

אונס סטטוטורי

גיא בן דוד*

אונס סטטוטורי הוא בעילה בהסכמה של קטין או קטינה שגילם מתחת לגיל הקבוע בחוק (להלן: גיל ההסכמה). בישראל אונס סטטוטורי מעוגן בהוראת סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובעת כי הבוועל אישה "כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה" הוא אונס, ודינו שש-עשרה שנות מאסר (להלן: העברה). אונס סטטוטורי מבוסס על הנחה שאינה ניתנת לסתירה שלפיה לקטינה מתחת לגיל מסוים אין יכולת או כושר משפטי להסכים לקיום יחסי מין; בגיל כה צעיר היא אינה מבינה את המשמעות של יחסי מין, וגם לא את ההשלכות שלהם, ולכן מבחינה משפטית היא אינה יכולה להסכים להם, כך שקיום יחסי מין עימה ייחשב מעשה אינוס שנעשה בניגוד לרצונה.

המאמר מספק בחינה מעמיקה של העברה ממבט דסקריפטיבי, נורמטיבי וביקורתי. הפרק הראשון עוסק בתשתית הרציונלית שבבסיס העברה הן במבט היסטורי והן בעידן המודרני, שעיקרה הוא הרצון להגן על קטינים מפני "טורפי מין", פדופילים ומפגשים מיניים הכרוכים בכפייה או ניצול על ידי מבוגרים. הפרקים השני והשלישי מספקים נקודת מבט דסקריפטיבית על יסודות העברה וגבולותיה בחמש ממדינות המשפט המקובל: ארצות הברית, אנגליה, קנדה, אוסטרליה וישראל. הפרק הרביעי מוקדש לדיון ביקורתי-נורמטיבי. תכליתו היא לעמוד על הקשיים והבעיות העולים בעיקר מניסוח העברה וגבולותיה בדין הישראלי הקיים, ולהציע פתרונות שיתגברו על אותם קשיים. מסקנת המאמר היא כי הדין הקיים מצריך שינוי, שבמסגרתו תוגדר העברה מחדש וייקבעו גבולותיה בהתאם לרעיונות וההצעות המובאים כאן – כולם או חלקם.

* מרצה בכיר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה; מרצה לדיני ראיות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ומרצה מן החוץ בבית ספר הארי רדזינר למשפטים באוניברסיטת רייכמן. המאמר נכתב, עודכן והותקן לפרסום בטרם נחקק חוק העונשין (תיקון מס' 152), התשפ"ה-2025, ס"ח 528, ועל כן הדיון שבו מתייחס למצב שהתקיים לפני חקיקת התיקון.

מבוא

פרק א: הצידוקים לעברת אונס סטטוטורי

1. צידוק היסטורי

2. צידוקים מודרניים

פרק ב: אונס סטטוטורי במשפט האנגלו-אמריקני

1. ארצות הברית

2. אנגליה

3. קנדה

4. אוסטרליה

פרק ג: אונס סטטוטורי בדין הישראלי

פרק ד: אונס סטטוטורי במבט ביקורתי

1. חוקת העדר ההסכמה מדעת

2. העדר ניטרליות מגדרית

3. הפללת יחסי מין בין קטינים שנעשו בהסכמה (near peer)

4. אי-ידיעה של הנאשם בדבר גיל הקטינה כטענת הגנה

אחרית דבר

מבוא

אונס סטטוטורי הוא בעילה בהסכמה של קטין או קטינה שגילם מתחת לגיל הקבוע בחוק (להלן: גיל ההסכמה). בישראל אונס סטטוטורי מעוגן בהוראת סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובעת כי הבעל אישה "כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה" הוא אונס, ודינו ששע־עשרה שנות מאסר (להלן: העברה). עברה זו קבועה לצידן של עברות אינוס נוספות, ולא בכדי ייחד לה המחוקק הישראלי סעיף נפרד.

אונס סטטוטורי מבוסס על הנחה שאינה ניתנת לסתירה שלפיה לקטינה מתחת לגיל מסוים אין יכולת או כושר משפטי להסכים לקיום יחסי מין; בגיל כה צעיר היא אינה מבינה את המשמעות של יחסי מין, וגם לא את ההשלכות שלהם, ולכן מבחינה משפטית היא אינה יכולה להסכים להם, כך שקיום יחסי מין עימה ייחשב מעשה אינוס שנעשה בניגוד לרצונה.¹ אונס סטטוטורי טומן בחובו חומרה יתרה, אף כאשר הוא מבוצע בהסכמה לכאורית של הקטין.² מבחינת היסוד העובדתי של העברה, על התביעה להוכיח את מעשה הבעילה ואת העובדה שלנבעלת טרם מלאו ארבע־עשרה שנים. חוק העונשין אינו מתנה את האחריות הפלילית בגיל הבעל (כל עוד מלאו לו שתים־עשרה

1 Richard A. Tonry, *Statutory Rape: A Critique*, 26 LA. L. REV. 105, 107 (1965).

2 ראו, למשל, ע"פ 5500/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 54 (אר"ש 3.8.2011).

שנים)³, כך שניתן להעמיד לדין בעברה זו גם קטין בן גילה של הקטינה, אפילו במקרה שבו קיימו השניים יחסי מין במסגרת יחסי רעות. באשר ליסוד הנפשי הדרוש להרשעה, אונס סטטוטורי הוא עברה של "מחשבה פלילית", ובהתאם להוראת סעיף 20 לחוק העונשין, על התביעה להוכיח את מודעותו של העושה לטיב מעשה הבעילה ולכך שטרם מלאו לקטינה ארבע-עשרה שנים. אף שאונס סטטוטורי מהווה עברה ברוב המדינות המודרניות, קיים שוני ביניהן ביסודות העברה וגבולותיה, בענישה, וכן בטענות ההגנה העומדות (אם בכלל) לרשות הנאשם.

זהו המאמר האקדמי הראשון בארץ העוסק באונס סטטוטורי, והוא יבחן את העברה במבט דסקריפטיבי, נורמטיבי וביקורתי. הפרק הראשון עוסק בתשתית הרציונלית שבבסיס העברה הן במבט היסטורי והן בעידן המודרני, שעיקרה הוא הרצון להגן על קטינים מפני "טורפי מין", פדופילים ומפגשים מיניים הכרוכים בכפייה או ניצול על ידי מבוגרים. הפרקים השני והשלישי מספקים נקודת מבט דסקריפטיבית על יסודות העברה וגבולותיה בחמש ממדינות המשפט המקובל: ארצות הברית, אנגליה, קנדה, אוסטרליה (ארבעתן בפרק השני) וישראל (בפרק השלישי). הפרק הרביעי מוקדש לדיון ביקורתי-נורמטיבי. תכליתו היא לעמוד על הקשיים והבעיות העולים בעיקר מניסוח העברה וגבולותיה בדין הישראלי הקיים, ולהציע פתרונות שיתגברו על אותם קשיים. בפרק זה אציג ארבע טענות ביקורת עיקריות. טענה ביקורת ראשונה היא כללית, ומפנית בעיקר למדינות שבהן גיל ההסכמה הוא גבוה – הואיל והעברה מבוססת על חזקת גיל ההסכמה שאינה ניתנת לסתירה, נוצר קושי כאשר אדם מקיים יחסי מין עם נערה מבלי שהוא יוכל לטעון להגנתו כי הסכמתה הייתה מדעת. טענת ביקורת שנייה מתייחסת להעדר הניטרליות המגדרית בעברה, שכן הדין בישראל מאפשר להעמיד לדין בעברת אונס סטטוטורי רק כאשר מדובר בנבעלת קטינה (ולא בנבעל קטין), וזאת בניגוד למדינות המשפט המקובל שבהן העברה מתייחסת לשני המינים. טענת ביקורת שלישית תוקפת את העדר ההבחנה בדין הישראלי בין בעילת קטינה על ידי טורף מין מבוגר לבין בעילתה על ידי קטין בן גילה כאשר הבעילה נעשית בהסכמה ומתוך יחסי רעות וחובה. טענת ביקורת רביעית תוקפת את טענת ההגנה שלפיה די בכך שהנאשם לא היה מודע להיות הקטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה להבטיח שלא תוטל עליו אחריות פלילית בעברה. טענת הגנה זו מתיישבת אומנם עם עקרון האשמה, אולם היא מאפשרת לנאשמים לחמוק מהעמדה לדין בגין אונס סטטוטורי על ידי הסתתרות מאחורי מסך אי-הידיעה של גיל הקטינה או העלאת טענה לקיומה של "טעות במצב דברים" באשר לנתון זה. זאת, גם במקרים שבהם היה באפשרותם למנוע את אי-הידיעה או הטעות אילו השקיעו מאמצים סבירים כדי לדעת את גילה האמיתי של הקטינה. מסקנת המאמר היא כי הדין הקיים מצריך שינוי, שבמסגרתו תוגדר מחדש העברה וייקבעו גבולותיה בהתאם לרעיונות וההצעות המובאים כאן – כולם או חלקם.

3 בהתאם להוראת ס' 134 לחוק העונשין.

פרק א: הציודקים לעברת אונס סטטוטורי

1. צידוק היסטורי

עברת אונס סטטוטורי חוקקה לראשונה בשנת 1275 באנגליה, בתקופתו של המלך אדוארד הראשון.⁴ עברה זו אסרה קיום יחסי מין בין גבר לקטינה שטרם מלאו לה שנים-עשרה שנים.⁵ שלוש מאות שנים לאחר מכן, בשנת 1576, בתקופתה של המלכה אליזבת, הורד גיל ההסכמה לעשר שנים.⁶ עם קליטת המשפט המקובל בארצות הברית אימצו חלק מהקולוניות חקיקה שאסרה אונס סטטוטורי, אולם לא בהכרח תוך אימוץ גיל ההסכמה האנגלי.⁷

המשפט המקובל האנגלי הגן על קטינים לא רק מפני ניצול או פגיעה, אלא גם מפני הטלת אחריות פלילית בגיל צעיר. הטלת אחריות פלילית במשפט המקובל האנגלי

4 Rita Eidson, *The Constitutionality of Statutory Rape Laws*, 27 UCLA L. REV. 757, 762 (1980), n.35 (שםפנה ל- 1 Statutes at Large 1275, 3 Edw. 1, c. 13 (1 Statutes at Large 83): "[T]he King prohibiteth that none do ravish, nor take away by force, any Maiden within Age". ראו גם Keith Burgess-Jackson, *Statutory Rape: A Philosophical Analysis*, 8 CAN. J.L. & JURIS. 139, 140 (1995): "This statute 'made it a crime to ravish, with or without consent, a maiden of under twelve, the age at which a girl could legally consent to marriage'"; Michelle Oberman, *Girls in the Master's House: Of Protection, Patriarchy and the Potential for Using the Master's Tools to Reconfigure Statutory Rape Law*, 50 DEPAUL DARYL J. (Oberman, *Girls in the Master's House* : להלן: L. REV. 799, 800 (2001) Olszewski, *Statutory Rape in Wisconsin: History, Rationale, and the Need for Reform*, 89 MARQ. L. REV. 693, 694 (2006).

5 Burgess-Jackson, לעיל ה"ש 4; Oberman, *Girls in the Master's House*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 801-800.

6 The Common Informers Act 1576, 18 Eliz. c. 7 (Eng.) ראו Burgess-Jackson, לעיל ה"ש 4; Stephen J. Schulhofer, *Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and Beyond*, 11 LAW & PHIL. 35, 94 (1992); James McCollum, *Constitutional Law—Statutory Rape—Gender-Based Classification Regarding Statutory Rape Law Is Not Violative of the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment*, 25 HOW. L.J. 341, 342 (1982). אף שעברה זו מקורה במשפט המקובל, היא עלתה בקנה אחד עם חקיקה דומה באירופה של ימי הביניים. כך, למשל, המשפט הרומי הטיל עונש מוות על כל מי ש"הרס" (ravish) ילד או אישה באמצעות הפעלת כוח. עונש מוות הוטל גם על מי שפיתה קטין, גם אם הדבר לא היה כרוך בהפעלת כוח. ראו JAMES A. BRUNDAGE, *LAW, SEX, AND CHRISTIAN SOCIETY IN MEDIEVAL EUROPE* 14, 47 (1987). כן ראו Oberman, *Girls in the Master's House*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 801.

7 Burgess-Jackson, לעיל ה"ש 4; Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 762. כך, למשל, במדינת דלוור הועמד גיל ההסכמה על שבע שנים, בעוד שבמדינת טנסי נקבע כי גיל ההסכמה הוא עשרים ואחת שנים.

נעשתה בהתאם לעיקרון שכונה "כלל השבע" (Rule of Sevens). בהתאם לעיקרון זה, ילדים מתחת לגיל שבע לא היו אחראים בפלילים בגין מעשיהם. ילדים שהיו בטווח הגילים שבע עד ארבע-עשרה במועד ביצוע העברה נשאו באחריות חלקית למעשיהם, ולא נענשו באותה חומרה כמו בגירים, ואילו ילדים שמלאו להם ארבע-עשרה שנים נשאו באחריות פלילית מלאה למעשיהם. ההצדקה לעיקרון זה הייתה נעוצה בכך שילדים רוכשים כשירות עם הזמן, בתהליך הדרגתי.⁸

מבחינה היסטורית, חוקי האונס הסטטוטורי נועדו להגן על האינטרס הקנייני של האב בבתו, והיו התגלמות של התפיסה המשפטית שלפיה נשים ונערות הן רכוש מיוחד הזקוק להגנה מיוחדת.⁹ אונס סטטוטורי לא נועד להגן על בנים, אלא על בנות בלבד, והסיבה לכך הייתה נעוצה ברצון להגן על האינטרס הכלכלי של האב בשמירה על "צניעות" בתו.¹⁰ על פי הפרקטיקה שהייתה מקובלת בזמנו, אישה לא בתולה הייתה מבוקשת פחות או רצויה פחות למטרת נישואים, ובת שלא הצליחה להינשא היוותה מעמסה כלכלית על אביה למשך כל חייו. מקורו של האונס הסטטוטורי היה נעוץ בתפיסה שלפיה לבתולי האישה יש ערך כספי-כלכלי, וכאשר גבר נוטל את בתוליה של ילדה ללא רשות אביה, הוא עובר עברה בכך שהוא "גונב" את בתולי הילדה מאביה.¹¹ במצב זה היה האב יכול לדרוש מהאנס פיצוי כספי או לחלופין לדרוש ממנו להינשא לבתו.¹²

8 Oberman, *Girls in the Master's House*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 801–802. העובדה שלקטינים בגיל מסוים אין כשירות להסכים או לקבל החלטה להיות מעורבים בפעילות מסוימת הייתה מקובלת גם בדין האזרחי, אשר מנע, למשל, הטלת אחריות חוזית או נזיקית על קטינים בגיל צעיר. דיני החוזים במשפט המקובל הגבילו את אחריותם של קטינים בכך שהותר להם לבטל או לא לתת תוקף לחוזים שנערכו עימם. באופן דומה, דיני הנזיקין הגנו על קטינים מפני תקיפה, והגבילו את יכולתם להסכים שאדם אחר ייגע בהם. המחוקק אף נוטה להגן על קטינים מפני פעילויות שעשויות להיכפות עליהם ולהזיק להם. כך, למשל, קטינים מתחת לגיל מסוים אינם כשרים להינשא, ומכירת אלכוהול או סיגריות לקטינים מהווה עברה. ראו 51 W.S. HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW (2d ed. 1937); Michele Goodwin, *Law's Limits: Regulating Statutory Rape Law*, 2013 WIS. L. REV. 481, 511.

9 McCollum, לעיל ה"ש 6, בעמ' 348–351; Oberman, *Girls in the Master's House*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 803.

10 ראו Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 761: "The preferred rationale for protecting only females and punishing only males has evolved from early exaltation of female chastity and the special need to protect the 'weaker sex' to more recent arguments that gender-based statutory rape laws are appropriate because of the unique physical characteristics of females". ראו גם McCollum, לעיל ה"ש 6, בעמ' 355–356, ה"ש 147.

11 ראו Burgess-Jackson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 139: "The object of the statute is to protect the virtuous maidens and the undefiled virgins of the State and not the unchaste female". ראו גם Oberman, *Girls in the Master's House*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 802.

12 FLORENCE RUSH, *THE BEST KEPT SECRET: SEXUAL ABUSE OF CHILDREN* 20–21 (1980). ראו גם Oberman, *Girls in the Master's House*, לעיל ה"ש 4.

2. צידוקים מודרניים

בעוד שהרציונל הקדום לאיסור בעילת קטינה מתחת לגיל ההסכמה היה נעוץ בהגנה על האינטרס הכלכלי של האב בשמירה על צניעות בתו,¹³ במשפט המודרני הצידוקים הם שונים ומגוונים. הצידוק הראשון והעיקרי לאיסור נעוץ בהגנה על קטינות מפני "טורפי מין" ומפגשים מיניים כפויים ונצלניים.¹⁴ ההנחה המרכזית העומדת בבסיס העברה בעידן המודרני היא שפער הכוחות הטמון ביחסים בין קטינים למבוגרים מתורגם לחוסר יכולת של הקטין להתנגד להשפעה הכפויה של המבוגר.¹⁵ כאשר אדם מעורב בפעילות מינית עם קטין, הוא מנצל את הפגיעות הטבועה בקטין, וראוי לפיכך לעונש.¹⁶ הטענה היא כי מפגשים מיניים רבים שמעורבות בהם צעירות ואשר מתקיימים "בהסכמה" מתרחשים בתוך המשפחה או במסגרת יחסי היכרות המתאפיינים באלומות, בכפייה, בלחץ או בהונאה, בין על ידי קרובי משפחה ובין על ידי מעסיקים או אנשי מקצוע, אשר מנצלים לרעה את הסמכות שבידם או את כוחם הכלכלי כדי "לבקש" מהקטינה לקיים

-
- 13 Michelle Oberman, *Regulating Consensual Sex with Minors: Defining a Role for Statutory Rape*, 48 BUFF. L. REV. 703, 754 (2000) (להלן: Oberman, *Regulating Consensual Sex*); Olszewski, לעיל ה"ש 4, בעמ' 698. ראו גם State v. Vicars, 186 Neb. 311, 313 (1971), שם ציין בית המשפט כי עברה של אונס סטטוטורי נועדה למנוע מקטינה מתחת לגיל הקבוע בחוק פגיעה בצניעות הבתולית שלה ("depriving a female within the age limits of her virginal chastity").
- 14 ראו Oberman, *Regulating Consensual Sex*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 757; Olszewski, לעיל ה"ש 4, בעמ' 699; Jane E. Larson, "Even a Worm Will Turn at Last": Rape Reform in Late Nineteenth-Century America, 9 YALE J.L. & HUMAN. 1, 3-4 (1997); Jean Strout, Divya Vasudevan & Riya Saha Shah, *Protecting Youth from Themselves: The Overcriminalization of Consensual Sexual Behavior Between Adolescents*, 40 CHILD. LEGAL RTS. J. 1, 9 (2020).
- 15 Oberman, *Regulating Consensual Sex*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 757; Olszewski, לעיל ה"ש 4, בעמ' 699 ("[T]he power disparity inherent in a relationship between a juvenile and an adult Burgess-"; (translates into a juvenile's inability to resist an adult's coercive influence" "[T]he primary justification for statutory rape laws is that) 139 Jackson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 139 ("[T]he primary justification for statutory rape laws is that (women in our society do not have enough power to resist coercive male initiative in sex" Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 10.
- 16 ראו, למשל, People v. Hernandez, 39 Cal. Rptr. 361, 362 (1964): "We are dealing here, of course, with statutory rape where, in one sense, the lack of consent of the female is not an element of the offense. In a broader sense, however, the lack of consent is deemed to remain an element but the law makes a conclusive presumption of the lack thereof because she is presumed too innocent and naive to understand the implications and nature of her act... This goal, moreover, is not accomplished by penalizing the naive female but by imposing criminal sanctions against the male, who is conclusively presumed to be responsible for the occurrence"

עימם יחסי מין.¹⁷ צידוק זה מעורר קושי כאשר העברה חלה על נאשמים בגירים וקטינים כאחד, ואינה מוציאה מתחולתה קיום יחסי מין בין שני קטינים במסגרת יחסי קרבה, שכן במצבים אלו לא מתקיים פער כוחות בין השניים, והבועל אינו "טורף מין" שיש להגן על הקטינה מפניו. בעוד חלק מהמדינות מסייגות את תחולת העברה על קיום יחסי מין בהסכמה בין שני קטינים קרובי גיל במסגרת יחסי רעות, הדין הישראלי אינו עושה כן, כפי שיובהר בהמשך.

הצידוק השני נעוץ בכך שיכולת ההסכמה החופשית של קטין מתחת לגיל ההסכמה לקיומם של יחסים מיניים היא מוגבלת ביחס לאדם מבוגר.¹⁸ קטין, בשל חוסר בשלותו, אינו מסוגל לתת הסכמה מדעת, ולכן כל פעילות מינית עם קטין, מטבע הדברים, אינה נעשית מתוך הסכמה אמיתית בעלת משמעות.¹⁹ קטין מתחת לגיל ההסכמה אינו כשיר להבין את המשמעות של יחסי מין ואת ההשלכות שלהם.²⁰ הנחה זו נתמכת גם על ידי מחקרים אמפיריים המראים כי אזורים במוח האחראים על שיקול דעת ושליטה עצמית אינם מפותחים מספיק אצל קטינים, וזאת עד גיל ההתבגרות המאוחר.²¹ לפיכך קטינים אינם כשירים לקבל החלטות בדומה לבגירים. ניתן לראות כי הפסיקה האמריקנית אימצה נימוק זה, כעולה מדברי בית המשפט העליון במדינת קנטקי בעניין *Golden v. Commonwealth*:

"[T]he victim is without capacity and discretion to have a proper conception of the character of the offense being committed against her person, or to

-
- 17 Larson, לעיל ה"ש 14, בעמ' 4. טענה זו השמיעה תנועה רפורמיסטית במאה התשע-עשרה בארצות הברית שנקראה "איגוד הנשים הנוצריות להתנזרות" (Women's Christian Temperance Union). ראו גם Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 9.
- 18 Britton Guerrina, *Mitigating Punishment for Statutory Rape*, 65 U. CHI. L. REV. 1251, 1260 (1998).
- 19 Olszewski, לעיל ה"ש 4, בעמ' 699. רציונל זה עומד בבסיס חוסר כשרותו של קטין ליטול חלק בפעולות משפטיות, כגון היקשרות בחזרים מחייבים. ראו Michelle Oberman, *Turning Girls into Women: Re-evaluating Modern Statutory Rape Law*, 85 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 15, 43-44 (להלן: Oberman, *Turning Girls into Women*), (1994).
- 20 ראו עניין Hernandez, לעיל ה"ש 16, בעמ' 362: "[T]he law makes a conclusive presumption of the lack thereof because she is presumed too innocent and naive to understand the implications and nature of her act". ראו גם Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 757.
- 21 Goodwin, לעיל ה"ש 8, בעמ' 510, ה"ש 156. החוקרים לורנס שטיינברג ואליזבת קאופמן טוענים כי בעוד מתבגרים עשויים לעסוק בקבלת החלטות בדומה למבוגרים, לעיתים קרובות הם אינם מגיעים לתוצאות ה"נכונות". לגישתם, קבלת החלטות בקרב מתבגרים במצב נתון שונה מזו של מבוגרים – הן בשל לחץ חברתי והן בשל תפיסות שונות לגבי זמן וסיכונים. מתבגרים מודעים לסיכונים הטמונים בהתנהגותם, אך בניגוד למבוגרים במצבים דומים, הם מייחסים משקל יתר לגורמים אחרים, ולא לסיכונים הטמונים במעשיהם. ראו Laurence Steinberg & Elizabeth Cauffman, *Maturity of Judgment in Adolescence: Psychosocial Factors in Adolescent Decision Making*, 20 LAW & HUM. BEHAV. 249, 251, 259, 266 (1996).

comprehend its consequences fully, or perhaps to possess strength of will to resist the influence and importunities of the ravisher".²²

גם צידוק זה מעורר קושי כאשר שני קטינים מתחת ל"גיל ההסכמה" מקיימים יחסי מין. אם נקבע כי קטינה מתחת לגיל מסוים אינה מסוגלת לתת הסכמה מדעת, ועל כן הסכמתה לקיום יחסי מין עימה אינה נחשבת, הכיצד ייתכן שהסכמת הקטין בן גילה לקיים עימה יחסי מין נחשבת "הסכמה מדעת" והיא בת אשמה? אם שני קטינים מתחת לגיל ההסכמה מקיימים יחסי מין בהסכמה, על שיטת המשפט לקבוע אחת משתי אלה: הסכמת השניים אינה מהווה "הסכמה מדעת" (לנוכח גילם) ועל כן אי-אפשר להטיל על הבעל אחריות פלילית; או לחלופין הסכמת השניים לקיום יחסי מין היא מדעת ועל כן המעשה אינו מהווה עברה. על קושי זה אעמוד בהמשך המאמר.

הצידוק השלישי לעברה הוא שהיא נועדה להגן על קטינים מפני נזקים גופניים ונפשיים העלולים להיגרם מקיום יחסי מין בגיל כה צעיר.²³ ההנחה היא שקיום יחסי מין עם קטינות מזיק להן גם אם הדבר נעשה בהסכמתן ובברכתן.²⁴ הנזק הנלווה לעברה עלול להיות גדול, גם אם הוא אינו מתמשך בזמן אמת, אלא רק בחלוף זמן מביצוע העברה, כאשר הקטינה נהפכת לבגירה.²⁵ פגיעה מינית יוצרת אצל הנפגע תגובה טראומטית, שיכולה להתבטא במגוון רחב של השפעות במישורים הפיזי, הרגשי, הקוגניטיבי וההתנהגותי: חרדה, בושה, הסתרה, תחושת אשמה והכחשה, פגיעה בתחושת הביטחון האישי וערעור הביטחון בזהות האישית, אובדן שליטה בנעשה והעדר הגנה, שמהם נגזרים קושי מיוחד בחשיפת האירוע ופגיעה חמורה בפרטיות.²⁶ פגיעה מינית היא אירוע קשה מאוד, המבטא חצייה עמוקה של גבולות האינטימיות בהיבט הבסיסי ביותר. הפגיעה נובעת מעצם כניסתו של גורם זר למרחב המיני של אדם לא מתוך בחירה וחופש של האדם, ומהיחשפותו של אותו זר למקום אישי ושמור מאוד שלו.²⁷ לנפגע קשה לחשוף את האירוע, והדבר נכון במיוחד כאשר הפוגע הוא אדם קרוב, וכן כאשר הפגיעה מתרחשת על רקע פערי כוחות.²⁸ חלק ניכר מהפגיעה הנפשית

22 Golden v. Commonwealth, 158 S.W.2d 967, 969 (Ky. Ct. App. 1942).

23 R. v. Hess, R. v. Nguyen, [1990] 2 S.C.R. 906, 948 (Can.) (להלן: עניין R). ראו גם Law Reform Comm'n of Can., *Criminal Law: Sexual Offences* 25–26 (Working Paper No. 22, 1978).

24 State v. Adkins, 106 W. Va. 658, 663 (1929): "The statute makes her sexual profanation a ravishment, even though invited. It has therefore erected a barrier of years around wilful girlhood—a barrier across which the profligate proceeds at his peril" (עניין Adkins, 106 W. Va. 658, 663 (1929)).

25 עניין פלוגי, לעיל ה"ש 2; Guerrina, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1261.

26 הוועדה הבין-משרדית לבחינת הטיפול בנפגעי עבירות מין בהליך הפלילי **דין וחשבון** 73–74 (2019) (להלן: **דין וחשבון**).

27 שם.

28 שם.

המלווה את נפגע עברת המין כרוך בתחושתו כי הופקע ממנו חופש הבחירה בנוגע לגופו ולמעשיו, והוא חווה חוויה קשה של אובדן חירות ושליטה בגופו.²⁹ קושי נוסף נוגע בסוגיות של זיכרון ומנגנונים נפשיים של ניתוק ופיצול. נפגעי עברות מין, בעיקר בשנות הילדות, עלולים לחוות קושי עצום בתיאור חוויית הפגיעה. הקושי נובע ממנגנוני הגנה הישרדותיים, אשר מחד גיסא מבקשים לסייע לנפש להכחיש, לשכוח ולהדחיק את מעשי הפגיעה, ומאידך גיסא מבקשים להכריז עליהם, לתת תוקף לפגיעה ולדרוש את הפסקתה.³⁰ החלטה של נפגע עברת מין לחשוף את דבר הפגיעה ולהגיש תלונה גוזלת כוחות נפש רבים, ולעיתים היא משתהה ומתגבשת בליבו של אדם זמן רב.³¹ כל אלה נכונים ביתר שאת כאשר הפגיעה נעשית כלפי קטין. קטינים נפגעי עברה פגיעים במיוחד, משום שמלבד הפגיעה וההתעללות שהם חוו, גילם הרך, תמימותם וחוסר היכולת שלהם להתגונן מציבים אותם מלכתחילה כמטרה נוחה לניצול.³² קטינים נתונים בסיכון מוגבר להיפגע מעברות מכל הסוגים, ושיעור הפגיעות שהם חשופים אליהן רב בהשוואה לבגירים.³³ קטינים חשופים הן לסוגי התקיפות שבגירים חווים, כגון תקיפות מיניות, והן לסוגים נוספים, אשר ייחודיים לקטינים ולחסרי ישע, כגון התעללות פיזית, נפשית ומינית על ידי האחראים עליהם – אנשים שהקטינים רוחשים להם אמון על פי רוב.³⁴ כמו כן, קטינים מתמודדים עם קשיים ייחודיים בהליך הפלילי, הנוספים על אלה המוכרים אצל נפגעי עברה בגירים. זאת ועוד, הטראומה הפיזית והרגשית אצל קטינות שקיימו יחסי מין בגיל צעיר באה לידי ביטוי בעלויות רפואיות וחברתיות גבוהות ואף בירידה בפרייה.³⁵ לבסוף, קיים צורך להגן על קטינים מפני ניצולם לרעה לשם עבודה בזנות.³⁶

הצידוק הרביעי הוא מוסרי בעיקרו, והוא נעוץ באמונה – לפחות בקרב חלקים מהציבור – שקיום יחסי מין מחוץ לנישואים אינו מוסרי מטבעו ועל כן יש להימנע ממנו. אחת המטרות של חוקי האונס הסטטוטוריים הראשונים הייתה נעוצה ברצון לאסור על קטינה במהלך גיל ההתבגרות לעשות מעשה מביש ולהרחיקה מתאוות

29 שם. ודוק, סבורני כי צידוק זה משתלב עם הצידוק השני כאשר גיל ההסכמה נמוך באופן יחסי, ואילו כאשר גיל ההסכמה הוא גבוה באופן יחסי (למשל, במדינות שבהן גיל ההסכמה הוא שש-עשרה ואף שמונה-עשרה שנים), יש לתת משקל יתר לצידוק השלישי דווקא.

30 שם.

31 שם, בעמ' 75.

32 שם, בעמ' 80. ראו גם כרמית פולק כהן "זכותם של קטינים נפגעי עבירה להשמיע ולהישמע – אינטרס פרטי כאינטרס ציבורי" איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית **בדלתיים סגורות: פגיעה מינית וההליך הפלילי** 67 (2016).

33 **דין וחשבון**, לעיל ה"ש 26; טלי גל "ילדים נפגעי עברה בישראל עשור לאחר 'מהפכת זכויות הקורבן': בחינה דרך מודל צרכים-זכויות" **עיוני משפט** לו 705 (2015).

34 **דין וחשבון**, לעיל ה"ש 26.

35 עניין R, לעיל ה"ש 23.

36 שם.

גברים.³⁷ על מנת להשיג מטרה זו, המשפט הפלילי מאיים בעונש על גברים שנוטלים חלק במעשה זה.³⁸ ההנחה היא שמיניות קשורה בקשר הדוק למוסר החברתי ומצריכה בגרות אצל הנוטלים בה חלק. לקטינים המקיימים יחסי מין, גם אם הדבר נעשה בהסכמה, אין מספיק יכולת לקבל החלטות בעניין זה, ולכן הרתעתם נעשית באמצעות הפללה של מי שמעורב ביחסי המין עימם.³⁹ לעומת זאת, יש הטוענים כי אין זה מתפקידו של המשפט הפלילי לעצב את המוסר המיני, וכי בתי המשפט אינם צריכים לבסס את החלטותיהם על שיקולים מוסריים.⁴⁰ המשפט הפלילי אומנם אוסר התנהגויות שונות בלתי מוסריות, אלא שהן אינן מהוות עברה רק משום שהן אינן מוסריות.⁴¹ בעניין *Lawrence v. Texas* קבע בית המשפט העליון בארצות הברית כי העובדה שהרוב במדינה רואה פרקטיקה מסוימת כבלתי מוסרית אינה סיבה מספקת לחוקק חוק האוסר את הפרקטיקה.⁴² יתר על כן, אם קיום יחסי מין מחוץ לנישואים אינו מוסרי ועל כן יש לאסור אותו, מדוע הוא חל על קטינות בלבד, ולא על נשים בגירות?

הצידיק החמישי הוא חברתי-רווחתי-כלכלי. הטענה היא כי אונס סטטוטורי מוביל להריונות בלתי רצויים וכתוצאה מכך לתלות בשירותי הרווחה ולעלויות שהחברה צריכה לשאת בהן, כגון ביצוע הפלות או טיפול באם ובתינוק.⁴³ לנוכח זאת, העברה נועדה להפחית את התלות בשירותי הרווחה, וארצות הברית היא ראייה טובה לכך. משלהי שנות השבעים ועד שנות התשעים של המאה הקודמת נאכפו חוקי האונס הסטטוטוריים בארצות הברית בצורה שקטה וספורדית בלבד; המחוקק האמריקני וקובעי המדיניות בארצות הברית התעלמו מהם, והם אף לא עלו לדיון ציבורי.⁴⁴ באמצע שנות התשעים, כחלק מרפורמה במערכת הרווחה, התעורר דיון ציבורי סביב אכיפה של עברות אונס סטטוטורי בעקבות פרסום של שני מחקרים שעסקו בהריונות בגיל העשרה. המחקר הראשון נערך על ידי מכון גוטמאכר (Allan Guttmacher Institute), ומצא כי מחצית מהאבות לתינוקות שנולדו לאימהות בנות חמש-עשרה עד שבע-עשרה היו בני

37 Parsons v. Parker, 160 Va. 810, 813–814 (1933): "The purpose of the [statutory rape] statute is to prohibit a girl, while passing through the years of adolescence, from voluntarily becoming the author of her own shame, and to set her apart from the lusts of Olszewski ; men"; Holton v. State, 28 Fla. 303 (1981). לעיל ה"ש 16. ראו גם עניין Hernandez, לעיל ה"ש 16.

38 עניין Adkins, לעיל ה"ש 24, בעמ' 663. ראו גם Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 760.

39 Olszewski, לעיל ה"ש 4, בעמ' 699.

40 Tonry, לעיל ה"ש 1, בעמ' 113.

41 שם.

42 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 577 (2003).

43 Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 761–760. להחלטות של בתי משפט בארצות הברית המצדיקות את חוקי האונס הסטטוטורי במניעת היריון בלתי רצוי ראו שם, בעמ' 771, ה"ש 83; Olszewski, לעיל ה"ש 4, בעמ' 699–700.

44 Oberman, *Girls in the Master's House*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 808; Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 9.

עשרים ומעלה.⁴⁵ המחקר השני נערך על ידי אוניברסיטת קליפורניה, וממצאיו הצביעו על כך ששני שלישים מהאימהות בגיל בית-ספר נכנסו להיריון לאחר קיום יחסים עם בחורים שסיימו את לימודיהם.⁴⁶ מחקרים אלו ביססו את הקשר בין שיעורי האונס הסטטוטורי לבין שיעורי ההיריון בגיל העשרה, ושימשו את הקונגרס בקריאתו לכל המדינות לאכוף באופן אגרסיבי את חוקי האונס הסטטוטורי, הן כדי להגן על קטינות מפני טורפי מין מבוגרים והן כדי להפחית את שיעורי הילודה מחוץ לנישואים ואת התלות של אימהות צעירות בשירותי הרווחה ובכספי הציבור.⁴⁷

הקשר שנוצר בין אונס סטטוטורי להיריון בגיל ההתבגרות היה קשור באופן בלתי נפרד לאמונה שאימהות בגיל צעיר מעמיסות על שירותי הרווחה. לפיכך אכיפה אגרסיבית נגד מעשי אונס סטטוטוריים נהפכה לחלק מהמאמץ הלאומי בארצות הברית להפחתת הוצאות הרווחה.⁴⁸ עקב כך חייב הקונגרס את היועץ המשפטי לממשלה לפתח תוכנית לעידוד אכיפה אגרסיבית של חוקי אונס סטטוטוריים,⁴⁹ ואף המליץ לכל המדינות על אכיפה בלתי מתפשרת של חוקים אלו.⁵⁰ כנגד זה נשמעה ביקורת על כך שיצירת קשר בין אונס סטטוטורי להריונות בלתי רצויים היא מטעה, ולא הייתה יותר

45 David J. Landry & Jacqueline Darroch Forrest, *How Old* ; 516 בעמ' 8, לעיל ה"ש ; Goodwin
Laura Duberstein Lindberg, *Are U.S. Fathers?*, 27 FAM. PLAN. PERSP. 159 (1995)
Freya L. Sonenstein, Leighton Ku & Gladys Martinez, *Age Differences Between Minors
Who Give Birth and Their Adult Partners*, 29 FAM. PLAN. PERSP. 61 (1997)

46 Mike Males & Kenneth S.Y. Chew, *The* ; 10 בעמ' 14, לעיל ה"ש ; Strout, Vasudevan & Shah
Ages of Fathers in California Adolescent Births, 1993, 86 AM. J. PUB. HEALTH 565, 567
(1996).

47 Goodwin, לעיל ה"ש 8, בעמ' 516–517 ; Olszewski, לעיל ה"ש 4, בעמ' 700 ;
Rigel Oliveri, *Statutory Rape Law and* ; 10 בעמ' 14, לעיל ה"ש ; Vasudevan & Shah
Enforcement in the Wake of Welfare Reform, 52 STAN. L. REV. 463, 472–473 (2000)

48 שם, בעמ' 474.

49 Olszewski, לעיל ה"ש 4, בעמ' 700.

50 34 U.S.C. § 12392 (Enforcement of ; 10 בעמ' 14, לעיל ה"ש ; Strout, Vasudevan & Shah
statutory rape laws) (2017): "(a) Sense of Senate. It is the sense of the Senate that States
and local jurisdictions should aggressively enforce statutory rape laws. (b) Justice
Department program on statutory rape. Not later than January 1, 1997, the Attorney
General shall establish and implement a program that—(1) studies the linkage between
statutory rape and teenage pregnancy, particularly by predatory older men committing
repeat offenses; and (2) educates State and local criminal law enforcement officials on the
prevention and prosecution of statutory rape, focusing in particular on the commission of
statutory rape by predatory older men committing repeat offenses, and any links to teenage
pregnancy. (c) Violence Against Women initiative. The Attorney General shall ensure that
the Department of Justice's Violence Against Women initiative addresses the issue of
statutory rape, particularly the commission of statutory rape by predatory older men
committing repeat offenses"

מאשר מנוף פוליטי למירוב וקידום של סדר היום הכלכלי שדגל בעריכת רפורמה במערכת הרווחה בארצות הברית בשנות התשעים.⁵¹ לסיכום, הפללה של קיום יחסי מין עם קטינים צעירים בשנים, גם כאשר הדבר נעשה בהסכמתם, מוצדקת הן משיקולים תועלתניים והן משיקולים גמוליים. כיום חוקי האונס הסטוטוריים המודרניים הם אמצעי חשוב ומקובל להגנה על ילדים מפני מבוגרים המבקשים לנצלם.⁵² עם זאת, אי־אפשר להתעלם גם משיקולים כלכליים שהיוו בסיס לחוקים אלו ולאכיפתם ביתר שאת, בין שהאינטרס הכלכלי היה הגנה על "ערך" הילדה לאביה או לבעלה לעתיד, ובין שהוא היה מניעת הכבדה על שירותי הרווחה והקופה הציבורית על ידי אימהות צעירות לא נשואות.⁵³ לאחר הצגת התשתית הרציונלית שבבסיסה של עברת האונס הסטוטורי, אדון בפרק הבא ביסודות העברה וגבולותיה במשפט האנגלו־אמריקני, תוך התמקדות בדין האמריקני, בדין האנגלי, בדין הקנדי ובדין האוסטרלי. בהמשך, בפרק השלישי, אדון במצב המשפטי בישראל – הן לשם השוואה עם הדין הזר והן כבסיס לטענות הביקורת שיידונו בפרק הרביעי.

51 Goodwin, לעיל ה"ש 8, בעמ' 517. כך, למשל, נטען כי 62% מהבנות שהשתתפו במחקר (שהיו בין הגילים חמש־עשרה לתשע־עשרה) היו בין הגילים שמונה־עשרה לתשע־עשרה שנים, כך שההיריונות שאליהם התייחס המחקר היו של בחורות בגיל בוגר יחסית, ולא צעיר. ראו, למשל, Patricia Donovan, *Can Statutory Rape Laws Be Effective in Preventing Adolescent Pregnancy?*, 29 FAM. PLAN. PERSP. 30, 34 (1997).

52 Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 10; Oberman, *Girls in the Master's House*; לעיל ה"ש 4, בעמ' 800. אוברמן מפנה במאמרה למחקר שפורסם בשנת 1998 על חוויותיהן של נשים במהלך המפגשים המיניים הראשונים שלהן. קרוב ל-3,000 נשים התבקשו לדרג את החוויה המינית הראשונה שלהן מ־1 עד 10, כאשר ציון 1 משמעו שהן כלל לא רצו לקיים יחסי מין ואילו ציון 10 משמעו שהן רצו מאוד שזה יקרה. המחקר העלה כי ככל שגילה של אישה היה צעיר יותר במגע הראשון כן גדל הסיכוי שהיא תרווח כי הוא היה בלתי רצוי. למעשה, 24% מהנערות שציינו כי החוויה המינית הראשונה שלהן הייתה כשהן היו מתחת לגיל ארבע־עשרה דיווחו כי יחסי המין לא היו רצוניים. מחקרים כגון אלה, טוענת אוברמן, מסבירים את המדיניות סביב יצירתם של חוקי אונס סטוטוריים (שם, בעמ' 820).

53 Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 10.

פרק ב: אונס סטטוטורי במשפט האנגלו-אמריקני

1. ארצות הברית

חוקי האונס הסטטוטוריים נקלטו במערכת המשפט האמריקנית באמצעות המשפט המקובל האנגלי.⁵⁴ תחילה העמיד המחוקק האמריקני את גיל ההסכמה על עשר שנים, אך במהלך המאה התשע-עשרה העלו המדינות בארצות הברית את גיל ההסכמה בהדרגה. בתחילת המאה העשרים היה הגיל הממוצע להסכמה שש-עשרה שנים,⁵⁵ וכיום כל המדינות בארצות הברית אוסרות אונס סטטוטורי, כאשר גיל ההסכמה משתנה ממדינה למדינה ונע בין שש-עשרה שנים לשמונה-עשרה שנים.⁵⁶ נכון לשנת 2025, ב-31 מדינות בארצות הברית גיל ההסכמה הוא שש-עשרה שנים, ב-7 מדינות גיל ההסכמה הוא שבע-עשרה שנים, ואילו ב-13 מדינות גיל ההסכמה הוא שמונה-עשרה שנים.⁵⁷ בהיבט המגדרי, בתחילה היו חוקי האונס הסטטוטוריים בארצות הברית ספציפיים למגדר אחד, והפלילו קיום יחסי מין עם קטינות בלבד. חקיקה זו שיקפה את הרעיון ההיסטורי שלפיו נשים ונערות היו "רכוש" מיוחד הזקוק להגנה מיוחדת.⁵⁸ בעוד שהרציונל הקדום לאיסור בעילת קטינה מתחת לגיל ההסכמה היה נעוץ בהגנה על האינטרס הכלכלי של האב, כיום, בעקבות חדירת רעיונות פמיניסטיים למשפט הפלילי המודרני, הצידוק לאיסור נעוץ בהגנה על קטינות מפני מפגשים מיניים כפויים ונצלניים.⁵⁹

54 Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 762; Frances Olsen, *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*, 63 TEX. L. REV. 387, 403 (1984).

55 Oberman, *Girls in the Master's House*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 803; Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 8. בשנת 1885 – השנה שבה החלה הרפורמה לשינוי גיל ההסכמה – לפחות 34 מדינות בארצות הברית קבעו כי גיל ההסכמה הוא עשר שנים, ומדינת דלוור אף העמידה אותו על שבע שנים בלבד. בשנים 1886–1887 העלו 20 מדינות בארצות הברית את גיל ההסכמה בחקיקה. בשנת 1900 רק ב-3 מדינות (כולן בדרום ארצות הברית) נותר גיל ההסכמה על עשר שנים. ב-21 מדינות הועלה גיל ההסכמה לשש-עשרה שנים, וב-11 מדינות אחרות הוא הועמד על שמונה-עשרה שנים. ראו Larson, לעיל ה"ש 14, בעמ' 3, ה"ש 9.

56 Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 12; Larson, לעיל ה"ש 14, בעמ' 3; Maryanne Lyons, *Adolescents in Jeopardy: An Analysis of Texas' Promiscuity Defense for Sexual Assault*, 29 HOUS. L. REV. 583, 607–618 (1992). ראו גם, WORLD POPULATION REV., <https://did.li/6wkOf>.

57 שם. מדי תקופה מדינות מעדכנות את חוקיהן בנושא, ובכלל זה את גיל ההסכמה. כך, למשל, בשנת 2018 העלתה ניו מקסיקו את גיל ההסכמה משש-עשרה לשבע-עשרה, ויומינג נקטה צעד זהה בשנת 2019. בשנת 2025 הורידה ניו מקסיקו בחזרה את גיל ההסכמה לשש-עשרה, ואילו מחוז קולומביה וקנטקי העלו את גיל ההסכמה משש-עשרה לשמונה-עשרה.

58 Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 761.

59 Larson, לעיל ה"ש 14, בעמ' 3–4; Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 9.

תנועות פמיניסטיות הובילו לשינוי גם בגיל ההסכמה. הגל הראשון של תנועות אלו הורכב ברובו מחברות "איגוד הנשים הנוצריות להתנזרות", אשר ראו את המיניות ככוח רב עוצמה שהכפיף את הנשים לגברים בשלל דרכים.⁶⁰ נשים אלו הצביעו על כך שמפגשים מיניים רבים שמעורבות בהם בחורות צעירות ואשר מתקיימים "בהסכמה" מתרחשים בתוך המשפחה או במסגרת יחסי היכרות המתאפיינים באלומות, בכפייה, בלחץ או בהונאה, בין על ידי קרובי משפחה ובין על ידי מעסיקים או אנשי מקצוע, אשר מנצלים לרעה את הכוח הכלכלי או הסמכות שבידם כדי "לבקש" מהצעירה לקיים עימם יחסי מין.⁶¹ בדרך זו קידמו תנועות פמיניסטיות את העלאת גיל ההסכמה. בהמשך, בשנות השבעים של המאה הקודמת, הן קראו לבטל את ההבחנה המגדרית שהייתה קיימת בזמנו, ודרשו להחיל את העברה גם כאשר הקורבנות הם בנים, וזאת כדי להגן על צעירים משני המינים.⁶² קריאה זו הובילה לשינוי חוקי האונס הסטטוטוריים בארצות הברית, כך שלמן שנת 2004 העברה ניטרלית מבחינה מגדרית בכל חמישים המדינות בארצות הברית.⁶³

מבחינת היסוד הנפשי הדרוש להרשעה, במאה התשע-עשרה אימץ המשפט האמריקני את ההסדר שהיה קבוע במשפט המקובל האנגלי, שלפיו אונס סטטוטורי הוא עברה מסוג של אחריות מוחלטת. המשמעות היא שבתי המשפט לא אפשרו לנאשמים להתגונן בטענת אי-ידיעת גיל הקטינה, גם במקרים שבהם יחסי המין קוימו בהסכמה והנאשמים טעו טעות כנה וסבירה בהניחם שהקטינה מעל גיל ההסכמה, ואפילו במקרים שבהם הם נקטו אמצעים סבירים כדי לדעת את גילה האמיתי של הקטינה.⁶⁴ על אף הביקורת שנמתחה על הטלת האחריות המוחלטת בגין אונס סטטוטורי, מעט מאוד קולות קראו לביטולה.⁶⁵ הפעם הראשונה שבה סטה בית המשפט ממדיניות זו הייתה בשנת 1964, בפסק הדין בעניין *People v. Hernandez*.⁶⁶ על פי עובדות המקרה,

60 Larson, לעיל ה"ש 14; Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14.

61 Larson, לעיל ה"ש 14, בעמ' 4.

62 Oberman, *Girls in the Master's House*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 807; Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 9.

63 Jennifer Ann Drobac, *Sex and the Workplace: "Consenting" Adolescents and a Conflict of Laws*, 79 WASH. L. REV. 471, 484-485 (2004). אף שמדינות רבות מגינות על שני המינים, חלק מהמדינות דורשות שהמעורבים במעשה יהיו ממינים מנוגדים לצורך גיבוש העברה. ראו Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14.

64 Larry W. Myers, *Reasonable Mistake of Age: A Needed Defense to Statutory Rape*, 64 MICH. L. REV. 105, 105-106 (1965). שם, בה"ש 3, מפנה מאירס לפסיקה ענפה ממדינות שונות שבמסגרתה מיאנו בתי משפט לקבל טענת הגנה בדבר אי-ידיעת גיל הקטינה בעברת אונס סטטוטורי.

65 ראו, למשל, עניין Hernandez, לעיל ה"ש 16; Rosanna Cavallaro, *A Big Mistake: Eroding the Defense of Mistake of Fact About Consent in Rape*, 86 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 815, 819 n.21 (1996). ראו גם Myers, לעיל ה"ש 64, בעמ' 108.

66 עניין Hernandez, לעיל ה"ש 16.

המתלוננת והנאשם הכירו זה את זה והיו בקשר חברי במשך חודשים מספר. כשלושה חודשים בטרם הגיעה המתלוננת לגיל שמונה-עשרה (שהוא גיל ההסכמה במדינת קליפורניה), קיימו השניים יחסי מין בהסכמה. הנאשם הואשם בעברת אונס סטטוטורי לאחר שבית המשפט דחה את בקשת התביעה להציג ראיות המוכיחות כי המתלוננת הטעתה את הנאשם ונתנה לו להניח כי היא מעל גיל שמונה-עשרה. הנאשם הגיש ערעור לבית המשפט העליון במדינת קליפורניה, אשר התקבל פה אחד על ידי הרכב השופטים, אשר קבע כי הוכחה בדבר אמונה סבירה של הנאשם שלפיה המתלוננת הגיעה לגיל ההסכמה היא ראייה שצריכה להיזקף לזכות הנאשם.

למן פסק הדין בעניין *Hernandez*, רוב המדינות בארצות הברית מאפשרות לנאשמים שהאשמו באונס סטטוטורי להתגונן בטענת "טעות במצב דברים" המתייחסת לגיל הקטינה, אם כי קיים שוני בין המדינות ביסודות ההגנה ובתוצאותיה: בחלק מהמדינות – כגון קליפורניה, ניו יורק ואילינוי – קבלת הטענה שוללת את היסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעה בעברה ותביא לידי זיכוי הנאשם;⁶⁷ במדינות אחרות – כגון טקסס, ויסקונסין ואלסקה – היא מהווה רק שיקול לקולא בענישה;⁶⁸ ואילו כמה מדינות דוגלות עדיין במודל נוקשה של אחריות מוחלטת, ואינן מאפשרות לנאשמים לטעון ל"טעות במצב דברים" המתייחסת לגיל הקטינה.

מלבד שוני זה קיים שוני רב בין המדינות בארצות הברית ביסודות העברה, בענישה וכן בהגנות הקיימות לצד העברה. כאשר ליסודות העברה, בכמה מדינות נקבע כי אונס סטטוטורי הוא קיום יחסי מין עם אדם מתחת לגיל ההסכמה. כך, למשל, במדינת מסצ'וסטס גיל ההסכמה הוא שש-עשרה שנים, ללא יוצאים מן הכלל.⁶⁹ לנוכח זאת, אם שני קטינים בני חמש-עשרה מקיימים יחסי מין זה עם זה בהסכמה ובמסגרת יחסי רעות, שניהם עוברים עברה. במקרים אלו לרשויות אכיפת החוק (המשטרה והתביעה) יש מרחב שיקול דעת להחליט מי "הקורבן" ומי "המבצע". יש מקרים שבהם תפקידים אלו ברורים מאליהם. כאשר הם אינם ברורים, נכנסים למרחב שיקול הדעת הנחות ודעות קדומות של מבוגרים המעורבים בקבלת ההחלטות.⁷⁰ ילד עשוי להיות מזוהה כמבצע עברה בשל גזעו, מינו, זהותו המינית, חווייתו המינית או כל גורם מזהה אחר.⁷¹ כפועל יוצא מכך, ההחלטה איזה ילד להעמיד לדין נעשית על בסיס הטיות אישיות של מקבלי ההחלטות, כגון הורי הקטינים, המשטרה והתביעה. משכך, הטענה היא כי אונס סטטוטורי באותן מדינות מהווה תשתית אידיאלית לאכיפה מפלה ושרירותית.⁷² צעירים

67 Myers, לעיל ה"ש 64, בעמ' 108.

68 ראו, למשל, *State v. Fremgen*, 889 P.2d 1083 (Alaska Ct. App. 1995).

69 MASS. GEN. L. ch. 265 § 23 (2008). ראו גם Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 14.

70 Lisa Pearlstein, *Walking the Tightrope of Statutory Rape Law: Using International* ; 14

Legal Standards to Serve the Best Interests of Juvenile Offenders and Victims, 47 AM.

CRIM. L. REV. 109, 110 (2010).

70 Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 14.

71 שם.

72 שם.

אפרו-אמריקנים⁷³ או נערים הטרוסקסואליים נתפסים כתוקפניים מבחינה מינית יותר מנערות צעירות, ועל כן הסיכוי שהם יזוהו כמבצעי העברה גבוה יותר.⁷⁴ באופן דומה, צעירים המצויים בטיפולן של רשויות הרווחה או בפיקוחם של בתי משפט לנוער חשופים, מטבע הדברים, גם לבחינה קפדנית יותר של התנהגותם המינית, דבר המוביל לשיעור גבוה יותר של העמדה לדין בקרב נערים אלו בעברת אונס סטטוטורי בהשוואה לנוער שאינו מפוקח על ידי המדינה.⁷⁵ זאת ועוד, בני נוער המזוהים עם קהילת הלהט"ב חשופים יותר להעמדה לדין בגין עברות מין.⁷⁶ ההשלכה של עברת האונס הסטטוטורי על בני נוער המזוהים עם קהילת הלהט"ב עשויה אם כן להיות קשה יותר מאשר על בני נוער הטרוסקסואלים.⁷⁷

שוני נוסף בא לידי ביטוי בפטור שחלק מהמדינות מעניקות לקטינים קרובי גיל המקיימים יחסי מין בהסכמה במסגרת יחסי רעות. בחלק מהמדינות קיימת הגנה המכונה "חוק רומיאו ויוליה" (Romeo and Juliet Law), שנועדה למנוע העמדה לדין של זוגות קטינים המקיימים יחסי מין בהסכמה כאשר שני המעורבים קרובים בגיל ואחד מהם או שניהם מתחת לגיל ההסכמה.⁷⁸ כמחצית מהמדינות בארצות הברית חוקקו "חוקי רומיאו ויוליה" ומעניקות פטור המבוסס על קרבת גיל למי שמעורב באונס סטטוטורי, בעוד מחציתן אינן מעניקות פטור כאמור.⁷⁹ הפרש הגילים המותר במסגרת חוקים אלו מצוי בדרך כלל בטווח שבין שנתיים לחמש שנים. מעבר לכך, "חוקי רומיאו ויוליה" שונים ממדינה למדינה, ובחלק מהמדינות הם מסובכים ומורכבים.⁸⁰

73 שם.

74 Anna High, *Good, Bad and Wrongful Juvenile Sex: Rethinking the Use of Statutory Rape Laws Against the Protected Class*, 69 ARK. L. REV. 787, 815 n.123 (2016).

75 Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 15.

76 Colleen A. Sullivan, *Kids, Courts and Queers: Lesbian and Gay Youth in the Juvenile Justice and Foster Care Systems*, 6 LAW & SEXUALITY 31 (1996). טענת המחברת היא כי נוער המזוהה עם קהילת הלהט"ב עשוי בסבירות גבוהה יותר להיות בקשר עם המערכת המשפטית עקב נידוי חברתי, סכסוכים משפחתיים והפללה של מעשים חד-מיניים מסוימים. לדיון מקיף בהשלכה השלילית של עברות אינוס סטטוטורי על קהילת הלהט"ב ראו Michael J. Higdon, *Queer Teens and Legislative Bullies: The Cruel and Invidious Discrimination Behind Heterosexist Statutory Rape Laws*, 42 U.C. DAVIS L. REV. 195 (2008).77 Tom Wahl & Nicole Pittman, *Injustice*; Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 15; How the Sex Offender Registry Destroys LGBT Rights, ADVOCATE (Aug. 5, 2016), <https://did.li/EqyZH>; Elizabeth Garfinkle, *Coming of Age in America: The Misapplication of Sex-Offender Registration and Community-Notification Laws to Juveniles*, 91 CALIF. L. REV. 163, 187 (2003).

78 ראו Age of Consent by State 2024, לעיל ה"ש 56.

79 שם.

80 לדוגמה, במדינת קרוליינה הצפונית חל איסור מוחלט, ללא כל תלות בגיל, לקיים קשר מיני עם תלמיד אם הנאשם הוא מורה בית ספר, תלמיד-מורה, מנהל בית ספר, קצין בטיחות בבית הספר,

באשר לענישה, מדינות מסוימות קובעות עונשים חמורים יותר לגברים מבוגרים שקיימו יחסי מין עם נערות בגיל טרום ההתבגרות, ומאידך גיסא, עונשים מקילים כאשר הנערה הייתה בוגרת מהנער.⁸¹ כשליש מהמדינות קובעות ענישה מדורגת, התלויה בגיל הקורבן או בפער הגילים בין הקורבן לעושה.⁸² ברוב המדינות חוקי האונס הסטטוטורי מורכבים מטלאים מבלבלים של איסורים, חריגים ותנאים מחמירים ומקילים. לדוגמה, במדינת אינדיאנה מידת האחריות לעברה תלויה בגיל העושה, בגיל הקורבן ובעברה שבה הוא הואשם, עם עונשים שונים לנאשמים מתחת לגיל ארבע-עשרה ולנאשמים מעל גיל ארבע-עשרה אך מתחת לגיל עשרים ואחת.⁸³ במדינת פנסילוניה קיום יחסי מין מהווה אונס סטטוטורי כאשר המעשה מתרחש בין קטין מתחת לגיל שש-עשרה לבין אדם המבוגר ממנו בארבע שנים לפחות, אך החוק יוצר הבחנה מבחינת חומרת העברה על בסיס הפרש הגילים, המסווג לשלוש קבוצות: מארבע עד שמונה שנים; משמונה עד אחת-עשרה שנים; ויותר מאחת-עשרה שנים.⁸⁴

לסיכום, כל המדינות בארצות הברית כוללות חוקי אונס סטטוטורי ללא הבחנה מגדרית בין נפגעי העברה. עם זאת, קיים שוני בין המדינות בגיל ההסכמה (אשר נע בין שש-עשרה לשמונה-עשרה שנים), באפשרות לטעון טענה בדבר "טעות במצב דברים" המתייחסת לגיל הקטין, בקיומו של פטור כאשר יחסי המין מתקיימים בהסכמה בין קטינים קרובי גיל ("חוק רומיאו ויוליה") וכן בענישה.

2. אנגליה

סעיף 5 ל-Sexual Offences Act (SOA) משנת 1956, שכותרתו הייתה "מגע מיני עם ילדה מתחת לגיל שלוש-עשרה", אסר על גבר לקיים יחסי מין עם ילדה מתחת לגיל

מאמן או עובד אחר בבית הספר של הילד. לעומת זאת, אם שני בני הזוג נשואים, אזי גיל ההסכמה אינו חל. ראו שם.

81 Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 765-766, Olsen; לעיל ה"ש 54, בעמ' 404.

82 אריזונה, קליפורניה, קונטיקט, דלוור, פלורידה, ג'ורג'יה, אינדיאנה, קנזס, מיין, מיזורי, נוודה, קרוליינה הצפונית, אורגון, דקוטה הדרומית וויסקונסין: ARIZ. REV. STAT. ANN. § 13-1405(B) (2020); CAL. PENAL CODE §§ 261.5(b)-(d) (2019); CONN. GEN. STAT. §§ 53a-70(a) (2019); DEL. CODE ANN. tit. 11, §§ 768-773 (2020); FLA. STAT. § 800.04 (2019); GA. CODE ANN. § 16-6-3 (2020); IND. CODE § 35-42-4-3 (2019); KAN. STAT. ANN. § 21-5503 (2023); ME. STAT. tit. 17, § 254 (2019); MO. REV. STAT. §§ 566.032-566.034 (2019); NEV. REV. STAT. § 200.368 (2019); N.C. GEN. STAT. § 14-27.21 (2019); OR. REV. STAT. §§ 163.355-163.365, 163.375 (2018); S.D. CODIFIED LAWS § 22-22-7 (2019); WIS. STAT. § 948.02 (2019).

83 Strout, Vasudevan & Shah; IND. CODE § 35-42-4-3 (2019) לעיל ה"ש 14, בעמ' 13.

84 PA. CONS. STAT. § 3122.1 (2020).

שלוש-עשרה.⁸⁵ במהלך השנים נמתחה ביקורת על כך שהחוק ארכאי, מפלה, ואינו תואם את תפיסות המוסר, הגישות והפרקטיקות המקובלות במפנה המאה העשרים ואחת.⁸⁶ אכן, בשנת 2003 נערכה רפורמה מקיפה בעברות מין באנגליה ובוויילס, ואת החוק משנת 1956 החליף ה-SOA משנת 2003.⁸⁷ ה-SA0 החדש כולל הוראות האוסרות קיום מגע מיני כלשהו עם קטינים שטרם מלאו להם שש-עשרה שנים, בסימן בחוק שכותרתו "Child sex offences", אך לפני כן מייחד הוראות ספציפיות הנוגעות בעברות מין המבוצעות בקטינים שטרם מלאו להם שלוש-עשרה שנים, בסימן שכותרתו "Rape and other offences against children under 13".⁸⁸ סעיף 5 ל-SOA הישן נוסח מחדש, ובחוק החדש הוא נושא את הכותרת "Rape of a child under 13":

- "(1) A person commits an offence if—(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis; and (b) the other person is under 13.
- (2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life".

העברה החדשה אוסרת על אדם להחדיר בכוונה את איבר מינו לאיבר המין, לפי הטבעת או לפיו של קטין או קטינה מתחת לגיל שלוש-עשרה. בצד העברה קבוע עונש מרבי של מאסר עולם. בפסק הדין בעניין *R v. G*⁸⁹ עמד בית הלורדים על יסודות העברה,

85 Sexual Offences Act 1956, 4 & 5 Eliz. 2 c. 69, § 5 (Eng.). "It is felony for a man to have unlawful sexual intercourse with a girl under the age of thirteen"

86 DAVID ORMEROD & KARL LAIRD, SMITH AND HOGAN'S CRIMINAL LAW 818 (14th ed., 2015).

87 שם, בעמ' 818.

88 Sexual Offences Act 2003, c. 42, §§ 5–8, 9–29 (UK). בעוד הוראות ס' 5–8 ל-SOA מתייחסות לעברות מין בקטינים שטרם מלאו להם שלוש-עשרה שנים, הוראות ס' 9–29 לחוק מתייחסות לעברות מין המבוצעות בקטינים באופן כללי, וחלק מהן אוסרות מגע מיני עם קטינים מתחת לגיל שש-עשרה גם אם הדבר נעשה בהסכמתם. הדיון בדין האנגלי יתמקד בגיל ההסכמה לעניין אונס סטטוטורי, העומד על שלוש-עשרה שנים, ולא בגיל ההסכמה לעניין יתר עברות המין, העומד על שש-עשרה שנים.

89 *R v. G* [2009] 1 AC 92 (HL). על פי עובדות המקרה, G, שהיה קטין בן חמש-עשרה, והמתלוננת, שהייתה ילדה בת שתיים-עשרה בעת האירוע, קיימו יחסי מין בבית הנאשם. שבועות מספר לאחר מכן סיפרה המתלוננת לחברה כי היא לא הסכימה לקיים עם G יחסי מין. G הואשם באינוס קטינה מתחת לגיל שלוש-עשרה, מכוח ס' 5 ל-SOA (משנת 2003). הנאשם הודה במעשה הבעילה, אך טען להגנתו כי יחסי המין קוימו בהסכמת המתלוננת וכי הוא האמין למתלוננת באומרה לו שהיא בת חמש-עשרה. המתלוננת נמנעה מלהעיד בבית המשפט, והתביעה קיבלה הן את טענת הנאשם שיחסי המין קוימו בהסכמה והן את טענתו שהמתלוננת אמרה לו שהיא בת חמש-עשרה וכי הוא האמין לה. G הורשע בעברה שיוחסה לו, והוא הגיש ערעור שנדון לפני בית הלורדים. בית הלורדים ציין כי הואיל ואונס סטטוטורי הוא עברה מסוג של אחריות מוחלטת, אמונה מוטעית באשר לשאלת

והבהיר כי האקטוס ראוס של העברה מתקיים כאשר אדם מחדיר את איבר המין שלו לאיבר המין, לפי הטבעת או לפיו של ילד או ילדה שטרם מלאו להם שלוש-עשרה שנים.⁹⁰ מבחינת היסוד הנפשי של העברה, הואיל ומדובר בעברה מסוג של אחריות מוחלטת, יש צורך להוכיח כי החדרת איבר המין הייתה מכוונת, אך אין צורך להוכיח כי הנאשם ידע שטרם מלאו לאדם האחר שלוש-עשרה שנים.⁹¹

בית הלורדים ציין כי עברת אונס סטטוטורי של ילדים מתחת לגיל שלוש-עשרה נועדה לא רק להגן על הילדים מפני עברייני מין מבוגרים ופדופילים, אלא גם להגן עליהם מפני פעילות מינית מוקדמת מכל הסוגים,⁹² וזאת בשתי דרכים: האחת, באמצעות הקביעה כי הסכמתם לקיום יחסי המין אינה רלוונטית;⁹³ והאחרת, על ידי הגדרת המעשה כעברה מסוג של אחריות מוחלטת, ועל כן אין זה רלוונטי אם הנאשם ידע את גיל האדם שאותו בעל. בית הלורדים הבהיר כי כאשר אדם מקיים יחסי מין עם

ההסכמה או לעניין גילה של המתלוננת אינה רלוונטית. בית הלורדים דחה את הערעור על הכרעת הדין, אולם מצא לנכון להקל בעונשו של G.

90 ראו שם, בפס' 20 (פסק הדין של הלורד Hope): "The actus reus of the offence created by section 5 is the penetration by the penis of the vagina, anus or mouth of a complainant who is under the age of 13. Mens rea as to the age of the complainant is not required. The mens rea is using the penis deliberately to penetrate the relevant orifice"

91 שם, בפס' 3 (פסק הדין של הלורד Hoffmann): "The mental element of the offence under section 5, as the language and structure of the section makes clear, is that penetration must be intentional but there is no requirement that the accused must have known that the other person was under 13. The policy of the legislation is to protect children. If you have sex with someone who is on any view a child or young person, you take your chance on exactly how old they are. To that extent the offence is one of strict liability and it is no defence that the accused believed the other person to be 13 or over"

92 ראו שם, בפס' 49 (פסק הדין של הברונית Hale): "Section 5 reinforces that message. Penetrative sex is the most serious form of sexual activity, from which children under 13 (who may well not yet have reached puberty) deserve to be protected whether they like it or not. There are still some people for whom the loss of virginity is an important step, not to be lightly undertaken, or for whom its premature loss may eventually prove more harmful than they understand at the time. More importantly, anyone who has practised in the family courts is only too well aware of the long term and serious harm, both physical and psychological, which premature sexual activity can do. And the harm which may be done by premature sexual penetration is not necessarily lessened by the age of the person penetrating. That will depend upon all the circumstances of the case, of which his age is only one". ראו גם שם, בפס' 14 (דברי הלורד Hope).

93 ראו שם, בפס' 55 (פסק הדין של הברונית Hale): "The word 'rape' does indeed connote a lack of consent. But the law has disabled children under 13 from giving their consent. So there was no consent. In view of all the dangers resulting from under age sexual activity, it cannot be wrong for the law to apply that label even if it cannot be proved that the child was in fact unwilling"

ילד צעיר מבלי לדעת את גילו, הוא נוטל על עצמו את הסיכון שלילד טרם מלאו שלוש-עשרה שנים.⁹⁴ מכאן שאמונה מוטעית – גם אם היא סבירה – באשר להסכמת הנפגע או לגילו, לרבות במקרה שבו היא נבעה מהטעיה מכוונת של הנפגע, לא תהווה הגנה לנאשם.⁹⁵

הלורד Hope עמד על הקושי שבהעמדה לדין של קטינים בגין קיום יחסי מין בהסכמה, וציין כי אומנם מטרת העברה היא להגן על ילדים מתחת לגיל שלוש-עשרה מפני עצמם ומפני טורפי מין, אלא שיצירת עברה בלתי מסויגת מסוג זה טומנת בחובה סיכון של הטבעת אות קלון של "אנסים" בילדים המעורבים בפעילות מינית הדידית.⁹⁶ לדיו, כאשר שני הצדדים המעורבים הם צעירים, על רשויות התביעה מוטלת אחריות כבדה לערוך הבחנה בין מקרים שבהם קיום יחסי המין נעשה בהדדיות לבין אלה שבהם המתלונן נחשף לניצול או ללחץ של הצד האחר. במקרה הראשון, כאשר יחסי המין קוימו בהדדיות, הנזק שבהעמדה לדין עולה על התועלת שתצמח ממנו, ואילו במקרה השני ההעמדה לדין צפויה להיות בלתי נמנעת.⁹⁷

94 ראו את דבריו של הלורד Hoffmann שם, בפס' 3. הלורד Hope ציין כי הייתה זו בחירתו של המחוקק לאסור באופן מוחלט קיום יחסי מין עם קטינים מתחת לגיל שלוש-עשרה, ללא כל קשר לנסיבות. שם, בפס' 21.

95 ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 86, בעמ' 864. ראו גם עניין G, לעיל ה"ש 89, בפס' 21 (פסק הדין של הלורד Hope).

96 שם, בפס' 14 (פסק הדין של הלורד Hope): "There is no doubt that when section 5 of the 2003 Act was enacted the protection of children was one of the primary concerns of the legislature. Furthermore, as Rose LJ said in *R v Corran* [2005] EWCA (Crim) 192, para 6, its purpose is to protect children under 13 from themselves as well as from others who are minded to prey upon them. But the creation of an unqualified offence of this kind carries with it the risk of stigmatising as rapists children who engage in a single act of mutual sexual activity. A heavy responsibility has been placed on the prosecuting authorities, where both parties are of a similar young age, to discriminate between cases where the proscribed activity was truly mutual on the one hand and those where the complainant was subjected to an element of exploitation or undue pressure on the other. In the former case more harm than good may be done by prosecuting. In the latter case the threshold will have been crossed and prosecution is likely to be inevitable. But if in the former case it is decided to prosecute, a decision still has to be made about the section under which the perpetrator is to be prosecuted".

97 שם. מקרה מן הסוג הראשון נדון בעניין *R v. Corran* [2005] EWCA Crim 192 (להלן: עניין Corran). על פי עובדות פסק הדין, הנאשם, שמלאו לו עשרים שנים במועד ביצוע העברה, פגש את המתלוננת, שהייתה אז בת שנים-עשרה, כשהיא בחברת חברותיה, שהיו בנות חמש-עשרה עד שש-עשרה. הנאשם עצר את מכוניתו בחניון, שוחח עם המתלוננת, והשניים החליפו מספרי טלפון. במשך שלושת השבועות שלאחר מכן התראו השניים מדי יום, ובמהלך תקופה זו אמרה לו המתלוננת שהיא בת שש-עשרה, והוא האמין לה. באחד המפגשים ביניהם הסירה המתלוננת את בגדיה ואמרה לנאשם שזה בסדר מבחינתה שהם יקיימו יחסי מין. הם קיימו יחסי מין בהסכמה, שבמהלכם השתמש הנאשם בקונדום. בהמשך סיפרה המתלוננת לאמה את אשר קרה, וזו דיווחה על כך למשטרה.

SMITH & HOGAN מציינים כי המדיניות המשפטית הנהוגה באנגליה היא לא להעמיד לדין קטינים בני אותו גיל המקיימים יחסי מין בהסכמה וללא כוח.⁹⁸ ברוב המקרים העמדה לדין של אחד הקטינים או של שניהם תהיה מנוגדת לאינטרס הציבורי ולטובת הילדים. לכן, אף שלא נקבעה בדין האנגלי הגנה של הפרש גילים ("חוק רומיאו ויוליה"), הגשת כתב אישום במקרים אלו נתונה לשיקול דעתה של התביעה,⁹⁹ ובמקרים שבהם צעירים מועמדים לדין בגין קיום יחסי מין, בתי המשפט נותנים משקל להסכמת הקורבן כשיקול לקולא בענישה.¹⁰⁰ בתי המשפט נוהגים להתחשב במסגרת הענישה גם בגילו של הנאשם – כשלעצמו ובהשוואה לגילו של הנפגע.¹⁰¹ גורמים נוספים הנשקלים במסגרת העונש כוללים את אופי הקשר בין העושה לנפגע ומידת בגרותם, מספר המקרים שבהם הייתה בעילה, נסיבות הבעילה (לרבות השאלה אם נעשה שימוש באמצעי מניעה), ההשלכות של המעשה על הנפגע מבחינה רגשית ומבחינה פיזית, מידת החרטה שהפגין הנאשם וההסתברות שהמעשה יחזור על עצמו.¹⁰² כמו כן, אמונה מוטעית וסבירה כי לקורבן מלאו שש-עשרה שנים אומנם אינה שוללת את

הנאשם נעצר, ובחקירתו הודה בקיום יחסי מין בהסכמה, וטען כי האמין למתלוננת שאמרה לו שהיא בת שש-עשרה וכי הוא לא היה מקיים עימה יחסי מין אילו ידע את גילה האמיתי. עוד טען כי הוא חש סלידה ובושה מהמעשה, וכי הוא הוטעה על ידי המתלוננת. בית המשפט הרשיע אותו בעברת אונס סטטוטורי בהיותה עברה של אחריות מוחלטת, הואיל ובמועד ביצוע המעשה טרם מלאו למתלוננת שלוש-עשרה שנים, והסכמתה לקיום יחסי המין, כמו גם העובדה שהיא הטעתה אותו לגבי גילה, אינן מהוות הגנה בעברה זו.

98 ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 86, בעמ' 863.

99 דינה צדוק **גיל ההסכמה בעבירות מין בקטינים – סקירה משווה** 13 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע (2014).

100 עניין *Corran*, לעיל ה"ש 97, בפס' 8 (פסק הדין של הלורד Rose): "Although absence of consent is not an ingredient of the offence, presence of consent is, in our judgment, material in relation to sentence, particularly in relation to young defendants. The age of the defendant, of itself and when compared with the age of the victim, is also an important factor. A very short period of custody is likely to suffice for a teenager where the other party consents. In exceptional cases, of which there is one before this Court, a non-custodial sentence may be appropriate for a young defendant. If the offender is much older than the victim a substantial term of imprisonment will usually be called for"

101 שם.

102 שם, בפס' 9 (פסק הדין של הלורד Rose): "Other factors include the nature of the relationship between the two and their respective characters and maturity, the number of occasions when penetration occurred, the circumstances of the penetration, including whether contraception was used, the consequences for the victim, emotionally and physically, the degree of remorse shown by the defendant and the likelihood of repetition. A reasonable belief that the victim was 16 will also be a mitigating factor, particularly where the defendant is young. A plea of guilty will, of course, be pertinent, in accordance with the guideline issued by the Sentencing Guidelines Council"

האחריות הפלילית, אך מהווה גורם מקל בענישה, במיוחד כאשר מדובר בנאשם צעיר.¹⁰³

3. קנדה

החוק הפלילי הקנדי משנת 1892 (Canada Criminal Code, 1892) (להלן: הקוד הפלילי הקנדי) קבע כי גיל ההסכמה לפעילות מינית הוא ארבע-עשרה שנים, למעט חריג שהוכנס לחוק בשנת 1987 ואשר אפשר פעילות מינית בהסכמה בין אדם בטווח הגילים שתים-עשרה עד ארבע-עשרה שנים לבין אדם קרוב לגיל זה.¹⁰⁴ דין זה השתמר יותר ממאה שנים, עד אחד במאי 2008, עם כניסתו לתוקף של ה־ Tackling Violent Crime Act. במסגרת חוק זה הועלה גיל ההסכמה בקנדה לשש-עשרה שנים, כך שאדם מתחת לגיל שש-עשרה אינו יכול להסכים לפעילות מינית עימו. עם זאת, יש יוצאים מן הכלל המתייחסים לקרובי גיל – למשל, כאשר גילו של הילד הנפגע הוא בין שתים-עשרה לארבע-עשרה שנים ומי שקיים עימו יחסי מין הוא צעיר שגילו בין ארבע-עשרה לשש-עשרה שנים.¹⁰⁵ במצב זה ההסכמה ביניהם תקפה, והפעילות המינית אינה מהווה עברה.¹⁰⁶

הוראת סעיף 150.1 לקוד הפלילי הקנדי קובעת כי כאשר אדם מואשם בעברת מין כלפי ילד מתחת לגיל שש-עשרה שנים, לא תהא לו הגנה אם יטען שהמתלונן הסכים לפעילות המינית.¹⁰⁷ עוד קובע סעיף קטן (4), שכותרתו "Mistake of age", כי לא תהא

¹⁰³ שם.

¹⁰⁴ Robin MacKay, *Background Paper: The Legal Age in Canada of Consent to Sexual Activity 1* (Library of Parliament, Canada, Pub. No. 2017-24-E, 2017); Criminal Code, S.C. 1892, 55–56 Vict., c. 29, s. 261: "It is no defence to a charge or indictment for any indecent assault on a young person under the age of fourteen years to prove that he or she consented to the act of indecency".

¹⁰⁵ MacKay, לעיל ה"ש 104, בעמ' 2. ראו גם, Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss 150.1(1), 150.1(2), 150.1(2.1). ס' 150.1 לקוד הפלילי הקנדי מפרט חריגים אחדים המתייחסים לקרובי גיל. כך, למשל, ס' 150.1(2) קובע כי בעברות מין מסוימות (לפי ס' 151, 152, 173(2) או 271 לקוד הפלילי הקנדי) כלפי מתלונן שגילו מתחת לגיל ארבע-עשרה שנים אך מעל גיל שתים-עשרה תהא זו הגנה לנאשם אם המתלונן הסכים לפעילות מושא האישום, ובלבד שמתקיימים שני התנאים הבאים: הנאשם מבוגר מהמתלונן בפחות משנתיים; והנאשם אינו נמצא בעמדת אמן או סמכות כלפי המתלונן, אינו אדם שהמתלונן נמצא עימו ביחסי תלות, והקשר ביניהם אינו נושא אופי נצלני כלפי המתלונן. ס' 150.1(2.1) קובע חריג דומה מאוד לגבי אותן עברות כלפי מתלונן שגילו בין ארבע-עשרה לשש-עשרה שנים, בהבדל אחד, והוא שפער הגילים בין המתלונן לנאשם קטן מחמש שנים (ולא משנתיים).

¹⁰⁶ MacKay, לעיל ה"ש 104, בעמ' 2.

¹⁰⁷ ס' 150.1(1) לקוד הפלילי הקנדי: "Subject to subsections (2) to (2.2), when an accused is charged with an offence under section 151 or 152 or subsection 153(1), 160(3) or 173(2) or is charged with an offence under section 271, 272 or 273 in respect of a complainant under

לנאשם הגנה אם יטען כי הוא סבר שלמתלונן מלאו שש-עשרה שנים, אלא אם כן הוא יוכיח כי נקט את כל האמצעים הסבירים כדי לברר את גילו האמיתי של המתלונן. על הנאשם להראות אילו צעדים הוא נקט, וכי צעדים אלו הם כל מה שניתן לדרוש ממנו באופן סביר בנסיבות העניין.¹⁰⁸

4. אוסטרליה

באוסטרליה גיל ההסכמה לפעילות מינית עם קטינים משתנה ממדינה למדינה, ועומד על שש-עשרה או שבע-עשרה שנים.¹⁰⁹ לדוגמה, גיל ההסכמה במדינת ניו סאות ויילס (להלן: NSW) הוא שש-עשרה שנים, הווה אומר, כל פעילות מינית (sexual act) עם קטינים מתחת לגיל שש-עשרה מהווה שם עברה. עם זאת, קיימת שם הבחנה בין קבוצות גיל שונות של קטינים שטרם מלאו להם שש-עשרה שנים, המשליכה על חומרת העברה ועל העונש הקבוע לגביה. כך, למשל, סעיף 66A ל-Crimes Act משנת 1900, שהוא חלק מהקוד הפלילי של מדינת NSW, מתייחס לעברות מין בילדים מתחת לגיל עשר שנים. סעיף זה קובע כי מי שמקיים יחסי מין עם קטין (ילד או ילדה) מתחת לגיל עשר שנים צפוי לעונש של מאסר עולם.¹¹⁰ סעיף זה נועד להגן על ילדים מפני התעללות וניצול מיני, והעונש החמור הקבוע בו משקף את החומרה שהמחוקק מייחס לעברה מסוג זה. סעיף 66C מתייחס לעברות מין בילדים בין הגילים עשר לשש-עשרה שנים. הוא קובע כי אדם המקיים יחסי מין עם קטין או קטינה בין הגילים עשר עד ארבע-עשרה שנים צפוי לעונש מרבי של שש-עשרה שנות מאסר, ואם העברה נעברה בנסיבות מחמירות – לעונש של עד עשרים שנות מאסר; וכי אדם המקיים יחסי מין עם קטין או קטינה בני ארבע-עשרה עד שש-עשרה צפוי לעונש מרבי של עשר שנות מאסר, ואם העברה נעברה בנסיבות מחמירות – לעונש של עד שתיים-עשרה שנות מאסר.¹¹¹ הוראת סעיף 80AE

the age of 16 years, it is not a defence that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge"

108 ס' 150.1 (4) לקוד הפלילי הקנדי: "It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 16 years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant". ראו MacKay, לעיל ה"ש 104, בעמ' 12.

109 AUSTRALIAN INSTITUTE OF FAMILY STUDIES, AGE OF CONSENT LAWS IN AUSTRALIA 3 (2021), <https://did.li/76VTY>.

110 ראו Crimes Act 1900 (NSW) s 66A (Sexual intercourse—child under 10): "(1) Any person who has sexual intercourse with a child who is under the age of 10 years is guilty of an offence. Maximum penalty—imprisonment for life"

111 ראו Crimes Act 1900 (NSW) s 66C (Sexual intercourse—child between 10 and 16): "(1) **Child between 10 and 14** Any person who has sexual intercourse with a child who is of or above the age of 10 years and under the age of 14 years is liable to imprisonment for 16

לחוק קובעת כי הסכמת הקורבן לעברה לפי סעיפים 66A ו-66C (כמו גם סעיפים נוספים) אינה מהווה הגנה.¹¹² עם זאת, בעברת מין בקטין שגילו בין ארבע-עשרה לשש-עשרה שנים תהא זו הגנה לנאשם אם יחסי המין קוימו בהסכמה והוא אינו מבוגר מהקטין ביותר משנתיים.¹¹³ בדומה למדינת NSW, ברוב המדינות באוסטרליה וכן באחת מהטריטוריות יש פטור מאחריות פלילית כאשר יחסי המין בין הקטינים נעשו בהסכמה ושניהם קרובים זה לזה בגיל באופן משמעותי (close-in-age exemptions).¹¹⁴

years. (2) **Child between 10 and 14—aggravated offence** Any person who has sexual intercourse with a child who is of or above the age of 10 years and under the age of 14 years in circumstances of aggravation is liable to imprisonment for 20 years. (3) **Child between 14 and 16** Any person who has sexual intercourse with a child who is of or above the age of 14 years and under the age of 16 years is liable to imprisonment for 10 years. (4) **Child between 14 and 16—aggravated offence** Any person who has sexual intercourse with a child who is of or above the age of 14 years and under the age of 16 years in circumstances of aggravation is liable to imprisonment for 12 years."

Crimes Act 1900 (NSW) s 80AE (Consent no defence in certain cases): "(1) The **ראו** 112 consent of the child or other person to whom the charge relates shall be no defence to a charge under section 61E (1A), (2) or (2A), 61M (2), 61N (1), 61O (1), (2) or (2A), 66A, 66B, 66C, 66D, 66DA, 66DB, 66DC, 66DD, 66DE, 66DF, 66EA, 66EB, 66EC, 67, 68, 71, 72, 72A, 73, 73A, 74 or 76A or, if the child to whom the charge relates was under the age of 16 years at the time the offence is alleged to have been committed, to a charge under section 61E (1), 61L, 61M (1) or 76"

Crimes Act 1900 (NSW) s 80AG (Defence of similar age): "It is a defence to a **ראו** 113 prosecution for an offence under section 66C (3), 66DB, 66DD, 73 or 73A if the complainant is of or above the age of 14 years and the age difference between the complainant and the accused person is no more than 2 years"

114 במדינות דרום אוסטרליה, ויקטוריה, טסמניה, מערב אוסטרליה וניו סאות ויילס, וכן בטריטוריית הבירה האוסטרלית, יש הגנות מסוג "רומיאו ויוליה" הפוטרות מהעמדה לדין קטינים קרובי גיל שקיימו יחסי מין בהסכמה. כך, למשל, בוויקטוריה גיל ההסכמה הוא שש-עשרה שנים, אולם יש הגנה בשל קיום יחסי מין בהסכמה עם קטין בטווח הגילים שתים-עשרה עד שש-עשרה כאשר שני הצדדים הם קטינים מעל גיל שתים-עשרה והפרש הגילים ביניהם אינו עולה על שנתיים. הגנה המבוססת על קרבת גיל אינה חלה אם לקטין עצמו טרם מלאו שתים-עשרה. **ראו** Crimes Act 1958 (Vict.) s 49U. דוגמה נוספת היא טסמניה. גיל ההסכמה בטסמניה הוא שבע-עשרה שנים, אולם קיימת הגנה המבוססת על קרבת גיל באחד מאלה: כאשר הקטין הנבעל בטווח הגילים שתים-עשרה עד ארבע-עשרה שנים והבועל אינו בוגר ממנו ביותר משלוש שנים; או כאשר הקטין הנבעל בן חמש-עשרה שנים ומעלה והבועל אינו בוגר ממנו ביותר מחמש שנים. גם בטסמניה אין הגנה המבוססת על קרבת גיל אם לקטין הנבעל טרם מלאו שתים-עשרה שנים. **ראו** Criminal Code Act Crimes Act 1900 (Austl. Cap. 1924 (Tas) s 124, <https://did.li/Aerx5> Kate Warner, *Setting the Boundaries of Child Sexual Assault: Consent and Mistake as to Age Defences*, 36 MELB. U. L. REV. 1009, 1015–1021 (2013).

טבלה 1: סיכום הדין המשווה

מדינה	גיל ההסכמה	הבחנה מגדרית	יחסים בין שני קטינים קרובי גיל ("רומיאו ויוליה")	טענות הגנה העומדות לרשות הנאשם
ארצות הברית	16–18	לא קיימת	תלוי מדינה – כמחצית המדינות מעניקות פטור המבוסס על יחסים בין קטינים קרובי גיל, בעוד יתר המדינות אינן מעניקות פטור כזה	רוב המדינות מאפשרות להתגונן בטענת "טעות במצב דברים" באשר לגיל הקטינה, אך קיים שוני ביסודות של טענת ההגנה ובתוצאותיה
אנגליה	13	לא קיימת	אין בדין האנגלי הגנה מסוג "רומיאו ויוליה", אולם לתביעה יש שיקול דעת אם להגיש כתב אישום במקרים אלו	אין בדין האנגלי טענות הגנה, אולם בתי המשפט מתחשבים בגורמים מקילים בעת גזירת העונש
קנדה	16	לא קיימת	הקוד הפלילי הקנדי כולל הגנה מסוג "רומיאו ויוליה"	לא תהא לנאשם הגנה אלא אם כן הוא יוכיח כי נקט את כל האמצעים הסבירים לבירור גילו של המתלונן
אוסטרליה	16–17	לא קיימת	קיימת הגנה מסוג "רומיאו ויוליה" ברוב המדינות ובאחת מהטריטוריות, בטווח גילים משתנה	קיימות טענות הגנה מסוימות המשתנות בין המדינות והטריטוריות ¹¹⁵

מסקירת המשפט המשווה, המסוכמת בטבלה 1, עולות כמה מסקנות. ראשית, מדינות המשפט המקובל מחילות את עברת האוניס הסטטוטורי בין שנפגעה הם קטינים או קטינות, ללא הפליה ביניהם. שנית, על מנת להגן על קטינים מפני פגיעות מיניות, חלק ממדינות המשפט המקובל וחלק מהמדינות בארצות הברית אינן מאפשרות לנאשמים להעלות טענות בדבר קיומה של "טעות במצב דברים" המתייחסת לגיל

115 AUSTRALIAN INSTITUTE OF FAMILY STUDIES, לעיל ה"ש 109, בעמ' 4.

הקטינה. גם מדינות המאפשרות לנאשמים להתגונן בטענה זו אינן מסתפקות בטעות כנה של הנאשם, אלא מציבות מבחנים ותנאים נוספים שעל הטעות לעמוד בהם. קנדה, למשל, אומנם מאפשרת לנאשם להתגונן בטענה זו, אולם מעבירה את נטל השכנוע אליו להוכיח שהוא נקט את כל האמצעים הסבירים כדי לברר את הגיל האמיתי של הקטין או הקטינה. בחלק ממדינות המשפט המקובל ובחלק מהמדינות בארצות הברית קיים פטור המוענק על בסיס קרבת גיל בין הקטינים המעורבים בקיום יחסי מין במסגרת יחסי רעות. באנגליה אומנם אין פטור דומה, אולם המדיניות הנהוגה והמקובלת היא לא להעמיד לדין במקרים מעין אלה, וזאת ברוח דבריו של הלורד Hope בעניין *G*.¹¹⁶ ממצאים אלו מהווים את הבסיס להשוואה עם הדין הישראלי, אשר יידון בפרק הבא.

פרק ג: אונס סטטוטורי בדין הישראלי

פקודת החוק הפלילי משנת 1936, אשר היוותה את הקודקס העיקרי של דיני העונשין מקום המדינה ועד לשנת 1977 (מועד כניסתו לתוקף של חוק העונשין), כללה בפרק יז שלה עברות כלפי המוסר.¹¹⁷ סעיף 152 לפקודה, שכותרתו הייתה "אינוס, עברות מין ועברות בלתי טבעיות", קבע במסגרת סעיף קטן (1)(ג) כי "הבועל ילדה פחות מבת ט"ז, או השוכב את ילד פחות מבן ט"ז, יאשם בפשע ויהיה צפוי לארבע עשרה שנות מאסר"; ואם הוא עשה פשע זה בנסיבות המפורטות בסעיף 152(1)(א) לפקודה – לאמור, בניגוד לרצונה של האישה, תוך שימוש בכפייה או באיומים בהמתה או בגרימת חבלה גופנית חמורה, או כאשר היא נטולת הכרה או אינה יכולה לעמוד נגדו מסיבות אחרות – הוא יורשע בעברת אינוס.¹¹⁸ למעשה, המחוקק אסר בעילת קטינים מתחת לגיל שש-עשרה

¹¹⁶ ראו לעיל ה"ש 96 והטקסט שלידה.

¹¹⁷ פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, 263, 299.

¹¹⁸ להלן הנוסח המלא של ס' 152 (אינוס, עברות מין ועברות בלתי טבעיות) לפקודת החוק הפלילי: "(1) כל אדם – (א) הבועל אשה שלא כחוק נגד רצונה והוא משתמש בכפייה או מאיים עליה שימיתנה או שיגרום לה חבלה גופנית חמורה, או כשהיא נטולת הכרה או כשאינה יכולה מסבות אחרות לעמוד נגדו, או (ב) השוכב את זכר משכבי אשה נגד רצונה בהשתמשו בכפייה או באיימו עליו שימיתנו או שיגרום לו חבלה גופנית חמורה, או כשהוא נטול הכרה או כשאינו יכול מסבות אחרות לעמוד נגדו; או (ג) הבועל ילדה פחות מבת ט"ז, או השוכב את ילד פחות מבן ט"ז, יאשם בפשע ויהיה צפוי לארבע עשרה שנות מאסר. ואם נעשה פשע זה עפ"י פסקא א' מסעיף זה, קוראין לפשע בשם אינוס. בתנאי שאם נאשם אדם בבעילת אשה שלא כחוק עפ"י פסקא (ג) של סעיף זה, תהא זו הגנה מספקת בפני האשמה זאת אם יוכח לבית המשפט שלפניו הובאה ההאשמה שהיתה לנאשם סבה מספקת להאמין שהאשה היתה בת שש עשרה שנה או למעלה מזה. ואם יוכח שהיתה לו סיבה סבירה להאמין שגיל האשה היה בין שש עשרה לשבע עשרה שנה – לא ישא בעונש גדול מהאמור בסעיף קטן (3). (2) כל אדם – (א) השוכב עם אדם אחר שלא כדרך הטבע; או (ב) השוכב עם בהמה; או (ג) המרשה לזכר לשכב עמו (או עמה) שלא כדרך הטבע, יאשם בפשע ויהא צפוי לעשר

שנים, אולם המעשה נחשב מעשה אינוס רק אם הדבר נעשה בנסיבות של סעיף קטן (1)(א) לפקודה.

לצד העברה של בעילת קטינים מתחת לגיל שש-עשרה, כאמור בהוראת סעיף 152(1)(ג) לפקודה, קבע המחוקק הגנה במקרה שבו הנאשם יוכיח כי הייתה לו סיבה מספקת להאמין שלקטינה מלאו שבע-עשרה שנים. במצב זה לא יישא הנאשם באחריות פלילית לעברה זו. ואם הנאשם יוכיח שהייתה לו סיבה סבירה להאמין שהקטינה הייתה בטווח הגילים שש-עשרה עד שבע-עשרה שנים, עונשו לא יעלה על חמש שנות מאסר. על פי לשון הפקודה דאז, הגנה זו לא עמדה לנאשם ששכב עם ילד שגילו היה פחות משש-עשרה שנים, שכן לשון ההגנה דיברה על "אישה", ולא על "ילד", אף שהעברה לפי סעיף קטן (1)(ג) התייחסה לשני המינים.

עם כניסתו לתוקף של חוק העונשין, בשנת 1977, עיגן המחוקק את העברה של אונס סטטוטורי בסעיף 347 לחוק (בנוסחו המקורי). הוראת סעיף 347(א) קבעה עברת אונס סטטוטורי שהתייחסה לנערה מתחת לגיל שבע-עשרה, ולצידה נקבע עונש של חמש שנות מאסר, ואילו הוראת סעיף 347(ב) קבעה כי "הבועל קטינה שלא מלאו לה שש עשרה שנים והיא אינה אשתו, דינו – מאסר ארבע עשרה שנים, ואולם אם היה לו יסוד סביר להניח שמלאו לה שש עשרה שנים אך לא שבע עשרה שנים, דינו – מאסר חמש שנים".¹¹⁹ לצד שתי העברות האמורות נקבעה הגנה שלפיה הנאשם לא יישא באחריות לפי סעיף זה אם היה לו יסוד סביר להניח שלנערה מלאו שבע-עשרה שנים.¹²⁰

בתאריך 23 במרץ 1988 התקבל תיקון מס' 22 לחוק העונשין.¹²¹ במסגרת תיקון זה נערכה רפורמה בעברות המין בישראל. מטרת התיקון הייתה "לחדש הוראות בחוק העונשין הדנות בעבירות נגד המוסר, תוך ראייה חדשה ומותאמת למציאות ימינו".¹²² במסגרת זאת שונתה, בין היתר, הגדרתה של עברת האינוס. הוראת סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין אוסרת בעילת אישה "כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה

שנות מאסר. (3) כל הבועל נערה שהיא למטה מגיל שבע עשרה, והיא אינה אשתו, דינו – מאסר חמש שנים, זולת אם היה לו יסוד סביר להאמין שהנערה היתה למעלה מגיל שבע עשרה שנה".
נוסף על עברה זו, הוראת ס' 159 לפקודת החוק הפלילי קבעה עברה של "מעשה מגונה הנעשה בילד", שלפיה "כל העושה מעשה מגונה בכל אדם למטה מבן ט"ז, יאשם בעוון, ויהיה צפוי למאסר שלוש שנים".

119 ס' 347 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין המקורי).

120 ס' 347(ג) לחוק העונשין המקורי. ס' 349 לחוק העונשין המקורי, שכותרתו "הבועל קטינה הנשואה לו", קבע בס"ק (א) כי "הבועל נערה נשואה לו שלא מלאו לה חמש עשרה שנים, דינו – מאסר שנתיים; אולם באישום על עבירה זו תהא הגנה לבעל, אם הנערה הגיעה לבגרות מינית ולפני הבעילה היתה בידו תעודה של רופא בעל רשיון כחוק, האומרת שאין לחשוש שבעילתה תגרום לנזק גופני".

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

122 ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו-1986, ה"ח 302, 302 (להלן: הצעת תיקון מס' 26 לחוק העונשין).

שנים, אף בהסכמתה", ובצידי עונש מרבי של שש-עשרה שנות מאסר.¹²³ "בעילה" מוגדרת בהוראת סעיף 345(ג) לחוק כהחזרה של איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האשה. לצד עברה זו נקבעה, בסעיף 346, עברה שכוותרתה "בעילה אסורה בהסכמה". עברה זו קובעת בס"ק (א) כי הבוועל קטינה שמלאו לה ארבע-עשרה שנים אך טרם מלאו לה שש-עשרה שנים, והיא אינה נשואה לו, דינו חמש שנות מאסר. בדברי ההסבר להצעת החוק צוין כי ההנחה היא שהסכמת קטינה בגיל זה אינה הסכמה שקולה ומחושבת ועל כן אין להתחשב בה.¹²⁴ עינינו הרואות כי אף שפקודת החוק הפלילי אסרה גם משכב עם ילד מתחת לגיל שש-עשרה שנים, ולא רק בעילת קטינה מתחת לגיל זה, עברת האונס הסטוטורי שלאחר תיקון מס' 22 לחוק מתייחסת לבעילת ילדה בלבד. כאשר אדם בועל ילד שטרם מלאו לו ארבע-עשרה שנים, יהיה אפשר להאשימו בעברה של "מעשה סדום" בנסיבות של אינוס, ועונשו המרבי יהא שש-עשרה שנות מאסר.¹²⁵ כאשר ליסוד הנפשי הדרוש להרשעה, אונס סטוטורי הוא עברה של "מחשבה פלילית", ובהתאם להוראת סעיף 20 לחוק העונשין, על התביעה להוכיח את מודעותו של העושה לטיב מעשה הבעילה ולכך שטרם מלאו לקטינה ארבע-עשרה שנים.¹²⁶ דרישת המודעות תבוא על סיפוקה גם אם תוכיח התביעה כי הנאשם חשד שטרם מלאו לקטינה ארבע-עשרה שנים ונמנע מלברר את החשד ("עצימת עיניים").¹²⁷ על מנת להיחלץ מאישום בעברה של אונס סטוטורי, די שהנאשם יעורר ספק סביר באשר ליסודות העברה. ככל שהדבר נוגע ביסוד הנפשי, די שהוא יעורר ספק סביר שמא הוא לא היה מודע לכך שטרם מלאו לקטינה ארבע-עשרה שנים, תהא הסיבה אשר תהא.¹²⁸

123 יש לציין כי בהצעת תיקון מס' 26 לחוק העונשין הוצע כי הגיל יהיה שש-עשרה שנים, וכי דינו של הבוועל קטינה מתחת לגיל שש-עשרה יהיה שתיים-עשרה שנות מאסר.

124 ראו את דברי ההסבר להצעת תיקון מס' 26 לחוק העונשין, בעמ' 304.

125 זאת, בהתאם להוראת ס' 347(ב) ו-(ג) לחוק העונשין. ס' 347(ב) קובע כי "העושה מעשה סדום באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345, בשינויים המחוייבים, דינו כדין אונס"; ואילו ס"ק (ג) קובע כי "לענין סימן זה, 'מעשה סדום' – החדרת איבר מאברי הגוף או חפץ לפי הטבעת של אדם, או החדרת איבר מין לפיו של אדם". מכאן שכאשר אדם בועל ילד שטרם מלאו לו ארבע-עשרה שנים, אף בהסכמתו, הוא יורשע בעברה של מעשה סדום בנסיבות של אינוס לפי ס' 345(א)(3) לחוק.

126 זאת, בהתאם להוראת ס' 19 לחוק העונשין, הקובעת כי אדם עובר עברה רק אם הוא פעל "במחשבה פלילית", למעט עברות רשלנות (שבהן נדרש להוכיח יסוד נפשי מסוג רשלנות, בהתאם לס' 21 לחוק העונשין) ועברות מסוג "אחריות קפידה" (כהגדרתן בס' 22 לחוק). "מחשבה פלילית" מוגדרת בס' 20 לחוק כמודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות הקבועות בעברה.

127 בהתאם להוראת ס' 20(ג)(1) לחוק העונשין.

128 בעברות התנהגותיות (שאין מותנות בגרימת תוצאה) שבהן היסוד הנפשי של העברה הוא "מחשבה פלילית" יש להוכיח כי הנאשם היה מודע לטיב המעשה ולקיום הנסיבות המפלילות הקבועות בעברה. לנוכח זאת, בעברת אונס סטוטורי על התביעה להוכיח כי הנאשם היה מודע לכך שלקטינה טרם מלאו ארבע-עשרה שנים. מכאן שדי לו לנאשם לעורר ספק סביר שמא הוא לא היה מודע לנתון זה. ודוק, אין זה משנה מדוע הנאשם לא היה מודע לכך שלקטינה טרם מלאו ארבע-עשרה שנים – אם הוא טעה טעות כנה בהניחו כי לקטינה מלאו ארבע-עשרה שנים (בהתאם להוראת ס' 34 יח

מן המקובץ לעיל עולה כי הדין הישראלי אינו ניטרלי מבחינה מגדרית, ומאפשר להעמיד לדין בעברת אונס סטטוטורי רק אם הנבעלת היא קטינה. שנית, הדין הישראלי אינו כולל פטור בגין קיום יחסי מין בהסכמה בין קטינים קרובי גיל במסגרת יחסי רעות וחיבה. שלישית, בעוד חלק ממדינות המשפט המקובל שוללות או מגבילות את יכולת הנאשם להתגונן באמצעות סייג של "טעות במצב דברים", בין בדרך של הטלת אחריות מוחלטת ובין על ידי שלילה מפורשת של השימוש בסייג או הקשחת תנאיו, הדין הישראלי מאפשר לנאשמים להסתתר מאחורי "מסך אי-הידיעה" כטענת הגנה וכן להתגונן באמצעות סייג ה"טעות במצב דברים", כך שדי בטעות כנה לשמוט את הבסיס מתחת לאחריותו הפלילית של הנאשם. קשיים אלו יידונו בפרק הבא, המוקדש בעיקרו לדיון ביקורתי בדין הישראלי הקיים. במסגרת פרק זה אציג טענות ביקורת נגד נוסח העברה וגבולותיה, וכן אציע מענה אפשרי לאותן טענות ביקורת.

פרק ד: אונס סטטוטורי במבט ביקורתי

עברת אונס סטטוטורי בכלל, ובדין הישראלי בפרט, מעוררת כמה טענות ביקורת. בפרק זה אדון בארבע טענות ביקורת מרכזיות. בעוד טענת הביקורת הראשונה היא כללית, שלוש הטענות האחרות מתייחסות לדין הישראלי הקיים, אולם הן נכונות ותקפות לכל דין שבו יסודות העברה וגבולותיה דומים לאלה שבדין הישראלי. הטענה הראשונה מתייחסת לחזקה החלוטה שלפיה קטין מתחת לגיל ההסכמה אינו מבין את ההשלכות של קיום יחסי מין ועל כן הסכמתו אינה מדעת. ככל שגיל ההסכמה גבוה יותר כן הביקורת מקבלת משנה תוקף. מכאן שטענת ביקורת זו תקפה בעיקר למדינות שבהן גיל ההסכמה גבוה ביחס לזה הקבוע בישראל. טענת הביקורת השנייה מתייחסת לכך שעברת אונס סטטוטורי בישראל אינה ניטרלית מבחינה מגדרית, וחלה רק כאשר הנבעלת היא קטינה (ולא קטין). טענת ביקורת שלישית מתייחסת להעדר הבחנה בין בעילת קטינה על ידי טורף מין בוגר לבין בעילתה על ידי קטין בן גילה בהסכמה ומתוך יחסי רעות וחיבה. טענת ביקורת רביעית מתמקדת ביסוד הנפשי של העברה, ובפרט בדרישת המודעות לעובדה שלקטינה טרם מלאו ארבע-עשרה שנים, כתנאי להרשעה

לחוק) ובין שהוא לא נתן כלל את דעתו לגיל הקטינה. אומנם, ייתכן מצב שבו אדם מקיים יחסי מין עם קטינה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה שנים מבלי שהוא מודע לנתון זה, תוך שהוא מקווה שמלאו לה ארבע-עשרה שנים או אדיש לשאלה אם מלאו לה ארבע-עשרה שנים או אולי אף מקווה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה שנים. אף שמבחינה מושגית מצבים אלו ייתכנו, אין להם משמעות בדיני העונשין בישראל, שכן לפי חוק העונשין יחס חפצי ייתכן אך ורק כלפי הרכיב התוצאתי של העברה, ולא כלפי הרכיב הנסיבתי שלה. לפיכך די בכך שהנאשם יעורר ספק סביר באשר לאי-מודעותו לגיל הקטינה, תהא הסיבה אשר תהא. ראו יצחק קוגלר "שני מושגים של אדישות" **עלי משפט** ה' 109, 114 (2006).

באונס סטטוטורי. בדיון שלהלן אדון בכל אחת מטענות הביקורת האמורות, ואציע להן מענה אפשרי.

1. חזקת העדר ההסכמה מדעת

טענת ביקורת

אונס סטטוטורי מבוסס על ההנחה שהסכמת קטינה מתחת לגיל מסוים לקיום יחסי מין אינה הסכמה מדעת, שכן בגיל כה צעיר אין לה היכולת להבין את המשמעות (capacity to understand) וההשלכות של קיום יחסי מין.¹²⁹ לנוכח השוני והמגוון של גורמי השפעה חברתיים ותרבותיים היכולים להשפיע על רכישת המודעות המינית של הילד, קביעת גיל שרירותי כאינדיקטור אמין ליכולתו של הקטין להסכים לקיום יחסי מין אינה חפה מקשיים.¹³⁰ הקושי בהנחת מוצא זו הוא שהיא לוקה בהכללת יתר, מפני שהיא אינה מתחשבת בכך שיש קטינות המודעות להתנהלות המינית שלהן ולהשלכותיה ועל כן הסכמתן היא מלאה ומודעת.¹³¹ מטבע הדברים, ככל שגיל ההסכמה נמוך יותר כן ההנחה מהימנה יותר, אולם ככל שגיל ההסכמה גבוה יותר, הכללת היתר הגלומה בה חריפה יותר, שכן יש גורמים נוספים – כגון רמת הבגרות הפיזית והרגשית של הקטינה כמו גם הניסיון המיני הקודם שלה – העשויים לזרוע אור על יכולתה להבין את משמעות מעשיה ואת השלכותיהם.

ילדים צעירים בשנים אינם מסוגלים לתת הסכמה מדעת (genuine consent), ועל כן הביקורת אינה מופנית כלפי אותן מדינות – ובכלל זה ישראל – הקובעות גיל הסכמה נמוך באופן יחסי. הביקורת מופנית כלפי מדינות כארצות הברית, שבהן גיל ההסכמה ברוב המדינות הוא שש־עשרה שנים ובחלקן אף שמונה־עשרה שנים. ניתן לטעון כי מדינה רשאית לאסור מגע מיני עם אנשים מתחת לגיל מסוים, כשם שהיא אוסרת צריכת אלכוהול או נהיגה ברכב, וזאת מבלי לבסס את האיסור על חזקה חלוטה לגבי יכולתם של קטינים או מתבגרים להסכים.¹³² ככל שהקביעה מבוססת על אותה חזקה, מטבע הדברים היא לוקה בהכללת יתר, שעלולה להוביל להרשעות בלתי צודקות. בעניין Hernandez עמד על כך בית המשפט העליון במדינת קליפורניה, באומרו את הדברים הבאים:

129 Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 806.

130 ראו Comment, *Forcible and Statutory Rape: An Exploration of the Operation and Objectives of the Consent Standard*, 62 YALE L.J. 55, 56 (1952): "[T]he law's refusal to heed the full consent of young girls, because of an inflexible test of capacity to understand, seems unjustified. Protection of the 'pure and naive should be achieved without punishing many blameless men'. ראו גם Tonry, לעיל ה"ש 1, בעמ' 112.

131 Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 808–809.

132 שם, בעמ' 806.

"The assumption that age alone will bring an understanding of the sexual act to a young woman is of doubtful validity. Both learning from the cultural group to which she is a member and her actual sexual experiences will determine her level of comprehension. The sexually experienced 15-year-old may be far more acutely aware of the implications of sexual intercourse than her sheltered cousin who is beyond the age of consent. A girl who belongs to a group whose members indulge in sexual intercourse at an early age is likely to rapidly acquire an insight into the rewards and penalties of sexual indulgence. Nevertheless, even in circumstances where a girl's actual comprehension contradicts the law's presumption, the male is deemed criminally responsible for the act, although himself young and naive and responding to advances which may have been made to him".¹³³

הצעה לפתרון

המענה לביקורת האמורה עשוי להינתן על ידי הפיכת חזקת גיל ההסכמה מחזקה חלוטה לחזקה הניתנת לסתירה.¹³⁴ בדרך זו יתאפשר לנאשם לסתור את חזקת גיל ההסכמה ולשכנע את בית המשפט כי הסכמת הקטינה הייתה מדעת, שכן היא הייתה מודעת באופן מלא למעשים שלה ולהשלכותיהם.¹³⁵ אלא שמהלך זה טומן בחובו יתרונות וחסרונות. מחד גיסא, חזקה הניתנת לסתירה תוביל לתוצאה צודקת יותר, שכן מי שיורשע בעברה של אונס סטטוטורי יהיו רק אותם נאשמים שקיימו יחסי מין עם קטינות שאכן לא הייתה להן יכולת לתת הסכמה מדעת. מאידך גיסא, חזקה הניתנת לסתירה תפגע ביכולתה של התביעה להביא לידי הרשעת נאשמים בעברה,¹³⁶ מפני שעל מנת לסתור את החזקה, כל שעל הנאשם לעשות הוא לעורר ספק סביר שמא הייתה לקטינה יכולת להבין את המשמעויות של קיום יחסי מין. נאשמים יהיו רשאים להציג ראיות על ההתנהגות המינית של הקטינה בעבר ובהווה, להטיל דופי באישיותה, ובכך לפגוע בשמה הטוב ולביישה.¹³⁷ אומנם, ניתן לקבוע כי עדות המתלוננת תהא חסויה ותימסר בדלתיים סגורות, אולם קיים חשש שהעדויות תודלף אל מחוץ לכותלי בית המשפט על ידי גורמים בעלי אינטרס, דבר שעלול להניא מתלוננות מלמסור עדות שתחשוף את הרגליהן המיניים.

חיסרון נוסף של המתווה המוצע שלפיו חזקת גיל ההסכמה תהא נתונה לסתירה נעוץ בכך שכאשר מדובר בקטינה, היכולת שלה להתנגד פחותה בהשוואה לבגירה, דבר

133 עניין Hernandez, לעיל ה"ש 16, בעמ' 362.

134 Eidson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 806–807.

135 שם, בעמ' 807.

136 שם, בעמ' 810.

137 שם.

שעלול ליצור רושם מוטעה שהיא הסכימה למעשה הבעילה.¹³⁸ זאת ועוד, בשל יחסי הכוחות הלא-שוויוניים בין גבר מבוגר לקטינה, בפרט במקרים שבהם הנאשם מצוי בעמדת כוח, קיים חשש שאם המתלוננת לא תתנגד לקיום היחסים בשל פחד מהנאשם או חשש שמא יבולע לה, אי-התנגדותה תעמוד לה לרועץ, שכן הדבר יסייע לנאשם לסתור את החזקה. בדרך זו יקל על נאשמים לשכנע את בתי המשפט שהסכמת הקטינה הייתה מדעת, אף שלאמיתו של דבר היא לא הייתה מדעת. במקרים מעין אלה הנזק שייגרם לקורבן עולה על התועלת שתצמח לנאשם מכך שיאפשרו לו לסתור את החזקה.¹³⁹

ניתן לתת מענה לקשיים האמורים לעיל בכמה דרכים: ראשית, על מנת להקשות על הנאשם את סתירת החזקה, ניתן להעביר אליו את נטל השכנוע ולדרוש ממנו להוכיח את היפוכה של החזקה תוך הטיית מאזן ההסתברויות לטובתו (ולא להסתפק בכך שהוא יעורר ספק סביר בקיומה של החזקה). אם לנאשם יהיו ראיות לכך שהקטינה הסכימה למעשה הבעילה והבינה את משמעות ההסכמה, אזי הכתמת שמה או הצגת הרגליה המיניים לא יסייעו לו אלא אם כן הוא יציג מסכת ראייתית הסותרת את חזקת ההסכמה. שנית, ניתן לאפשר לנאשם לסתור את החזקה רק כאשר הקטינה מעל גיל מסוים. כך, למשל, כאשר גיל ההסכמה הוא שש-עשרה שנים, ניתן לקבוע כי במקרה שבו לקטינה טרם מלאו ארבע-עשרה שנים תהא החזקה חלוטה, ולא תינתן לו אפשרות לסתור אותה, ואילו במקרה שבו הקטינה הייתה בטווח הגילים ארבע-עשרה עד שש-עשרה תהא לו אפשרות לסתור את החזקה בהתאם למידת ההסתברות שתיקבע בדין.

2. העדר ניטרליות מגדרית

טענת ביקורת

בניגוד למדיניות המשפט המקובל האחרות, שבהן אונס סטטוטורי חל על נפגעי עברה בנים ובנות כאחד, לשונו של חוק העונשין אוסרת בעילת "אשה" כאשר טרם מלאו לה ארבע-עשרה שנים. כפועל יוצא מכך, הדין הישראלי אינו מאפשר להעמיד לדין גברים שבעלו קטינים (בנים) מתחת לגיל ההסכמה בגין אונס סטטוטורי, אלא בעברה של מעשה סדום. סעיף 347 לחוק העונשין, שכותרתו "מעשה סדום", קובע כי "מעשה סדום" הוא "החדרת איבר מאברי הגוף או חפץ לפי הטבעת של אדם, או החדרת איבר מין לפיו של אדם". סעיף קטן (ב) קובע כי "העושה מעשה סדום באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345, בשינויים המחוייבים, דינו כדין אונס". מכאן שהחדרת איבר או חפץ לפי הטבעת של קטין בהיותו מתחת לגיל ארבע-עשרה דינו כדין אונס, ועונשו יהא שש-עשרה שנות מאסר. הווה אומר, כי כאשר נפגעת העברה היא ילדה, המעשה יחשב לאונס סטטוטורי, ואילו כאשר נפגע העברה הוא ילד, המעשה יחשב למעשה סדום, אולם ניתן להטיל עליו עונש מרבי של שש-עשרה שנות מאסר בדומה לעונש הקבוע

138 שם, בעמ' 811; Note, לעיל ה"ש 130, בעמ' 55–58.

139 Edison, לעיל ה"ש 4, בעמ' 807–808.

בעברת אונס סטטוטורי. להבחנה זו אין כל בסיס או הצדקה ביולוגית, מוסרית או משפטית, ומוטב שהמחוקק הישראלי, בדומה למדינות המשפט המקובל, יחיל את העברה על קטינות וקטינים כאחד.

ההבחנה בין אונס סטטוטורי למעשה סדום עלולה להעביר מסר כפול ומבלבל לציבור, ולתייג את הנאשמים באופן שונה. לתיוג השונה יש גם השפעה על האפקט ההרתעתי, בהשליכו על הדימוי של העברייני ועל הבושה הנלווית למעשהו. יתר על כן, ההרשעה בעברה של מעשה סדום חלף עברת אינוס מעוותת את הסטטיסטיקה המתייחסת לנפגעי עברות מין בכלל, ולקורבנות אינוס בפרט, וגם לכך יש לתת את הדעת.

מענה מוצע לביקורת

המענה לקושי זה מצריך שינוי חקיקתי פשוט למדי, כך שחלף איסור בעילת אישה כאשר היא מתחת לגיל ארבע-עשרה יאסור המחוקק בעילת אדם מתחת לגיל ארבע-עשרה שנים, כנהוג במדינות המשפט המקובל. באמרת אגב ברצוני לציין כי שינוי זה נחוץ בכל עברות המין בישראל, ולא רק בעברת אונס סטטוטורי. יש לנהוג בשוויון כלפי כלל נפגעי העברה – נשים וגברים כאחד – מבחינת סוג העברה וחומרתה, וכן מבחינת התיג, הביוש והמסר המועברים לנפגעי העברה, לנאשמים ולחברה לגבי מעשים אלו, וזאת בעיקר כאשר להפליה הקיימת בחוק אין כל הצדקה ביולוגית, מחקרית, מוסרית או משפטית.

3. הפללת יחסי מין בין קטינים שנעשו בהסכמה (near peer)

הצגת הביקורת

הדין הישראלי אוסר בעילת קטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה מבלי להתייחס לגיל הבועל או לפער הגילים בין הבועל לנבעלת. סעיף 353 לחוק העונשין, שכותרתו "סייג לאחריות פלילית", מעניק הגנה מסוג near peer בעברות של בעילת קטינה בהסכמה (כאשר גיל הקטינה הוא מעל ארבע-עשרה שנים ועד שש-עשרה שנים) לפי סעיף 346(א) לחוק העונשין וכן בעברה של מעשה סדום (באדם שמלאו לו ארבע-עשרה שנים וטרם מלאו לו שש-עשרה שנים) לפי סעיף 347(א) לחוק.¹⁴⁰ הפטור מותנה בשלושה תנאים מצטברים: הבדל הגילים בין הנאשם לקטין אינו עולה על שלוש שנים; הקטין הסכים למעשה; והמעשה נעשה במהלך יחסי רעות רגילים וללא ניצול מעמדו של הנאשם. סייג זה, כאמור, אינו חל על עברת אונס סטטוטורי.

140 זו לשונו של ס' 353 לחוק העונשין: "באישום בשל עבירה לפי סעיפים 346(א) או 347(א), תהיה זו הגנה לנאשם שהבדל הגילים בינו לבין הקטין אינו עולה על שלוש שנים אם הקטין הסכים למעשה ואם המעשה נעשה במהלך יחסי רעות רגילים וללא ניצול מעמדו של הנאשם".

כפועל יוצא מכך ניתן להעמיד לדין קטינים קרובי גיל שקיימו יחסי מין בהסכמה במסגרת יחסי רעות וקרבה (near peer)¹⁴¹ ולהרשיעם באונס סטטוטורי. קושי זה אינו מנת חלקו של הדין הישראלי בלבד, אלא של כל מדינה שאינה כוללת בחוקיה פטור מהעמדה לדין בגין קיום יחסי מין בהסכמה בין קטינים קרובי גיל. כך, למשל, במחצית מהמדינות בארצות הברית יש חוקים שחושפים ילדים לאחריות פלילית בגין קיום יחסי מין בהסכמה עם בני זוג באותו גיל או קרובי גיל.¹⁴² בעוד גיל ההסכמה בישראל הוא ארבע-עשרה שנים, בארצות הברית הוא נע בין שש-עשרה לשמונה-עשרה שנים, מה שמאפשר להעמיד לדין בעברת אונס סטטוטורי בני נוער שטרם מלאו להם שמונה-עשרה שנים, לרבות כאלה שקיימו יחסי מין בהסכמה במסגרת מערכת זוגית. מכאן שטענת הביקורת האמורה מתייחסת לא רק לדין הישראלי באופן ספציפי, אלא לכל מדינה שאינה מעניקה פטור לקטינים קרובי גיל המקיימים יחסי מין בהסכמה. המשפט הפלילי מנסה למצוא את האיזון הראוי בין קידום העצמאות והאוטונומיה של קטינים לבין ההגנה עליהם.¹⁴³ אלא שהמסגרת המשפטית הנוכחית, יותר משהיא מגינה על הקטינים, היא מזיקה להם. חוקי האונס הסטטוטורי נועדו להגן על ילדים מפני גברים מבוגרים, טורפי מין ופדופילים, ותכלית זו היא ראויה ביותר, אלא שבה בעת הם מאפשרים להעמיד לדין פלילי גם קטינים המצויים בשלב החיפוש, החקר וההתנסות שלהם בתחום המיני.¹⁴⁴ הטענה היא כי קיום יחסי מין בין מתבגרים הוא תולדה של בחירה, ולא של כפייה,¹⁴⁵ וכי חיפוש מיני או סקרנות מינית אצל מתבגרים הם דבר נורמטיבי החיוני להתפתחותם.¹⁴⁶ המציאות התרבותית והפסיכולוגית של מיניות בקרב בני נוער עומדת בניגוד מוחלט להפללה של מגע מיני בין בוגר לקטין. ה־Centers for Disease Control and Prevention (CDC) – המרכז הנתונים, בין היתר, על קיום יחסי מין של קטינים מתחת לגיל שלוש-עשרה בארצות הברית – פרסם כי בשנת 2011 דיווחו 3% במוצא מקרב תלמידי כיתות י עד יב (3.9% מקרב הבנים ו-2.1% מקרב הבנות) כי

141 הביטוי near peer מתייחס בהקשר זה לקיום יחסי מין בין צעירים קרובי גיל בהסכמה ובהדדיות, ולא במסגרת כפייה או ניצול. ראו PAUL H. GEBHARD, JOHN H. GAGNON, WARDELL B. POMEROY & CORNELIA V. CHRISTENSON, SEX OFFENDERS 102–103 (1965).

142 Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1.

143 שם, בעמ' 2.

144 שם.

145 שם. המחברים מפנים בהקשר זה ל־Meredith Cohen, *No Child Left Behind Bars: The Need to Combat Cruel and Unusual Punishment of State Statutory Rape Laws*, 16 J.L. & POL'Y 717, 729 (2008); Lewis Bossing, *Now Sixteen Could Get You Life: Statutory Rape, Meaningful Consent, and the Implications for Federal Sentence Enhancement*, 73 N.Y.U. L. REV. 1205, 1228–1229 (1998).

146 ראו Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1, שם מפנים המחברים ל־J. Dennis Fortenberry, *Sexual Development in Adolescents*, in HANDBOOK OF CHILD AND ADOLESCENT SEXUALITY: DEVELOPMENTAL AND FORENSIC PSYCHOLOGY 171 (Daniel S. Bromberg & William T. O'Donohue eds., 2013).

קיימו יחסי מין מתחת לגיל שלוש-עשרה.¹⁴⁷ למעשה, כל אחד מהתלמידים הללו מסר נתונים שאילו דווחו לרשויות אכיפת החוק, ייתכן שהיו מובילים להגשת כתבי אישום בעברת אונס סטטוטורי.

גם אם נטען כי קיום יחסי מין בין קטינים במסגרת יחסי קרבה אינו מוסרי ועלול להזיק להם בטווח הרחוק, וכן כי שיקול הדעת של המעורבים בו הוא שגוי, המשפט הפלילי, על תוצאותיו והשלכותיו הקשות, אינו האמצעי הנכון לאכיפת המוסר, לשליטה ביחסי מין בין קטינים ולהסדרתם.¹⁴⁸ העמדה לדין פלילי של קטינים קרובי גיל בגין קיום יחסי מין בהסכמה תוביל לתוצאות קשות, שהשפעתן על הקטינים עלולה להיות הרסנית למשך כל חייהם. היא תכתים את עתידם, תביישם, תתייג אותם כעברייני מין ותטביע בהם אות קלון חברתי.¹⁴⁹ כך, למשל, הרשעת קטין בעברת מין בארצות הברית כרוכה ברישום פלילי וכן ברישום הקטין במרשם עברייני המין, דבר המאפשר להטיל עליו מגבלות רבות, בין היתר בנוגע למקום מגוריו ולמקום עיסוקו. כעברייני מין הוא ייתקל בקשיים בבואו להתקבל למקומות עבודה, להחזיק נשק ולקבל רישיון מקצועי (כגון עורך דין או רופא). מכאן שהנזק שבהעמדה לדין של קטינים עולה על התועלת שתצמח מכך, ועל כן אין לכך כל הצדקה חברתית או משפטית.

מעבר להשלכות הקשות הכרוכות בהעמדה לדין של קטינים שקיימו יחסי מין בהסכמה עם בני גילם, הדבר אף מעורר קושי לוגי. אם אנו סבורים שאין משמעות להסכמת הקטינה לקיים יחסי מין מפני שהיא מתחת לגיל ההסכמה והסכמתה אינה מדעת, הכיצד ניתן להעמיד לדין קטין בן גילה או קרוב לגילה, שאף הוא מתחת לגיל ההסכמה, בשל בחירתו והסכמתו לקיים עימה יחסי מין? הרי גם החלטת הקטין לקיים עם הקטינה יחסי מין אינה מדעת. במצב זה המחוקק אוחז במקל בשני קצותיו, ועליו לקבוע אחת משתי אלה: ההסכמה של שני הקטינים אינה מדעת ועל כן לא תוטל אחריות פלילית; או לחלופין ההסכמה של שניהם תיחשב הסכמה מדעת, ואז יש לפטור את שניהם מאחריות פלילית.

מענה מוצע לביקורת

ניתן להשיב על טענת ביקורת זו בכמה דרכים. דרך אחת היא לקבוע סייג לאחריות הפלילית כאשר מדובר בקיום יחסי מין בהסכמה בין שני קטינים קרובי גיל. בכמחצית ממדינות ארצות הברית יש "חוקי רומיאו ויוליה" המאפשרים לא להעמיד לדין קטינים בני אותו גיל או קרובי גיל כאשר יחסי המין קוימו בהסכמה. כך, למשל, במדינת טקסס גיל ההסכמה הוא שבע-עשרה שנים,¹⁵⁰ כך שקיום יחסי מין עם קטין מתחת לגיל זה חושף את הבוועל להעמדה לדין בגין אונס סטטוטורי, אולם לצד העברה, יש פטור הניתן

147 ראו את תוצאות המחקר אצל Danice K. Eaton et al., *Youth Risk Behavior Surveillance—United States, 2011*, 61(4) MMWR SURVEILLANCE SUMMARIES 44 (2012).

148 Goodwin, לעיל ה"ש 8, בעמ' 530.

149 שם, בעמ' 532; Strout, Vasudevan & Shah, לעיל ה"ש 14, בעמ' 2.

150 TEX. PEN. CODE § 22.011(C)(1) (West 2023).

לנאשם בשני מקרים: ראשית, כאשר העושה והקורבן היו נשואים בזמן העברה; שנית, כאשר העושה עומד בארבעת התנאים הבאים במצטבר. תנאי ראשון הוא שהפרש הגילים בין העושה לקורבן אינו עולה על שלוש שנים; תנאי שני הוא שהעושה אינו רשום כעבריין מין ואין לו הרשעות קודמות בעברות מין; תנאי שלישי הוא שלקורבן מלאו ארבע-עשרה שנים; תנאי רביעי הוא שלא הייתה מניעה חוקית לנישואים בין השניים.¹⁵¹

קביעת פטור מסוג near peer מקיימת את התכליות של דיני העונשין. אין זה ראוי או צודק להעניש קטין על קיום יחסי מין בהסכמה עם בת גילו. גם משיקולים תועלתניים, העמדה לדין לא תצמיח כל תועלת לחברה, לקורבן או לנאשם. אף אם נסבור כי קיום יחסי מין בגיל צעיר עלול להזיק לקטינים בטווח הארוך, אין זה מתפקידו של המשפט הפלילי לאכוף זאת, בשל ההשלכות הקשות הכרוכות בכך. הסברה וחינוך מיני מצד ההורים ובמסגרות החינוכיות השונות עשויים להיות יעילים ללא כל צורך במעורבותו של המשפט הפלילי. הואיל והוראת סעיף 353 לחוק העונשין מעניקה סייג לאחריות פלילית המבוסס על קרבת גיל בין הבוועל לנבעלת בעברה של בעילת קטינה בהסכמה (כאשר גיל הקטינה הוא מעל ארבע-עשרה שנים ועד שש-עשרה שנים) לפי סעיף 346(א) לחוק העונשין וכן בעברה של מעשה סדום (באדם שמלאו לו ארבע-עשרה שנים וטרם מלאו לו שש-עשרה שנים) לפי סעיף 347(א) לחוק, ניתן להרחיב בחקיקה את תחולת הסייג ולהחילו גם על עברה של אונס סטטוטורי, כך שקיום יחסי מין שנעשו בהסכמה בין קטינים קרובי גיל במהלך יחסי רעות רגילים וללא ניצול המעמד של הנבעלת לא יהווה עברה.

דרך אחרת למניעת העמדה לדין של קטינים בישראל שקיימו יחסי מין מתחת לגיל ההסכמה היא לקבוע מדיניות משפטית שלפיה אין להעמיד לדין קטינים שקיימו יחסי מין בהסכמה במסגרת יחסי רעות. אם הוגשה תלונה בעניין זה, יש לחקור את שני הקטינים ולבחון את הנסיבות של קיום יחסי המין. ככל שיתברר כי יחסי המין קוימו בהסכמת השניים במסגרת יחסי רעות, וכי מדובר בקטינים בני אותו גיל או קרובי גיל, יהיו רשויות התביעה רשאיות להורות על סגירת תיק החקירה ולמנוע את העמדתו לדין של הקטין, על ההשלכות הקשות הכרוכות בכך. מדיניות זו נהוגה כאמור באנגליה.¹⁵²

151 ראו TEX. PEN. CODE, § 22.011(e): "It is an affirmative defense to prosecution under Subsection (a)(2): (1) that the actor was the spouse of the child at the time of the offense; or (2) that: (A) the actor was not more than three years older than the victim and at the time of the offense: (i) was not required under Chapter 62, Code of Criminal Procedure, to register for life as a sex offender; or (ii) was not a person who under Chapter 62, Code of Criminal Procedure, had a reportable conviction or adjudication for an offense under this section; and (B) the victim: (i) was a child of 14 years of age or older; and (ii) was not: (a) a person whom the actor was prohibited from marrying or purporting to marry or with whom the actor was prohibited from living under the appearance of being married under Section 25.01..."

152 ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 86, בעמ' 863. ראו גם את הדיון בדין האנגלי בתת-פרק 2 לעיל.

הדין האנגלי אינו כולל הגנה מסוג "רומיאו ויוליה", אולם הוא מעניק לרשויות התביעה שיקול דעת לא להעמיד לדין קטינים קרובי גיל שקיימו יחסי מין בהסכמה במסגרת יחסי רעות.¹⁵³

סבורני כי על מנת שתהא אחידות בעניין זה, יש צורך בהנחיה מפורשת של היועץ המשפטי לממשלה או של פרקליט המדינה (המופנית לפרקליטים) אשר תקבע כיצד יש לנהוג במקרים מעין אלה. מלבד גיל המעורבים, הנחיה זו יכולה לכלול תנאים נוספים שעל הפרקליטים לשקול בבואם להורות על סגירת תיק חקירה ואי-העמדה לדין של העושה, כגון פער הגילים בין הבודע לנבעלת, אישור הקטינה כי יחסי המין קוימו בהסכמה במסגרת יחסי רעות, שלילת יחסי ניצול או כפייה מצד הבודע, העדר רישום פלילי בעברות מין וכיוצא באלה. תנאים אלו יכולים להיקבע כהנחיות בלבד או לחלופין כתנאים במסגרת "חוק רומיאו ויוליה" בחוק העונשין בישראל.

4. אי-ידיעה של הנאשם בדבר גיל הקטינה כטענת הגנה

הצגת הביקורת

אונס סטטוטורי הוא עברה התנהגותית. המחוקק אוסר על אדם לבצע קטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה אף אם הדבר נעשה בהסכמתה, וזאת מבלי להתייחס לתוצאות המעשה. היסוד הנפשי הדרוש בעברה הוא "מחשבה פלילית",¹⁵⁴ ובהתאם לסעיף 20(א) לחוק העונשין, על התביעה להוכיח כי הנאשם היה מודע לרכיביה העובדתיים של העברה. לאמור, על התביעה לשכנע את בית המשפט, במידת הסתברות של מעבר לכל ספק סביר, כי במועד ביצוע העברה היה הנאשם מודע למעשה הבעילה ולהיות הקטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה. בהתאם להוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק, דרישת המודעות תבוא על סיפוקה גם אם הנאשם "עצם את עיניו" לנוכח גיל הקטינה, כלומר, אם הוא חשד שטרם מלאו לה ארבע-עשרה שנים אולם נמנע מלברר חשד זה.

על מנת להיחלץ מהרשעה, די לנאשם לעורר ספק סביר באשר לקיומה של מחשבה פלילית. בהעדר ראיות פוזיטיביות לכך שהנאשם ידע את גיל הקטינה, התביעה רשאית להסתייע ב"חזקת המודעות". חזקת המודעות היא חזקה ראייתית המבוססת על נסיון החיים והשכל הישר שלפיה אדם מודע לטיב מעשהו ולנסיבות המפלילות הקבועות בעברה.¹⁵⁵ לפני הנאשם פתוחה הדרך לסתור את חזקת המודעות בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו.¹⁵⁶ כך, למשל, הנאשם יכול לטעון כי הקטינה נראתה בוגרת לגילה ועל

153 צדוק, לעיל ה"ש 99, בעמ' 13. ראו גם דוד ליבאי "בעילת קטינות" הפרקליט כו 422, 428–426 (1971).

154 בהתאם להוראת ס' 19 לחוק העונשין.

155 ראו, למשל, ע"פ 8827/01 שטרייזנט נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(5) 506, 526 (2003); ע"א 8027/04 אלגריסי נ' מדינת ישראל, פס" 15 (אר"ש 23.2.2006).

156 ע"פ 3158/00 מגדיש נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 80, 86 (2000); ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל, פס" 30 לפסק הדין של השופט לוי (אר"ש 1.9.2009).

כן הוא הניח בטעות שמלאו לה ארבע-עשרה שנים. ייתכן שהקטינה, אשר רצתה לקיים עם הנאשם יחסי מין, הטעתה אותו באומרה לו כי היא מעל גיל ארבע-עשרה.¹⁵⁷ אם הנאשם יצליח לעורר ספק סביר שמא לא הייתה לו מחשבה פלילית, לא יהיה אפשר להרשיעו בעברת אונס סטוטורי (שבצידה עונש מרבי של שש-עשרה שנות מאסר), וחלף זאת יהיה אפשר להרשיעו בעברה קלה יותר של בעילת קטינה בהסכמה לפי סעיף 346(א) לחוק העונשין, שבצידה עונש מרבי של חמש שנות מאסר, אם הוא הניח שגילה של הקטינה בין ארבע-עשרה לשש-עשרה שנים.

כתוצאה מכך, הדין הישראלי מאפשר לעברייני מין לחמוק מהעמדה לדין והרשעה בגין אונס סטוטורי בשתי דרכים. הדרך האחת היא על ידי העלאת טענה שהוא לא נתן כלל את דעתו לגיל הקטינה והיה במצב של "חלל תודעתי" כלפי נסיבה מפלילה זו, בין מפני שהוא היה אדיש אליו ובין מפני שהוא קיווה שמלאו לקטינה ארבע-עשרה שנים.¹⁵⁸ הדרך האחרת היא באמצעות סייג ה"טעות במצב דברים" הקבוע בסעיף 346 לחוק. סייג זה מאפשר לבתי המשפט לזפות נאשמים שהניחו בטעות כי לקטינה מלאו ארבע-עשרה שנים, וזאת מבלי שהטעות תעמוד בהכרח במבחן הסבירות ומבלי שבית המשפט השתכנע כי הנאשמים התאמצו לברר ולדעת את גילה האמיתי של הקטינה. למעשה, הדין הישראלי, יותר משהוא מתמרץ גברים להשקיע מחשבה ומאמצים בברור גיל הקטינה, הוא מתמרץ אותם להסתתר מאחורי מסך אי-הידיעה, שכן הדבר ישתלם להם בהמשך אם הם יועמדו לדין בגין אונס סטוטורי. דין זה, שהוא הדין המצוי, אינו הדין הרצוי.

על מנת להימנע מתוצאה בלתי צודקת זו, חלק ממדינות המשפט המקובל קבעו כי אונס סטוטורי הוא עברה של "אחריות מוחלטת".¹⁵⁹ משמעות הדבר היא כי על מנת

157 בהתאם לסייג ה"טעות במצב דברים" הקבוע בהוראת ס' 346 לחוק העונשין, במסגרת ס"ק (א): "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו".

158 לדיון מקיף בנושא "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה ראו גיא בן דוד "חלל תודעתי כלפי נסיבות העברה" **דין ודברים** ט 367 (2016).

159 במשפט המקובל האנגלי הקדום אונס סטוטורי היה עברה מסוג של "אחריות מוחלטת", והיסוד הנפשי של הנאשם לא היה רלוונטי לשם הרשעתו. היה די בכך שהתביעה הוכיחה את היסוד העובדתי של העברה, שלפיו הנאשם בעל קטינה שהייתה מתחת לגיל ההסכמה, ולא הייתה כל משמעות לכך שהיא הסכימה למעשה הבעילה או שהוא סבר שהיא מעל גיל ההסכמה או שהיא הטעתה אותו באשר לגילה. על פי המודל של אחריות מוחלטת, מגברים שהואשמו באונס סטוטורי נשללה היכולת להעלות טענת הגנה בדבר העדר יסוד נפשי, ובכלל זה קיומה של טעות או הטעיה באשר לגיל הקטינה. הדרך היחידה לחמוק מעונש הייתה להעלות טענת הגנה שלפיה הקטינה הייתה מופקרת. "טענת הפקרות" (promiscuity) פטרה את הנאשם מנשיאה באחריות פלילית לעברה, אם הוא הציג ראיות מהימנות לכך שהקטינה לא הייתה בתולה. הגנה זו עלתה בקנה אחד עם ההצדקה ההיסטורית לעברה, שלפיה נשים נחשבו "נכס מיוחד", ועל כן כל עוד ה"נכס" טהור ולא פגוע, יש צורך להגן עליו. בדרך זו העניק המשפט הפלילי הגנה משפטית לנשים וקטינות בתולות בלבד, והוא שימש כלי לשמירה והגנה על המוסר והבתולים שלהן. כפועל יוצא מכך, אם גבר בעל קטינה שלא הייתה בתולה, הוא לא היה עובר עברה, מפני שהחברה לא מצאה לנכון לגנות את התנהגותו מבחינה

להרשיע אדם בעברה זו, אין צורך להוכיח כי הוא היה מודע לכך שהקטינה מתחת לגיל ההסכמה. הנאשם יורשע בין אם הוא ידע שהקטינה מתחת לגיל ההסכמה ובין אם לאו, ואין זה משנה מהי הסיבה לאי-הידיעה, בין שמקורה באדישות לגיל הקטינה, בטעות כנה וסבירה של הנאשם או בהטעיה מכוונת מצד הקטינה. החיסרון במודל זה של אחריות מוחלטת הוא הפגיעה בעקרון האשמה.¹⁶⁰ הטלת אחריות מוחלטת בעברה כה חמורה מבלי לאפשר לנאשם להתגונן באמצעות הטענה כי לא הייתה לו מודעות – אינה צודקת. כל אחד מהמודלים האמורים (מודל האחריות המוחלטת והמודל הישראלי) מעורר קושי, שאעמוד עליו באמצעות שתי הדוגמאות הבאות.

תחילה, יש להבהיר כי לעניין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם אדם דימה שמעשהו אינו מהווה עברה, בין עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי ובין עקב טעות בהבנת האיסור.¹⁶¹ מכאן שטענה של הנאשם כי הוא לא ידע שבעילת קטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה מהווה עברה אינה מהווה הגנה. אדם מוחזק כמודע לכך שבעילת קטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה מהווה עברה אף אם הדבר נעשה בהסכמתה.

נניח, לצורך הדוגמה, כי קטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה מעוניינת לקיים יחסי מין עם זמר מפורסם. הזמר, אשר מוחזק כמודע לאיסור בעילת קטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה אף אם הדבר נעשה בהסכמתה, שואל את הקטינה לגילה. הקטינה, אשר מעריצה את הזמר ומעוניינת לקיים עימו יחסי מין, שואלת אותו מדוע הוא מתעניין בגילה, והוא משיב לה כי אין בכוונתו לקיים יחסי מין עם קטינות מתחת לגיל ארבע-עשרה. הקטינה משקרת וטוענת כי מלאו לה חמש-עשרה שנים. הזמר נותן אמון בדבריה, בין היתר על סמך המראה החיצוני שלה והתרשמותו ממידת בגרותה. הוא שואל את חברותיה שהיו עימה, וגם הן משקרות ותומכות בדברי הקטינה. בהמשך השניים מקיימים יחסי מין בהסכמה, ומשנודע על כך להורי הקטינה, הם מגישים תלונה בתחנת המשטרה נגד הזמר, שנחקר בחשד לאונס סטטוטורי. הטלת אחריות מוחלטת על הזמר מבלי לאפשר לו להתגונן מספקת אומנם רשת הגנה הרמטית לקטינות מתחת לגיל ארבע-עשרה מפני כל מעשה בעילה ועל ידי כל אדם, אולם היא גם תופסת ברשתה נאשמים נעדרים אשמה

מוסרית. ראו Earle G. Prevost, *Statutory Rape: A Growing Liberalization*, 18 S.C. L. REV. 254, 255 (1966): "In a prosecution for statutory rape, the state must prove only two elements—that the prosecutrix [female complaining witness] was under the age of consent and that penetration occurred". ראו גם Burgess-Jackson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 141; Oberman, *Regulating Consensual*, 28–24, בעמ' 19, לעיל ה"ש 13, בעמ' 763; James A. Vaught & Margaret Henning, *Admissibility of a Rape Victim's Prior Sexual Conduct in Texas: A Contemporary Review and Analysis*, 23 ST. MARY'S L.J. 893, 910 (1992).

¹⁶⁰ ראו, למשל, Kenneth W. Simons, *Is Strict Criminal Liability in the Grading of Offences Consistent with Retributive Desert?*, 32 OXFORD J. LEGAL STUD. 445 (2012).

¹⁶¹ זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר. ראו ס' 34 יט לחוק העונשין, שכותרתו "טעות במצב משפטי".

שקיימו יחסי מין בהסכמה עם קטינה תוך אמונה שלמה כי מלאו לה ארבע-עשרה שנים, ואילו היו מודעים לגילה האמיתי, הם לא היו מקיימים עימה יחסי מין. אילו התרחש מקרה זה במדינה שבה העברה מבוססת על מודל של אחריות מוחלטת, היה הזמר מורשע באונס סטוטורי. לעומת זאת, אילו נדון המקרה בישראל, ואילו נתן בית המשפט אמון בטענת הזמר כי הוא הניח בטעות שלקטינה מלאו חמש-עשרה שנים, היה אפשר להרשיעו רק בבעילה אסורה בהסכמה לפי סעיף 346(א) לחוק. תוצאה זו ראויה היא ואף צודקת. דוגמה זו ממחישה את היתרון הברור של ההסדר הקבוע בדין הישראלי על הסדר המטיל אחריות מוחלטת על הנאשם.

על פי הדוגמה השנייה, שחקן מפורסם ונערץ במיוחד על ילדות מקיים יחסי מין עם מעריצה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה שנים. השחקן, אשר מוחזק כמודע לאיסור החל על קיום יחסי מין עם קטינות מתחת לגיל ארבע-עשרה גם אם הדבר נעשה בהסכמתן, מסוחרר מגלי ההערצה סביבו, ואינו נותן את דעתו לגיל הקטינה שאיתה הוא מקיים יחסי מין – הוא אינו שואל אותה לגילה, ואינו מקדיש כל מחשבה או מאמץ סביר לבירור נתון זה. על פי הדין הישראלי, בהעדר מודעות לגיל הקטינה או חשד סובייקטיבי לגבי נתון זה, לא יהיה אפשר לייחס לו אחריות פלילית בגין אונס סטוטורי. בעוד שאי-הרשעת הזמר בעברה של אונס סטוטורי הייתה ראויה וצודקת, אי-הרשעת השחקן אינה ראויה ואינה צודקת. לעומת זאת, על פי המודל של הטלת אחריות מוחלטת, הזמר (כמו השחקן) יורשע באונס סטוטורי.

אם כן, שני המודלים – זה המאפשר הטלת אחריות מוחלטת וזה המתנה את האחריות הפלילית בידיעה שהקטינה מתחת לגיל ההסכמה – אינם אידיאליים, שכן בשניהם אנו עשויים להגיע לתוצאות בלתי צודקות. הטלת אחריות מוחלטת מאפשרת להרשיע נאשמים נעדרי אשמה (כמו במקרה של הזמר), ואילו דרישת מודעות לגיל הקטינה מאפשרת לנאשמים בני אשמה להסתתר מאחורי מסך אי-הידיעה או קיומה של טעות כנה ולחמוק בדרך זו מאחריות פלילית (כמו במקרה של השחקן). המסקנה היא שעברת אונס סטוטורי צריכה להיות מותנית בקיומה של מחשבה פלילית (על מנת למנוע פגיעה בעקרון האשמה), אולם יש לאטום – או למצער לצמצם ככל האפשר – את פתחי המילוט הקיימים כיום בדין הישראלי, המאפשרים לנאשמים בני אשמה לחמוק דרכם. בדיון שלהלן אציע כמה פתרונות במישורים שונים, שמטרתם להשיג תכלית זו.

מענה מוצע לביקורת

דרך אחת היא לקבוע בחוק, לצד העברה של אונס סטוטורי, חזקה סטוטורית הניתנת לסתירה שלפיה חזקה על אדם שהיה מודע להיות הקטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה שנים, אלא אם כן יוכיח כי נקט אמצעים ומאמצים סבירים לבירור נתון זה.¹⁶² חזקה של

162 בחוק העונשין יש כמה חזקות סטוטוריות החלות על עברות ספציפיות ופוטורות את התביעה מלהוכיח נתון קיים שלגביו נקבעה מסקנה מכוח אותה חזקה. כך, למשל, חזקת הסרסרות לזנות, הקבועה בהוראת ס' 200 לחוק העונשין, קובעת חזקה שלפיה אם גבר גר עם זונה או רגיל להלוות

ידיעת גיל הקטינה תפסור את התביעה מלהוכיח את מודעות הנאשם לגיל הקטינה, וההנחה תהיה שהנאשם היה מודע לכך שטרם מלאו לה ארבע-עשרה שנים. לנאשם תהא יכולת לסתור את החזקה על ידי כך שישכנע את בית המשפט שלא הייתה לו מודעות להיות הקטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה. ודוק, בניגוד לחזקת המודעות, שלפיה די בספק סביר שיעורר הנאשם לחלצו מאחיותה, כאשר עומדת לחובת הנאשם חזקה סטטוטורית, עליו לשאת בנטל השכנוע ולהוכיח את היפוכה של החזקה תוך הטיית מאזן ההסתברויות לטובתו, בדומה לנטל השכנוע המוטל על צדדים בהליך אזרחי.

דרך אחרת נועדה לתת מענה לשימוש בסייג ה"טעות במצב דברים" ככל שהוא מתייחס לגיל הקטינה. על פי הדין הקיים, די בטעות כנה מצד הנאשם כלפי הנסיבות המפלילות, גם אם הייתה זו טעות בלתי סבירה, לשמוט את הבסיס מתחת לאחריותו הפלילית בעברת אונס סטטוטורי. יתר על כן, בדומה לסייגים האחרים, די לו לנאשם לעורר ספק סביר שמא התקיימה "טעות במצב דברים".¹⁶³

לגישתי, על מנת להתגבר על קושי זה, מומלץ לקבל טענה בדבר "טעות במצב דברים" הנוגעת בגיל הקטינה רק בהתקיים שלושה תנאים מצטברים: ראשית, על הטעות לעמוד במבחן הכנות (טעות כנה של הנאשם); שנית, על הטעות לעמוד במבחן הסבירות, לאמור, שבית המשפט יקבע כי גם אדם סביר בנעלי הנאשם היה מניח בטעות שלקטינה מלאו ארבע-עשרה שנים; ושלישית, על הנאשם לשכנע את בית המשפט כי הוא נקט אמצעים סבירים כדי להימנע מהטעות ולדעת את גילה האמיתי של הקטינה. על הנאשם להראות אילו צעדים הוא נקט, ולשכנע את בית המשפט כי צעדים אלו הם כל מה שניתן לדרוש ממנו באופן סביר בנסיבות העניין. תנאים אלו יגביהו את גובה המשוכה הקיימת כיום בחוק, כך שטעות כנה לבדה לא יהיה בה כדי לשחרר את הנאשם מנשיאה באחריות פלילית בגין אונס סטטוטורי. פתרון זה ניתן ליישום בפסיקת בתי המשפט, וניתן אף לעגנו בחקיקה, בצמוד להוראת סעיף 345 לחוק העונשין (עברת האיננס).

ניתן לטעון כנגד זה כי אין הצדקה להגבהת רף הכניסה לסייג ה"טעות במצב דברים" דווקא בעברת אונס סטטוטורי. אולם לגישתי, החמרה זו מוצדקת לנוכח הערך המוגן שבבסיס העברה והרצון לספק רשת הגנה טובה יותר לילדים מפני טורפי מין המנצלים את גילם הצעיר ותמימותם לשם קיום יחסי מין עימם. זאת ועוד, יש לתת את הדעת למקרים שבהם הקטינה תטעה במכוון את הנאשם באשר לגילה, בשל רצונה לקיים עימו

אליה דרך קבע, חזקה עליו שהוא חי על רווחיה. הנאשם יכול לסתור חזקה זו, אולם עליו לשכנע את בית המשפט כי אף שהוא נוהג להתלוות אליה דרך קבע או מתגורר עימה, אין הוא חי על רווחיה. דוגמאות נוספות הן חזקת ההחזקה בסם לא לשימוש עצמי לפי הוראת ס' 31(3) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, וכן החזקה הקבועה בהוראת ס' 233 לחוק העונשין בנוגע לעברות של משחקים אסורים, הגרלות והימורים.

163 בהתאם להוראת ס' 34(ב) לחוק העונשין, הקובעת כי "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג".

יחסי מין. כשם שהסכמת הקטינה לקיום יחסי מין עימה אינה מדעת, כך יש להתייחס גם להטעיה מצידה. כשם שאיננו מייחסים כל משקל להסכמתה לקיום יחסי מין עימה, כך אין לייחס משקל להטעיותיה; להפך, יש לתמרץ גברים להיזהר שבעתיים מהטעיות מצד קטינות המעוניינות בקיום יחסי מין, וזאת על ידי הגבהת רף הכניסה לסייג ה"טעות במצב דברים" בעברת אונס סטטוטורי. העובדה שהטעות צריכה לעמוד בשלושה תנאים מצטברים נועדה לתמרץ גברים להשקיע מאמצים סבירים לשם בירור גיל הקטינה, ולא להסתפק בתשובת הקטינה.

ודוק, אין בכוחה של כל אחת מההצעות האלה (קביעת חזקה סטטוטורית או הקשחת סייג ה"טעות במצב דברים") לפטור את התביעה מלעמוד בנטל השכנוע הכבד המוטל עליה, אלא הן דורשות מהנאשם לעמוד ברף ראייתי גבוה מזה הקיים בדין המצוי. העברת נטל השכנוע אל הנאשם ואי-הסתפקות בטעות כנה (בהתאם לדין הקיים) בנוגע לנתון זה טומנות בחובן כמה יתרונות. ראשית, הן מהוות תמריץ שלילי לעברייני מין להסתתר מאחורי אי-ידיעת גיל הקטינה כטענת הגנה, ובה בעת הן מהוות תמריץ חיובי לגברים להקדיש מחשבה ולהשקיע מאמצים ואמצעים סבירים כדי לברר ולדעת את גילה האמיתי של הקטינה, שאם לא כן יהיה להם הדבר לרועץ. שנית, כדי לעמוד בנטל השכנוע המונח על כתפיהם, יצטרכו נאשמים להציג ראיות איכותיות ובעלות משקל גבוה, שכן לא יהיה די בספק סביר שמא הם לא ידעו את גיל הקטינה, ואם הם ייכשלו בכך, הם יורשעו. שלישית, העברת נטל השכנוע לנאשמים עשויה להניא גברים בעוד מועד מלבצע את העברה, בידעם שהם לא יצליחו את רף ההוכחה הגבוה הנדרש מהם ועל כן ההסתברות שהם יועמדו לדין ויורשעו תעלה.

דרך שלישית היא לחוקק, לצד עברת האונס הסטטוטורי הקיימת בחוק, חלופה נוספת של אונס סטטוטורי המסתפקת ביסוד נפשי מסוג רשלנות. בהתאם לסעיף 21 לחוק העונשין, הרשלנות של הנאשם תבוא לידי ביטוי בכך שהוא לא היה מודע לגיל הקטינה בעוד שאדם סביר בנסיבות העניין היה מודע לנתון זה. הוראת סעיף 21(ב) לחוק העונשין מגבילה את העונש המרבי שיהיה אפשר להטיל בעברה זו לשלוש שנות מאסר. סבורני כי עונש זה הולם את מידת האשמה הנמוכה של הנאשם במקרים שבהם הוא התרשל כלפי קיום הנסיבה המפלילה, ולא פעל במחשבה פלילית.

עברת אונס סטטוטורי המותנית ביסוד נפשי של רשלנות תאפשר לתפוס ברשת הפלילית נאשמים שלא נתנו את דעתם לגיל הקטינה והיו במצב של "חלל תודעתי" כלפיו או גילו אדישות ואי-אכפתיות לנתון זה, וכן נאשמים שטעו טעות כנה אך בלתי סבירה לגבי גיל הקטינה. דרך זו מספקת רשת הגנה טובה יותר לערך המוגן בעברה, שכן היא מאפשרת להעמיד לדין לא רק נאשמים שפעלו מתוך מחשבה פלילית, אלא גם נאשמים שפעלו מתוך רשלנות, אשר בהתאם לדין הקיים אי-אפשר להעמידם לדין בעברת אונס סטטוטורי. כשם שההגנה על החיים, שלמות הגוף והרכוש הובילה את המחוקק לקביעת עברות האוסרות פגיעה בערכים אלו גם מתוך יסוד נפשי של

רשלנות,¹⁶⁴ כך מוצדק להגן גם על ילדים צעירים בשנים מפני פגיעות מיניות מצד טורפי מין, אשר ינצלו את גילם הצעיר ואת תמימותם לשם קבלת הסכמה לקיום יחסי מין עימם.

אחרית דבר

עברת אונס סטטוטורי, אשר נועדה במקור להגן על האינטרסים הכלכליים של האב ולשמור על ערך הילדה בעיני משפחתה, התפתחה בעשורים האחרונים לאמצעי חיוני להבטחת הגנה על ילדים מפני ניצול מיני. חוקים מודרניים בתחום זה מתמקדים בפער הכוחות בין קטינים למבוגרים, המוביל לחוסר יכולת של הקטינים להתנגד להשפעה הכוחנית של המבוגר. עם זאת, קיים פרדוקס בכך שחוק שנועד להגן על קטינים יכול להוביל להעמדתם לדין של קטינים המקיימים יחסי מין בהסכמה במסגרת יחסי רעות.

סקירה של הדינים במדינות שונות מגלה שוני משמעותי בקביעת גיל ההסכמה, בהגדרת העברה ובהגנות הניתנות לנאשמים. במאמר זה נבחן הדין הישראלי בהשוואה לחוקים במדינות המשפט המקובל, ונמצא כי עברת אונס סטטוטורי בדין הישראלי לוקה בחסרונות המובילים לתוצאה בלתי רצויה ולפגיעה בערך המוגן בעברה. בהתאם לכך, המאמר מציע כמה מענים לחסרונות אלו, ביניהם הוספת סייג לעברה (בדומה לזה הקיים לגבי עברה של בעילת קטינה בהסכמה) כך שהיא לא תחול על יחסי מין בהסכמה בין קטינים במסגרת יחסי קרבה, בתנאים שייקבעו מראש. תנאים אלו יכולים לכלול את גיל הנועל, פער הגילים בין המעורבים והעדר עבר פלילי של הנועל בתחום של עברות מין. דרך נוספת היא להכביד על נאשמים המתגוננים בטענה של אי-ידיעת גיל הקטינה. המאמר מציע, בין היתר, להחיל חזקה סטטוטורית בדבר ידיעת גיל הקטינה ולהעביר את נטל השכנוע אל הנאשם, וכן לחוקק, לצידה של העברה המותנית בקיומה של מחשבה פלילית, עברת אונס סטטוטורי המסתפקת ביסוד נפשי מסוג רשלנות. עוד מוצע להגביל את השימוש בסייג ה"טעות במצב דברים" לגבי גיל הקטינה בדומה לנהוג במדינות שונות במשפט המקובל. מוצע להתנות את קבלת הסייג בכך שטעותו של הנאשם ביחס לגיל הקטינה תעמוד במבחן הכנות ובמבחן הסבירות, וכן יהיה עליו להראות כי הוא נקט אמצעים סבירים לברר את גיל הקטינה.

לא למותר לציין כי יש נושאים נוספים הראויים לליבון, לזיקוק ולדיון, כגון נוסח החזקה הסטטוטורית המוצעת בדבר ידיעת גיל הקטינה או נוסח הפטור המוצע שיינתן לקטינים קרובי גיל בגין קיום יחסי מין בהסכמה ותנאיו – למשל, מהו טווח הגילים

164 ראו, למשל, ס' 304 (גרימת מוות ברשלנות), ס' 341 (חבלה ברשלנות), ס' 108 (ב) (פגיעה ברכוש), ס' 449 (גרימת שרפה ברשלנות) והסיפא של ס' 111 (מסירת ידיעה לאויב) לחוק העונשין, המתנים את האחריות הפלילית של העושה ביסוד נפשי מסוג רשלנות.

הרצוי בין המעורבים שבמסגרתו לא תוטל אחריות פלילית? מה יהיה הדין במקרה של חריגה קטנה מטווח זה? האם יש מקום לקבוע מתחמי ענישה נפרדים בעברת אונס סטוטורי התלויים בגילי המעורבים ובפער ביניהם? ושאלות נוספות שקצרה היריעה מלדון בהן. כולי תקווה כי המאמר יתרום להתפתחות השיח המשפטי והציבורי בעברת האונס הסטוטורי, וישמש בסיס לקידום חקיקה שתעדכן את יסודות העברה למאה העשרים ואחת, תוך מתן הגנה מקיפה ובטוחה לקטינים וקטינות בישראל מפני פגיעות וניצול מיני.