

אש"ד. מרכז זמני לתחבורה נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
[15.4.54, 9.7.54]

לפני השופטים ח' שנין, זילברג, גויטיין

א

ב

פקודת החוק הפלילי, 1936 [תוס"א 652, ע' 263], סעיפים 105
(כפי שהוחלף ב-1937 [תוס"א 740, ע' 251]), 4, 263, 18, 123, 305, 308, 47,
123(1), פרק יא — דבר המלך במועצה, 1922 [חא"י כרך ג' ע' 2738],
סימן 46 — פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 [תוס"א 2,
ע' 1], סעיף 11 — הוראות הגנה (שירותי אוטובוסים ישירים),
תשי"ג-1953 [קה"ת 387, ע' 1404].
היוק ציבורי (public mischief) — הוראותיו של גוף שיתופי לתחבורה להשבית את תנועת
האוטובוסים ברחבי הארץ.

ד

השופט ח' שנין (דעת הרוב): אין המונח העברי "היוק" ממצה את כל תכנו של המונח האנגלי
"mischief" — היוק ממש, חמרי או מוסרי, הוא רק אחת מצורות ה"mischief, המשתרע ומתפ-
שט על כל מעשה המהווה פגיעה או מכשול לרבים, ויתכן שהמלה "תקלה" מיטיבה להביעו —
תכונתו היסודית של סעיף 105 הנ"ל היא שהסעיף הזה דן בעבירה בלתי מוגדרת ובלתי תחומה —
הרשות השופטת, בניגוד לרשות המחוקקת, הוסמכה להגדיר בעבירות, ולהרשיע בהן בני אדם, מעשים
אשר המחוקק גופו לא ראה לנכון להגדירם כעבירות ולא הוהיר עליהם מראש — נמצא, לכאורה, בני-
אדם נענשים על מעשים שהוגדרו כעבירות לאחר עשייתם, בחינת "עונשין ואין מזהירין" — מטעם זה
ומטעמים אחרים, רבה הביקורת באנגליה, ובארצנו, על העקרון המונח כיסודו של סעיף 105 — דברי
הביקורת האחרונים והחריפים ביותר נאמרו בפסקי-הדין האנגלי במשפט Newland — השאלה כאילו
מידה חל המשפט האנגלי בארצנו לאחר קום המדינה, טרם באה על פתרונה — אולם ההלכה במשפט
Newland, שנקבעה בשנת 1953, אינה מעלה ואינה מורידה גם אילו נפסקה לפני קום המדינה —
סעיף 105 הנ"ל מכניס לרשימת העבירות היוזעות לחוק הפלילי של הארץ הונאת את העבירה הרחבה
והבלתי מוגדרת של "תקלה לציבור" — אפשר לבקר את החוק, להצר את גבוליו, להגביל את תחולתו,
לצמצם את פירושו, אך אין לומר בשום פנים ואופן שאיננו קיים — כל עוד לא נחקק מספר החוקים,
מצווים בתי-המשפט לפעול על-פיו ולא להתכחש לו — מה שניתן להיעשות בתחומי המשטרים והול-
כים של המשפט המקובל, זו תורה שבעל-פה, אין לעשות בגבוליו הנוקשים של החוק החרות, זו תורה
שבכתב — הסעיף 4 הנ"ל מפנה אותנו למשפט האנגלי, כדי לקבוע על-פיו "ביאורי המונחים המשפטיים-
שבהם משתמש המחוקק באותה פקודה — הוראה זו מוגבלת בסיג האומר, כי אותם ביאורים יחייבו
עד כמה שמתאים הדבר לענין הכתוב" — מבחינה זו אין משפט Newland עשוי לסמיע לבית-
המשפט כלל ועיקר — במשפט זה הובעה הדעה כי "תקלה לציבור" אינה עבירה עצמאית, ואילו

ה

ו

ז

- סעיף 105 של הפקודה שלנו קובע היפוכו של דבר — לא רק לקביעת יסודות העבירה של תקלה לציבור אין משפט Newland מיעיל; אף לשם בירור פירושו של ביטוי זה אין אפשרות לפנות אליה משום שהוא אינו נוהג לו כל פירוש וכל הגדרה — אין בעיה זו חדשה במשפט שלנו — זו דרכם של המחוקקים בארצות החסות הבריטית להבליע לחוף המשפט המקומי בצורת חוק כתוב הלכה שנקבעה, או אימרת־אגב שהושמעה, בפסק אנגלי — יש ובתי־משפט אנגליים מאוחרים מבטלים אותה הלכה או אותה אימרת־אגב, אך ביטול זה אינו תופס לגבי הארצות אשר עשו אותן חלק מחוקם הכתוב — כך היה בענין אשר נדון בר"ע פ' 2/48, בר"ע פ' 10/49, ובר"ע פ' 183/52 — לכן אין בתי־המשפט הזה קשור כביטול ההלכה שנקבעה במשפט Newland — סעיף 105 הוא סעיף עונשין יוצא דופן — אין העבירה האמורה בסעיף 105 נוצרת אלא אם כן נעשה מעשה שיש בו משום תקלה, ותקלה זו נגרמת או עלולה להיגרם, לציבור — יסודות אלה מצויים בגוף הסעיף — כל תוספת סממנים, גזן של תחיקה לה, ותחיקה היא רשותו של המחוקק בלבד — לכן אין זה רצוי, ונזכר נוסחו הלקוני של הסעיף הנ"ל אין זה גם אפשרי, לצקת דפוסים קבועים ועומדים בצורת הגדרה, והמשפט האנגלי יורה לנו דעה בכך — כלום ישכיל בתי־משפט זה לעשות מהמשפטים האנגליים שלא טרחו וכנראה במתכוון לגזור את שטחי העבירה הנאת במשך יותר מ־150 שנה — חוסר ההגדרה אינו מקרי גם בחוק שלנו — המחוקק המגדיר טורי הלך בעקבות המשפט האנגלי בחלק מהדרך וסטה ממנו בחלק מהדרך — מחד גיסא והפריד מן העבירה, כפי שהיא נחשבת בעיני המשפט האנגלי, כל אותם המעשים אשר ביקש להגדירם הגדרה מדייקת ומושלמת, ועשאם עבירות עצמאיות ויחד להם מקום בסעיפים מיוחדים — מאידך גיסא, הלך בעקבות בתי־המשפט באנגליה לגבי שאר המעשים המהווים את העבירה הזאת — בחוקק את הסעיף 105 הנ"ל, לא נתן המחוקק שלנו במתכוון הגדרה קולעת וברורה לעבירה זו הנדונה בו — לכן לא יצדק בתי־משפט זה אם יבוא היום, שבני־עשרה שנים לאחר שנחקק סעיף זה, ויסגל במחוי זה אחד את כוונה הברורה של המחוקק — "תקלה ציבורית", זו עבירה אשר כל הגדרה אינה תופסת בה — כל מקרה ומקרה צריך להיות נדון לפי מסיבותיו הוא — השיקולים אשר עליהם נחתבו המשפטים באנגליה בעתים שונות אינם ממצים כלל ועיקר את כל האפשרויות, אולם הם עשויים לשמש מורי־דרך לבתי־המשפט בארץ — ספק רב אם תפקידו של בתי־משפט זה לגזור גדרות ולסתום את הפרצות ולהביא סוגיה זו של עבירת התקלה לציבור לידי תחימה — מעשהו של המערער לא רק שעלול היה אלא הביא למעשה תקלה חמורה לציבור, אשר התבטאה בסדרות, באי־נוחיות וביציאות מיוחדות שנגרמו לחלק ניכר מהציבור — נגרמה כאן העבירה האמורה בסעיף 105 הנ"ל גם אם נעדר כל יסוד של קשירה קשר — מטעמים אלה יש לדחות את הערעור.
- השופט גויטיין (דעת הרוב): סעיף 105 הנ"ל מצריך עיון מיוחד, הואיל והמחוקק מטאיר לבית־המשפט את ההחלטה בכל מקרה ומקרה אשר יובא לפניו, לקבוע אם המעשה הזה עלול לגרום או להביא לידי היוק ציבורי — אין ספק, כי יהיה הדבר לטובת בתי־המשפט, המשטרה והאזרח כאחד אם ביהמ"ש ימצא הגדרה למלים "היוק ציבורי" — בסעיף 105 הנ"ל קיימים ארבעה יסודות: א) יש צורך במעשה, ב) המעשה גורם, או עלול ג) להביא לידי היוק, ד) ההיוק צריך להיות ציבורי — אין כל קושי ביסוד א), אולם ישנם קשיים ידועים ביסודות ב), ג) וד) — קושי ניסף נגרם בגלל חוסר מלה מתאימה בעברית אשר תהיה אפילו קרובה בלבד במשמעותה למלה mischief — "היוק" ואף "תקלה", אינן מבארות את אפיה של המלה האנגלית mischief — המלה הקרובה ביותר בשפה העברית הנה: "שובבות" או "משובה" — אולם היות ומלים אלו מסבירות רק את המעשה עצמו ולא את תוצאת המעשה, מוטב להשתמש במלה "היוק" — פירושו המלה mischief בשפה האנגלית, מתוך עיון:

במילון האיכספורדי, בשפה האנגלית המדוברת, בספרות האנגלית, בתרגום התנ"ך ובספרות המשפטית — מן הראוי גם לחפש את הפירוש הנכון של המלה "ציבורי" לשם היסוד (ג) — מלה זו מוגדרת בפקודת החוק הפלילי עצמה — הגדרת העבירה הכלולה בסעיף 105 הנ"ל מובעת צ"י העקרונות הכי אים : א) אין צורך ב־mens rea — אם תוצאת המעשה מהוה היוק לציבור, אין השיבות לשאלה אם העושה את המעשה אמנם חשב לגרום היוק לציבור, אם לאו — ב) אין להאשים אדם לפי סעיף 105 הנ"ל באם קיים סעיף אחר בחוק הפלילי, האוסר את המעשה האמור — ג) המעשה צריך להיות עלול לגרום או להביא לידי היוק ציבורי, באופן ישיר לכל הציבור, או לחלק בלתי מסוים ממנו — ד) ההיוק יכול להיות ממוני, או נפשי, או עליידי הפרעה לסדר המקובל של רשויות הציבור — ה) אין להתחשב בתוצאות הרחוקות העלולות לנבוע מהמעשה, אלא רק בתוצאות המידיות של אותו מעשה — ו) אם המעשה גורם נזק לאיש או לגוף מסויים, והאיש או הגוף יכולים לקבוע ולתבוע את הנזקים במשפט אזרחי, אין להפעיל את הסעיף 105 הנ"ל — התוצאה הישירה של המעשה אשר עילל המערער היא גרימת היוק בלתי-מסויים של הציבור, ובוה סגי.

השופט זילברג (דעת המיעוט) : יש לבקר בחריפות את עבירה ה־public mischief — זו היא עבירה שאין לה שיעור ואין כמות נוגדת את העקרונות השוררים בדרכי החקיקה והפרשנות של החוק — שנים הם עקרונות נכבדים אלה, המהווים נכסי צאן ברזל של מדינה דימוקרטית נאורה : 1) אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה ; 2) אין השופט רשאי לחרוג כמלא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולחדש עבירה "משל" על סמך שיקולי הגיון — הביטוי ההולם את הרעיון הנדון ניתן במאמר התלמודי : "אין עונשין מן הדין" — אין השופט הפשי להשתמש בשיקולי ההגיון שלו, על מנת להפוך לדבר אסור את אשר לא נאסר בפירוש עליידי המחוקק — אם המחוקק גופו, מאיזה טעם שהוא, ושכחה בכלל, לא הטיל גושפנקה פלילית על המעשה, הרי "שגנת מחוקק עילה ודון", והעבריון יצליח, ובדיון יצליח, לחמוק ולעבור מבעד ללקונה ההיא — גדולה הסכנה הנשקפת לאזרח "העבריון בכוח", ממציאותן של עבירות סתומות ובלתי מוגדרות — וגדולה הסכנה שבעתידים, כאשר שם העבירה הוא public mischief, ביחוד בתקופת קיבוץ גלויות ובתנאים השוררים כיום בארץ הזאת — ה"מוסר השכל" העולה מזה היא, כי התרופה הרדיקלית והיעילה ביותר תהיה למחוק כליל מספר החוקים את העבירה האמורה — אך סמכות זו, לא לבית-המשפט היא, אלא לנסת — כשם שאין השופט רשאי להוסיף על החוק, כך אין הוא יכול לגרוע ממנו — נשאת רק ברירה אחת והיא, לצמצם את תחולת הסעיף הנדון, וזה ע"י מתן הגדרה לעבירה האמורה בו, הגדרה אשר תגדיר ותגדור אותה תוך גבולות מסויימים, ולא תתן לה להתפשט יותר מדי ברחבי החיק הפלילי — התרגום העברי הנכון של המונח האנגלי public mischief הוא לא "תקלה לציבור" אלא "תקלה ציבורית" — יכול שמהא נגרמת תקלה לציבור, והיא לא תהיה תקלה "ציבורית" במובן סעיף 105 הנ"ל — הדגש בעבירת התקלה הציבורית הוא על המושג "ציבורית" — ירידה לעמקו של מושג זה הבאר את תחומי העבירה בדיוק — לפי ע"פ 125/50, פסקדין אנגלי אשר ניתן אחרי קום המדינה אינו מחייב את בתי המשפט הישראליים — "התקלה הציבורית" אשר בסעיף 105, פירושה : תקלה לציבור באמצעות רשויות הציבור — היא מצויה רק כאשר כתוצאה, או כהשתלשלות, ממעשהו של הנאשם, רשות ציבורית עושה, או עלולה לעשות, מעשים המביאים רעה לציבור — מעשה המערער דנו נמצא מחוץ לגבולות סעיף 105 הנ"ל, ועל כן יש לבטל את ההרשעה — מן הראוי לעיין בחוות דעת אחת של בית-הדין הבינלאומי בהאג, אשר יש בה תיזוק ואסמכתה לביקורת על סעיף 105 הנ"ל ולצורך לתחום תחומים, מוגדרים כל שהוא להוראה הבלתי מוגדרת של סעיף זה.

פסקי-דין אנגליים שהוזכרו:

- [1] *R. v. Newland and ors.*: (1954), 37 Cr. App. Rep. 154, 163, 165, 166, 167; (1953), 2 All E.R. 1067; (1953), 3 W.L.R. 826, 830.
- א [2] *R. v. Higgins*: (1801), 102 E.R. 269, 275; (1801-1802), 6 R.R. 358, 367, 368, 369, 370, 371, 373.
- [3] *R. v. Brailsford and an.*: (1905), 2 K.B. 730, 745, 744; (1906), 93 L.T. 401, 406.
- [4] *R. v. Porter*: (1909), 3 Cr. App. Rep. 237; (1910), 1 K.B. 369, 373.
- [5] *R. v. Bassey*; (1930-31), 22 Cr. App. Rep. 160, 161.
- ב [6] *R. v. Elizabeth Manley*: (1932-34), 24 Cr. App. Rep. 25, 29, 27, 28; (1933), 1 K.B. 529, 534, 535.
ראה גם Archbold's Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases, 32nd ed. 1949, p. 1239, 1249.
- [7] *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*: (1934-36), A.C. 462; 25 ג Cr. App. Rep. 72.
- [8] *Ruse v. Read*; (1949), 1 All E.R. 398.
- [9] *R. v. Robert Young*; (1943-45), 30 Cr. App. Rep. 57, 60, 64, 63.
- [10] *R. v. De Berenger and ors.*: (1814), 105 E.R. 536; (1814-1816), 15 R.R. 415, 418, 419, 420, 421, 416.
- ד [11] *R. v. Price*; (1883-4), 12 Q.B.D. 247.
- [12] *R. v. Bramham*; (1939), *The Journal of Criminal Law*, p. 353, 355.
- [13] *Smith and ors. v. Brown and ors.*; (1870-71), L.R. 6 Q.B. 729, 732.
- [14] *The East Lancashire Railway Company v. Hattersley*: (1849), 8 Hare 78, 90; 68 E.R. 278.
- ה [15] *R. v. Leese and an.*; (1936).
ראה Archbold's Pleading, Evidence and Practice in Criminal Case, 32nd ed. 1949, p. 1289.
- [16] *R. v. Henderson*; (1939), *The Journal of Criminal Law*, p. 35.
- ו [17] *R. v. Wood*; (1939), *The Journal of Criminal Law*, p. 36-38.

פסקי-דין א"י שהוזכרו:

- [18] Cr. App. 179/42 — *Abed Yunis Dalloul v. Attorney-General*: (1942), P.I.R. Vol. 12, p. 782, 784; (1942), S.C.J. Vol. 2, p. 932.

פסקי-דין ישראליים שהוזכרו:

- [19] ע"פ 2/48 — מחמד מסעוד אבדאלוג' נגד היועץ המשפטי לביטחון ישראל; פסקים, כרך א. תשמ"ח/תשמ"ט 1948/49, ע' 276, 283.

השופט תש"ן

- [20] ע"פ 10/49 — היועץ המשפטי לממשלת ישראל נגד פבל פתניאב; „פסקים“, כרך ב, תש"ט/תש"י 1950/51, ע' 34.
- [21] ע"פ 131/52 — היועץ המשפטי לממשלת ישראל נגד א. לוי ול. בורנשטיין; „פסקי-דין“, כרך ו, תשי"ב/תשי"ג 1952, ע' 854, 858, 859; „פסקים“, כרך ה, תשי"ב 1952, ע' 200.
- [22] ע"פ 125/50 — דוד יעקובוביץ נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל; „פסקי-דין“, כרך ו, תשי"ב/תשי"ג 1952, ע' 514, 564, 565; „פסקים“, כרך ו, תשי"ב 1951/52, ע' 439.

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים הישראליים שהוזכרו:

- [23] ע"פ 183/52 — היועץ המשפטי לממשלת ישראל נגד יוסף אברהם; „פסקים“, כרך ה, תשי"ג 1952/53, ע' 27, 31.

מקורות המשפט העברי שהוזכרו:

- (א) בראשית ו, יא
 (ב) תהלים נב, ד
 (ג) תהלים נה, ד
 (ד) מכות, דף ה, ע"ב.

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב (מ. קנת, נשיא תורן), מיום 19.12.53, בתי"פ מס' 568/53, לפיו הורשע המערער בעבירה על סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונידון לתשלום קנס בסך — 200 ל"י. הערעור על הארשעה נדחה ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של הנאשט זילברג, אך סכום הקנס הופחת.

צדוק — בשם המערער; ח. ה. כהן ורגב/ נ. סלומון — בשם המשיב

פסק-דין

השופט חש"ן: זהו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר בו הורשע המערער בעבירה של עשיית מעשה העלול לגרום לידי היוזק ציבורי (public mischief), לפי סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונדון לתשלום קנס בסך — 200 ל"י.

2. התביעה — על דרך הדיון הדחוף — הובאה תחילה נגד המערער, גוף שיתופי המכונה אש"ד, מרכז זמני לתחבורה, ונגד שלושה גופים שיתופיים אחרים העוסקים אף הם בתחבורה, והאישום היה כי „בתאריך 1.2.53, בתל-אביב, עשו הנאשמים הנ"ל, שטיב עסקיהם הוא שירות אוטובוסים ציבוריים, מעשה העלול להביא לידי היוזק ציבורי, בזה

השופט השני

שהשביתו ללא הצדקה, במשך חמש שעות בקירוב, את כל תנועת האוטובוסים שבשירותיהם הם. במהלך הדיון הוברר, כי שלושת הגופים האחרים מאוגדים כולם בגוף הראשון, היינו, במערער, ומשום כך דן השופט המלומד רק בו. במערער זה ובמעשיו בלבד, מפני התפתחות זו אפשר היה לצפות, כי המערער יידון לפי מעלליו הוא, בלי כל קשר למעשיהם של אחרים, ומה גם שבכתב האישום לא נרמז אף רמז קל על שיתוף פעולה כלשהו בין המערער לבין אחרים, מחוץ לשלושת הגופים הנזכרים. אך לא כן היה הדבר. לאחר שהשופט המלומד קבע כעובדה, כי נהגיהשירות של המערער עזבו את מקומות עבודתם וסירבו להסיע נוסעים, הוסיף ואמר, כי "עמדתם זו נבעה מהחלטת ההנהלה (של המערער) ומנהג ליו חברים אחרים להפסיק את התחבורה...". "בהחלטה נשואתפ"ז — קרי ב"קשר" זה — ראה, איפוא, השופט "את ההיזק לציבור או את הענין העשוי להביא נזק לציבור", לשם זהירות ייתר תיקן את הפרטים שבכתב האישום על-ידי הוספת המלים "שהנאשמת מס' 1 (כלומר, המערער) ביחד עם אחרים באו לידי הסכמה להשבית" אחרי המלה "בוה" ולפני המלים "ללא הצדקה". ועל-ידי מחיקת המלה "שהשביתו" הנזכרת באותו מקום, מהביטויים המודגשים על-ידי במובאות האמורות ברור, איפוא, כי כל עיקרה של הרשעה לא בא אלא בגלל הקשר המוקדם לגרום את ההיזק הציבורי, וכי בהעדר קשר זה יתכן מאד והשופט המלומד לא היה מוצא חומר הרשעה. בדברי להלן אוסיף לדון באבחנה זו שבין עבירת קשר לגרום היזק ציבורי לבין העבירה של היזק ציבורי שאינה פרי קשר. לפי שעה נחקור ונבדוק את טיבה של העבירה הנזכרת בסעיף 105.

3. סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936. אומר, וזו לשונו בתרגומו העברי:

"כל העושה מעשה העלול לגרום או להביא לידי היזק ציבורי יאשם בעוון."

ה. במקורו האנגלי מניסח הסעיף כך:

"Any person who does any act which may cause or tend to cause a public mischief is guilty of a misdemeanour."

לדעתי אין המונח העברי "היזק" ממצה את כל תכנו של המונח האנגלי "mischief" שהרי היזק ממש — חמרי או מוסרי — אינו אלא אחת מצורות ה־ "mischief", המשתרע ומתפשט על כל מעשה המהווה פגע־רע או מכשול לרבים. יתכן שהמלה "תקלה" מתאימה יותר (ובמינהג זה אמנם אשתמש להלן בשביל המושג "mischief"), ותקפה של כל תקלה ותקלה, או כובד משקלה לצורך הקביעה אם יש בה כדי ליצור את העבירה, הנו ענין לבית־המשפט לדון בו בכל מקרה ומקרה על-פי מסיבותיו שלו.

4. עם קריאת סעיף 105 מזדקרת מיד לעינינו תכונתו היסודית — תכונה שאינה מצויה בשאר סעיפי־העבירה אשר בחוק הפלילי — היינו: סעיף זה דן בעבירה בלתי

השופט חשין

מוגדרת ובלתי תחומה. דומה הדבר כאילו הופקד בית-המשפט על-ידי המחוקק לקבוע ולהחליט בכל מקרה ומקרה אם מעשים מסויימים מהווים — או אינם מהווים — עבירה בתחומי הבלתי מוגבלים של הסעיף. לשון אחרת: הרשות השופטת — בניגוד לרשות המחוקקת — הוסמכה להגדיר כעבירות — ולהרשיע בהן בני אדם — מעשים אשר המחוקק גופו לא ראה לנכון להגדירם כעבירות ולא הזהיר עליהם מראש. נמצא, לכאורה, בני אדם נענשים על מעשים שהוגדרו כעבירות לאחר עשייתם, בחינת "עונשים ואין מזהירים". נוהג זה — כך אפשר לטעון ולקבול — עשוי לקעקע את עצם היסודות אשר עליהם מושתתים העקרונות של שלטון החוק וחופש פעולותיו של הפרט במדינה, והוא היפוכו הגמור של הכלל המקודש במשפט הפלילי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". ואכן, מטעם זה ומטעמים אחרים כיוצא בו, רבה הביקורת — באנגליה וכאן, בארץ הזאת — על כמה מן הדברים שנאמרו, ולפחות על הלכה אחת שנפסקה, בעקבות העקרון המונח ביסודו של סעיף 105. היינו, כי כל מעשה הגורם או העלול לגרום לידי תקלה ציבורית מהווה עבירה שנענשים עליה. דברי הביקורת האחרונים והחריפים ביותר נאמרו בפסק-הדין האנגלי (1), R. v. Newland; (1954), 37 Cr. App. Rep. 154 אשר נפסק לפני כשבעה חדשים בלבד. אך בטרם נבוא לפרטי פסק-דין זה, ובטרם נשתדל לקבוע באיזו מידה מחייבים אותנו הדברים אשר נאמרו בו, נפנה תחילה אל כמה מן המשפטים האנגלים אשר נפסקו לפני מכן, ונסקור בקצרה את ההלכות אשר נקבעו בהם, ואת העקרונות אשר העלו מהם בני-סמך בחקר המשפט האנגלי.

א
ב
ג
ד
ה
ו

5. בראשית היה המשפט (2), R. v. Higgins; (1801), 102 E.R. 269. היתה זו תביעה פלילית שבה הואשם אדם בפיתוי משרת לגנוב מבית אדונו. בית-המשפט הרשיע את הנאשם, בקבעו כי שידול לעשות מעשה פשע הוא עוון במשפט המקובל. אולם אחד השופטים שישבו לדין באותו משפט — לורנס (Lawrence) — יצא מגדרו ובמימרת-אגב חיוה דעה (כ"ע 275), כי "כל העבירות בעלות אופי ציבורי, כלומר, כל אותם המעשים או הנסיונות העלולים להביא רעה על הציבור, אפשר לתבוע עליהן לדין. (בלשון המקור: "all offences of a public nature, that is all such acts . . . or attempts as tend to the prejudice of the community, are indictable")."

אימרת-אגב זו, שלא היתה צריכה לגוף הענין, נעשתה בנין-אב במשפט הפלילי: בתי-משפט קבעו אותה יסוד להחלטותיהם ופסקו על-פיה הלכה למעשה, ופרשני משפט הפכו בה והפכו בה והסיקו ממנה מסקנות מתאימות. נתעכב קמעא רק על אחדים מאלה:

ז
ח
ט

א. R. v. Brailsford and an.; (1905), 2 K.B. 730 (3): במשפט זה קשרו הנאשמים קשר להשיג בטענות שוא ממשד החוץ דרכון בשם אחד מהם. בידיעה ובכוונה שמישהו אחר ישתמש בו במסעיו ברוסיה, הם הורשעו בדין, ובקשה שהוגשה על-ידם לבטל את ההרשעה נדחתה. זקן-השופטים הלורד אלורסטון (Alverstone) הסתמך, בין השאר, על משפט היג'נס (2), ובקבעו כי מעשי הנאשי-מים עלולים ליצור תקלה לציבור, הגיע לכלל מסקנה כי הנאשמים הם בני עונשין.

השופט זימין

„אין לטעון כמובן, מטעים זקן-השופטים ואומר שם, בי"ע 745, „כי כל מעשה רמאות ותרמית מהוה עבירה על החוק הפלילי, אך ההבדל בין מעשים שהם לא הוגנים בלבד, או בלתי מוסריים, לבין מעשים העלולים לגרום תקלה לציבור הוכר מכבר“.

א

1. R. v. Porter; (1909), (4) : בתביעה פלילית זו נדונה השאלה: מה דינו של אדם אשר נתן ערבות לשחרורו של עציר ממשמרו. תמורת התחייבות העציר לפצות את הערב במקרה של חילוט הערבות בשל אי-הופעת העציר לכשידרש לכך? בית-המשפט לערעורים פליליים קבע (אף כאן מפי זקן-השופטים אלוורסטון), כי הסכם כזה בין ערב לבין עציר המשתחרר ממעצרו מהוה עבירה במשפט המקובל והטעים, כי אם אמנם לא כל מעשה הנוגד את טובת הציבור או את הסדר הציבורי יש לראותו כעבירה פלילית, המעשה המדובר — כלומר, ההסכם שנועשה — הוא ממין המעשים העלולים לגרום תקלה לציבור, משום שבגלל ההסכם לא יהיה הערב מעוניין עוד לדאוג לכך שהעציר לא יימלט מיד הדין, ומשום שבגלל כך יסוכלו מעגלות הצדק, בלכתו בעקבות פסק-הדין במשפט בריילספורד, (3). הנ"ל, דחה בית-המשפט את הערעור.

ב

ג

2. R. v. Bassey; (1931), 22 Cr. App. Rep. 160, (5) : במשפט זה הוברר, כי הנאשם ביקש להתקבל כתלמיד בבית-ספר למשפטים. למטרה זו הומצאו ע"י מישוהו שפעל בשם הנאשם תעודות מזויפות על דרגת השכלתו של הנאשם ועל אפיו הטוב, ועל סמך אלה נתקבל הלה כתלמיד בבית-הספר. משנתגלה הדבר, נתבע הנאשם לדין על קשירת קשר לעשות מעשה העלול לגרום תקלה לציבור, והורשע. בית-המשפט לערעורים פליליים דחה את הערעור, באמרו מפי השופט סויפט (Swift), כי נאמני המוסד אחראים כלפי הציבור לטיבם של אלה המתקבלים כתלמידים, לכשרם ולהשכלתם, ואם בא מישוהו ומשפיע על הנאמנים בדרכי רמיה ובטענות שוא להשתמש שלא כהלכה בכוח הפיקוח הנתון בידם ולקבל כתלמיד מי שאינו ראוי להתקבל, הריהו עושה בזה מעשה העלול להביא תקלה לציבור. „מעשה בודד“, אומר השופט, שם, בי"ע 161, „אינו עשוי לפגוע בציבור, אך השאלה היא אם המעשה הוא ממין המעשים העלולים לגרום תקלה לציבור. לדעתנו הדבר כן הוא“.

ד

ה

3. כותב הפרק על דיני עונשין ופרוצידורה בהלסבורי—היילשאם, כרך 9, אומר בקיצור נמרץ (בע' 426, סימן 729):

„כל אדם העושה מעשה העלול לגרום לידי תקלה לציבור אשם בעוון לפי המשפט המקובל, מעשה כזה הוא כל מעשה העלול לפגוע לרעה בציבור.“

ו

כאסמכתא לשני חלקי המשפט מביא הכותב את משפט הייגנס, (2)

השופט השני

א. ולבסוף אנו באים לפסק-הדין אשר עורר את זעמם של המבקרים יותר מכל פסקי-הדין האחרים שטיפלו בשאלה זו, ואשר דוקא מבחינת המשפט בארצנו — כפי שנראה להלן — חשוב הוא לאין ערוך. זהו פסק-הדין אשר ניתן במשפט, R. v. Manley; (1932), 24 Cr. App. Rep. 25 (6).

א

ב. היה זה מעשה באשה אחת, אשר התלוננה כמה פעמים באוני המשטרה, כי אנשים שונים, אשר תיארה אותם במפורט ובמדויק, התנפלו עליה ושדדו את כספה. אלה היו סיפורי-בדים, אך המשטרה נפנתה לתלונותיה של האשה, ועל סמך התיאורים שנתנה להם אסרה כמה אנשים. כאשר הוברר כי לא היו דברים מעולם, נתבעה האשה לדין בעוון עשיית מעשה העלול לגרום תקלה לציבור, והורשעה. היא ערערה על ההרשעה, אך ערעורה נדחה, ו"זקן-השופטים הלורד היוארט (Hewart), בדונו בשאלה אם נכון הדבר לומר "כיום" (כלומר, ב־1932, השנה שבה ניתן פסק-הדין), כי המשפט האנגלי מכיר בעבירה של עשיית מעשה העלול להביא תקלה לציבור, פוסק ואומר שם, ב"ע' 29 :

ב

ג

"לדעתנו יש להשיב על שאלה זו בחיוב. אנו סבורים, כי החוק עורנו כפי שנוסח על-ידי השופט לורנס במשפט היגינס (2). וכל העבירות בעלות אופי ציבורי, כלומר, כל אותם המעשים או הנסיגות העלולים להביא רעה על הציבור, אפשר לתבוע עליהן לדין. אותו משפט הובא מתוך הסכמה במשפט מאוחר הרבה יותר — בריילספורד (3), ובמשפט מאוחר עוד יותר, פורטר (4)."

ד

ה. פשוט וברור: מעשה שיש בו משום תקלה לציבור מהווה עבירה פלילית במשפט המקובל, ובתי-המשפט מצווים להעניש את העוברים אותה.

ה

ו. ההלכה אשר נקבעה בפסק-דין אחרון זה שימשה תקדים מחייב, ובתי-משפט רבים ושונים הלכו בעקבותיה ופסקו על-פיה בלי לחלוק עליה, עד שקפץ עליה רוגזו של משפט ניו־יורק (1), אשר יזכר להלן. לפי דברי בן-סמך אחד, היו ההרשעות, דוגמת ההרשעה במשפט מנלי (6), מעשים בכל שבוע באנגליה גופה, ואף מעבר לים (ראה הערה בסוף מאמרו של ו. ט. ס. טטליבראס "Public Mischief", שפורסם בקובץ The Modern Approach to Criminal Law, p. 66). כך נהגו בתי-המשפט עת רבה, אך בספרות המשפטית רבה הביקורת על פסק-דין זה ועל ההלכה אשר נקבעה בו, עד שבא ענין ניו־יורק (1), הנזכר לעיל, ונעשה שופר משפטי לדברי הביקורת הרבים שנערמו עליהם במרוצת הזמן.

ו

ז

6. המערערים במשפט ניו־יורק (1), הורשעו בעבירת קשר לבצע תקלה לציבור. האישום היה כי הם רכשו בדרכי רמיה חרסינה ביתית קשוחה במטרה להפיצה בשוק המקומי. לפי החוק נאסר על יצרנים באנגליה לספק לשוק האנגלי המקומי תוצרת זו, כדי לאפשר

השופט חזנין

לאוצר להשיג בה מטבע זר על-ידי היצוא לחו"ל, אך החוק לא קבע מה יהא דינו של אדם אשר עלה בידו להשיגה מאת יצרן מקומי במסיבות שבהן השיגוה המערערים. מטעם זה אי אפשר היה לתבוע את המערערים לדין כעכריינים עיקריים. אך גם כשותפים לדבר-עבירה לא היתה אפשרות לתבעם, משום שהייצרנים מצדם הם פעלו בתום-לב ולא התכוונו לעבור על החוק. השאלה היתה, איפוא, אם היה מקום להאשים את המערערים — כאשר הואשמו למעשה בבית-המשפט של מטה — בקשירת קשר לעשות מעשה העלול לגרום לידי תקלה לציבור. בית-המשפט לערעורים מפי זקן-השופטים גודארד (Goddard) דחה את הערעור. בהעירו את ההערות הבאות (ב"ע 163):

ב "מאוחר הדבר הרבה יותר מדי להתנגד לכך ולומר, כי קשר לבצע תקלה לציבור הוא עבירה שאינה ידועה בחוק. במאה הנוכחית זיו לפחות שלושה משפטים שפורסמו, אשר בהם הובא אותו אישום 'ההרשעה אושרו'."

ג כאן מזכיר זקן-השופטים ומסתמך על משפטי בריילספורד, (3). פורטר, (4). ובייט, (5). הנ"ל, שאף בהם היתה העבירה מיין הקשר. בהמשך דבריו מטעים זקן-השופטים את הזהירות. אותה חייב בית-המשפט לנהוג, בבואו לדון במעשה אשר לפי הטענה מהווה הוא עבירה של תקלה לציבור, ומסביר שאם לא כן, עשוי הדבר, משיתרחב ויתפשט, לתת בידי שופטים את הסמכות להגדיר עבירות חדשות. זה הוא, כידוע, ענין למחוקק לענות בו, ולא לשופט. לגוף המשפט שהיה לפניו אומר זקן-השופטים (ב"ע 165) את הדברים הבאים:

ה' הפרטים מגלים במידה מספקת עוון שבמשפט המקובל, כלומר קשר. ובין שרואים את הדברים בפשטות כקשר להשיג מטרה בלתי חוקית או כקשר להכשיל באמצעים בלתי כשרים את הכוונה הברורה ואת המטרה של חוק מחוקי הפרלמנט, או לפעול לרעת המדינה, הם מגלים, לדעתנו, עבירות אשר היו ידועות משכבר במשפט המקובל של הארץ הזאת."

ז 7. בדבריו האמורים התך למעשה בית-המשפט לערעורים פליליים את גורלו של הערעור, והוא לא היה חייב להוסיף עליהם. מהות העבירה כאן היא קשר לגרום תקלה ציבורית, ועל עבירת קשר כזאת מענישים לפי המשפט המקובל: ראה בריילספורד, (3), וחבריו, אך בית-המשפט לא הסתפק בכך, ובצאתו מגדרו השמיע גם כמה דברים — הריפים למדי — על משפט ננלי, (6). ועל ההלכה שנקבעה בו, בעשותו כן, נחו — כאמור — ביטוי לרוח הביקורת אשר פיעמה את המשפטים מעברים שונים במשך הרבה שנים. את הנימוק העיקרי לעמדתו הביקורתית של בית-המשפט אנו רואים בדבריו הבאים של זקן-השופטים (ב"ע 166):

"הם (השופטים אשר ישבו לדין במשפט ננלי, (6)), סמכו על אימרת אגב של השופט סולדון לונגט במשפט היגנס, (2), וכן על משפטי

השופט חשין

- בריילספורד, (3) ויפורטר, (4). היה זה מצעת הרחב של אותה אימרת-אגב אשר עליו נמתחה ביקורת קשה כזאת.... כתוצאה ממנה היה ניתן לשופטים הכוח להכריז על עבירות חדשות, ולאפשר להם לקבוע כי כל דבר העשוי, לדעתם, להביא רעה על הציבור הוא עוון. דבר זה טוב היה אולי בתקופה שהפרלמנט היה מתכנס לעתים רחוקות, או לפחות רק לאחר הפסקות ארוכות; אולם עתה — אין עוד ספק בכך כי תפקידו של הפרלמנט הוא, ולא של הרשות השיפוטית, ליצור עבירות פליליות חדשות.
- א. ואשר לשאר התקדימים אשר עליהם סמך בית-המשפט בענין מנלי, (6) — היינה בריילספורד, (3) ויפורטר, (4) — אומר זקן-השופטים גודארד, כי במשפטים אלה היה יסוד האישום מעשה הקשר לגרום תקלה לציבור, ולא עצם גרימת התקלה או עשיית המעשה העלול לגרום תקלה. והמרחק בין שני אלה רב, שהרי יש מעשה שאינו בגדר עבירה, ואף-על-פי-כן קשר לעשות אותו מעשה גופו מהווה עבירה.
- ב. «לדעתנו», אומר זקן-השופטים (ביע' 167), «הגישה הנכונה למה שנקרא בשם משפטי תקלה לציבור היא לראותם כחלק מדיני הקשר, ולפסוק כי מעשיו של היחיד, אשר נעשו שלא על דרך השיתוף עם אחרים, ניתנים להענשה רק אם הם מהווים מה שהוחזק בעבר כעבירות של המשפט המקובל או של החוק הכתוב».
- ג. אמנם בהמשך דבריו בפרשה זו אומר זקן-השופטים, כי ההלכה שבמשפט מנלי, (6) מחייבת את בית-המשפט לערעורים פליליים וכובלת את ידיו כל זמן שלא נסתרה על-ידי בית-הלורדים, אך הבעת דעה זו אינה מונעת אותו מלסיים בנימה ביקורתית ומלהשיא עצה טובה, כי «הדרך הבטוחה היא לא ללכת בעקבותיה»; כלומר, זו «הלכה ואין מורין כן».
- ד. קיצורו של דבר: שלושה דברים נאמרו במשפט ניולנד, (1), אשר חשיבות מכרעת נודעת להם במשפט האנגלי בסוגיה זו של תקלה לציבור, ואלה הם:
- ה. (א) דברי השופט לורנס במשפט היג'נס, (2), לא היו צריכים לגופו של הענין שם, ולפיכך אין להם כוח מחייב, וכל כולם אינם אלא בבחינת אימרת-אגב בלבד. יתר-על-כן: אימרת-אגב זו רחבת מידות היא ואין לעשותה — ובעבר אף לא נעשתה, חוץ מאשר במשפט מנלי, (6) — אכן פינה להלכות פסוקות.
- ו. (ב) על-פי המשפט המקובל אין עבירה עצמאית של תקלה לציבור, והמעשה העלול לגרום תקלה לציבור הוא בגדר עבירה רק כאשר רואים אותו מתוך האספקלריה של מעשה קשר, או שהוא ממין המעשים אשר נמנו וגמרו משכבר כי הם מהווים עבירה.

השופט חשין

(ג) משפט מנלי, (6), נפסק שלא כהלכה, ואימרת האגב של השופט לורנט
במשפט היג'ונס, (2), שימשה לו משענת קנה רצוף.

9. במסקנותיו האמורות של זקן השופטים גודארד במשפט ניולנד, (1), נאחו ב"כ
א המערער בענין שלפנינו, וטענתו העיקרית היא כי משפט ניולנד, (1), כתם את הגולל על
התפתחות נוספת של סוג העבירות המוגדרות כתקלה לציבור, וממנו והלאה אין לראות
מעשה כעבירה של תקלה לציבור, אלא אם כן הוא יציר-קשר או שימש בעבר נושא של
הלכה פסוקה במשפט המקובל, כלומר, נחתם בגושפנקה של בית-משפט שהוא עבירה;
והואיל ושני אלה לא נתקיימו במקרה דנן, בנויה ההרשעה על אדני-שוא.

ב היועץ המשפטי משיב על טענות אלה ואומר, כי הדברים שנאמרו במשפט ניולנד, (1),
אין בכוחם לסייע בידי המערער, מהטעם הפשוט שאין הם מחייבים את בית-המשפט, וכל
כך למה? אותם דברים נאמרו אחרי קום המדינה, כלומר, לאחר עישיב הכריו על
עצמאותו המדינית, והפסיק את קשר-תלותו במדינת אנגליה. ניתוק זה מהשלטון הכריטי
ג — טוען היועץ המשפטי ואומר — הביא בעקבותיו ממילא גם הפסקת זיקתנו לעקרונות
המשפט האנגלי, במידה שאותם עקרונות טרם קנו שביתה במשפט הארץ הזאת, וכל
חידוש שהתחדש מאז קום המדינה, או שעתיד להתחדש, בבית-מדרשו של המשפט האנגלי,
ובכלל זה גם פירושים חדשים לעקרונות ישנים של המשפט המקובל, כל החידושים האלה
שוב אין להם כוח מחייב במשפט הארץ הזאת.

ד 10. שאלה זו אשר עורר אותה היועץ המשפטי נכבדה היא עד מאד, שכן ממנה יתה,
ממנה פינה להמשך התפתחותו של המשפט בארץ, במידה שהוא יונק ועתיד לינוק מתחומי
המשפט האנגלי, אם מכוח הסימן 46 לדבר המלך במועצה, ואם מכוח סעיף 4 לפקודת החוק
הפלילי, 1936, ואם מכוח כל חוק אחר המפנה אותנו במיוחד, לצורך פירוש הדברים
האמורים באותו חוק, למשפט האנגלי. שאלה זו בלשון פשוטה וקצרה היא: באיזו מידה
ה' המשפט האנגלי בארץ הזאת לאחר קום המדינה? סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון
והמשפט כבר קבע כי "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי
1948) יעמוד בתקפו" בישראל "בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".
המשפט שהיה קיים" אותו זמן כולל, כמובן, גם אותם חלקי המשפט האנגלי אשר הועברו
למשפט הארץ, וחייבו את בתי-משפטה, על-פי הוראות חוק שונות, על כך אין איש בא
לחלוק. אך מה דינם של הלכות שנפסקו ופירושים שנתחדשו שם, במשפט האנגלי, לאחר
קום המדינה? המחייבים אף הם את בתי-המשפט בארץ באותה מידה, או שהכרות
העצמאות המדינית שמה קץ להודקקות לאותו חלק של המשפט האנגלי ש"נוצר" לאחר
ההכרזה?

ז 11. אין ספק בכך, ששאלה זו עוד תוסיף להתדפק על דלתות בתי-המשפט ותדרוש
את פתרונה המושלם והמוחלט במקדם או במאוחר, אך למטרת הענין שלפנינו אין הכרח
בדבר לפתרה דוקא עכשיו, מהטעם הפשוט שההלכה שנקבעה במשפט ניולנד, (1), אינה

השופט חשין

מעלה ואינה מורידה. והשפעתה לא היתה ניכרת על הענין המדובר כאן גם אילו נפסקה לפני הקמת המדינה. אבאר את דברי:

במשפט ניוֹלנד, (1). נדונה השאלה, כאמור, אם המשפט המקובל הכיר בעבירה של קשר לגרום תקלה ציבורית. על שאלה זו — כפי שראינו לעיל — השיב בית-המשפט בחיוב והטעים וחזר והטעים, כי בהרשעת המערערים — ובדחיית ערעורם — אין בית-המשפט מייצר או מגדיר עבירה חדשה שלא ידועה ראשונים, כי אם סומך ידו על עבירה שיסודה משכבר הימים במשפט המקובל. היינו, עבירת קשר. "מאוחר הדבר הריבה יותר מדי להתנגד לכך", אומר זקן-השופטים גודארד במשפט ניוֹלנד, (1). (ברע" 163). "כי קשר לבצע תקלה ציבורית הוא עבירה בלתי ידועה בחוק". דברים אלה היו צריכים לגוף הענין שם, ומשאמר בית-המשפט מה שאמר — נגמרה מלאכתו, ושוב לא היה צריך להוסיף דבר על דבריו. אך, כאמור, הוא יצא מגדרו ודן בשאלה הנוספת, אם המשפט המקובל ידע והכיר גם את העבירה של תקלה לציבור, כשהיא עומדת בפני עצמה, ואינה באה על דרך קשירת קשר. כאן תקף בית-המשפט את משפט מנלי, (6), ואת אימרת-האגב של השופט לורנס במשפט היג'נס, (2). וכל כך למה? בית-המשפט בא לידי מסקנה, כי המשפט המקובל לא הכיר בעבירה עצמאית של תקלה לציבור, ללא קשר לעבירת קשר, וכי כל תקלה ציבורית הנגרמת, או העלולה להיגרם, על-ידי יחיד שלא אגב קשר עם אחרים, אינה עבירה, אלא אם כן כבר נפסק בעבר שתקלה כזאת מהווה עבירה שבמשפט המקובל או שבחוק הכתוב, מטעם זה, והואיל ובמשפט מנלי, (6), לא הוכח קשר, והמעשה שבעשייתו הואשמה המערערת שם לא היה מסוג המעשים אשר הוכרו בעבר כעבירות, סבר זקן-השופטים גודארד כי העקרון שבמשפט מנלי, (6), אינו נכון. עכשיו צא וראה: כל עיקרה של הביקורת על משפט מנלי, (6), לא בא במשפט ניוֹלנד, (1), ובמקומות רבים אחרים אלא בשל כך שביסודו הונחה אימרת-האגב של השופט לורנס במשפט היג'נס, (2). אימרת-האגב זו רחבת-היקף היא רב יתר-על-המידה, טענו המבקרים כנגדה, ולפיכך לא היה זה מן הדין לעשותה יסוד להלכה פסוקה. במשפט המקובל אין עבירה עצמאית של תקלה לציבור, אמר זקן-השופטים גודארד במשפט ניוֹלנד, (1). "אם קיים עון של עשיית מעשה העלול להביא תקלה לציבור, כפי שקבע בית-המשפט לערעורים פליליים", אומר המשפטן סטליבראס במאמרו (ע' 67) שכבר נזכר לעיל, "כי אז אין גבולין לשדה החיובים הפליליים האפשריים, שדה אשר את אפקיו עין אנוש לא תשורם". יושם לב: "אם קיים עון . . . של תקלה לציבור", אומר המבקר הנכבד, "אני טוען", אומר אותו מבקר במקום אחר במאמרו (ע' 70), "כי אימרת-האגב של השופט לורנס אינה עשויה לשמש אסמכתא מחייבת בימים אלה". ואני שואל: כלום יתכן לומר דברים אלה או כיוצא באלה גם על המצב במשפט הפלילי שלנו בענין המדור בר? דברי השופט לורנס אינם בחינת אימרת-אגב בלבד במשפט הארץ הזאת. הם נתקבלו על-ידי המחוקק כמעט ככתבם וכלשונם ונעשו חלק מן החוק הכתוב: הלא

השופט השני

הוא סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936. כי מה אומר השופט לורנס ומה אומר סעיף 105? נעמיד אלה מול אלה את דברי השופט ואת דברי המחוקק. ונראה את הצד השווה שביניהם:

אימרת השופט לורנס —

א

"All offences of a public nature, that is, all such acts or attempts as tend to the prejudice of the community, are indictable."

סעיף 105 במקורו האנגלי, ולפני התיקון שהובא בו בשנת 1937 —

ב

"Any person who does any act which : ...
(a) may cause or tend to a public mischief ; or
(b) may be to the prejudice of the public,
is guilty of a misdemeanour."

ג

סעיף 105 תוקן בסוף שנת 1937, והסעיף-הקטן (b) בוטל. משום שהמחוקק ראה בו (כפי שניכר גם מתוך דברי הסברו להצעת התיקון המופיעה בעתון הרשמי 732 מיום 21.10.37) רק כפל הדברים שנאמרו למעלה מן הענין בסעיף-הקטן (a). אך כלום יש להרחיב את הדיבור כדי להיווכח ולהוכיח מנין שאב המחוקק המנדטורי את השראתו בחוקקו את סעיף 105? וכיצד נוכל אנו, כאן בארץ הזאת, להתעלם מן הסעיף 105, ולהעמיק חקר — כדרך שעשה זקן-השופטים גודארד במשפט ניוונד, (1), אם בכלל קיימת עבירה של תקלה לציבור במערכת החוקים הפליליים שלנו?

ד

12. קיצורו של דבר: סעיף 105 מכניס לרשימת העבירות הידועות לחוק הפלילי של הארץ הזאת את העבירה הרחבה והבלתי-מוגדרת של "תקלה לציבור". אפשר לבקר את החוק, להצר את גבוליו, להגביל את תחולתו, לצמצם את פירושו; אך אין לומר בשום פנים ואופן — כאשר נאמר במשפט ניוונד, (1) — שאינו קיים. כל עוד לא נמחק מספר החוקים, וכל עוד עושים אותו קטיגורים קולב לתלות בו את תלונותיהם, מצווים בתי-המשפט לפעול על-פיו ולא להתכחש אליו ולהשאירו כאבן שאין לה הופכין וככלי שנתרוקן מתכנו. מה שניתן להיעשות בתחומיו המשתנים והולכים של המשפט המקובל — זו תורה שבעל-פה — אין לעשות בגבוליו הנוקשים של החוק החרות — זו תורה שבכתב. מכאן תשובה לב"כ המערער: סעיף 4 לפקודת החוק הפלילי מפנה אותנו למשפט האנגלי כדי לקבוע על-פיו "ביאורי המונחים המשפטיים" שבהם משתמש המחוקק באותה פקודה. אך הוראה זו מוגבלת בסייג האומר, כי אותם ביאורים יחייבו "עד כמה שמתאים הדבר לענין הכתוב". מכחינה זו אין משפט ניוונד, (1), עשוי לסייע בידינו כלל ועיקר. במשפט ניוונד, (1), הובעה הדעה כי "תקלה לציבור" אינה עבירה עצמאית, וברוח זו נפסק שם

השופט חטיין

מה שנפסק; ואילו סעיף 105 קובע היפוכו של דבר. ולא רק לקביעת יסודות העבירה של תקלה לציבור אין משפט ניולנד, (1), מועיל, אף לשם ביורר פירושו של ביטוי זה אין אנו יכולים לפנות אליו. משום שהוא אינו נותן לו כל פירוש וכל הגדרה.

13. לאמיתו של דבר אין בעיה זו חדשה במשפט שלנו. היא כבר נתעוררה בעבר — בצורה שונה במקצת — לא בשל הלכה שנתחדשה במשפט האנגלי לאחר קום המדינה, כי אם — כמו כאן — בשל פירוש חדש שניתן להלכה ישנה. לאחר שההלכה על פירושה הישן נעשו יסוד לחוק שנתקבל במשפט הארץ הזאת. כידוע, זו דרכם של המחוקקים בארצות החסות הבריטית: הם מבליעים לתוך המשפט המקומי בצורת חוק כתוב הלכה שנקבעה או אימרת-אגב שהושמעה, בפסק אנגלי. והנה יש ובתי-משפט אנגליים מאוחרים מבטלים אותה הלכה או אותה אימרת-אגב, אך ביטול זה אינו תופס, כמובן, לגבי הארצות אשר עשו אותן חלק מחוקם הכתוב. כך היה הדבר בענין אשר נדון ב"ע"פ 2/48 (909 סקס) א. 276, (19). באותו ערעור נתעוררה השאלה באיזו מידה כבולות ידי בתי-המשפט בארץ בעקרון אשר נקבע במשפט וולמינגטון, (7). בענין חובת ההוכחה של "הגנה עצמית", ובית-משפט זה אומר על כך (ב"ע' 283):

"היוצא מדברינו הוא, שהעקרון שבמשפט וולמינגטון, (7), אינו עולה בקנה אחד עם סעיף 18 של הפקודה (היינו, פקודת החוק הפלילי, 1936), וטעם יש לדבר, אל לנו לשכוח כי משפט וולמינגטון, (7), נחתך במאי 1935. אותה שעה עוד לא היתה קיימת אמנת פקודת החוק הפלילי, ותוקף ניתן לה רק בשנת 1936; אולם הצעת החוק פורסמה עוד בשנת 1935.... כלומר, שנתיים לפני שנחתך פסק-הדין במשפט וולמינגטון, (7), וסעיף 18 של הפקודה הוא העתק מדויק של הסעיף המקביל בהצעת החוק. מכאן אתה למד, שמשפט וולמינגטון, (7), לא היה לנגד עיניו של מחוקק-הפקודה, וסעיף 18 שבה, כפי שהוא קיים כיום, נוסח לאור ההשקפה בענין חובת ההוכחה שהיתה רווחת באנגליה לפני 1935.... לפיכך, תהא אשר תהא השפעת העקרון שבמשפט וולמינגטון, (7), באנגליה לאחר 1935, ההלכה במשפטי הארץ הזאת היתה ועודנה גם כיום כפי שהיתה רווחת באנגליה לפני שנפסק משפט וולמינגטון...." (7).

14. בעקבות ע"פ 2/48, (19), הנ"ל, נפסק גם ע"פ 10/49, (20), וגם בו נאמרו דברים המביעים אותה דעה, ובי"ע"פ 183/52 (909 סקס) מחזי"ם ז, (27), (23). נתקל בית-המשפט המחוזי, בתל-אביב, בשאלה דומה במקצת, היינו: נוכח הוראות סעיף 4 לפקודת החוק הפלילי, 1936, מה כוחו המחייב של פסק-דין אנגלי אשר נפסק שלא בהתאם לרוח החוק של הארץ הזאת. ובית-המשפט לאחר הביאו את הסעיף הנ"ל, ממשיך ואומר (מפי השופט מלחי) ב"ע' 31:

"סעיף זה אינו מדבר על תקדימים אנגליים בתור שכאלה ועל כוחם המחייב או המדריך. אילו היה האמור בפסק-דין אנגלי שלאחר התגדרה

השופט חשין

הסטטוטורית הבא ומפרש את הדין.... היינו רואים בו משום תקדים מחייב, כאילו היה פסק-הדין חלק אורגני מן הקודכס הפלילי שלנו. הוא הדבר ביחס לפירושו של מונח המשפט המקובל אשר הוכנס אחרי כן לתוך ההגדרה הסטטוטורית ללא כוונה של שינוי.... פסק-דין זה. (Ruse v. (8), (1949) Read). כבודו במקומו מונח.... אולם אין לראות בו משום תקדים המקשר אותנו בעבותות טכניות והכופה אותנו לסטות מן ההגדרה הברורה בסעיף 263 שלנו. פסק-דין זה אינו מבאר את המונח הסטטוטורי שלנו אלא סותר אותו...."

דברים אלה, בשינויים הדרושים, אפשר לומר גם בענין כוחו המחייב של משפט ניולנד, (1), בענין המדובר בזה.

15. משפט מאלף מאד, באשר יש בו כדי מתן תשובה לשאלה הנדונה בזה, הוא: R. v. Young; (1944), 30 Cr. App. Rep. 57. עיקר האישום באותו ענין היה קשר מטעם פקיד של רשות מקומית לגרום תקלה ציבורית על-ידי מתן סיוע לקבלן אחד לבנות מקלטים נגד הפצצות מן האוויר בצורה פגומה, אשר יש בה כדי לסכן את בטחון האנשים המבקשים בהם מחסה. במעשהו זה גרם לידי כך שהרשעה המקומית נאלצה להוציא הוצאות מיותרות כדי לחזק ולבצר את המקלטים. הנאשם הורשע בדינו, ובית-המשפט לערעורים דחה את הערעור על ההרשעה. וראה זה פלא: משפט יונג, (9) שנפסק כתשע שנים בלבד לפני משפט ניולנד, (1), לא נזכר משום-ימה במשפט אחרין זה. אך לכמה מן הדברים שנאמרו בו, במשפט יונג, (9), נודעת חשיבות רבה. במשפט ניולנד, (1), אמר זקן-השופטים גודארד, כפי שראינו לעיל, כי "מאוחר הדבר הרבה יותר מדי להתנגד לכך, שנקשר לבצע תקלה ציבורית הוא עבירה בלתי ידועה בחוק". הוא שם, איפוא, את הדגש בעבירת הקשר, והביא את פסקי-הדין במשפטי בריילספורד, (3), פודטר, (4), ויבייסי, (5), הנ"ל (בלי להזכיר אף במלה אחת את יונג), אשר דנו אף הם בעבירת קשר, אך במשפט יונג, (9), אמר זקן-השופטים קלדקוט (Caldecote) (ביני 60):

"אנו סבורים, כי מאוחר הדבר מדי לומר — והנסיזן אף לא נעשה לומר — כי האישום של תקלה לציבור אינו ידוע במשפט. האסמכתאות המיידניות יותר בענף זה של המשפט נזכרות במשפט היגינוס.... (2)..."

ולמטה מן הענין, בדברו על אימרת-האגב של השופט לורנס, אמר זקן-השופטים קלדקוט:

"מלים אלו נחשבו כאסמכתא טובה לאמירה כי עבירות העלולות לפגוע-בציבור, או הגורמות הוצאות לציבור, מצדיקות אישומים לפי המשפט המקובל בעוון גרימת תקלה לציבור."

השופט חשין

יוטעם שנית: זקן-השופטים גודארד מדגיש במשפט ניולנד, (1), את עבירת הקשר, ואילו זקן-השופטים קלדקוט מדגיש במשפט יונג, (9), את עבירת התקלה לציבור. אמנם משפט יונג, (9), נסב אף הוא על עבירה של קשר לגרום תקלה לציבור, אך מהקטעים המובאים לעיל, ומשאר האימרות של זקן-השופטים קלדקוט שלא הובאו, נעלה הדבר מעל כל ספק, כי בית-המשפט שם ראה את שורש העבירה בתקלה לציבור ללא כל קשר אל מעשה הקשר. הוכחת ההסכם (הקשר) לעשות את העבירה שימשה לו לבית-המשפט לענין אחד בלבד, היינו, לפטור אותו מלדון בשאלה אם הגאשם עשה מה שעשה מתוך כוונה פלילית. במקום שיש הסכם... לעשות מעשה בלתי חוקי זה, אומר זקן-השופטים ב"ע 64, "אין עוד הכרח לעיין בשאלת מציאותה של כוונת השע".

16. עלינו לברר עכשיו את השאלה הכל-מקיפה: באילו מקרים ובאילו מעשים יראה בית-המשפט עבירה על סעיף 105? לשון אחרת: מה היא אמת-המבחן אשר על-פיה ניתן לקבוע אם מעשה פלוני מהווה את העבירה של תקלה לציבור ואם לאו? יש אומרים, כי מן ההכרח להציב גבולין לעבירה זו של תקלה לציבור, בצורת הגדרה שלמה ומלאה, כדי לצמצם במידת-מה, ולכוון באפיק קבוע ומותאם מראש, את הטמכויות הרחבות אשר ניתנו לפי הנוסח של סעיף 105 לשופטים ולבתי-משפט להכריז על עבירות חדשות שאין להן זכר בחוק הפלילי. דבר זה דרוש, אומרים הם, למען דעת והודיע מה מותר לו לאזרח לעשות, ועל אילו מעשים ממעשיו עתיד הוא ליתן את הדין.

17. שותף אני להמון המבקרים הסבורים כי סעיף 105 הוא סעיף עונשין יוצא-דופן, וכמהם לא הייתי מיצר אף אני אילו בא המחוקק יום אחד ועקרו ממערכת חוקינו הפליליים. אך אני מעז לפקפק אם קביעת הגדרה תביא מרפא לתקלה זו ששמה "תקלה לציבורית". ברור הדבר — ועל כך מסכימים הכל — כי אין העבירה האמורה בסעיף 105 נוצרת אלא אם כן נעשה מעשה שיש בו משום תקלה, ותקלה זו נגרמת או עלולה להיגרם לציבור. יסודות אלה מצויים בגוף הסעיף והם שייכים לענין. אך כל תוספת סממנים — גון של תחיקה לה, וכאן אני מרשה לעצמי להשתמש בביטוי הקולע של חברי השופט זילברג, כי "אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו לבד נתכנו עלילות התחיקה".

מטעם זה נראה לי, כי אין זה רצוי, ונזכרת נוסחו הלאקוני של סעיף 105 אין זה גם אפשר, לצקת דפוסים קבועים ועומדים בצורת הגדרה, והמשפט האנגלי יורה לנו דעה. כלום נזקק המשפט האנגלי לכל הגדרה שהיא בבואו לפסוק בענין קונקרטי שנסב על עבירה זו? נסקור ברפרוף כמה מפסקי-הדין האנגליים ונראה כיצד נהגו שם, באנגליה:

במשפט, (10), R. v. De Berenger; (1814), 105 E.R. 536 (קשר להעלות מחירם של ניירות ערך על-ידי הפצת שמועות כוזבות) ראה בית-המשפט את יסוד העבירה של התקלה לציבור בקשר שבין הגאשמים להונות את הציבור. יסוד זה של רמיה היה קיים גם במשפט, (5), R. v. Bassey, הג"ל.

במשפט, (3), R. v. Brallsford (משפט הדרכון) אושרה ההרשעה משום שבית-המשפט לערעורים ראה בהשגת דרכון על-ידי טענות כוזב, ולמטרה בלתי כשרה, מעשה

השופט זינגר

העלול לסבך את המדינה בחיכוכים בין-לאומיים, ומשום כך — מעשה העלול להביא תקלה לציבור.

- במשפט, (6) R. v. Manley, הוסברו שנים מן הגורמים העשויים להיות תקלה לציבור: ראשית כל, זמנם של פקידי ציבור — שוטרי העיר — בוטל לשוא בחיפושיו סרק שנערכו בתוצאה מהצהרות הכוזב שניתנו על-ידי הנאשמת; שנית, חלק מסויים של הציבור — אותו חלק אשר תיאורו התאים לתיאור השודדים המדומים שנמסר על-ידי הנאשמת למשטרה — הועמד בסכנה של כליאה ומעצר.
- במשפטים אחרים היה יסוד העבירה הזנחה ורשלנות במילוי תובה ציבורית: R. v. Young, (9).

- כדאי לציין, כי במשפט, (11) R. v. Price, (1884), אשר נפסק עוד בסוף המאה ה-19, קבע השופט סטיבן (Stephen) כי יש לנהוג זהירות רבה בהכרות עבירות חדשות בתחום העבירה הבלתי מוגדרת של תקלה לציבור; עם זאת היווה דעה כי העבירה תיווצר במקום שהמעשה מורה על שערוריה מוסרית גדולה או על תקלה ציבורית חמורה.

18. עיון מדוקדק בכל פסקי-הדין הנ"ל ואחרים כיוצא בהם מורה, איפוא, כי אין להם "מכנה משותף". אין הם סובבים על ציר אחד, ואין עקרון אחד ויחיד עובר בכלם. נראה הדבר, כי אין זה מקרה בלבד. בשנת 1944 אמר בית-המשפט לערעורים פלייליס באנגליה בפסק-דינו בענין יונג, (9) (ב-ט' 63) את הדברים הבאים בשאלה זו:

- "אין אנו סבורים כי נחוץ הדבר, או אפילו רצוי, לנסות להגדיר את המקרים הבאים בתחומי הדברים שנאמרו מפי השופט לורנס ושופטים מלומדים אחרים. השאלה היחידה אשר עלינו לעיין בה בחלק זה של הערעור היא אם השופט המלומד קסלס שגה בהחליטו כי אם יקבע חבר המושבעים מציאותן של עובדות מסוימות, עובדות אלה מהוות תקלה לציבור."

19. חמש שנים עוד קודם לכן נאמר על-ידי משפטן אנגלי — כפי שציין חברי השופט ג'ויסין בדברו בפסקו על (12) R. v. Bramham, (1939), "העבירה (של תקלה לציבור) לא הוגדרה מעולם בדיוק יתר ונגלל אפיה יתכן כי לעולם לא תוגדר". (Journal of Criminal Law, 1939, p. 355).

19. עכשיו צא וראה: משפט היג'ינס, (2) נפסק בשנת 1801. כבר אז דיברו על עוון זה של תקלה ציבורית כעל עבירה ידועה משכבר. מאז עברו עוד 152 שנים. במרוצת כל הימים הרבים הללו, דרך זה בראנזה, (10), בריילספורד, (3), פורטר, (4), בייסי, (5), ונלי, (6), יונג, (9), ועשרות, ואולי גם מאות משפטים אחרים כיוצא בהם, חשובים ופחות חשובים, לא נעשה כל ניסיון באנגליה, "מולדת" העבירה הזאת, להגדירה הגדרה מלאה ומצאה, ויתכן מאד כי במתכוון לא נעשה הדבר, שהרי מה שנחשב היום לתקלה ציבורית, אינו כך למחר. וכן להיפך. כלום נשכיל אנו לעשות מהמשפטים האנגלים שלא טרחו לגזור את שטחי העבירה במשך יותר מ-150 שנה?

השופט חשין

20. ואין הדבר מקרי גם בחוק שלנו. המחוקק המנדטורי הלך בעקבות המשפט האנגלי בחלק מהדרך וסטה ממנו בחלק מהדרך: מחד גיסא, הפריד מן העבירה הנחשבת בעיני המשפט האנגלי כתקלה לציבור את כל אותם המעשים אשר ביקש להגדירם הגדרה מדוייקת ומושלמת, עשאם עבירות עצמאיות וייחד להם מקום בסעיפים מיוחדים; כך נהג לגבי המעשים שנקבעו במשפט האנגלי כעבירה של תקלה לציבור במשפט מנלי (6), דהבראנזיה (10), בריילספורד (3), ובייסי (5). הג"ל (ראה סעיפים 123, 305 ו-308, כסדרם, לפקודת החוק הפלילי, 1936). מאידך גיסא, הלך בעקבות בתי המשפט באנגליה לגבי שאר המעשים המהווים את העבירה של תקלה ציבורית, ובחוקקו את סעיף 105 לא נתן במתכוון הגדרה קולעת וברורה לעבירה זו הנדונה בה. כלום נצדק אם נבוא אנו היום, שבע-עשרה שנים לאחר שנחקק סעיף 105, ונסכל במחיידי אחד את כוונתו הברורה של המחוקק?

21. הוא אשר אמרתי: תקלה ציבורית — זו עבירה אשר כל הגדרה אינה תופסת בה. כל מקרה ומקרה צריך להיות נדון לפי מסיבותיו הוא. השיקולים אשר על-פיהם נחטבו המשפטים באנגליה בעתים שונות אמנם עשויים לשמש מורי דרך לבתי המשפט בארץ, אך אין הם ממצים כלל ועיקר את כל האפשרויות, ואני מפקפק מאד אם זהו תפקידו של בית המשפט לגדור גדרות ולסתום את הפרצות ולהביא סוגיה זו של עבירת התקלה לציבור לידי חתימה.

22. כאן אולי לא יהיה זה למותר להביא קטע קטן מדבריו של אחד מגדולי המשפטי-נים בשדה המחקר הפלילי באנגליה, הרואה אמנם צידוק בדברי הביקורת שהומטרו על אימרת-האגב של השופט לורנס במשפט היגינס (2), ועל העקרון שהונח במשפט מנלי (6), אך עם כל זה אינו מתעלם גם מן הצד השני של המטבע. אני מתכוון — לקני (Kenny) האומר כך בספרו על המשפט הפלילי (מהדורת 1952, ע' 336):

„מאידך גיסא יש לטעון, כי במקום שנעשה במתכוון ובא-יושר מעשה שהיוו ברור, רצויה לפעמים התערבותה האמיצה של הרשות השופטת, בלי לחכות להתנעתה האפשרית של המכונה האיטית של הרשות המחוקקת.“

23. ומן העקרונות הכלליים למקרה המיוחד שלפנינו, מעשה בחבר מחברי האיגוד המערער שנפטר בעת מילוי תפקידו בהסדרת התנועה בתחנת האוטובוסים הראשית בתל-אביב, נתעורר החשד, כי הוא מת בתוצאה מהתקפה שנערכה עליו על-ידי מתפרעים שעמדו בתור וחיכו למכונת שתסיעם. המערער החליט משום כך לערוך לו לנפטר הלוויה רבת-עם ולהפסיק ביום ההלוויה את התנועה הבינ-עירונית לכמה שעות. המטרה היתה — כפי שמסביר בא-כוח המערער — לתת לחברי האיגוד את האפשרות לגמול חסר עם חברם המנוח ולחלוק לו את הכבוד האחרון. אך ברור כי דבר זה אינו מדוייק כל צרכו: ההלוויה נקבעה לשעה 11.30 לפה"צ, וההוראות מטעם המערער היו להפסיק את התחבורה לחמש שעות רצופות, היינו, משעה 10 לפה"צ עד 3 אחה"צ. נאמר עוד, כי הדבר נעשה

השופט חשין

כדי לתת לחברים שהות להתפרק מן המתיחות אשר תקפה אותם. אף דבר זה אינו מדויק: ההוראות היו להפסיק את התנועה בכל הארץ, כלומר, אף בנקודות המרוחקות ביותר, ולא דוקא במקום שבו אירעה הפורענות. אות הוא, שלא פורקן ביקש המערער כי אם עוררות המגיעה לדרגת הסתה. ממקומות שונים — ביניהם ממרכז הקואופרציה וממשרד התחבורה של הממשלה — פנו למערער בבקשה ובעתירה לצמצם את ההשבתה לחצי שעה או לשעה אחת בלבד, אך המערער עמד במריו וקיים את ההשבתה במלואה. את תוצאות פעולתו של המערער מתאר השופט המלומד במלים דלקמן:

„התנועה הופסקה למעשה בעורקים הראשיים של כבישי המדינה החל משעה 10 לפני הצהרים ועד שלוש אחר הצהרים. סבלם של אלה שהיו חייבים לנסוע ממקום למקום היה רב. מחירי נסיעה במוניות האמירו לסכומים מבהילים. התיאור ביחס למצב בחיפה ניתן על-ידי המפקח גוטמן.... על המצב בתל-אביב דיבר העד השוטר מר דיגין.... ועל ירושלים ראה את עדותו של מר שיקביץ.“

במקום אחר בפסק-דינו אומר השופט המלומד כך:

„כן יש להדגיש שהנאשמת היא היחידה כמעט המקיימת שירות אוטו-בוסים בין-עירוני במדינה.“

24. פירוש הדברים, שהמערער המחזיק בידו כמעט מונופולין גמור על התחבורה הבין-עירונית באוטובוסים, הביא את התנועה בכל עורקי הארץ לידי שיתוק גמור בשעות היום, שבהן מרבית האזרחים לנסוע באוטובוסים מעיר לעיר. אין כל הבדל בכך, שאין המערער בעל זכיון יחיד לתנועה. הוא והגופים המאוגדים בו מחזיקים בידם למעשה משכבר את השליטה על התחבורה בכבישי המדינה, ויתכן מאד שמשום כך בלבד לא ראו השלטונות צורך למסור למישהו את הזכיון. יהא הדבר כאשר יהא, זכות זו שהמערער ער מקיימה בידיו מטילה עליו גם חובות מסוימות, ובראשן החובה לשרת את הציבור. הוא לא מילא חובה זו. המעשה אשר עשהו המערער, בתנו הוראות לחבריו לשבות ממלאכה, ובהשביתו את התנועה בדרכים, מעשה זה יש בו משום ערעוריה ציבורית חמורה. לפיכך, גם אם המטרה שביקש המערער להשיגה — היינו הלוויית המת והבעת מחאה על „הריגת“ חבר — היתה כשירה, הדרכים בהן הלך המערער נדי להשיג מטרה זו לא היו כשירות. מעשהו של המערער עלול היה להביא תקלה לציבור — ולמעשה הביא תקלה חמורה לציבור בטרדות, באי-נוחיות וביציאות מיוחדות שנגרמו לחלק ניכר ממנו. לדעתי נגרמה כאן העבירה האמורה בסעיף 105 גם אם נעדר כל יסוד של קשירת קשר.

מטעמים אלה אני סבור, כי יש לדחות את הערעור על ההרשעה.

השופט גויטיין

25. אשר לגור-הדין: העבירה לפי סעיף 105 היא מסוג העוון. אך בגוף הסעיף לא נקבע גודל העונש שמותר לו לבית-משפט להטילו. מטעם זה, ומכוח סעיף 47 לפקודת החוק הפלילי, מותר להטיל עונש כספי שאינו עולה על 100 ל"י. שגה, איפוא, השופט המלומד בהטילו על המערער קנס בסך 200 ל"י.

השופט גויטיין: פרק י"א לפקודת החוק הפלילי, 1936, כולל עונות ממינים שונים. הכותרת של פרק זה אומרת: —

"התקהלויות בלתי-חוקיות. מהומות ועבירות אחרות כלפי שלום הציבור."

המלה "ציבור" במקום זה הגה תרגומה של המלה האנגלית public. בפרק זה נכללים בין היתר העונות הבאים:

יבוא סכינים ופגיונות, נזק לבנינים או למכונות בזמן מהומות, נשיאת נשק, כניסה בכוח לרכוש אחר, הזמנה לדד-קרב, איום במעשי-אלמות, שכרות וכדומה.

הסעיף האחרון בפרק זה, הוא סעיף 105. וזה לשון הסעיף בתרגומו העברי:

"כל העושה מעשה העלול לגרום או להביא לידי היזק ציבורי יאשם בעוון."

זה לשונו במקורו האנגלי:

"Any person who does any act which may cause or tend to a public mischief is guilty of a misdemeanour."

לעת-עתה אשתמש במלה "היזק" כתרגום למלה האנגלית mischief. חברי המלומד, כבי' השופט חשין, מתרגם את המלה mischief ל"תקלה". במשך 150 שנה ידוע עוון זה לבתי-המשפט הפליליים באנגליה, אולם עד היום אין הוא נמצא בחוק החרות, אלא מצוי הוא בפסקי-דין בלבד ומהווה עבירה לפי המשפט המקובל.

סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, מצריך עיון מיוחד, הואיל והמחוקק משאיר לבית-המשפט את ההחלטה בכל מקרה ומקרה אשר יובא לפניו, לקבוע אם המעשה הזה עלול לגרום או להביא לידי היזק ציבורי.

בחוק שלנו ובפסקי-הדין האנגליים לא קיימת הגדרה ברורה למלים "היזק ציבורי". יוצא, איפוא, כי קיימת סכנה, שכל שוטר יוכל לעצור כל אזרח העושה מעשה אשר לפי ראת עיניו של השוטר עלול לגרום או להביא לידי היזק ציבורי.

ואף כי אפשר להשאיר בבטחון גמור את גורלו של האזרח העצור בידי בתי-המשפט, הרי תעבור תקופת-זמן ארוכה למדי בין העת בה ייעצר האדם ובין העת בה יבוא פסק-הדין המזכה.

השופט גויטיין

מעניין הדבר, כי בתקופת המנדט, החל משנת 1936 ועד שנת 1948, מצוי בין פסקי הדין המודפסים של בית-המשפט העליון רק אחד הודן במיוחד בהיזק ציבורי לפי סעיף 105. לפסק-דין זה אחזור כשאזכיר את פסק-הדין האנגלי בענין חנלי (6).

- א עתה, במדינת-ישראל, מצא היועץ המשפטי לנכון להפעיל סעיף זה במקרים רבים יותר: הנה על כן שומה עלינו לבדוק בעין-חדה את הסעיף הנדון ולמצוא את פירושו הנכון, למען לא יסבול האזרח, החף מפשע, מהפרעת המשטרה אשר תאבה אולי להאשים אזרחים "חוטאים" על-פי סעיף זה, בשעה שאין סעיף אחר המתאים ל"עבירה" בהשוואה השוטר כי מעשים מסויימים של האזרח אינם לטובת הציבור.
- ב אם נשקף על הסעיף האמור מבחינתו של האזרח, ובזכרנו כי ההנחה היא שכל אדם יודע את החוק — הרי לגבי סעיף זה לא יוכל האזרח לדעת אם עובר הוא עבירה אם לא, באם לא יידע מה משמעותו של המושג "היזק ציבורי".

- ג באנגליה נאמר כי אין למצוא הגדרה מדוייקת לעבירה האמורה, וחברי המלימד כב' השופט חטין אינו מאמין בנחיצות של חיפוש הגדרה, הואיל ולדעתו יש צורך לדון במסרי בותיו של כל מקרה ומקרה בשעה שיובא לפני בית-המשפט. אולם אם נתחשב בשיקולים שהזכרתי לעיל, אין ספק כי יהיה הדבר לטובתם של בתי-המשפט, המשטרה והאזרח, אם נמצא הגדרה למלים הנדונות, כל זמן שסעיף זה עודנו קיים בחוק הפלילי שלנו, אם אך אפשר לעשות כן.

- ד בסעיף הנדון, בנוסחו היום, קיימים ארבעה יסודות, והם: —

- (א) יש צורך במעשה.
 (ב) המעשה גורם או עלול להביא לידי.....
 (ג) היזק, וההיזק צריך להיות.....
 ה (ד) ציבורי.

אין אנו מוצאים כל קושי ביסוד (א), אולם ישנם קשיים ידועים ביסודות (ב), (ג) ו-(ד).

- קושי נוסף קיים במקרה שלנו בגלל חוסר מלה מתאימה בעברית אשר תהיה אפילו קרובה בלבד במשמעותה למלה mischief, "היזק" ואף "תקלה" — אינן מבארות את אפיה של המלה האנגלית mischief.
- המלה הקרובה ביותר, לדעתי, בשפה העברית הנה: "שובבות" או "משוככה", אולם היות ומלים אלו מסבירות רק את המעשה עצמו ולא את תוצאת המעשה, אשתמש במלה "היזק".

- ז הבה זכרנו, איפוא, מה פירוש המלה mischief באנגלית. המילון האנגלי האוקספורדי מביא שמונה פירושים שונים למלה זו.

(1) הפירוש הראשון — מזל-ביש (evil plight) — כבר התייגשן ואיננו לענייננו.

השופט גויטיין

(2) הפירוש הרביעי — נמצא רק בספרות הרפואית המקצועית ובלשון הרופאים וגם הוא איננו לעניננו.

הפירושים הנותרים הם כדלקמן:

3) harm or evil considered as the work of an agent or due to a particular cause. א

(4) בספרי חוק — מצב אשר בו סובל האזרח מעוול, ולכן מוצאים אנו בדברי בלקסטון: ב

"Every scheme hath been hitherto found to be more productive of mischiefs than it would remedy".

5) Hurtful character or influence. ג

6) Evil doing or wickedness.

7) A cause or source of harm or evil. One who causes petty annoyance or acts in a vexatious or annoying manner. ד

8) Vexatious or annoying action or conduct causing petty injury or trouble to others by way of sport without any ill will.

בתרגום התנ"ך מתרגם Coverdale במאה ה-16 את הפסוק: ה

„כי ימיטו עלי און“ בפרק נ"ה בתהלים, כך:

"They are minded to do me some myschefe"

ומתרגם זה תרגם את המלים: „ותמלא הארץ חמס“ מספר בראשית, כך: ו

"the earth was..... fule of myschefe"

ובתרגום הרשמי של התנ"ך במאה ה-16 מתורגמות המלים: „הוות תחשוב לשונך“ בספר תהלים פרק נ"ב, כזו הלשון: ז

"Thy tongue deviseth mischiefes".

השופט גויטיין

ב.חלום ליל קיץ" כותב שקספיר מלים אלו:

"If thou follow me do not believe
But I shall doe thee mischief in the wood".

N

במאה ה-18 כותב De Foe מחברו של "רובינון קרוז":

"The devil is seldom out of call when he is wanted for any
mischief".

ב

הדברים הללו דומים מאד לפתגם השגור כיום בפי הבריות:

"The devil will some mischief find for idle hands to do."

ג

דהיינו בעברית: "ימציא השטן עיסוק שובבות לכל אשר יישב בחיבוק ידיים".

בשנת 1736, כלומר, כמעט 100 שנה לפני פסק-דינו של השופט לורנס במשפט
היג'נס, (2), אומר בטלר:

ד

"Vicious actions are to a great degree actually punished as
mischievous to society."

אשה (ואפילו איש) ההולכת רכיל ולוחשת באזני אשה שניה דבר-מה על אשה
שלישית, וחוזרת ולוחשת דבר דומה באזני השלישית על השניה, נקראת בפי
הבריות: "mischief maker".

ה

על ילד שובב יאמרו הוריו: "He is always up to some mischief".
המלה mischief נכנסה לחוק הפלילי האמריקני; במאה הקודמת ובמאה
זו מדבר המחוקק האמריקני על: "malicious mischief".

ו

ובדיג'סט האמריקני אנו מוצאים תחת הכותרת "Malicious Mischief" מלים
אלו: —

"includes willful physical injury to or destruction of property
in general, real or personal, from ill will or resentment towards
the owner or possessor, or from mere wantonness;"

ז

(American Digest; Decennial Edition, vol. 12, p. 1939).

ופרק 65 של ה-18 United States Code Annotated, Title 18 דן רק בעבירה
של "malicious mischief".

השאפט ג'ורטין

ובשני פסקי-דין אנגליים מהמאה התשע-עשרה אנו מוצאים את המונחים mischief done to property ו־ irreparable mischief מתורגמים במלה נוק (damage) (ראה ב־ע' 732, [13], L.R. 6 Q.B. 729, Smith v. Brown; (1871), East Lancashire Rly. v. Hattersley; (1849), 8 Hare 90, [14]).

היסוד השלישי אשר הזכרנו הוא, שההיזק היא ציבורי, ולכן מן הראוי לחפש את הפירוש הנכון של המלה ציבורי "public". מלה זו מוגדרת בפקודת החוק הפלילי עצמה, וזה לשונה:

"הציבור (public) מתייחס לא רק לכל האנשים שבתוך תחומי ארץ-ישראל בלבד, אלא גם לאנשים היושבים באיזה מקום מיוחד או משתמשים בו, או לכל מספר אנשים כאלה, או לכל אדם סתם (indeterminate person), העלול להיות נפגע על-ידי אותה התנהגות שבקשר עמה משמש המונח הזה."

מההגדרה המצוטטת לעיל מסתבר, כי על השופט לקבוע, בשעה שמוכח לפניו נאשם באשמת היזק ציבורי, אם המעשה שעשה אותו נאשם, עלול לפגוע בציבור בכללו, או בציבור הנמצא במקום ידוע, או בחלק בלתי מסוים של הציבור הסוכל מהמעשה הנדון.

לאחר שדנו בפירוש המלים "היזק" ו"ציבור", עלינו לחזור ליסוד (ב) מבין היסודות של סעיף 105 אשר מניתי לעיל, דהיינו, ליסוד האומר כי המעשה עלול לגרום או להביא לידי היזק ציבורי.

בראש וראשונה אציין, כי מן ההכרח הוא שהמעשה גופו הוא שיהא עלול לגרום או להביא באופן ישיר לידי היזק לציבור כולו או לחלק בלתי מסוים ממנו. אין מקום להרחיב את פירוש המלים עד שתכלולנה תוצאות רחוקות העלולות לנבוע ממעשיו של האדם אשר לו מייחסים את העבירה.

הדעה האמורה לעיל מסתברת, אם אינני טועה, מפסקי-הדין האנגליים אשר דנו במשך יותר ממאה וחמשים שנה בבעיה זו:

המשפט הראשון, משפט היג'ינס, (2), משנת 1801, במקרה זה נבע ההיזק לציבור באופן ישיר ממעשיו של הנאשם עצמו. הנאשם הנ"ל ניסה לפתות עוזרת לגזול מאדוניה. פרט לפיתוי זה, לא עשה הנאשם כל מעשה שהוא, אולם בהתחשב בכך שאין זה לטובת הציבור כי אדם יפתה את חברו לעבור עבירה, החליט בית-המשפט, לאחר ששמע וחזר ושמע את טענות ב"כ המלך וב"כ הנאשם, כי הפיתוי הנו לרעת הציבור, וראוי המפתה לשאת בעונש מתאים.

השופט גרוס

זקן-השופטים, לורד קניון (Kenyon) אומר :

א "The offence imputed to this defendant is of the most serious kind.... that for his own wicked gains he..... incited a servant to rob his master ; and can it be a question in a country professing to have laws subservient to justice and morality, whether this be an offence ?" (6 R.R. 367-368 ב"ע 358, ע' 368)

ולהלן בפסק-דינו ממשיך הוא ואומר :

ב ".... it would be a slander upon the law to suppose that an offence of such magnitude is not indictable.... it is indictable at the quarter sessions, as falling in with that class of offences, which being violations of the law of the land, have a tendency, as it is said, to a breach of the peace, and are therefore cognizable by that jurisdiction." (שם, ע' 369--368)

ג מהדברים האמורים לעיל ניתן ללמוד, כי לורד קניון משווה היוזק ציבורי למושג המשפטי של הפרת שלום הציבור. האמור לעיל מתאים גם לכותרת של פרק י"א לפקודת החוק הפלילי, 1936: "ועביר רות.... כלפי שלום הציבור". השופט גרוס (Grose) משתמש בפסק-דין זה (היג'נס), (2). כאותן המלים, דהיינו :

ד "The offence tends to a breach of peace" (שם, ע' 370).

ה השופט לורנס מביע את הרעיון הנ"ל בפירושו, ודבריו מהווים את יסוד היוזקטורה האנגלית לגבי הערעור שלפנינו, ואלה דבריו :

ו "כל העבירות בעלות אופי ציבורי, כלומר, כל אותם המעשים או הנסיונות העלולים להביא רעה על הציבור, אפשר לתבוע עליהן לדין." (שם ע' 371).

והשופט לורנס ממשיך ואומר :

ז "לכן השאלה היא, האם נסיון לפתות אחר לגנוב אינו גורם רעה לציבור ? על כך לא יכול להיות ספק כלשהו." (שם, ע' 371).

השופט גויטיין

בשעה שלורד קניון מדבר על "tendency to a breach of peace" מדבר השופט לורנס על: "prejudicial to the community".

והשופט האחרון הדן בבעיה זו במשפט היג'נס, (2), הוא השופט לה-בלנק (Le Blanc) האומר:

"And it appears to me that this is an offence tending to a breach of the peace" (שם, ע' 373).

בפסקי-הדין הללו במשפט היג'נס, (2), איש מהשופטים אינו מזכיר את המלים היוק ציבורי, אולם ברור מדבריהם כי כולם תמימי-דעים שאם המעשה עצמו עלול להביא באופן ישיר לעבירה פלילית, אזי מעשה זה ייחשב כמעשה העלול לגרום או להביא להיוק ציבורי.

שלוש-עשרה שנים לאחר פסק-דין היג'נס, (2), דנו השופטים במשפט, דה-ברנויה, (10), במקרה זה הפיץ הנאשם שמועות שוא במגמה להעלות את ערך המניות הממשלתיות, כדי להזיק לאזרחים שיקנום באותו יום.

במשפט זה מוצאים אנו את המלים public mischief, בתחילת פסק-דינו של זקן-השופטים, האומר:

"A public mischief is stated as the object of this conspiracy" (ע' 415, ב"ע' 418 R. R. 15).

השופט משתמש כאן בתואר "mischievous", באמרו:

"המטרה גופה היא תקילה (mischievous) פוגעת במחירו של מצרך הנמכר בשוק, ואם היא מקצה לו מחיר מדומה, על-ידי שמועות כוזב, הרי זו היא תרמית הקולעת אל הציבור כולו, כי היא מכזיבה נגד כל אלה אשר יתכן ויהיה להם עסק כל שהוא עם הנכסים באותו יום מסויים." (שם, ע' 418—419).

ולגבי המלה public הוסיף השופט המלומד ואמר:

"....it seems to me also not to be necessary to specify the persons, who became purchasers of stock, as the persons to be affected by the conspiracy, for the defendants could not, except by a spirit of prophecy, divine who would be the purchasers on a subsequent day" (שם, ע' 419).

השופט ביילי (Bayley) דן אף הוא במשפט זה בפירוש המלה "ציבורי" בהקשר המלים "היוק ציבורי". וכך הוא אומר: —

השופט גריטרין

א "To raise the public funds may be an innocent act, but to conspire to raise them by illegal means, and with a criminal view, is an offence ; an offence, perhaps not affecting the public in an equal degree, as it were done with intend to affect the purchase of the commissioners for the Redemption of the National Debt, which would be affecting the public in its aggregate capacity"; (שם, ק" 420).

זכנ:

ב "....it will certainly prejudice a large portion of the King's subjects who have occasion to purchase on that day. And it is not necessary to constitute this offence that it should be prejudicial to the public in its aggregate capacity, or to all the King's subjects, but it is enough if it be prejudicial to a class of subjects" (שם, נ' 420-421).

ג ולגבי הדעה כי המעשה גופו הוא שעלול לגרום או להביא להיזק ציבורי באופן ישיר אומר אותו שופט:

ד "It did not depend on them (הנאשמים) but on others whether their conspiracy would be mischievous to others, but their criminality must depend on their own act, and not on the consequences that ensued from it" (שם, ד' 421).

ה במשפט בריילפורד, (3), בשנת 1905, בו ביקשו הנאשמים דרכון ממשרד החוץ לשימוש של איש מסויים, כביכול, אולם לאמיתו של דבר — לשימוש של איש אחר. לא היה ספק כי מעשה זה מהווה היזק ציבורי.

ו בטענותיו אמר באיכות התביעה:

ז "The defendants did a wrongful act which from its very nature was calculated to cause public mischief between the countries.... It was the 'doing an act of which the probable consequence may be highly injurious'. It is enough if persons do an act which as its natural consequence has mischievous consequence".

השופט גייטין

זקן-השופטים לורד אלורסטון אומר באותו משפט : —

"It cannot be seriously disputed that the obtaining a passport from the Foreign Office, by the false statement that it was required for a person named therein and recommended to the Foreign Office, with the intent that it should be used by another and different person who has not been recommended, is a cheat and conspiracy to deceive the Foreign Office, and obtaining the document by means thereof is a criminal conspiracy."

(93 L.T.R., נ' 401 ב"נ' 406), (3).

גם כאן — המעשה שנעשה הוא שגרם באופן ישיר להטעייתו של משרד החוץ. פסק-הדין האנגלי היחידי שהתרחק אולי מהרעיון שהוזכר בפסקי-הדין שצוטטו לעיל הוא משפט פורטר, (4), משנת 1909 :

במקרה זה עשה הנאשם הסכם להחזיר לערב את סכום הערבות, במקרה שיברח ולא יעמוד בפני בית-המשפט בשעת הדיון. כאן הוחלט כי העושה חוזה ממין זה גורם להיזק ציבורי. לורד אלורסטון אומר בשם כל השופטים :

"... it is, in our opinion, difficult to conceive any act more likely to tend to produce a public mischief than that which was done in this case. It is the interest of the public that criminals should be brought to justice, and therefore, that it should be made as difficult as possible for a criminal to abscond; and for many years it has been held that not only are bail responsible on their recognizance for the due appearance of the person charged, but that, if it comes to their knowledge that he is about to abscond, they should at once inform the police of the fact."

(1 K.B., 1 (1910), נ' 369, ב"נ' 573).

אולם אפשר לפרש גם פסק-דין זה כך שההיזק לציבור נבע מהתוצאה שהנאשם יברח ולא יבוא על ענשו, דהיינו, על-ידי מעשהו יגרום באופן ישיר היזק לציבור המעוניין בהבאת הנאשם לדין. ויתכן שאף זקן-השופטים, בהסבירו את העבירה כגיל, ראה לפניו פירוש זה.

במשפט גייטי, (5), אמר השופט טויפט בפסק-דין קצר ביותר וכלי שציטט איזה פסק-דין שהוא בקשר לנימוק של היזק ציבורי :

השופט גויטיין

"An isolated case might do no injury to the public, but the question is whether the act is one which tends to public mischief, and, in our view there can be no doubt that such an act does tend thereto."

א

המשפט הזה יוצא-דופן, ומסוכן יהיה לנו בישראל ללכת בעקבותיו לאור כל פסקי-הדין האחרים שכבר צוטטו לעיל ואשר נצטט בהמשך פסק-דין זה. בטרם אוכיר את פסק-הדין במשפט מנלי, (6), מן הראוי לעיין עיין היטב בפרטי האשמה של כתב-האישום במשפט זה המובא בארציבולד, הוצאה 32, בע' 1240, וזה לשונו:

ב

"א. ב. ביום במחוז באמצעות הצהרות כחבות מסוימות האומרות כי באותו יום אדם, אשר את תיאורו היא מסרה אז, היכה אותה באגרופו ולקח מארנקה 6 שטרות של 10 שילינג, 9 של 1 לייש, 15 שילינג מטבעות כסף וקבלה, גרמה לקציני משטרת המוחזקים על חשבון הציבור לטובת הציבור, להקדיש את זמנם ושירותם להקירת הטענות הכוזבות; על-ידי-כך שללה באופן זמני מהציבור את השירות של אותם פקדי הציבור וגרמה לנתיני המלך, להיות נתונים לחשד, האשמה ומאסר, ועל-ידי-כך גרמה באופן בלתי-חוקי להיוק ציבורי."

ג

ד

במשפט הזה אומר זקן-השופטים לורד הוגארט בפסק-דינו:

ה

"In the opinion of the Court the indictment aptly describes two ingredients of public mischief or prejudice to the community, one of these being that officers of the Metropolitan Police were led to devote their time and services to the investigation of an idle charge, and the other being that member of the public or at any rate those of them who answered a certain description, were put in peril of suspicion and arrest."

ו

(1933), 1 K.B., (1) 529, ב"ע' 5—534.

בפסק-דין מימי המנדט הדין בסעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, שהזכרתיו לעיל, מזכיר בית-המשפט העליון את הקטע הבא ומקבל אותו כיסוד של האשמה הזאת:

ז

" public mischief is rather a novel offence there must be two ingredients, as is exemplified in the case of *Rea v. Manley*, (6)."
(1942, 179/42; 99 פ"ר, 12, כרך 12, ע' 784, (18)).

השופט גויטיין

גם במקרה של חנלי, (6). נבעו התוצאות של מעשה הנאשמת באופן ישיר ממעשיה. פסק־דין אשר יעניין אותנו כאן בישראל באופן מיוחד הוא משפט R. v. Leese and another; (1936), (15) משנת 1936, בו נאשמו מדפיסים ומדפיסות בהוצאת דיבה בכתב על הקהילה היהודית באנגליה בלי להזכיר שמו של יהודי כלשהו. הנאשמים הואשמו בהוצאת דיבה, בקשר לגרום להיזק ציבורי וכן בגרימת היזק ציבורי. הנאשמים זוכו מעבירת הוצאת דיבה, אולם נמצאו אשמים בקשר לגרימת היזק ציבורי ובגרימת היזק ציבורי. (ראה ארצ'בולד שם, ע' 1289, (15)).

א

בשנת 1938 הורשעה אשה אחת בעבירת היזק ציבורי על שהודיעה כי נגנב ממנה משהו. בעוד שלאמיתו של דבר לא נגנב ממנה ולא כלום, אלא סיפרה סיפור בדוי למשטרה.

ב

השופט סינגלטון החליט במשפט זה, כי המעשה מהווה היזק ציבורי הואיל והדבר גרם לעבודה נוספת ומיותרת למשטרה, (16). ומעשה אחר, (17). שהיה באותה שנה כך היה:

ג

טלפוניסט במרכויה של אחת מערי אנגליה היטעה את המשטרה, בהודיעו כי איורני האויב מתקרבים לאנגליה. על־ידי מעשה זה הוצרכה המשטרה לבזבז את זמנה ולוודא אם הידיעה אמנם נכונה היא.

השופט לואיס (Lewis) שישב בדין מצא את הנאשם אשם בעבירה של היזק ציבורי, וציין בדבריו כי מעשהו של הנאשם לא היה mischievous בלבד אלא מעשה רשע מוחלט:

ד

"... that he had done not merely a mischievous, but an extremely wicked thing."

ה

(לגבי מקרים אלו ראה, (1939) Journal of Criminal Law; עמודים 35—38, (16), (17)).

אולי יהיה מן הרצוי כי נתעכב קמעה ונעיין במשפט אשר אף הוא דן בהיזק ציבורי אלא שבו יצא הנאשם זכאי בדינו. המדובר הוא במשפט, (12), R. v. Bramham; (1939) (שב, ע' 353).

ו

וזה סיפור המעשה:

הנאשם, אשר היה חבר עירייה אחת וגם מנהל חברה אשר ניהלה את עסקיה באותו מקום, לקח פועלי העירייה לביצוע עבודות למען החברה, ועל־ידי־כך מנע מהעירייה להשתמש בשירותם של הפועלים. בסך־הכל עבדו הפועלים בעבודה זו במשך 211 שעות עבור הנאשם.

ז

השופט גויטיין

בא־כוח הנאשם טען שלא היה זה היוק ציבורי אלא כי זוהי למעשה תביעה אזרחית של העירייה לקבל תמורה לערך העבודה שבה נמנע מהפועלים לעבוד למען העירייה. בא־כוח הנאשם המשיך וטען שאם כי הנאשם רימה את מועצת העירייה יאף כי המועצה מורכבת מאנשי ציבור — הרי הציבור גופו לא רומה.
 השופט אשר דן בענין קיבל את טענות בא־כוח הנאשם וזיכה אותו.
 לגבי פסק־דין זה כותב העורך:

א

„עבירה זו מעולם לא הוגדרה בדייקנות מספיקה, ובגלל א־פיה יתכן ולעולם לא ייעשה הדבר, אולם גבולות יש לה, ושמהים אנו כי גבולות אלה הוערכו כראוי על־ידי בית־המשפט במקרה זה“ (שם, ע' 355), (12).

ב

במשפט יונג, (9), זה האיש אשר בנה מקלטים רעועים, אמר זקן־השופטים, כי אין צורך, ואף לא רצוי כלל, לנסות ולהגדיר את המעשים הנחשבים כהיוק ציבורי, ואמנם לשם פסק־דין זה לא היה צורך בכך, כי לפי דבריו:

ג

„... it is obvious that in plain words a great public mischief was caused.“ (63 'U' 57 'U' 30 Cr. App. R.).

על אף דעתו של השופט כי אין צורך וכי לא רצוי למצוא הגדרה, מנסה הוא עצמו לעשות כן. באמרו:

ד

„מלים אלו“ (של השופט לורנס במשפט היגינס, (2)), „שימשו כאס־מכתא טובה לאמירה כי עבירות העלולות לפגוע או הגורמות הפסד לציבור, מצדיקות אישומים על־פי המשפט המקובל כעוון על גרימת היוק ציבורי.“ (שם, ע' 60).

ה

משפט זה (משפט יונג), (9), הרחיב את תחולתה של עבירת ההיוק הציבורי על־ידי הקביעה כי רשלנות היא אשר הביאה לגרימת היוק ציבורי, דהיינו, שבמקרה זה לא השגיחו הנאשמים על בנין המקלטים הרעועים ועל־ידי־כך היו עלולים לגרום היוק לציבור.

ו

אין צורך להחליט במשפט שלפנינו, אם נוסחו של סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, כולל גם רשלנות. קיים ספק בלבי אם המלים שבסעיף זה מתירות את הפירוש אשר ניתן במשפט המלך נגד יונג, (9).

ז

המשפט האחרון בשלשלת פסקי־הדין האנגליים אשר דנו בשאלת ה־public mischief, הלא הוא המשפט של המלכה נגד ניולנד ואח, (1), במשפט זה מוצאים אנו ביקורת חריפה על פסקי־הדין במשפט מנלי, (6). שהוזכר לעיל, ונאמר בו במפורש כי לפי דעת בית־המשפט מסוכן ללכת בעקבותיו.

הטופט גויטיין

דבר אחד מסתבר בבירור מפסק-דין ניו־לנד, (1), והוא כי דרוש שהמעשה אשר נעשה יהא עלול לגרום או להביא באופן ישיר להיזק הנוכח בפקודה שלנו.

בשאלו שאלה אחת מדגיש זקן-הטופטים נימוק זה:

"Can any one doubt that if persons conspire to obtain a commodity for sale in this country by false representations and fraudulent documents — when legislative enactments provide that except under license it is only to be sold for export they are not using unlawful means to effect the end in view?"

(1953), 3 W.L.R. 826 ב' 830, (1).

פסק-הדין היחיד הדן בהיזק ציבורי, אשר ניתן על-ידי בית-המשפט העליון בזמן המדינה הוא ע"פ 131/52, היועץ המשפטי נגד לוי-בורנשטיין (»פסק-דין« ג, ע' 854, (21), ואין בו פירוש למלים »היזק ציבורי« ולכן לא נוכל להיעזר בו במציאת פירושו הנכון של סעיף 105.

מכל האמור לעיל, אפשר להעלות הגדרה המובעת בעקרונות הנקובים להלן, שתאיר את עיני אלה אשר יצטרכו לעיין בשאלה אם להאשים אורח בעבירה על-פי הסעיף הנדון, ותשמש נר לרגלי השופטים אשר עליהם מוטל התפקיד לדון ולפסוק אם הנאשם אישם בעבירה המיוחסת לו אם לאו:

- (א) אין צורך ב' mens rea. אם תוצאת המעשה מהווה היזק לציבור — אין חשיבות לשאלה, אם עושה המעשה אמנם נתכוון לגרום היזק לציבור, אם לאו.
- (ב) אין להאשים אדם לפי סעיף 105 באם קיים סעיף אחר בחוק הפלילי האוסר את המעשה האמור.
- (ג) המעשה צריך להיות עלול לגרום או להביא לידי היזק ציבורי באופן ישיר לציבור כולו, או לחלק בלתי-מסויים ממנו.
- (ד) ההיזק יכול להיות ממוני או נפשי או על-ידי הפרעה לסדר המקובל של רשויות הציבור.
- (ה) אין להתחשב בתוצאות הרחוקות העלולות לנבוע מהמעשה, אלא רק בתוצאות המיידיות של אותו מעשה.
- (ו) אם המעשה גורם נזק לאיש או לגוף מסויים, והאיש או הגוף יכולים לקבוע ולתבוע את הנזיקין במשפט אזרחי — אין להפעיל את סעיף 105.

בהתאימנו את העקרונות הללו לערעור שלפנינו — ניווכה כי מעשה המערער בתתו הוראות לכל נהגיו להשביח את התנועה הבינעירונית במדינה למשך חמש שעות תמי-

השופט זילברג

מות, גם באופן ישיר היוק ממוני ונפשי גם יחד לכל אלה שהיה ברצונם לנסוע מעיר לעיר.

המערער מאוגד כאגודה שיתופית אשר השלטונות העניקו לה רשות להובלת נוסעים בין עיר לעיר בכל קצות הארץ, והלה על האגודה החובה להסיע את זנוסעים לפי לוח זמנים קבוע, ובכל עת אשר תימנע מלמלא את תפקידה האמור — נורמת היא להיוק ציבורי בהתאם לעקרונות שהזכרתי בפסק־דין זה.

אין חשיבות לדבר אם עשתה את אשר עשתה מתוך כוונות טהורות או רעות — התוצאה הישירה של המעשה אשר עוללה היתה גרימת היוק לחלק בלתי־מסויים של הציבור, ובוה סגי.

ב לפיכך מסכים אני עם חברי כב' השופט חשין, על אף הטענות הממצות והמעניינות של באי־כוח המערערת עוה"ד צדוק, כי במקרה שלפנינו גם המערער להיוק ציבורי רציני וכי יש על כן לדחות את ערעורו.

ג השופט זילברג: ערעור פלילי זה, עם "חבריו": ע"פ 208/53 ור"ע 9/54 * ירדו כרוכים לפנינו, ושלתם סובבים־הולכים סחור נקודה משפטית אחת, והיא: מה מובנו של המונח public mischief, המצוי בסעיף 105 לפקודת החוק הפלילי? התשובה העקרונית לשאלה תינתן בתיק זה, וממנה תוצאות, מי לשבט ומי לחסד, לגבי כל שלושת הערעורים הנ"ל.

ד 2. בטרם אגש לבירור המושג ההוא, ולשם קביעת עמדה נכונה כלפי גדר הספקות האמיתי שבה, רצוני להקדים שלוש הערות טרומיות, ואלה הן:

(א) מצטרף אני בלב ונפש לביקורת החריפה שנמתחה מפי סוברים ושופטים על עבירת ה־ public mischief של המשפט המקובל האנגלי, זו היא עבירה שאין לה שיעור, לא למעלה, לא למטה ולא לצדדין, והיא עלולה להציף את מרבית השטחים בהם חורשת, אט־אט ומתוך זהירות ותבונה, מחרשת החוק הפלילי, סמי מכאן (מן החוק) איזו שהיא עבירה ספציפית, בעלת החומרא הבינונית של "עיון", והיא תופיע שוב, עטורה באותו עונש ממש, מתחת לגלימה הגלמית של ה־ public mischief, שהרי כל מעשה פלילי פוגע במשהו, ובמשהו אשר הציבור מעוניין בו, ואיזהו המעשה הפלילי אשר לא יכירנו מקומו בתחומי העבירה הכל־כוללת היא? ואם באמת לכך נוצרה העבירה הלזו: לשמש "ממלא־מקום" וקולב לחלות בו (ולסתום) את הלאקונות השונות של החוק, הרי אין לך דרך פסולה מזו ואין כמוה נוגדת את העקרונות השוררים בדרכי החקיקה והפרשנות של החוק, שנים הם עקרונות נכבדים אלה, המהווים נכסי צאן ברזל של כל מדינה דימוקרטית באורה:

* פסקי־הדין הנ"ל ניתנים מיד אחרי פסקי־הדין שלפנינו.

השופט זילברג

(1) אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה:

(2) צמצום נוסף, מיוחד לדרכי הפרשנות של החוק הפלילי, והוא, כי עד כמה שהמדובר הוא ב"יצירת" עבירות, הינו, בהכרח מעשים מסויימים כמעשים אסורים, אין השופט רשאי להרוג כמלוא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולהדש עבירה "משלו" על סמך שיקולי הגיון.

א

רגילים לתלות את הרעיון הזה בנוסחה הלטינית הידועה *nulla poena sine lege*, או: *nullum crimen sine lege*, אך, לדעתי, אין הפסוקים הללו ממצים את עומק הרעיון, וביטוי יותר הולם ניתן לו במאמר התלמודי: "אין עונשין מן הדין", כלומר: אין להשתמש בשיקולי הגיון, אף לא ב"קל וחומר", כדי לענוש מעשה אשר לא כתוב בתורה. דוגמה בולטת לכך, וקיצונית ביותר, מצויה במסכת מכות, דף ה' ע"ב, בסוגיא דעדים זוממין, לגבי הדין הידוע של "כאשר זמם, ולא כאשר עשה":

ב

ג

"תנא, בריבי אומר: לא הרגו — נהרגין, הרגו — אין נהרגין. אמר אביו: בני, לאו קל וחומר הוא? אמר לו: לימדתנו רבנו שאין עונשין מן הדין! דתניא: ואיש אשר יקח אחותו בת אביו או בת אמו, אין לי אלא בת אביו שלא בת אמו, ובה אמו שלא בת אביו, — בת אמו ובה אביו מנין? תלמוד לומר: ערוות אחותו גילה, עד שלא יאמר — יש לי בדין: אם ענש על בת אביו שלא בת אמו, ובה אמו שלא בת אביו, — בת אביו ובה אמו לא כל שכן? הא למדת, שאין עונשין מן הדין!"

ד

וכשם שאין עונשין מן הדין, כך אין מזהירין מן הדין, כפי שנאמר שם להלן.

ה

מסופקני, אמנם, אם השופט המודרני אף הוא ידיר את עצמו עד כדי כך מן השימוש ב"דין". יתכן מאד, כי הקל וחומר התלמודי הקונקרטי הנ"ל, ייראה בעיניו כהוראה מפורשת של החוק, אך עצם הרעיון העתיק ההוא, לא נס ליהו עד היום הזה, ועדיין הוא חי וקיים בשיטות המשפט הנאורות של זמננו. אין השופט הפשי להשתמש בשיקולי ההגיון שלו, על מנת להפוך לדבר אסור את אשר לא נאסר בפירוש עליידי המחוקק, ואם המחוקק גופו, מאיזה טעם שהוא — אני מדגיש: מאיזה טעם שהוא, ושכחה בכלל — לא הטיל גושפנקא פלילית על המעשה, הרי "שגגת מחוקק עולה ודון", כלומר: כוונה מכוונת, והעבריינין יצליח, ובדין יצליח, לחמוק ולעבור מבעד ללאקונה ההיא. במובן זה אמר מי שאמר, כי "ספר החוקים הפלילי הוא המגנא כרתאי של העבריינין", וכי מותר לו, לאזרח, לכלכל את מעשיו * על-פי הכתוב בו, ועל-פי הכתוב בלבד.

ו

ז

השופט זילברג

א וכל כך למה? כדי להבטיח את שאויון האזרח בפני החוק, וכדי למנוע כי מעשה אשר המחוקק — זה נציגה המובהק, והמוסמך היחיד, של המדינה — לא הכריז עליו כמעשה אסור, ייהפך, במקרה מסויים, למעשה אסור ובר עונש, בעטיו של שיקול אינדיווידואלי של שופט מסויים, אשר הגורל העיוור הביא לפניו. במקרה, את העבריון הנידון, לכן אומרין לו, לשופט: אל תענוש מן הדין, ואל תרבה עבירות מכוח ההגיון "הפרטי" שלך, אלא השלך על המחוקק יתבך, והוא יכלכל, בכתיבה תמה ומפורשת, את אשר הוא מבקש לאסור על אזרחי המדינה.

ב נחזור לענינו, לענין ה־ public mischief שלנו. גדולה הסכנה הנשקפת לאזרח, "העבריון בכוח", ממציאותן של עבירות סתומות ובלתי מוגדרות, הקוראות ל"אינטרוונציה" של השופט, וגדולה הסכנה שבעתיים, כאשר שם העבירה הוא public mischief, — ביחוד בתנאים הנשואים כיום בארץ הזאת. אבאר את דברי:

ג חיים אנו בתקופה של קיבוץ גלויות, ועינינו נשואות למיוזג הגלויות. יבוא יום, בו ייעשו כל הגלויות הללו אגודה אחת, ובכור המצחק של המדינה יקום גוי אחד בארץ, בעל תרבות לאומית אחידה, החולשת על מערכת שלמה של ערכי מוסר ותרבות, משותפים, ככל האפשר, לכל יחידי האומה. היום הוא בוא יבוא אשורנו ולא מרחוק, אך גם לא מקרוב ביותר, כי לא מחר-מחרתיים יתרחש המאורע הכביר הזה. לא מאורע יהא זה, אלא מבצע, והוא יבוצע תוך עבודת נמלים קשה מצד כל שכבות הציבור, וראשי הציבור, כאשר הם שם, לעת-עתה, יבמשך תקופה מסויימת ולא קצרה מאד, נתונים-נתונים נהיה, אם כי במידה פוחתת והולכת, במצב הקיים, בו אין אחדות ואחידות בין השכבות האתניות השונות של האוכלוסיה, והן נבדלות זו מזו בדעותיהן, במנהגיהן, באורח חייהן, בהשקפת עולמן, ובערכי המוסר והתרבות שלהן. טבעי הדבר, כי שוני זה יתבטא בראש ובראשונה ביחסן אל השאלה: מה לקרב ומה לרחק בסדרי החיים הציבוריים של המדינה, אשר נראה כ"תקלה" בעיני השכבה האחת, ייראה כ"תקנה" דוקא בעיני השכבה האחרת, וכן להיפך. והוא הדין לגבי חוגים, בעלי היקף יותר מצומצם, הפועלים תוך אותה שכבה גופה, בשים לב לכל ההבדלים היסודיים הללו — באין עדיין דפוסי חיים קבועים ומוצקים בכל רחבי המדינה — קל מאד לתאר לעצמנו, מה גדולה תהיה הערבוביה, ומה גדול יהיה שיעור המקדיות, בבוא נציגי התביעה הכללית לשיקול ולהחליט, אם מעשה מסויים יש בו משום public mischief, או לא, ואם, אמנם, לא מפי התביעה הכללית אנו חיים, ואם בסופו של דבר בית-המשפט הוא שמוציא לאור את דינו של הנאשם, ואף אם נניח, כי בתי-המשפט יצליחו תמיד להתעלות בקלות מעל ל"נגיעה" האידיאולוגית ההיא, הרי ביני לבנינו, ועד בוא היום, ייתפס האזרח ויישחק בגלגלי התביעה הפרושה לרגליו, אך ורק מפני שפרקליט-מדינה מסויים, בתום לב אמנם, ומתוך השקפה אינדיווידואלית

השופט זילברג

כנה, ראה את מעשהו כפוגע באינטרסים המוצדקים של הציבור, או בסדרי החיים "הנאותים" שלו.

מה הוא ה"מוסר השכל" העולה מכל זה? התרופה הרדיקלית והיעילה ביותר תהיה, כמובן: למחוק כליל מספר החוקים המנדטורי את העבירה האמורה בסעיף 105. — אך סמכות זו, כידוע, לא לנו היא, אלא לכנסת, וכשם שאין השופט רשאי להוסיף על החוק, כך אין הוא רשאי ואין הוא יכול לגרוע ממנו. נשארת לפנינו רק ברירה אחת, והיא: לצמצם את תחולת הסעיף ההוא, על-ידי מתן הגדרה לעבירה האמורה בו, הגדרה אשר תגדיר ותגדור אותה תוך גבולות מסויימים. ולא תתן לה להתפשט יותר מדי ברחבי החוק הפלילי. את ההגדרה הזאת לא נבדה כמובן מן הלב, אלא ננסה למצוא לה חיזוק ואסמכתא בכמה מפסקי-הדין שניתנו בסוגיא זו על-ידי בתי-המשפט האנגליים.

(ב) הערה לשונית, שאינה אך ורק לשונית, כפי שנראה מיד, השתמשתי עד כה במונח האנגלי המקורי *public mischief* ולא בתרגומו העברי, כי עדין שאלה היא: כיצד מתרגמין? התרגום העברי הנכון של המונח האנגלי הוא יהיה, לדעתי, לא "תקלה לציבור", אלא "תקלה ציבורית". המלה *public* היא כאן שם תואר, והיא באה לתאר ולציין את אפיה וסגותה של התקלה. וכה אמר זקן השופטים במהלך הדיון שהתנהל במשפט מנלי (6): —

"השאלה איננה אם מספר האנשים העלולים להיפגע הוא רב או מועט, אלא: מה טבעו ומהותו של המעשה."
(R. v. Manley; (1932), 24 Cr. App. Rep. 25, at p. 27), (6).

המסקנה העולה מתוך האבחנה הזאת לגבינו היא, כי יכול שתהא נגרמת תקלה לציבור, והיא לא תהיה תקלה "ציבורית" כמובן סעיף 105, ודבר זה מקנה חשיבות מיוחדת לקביעת מובנה הנכון של מלת-תואר זו. כאן הוא "המקום הגיאומטרי", בו תוכרע סופית השאלה: מה היא, בעצם, העבירה האמורה בסעיף הנ"ל; ועוד אשוב ואדון בה להלן בהמשך הדברים.

(ג) הערה טרומית שלישית ואחרונה. סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי תוקן, כידוע, בשנת 1937, והושמט ממנו סעיף-קטן (ב) שבו, בסעיף קטן זה המדובר היה במי שעושה מעשה "העלול להיות לרעת הציבור", ועבירה זו נחקה ואיננה אמנם בדברי ההסבר לאותו תיקון (ע"ד מיום 21.10.37) אומר היועץ המשפטי, כי סיבת המחיקה היא: היות הסעיף הקטן ההוא מיותר, תואיל והתקלה הציבורית אשר בסעיף-קטן (א), "כפי שנתפרשה במשפט המקובל, רחבה דיה כדי לכסות את כל המעשים המזיקים לציבור", אך הסברה זו, לדעתי, אינה מחייבת את בתי המשפט, כי היא אינה חלק של החוק החרות, וחץ מזה גם איננה נכונה. אין לו

השופט זילברג

- לדין אלא מה שענינו רואות בחוק גופו, והעובדה היחידה הקיימת בשבילנו היא: כי תחילה ביקש המחוקק להטיל עונש על כל מעשה העלול להיות לרעת הציבור, ואילו עכשיו, לאחר התיקון והמחיקה, הוגבל העונש. "למעשה העלול לגרום או להביא לידי תקלה ציבורית", ואם התקלה הציבורית, כפי שהעלינו לעיל, אינה תמיד זהה עם תקלה הנגרמת לציבור, הרי הפועל-יוצא הוא, כי בעטיו של התיקון א ושללא מדעת המתקנים, צומצמו כאן דוקא, ובמידה ניכרת, תחומי העבירה הנ"ל. אין זה המקרה הראשון, ואף לא האחרון בהיסטוריה, בו מסכל המחוקק, במני ידיו ממש, את הגשמת המטרה שהותוותה עלידו.
3. ועכשיו שבאנו לכך, פנויה לפנינו הדרך לבדיקת השאלה, מה טיבה וטבעה של העבירה הנדונה בסעיף הנ"ל. העבירה היא "מעשה העלול לגרום או להביא לידי תקלה ציבורית", והדגש הוא, כפי שראינו, על המלה "ציבורית". אם נשכיל לרדת לעמקי של מושג זה, וידענו בדיוק מה הם תחומי העבירה.
4. והתשובה מאין תימצא? היא תימצא בכמה מפסקי-הדין האנגליים העוסקים בפרשת התקלה הציבורית: בכמה מהם, ולא בכולם, נצטרך לנהוג כאן ברירה מטווימת, ולהעדיף את האחד על פני השני. כי אנו כאן, בניגוד לאנגליה, לא מפי "הקומון לאו" בלבד אנו חיים. בבואנו לפרש את המונח הטכני הנ"ל, איתרע מזלנו, או להיפך: שפר גורלנו, ויש לנו חוק פלילי חרות — פקודת החוק הפלילי, 1936 — שנולד לאחר מתן פסקי-הדין ההם, וההתבוננות אל אי אלה מסעיפיו, לאו דוקא סעיף 105 גופו, תראה לנו, מה לקבל ומה לדחות מתוך פסקי-הדין שניתנו, על פני מאות בשנים, בסוגיא משפטית זו, עלידי בתי-המשפט האנגליים.
5. הרי דוגמא קונקרטית לכך, בה אסביר את הרעיון הנ"ל, והיא: פסקי-הדין האנגלי הידוע של [10], R. v. De Berenger; (1814), 15 R.R. 415. זה התקדים אשר היועץ המשפטי המלומד הסתמך עליו בסדרת הערעורים שלפנינו. פסקי-הדין ניתן ביוני 1814, והענין הנדון בו הוא מעשה שהיה בשלהי "המלחמה העולמית" דאז, בין נפוליאון ומעצמות הברית. — כחודש וחצי לפני תבוסתו של הכובש הגדול, והגליתו אל האי אלבה, העבירה שהורשעו בה הנאשמים היתה: "קשר לגרימת תקלה ציבורית", והמעשה שיוחס להם הוא, כי בפברואר אותה שנה, הם הוציאו קול והפיצו שמועות כוזבות, כי "נפוליאון בונפרטה הנ"ל" נהרג, וכי הנהיגה תכרת ברית שלום בין מלך אנגליה והעם הצרפתי, ועלידי מעשיהם אלה הם גרמו לעליית מחיריהם של מניות ובטחונות ממשלתיים. תוך כיונה פושעת לגרום פסידא ונזק לכל נתיני המלך אשר יקנו ביום ה-21 בפברואר, חלק או חלקים, מניה או מניות, במניות הממשלה הפומביות, ובבטחונות ממשלתיים אחרים" (ע' 416).

הוגשה בקשה ל"עיצור פסקי-הדין" (arrest of judgment), והבקשה נדחתה. וכה אמר זקן השופטים, הלורד אלנבורו (Ellenborough): —

השופט זילברג

„נקבע כי תקלה ציבורית היא שהיתה מטרת הקשר. הקשר הוא להעלות על-ידי שמועות כוזב, את מהירם של מניות ובטחונות פומביים... המטרה גופה היא תקילה (mischievous). פוגעת במחירו של מצרך הנמכר בשוק, ואם היא מקצה לו מחיר מדומה, על-ידי שמועות כוזב, הרי זו היא תרמית הקולעת אל הציבור כולו, כי היא מכוונת נגד כל אלה, אשר יתכן ויהיה להם עסק כל שהוא עם הנכסים באותו יום מסויים“ (ע' 418—419), (10).

א

האם מעשה זה יהא אסור ובר-עונש על-פי החוק הפלילי שלנו? ודאי וודאי! אך לא בעטיו של סעיף 105, אלא בעטיו של סעיף אחר לגמרי, אשר נוצר במיוחד בשביל עבירה זו, הלא הוא סעיף 305 לפקודת החוק הפלילי, המעתיק בדיוק נמרץ את כל פרטי המעשה של דה-ביראנזיה ושוחפיו, (10). בסעיף זה נאמר:

ב

„305. כל הקושר קשר עם אדם אחר להשפיע ברמאות או בכל מעשה הונאה אחר על מחיר השוק של דבר הנמכר בפומבי... יאשם בעוון.“

ג

העובדה כי המחוקק הא"י — אשר ידע בלי ספק על התקדים של דה-ביראנזיה, (10) — מצא לנחוץ לבנות לה בית, לעבירה זו, בסעיף 305, ולא שיכן אותה עם „כל הנערים“ של סעיף 105, מעידה כמאה עדים על כך, כי המעשה ההוא לא היה נחשב כ„תקלה ציבורית“ במובן סעיף זה. שאם לא תאמר כן — על שום מה ולמה כל הטורח הלוה, ומדוע לא הסתפק המחוקק במה שכבר נאמר על-ידו במרחק מאתיים סעיפים קודם לכן? עדיין לא אנסה להסביר כאן, מדוע אין המעשה של סעיף 305 נופל לגדרו של סעיף 105 — דבר זה ייעשה להלן בהמשך פסק-הדין — לעת-עתה אסתפק רק בקביעת העובדה, כי התקדים של דה-ביראנזיה, (10), אינו עשוי לשמש לנו מורה דרך, בבואנו להגדיר את סגולותיה של התקלה הציבורית, וכי — יתר על כן — אפשר לומר בוודאות, כי מעשה כגון זה לא ייחשב כתקלה ציבורית במובן סעיף 105 שלנו.

ד

ה

6. לא כן הוא הדבר לגבי התקדים של מנלי הנ"ל (R. v. Manley; (1932), (24 Cr. App. Rep. 25), (6)).

פסק-דין זה, אשר עוד ניוחד את הדיבור עליו, לא ייפסל מאסמכתא, ואין כל מניעה בכך, כי הוא ישמש לנו בניקראב בקביעת אפיה ומהותה של התקלה הציבורית — במובנה המצומצם יותר — אשר בסעיף 105 של החוק החרות שלנו. לכאורה — אני מדגיש: לכאורה — אפשר להשתמש כאן באותו ארגומנט ממש, שהשתמשנו בו זה עתה כלפי פסק-הדין של דה-ביראנזיה, (10). עוונה של אליזבט מגלי היה, כידוע, מסירת תלונה כוזבת למשטרה, וגם לה יש אח ורע בחוק הפלילי שלנו, הוא סעיף 123, האומר:

ו

ז

„כל המוסר ליועץ המשפטי או לשוטר... הודעה בכתב על מעשה עבירה הנעשית על-פי החוק, בידעו שהיא כוזבת, יאשם בעוון.“

השופט זילברג

העובדה, כי סעיף 123 דן רק בהודעה בכתב, בעוד אשר סעיף 105, אם נכלול בו גם את מעשה מגלי יחול כמובן גם על הודעה בעל־פה, אינה מועילה לנו כלל, ואינה מצדיקה את זכות קיומו של סעיף 123. אדרבה! הלא הדברים קל וחומר! אם הודעה בעל־פה כן, הודעה בכתב — על אחת כמה וכמה, ולשם מה היה צורך בהוראת סעיף 123 הנ"ל? האין זה מוכיח — כך ישאל השואל — כי גם מעשה מגלי, כמו מעשה דה ביראנויה הנ"ל, לא היה נחשב כתקלה ציבורית במובן סעיף 105?

תשובתי לכך: אין זו ראייה! סעיף 123 לא יהיה מיותר, גם אם מעשה מגלי ייחשב אצלנו כתקלה ציבורית, וייכלל בגבולות סעיף 105, כי יתואר גם יתואר מקרה, בו יעבור הנאשם על העבירה האמורה בסעיף 123, ועדיין לא יהיה במעשהו משום תקלה ציבורית במובן סעיף 105, הכיצד? כאשר התלונה הכוזבת אשר נמסרה למשטרה, היא כה חסרת שחר, עד שהמשטרה אינה טועה אליה כלל, ועוברת עליה מיד לסדר היום. תקלה ציבורית לא תהא כאן, כי שום אורח לא הוטרד, ואף זמנה היקר של המשטרה לא הוצא לשוא, אך עבירה על סעיף 123 תהא ותהא כאן, אם התלונה הכוזבת נמסרה בכתב, והיא מאשימה מישהו בעבירה שאנו עושים עליה על־פי החוק, כי הפיסקה השלישית אשר לסעיף 123 (1) קובעת בפירושה, כי:

«אין נפקא מינה, אם נקטו או לא נקטו צעדים בעקבות ההודעה.»

7. ובוהו הגענו לשלב מסוים, לפרשת דרכים בה אפשר לנו כבר לעשות מעין «השבון הנפש», ולנסות להסיק מסקנות סופיות מן הדברים שנאמרו לעיל. השאלה העומדת לפנינו היא: מה היא זהותו של «הנעלם» המצוי בסעיף 105, — מה מובנו הנכון של המונח «תקלה ציבורית» שבו. קבענו בו לעת־עתה, בוודאות גמורה, תכונה שלילית אחת, והיא: כי הוא איננו זהה עם התקלה הציבורית אשר במשפט דה ביראנויה, (10), הנ"ל. מאידך גיסא ראינו, כי יתכן שהוא עולה בקנה אחד עם מושג התקלה הציבורית, אשר הונח ביסוד ההחלטה שניתנה במשפט הנ"ל, (6), מתעוררת, איפוא, השאלה: מה בין זו לזו ואם אפשר לנו, מתוך ה«קונפרונטציה» שלהן, להגיע אל מובנו האמיתי של המונח הנ"ל.

8. הבה נראה, מה קרה במשפט אליזבט מנלי, (6), היא הורשעה בגרימת תקלה ציבורית, והמעשה שיוחס לה הוא, כי יום אחד היא פנתה למשטרת המטרופוליטן, מסרה היאור של איש מסויים, והודיעה כי איש זה היכה אותה באגרופו, וחטף מתוך ארנקת מספר שטרי כסף, את התקלה הציבורית שבדבר ראה בית־המשפט בזה, שהיא גרמה לכך, כי קציני המשטרה, תחת להתעסק — כפי שהם מצויים ועומדים — בדברים שהם לטובת הציבור, יטפלו בחקירת האשמות כוזבות, ויביאו על ראשם של נתיני המלך צרות של חשדות, האשמות ומאסרים (ראה שם, ע' 28—29).

9. כמה נבדלת התקלה הציבורית שנגרמה על־ידי מנלי, (6), מן התקלה שנגרמה על־ידי מעשהו של דה ביראנויה, (10)? לדעתי, האבחנה ברורה וגלויה, בשניהם, אמנם.

השופט זילברג

א נגרמה (או עלולה היתה להיגרם) רעה לציבור, אך לא בשניהם נגרמה הרעה לציבור על ידי רשויות הציבור גופן. דה ביראנז'ה, (10), ושותפיו הפיצו שמועות כוזב על מותו של נפוליאון, וגרמו, או עלולים היו לגרום, חסרון כיס לחלק גדול של הציבור. אך נזק זה לציבור היה מעשה פרטי טהור: הם לא היו לציבור באמצעות האורגנים הציבוריים שלו. לא כן היה הדבר במקרה מנלי, (6). מה שהיא עשתה, היה בחינת "יכה יוסי את יוסי", היא גרמה תקלה לציבור באמצעות הארוע הציבורית גופה. כי החקירות, התאשמות והמאסרים שהיו יורדים, עקב התלונה הכוזבת, על ראשו של האורח השקט, היו נעשים על ידי המשטרה, ומטעם המשטרה, והיא היא שהיתה גורמת במישרין לצרותיו של הציבור. תקלה כגון זו, נאה לה ויאה לה שתיקרא בשם "תקלה ציבורית", כי היא ציבורית מכל הבחינות: הן מבחינת הפוגע, והן מבחינת הנפגע.

10. ההגדרה דלעיל הולמת גם את פרטי המקרה במשפט פורטר (R. v. Porter) (4), 3 Cr. App. Rep. 237, (1909), אשר בעקבותיו הלך בית-משפט זה ב"ע"פ 131/52 (פסק-דין" 1, 854), (21). האמת ניתנה להיאמר, כי הדברים שנאמרו על-ידי חברי המשפט אגרנט, ב"ע"פ 131/52, (21), הנ"ל, מסבירים את הרעיון, שהונח ביסוד פסק-דין פורטר, (4), בצורה הרבה יותר משכנעת משנעשה הדבר באותו פסק-דין גופו. התקלה הציבורית אשר רבצה לפתחו של פורטר, (4), היתה, כי כרי לשחרר אדם אחר ממעצר, הוא ערב בסכום כסף מסויים להופעתו של אותו עציר בבוא יום דינו, תמורת הסכמתו של זה לפנות אותו, את פורטר, על כל הנזקים שייגרמו לו אם הוא, העציר, לא יופיע במשפט, וסכום הערבות יוחלט על-ידי בית-המשפט. ומה הוא הפסול שבדבר, ומדוע ייענש אדם המסכים ל"ביטוח משנה" שכזה? על כך אומר המשפט אגרנט, בהתאימו את עקרון פורטר, (4), לפרטי המעשה ב"ע"פ 131/52, (21), בו קיבל הערב מן הנאשם — 150 ל"י, וחתם על ערבות של — 1000 ל"י:

ה "..... בפקודת השחרור בערבות התר המחוקק לכך, כי השופט הדין בבקשה לשחרור הנאשם — הוא ולא אחר — יעריך את שיעור הסיכון הכרוך באפשרות בריחתו של הנאשם בטרם יתברר משפטו או ערעורו, וכן כי אותו שופט — הוא ולא אחר — יקבע את גובה האחריות הכספית אשר על הערב לשאת בה אם יקרה שהנאשם יימלט. מכאן, שאם השופט הנ"ל קבע את גובה האחריות הכספית אשר על הערב לשאת בה, במקרה של אי הופעת הנאשם במועד הדרוש, בסך — 1000 ל"י, הרי פירוש הדבר, כי העריך שרק לאחר מתן ערבות בסכום זה דוקא, יהיה הערב מעוניין לדאוג לכך, כי הנאשם לא יברח. על כן, כל סידור, שמתוך לכתלי בית-המשפט, העשוי להקטין את שיעור הסיכון שהטיל השופט על הערב כתנאי לשחרור הנאשם בערבות יש בו כדי לפגוע בערכה של הערובה שנקבעה על-ידי אותו שופט, והוזה אומר, לסכל את מטרתו של החוק" (שם, ע' 858, 859).

השופט זילברג

פירושו של דבר: אם הערב, עליידי סידור מחוץ לכתלי בית-המשפט, שם לאל את הסכנה הצפויה לו במקרה הימלטו של הנאשם, או אפילו רק מקטין את שיעור הסיכון הכרוך בדבר, הרי הוא גורם לכך, כי השופט ישחרר את הנאשם בלי לקבל ערובה מספקת להופעתו ביום הדין, ויתן יד לפושעים — שלא מרצון ושלא מדעת — להתחמק מן העונש הצפוי להם.

א

הוא הדבר אשר רמזי עליו בריש פסקא זו. גם כאן, במקרה פורטר, (4), האנגלי, ובמקרה לוי-בורנסטיין הישראלי (ע"פ 131/52), (21), התקלה שנגרמה עליידי הנאשם היתה לא רק תקלה לציבור, אלא: תקלה לציבור באמצעות מוסדות ציבוריים. הוא הערב שביטח את עצמו, גרם לכך, כי השופט, אשר מתפקידו הוא להגן על הציבור מפני מעללי חוטאים ופושעים, יעשה — שלא באשמתו כמובן — מעשה המפקיר דוקא את הציבור למעללים כאלה, היינו: ישחרר, ללא ערובה מספקת, ספק-פושע מכלאו, ויגדיל עליידי-כך את סכנות הציבור. מעשה כזה הוא ודאי תקלה ציבורית במובן סעיף 105, ולכן פסק בית-המשפט העליון כפי שפסק בו"פ 131/52, (21), הנ"ל.

ב

11. והוא הדין לגבי מקרה בריילפורד (R. v. Brailford; (1905), 2 K.B. 730), (3), גם הוא יפול, כאן בארץ, לגדרו של סעיף 105 הנ"ל. המעשה שהוכתר שם, חליפות, בשם "קשר פלילי" ובשם "תקלה ציבורית" היה: קשירת קשר להשגת דרכון חוץ בריטי, בטענה כוזבת, היינו: הוצעה בבקשה, כי המבקש זקוק לאותו דרכון כדי לנסוע, הוא עצמו, לרוסיה, ואילו הכוונה האמיתית היתה, לשלוח את הדרכון לשם, על מנת שיצאמש בו מישהו אחר, ואמנם סוף מעשה העיד על המחשבה-התחילה, כי כעבור כמה הדישים נמצא הדרכון הבריטי על גופו של אדם אחד — לא מבקש הבקשה — אשר נהרג, עקב התפוצצות פצצה, באחד מבתי-המלון של ס"ט פטרסבורג, עיר הבירה של רוסיה הצארית. התקלה לציבור, כפי שראוה מחברי כתב-האישום, ואתם בית-המשפט, כלולה היתה בכך, כי עקב מעשה זה, אשר "ישמש דוגמא רעה לאחרים", עלול להיגרם נזק ובלבול, "ליחסים החוקיים, החפשיים והמקובלים בין גתנינו הנאמנים של אדוננו המלך ונתנינו של הצאר הרוסי הנ"ל", וכן "ליחסי השלום הקיימים בין אדוננו המלך והצאר הרוסי", והדבר עלול לפגוע "בשלומו של אדוננו המלך, כתר המלוכה וכבוד המלוכה" (שם, ע' 744), (3).

ד

ה

ו

מעשה זה יש בו מכל הסממנים של מעשה חנלי, (6), ופורטר, (4), ועוד יותר חריג פים מהם, כי אילו, כתוצאה ממעשה בריילפורד, (3), ואחרים כיוצא בו, נתקלקלו בפועל ממש היחסים הדיפלומטיים בין הממלכה המאוחדת ומדינתו של הצאר, הרי ex hypothesis, האשמה בתרמית הדרכונים ההם היתה נזקפת לחשבון משרד החוץ הבריטי גופו, ולא לחור-בת שותפיו של אותו טירוריסט אלמוני, אשר על גופתו המרוסקת נמצא הדרכון הנ"ל. זו היתה, איפוא, תקלה לציבור באמצעות רשויות הציבור, ותקלה כזאת ודאי תיראה כ"תקלה ציבורית" במובן סעיף 105 של החוק הפלילי שלנו. לא נתעלם ממני, כי השגת דרכון

ז

השופט זילברג

בטענות שוא תיחשב לעבירה, כאן בארץ, גם על-פי סעיף 308 לפקודת החוק הפלילי, האומר:

„כל המשיג בדרך... לעצמו או בשביל אדם אחר... אינו תעודה הניתנת על-פי איזה חוק או תקנות, בטענת שוא, ייאשם בעוון, ויהא צפוי למאסר שנה אחת.“

א

אך מציאותו של סעיף זה בספר החוקים שלנו, אינה מוכיחה כלל, כי מעשה, כעין מעשה בריילספורד, (3), לא ייראה כתקלה ציבורית במובן סעיף 105 הנ"ל. כי אף אם תחול עליו — ואני סבור שתחול עליו — הוראת סעיף 105, הרי כבודו של סעיף 308 במקומו מונח, ועדיין הניחו לו מקום להתגדר בו, היינו: באותם המקרים, הרבים והשכיחיים, בהם התעודה שהושגה ברמאות היא „אדישה“ בהחלט לגבי האינטרס הציבורי, והשגתה אינה עלולה לפגוע בטובת הציבור. והיה, אם התעודה שהושגה ברמאות אינה מהווה תקלה ציבורית, ייענש העבריין על-פי סעיף 308, ואם היא מהווה תקלה ציבורית, הוא יוכל להיתבע לדין גם על-פי סעיף 105, ויספוג את העונש, היותר חמור, שנקבע בסעיף זה.

ב

ג

12. הדברים שנאמרו זה עתה כלפי מקרה בריילספורד, (3), כוחם יפה, ובדיוק נמרץ, גם כלפי מקרה בייסי, (5), (1931), 22 Cr. App. Rep. 160. (R. v. Bassey). מעשה בצעיר דרום אפריקאי, שחשקה נפשו ללמוד את תורת המשפטים באנגליה, וביקש להתקבל כתלמיד בבית-הספר למשפטים, הוא כתב את הבקשה המתאימה, ומישהו אחר, בשמו ומטעמו, הגיש לשלטונות בית-הספר תעודות מזויפות, המראות כי הוא עבר בהצלחה את בחינות הקולג' המסונף לאוניברסיטה של דורהאם, והוא בעל אופי טוב וכשר. על סמך תעודות אלה הוא נרשם כתלמיד בבית-הספר הנ"ל, וכשנתגלתה התרמית, הובא לדין והורשע בגרימת תקלה ציבורית. וכה אמר השופט סויפט, בדחותו את הערעור על ההרשעה הנ"ל: —

ד

ה

„חבר הנאמנים (Benchers) הם גוף אחראי כלפי הציבור לגבי קבלת תלמידים, השכלתם, וקריאתם אל ה„באר“, ואין זו אלא תקלה ציבורית, אם, בפיקוחם על התלמידים, מכשילים אותם, בהצהרות כוזבות, לגבי אפים של אלה הבאים להתקבל כתלמידי בית-הספר. מקרה בודד, אולי, לא יגרום נזק לציבור, אך השאלה היא: אם עלולה לצמוח ממנו תקלה ציבורית, ואין ספק בלבנו, כי אמנם הדבר כך.“ (ע' 161).

ו

עיננו הרואות: הדגש הוא כאן, ובצדק, על תפקידם הציבורי של חבר הנאמנים הנ"ל. התקלה הציבורית, בעקבות מעשהו של בייסי, (5), ושל אלה אשר ממנו ילמדו וכן יעשו, תיגרם כאן — במישרין, ושלא מדעת — על-ידי שלטונות בית-הספר גופם, כי הם הם אשר, בסופו של דבר, יורידו את רמת ההשכלה הכללית של בית-הספר, ו„יוציאו לשוק“

ז

השופט זילברג

מוסמכים שאינם ראויים לאותה איצטלא. זו היא איפוא תקלה לציבור באמצעות רשויות הציבור. ולכן תיחשב אף היא כ"תקלה ציבורית" במובן סעיף 105 הנ"ל.

13. לעומת זה לא ייראו לדעתי כ"תקלה ציבורית" במובן סעיף 105 המעשים שדונו בפסקי-דין אנגליים אלה: —

א

- (א) R. v. Higgins; (1801), 102 E.R. 269, (2);
 (ב) R. v. Price; (1883), 12 Q.B.D. 247, (11);
 (ג) R. v. Young; (1944), 30 Cr. App. Rep. 57, (9);
 (ד) R. v. Newland; (1953), 37 Cr. App. Rep. 154, (1).

ב

אשר לפסקי-הדין הראשון (היג'ינס), (2), שהוא מבחינה היסטורית, אבי אבות "התקלה הציבורית" שנשתרשה במשפט המקובל האנגלי, הרי ההברה שנזרקה שם לחלל העולם, לא היתה, כידוע, אלא אימרת-אגב. מאד מאד אגב, ושלא לצורך הענין (ראה פסקאות 5, 8 (א), של פסקי-דינו של חברי המלומד, השופט חשין). היא לא היתה צריכה לגופה באותו משפט, ואם יצאו לה מוניטין בקרב יודעי דת ודין, הרי זה הוא רק בשל תלי תלין של הלכות אשר נבנו עליה. לאחר מכן, עלידי הפוסקים האחרונים.

ג

ואשר לשלושת פסקי-הדין האחרים, הרי גם המעשים שדונו בהם: שריפת גופה (1919), (11), בניית מקלטים רעועים (יאנג), (9), קניית חרסינה אסורה והפצתה בשוק המקומי (ניונד), (1), אם כי יתכן מאד (ובחלק מהם ודאי) שהיו תקלה לציבור. עדיין לא היה בהם משום "תקלה ציבורית" במובן, היותר מוגדר והיותר מצומצם, שיש לייחס למונח זה בסעיף 105 של החוק הפלילי שלנו. העובדה כי המחוקק המנדטורי לא כלל את מעשה זה ביראנוה, (10), בכלל "התקלה הציבורית", אלא ייחד לו סעיף מיוחד בחוק הפלילי שלו, משמשת, לדעתי, ראיה הותכת לכך, כי הוא לא אימץ לו בנדון זה את המושג המורחב של ה"קומון לאו", אלא הסתפק במשהו יותר מוגדר ויותר צר, והוא: תקלה לציבור באמצעות רשויות הציבור. כפי שנתבאר לעיל.

ד

ה

14. וכאן רצוני להעיר הערה אחת. ביחס לשאלה נכבדה מאד, שנתעוררה עלייך היועץ המשפטי המלומד במהלך טענותיו לפנינו. בדברו על פסקי-דין ניונד, (1), ועל הלאו החדש "בל תוסיף" שבו, אמר היועץ המשפטי, כי לדעתו, אין פסקי-דין זה מהייב את בתי-המשפט הישראליים, הואיל והוא ניתן באנגליה אחרי קום המדינה. מסכים אני בהחלט לרעיון זה, וכבר הבעתי אותו — או אמנם מתוך היסוס מה — בפסקי-הדין הנפ"ר רד שניתן על ידי במשפט ינקובוביץ (ע"פ 125/50, ו"פסקי-דין", ב"ע" 564, 575 (22)). מרשה אני לעצמי לחזור על הדברים שאמרתי שם, ואלה הם:

ו

"(א) מסופקני מאד, אם בתי-המשפט הישראליים מחוייבים ללכת אחרי חידושי הלכה, שנתחדשו אחרי קום המדינה בבתי-המשפט האנגליים.

השופט זילברג

שאם כך קבעת — נמצא אהה משעבד כביכול את היודיקטורה הישראלית לרוחות המנשבות, חדשות לבקרים, בבתיהמשפט של אנגליה, ולא לכך — סבורני — התכוון המחוקק הישראלי, בכתבו את סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, — לא לכפיפות מתמידה ושוטפת לאמרי פיהם של טריבונלים זרים, כי לא הרי זה כהרי זה: לא הרי נכריותו החד-פעמית של חומר משפטי זר, קבוע ומוגבל, אשר, הוקפא' ואומץ בנקודת-זמן מסויימת, כדי לפתחו ולשכללו, על-ידי בתי-משפט מקומיים, תוך גבולות המדינה, כהרי נכריותו הכפולה והמכופלת של חומר משפטי זר, בלתי קבוע ובלתי מסויים, המוסיף להיווצר ולהשתנות, על-ידי בתי-משפט זרים, מחוץ לגבולות המדינה, חוששני כי רצפציה מורחבת כזאת, נוסח ב', לא תהא הולמת ביותר את סיפוק צרכיהם המיוחדים של תושבי המדינה, והיא עלולה לשמש בלם מסוכן להתפתחותה של יצירה משפטית עצמאית מקורית....".

א

ב

15. סוף דבר: "התקלה הציבורית" אשר בסעיף 105, פירושה: תקלה לציבור באמצעות רשויות הציבור, והיא מצויה רק כאשר כתוצאה, או כהשתלשלות, ממעשהו של הנאשם, רשות ציבורית עושה, או עלולה לעשות, מעשים המביאים רעה לציבור.

ג

16. ומכאן רק צעד אחד, קצר ופשוט, להכרעת הערעור שלפנינו. אם הפירוש שייחסתי לסעיף 105 נכון הוא, הרי אין מפלט מן המסקנה, כי המעשים שנעשו על-ידי המערער אין בהם משום עבירה על הסעיף הנ"ל. הם (מנהלי אש"ד) עשו מה שעשו מכוח "סמכותב" הם, לא "החטיאו" איזו רשות ציבורית, ולא עשו אותה כלי שרת בידם, על מנת שהיא גופה — הרשות — תביא במו ידיה רעה על הציבור, יתכן מאד, כי מבחינה חוסרית אין הפסול שבמעשיהם פוחת על-ידי-כך, ויתכן גם כי הנזק שנגרם כאן לציבור, עולה על הנזק שנגרם אי פעם על-ידי תקלה ציבורית "אמיתית". אך זה הוא ענין למחוקק לענות בו, ואם יעלה הרצון לפניו לאסור ולהעניש מעשה כגון זה, הוא יעשה זאת בהוראת חוק ברורה ומפורשת. אפשר, שהמחוקק הישראלי כבר מילא את החסר והוא, על-ידי צו ההגנה מיום 6.9.53 (קובץ התקנות 387), המחייב את השותפות אש"ד לקיים את שירותי קוויה בימים ובשעות הקבועים בו, — צו שניתן כשבעה חדשים אחרי קרות המקרה העומד לדיון בפנינו, על-כל-פנים, ויהא הדבר אשר יהא, הרי טובת הציבור, במובנו היותר נרחב של ביטוי זה, דורשת כי לא תהינה בחוק עבירות "בנות-בלישם", וכי כל מעשה אסור יהא נקוב בשם, או מוגדר הגדרה מספקת, במגנא כרחא של העברייך". לשם כך טרחתי הרבה לתחום תחומים מדוייקים לעבירת סעיף 105, ואם, כפי שנראה לי, לא טעיתי בהתוויית קווי היקפה, הרי מעשה המערער דנן נמצא מחוץ לגבול הסעיף הנ"ל.

ד

ה

ו

ז

17. ובטרם אכלה את דברי, רצוני להפנות את תשומת הלב לחוות דעת אחת (Advisory Opinion) של בית-הדין הבינלאומי בהאג, שהיא בעלת חשיבות מרובה.

השופט זילברג

הן מבחינת האומר והן מבחינת האמור. מוצא אני בה חיזוק ואסמכתא לרעיון שהבער לעיל בפסקה 2 (א) של פסקדיני, וברוך שכיוונתי לדעת השופטים הגדולים.

מעשה שהיה שם כך היה:

א

בשנת 1935, הוציא הסינאט של העיר החפשית דנציג שני צווים — האחד מטריאלי השני פרוציסואלי — הבאים להכניס תיקון חשוב, יסודי, במשפט הפלילי הקיים.

הראשון שבהם, העיקרי, קובע בסעיף 2 שבו:

ב

«כל העושה מעשה שנענשין עליו על-פי החוק, או מעשה שהוא ראוי לעונש על-פי הרעיון היסודי של איזה חוק פלילי וההרגשה העמודת הבררית אה ייענש. באין חוק פלילי הדן ישירות במעשה, הוא (העבריין), ייענש על-פי אותו חוק, אשר הרעיון היסודי שבו מתאים ביותר לאותו מעשה. (איזה חוק פלילי) יוצא לומר כאן: איזו שהיא הוראה בחוק הפלילי.

ג

והצו השני, הפרוציסואלי, קובע את המנגנון והדרכים, בהם יש להשתמש לביצוע ההוראה הנ"ל.

ד

צווים אלה היה בהם משום שינוי יסודי, רדיקלי, של החוק הפלילי הקיים. והם הפכו על-פיה ובזטלו את ההוראה הקודמת שאמרה:

«מעשה ייענש רק, אם תענש המוטל עליו נקבע בחוק ברהוקף לפני היעשות המעשה».

ה

בתפורה השאלה, אם החידושים הללו אינם נוגדים את החוקה הדנציגאית, וכמה מפלגות פוליטיות — המפלגה הגרמנית הלאומית, המרכז, והמפלגה הסוציאלי-דמוקרטית — פנו אל הנציב העליון לדנציג מטעם חברי-הלאומים, וביקשו ממנו להתערב בדבר, קובלתם הממשית היתה, כי שינויים נוגדי-חוקה אלה נעשו «לשם תיאום עם העקרונות השוררים בגרמניה הנציונאל-סוציאליסטית», ולאחר גלגולים שונים הובא הענין לחוות דעתו של בית-הדין הבינלאומי בהאג.

ו

לא אטרוד קולמוסי בפירוט הטענות השונות — ביניהן: «מרפסן איגרי» — שהושמעו להגנת הצווים הנ"ל. די אם אציין, כי נציגי הסינאט הציגו את עצמם, ללא בוש, כחסידי התורה הקרימינאליסטית, הנאצית, החדשה — כפי שנגלתה עליהם מברלין, במאמרו של אחד מיניסטר שצוטט על-ידם — וטענו, כי הצווים הללו באו להשליט צדק, אמיתי, מהותי, נציונאל-סוציאליסטי, במקום הצדק ה«פורמאלי» אשר אבד עליו כלת, הם באו כביכול, «לגאול» את השופט מ«כבליו» של החוק, והעניקו לו

ז

השופט זילברג

סמכות לתקן את הפגומות ולמלא את הלאקונות שבו, לכל יימלט עבריון בעד "חרכיו" של החוק, ו"עבריון" פירושו: כל הפוגע באינטרסים "האמיתיים" של כלל העם, כפי שרואה אותם השופט, ממלא הלאקונות, בהתבוננו אל "הרעיון היסודי" של החוק, דרך האספקלריא המאירה של "ההרגשה העממית הבריאה"

א

(vide Permanent Court of International Justice, 1935, Series C, No. 77, at pp. 21—27, 54—68).

כך דיברו וכתבו וציטטו סניגורי הסינאט של דנציג, אך שופטי בית-הדין של האג לא התפעלו כנראה מן הארגומנטציה הזאת, ובכמה קטעים נפלאים, אשר אביאם מיד, הם מצביעים, בדברים כדרבונות, על הסכנה החמורה הנשקפת לאזרח, באין חוק מפורש ומוגדר, המציין בדיוק מספיק את פרטי העבירה, וכך נאמר שם, בין השאר:

ב

"על-פי שני הצווים, יכול שיהא אדם מובא לדין ונענש, לא רק — כפי שהיה עד כה — מכוח הוראה מפורשת בחוק, אלא גם על-פי הרעיון היסודי של איזה חוק ועל-פי ההרגשה העממית הבריאה.

ג

יהא אשר יהא היחס בין שני היסודות, הרי ברור, כי ההחלטה: אם המעשה נכנס או אינו נכנס לגדר הרעיון היסודי של איזה חוק פלילי, או: אם המעשה פסול או איננו פסול לפי ההרגשה העממית הבריאה, מסורה להכרעתו של השופט האינדיווידואלי או להכרעתו של התובע הכללי. תחת להשתמש בחוק פלילי, הברור, במידה שווה, הן לשופט והן לנאשם. יצרו הצווים החדשים את האפשרות לכך, כי אדם ימצא עצמו מובא לדין ונענש בשל מעשה, אשר החוק לא איפשר לו כלל לדעת כי הוא עבירה, מכיון שפליליות המעשה תלויה כליל בהערכת המצב על-ידי התובע הכללי ועל-ידי השופט, נמצא, כי שיטת משפט, בה אפיו הפלילי של המעשה והעונש הצמוד לו יהיו ידועים לשופט בלבד, תופסת את מקור מה של שיטה, בה ידיעה זו פתוחה היתה, במידה שווה, לשניהם: גם לשופט, וגם לנאשם.

ד

ה

ובל נשכח, כי הדעה האישית על: מה היא הכוונה שהונחה ביסודו של החוק, או: מה נחשב כפסול לפי ההרגשה העממית הבריאה, תהא שונה ומשתנה מאדם לאדם, ההרגשה העממית הבריאה, היא קנה-מידה מאד מתחמק ובלתי ברור, נציג העיר ההפשית הגדירה כהשקפה המתאימה לדרישותיו החמורות של המוסר, הגדרה זו מקיפה וכוללת את כל השדה ה"לבר-משפטי" (extra legal) של: מה טוב ומה רע, בהתאם לקודכס המוסרי או הרגשות הדתיים של כל אחד ואחד, מכאן, כי ההרגשה העממית הבריאה, יכולה לעורר קווי-התנהגות שונים בלב אלה הנקראים לפעול על-פי אותה הרגשה, הוא הדבר אשר בגללו נחוצה חקיקת-מחוקק, כדי

ו

ז

השופט זילברג

לתחום תחומים מדויקים בין המוסר והחוק. המבחן, כביכול, של : ההרגשה העממית הבריאה, אפילו אם נצרף אליו את התנאי של : שימוש ברעיון היסודי של החוק הפלילי, לא יציין לפרט, במידה מספקת, את קווי הגבול, אשר מעבר להם נהפכים מעשיו לחייבי עונשין.

א

(Permanent Court of International Justice, 1935, Fascicule No. 65, Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, pp. 52, 53).

ב

ובסופו של דבר החליט בית-הדין הבינלאומי, ביום ה-4 בדצמבר, 1935, ברוב של תשעה נגד שלושה, כי הצווים ההם מחללים את החוקה, ופוגעים קשות בערובות החופש של האזרח. «צריך שהפרט יהא מסוגל לדעת מראש, אם מעשיו חוקיים המה, או צפויים לעונש» — כך מסיימים שופטי בית-הדין הבינלאומי את נימוקי החלטתם.

ג

לא באתי, כמובן, להסתמך על החלטת הטריבוטל הגבוהה הוא, כדי לשלול את תקפו של סעיף 105 שלנו. רציתי רק להצדיק בה, הצדקה נוספת, את נסיוני לקבוע תחומים מוגדרים כל שהוא, להוראה הבלתי-מוגדרת של הסעיף הנ"ל. שאם לא נעשה כן, תהיה «התקלה הציבורית» שלנו, לא פחות מסוכנת מן «ההרגשה העממית הבריאה» של הסינאט הדנציגאי.

ד

דעתי היא, איפוא, כי יש לקבל את הערעור, ולבטל את ההרשעה ואת גזרי-הדין.

לפיכך החלט, ברוב דעות, לדחות את הערעור על ההרשעה ולהעמיד את הקנס על 100 ל"י בלבד.

ה

ניתן היום, ח' בתמוז תשי"ד (9.7.1954).

ו

ז