

ערעור פלילי מס' 141/59

סגדר טריביש, ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
[15.10.59, 30.7.59]

לפני הנשיא (אולשן), והשופטים אגרנט, זילברג

פְּקוּדַת הַתּוֹק הַפְּלִילִי, 1936 [תוס"א 652, ע' 263], סעיפים 276 (ב), 276, 263, 263 (1), 4 — מג'לה, סעיפים 421, 388, 906, 789 — דבר-המלך. במועצה, 1922 [הא"י, כרך ג' ע' 2738], סימן 46 — חוק העברת נכסי דלא ניידי, הזמני, העתמאני, 1913, סעיפים 9, 11 — פקודת בריאות העם (תקנות בנידון צרכי מאכל), 1935 [תוס"א 496, ע' 53], סעיף 10 (1) (ד) — צו הסתר, היצור וההחסנה (מזונות), תש"ט-1949 [קה"ת 20, ע' 246], סעיפים 2 (א) [כפי שתוקן בתשט"ו-1954] [קה"ת 492, ע' 292], 15 — פקודת המלאכות והתעשיות (הסדרתן) [חא"י, פרק קמג, ע' 1427], סעיפים 4 (1), 10 (א) (1) [כפי שתוקן ב-1945 [תוס"א 1436, ע' 113]] — צו סימון מוצרים, תש"י-1950 [קה"ת 70, ע' 529], סעיף 2 — פקודת הפיקוח על המזונות, 1942 [תוס"א 1178, ע' 3], סעיף 7 (2) [כפי שהוסף ב-1943 [תוס"ב 1260, ע' 269]].

גניבה על-ידי נפקד של בשר לטחינה, לשימור ולאריזה, וקופסאות סח וקרטונים — אם ראובן מתקשר עם שמעון על מנת שזה ייצר עבורו מוצר המורכב בתלקו מהחמרים שסיפק הראשון ובחלקו מאלה השייכים לשני, ולאחר ששמעון עושה כן הוא שולח את ידו במוצר המוגמר בכוחה לשלול עולמית מאת ראובן: היש לראות בהתנהגות זו מעשה של גניבה.

נפקד, bailee, הינה אדם שנמסרה או הועברה לו על ידי הבעלים החוקה החוקית בחפץ מסוים, והוא חייב להחזירו בעין או לטפל בו בדרך מיוחדת, כגון על-ידי מסירתו או מכירתו לאדם שלישי — עם תום היחס של מפקיד ונפקד ללא מסירת הנכס לתעודתו בהתאם לתנאי ההפקדה תמה חוקתו החוקית של הנפקד בנכס והוא הופך להיות מסיג-גבול לגביו — התנאי שעל הנפקד למסור את החפץ "בעין" יהיה קיים גם מקום שחייב הנפקד להביא שינוי מסוים בחפץ ולמסרו בצורתו החדשה, והבעלות במוצר המוגמר תוסיף להיות של המפקד — במקרה כגון זה שלפנינו יש להתחיל את הפירוש האנגלי של המונח "נפקד" באשר המגילה דנה רק במקרים שהחמרים שייכים כולם או למזמין או לאומן — החל מתיקון החוק האנגלי בשנת 1857 חל דין גניבה על מעשה של שליחת-יד

1793

„מסקידין“, כרך יג, תשי"ט/תשי"ן 1959

- על-ידי נפקד בחפץ שנמסר לרשותו, בלי צורך להוכיח כי אותו מעשה שיך לסוג של "שבירת היחידות" ואף אם הגה הנפקד את ה- *animus furandi* שלו בשלב מאוחר יותר ממעמד המסירה, ולא דווקא במעמד המסירה — יחד עם זאת שמר המחוקק האנגלי אמונים לעקרון היסודי, כי המעשה שיוחס לאדם, שרוצים להרשיעו בגניבה, היחה פגיעה בחוקה החוקית של בעל החפץ, להבדיל מפגיעה בקנין הבעלות שלו — לפי זה יש לראות דבר שליחותי של הנפקד באור של מעשה-לקיחה חדש, שבוצע ללא רשות הבעלים, ושכמוהו, איפוא, כמעשה של הסגת-גבול — "החפץ עצמו" שהנפקד חייב להחזיר כולל גם דבר שנעשה ממנו בהתאם לתנאי ההפקדה — המשפט האנגלי סיגל לעצמו את המושג הרומאי של *accessio* לשם פתירת הבעיה אם במקרה כמו זה שלפנינו מחזיק האומן את החפץ המושלם בתורת בעלים או כנפקד גרידא — בהתחזת תעריבות, אם ממשיך החומר העיקרי לקיים את זהותו והחומר הספל איבד בתיבה את זהותו הופך בעל החומר העיקרי, לפי עקרון ה- *accessio*, להיות הבעלים של התערובת כולה — רק כאשר חומר גלמי עובד ונהפך למוצר חדש, השייך בחלקו למעבד ובחלקו למזמין, והוא שונה באיכותו ובהיותו מכל חומר מהחומרים הגלמיים שמהם הוא עשוי, רק אז חל עקרון ה- *specificatio*, לפיו נתונה בידי המייצר הבעלות במוצר המוגמר.
- דעת המיעוט (השופט זילברג): שתיקת המגילה בענין שלפנינו פירושה כי שום פעולה של עיבוד, או השקעת חומר, לא תועיל להקנות בעלות, למי שאיננו בעלים, בנכסי מישלטים.

פסקי-דין ישראלים שאוזכרו:

- [1] ע"פ 200/56 — אליעזר בצראני נגד היועץ המשפטי לממשלה: "פסקי-דין", כרך יא, תשי"ז/תשי"ח-1957, ע' 468, 470; "פסקים", כרך כח, תשי"ז-1957, ע' 72.
- [2] ע"פ 27/56 — עמרם זולברג נגד היועץ המשפטי לממשלה: "פסקי-דין", כרך י, תשט"ז/תשי"ז-1956, ע' 636, 644, 642-641; "פסקים", כרך כג, תשט"ז-1956, ע' 137.
- [3] ע"א 353/56 — היועץ המשפטי לממשלה נגד חברת א.ש.א.פ.ש.מ.יין ולנלוס אינק. (בפירוק), ואח': "פסקי-דין", כרך יב, תשי"ח/תשי"ט-1958, ע' 610, 612, 615; "פסקים", כרך לג, תשי"ח-1958, ע' 404.
- [4] ע"פ 126/58 — היועץ המשפטי לממשלה נגד מרדכי בנא: "פסקי-דין", כרך יג, תשי"ט/תשי"ז-1959, ע' 897, 901; "פסקים", כרך לט, תשי"ט-1959, ע' 408.
- [5] ע"א 167/47 — בנימין מינקוביץ נגד זלמן ורבן-ציון פישצנר: "פסקי-דין", כרך ב, תש"ט/תשי"י-1949, ע' 39, 42; "פסקים", כרך א, תש"ט-1948/49, ע' 49, 52.

פסקי-דין א"י שאוזכרו:

- [6] C.A. 240/37 — *Palestine Mercantile Bank Ltd. v. Jacob Fryman and an.*: (1938), P.L.R. Vol. 5, p. 159; (1938), S.C.J. Vol. 1, p. 148; (1938), Ct. L.R. Vol. 3, p. 104.

פסקידין אנגליים שאזכרו:

- [7] *South Australian Insurance Company v. William Beavis-Randell and Samuel Randell*: (1869-71), L.R. 3 P.C. 101, 113, 108; 22 L.T. 843; 16 E.R. 755 P.C.
- [8] *R. v. Joseph Bazeley*: (1799), 168 E.R. 517; 2 Leach, 835.
- [9] *The Carrier's Case*: (1473), Y.B. 13 Edw. IV, fo. 9, Pasch, pl. 5 (T.A.C.)
R. ראה גם. *Cases on Criminal Law*, by J. W. C. Turner and A.L.L. Armitage. 221 ע' 1953, קמברידג' הוצאת
- [10] *R. v. Pear*: (1779), 168 E.R. 208; 1 Leach, 212, C.C.R.
- [11] *The Queen v. Russett*: (1892), 2 Q.B. 312, 313-314; 67 L.T. 124; 8 T.L.R. 607; 36 Sol. Jo. 541; 17 Cox, C.C. 534, C.C.R.
- [12] *R. v. Joshua Hassall*: (1861), 169 E.R. 1302, 1304; 4 L.T. 561; 8 Cox, C.C. 491, C.C.R.
- [13] *R. v. Aden*: (1873), 12 Cox, C.C. 512; 29 L.T. 467.
- [14] *R. v. De Banks*: (1884), 13 Q.B.D. 29, 31-32; 50 L.T. 472; 15 Cox, C.C. 450 C.C.R.
- [15] *Appleby and an. v. Myers*: (1866-67), L.R. 2 C.P. 651, 659-660; 16 L.T. 669 Ex. Ch.
- [16] *William Manley Hall Dixon v. The London Small Arms Company, Ltd.*: (1875-76), 1 A.C. 632, 644, 645; 35 L.T. 559; 25 W.R. 142 H.L.

פסקידין אמריקניים שאזכרו:

- [17] *Mack v. Snell*; (1893), 140 N.Y. 193, 195.

מקורות המשפט העברי

(לפי סדר אזכורם)

- [א] משנה, בבא קמא, דף צ"ג, ע"ב; דף צ"ח, ע"ב.
- [ב] רש"י, משנה בבא קמא, דף צ"ג, ע"ב, ד"ה "משלים"; קידושין, דף מ"ח, ע"ב, ד"ה "והכא"; בבא מציעא, דף ק"ב, ע"א, ד"ה "אומן".
- [ג] רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה, פרק ב', הלכות א', י"א, י"ב; הלכות שכירות, פרק י', הלכה ד'.
- [ד] שו"ע, חושן משפט, סי' ש"ט, סעי' ה'; סי' ש"י, סעי' ב'.
- [ה] בבא מציעא, דף ק"ב, ע"א.
- [ו] קידושין, דף מ"ח, ע"ב.
- [ז] רמ"א, אגן העזר, סי' כ"ח, סעי' ט"ו בשם הטור.
- [ח] שו"ת, מוהרי"ש הלוי, חלק חושן משפט, סי' ד'.
- [ט] קצות החושן, שו"ע חושן משפט, סי' ש"י, ט"ק ד'.
- [י] תרומת הדשן, סי' ש"ט.

השופט אגרנט

חוקים אנגליים שאוּכְרוּ:

- R *Larceny Act, 1916 (6 & 7 Geo. 5, c. 50), s. 20.*
An Act to make better Provision for Punishment of Frauds committed by Trustees, Bankers, and other Persons intrusted with Property, 1857, (20 & 21 Vict. c. 54).
Larceny Act, 1861 (24 & 25 Vict. c. 96).
Larceny Act, 1901 (1 Edw. 7, c. 10).

חוקים צרפתיים שאוּכְרוּ:

- B *Code Civil, 1804, Art. 566-569, 570-571, 568*

חוקים גרמניים שאוּכְרוּ:

- G *Bürgerliches Gesetzbuch (B.G.B.), 1896 §§. 947, 950, 948.*

חוקים רומיים שאוּכְרוּ:

Institutiones, 2, 1, 33; 2, 1, 34; 2, 1, 25.

D חוקים אוסטריים שאוּכְרוּ:

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (A.B.G.B.), 1811 §§. 414, 415, 418.

- H ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו (השופט י. גביון), מיום 1.5.59, ב"ת"פ 100/57, לפיו הורשעו שני המערערים בעבירות לפי סעיף 276(ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936; סעיף 10(1) (ד) לפקודת בריאות העם (חקנות בענין צרכי מאכל), 1935, סעיפים 2(א), 15 לצו הסחר, הייצור וההחסנה (מוזנות), תש"ט-1949, סעיפים 4(1), 10(1) (א) לפקודת מלאכות ותעשיות (הסדרתן), וסעיף 2 לצו סימון מוצרים, תש"י-1950, והמערער השני (אברהם חלפון) הורשע בעבירה נוספת לפי סעיף 7(2) לפקודת הפיקוח על המזונות, 1942, ונידונו כל אחד לשנה אחת מאסר וקנסות בסך 5,300.— לירות. הערעורים נדחו.

מ. כספי ו-לברון — בשם המערערים; ג. בך, סגן פרקליט המדינה — בשם המשיב.

I פסק-דין

השופט אגרנט: המערערים הורשעו בבית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, בחמש עשרה עבירות המתוארות בפרטים 16-2 של גליון-האישום, והמערער השני הורשע בעבירה מסקדין, כך יג, תשי"ט/תש"ך-1959.

1796

השופט אגרנט

רה נוספת (פרט מס' 17). בתחילת הדיון שנתקיים לפנינו, הודיע מר כספי בא-כוח המערערים, שהערעור של מרשיו יופנה אך ורק כלפי ההרשעה וגזר-הדין (שנה אחת מאסר). שניתנו לגבי העבירות הנזכרות בפרטים 2, 3 ו-4 ושהינן כולן עבירות לפי סעיף 276 (ב) לפקודת החוק הפלילי. טענתו העיקרית של מר כספי מתייחסת להרשעה בעבירה הנזכרת בפרט מס' 2. פרט זה מנוסח במלים אלה:

„במחצית הראשונה של חודש ספטמבר 1955 גגבו הנאשמים 6480 קופסאות בשר טחון שיצרו עבור חברת „אינקודה“ מבשר בקר שנמסר להם על-ידי החברה הנ"ל למטרת ייצור שימורים והחסנתם במחסני ערובה „אסמקר“ עבור החברה הנ"ל.“

קיצור העובדות, שהוכחו לגבי הפרט האמור ושעליהן לא חלק בא-כוח המערערים בשלב הערעור, הוא כדלקמן:

החברה „אינקודה“ הביאה לארץ כמות של בשר בקר טריפה על-מנת לייצאה לחוץ-לארץ. מסיבת איכותו הגרועה, החליטה החברה לעבד מקודם את הבשר הזה לשימורים ולייצאו רק בצורה זו, דהיינו, בקופסאות המכילות שימורי בשר. בתחילה התקשתה החברה למצוא בית-חרושת שבעליו יקח על עצמו את משימת הייצור האמורה אך לבסוף התקשרה לשם כך — והיה זה בספטמבר 1955 — עם החברה „ש.פ.י.“ תעשיית שימורי פירות וירקות בע"מ, שהיה לה בית-חרושת לייצור שימורים בכפר-סבא. עוד לפני כן, ביצעו המערערים, שהיו אז שותפים בעסקאות בשר ומלקוחות החברה „אינקודה“, את הזמנתה של זו להפריד מהבשר הנ"ל את העצמות. כמורכב, באוגוסט 1955 — כלומר, זמן קצר לפני שנוצרה ההתקשרות בין החברות „אינקודה“ ו„ש.פ.י.“ — רכשו המערערים את הבעלות בחברה השניה ובמוניטין שלה, כולל בית-החרושת לשימורים בכפר-סבא, ואין חולק שיש לראות את חברת „ש.פ.י.“ והמערערים — ככל הנוגע לפרשה הנדונה — כהיינו הן.

על סמך ההתקשרות הנ"ל, מסרה חברת „אינקודה“ לחברת „ש.פ.י.“ — קרי: למערערים — בבית-החרושת האמור, כשבעה טון מכמות הבשר שמעליו הופרדו העצמות, ועוד טון אחד של בשר ראש. לפי תנאי ההתקשרות, היה על המערערים לייצר, מתוך הבשר הגלמי הזה, שימורי בשר טחון, כך שתתקבלנה 3.8 קופסאות המכילות בשר כזה, מכל קילוגרם של הבשר הגלמי. תהליך הייצור התקיים בבית-החרושת של המערערים, בהתאם למוסכם, באופן הבא:

עובדי בית-החרושת טחנו את הבשר הגלמי, הוסיפו לו — ואלה חמרים שהיו שייכים למערערים עצמם — שומן ותבלינים, והכניסו את המוצר המוגמר לתוך קופסאות פח שסופקו למערערים מטעם חברת „אינקודה“ ושהיו בבעלותה של זו. לאחר מכן, ארזו את הקופסאות בקרטונים, שגם הם סופקו לבית-החרושת של המערערים על-ידי חברת „אינקודה“ ושהיו שייכים לה, ואשר כל אחד מהם היה מיועד להכיל 48 קופסאות.

השופט אגרנט

העובדה האחרונה היא: בהסכם האמור היתה כלולה הוראה לחברת "ש.פ.י." – ולכן למערערים – כי הקופסאות הארוזות של שימורי הבשר הנ"ל תישלחנה למחסני הערובה של חברת "אסקר", על-מנת שיאוחסנו שם לשם ייצואן לחוץ-לארץ. אולם, תחת לקיים הוראה זו, מכרו המערערים לסוחר סיטונאי לצרכי מכולת, בשם שלמה צ'וף, 6480 קופסאות המכילות את שימורי הבשר הטחון, שהם ייצרו עבור חברת "אינקודה". קופסאות אלה, כשהן ארוזות ב-135 קרטונים השייכים לחברת "אינקודה", נמסרו על-ידי המערערים לצ'וף במחסניו בתל-אביב ובחיפה.

העובדות הנ"ל מתפשטות גם על הפרטים מס' 3 ו-4 לגליון-האישום. הפרט השלישי מתייחס לגניבת הקופסאות גופן (להבדיל משימורי הבשר המצויים בהם) ובפסק-ההרשעה תוקן מספר הקופסאות הנזכר בפרט זה (10,230) ל-6,480 קופסאות, שכן אלה הן הקופסאות של שימורי בשר טחון, שנמכרו ונמסרו לצ'וף. הפרט הרביעי מתייחס לגניבת הקרטונים גופן (להבדיל מהקופסאות של שימורי בשר, הארוזות בהן) והוכח, בהתאם לכתוב בפרט הזה, שסך-הכל של מספר הקרטונים שמסרו המערערים לחזקת צ'וף היה 215. במספר זה נכללים 135 הקרטונים בהם היו ארוזות הקופסאות של שימורי הבשר הטחון, וההפרש מוסבר על-ידי העובדה, שבחלק מקרטונים היו ארוזות קופסאות של שימורי בשר כליות וטחול, שאינן מענייננו. כאמור, לא קיימת מחלוקת על כך, שבכל הזמנים החשובים הן 6480 קופסאות הפח ו-215 הקרטונים הריקים רכושה של חברת "אינקודה" ויש גם לציין שעל כל הקרטונים היה מודפס השם "אינקודה".

יהיה זה נוח אם אביע במקום הזה – ובטרם אדון בפרט מס' 2 – את דעתי, שאין ממש בטענת באיכוח המערערים שלא הוכח – במה שנוגע לפרטים מס' 3 ו-4 – היסוד של כוונה לשלול לעולמים מאת "אינקודה" את בעלותה בקופסאות הפח ובקרטונים הנדונים. בפסק-דינו דחה השופט לחלוטין את גירסת המערערים, שהם התכוונו למלא את הבשר הטחון בקופסאות הפח שלהם עצמם, ושרק מתוך טעות – מפאת הקושי בגישה אליהן – השתמשו באלה השייכות ל"אינקודה" והיו מצויות בקרבת מקום לפתח בית-החרושת. כמובן, דחה את גירסתם, שהשתמשו בקרטונים האמורים תוך כוונה להחזירם לחברת "אינקודה" ושהיה בלקיחתם משום "שאלה" בלבד. מהטעמים שהוזכרו על-ידי השופט בסעיפים י"ד ו-ט"ו לפסק-דינו, סבור אני שמסקנותיו אלה יש להן על-מה שתס-מוכנה ושהוכח במידה מספקת היסוד של כוונה לגנוב לגבי קופסאות הפח והקרטונים הנדונים גם יחד, לפיכך מאשר אני את ההרשעות המתייחסות לפרטים מס' 3 ו-4.

הנני חוזר עתה אל הפרט שאליו מתייחסת טענתו העיקרית של באיכוח המערערים, הוא הפרט השני. טענה זו מעוררת את השאלה הבאה: אם ראובן מתקשר עם שמעון על-מנת שזה ייצר עבורו מוצר המורכב בחלקו מהחמרים שסיפק הראשון ובחלקו מאלה השייכים לשני, ולאחר ששמעון עושה כן הוא שולח את ידו במוצר המוגמר בכוונה לשלול עולמית מאת ראובן, היש לראות בהתנהגות זו מעשה של גניבה? על שאלה זו – והיא שאלה מעניינת שלא מצאתי תשובה ישירה אליה בענף הפלילי של המשפט – עונה בא-

השופט אגרנט

כות המערערים בשלילה והילכך טוען הוא כי יש לזכות את מרשיו מהעבירה הנזכרת בפרט השני. אכן, מבחינת העובדות המיוחדות של ענייננו, בנויה טענתו הקונקרטית של מר טספי על הנקודות כדלקמן:

(1) ב"ע"פ 200/56, בצראוי נ. היועץ המשפטי, "סקרדין", כרך יא, ע' 468, 470, (1), נפסקה הלכה, מפי השופט ברנזון, כי סעיף 276 (ב) איננו קובע עבירה עצמאית אלא רק עונש אשר "עולה על העונש הרגיל בעד גניבה מחמת המסיבות המחמירות המנויות בו". מבחינת מהותה של העבירה מחויר אותנו סעיף 276 לסעיף 263 על-ידי מילות הפתיחה שבו: אם הדבר הגנוב הוא אחד הדברים "... מבאן, שגם כאשר האישות הוא לפי סעיף 276 (ב), חובה על הקטיגוריה להוכיח שנעשה על-ידי הנאשם "מעשה גניבה". לגבי החפץ הנדון, במובן ההגדרה בסעיף 263.

(2) ההגדרה ברישא של סעיף 263 (1) איננה חלה על ענייננו, שכן אין חולק על כך כי, במה שנוגע לנטילת הבשר הגלמי על-ידי המערערים, נעשה מעשה זה ברשות הבעלים, חברת "אינקודה", ולא עוד, אלא גם לא הוכח כי כבר בשלב זה התכוונו המערערים לשלול עולמית את הבשר מהחברה הזאת. יתכן על כן, נשוא האישום בפרט השני הוא גניבה שימורי הבשר הטחון, ומבחינה זו חשובה רק ההגדרה של מעשה גניבה, המצויה בס"פ של סעיף 263 (1). זאת אומרת, אם בכלל ניתן להכניס את מכירת שימורי הבשר הטחון על-ידי המערערים לתחום העבירה של גניבה, יש לעשות כן בתוקף היותה "גניבה על-ידי נפקד" (bailee).

(3) מבאן, שהשאלה העומדת לדיון היא, אם ערב מכירת שימורי הבשר הטחון, החזיקו בהם המערערים בתורת "נפקדים", והנה, המושג "הפקדה" משמעותו כי חובה על הנפקד להחזיר בזמן מסוים או בלתי מסוים למפקיד או למסור או לאדם אחר שזה הורה או יורה לו — את החפץ האידנטי שהופקד בידי. לפיכך, רק אם שלח את ידו (בכוונה לשלול עולמית מבעליו) בהפץ זה דוקא, ייראה המעשה כ"גניבה על-ידי נפקד".

(4) בענייננו לא קיימת זהות — לא מבחינת צורתו ולא מבחינת תכנו — בין הבשר הגלמי שמסרה חברת "אינקודה" למערערים לבין שימורי הבשר הטחון שמכרו אלה האחר רונים לצ'וף; ולא הרי זה כהרי זה. הלא המוצר, נשוא המכר האמור, נתקבל כתוצאה מן עבודת הייצור שהשקיעו המערערים, מחזי גיסא, והינה תערובת של חמרים שסופקו בחלקם על-ידי החברה (הבשר) ובחלקם על-ידי המערערים (השומן והתבלינים). מאידך גיסא, משום כך אין לומר, כי ההוראה בתסכם שבין החברה והמערערים, לפיה היה עליהם לשלוח את קופסאות שימורי הבשר הטחון למחסני "אסמקר", כמוה כהוראה שישלחו לשם את החומר האידנטי שקיבלו מאת חברת "אינקודה". הואיל וכך, לא ניתן לראותם כמחר זיקים בשימורי הבשר הנ"ל בתורת נפקדים ולא היה במכירת המוצר הזה לצ'וף משום "גניבה על-ידי נפקד".

השופט אגרנט

(5) לחיזוק טענתו, הסתמך בא"כות המערערים על הכתוב בספר של רוסל («על פשעים», מהדורה 11, בעריכת טורנר, ע' 1083):

"In order, therefore, to constitute the offence of larceny as a bailee within the statute it had to be proved under the Act of 1916, first, that there was such delivery of the property as to divest the owner of the possession, and vest it in the prisoner for some time; secondly, that at the expiration or determination of that time *the identical same property was to be restored to the owner or delivered to someone else*; and thirdly, that the prisoner had fraudulently appropriated the property with intent permanently to deprive the owner thereof, and without a claim of right made in good faith."

המלים באימרה זו, שהודגשו על-ידי, הן אלה שבהן מצא מר כספי סמוכין לטענתו.

אכן, טענה זו אין בידי לקבלה. לפני שאפרט את הנימוקים לכך, עלי להזכיר את שתי ההנחות המשפטיות, שעליהן הם מושתתים. ראשית, לצורך הדיון הזה ובהתאם להלכתו של השופט ברנוון במשפט בצדאוי, (1), הנ"ל, מסכים אני כי סעיף 276 (ב) קובע עונש מיוחד לגבי מעשה גניבה שבוצע במסיבות המיוחדות המנויות בו אך כי מבחינת מהותה של העבירה יש לקרוא את הסעיף האמור ביחד עם ההגדרה בסיפא של סעיף 263 (1); הווה אומר, שאני מסכים כי השאלה המרכזית, העומדת להכרעה בענייננו היא, אם מכירת שימורי הבשר על-ידי המערערים לצוף כמה כמעשה גניבה על-ידי מי שהחזיק בהם בתורת "נפקד".

הנחתי השניה נוגעת למהותו של המוסד המשפטי הקרוי בשם "הפקדה" (bailment). ענין זה נדון בהרחבה על-ידי השופט זילברג ב"ע"פ 27/56, זילברג נ. היועץ המשפטי, פד"י, כרך י, ע' 636, (2); ראה במיוחד את ההגדרה המסכמת של חברי ב"ע' 644, (2), בין האותיות ג ו"ד, לפיכך אעמוד רק על שתי התכונות שהן חיוניות להתהוות היחס של מפקיד ונפקד ולהמשכו. התכונה האחת היא: הנפקד היננו אדם שנמסרה (או הועברה) לו על-ידי הבעלים (במובן הרחב) החוקה החוקית בחפץ מסוים (ראה הספר "Bailment in the Common Law" מאת Paton ע' 5). התכונה האחרת נעוצה בהוראה המיוחדת, שקיבל הנפקד בשעת מסירת החפץ, והמחייבת אותו להחזירו בעין או לספל בו בדרך מיוחדת, כגון על-ידי מסירתו או מכירתו לאדם שלישי (שם, ע' 6, 25-26).

באשר לתכונה הראשונה, יש להדגיש, כי מסירת "החוקה החוקית", פירושה, בהקשר זה, מסירת החפץ בעין לידי הנפקד, בצירוף זכות החוקה החוקית, "המאפשרת לו (עד להגשמת המטרה) למנוע בדין, מכל אדם אחר, את שלילת החוקה" (מדברי ההגדרה הנ"ל).

השופט אגרונט

של השופט וילברג). בעיני המשפט המקובל אינו נחשב המשמש (servant), שמעבירו מסר לו חפץ למטרה מסוימת. כבעל החזקה החוקית בחפץ זה, כי אם זו ושארית בידו המעביר (ראה הספר Possession in the Common Law מאת Pollock ו-Wright, ע' 18, 26); לפיכך אין מייחסים למשמש הזה את המעמד של נפקד (פטון, ע' 9). מאליו מובן שהאדם שרכש, אגב מסירת החפץ לידי או לאחר מכן, את הבעלות בו, אין רואים אותו כנפקד. במשפט, South Australian Insurance Co. v. Randell; (1869-71), נאמר: L.R. 3 P.C. Appeal Cases 101, 113, [7]

"....where goods are delivered upon a contract for a valuable consideration, whether in money or money's worth then the property passes. It is a sale, not a bailment."

זאת ועוד אחרת. כאשר אדם פלוני "מפקיד" בידו אחר את הנכס השייך לו, תהיה לשני החזקה החוקית באותו נכס, עד כמה שזה נוגע לראשון, רק כל עוד שנמשך היחס של מפקיד ונפקד בין השניים; הווה אומר, שעם תום היחס הזה ללא מסירת הנכס לתער דחו בהתאם לתנאי ההפקדה, הופך "הנפקד" להיות מסיג-גבול לגביו. ראה דברי Windfield המובאים על-ידי פטון (שם, ע' 5):

"....while the bailment lasts it connotes possession. As between bailor and bailee that was recognized very early in our law."

וכן דברי פולוק ו-ורייט (שם, ע' 132):

"....in certain cases the bailment may become determined, and then possession of the quondam bailee either ceases or becomes thenceforth trespassory."

אשר לתכונה האחרת של ההפקדה — זו הנעוצה בתנאי שעל הנפקד להחזיר את החפץ (או למסרו לאדם אחר) "בעין" — עלי לבאר שתנאי זה יהיה קיים גם מקום שהמדובר בתוראה המחייבת את הנפקד להביא שינוי מסויים בחפץ שנמסר לידי, ולאחר מכן להחזיר למפקיד (או למסור לאחר). אותו חפץ בצורתו החדשה, כלל זה עולה מדברי פסק-הדין האנגלי, שהוזכר לעיל (שם, [7], ע' 108):

"Whenever there is a delivery of property in a contract for an equivalent in money or some other valuable commodity, and not for the return of the identical subject-matter in its original or an altered form this is a transfer of property for value — it is a sale and not a bailment."

השופט אגרט

על כן, רואה המשפט האנגלי "שכירות אומן" כעיסקה שהיא בגדר הפקדה (להבדיל ממכר) כגון במקרה שבו מוסר ראובן לשמעון כמות של כד על-מנת שיגזור את הבד ויתפור לו חליפה ממנו (עיין בספר Blackstone's Commentaries, כרך 2, ע' 453; כמורכב, דברי השופט לנדוי ב"ע"א 353/56, היועץ המשפטי נגד חברת א. ש. אפשטיין, פד"י, כרך יב, ע' 610, 612, (3), בין האותיות ה"ו). פירושו של דבר, שבעיני המשפט האנגלי קיימת "זהות" בין הבד הגלמי, שמסר מזמין החליפה לחייט, לבין החליפה שזה תפר ממנו; כמורכב, הבעלות במוצר המוגמר שייכת לראשון. בפסק-דינו הנ"ל אמר השופט לנדוי, שט, (3): "המוסר קמה לאופנה, כדי שזה יאפה ממנו לחם, מוסיף להיות בעל הקמה גם אחרי שהקמה שינה את צורתו והפך לחם, וכן בכל הומר אחר הנמסר לשכיר לשם עיבודו".

עלי להוסיף שבין שתי התכונות, המאפיינות את הגדר האנגלי האמור, קיים קשר הדוק ואמיץ והאחת מהן עשויה להאציל על רעותה. למשל, ההכרעה בשאלה, אם שימורי הבשר הטחון "זהים" בעיני החוק עם הבשר הגלמי שמסרה חברת "אינקודה" למערערים לשם ייצורם ומסירתם למחסני "אסמקר", עשויה להשפיע על השאלה, אם הקופסאות המכילות את המוצר האמור שייכות לחברה הראשונה או למערערים ולכן גם על השאלה, אם אלה האחרונים היו "נפקדים" לגביהם ואם לאו. כמורכב, אם נשכיל לגלות בחומר הראיות הוכחה שהוסכם בין הצדדים לעיסקה הנדונה, כי הבעלות בקופסאות שימורי הבשר תהיה נתונה בידי חברת "אינקודה", כי אז יהיה מקום להסיק שקיימת "זהות" בין המוצר המוגמר הזה לבין הבשר הגלמי שמסרה החברה למערערים.

הערתי האחרונה היא: ראיתי לנכון לעמוד על שתי התכונות האמורות של מוסד ה"הפקדה" במשפט האנגלי, הואיל ולפי האמור בסעיף 4 לפקודת החוק הפלילי, מצוים אנו לפרש את המונח "נפקד" הנזכר בסיפא של סעיף 263(1) — כפי שגרס גם השופט זילברג ב"ע"פ 27/56 הנ"ל (שט, (2), ע' 641-642) — בהתאם למובנו במשפט ההוא. אולם זאת לדעת: ההכרעה בשאלה, אם עיסקה מסוימת טומנת בחובה אותן שתי התכונות — ולכן אם היא מהווה, על-פי מבחן זה, "הפקדה" או עיסקה מסוג אחר — תלויה בראש ובראשונה בהוראות החוק המקומי (ואולי בהסכם שבין הצדדים לעיסקה) ורק בהעדר הוראה כזאת, יהיה מן הדין להיזקק להוראות המשפט האנגלי בסוגיה של "הפקדות". למשל, למדים אנו מסעיף 421 למג'לה כי במקום שהאומן מבצע את העבודה בחמרים שכולם סופקו לו על-ידי המזמין, הרי לפנינו העיסקה של "שכירות אומן", הטומנת בחובה את תכונות ההפקדה; ואילו אם האומן מבצע את העבודה בחמרים שהם כולם שייכים לו עצמו, כי אז המדובר בעיסקה של "הזמנת אומן", שהיא בבחינת עיסקה של מכר (ראה גם סעיף 388). אכן, שותקת המג'לה לגבי המקרה — כמו זה שלפנינו — בו ביצע האומן את העבודה בחמרים אשר בחלקם שייכים לו ובחלקם הינם בבעלות המזמין, לפיכך, בענייננו לא תהיה לנו ברירה אלא להיעזר, לשם השלמה, במשפט האנגלי (ראה את גישתו הזוהה של השופט לנדוי ב"ע"א 353/56, הנ"ל, שט, (3), ע' 612, בין האותיות ד ו"ה).

השופט אגרון

באספקלריה של ההנחות הללו הבה ואציין את ההנמקה שעל יסודה החלטתי לדחות את טענתו האמורה של באיכוח המערערים. בדעתי לחלק הנמקה זו לשני חלקים: ראשית, אראה — וזהו נימוק שלילי — שהאימרה בספר של רוסל-טורנר, שבה תמך הלה יתדותיו, אינה נוגעת במישרין לבעיה הספציפית העומדת לדיון בענייננו. שנית, אנמק באופן חיובי את מסקנתי, כי הכרחי לגרוס שהמוצר המוגמר (קופסאות שימורי הבשר הטחון) "זהה" בעיני החוק, עם החומר (הבשר הגלמי) שנמסר להם על-ידי חברת "אינקודה", ומכאן, כי בשעת מכירתו לציוף היה המוצר האמור בבעלותה של אותה חברה ואילו המערערים שימשו אז לגביו אך נפקדים.

א. כדי להבהיר את נימוקי הראשון, רואה אני צורך לסקור במקוצר את ההתפתחות שהולידה במשפט האנגלי את התיקון של "גניבה על-ידי נפקד".

1. כידוע, העקרון הכללי של המשפט המקובל — זה מקדמת דנא — הוא שעבירת הגניבה מקפלת בתוכה שלושה יסודות: החייבים להתקיים, בשעת מעשה, בעת ובכוונה אחת: (1) הלקיחה הפיסית של החפץ מרשות הבעלים (במובן הרחב); (2) בלי הסכמתו של זה ובניגוד לרצונו (invito domino); (3) ובכוונה לשללו מהבעלים עולמית. לצורך ענייננו חשוב להטעים את היסוד השני, שכן מדגיש הוא את הגישה המקורית של המשפט המקובל — ואף היא קנתה לה שביטה באנגליה בזמן קדום מאד — "שלא תיתכן גניבה אשר אין עמה הסגת-גבול" (trespass) (ראה Holdsworth, "תולדות המשפט האנגלי", מהדורה המישית, כרך 3, ע' 361). כאשר נקבע הדין האומר, כי המשמש ששלח ידו בחפץ, שנמסר לו על-ידי מעבידו, חייב בגניבה, לא ראו בכך משום סטיה מהעיקרון הכללי הנזכר, שכן דין זה יסודו מונח בהשקפה שנשתרשה ושעליה כבר עמדתי לעיל: כי החזקה החוקית בחפץ, גם לאחר מסירתו למשמש, נשארה בידי המעביד ומכאן, שהמעשה של שליחות-היד מצד המשמש, משמעותו, לקיחת החפץ invito domino וכמוהו כמעשה של הסגת-גבול (ראה קני, "ראשי פרקים במשפט הפלילי", המהדורה משנת 1952, סעיף 229, ע' 209; כמו-כן המאמר "The Borderland of Larceny" מאת Beale, בכתב העת H.L.R., כרך 6, ע' 244-245). לעומת זה, הוחלט כי במקום שהחפץ נמסר למשמש של אדם פלוני על-ידי אדם שלישי, על-מנת שיתן אותו למעבידו, אין המשמש חייב בגניבה אם שלח את ידו בחפץ לפני שהוא עצמו הורעידו למעבידו. אף דין זה נקבע בהתאם לעקרון האמור, שכן מצד אחד הלקיחה הפיסית של החפץ נעשתה ברשות הבעלים ואילו בזמן שהמשמש שלח את ידו בו, עדיין לא עברה החזקה החוקית בחפץ לידי מעבידו (קני, שם; (8) (1799); R. v. Bazeley). על-פי הלך מחשבות זה, ניתן להבין, איפוא, כי עצם קביעתו של היסוד הנזכר כאלמנט חיוני של עבירת גניבה לא איפשרה כי זו תתפשט על הנפקד ששלח את ידו בחפץ שנמסר לרשותו, שהרי ההנחה היא — כך ראינו — שהוא רכש את החזקה החוקית בו, בהסכמת הבעלים וברצונו. ברור זה בואר הכלל החל לגבי נפקד כג'ל על-ידי אחד הפרשנים הראשונים של המשפט הפלילי באנגליה, באמרו:

"The intent must be at the time when he came into possession of the goods; for if he had the possession lawfully, although he

1803

מסקרדין, כרך יג, תשי"ט/תשי"ך 1959

השופט אגרוט

should afterwards with ill intent convert the goods to his own use, yet it is not felony. As, if I bail the goods to one, who converts them to his own use."

(הדברים מובאים מפי Staundforde במאמר הנזכר של Beale שם, ע' 244).

א

2. אכן, במרוצת הזמן סטתה למעשה פסיקת בתי המשפט באנגליה מהכלל, שהזוכר לאחרונה, שתי סטיות. הסטיה הראשונה חלה ב"משפט המוביל", (9), (1473), Carrier's Case; עיין בספר "Cases on Criminal Law" מאת Turner ו־ Armitage, ע' 221. לפי העובדות שנתבררו שם, שכר אדם, שהיה הבעלים של מספר חבילות ארוזות, את הנאשם, על-מנת שזה יוביל אותן לעיר. נמל אחת באנגליה. תחת לעשות כן, פתח הנאשם את החבילות המופקדות ושלה את ידו בתוכן המצוי בהן. הוחלט ברוב דעות, כי הלה חייב בגניבה. ההנמקה של שופטי הרוב איננה אחידה, אך אחד מהם — הוא השופט Choke — נימק את דעתו במלים שניתן לפרשן כך: מה ש"הופקד" ("bailed") — ועל כן נמסר בהסכמת הבעלים לידי הנאשם — היו החבילות הארוזות כ"יחידות שלמות" ("entire things") ולא התוכן המצוי בהן. על-כן, כאשר "שבר" — קרי: פתח — את אריות החבילות, הרי שעשה מעשה שהיה בו כדי לשנות תכלית השינוי את זהות הדברים שהופקדו בידיה, ותוצאת המעשה הזה היא שהחזקה החוקית בנושא ההפקדה חזרה לבעליהן ודבר שליחות היד על-ידי הנאשם בתוכן החבילות כמוהו, איפוא, כלקחה invito domino ויש בו משום מעשה של הסגת גבול (עיין, לגבי פירוש זה של דברי השופט הנ"ל, בפולוק ו־וריט, ע' 133, וכן בספר "Theft, Law and Society", מאת Jerome Hall, מהדור רה שניה, ע' 10).

ב

ההחלטה שנתקבלה ב"משפט המוביל", (9), תוצאתה היתה — תודות להשפעת התבונה הדקה הנעוצה בהנמקה הנ"ל — שבתקופה יותר מאוחרת נפתח פתח שדרכו הוכנסה לתחום העבירה הנדונה שורה של מעשי נזיקים אזרחיים ("tortious acts") שבוצעו על-ידי נפקדים בנכסים המופקדים בידיהם, ואשר השופטים, שפסקו אז דין זה, ייחסו להם, בדרך מלאכותית, את האופי של מעשים מהסוג של "שבירת היחידה" ("breaking the bulk"). גירסת השופטים הללו היתה שמכוח מעשה-הנזיקים, אשר בא לפניהם, הקיץ הקץ להפקדה הנדונה ועקב זאת נתבטלה גם הסכמתו המקורית של הבעלים ללקיחת החפץ, נשוא ההפקדה, על-ידי הנאשם, כך שבמעמד זה הפך הוא להיות אדם שלקחו מחזקת בעליו בלי רשותו (ראה, לגבי שכלול זה של ההנמקה הקודמת, את דברי סודנר במאמרו "שני משפטי גניבה" שנחפרסם בספר Modern Approach to Criminal Law, בעריכת המחבר ורדוינוביץ, ע' 358; כמו-כן, דברי הפרשן East המובאים על-ידי Beale, ע' 251; וכן Hall ע' 10-11).

ג

כפי שנרמז, היה בחידוש של "שבירת היחידות" משום סטיה בפועל מהכלל ששלל את האחריות הפלילית של הנפקד, אשר שלח ידו בחפץ שנמסר לרשותו; להלכה לא התחזו השופטים, שפסקו את הדין החדש, לסטות מהכלל הישן סטיה כלשהי. עוד יש לציין

כי לא היה באותו דין כדי לפרוש את רשתו על כל מעשה של שליחות-יד, שבוצע על-ידי נפקד איזה שהוא, אפילו אם נתלוותה אליו הכוונה לשלול את החפץ מהבעלים עולמית.

3. הסטיה האחרת מתחום הכלל האמור — סטיה למעשה אם לא להלכה — נעוצה בדין שנפסק במשפט, (10), R. v. Pear; (1779). לפי הדין הזה, יחוייב בגניבה אדם שקיבל לידיו חפץ מסויים מאת בעליו בתנאי הפקדה, כאשר מסירת החפץ נעשתה בהשגת טענת-שוא, שבה השתמש הראשון כלפי השני, ובמעמד זה קיננה בלב המקבל "הכוונה לגנוב". אותו דין יסודו הונח בטעם כי התחבולה של הנאשם שללה את תקפת של הסכמת הבעלים למסור לידיו את החפץ, כך שנתקיים להלכה היסוד של לקיחת invito domino, דבר אשר כמוהו כהסגת-גבול. כאמור, הוגבלה תחולת הדין הזה למקרה שבו קיננה בלב הנאשם הכוונה לשלול את החפץ מהבעלים עולמית במעמד קבלתו, ולכן לא חל הדין על הנפקד ששלח את ידו בחפץ שנמסר לו למשמרת ואשר הגת את המזימה האמורה רק לאחר שכבר היה מחזיק בו בפועל.

4. הדבר בולט לעין, כי תרף הפירצות שעשתה הפסיקה האנגלית, באמצעות ההלכה בדבר "שבירת היחידות" וזו שנפסקה במשפט, (10), Pear הג'ל, בחומת הכלל המחייב שעבירת הגניבה לא תכלול אלא מעשה שיש עמו הסגת-גבול, עדיין קצרה זרועו של המשפט הפלילי באנגליה מלהשיג את כל הנפקדים שנהגו שלא ביושר בגין הנכסים שהופקדו בידיהם. על-כן, כאשר רבו והתפשטו במדינה ההיא המעשים מסוג זה, התערב שם המחוקק, בשנת 1857, ותיקן את החוק (סטיפן, "תולדות המשפט הפלילי", כרך 3, ע' 156). על תיקון זה חזר בחוק הגניבה משנת 1861 ולאחר מכן בחוק "המסדיר" הקרוי בשם Larceny Act, 1916, והמכיל נוסח שהוא יותר משוכלל אך איננו שונה, ביסודם של הדברים, מזה שקדם לו; ומתתיקון בנוסח המאוחר ביותר העתיק בזמנו המחוקק המנדטורי את הכתוב בסיפא של סעיף 263 (1) לפקודה המקומית.

אכן, כל מטרת התיקון האנגלי — וזו גם תוצאתו — לא היתה אלא להסיר את ההגבלות שבהן הוגבלה תחולתן של שתי ההלכות הנזכרות; הווה אומר, שמעשה יחול דין גניבה על מעשה של שליחות-יד על-ידי נפקד בחפץ שנמסר לרשותו, בלי הצורך להוכיח כי אותו מעשה שייך לסוג של "שבירת היחידות" ובין אם הגה הלה את ה־ animus furandi שלו במעמד המסירה או בשלב מאוחר יותר (רוסל, כרך 2, ע' 1082). לעומת זה, שמר המחוקק האנגלי אמונים, בתיקונו האמור, לעקרון-היסוד שעליו הושתתו דיני הגניבה במשפט המקובל והמתנה — כפי שציינתי וחזרתי וציינתי — כי המעשה שיוחס לאדם, שרוצים להרשיעו בעבירה הנדונה, תיווה פגיעה בחזקה החוקית של בעל החפץ, להבדיל מפגיעה בקנין הבעלות שלו. הנה כי כן כתוב לגבי ענין זה בספר של רוסל (שם):

"The statutory rule.... applies where the general property in the thing was never intended to be parted with at all, but only the possession."

השופט אגרוט

(ראה גם פסק-הדין במשפט (11) R. v. Russett; (1892), 2 Q.B. 312, 313, 314. בו הוקנה תוקף למגמה הנ"ל בצורה קיצונית ומוגזמת). עצם העובדה, כי בהגדרה הסטטוטורית של גניבה הושם הדגש ביסוד של לקיחת החפץ ללא רשות הבעלים, בו בזמן שהיסוד של שליחות-יד בו לאחר לקיחתו, אשר נכלל בהגדרה זו, הוגבל לפעולה כזאת המבוצעת אך על-ידי מי שלפני כן קיבל את החפץ לרשותו בתורת נפקד — העובדה הזאת מעידה שוב על אותה מגמה. לא זו אף זו: בזמנו התרעם סטיפן על כך, שההגדרה משנת 1857 לא התפשטה גם על המעשה של שליחות-יד, שבוצע על-ידי "נאמן" (trustee) שלפני כן רכש גם את קנין הבעלות בחפץ שנמסר לרשותו, בנתון להוראות מטוימות שהתחייב למלאן בגינו. הוא הוסיף ואמר (שם, כרך 3, ע' 156):

ב "It would have been no great effort.... to frame a definition of theft which would include all cases of theft by persons entrusted with property as trustees at common law. Such a definition would be arrived at by making a fraudulent conversion the essence of the offence, instead of a fraudulent taking."

ג צוין הדבר, כי העבירה האנגלית של "שליחות-יד במרמה" (fraudulent conversion) נקבעה לראשונה בחוק משנת 1901 והינה מצויה היום בסעיף 20 לחוק הגניבה משנת 1916, ואין לה ולעבירה האנגלית של "גניבה על-ידי נפקד" — כך גורס טורנר (ראה רוסל, ע' 1261-1262; כמרכז, דברי השופט ברנזון במשפט בצדאוי הנ"ל, שם, (1), ע' 470) — ולא כלום.

ד אכן, דעתי היא — ולמסקנה זו חתרתי בכל הסקירה הנ"ל — כי הגישה ה"צרה" שנקט המחוקק האנגלי בתיקונו משנת 1857 יש להסבירה ברצון לשמור אמונים לעקרונות היסוד של המשפט המקובל "לכל אורך החיות": הוזה אומר, כי ניתן להבין שבאותו תיקון אימץ לעצמו למעשה את ההשקפה שבה דגלה הפסיקה האנגלית קודם לכן, היא ההשקפה האומרת כי דבר שליחות-יד של הנפקד בחפץ שנמסר לרשותו תוצאתו היא שהושם הקץ ליחס של מפקיד ונפקד שהיה קיים בגינו, ומכאן שיש לראות מעשה ממין זה באור של מעשה-לקיחה חדש (a new taking of possession) שבוצע ללא רשות הבעלים (invito domino) ושכמוהו, איפוא, כמעשה של הסגת-גבול (trespass). ובלשונו הקולעת של חברי השופט זילבורג בפסק-דינו הנפרד ב-ע"פ 126/58 (היועץ המשפטי נגד מרדכי בוג, כרך יג, ע' 897, ב-ע' 901, (4)):

ה "מכיון שהבעלים מסרו את החפץ תוך הקניית זכות חזקה לנפקד, וזה האחרון, לפני ביצוע שליחות-היד, שומר אותו לטובת הבעלים, הרי עד לשעת שליחות-היד הוא מעין 'ידא אריכתא' של הבעלים גופם, ונמצא כי על-ידי עצם שליחות-היד הוא נוטל ומוציא את החפץ — נטילה והוצאה ממש מרשות הבעלים — בדיוק כמו אותו הגנב הקלסי' הגונב על-פי הרישא של הסעיף....."

פסק-דין, כרך יג, תשי"ט/תש"ך-1959

1806

השופט אגרנט

החידוש שחידש המחוקק בחיקונו. דאז טמון רק בכך שקבע כי אותה השקפה תוחל על כל פעולה של שליחות-יד מצד הנפקד בחפץ הנדון, כך שלא יהיה עוד הצורך להקפיד אם מעשה כנ"ל, שיחוס לנאשם, שייך לסוג של "שבירת היחידות".

ג. הנני מוצא שרק באספקלריה של המסקנה שהובעה באחרונה ייתכן לרדת לסוף דעתו של בעל האימרה בספר של רוסל (כרך 2, ע' 1083), שעליה הסתמך בא-כוח המער-ערים בטענתו הנזכרת. רצוני לומר: המלים באימרה הזאת בדבר היות הנאשם חייב, לפי תנאי ההפקדה, להחזיר בעתיד לבעלים (או למסור לאחר) את "הנכס הזהה ממש" (the identical same property) — ששלה ידו בו — המלים הללו באו לא רק במטרה להצביע על אחת משתי התכונות שהן חיוניות להתהוות היחס של מפקיד ונפקד בין בעל הנכס והנאשם, אלא גם על-מנת להבליט כי בתשובה לשאלה, אם אותה תכונה איפיונה בזמנו את העיסקה של מסירת הנכס לידי זה האחרון, תלוי המבחן, אם רכש במעמד ההוא אך את החזקה החוקית — ובמקרה כזה יגרור המעשה של שליחות-יד דין גניבה — או שמא רכש אז גם את קנין הבעלות, ואזי לא יגרור המעשה האמור דין כזה כל עיקר.

טול את כל פסקי-הדין, שהובאו מתחת לאימרה הנ"ל ובתמיכה לה (שם, 1083-1090), ונמצאת למד כי רק ברוח זו יש להבין את המלים "הנכס הזהה ממש"; כי לא התכוון טורנר — העורך של "רוסל", אשר לו יש לייחס את המלים הללו — שיינתן להן בכל מקרה מובנן המילולי דוקא; ושלא היה או בדעתו כלל וכלל להתעמק בבעיה המשפטית הספציפית של "זהות" הנכסים, אשר עמדה לדיון בענייננו. דין זה חל גם על דברי ההערה של הלה, שבהם הוא מודה עם המסקנות, שהובעו באותם פסקי-הדין, או מסתייג מהן. לשם הדגמת דברי אלה, אצביע על קבוצת פסקי-הדין, שבהם נדונה השאלה, אם השימוש על-ידי הנאשם, לצרכיו שלו, בכספים שהגיעו לרשותו בעקבות עיסקה מסוימת היזה "גניבה על-ידי נפקד", אכן, ככולם היתה אחידות הדעות בין הפוסקים כי המבחן הוא, אם הנאשם היה חייב, לפי תנאי העיסקה, להחזיר בעין את הכספים המסוימים (המטבעות או שטרות הכסף גופם) שהגיעו לרשותו — ובמקרה זה רכש אך את החזקה החוקית בהם ויחיה חייב בגניבתם כאשר שלשלם לכיסו — או שמא היה חייב להחזיר רק את תמורת הכספים שהם ואזי רכש גם את קנין הבעלות לגביהם ולא יהיה מקום להרשיעו בגניבתם. אף אם לא היה לאל-ידו לשלם את החוב המגיע ממנו תמורתם. ראה:

R. v. Hassall; (1861), 169 E.R. 1302, (12);
R. v. Aden; (1873), 12 Cox, C.C. 512, (13);
R. v. De Banks; (1884), 13 Q.B.D. 29, (14).

במשפט, Aden (13), הוסכם בין המתלונן והנאשם שזה יקנה לראשון, בכספים שמסר לו, כמות של פחם מאדם שלישי. תחת לעשות כן, השתמש הנאשם בכספים אלה לתשלום חוב פרטי, הוחלט כי הנאשם היה נפקד לגביהם וחייב בגניבתם. הערת ההסתיי-גות של טורנר על פסק-דין זה (שם, (13), ע' 1089):

השופט אגרוט

א "On the assumption that it was the duty of the prisoner to hand over to the coal merchant the *specific gold coins* which the prosecutor had given him, the conviction was right. But the evidence showed a course of business between the two men which strongly pointed to the conclusion that the prosecutor *did not make the prisoner a bailee of the coins*, but transferred the ownership of them to him."

ב במשפט, (14), De Banks היה ההסכם בכיוון הפוך. שם מסר הבעלים את סושתו לידי הנאשם על-מנת שימכור אותה בשוק. אחרי מלאו שלחות זו, שלשל הנאשם לכיסו את דמי המכירה שקיבל מהקונה. הוחלט כי הוא אשם בגניבתם. בפסק-דינו הנפרד הסתייג השופט טיפון מהנימוק — שנתקבל על לב אחדים מהשופטים — שהנאשם הפך להיות נפקד לגבי דמי המכירה עם קבלתם מידי הקונה, באמרו (שם, (14), ע' 31-32):

ג "My view is that the man who has been convicted was not the bailee of the money. I think he received the money with no obligation to return the identical coins, and that the present case is governed by *R. v. Hassall*, (12), *Cockburn C.J. in that case states that which it is not disputed is the law, that the word 'bailment' must be understood as meaning in the Larceny Act 'a deposit of something to be returned in specie'. Was this man bound to return the precise coins he received? As I read the evidence such supposition is expressly negatived.... the parties considering that what was required was that the amount received should be paid, not the specific coins."*

ה השקפה זו, החולקת על זו של השופטים האחרים אך מבחינה עובדתית, נראתה בעיני עורך הספר של רוטל (שם, ע' 1087).

ו כל שלושת פסקי-הדין הנ"ל — וכן דברי ההערה של טורנר ביחס לפסקי-הדין השני — מראים כי השאלה, אם היה מחובת הנאשם, לפי תנאי העיסקה הנדונה, להחזיר בעין את הכספים שהגיעו לרשותו, יורדה למבחן, אם רכש בהם אך את החזקה החוקית או גם את קנין הבעלות, ועל-כן אם הוא חייב, כאשר השתמש בהם לצרכיו שלו, בדין "גניבה על-ידי נפקד". יתירה מזו: מתוך פסקי-הדין, שניתנו במשפטים, (13), Aden ו-(14), De Banks, הנ"ל, ניתן לעמוד על השקפתו המיוחדת של המשפט האנגלי — אשר טורנר אינו מסתייג ממנה — כי יש לראות "זהות" במקרה הראשון בין הכספים, שקיבל הנאשם מידי המתלונן, והפחם שהיה עליו לקנות בהם — בכספים אלה גופם — ולמסור לזה האחרון; כשם שיש לראות "זהות" במקרה השני בין הסוסה, שמסר בעלה לרשות הנאשם, ודמי המכירה ששילם לו הקונה תמורתה, בהנחה שהיה מחובת הנאשם לחת

פסקידין, כרך יג, תשי"ט/תש"ך-1959.

1808

השופט אגרנט

לבעל-הסוסה את הדמים הללו גופם. אכן, השקפה זו — אשר פירושה, כי הנאשם במקרה האחד קיבל את הכספים על-מנת "להפכם" לפחם אשר עליו למסור בעין לבעל הכספים. ואילו במקרה השני קיבל הנאשם את הסוסה על-מנת "להפכה" למטבעות של כסף שעליו למסרם בעין לבעל הסוסה — השקפה זו עולה בקנה אחד עם דברי ההגדרה של "נפקד", שאמרו זקני-השופטים Cockburn במהלך הטיעון במשפט Hassall (שם, (12), ע' 1304):

"A bailee must return either the article or something into which it has been converted in accordance with the terms of the bailment."

הוא אשר אמרתי: לא התכוון העורך הנכבד של רוסל, בנקטו את הלשון: "הנכס הזה ממש", כי בכל מקרה יינתן למלים הללו מובן המילולי דוקא.

סיכומי של דבר: האימרה הנזכרת אין בכוחה לתרום לפתרון השאלה הספציפית המעסיקה אותנו בערעור זה, היא השאלה, אם קיימת "זהות" בין שימורי הבשר הטחון, שייצרו המערערים, ותבשר הגלמי שנמסר להם על-ידי חברת "אינקודה", ולמי היתה שייכת, איפוא, הבעלות במוצר המוגמר הזה בעת מכירתו על-ידי הראשונים לסוחר צ'וק, הוזה אומר, כי אין אותה אימרה יכולה לשמש אסמכתה לטענה של בא-כוח המערערים. עד כאן נימוקי הראשון — וה"שלישי" — לדחיית הטענה האמורה.

ג. נימוקי השני — וה"חיובי" — נוגע לשאלה, מהו הדין שיש להחילו כדי לקבוע למי שייכת הבעלות במוצר המוגמר, שייצר אומן פלוני מהחמרים שסופקו בחלקם על-ידי מזמין המוצר ובחלקם על-ידי האומן עצמו. כפי שצויין, לא קיימת כל הוראה מפורשת, לגבי שאלה זו, במג'לה, ולפיכך שומה עלינו לפנות, לשם מציאת תשובה אליה, להוראה המתאימה של המשפט האנגלי. אכן, הכל יודעים שתורת ההפקדות האנגלית ינקה, זעיר פה זעיר שם, מהמטען של המשפט הרומאי, הגם בסופו של דבר התפתחה בדרך עצמאית (הולדסוורת, כרך 2, ע' 341; כרך 7, ע' 502-503; פטון, ע' 21). אחד הרעיונות, ששאבו משם מעצבי דמותה של ההפקדה האנגלית, הוא זה המונח ביסוד העקרון הקרוי בשם "accessio", כדי לרדת לסוף העקרון הזה, הכרחי לעמוד על שלושה מצבים אשר כולם סובבים על המקרה שבו התמזגו או נתערבבו, מרצון בעליהם, החמרים השייכים לאנשים שונים, כך שאינם ניתנים עוד להפרדה מבחינה מעשית.

(1) כאשר החמרים שהתערבבו הינם זהים, מבחינת איכותם, כך שקיימת גם זהות ביניהם לבין התערובת עצמה, אזי הדין הוא שבעלי החמרים הנפרדים הפכו לבעלים משותפים בתערובת לפי שיעור ההשתתפות של החומר, שהיה שייך לכל אחד בהתהוות היחידה החדשה. דין זה יחול, למשל, כאשר עורבבה החיטה של ראובן עם זו של שמעון (ראה הספר "Institutes of Roman Law" מאת Sohm בתרגום האנגלי של Ledlie, מהדורה שלישית, ע' 326; כמו-כן, המשפט הרומי, תולדותיו ותורתו" מאת אינשטדט,

השופט אגרנס

ע' 156). כך גם הדין האנגלי (ראה Blackstone כרך 2, ע' 405; כמו-כן South, (7) Australian Insurance v. Randell, D.W. 113). הדין המקומי הוא זהה (מג'לה, סעיף 789).

- א. Accessio (2): עקרון זה חל כאשר אחד החברים המעורבים הטביע את חותמו על התערובת כולה והקנה לה את אפיה, כך שניתן לומר שאותו חומר מילא תפקיד עיקרי בהתהוות היחידה החדשה ואילו החומר האחר מילא בכך תפקיד עזר בלבד. במצב זה — בו ממשיך החומר העיקרי לקיים את זהותו בתערובת שהתהוותה, בה בעת שהחומר הספל איבד בתוכה את זהותו שלו — אומר העקרון האמור כי "הטפל הולך אחרי העיקר"; הוזה אומר כי בעל החומר העיקרי הופך להיות הבעלים של התערובת כולה, וכך מבואר אותו עקרון על-ידי Sohm (ע' 326):

ג. "If, however, the new thing is identical in kind with only one of the pre-existing things, we have a case of accession. This happens, for example, when an arm is joined to a statue by ferrumination.... in such a way as to make the whole thing one — the new thing is a statue, which the arm was not — or again, when a new leg is put on a table, or when a rose is planted in my land. In the latter case, as soon as the rose has struck root, only one thing exists, viz, the land; the rose has ceased to exist as an independent thing. In all these instances one of the things maintains its identity in spite of the union. It determines the character of the new thing. It has, so to speak, absorbed or consumed the other. Hence it is called the principal thing in contra-distinction to the accessory, i.e. the thing.... which continues to exist only as a modification or enlargement of the other by which it is absorbed. The rule of law here is that the owner of the principal thing, by which the accessory has been absorbed, becomes the owner of the accessory.... The owner of the principal thing thus becomes the sole owner of the new thing."

ד. וכן דברי Buckland בספרו Manual of Roman Private Law (מהדורה שניה, ע' 140):

ה. "If, of the two elements, one is merely accessory to the other there is accessio. The ownership of the accessory part merges in the ownership of the principal thing.... Many attempts have been made to find a principle on which to

ו. "מסקידין", כרך יב, תשי"ט/תשי"ז 1959

1810

השופט אגרוט

determine whether the addition is an accessory or not. Perhaps the best is whether the thing resulting from, or made up of the two elements would retain its identity as the same thing, if the added element were removed."

(3) לגבי סוג המקרים, שבהם התקשר אדם פלוני עם אומן על-מנת שיעבד, למטרה מסוימת, את החמרים השייכים בחלקם לראשון ובחלקם לשני — והוא הסוג הנדון בענייננו — מן ההכרח להבדיל בין המצב שעליו חל "accessio" לבין זה שעליו חל העקרון הקרוי בשם "specificatio". המונח האחרון מובנו, עיבוד חומר גלמי והפיכתו למוצר חדש. מקום שהחומר המעובד שייך בחלקו למעבד ובחלקו למזמין, אומר העקרון האמור שהבעלות במוצר המוגמר תהא נתונה בידי המייצר (specificans); זאת רק אם התמלא התנאי שאותו מוצר מהווה אמנם "נכס ממין חדש" (nova species). הטעם הרציונלי, המחייב תוצאה משפטית זו ושביסודו מונח, איפוא, עקרון ה־specificatio, הוא שראים בעבודה המקצועית, שהשקיע המייצר, ובכוח הייצור הכלכלי שהוכיח, את הגורם העיקרי שתורם להפיכת החמרים הגלמיים לחפץ שערכו הכספי הוא בדרך כלל גדול מערכם הם (Sohm, ע' 324). אשר לשאלה, אימתי יהיה אפשר להיווכח שנתמלא התנאי בדבר היות החומר המעובד "נכס ממין חדש", יש לציין שטרם נקבע כנראה מבחן אחיד, שיתאים לכל מקרה ומקרה. אף-על-פי-כן, סבורני שלא אטעה אם לצורך ענייננו אזקק למבחן שמציע Sohmi והוא: החפץ המושלם ישא את האופי האמור (nova species) אם הוא שונה באיכותו ובהיותו מכל חומר מהחמרים הגלמיים שמהם הוא עשוי — אם ניתן לומר כי, מנקודת ראות כלכלית, אף אחד מאלה האחרונים לא הצליח לשמור, בתוך הנכס המעובד, על קיומו הנפרד. והרי דבריו (ע' 326):

"A union amounts to a specification if the new thing is different in kind from each of the former things; in other words if, economically speaking, none of the former things continues to exist in the new thing. In such cases the rule already set forth applies; the ownership in the materials is destroyed and the owner of the former things are, all of them, limited to a claim of compensation. The new thing becomes the property of the specificans...."

אם מצב הדברים הוא, שהחומר שסיפק המזמין לאומן הוא בלבד שמר, ביסודם של דברים, על זהותו בתוך הנכס המעובד והוא אשר מקנה לזה את אפיו העיקרי, בה בעת שהחומר של האומן, שגם כן מילא תפקיד בתהליך העיבוד, והוא נטשטשה והוא שימש אך לשם שכלולו של החומר האחר או השלמתו — אם כזהו מצב הדברים, כי אז יחול העקרון של "הטפל הולך אחרי העיקר" (accessio) והבעלות בחפץ המעובד תהיה נתונה בידי המזמין. על-כן, אם מסר ראובן את בגדו לחייט לשם תיקונו, וזה האחרון השתמש למטרה זו בחוטים שלו עצמו ותפרם לתוך הבד, אזי יהיה הבגד המתוקן שייך לראשון.

השופט אגרנט

ד. מצאתי לנכון לעמוד על מושגים אלה של המשפט הרומאי, הואיל וכאמור, סיגל לעצמו המשפט האנגלי את המושג של accessio לשם פתירת הבעיה, אם במקרה כמו זה שלפנינו, מהזיק האומן את התפץ המושלם בתורת בעלים או כנפקד גרידא. והרי האס-מכתאות — והן אינן מרובות — המצביעות בכיוון זה:

א

(1) בלקסטון, כרך 2, ע' 404-405;

(2) הספר Benjamin on Sale (מהדורה שמינית, ע' 165), כוונתי כאן למלים הבאות בסוף הפסקה, בה מוגדר המונח "הפקדה":

ב

"additions or accretions to a chattle bailed become the property of the bailor. *Res accessoria sequitur rem principalem.*"

(3) (15), Appleby v. Myers; (1866-67), L.R. 2 C.P. 651, 659-660. במשפט זה אמר

השופט בלקבורן (Blackburn).

ג

"It is quite true that materials worked by one into the property of another become part of that property. This is equally true, whether it be fixed or movable property. Bricks built into a wall become part of the house; thread stitched into a coat which is under repair, or planks and nails and pitch worked into a ship under repair, become part of the coat or the ship; and, therefore, generally and in the absence of something to shew a contrary intention, the bricklayer, or tailor, or shipwright, is to be paid for the work and materials he has done and provided, although the whole work is not complete...."

ה

(4) והרי אסמכתה אמריקנית, עליה סמכו עורכי הספר הנזכר בפסקה (2) את

אימרתם הנ"ל: במשפט, (17), Mack v. Snell; (1893), 140 N.Y. 193, 195, בו ייצרו

התובעים עבור הנתבע זוגות מספריים גדולים, אמר זקן השופטים Andrews:

ו

"....the title to the completed shears was at all times in the defendant. The materials added by the plaintiffs in performing their contract became by accession, when joined with the material furnished by the defendant, the property of the latter, he having furnished the principal part, the part furnished by the plaintiffs being accessorial merely."

ז

השופט אגרוט

(5) עלי להוסיף בהקשר זה שתי הערות. ראשית, האסמכתאות האמורות לקוחות אמנם מהשטח האזרחי של המשפט, אך כוחן יפה גם בשטח הפלילי. ראה דברי פולוק ו-וריט (שם, ע' 160):

"In general the same thing is a ballment for the purposes of the criminal law, both common and statutory, as in civil matters."

שנית, על אף העובדה כי מבחינה אובייקטיבית טהורה, היה המקרה המסוים מתאים להחלת העקרון של *accessio*, המקנה את הבעלות בחפץ המושלם בידי המזמין, הכרחי תמיד לתת עדיפות להסכם בין הצדדים, המורה כי הבעלות באותו חפץ תהיה נתונה בידי האומן. למשל, על בסיס הסכם כזה פסק בית-הלורדים את הדין במשפט *Dixon v. The London Small Arms Co., Ltd.*; (1875-76), 1 A.C. 632, 644, 645, (16). שימש להכרעה שנתן בית-משפט זה, מפי השופט לנדוי, ב"ע"א 353/56 הנ"ל (שם, ע' 615, ליד האות ב).

ה. נחזור עתה לענייננו. הדבר בולט לעין, כי הבשר הגלמי המשיך לשמור, ביסודם של דברים, על זהותו בתוך המוצר של שימורי הבשר הטחון והוא שהקנה למוצר זה את אפיו העיקרי; ואילו השומן והתבלינים, שהוסיפו המערערים, זהותם נטשטשה אגב תהליך הטחינה והם שימשו בתפקיד של חמרי עזר, שהיה בהם לשנות, אך שינוי מה, את טיבו של הבשר הגלמי בלי להשפיע על זהותו היסודית. בהחילנו, איפוא, את העקרון של "הטפל הולך אחרי העיקר", עלינו להסיק כי בשעה שעורבבו חמרי העזר האמורים בבשר הגלמי, עברה הבעלות בהם לחברת "אינקודה" ושזו הפכה להיות הבעלים של התערובת המוגמרת כולה.

ה. היוצא מזה, שבעיני החוק נחשבים קופסאות שימורי הבשר הטחון, שעל המערערים היה לשלוח למחסני "אסקר", והבשר הגלמי שנמסר להם על-ידי חברת "אינקודה", כהיינו הך, והתוצאה הבלתי נמנעת היא שהמערערים שימשו אך בתורת נפקדים לגבי המוצר האמור ערב מכירתו לסוחר צ'וף. אכן, מסקנה זו מתחזקת — במה שנוגע למערער טריביט — לאור דבריו אודות תוכן ההסכם שנעשה בין המערערים וחברת "אינקודה", כוונתי לדברים שאמר בהודעה שמסר במשטרה ביום 20.1.56 (מוצג ת/13):

"עבור כמות של 7 טון הנ"ל לא שילמנו כל כסף ל"אינקודה" אלא זה רק נתקבל אצלנו לייצור ולחזרה אולם היה הסכם על דמי העיבוד."

1. סוף דבר, טענתו הנזכרת של באי-כוח המערערים אין לה על מה שתסמוך. למותר הוא להוסיף — ומר כספי לא חלק על זאת — שנוכח המסקנה האמורה, מהווה המכירה של קופסאות שימורי הבשר על-ידי המערערים מעשה של "שליחות-יד" בהן (ראה

ההגדרה של מונח זה ב"ע"פ 27/56 הנ"ל, שם, (21), ע' 641) תוך כוונה לשללן מבעליהן עולמית. הואיל וכך, חייבים המערערים, כאשר לשימורי הבשר הללו, בדין "גניבה על-ידי נפקד" במסיבות הנזכרות בסעיף 276 (ב) לפקודה, ולפיכך יש לדחות גם את הערעור על ההרשעה בגין הפרט השני של גליון-האישום.

א

אשר לחלק הערעור, המופנה כלפי חומרת גזר-הדין (שנה אחת מאסר), הנני מוצא לנכון להזכיר שתיים בלבד מן העובדות אשר בא-כוח המערערים (מר לברון) הדגישן כמסיבות מקילות:

ב

(א) מאז ביצוע העבירה הנדונה (ספטמבר 1955) ועד לתאריך ההרשעה (1.5.59) עברו ארבע שנים בקירוב ובינתיים נטשו המערערים את עסקיהם "הגדולים" ועוסקים עתה בעסק של אטליו שהם רכשו;

ג

(ב) המערערים הורשעו במשפט נפרד בעבירה של החזקת בשר קלוקל (שאינו זהה עם הבשר נשוא עניינו) באותו פרק זמן שבו בוצעה העבירה שנדונה בערעור זה, ונגזר עליהם, בשל כך, עונש מאסר של ששה חדשים, אשר כבר בוצע. בא-כוח המערערים הודה שלא באה אף פעם בקשה מצד מרשיו שהדיון בשתי ההאשמות יתקיים בעת ובעונה אחת, אך הוא טען שמן הדין שהעונש שנקבע בעניינו יהיה חופף עם העונש האחר או לפחות יופחת במידה ניכרת.

ד

דעתי היא, שהעובדות הנ"ל אין בכוחן להצדיק את התערבותנו בגזר-הדין. אשר לעובדה הראשונה, יש אמנם להביע צער על כך, ששמיעת ההאשמה הנדונה התאחרה — מסיבה שלא היתה תלויה בשופט המלומד — במשך זמן כה רב ומן הראוי שהשלטונות המוסמכים יתנו את דעתם על הצורך בדבר עשיית סידורים מתאימים, שיהיה בהם כדי למנוע את השתייתם של בירורים פליליים יתר על המידה. אף-על-פי-כן, סבורני, כי רצוי-נות העבירה, המיוחסת למערערים — גניבת הכמות הניכרת של 6480 קופסאות שימורי בשר — אינה מגיחה מקום להסיק שהעונש שהוטל עליהם בשל כך הוא מוגזם מדי.

ה

ו

אשר לעובדה השנייה, הרי מעיד גזר-הדין במפורש, שהשופט נתן את דעתו עליה וכי מצא שמכיון שלא קיים קשר בין שתי העבירות וכל אחת מהן הינה בעלת אופי חמור בפני עצמה, אין מקום לעשות את המאסר לשנה אחת חופף את העונש האחר. בגישתו זו של השופט אין לראות כל פסול או סיבה להפחתת שיעור העונש שקבע. לפיכך מסקנתי היא, שמן הדין לדחות גם את הערעור על חומרת גזר-הדין.

ז

הנשיא (אולש): אני מסכים.

השופט זילברג

השופט זילברג: מסכים אני לפסק-דינו המעמיק של חברי, השופט אגרט, אך מסתייג אני בכל הכבוד, מן הדרך בה הגיע למסקנתו חברי המלומד. הסתייגותי מופנית כלפי השימוש במשפט האנגלי ה"מייבא", בסוגיא זו, את עקרונות המשפט הרומאי. סבור אני, כי על קטע מסוים של הבעיה הנדונה, והוא הקטע האזרחי, יש להחיל את חוק המג'לה, שאינו מכיר במוסד המשפטי של "רכישת בעלות על-ידי עיבוד" כנכסי מטלטלין — לא באמצעות specificatio, ומכל שכן לא באמצעות accessio, שהיא הדרגה הפחותה של העיבוד, כפי שיתבאר להלן.

2. סעיף 4 של פקודת החוק הפלילי מחייב אותנו לפרש, בדרך כלל, את המונחים והביטויים שבה בהתאם למושגים הטמונים בהם על-פי המשפט האנגלי. אך במה דברים אמורים, ועל מה חלה חובת הפירוש האנגלי? על היסודות הפליליים של העבירה, ולא על איזה שהוא יסוד אזרחי המתווה תנאי קודם לקיום העבירה. אילו, למשל, הטילה הפקודה עונש על מי שפוגע בבעלות חברו, או בזכויות הנובעות לו מתוך חזקה, הרי אלה המונחים היו מתפרשים על-פי המובנים שנתייחדו להם במשפט המקומי, אלא אם כן, ועד כמה שענינים אלה גופם נתונים לחובת הפירוש האנגלי כתוצאה ישירה, או עקיפה, מהוראת סימן 46 של דבר המלך. נמצא, כי בסופו של דבר, הקובע הוא מובנו של אותו מונח אזרחי בתחומי המשפט האזרחי.

3. מתעוררת, איפוא, השאלה מה דינו של מוסד ה-, specificatio או ה-, accessio, כאשר הוא מתערב, כיסוד מעמיד או הורס, באיזו שהיא עבירה פלילית, ואם מותר לנו "לייבא" אותו מתוך המשפט האנגלי לצרכי אותה עבירה. חברי, השופט אגרט, כותב בנדון זה לאמור:

"ההכרעה בשאלה, אם עבירה מסוימת טומנת בחובה אותן שתי התכונות תלויה בראש ובראשונה בהוראות החוק המקומי ורק בהעדר הוראה כזאת, יהיה מן הצדק להיוקק להוראות המשפט האנגלי בסוגיה של הפקדות, למשל, למדים אנו מסעיף 421 למג'לה כי במקום שהאומן מבצע את העבודה בחמרים שכולם סופקו לו על-ידי המזמין, הרי לפנינו העיסקה של, שכירות אומן, הטומנת בחובה את תכונות ההפקדה; ואילו אם האומן מבצע את העבודה בחמרים שהם כולם שייכים לו עצמו, כי אז המדובר בעיסקה של, הזמנת אומן, שהיא בבחינת עיסקה של מכר (ראה גם סעיף 388). אכן, שותקת המג'לה לגבי המקרה — והוא המקרה שלפנינו — בו ביצע האומן את העבודה בחמרים אשר בחלקם שייכים לו ובחלקם הינם בבעלות המזמין, לפיכך, בעניננו זה לא תהיה לנו ברירה אלא להיעזר, לשם השלמה, במשפט האנגלי."

ולמטה מן הענין אומר חברי:

השופט דילברג

א "נימוקי השני והחיובי" נוגע לשאלה, מהו הדין שיש להחילו כדי לקבוע למי שייכת הבעלות במוצר המוגמר, שייצר אומן פלוני מהחמרים שסופקו לו בחלקם על-ידי מומין המוצר ובחלקם על-ידי האומן עצמו. כפי שצוין — הכוונה לציטטה ולעיל — לא קיימת כל הוראה מפורשת, לגבי שאלה זו, במג'לה, ולפיכך שומה עלינו לפנות, לשם מציאת תשובה אליה, להוראה המתאימה של המשפט האנגלי:

4. אשר לסעיף 421 של המג'לה, בו כתוב:

ב "כשם שהזמנת חליפת בגדים אצל חייט, על-מנת שיהיה האריג משלו, נחשבת להזמנת אומן, כך נתינת אריג לחייט לתפוד מזה חליפת בגדים, היא נשכירות אומן."

ג נראה לי, כי או שהוא אומר הכל, או שאינו אומר ואינו מלמד כלום על הבעיה שלפנינו.

אומר הכל, כיצד? תפירת בגד מאריג של אחר, היא ללא ספק פעולה של "ספיציפי-קציו", כך גם דעתו של המלומד הגדול וולף:

ד "עשיית בד מצמר, בגד מן הבד, מלאכת הטוחן, האורג והסנדלר הן ספציפיקציה."
(Wolff-Raiser, Sachenrecht, 1957, p. 270)

ה המג'לה רואה את העיסקה שבין החייט והבעלים כ"שכירות אומן", ולא כ"הזמנת אומן" שדינה דין מוכר: משמע שהחייט, על-ידי מלאכת התפירה, לא רכש לו בעלות בגוף האריג; נמצא, כי המג'לה אינה מעניקה ל"ספציפיקציו" כוח של רכישת הבעלות; ואם ה"ספציפיקציו" כך, ה"אקצסיו" על אחת כמה וכמה! אם אמנם זו היא האינטרפרטציה הנכונה של סעיף 421, הרי פתרנו בזה, לרעת המערערים, את הבעיה שלפנינו.

ו אינו אומר כלום, כיצד? המג'לה, בסעיף 421, אינה קובעת את זכות הבעלות, היא רק מגדירה את מהות העיסקה. גם אם נראה את החייט כבעל האריג, עדיין תהא זו "שכיר-רות אומן" ולא "הזמנת אומן"; שכן החייט, המקיים את החוזה, מחזיר את האריג (בצורת בגד), ואת החשלוש הוא מקבל רק בעד עבודת התפירה.

ז נוטה אני לסברא השניה, ואני מוכן, איפוא, לומר כי המג'לה כאן באמת שותקת, וסעיף 421 אינו אומר כלום, לא על ה"ספציפיקציו" ולא על ה"אקצסיו" בנוגע לגבסי מטלטלין.

השופט זילברג

5. והנה דבר שתיקתה של המג'לה ומשמעות שתיקתה, נתעורר בפני בית-משפט זה ב-ע"א 167/47, פסק-דין, כרך ב, ע' 39, 42; פסק"ט, כרך א, ע' 49, 52, (5), ושם נאמר:

..... ביחוד יש לשים לב אל ההלכה שנפסקה ב-ע"א 240/37, (6). השאלה הנדונה שם היתה, כידוע, אם יש להשתמש בתורת התמורה האנגלית לגבי התחייבות של ערב, ובית-המשפט פסק כי אין לעשות כן, מאחר שהמג'לה עצמה מקדישה פרק שלם לדיני הערבות. גם שם אין המג'לה אומרת דבר וחצי דבר על ענין התמורה — לא שהיא נחוצה ולא שאיננה נחוצה — ואף-על-פי-כן, למרות שהיא שותקת, ודוקא משום כך, סירב בית-המשפט להשתמש בהלכה האנגלית. כי לגבי פירושן של חוק, יש ושתיקתו של המחוקק יפה מדיבורו, או לפחות יפה כדיבורו, ואם הוא נמנע מקבוע הלכה, מקום שהיה צריך או יכול לעשות כן, הרי שתיקתו זו מדברת בעדה, ואומרת לנו, בפה מלא, מה היתה עמדתו כלפי השאלה הנדונה.

נמצינו למדים, כי אם המג'לה נמנעת מקבוע הלכה, מקום שהיתה צריכה או יכולה לעשות כן, שתיקתה זו מדברת בעדה, והדיבור הוא: אי אפשר בה, בהלכה שהחסרתי וחוורת למקומה השאלה, אם גם שתיקתה של המג'לה בנוגע למוסד המשפטי של "רכישת בעלות על-ידי עיבוד" היא מן "הסוג המדבר", מדבר ואומר כי אין היא מכירה כלל במוסד הנ"ל. התשובה לשאלה זו תעלה מתוך בדיקת מהותו המשפטית של המוסד ההוא, וה"אפיניות" שבינו לבין דברים אחרים האמורים במג'לה, כפי שיתבאר להלן.

6. בטרם ניגש לדון במהותן המשפטית של ה"ספציפיקציו" וה"אקצסיו" — הכוונה היא כאן, אני מדגיש, ל"אקצסיו" האקטיבית שהיא תוצאה מ"עבודה זרה" של מי שאינו בעל הדבר — עלינו לשים לב לכך, כי הם מאד מאד קרובים זה לזה, ומקורות המשפט הרומאי מטפלים בהם במעורב, או "מענין לענין באותו ענין" (Buckland, Text-Book of Roman Law, 2nd. ed., p. 215, 216; cf. Inst. 2, 1, 33; 2, 1, 34; 2, 1, 25). נראה להלן, כי גם מחוקקים מודרניים, כגון הצרפתי והאוסטרי, נוהגים עירוב פרשיות בסוגיא זו. קיים צד שווה בהם, והוא העיבוד. יש והעיבוד (או הטיפול) יוצר "דבר חדש" (nova species), ויש שאינו אלא מוסיף "תוספת" לחומר המקורי. לא תמיד קל לשמור על הגבול שביניהם — מחוקק-מחוקק וסימניו לקו הדימרקציוני ההוא — אך כאשר תוצאות העיבוד או הטיפול נראות בעיני המחוקק האינדיבידואלי כ"תוספת" גרידא, הרי זה מתאים למה שמשפט רומי כינה בשם "אקצסיו", וחל עליה הכלל של "הטפל הולך אחר העיקר". קורה מקרה וערכה של תוספת זו גדול בהרבה, או לאין שיעור, מערכו של החומר, ואז "נהפכים היוצרות": התוספת — כ"עיקר" — בולעת את החומר ה"טפל", וזה האחרון הוא ה"אקצסיו" שרכש לו המעבד, בעל העיקר. אם נכונה ההשקפה — והיא עולה, לכשנדייק, מתוך החוק הצרפתי (ראה להלן) — כי העבודה נחשבת אף היא לחלק מטריאלי ש"הושקע" בחומר המעובד, הרי כל ההבדל בין "ספציפיקציו" ו"אקצסיו" אינו הבדל מהותי, אלא הדרגתי בלבד.

1817

פסק-דין, כרך יג, תשי"ט/תשי"ז 1959

השופט זילברג

עינינו הרואות, כי האינסטיטוציות — וכן המשפט הצרפתי — משקיפים, כל אחד בתנאים שלו, על החומר כאילו היה „אקצסוריום“ של עבודת המעבד. „זכות העיכוב“ של סעיף 571 הופכת — לאחר תשלום מחיר החומר — זכות בעלות ממש, כפי שיוצא מסעיף 546, עיין שם ודוק.

א

(ג) החוק האוסטרי.

גם ה-א.ב.ג.ב. מטשטש לגמרי את ההבדל הרעיוני שבין ה-„ספציפיקציו“ וה-„אקצסוריום“, ומשכן את שתיהן בפרק אחד, אשר שמו הוא: רכישת הבעלות על-ידי רבייה (Zuwachs, accessio). סעיף 414 של החוק הוא סעיף כלי-בו, וזה לשונו:

ב

„414. כל המעבד דברים של אחר; כל המחבר, ממזג, מערב אותם עם דברים שלו, עדיין אינו רוכש לו על-ידי כך זכות (או: זכות תביעה, Anspruch) על הנכסים העומדים בבעלות האחר.“

ג

וסעיף 415 מסייג את הכלל השלילי הזה, בקבלו — אולי כמשפט יחיד באירופה — את „הדעה הבינונית“ (media sententia) של יוסטיניאן, המפשר בין האסכולה הסביניאנית והאסכולה הפרוקוליאנית, ותולה את הדבר בשאלה, אם אפשר להפריד בין הדברים ולהחזיר את המצב לקדמתו (עיין שם, והשווה בוקלנד, שם, וולף, שם, בע' 271).

ד

ועוד דבר נמצינו למדים מן החוק האוסטרי — ועוד נעמוד להלן על חשיבות הדבר — כי המחוקק מכניס לגדרו של המונח „אקצסוריום“ גם את בניית בית על קרקע של אחר, שכן בסעיף 418, המצוי אף הוא באותו פרק, נאמר:

ה

„418. בנה אדם בחמרים שלו, וללא ידיעת הבעלים, על קרקע של אחר, נופל הבנין לבעל הקרקע. הבונה בתום-לב זכאי לדרוש את יציאותיו הנחוצות והמועילות; הבונה שלא בתום-לב, דינו כמתערב (negotiorum gestor). ידע בעל הקרקע על הבניה, ולא אסר מיד את הדבר על הבונה בתום-לב, הוא יכול לדרוש רק את השווי הכללי של הקרקע.“

ו

יצויין מיד — בלי לפרש לעת עתה את המסקנה העולה מכך — כי שאלה זו ממש מצאה לה הסדר דומה בסעיף 906 של המג'לה (השווה גם סעיפים 9, 11, של חוק העברת נכסי דלא גידי, הזמני העתמאני), אשר בו נאמר:

ז

„היתה הגזילה קרקע, ובנה עליה הגולן בנינים או שנטע בה עצים, מצוים עליו לסתורם או לעקורם, ולהחזיר את הקרקע, ואם יש בסתירת הבתים או בעקירת העצים משום נזק לקרקע, יכול הנגזל לשלם את שוויים כשהם עומדים ליהרס ולהיעקר, ולהניחם עומדים במקומם.“

„פסקידין“, כרך יג, תשי"ט/תש"ך-1959

1820

השופט זילברג

אבל אם שווים של הבנינים או העצים הוא יתר על שווי הקרקע, ונבנו או נוטעו מתוך זכות משוערת מדומה, משלם בעל הבנינים והעצים את דמי הקרקע, וקונה את הקרקע."

(ד) ואחרון אחרון — המשפט העברי.

א

גם דיני ישראל מכירים באופן אוטונומי, ללא כל השפעה רומית או אחרת, את המוסד המשפטי של רכישת בעלות (במטלטלין) על-ידי עיבוד. רכישת-בעלות זו היא "קנין בשינוי".

ב

"הגזול עצים ועשאו כלים, צמר ועשאו בגדים, משלם כשעת הגזילה." (משנה בבא קמא, דף צ"ג ע"ב).

ג

"משלם כשעת הגזילה: דמי עצים וצמר, ואין חייב להחזיר לו כלום, דקני בשינוי." (רש"י שם, ד"ה משלם).

ד

"הגזילה שלא נשתנית אלא הרי היא כמו שהיתה הרי זו חזרת לבעליה בעצמה, ואם נשתנית בידי הגזולן קנאה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזילה." (רמב"ם הלכות גזילה ואבידה, פרק ב', הלכה א').

ה

"גזל עפר ועשאו לבינה — לא קנה, שאם ידוק הלבנה תחזור עפר כשהיתה. גזל לשון של מתכת ועשאו מטבע — לא קנה, שאם יתן המטבע תחזור לשון כשהיתה".
"אבל הגזול עצים ושיפון וקצצן או שגזל צמר וצבעו או שגזל טווי ועשהו בגד או שגזל מעות והתיכן — הרי זה שינוי בידו, שאם יעשה מעות אחרות פנים חדשות הן." (רמב"ם, שם, שם, הלכות י"א, י"ב).

ו

"נשתנית הגזילה אין צריך להחזיר אלא כמו שהיתה שווה בשעת הגזילה, והוא שלא יהא שינוי תחוד לבריות." (שו"ע חו"מ, סי' ש"ס, סעי' ה').

ז

עד כאן בגזול, ואשר לאומן — מחלוקת היא בתלמוד, אם "אומן קונה בשבח כלי", או לא (בבא קמא, דף צ"ח ע"ב — צ"ט ע"ב; בבא מציעא, דף ק"ב ע"א; קידושין, דף מ"ח ע"ב), ועדיין לא ברור מה היא ההלכה הסופית (השווה רמב"ם הלכות שכירות, פרק י', הלכה ד', ושו"ע חו"מ, סי' ש"ה, סעי' ב', לעומת רמ"א אה"ע, סי' כ"ח, סעי' ט"ה, בשם הטור), אבל אם אומן קונה בשבח כלי, הרי פירושו של דבר הוא:

"דכל מה שמשביח בכלי הוא זוכה, וכשמחזירו לו בשכר הקצוב
הריא שעתא הרי הוא כמזכר.
(רש"י קידושין, שם, ד"ה והכא).

א

"אומן קונה בשבח כלי: וזוכה כמה שהשביחו וכשמחזירו לו
הרי הוא כמזכר לו שבח שהיה לו בתוכו.
(רש"י בבא מציעא, שם, ד"ה אומן).

ב

קיימת רק דעה אחת של אחד מגדולי האחרונים — והיא, עד כמה שידעתי מגעת,
דעת יחיד — כי קנינו של האומן אינו אלא "קצת קנין כמו במשכון". אגב שאלה זו
מתבררים שם גם ענינים אחרים, וכדאי להביא את הדברים באריכות קצת, כי הם מפגינים
הבנה יורידית מובהקת, כמעט מודרנית בביטוייה ובצורות המחשבה שלה:

ג

"בשו"ת מהר"ש הלוי חלק ח"מ ס"י ד', האריך בזה וחקר בהא דאומן
קונה בשבח כלי, אם אינו אלא בשבח הוא דקונה, אבל לא בגוף הכלי, או
ניחא שעל ידי השבח זוכה בגוף הכלי להיות כשלו, כיוון שגזיפת חומר
הכלי אל הצורה אשר נתן, ולכן קונה בגוף הכלי, והעלה דקונה בגוף הכלי
..... איברא דנעלם ממנו דברי תרומת הדשן ס"י ש"ט, דמבואר להדיא
דאומן אינו קונה אלא בשבח ולא בגוף הכלי, עיין שם וכן כתב
אשר"י בהאי פרקא אחא דאמר רב אסי אומן קונה בשבח כלי וכל השבח
שלו עד שיתן לו שכרו, ומשמע דוקא השבח שלו, ולא הגוף וראוי
להתבונן בהאי קנין דאומן קונה בשבח, אם קונה קנין ממש וכשלו הוא —
מאי אית ליה לבעל הבית בהאי שבחא, והיכא דשבח שווה יותר מדמי
שכירות — היכי מסלק ליה בעל הבית בפחות מדמיו? ואי משום דכבר
קנה ממנו בעל הבית בפסיקה שפסק לו עבור השבח — הא הוי ליה דבר
שלא בא לעולם, ואיך חוזר וקונה בעל הבית שבחא דאומן אם האומן אינו
רוצה ליתן לו שבחו בדמי שכירות, כיון דלא קנה מיד האומן, ועוד דהוי ליה
דבר שלא בא לעולם? ולכן נראה אחר העיון, דודאי האי שבחא דבעל
הבית הוא, והא דאומן קונה בשבח כלי אינו קנין גמור להיות כשלו ממש,
אלא קצת קנין הוא ואית ליה בגויה כמו בעל חוב דקונה משכון
לקדושי אשה

ד

(קצות החושן, שו"ע ח"מ, ס"י ש"י, ס"ק ד').

ה

חשיבותה של שאלת ה"קנין" בשבח כלי, היא בקונסטרוקציה המשפטית שבה היא
גם אוצלת על כמה מדיני איסור והיתר, ואין כאן מקומו להאריך.

8. נחזור למשפטי העמים, נזכנו לדעת, כי עקרון היגררותו של הטפל אחר העיקר,
הוא הרעיון הדומיננטי בכל הפרשה הזאת, ראינו כי כל שיטות המשפט האירופאיות

המכירות בעקרון זה, מסווגות אותו כצורה של רכישת בעלות: המג'לה אינה עושה כן. מצאנו במג'לה גופה סעיף אחר (סעיף 906) הקובע, בתנאים מסויימים, "אקצסיו" רוכשת בעלות לגבי נכסי חקרקעין; היא אינה מחילה "אקצסיו" זה, אף לא באותם התנאים או בתנאים דומים, על נכסי מטלטלין; בסעיף 421 התקרה המג'לה עד "כדי פחות מג' טפחים" לרעיון זה, אך לא הגיעה עדיו ממש. ולבסוף: סעיף 789 של המג'לה הקובע, כי במקרה של "עירוב" (commixtio) — ואולי חל דבר זה גם על "מיוזג" (confusio) — נעשים הבעלים השונים לשותפים, כל אחד לפי חלקו, בדבר המערוב (או הממוזג).

נוכח כל אלה — כך סבור אני — יש לראות את שתיקתה של המג'לה כמכריזה בקולי קולות ואומרת, כי אין היא חפצה ביקרו של מוסד ה"אקצסיו", וכי שום פעולה של עיבוד, או השקעת חומר, לא תועיל להקנות בעלות, למי שאיננו בעלים, בנכסי מטלטלין. "אינקודה" היתה, והמשיכה להיות בעל הבשר, גם לאחר ה"נופך" שהוסיפו המערערים משלהם.

מכיון שכך, הרי נופלת הגנת המערערים מן הטעמים שנתבארו עליידי חברי הנכבד, השופט אגרנט, בחלק הראשון של פסק-דינו, ויש לדחות את הערעור, ולאשר את ההרשעה וגזר-הדין.

הוחלט לדחות את הערעור ולאשר את ההרשעות וגזר-הדין.

ניתן היום, י"ג בתשרי תש"ך (15.10.1959).

החלטה

הוחלט לדחות את ביצוע גזר-הדין עד ליום 1.11.59 לשעה 12 בצהריים. בזמן הזה יתייצבו המערערים בנפה הצפונית של המשטרה ברחוב יהודה הלוי בתל-אביב. החלטה זו נתונה לתנאי שהמערערים יחדשו, לשם הבטחת הופעתם כנ"ל, את ערבותם שלהם עוד היום וכן את ערבות שני הערבים לא יאוחר מיום 18.10.59; כמו-כן עליהם להסדיר עוד אז כי גם העיקול יישאר בתקפו למטרה הנ"ל.

ניתן היום, י"ד בתשרי תש"ך (16.10.1959).