

## ערעור פלילי מס' 224/63

### יוסף בן-עמי נגד היועץ המשפטי לממשלה

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
[22.6.64, 19.5.64]

לפני השופטים ברנזון, כהן, מני

א

פקודת החוק הפלילי, 1936 [תוס"א 652, ע' 263], סעיפים 152 (2) (א), 152 (1) (ב), 152 (1) (ג), 152 (2) (ב), 152 (2) (ג), 105, 157 עד 160, 157 — פקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה על-פי כתב-אישום) [תא"י, כרך א, פרק לו, ע' 446], סעיפים 72 (1) (ב), 52 [כפי שתוקן ב-1939 [תוס"א 964, ע' 97]].

ב

המערער הואשם והורשע בבית-המשפט המחוזי, לפי כתב-אישום, בשתי עבירות מין, בהתאם לסעיף 152 (2) (א) לפקודת החוק הפלילי, 1936. לפי הפרט הראשון — בהכנסת אבר מינו בפי הטבעת של המתלוננת; ולפי הפרט השני — בהחדרת אבר מינו לפיה של המתלוננת. עדותה של המתלוננת היתה מהימנת על בית-המשפט והיא הסתייעה בעדויות סיוע למכביר, לרבות עדותם של עדים נייטרליים על מצבה הנפשי של המתלוננת מיד לאחר מעשה. המערער נידון לשתי שנות מאסר, מזה שנה אחת של מאסר ממש, ושנה אחת של מאסר-על-תנאי. הוא ערער על הרשעתו ועל חומרת העונש כאחד.

ג

בית-המשפט העליון, בדחתו את הערעור, פסק —

א. (1) הלכה פסוקה היא, כי העדות המסייעת אינה מחוייבת להשתרע על כל חוליות השרשרת של מעשה העבירה; די לה אם תתייחס לאיזו שהיא נקודה ממשית (material point).

ד

(2) הואשם אדם במשכב אשה בעל כרחו, והוא טוען שהסכימה, הנקודה השנויה במחלוקת היא אם אמנם הסכימה ואם לאו, ולא תועיל ראייה מסייעת שאמנם שכב עמה; לא כן הוא הרבר כשהוא מכחיש בכל מכל כל וטוען להדיים, כי אז יהיה משום סיוע גם בראייה שאמנם שכב עמה.

ה

(3) יש להדגיש שהנקודה השנויה במחלוקת נקבעת לענין זה לא רק ולא דוקא על-פי גירסאותיהם ועדויותיהם של המתלונן מכאן ושל הנאשם מכאן; בראש ובראשונה נקבעת היא על-פי הגדרת האלמנטים של העבירה הנדונה; והטעון הוכחה בראייה מסייעת אינו אלא אותו אלמנט של העבירה כפי שהוגדרה בחוק, אשר לגביו קיימת מחלוקת עובדית תחת בין המתלונן ובין הנאשם.

ו

ב. (1) לפי סעיף 152 (1) (ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936, עושה מעשה סדום עם כל אדם נגר רצונו, על-ידי שימוש בכוח או באיומי מחת או באיומי חבלה תמורה, או כשהוא נמצא במצב של חוסר הכרה, או שמסיבה אחרת אין ביכולתו להתנגד; או, לפי סעיף 152 (1) (ג), עושה מעשה סדום עם ילד למטה מגיל ט"ז שנה — אשם בפשע, ודינו מאסר ארבע-עשרה שנה. בהתאם לסעיף 152 (2) לפקודה הנ"ל, כל אדם אשר: יודע גופו של אדם אחר שלא כדרך הטבע; או יודע גופה של כל בהמה; או מרשה לאיש זכר לדעת גופו או גופה שלא כדרך הטבע — אשם בפשע, ודינו מאסר עשר שנים.

ז

- (2) בו בנמן שמעשה סדום האמור בסעיף 152 (1) הנ"ל נעשה תוך כדי שימוש בכוח או באיומים, הרי מעשה ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע, האמור בסעיף 152 (2) הנ"ל, נעשה שלא בכוח ושלא באיומים; משמע שהשימוש בכוח אינו אחד האלמנטים של העבירה במקרה כגון זה שלפנינו, וכל ראייה שהנאשם השתמש בכוח אינה רלבנטית בכלל ואינה יכולה במקרה זה להיות ראייה מסייעת כשרה לעבירה מיוחדת זו.
- א (3) ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע, מעשה סדום הוא, ומעשה סדום, ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע היא, ואין כל הכדל ביניהם; אם המעשה נעשה בכוח, העבירה היא לפי סעיף 152 (1), ואם נעשה שלא בכוח, העבירה היא לפי סעיף 152 (2). בין כה וכה העבירה האמורה עבירה מינית מובהקת היא ועדות המתלוננת טעונה סיוע בראייה מהימנה אחרת.
- ב (4) יש לציין שגם במטורת העברית וגם בלשון בני אדם אין מעשה סדום אלא משכב זכור, ואילו „ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע“ יכול ותהיה גם בין איש לאשה. ג. ההלכה, שמעשה סדום (buggery or sodomy) גם משכב אשה שלא כדרך-כה במשמע, נתקבלה מאז בפסיקה ובין חכמי המשפט כשרירה וקיימת, ואין מנוס מלפרש גם את המונח „מעשה סדום“ האמור בסעיף 152 (1) הנ"ל ככולל משכב אשה שלא כדרכה. ג (1) כשם שלאור ההלכה שנפסקה ושהיא רחבת באנגליה, יש לפרש את המונח „מעשה סדום“ על דרך ההרחבה, ככולל לא רק משכב זכור בלבד כי אם גם משכב אשה שלא כדרכה, כן יש לפרש את המונח „ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע“ שבסעיף 152, על דרך הצמצום דוקא, ככולל לא כל משכב שלא כדרך הטבע, כי אם אך ורק את התשמיש (per anum), דרך פי הטבעת בלבד.
- ד (2) את המונחים שבפקודת החוק הפלילי, 1936, יש לפרש בהתאם למשמעותם במשפט האנגלי; מתוך הנתה זו עולה שהעבירה לפי סעיף 152 (2) הנ"ל אינה נעברת אלא בפי הטבעת של אדם אחר, וללא כל שימוש בכוח ובאיומים, כי אם בהסכמתו המפורשת או המשתמעת מהתנהגותו.
- ה (3) במקרה דנן, יוצא שלענין הפרט הראשון שבכתב-האישום יש לחפש ראיות סיוע לעדות המתלוננת רק בשאלה אם אמנם הכניס המערער את אבר מינו לפי טבעתה של המתלוננת; ולענין הפרט השני לא עבר המערער עבירה לפי סעיף 152 (2) כל עיקר, שהרי הוא לא הואשם בכך שעשה מעשהו בפי טבעתה אלא בפיה של המתלוננת. ה. (1) חוסר סימני אלימות בפי טבעתה של המתלוננת, אשר מהם אפשר היה להסיק מסקנה לענין עצם הכנסת אגרו מינו של המערער לפי הטבעת, אינו עוד סימן שלא הוכנס לתוכו.
- (2) מקום שאפשר לפרש מצב נפשי או מצב גופני של מתלוננת לאחר מעשה שנעשה בה, בשני אופנים, אחד המתיישב עם גירסתה ואחד המתיישב עם גירסת הנאשם, מן הראוי לפרשם לטובת הנאשם ולהגותו מן הספק.
- ו (3) את הסיוע הדרוש לעדות המתלוננת אפשר למצוא בהודעתו של המערער עצמו שנתן במשטרה למחרת יום המעשה. לעומת זאת אילו היה המערער שותק ולא אומר מאומה, לא היתה שתיקתו יכולה לשמש סיוע לעדות המתלוננת, והוא הדין אילו היה מכחיש את המעשה בכלל. תגובתו של הנאשם שעשה את מעשהו בהסכמת המתלוננת

כשרה היא כסיוע לעדותה שאמנם עשה בה מה שעשה. משנסתייעה ערות המתלוננת בראיית סיוע כשרה, בדין הורשע המערער בעבירה לפי סעיף 152 (2) לפקודה הנ"ל.

ג. (1) אם כי לפי הפרט השני הכנסת אבר מינו של המערער לפיה של המתלוננת, לא עבר הוא את העבירה בה הואשם לפי סעיף 152 (2) הנ"ל, הרי נכנסת היא לגדר המע" שהמגונה שבסעיף 157 לפקודה הנ"ל כעבירה מינית, הסעונה סיוע בשתיים : (1) לענין עצם המעשה ; (2) לענין חוסר הסכמתה של המתלוננת והשימוש בכוח.

(2) לעצם המעשה יש למצוא סיוע, חוץ מדבר הודעת המערער במשטרה, בהודעת הנאשם שמסר למתלוננת מטפחת והיא כנראה ניגבה בה את פיה. המתלוננת העידה, במשטרה ובבית המשפט, שהשתמשה במטפחת כדי לנגב את הנרע שהמערער שפך, כאמור בכתב-האישום, לתוך פיה ; ואם אמנם ניגבה את פיה במטפחת זו, ראייה מסייעת היא לעדותה שהיה בפיה מה לנגב.

(3) לענין חוסר הסכמתה של המתלוננת והשימוש בכוח נגדה, באו לפני בית המשפט ראיות רפואיות על חבלות ושריונות שגמצאו בגופה, סמוך לאחר המעשה, ואין ראיית סיוע טובה מזו לעדותה של המתלוננת. שלא הסכימה להיענות לו ונאבקה עמו, ושהוא השתמש בכוח נגדה ; לענין זה יכולה לשמש ראיית סיוע גם עדותם של העדים הנייטרליים שהעידו על מצבה הנפשי של המתלוננת מיד לאחר המעשה.

(4) מהטעמים הנ"ל יש להרשיע את המערער בעבירה לפי סעיף 157 לפקודה הנ"ל לענין הפרט השני שבכתב-האישום.

פסקי דין ישראליים שאוזכרו :

- [1] ע"פ 128/52 — אליעזר שאוילי נגד היועץ המשפטי לממשלה : פד"י, כרך ז, תשי"ג/תשי"ד-1953, ע' 438, 444 ; פ"מ, כרך יב, תשי"ג-1953, ע' 376.
- [2] ע"פ 67/61 — עתניאל לוי נגד היועץ המשפטי לממשלה : פד"י, כרך טו, תשכ"א/תשכ"ב-1961, ע' 1345.
- [3] ע"פ 53/54 — אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נגד היועץ המשפטי לממשלה : פד"י, כרך ח, תשי"ד/תשנ"ו-1954, ע' 785, 828 ; פ"מ, כרך טז, תשי"ד/תשנ"ו-1954, ע' 100.
- [4] ע"פ 372/62 — היועץ המשפטי לממשלה נגד מרעי מחמד המאד : פד"י, כרך טז, תשכ"ב/תשכ"ג-1962, ע' 2893.
- [5] ע"פ 187/61 — עליזה פנו נגד היועץ המשפטי לממשלה : פד"י, כרך טז, תשכ"ב/תשכ"ג-1962, ע' 1105.

פסקי דין אנגליים שאוזכרו :

- [6] *The King v. Wiseman: (1718), 92 E.R. 774, 775; (1718), Forts. Rep. 91.*
- [7] *R. v. Jellyman: (1838), 173 E.R. 637; (1838), 8 C. & P. 604.*
- [8] *R. v. Samuel Jacobs: (1817), 168 E.R. 830; (1817), Russ. & Ry. 331, C.C.R.*
- [9] *R. v. Whitehead: (1929), 1 K.B. 99; 98 L.J.K.B. 67; 139 L.T. 640; 28 Cox, C.C. 547; 21 Cr. App. R. 23.*

השופט כהן

- [10] *R. v. Keeling*: (1942), 1 All E.R. 507; 106 J.P. 147; 58 T.L.R. 205; 40 L.G.R. 138; 28 Cr. App. R. 121, C.C.A.  
 [11] *R. v. Gray*; (1903), 68 J.P. 327, C.C.R.

מובא ב"פפסון על ראיות, מהדורה 7, ע' 474.

א

חוקים אנגליים שאוּכרוּ:

*Offences Against the Person Act, 1861 (24 & 25 Vict. c. 100), s. 63.*

ב

מקורות המשפט העברי שאוּכרוּ:  
(לפי סדר אוּכורם)

ג

- [א] בראשית, פרק י"ט, ה'  
 [ב] בראשית רבה, פרשה נ'  
 [ג] רש"י, בראשית, פרק י"ט, ה'  
 [ד] אבן עזרא, בראשית, פרק י"ט, ה'  
 [ה] ויקרא, פרק כ', י"ג, ט"ו  
 [ו] נדרים, דף כ', ע"ב.  
 [ז] הרא"ש, פירוש על נדרים, דף כ', ע"ב.  
 [ח] הרמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק כ"א, הלכה ט'  
 [ט] הטור, אבן-העזר, סי' כ"ה.  
 [י] בית יוסף על טור אבן-העזר, סי' כ"ה.  
 [יא] הרמ"א, שו"ע, אבן-העזר, סעי' כ"ה, סי' ב' בהגה.

ד

חוקים רומיים שאוּכרוּ:

- ה *Codex Justinianus*, 9, 9, 30-31  
*Codex Theodosianus*, 3, 7, 9.

הערות:

1. (א) על עדות מסייעת בעבירות מיניות, עיין גם ע"פ 361/63 — אסתר בלגאלי נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יח (3), תשכ"ד/תשכ"ה-1964, ע' 61;

ו

(ב) השוה גם

R. v. E.; (1964). 1 All E.R. 205;

ע"פ 76/63; 134/63 — שלמה בן-חמו נגד היועץ המשפטי לממשלה; היועץ המשפטי לממשלה נגד יעקב בן דוד בניה; פד"י, כרך יז, תשכ"ג/תשכ"ד-1963, ע' 2857 והערה 1 שם.

2. על עבירות sodomy או buggery עיין גם Harris' Criminal Law, 20th Ed., p. 249

ז

3. על העבירה של מעשה מגונה, עיין גם ע"פ 411/63 — חזמן גרומן נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יח (2), תשכ"ד/תשכ"ה-1964, ע' 475 וההערות שם.

4. על איתגובת הנאשם להאשמתו, כסיוע, עיין גם

Nokes, An Introduction to Evidence, 3rd Ed., p. 290.

השופט כהן

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו (השופטים י' גבתון, מ' הרפז, ח' ארליך), מיום 4.4.63, וגזר-דינו, מיום 14.6.63, בתי"פ 559/62, לפיו הורשע המערער בעבירות של שכיבה עם אדם שלא כדרך הטבע, לפי סעיף 152 (א) (2) לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונידון לשתי שנות מאסר, מהן שנה אחת מאסר-על-תנאי. הערעור נדחה.

י' הגלר — בשם המערער; א' קמר, סגן פרקליט המדינה — בשם המשיב

### פסק-דין

השופט כהן: המערער הואשם והורשע בבית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, בשתי עבירות של מגע מיני עם אדם אחר שלא כדרך הטבע. פרטי העבירות — כפי שניתנו בכתב-האישום — הם שביום 25.5.62 הכניס המערער את אבר מינו בפני הטבעת של המתלוננת (פרט ראשון), ו"החדיר" את אבר מינו גם לתוך פיה של אותה מתלוננת (פרט שני).

עדותה של המתלוננת, אשר העידה בבית-המשפט על שני המעשים הללו, היתה מהימנה על השופטים המלומדים, ולא מצאנו טעם במאמצי הנואשים של מר הגלר, שטען לפנינו למערער נלהבות ונמרצות, לשכנענו שזהו שוב המקרה היוצא-מן-הכלל אשר בו יתערב בית-המשפט לערעורים לענין המהימנות אשר בבית-המשפט המחוזי. ראה לייחס לעדות פלונית.

השאלה אשר העסיקה אותנו בשעת שמיעת ערעור זה, היתה אם אמנם בא לפני בית-המשפט חומר ראיות שהיה מהימן על בית-המשפט ושהיה בו, מן הבחינה המשפטית, משום סיוע לעדות המתלוננת. הלכה פסוקה היא "כי העדות המסייעת אינה מחוייבת להשתרע על כל חוליות השרשרת של מעשה העבירה; די לה אם תתייחס לאינו שהיא נקודה ממשית" (כלשונו של השופט זילברג ב"ע"פ 128/52, 1979, כרך ה, ע' 438, (1), ב"ע 444); ונראה לי כי "הנקודה הממשית" (בלע"ז: material point) היא הנקודה השנויה במחלוקת במשפט. הואשם אדם במשכב-אשה בעל כרחו, והוא טוען שהסכימה, הנקודה השנויה במחלוקת היא אם הסכימה אם לאו, ולא תועיל ראיה מסייעת שאמנם שכב עמה. מה שאין כן כשהוא מכחיש בכל מכל כל וטוען שלא היו דברים מעולם; כי אז יהא משום סיוע גם בראיה שאמנם שכב עמה (ראה ע"פ 67/61, (2)). אך מן הראוי להדגיש שהנקודה השנויה במחלוקת נקבעת לענין זה לא רק ולא דוקא על-פי גירסאותיהם ועדויותיהם של המתלונן מכאן ושל הנאשם מכאן: בראש וראשונה נקבעת היא על-פי הגדרת האלמנטים של העבירה הנדונה; והטעון הוכחה בראיה מסייעת אינו אלא אותו אלמנט של העבירה כפי שהוגדרה בחוק, אשר לגביו קיימת מחלוקת עובדתית בין המתלונן ובין הנאשם.

עד שאבדוק את הראיות שבית-המשפט המחוזי קיבלן כראיות-סיוע נגד המערער לגופן, מוטב על-כן ואברר מהם האלמנטים של העבירה בה הואשם המערער, שהיו שנויים במח-

השופט כהן

לוקת. המערער הועמד לדין על-פי סעיף 152 (2) (א) לפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן – הפקודה), האוסר ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע; אך מאחר וגם בסעיף 152 (1) לפקודה מצינו עבירה „בלתי טבעית“ בדומה לזו, אביא כאן את הוראות שני סעיפי-המשנה של סעיף 152, בכל הנוגע לידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע, כלשונו (התרגום הוא שלי, באשר התרגום העברי הרשמי אינו מדויק די צרכו):

א

„(1) כל אדם אשר –

(ב) עושה מעשה-סדום עם כל אדם נגד רצונו, על-ידי שימוש בכוח או באיומי מוות או באיומי חבלה חמורה, או כשהוא נמצא במצב של חוסר הכרה או שמסיבה אחרת אין ביכולתו להתנגד; או  
(ג) עושה מעשה-סדום עם ילד שהוא למטה מגיל ט"ז שנה; אשם בפשע, ודינו מאסר ארבע-עשרה שנה.....

ב

(2) כל אדם אשר –

(א) יודע גופו של אדם אחר שלא כדרך הטבע; או  
(ב) יודע גופה של כל בהמה; או  
(ג) מרשה לאיש זכר לדעת גופו או גופה שלא כדרך הטבע; אשם בפשע, ודינו מאסר עשר שנים.“

ג

ד

הדבר הראשון הבולט לעין הוא שבו בזמן שמעשה-סדום האמור בסעיף-קטן (1) נעשה תוך כדי שימוש בכוח או באיומים, הרי מעשה ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע, האמור בסעיף-קטן (2), נעשה שלא בכוח ושלא באיומים. משמע שהשימוש בכוח אינו אחד האלמנטים של העבירה לפי סעיף-קטן (2), בה הואשם המערער, וכל ראייה שהשתמש בכוח אינה יכולה להיות ראייה מסייעת כשרה להוכיח עבירה מיוחדת זו – וזאת אף-על-פי שהשאלה אם השתמש בכוח אם לאו, שנויה היתה במחלוקת בינו לבין המתלוננת. השימוש בכוח אינו מעלה ואינו מוריד לענין גוף השאלה אם עבר המערער את העבירה המיוחדת בה הואשם; ממילא הראייה שהשתמש בכוח אינה רלבנטית, אם לצורך הסיוע לעדות המתלוננת ואם בכלל.

ה

ו

אלא לכאורה מדברים שני הסעיפים-הקטנים הנ"ל בשתי עבירות שונות זו מזו: מעשה-סדום מכאן, וידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע מכאן. ויטען הטוען, מעשה-סדום אמנם אינו נעשה אלא בכוח ובאיומים, ואחרת אין וזו משום עבירה; ואילו ידיעת גופו של אדם שלא כדרך טבע, יכול ותיעשה בכוח, ויכול ותיעשה שלא בכוח; ואם נעשה בכוח, הרי יש בכך, כמוכח, משום נסיבה מחמירה. ולא היא: ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע, מעשה-סדום הוא, ומעשה-סדום, ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע היא, ואין ביניהם כל הבדל; אם המעשה נעשה בכוח – עבירה לפי סעיף-קטן (1) היא; ואם נעשה שלא בכוח, עבירה לפי סעיף-קטן (2) היא.

ז

## השופט כהן

אמת נכון הדבר שגם במסורת העברית וגם בלשון בני-אדם, אין "מעשה-סדום" אלא משכב-זכור, ואילו "ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע" יכול ותהא גם בין איש לאשה. המסורת העברית מקורה במדרש על הפסוק, "איה האנשים אשר באו אליך הלילה, הוציאם אלינו ונדעה אותם" (בראשית, י"ט, ה'), שביקשו אנשי סדום, "לדעת" את האנשים לתשמיש (בראשית רבה, פרשה ג'), ומפרשים המפרשים, "הידיעה" כינוי הוא לשכיבה (רש"י ואבן עזרא, שם). אבל "מעשה-סדום" האמור בפקודה, אין לפרשו לא לפי המסורת העברית ואף לא לפי המקובל בלשון בני-אדם, אם יש רגליים לסברה שהמחוקק נקט לשון טכנית כמש-מעותה בהלכה הפסוקה באנגליה מימים ימימה. והנה מצינו שיעוד בשנת 1716 נתעורר ספק בלב שופט אנגלי, אם איש אשר שכב משכב-אשה שלא כדרכה, עשה בכך "מעשה-סדום", או שמא אין מעשה-סדום אלא בין זכרים בלבד: (6), R. v. Wiseman; 92 E.R. 774. ספקותיו של אותו השופט הובאו לפני השופט Fortescue, והלה —

"הצטער עד מאד שעבירה גסה שכזאת יכול ותיעשה ללא עונש באנג-ליה, שעה שבכל העולם כולו פשע הוא שדינו מוות בשריפה. ומאחר ועבירה כה איומה וחמורה היא, וכדי שלא לתת לה כיסוי כלשהו, כתב השופט פורטסקו ללורד מקלספילד (Macclesfield), הציגסלור של בריטניה הגדולה, בענין זה; ותשובתו היתה שהוא . . . . תמה על חילוקי הדעות, ושלא היה לו פקפוק כלשהו להסכים שהיה כאן מעשה-סדום בעליל; שאין הוא יכול להעלות על דעתו כל התנגדות שאפשר היה להלבישה בלבוש טענה משפטית; שהפשע הוא בעל אותו הטיב, והמעשה אותו המעשה, כאילו נעבר בזכר; העובדה שנעבר בנקבה רק מחמירה בהרבה . . . ."

ולאחר שקיבל תשובה זו, מחוזה השופט פורטסקו דעתו שלו בוז הלשון (שם, 6), בי"ע 775):

" . . . . משכב-אשה שלא כדרכה נראה גרוע ממשכב-זכור וגרוע ממשכב-בהמה; מפני שיש בו משום עלבון ישיר יותר כלפי בורא הטבע, והבעה מחוצפת יותר של בוז להכמתו, דחיית סדרי בראשית שהוא עשה, ומרד נגדם ונגדו גם יחד . . . ."

ההלכה שמעשה-סדום (buggery or sodomy) גם משכב-אשה שלא כדרכה במש-מע, נתקבלה מאז כשרירה וקיימת, והיא מובאת בכל הספרים (ראה: הולסברי, מהדורת היילשם, כרך 9, ע' 398, סעיף 673; ארצ'כולד, מהדורת 31, ע' 1049; רסל על פשעים, מהדורת 9, כרך 1, ע' 651; ועוד); ואין מנוס, לדעתי, מלפרש גם את המונח "מעשה-סדום" האמור בסעיף 152 (1) לפקודה ככולל משכב-אשה שלא כדרכה.

אציין, בדרך אגב, שההלכה העברית העתיקה שונה תכלית שינוי מן ההלכה האנגלית: לא זו בלבד שמשכב-אשה שלא כדרכה אינו נחשב כגרוע ממשכב-זכור וממשכב-בהמה, אלא בו בזמן שמשכב-זכור ומשכב-בהמה עבירות חמורות הן שדינן מוות (ויקרא, כ', י"ג, ט"ו), הרי משכב-אשה שלא כדרכה אינו בגדר עבירה כלל. בתלמוד מצינו היתר מפורש לאיש

## השופט כהן

לבוא על אשתו בכל דרך ובכל צורה שייראו בעיניו. בלשונו של ר' יוחנן: «כל מה שאדם רוצה לעשות באשתו — עושה; משל לבישר הבא מבית הטבח; רצה לאכלו במלה — אוכלו; צלי — אוכלו; מבושל — אוכלו; שלוק — אוכלו» (נדרים כ' ע"ב). ומסופר שם על אשה שבאה לפני רבי ואמרה לו, רבי, ערכתני לו שולחן, והפכו (ופירש הרא"ש: שמשמש עמה שלא כדרכה); אמר לה, בתי, תורה התירתיך (שם). על-פי זה פסקו הרמב"ם (פרק כ"א מהלכות איסורי ביאה, הלכה ט') ובעקבותיו הטור והבית-יוסף (אבן-העזר, כ"ה) והרמ"א (אבן-העזר, כ"ה ב' בהגה), שיותר לו לאיש לבוא על אשתו כדרכה ושלא כדרכה.

גם במשפט הרומי מצינו עבירה של משכב-זכר שדינה מוות בשריפה (קודקס יוסטיניאנוס 9, 9, 30—31), ולא מצינו עבירה של משכב-אשה שלא כדרכה. ואולם בתווית-דעות השופטים במשפט ויזון, (6), הנ"ל, הפנו תשומת-הלב לעובדה שהרומאים כינו את טיב משכב-הזכר בשם *venus postica* (קודקס תיאודוסיוס 9, 7, 3) — רמז למשכב-אשה שלא כדרכה, או — בלשון התלמוד — להפיכת השולחן.

מצבנו המשפחתי בישראל על-פי הפקודה הוא, כאמור, שמשכב-אשה שלא כדרכה פשע הוא לפי סעיף 152 (1), אם נעשה תוך כדי שימוש בכוח או באיומים, ופשע הוא לפי סעיף 152 (2), אם נעשה שלא תוך כדי שימוש בכוח או באיומים. בין כה וכה באשח עבירה מינית מובהקת היא, טעונה עדות המתלוננת סיוע בראייה מהימנה אחרת; אבל מן הראוי לציין שבאנגליה, שם מותר להם למושבעים להרשיע בעבירה מינית גם על-פי עדות יחידה ללא סיוע, ובלבד שהוזהרו תחילה כדבעי, הלכה פסוקה היא שאין להרשיע אדם בעבירת משכב-אשה שלא כדרכה, אם המעשה נעשה בהסכמתה, אלא אם עדותה נסתייעה בראייה אחרת; והטעם הוא שמשכב-אשה, נעשתה שותפה-לדבר-עבירה, ואין מרשיעים על-פי עדות שותף-לדבר-עבירה שלא נסתייעה בראייה אחרת, (7), *R. v. Jellyman*; (1838).

אם השימוש בכוח אינו מן האלמנטים של העבירה לפי סעיף 152 (2), עדיין השאלה בעינה עומדת מה ומה הם האלמנטים של עניירה זו; והשיבותה של שאלה זו אינה מצטמצמת, כמובן, רק לענין טיבן של ראיות הסיוע הדרושות כאן. והנה כשם שלאור ההלכה שנפסקה ושהיא רווחת באנגליה, עלינו לפרש את המונח «מעשה-סדום» על דרך התרחבה, ככולל לא רק משכב-זכר בלבד כי אם גם משכב-אשה שלא כדרכה, כן עלינו לפרש, לאור ההלכה שנפסקה באנגליה משכב-זכר הימים ושהיא רווחת שם מאז ועד היום (ויום חקיקת הפקודה בכלל זה), את המונח «ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע» על דרך הצמצום דוקא, ככולל לא כל משכב שלא כדרך הטבע, כי אם אך ורק את התשישי *per annum*, דרך פי הטבעת בלבד.

במשפט, (8), *R. v. Samuel Jacobs*; (1817) מעשה שהיה כך היה, שהנאשם פתח באצבעותיו את פי המתלונן והכניס את אבר מינו לתוכו. הוא הורשע במעשה-סדום, והשאלה הועמדה לפני מליאת חבר השופטים אם אמנם היה במעשה זה מעשה-סדום. «השופטים נתכנסו לדיון בשאלה זו במושב הפסחא בשנת 1817, והיו בדעה שמעשה זה לא היה מעשה-



## השופט כהן

סדום" (שם). מאז רווחת באנגליה ההלכה, ואף היא מובאת בכל הספרים (כנ"ל), שאין מעשה סדום (buggery or sodomy) אלא בתשמיש דרך פי הטבעת בלבד; וכך יש לדעתו לצמצם גם את משמעות המלים אשר המחוקק הארצישראלי השתמש בהן בסעיף 152 על שני הסעיפים הקטנים שבו.

גם לענין זה אין ללמוד מאומה מן השוני שבלשון שנקט המחוקק בסעיף-קטן (1) לעומת הלשון שנקט בסעיף-קטן (2), כאילו ההלכה הפסוקה באנגליה כאמור כותה יפה לפרש את המונח "מעשה-סדום" שבסעיף-קטן (1), ואין כוחה יפה לפרש את המונח "ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע" שבסעיף-קטן (2). המלים carnal knowledge, שתרגמתין "ידיעת הגוף" כפשוטן, לאמיתו של דבר נסבות על האדם הפעיל במעשה התשמיש, ואינן מתייחסות לאדם שאת גופו הוא יודע במעשהו זה: כך, למשל, הוגדר המונח carnal knowledge בסעיף 63 לחוק האנגלי בדבר העבירות נגד גוף האדם, 1861 (24+25 ויקטוריה, פרק 100), שדי להוכחת ידיעת גופו של אדם בראיה על כניסת אבר-המין, ואין צורך בראיה על שפיכת זרע. משמע שידיעת-הגוף המדוברת בה, נקבעה על-פי מצב גופו של הנאשם, ולא על-פי מצב גופו של הקרבן; כל הטעון הוכחה לענין זה הוא שאבר-מינו של הנאשם נכנס לגופו של הקרבן; אבל אין במונח "ידיעת-הגוף" כשלעצמו כדי להעיד דבר, לכאן או לכאן, לענין טיבו של מקום הגוף אשר הנאשם ידעו.

ראיה לדבר זה מצינו בדייג'סט המפורסם על דיני העונשין שחיבר השופט סטיון (Stephen) כקודפס פילי לזוגמה, ואשר כידוע גם הפקודה שלנו ינקה חלבו. בסעיף הדן במעשה-סדום (מהדורה 8, סעיף 221, ע' 173) נאמר שכל איש אשר "יודע carnally כל איש או כל אשה per anum", כלומר בדרך פי הטבעת, עובר את העבירה המכונה מעשה סדום. ודוק: "ידיעת הגוף" אינה עוד carnal knowledge, מונח שיכול ויתפרש גם כאילו נסב על גוף הקרבן, שאותו יודעים תוך כדי מעשה עבירה זו: אלא היא ידיעה "באופן גופני", כלומר ידיעה באמצעות הגוף, ומלת-תואר-הפועל אינה מתייחסת אלא לאיש הפועל, כלומר לנאשם בלבד. לגבי גופו של הקרבן, הרי "ידיעת הגופנית" של הנאשם מוגבלת בזאת שהיא צריכה לבוא לו דרך פי הטבעת של קרבנו (או שותפו) — הגבלה שאין בה כדי לפגוע במושגים של "ידיעת הגוף", ושיש בה כדי להעמיד את העבירה על הבסיס המצומצם שהקימה לה ההלכה הפסוקה כאמור.

העובדה שיש לפרש את המונחים המצויים בפקודה, בהתאם למשמעותם במשפט האנגלי, נובעת מן ההוראה המפורשת שבסעיף 4 לפקודה; ואם סטה בית-משפט זה פעם מן ההלכה שנפסקה באנגליה לענין פירוש המונח "תקלת הציבור" שבסעיף 105, אין זאת אלא מפני שהלך בדרך שהותוותה על-ידי המשפט המקובל האנגלי עד לקום המדינה, ולא ראה עצמו קשור בהלכות שנפסקו באנגליה לאחר מכן, ע"פ 53/54, פד"י, כרך ז, ע' 785, (3), ב"ע 828. בענין שלפנינו קיים טעם נוסף לפרש את ההוראה דנן בהתאם להלכה הפסוקה האנגלית, והוא שפירוש זה הוא לטובת הנאשם ומוציא מתחולת הוראה חמורה זו מעשים אשר אחרת היו נכללים בה.

השופט כהן

העולה מכל המקובץ, שהעבירה לפי סעיף 152 (2) לפקודה, אינה נעברת אלא בפי הטבעת של האדם האחר, וללא כל שימוש בכוח ובאיומים, כי אם בהסכמתו המפורשת או המשתמעת מהתנהגותו. יוצא שלענין הפרט הראשון שבכתב-האישום נגד המערער דגן, יש לחפש ראיות-סיוע לעדות המתלוננת אך בשאלה אחת ויחידה שהיתה שנויה במחלוקת, והיא אם אמנם הכניס המערער את אבר-מינו לפי טבעתה של המתלוננת; ולענין הפרט השני לא עבר המערער עבירה לפי סעיף 152 (2) כל עיקר, שהרי המעשה שהואשם בו לא עשה בפי טבעתה של המתלוננת אלא בפיה.

אדון תחילה בראיות המסייעות לעדות המתלוננת לענין הפרט הראשון. השופטים המלומדים מונים בפסק-דינם שבע ראיות-סיוע, והם מדגישים ואומרים שאלו רק דוגמאות הן, ואין הן ממצות את ראיות-הסיוע שמצאו בחומר הראיות שבא לפנייהם „למכביר“. במידה שראיות-סיוע אלו נוגעות לשימוש בכוח על-ידי המערער, אין הן מעלות או מורידות לענין השאלה השנויה במחלוקת כאמור. יש לציין בהקשר זה, כי לפי הראיות הרפואיות שבאו לפני בית-המשפט, לא נתגלו כל סימני אלימות כפי הטבעת של המתלוננת, אשר מהן אפשר היה להסיק מסקנה לענין עצם הכנסת אבר מינו של המערער לפי הטבעת של המתלוננת, ואמנם חוסר כל סימני אלימות בפי הטבעת של המתלוננת, אשר מהם אפשר היה להסיק מסקנה לענין עצם הכנסת אבר מינו של המערער לפי הטבעת של המתלוננת, אינו עוד סימן שלא הוכנס אבר-המין לתוכו (ראה סמית, על רפואה משפטית, מהדורה 8, ע' 313).

גם משקלן של אותן ראיות אשר באו להוכיח את מצבה הנפשי של המתלוננת מיד לאחר המעשה, מפקפק מאד בעיני לצורך סיוע זה. מצב ההיסטריה, ההתרגשות והזעזוע אשר בו מצאו עדים נייטרליים ומהימנים את המתלוננת מיד או סמוך לאחר המעשה, יכול ויעיד גם על בהלתה בשל המגע שנגעו בה שלא מרצונה, ואפילו בדרך הטבע. מקום שאפשר לפרש מצב נפשי או מצב גופני של מתלוננת לאחר מעשה שנגעשה בה, בשני אופנים — אחד המתיישב עם גירסתה ואחד המתיישב עם גירסת הנאשם, מן הראוי לפרשם לטובת הנאשם ולהנות אותו מן הספק.

מצאתי את הסיוע הדרוש לעדות המתלוננת בהודעתו של המערער עצמו שנתן למחרת יום המעשה במשטרה. המערער הואשם תחילה, בין השאר, בזאת שניסה לבוא עם המתלוננת „במגע מיני שבדרך הטבע“, אך היא התנגדה לכך; ושלאחר שהיא נאבקה עמו —

„תקפת אותה במכות וניסית לחנוק אותה, והחדרת את אבר מינך לפי הטבעת שלה . . . . כל זה בניגוד לרצונה ובניגוד לחוק.“

ולאחר שהוזהר שאין הוא חייב לומר דבר, אך כל אשר יאמר עשוי לשמש ראיה, אמר המערער: ער וזו לשונו:

„הבנתי את מה שהקראת בפני כעת, ואני מגיב על כך בדברים הבאים: לא הכיתי אותה ולא חנקתי אותה. היא היחה חפשיה כל הזמן במכונית. יותר

השופט כהן

נכון ברוב הזמן שהייתי אתה, היא לא התנגדה לי בצורה קיצונית מוחלטת שהיתה יכולה להסביר לי באופן מוחלט שאיננה רוצה להתעלס אתי. בשלב זה אני מסתפק בדברי, ומעונין להראות עם עורך-דין."

מר הגלר ניסה לעשות הון רב מן העובדה שכפי הנראה הפסיק המערער את עצמו באמצע דיבורו וביקש להתייעץ עם עורך-דין בטרם יוסיף לדבר. כשלעצמי אין אני מייחס לכך חשיבות כלשהי. לפני שהפסיק את עצמו, אמר המערער לחוקר את הדברים שנראו בעיניו חשובים כדי לתקן את הרושם אשר התיאור הבלתי נכון של המתלוננת בתלוננתה עשוי היה לדעתו ליצור. הכחשה מידית וספונטנית זו שיצאה מפי המערער לא נגעה אלא לענין הסכמתה או אי-הסכמתה של המתלוננת בלבד; ואילו בדבר עצם המעשה שעשה בה, מילא את פיו מים ולא הגיב כלל.

רואה אני משקל רב יותר בטענת מר הגלר, כי למעשה לא היה המערער יכול להעלות על דעתו שבמעשה שעשה בגוף המתלוננת בהסכמתה, יהא משום עבירה פלילית: בין שנעשה בדרך הטבע ובין שנעשה שלא בדרך הטבע, מה יכול להיות איכפת לו לחוק, כל עוד נעשה בהסכמה מלאה? עוד אייחד את הדיבור, בהקשר אחר, לטיב העבירה הזאת הנעברת אף בהסכמת "הקרובן"; לענין תגובתו של המערער על ההאשמה שהאשים אותו החוקר המשטרה, דיני אם אומר כי האשמה זאת היתה, בלשון מפורשת ומפורטת ביותר, במעשה-סדום אשר פרטיו תוארו באוני המערער על דקדוקם, והדעת נותנת שהמערער היה מגיב על כך, ולו רק — כפי שאמנם הגיב — בהצהרה שמה שעשה בגופה של המתלוננת, עשה בהסכמתה.

בכל הנסיבות משתמעת מכאן הודאה שאמנם עשה את המעשים אשר תוארו לפניו כאמור, וצמודה לה טענת הגנה, שאף-על-פי-כן לא עבר עבירה פלילית משום שהמתלוננת הסכימה.

אין צריך לומר שאילו היה המערער שותק ולא אומר מאומה, לא היתה שתיקתו יכולה לשמש סיוע לעדות המתלוננת. (9), R. v. Whitehead; (1929); והוא הדין אילו היה מכחיש את המעשה בכלל, (10), R. v. Keeling; (1942). אבל כאן הוא לא שתק ולא הכחיש, אלא הגיב לתומו; ותגובתו היתה שעשה מה שעשה בהסכמת המתלוננת. תגובה זו כשרה כסיוע לעדותה שאמנם עשה בה מה שעשה; וכן מצינו בנאשם שתגובתו הראשונה על ההאשמה היתה הכחשתה, אך תוך כדי דיבור הודה במקצת המעשים, שהודאה זו נתקבלה כראית-סיוע מספקת (11), R. v. Gray. מובא בספרו של פיפסון על ראיות, מהדור-רה 7, ע' 474.

משנסתייעה עדות המתלוננת בראית-סיוע כשרה, בדין הורשע המערער בעבירה לפי סעיף 152 (2) לפקודה שהואשם בה בפרט הראשון שבכתב-האישום, ודין ערעורו על הרשעה זו להידחות.

השופט כהן

אשר לפרט השני, כבר אמרתי שבהנניסו את אברמינו לתוך פיה של המתלוננת, לא עבר המערער את העבירה שהואשם בה לפי סעיף 152 (2) לפקודה. אין זאת אומרת כי המעשה שעשה לאו בגדר עבירה פלילית הוא: לדעתי נכנס הוא בגדר "המעשים המגונים" האמורים בסעיפים 157 עד 160 לפקודה. בתוקף סמכותנו לפי סעיף 72 (1) (ב) לפקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה על-פי כתב-אישום), עלינו לתקן את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ולהרשיע את המערער באותה עבירה אשר להוכחה באו לפני בית-המשפט ראיית די הצורך שהיו מהימנות עליו; ונראה לי שהראיות שבאו לפני בית-המשפט המחוזי והיו מהימנות עליו (ואשר שימשו לו, שלא כדין, כראיות-סיוע כאמור), מחייבות הרשעת המערער בעבירה לפי סעיף 157 לפקודה, הקובע מאסר חמש שנים לכל אדם אשר עושה מעשה מגונה בגופו של אחר, ללא הסכמתו, על-ידי שימוש בכוח או באיומים.

אין חולק על כך שהכנסת אבר-המין לתוך פיה של אשה, מעשה מגונה הוא: כל העבי-רות האמורות בסעיף 152 לפקודה, מעשינו מגונים הם, אלא שנבדלים הם מיתר המעשים המגונים על-ידי חומרתם וקלונם המיוחדים להם. כן אין חולק על כך שגם מעשים מגונים כמשמעותם בסעיף 157 לפקודה, עבירות מיניות הן, ואין להרשיע בהן אלא על-פי עדות שנסתיעה בראיית-סיוע. מבחינת השאלה השנויה במחלוקת לענין הרשעה זו, טעונה עדות המתלוננת סיוע בשתיים: ראשית, לענין עצם המעשה; ושנית, לענין חוסר הסכמתה והשי-מוש בכוח.

לעצם המעשה בא (חוץ מדבר הודעת המערער במשטרה) ענין המטפחת ומשמש ראית-סיוע מספקת. מעשה שהיה באותה מטפחת כך היה, שהעד דלאל, סמל המשטרה, הלך עם המערער יחדיו למקום המעשה, ומטרת הליכתם שם היתה למצוא מטפחת אשר המתלונ-נת, לפי הודעתה במשטרה, השאירה שם. והנה מעיד העד דלאל וזו לשונו:

"שאלתי אותו איפה המטפחת שהוזכרה בעדות המתלוננת, והזהרתני שאיננו חייב לחפש את המטפחת. הואשם ענה: היא ביקשה ממני מטפחת, ואני נתתי לה מטפחת, וכנראה ניגבה את הפה...."

המתלוננת העידה, במשטרה ובבית-המשפט, שהשתמשה במטפחת כדי לנגב את הזרע שהמערער שפך, כאמור בכתב-האישום. לתוך פיה; ואם אמנם ניגבה את פיה במטפחת זו, ראיה מסייעת היא לעדותה שהיה שם, בפיה, מה לנגב.

בעדותו בבית-המשפט ענה המערער לשאלת סניגורו בהקירה החוזרת לאמור:

"לא אמרתי לדלאל שנתתי (למתלוננת) המטפחת כדי לנגב את הפה. אמנם אמרתי לו שנתתי לה מטפחת לנגב את עצמה."

טוען מר הגלר, שמאחר וגם הסמל דלאל לא העיד אלא שהמערער אמר לו, "כנראה"

השופט כהן

ניגבה את הפה, אין ללמוד מכאן שאמנם ניתנה המטפחת למתלוננת כדי לנגב את פיה, או שאמנם ניגבה בה את פיה דוקא. אבל העד דלאל לא נחקר על-ידי הסניגור המלומד לענין דבריו אלה של המערער, ועלינו להניח שאמנם אמר לו המערער שהמתלוננת כנראה ניגבה את פיה במטפחת ההיא, ואם נצרף לכך את העובדה שבעדותו בבית-המשפט, בחקירה הראשונה שית, מצינו סמיכות פרשיות בין שפיכת הזרע ובין ענין המטפחת («אני מניח ששפכתי הזרע באוויר הבטן שלה, כי המכנסיים שלי גם כן התלכלכו באותו זמן . . . . היתה לי מטפחת, ביקשה ממני המטפחת לנגב עצמה, ונתתי לה»), הרי הדיבור «כנראה ניגבה את הפה» אומר דרשני.

א

מר הגלר ניסה לבטל את כל ערכו של ענין המטפחת בהודאתה, כביכול, של המתלוננת שלא היתה כאן אלא «פליטת פה» מצדה. ולא היא: קודם לכן העידה המתלוננת, שהיא ניגבה את פיה במטפחת שלה, ולאחר מכן תיקנה עצמה ואמרה, שלא ניגבה את פיה במטפחתה, כי אם ביקשה מטפחת מאת המערער, וזוכרת זאת היטב; ופליטת הפה שלה לא נגעה לעצם מעשה ניגוב הפה במטפחת, אלא אך לענין מטפחתו של מי היתה זאת, שלו או שלה; ופשיטא שאין בהבדל זה ולא כלום.

ב

ג

ולענין חוסר הסכמתה של המתלוננת והשימוש בכוח נגדה, באו לפני בית-המשפט ראיות רפואיות על חבלות ושריטות שנמצאו בגופה סמוך לאחר המעשה, ופשיטא שאין לך ראיות-סיוע טובה מזו לעדותה של המתלוננת שלא הסכימה להיענות לו ונאבקה עמו, ושהוא השתמש בכוח נגדה. יתר-על-כן: לענין זה יכולה לשמש ראיות-סיוע גם עדותם של העדים הנייטרליים, שכבר הזכרתי לעיל, בדבר מצבה הנפשי של המתלוננת מיד לאחר המעשה (ראה ע"פ 372/62, (4)).

ד

אשר-על-כן אנחנו דוחים את הערעור על ההרשעה, בהשאירנו בעינה את ההרשעה בעבירה לפי סעיף 152(2) (א) לפקודה לענין הפרט הראשון שבכתב-האישום, ובהרשיענו את המערער בעבירה לפי סעיף 157 לפקודה לענין הפרט השני שבכתב-האישום.

ה

המערער מערער לפנינו גם על גור-הדין. לענין מידת העונש היאה למערער היו דעות השופטים המלומדים חלוקות: כבוד השופטים גביזון ו-ארליך היו בדעה «כי העונש המינימלי שיש להטיל על הנאשם הוא מאסר שתי שנים, מזה שנה אחת מאסר ממש, ושנה אחת מאסר-על-תנאי»; וטעמם עמם ששומה על בית-המשפט «לדאוג גם לשלומו של הציבור, עם כל ההתחשבות האפשרית בטובתו של הפרט, ולהגן על הציבור גם נגד מעשים של אנשים הפועלים מתוך דחפים שיש לייחס אותם למידה מסויימת של הפרעה». ואילו כבוד השופט הרפזי הסתייג, אם כי «לא בלי היסוס», מדעה זו, ופסק שיש להעמיד את המערער במבחן, «כאשר אחד מתנאי המבחן יהיה טיפול רפואי»; ונימוקו הוא שלדעת המומחים הפסיכיאטריים וקציני המבחן קיימים סיכויים לרפא את המערער מהפרעותיו, ואילו כליאתו בבית-הסוהר לא זו בלבד שאין בה כדי לסייע לריפוי ולשיקומו, אלא עלולה היא «להזיק לו ולאסירים האחרים».

ו

ז

השופט כהן

הסניגור המלומד כיוון חציו לפנינו במיוחד נגד שיקול אחד שמצא ביטוי בגור-הדין של הרוב, והוא, "כי הנאשם, כשנה לפני המעשים בהם הורשע, עשה מעשה דומה באותה מתלוננת מתוך שימוש באלימות. אלא שאו לא התלוננה . . . .". היתכן, שואל מר הגלר, להעניש את המערער בשל עבירה אחרת עליה לא נשפט, או אף להביא עבירה שכזו בחשבון בשעת קביעת עונשו על העבירה בה נפשט כיום? שאלה זו לא היתה אלא ריטורית, והתשובה בה המתבקשת מאליה אמנם צריכה להיות שלא ייתכן. תשובה שלילית זו עוד מתחזקת נוכח פני העובדה, שלא היתה לפני השופטים המלומדים כל ראייה לענין העבירה הקודמת ההיא, חוץ מעדות המתלוננת בלבד.

אודה בפה מלא שאני, כשלעצמי, הייתי מצטרף לדעת כבוד השופט הרפזי ולא הייתי מטיל על המערער כל עונש, אלא הייתי מעמידו במבחן, אילו אמנם הורשע בעבירות לפי סעיף 152(2) בלבד. אין אני מתרשם יורר על המידה מחוות-דעתם של קציני המבחן והמומחים הפסיכולוגיים והפסיכיאטריים, לפיהן זקוק המערער לטיפול רפואי בשל גמיותו הבלתי נורמליות: מוכן אני להניח, כדבר ידוע ומובן מאליו, שאלה אשר התנהגותם המינית היא בלתי נורמלית, רובם ככולם טובלים מהפרעות נפשיות אשר הטיפול יפה להן. אבל כפי שכבר אמרתי בהודמנות אחרת, (ע"פ 187/61, 5), העובדה בלבד שנאשם סובל מהפרעות וזקוק לטיפול, אינה מעלה ואינה מורידה לענין החובה המוטלת על בתי-המשפט להטיל עליו עונש ככל חומר הדין. מה שהיה מניא אותי מלהטיל עונש על המערער דנו, אילו הורשע רק בעבירות לפי סעיף 152(2) כאמור, נעוץ בטיבן של העבירות הללו, ולא בנסיבותיו המיוחדות של המערער העומד לפנינו. ואם כי יסתבר שהערותי לענין זה אינן אלא הערות-אגב, אמרתי להעירן כדי להפנות תשומת-לב המחוקק לצורך בתיקון החוק.

משכב-אשה-שלא-כדרכה, וכן משכב-זכר, כשהמעשה נעשה בצנעה ועל-ידי בני-אדם בגירים מרצונם הטוב, אינם מעשים שיש בהם קלון, ואין הם מעידים על עושיהם שהם פושעים הראויים לעונש. עבירות הן אשר באו אלינו בירושה משיטות עתיקות ומדורות עברו, ואין מקומן בדיני העונשין של מדינה בת זמננו. הן נוצרו כדי להגן על "הטבע", כלומר על אבסטרקציה של התנהגות מינית נורמלית; והענישה עליהן מחוייבת היתה, כלשונו של בלקסטון, מצד הטבע ומצד ההבונה ומצד הצו המפורש שבתורת אלהים כאחד (ספר 4, ע' 216). "הטבע" בתור שכזה אינו עוד זקוק להגנת דיני העונשין; מה שזקוק ועל-כן זכאי להגנתם, הם כבודו וגופו וחירותו של אדם, שלא ייפגעו שלא בהסכמתו. מזכויות-היסוד של האורח היא שהמדינה לא תתערב בחייו הפרטיים ובהתנהגותו בחדרי חדרים, כל עוד אינו פוגע בזכות הוולת שלא כדיון; ואין פגיעה בזכות הוולת כשהלה מסכים להיפגע. אדם המוחל על כבודו, כבודו מחול; ואדם המוסר גופו להנאתו או להנאת זולתו (ובלבד שלא יסכן את חייו או את חיי הוולת), גופו מחול; אין להם לבתי-המשפט לשים עצמם אפטרופים-סים על העריות.

בענין שלפנינו הורשע המערער בעבירה אחת לפי סעיף 152(2), ולענין אישום זה עלינו להניח שהמעשה נעשה בהסכמתה של המתלוננת. על עבירה זו לא הייתי שולה את

השופטים: ברנזון, מני

המערער למאסר, אלא הייתי משתמש בסמכותי לפי תחוק ומעמדו במבחן. אבל המערער הורשע גם בעבירה לפי סעיף 157, ולענין זה הוכח שהוא השתמש בכוח ופגע במתלוננת שלא מרצונה. מעשה שהוא בגדר סטייה מינית בלתי מסוכנת ובלתי נפשעת, כשהוא נעשה בהסכמת השותף למעשה, הופך למעשה מסוכן ביותר ונפשע ביותר, כשהוא נעשה בכוח וללא הסכמה. העושה מעשה מסוכן ונפשע שכזה, אחת דינו למאסר, יהיו אשר יהיו "הפרעותיו", כל עוד אחראי הוא בפלילים. שאלתי את עצמי אם לפי רוח התורה שבסעיף 52 לפקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה על-פי כתב-אישום), לא מן הדין הוא שלענין עונשו של המערער אתעלם מהרשעתו לפי סעיף 157, באשר לא הואשם בעבירה שכזאת בכתב-האישום; אך נראה לי שמאחר והואשם המערער בעבירה שעונשה הקבוע בחוק הוא גדול בהרבה מן העונש הקבוע בסעיף 157, למעשה כפל תקופת המאסר, ומאחר וכל המשפט התנהל בבית-המשפט המחוזי — בהסכמתו ובהשתתפותו של בא-כוח המערער — כאילו השימוש בכוח נגד המתלוננת היה אמנם רלבנטי, כאילו היה אחד האלמנטים של העבירה שיש להוכיחם, אין מן הדין שאעלים עיני מאלימותו של המערער או מן העובדה שהוא עשה מעשה מגונה זה בגופה של המתלוננת שלא מרצונה ותוך כדי שימוש בכוח.

בכל הנסיבות נראה לנו שהעונש של שנה אחת מאסר בפועל ועוד שנת אחת מאסר-על-תנאי שהוטל על המערער, הוא עונש קל; ואין לנו אלא לדחות גם את הערעור על גור-הדין.

השופט ברנזון: אני מסכים לתוצאה שהגיע אליה חברי הנכבד השופט כהן, הן בנוגע להרשעה והן בנוגע לעונש, ולהגמקה המשפטית עליה היא מבוססת.

איני מביע דעה בשאלות האחרות. הצדדיות, שחברי הנכבד דן בהן, כגון: מה מותר ומה אסור לאיש לעשות באשה לפי הדין היהודי (לא רק איש באשתו אלא גבר באשה), וכן האם מן הראוי הוא שמה שבני אדם בגירים עושים ביניהם בהסכמה, אף שלא כדרך הטבע, ייחשב לעבירה פלילית, וכולי, אלו הן שאלות נכבדות שלא נטענו בפנינו. והואיל ואינן דרושות להכרעת הענין אינני סבור כי שומה עלינו לערוך חקירה ודרישה פרטית כדי לחוות דעה עליהן, שממילא תהא רק בגדר דעה אישית בלתי מחייבת, אך עלולה אולי לעורר ויכוח ומחלוקת.

השופט מני: גם אני מסכים לתוצאה שהגיע אליה חברי הנכבד, השופט כהן, ולהנ-מקה המשפטית עליה היא מבוססת. אך איני מביע כל דעה בנוגע לשאלות האחרות המנויות בפסק-דינו של חברי הנכבד השופט ברנזון.

הוחלט לדחות את הערעור.

ניתן היום, י"ב בתמוז תשכ"ד (22.6.1964).