

א

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
[24.9.80, 22.6.80]

ב

לפני הנשיא מ' לנדוי והשופטים מ' בן-פורת, ד' בכור

חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, סעיפים 245(ב), 345 (חוקן: ס"ח תשל"ח 113),  
379, 380 — פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1 (ע) 263, (א) 285, סעיפים 152,  
152(1), 152(1)(ג) (נוסח חדש ומשולב: חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, סעיף  
345) — דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, חא"י כרך ג, (ע) 2738, (א) 2569 —  
פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], ג"ח 266.

ג

המערער הורשע בבית המשפט המחוזי, בין היתר, באיגוס, לאחר שבעל את רעייתו נגד רצונה ותוך  
שימוש בכוח. מכאן ערעורו.

ד

השאלה, עליה נסב הערעור, היא משמעות המונח „שלא כדין“ בהגדרת עבירת האיגוס, בסעיף 345  
לחוק העונשין, תשל"ז-1977: האם מתגבשת העבירה בעצם בעילת האישה בניגוד לרצונה ותוך שימוש  
בכוח — שכן בעילה בניגוד לרצון היא „שלא כדין“ מעצם התנגדות האישה — או שמא יש צורך ביסוד  
נוסף, כדי שהבעילה תהא „שלא כדין“?

ה

בית המשפט העליון פסק:

א. הלכה ידועה בפירוש חוקים היא, שאין המחוקק משחית מלים לריק.

ב. (1) סעיף 345 לחוק העונשין יוצר עבירה של איגוס רק כאשר הבעילה היא שלא כדין, וזהו נתון  
נוסף לנתונים של התנגדות האישה והשימוש בכוח.

ו

(2) המונח „שלא כדין“ בחוק העונשין הנו תרגום של המונח האנגלי „unlawful“ בסעיף 152  
לפקודת החוק הפלילי, 1936, ושם תורגם לעברית „שלא כחוק“.

ז

\* הערת המערכת: פסק-דין זה לא פורסם בזמנו בכרך לד של פ"ד בשל חוסר מקום. הדיון הנוסף  
על פסק הדין פורסם בפ"ד לה(1) 371. לאחר פרסום הדיון הנוסף הגיעו למערכת פניות רבות באשר  
לפרסום פסק הדין הנוכחי. לאחר שיקול נוסף הוחלט לפרסמו.

- (3) חוק העונשין הוא נוסח מאוחד של הוראות חוק בעניינים פליליים שהיו קיימות, והחוק לא בא לשנות אותן.
- (4) מעשה הבעילה הוא "שלא כחוק", אם לבעול לא הייתה זכות על-פי החוק לבעול את האישה.
- (5) החוק לעניין זה הוא החוק האישי שהגדרתו בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922.
- (6) החוק האישי במקרה הנדון הוא הדין העברי, שהוא החוק האישי של הבעל והאישה.
- ג. (1) כל סעיף 345 לחוק העונשין דורש הוא, שהבעילה תהא "שלא כדין", ולא נאמר שתהיה זו בעילה, שיש בה מעשה פלילי. משמע, בעילה, שאינה מותרת על-פי החוק האישי, היא בעילה "שלא כדין", גם אם אין בחוק האישי הוראת עונשין לצדה.
- (2) לפיכך השאלה היא, אם יש לבעול זכות, על-פי הדין האישי, לקיים יחסי אישות עם אשתו נגד רצונה, ואם אין זכות זו קיימת, אין נפקא מינה, אם הדין העברי מטיל על הבעל עונש אם לאו.
- ד. על-פי הדין העברי יש איסור לקיים יחסי אישות בכפייה, וגם אם סירוב האישה להיכבל אינו מוצדק, אין כופים אותה, אם כי התוצאה עלולה להיות, שתיחשב כמורדת או שתאבד זכויות, שיש לה על-פי הנישואין.
- ה. מסקנה זו עולה בקנה אחד גם עם עקרונות היסוד של כבוד האישה כאדם חופשי ולא כשפחה, הנתונה לחסד בעלה בעניין כה רגיש ועדין.
- ו. ייתכן שהמצב המשפטי יהיה שונה, כאשר ידובר במוסלמים או בנוצרים, אם אכן קיים שוני בנדון בין הדין העברי לבין הדין האישי של המוסלמים או של הנוצרים לעדותיהם. אך זו מסקנה בלתי נמנעת מהמצב המשפטי הקיים.
- ז. (אליבא דשופטת מ' בן-פורת): כרגיל (פרט למקרים, בהם כוונתו המשווערת של המחוקק מחייבת אחרת) אין ליחס לביטוי "שלא כדין" שום משמעות.

## פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ע"פ 353/62 אל-פקיר ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(4) 200.
- [2] ע"פ 354/64 מחמד כטיב ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(2) 136.
- [3] ע"פ 181/57 בקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 143; פ"ע לא 217.
- [4] ע"פ 2/73 סלע נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 371.
- [5] ע"א 257/57 ה' ברנט נ' מ' ברנט, פ"ד יב 565; פ"ע לג 328.
- [6] ע"א 479/60 אפלשטיין ואח' נ' ג' אהרוני ואח', פ"ד טו 682.
- [7] ע"פ 257/79 סווירי נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד לד(3) 757.

## מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] שמות, כא, י.
- [ב] רמב"ם, אישות, יד, ה, ט, יא—יב; טו, יז, יט.
- [ג] עירובין, ק, ב.

השופט ד' בכור

[ד] טור, אר"ח, רמ; אז"ע, כה.

[ה] שר"ע, אז"ע, כה, ב.

[ו] הרב י' קניבסקי, אגרת קדש מאת גדולי הדור (ירושלים, תשכ"ח), עמ' 3.

[ז] כתובות, סא, א.

[ח] הראב"ד, בעל הנפש (מהדורת ר"י קאפח), שער הקדושה, עמ' קכב—קכג.

הערות:

1. לדין נוסף בסוגיה, שהיא נושא הערעור, ראה ד"ג 37/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 371.
2. לבהינת המושג "שלא כדו"ן" ראה גם: ד"ו 37/83 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 371 והערה 2 שם; R. Card, "Authority Excuse as Defences to Crime" [1969] Crim. L.R. 359.

ערעור על פסקדינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטים א' לנדא, א' הלוי, י' וייס) מיום 27.1.80 בת"פ 163/79, 246. הערעור על ההרשעה נדחה. הערעור על גזר הדין נתקבל.

י' גולן — בשם המערער;

ד"ר י' בן-אור, סגן בכיר א' לפרקליט המדינה — בשם המשיבה.

### פסק דין

השופט ד' בכור: בשנת 1976 נשא המערער לאישה את המתלוננת, וכעבור שנה נולד להם בן. הגישואין לא עלו יפה, ונטען שהמתלוננת קשרה קשר עם גבר, שהיה מעבידה, ואף נסעה איתו ביחד עם אחרים לחוץ-לארץ. היחסים בין בני הזוג התערערו, אך הם המשיכו לגור תחת קורת גג אחת. העבירות, שיוחסו למערער, בוצעו בחודשים פברואר ומרץ 1979, בעת שבני הזוג גרו, כאמור, תחת קורת גג אחת, אם כי כבר אז היה בכוונת המתלוננת להתגרש מהמערער, והם אמנם התגרשו כמה חודשים לאחר מכן.

העבירות, שיוחסו למערער, הן כלהלן:

(א) אינוס, עבירה על סעיף 345 לחוק העונשין, תשל"ז—1977, בזה שבתאריך 16.2.79 — בדירת מגורי הזוג — תקף את המתלוננת, לאחר שסירבה לקיים איתו יחסים מיניים, הכה אותה, ניסה להפשיט בגדיה בכוח, הפילה ארצה ותוך כדי הכאות והיאבקות בעל אותה נגד רצונה;

(ב) תקיפה הגורמת חבלה ממשית, עבירה על סעיף 380 לחוק, בזה שביום 12.3.79 — באותה דירה — זלש המערער מהמתלוננת לקיים איתו יחסים מיניים, ומשסירבה, הכה אותה וגרם לה חבלות, וכן הכה את אחיה, שבא לעזרתה, ושבר רהיטים;

השופט ד' בכור

(ג) הדחה בחקירה, עבירה על סעיף 245(ב) לחוק, בזה שביום 18.3.80 — בבית הוריה של המתלוננת — דרש ממנה המערער, שתבטל את תלונה במשטרה, ואיים עליה ברצח, אם לא תעשה כן.

המערער הורשע בעבירות הנ"ל ונידון לעונש של שלוש שנות מאסר בפועל על שלוש העבירות. הוא מערער על הרשעתו בעבירת האינוס וכן על העונש, שהוטל עליו כנ"ל על כל העבירות, שבהן הורשע.

הערעור על ההרשעה באינוס הוא ערעור בשאלה משפטית, והיא, אם יש לראות ביצוע עבירת אינוס במעשיו של אדם, הבוטל את אשתו החוקית בלי הסכמתה ונגד רצונה ותוך שימוש בכוח.

סעיף 345 לחוק העונשין, שכותרת השוליים שלו "אינוס", מורה:

"הבוטל אשה, שלא כדין, נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באימוס עליה במות או בחבלת גוף קשה, או כשהיא בתוסר הכרה או במצב המונע את התנגדותה, דינו — מאסר ארבע-עשרה שנים".

המדובר כאן במקרה, בו הייתה בעילת אישה נגד רצונה ותוך שימוש בכוח, ועל זאת אין חולקים. במהלך הדיון נשאלה השאלה, אם העבירה מבוצעת, כאשר אדם בוטל אישה נגד רצונה ותוך שימוש בכוח, או אם יש צורך בקיום נתון נוסף, והוא, שהבעילה הייתה "שלא כדין". השאלה, המתעוררת בהקשר זה, היא, אם הבעילה נגד רצון האישה היא בעילה שלא כדין מעצם התנגדות האישה, נראה לי, שהמלים "שלא כדין" כאן, שהן, כידוע, חזרה על ההוראה בפקודה המנדטורית, מקורן במצב הקיים באנגליה, שם אין אדם מבצע עבירת אינוס, כאשר הוא בוטל את אשתו נגד רצונה ותוך שימוש בכוח, היות שלבעל זכות לבעול את אשתו, ועליה חלה חובה להיבעל על ידיה, והבעל רשאי לממש זכותו זו אף נגד רצון האישה ותוך שימוש בכוח, המלים "שלא כדין" בסעיף שלנו באות לומר, שהבעילה צריכה להיות שלא כדין, או, במלים אחרות, בעילה שלא נעשתה בזכות חוקית. אמנם המצב, שנוצר על-פי הוראת המחוקק בסעיף 345 הנ"ל, שונה מהמצב באנגליה, כפי שיובהר להלן, אבל לתוספת שתי מלים אלו יש משמעות משלה. המסקנה היא, שסעיף 345 יוצר אותה העבירה, רק כאשר הבעילה היא גם שלא כדין, וזהו נתון נוסף לנתונים של התנגדות האישה והשימוש בכוח. יש לתת למונח "שלא כדין" את המשמעות הראויה, וציון הבעילה שלא כדין בנוסף לציון יתר הנתונים, במקרה זה התנגדות האישה ושימוש בכוח, הוא הוראה, שאין להתעלם ממנה. והלכה ידועה היא בפירוש חוקים, שאין המחוקק משחית מלים לריק, גם עורך-דין גולן לא טען אחרת והסכים, כי "שלא כדין" פירושו שלא על-פי זכות; וכפי שייאמר להלן, במקרה זה, זכות הבעל על-פי הדין היהודי לבעול את אשתו.

השופט ד' בכור

המונח „שלא כדיון“ בחוק העונשין הנו תרגום של המונח האנגלי „unlawful“ בסעיף 152 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ושם תורגם לעברית „שלא כחוק“. חוק העונשין הוא נוסח מאוחד של הוראות חוק בעניינים פליליים שהיו קיימות, והחוק לא בא לשנות אותו. מעשה הבעילה הוא שלא כחוק, אם לכוונת לא הייתה זכות על-פי החוק לבעול את האישה — ראה: ע"פ 353/62 (1). וכפי שנאמר שם, החוק בעניין זה הוא החוק האישי, כהגדרתו בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, ואין חולקין, שהחוק האישי הוא במקרה הנדון הדין העברי, שהוא החוק האישי של הבעל והאישה.

כאמור, העבירה על-פי סעיף 152 (1) לפקודת החוק הפלילי דיברה על בעילת אישה שלא כדיון. בנוסח המקורי של חוק העונשין, שהוא נוסח מאוחד, כפי שנקבע בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, הסעיף המקביל, שהוא סעיף 345, דיבר על „הכוונת אשה, שאינה אשתו...“ כשהמלים „שאינה אשתו“ באו במקום המלים „שלא כחוק“ לפי התרגום העברי בסעיף 152 לפקודה. היה בזה שינוי מרחיק לכת של הוראת המחוקק, השוני בין הנוסחים בולט, אם נשווה אותו, למשל, עם החוק הפלילי הקנדי, שאימץ את ההלכה האנגלית, כפי שנוסחה על-ידי Sir M. Hale במאה השבע-עשרה, ומדבר על „אינוס אשה שאינה אשתו“ של האינוס. יצוין עוד, שכבר בע"פ 353/62 (1) הנ"ל, בעמ' 213, אמר נ"מ הנשיא אגרנס (כתוארו אז), שאין להגביל את תחולת המלים „שלא כחוק“ ולפרשן כאילו נאמר „שאינה אשתו“. על כל פנים שאלה זו באה על פתרונה, מאחר שהטעות, שנפלה בניסוח סעיף 345 לחוק העונשין, תוקנה, והמלים „שאינה אשתו“ החולפו במלים „שלא כדיון“.

המצב באנגליה הוא כפי שהוגדר במאה השבע-עשרה על-ידי Sir M. Hale, שכתב בספרו *The History of the Pleas of the Crown* (London, by S. Emlyn, 1971):

„הבעל אינו יכול להיות אשם בעבירת אינוס שביצע בעצמו באשתו החוקית, כי על-ידי ההסכמה ההדדית וחזוה הנשואין האשה מסרה את עצמה לבעלה בענין זה, ואין היא יכולה לחזור בה“.

אמרה זו שלטה בכיפה באנגליה ועודנה שולטת שם גם היום, ובתי המשפט שם פועלים על-פיה למורת רוחם של כמה שופטים ולמרות ביקורות, שנמתחו על ההלכה. ההלכה זו יש בה כדי לקומם את המצפון וההיגיון האנושי בימינו במדינה נאורה, אם כי ההלכה, כפי שביטא אותה M. Hale במאה השבע-עשרה, נתקבלה ומקובלת גם בארצות-הברית. פרט לאותן מדינות בודדות, אשר בהן שונתה ההלכה על-פי מצוות המחוקק, מצב הדברים באנגליה תואר במאמר ב" 1223 *New L.J.* (1976) תחת הכותרת „Husband Who Rapés His Wife“. מצב הדברים בארצות-הברית תואר במאמר „The Marital Rape Exemption“, שפורסם ב" 306 *N.Y.U. L. Rev.* (1977) 52. הלכה מקבילה רווחת בארצות החוק המקובל (Common Law Countries) וגם בארצות אירופה המערבית (Code Civil Countries), לעומת מצב שונה, הקיים בחלק מהארצות הקומוניסטיות

השופט ד' בכור

E. Livneh, "On Rape and the Sanctity of Matrimony" — ראה: [1967] 2 Isr. L. Rev. 415.

א לשמחתנו, כפי שייאמר להלן, אין אנו בישראל חייבים לאמץ את ההלכה האנגלית, אם אין לה ביטוי בהוראת המחוקק בסעיף הנדון. לא אאריך את הדיבור בעניין זה ואסתפק בהבאת שני ציטוטים קצרים מדברי שופטי בית-משפט זה בשני ערעורים. בע"פ 353/62 (1) ה"ל, 7, בעמ' 219, הביא השופט הלוי את ההלכה באנגליה ואמר:

ב „לדעתי, השקפה זו אינה הולמת את כבוד האדם ואת כבוד הנשואין, ואין לאמצה בישראל ללא הוראה מפורשת של המחוקק, אשה המסכימה בהינשאה לחיי אישות עם בעלה אינה מסכימה בזה לשימוש בכוח או באימי מוות או באימי חבלה גופנית חמורה נגד גופה, אשה אינה, כשבוית הרב' אצל בעלה, היא זכאית לחירות גופה כמו בעלה. אם אשה מסרבת ללא סיבה מספקת לקיים חיי אישות עם בעלה, הרי בידו תרופות משפטיות לפי דיני המעמד האישי החלים על בני-הזוג; אך אין איש רשאי לעשות דין לעצמו בכוח הזרוע.“

ג שאלת ההלכה של M. Hale נדונה שוב בע"פ 354/64 (2), שם אמר השופט ברנזון בעמ' 139:

ד „כשלעצמי נוקעת נפשי מהכלל המצוי אצל Hale, Pleas of the Crown, 629 (1862) שלפיו אין בעל יכול להיות אשם באיננו אשתו החוקית, כלומר שמוותר לו לבועלה גם נגד רצונה ואף על-ידי שימוש בכוח. זוהי הלכה עתיקה יומין, שלדעתי נתיישנה ואין להורות כן. מצטרף אני בכל הכבוד לדעתו של חברי הנכבד, השופט הלוי, אשר בע"פ 353/62 כינה את ההשקפה הזו כהשקפה שאינה הולמת את כבוד האדם ואת כבוד הנישואין, אשה אינה כשבוית חרב אצל בעלה והיא זכאית לחרות גופה כמו בעלה.“

ה היו זמנים, והם אינם כל כך רחוקים מאתנו, שבהם ראו בני עדות מסוימות בארץ או יוצאי ארצות מסוימות היתר לעצמם להדביר את נשותיהם על-ידי מכות. היו מפליאים את מכותיהם בנשים בכל הזדמנות על אי-ציות או על כל שטות אחרת. מי שלא היכה את אשתו לא נחשב, כבעל בעמיתו וכל המרבה הרי זה משובח. בימינו עומד החוק הפלילי והאזרחי ומגן על האשה לבל תושפל בצורה כזאת. היא אינה שפחה חרופה, שהבעל יכול לעשות בה כרצונו. מעמדה מעמד של שוויון וגווה אינו נהון למכים. לא כל שכן אינו מופקר, אף לא לבעלה.“

ו כאמור, הדין החל בישראל על זכויות וחובות בעל ואישה בענייני אישות, לרבות הזכות והחובה לקיום יחסי אישות ביניהם, הוא הדין האישי, ולגבי יהודים הוא הדין

השופט ד' בכור

העברי, בשני הערעורים הנ"ל לא היה מדובר ביהודים כי אם במוסלמים, ונדונה שאלת החוק האישי המוסלמי ולא העברי. לכן עלי לדון כעת בשאלה העיקרית בעניין זה, והיא, מהו הדין העברי, ואם לפי דין זה קיימת זכות של הבעל מחד גיסא וחובה של האישה מאידך גיסא לקיים יחסים מיניים כל עוד הנישואין בתוקפם. ואם אכן קיימות זכות וחובה אלו, אם יש להן סייג, ואם כן — מהו הסייג. לפני שאעבור לדון בשאלה זו, אזכיר, שלא התעלמתי מן העובדה, שהנסיבות בע"פ 353/62 (1) ובע"פ 354/74 (2) היו שונות; ושם, כאמור, נדונו העניינים על-פי החוק המוסלמי. העבירות שם היו של בעילת קטניות, אבל בשני הערעורים הנ"ל בדק בית המשפט, אם הבעילה הייתה שלא כחוק, במובן זה שהייתה שלא על-פי זכות המוקנית לבעל וחובה המוטלת על האישה על-פי החוק המוסלמי, שהיה החוק האישי שלהם. באותם המקרים, על-פי החוק האישי, היה אסור לשניים לקיים יחסים מיניים ביניהם, וכאן שונה המצב, כי לא היה אסור על השניים לקיים בכלל יחסים מיניים ביניהם. למרות השוני הזה נשאר העובדה, שבית המשפט נוקק שם לפירוש המלים „שלא כחוק“ בסעיף 152 לפקודת החוק הפלילי, הודן בעבירת אינוס. והגיע למסקנה, שכאשר מדובר ביחסי מין בין בעל ואישה, פירוש המלים הוא, שלא קיימות — לפי החוק האישי — זכות בעילה וחובה להיבעל. דעה זו מקובלת עלי, ואין לי אלא להביע הסכמתי ולאמצה.

השופטים בבית המשפט המחוזי הזכירו גם את ע"פ 181/57 (3), שם נאמר מפי נ"ח הנשיא דאז השופט חשין, בעמ' 146, בדבריו על סעיף 152(1)(ג) לפקודת החוק הפלילי:

„שלא כחוק“ האמור בסעיף אין משמעו, שלא בהסכמה, כפירושו של בא-כוח המערער, אלא שלא בחופה וקידושין או בדרך נישואין אחרות המוכרות על-ידי החוק.

על זה אמרו השופטים, ואני מסכים אתם, שהדברים הנ"ל אינם תומכים בגרסת המערער, שעובדת היותו נשוי לאשתו שוללת את קיום העבירה על-פי החוק; השאלה, שעמדה לפני השופט בע"פ 181/57 (3), הייתה, אם המלים „שלא כחוק“ באו כדי לצרף נחון נוסף לנחון „שלא בהסכמה“ אם לאו, והתשובה הייתה חיובית, כי קיום יחסים מיניים בין בעל ואישה הוא, כמקובל, דבר חוקי; וכלל לא עמדה שם לדיון השאלה, אם קיום קשר הנישואין מתיר קיום יחסי מין בכל התנאים ובכל הנסיבות, וזו השאלה, העומדת כעת להכרעה. בעניין זה ראה גם דברי השופט הלוי בע"פ 353/62 (1) הנ"ל, בעמ' 219 מול האות ה.

עורך-דין גולן הסתמך על דברי נ"ח הנשיא זוסמן (כתוארו אז) בע"פ 2/73 (4), שם נאמר, בעמ' 374, שאת המלים „שלא כדין“, שהן חלק ממרכיבי העולה האורחית בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], ומשמעותן לא פורשה בפקודה, יש לפרש לפי משמעותן מחוץ לפקודה באותה הוראת חוק, העושה את המעשה לבלתי חוקי. אין בדברים אלה כדי לעזור למערער, כי אם להפך. גם בעניין הנדון יש לפרש את משמעות המלים „שלא כחוק“ על-פי מצב הדברים בחוק העברי, שהוא החוק האישי של המערער ואשתו.

השופט ד' בכור

החוק העברי הוא חלק מהחוקים, שיש להם תוקף בעניין זה, ואינו דבר הטעון ראייה והוכחה, ולבית המשפט ידיעה משפטית על כך. לשופטים הוצגה חוות-דעת של ד"ר נ' רקובר, היועץ למשפט העברי במשרד המשפטים, ובה סקירה של האסמכתאות, עליהן הוא סומך את חוות-דעתו. אין פסול בזה, כל עוד בית המשפט בודק את מה שנאמר באסמכתאות שצוטטו ומאמץ את הדעה, שהובעה בחוות הדעת, לאחר שסבר, שהיא תואמת את האסמכתאות, וכך אמנם עשו השופטים המלומדים. אעבור כעת לתוכן הדברים. חוות הדעת של ד"ר נ' רקובר, יחסי אישות בכפייה בין בעל לאשתו, פורסמה בינתיים על-ידי משרד המשפטים בחוברת גה של סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי. לכן, כמו השופטים בבית-משפט קמא, אוכל לקצר ולהפנות לאסמכתאות הרבות, שהובאו שם.

נקודת המוצא לדין היא, שבעניין החובה לקיים יחסי אישות מוטלת חובה על הבעל מדין תורה (שמות, כא, י [א]), "שארה כסותה ועונתה לא יגרע". (החובה המוטלת על הבעל לקיים יחסי אישות עם אשתו היא נפרדת ונבדלת מחובת פרייה ורבייה.) לעומת זאת אין במקרא ואף לא בתלמוד הוראה, המטילה חובה מקבילה על האישה, וחובתה נובעת מהתחייבותה בהסכם שבקשר הנישואין, אשר מטיל עליה חובה להתמסר לבעלה. מכאן המסקנה, שניתן להתנות על חובת האישה, אבל לא ניתן להתנות על חובת הבעל, שהיא חובה מן התורה. דברים אלה גם נאמרו בספרו של ד"ר ב' שרשבסקי, דיני משפחה (ראובן מס, מהדורה 2, תשכ"ז) 109 ו-110, וגם הובאו שט האסמכתאות לדבר.

סייג לחיובה הנ"ל של האישה קיים על-פי הרמב"ם (אישות, יד, ח [ב]), והוא, שאם טענה האישה, שבעלה מאוס עליה, ואינה יכולה להיבעל לו, כופים את הבעל לגרשה, מפני "שאינה שבויה שתיבעל לשנוי לה". ד"ר נ' רקובר הביא מדברי החולקים על הרמב"ם, שכופים את הבעל לגרש את אשתו, אבל אותם החולקים לא חלקו על דברי הרמב"ם, "שאינה כשבויה שתיבעל לשנוי לה". לפי הרמב"ם האישה אינה הופכת למורדת, אלא אם סירובה לקיים יחסי אישות עם בעלה אין לו על מה לסמוך, כגון, אם בא בנין ששמה האישה עינה על איש אחר, או אם סירובה זה בא כדי לצער את בעלה (אישות, יד, ט, יא—יב [ב]). בעניין זה אין טענת "מאוס עלי" מצד האישה, והדבר הובא רק לשם השלמת התמונה.

כאן נשאלת השאלה, אם חייבת האישה לקיים יחסי אישות בכפייה. ד"ר נ' רקובר מביא אסמכתאות רבות מהתלמוד (כגון, רבי יוסף מטראני (מהרי"ט), רבי רפאל י' שמעון, רבי עובדיה הדאיה ורבי שלמה לוריה (רש"ל) ועוד), על-פיהן יש איסור לקיים יחסי אישות בכפייה, וגם אם סירוב האשה להיבעל אינו מוצדק, אין כופים אותה, אם כי התוצאה עלולה להיות, שתיחשב כמורדת או שתאבד זכויות, שיש לה על-פי הנישואין. גם אני, כמו השופטים בבית-משפט קמא, לא אחזור כאן על כל הדיון המפורט בחוות-דעת ד"ר נ' רקובר, ואסתפק בהבאת כמה ציטוטים קצרים מהאסמכתאות.

במסכת עירובין, ק, ב [ג] נאמר: "ואמר רבי בר חמא אמר רב אסי: אסור לאדם



השופט ד' בכור

שיכוף אשתו לדבר מצוה... והראב"ד אמר: „וכן אמרו במסכת עירובין כל הכופה את אשתו לדבר מצוה נקרא רע, שנא' גם בלא דעת נפש לא טוב, נמצא כי האונס אסור אף באשתו, אלא אם צריך הוא לאותו מעשה יפייס ואחר כך יבעול" (דברי הראב"ד בטור, או"ח, רמ [ד] ובטור, אה"ע, כה [ד]). הרמב"ם אומר: „ולא יאנוס אותה ויבעול בעל כרחה אלא בדעתה" (אישות, טו, יז [ב]). ובשולחן ערוך נאמר: „לא יבעול אלא מרצונה, ואם אינה מרוצה יפייסנה עד שתרצה" (שו"ע, אה"ע, כה, ב [ה]).

באיגרת קדש מאת גדולי הדור (ירושלים, תשכ"ח) עמ' ז [ו] פורסמה בהעלמת שמו איגרת של רבי יעקב קניבסקי, ושם נאמר:

„סדר החבור במצות עונה מבואר בסידור יעב"ץ ז"ל דיני ליל שבת עיין שם היטב, והוא מדינא ממש כי על פי דין תורה אסור לעשות הביאה באופן שהאשה אינה מפויסת ומחוייב לפייסה בקרוב בחבוק ונשוק עד שתתאוה לחבור דאם לא כן הרי היא כנתונה לפני ארי דורס ואוכל כמבואר בפסחים דף מ'.

ועון פלילי הוא לעשות מה שמגיע צער לאשתו אפילו אם מתכוון לשם מידת חסידות ופרישות דעל גזלת אשתו אינו יכול לעשות חסידות ולהציג אותה כשפחה שבויה.

כשבעל שלא מרצונה הרי הבנים בגדר הפושעים והמורשים כדין בני אנוסה".

בסיכום דבריו אומר ד"ר נ' רקובר, שאין הבעל רשאי לקיים יחסי אישות עם אשתו נגד רצונה, וסקירת התלמוד מלמדת אותנו שקיים יחסי אישות באונס אינו מותר והנו בנדר עבירה. וגם בתי הדין התייחסו בחומרה רבה לבעל, המקיים יחסי אישות בכפייה. הטאנקציה המוטלת על האישה הסרבנית, יכולה להיות בהכרזתה כמורדת, בהפסד כתובתה וכדומה, אבל לא בכפיית לקיים יחסי אישות; כפייה מעין זו נוגדת גם את ההלכה, שאדם חייב לכבד את אשתו יותר מגופו (הרמב"ם, אישות, טו, יט [ב]) וגם את ההלכה „לחיים ניתנה ולא לצער ניתנה" (כתובות, סא, א [ז]).

מסקנה זו תואמת את רוח הדברים, שנאמרו בבית-משפט זה בע"פ 353/62 (1) ובע"פ 354/64 (2) הנ"ל.

במהלך שמיעת הערעור הגיש עורך-דין גולן חוות-דעת, שניתנה לו על-ידי ד"ר ב' ליפשיץ. בחוות-דעת זו נאמר, שאין הכותב חולק על דעת ד"ר נ' רקובר „שאין הבעל רשאי לכפות את אשתו בכח, והדרך היחידה המותרת היא הכרזתה של האשה כמורדת" על התוצאות הנובעות מכך...". כן נאמר שם, וכך טוען עורך-דין גולן, בסירוב האישה לקיים יחסי אישות אינו מבטל את זכות הבעל, אלא רק שולל את דרך הכפייה, או במלים

השופט ד' בכור

אחרות, שהזכות עדיין קיימת, אלא שישנה רק הגבלה על מימושה בדרך הכפייה. פירוש זה שונה מפירושו של ד"ר ב' רקובר, ולי נראה, שפירושו של ד"ר ב' רקובר הוא התואם את מצב הדברים לאשורו. חשיבות רבה יש בשאלה זו להבדל בין סירוב האישה למלא חובה אחרת, כגון חובה לעשות עבודות הבית והמטבח, לבין החובה לקיים יחסי אישות. לגבי חובה אחרונה זו ישנו איסור מפורש לכוף את האישה, לעומת החובה האחרת, לגביה כופים את האישה למלא את חובתה, ואביא כאן רק חלק מציטוט אחד מדברי הראב"ד (בעלי הנפש (מהדורת ר"י קאפח), שער הקדושה, עמ' קכב—קכג [ח]), שהביא ד"ר ב' רקובר:

„הפיכת השלחן עצמו שהתירו, אומר אני דוקא כשאינה כבודה עליו והיא מתרצית עמו לדעתה על-ידי ריצוי, אבל אם הוא כופה בהפיכה ודאי אינו ניצל מן החטא ועליו נאמר, גם בלא דעת נפש לא טוב' שהרי אמרו ז"ל, ואף ברגלים חוטא'... ויש מי שאומר שמי שהופך שלחנו כיון שהיא מרוצה לתשמש המטה, אע"פ שהיא מוכרת בהפיכתה — מותר, משא"כ בבוטל ושונה שלא מדעתה שכל הבעילה על כרחא היא ואסור מפני שהיא בעילת זנות.....”

ודברים אלה של הראב"ד הובאו להלכה בטור, אה"ע, כה [ד].

טענה אחרת של עורך-דין גולן היא, שגם אם אין לבעל זכות לקיים יחסי אישות נגד רצון אשתו, אין הוא עובר עבירה פלילית על-פי הדין בכפיית אשתו, ולכן אין לראות בזה מעשה שלא כחוק במובן סעיף 345 לחוק. טענתו היא, ששונה מצב דברים זה ממצב הדברים הקיים, כאשר אדם עושה מעשה אסור על-פי הדין, ואותו דין רואה במעשהו עבירה ומטיל עליו עונש. אינני מקבל טיעון זה, כי השאלה היא, אם יש לבעל זכות לקיים יחסי אישות נגד רצון אשתו, ואם אין זכות זו קיימת, אין נפקא מינה, אם הדין העברי מטיל על הבעל עונש אם לאו. כל מה שדורש סעיף 345 הוא, שהבעילה תהיה „שלא כדין", ולא נאמר, שתהיה זו בעילה, שיש בה מעשה פלילי. העבירה של אינוס לפי סעיף 345 היא עבירה, שיצר המחוקק, כאשר במעשה מצטרפים כמה מרכיבים, אחד הוא, שהבעילה היא שלא כדין, ודברים נוספים הם, שתהיה זו בעילה בניגוד לרצון האישה ותוך שימוש בכוח. לשם זאת בעילה, שאינה מותרת על-פי החוק האישי, היא בעילה שלא כדין, גם אם אין בחוק האישי הוראת עונשין לצדה. כאשר באים לפרש את המלים „שלא כדין" בחוק העונשין, יש לתת להן את המשמעות המקובלת. כבר הזכרתי לעיל את נו"פ 2/73 (4), שם החליט בית-משפט זה, שכאשר מדובר בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] במעשה שלא כחוק, שלא הוגדר בפקודה, יש לפרש את המלים על-פי החוק האחר, הדין באותה סוגיה, ולראות, אם לפי אותו חוק היה זה מעשה אסור, שלא הייתה זכות לעשותו. נכון אמנם, שפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] דגה בשטח האזרחי, אך לענין פירוש מלים אלה נראה לי, שאותה הלכה חלה גם בפירוש בהוראה הפלילית שבסעיף 345 הזה. פירוש זה עולה בקנה אחד עם ההנמקה של בית-משפט זה בע"פ 353/62 (1) הו"ל, שם בחן

השופט ד' בכור

בית המשפט, אם קיום יחסי האישות, שהיה נושא הדיון, היה מעשה מותר או אסור על פי הדין המוסלמי, ולא נזכרת כלל השאלה, אם הדין המוסלמי הטיל גם עונש על הגבר, שביצע את המעשה.

המסקנה, אליה הגעתי, עולה בקנה אחד גם עם עקרונות היסוד של כבוד האישה כאדם חופשי ולא כשפחה, הנתונה לחסדי בעלה בעניין כה רגיש ועדין, עקרונות, אשר, לדאבוני הלב, לא מומשו בחקיקה ובפסיקה של מדינות נאורות ומתקדמות בעולם. ולא קשה לתאר, מה עגום יכול להיות גורלה של אישה באותן מדינות, ובפרט כאשר, עליפי חוקי המדינה או הדת, הנוגעים לעניין, לא קל ולפעמים קשה מאוד ואולי גם בלתי אפשרי להגיע לפתרון של גירושין; וייתכן שהרגשה זו היא שהביאה להקלה מסוימת באנגליה, כאשר הוחלט, שחובת האישה להיבעל גם נגד רצונה ועקב שימוש בכוח אינה חלה, אם קיים בין בני הזוג מצב של הפרדה חוקית אף ללא גירושין. ואוסיף לומר, שעם ישראל יכול להתברך בגישה המתקדמת והליברלית של מורשתו וההלכה בנדון בחוק העברי מזה ימים ימימה. כבר הבאתי לעיל את הדברים, לפיהם חובת הביאה באה על-מנת לשמח ולא על-מנת לצער, וכי חובה על הבעל לשמח את אשתו; ואזכיר גם את דברי הרב מ' מילמן מישיבה אוניברסיטי בלוס אנג'לס בספרו *Jewish Woman in Jewish Law*, שם הוא מביא חלק נכבד מהאסמכתאות, שאזכרו עליי ד"ר נ' רקובר. בעמ' 116 שם הוא אומר:

"The fiction of the Judeo-Christian sex ethic has even convinced many Jews that Judaism shares Christianity's negative attitude towards sex in general and toward female fulfillment in particular. Nothing could be more mistaken."

בהקשר זה, מן הראוי להביא כמה דברים, שנאמרו בבית-משפט זה, אם כי שם דובר בהתדיינות בין בעל לאישה בדיני נזיקין, בעמ' א' 257/57 (5), בעמ' 577 אמר השופט לנוון (כתוארו אז):

"אמנם באנגליה היו נוהגים לפנים לתרץ את העוול שנעשה לאשה במשפט המקובל בנוגע לעניני רכוש, עליידי שימוש לרעה ברעיון התנ"כי שבעל ואשתו הם, בשר אחד. תחת הלך מחשבה זה, שיש בו משום צביעות, בא עכשיו רעיון יותר מודרני, ויותר אמיתי ונכון...."

בעמ' א' 479/60 (6), בעמ' 699 אמר השופט ח' כהן (כתוארו אז):

"לא זו בלבד, שרעיון האחידות בין בעל ואשה על-אף שמקורו בתנ"ך, מעולם לא היה חלק מהמשפט המקומי — כלשון חברי הנכבד, השופט זוסמן — אלא הוא מעולם גם לא היה חלק של המשפט העברי. זאת היא דוגמה אחת מני אחדות לפרשנות המקרא מפי שופטים נוצריים באנגליה

השופט ד' בכור

אשר אינה עולה בקנה אחד עם פרשנות אותו המקרא לפי המסורת העברית; ולגבי דידנו לא היה זה אלא חוסר טעם אילו אימצנו לעצמנו הלכה למעשה את הפרשנות הנוצרית היא ונחננו את הפרשנות העברית המסורתית".

א

לאור כל מה שנאמר לעיל, אין, בעניין הנדון, להחיל בין יהודים את ההלכה של המשפט המקובל האנגלי, שמה שעשה המערער אינו מהווה אינוס, כמשמעותו בסעיף 345 לחוק העונשין, בגין קיום קשר הנישואין עם אשתו.

ב

ער אני לעובדה, שייחכן שהמצב המשפטי יהיה שונה, כאשר ידובר על מוסלמים או נוצרים, אם אכן קיים שוני בנדון בין הדין העברי לבין הדין האישי של המוסלמים או של הנוצרים לעדותיהם, אך זו מסקנה בלתי נמנעת מהמצב המשפטי הקיים.

ג

המערער ערער לחלופין על חומרת העונש, שהוטל עליו, דהיינו, שלוש שנות מאסר בפועל. עונש זה הוטל עליו על כל העבירות בהן הורשע, כי בצדק ראו בהן השופטים מסכת אחת. בני הוגג נישאו בשנת 1976, ולהם ילד כבן שנתיים וחצי. האשה קשרה קשר עם מי שהיה מעבידה וגם נסעה אתו לחוץ לארץ; היא רצתה להתגרש מהמערער, שלא רצה בגירושין, ואמנם קיבלה גט פיטורין לאחר ביצוע העבירות. שהן נושא הדין, היא העידה, שמעשיה ורצונה להתגרש הם בין הגורמים, שהביאו את המערער לביצוע העבירות שביצע, ושאת תלונתה למשטרה הגישה לצורכי ההתדיינות בגירושין לפי עצת עורך-דינה. היא גם העידה, שהילד קשור לאביו וזקוק לו, והאב מתייחס אליו יפה. למערער הרשעות קודמות, שהאחרונה בהן היא משנת 1975. במלחמת יום הכיפורים שירת בחטיבת גולני והיה בהלם קרב. הוא נפגע קשות בכבודו, כאשר אשתו זלזלה בו. העבירות, שביצע המערער, הן חמורות; מאידך גיסא אין אלה עבירות נפוצות, ולא הובא לידיעתנו כל מקרה אחר של הרשעה או אישום בעבירה פלילית של אינוס אישה יהודייה על-ידי בעלה. אין לערבב לכאן את הבעיה של האישה המוכה על-ידי בעל, המתעלל בה בנצלו את חולשתה הגופנית, כדי לכלות בה את חמתו, ללא כל התגרות מצדה. אלה ראויים לעונש כבד. לא כן המערער דגן בנסיבות שתוארו. לכן נראה, שעונש המאסר בפועל, שהוטל על המערער, חמור מדי, ומן הצדק להפחיתו במחצית.

ד

אי לזאת אני מציע לדחות את הערעור על ההרשעה ולקבל את הערעור על גור הדין; להעמיד את עונש המאסר בפועל על שנה וחצי ולהמיר את התקופה הנוספת של שנה וחצי למאסר-על-תנאי, והתנאי הוא, שלא ירצה תקופה נוספת זו אלא אם תוך שנתיים מיום שתורו ממאסר יעבור עבירה מן העבירות המנויות בסעיפים 345, 380 ו-245 לחוק העונשין.

ה

הנשיא מ' לנדוי: אני מסכים.

השופטת מ' ברנפורט

השופטת מ' ברנפורט: גם לדעתי יש לדחות את הערעור על ההרשעה. הפירוש לסעיף 345 רישא ("שלא כדין") לחוק העונשין (להלן "החוק"), בו דוגל בית-משפט קמא, כמוסבר הסבר היטב בפסק-דינו, והמקובל גם על חברי הנכבדים, כבוד הנשיא והשופט בכור, הוא, לדעתי, הנוח ביותר שאפשר לתת. אם גם לפי דינו האישי של הנאשם אסור המעשה — ולו גם על-פי איסור, שאין לוקין עליו — ברור שהמעשה הוא "שלא כדין".

לאור מסקנה זו, מעדיפה אני להשאיר בצריך עיון לעת מצוא את עמדותי בשאלה, כלום כדאי והכרחי לקבוע, שקיים קשר בין הביטוי "שלא כדין" (במקור — "unlawfully") לבין התחייבויות בני הזוג לפי דינם האישי במסגרת ברית הנישואין. אבהיר בקצרה את גדר ספקותי, שהניעוני לא לקבוע עמדה סופית באשר לפירוש המקובל עלי.

אין זה סוד, שרבים עוברים טכס נישואין דתי לא משום הכרתם הדתית אלא בדלית ברירה, שכן בית המשפט הגבוה לצדק מושיט עזרה ברישום בני הזוג כנשואים, כאשר אלה ערכו טכס פרטי בלבד, רק אם הייתה מניעה לעריכתו של טכס כדת וכדין, והאפשרות של נישואין אזרחיים אינה קיימת בישראל. הדברים ידועים, וכל המוסיף נמצא אך גורע. כמו כן מכירים בישראל במעמדם כנשואים, מכוח המשפט הבינלאומי הפרטי, של זוגות, שנישאו בנישואין אזרחיים במדינה זרה (כתנאים שלא אכנס לפרטיהם), יכולים אלה להיות בני דת משה וישראל, או נישואי תערובת, או נישואין בין בני דת אחרת. התוצאה, שכמה גברים, שביצעו מעשה דומה — בעילת האישה בכוח נגד רצונה — לא יישאו שווה בשווה באחריות פלילית לפי חוק חילוני, האחד יצא זכאי והשני יורשע בדין, נראית לי כשלעצמי קשה. טכס, שבני הזוג לא דווקא רצו בו ובחרו בו מרצון טוב וחופשי, עשוי או עלול (לפי המקרה) לחרוץ את דינו של הגבר לשבט או לחסד. יתרה מזו, בנישואי תערובת בטכס אזרחי יתעוררו שאלות סבוכות, לפי מה לקבוע אם הבעילה הייתה "כדין" או "שלא כדין": לפי הדין האישי של הגבר, שביצע את המעשה, או של האישה, שהתנגדה לו, או שמה לפי הסכם הנישואין האזרחיים, אשר, פרט לרישום במשרד הנוגע לדבר, קרוב לוודאי שכלל לא הועלה על הכתב, ומכל מקום אינו בגדר "דין אישי". יתרה מזו, דרישתו של חוק חילוני בישראל, שאישה תבצע בעין התחייבות, "שנטלה" על עצמה מכוח ברית הנישואין, להגניח לבעלה לעשות בה כרצונה, גם אם יהיה מאוס עליה או נגד רצונה, מנוגדת לרוחו ולגישתו של החוק החילוני בישראל אפילו בשטח דיני החוזים. הפרת התחייבות כזאת מן הראוי שיהיו לה (אם בכלל) תוצאות בשטח המעמד האישי, או בדיני חוזים (לפי העניין), אך, לכאורה, לא רצוי, שתחדור לשטח דיני העונשין, ותאפשר לרמוס את כבודה של האישה חרף התנגדותה לבעילה בשעת מעשה (להבדיל מ"התחייבותה" במסגרת ברית הנישואין). ביחוד במדינה יהודית, שהדין האישי של רוב תושביה אוסר על הבעל להתייחד עם האישה בעל כורחה, פירוש כזה יש בו טעם לפגם.

ערה אני לכך שהמחוקק המנדטורי היה אולי מושפע מהגישה המיושנת באנגליה.

השופטת מ' ברפורת

לפיה מותרת האישה לבעלה גם בכפייה, אך שאלה היא, אם גישה זו הכרחית גם בישראל חרף ההשקפות השונות שם ופה, כמבואר לעיל.

- א. אשר לקיומו של הביטוי „שלא כדין“ בהגדרת העבירה, הרי כרגיל (פרט למקרים, בהם כוונתו המשוערת של המחוקק מחייבת אחרת) אין, לדעתי, ליחס לו שום משמעות. את עמדתי זו הבהרתי בהרחבה בע"פ 257/79 (7). הדוגמא, שהבאתי (בין היתר) בתמיכה להשקפתי, מבוססת על הסעיפים 379 ו-380 לחוק העונשין. שני הסעיפים דנים בתקיפה בדרגות חומרה שונות, אך רק באחד מהם — דווקא העבירה הקלה מביניהן — מופיע הביטוי „שלא כדין“. קשה ליחס למחוקק את הכוונה, שלגבי העבירה החמורה די ברכיבים האחרים בלבד ללא הרכיב „שלא כדין“ (אם אכן רכיב הוא), ואילו לגבי העבירה הקלה קיים הרכיב הנוסף „שלא כדין“ (כשנטל הראיה בדבר קיומו רובץ, כמובן, לפתחה של התביעה!).

- ג. אין זו אלא תמצית השיקולים, המגיעים אותי להימנע בשלב זה מנקיטת עמדה באשר לפירוש הנכון של סעיף 345 רישא לחוק.

כאמור, גם דעתי היא, שדין הערעור להידחות.

- ד. הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט בכור, גיתן היום, י"ד בתשרי תשמ"א (24.9.80).

ה

ו

ז