

ע"א 161/68 זיגמונד וולפלד נגד מיכל ויליביה וולפלד, קטינות, באמצעות אמן, ואח'

השופטים זוסמן, ויתקון, מני

בקשה כזו לא הוגשה והענין הובא עכשיו בפנינו על-ידי רשם בית-המשפט לשם דחיו: בשל חוסר מעש, בהתאם לתקנה 489 (א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963.

א ברור שעל-אף התזכורות שנשלחו אליו לא גילת המערער כל יזמה להביא הערעור לבית-דין. אם אין בידו לברר מענו של המשיב השלישי, עדיין לא ידענו על שום מה לא הביא את העובדות בתצהיר כדי להשיג רשות להמצאה מוחלפת, כפי שבית-המשפט הורה לו לפני קרוב לחדשיים.

הערעור נדחה מחוסר מעש.

ב ניתן היום, ח' בתשרי תשכ"ט (30.9.1968).

ג דיון נוסף מס' 8/68

סולומון המטפרסט נגד היועץ המשפטי לממשלה

ד בבית-המשפט העליון
[6.10.68, 8.9.68]

לפני הנשיא (אגרנט), מ"מ הנשיא (זילברג),
והשופטים לגדוי, כהן, מני

ה לחוק שירות הבטחון, תשי"ט-1959 [נוסח משולב] [סה"ח 296, ע' 286], סעיפים 35 (ב) (1), 44 (ד), 35, 35 (א) (1), 31, 35 (א) (3), פרק ששי (סעיפים 35 עד 38), פרק שביעי (סעיפים 39 עד 50), 36, 44 (א), 41 (ב), 3 (א), 19, 35 (א) (2), 3 (ה), 33, התוספת, סעיף 2 — חוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה), תשי"ז-1957 [סה"ח 235, ע' 172], סעיף 24 — צו שירות בטחון (קריאה לרישום, לבדיקות, לשירות סדיר או לשירות מילואים) (עולים עולות, עולים-רופאים, עולות-רופאות), תשי"ט-1959 [קה"ת 836, ע' 154].

ז בערעור, נשוא הדיון הנוסף, אישר בית-משפט העליון, ברוב דעות, את הרשעתו של המבקש בעבירה על סעיף 35 (ב) (1) לחוק שירות בטחון, תשי"ט-1959, אי-מילוי חובת התייצבות בכחנה להשתמש משירות בטחון.

פסק-דין, כרך כב, חלק שני, תשכ"ח/תשכ"ט-1968

536

מ"מ הנשיא (זילברג)

מלאכותית של החוק, היא ידיעה עקרה, שאינה מולידה כלום. אבל — וכאן מתחילה הסתייגותי מחברי — במה דברים אמורים? כאשר הכוונה היא משהו נפרד מן הידיעה, והוא צריך עדיין "להיוולד" על-ידה, מה שאין כן במקרה שלפנינו בו — הייתי אומר — בניגוד להם כבנים, והידיעה והכוונה הן למעשה היינו הך, כי אי-אפשר לה, לראשונה, שתתקיים בלי השניה, מי שיודע שמוטלת עליו חובת התייצבות, ואינו עושה כלום, הרי ידיעתו ואי-עשייתו כאחד, מהווים eo ipso כוונה להשתמש.

מחזיק אני איפוא בדעתי, כי סעיף 35 (א) (1) בצירוף סעיף 44 (ד) מהווים, שניהם יחד, את העבירה האמורה בסעיף 35 (ב) (1) של החוק, ואשר ל"קושיא של ברזל" שהזכרתי בפסק-דיני הקודם והיא: אם כן מדוע לא השמיט המחוקק לגמרי את סעיף 35 (א) (1), תשובתי היא: על שום שאי-מילוי החובה האמור בסעיף 35 (א) (1) יכול לחול על החובות האמורות בסעיף 3 (ה) של החוק או בסעיף 33, או בסעיף 2 של התוספת של החוק.

נראה לי כי המסקנה שהגעתי אליה היא הכרחית, ממש מחוייבת המציאות בנסיבות החיים של ארצנו. שאם לא נאמר כן, ונחטט וננקר יתר-על-המידה בהוכחת הכוונה הפנימית על ההשתמטות, ייווצר מצב בו כמעט בלתי אפשרי יהיה להביא את המשתמט לדין, כי לצדו עדיין עלולה לעמוד הטענה שהוא לא ידע כי לאחר התייצבותו יקחוהו בפועל ממש לשירות, ואם אין ידיעה — כוונה מניין?

מטעמים אלה סבור אני, כי יש להשאיר על כנו את פסק-דינו של בית-המשפט לערעורים.

הוחלט, ברוב דעות, להשאיר על כנו את פסק-הדין של הרוב בערעור.

ניתן היום, י"ד בתשרי תשכ"ט (6.10.1968).

בג"צ מס' 121/68

אלקטרה (ישראל) בע"מ נגד שר המסחר והתעשייה, ר"צ אח'

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[29.4.68, 26.9.68, 29.9.68, 20.10.68]

לפני השופטים זוסמן, ויתקון, קיסטר

פקודת המכס והפטורים, 1937 [תוס"א 714, ע' 183], סעיף 5 (כפי שהוחלף ב-1938 [תוס"א 758, ע' 7]), התוספת, פרט 85.15, סעיף-קטן 4042 (כפי שהוסף ב-צו תעריף המכס והפטור (תיקון התוספת) (הוראת שעה מס' 56), תשכ"ח-1968 [קת"ת 2193, ע' 952]) — תקנות ההגנה (כספים), 1941 [תוס"ב 1138, ע' 1380], [כפי שתוקנו בשנות 1941-1952], תקנה 12 א (כפי שהוספה ב-1943 [תוס"ב 1289, ע' 661]) — חוק מסי מכס ובלו

בית-המשפט העליון פסק —

א. (1) אין להחיל את החוקה החלוטה שנקבעה בסעיף 44 (ד) לחוק שירות בטחון לשם הוכחת הכוונה הפלילית המיוחדת, היא כוונת ההשתמטות, המהות חלק מהגדרת העבירה שבסעיף 35 (ב) (1) לחוק.

ב. (2) הדיבור „כוונה להשתמט“ בסעיף 35 (ב) (1) מחייב כי תהיה לנאשם ידיעה ממשית על עובדת מתן הצו או לפחות כי עצם את עיניו בפני נוכחותה. דעת המיעוט (מ"מ הנשיא (זילברג)):

ב. סעיף 35 (א) (1) בצירוף סעיף 44 (ד) מהחיים, שניהם יחד, את העבירה האמורה בסעיף 35 (ב) (1) של החוק.

ג. עצם עבור הזמן מאז קמה חובת ההתייצבות דינו כדי להוכיח לכאורה ידיעת הנאשם על חובת ההתייצבות וכדי להסיק ממנה את כוונת ההשתמטות, אלא אם הנאשם מצליח לערער הוכחה זו על-ידי הסבר משלו.

דעת המיעוט (השופט כהן):

ד. אורך תקופת „ההשתמטות“, גם כשהוא ידוע וארוך, אין די בו, כשלעצמו, כדי להוכיח כוונת ההשתמטות; על התביעה הכללית להוכיח בכל מקרה עובדה כלשהי בנוסף על עצם תקופת אי-ההתייצבות, ממנה ניתן ללמוד על כוונת ההשתמטות.

פסקי-דין ישראליים שאוזכרו:

- [1] ע"פ 172/68 — סולומון המטפרסט נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך כב (2), ע' 3.
- [2] ע"פ 348/67 — פלוני נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך כב (1), ע' 225, 230.
- [3] ע"פ 23/62 — אהרן כהן נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך טז, ע' 2257.
- [4] ע"פ 265/68 — שמואל כהן נגד מדינת ישראל; פד"י, כרך כב (2), ע' 147, 149.
- [5] ע"פ 12/61 — היועץ המשפטי לממשלה נגד יוסף בן-ציון שור; פד"י, כרך טו, ע' 557, 555; פ"מ, כרך נב, ע' 370.
- [6] ע"פ 206/58 — מוריס אבר-צדקה נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יב, ע' 1423, 1424; פ"מ, כרך לה, ע' 293.
- [7] ע"פ 390/62, 291/62 — סלימאן מחמוד אבר-רביעה; מחמד עלי אבר-ג'רינת נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יז, ע' 2913, 2934.
- [8] ע"פ 45/49 — פנחס מרן נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך ד, ע' 123, 140 — 141; פ"מ, כרך ג, ע' 80.

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

- [9] *Roper v. Taylor's Central Garages (Exeter)*; (1951), 2 T.L.R. 284, 289; sub nom. *Taylor's Central Garages (Exeter) v. Roper*: (1951), W.N. 383; 115 J.P. 445.
- א [10] *Gollins v. Gollins*: (1964), A.C. 644, 665-666; (1963), 3 W.L.R. 176; 107 Sol. Jo. 532; (1963), 2 All E.R. 966 H.L.
- [11] *R. v. Tolson*: (1889), 23 Q.B.D. 168, 191; 58 L.J.M.C. 97; 60 LT. 899; 54 J.P. 4, 20; 37 W.R. 716; 5 T.L.R. 465; 16 Cox, C.C. 629, C.C.R.
- ב [12] *Lim Chin Aik v. R.*: (1963), 1 All E.R. 223, 229; (1963), A.C. 160; (1963), 2 W.L.R. 42; 106 Sol. Jo. 1028, P.C.

הערות:

1. לעצירת עיניים עיין גם: ע"א 170/66 — וספיה פיאד נגד האפוטרופוס לנכסי נפקדים, וא"י; פד"י, כרך כ (4), ע' 433 והערה 2 שם; ע"פ 325/64 — היועץ המשפטי לממשלה נגד שלמה ירון, ואח'; פד"י, כרך יח (4), ע' 20.
2. למחדל מכחן, השווה ד"ג 11/65 — אהרן גדיסי נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך כ (1), ע' 57.
3. לדיעת הנאשם על חובתו להתייצב לשירות בטחון, ואי-מילוייה, השווה ע"פ 201/68 — משה קרוש נגד מדינת ישראל וערעור שכנגד; פד"י, כרך כב (2), ע' 171.
- ה 4. לפיקציה משפטית, השווה ע"א 108/66 — ד"ר אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית, בע"מ, ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך כ (4), ע' 253.

דיון נוסף בענין שפסק בו בית-המשפט העליון בשלושה ביום 5.6.68, ב"ע"פ 172/68 (1), לפיו נדחה ברוב דעות, ערעור של המבקש על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל אביב יפו, מיום 7.3.68, ב"ת"פ 925/67, המרשיע אותו בעבירת אי-מילוי חובת ההתייצבות בכוונה להשתמט משירות בטחון, לפי סעיף 35 (ב) (1) לחוק שירות בטחון, חשי"ט-1959 [נוסח משולב], ודן אותו לששה חדשי מאסר, החולט ברוב דעות, להשאיר על כנו את פסק-הדין של הרוב בערעור.

א' בכר — בשם המבקש; גב' א' ברזל, סגן פרקליט המדינה — בשם המשיב.

השופט לנדון

פסק-דין

השופט לנדון: ב"ע"פ 172/68, (1), דחה בית-משפט זה, בשבתו בשלושה, ברוב דעות, את ערעורו של המבקש בדיון נוסף זה על הרשעתו בבית-המשפט המחוזי, תל אביב יפו, בעבירה על סעיף 35 (ב) (1) של חוק שירות בטחון, תשי"ט-1959 [נוסח משולב] (להלן: החוק) — אי-מילוי חובת התייצבות בכוונה להשתמט משירות בטחון.

המבקש הוא יליד 1926 ועלה ארצה מאפגניסטן ביולי 1958. לפי צו שירות בטחון שפורסם בקובץ התקנות ביום 23.10.58 (בע' 154) היה עליו להתייצב לרישום ולבדיקות רפואיות ביום 3.11.58. הוא לא עשה כן. בעדותו בבית-המשפט המחוזי אמר:

„הייתי במקום אחד, מושב בני עיש, שם יש רק תימנים ופרסים. לא למדתי מלה עברית. . . . לא הייתי בגיל סדיר ולא חשבתי שלוקחים אותי לצבא. השכנים שלי כמוני לא הלכו למילואים. . . .

עד 5 שנים שהייתי בבני עיש לא ידעתי שיש מילואים ורק כשהגעתי לתל אביב שמעתי על מילואים אך הלכתי לצבא רק לפני המלחמה.

רק ערב מלחמת ששת הימים, ביום 28.5.67, פנה לקצין העיר, כביכול כמתנדב.

השופט המלומד בבית-המשפט המחוזי הרשיע את המבקש, מן הטעם שהגנתו כי לא ידע על חובת ההתייצבות נשללה על-ידי סעיף 44 (ד) של החוק, הקובע לאמור:

„צו שפורסם ברשומות, רואים אותו כאילו הגיע לידיעת האדם שעליו הוא חל בצתרי היום שלאחר יום הפרסום.“

מכל מקום, כך קבע השופט על יסוד עדותו הנ"ל של המבקש, היתה לו בומן האחרון גם ידיעה ממשית על חובת ההתייצבות. מסקנת השופט היתה שבגסיבות אלה משתמעת הכוונה להשתמט משירות בטחון ועל-כן הרשיע את המבקש, כאמור, והטיל עליו ששה חדשי מאסר.

בבית-משפט זה נחלקו הדעות: מ"מ הנשיא אישר את ההרשעה בעיקר על-פי טעמו הראשון של בית-המשפט המחוזי, וכך הוא סיכם את דעתו:

„בכוח ההוראה אשר בסעיף 44 (ד), הוא (המבקש) נחשב כאדם שידע על הצו שפורסם בנוגע אליו באותה שנה. הוא התייצב רק בשנת 1967 ערב מלחמת ששת הימים, הווה אומר כי פיגר במילוי חובתו בתקופה של 9 שנים.

השופט לנדוי

פיגור זה כמוהו כהשתמטות, ומהווה עבירה על הסעיף 35 (ב) (1) של החוק. לכן צדק השופט המלומד בהרשעו בעבירה הנ"ל, גם אם נתעלם בהחלט מן הידיעה הממשית שעליה הצביע השופט המלומד.

א השופט מני הצטרף לדחיית הערעור מן הטעם שבית המשפט המחוזי היה רשאי להסיק את כוונת ההשתמטות מידיעתו הממשית של המבקש על חובתו במשך 9 שנים, ללא מתן הסבר המניח את הדעת לפיגור ארוך זה במילוי חובתו. ואילו השופט כהן חלק על חבריו ודעזו היתה שלא הובאו הוכחות מספיקות על כוונת ההשתמטות של המבקש.

ב אין זו הפעם הראשונה שבתיה המשפט מתלבטים בנוסחם לפרש את הסעיף 35 (ב) (1) לחוק. שתי שאלות הן המטרידות את הפרשן, והן מתעוררות גם בדיון נוסף זה:

א (א) נאשם שהועמד לדין באשמת אי-התייצבות לשירות בכוונה להשתמט, לפי סעיף 35 (ב) (1) — האם יכולה התביעה להיזקק לסעיף 44 (ז) של החוק, כדי להוכיח את ידיעתו על חובת ההתייצבות שהוטלה עליו על-פי צו שפורסם ברשומות?
 ג (ב) האם ניתנת כוונת ההשתמטות להוכחה על-ידי עצם עבור הזמן מאז קמה חובת ההתייצבות של הנאשם?

אעתיק כאן את הסעיף 35 של החוק כלשונו:

ד „35. (א) אדם שעבר אחת העבירות האלה —

- (1) לא מילא חובה המוטלת עליו לפי חוק זה;
- (2) מסר ביודעים לרשות, שהוא חייב למסור לה פרטים לפי חוק זה, ידיעה חובת בכל פרט כאמור;
- (3) עבר על סעיף 31.

ה דינו — מאסר עד שתי שנים או קנס עד שש מאות לירות או שני הענשים כאחד.

(ב) אדם שעבר אחת העבירות האלה —

- ו (1) עשה אחד הדברים המפורטים בסעיף קטן (א), בכוונה להשתמט משיירות בטחון;
 - (2) חיבל או הטיל מום בגופו, או הניח לאדם אחר לחבל או להטיל בו מום, בכוונה לפגוע על-ידי כך בכשרו הרפואי לשיירות בטחון.
- ז דינו — מאסר עד חמש שנים.

אשר לראשונה משתי השאלות שהצגתי: הסעיף 35 (ב) (1) דורש הוכחת כוונה מיי-חית שצריכה להתלוות אל אי-מילוי החובה המוטלת על הנאשם, דהיינו הכוונה להשתמט

השופט לנדוי

משירות בטחון. אין כוונה ללא ידיעת העובדות החשובות לענין; ובנוגע לעבירה בה הואשם המבקש שלפנינו: אין כוונה השתמטות ללא ידיעה של חובת ההתייצבות. האם מותר לייחס לכל נאשם על-פי סעיף 35 (ב) (1) ידיעה זו בתוקף הפיקציה שבסעיף 44 (ד), אף אם לא הוכחה ידיעתו הממשית? מסכים אני לדעת חברי הנכבד מ"מ הנשיא, כאשר הוא מתרץ בפסק-הדין נשוא דיון זה את "קושיית ברזל": אם אכן מותר להוכיח את הידיעה באמצעות הסעיף 44 (ד), מה הרבותא שבסעיף 35 (ב) (1) לעומת סעיף 35 (א) (1)? התירוץ הוא שישנן חובות אחרות בחוק, מחוץ לחובת ההתייצבות, שעליהן עדיין יחול הסעיף 35 (א) (1) (אם כי בטעות הוזכר בהקשר זה הסעיף 31 לחוק, כי ביהס אליו קיימת ההוראה הספציפית שבסעיף 35 (א) (3)).

גב' ברזל, באת-כוח היועץ המשפטי, טענה למעין פתרון-ביניים: שהסעיף 44 (ד) יטיל את חובת ההוכחה על הנאשם, עליו יהיה להוכיח כי לא ידע על חובת ההתייצבות. אבל נסיון זה להקהות את חודו של הסעיף 44 (ד) לא יצליח, כי ברור שלשון ה"רואים אותו" שבסעיף זה קובעת חזקה חלוטה (והשווה ע"פ 348/67, [2], ב"ע 230). על-כן ממה נפשך: או שסעיף 44 (ד) אינו ענין לכאן בכלל, או שהוא סותר את פי הנאשם לחלוטין באשר ליסוד הידיעה.

סבורני שהתשובה לשאלתנו חייבת להיות שלילית מטעם שבעקרונ. חוקה מוחלטת כגון זו שבסעיף 44 (ד) כמוה כפיקציה משפטית (עיין Fuller, Legal Fictions, Stanford, 1967, p. 40 ff.). מעיקרו של דבר אינו הולם השימוש בפיקציות את רוח דיני העונשין, החייבים לדבר אל האזרח שפה ברורה, מציאותית ולא מלאכותית. הרגשת הצדק סולדת מזה שאדם יורשע בפלילים על-פי עובדה שלא הוכחה אלא בדמיונו ובמצוותו של המחוקק. מתוך הרגשה זו הרשיתי לעצמי למתוח ביקורת על הוראת הסעיף 24 הישן של החוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה), תשי"ז-1957 (ב"ע 23/62, [3]), שם היה רצון המחוקק נעלה מספק, כי את הפיקציה בדבר מסירת ידיעה סודית הוא הכניס לסעיף 24 עצמו. כאן אין לנו סמיכות מקום כזאת, כי הסעיף 44 (ד) אינו מופיע בפרק הששי של החוק: "עבירות וסדרי דין", אלא בפרק השביעי: "דרכי ביצוע והוראות מעבר". יתר-על-כן, בסעיף 36, מיד אחרי הוראות העונשין שבסעיף 35, נקבעו שתי חוקות המעבירות את חובת הראייה על הנאשם, בתביעה פלילית על אי-מילוי חובת התייצבות לפי חוק זה". כאן היה המקום הטבעי של החוקה המוחלטת, בה אנו עוסקים, אילו רצה המחוקק להחילה גם על תביעות לפי סעיף 35 (ב) (1). ועוד: אילו אי-אפשר היה לייחס להוראת הסעיף 44 (ד) משמעות אחרת במסגרת החוק כולו, שלא בהקשר עם הוראת העונשין של סעיף 35 (ב) (1), שוב היינו אומרים שאין ברירה אלא ל"יבא" את הידיעה הקונסטרוקטיבית מכוח הסעיף 44 (ד) גם אל תוך הסעיף 35 (ב) (1). אבל אין זה מן ההכרח לעשות כן, כי לסעיף 44 (ד) גם משמעות אחרת, ללא זיקה להוראה הפלילית שבסעיף 35 (ב) (1), למשל בהקשר לסעיף 44 (ג) הקובע את כוחו המחייב של צו משעה שהצו הגיע לידיעתו של אדם, וסעיף 41 (ב) המאפשר את הבאתו בכפיה ללשכת הגיוס. אני מניח שהתביעה תוכל להיעזר בפיקציה שבסעיף 44 (ד) לצורך העבירה של אי-התייצבות "פשוטה" ללא תוספת כוונה ההשתמטות, לפי סעיף 35 (א) (1). אולם — ובוה עיקר הטעם להשקפתי — אין לעשות יבוא

השופט לנדוי

דומה לגבי הסעיף 35 (ב) (1), הדורש כוונה פלילית ספציפית דהיינו כוונת התשתמות, ואין לייחס לנאשם ידיעה מכוח הקונסטרוקציה המשפטית בעבירה הדורשת במודגש הלך רוח סובייקטיבי מסויים. הגישה הכללית לפיקציות בפלילים, אותה הזכרתי, בוודאי מחייבת אותנו לנקוט פירוש מצמצם ולא לערבב אל תוך יסוד סובייקטיבי זה עובדה שהיא כולה פיקציה, אלא אם כן לשון הכתוב אינה משאירה לנו ברירה אחרת. ממה שאמרתי יוצא שמצב כזה של חוסר ברירה אינו קיים כאן. בכל הכבוד לדעה, שהובעה על-ידי חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, אינני סבור שמספיק להעביר את הדיון בבעייתנו לשלב של הטלת הער נש. הרשעתו של אדם בעבירה שדינה חמש שנות מאסר, פגיעתה המוסרית קשה, ואין אנו יכולים לסמוך רק על כך שהשופט יתקן על-ידי הקלת העונש מה שעוות על-ידי עצם ההרשעה.

ביחס לשאלה השניה שהצגתי לעיל אני מסכים לדברים שנאמרו על ההוכחה של כוונת ההשתמטות על-ידי חברי הנכבד השופט (כהן) בערעור נשוא הדיון הנוסף הזה:

„... כוונה, ככל הכוונות המיוחדות בדיני עונשין מותר — ועל-פי רוב מן ההכרח — להסיקה מן הנסיבות שהוכחו. יש והנסיבות מצביעות על הכוונה, שבלעדי כוונה מיוחדת זו לא היה אדם מן הישוב מתנהג כפי שהתנהג הנאשם: יש גם והכוונה המיוחדת מתבקשת כמסקנה בלתי נמנעת מן הנסיבות, שאלה אינן מתיישבות ומסתברות אלא בקיום הכוונה. הוכח, למשל, שהנאשם נקט בצעדים מיוחדים להבטיח שדרישות ההתייצבות לא יגיעו לידיו, מותר להסיק מכך כוונת השתמטות, שללא כוונה כזאת לא היה איש מן הישוב נוקט באמצעים שכאלה. או אם הוכחו מעשים ממשיים — כמו זיופי מסמכים וכדומה למטרת השתמטות, הכוונה תהא בגדר מסקנה בלתי נמנעת: ובמקום שהיו דברים מפורשים שיצאו מפי הנאשם להוכחת כוונתו, לא יהא צורך במעשי ידיו.“

אבי את הדברים הללו יש להשלים על-ידי מה שאמר חברי הנכבד הנשיא, ב"ע 9/265/68, (4), על הוכחה לכאורה של כוונת ההשתמטות:

„... סבור אני שמן הדין להסיק כי אדם אשר ישב במשך שש שנים בחיבוק ידיים, בלי לברר אם נתפרסם צו המטיל עליו חובת ההתייצבות לשיירות בטחון, יש לראותו — בהעדר הסבר סביר לכך — כמי שעצם את עיניו בפני התוצאה של בירור כזה, ולכן כמי שחזקה עליו שידע על הפרסום הנ"ל ואשר לא התייצב לשירות בטחון מתוך כוונה להשתמט ממילוי חובה זו. לדעתי ההווי הבטחוני של מדינת ישראל, המוקפת אויבים הזוממים להשמידה, והתחושה הבטחונית, האופפת את אורחיה, אינם מניחים מקום כלשהו — ושוב בהעדר כל הסבר סביר מפי האדם שנמצא במצבו של המערער — אלא להטות המסקנה האמורה“ (שם, (4), ב"ע 149).

השופט לנדוי, הנשיא (אגרנט)

כלומר, עצם עבור זמן ניכר דיו, במצב השורר במדינתנו, גם כדי להוכיח לכאורה את ידיעת הנאשם על חובת ההתייצבות וגם כדי להסיק מידיעה זו את כוונת ההשתמטות, אלא אם הנאשם מצליח לערער את ההוכחה הזאת על-ידי הסבר משלו (וכן ראה ע"פ 12/61, 5). בי"ע 557. מובן שגם בנדון זה תלוי הכל בנסיבותיו האישיות של הנאשם וביתר נסיבות הענין. למשל, אם הנאשם הוא עולה חדש ואדם פרימיטיבי החי את חייו במושב מרוחק, והוא חייב רק שירות מילואים, לא ימהר בית-המשפט להסיק כוונה להשתמט מיתר הנסיבות בדרך שיסיק אותה לגבי אדם "מן הישוב" החייב שירות סדיר והוא מתמצא היטב במציאות הארץ. ולעולם יחול גם כאן הכלל הרגיל בדיני עונשין, שאדם העוצם את עיניו במתכוון מלראות עובדה פלונית נכוחה, כמוהו כיודע אותה עובדה (ע"פ 265/68, 4). הנ"ל, ועיין § 56 (Glanville Williams, Criminal Law, 2nd ed.). למשל, נאשם שלגביו הוכח כי ידע שאנשים מבני גילו ובמצבו האישי נקראים לשירות, לא יועיל לו לטעון שלא התעניין כדי לברר את התאריך המדויק בו הוא אישית נדרש להתייצב לשירות.

נחזור לעובדות המקרה דנן: את ההנחה שבסעיף 44 (ד) היה בית-המשפט המחוזי צריך להוציא מגדר שיקוליו. לשם הוכחת הכוונה להשתמט מן השירות יכלה המדינה להסתמך על עבור הזמן — תשע שנים — מאז עליית המבקש ארצה ועד שהתייצב לשיירות. מצד שני בא המבקש והסברו בפיו: שהיה חי במושב, ושלא היה בגיל של חובת שירות סדיר "ולא חשבתי שלוקחים אותי לצבא". אילו היו אלה כל העובדות, היתה הערה כאה הראשונה צריכה לשקול את ההוכחה לכאורה כנגד ההסבר שניתן, ואולי היה צריך להחזיר אליה את הדין לשם כך. אבל לזה מתווספת ההודאה המשתמעת מדברי המבקש: "רק כשהגעתי לתל אביב שמעתי על מילואים, אך הלכתי לצבא רק לפני המלחמה". על הודאה זו ביסס השופט המלומד את נימוקו החלופי להרשעה, לאמור שהוכחה ידיעתו הממשית של המבקש. מר בכר טען לפנינו שבמלים אלה התכוון המבקש רק לחובת שירות המילואים בדרך כלל, ולא דוקא לחובה כזאת המוטלת עליו אישית. בתירוץ זה אין ממש. לפחות יוצא מדברי המבקש שהוא ידע על חובתם הכללית של אנשים כמוהו לשרת במילואים ועצם את עיניו מלברר את הפרטים בנוגע לחובת ההתייצבות המוטלת עליו אישית. התנהגות זו הספיקה כדי להוכיח שידע מה חובתו, ובהתחשב עם אורך התקופה של ארבע שנים, בה נמנע מלהתייצב למרות ידיעה זו ועם ההווי השורר בארצנו, מתבקשת מזה המסקנה ההכרחית שהיתה בלבו הכוונה להשתמט מן השירות.

מטעמים אלה הייתי משאיר על כנו את פסק-הדין של הרוב בערעור.

הנשיא (אגרנט): הנני מצטרף לפסק-דינו של חברי הנכבד, השופט לנדוי. רצוני רק להוסיף את דברי הערה הבאים:

א. העבירה הנזכרת בסעיף 35, סעיף-קטן (ב) (1) לחוק הנדון מורכבת מהמחדל — וזהו "האקטוס ריאוס" — של אי-מילוי חובה מהחובות האמורות בסעיף-קטן (א) וכן, מהכוונה — וזהו יסוד ה"מנס ריאה" — להשתמט משירות בטחון, אשר למחדל, מדובר

הנשיא (אגרנט)

בענינו באי-מילוי החובה להתייבב לרישום בהתאם לצו שניתן על-פי סעיף 3 (א) לחוק, ברור כי אף העובדה שניתן צו כזה, הינה מיסודות האקטוס ריאוס של העבירה הנדונה, ואשר ליסוד הנפשי הנזכר, מדובר כאן בכוונה להשתמט מהחובה לשרת במילואים, היא החובה האמורה בסעיף 19 לחוק, השאלה העובדתית, שעמדה במרכז הדיון בבית-המשפט המחוזי, היתה, אם הקטיגוריה יצאה ידי חובתה להוכיח שנתקיים, לגבי העותר, היסוד האחרון, אלא שבקשר לענין זה נתעוררה הבעיה המשפטית, שעליה ישב בית-משפט זה על המדובה הן בערעור והן בדיון הנוסף: אם לענין הרמת הנטל האמור יכלה הקטיגוריה להסתמך על החוקה שנקבעה בסעיף 44 (ד) לחוק, כפי שהראה חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, בפסק-דינו שבערעור, חוקה זו, לפיה רואים צו התייצבות שפורסם ברשומות "כאילו הגיע לידיעת האדם שעליו הוא חל", הינה חוקה סופית, שאינה ניתנת לסתירה.

לדעתי, כדי לפתור את הבעיה הנדונה, הכרחי לענות קודם על השאלה: למה התכוון המחוקק בדיבור "כוונה להשתמט משירות בטחון", הנזכר בסעיף-קטן (ב) (1) לסעיף 35 של החוק, בבואי להשיב לשאלה זו, לא אנסה לתת הגדרה כוללת למלה "להשתמט" ואסתפק בביאור, שיש לראות את הכוונה האמורה כקיימת בכל מקרה בו גמל העבריין בלבו להתחמק משירות בטחון, אם לתמיד או למשך תקופה ניכרת, ואם בניסיונות שבהן היה כל אחד מייחס לו כוונה להתחמק ממילוי החובה הזאת. נמצא, כי הדיבור האמור פירושו, כי בשעה שנמנע העבריין מלקיים את צו ההתייצבות, שחל עליו (או כל חובה אחרת מהחובות הנזכרות בסעיף-קטן (א)) עמדה לנגד עיניו חסרת ההשתמטות האמורה, לשון אחר, מטרה זו שימשה הנניע שהמריצו שלא לקיים את צו ההתייצבות, מניע כזה רגילים לכנותו, במשפט הפלילי, בשם "כוונה מיוחדת", כדי להבדיל בינו לבין אותם המניעים, אשר לא נכללו בהגדרת העבירה. בהקשר זה, רצוני לרשום את הסתייגותי מהדעה שהביע חברי הנכבד, השופט כהן, בפסק-דינו שבערעור, דהיינו, כי הנסיבות בגין "הצוות שתכפו על העותר בגלל משפחתו הגדולה והתגלות ומגית של משהו נפשי אצל אשתו", מעידות שלא מילא את חובת ההתייצבות מתוך כוונות ומניעים, הזרים לכוונת ההשתמטות הנזכרת. לדעתי, במידה שהנסיבות הללו מצביעות על המניעים שהשפיעו על העותר שלא להתייבב לרישום, הרי מניעים אלה — והם מחוץ לתחום העבירה — מהווים, עם כל רגשי הרחמים שהם מעוררים בלבנו, דוקא ראיה לקיום הכוונה הנ"ל (ראה ע"פ 205/58, מוריס אבר-צדקה נגד היועץ המשפטי, (6), ב"ע 1424).

עוד יש לציין — ועל ענין זה כבר עמד מ"מ הנשיא בפסק-דינו הראשון — שמדובר כאן בכוונה לבצע מחדל (השתמטות משירות בטחון) בנוסף למחדל המהווה את האקטוס ריאוס של העבירה (אי-התייצבות לרישום). אולם, אין בכך כלום, הואיל ודבר ביצוע המחדל הנוסף הינו המטרה — זו משמעות הכוונה המיוחדת האמורה — המתלווה למחדל של אי-מילוי חובת ההתייצבות; ומכאן, שניתן לראות באותה מטרה משום "תוצאה" אשר המחדל האחרון מכוון להשיגה. הואיל וכך, לא ייתכן הדבר — וזו העיקר שרצוני להבהיר כאן — כי אדם שלא מילא את חובת ההתייצבות, המוטלת עליו, נהג כך מתוך מטרה להשתמט משירות בטחון, אף-על-פי שלא היתה לו ידיעה ממשית שניתן צו התייצבות

הנשיא (אגרנט)

לגביו. לשון אחר, בקבעו את העבירה הנדונה, קשר המחוקק, הוא עצמו, את ביצוע המחדל של אי-מילוי חובת ההתייצבות במטרה להשתמש משירות בטחון, ובעל כרחך אתה אומר, כי המחדל הוא חייב להיות מחדל מכוון. ברם, מן הנמנע שיבוצע מחדל מכוון — לא כל שכן, מחדל המכוון להשיג מטרה או תוצאה מסויימת — אם לבעל המחדל לא היתה אפ-שרות להתייחס, בשל אי-ידיעה ממשית, לנסיבות הרלוונטיות. נניח כי האדם, אשר מייחסים לו את העבירה הנדונה, לא ידע בפועל שניתן צו התייצבות, שחל עליו. אם נחיל על מקרה כזה את המבחן הידוע, לפיו מעמידים את "המציאות" המדומה במקום המציאות הממשית, כי אז יהא עלינו להניח שלא ניתן כלל הצו האמור. ברור, כי מבחן זה טופח על פני האפ-שרות שהלה התכוון להפר את חובת ההתייצבות ומכאן, שגם אין לייחס לו כוונה להשתמש משירות בטחון.

הניתוח הנ"ל של הגדרת העבירה הנדונה מתחייב גם מהכללתו של המשפט הפלילי, לפיה "כוונה" מצריכה "ידיעה". המובן של הכללה זו הוא — כך בואר ב"ע"פ 291/62, 390/62, אבררביעה נגד היועץ המשפטי, (7), ב"ע' 2934 — "שאם לא ידע הנאשם על קיומה של עובדה מהעובדות הרלוונטיות — או אם חלה אצלו טעות כנה (לאו דוקא: סבי-רה) לגביה — אי מן הנמנע לראות במעשה שהוא ביצע, מעשה שהיה מכוון (intentional) ביחס לאותה עובדה, ומכאן שאין מייחסים לו כוונה מוחשית לגבי העבירה הנדונה, בכללו-תה. במה דברים אמורים? כאשר לאחר ש"מעמידים" את "המציאות" המדומה במקום המציאות הממשית, חסר אחד מיסודות האקטוס ריאוס' של העבירה, בין אם זהו יסוד התוצאה ובין אחד האלמנטים העובדתיים האחרים. . . . טעמו של העקרון האמור — והוא טעם מוסרי — טמון בהנחה, שאילו היה יודע הנאשם, בשעת מעשה, את פני הדברים לאשורם, היה נמנע מלבצע את המעשה הנדון".

לאחרונה נוסח העקרון על-ידי המלומד גלנוויל ויליאמס בלשון הבאה:

"Intention is a state of mind consisting of knowledge of any requisite circumstances plus desire that any requisite result shall follow from one's conduct".

(מובא מתוך הרצאתו "The Mental Element in Crime", ע' 20, שנתפרסמה בשנת 1965 על-ידי האוניברסיטה העברית (דפוס מגנט) במסגרת הרצאות ליאונל כהן, סדרה אחת-עשרה).

בהצעת ה- Model Penal Code של המכון המשפטי האמריקני (סעיף 2:02) ראו המחברים לוותר על המונח "כוונה" ותחת זאת להבחין בין התנהגות תכליתית (acting purposely) לבין התנהגות ש"ביודעין" (knowingly). בבואם לבאר את הצורך בהב-חנה זו, ציינו המחברים:

"In defining the kinds of culpability, a narrow distinction is drawn between acting purposely and knowingly, one of the ele-

הנשיא (אגרנט)

ments of ambiguity in legal usage of 'intent'.... Knowledge that the requisite external circumstances exist is a common element in both conceptions. But action is not purposive with respect to the nature or the result of the actor's conduct unless it was his conscious object to perform an action of that nature or to cause such a result.... The discrimination is required and is made under existing law, using the awkward concept of 'specific intent'".

א

(124-5 'ע', Tentative Drafts, Nos. 1, 2, 3 & 4).

הדברים הללו מלמדים כי "ידיעה" היא פונקציה או "רכיב" (constituent) של "כוונה" פלילית; ו"ידיעה" פירושה ידיעה חמשית (ראה ג' ויליאמס, המשפט הפלילי וכו', מהדורה שניה, סעיף 57, ע' 157). כלל זה נתון לסייג הקובע, כי המצב הנפשי של "עצימת העיניים" כמוהו, בעיני החוק, כידיעה ממשית. על ענין זה עמד חברי השופט לנדוי בפסק-דינו ולא אחזור על דבריו, להם אני מסכים. רצוני רק להטעים כי יש להבחין היטב בין המושג של "עצימת העיניים" לבין זה של "ידיעה קונסטרוקטיבית". המושג הראשון פירושו, כי הנאשם חשד בנוכחותה של העובדה הנדונה אך נמנע מלחקור בדבר, הואיל ו"לא רצה לדעת", פן תתאשר העובדה ואזי לא יוכל להכחיש, לאחר מעשה, שידע עליה. בנסיבות כאלה — והן מעידות על מצב נפשי, שיש בו גוון של חוסר תום-לב — אפשר כמעט לומר, כי הנאשם באמת ידע" (ג' ויליאמס, שם, ע' 159 והערה 9). לעומת זאת, המושג "ידיעה קונסטרוקטיבית" פירושו, שאדם פלוני היה חייב לדעת, בשעת מעשה, על העובדה הרלוונטית, שלא היתה ידועה לו, באשר היו בידיו אמצעי החקירה הדרושים, אלא שנמנע מלנצלם, לא מפני "שלא רצה לדעת", כי אם מתוך רשלנות גרידא. מושג זה מקורו בתורת הרשלנות האזרחית, המייחסת לאדם, שהיה נתון בתנאים האמורים, "ידיעה קונסטרוקטיבית". במשפט Roper v. Taylor's Central Garages Ltd.; (1951), 2 T.L.R. 284, בית"ד, 289 הבחין השופט Devlin בין שני המושגים הנ"ל באמרו:

ב

"Constructive knowledge.... is what is encompassed by the words 'ought to have known' in the phrase 'knew or ought to have known'. It does not mean actual knowledge at all; it means that the defendant had in effect the means of knowledge. There is a vast distinction between a state of mind which consists of deliberately refraining from making inquiries, the result of which the person does not care to have, and a state of mind which is merely neglecting to make such inquiries as a reasonable and prudent person would make.... The case of shutting the eyes is actual knowledge in the eyes of the law; The case of merely neglecting to make inquiries is not knowledge at all — it comes within the legal conception of constructive knowledge, a conception which, generally speaking, has no place in the criminal law".

א

א

הנשיא (אגרנט)

הדעה שהובעה בסוף הקטע הנ"ל, לפיה המושג של "ידיעה קונסטרוקטיבית" מקומו לא יכירנו, בדרך כלל, במשפט הפלילי, אין כוחה יפה, כפי שהבהיר המלומד Edwards, לגבי עבירות-הרשלנות הסטטוטוריות (עיין בספרו Mens Rea in Statutory Offences ע' 206 ואילך). אולם נכון הוא, שהמושג האמור אין בינו לבין העבירות המצריכות "מחשבה פלילית" על דרגותיה השונות — וכוונה "מיוחדת" בכלל — ולא כלום. והרי החוקה הסופית, שנקבעה בסעיף 44 (ד) של החוק הנדון, מה משמעותה אם לא, כי תחל שם המושג של "ידיעה קונסטרוקטיבית" על האדם שלגביו פורסם צו ברשומות. רוצה לומר: טעמה של הוראת הסעיף הזה, לפיה אדם כזה רואים אותו כאילו הגיע לידיעתו הצו שפורסם, איננו, כי הלה ידע בפועל, עקב הפרסום, על מתן הצו, שחל עליו, כי אם אך ורק, שהפרסום ברשומות שימש מקור נאמן, ממנו יכול וצריך היה לשאוב את הידיעה הזאת, כך שאם לא פנה למקור הזה ולא גודע לו על הצו ממקור אחר, משמע, שהתירשל בענין זה ולכן, יש לייחס לו ידיעה קונסטרוקטיבית אודותיו.

הדבר בולט לעין, כי בקבעו את החוקה האמורה, לא התכוון המחוקק, כלל ועיקר, שהקטיגוריה תיעזר בה לצורך הוכחת היסוד הנפשי — כוונה להשתמש משירות בטחון — הטמון בעבירה הנדונה והמצריך, כפי שראינו, שהנאשם ידע בפועל על אודות מתן הצו, שחל עליו, או לפחות שחשד בנוכחותה של עובדה זו והתכחש לחשדו במתכוון. שאם לא תאמר כן, תהא משמעות הדבר, שהקטיגוריה תוכל להסתפק, לענין זה, ב"ידיעה קונסטרוקטיבית" — מושג המושתת על הרעיון שיש לזקוף את אי-ידיעת הנאשם בנדון על חשבון התרשלותו — תחת שתהא מצווה להוכיח ידיעה ממשית או את המצב הנפשי המשמש, בעיני החוק, תחליף לה: עצימת העיניים. והלא תוצאה כזאת מן ההכרח שתרוקן את יסוד הכוונה הפלילית הנזכרת מתכנו המחוקק ולא עוד, אלא תחייב את המסקנה שהמחוקק קבע בחוקו דבר והיפוכו. אם נשווה לנגד עינינו את הדוגמה של העולה החדש, שהביא השופט לנדוי בפסק-דינו — אותו אדם פרימיטיבי, החי במושג מרוחק ושהיה חייב בשירות מילואים אך אשר כל הסימנים מעידים על כך — זו הנחתו הנוספת — כי באמת לא ידע ולא חשד שלפני שנים רבות פורסם צו התייצבות, שחל עליו — כי או מן הנמנע יהיה לייחס לו כוונת השתמטות ממילוי חובת השירות הנ"ל, אך ורק בתוקף חוקה חוקית, שדבר יישומה נועד לנאשם שהוא אדם "מן היישוב" ולא למי שאיננו כזה. על כגון דא אמר לורד Reid בענין, [10] 644, 665-6, A.C. (1964), Gollins v. Gollins:

"Once we say that the state of this respondent's mind does not matter, and proceed, against the weight of evidence, to attribute to him an intention which he did not have, we base ourselves on a fiction and that is bound to lead to trouble".

העולה מן האמור, כי לשאלה שהצגתי בפתח דברי — למה התכוון המחוקק בדיבור "כוונה להשתמט" וכו' — יש לענות, כי דיבור זה מחייב, אם יש לנו רצון שלא לרוקנו מתכנו המחוקק, כי לנאשם היתה ידיעה ממשית על עובדת מתן הצו או לפחות עצם עיניו

הנשיא (אגרנט)

בפני נוכחותה. אם כזאת חייבת להיות, כפי שאני סבור, התשובה לשאלה הנ"ל, שוב לא קיימת האפשרות, כי הקטיגוריה תיעזר בחוקה שנקבעה בסעיף 44 (ד) של החוק לצורך הוכחות הכוונה הנזכרת; היות אומר, לענין העבירה שבסעיף 35 (ב) (1), הופכת אותה חוקה להיות חסרת חשיבות ואף תכונת "הספיות", המאפיינת אותה, איננה מעלה ואיננה מורידה.

א המסקנה האחרונה מקבלת משנה תוקף נוכח העונש המירבי של חמש שנות מאסר, שקבע המחוקק בצד העבירה הנדונה, דבר המעיד שהתייחס אליה בחומרה ומרמו איפוא, שלא העלה על דעתו ש"ידיעה קונסטרוקטיבית" כאמור, תוכל לשמש חוליה בראיות הקטיגוריה לצורך הפללתו וענישתו של אדם בגין אותה עבירה. ה"נחמה פורתא", כי במקרה אינדיווידואלי זה או אחר, בו הסרה הוכחה של ידיעה ממשית (או של "עצימת העיניים"), ייוקן בית-המשפט למוצא של הטלת עונש סמלי בלבד, אין לראות בה, לדעתי, משום שיקיל שעמד לנגד עיני המחוקק בקבעו את הוראת העונשין, בה עסקינן; כי אם גישתנו חייבת להיות, שהמחוקק שיווה או לנגדו את העבריינים שייתפסו, בדרך כלל, ברשתה של אותה הוראה ואשר לגביהם קבע שיש להתייחס אליהם יחס ענשי חמור; הלא אלה הם האנשים המשתמטים במתכוון משירות בטחון והגורמים, בשל כך, נזק רציני לאינטרס הבטחוני של המדינה. ברור איפוא, כי אדם שלא יכלה להיות לו כוונת השתמטות שכזאת, באשר לא ידע מעולם, ואף לא חשד, שיצא אי-פעם צו התייצבות, שחל עליו, איננו שייך לסוג הזה ומכאן, שאפילו עונש סמלי איננו מגיע לו. כזאת היתה גם גישת הפרשנות שנקט בזמנו השופט Stephen בענין, (11), [191, 168 Q.B.D. (1889); *The Queen v. Tolson*].

ב

ג

ד בבואו שם לשלול את הטענה שעבירת הביגמיה מטילה אחריות מוחלטת, הוא אמר:

"Assuming the facts to be as they supposed, the infliction of more than a nominal punishment on them would have been a scandal. Why, then, should the legislature be held to have wished to subject them to punishment at all."

ה וכן דברי לורד Evershed בענין *Lim Chin Aik v. Regnam*; (1963), 1 All E.R. 223, 229, (12):

"But though a nominal penalty may be appropriate in an individual case where exceptional lenience is called for, Their Lordships cannot, with respect, suppose that it is envisaged by the legislature as a way of dealing with offenders generally".

ז כדי למנוע אי-הבנה, שומה עלי להוסיף שאין בכוונתי לשלול כליל את האפשרות, שלפעמים עשוי היקפה הרחב של הוראה ענשית מסויימת, כפי שנוסחה, להייב את הרשעתו של אדם בנסיבות המראות לא רק שמעשהו מהווה עבירה טכנית בלבד, אלא גם שאינו כלל ממין המעשים הטומנים בחובם את העוול אשר המחוקק חתר למנעו ולהעניש עליו.

הנשיא (אגרנט)

במקרה כזה, יהיה אמנם מקום לייחס למחוקק את הלך המחשבה, שאדם כנ"ל: או שלא יובא בכלל בפלילים או שיוטל עליו עונש סמלי בלבד (השווה ע"פ 45/49, 1970 נגד היועץ המשפטי, (8) ב"ע 140—141). אולם, ההוראה הענשית שלפנינו איננה — מהטעמים שהוזכרו לעיל — הוראה שכזאת.

ב. עד כאן היו דברי מכוונים לתמוך בהשקפת חברי השופט לנדוי, שאין מקום להחיל את ההוראה הבאה בסעיף 44 (ד), לשם הוכחת העבירה שבסעיף 35 (ב) (1). אם גם שאלת תחולתה של החוקה הנדונה, לענין העבירה שבסעיף 35, סעיף-קטן (א) (1), לא נתעוררה במישורין בדיון שלפנינו, הריני רואה לנכון לחוות, בקצרה, את דעתי גם לגביה, וזאת מחמת היותן של שתי העבירות בעלות „אקטוס ריאוס” משותף: אי-מילוי חובה המוטלת על אדם לפי החוק הנדון, אשר לשאלה הזאת, בולט הוא, כי המכשול המונע להסתמך על הוראת הידיעה הקונסטרוקטיבית, בשביל הוכחת העבירה בסעיף-קטן (ב) (1), אינו קיים באשר להוכחת העבירה בסעיף-קטן (א) (1) — לאמור: שלא כמו ההגדרה של העבירה הראשונה, אין הגדרת העבירה השניה מכילה לשון המציינת מחשבה פלילית, בדרגה איזושהי, כאחד מיסודותיה (השווה גם העבירה הנזכרת בפיסקה (2) לסעיף-קטן (א) והמצריכה כי הנאשם מסר את הפרטים הכוזבים „ביודעים”). אכן, הענין האחרון לא היה מכריע בעיני, כדי לסתור את ההנחה המקובלת של המשפט הפלילי, לפיה אין מענישים על התנהגות אשר לא נתלוותה לה מחשבה פלילית: פשיטא, שגם בלי שהמחוקק נקט לשון מפורשת ברוח ההנחה הזאת, אין לחייב אדם בשל אי-קיום צו השלטונות, שחל עליו, אם לא ידע על הצו. בפרשת, (12), Lim Chin Aik, שהוזכרה לעיל, עמדה לדיון השאלה, אם חוק חרות שקבע, כי אדם אשר הפר את צו הגירוש, שיצא כלפיו מאת השלטונות, יהיה צפוי לעונש, משמעו, כי הלה יורשע בהפרה זו רק אם הצו הגיע לידיעתו, או שמא האיסור שהוטל עליו הוא מוחלט, התשובה שנתנה מועצת המלך, מפי לורד Evershed, לשאלה הזאת היא, שהדין הוא לפי החלופה הראשונה:

“The common sense of the language presumes that he was aware of the order before he can be said to have contravened it”.

(שם).

אף אני הייתי מצדד, באשר למחדל הנזכר בפיסקה (1) לסעיף-קטן (א) הנ"ל, בהשקפה שהוא טעון הוכחה שהנאשם ידע, או לפחות חשד, שיצא צו התייצבות, שחל עליו. במה דברים אמורים? אם היה לנו להתחשב אך ורק בהוראה הכתובה באותה פסקה, אולם, אם מתחשבים בעובדת ההיעדרות שם של המלה „ביודעים” (או ביטוי אחר של מנס ריאות), כי אז איננו בני-חורין להתעלם מן חוקת הידיעה הקונסטרוקטיבית, שנגזרה בסעיף 44 (ד), ולפיכך מצווים אנו לתת לה תוקף לענין הוכחתו של אותו מחדל.

נותר לי לציין, שחורף הדעה שהבעתי לעיל על הבעיה המשפטית, שנתעוררה בדיון הנוסף, הריני מסכים — על-סמך הטעמים העובדתיים שתובאו על-ידי חברי השופט לנדוי — כי יש לאשר, לגופו של הענין הנדון, את פסק-הדין של הרוב, שניתן בערעור.

השופט כהן, מ"מ הנשיא (זילברג)

השופט מני : אני מסכים.

השופט כהן : ישבנו לדיון נוסף זה במטרה לברר את השאלה המשפטית הסבוכה בדבר פירושו של סעיף 35 (ב) (1) לחוק שירות בטחון בכלל ויחסו לסעיף 44 (ד) לאותו החיק בפרט. לענין זה מסכים אני לכל אשר יצא מתחת ידי חברי הנכבדים, השופט לנדוי והנשיא, ולא אוכל מצדי להוסיף דבר על טעמי ההלכה כפי שנקבעה עתה בחוות-דעתם.

א

רק למען הסדר הטוב, ולמען מנוע אי-הבנה, עלי לרשום הסתייגותי מן התוצאה המעשית אליה הגיע חברי הנכבד באשרו, בעקבות שופטי הרוב ב"ע"פ 172/68, (1). את הרשעתו של המבקש. כפי שכבר כתבתי בפסק-דיני החולק ב"ע"פ 9/172/68, (1), הנ"ל, לא נחזו דעתי שהוכחה כאן כוונת המבקש להשתמש. עתה הראה גם חברי השופט לנדוי, שהקופת "ההשתמטות" העשויה להעיד על אותה כוונה, אינה תקופת תשע שנים, אלא תקופה פחותה, והיא התקופה בה שהה המבקש בתל אביב. אין בחומר הראיות כל סמוכין לכך מה ומה היתה תקופה זו — אם היתה שנה או חודש; ולדעתי אין ללמוד מארכה של התקופה ולא כלום, כשאין יודעים כלל מה ארכה. ברם, לא שוכנעתי שאורך התקופה, גם כשהוא ידוע וארוך, כשלעצמו, דינו להוכיח כוונת השתמטות, ואין אני רואה לדזור בי לענין זה ממה שכתבתי בפסק-דיני האמור; לדעתי צריכה התביעה הכללית להוכיח בכל מקרה ומקרה עובדה כלשהי, בנוסף על עצם תקופת אי-התייצבות, ממנה ניתן ללמוד על כוונת ההשתמטות. בענין שלפנינו לא הובאה הוכחה שכזאת, וגם מטעם זה ראוי היה המבקש לצאת זכאי בדינו.

ב

ג

ד

מ"מ הנשיא (זילברג) : דיון נוסף זה שלא במזל טוב נולד. השאלה החשובה אשר בעיניה ניתן צו הדיון אינה — כפי שמתברר עכשיו — מתעוררת כלל במקרה שלפנינו, ואילו השאלה הקונקרטית, הפעוטה, העומדת ישירות לדיון בפנינו לא היתה כלל ראויה לאיצטלה של דיון נוסף.

ה

אדון איפוא, כפי שחייב אני, בשאלה המופשטת נשוא הדיון הנוסף, ואגדיר אותה כדלקמן:

הידיעה הפיקטיבית על קיום חובת השירות שנולדה מכוח החוקה החלוטה של סעיף 44 (ד), האם כוחה עמה להוסיף ולהוליד את הכוונה להשתמט, או דילמא אין זו האחרונה נולדת אלא מידיעה ממשית בלבד?

ו

אמרתי בעת הדיון בלשון מתאפורית, כי השאלה היא אם הפרסום ברשומות מוליד רק "בן" (ידיעה על חובת השירות), או שהבן מצדו מוליד "נכד" (הכוונה להשתמט מזשירות).

ז

ואמנם דעתי היא, כדעת חברי המלומד השופט לנדוי, כי ידיעה שאינה אלא יצירה