

בעיה עובדתית ולא משפטית. כלומר אפילו טענת בי"כ המערערים בדין יסודה — אין היא יכולה להשפיע על המצב כאן מבחינת עובדתית. לפיכך הננו דוחים את הערעור גם בנוגע לבעיה ב'. על המערערים לשלם למשיב הראשון תוצאות הערעור ושכר הופעה בסך כולל של 80 ל"י. ניתן היום, כ"ה במרחשוון תשי"ג (13.11.52).

א

ערעור פלילי מס' 44/52

ב

קאסם חסין דיאב נגד היועץ המשפטי לממשלת-ישראל

בבית-המשפט העליון כבימ"ש לערעורים סליליים (17.7.52, 12.8.52, 29.10.52, 2.12.52)

ג

לפני הנשיא (זמורה) והשופטים זיל ברג, ויתקון

פקודת החוק הפלילי, 1936, סעיפים 53(א) ו-49, 53 — פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, סעיפים 15, 11 — פקודת המלאכות והתע' שיות (הסדרה) (תיקין) (מס' 7) 1939, סעיף 2 — פקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב-האשמה), (תא"י, פרק ל"ו) כעיפים 52 (כפי שתוקן ב-1939), 72(1)(ב) —

ד

סעיף 53 לפקודת החוק הפלילי הנ"ל — כותרת השוליים שבבדו: promoting civil war — עד היכן מותר להטיק מכותרת שוליים זו את משמעותו של החוק — הנוסחא המקובלת, כי אין הולכת אחר כותרת השוליים, אינה אלא נוסחא שהערוך מרובה בה על העומד — בדיקת הכלל הנ"ל וטעמו ביודיקטורה האנגלית — הטעם הוא כי הכותרות הללו נכתבות לא על ידי הפרלמנט, ולא מטעם הפרלמנט, אלא ע"י אנשים נטולי אחריות irresponsible persons — רעיון זה אין לו אחיזה ותפיסה כלל בעולמנו, השונה לגמרי, של הלביסלטורה הארץ-ישראלית — כי ארץ-ישראל המנדטורית, היא הקפידה ביותר על שילוש הרשויות, ומחוקק ואדמיניסטרטור שימשו בה בעד ובניה באישיות נחת — חוקיה לא באו לה מאתם בית המחוקקים, אלא חוברו מאחורי דלתיים וברחו על ידי חבר נומחים מקצועיים והוגשו לחתימה אל הנציב העליון — מותר להניח, כי המטמך שהוגש לחתימה לא היה נטול שוליים וכותרת, וכפיילא התייחסה התיימה-החוקיקה הלו גם לכותרת השוליים של החוק — היוצא מזה כי כאן בארץ, לגבי התחיקה המנדטורית, אין כל מניעה לקבלת "השראה פרשנית" נדברי הכותרות, להסתייע בהם לצורך קביעת משמעותו של החוק, ובלבד שאלה לא יתרו את האמור בפירוש בגופו של החוק — ראוה לכך מהוראת סעיף 2 של העקודה מס' 7, לשנת 1939 — מה נורבני של המונח "מלחמת אזרחים" — את התשובה לכך, שנתקבלה גם על דעת המשפטנים האנגליים, אנו מוצאים דוקא ביודיקטורה האמריקנית — המדרת המונח הנ"ל בפסק-דין אמריקנים — מלחמת אזרחים האמריקנית של שנות 1861—1865 בין הדרום והצפון והגדרתה ביודיקטורה האמריקנית — (מלחמת אזרחים פירושה: מלחמת אזרח במלכות, או מלחמת אזרח כאזרח, באמצעות הנשק, לשט

ה

השגת השלטון, בכל רחבי המדינה או בחלק הימנה — המדובר הוא תמיד באורת (כלומר: קיבוץ אורחים), הנאבק עם השלטון או על השלטון במדינתו הוא, ולא במדינה המבקשת לשפוך את שלטונה על שטחה ועל אורחיה של מדינה זרה — מלחמת ערב-ישראל לא היתה „מלחמת אורחים“, אלא מלחמה בין מדינות סוברניות מזה ומזה, בה ביקשו שבץ מדינת ערב לקצקע את הבירה כולה, ולהכחיד את זכרה של מדינת ישראל — זו היתה מלחמה „טריטוריאלית“, מלחמת מדינות, ואין כל נפקא מינה בדבר, כי הפולשים-התוקפים לא הכירו בקיומה המדיני של המדינה הנתקפת — מסקנה: מלחמת ערב-ישראל לא היתה מלחמת אורחים במובן סעיף 53(א) של החוק, ולכן מי שהשתתף במלחמה זו נגד ישראל, אף אם תושב ישראל הנה, אינו יכול להאשם בעבירה על הסעיף הנ"ל — ואולם בית-המשפט ניסה לחשוב, כי אם תושב ישראל החייב אמונים למדינה, משתתף במלחמה נגד מדינת ישראל, אפשר להאשימו באשמת בגד, ולהביאו לדיון על פי סעיף 149(1) לפקודת החוק הפלילי — השפעת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון המשפטי תשי"ח-1948, על חבנו של סעיף 149(1) הנ"ל — אך מכיון שהמערער במקרה דנן הואשם על פי סעיף 53(א), ולא על פי סעיף 149(1), והואיל והעונש הצפוי לעובר על סעיף 149(1) הוא עונש מוות, ויותר חמור מן העונש הצפוי לעובר על הסעיף 53(א), הרי בהתאם לסעיף 52 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב-האשמה), ובשים לב לסיפא של סעיף 149(1) (ב) לאותה פקודה, לא יוכל בית משפט זה להמיר את ההרשעה על פי סעיף 53(א) בהרשעה על פי סעיף 149(1), גם אם דעתו תהיה כי אמנם אשם המערער בעבירה על סעיף זה — משום כך בוטלה הרשעתו של המערער והוא זוכה.

א. טויסטר — בשם המערער; מ. בן-פורת — בשם המשיב

פסקי-דין אנגליים שהוזכרו:

- [1] *R. v. Hare*; (1934), 1 K.B. 354, 355, 356.
 [2] *Attorney-General v. Great Eastern Railway Company*; (1879), 11 Ch. D. 449, 461.
 [3] *In re Woking Urban District Council (Basingstoke Canal) Act, 1911*; (1914), 1 Ch. D. 300, 322.
 [4] *Claydon v. Green*; *Green v. Claydon*; (1867-8), L. R. 3 C. P. 511, 521, 522.
 [5] *In re Venour's Settled Estates*; *Venour v. Sellon*; (1875-6), 2 Ch. D. 522, 525.
 [6] *Sutton v. Sutton*; (1883), 22 Ch. D. 511, 513.

פסקי-דין ישראליים שהוזכרו:

- (7) ע"פ 53/49 — ד"ר ריכרד וייל נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל; „פסקים“, כרך ב', תשי"ג-1950, עמ' 438, 451.

פסקי-דין אמריקניים שהוזכרו:

- [8] *Brown v. Hiatt*; 1 Dillon, 379; *Stroud's Judicial Dictionary, Second Edition*, p. 317.

פסק-דין, כרך ו', תשי"ב/תשי"ג-1952 הנשפט זילברג

- [9] *Juando v. Taylor*; 13 F. Cas. No. 7558, 2 Paine 652, 3 Wheel. Cr. (N.Y.) 382, cit. in 67 C.J. 337, note 16(b).
- [10] *Underhill v. Hernandez*; 18 S. Ct. 83; 168 U.S. 250, 252, 42 L. Ed. 456.
- [11] *The Amy Warwick*; Fed. Cas. No. 341, 64 Fed. Digest 245-246.
- א [12] *Salisbury Hubbard & Co. v. Harnden Express Co.*, 10 R. I. 244, cit. in 67 C. J. 336, note 16(a).
- [13] *Mayer v. Reed & Co.*; 37 Ga. 482, 484; 67 C.J. 337, note 16(c).

מקורות המשפט העברי שהוזכרו:

ב

(א) ירושלמי, שבת, פרק כל כתבי

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בחיפה (הנשפט מ. לנדוי), מיום 12.3.52 בתיק פלילי מס' 28/52, אשר לפיו הורשע המערער בהתאם לסעיף 53(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונידון לשבע שנות מאסר החל מיום 30.10.51. הערשור נזקק.

ג

פסק-דין

הנשפט זילברג: המערער הורשע על-ידי בית-המשפט המחוזי, חיפה, בעבירה על הסעיף 53(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונידון ל-7 שנות מאסר. המעשה שיוחס לו הוא: נקיצור גמדי, כי בסוף שנת 1948 — תחילת שנת 1949, עת היותו תושב ישראלי, וזכרתי, כחיל, ל"צבא ההצלה" הערבי (חיל קאוקג'י), אשר חנה ופעל אותה שעה ולאחר מכן, על אדמת הלבנון וסוריה, מול הגבול הצפוני של מדינת-ישראל. באיכוף המערער נופר גם בעצם סמכותו של בית-המשפט דלמטה, אך טענתו העיקרית לגופו של ענין היא כי המעשה בו הואשם מרשהו, אף אם אמת נכון הדבר, אינו כלל עבירה על דברי הסעיף הנ"ל, ועל שום מה? על שום שהמחוקק המנדטורי, אשר הוריש לנו את הסעיף, דבגון זה מעולם לא התכוון: כל כוונתו שם, בסעיף 53(א), היתה למלחמת אזרחים, — וזינו: חרב איש ברעהו, בקרב המדינה, מתוך איבה דתית, עדתית, מעמדית וכו', ולא למלחמה הבאה מן החוץ, בה נלחמים היריבים זה בזה לא על כיבושים במדינה, אלא על כיבוש המדינה גופה.

ד

2. טענה זו רצינית היא, ובהכרעתה ייחרץ כאן גורל הערער, יתעוררו כאן, ראשית כל, אי-אלו שאלות מתורת פירושי החוקים, ועלינו יהיה — זו הפעם הראשונה בבית-משפט זה — לעמוד גם, בשיעור הנוגע לענינו, על אפיה המשפטית של מלחמת ערב-ישראל.

ה

3. תחילה נתבונן לדברי הסעיף 53(א) הנ"ל, הלא כה הם דבריו, ככתבם וכלשונם, במקורם האנגלי: —

Promoting Civil War "53 Any person who:—

(a) without lawful authority, carries on, or makes preparation for carrying on, or aids in or advises the carrying on of, or preparation for, any war or warlike undertaking with, for, by or against any section, race or body of persons in Palestine;

is guilty of a felony and is liable to imprisonment for life."

במקום "פלשתינה" ייקרא עתה "ישראל". מכוח הוראת סעיף 15 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

בשולי ס"ק זה מתנוססות המלים: Promoting civil war; המלים שלאחריהן מת- יחסות לסיק (ב); והשאלה העומדת בפתח עינים היא — וחבל מאד שבאיי-כוח בעלי- הדין לא ראו לנחוץ להרהיב את הדיבור על כך — האפשר להיבנות מכותרת-שוליים זו, ועד היכן מותר לנו להסיק הימנה את משמעותו של החוק? רק אם ולאחר שנשיב בחיוב על שאלה זו, עלינו יהיה לבדוק את מובנו של המונח "מלחמת אזרחים", כדי להגיע אל השאלה הנוספת, האחרונה: אם מעשהו של המערער דגן, היה בו משום סיוע או השתתפות במלחמת אזרחים, או לא.

4. הנה שאלה זו — שאלת כותרת-השוליים (או הכותרות בכלל) כמקור-פירושים לכונתו של המחוקק — נדונה פעמים אין ספור ביודיקטורה האנגלית, ועדיין ההלכה רופפת בידינו. הנוסחא המקובלת היא כי אין הולכין אחר כותרת השוליים — marginal note בלע"ז — אך זו אינה אלא נוסחא, שהפרוץ מרובה בה על העומד. מצד אחד ברור, כי אין זכות בכורה לכותרת, ודברי הכותרת — אם כותרת ראשית, ואם כותרת-משנה או כותרת-שוליים — אינם יכולים לסתור ולהכריע את הנאמר בחוק גופו, כי מדוע נעדיף את השוליים על הפנים? מאידך גיסא אין, כנראה, כל מניעה לכך, שישתמשו בדברי השוליים, כדי לפשוט דו-משמעות המופיעה בנוסחו הלקוי של החוק.

אסמכתא לכך — לשוני חלקי הרעיון — מוצאים אנו בדברים שנאמרו על-ידי השופט איבורי (Avoary) במשפט המלך נגד הר, ה"ר, (1), (R. v. Hare). שם הואשמה אשה בביצוע מעשה מגונה בילד בן 12, בפתחה אותו לקיים אתה יחסי מין, והיא הובאה לדין על פי סעיף 62 לחוק עבירות נגד האדם, 1861. טענת ההגנה היתה, כי הכותרת לסעיפים 61—63 היא: "עבירות שלא כדרך הטבע" (Unnatural Offences), סימן שהכוונה היא למשכב-זכור (sodomy), רביעה (bestiality), וכל כיוצא בזה, אך לא למעשה מעין המעשה הנ"ל. בית-המשפט דחה את הטענה, באמרו: —

"כותרות הסעיפים וכותרות-השוליים אינן חלק של החוק, אין מצביעים עליהן ואין מעבירים אותן בפרלמנט, אלא מכניסים אותן לאחר שהצעת החוק היתה לחוק."

עד כאן השטר, ומיד בא השובר שבצדו:

א "כותרות אינן יכולות לשלוט (control) על מובנם הברור של דברי החוק, אם כי במקרים מסויימים, מותר להסתכל בהן לאור האקדמות (preambles), כאשר מצויה דרישה מובנו של הסעיף, והן עשויות להפיץ אור עליו". (1), (Avory J., in R. v. Hare (1934), 1 K.B. 354, at pp. 355—356).

ב ומכיון שבאמתו מקרה לא היתה שום דרישה מובנו של החוק, כתוב היה: "כל מי... (Whosoever), ואשה בכלל, לכן סירב בית-המשפט לצמצם את ההוראה הפלילית בעטייה של הכותרת הנ"ל.

ג ובכן: מותר לנו להיוקק לכותרות ולאקדמות הללו, כדי לייתר את מובנו הדו-משמעי של החוק, ואפשר שכותרות הדברים, בקטע השני הנ"ל, היתה קצת יותר רחבה, והיא: כי מותר בכלל להשתמש בכל ה"אביורים" ההם, כל אימת שהחוק הוא "אשל" ומקצת, ויש צורך להגיה חשכו על-ידי אור מן הצד, באמצעות מקור-פירושים שאינם נוצרי, לדאבון הקורא, בשורות החוק גופו, אם זו היא כוונת הדברים. אוי אין בכלל צורך נועשי רב לכל המכסימה ההיא, שהרי בדרך כלל אין הפרשן נזקק לכותרת, אלא כדי למלא בה את פנימתו של החוק.

ד 5. אך יש עוד מקום להתגדר בו בדברי השופט איבורי, ואף הוא עשוי לצמצם, כפי שנראה מיד, את מחולת עיקרון-הפירושים הנ"ל, על שום מה אין למדין מן הכותרות, ואפני מה אין הן מהות חלק של החוק? מפני שכותרות אלו, אין מצביעים עליהן ואין מעבירים איתן בבית-המחוקקים, זה הוא הטעם ואין אחר, ואנו מוצאים אותו בנימוק מכריע, בכמה פסקי-דין אחרים, אמר השופט באגאלי (Baggally):

ה "מעולם לא שמעתי על הצעת-תיקון או ויכוח על כותרת-השוליים של הסעיף, בית-הנבחרים אינו מתעסק לעולם בתיקון כותרת-השוליים, לא שמעתי מעולם, כי כותרת-השוליים תהא נדונה בבית-הנבחרים". (Baggally L.J., in Attorney General v. Great Eastern Railway Co. (1879), 11 Ch. D. 449, at p. 461. (2)).

ו בפסקי-דין אחר, אנו קוראים מפי השופט פילימור (Phillimore): —

ז "ידועה לי ההלכה הכללית על כותרות-שוליים, לפחות בחוקי פרלמנט כלליים פומביים; אך הלכה זו, כפי שיש לראות מפסקי-הדין, יסודה בעיקרון, כי הכותרות הללו נכתבות לא על-ידי הפרלמנט, ולא מטעם הפרלמנט, אלא על-ידי אנשים גטולי אחריות (irresponsible persons), ואולם כאשר... כותרות-השוליים הזכרו כקיימות מכבר וקבועות, יתכן מאד, כי הן מהות

חלק של חוק הפרלמנט. על כל פנים, אין אני חותך את הדין בשל טעם זה.
(Phillimore L.J., in Woking Urban Council (Basingstoke Canal)
Act, 1911; (1914) 1 Ch. 300, at p. 322 (3)).

א ומצאפט ווילט (Willes), במשפט קליידון נגד גרין (4), (Claydon v. Green), מגולל את הרקע ההיסטורי של הענין, ומשמיע לנו דברים מענינים אלה, שיש בהם משום דוגמה מאלפת לחיבת-המסורת האנגלית. וכך הוא אומר: —

ב דובר כאן על כותרת-השוליים של סעיף 4 ... רצוני להגיד משהו על נושא זה. מספר הפירושים לבלקסטון ... למדין אנו, כי בזמנים עברו, היו מצוים, בהגיע הצעת החוק לשלב מסויים, להעלותה על מגילת קלף אחת או יותר. נוהג זה נמשך עד למושב שנת 1849, בה הוא בוטל, בלא שניתן חוק המתיר את הדבר ... מאותו זמן ואילך, הרשימה היחידה של דיוני הפרלמנט — דיוני החשובים של הטריבוטל הגבוה ביותר של הממלכה — מצויה בהעתק הגדפס עליידי מדפיס המלכה. אך ברצוני להביע את השקפתי, כי שינוי זה בצורת הרישום, אין כוחו יפה לפגוע בכלל, אשר ראה בתארו של החוק, בכותרות-השוליים ובסימני-ההפסק, לא חלק של החוק, אלא temporanea expositio. לאחר שנתקבל החוק, יש לקראו כאילו הוא עדיין כתוב על מגילה, דבר העלול להתרחש שוב, אם ישר בעיני הפרלמנט לצוות כן; במקרה זה הוא (כלומר: החוק) יהא בלי אלה הסיפוחים אשר, עם כל תועלתם כמדריך לקורא הנחפו, אין להסתמך עליהם בקבעו את משמעותו של חוק הפרלמנט.

(Willes J., in Claydon v. Green (1888), L.R. 3 C.P. 511, at pp. 521—522, (4)).

ה ומעשה בשופט ג'סל (Jessel) שטעה פעם וסבר, כי בימיו כבר החלו כותרות-השוליים להופיע במגילות הפרלמנט גופן, והחליט משום כך, שיש להתחשב בהן לצורך פירושו של החוק: —

ו "כותרות-השוליים מופיעות עתה במגילות הפרלמנט, ולכן הן מהוות חלק של החוקים."
(Jessel M. R., in re Venour's Settled Estates (1876), 2 Ch. D. 522, at p. 525, (5)).

ז אך כעבור כמה שנים הוא עמד על טעותו, והודה על כך בפומבי מעל כס המשפט: —

"האמרה באותו פסק-דין (הכוונה לציטטה דלעיל) אינה בדיוק נכונה. מאז נתברר לי, כי הנוהג לגבי כותרות-שוליים הוא כה בלתי ברור, עד שאין

לקבוע כי הן מצויות חמיד במגילה. אך תארו של החוק מצוי חמיד במגילה.
— כך הוא מסיים בנימת-נחמה.

(Jessel M.R., in Sutton v. Sutton (1883), 22 Ch. D. 511. at p. 513, (6)).

- א 6. אנו רואים, איפוא: הכל טובב טובב מסביב לשאלה הקרדינלית, אם הכותרות וה"עיתורים" הללו, הגיעו, או לא הגיעו, לידיעתו ולאישורו של הגוף המחוקק — אם אף הם קיבלו את הגושפנקא הרשמית שלו, או לא. ההשקפה האנגלית המסורתית היא כי אין לו למחוקק הפרלמנטרי, אלא מה שענינו רואות במגילה — אותה מגילה ארכאית, רוחת-עתיקות, אשר ירוץ בה הקורא ללא שם ותואר, ללא כותרות-שוליים, וללא סימני-הפסק — וכל מה שאינו כלול, או אינו חייב להיכלל, בפתשגן כתב זה, הרי הוא מן החוק ולחוץ. מין תוכפת-שוא וטפל, של אנשים "נטולי אחריות", אשר אין להם יד וחלק בפעולת התחיקה של המחוקק.

- ג 7. ומכאן מתבקשת, לדעת, מסקנה אחת, פשוטה וקצרה: כי כל הויכוח ההוא על ערכן הפירושי של הכותרות, אין לו אחיזה ותפיסה כלל בעולמה, השונה לגמרי, של הלגיסלטורה הארץ-ישראלית, ארץ-ישראל המנדטורית לא תפקידה ביותר על שילוש הרשויות, ומחוקק ואדמיניסטרטור שימשו בה בערכוביא באישיות אחת, חוקיה לא באו לה מאולם בית-המחוקקים, ולא חלו בהם ידי בוחרים ומצביעים. הם חוברו מאחורי דלתים ובריה על-ידי חבר מומחים מקצועיים, והוגשו לחתימה אל הנציב-העליון, עם חתימתו של הנציב (לאחר שנועץ ב"מועצה המייעצת"), המסמך הפך חוק, וזו היתה הפעולה הרשמית היחידה של החקיקה. מותר ודאי להניח, כי המסמך שהוגש להתימה לא היה נטול שוליים וכותרת, וממילא התייחסה החתימה-החקיקה חלנו גם לכותרות-השוליים של החוק. בהנאי המציאות של השלטון המנדטורי, לא היה בכלל מקום להבחין בין סעיפי החוק, שנדונו ונוסחו על-ידי אנשים "בעלי אחריות", לבין עיטורי החוק, שסוגפו, כאילו לאחר מכן, ע"י אנשים "נטולי אחריות", כי אלו ואלו נוסחו למעשה, ע"י הפקידים המומחים ההם, לפני קבלם כולם יחד את הגושפנקא הרשמית שלהם, ע"י צירוף חתימתו של הנציב-העליון.

- ד נראה לי, גלל כן, כי ידע אשר יהא תכנה והיקפה של הלכת הכותרות האנגלית, הרי כאן בארץ, לגבי התחיקה המנדטורית, אין כל מניעה לקבלת "השראה פרשנית" מדברי הכותרות — להסתייע בהם לצורך קביעת משמעותו של החוק — ובלבד שאלה לא יסתרו את האמור בפירוש בגופו של החוק, אם יש סתירה בין השנים — בפירוש או אפילו מכללא — אזי, אין ספק, החוק עדיף, שהרי במקרה זה ברור, כי הכותרת — הונוציאית — בטעות יסודה, ומטעם זה — כך נראה לי — סירב השופט חסיין להסתמך על כותרת-השוליים ב"ע"פ 55/49, (7), (עיי' שם ודויק).

- ה רמז וראיה לרעיון שהובא לעיל, מוצאים אנו בהוראה מפורשת של החוק, כוונתי לפקודת המלאכות והתעשיות (הסדרה) (תיקון), 1939, סעיף 2 של פקודה זו משנה את "הכ" תרת הארוכה" (the long title) של פקודת המלאכות והתעשיות המקורית, ומאריך אותה עוד יותר ע"י תוספת כמה מלים, ועכשיו צא וחשוב: אם אין ערך לכותרת, ואין למויץ

הימנה כלום. — על שום מה טרח המחוקק את כל הטורח הזה? אמור מעתה: כאן בארץ, לגבי התחיקה המנדטורית, יש ערך לכותרות, ובתנאים מסויימים אפשר ללמוד מהן, אם מעט ואם הרבה, על משמעותו הנכונה של זחוק.

א. 8. ובוה נבוא אל הוראת הסעיף דנן, — סעיף 53(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936. תכנו בתכלית הקיצור הוא: הטלת עונש על ניהול או סיוע למלחמה, או מעשי מלחמה, נגד חלק מאוכלוסי ארץ-ישראל (כעת: ישראל). ואם נוסחו של הסעיף גופו הוא סתום במקצת, ויש בו פנים לכאן ולכאן, הרי באה כותרת-השוליים ופושטת את הספק שבדבר: היא משמיעה לנו בפה מלא ובפירוש גמור, כי הכוונה היא למלחמת אזרחים. השאלה היא איפוא, מה מובנו המדוייק של מונח זה, ובמה נבדל הוא מ"מלחמה" סתם, מן המלחמה במובן הרגיל של המלה?

ב. את התשובה לכך — התשובה שנתקבלה גם על דעת המשפטים האנגלים — אנו מוצאים לא ביודיקטורה האנגלית, אלא דוקא ביודיקטורה האמריקאית. באנגליה גופה, כנראה, עוד טרם גודמן לבתי-המשפט לעסוק בשאלה זו. ואין תימה בדבר, נוכח מיעוט נסיונו של העם האנגלי — תוך התקופה המודרנית — בהוויות וחוויות כאלה. הגה סטראוד, למשל, במלון המשפטי שלו (מהדורה שנית, עמוד 317), משתמש בהגדרה הלכותית מתוך ססקי-הדין האמריקאי הנודע של בראון נגד היאט, (8) (Brown v. Hlatt), וגם אופנהיים (לאוטרפכט), בספרו על המשפט הבינ-לאומי (מהדורה ששית, צ" 173), מאמץ לו, בלי להגיש בפירוש את הדבר, את ההגדרה המצויה בפסקי-דין אמריקאים.

סטראוד שם, ערך Civil War:

ה. "מלחמת אזרחים היא, כאשר במדינה קמה מפלגה, אשר אינה נשמעת עוד לריבון, והיא חזקה דיה כדי לעמוד נגדו, או כאשר, ברפובליקה, האומה נחלקת לשתי פלגות נוגדות, ושני הצדדים פונים לנשק (בראון נגד היאט, 1 דילון 379), (8)." —

אופנהיים (לאוטרפכט) שם:

ו. "במובנו הנכון של המונח, קיימת מלחמת אזרחים, כאשר שתי מפלגות יריבות במדינה נזקקות לנשק לשם השגת השלטון במדינה, או כאשר חלק גרוב של אוכלוסי המדינה מתקומם בנשק נגד הממשלה החוקית."

ז. וביודיקטורה האמריקאית גופה, ממנה נשאבה כאמור ההגדרה הנ"ל, אנו מוצאים, בצדו של פסקי-הדין ההוא (בראון נגד היאט), (8), גם את האמרות הבאות. השאלה היא: מלחמת אזרחים כיצד? והתשובה לכך היא: —

"כאשר מפלגה נוצרת במדינה, אשר אינה נשמעת עוד לריבון, והיא חזקה דיה כדי לעמוד נגדו."

(Juando v. Taylor, 13 F. Cases No. 7558, cit. in 67 C.J. 337, note 16(b), (9)).

א :

„כאשר עם הארץ נפלג לשתי מפלגות עוינות, השולחות את ידן לנשק, ומתנגדות זו לזו בכוח צבאי.”

א

(Fuller Ch. J., in Underhill v. Hernandez, 18 S. Ct. 83, cit. ibid., (10)).

- כיוצא דופן מבחינה מסויימת, רואה היודיקטורה האמריקאית את מלחמת האזרחים, בהא הידיעה, של המאה ה-19, היא מלחמת שנות 1861—1865 בין הדרום והצפון. הקוץ שבאליה הוא, כי כאן לא נאבקו שני היריבים תוך מסגרת מדינית אחת, אלא אחד מהם — היינו: מדינות הדרום — ביקש להיפרד, וגם נפרד למעשה, מעל גוף המדינה הקודמת, המשותפת לשניהם. מדינות הקונפדרציה לחמו, מתוך השקפתן הן מלחמה טריטוריאלית, נגד מדינה אחרת, נגד מדינה זרה, אך לא זו היתה, כמוכח, עמדתן והשקפתן של מדינות הצפון: הן ראו בדרומיים מורדים במלכות, המבקשים להפוך סדרי בראשית, ולבצר להם במדינה — אמנם רק בחלק הימנה — שלטון משלהם, שלטון בלתי-חוקי. מכיון שהמערכה נגמרה, כידוע, לאחר מאבק של ארבע שנים, בנצחונן של הצפון, ומדינות הקונפדרציה שבו אל היק הורתן, למסגרת המדינה הכללית, המשותפת, הרי „ההשקפה הצפונית” היא האספקלריה היחידה, בעדה יש לראות לאחר מעשה, ראייה למפרע, את אפיה של המלחמה כולה, ואולם העובדה, כי מדינות הדרום גופן ראו את מאבקן כראות מלחמה „טריטוריאלית”, מלחמת מדינות, היתה הרת תוצאות משפטיות וזשבות גם לגבי מדינות הצפון: היא הקנתה למדינות אלו את הזכויות הבין-לאומיות ונתונות, במלחמה רגילה, לכל אחת המדינות הלוחמות. היוצא, כי בסופו של דבר היה לה, למלחמת האזרחים האמריקאית, אופי כפול, דואלי: גם של מלחמת אזרחים ממש, וגם של מלחמת מדינות, ואמנם כך נאמר באחד מפסקי-הדין המטפלים בנושא זה:

ה

„במלחמה נגד אלה המתקראים מדינות הקונפדרציה, היו המורדים לוחמים ובוגדים כאחד, ונתונים לחומרי שניהם. בעוד אשר לארצות-הברית היה האופי הכפול של לוחם וריבון, ונהגות מזכויות שניהם, — זכויותיהן כלוחמים לא נתמעטו על-ידי העובדה, כי אויביהן חבו (להן) אמונים.”
(The Amy Warwick, Fed. Cases No. 341, 64 Federal Digest 245-246, (11)).

ו

- בשינוי נוסח, וגם בשינוי ארגומנטציה קצת, אנו מוצאים אותו רעיון גופו — רעיון כפילות האופי — מובע בפסק-דין אמריקאי אחר. ניכרת כאן הנטייה, „להקציע” את קיבולו הטכני-יורדי של המונח „מלחמת אזרחים”, ובלבד שלא יקופח לה, למלחמת המדינות האמריקאיות, הכינוי שזכתה לו בדברי-הימים. וכך נאמר שם: —

ז

המונת מלחמת אורחים יש ומשתמשים בה וכימים עברו. אולי נהגו כן עוד ביתר שאת. כדי לציין בו התנגדות מזוינת בין שתי מפלגות גדולות במדינה, להשגת השלטון בה, אבל ללא כל רצון ההכרלות הימנה. האולם במקופה המודרנית הורחבה והגדרה יותר. מלחמת האורחים שלנו היתה גם מלחמה טריטוריאלית. למפלגה הדומיננטית היו כמה שנים. הזקה מחלטה ופיקוח על שטח נרחב, עם ממשלה מאורגנת כדבעי ועם בתי-משפט. על הספר היו שטחים אשר לחוקתם טענו שני הצדדים, ושניהם כוננו ממשלות.

א

(Salisbury Hubbard et Co. v. Hamden Express Co., cit. in 67 C.J. 336, note 16(a), (12)).

ב

למותר להדגיש, כי הרחבה "מודרנית" זו של המושג "מלחמת אורחים", והשתרעותו גם על יריבים שאינם רוצים, שניהם, לדור יחד בכפיפה אחת, אינה מבטלת את שאר הסימנים שנתנו חכמים במושג זה, והגדרתו הקלאסית בעינה עומדת. מן הראוי לציין גם, כי לא הכל מודים בהרחבת-מושג זה, וכי לדעת יש אומרים, מלחמת האורחים האמריקאית "לא היתה מלחמת אורחים במובן הלגיטימי של מונח זה... זו היתה מלחמה בין מדינות".

ג

(Mayer v. Reed et Co., cit. ibid. p. 337, note 16(c), (13)).

בסכמנו אות לאחת את כל ההגדרות הללו, וכנסותנו להלכיש אותן נוסחה כללית, קצרה, מרוכזת, אנו מוצאים, כי "מלחמת אורחים" פירושה: מלחמת אורח במלכות, או מלחמת אורח בארץ, באמצעות הנשק, לשם השגת השלטון, בכל רחבי המדינה, או בחלק הימנה. הדגש הוא על המלה "אורח", זאת אומרת: המדובר הוא תמיד באורח (כלומר: קיבוץ אורחים), הנאבק עם השלטון או על השלטון במדינתו הוא, ולא במדינה המבקשת לשפוך את שלטונה על שטחה וארצה של מדינה זרה.

ד

ה

כזו היא הגדרתו המשפטית של המונח, וכזו היא גם משמעותו הפשוטה של השם בלשון בני-אדם ובספרי דברי-הימים. מלחמת פומפיוס ויוליוס קיסר במאה הראשונה שלפני הספירה, מלחמות "יורשיה-נצור" הרומאים זה בזה במאה השנייה והשלישית שלאחרי הספירה, מרידתו במלכות של קרומוול באמצע המאה ה-17, ומלחמת הכולשביקים בממשלה הזמנית, ולאחר מכן ב"רוסים הלבנים", במאה העכשית, — כל אלה "מלחמת אורחים" ייקראו כפי ההיסטוריונים, ובכל אלה מצויות הסגולות שנתייחדו למונח זה בהגדרה המשפטית הנ"ל. מעולם לא ראינו תואר זה משמש בתיאור מלחמות חיצוניות בין מלכים או מדינות.

ו

ז

9. ועכשיו שהגענו לכך, לקביעת דמותה המשפטית של "מלחמת אורחים", הבה נראה, אם הולמת היא את פרטי המקרה שלפנינו. לשם כך עלינו לפנות שוב אל העובדות, ולמלא את אשר התסדרנו בתיאור הקצר והמרוכז שניתן בראש פסקי-הדין.

תשרי/ב/תשי"ג-1952

השופט זילברג

המערער דנן הוא יליד הכפר ערבה. השוכן בבקעת בית-הנטופה אשר בגליל התחתון (זו ערב ההיסטורית, הנזכרת בירושלמי שבת, פרק כל כתבי, ומקומות אחרים). כימי המנדט הוא שירת תקופה מסוימת, כחובש, בחיל-הספר העברי-ירדני, ועם התקרב שעת סיום המנדט, במרס 1948, שוחרר משם וחזר לכפר מולדתו. כאן הוא השתתף, כנראה, כמתנדב ב"צבא ההצלה" הערבי (צבא קאוקג'י) שפעל באותה סביבה, לפני הקמת המדינה ולאחריה, עד לכיבוש הכפר, באוקטובר 1948. תוך מבצע "חירס", על-ידי צבא-הגנה לישראל, משוכבש הכפר, נשאר המערער במקום, ונרשם כשאר תושביו. במרשם התושבים הראשון, שנערך שבועות מספר לאחר הכיבוש, מכלל העובדות הללו הסיק בית-המשפט דלמטה — ובצדק — כי בתקופה המכרעת היינו: סוף שנת 1948.

היה המערער תושב ישראלי, — תושב קבוע של כפר ערבה הנ"ל.

בתחילת דצמבר, 1948, בליל אישון ואפלה, עבר המערער את גבול ישראל-הלבנון, והתגייס שם ל"צבא ההצלה" הערבי, ושירת בו כששה חדשים. "צבא הצלה" זה — כך יקבע בית-המשפט דלמטה — היה "צבא מאורגן, בעל אדמיניסטרציה ומערכת פיקוד", וזוהו חלק בריבונות על כך, כי באותה שעה הוא פעל במסגרת, או לפחות תחת חסותו, של הצבא הסורי, ובי כאשר, בפברואר 1949, נראה המערער בלבנון על-ידי אחד העדים, היה לבוש מדי צבא, ועל כובעו נשא את סמל הצבא הסורי. המערער שירת בפלוגתו של אחד אביו אחמד מציפורי, מנהיג כנופיות ידוע מימי המאורעות של שנת 1936 בארץ, ורוב חיילי פלוגה זו היו ערבים ארץ-ישראליים. פעולתה של פלוגה זו היתה פעולה קרבית, היא פעלה בגורת הזווית הסורילבנונית מול הגבול הצפוני, ומטרתה היתה — כך העיד אחד העדים — "להתקיף את היהודים", אי לזאת — טענה וטוענת הקטיגוריה — סיעת המערער במלחמת "צבא ההצלה" הערבי נגד התושבים היהודים של מדינת-ישראל, והרי לפנינו העבירה הנדונה בסעיף 53(א) של החוק.

טענה זו בתפיסת טעות יסודה, ויש בה, בעקיפין ושלא מדעת, גם משום המעטת זמנתה של מלחמת השחרור, היא לוקה — עם כל הכבוד לטועניה — בהעדר חוש פרופורציה, ומטשטשת את הקו הברור, המבדיל בין "המחומות" הטרומ-מלחמתיות לבין המאבק המלחמתי גופו, אשר החל עם קום המדינה, מלחמת ערב-ישראל לא היתה "מלחמת אורחים", אלא מלחמה בין מדינות סוברניות מזה ומזה, בה ביקשו התוקפים — שבע מדינות ערב — לקעקע את הבירה כולה, ולהכריח את זכרה של מדינת-ישראל, זו היתה מלחמה "טריטוריאלית", מלחמת מדינות, ואין כל נפקא מינה ברבה, כי הפולשים-התוקפים גופם לא הכירו בקיומה המדיני של המדינה הנתקפת. היא הוכרה מיד לאחר היוולדה, על-ידי מדינות אדירות, איתני-תבל, והיתה למציאות חיה וקיימת על הבמה המדינית העולמית. אגו מעולם לא הודינו בכך, כי מדינות ערב באו לעזור לערביי ארץ-ישראל, וכי מטרת מלחמתן היתה להקים מדינה פלשתינאית עצמאית, בגבולותיה הקודמים, המנדטוריים, תחת ההגמוניה של ערביי המקום. זו היתה, אגב, טענתם-תואנתם של הפולשים, כפי דובריהם מעל במת האו"ם, ומעל במות אחרות, אך האמת היתה ממנה והלאה ייתכן, כי לאלה הגדודים המעטים המתקראים "צבא

ההצלה היו שאיפות מיוחדות משלהם, אך לא הם קבעו את מטרת המלחמה, ולא הם חלשו על דרכי ניהולה: משקלם היה קל ודל מדי לעומת משקלם של צבאות שבע המדינות. לא חשוב, איפוא, מה השב בלבם מנהיג הכנופיות הותיק, אבו אחמד מצ'פורי, ומה היתה מטרתם הפוליטית של אנשי הפלוגה שלו. הם שימשו, מרצון או שלא מרצון, כלי שרת בידו הפולשים, ומטרותיהם של אלה ספגו ובלעו את מטרת עזריהם הבלתי חשובים. חיילי "צבא ההצלה" הערבי.

קיצורו של דבר: מלחמת ערב—ישראל לא היתה "מלחמת אורחים" כמובן סעיף 53(א) של החוק, ולכן מי שהשתתף במלחמה זו נגד ישראל, אף אם תושב ישראל הנהו, אינו יכול להיאשם בעבירה על הסעיף הנ"ל.

10. אמרתי: "אינו יכול להיאשם בעבירה על הסעיף הנ"ל", ולא אמרתי: אינו יכול להיאשם בעבירה כלל. נוטה אני לחשוב, כי אם תושב ישראלי, החייב אמונים למדינה, משתתף במלחמה נגד מדינת-ישראל, אפשר להאשימו באשמת בגד, ולהביאו לדין על פי סעיף 149(1) לפקודת החוק הפלילי. סעיף זה, בנוסחו המנדטורי, מטיל עונש מוות על "כל האוסר מלחמה על הוד מלכותו, כדי לאיים או להשתלט בהטלת אימים על הנציב-העליון". במקום הוד מלכותו בנושא הריבונות (והיריבות במלחמה), באה עכשיו מדינת-ישראל, ובמקום הנציב-העליון בנושא השלטון (ובמטרה במלחמה), באה ממשלת ישראל. אלה הם, לכל הדעות, "שינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה", כמובן סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח-1948. והם משנים גם את תכנו של סעיף 149(1) הנ"ל, בהשאירם את הגרעין הרעיוני, המופשט, שבו, והוא: אסירת מלחמה על הריבון, לשם מיגור השלטון במדינה, או הרתעתה, אם כך הדבר, הרי מותר לנו — כך נראה לי לבאורה — לשנות את נוסחו של הסעיף ההוא, והוא ייקרא מעתה: "כל האוסר מלחמה על מדינת-ישראל, כדי לאיים או להשתלט בהטלת אימים על ממשלת-ישראל, ייאשם בבגד, ויהא צפוי לעונש מית". המסקנה תהיה, כי אם המעשה נעשה, כמו במקרה דנן, על-ידי תושב ישראלי, החייב אמונים למדינה, ואין לה משום כך, התגנה או הפטור הנובעים מעקרונות המשפט הבין-לאומי (היינו: כי באין חובת אמונים, אין בגירה; ראה אופנהיים (לאוטרשכט) שם, עמוד 322 למעלה), אפשר יהיה להאשימו באשמת בגד, ולהביאו לדין על פי סעיף 149(1) לפקודת החוק הפלילי.

ואולם — וזה הוא המכריע שבדבר — השקפה זו, גם אם נסמוך ידעו עליה, לא תשנה בכלום את מצבו של המערער דנן, כי מכיון שלמעשה הוא הואשם על פי סעיף 53(א), ולא על פי סעיף 149(1), והעונש הצפוי לעובר על סעיף 49, הוא יותר חמור מן העונש הצפוי לעובר על סעיף 53 — עונש מוות במקום עונש מאסר! — הרי, בהתאם לסעיף 52 לפקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה על פי כתב-האשמה), כפי שתוקן בשנת 1939, זכאים לב לסיפא של סעיף 172(1)(ב) לאותה פקודה, לא נוכל להמיר את הדרשעה על פי סעיף 53(א) בהרשעה על פי סעיף 149(1), גם אם דעתנו תהיה, כי אמנם אשם המערער בעבירה על סעיף זה, המסקנה הסופית היא, איפוא, כי אין לנו ברירה.

ווסקיידיג, כרך 1, תשרי/תשי"ג 1952 העוסק זילבויג

גולתי אם לבטל את הרשעתו של המערער ולשלחו לחפשי (אלא אם כן הוא עצור בשל זבירה אחרת).

נוכת המסקנה שהגנתי אליה, אין צורך לחוות דעה כאן על שאר השאלות שנתעוררו. המערער זה, לרבות טענת הוכר הסמכות לבית-משפט דלמטה, אשר נטענה על-ידי זא"כוח המערער, מטעם זה גופו, אין גם צורך לדון בבקשה להשמעת טענה נוספת על שאלת הסמכות שהוגשה ע"י היועץ המשפטי בפועל.

א

לפיכך סבור אני, כי יש להיענות למערער, ולבטל את הרשעתו ואת גזר-דינו.

הנמצא : אני מסכים.

ב

השופט זיתקין : אני מסכים.

לפיכך הוחלט לקבל את הערעור, לבטל את ההרשעה ואת גזר-הדין, לזכות את המערער מן העבירה המיוחסת לו בכתיבה-האשמה ולשחררו ממאסרו, אלא אם כן הוא עצור בשל עבירה אחרת.

ג

ניתן בפומבי היום, י"ד בכסלו תשי"ג (2.12.52).

ד

כג"צ מ"ט 172/52

ש. פסחוביץ נגד יו"ר ו-2 חברי מועצת בת"ים

בבית-המשפט העליון כבימ"ש גבוה לצדק (13.6.52, 21.11.52)

ה

לפני השופטים אול שן, אסף, אגרוט

ו

צי המיעוץ הממוני (א), תשי"א-1950, סעיפים 50, 42(א)5, 65, 42(א)4, 42(א)6, 42 — צו המיעוץ המקומיות (א) (תיקון מס' 12), תשי"א-1951, סעיף 1(ב) — פקידות הצירויים, 1945, סעיפים 17(2), 17(ג) — צו הסעצות המקומיות (ב), תשי"א-1951, סעיף 2(ג) — השכר שחברי הנהלה ימיעוץ המקומיות מקבלים כמשל בעד הזמן שהם מקדישים לענייני הברעצה הוא כחמת משכירת ולא כדמות "שכר בעלה" כמובני במשפט העברי — הגדרת "עובד בשכר" שבסעיף 65 הנ"ל אינה חלה על הסעיף 42 — הגדרה האמירה חלה רק על הפרק הרן בעובדי המועצה, מיוחדים ומיוחדים, ובסמכויות המועצה ביחס לעובדים אלה — בירור למעלה מכל ספק "עובד בשכר באיתה מיעצה" שבסעיף 42(א) כולל וניסל חבר המועצה העובד על בסיס של שכר-חודשי או של שכר תרומה העולה על חליש — התיקון סיום 12.7.51 לאותו סעיף, שבמקום "עובד בשכר" הוא "עובד במשכורת", לא בא אלא לגלות את כוונתו הראשונה של מנפת הצו — במקרים כגון זה שלפנינו אין מקום להסתפק על הסעיף 17(2) הנ"ל לפקודת המירודים, הואיל וחבר המיעוץ המקומיים שכר