

ערעור פלילי מס' 229/53

אליהו והבה נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל

א בבית־משפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים
[4.3.54, 11.2.54]

יפני השופטים שיף, גויטיין, זוסמן

- ב פקודת החוק הפלילי, 1936 [תוס"א 652, ע' 263], סעיפים 152(2)(א), 152(1), 152(2) 157 ו' 159, 152(1)(ב) — פירושו המילולי של הביטוי carnal knowledge שבסעיף 152(2)(א) הנ"ל הוא: ידיעת בשרים, והידיעה" האמורה כאן היא נולשו" והאדם ירע את חוה אשתו" — דרך נ"ל מוסב הביטוי הנ"ל בלשון יום יום על היחסים המיניים שבין גבר לאשה — אך בסעיף הנ"ל מדובר על הזדווגות בין בני אדם, ולא דוקא בין גבר לאשה, "שלא כדרך הטבע" — כמשפט האנגלי, שעליו עלינו לפרש את החוק הפלילי שלנו, יש שני סוגי עבירות מיניות בלתי טבעיות: (1) מעוה סדו במובני הרחב של המושג הזה, הכולל גם chastity (2) מעשה מגונה — מעשה העבירה נדון בוועף הנ"ל נחשב לפי החוק האנגלי לעבירה מסוג המעשה המגונה, משום שאין בו היסודות הדרושים: יצירה העבירה של sodomy — המחוקק המנטורי העביר את עיקרי העבירות האמורות למשפט הפלילי שלנו, אך הוא סטה מהחוק האנגלי בשתיים: — (1) הוא לא שמר על החליקה הפנימית של אותו סוג עבירות במשפט האנגלי ובקעו בעיקר הדבר "הסכמה" כמבחן, חיזק את עביר רוח המין לשלוח קבוצות הכלולות בסעיפים 152(1), 152(2) וסעיפים 157 עד 159 — (2) הוא הוסיף על שתי העבירות האמורות בחוק האנגלי, דהיינו: מעשה סדום, הכלול בסעיף 152(1)(ב) שלנו, ומעשה מגונה חמור הכיול בסעיפים 157 עד 159 שלנו, עבירה שלישית של "ידיעת בשרים שלא כדרך הטבע" ויחד לה מקום בסעיף 152(2)(א) — עבירה זו כוללת מעשה סדום בהסכמה וכל "ידיעת בשרים" אחרת שלא כדרך הטבע, כלומר מעשה שיש בו משום התדרת אבר המין של הזכר לכל נקב מגבוי הגוף, חוץ מן המקום טבעי — יתר על כן, לפי לשון המקור האנגלי, מסתבר כי העבירה תיחכן גם בין אשה לאשה — לנ כך ייחשב מעשה של הכנסת אבר המין למין של הקרובו כעבירה בלתי טבעית בגדר הסעיף 152(2)(א) לסקודת החוק הפלילי.

ו פסקי־דין אנגליים שזוכרו:

- [1] R. v. Jacobs: (1817), Russ. & Ry. 331, C.C.R.; 15 Diges 751, 8101.
[2] R. v. Wollaston; (1872), 26 L.T. (N.S.) 403.

ז מקורות המשפט העברי שהוזכרו:

בראשית ד', ר

השופט חשין

ערעור על פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי בירושלים (השופט מ. גולן) מיום 28.9.53, בתיק פלילי מס' 145/53, בו נידון המערער לשנתים מאסר בעבירה עפ"י סעיף 152 (2) (א) לפקודת תחוק הפלילי, 1936. והערעור של ההרשעה נדחה אך תקופת המאסר הופחתה.

א

המערער טען לעצמו; גורני ויקהן — בשם המשיב

פסק־דין

השופט חשין: המערער הורשע בעבירה לפי סעיף 152 (2) (א) לפקודת תחוק הפלילי, 1936, ונדון לשתי שנות מאסר. הוא מערער על ההרשעה וטוען: להד"ם; הוא לא עשה מעולם את המעשה אשר ייחסה לו הקטיגוריה, ואף לא היה לו צורך לעשותו, שכן הוא נשוי וילדים לו שלושה.

נראה לנו כי בשאלה זו אין לנו להרבות בדברים. עדותו של הילד, קרבן העבירה ועד הראייה היחיד, ברורה ואינה משתמעת לשתי פנים. ילד זה, בגיל של חמש, מעיד, כי המערער — נוטר בשטח הקריה בירושלים — הובילו לצריפו, שיחק עמו והכניס את אבר מינו לתוך פיו (של הילד). עדותו של הילד נסתייעה סיוע של ממש בכמה דברי הוכחה אחרים, ביניהם עדויותיהם של כמה נוטרים מחבריו של המערער, שהיו במקום סמוך לאותו זמן. נוסף על כך יש סיוע חשוב ומיוחד במינו. הילד סיפר מיד לאחר המעשה, כי באבר מינו של המערער ראה מעין חבורה או פצע, ואמנם הרופא שבדק את המערער ממחרת היום מצא כי תיאורו של הילד היה נכון. לעומת עדויות אלה, הסתבך המערער עצמו בדברי שקר המעידים על מצפון לא טהור. תחילה סיפר, כי נוף בילד שבא יחד עם ילדים אחרים לשטח הקריה, וגירש את כולם משם. אולם בסופו של דבר נאלץ לתודות, כי לא זו בלבד שלא גירש את הילד מעל פניו, אלא נהג בו מידת הכנסת אורחים, קיבלו בצריפו בסבר פנים יפות ואף השקה אותו חצי כוס תה ממותק, במסיבות אלה אין בידינו כלל ועיקר לומר, כי השופט המלומד שגה בקבעו כעובדה את הממצא האמור, אך השאלה השניה והחמורה יותר בדיונים אלה היא, אם אמנם מהווה אותו מעשה את העבירה האמורה בסעיף 152 (2) (א) לפקודה.

ב

ג

ד

ה

1. 2. הסעיף 152 (2) (א) אומר וזו לשונו: —

„כל אדם השוכב עם אדם אחר שלא לדרך הטבע.... יאשם בפשע ויהא צפוי לעשר שנות מאסר.“

ז במקור האנגלי נוסח סעיף העבירה הנדונה בלשון זו:

“Any person who has carnal knowledge of any person against the order of nature is guilty” etc.

הטופס חמ"ן

השאלה וקונקט טית היא איפוא, אם מעשהו של המערער נכלל במושג "carnal knowledge האמו בסעיף."

3. פירושו המיני לי של הביטוי carnal knowledge הוא: "ידיעת בשרים, דרך בשרים, דרך גוף, והידיעה" האמורה כאן היא מלשון "והאדם ידע את חוה אשתו" (בראשית ד' י"ג). ה יטוי הנ"ל משמש, איפוא, להגדרת מעשה ערויות או לתיאור אקט מיני על דרך הודויות. דרך כלל מוטב הביטוי בלשון יום יום על היחסים המיניים שבין גבר לאשה; אך נא, ו אעיף 152 (2) (א), מדובר על הודויות בין בני-אדם — ולא דוקא בין גבר לאשה — שלא כדרך הטבע. עלינו לבדוק, איפוא, ולקבוע מה משמעותם של ביטויים אלה מבחינו משפטית. לשם הבהרת הדברים, נפנה תחילה לרגע קט אל המשפט האנגלי.

4. כמה מ' העניינות הבלתי טבעיות האמורות בפרק י"ז שבפקודת החוק הפלילי, 1936, נדונוה בס' יפים 61, 62 ו-63 ל" Offences against the Person Act, 1861 (C.100). (סעיף 6 דן בעבירה של Sodomy; סעיף 62 דן בנסיון לעבור אותה עבירה, וסעיף 63 בוודיך את הביטוי Carnal knowledge. למרבה התמיהה אין סעיף אחרון זה מגדיר ה דרה מלאה ומדוייקת את הביטוי האמור, כי אם קובע רק שהמעשה של "ידיעת בשרים" הושלם משהוכחה "חזירה". סתם המתקק ולא פירש חזירה זו מה טיבה, אין זאג בלו' אם גלוי וידוע היה לכל, כי הביטוי משמש להוראת קירבת בשרים אף שאינה גניעה לדרגת יחסים מיניים טבעיים. מה, איפוא, בין "Sodomy" לבין "carnal knowledge"? "סודומי" במוכנו המצומצם משמעו יחסי מין או דרך זימה בין שני גברים, והוא "מכונן", "משכב זכר". יש אומרים, כי מקורו של המונח בשם העיר "סדום", אשר בה היה נוהג מעשה זה "שלא כדרך הטבע" עד אשר נשחתה העיר בהמת ה' (ראה 58 Corp s Juris 787, n. 3). "Carnal knowledge", לעומת זה, הוא מושג רחב הרבה יותר, ומכוון להורו: על קירבת בשרים על כל דרך שהיא, ובכלל זה יחסי מין טבעיים, "סודומי" ושאר מיני זימה שלא כדרך הטבע שיש עמהם חזירה. לפיכך, משנתבע אדם לדין באנגליה לפני שנת 1885 על עבירה "סודומי" לפי סעיף 61 הנ"ל, והוכח כי הוא עשה מעשה נועין עבירה הנדונה בזה, או מעשה מגונה אחר, אי אפשר היה להרשיעו כלל, אם לפי המשפט המקובל ואם לפי החוק החדות משנת 1861, משום שעבירת ה"סודומי" מוגבלת לסוג מיוחד של "ידיעת בשרים". (ראה לדוגמה, (1) R. v. Jacobs; (1817) — נאשם שהנניס א, אבר מינו לתוך פיו של אדם אחר — ; (2) R. v. Wollaston; (1872) — נאשם שנישה ננישה בגופם של נערים צעירים). אולם מצב זה שונה לאחר שהוחק ה" (9) Criminal Law Amendment Act, 1885, סעיף 11 של אותו אקט קבע ענשים לגבר העוש מעשים מגונים בגופו של גבר אחר, אף שאין עמהם קירבת בשרים.

היוצא מאן, נ' במשפט האנגלי יש שני סוגי עבירות מיניות בלתי טבעיות: מעשה סדום (במונח הרד: של מושג זה הכולל גם שכיבה עם בהמה, כלומר bestiality)

הטאפט זשורן

ומעשה מגונה. מעשה העבירה הנידון בזה היה נחשב לפי החוק האנגלי לעבירה מסוג המעשה המגונה, משום שאין בו היסודות הדרושים ליצירת העבירה של "סודומי".

5. המחוקק המנדטורי העביר את עיקרי העבירות האמורות למשפט הפלילי שלנו, אך הוא סטה מהחוק האנגלי בשתיים: ראשית, הוא לא שמר על החלוקה הפנימית של אותו סוג עבירות במשפט האנגלי, ובקבעו בעיקר הדבר הסכמה כמבחן, חילק את עבירות המין לשלוש קבוצות: בקבוצה האחת — אשר לה הוקדש סעיף 152 (1) — מנה את העבירות של קיום יחסי מין, ובכלל זה "סודומי" או "משכב זכר", שלא בהסכמת הקרוב, או שמכחינה חוקית או עובדתית, ובהתחשב במהותן, אין הקרוב יכול לתת את הסכמתו לעשייתן. מפני זה נכללה בקבוצה זו גם עבירת אינוס. בקבוצה השנייה — ובה דן סעיף 152 (2) — נכללו סוגי המעשים של "ידיעת בשרים" הנעשים בין בני-אדם שלא כדרך הטבע, אם מתוך הסכמה (וזה כולל גם "סודומי" או "משכב זכר"), ואם שלא מתוך הסכמה, או בין בני-אדם לבהמה, ובקבוצה השלישית — ולה הוקדשו סעיפים 157—159 — נמנו העבירות של מעשים מגונים, שאינם מגיעים לכלל "ידיעת בשרים שלא כדרך הטבע".

סטיה שנייה סטה המחוקק המנדטורי, בהוסיפו על שתי העבירות האמורות בחוק האנגלי עבירה שלישית, שם בחוק האנגלי, כאמור לעיל, הוגדרו רק שתי עבירות מיניות בלתי טבעיות: מעשה סדום (סעיפים 61 ו-62 של האקט משנת 1861) ומעשה מגונה חמור (סעיף 11 לאקט משנת 1885). בחוק שלנו הגדיר המחוקק את העבירה של מעשה סדום — כשהוא נעשה בכוח — בסעיף 152 (1) (ב), ואת העבירה של מעשה מגונה בסעיף פים 157—159, אך הוא הוסיף על שתי אלה עבירה שלישית של "ידיעת בשרים שלא כדרך הטבע", וייחד לה מקום בסעיף 152 (2) (א). עבירה זו, שאינה מוגדרת באופן גפרד במשפט האנגלי, ומשמשת במידה מסויימת דרגת ביניים בין שתי העבירות האחרות, כוללת מעשה סדום בהסכמה, וכל "ידיעת בשרים" אחרת שלא כדרך הטבע; כלומר, מעשה שיש בו משום חריזה, או — ביתר דיוק — החדרת אבר המין של הזכר לכל נקב מנקבי הגוף, חוץ מן המקום הטבעי. יתר על כן: מנוסח סעיף 152 (2) (א) מסתבר, כי העבירה תיתכן גם בין אשה לאשה, לפי שבלשון המקור נאמר:

"Any person who has carnal knowledge of any person . . ."

בדרך אגב נעיר, כי מטעם זה היטיב המנסח העברי לעשות, בתרגמו את הביטוי "has carnal knowledge" במלה "השוכב".

6. היוצא מן האמור, כי המעשה אשר עשה המערער היה נחשב לפי המשפט האנגלי לעבירה של מעשה מגונה חמור, אך במשפט שלנו מעשה זה הוא עבירת מין בלתי טבעית בגדר סעיף 152 (2) (א) לפקודת החוק הפלילי, ולפיכך בדין הורשע המערער על-פי אותו סעיף.

השופט חשין

7. אשר לעונש: גסיכות אשר בהן בוצעה העבירה, ובהתחשב ביהוד בעובדה שכל נזק גופני לא נגרם ליה, נראה לנו כי העונש חמור יתר על המידה.

א לפיכך הוחלט לדרוש את הערעור על התרשעה, ולהעמיד את העונש על שמונה-עשר חדשי מאסר. מניין ימי המאסר — כפי שנקבע בגזר-הדין.

ניתן היום: י"ט ו' אדר א' תשי"ד (4.3.1954).

ב

בג"צ מס' 29/54

ג

ברקו פלדמן נגד שר-הבטחון ואח'

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
[2.3.54]

ד

לוגי השופטים חשין, גויטיין, זוסמן

העובדה שאדם אשר גויס לצה"ל, בהיותו תושב קבוע בארץ, רכש לו בינהיים דרכון של מדינה זרה ואף אשרת כניסה לאותה מדינה, איננה מחייבת את השלטונות לשחררו מהצבא.

ה

בקשה למרוץ צו' מכון אל המשיבים, לבוא וליתן טעם מדוע לא ישוחרר המבקש — העומד להגר לארץ וצאו — משירות סדר בצבא-הגנה לישראל. הנאמנה נדחתה.

ליבא — בשם המבקש

ו

צו

אין אנו רואים לים נימוק חוקי להיעתר למבקש ולהוציא צו-עליונאי. המבקש גויס לצה"ל כשהיה תושב קבוע, וחובת השירות היתה חלה עליו. לא שוכנענו מהטענות ששמענו. כי העובדה שבמשך זמן רכש לו המבקש דרכון של מדינה זרה ואף אשרת כניסה לאותה מדינה, כי עובדה זו בלבד מחייבת את השלטונות לשחררו מהצבא. לפיכך אנו מחליטים לדחות את הבקשה.

ז

ניתן היום: כ"ז אדר א' תשי"ד (2.3.1954).