן זה -

"טיפול נפשי" - איבחון, הערכה, ייעוץ, טיפול, שיקום, או ניהול שיחות, שנעשו באופן מתמשך, בדרך של מפגש פנים אל פנים, כדי לסייע לאדם הסובל ממצוקה, הפרעה, מחלה או בעיה אחרת, שמקורן רגשי או נפשי;

"מטפל נפשי" - מי שעוסק, באופן מקצועי, במתן טיפול נפשי, כמשלח יד או מכוח תפקיד, והוא פסיכולוג, פסיכיאטר או עובד סוציאלי, או מי שמתחזה לאחד מאלה.

(ב) מטפל נפשי הבוטל אישה או העושה מעשה סדום באדם, שמלאו להם שמונה עשרה שנים, במהלך התקופה שבה ניתן להם טיפול נפשי על ידו ועד תום שלוש שנים מסיום הטיפול כאמור, בהסכמה שהושגה תוך ניצול תלות נפשית ממשית בו, שמקורה בטיפול הנפשי שניתן להם על ידו, דינו - מאסר ארבע שנים; לענין סעיף קטן זה יראו מעשים כאמור שנעשו במהלך התקופה שבה ניתן הטיפול הנפשי כאילו נעשו תוך ניצול תלות נפשית ממשית כאמור; חזקה זו לא תחול אם המעשים החלו לפני תחילתו של הטיפול הנפשי.

מתום יחסי הטיפול ועד שלוש שנים לאחר מכן. בתקופה זו חזקת ניצול התלות לא חלה ונטל ההוכחה לקיום תלות שב לכתפי התביעה.

עוד לפני התיקון נאסרה התנהגות בעלת אופי מיני בין מטפלים למטופליהם בקוד האתיקה המקצועית של הסתדרות הפסיכולוגים בישראל.<sup>6</sup> תיקון 77 קולט את האיסור האתי אל תוך הדין הפלילי ומוסיף לשלילת הרישיון סנקציה פלילית.

מטרת הארה זו היא לעמוד על השינוי המשפטי שיצר התיקון בדין הפלילי ועל פרשנותו לאור תכלית החוק ולשונו, בכפוף לערכים הקבועים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולעקרונות פרשניים שונים. מטרה זו מחייבת היכרות עם תופעות מעולם הטיפול המתרחשות בין מטפלים ומטופליהם, וגם בהן נדון במסגרת זו. כאן המקום להבהיר כי התיקון מתייחס למטפלים ומטופלות, מטופלים ומטופלות כאחד. בנוסף, התיקון מתייחס למגע מיני<sup>7</sup> שהמטופל נותן את הסכמתו לביצועו, להבדיל ממגע מיני שאינו בהסכמה<sup>8</sup>, אולם טיבה של הסכמה זו ייבחן בהמשך.

## **ב. המצב עובר לתיקון והצורך בשינוי**

בעבר התייחס החוק בסעיף 346(א) למצבים של ניצול מיני שנובע מיחסי תלות רק כלפי קטינים. נראה שהמחוקק סבר שקטינים חשופים יותר למצבים של ניצול מיני, ולכן הם זקוקים להגנת החוק יותר מבגירים.<sup>9</sup> לגבי בגירים דן החוק בסעיף 346(ב) רק בניצול שנובע ממרות ביחסי עבודה או שירות, אך התעלם ממצב של ניצול במסגרת יחסים לא שוויוניים אחרים, שעשויים להביא להסכמה לא אמיתית.<sup>10</sup> עם זאת ניתן היה להחיל את חוק העונשין על קשרים מיניים בין מטפלים למטופליהם באמצעות שימוש באחת משתי החלופות האלה:

**סעיף 345(א)(2) - אינוס במרמה** - הסעיף מניח שהסכמה שהושגה במרמה לגבי זהות העושה או טיב המעשה, אינה הסכמה חופשית<sup>11</sup>, אך רשימה זו לא תתמקד במצב עובדתי זה, שלא יצר את הצורך בתיקון. החלופה השנייה והמרכזית לענייננו נקבעה בסעיף 345(א)(4) - בעילת אישה שנעשית תוך ניצול מצב אחר המונע ממנה להתנגד. ניתן לטעון שזהו סעיף שיורי, שאליו ניתן היה להכניס מקרים של הסכמה לכאורה. בפסיקה נמצאו פרשנויות סותרות להוראת סעיף זה: בפרשת פלוני נקבע שמצב נפשי של מצוקה ותלות בבוועל הוא מצב שבו נמנע מן האישה להתנגד<sup>12</sup>. קביעה דומה נקבעה גם בפרשת פלח בבית המשפט המחוזי<sup>13</sup>, אולם בערעור לבית המשפט העליון קבע השופט קדמי כי לא ניתן לקבוע כי תחושת התלות ורגשות האהבה, שהביעו המטופלות, הביאו אותן למצב של היעדר יכולת מוחלט להתנגד, ונקבע שהחלשה בלבד של יכולת ההתנגדות אינה מספקת<sup>14</sup>.

6 סעיף 4.6 לקוד האתיקה המקצועית של הסתדרות הפסיכולוגים בישראל (הפ"י) (1998). הסנקציה על הפרת איסור זה היא שלילת רישיון לפרק זמן מסוים או לצמיתות.

7 להבדיל מקשרים מילוליים בין מטפל ומטופל המוסדרים בחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, שאף תוקן בעת האחרונה בהתאם (טרם פורסם ברשומות).

8 מגע כזה יחסה בצל עבירת האינוס. ראו הצעת חוק העונשין (תיקון 77), התשס"ב-2002, ה"ח 868.

9 ע' גרוס, "ניצול מיני בפסיכותרפיה וייעוץ: שאלת האחריות המשפטית" נספח א אצל זומר, לעיל הערה 2, 217, 241.

10 שם, בע' 221-220.

11 ע"פ 7024/93 פלח נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 2, 23.

12 ע"פ 91/1339, 1709 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 788.

13 ת"פ (ת"א) 470/92 מדינת ישראל נ' פלח, פ"מ תשנ"ד(2) 265, 324.

14 פסק דין פלח, לעיל הערה 11, בע' 26.

מאוחר יותר קבע בית המשפט העליון בפרשת טייב<sup>15</sup> שדי בפגיעה מהותית בחופש הרצון והבחירה כדי לקבוע שיכולת ההתנגדות נפגעה באופן מהותי, על אף שדובר בטיפול חד פעמי שבו לא נוצרה תלות, מאחר שהאמון, שהמטופלת רכשה למטפל, גרם לה להשיל את מנגנוני ההגנה הטבעיים שלה.

מאז תוקן סעיף 345(א)4 (לא במסגרת תיקון 77). בעבר דובר על ניצול מצב שבו נמנע מן האישה להתנגד לבעילה, וכעת נדרש רק מצב שבו נמנע ממנה לתת הסכמה חופשית. לפיכך נראה שאם מקבלים את גישת בית המשפט בפרשות פלוני, פלח (המחוזי) וטייב, הדברים מתחזקים בדרך של קל וחומר<sup>16</sup>, ואם מקבלים את גישת השופט קדמי בפרשת פלח (בעליון), ניתן לטעון שלאור התיקון, ייתכן שביהמ"ש היה מכיר בכך שבקשר מיני בין מטפלים למטופליהם לא ניתן "לתת הסכמה חופשית" בשל כל האמור לעיל.

על אף שינוי זה בחוק, שלכאורה הקל את אישומם של מטפלים, נראה כי לאור תיקון 39 לחוק העונשין לא ניתן מענה מספק למצב שבו אנו עוסקים, בשל כמה סיבות.

ראשית, דרישת מודעות המטפל לנסיבה של אי מתן הסכמה חופשית שאינה משאירה מקום לפזיזות או רשלנות ביחס לנסיבות<sup>17</sup> עלולה להביא לסיכול תכלית החקיקה שהיא ההגנה על הצד החלש<sup>18</sup>. אולם, ניתן לטעון שקיימים תחליפי מודעות, כגון עצימת עיניים, המתאימים במיוחד להרשעת המטפל המוסמך והמנוסה שהוזהר מהתופעות הפסיכולוגיות שיתוארו בהמשך.

שנית, נראה שהגנת טעות במצב דברים שבסעיף 34(א) תעמוד למטפל שטעה טעות כנה בקשר לטיב ההסכמה ו"אהבתו" למטופל<sup>19</sup>. מאידך גיסא, ספק אם הגנת הטעות תעמוד לכל מטפל ש"התאהב", וסביר שבית המשפט ימצא כי אין זו טעות כנה, לאור ניסיונו של המטפל והשכלתו. על אף ביטול דרישת סבירות הטעות בתיקון 39, בחינת כנות הטעות נעשית על ידי בית המשפט תוך שימוש בסבירות כאמת מידה ראייתית, בהיעדר מדד אחר לבחון את כנותו הסובייקטיבית של אדם. נראה כי טעותו של מטפל משכיל ומנוסה לגבי הסכמתו של מטופל לא תיחשב סבירה ולכן, כנראה, גם לא תוכר כטעות כנה.

טענה אפשרית נוספת השוללת הגנה זו היא כי המטפל הכניס עצמו מרצון ובדודעין למצב הטעות ולתופעות שיתוארו. אמנם אין התייחסות בחוק העונשין לכניסה מרצון למצב של טעות<sup>20</sup>, ובדין הפלילי לא רצוי להרשיע על סמך היקש, אלא על סמך חוק מפורש וברור, אולם מהדרישה כי על טעות במצב דברים להיות כנה, ייתכן שניתן להסיק כי אדם שנכנס מרצון למצב של טעות, אינו מוגן על ידי החוק כיוון שטעותו אינה כנה לחלוטין.

אם כך, לכאורה, ניתן להתמודד עם הקשיים שבאישום, אך יחד עם זאת התמודדות זו מצריכה היקשים ופיתוחים פסיקטיים, ואת הצורך בהם ייתר תיקון 77.

בעייתיות נוספת שעלתה במצב הקודם, היא שההתייחסות להיעדר הסכמה הייתה רק לגבי בעילה. הדבר עורר בעיה במצב שבו המטפלת הייתה אישה<sup>21</sup>, והמטופל גבר, מאחר שאם לא התקיים מעשה סדום,

15 ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 298.

16 ורדי, לעיל הערה 2, בע' 375.

17 ס' 20(א) לחוק העונשין. גרוס, לעיל הערה 9, בע' 228-229.

18 גרוס, לעיל הערה 9, בע' 227-228.

19 בייחוד לאור תופעת ההעברה הנגדית, שתואר בהמשך.

20 סעיפים 34(יד) ו-34(יח) לחוק העונשין.

21 גרוס, לעיל הערה 9, בע' 242.

ניתן היה להאשים את המטפלת רק במעשה מגונה, שהעונש בגינו נמוך באופן משמעותי. גם בעיה זו נפתרה באמצעות הוספת סעיף 22350, כפי שנאמר במפורש בדברי הכנסת.<sup>23</sup>  
לאור האמור לעיל רווחה דעה בקרב מלומדים שיש לשנות את המצב שקדם לתיקון. היו שטענו כי השינוי הרצוי הוא פרשנות יצירת פסיקה שתיצור חוקה עובדתית שבפסיקה לחוסר הסכמה<sup>24</sup>, ואילו אחרים העדיפו חקיקה שתיצור חוקה שבדין<sup>25</sup>. גישת האחרונים התקבלה בתיקון 77.

## ג. על מערכת היחסים הטיפולית ותופעות הייחודיות לה

חיזוק נוסף לצורך בשינוי נובע מייחודיות מערכת היחסים הטיפולית שהיא מצב קיצוני של יחסי תלות ופערי כוחות. המטופל מגיע למטפל בשל מצוקה נפשית, מייחס לו "כוח מרפא", ואף ייתכן שייטה לראותו "כמו אלוהים"<sup>26</sup>. המטפל, לעומת זאת, הוא בעל יתרון בשל השכלתו, ניסיונו וסמכויותיו. פערים אלו מעלים חשש שהמטפל ינצל את כוחו לרעה וימעל באמונו של המטופל.

חשש זה מתחזק מחמת קיומן של תופעות פסיכולוגיות הייחודיות למערכת היחסים הטיפולית<sup>27</sup>:

**תופעת ההעברה** (The Transference Phenomenon) מאפיינת בעיקר טיפולים אישיותיים ארוכי טווח. משמעות התופעה היא שהמטופל מעביר אל המטפל רגשות ודרכי התייחסות שכוונו בעבר אל אנשים אחרים בחייו. הרגשות שאפיינו את המטופל בעבר חוזרים אליו באופן טבעי ובלתי מודע בזמן הטיפול ועקב כך הוא "משליך" על המטפל תכונות שלא קיימות בו, ועשוי להתאהב בו ללא ביקורת מציאותית.

בישראל תופעת ההעברה עדיין לא קיבלה הכרה משפטית, על אף ההכרה בה בארצות הברית ובקנדה<sup>28</sup>. ניסיון להכיר בתופעה נדחה על ידי בית המשפט העליון בפרשת פלח. השופט קדמי נמנע מלהכיר בתופעת ההעברה כממצא קביל במשפט פלילי מאחר שאינה עובדה מדעית מוכחת<sup>29</sup>.

במקביל, קיימת תופעה דומה מצד המטפל והיא "העברה נגדית", שהיא העברת רגשות מן המטפל אל המטופל<sup>30</sup>. תופעה זו שכיחה פחות מן ההעברה הרגילה. יש לציין שאלו אינן תופעות שליליות בהכרח מאחר שבשימוש נכון<sup>31</sup> בהן ניתן להביא לריפוי המטופל ופתירת בעיותיו.

תופעה רלבנטית נוספת היא **הסוגסטיה** - קבלה לא מבוקרת של רעיון המועלה על ידי המטפל, אשר נעשית שלא מתוך שכנוע אינטלקטואלי ותוך עקיפת תהליכי בקרה מחשבתיים<sup>32</sup>.

לתופעות אלה יש נפקות לשאלת ההסכמה של המטופל. האם בנסיבות כאלה מסוגל מטופל לגבש הסכמה אמיתית שנובעת מרצון חופשי, או שמא בנסיבות אלו כל הסכמה שיביע, תהיה אך "הסכמה לכאורה"?

22 סע' 350 עוסק בגרם מעשה וקובע כעת כי לעניין עבירות מין אין הבדל אם המטפל מבצע את המעשה הפלילי או גורם למטופל לבצעם בו או באדם אחר. כך ניתן להחיל את עברות המין כולן גם על מטפלת אישה.

23 דברי הכנסת טרם התפרסמו ברשומות, וניתן למצואם ב-<http://knesset.gov.il/TqI//mark01/h0000218.html#TOL>.

24 ורדי, לעיל הערה 2.

25 גרוס, לעיל הערה 9.

26 ורדי, לעיל הערה 2, בע' 44; *Simmons v. United States*, 805 F. 2d 1363 (1986) (להלן: פסק דין סימונס).

27 א' אליצור, ש' טיאנו, ח' מוניץ ומ' נוימן, פרקים נבחרים בפסיכיאטריה (מהדורה חדשה, 1995) 520-521; ז' פרויד מבוא לפסיכואנליזה (1996) 305-306.

28 פסק דין סימונס, לעיל הערה 26, בע' 1364.

29 בשל כך, בפסק דין זה ההרשעה התבססה על מרמה לגבי זהות העושה ומהות המעשה.

30 ורדי, לעיל הערה 2, בע' 97-98.

31 שימוש טיפולי שאינו מערב קשר מיני.

32 ורדי, לעיל הערה 2, בע' 104-105.

נקודה נוספת שיש לעמוד עליה בקשר לייחודיות הסיטואציה הנ"ל היא הנוקמים הנפשיים החמורים הנגרמים למטופל עקב ניצולו המיני. מחקרים טיפוליים מוכיחים שיש לדחות טענות הגנה של מטפלים כי המגע המיני נעשה לטובת מטופליהם<sup>33</sup>, מאחר שקשר מיני עם מטפל עלול לגרום להתפתחותה של תסמונת פוסט-טראומטית קלינית<sup>34</sup> שתשפיע לטווח הקצר והארוך<sup>35</sup>. הפסיקה בארצות הברית מכירה בנוקמים אלו ומוסיפה עליהם פגיעה בכבוד והשפלה<sup>36</sup>. הואיל והמטפל מומחה בתחומו, נראה שהוא מודע לנוקמים שייגרמו למטופל, ומתעלם מהם באנוכיות.

בגלל כל זאת ניסח פרויד את עקרון ההימנעות<sup>37</sup>, אשר דורש מהמטפל להתמקד בצורכי המטופל ולהימנע מסיפוק צרכיו שלו במערכת יחסיו עם המטופל. עיקרון זה השתרש בקוד האתי של מטפלים בארץ ובחור"ל<sup>38</sup>.

איסור הקשר המיני תואם גם את גישת המשפט בארצות הברית ובקנדה, התופס את מערכת היחסים הטיפולית כמקימה מעין "חוזה טיפולי"<sup>39</sup>, הנובע מסטטוס המטפל ואינו ניתן לעיצוב. ה"חוזה" מבוסס על ההנחה כי הטיפול יהיה ראוי והוא מטיל על המטפל חובת אמון<sup>40</sup>, שבמסגרתה עליו לפעול לטובת המטופל בתום לב, בהגינות ותוך הימנעות מניגודי עניינים. מחובת האמון הכללית נגזרת חובת גילוי לגבי התופעות הטיפוליות שתוארו, שתצמצם את פערי הכוחות והמידע.

## ד. תכלית התיקון ומהותו

הראינו כי קשר מיני עם מטופלים מעמיד את מטפליהם בניגוד עניינים בין טובת המטופלים ובין טובתם שלהם, ולכן הוא בגדר הפרה בוטה של חובות האמון המוטלות עליהם<sup>41</sup>, הראויה לתגובה של סנקציה פלילית. ואכן, מעיון בדברי הכנסת עולה כי גישת המחוקק לסיטואציה הנ"ל היא שלא תיתכן הסכמה אמיתית של המטופל לקשר, כך שהסכמתו פגומה ונובעת מניצול תלותו במטפל. במהותו, תיקון 77 הינו איסור פטרנליסטי המניח שתפקיד המדינה הוא להתערב בקשר המיני כדי להגן על המטופל על אף הסכמתו או הסכמתו לכאורה לקיום הקשר. גישה פטרנליסטית אינה זרה לחוק העונשין, אולם לגבי יחסים אינטימיים בין שני בגירים יש להתייחס להתערבות המדינה ביתר זהירות.

33 כאן המקום לציין שלא כל מגע גופני ייחשב בארצות הברית למגע מיני. במסגרת הגישה המסורתית והמקובלת חל איסור מוחלט על כל סוג של מגע, אולם גישה מתירנית יותר מכירה בכך שבמקרים מסוימים מגע עשוי לעזור למטופל ולטיפול. עם זאת גם לפי הגישה המתירנית המגע המותר הוא בעל אופי ייחודי בלבד, ומגע בעל גוון מיני ואופי מיני נשלל באופן מוחלט.

34 המאופיינת בדיכאון, בבושה קשה, ברגשות אשמה, בפגיעה ביכולת לתת אמון, בחוסר יציבות רגשית, בכעס עצור, בהגברת הדיכאון וההסתברות לאובדנות, בהפרעות בתפקוד המיני, בהרדה, ובמצבים חמורים אף באשפוז פסיכיאטרי ועוד.

35 א' ויצטום וא' חן "קשר מיני בין מטפל ומטופל: היבטים אתיים וקליניים" שיחות ז (1993) 85; ורדי, לעיל הערה 2, בע' 71.

36 *Corgan v. Muehling*, 522 N.E 2d 153 (1988); *Zipkin v. Freeman*, 436 S.W 2d, 753 (1968); *Roy v. Hartogs*, 366 N.Y 52d 297 (1975); פסק דין סימונס, לעיל הערה 26.

בע"פ 6859/93 מדינת ישראל נ' קדרון וערעור שכנגד (טרם פורסם) ובפסק דין פלח בבית המשפט המחוזי, לעיל הערה 13, אומצה במלואה ללא סייגים חוות דעתו של ד"ר אביב, שמפרט את הנוקמים לעיל.

37 ורדי, לעיל הערה 2, בע' 102-103; פרויד, לעיל הערה 27, בע' 306.

38 כללי הפסיכולוגים (אתיקה מקצועית), התשנ"ב-1991; סעיף 4.05 ל-American Psychological Association Ethical Principles of Psychologists and Code of Conduct (1997).

39 ג' צפירי "חוזה טיפולי פסיכואנליטי - היבטים משפטיים" שיחות יב (התשנ"ז)

40 ורדי, לעיל הערה 2, בע' 37-40; *Estate of Mcrae v. Watking*, 522 S O 2d 731, 737 (1988); *Butler v. Gleason*, 101 N.E 371 (1981); *Horak v. Biris*, *Roy v. Hartogs*, 366 N.Y.; *Riley v. Presnell*, 565 N.E 2d 780, 788 (1991); *Mazza v. Huffaker*, 300 S.E 2d 833, 877 (1983); 474 N.E 2d 13, 17 (1985); S2d 297, 299 (1975).

41 *Norberg v. Wynrib*, 92 D.L.R (4th) (1992) 449,488-9, פסק דין פלח, לעיל הערה 11, בפסקה 29 לפסק דינו של השופט קדמי ובפסקה 37 לפסק דינו של השופט כץ. פסק דין קדרון, לעיל הערה 36, בע' 12; ע"א 2736/95 שרי נ' ועדת המשמעת עפ"י חוק הפסיכולוגים, פ"ד מט(5) 177, 181-183; צפירי, לעיל הערה 39.

לעניין הסכמת הקורבן במשפט הפלילי יש להבחין בין פטרנליזם "קשה" ופטרנליזם "רך"<sup>42</sup>. הפטרנליזם הקשה שולל את הסכמת הקורבן כיוון שהחברה יודעת טוב יותר ממנו מה טוב עבורו, ועליה להתערב ולהגן עליו מהזנקה<sup>43</sup>. יודגש כי שלילת ההסכמה אינה בגלל פגיעה בחברה או באינטרס ציבורי, אלא בגלל פגיעה בקורבן עצמו ובאינטרס להגן עליו. לשון אחר, מדובר בסתירה בין זכות המטופלים לבחירה חופשית המתבטאת בהסכמתם המוצהרת ובין טובתם שהיא הימנעות מן הקשר המיני עם המטפלים.

לעומת זאת, הפטרנליזם הרך שואף להגן על הסכמת הקורבן על ידי שלילת תוקפה של הסכמה לכאורה<sup>44</sup> ומתן תוקף להסכמה המבטאת את רצונו האמיתי. לפיכך הפטרנליזם הרך נותן מעמד גבוה יותר לזכות האוטונומיה בהתאם למגמה בחקיקה ובפסיקה<sup>45</sup>. יודגש כי הפטרנליזם הרך אינו בא להגן על היחיד מהזנקה שייגרם לו, אלא לוודא שהסכמתו לנעשה משקפת את רצונו האמיתי<sup>46</sup>.

עם זאת גבולותיו של הפטרנליזם הרך אינם ברורים: יש השוללים תוקפה של כל הסכמה שאינה נראית רציונלית<sup>47</sup>, ובכך מתקרבים לפטרנליזם קשה; לעומתם, יש המכירים גם בהסכמות לא רציונליות המשקפות רצון אמיתי כהסכמות תקפות וראויות להגנה<sup>48</sup>. נראה שקל לפסול הסכמות הרחוקות ממוסכמות חברתיות ותפיסות אישיות בטענה ש"רק משוגע יסכים לקבל סיכון כזה", אולם פסילת הסכמה כזו ללא כל ראיה לכך שאינה הסכמה חופשית עשויה לגרום ליישום דבר חקיקה בניגוד לכוונת המחוקק.

כעת נבחן איזה פטרנליזם מגולם בסעיף 347א. לפי הרישא של סעיף 347א(ב)<sup>49</sup>, תיקון 77 מפליל רק קשר מיני שנעשה מתוך ניצול תלות נפשית ממשית במטפל שמקורה בטיפול הנפשי. נראה שלשון זו תואמת את אסכולת הפטרנליזם הרך, אשר מדגישה, כאמור, את אמיתותה של ההסכמה.

מנגד, הסיפא של סעיף 347א(ב)<sup>50</sup> רואה כל קשר מיני שנעשה בתוך תקופת הטיפול, כאילו נעשה מתוך ניצול תלות נפשית ממשית<sup>51</sup>. בכך מתקרב החוק לגישת הפטרנליזם הקשה, ששוללת תוקפה של כל הסכמה. "זגזוג" זה בין הפטרנליזם הרך לקשה מוביל לשאלה האם מדובר בחוקה חלוטה, שאותה אין המטפל יכול לסתור על ידי הוכחת הסכמתו החופשית של מטופל, או בחוקה שבדין שאינה חלוטה, כלומר חוקה הניתנת לסתירה<sup>52</sup>, שהיא הפרשנות הראויה יותר, לדעתנו.

בעיה פרשנית זו היא הסוגיה המרכזית ברשימה זו, ובה נדון כעת.

## ה. חזקת ניצול התלות

כאמור, חזקת ניצול התלות המופיעה בסיפא של סעיף 347א(ב) ניתנת לשתי פרשנויות:

42 ר' קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" משפטים כט (תשנ"ח) 389. קנאי מתבססת על דברי המלומד פיינברג: J. Feinberg, *The Moral Limits of Criminal Law - Harm of Self* (Oxford, 1986) ch.23-26 (להלן: פיינברג).

43 קנאי, לעיל הערה 42, בע' 403.

44 שם, בע' 404.

45 המודגמת בתפיסת זכות האוטונומיה כנובעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בחקיקת חוק זכויות החולה ובקבלת הפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי בנויקין. ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526.

46 קנאי, לעיל הערה 42, בע' 404.

47 שם, בע' 405.

48 שם, פיינברג, לעיל הערה 42, בפרקים 23-26.

49 "... בהסכמה שהושגה תוך ניצול תלות נפשית ממשית בו, שמקורה בטיפול הנפשי שניתן להם על ידו...".

50 "... לענין סעיף קטן זה יראו מעשים כאמור שנעשו במהלך התקופה שבה ניתן הטיפול הנפשי כאילו נעשו תוך ניצול תלות נפשית ממשית כאמור...".

51 בדומה לחקיקה הספציפית בארצות הברית, השוללת את הסכמת המטופל כטענת הגנה למטפל. ורדי, לעיל הערה 2, בע' 514. חקיקה זו החלה בשנת 1983 בוויסקונסין, ושם הוגדרה העבירה כעוון. בשנת 1985 נחקק חוק דומה במינסוטה, ושם הוגדרה העבירה כפשע. אחר כך נחקקו חוקים דומים בוויסקונסין, באיווה, בג'ורג'יה, בטקסס, בדרום דקוטה, בניו מקסיקו ועוד.

52 נ' קנת וח' קנת נטל ההוכחה וחזקת (תשס"ב) 123.

פרשנות אפשרית אחת היא כי מלשון הסעיף ניתן להסיק שהמחוקק התכוון ליצור חוקה חלוטה בשל הכרתו בתופעות הטיפוליות<sup>53</sup>. חופש הבחירה וזכות האוטונומיה של המטופלים נדחים מפני שיקולים אלו. פרשנות זו מעלה את השאלה האם שלילה מוחלטת של הסכמת המטופלים לא תיחשב לפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של המטופלים והמטפלים.

שאלה נוספת שעולה היא האם חוקה חלוטה עשויה לחתור תחת עקרונות בדין הפלילי בהטילה על המטפלים אחריות מוחלטת<sup>54</sup>: תיקון 39 לחוק העונשין מסמן מעבר לתפיסה המדגישה אשם סובייקטיבי ומחשבה פלילית<sup>55</sup> מלבד המעשה הפלילי עצמו. זוהי תפיסה העומדת על זכויותיו של נאשם בפלילים ונוהרת מהרשעתו של מי שלא התכוון לפגוע, ואין להכתימו באות הקלון הפלילי. תפיסה זו ניכרת בכך שבגין עבירות אחריות קפידה, שאינן דורשות מחשבה פלילית, לא ניתן לגזור עונש מאסר. במצב העובדתי שלפנינו תפיסה זו תבטא ברצון שלא להסתפק בעצם קיום הקשר המיני, אלא לוודא כי המטפל באמת ניצל את תלות המטופל, או לפחות לאפשר לו להוכיח כי לא כך היה.

פרשנות אפשרית אחרת היא שחוקת ניצול התלות היא חוקה הניתנת לסתירה. פרשנות זו עולה בקנה אחד עם רוח תיקון 39, מגינה על זכויות הנאשם בהליך פלילי ונותנת מעמד גבוה יותר לזכות האוטונומיה של המטופלים ותואמת את גישת הפטרנליזם הרך, שמאפיינת את שאר הסעיפים<sup>56</sup>.

פרשן הבא לפרש את התיקון יכול להניח שאין אפשרות שמטופל ייתן הסכמה חופשית בשל התופעות שתוארו לעיל, ולפיכך שלילת הסכמת המטופל בחוקה החלוטה אינה מעלה בעיה חוקתית<sup>57</sup>, ידוע בוודאות כי המטפל ניצל את המטופל, ואין חריגה מגבולות הפטרנליזם הרך המגן על הסכמתו האמיתית של המטופל<sup>58</sup>. לפי הנחה זו, חוקה הניתנת לסתירה תחשוף את המטופל לנזקים שייגרמו לו עקב הסכמתו המלאכותית, ולכן מתבקשת המסקנה כי יש להעדיף את הפרשנות שיש לפנינו חוקה חלוטה, המגינה על המטופל מפני אותה הסכמה מלאכותית. אם כך, תם הדיון, אלא אם כן ישנה הנחת יסוד חליפית הנובעת משונות בהשקפת עולם. אנו נוטים לצדד בהנחת יסוד חלופית, לפיה ישנו מיעוט מטופלים המסוגל להסכים הסכמה חופשית לקשר מיני על אף אותן תופעות שתוארו לעיל.

לפי הנחה זו נראה כי שלילת הסכמת המטופלים באמצעות חוקה חלוטה פוגעת בזכויותיו החוקתיות של אותו מיעוט מסכים. כאן יש להתחשב בעובדה שבישראל תופעת ההעברה אינה מוכרת במפורש, ואין עדיין אפשרות להסתמך על חוות דעת מומחה כדי לבחון אם התופעה התקיימה במקרה קונקרטי, ובכך לזהות את אותו המיעוט ולהתחשב בזכויותיו ובסכנה לרוב שבו הוא נבלע.

אנו מאמינים כי חוקה הניתנת לסתירה תאפשר התחשבות זו, ונראה זאת בהמשך. בחינת השאלה הפרשנית שבה אנו עוסקים, מצריכה התחשבות בערכים ובזכויות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בהתאם לעקרון

53 ראו דברי ח"כ פינס, לעיל הערה 23.

54 לעניין זה יש לציין שנראה שהמחוקק ישתמש בלשון הרבה יותר קשה כדי לתאר חוקה חלוטה, כמו שנעשה בסעיף 134.

55 מ' קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין - חמש שנים לחקיקתו" במגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית (אלי לדרמן עורך, תשס"א) 55, 56.

56 טענה אפשרית נוספת היא שיתכן כי ניתן להקיש משימושים אחרים במושג "חוקה" בחוק העונשין לשימוש בסעיף זה. כך, חוקה בסעיף 134 היא חוקה שניתנת לסתירה.

57 מאחר שהסכמתו אינה משקפת את זכויותיו החוקתיות, ואין לפנינו מתקל דינים, חוק היסוד והחוקה מגינים שניהם על ההסכמה המהותית בלבד.

58 יחד עם זאת ניתן לראות בכך מעבר לפטרנליזם קשה בגלל שטטוש הגבולות בין פטרנליזם רך לקשה ובגלל המדרון החלקלק בפסילת הסכמות לא מקובלות מבחינה חברתית.

הפרשנות המקיימת והתכליתית<sup>59</sup>, לחזקת החוקיות<sup>60</sup> ולעקרון הפרשנות המיטיבה עם הנאשם, שמעוגנת בחוק העונשין<sup>61</sup>. פרשנות החזקה תיבחן כמובן בהתאם לפסקת ההגבלה<sup>62</sup>.

**מחד גיסא**, החזקה החלוטה מגינה על זכות הבחירה המהותית והאמיתית של רוב המטופלים, שנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנוסף, היא מגינה על המטופל מפני נזקים נפשיים כבדי משקל שעמדו עליהם לעיל, במסגרת זכותו של הפרט לשלמות גופנית ונפשית והאינטרס הציבורי להגן על זכות זו. **מאידך גיסא**, הזכות לקיים יחסי מין ולבחור בן זוג לשם כך היא זכות חוקתית שנובעת מזכות הפרט לחירות ואוטונומיה, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עולה כי חזקה חלוטה פוגעת בחירותם של המטפל והמטופל גם יחד. כמו כן, חדירת המחוקק אל תוך קשרים מיניים פוגעת בזכות לפרטיות של השניים. שנית, עצם הגשת כתב האישום כשמדובר בקשר שנובע מהסכמה חופשית, עשויה להכתים את שמו הטוב של המטפל ולפגוע בפרנסתו, וייתכן שאף בזכותו לחופש עיסוק. שלישית, קיים חשש מהרתעת יתר של מטפלים, שכעת יימנעו ככלל ממגע עם מטופלים על אף נחיצותו של מגע ידיו מסיים בין השניים<sup>63</sup>. לכל אלו יש להוסיף את עקרונות המשפט הפלילי שפורטו לעיל, הקוראים אף הם לפרשנות כי מדובר בחזקה הניתנת לסתירה, המאפשרת עמידה על קיומו של אשם סובייקטיבי.

בשל האמור לעיל, נראה שחזקה חלוטה היא גורפת מדי ולא מתחשבת במקרים קונקרטיים שבהם זכויות המטפל והמטופל ראויות להגנה. לכן, לדעתנו, יש להעדיף את הפרשנות שמדובר בחזקה הניתנת לסתירה שהיא האמצעי שפגיעתו פחותה להשגת אותה תכלית. התומכים בחזקה הניתנת לסתירה מציעים שסתירתה תיעשה באמצעות הוכחה של המטפל כי הסביר למטופל על תופעות ההעברה והסוגסטיה, הפנה אותו למטפל אחר, והמטפל והמטופל בחנו את הקשר הרומנטי ביניהם בנפרד מן הקשר הטיפולי במשך תקופת זמן מוגבלת מתוך מודעות לקושי הרב שבדבר<sup>64</sup>.

נציין כי אם תועדף הפרשנות כי מדובר בחזקה חלוטה, עדיין ידי בית המשפט אינן כבולות במקרים חריגים בשל האפשרות להשתמש בסעדים חוקתיים של בטלות יחסית או של חריג חוקתי לגבי המיעוט שהסכמתו כנה וחופשית. טיעון זה מעודד קבלתה של חזקה הניתנת לסתירה מאחר שאם ממילא יש פתרון חיצוני בדמות הסעדים, אזי אותו שיקול דעת שיפוטי יכול להתבטא בתוך מסגרת התיקון בקבלת טיעוני ההגנה לגבי סתירת החזקה, ובכך יימנעו ביקורת שיפוטית על התיקון ופגיעה בתוקפו. מנגד, ניתן לטעון כי הטיעון לעיל ממוטט את הבסיס לדיון שנעשה, מאחר שאם קיימת אפשרות להתחשב במקרים קונקרטיים, אזי אין צורך בחזקה הניתנת לסתירה.

## ו. בעיות נוספות העולות מנוסח התיקון

תיקון 77 מעלה כמה סוגיות נוספות. נציין אותן, אך לא נרד לעומקן מפאת קוצר היריעה.

59 א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי" מחקרי משפט יג (התשנ"ו) 5, 17; בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 57, 67-68 והשוו ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 558 (השופט שטרסברג-כהן בדעת מיעוט שהשתרשה בפסיקה המאוחרת לה).

60 ההנחה שהמחוקק לא יחוקק חוק שאינו עומד בפסקת ההגבלה. ראו פסק דין הופנונג, לעיל הערה 59.

61 סעיף 34כד לחוק העונשין.

62 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

63 ראו: Goodman "To Touch or Not To Touch?" 25 *Psychotherapy* (1988) 492.

64 רודי, לעיל הערה 2, בע' 204.

## 1. תקופת הצינון

התיקון קבע שמגע מיני בתקופה של שלוש שנים מיום תום הטיפול יהיה אסור אם תוכיח התביעה ניצול תלות נפשית. לכאורה, מאפשר הדין התייחסות של התביעה לכל מקרה לגופו, וכך ניתן לזוג חופש בחירה רב יותר מבתקופת הטיפול. עם זאת חוסר הבהירות שקיים גם אצל המטפל והמטופל, בדבר הקריטריונים לקביעה מהו ניצול, והאפקט המצנן שעלול להיגרם בשל החשש מתביעה, יוצרים פגיעה מסוימת בזכויות המוקנות לזוג בתקופת הצינון מאחר שהם יחששו לממש את רצונם.

ניתן לטעון כי אין צורך בתקופת צינון מאחר שמדובר בשני אנשים חופשיים שלא במסגרת טיפולית. מנגד, נראה שעם תום הטיפול התלות במטפל אינה נפסקת באופן מידי, אלא נלווית למטופל גם בהמשך, בדומה לקיבעונות רגשיים אחרים<sup>65</sup>, ולפיכך דרושה תקופת צינון מסוימת.

עם זאת ייתכן שישנה בעייתיות בקביעה של תקופת צינון אחידה לכל המקרים מאחר שנראה שהזמן הדרוש להפסקת התלות הוא פונקציה של מערכת היחסים, של אורך הטיפול, של סוג הטיפול ושל אופיו האישי של המטופל.

קביעה שרירותית של תקופת צינון אחידה עלולה להגביל את זכויות המטפל והמטופל לאחר טיפול "קל וקצר טווח" באופן לא מידתי, ואילו בטיפול "קשה וארוך טווח" יש חשש שהתקופה אינה מספיקה להפסקת התלות, ולעתים נדירות ייתכן ששום תקופה לא תספיק לכך.

מנגד, עקרון החוקיות והוודאות בחקיקה פלילית דורש הגדרה ברורה של תקופת צינון. לכן, לדעתנו, יש לשמור על תקופת הצינון הנוכחית, אך לאפשר לזוגות שהכירו במסגרת קשר טיפולי, לממש את אהבתם ואת חופש הבחירה שלהם. לדעתנו, הנחיות של היועץ המשפטי לרשויות התביעה ובהן קריטריונים ברורים להעמדה לדין יאפשרו זאת. אנו מאמינים כי נישואים או חיים משותפים של הזוג לאחר תום הטיפול ראויים לשמש אינדיקציה מובהקת לכך שלא מתקיים ניצול התלות, אך קיימים מקרים גבוליים שיש לבחון לגופם ובוהירות.

## 2. הגדרות החוק

### מיהו מטפל?

החוק מגדיר כמטפלים אך ורק פסיכולוגים, פסיכיאטרים ועובדים סוציאליים<sup>66</sup> העוסקים באופן מקצועי בטיפול נפשי. יש לציין שבנסיבות מסוימות אין בעלי התפקידים הללו בהכרח נמצאים במצב של פערי כוחות מול מטופליהם.

לעומת זאת אין בתיקון התייחסות ליועצים מסוגים שונים כגון כהני דת ומטפלים מהתחום הרפואי-טיפולי (כגון פיזיותרפיסטים, מרפאים אלטרנטיביים ומיילדים בייתים). נראה שקיים פוטנציאל להיווצרות יחסי תלות בין העוסקים במקצועות אלה לבין מטופליהם<sup>68</sup>.

לפיכך נשאלת השאלה אם מדובר ברשימה סגורה, ואם על מקצועות מעין טיפוליים אלו חל הסדר שלילי<sup>69</sup>. ייתכן שראוי להכיר גם בעיסוקים נוספים שבהם קיימת תלות מסוימת, כפי שנעשה במדינות מסוימות

65 הכוונה לתופעות רגשיות ממושכות. הכרת תודה ותפיסת אדם באור חיובי נמשכות בדרך כלל גם לאחר תום המעשה שיצר אותן, ודבר זה נכון גם לגבי תופעת ההעברה.

66 או מי שמתחזה לאחד מהם.  
67 למשל, פסיכולוג ארגוני שמאבחן עובדים במפעל באופן מתמשך, ייכנס להגדרות התיקון על אף שלא קיימת תלות, ואין כאן ביטוי לתופעת ההעברה ולשאר הבעיות שצוינו בפרקים הקודמים.

68 דוגמה לכך היא ידיעה שהתפרסמה בעיתון "מעריב" לגבי מיילדת בלידות ביתיות שהביאה את היולדות שבטיפולן לסיפוק מיני בעת הלידה כדי להקל על כאביהן. פרשה זו עוררה סערה, ועולה השאלה אם במצב זה לא קיימת חוקת ניצול התלות. ה' אלרואי דה-בר "איך מרגיעים יולדת?" מעריב 18.3.2004 (ראו <http://images.maariv.co.il/cache/cachearchive/18032004/ART670522.html>).

בארצות הברית<sup>69</sup> בישראל בפסק דין טייבו<sup>70</sup>, ובהצעות אלטרנטיביות לחקיקה דומה<sup>71</sup> כדי להגשים את תכלית החקיקה במלואה ולא ליצור גבולות שרירותיים. מאידך גיסא, הרחבת הגדרות החוק עלולה לפגוע יתר על המידה בחירותם של בעלי עיסוקים אלו, ונראה שהפתרון למקרי ניצול תלות על ידיהם נמצא בחלופות שהצגנו לעיל בדין הקודם, שעדיין תקפות, כגון בסעיף 345(א)(4).

## מהו הטיפול?

הגדרת החוק למונח "טיפול נפשי" רחבה ומכילה מספר מושגי שסתום שכל אחד מהם מספיק כדי לקבוע שמדובר בטיפול (אבחון, הערכה, ייעוץ, טיפול, שיקום או ניהול שיחות כדי לסייע לאדם הסובל ממצוקה, מהפרעה, ממחלה או מבעיה אחרת שמקורן רגשי או נפשי).

דרישות החוק המתחייבות בכל קשר טיפולי הן "קשר מתמשך" ומפגש "פנים אל פנים". בדרישות אלה ניכרת בעייתיות מסויימת: דרישת ה"קשר המתמשך" היא עמומה כיוון שלא ברור מה ייחשב לטיפול מתמשך לצורך העניין, ודרישת ה"פנים אל פנים" היא נוקשה ולא מכירה בכך שייתכן טיפול חושפני ומשמעותי דרך אמצעי התקשורת<sup>72</sup>.

לסיכום, התיקון מתבסס על הגדרה שמית שאינה רגישה לעובדותיהם של מקרים קונקרטיים. השילוב בין הרחבת הגדרת הטיפול הנפשי לצמצום רשימת המטפלים יוצר מצב שבו אם עברנו את משוכת זהות המטפל, כל מערכת יחסים מקצועית תחסה בצל החוק. לעומת זאת מי שאינו נכלל ברשימת המטפלים לא ייכלל בגדר העבירה כלל. לדעתנו, התעלמות זו מתוכן המעשים ומהקשרם הטיפולי עלולה להחמיץ את תכלית החקיקה. עם זאת נציין כי ראוי להבדיל את הקשר הטיפולי ממערכות יחסים אחרות, שבהן יש יחסי מרות או היררכיה, ולהיזהר ממדרון חלקלק שיוביל לחקיקת חוקים המגבילים מערכות יחסים נוספות<sup>74</sup>.

## ז. סיכום

תיקון 77 לחוק העונשין מגדיר מיהו מטפל נפשי ומהו טיפול נפשי, וקובע כי מטפל נפשי המקיים קשר מיני במהלך טיפול נפשי מתוך ניצול תלות נפשית של המטופל, עובר עבירה פלילית שבצדה סנקציה פלילית. התיקון יוצר חזקה כי קשר מיני שהתרחש בתקופת הטיפול, נעשה מתוך ניצול התלות הנוכרת. מטפל המקיים קשר מיני עם מטופל בתוך שלוש שנים לאחר תום הקשר הטיפולי, עלול לעמוד לדין, אולם החזקה אינה עומדת, ועל התביעה להוכיח את התלות ואת ניצולה.

כפי שהראינו, הקשר הטיפולי הוא מצב קיצוני של פערי כוחות בין המטופל והמטפל בשל מצוקתו הנפשית של האחרון, יכולת המטפל לסייע לו ותופעת ההעברה, שגורמת למטופל לייחס למטפל רגשות שחש כלפי אחרים ומאפשרת למטפל לעקוף את שיקול דעתו של המטופל<sup>75</sup>. בנוסף, תופעת ההעברה הנגדית עלולה להוביל מטפל למסקנה הכוזבת שהוא מאוהב במטופל, והמטופל - בו. כך עלולים המטפלים לנצל את תלות המטופלים בהם ולהזיק להם ללא מודעות לניצול או להיעדר ההסכמה.

69 כך, לדוגמה, אם מדובר ברשימה סגורה, לא תוחל חזקת ניצול התלות שבחוק על המיילדת בהערה 68 לעיל.

70 ורדי, לעיל הערה 2.

71 פסיקה זו הכירה בכך שישנה תלות מסוימת בין מטופלת לפיזיותרפיסט. דברי ההסבר להצעת החוק מלמדים כי היא ממשיכה לחול גם לאחר קבלת תיקון 77 (ראו הערה 8 לעיל). יחד עם זאת קיימים קשרים טיפוליים נוספים שאינם נכללים בהגדרת החוק.

72 לדוגמה הצעת החוק שעליה המליץ גרוס, לעיל הערה 9.

73 כיום הטכנולוגיה כה מפותחת עד שפורומים באינטרנט, בייחוד לאור השימוש הנרחב במצלמות רשת (webcam), וייעוץ נפשי בטלפון עשויים ליצור תלות וזה לזאת המתקיימת במפגש פנים אל פנים. לכן ייתכן שראוי להחיל את התיקון גם על טיפול כזה.

74 ח"כ גילה גמליאל מציעה להפוך את מערכת היחסים המינית ואף הצעות או התיחסויות מיניות בין מרצים לסטודנטים במוסדות להשכלה גבוהה לעבירה פלילית בהצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון - ניצול תלמידים), התשס"ד-2004 (טרם התפרסמה ברשומות).

75 בדומה לתופעת הסוגסטיה.

לפני התיקון ניתן היה להאשים מטפלים, שניצלו את מטופליהם, בעבירות המין הכלליות. הדבר דרש היקשים ופיתוח פסיקתי רב של המשפט והמערכת המשפטית עדיין התקשתה להתמודד עם מצב זה<sup>76</sup>. קושי זה הוביל, כפי הנראה, לקבלת תיקון 77, שיוצר "קיצור דרך" באמצעות חוקת ניצול התלות.

מחד גיסא, נראה כי מטרת התיקון היא להגן על חופש הבחירה של המטופל, ואין לו מטרה למנוע קשר מיני בהסכמה אמיתית וחופשית בין מטפל למטופל<sup>77</sup>. מאידך גיסא, החזקה החלה בתקופת הטיפול אינה תואמת התרשמות זו, ומסתמן מעבר לאיסור כולל שלא נותן תוקף להסכמת המטופל.

חוסר העקיבות בין מטרת התיקון המוצהרת, כלומר ההגנה על חופש הבחירה והאוטונומיה של המטופל, לבין חוקת הניצול, שעלולה לפגוע דווקא במטרה זו, מוביל לשאלה הפרשנית אם מדובר בחזקה חלוטה או בחזקה בדין הניתנת לסתירה. את חוסר העקיבות ניתן ליישב בעזרת ההנחה כי מטופל אינו מסוגל להסכמה חופשית, ולכן חזקה חלוטה אינה פוגעת בחופש הבחירה שלו, או בעזרת העדפת הפרשנות כי מדובר בחזקה הניתנת לסתירה, ובכך ניתן להגן על חופש הבחירה של המטופל במקרה של הסכמה אמיתית. שאלה פרשנית זו קשורה קשר הדוק להכרה משפטית בתופעת ההעברה ובקבלת עדות מומחה שתקבע האם היא מתקיימת, וכך ייקבעו גם קריטריונים משפטיים לקיומו של ניצול התלות האמור. לדעתנו, ראוי לבחור בפרשנות הדוגלת בחזקה הניתנת לסתירה ולהכיר בתופעת ההעברה ובעדות המומחה כאמצעי לסתירת החזקה או לחילופין, כדרך לזהות את המטופלים שתיקון זה אינו צריך לחול עליהם.

דילמה פרשנית זו והבעיות האחרות שהוזכרו לגבי נוסח התיקון, מובילות, לטעמנו, לצורך בבחינה זהירה של כל מקרה לגופו בידי רשויות התביעה ובידי בתי המשפט בהחלת הדין. בחינה זו צריכה לשקול את האינטרסים הציבוריים והפרטיים בהגבלת הקשר המיני ועם זאת לתת מענה מספק לצרכים רגשיים ואינטימיים של הפרט.

אימוץ בחינה זהירה של כל מקרה לגופו ישמור מצד אחד על תכלית החוק ויעניק הגנה הולמת לציבור מטופלים נרחב שאכן נזקק להגנה זו, ומצד שני, יישמרו זכויות מיעוט המטופלים שמסוגל להביע הסכמה חופשית ואמיתית, ולהם תינתן אפשרות הולמת לבחור בן זוג ולקיים חיים חופשיים.

76 בשל ההגנה של טעות במצב דברים ובשל תופעת ההעברה הנגדית, שמשליכה על יסוד המודעות.

77 בדומה לגישת הפטרנליזם הרך שתוארה לעיל.