



השופט העליון כהן

באחד הערבים הנעימים פגש יוסף, שוכן בן 34 מתלאביב, ירידה ותיקה שלו. הוא הכניס את הירידה, פקידה ב"מקצועה", למכוניתו ונסע עמה לטייל. הי מכונית נעצרה בשטח הפתוח, המשתרע מאחורי מיגרשי יריד המזדה. שם, בתוך המכונית ובחטות החשיכה, התעלס הזוג באהבים.

לפתע נפתחה דלת המכונית, מתוכה יצאה הנערה פרוצת שיער ולבוש, כשהיא זועקת לעזרה. מכוניות שעברו במקום עצרו ואחת מהן אספה אותה, הובילה אותה לתחנת המשטרה. שם הגישה הנערה תלונה נגד השוכן יוסף. כתוצאה מכך הועמד האיש למשפט בפני בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, הואשם בשתי עבירות-מין, בהתאם לסעיף 2152(2) של פקודת החוק הפלילי: קיום מגע מיני עם אדם אחר שלא כדרך-הטבע.

בית-המשפט המחוזי הרשיע את הנאשם, פסק לו שתי שנות מאסר, מזה שנה של מאסר בפועל ושנת מאסר-על-תנאי. כאשר הובא העניין בפני בית-המשפט העליון, בי שבתו כבית-משפט לערעורים, הוא אישר את פסק-הדין. אולם בפרטי פסק-הדין, שי ניתן לפני חצי שנה, הביע השופט העליון חיים כהן כמה דעות שעוררו סערה בי מדינה.

החוגים הדתיים והשמרניים כמדינה ה"ת

את אברמינו גם לתוך פיה של אותה מתלוננת.

עדותה של המתלוננת, אשר העידה בבית-המשפט על שני המעשים הללו, היתה מהימנה על השופטים המלומדים... השאלה אשר העסיקה אותנו בשעת שמיעת עירער זה היתה אם אומנם בא לפני בית-המשפט חומר ראיות שהיה מהימן על בית-המשפט ושהיה בו, מן הבחינה המשפטית, משום סיוע לעדות המתלוננת...

שלא כדרך הטבע

ד שאכזר, את הראיות, שבית-המשפט המחוזי קיבל כראיות-סיוע נגד המערער, לגופן, מטוב על כן ואכזר מה הם האלמנטים של העבירה בה הואשם המערער, שהיו שנויים במחלוקת.

המערער הועמד לדין על-פי סעיף 2152(א) לפקודת החוק הפלילי, האוסר ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע. אך מאחר וגם בסעיף 2152(1) לפקודה מצאנו עבירה "בלתי-טבעית" בדומה לזה, אביא כאן את שתי הוראות-המישנה של סעיף 152 בכל הנוגע לידיעת גופו של אדם שלא כדרך-הטבע:

"כל אדם אשר... עושה מעשה-סדום עם כל אדם נגד רצונו, על-ידי שימוש בכוח או באימיתות, או באימית חבלה חסורה, או כשהוא נמצא במצב של חוסר-הכרה, או שמטיבה אחרת אין ביכולתו להתנגד; או... עושה מעשה-סדום עם ילד שהוא למטה מגיל 17 שנה... אשם בפשע ודינו מאסר ארבע-עשרה שנה.

"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."

הדבר הראשון הבולט לעין הוא שבין בומן שמעשה-סדום בסעיף קטן (1) נעשה תוך כדי שימוש בכוח או אימים, הרי מעשה ידע גופו של אדם שלא כדרך-הטבע, האמור בסעיף קטן (2), נעשה שלא בכוח ושלא באימים.

משמע שהשימוש בכוח אינו אחד האלמנטים

שה (נ) ומפרשים המפרשים: "הידיעה" כי נוי הוא לשכיבה.

אבל "מעשה סדום", האמור בפקודה, אין לפרשו לא לפי המסורת העברית ואף לא לפי המקובל בלשון בני-אדם... הנה מצאנו שעוד בשנת 1716 נתעורר ספק בלב ש"י פט אנגלי, אם איש אשר שכב משכב-אשה שלא כדרכה, עשה ככך, "מעשה-סדום", או שמא אין מעשה-סדום, אלא בין זכרים בלבד. ספקותיו של אותו שופט הובאו לפני השופט פורטסקו והלה:

"הצטער עד מאוד שעבירה נטה שנזאת יכול ותיעשה ללא עונש באנגליה, שעה שבכל העולם כולו פשע הוא שדינו מות בשריפה. ומאחר ועבירה כה חמורה ואי-מה היא, וכדי שלא לתת לה יסויו כלשהו, כתב השופט ללורד מקלספילד, הצ'נסלור של בריטניה הגדולה, תשובתו היתה ש"הוא... תמה על חילוקי-הדעות, ושלא היה לו פיקפוק כלשהו להסכים שהיה כאן מעשה-סדום בעליל. שהפשע הוא בעל אותו טיב, והמעשה אותו מעשה, כאילו נעבר בו זכר; העובדה שנעשה בנקבה רק מחמירה בהרבה..."

אחרי שקיבל תשובה זו, מחחה השופט פורטסקו את דעתו שלו בזו הלשון:

"...מישכב-אשה שלא כדרכה, נראה גרוע ממישכב-זכר וגרוע ממישכב-בהמה; מפני שיש בו עלבון יסיר יותר כלפי בורא-הטבע, והבנה מחוצפת יותר של בורא-החכמתו, דחית סידרי-בראשית שהוא עשה, ומרד נגדם ונגדו גם יחד..."

החוק העברי: מותר!

א ציין, בדרך אגב, שההלכה העברית הי עתיקה שונה תכלית שינוי מן ההלכה האנגלית: לא זו בלבד שמישכב-אשה שלא כדרכה אינו נחשב כגרוע ממישכב-זכר ומי מישכב-בהמה, אלא בו בומן שאלה עבירות חמורות הן, שיונין מות, הרי מישכב-אשה שלא כדרכה אינו בגדר עבירה כלל.

בתלמוד מצאנו היתר מפורש לאיש לבוא על אשתו בכל דרך ובכל צורה שיראו כי עיניו. בלשונו של ר' יוחנן: "כל מה שאדם

בפסק-דין שהוא סימן-דרך משפטי, ושכבר הספיק לעורר את זעם הדתיים, יוצא השופט העליון חיים כהן נגד:

בפסק-דין שהוא סימן-דרך משפטי, ושכבר הספיק לעורר את זעם הדתיים, יוצא השופט העליון חיים כהן נגד:

יוצא השופט העליון חיים כהן נגד:

כל מישכב שלא כדרך-הטבע, כי אם רק כי תשמיש דרך פיי-הטבעת בלבד.

... העולה ככל המקובץ הוא, שהעבירה לפי סעיף 2152(2), אינה נערכת אלא כפי הטבעת של אדם אחר, וללא כל שימוש בכוח ואימים אחרים, כי אם בהסכמתו ה מפורשת או המשתמעת מהתנהגותו. יוצא שלעניין הפרט הראשון בכתב-האישום נגד המערער דנו, יש לחפש ראיות-סיוע לעדות המתלוננת רק בשאלה אחת ויחידה, שהיתה שנויה במחלוקת: אם אומנם הכניס המערער את אברמינו בפיי-טבעתה של המתלוננת ולעניין הפרט השני לא עבר המערער עבירה לפי סעיף 2152(2) כל עיקר, שהרי את המעשה שעשה, עשה בפיה של המתלוננת.

... מצאתי את הסיוע הדרוש לעדות הי מתלוננת בהודעתו של המערער עצמו, שנתן למחרת יום-המעשה במשטרה. המערער ה" אשם תחילה, בין השאר, בזאת שניסה ל"בוא עם המתלוננת, "במגע מיני שבדרך הי טבעי", אך היא התנגדה לכך. ואחר זאת "תקפת אותה במכות והחזרת את אבר-מינן לפיי-הטבעת שלה."

לאחר שהוזהר שאין הוא חייב לומר דבר, אך כל אשר יאמר עשוי לשמש כראיה, אמר המערער וזו לשונו: "לא הכיתי אותה ולא חנקתי אותה. היא היתה חופשיה כל הזמן במכונית. יותר נכון, ברוב הזמן הי הייתי איתה, היא לא התנגדה לי בצורה קיצונית מוחלטת, שהיתה יכולה להסביר לי באופן מוחלט שאיננה רוצה להתעלס איתי... בכל הנסיבות משתמעת מכאן הודאה שאומנם עשה את המעשים אשר תוארו כי פניו כאמור, וצמודה לה טענת-הגנה, שאף-על-פי-כן לא עבר עבירה פלילית, משום שה-המתלוננת הסכימה.

אין צריך לומר שאילו היה המערער ש"חק ולא אומר מאומה, לא היתה שתיקתו יכולה לשמש סיוע לעדות המתלוננת. לתואר הדין אילו היה מכוניש את המעשה בכלל. אך כאן הוא לא שתק ולא הכניש, אלא הגיב לתומרו. ותגובתו היתה שעשה מה שי-עשה בהסכמת המתלוננת.

משהסתיעה עדות המתלוננת בראית-סיוע כשרה, בדין הורשע המערער בעבירה לפי סעיף 2152(2), שהואשם בה, בפרט הראשון לכתב-האישום.

חבלות ושריטות כגופה

אשר לפרט השני, כבר אמרתי שב הכניסו את אברמינו לתוך פיה של המתלוננת, לא עבר המערער את העבירה שהואשם בה לפי סעיף 2152(2).

אין זאת אומרת כי המעשה שעשה לא בגדר עבירה פלילית הוא: לדעתי הוא נכנס בגדר "המעשים המגונים" האמורים בסעיף פים 157 ו-160 לפקודה. בתוקף סמכותנו,

פיקוח על העריות

עלינו לתקן את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, ולהרשיע את המערער באותה עבירה שהיא רה אשר להוכחתה באו בפני בית-המשפט ראיות די הצורך שהיו מהימנות עליו...

אין חולק על כך שהכנסת אבר-מין לתוך פיה של אשה, מעשה מגונה הוא: כל הי עבירות האמורות בסעיף 152 לפקודה מעשים מגונים הם, אלא שובלדים הם מיתר המעשים המגונים על-ידי חומרתם וקלונם המיוחדים להם... מבחינת השאלה השנר ייה במחלוקת לעניין הרשעה זו, טעונה עדות המתלוננת סיוע בשתיים: ראשית, לי-עניין עצם המעשה, ושנית, לעניין חוסר-הסכמתה והשימוש בכוח.

... לעניין חוסר-הסכמתה של המתלוננת והשימוש בכוח נגדה, באו לבית-המשפט ראיות רפואיות על חבלות ושריטות, שנמ צאו בגופה סמוך לאחר המעשה, ופשיטא שאין לך ראיות-סיוע טובה מזו...

על-כן דוחים אנו את הערעור על ההרשע עה, בהשאינו בעינה את ההרשעה בעבירה לפי סעיף 2152(2)(א) לעניין הפרט הראשון בכתב-האישום, ובהרשיענו את המערער ל"פי סעיף 157 לעניין הפרט השני.

שנה לפני כן

ה מערער מערער בפנינו גם על גור הדין. לעניין מידת העונש היאה למערער ער היו דעות השופטים (בבית-המשפט הי מחוזי) חלוקות: כבוד השופטים גביון ו-

רוצה לעשות באשתו — עושה; משל ל"בשר הבא מבית-הטבח; רצה לאכול במלח — אוכלו; צלי — אוכלו; מבושל — אוכלו; שלוק — אוכלו" (נדרים כ" ע"ב).

ומספר שם על אשה שבאה לפני רבי ו אמרה לו: "רבי, ערכת לי לו שולחן והפכו" (ומירש הרא"ש: שמשמש עמה שלא כדרך-הטבע); אמר לה: "בתי, תורה התירתיך."

על פי זה פסקו הרמב"ם, ובעקבותיו הטור והבית-יוסף והרמ"א, שמותר לו ל"איש לבוא על אשתו כדרכה ושלא כדרכה.

היא לא התנגדה...

מצנו המשפטי בישראל, על-פי פקודת החוק הפלילי, הוא, כאמור, שמישכב-אשה שלא כדרכה, פשע הוא לפי סעיף 2152(1), אם נעשה תוך כדי שימוש בכוח ואימים, ופשע הוא גם לפי סעיף מספר 2152(2), אם נעשה שלא תוך כדי שימוש בכוח ואימים...

אם השימוש בכוח, אינו מן האלמנטים של העבירה על סעיף 2152(2), עדיין השאלה עומדת מה הם האלמנטים של עבירה זו... והנה, כשם שלאור ההלכה שנפסקה והרוחחת בבריטניה עלינו לפרש את המונח "מעשה-סדום" על דרך ההרחבה, ככולל לא רק מישכב-זכר כי גם מישכב-אשה אולם כדרכה, כן עלינו לפרש את המונח "ידיעת גופו של אדם שלא כדרך-הטבע", ככולל לא

טים של העבירה לפי סעיף קטן (2), בה הואשם המערער, וכל ראייה שהשתמש בי כוח אינה יכולה להיות ראייה מסייעת כשרה להוכחת עבירה מיוחדת זו... הי שימוש בכוח אינו מעלה ואינו מוריד ל"עניין גוף השאלה, אם עבר המערער את העבירה המיוחדת בה הואשם.

לכאורה מדברים שני הסעיפים הקטנים הנ"ל בשתי עבירות שונות זו מזו: מעשה סדום, מאכן, וידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע מאכן...

ולא הית: ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע — מעשה-סדום הוא. ומעשה-סדום הוא ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע. אין ביניהם כל הבדל. אם המעשה נעשה בכוח — עבירה על סעיף קטן (1) היא; ואם נעשה שלא בכוח, עבירה לפי סעיף קטן (2) היא.

עלבון לאשה ולאזרחים

א ומנם נכון הדבר שגם במסורת הי עברית וגם בלשון בני-אדם, אין "מעשה-סדום" אלא מישכב-זכר, ואילו "ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע" יכול ותהא גם בין איש לאשה.

המסורת העברית מקורה במירוש על הפסוק "איה האנשים אשר באו אליך ה"לילה, הוציאם אלינו ונדעה אותם" (בוא שית י"ט, ה'), שביקשו אנשי סדום "לדעת" את האנשים לתשמיש (בראשית רבה, פ"ד