

**בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים**

ע"פ 2796 / 95

ע"פ 2813 / 95

ע"פ 2814 / 95

כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופט ת' אור  
כבוד השופט מ' חשין

בפני:

המערער בע"פ 2796/95: פלוני

המערער בע"פ 2813/95: פלוני

המערערים בע"פ 2814/95: 1. פלוני  
2. פלוני

נ ג ד

מדינת ישראל: המשיבה:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בירושלים מיום 21.3.95 בת.פ.ח. 248/93,  
שניתן על ידי כבוד סגן הנשיא י. בזק  
והשופטים: י. צמח, ר. אור

ט"ו בטבת התשנ"ז (25.12.96): תאריך הישיבה:

בשם המערער  
עו"ד אברהם כהן: בע"פ 2796/95:

בשם המערער  
עו"ד ד"ר אברהם ציון; עו"ד פנינה שפרד: בע"פ 2813/95  
ובשם המערערים  
עו"ד ד"ר אברהם ציון; עו"ד פנינה שפרד: בע"פ 2814/95:

בשם המשיבה: עו"ד שמעון דולן; עו"ד שרון קיסר

בשם שירות המבחן לנוער: גב' לאה קראוס

## פסק-דין

הנשיא א' ברק:

### העובדות

1. המערערים הם חברי תנועת "כהנא חי". במסגרת פעילותם בתנועה הם החליטו לפעול יחדיו. הם הקימו גוף אותו כינו "סיירת הנקמה". מטרת הסיירת היתה לנקום על מותו של מאיר כהנא. באחד הימים (בחודש אוקטובר 1992) גנבו המערערים נחמיה וגרשון רימון רסס מתוך איפוד צבאי אשר היה ברכב בו נסעו כטרמפיסטים. הם הביאו הרימון למערערים זאב וטל. הרימון הוסתר במשרדי התנועה. לאחר גניבת הרימון הם קשרו קשר לנקום את רצח מאיר כהנא. הם החליטו להשתמש ברימון כדי להביא למותם של ערבים. הם תכננו לבצע זממם במלאת שנתיים למות רבם (ביום 15.11.92). הם בחרו בשוק הקצבים שבעיר העתיקה בירושלים כמקום הפיגוע. הם בחרו במקום זה בידיעה כי בשוק זה מצויים בדרך כלל ערבים, וכי יהודים אינם נוהגים להיכנס לשוק זה.

2. במסגרת הקשר יצאו נחמיה וטל (בתחילת נובמבר 1992) לסיור מוקדם בשוק הקצבים. הם ביקשו לקבוע את מקום זריקת הרימון, אופן זריקתו ודרכי המילוט. לאחר מספר ימים (ביום 11.11.92) נפגשו הארבעה וחילקו ביניהם את התפקידים שיועדו לכל אחד מהם. הם ערכו הגרלה. על פי תוצאותיה היה על זאב לזרוק את הרימון. נחמיה וגרשון היו אמורים לשמש כתצפיתנים. היה עליהם לוודא, כי תימנע פגיעה ביהודים. על טל היה להודיע טלפונית למערכות העיתונים והרדיו על הפיגוע ועל אחריות תנועת "כהנא חי" לפיגוע.

3. בבוקר היום המיועד לפיגוע (שנקבע ליום 16.11.92) נפגשו נחמיה, זאב וגרשון במשרדי התנועה. טל לא הופיע לפגישה. נחמיה טילפן אליו. טל אמר לו ש"לא נעשה את זה היום". נחמיה השיב לו כי הם יעשו זאת בלעדיו. על כך השיב טל "תעשו". בכך נסתיימה השיחה. השלושה החליטו לבצע התוכנית. נקבע על ידם, כי גרשון יחליף את טל בתפקיד המודיע לתקשורת על אחריות התנועה לפיגוע. גרשון ניסה להדביק מסמרי פלדה לרימון. הוא סבר כי בכך יגביר את עוצמת הפגיעה.

4. השלושה יצאו לדרך. הם הצטיידו בכפפות גומי (למניעת טביעת אצבעות), בכסף ובכרטיסיות (להקלת ההימלטות לתל-אביב) ובכרטיסי טלכרד. נחמיה וזאב התמקמו במקום שנקבע מראש לזריקת הרימון. גרשון המתין ליד טלפון ציבורי. נחמיה וזאב דחו את השעה המתוכננת לזריקת הרימון בשל חשש לפגיעה ביהודים אשר עברו במקום. גרשון לא ידע על כך. בשעה המתוכננת, הוא הודיע לתקשורת על אחריות התנועה לפיגוע ("תנועת כהנא חי נקמה את מותו של הרב כהנא ז"ל"), וזאת עוד לפני הביצוע בפועל. בינתיים התכוננו נחמיה וזאב לביצוע המשימה. זאב - שעל פי ההגדרה היה אמור לזרוק הרימון - היסס. נחמיה נטל הרימון ממנו וזרקו לתוך השוק ההומה מאדם. כתוצאה מפיצוץ הרימון נגרם מותו של עבדל ראזק אדקידק. שבעה ערבים נוספים נפגעו.

5. בגין מעשיהם אלה הועמדו נחמיה, זאב, גרשון וטל - שהיו אותה עת קטינים (נחמיה, זאב וטל בני שש-עשרה וגרשון בן חמש-עשרה וחצי) - לדין בגין רצח (עבירה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977), נסיון לרצח (עבירה לפי סעיף 305(א) לחוק העונשין) וקשירת קשר לביצוע פשע (עבירה לפי סעיף 499(1) לחוק העונשין).

#### בית המשפט המחוזי

6. בית המשפט המחוזי (סגן הנשיא בזק, השופטים צמח ואור) קבע בפסק דינו את העובדות כפי שתוארו לעיל. התשתית לקביעות עובדתיות אלה היתה הודאות שמסרו המערערים במשטרה, וכן שיחזור המעשה על ידם. שלושה מערערים (זאב, גרשון וטל) חזרו על עיקרי הודאתם במשטרה גם בבית המשפט. על יסוד העובדות שנקבעו, הרשיע בית המשפט המחוזי את ארבעת המערערים בעבירות שיוחסו להם. נחמיה הורשע כמבצע עיקרי. זאב, גרשון וטל הורשעו כשותפים לעבירה (על פי סעיף 26 לחוק העונשין). גרשון וטל הורשעו גם כקושרים האחראים לכל תוצאות הקשר. בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערערים, הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי. מה היו טענות אלה?

7. נחמיה טען בבית המשפט המחוזי, כי ההודאה שמסר במשטרה - ואשר שימשה בסיס לקביעת הממצאים נגדו - נגבתה ממנו שלא מרצונו החופשי. בעניין זה נתקיים משפט זוטא. נקבע, כי הודייתו של נחמיה ניתנה מרצונו החופשי. בפסק הדין קבע בית המשפט המחוזי, כי להודאת נחמיה במשטרה יש ליתן "משקל מוחלט". לעומת זאת נקבע, כי העדות שמסר נחמיה בבית המשפט - לפיה לא היה מעורב כלל בזריקת הרימון וכי דבריו במשטרה היו שקר - היא עדות שקר, ואין לבסס עליה כל ממצא. נחמיה הוסיף וטען, כי לא הוכח קשר סיבתי בין זריקת הרימון לבין מותו של המנוח ופציעתם של אחרים. בית המשפט דחה טענה זו. בהתבסס על עדותו של רופא שבדק את גופת המנוח, כאשר זו הובאה לבית החולים, נקבע, כי המנוח נפטר מהרימון שהתפוצץ. כן נקבע - על יסוד עדותם של הנפגעים - כי הפגיעה בהם באה מרסיסי הרימון.

8. זאב לא הכחיש את עיקרי העובדות. טענתו היתה, כי חלקו היה נגרר בלבד. עיקר טענתו היתה, כי ברגע הקריטי, בו היה עליו לזרוק הרימון, הוא חזר בו וסירב להשליך הרימון. לטענת זאב, יש לראותו כמי שנטש בשלב זה את הקשר, ולפיכך אין להטיל עליו אחריות בגין זריקת הרימון. הוא טען, כי ליבו לא היה שלם כל העת עם התוכנית, וכי ברגע האחרון החליט "שזה לא בשבילי". לטענתו, לא חשב על תוצאות מעשיו ("לא כל כך הכנסתי את זה לראש"), וכי נגרר לעניין בשל "לחץ חברתי". מומחה לפסיכיאטריה (פרופ' אברבוך) העיד, כי עד לרגע הקריטי של השלכת הרימון, היה העניין כולו בעיניו של זאב כמשחק. כשהבין את חומרת המעשה, התחרט וחזר בו. המומחה ציין כי זאב היה נתון שנים לטיפול נפשי. כי הוא סובל מהפרעות באישיות. כי הוא בעל אישיות בלתי בשלה עם קווים סכיזואידיים.

9. בית המשפט המחוזי קבע, כי בעצם נוכחותו של זאב במקום האירוע הוא סייע לנחמיה. כי עבירת הקשר נשלמה עם קשירת הקשר וכי אין בהתנהגותו של זאב במקום האירוע כדי להשפיע עליה. בית המשפט ציין, כי "החלטתו שלא לזרוק את הרימון ברגע הקריטי, עדיין אין בה לבטל את הסיוע שבעצם נוכחותו במקום - התנהגות כשלו מתפרשת כפחד מביצוע, בפועל, של הזריקה במו ידיו, אך אין היא מתפרשת כשלילת עצם המעשה בו תמך (גם אם היה פאסיבי בתמיכתו) לכל אורך פעילותם המשותפת של הנאשמים" (עמ' 19).

10. גרשון הודה במשטרה בחלקו בפרשה. בבית המשפט הוא לא התכחש לכך. עם זאת טען, כי חשב "שזה רימון שעושה רעש, להפחיד אנשים". כל כוונתו היתה להפחיד. הוא לא ביקש לפגוע. על יסוד זה טען גרשון לטעות בעובדה. כן טען, כי לא הוכח שהקרבות של הפיגוע נפגעו כתוצאה מהרימון. לבסוף, נטען על ידו, כי הוא לא נכח במקום הפיגוע. תפקידו היה אך להודיע לתקשורת. על כן, כך נטען, אין להרשיעו בעבירת הרצח.

11. בית המשפט המחוזי קבע, כי גרשון היה מודע לכך שהרימון הוא רימון 800, וכי בכוחו להרוג. "השתתפותו [של גרשון] בתכנון וביצוע, מעידים כמאה עדים על שותפותו בעבירה של הקשר ובעבירה של הרצח ושל הנסיון לרצח. העובדה שנפל בחלקו להודיע לתקשורת על ביצוע התכנית, איננה פוטרת אותו מאחריות למה שבוצע על ידי חבריו". בית המשפט קבע, כי גרשון "היה שותף לעבירה של הקשר והוא אחראי לכל מעשה שנעשה במסגרת הקשר ולקידום מטרותיו" (עמ' 24). אשר לקשר הסיבתי בין פיצוץ הרימון לבין מות ההרוג ופציעתם של אחרים, נקבע, כי קשר סיבתי זה הוכח.

12. טל הודה במשטרה בחלקו בפרשה. בבית המשפט הוא לא התכחש לכך. עיקר הגנתו התבססה על טענתו, כי לא השתתף בביצוע המעשה בשל חרטתו. הוא מסר במשטרה, כי בבוקר היום המיועד לביצוע המעשה, הוא לא התעורר משנתו. נחמיה צלצל אליו וביקש ממנו להגיע למשרדי התנועה. הוא ציין, כי "באותו רגע שאני בשיחה בטלפון עם נחמיה, התחרטתי על כל הרעיון ואמרתי לנחמיה שלא נעשה את זה היום. הוא התעצבן עלי מאוד ואישר שהם יעשו את זה בלעדי. אמרתי לנחמיה - 'תעשו' ונגמרה השיחה". בהמשך הודאיתו במשטרה ציין, כי "אני באותו יום התחרטתי ולא רציתי לצאת לפיגוע כי פחדתי ולא חשבתי על מועד אחר". לטענת טל, בכך יש ניתוק מהקשר. לאור חרטתו, אין מקום להרשתתו. זאת ועוד: הוא ידע שהרימון יכול להרוג. עם זאת, הוא לא התכוון להרוג. ביטוי לכך ניתן לראות בעובדה שהוא ניתק עצמו מהקשר ולא בא להגשמת המשימה. מחשבתו היתה להביא לביטול התכנית כולה. אשר לחלקו בפרשה כולה, העיד טל כי הוא לא היה הגורם הדומיננטי.

13. בית המשפט המחוזי ראה בטל את המנהיג והמדריך של הקבוצה. העבירות בוצעו בהשראתו. הוא אחראי כשותף וכקושר. בית המשפט דחה את טענתו של טל כי התחרט וניתק עצמו מהחבורה. לדעת בית המשפט, לא די בחזרתו של טל מההחלטה. היה עליו לשדל וללחוץ שלא לבצעה. "כמנהיג החבורה וכמי שהוביל את ההחלטה, האחריות המוטלת עליו היתה גדולה אף יותר. לפיכך, לא די היה בדברים שאמר כדי להוות שידול או ייעוץ שלא לבצע ההחלטה. לאחר שהשתתף בהכנות השונות והוביל את קבלת ההחלטה, אסור היה לו להביע מעין הסכמה ('אז תעשו') לביצוע בפועל של ההחלטה, אף אם לא התכוון במלים אלה לשדל את חבריו לעשות את המעשה בלעדיו. אין די, איפוא, באי הופעתו ובדברים שאמר כדי לפטור אותו מאחריות פלילית" (עמ' 31). בית המשפט המחוזי ציין, כי "מעבר להרשעה בעבירת הקשר כשלעצמה, בשל ההסכמה ההדדית לבצע את המטרה הבלתי כשרה... יש להטיל על [טל] אחריות פלילית בעבירת הרצח, גם בשל אי התנתקותו מן הקשר כנדרש".

14. הנה כי כן, נחמיה הורשע ברצח ובנסיון לרצח בשל הרימון שהשליך, ושגרם למותו של אדם ולפציעתם של אחרים. כן הורשע נחמיה על חלקו כאחד הקושרים. זאב, גרשון וטל הורשעו כקושרים וכשותפים. באשר לעונש, בית המשפט המחוזי ציין, כי בשל היות המערערים קטינים בעת ביצוע העבירה, העונש של מאסר עולם אינו עונש חובה. בהפעילו את שיקול דעתו התחשב בית המשפט המחוזי בחומרת המעשה, בתכנונו ובצורך להרתיע. כן לקח בחשבון את החרטה שזאב, גרשון וטל הביעו על מעשיהם. נחמיה סירב להביע חרטה. לגביו הוגש תסקיר קצין מבחן, אשר פרס את מסכת חייו הקשה, ואת הטיפול הפסיכיאטרי אותו עבר. בית המשפט התחשב גם - לעניין הדירוג בין חברי הקבוצה - בכך שטל היה במעמד בכיר בקבוצה. עם זאת, הוא חזר בו ברגע האחרון, ולא הופיע להגשמת התכנית. בית המשפט ראה בזאב את השותף הנגרר בחבורה; שאף הוא נזקק לטיפול פסיכולוגי. גרשון הוא הצעיר בחבורה. הוא לא השתתף בזריקת הרימון. בהתחשב בנתונים אלה קצב את עונשם של המערערים: חמש-עשרה שנות מאסר לנחמיה, עשר שנות מאסר לזאב ולגרשון וחמש שנות מאסר לטל.

#### הערעור

15. נחמיה חזר בפנינו, על טענתו כי הודאתו במשטרה פסולה, שכן הוצאה ממנו באמצעים פסולים. לטענתו, יש לזכותו כי לא היה נוכח כלל במקום. כן חזר נחמיה על טענתו כי לא הוכח קשר סיבתי בין זריקת הרימון לבין מות המנוח ופציעתם של האחרים. שאר המערערים אינם תוקפים את הרשעתם בקשירת הקשר לביצוע פשע (עבירה לפי סעיף 499(1) לחוק העונשין). עיקר ערעורם מכוון כנגד הרשעתם כקושרים וכשותפים לעבירת הרצח והנסיון לרצח. זאב טען בפנינו, כי בהיותו הנגרר בחבורה, הוא לא יזם את זריקת הרימון ולא היה שלם עם הפעולה כולה. ברגע האחרון חזר בו וניתק עצמו ממנה. גרשון טען בפנינו, כי סבר שהרימון מרעיש אך אינו הורג. לטענתו, לא היתה לו כוונת קטילה. הוא לא צפה את התוצאות הקטלניות, עומדת לו הגנה של טעות בעובדה. כן חזר גרשון על הטענה בדבר ניתוק הקשר הסיבתי בין זריקת הרימון לתוצאותיה של הזריקה. טל טען בפנינו, כי ניתק עצמו מהקשר.

16. גרשון וטל הסתמכו בפנינו גם על חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (להלן - תיקון 39). לטענתו של גרשון, אין להרשיעו ברצח על פי דיני הקשר הישנים, שכן אלה שונו על ידי תיקון 39. על פיו, אחריותו-שלו לרצח ולנסיון לרצח היא אך על פי דיני השותפות. לעניין זה נטען בפנינו, כי אין לראות בגרשון מבצע בצוותא, שכן לא היתה לו כל תרומה לזריקת הרימון. אין לראות בו מסייע, שכן לא עשה כל מעשה שסייע לביצוע העבירה. לטענת גרשון, עומד לו פטור מאחריות בגין חרטה (סעיף 34

לתיקון 39). טל טוען בפנינו, כי בדומה לגרשון, אין להרשיעו ברצח או בנסיון לרצח על פי דיני הקשר. אשר לדיני השותפות, אין לראות בטל מבצע בצוותא. כן אין לראות בטל משדל או מסייע.

17. נחמיה, גרשון וטל טענו, לחלופין, לתחולתו של סעיף 300א לחוק העונשין ("עונש מופחת"). לשם ביסוס טענתם זו ביקשו כי נורה על בדיקתם הפסיכיאטרית. לבקשה זו התנגד בא כוח המשיבה. לטענתו, אין כל תשתית ראייתית לטענה אפשרית בדבר הפרעה נפשית חמורה או ליקוי בכושר השכלי של מערערים אלה.

18. כל המערערים ביקשו כי נקל בעונשם. הם הדגישו את גילם הצעיר, ואת הנסיבות המיוחדות שהביאו להצטרפותם לתנועת "כך" בגיל צעיר. המערערים "חיפשו את עצמם", בלא שהוריהם פיקחו עליהם. הם לא הבינו את משמעות המעשה. עתה הם מתחרטים על מעשיהם. הם בגרו ולמדו. הם מבקשים להתגייס לצה"ל. המאסר בפועל פוגע בהתפתחותם. מצבו הנפשי של נחמיה קשה. לזאב בעיות נפשיות.

19. לגוף העניין, עמדת המדינה הינה, כי יש לדחות את ארבעת הערעורים. נחמיה אחראי כמבצע העבירה. יש לדחות טענותיו באשר לקבילות הודאתו במשטרה, וכן באשר להיעדר קשר סיבתי. זאב אחראי כמבצע בצוותא. בהתנהגותו אין לראות משום חרטה, מה גם שהפטור בעניין חרטה אינו חל על מבצע עיקרי. גרשון אחראי כמבצע בצוותא. לחלופין, יש לראות בו מסייע. אין לקבל טענתו כי לא ידע שהרימון פוגע, וכי חשב כי הוא אך גורם לרעש. אין לקבל, איפוא, את טענתו לטעות במצב דברים. אשר לטל, עמדת המדינה הינה, כי הוא אחראי כמשדל. אין לראות בהתנהגותו משום חרטה. אשר לעונש, עמדת המדינה הינה כי העונש שהוטל על המערערים הוא ראוי, ואין מקום להתערבותנו בו.

## הדין החל

20. על העניין שלפנינו חל, כמובן, הדין שעמד בתוקפו שעה שבוצעו העבירות בהן הורשעו המערערים (ראה סעיף 3 לחוק העונשין). זהו הדין על פיו דן בית המשפט המחוזי. מאז ניתן פסק הדין, ובטרם נשמע הערעור בפנינו, הוחק תיקון 39. סעיף 5(א) לתיקון 39 קובע:

"נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה. 'אחריות לה' - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה".

מכוח הוראה זו, יש להחיל על העניין שלפנינו את הדין החדש שנקבע בתיקון 39, אם דין זה מקל עם המערערים. נבחן איפוא, תחילה, את דבר אחריותם של המערערים על פי הדין הישן - הוא הדין על פיו דן בית המשפט המחוזי. לאחר מכן נבדוק את הדין על פי ההוראות המקילות עם המערערים, הקבועות בתיקון 39.

#### אחריות המערערים על פי הדין הישן

21. נקודת המוצא שלנו הינה התשתית העובדתית, כפי שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי. כנגד תשתית עובדתית זו נטענו בפנינו מספר טענות. נחמיה טען, כי ההודאה שמסר במשטרה אינה קבילה. בחנו טענה זו, ודינה להידחות. בית המשפט המחוזי נתן דעתו לטענה זו ובחן אותה בהרחבה בהחלטתו במשפט הזוטא. לא מצאנו כי נפל פגם בהנמקת בית המשפט. נמצא, כי אין ממש בטענתו של נחמיה לפיה כלל לא היה חלק מהקשר, וכלל לא היה במקום. גרשון טען בפנינו, כי סבר שהרימון שנזרק עושה רעש, אך אינו פוגע בבני אדם. טענה זו נבחנה אף היא על ידי בית המשפט המחוזי, ונדחתה על ידו. מסקנתו של בית המשפט המחוזי מקובלת עלינו. אכן, התנהגותו של גרשון בכל שלבי הפרשה מעידה מעל לכל ספק, כי הוא היה מודע לכך שהרימון עשוי לקטול חיי אדם, וכי אין הוא מיועד ליצירת אפקט של רעש בלבד. נמצא, כי גרשון היה מודע לאופיו של הרימון, ונתגבשה אצלו הכוונה תחילה הדרושה בעבירת הרצח. נחמיה וגרשון טענו בפנינו - כפי שטענו בפני בית המשפט המחוזי - כי לא הוכח הקשר הסיבתי בין זריקת הרימון לפגיעה במנוח ובאחרים. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו, ואין כל יסוד להתערבותנו.

#### קשירת קשר לביצוע פשע

22. ארבעת המערערים הורשעו בקשירת קשר לביצוע פשע (עבירה לפי סעיף 499(1) לחוק העונשין). אין הם מערערים על הרשעה זו. קשירת הקשר היוותה עבירה בעת שהמערערים ביצעו אותה. קשירת הקשר מהווה עבירה גם לאחר תיקון 39. אמת, בדיני הקשר חל שינוי מהותי בעקבות תיקון 39. עניינו של שינוי זה - עליו נעמוד בהמשך - הוא בכל הנוגע לאחריותו של קושר לעבירה שלשמה נקשר הקשר (ראה סעיף 499(ב) לחוק העונשין). אין כל שינוי לעניין אחריות קושרים לעצם עבירת הקשר אותה עברו. על כן, הרשעה זו עומדת בעינה לעניין ארבעת המערערים.

#### רצח ונסיון לרצח



23. ארבעת המערערים הורשעו ברצח ובנסיון לרצח. נחמיה הוא זה שזרק את הרימון. הוא המבצע הפיזי הישיר (מבצע "עצמי" או "עיקרי") של העבירה. הוא זה ששלט על הרימון והוא זה שזרקו. הוא זה שביצע את כל יסודות העבירה בה הורשע (ראה קרמניצר, "המבצע בדיני העונשין - קווים לדמותו", פלילים א' 65 (1990)). כפי שקבע בית המשפט המחוזי, נתקיימו בו היסודות של עבירת הרצח והנסיון לרצח. בכל אלה לא חל כל שינוי בעקבות תיקון 39. עיקר ערעורו של נחמיה בפנינו התייחס לתשתית העובדתית שהונחה לגביו על ידי בית המשפט המחוזי. משדחינו חלק זה של ערעורו, לא נותרה לנחמיה כל טענה משפטית באשר לאחריותו לרצח (המנוח) ונסיון לרצח (של הנפגעים).

24. שלושת המערערים האחרים (זאב, גרשון וטל) קשרו קשר עם המבצע העיקרי של העבירה. הם "עזרו" בביצועה. עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מגלה כי לעתים הרשעת אחד מהשלושה מתבססת על דיני השותפות (הרשעתם של זאב וטל). לעתים היא מתבססת על דיני הקשר (הרשעתם של גרשון וטל, המבוססת על דיני הקשר והשותפות גם יחד). בכל אלה חל שינוי בעקבות תיקון 39. שינוי זה הוא לטובת המערערים. נפנה איפוא לעניינם של שלושת המערערים, על פי הדין החל בעקבות תיקון 39.

#### קשר לביצוע רצח ונסיון לרצח

25. על פי ההלכה הפסוקה שקדמה לתיקון 39, אחראי כל אחד מן הקושרים לכל עבירה שנעברה בידי קושר אחר בזמן קיום הקשר ולשם קידומו, אפילו נעברה העבירה בלא השתתפותו ובלא ידיעתו (ראה ע"פ 88/58 קייזר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 1628). לעניין היקף האחריות נקבע בפסיקה, כי היא מתפרשת על כל אותם מעשי עבירה המהווים "תוצאה אפשרית וטבעית שנבעה מן המטרה המשותפת" (ראה ע"פ 196/75 בן שושן נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 215). אכן, על פי המצב שקדם לתיקון יוצרת עבירת הקשר אחריות הדדית בין הקושרים - בשל עבירות המבוצעות בזמן הקשר ולשם קידומו - ללא היצמדות לכללי השותפות הרגילים. הלכה פסוקה זו זכתה לביקורת (ראה ש.ז. פלר, "אחריות פלילית ללא מעשה, על סמך מה?" הפרקליט כט (התשל"ד), 19). היא שונתה בתיקון 39. לסעיף 499 לחוק העונשין - הקובע את עבירת הקשר - הוספה הוראה חדשה (ס"ק (ב)), לפיה:

"הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן 4 לפרק ה".

משמעות הדברים הינה, כי אחריותו הפלילית של קושר - מעבר לאחריות לעצם עבירת הקשר - תיקבע על פי דיני השותפות הרגילים (ראה ע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534, 553; פלר, "האם עוד קיים 'דין קשר' נוסף על דין הקשר", משפטים כז 631 (התשנ"ז)). נמצא, כי קושר יהא אחראי לעבירה שלשמה נקשר הקשר או לעבירה שנעברה לשם קידום הקשר רק אם היה צד לעשייתה ולפי תפקידו בעשייתה (כמבצע בצוותא, כמבצע באמצעות אחר, כמשדל או כמסייע). על כן, אין להטיל על זאב, גרשון וטל אחריות בגין עבירת הרצח שעבר נחמיה אך משום שהארבעה קשרו יחד קשר לרצוח ערבים. זאב, גרשון וטל יישאו, על כן, באחריות לרצח או נסיון לרצח רק עד כמה שניתן לראות בהם שותפים לעבירות אלה. לבחינה זו נעבור עתה.

#### אחריות לפי דיני השותפות לרצח ולנסיון לרצח

26. תיקון 39 מסדיר (בפרק ה', סימן 2) את אחריותם של הצדדים לעבירה. אלה הם השותפים לעבירה. הדיבור "שותפים" ו"שותפות" אינו מופיע בתיקון 39. עם זאת הוא מתאר יפה את אחריות הצדדים לעבירה כמבצעים, משדלים ומסייעים. אכן, לעתים אנו עדים למצב שבו עבירה, היכולה להתבצע על ידי יחיד, מתבצעת על ידי מספר עבריינים, כאשר לכל אחד מהם תפקיד שונה ותרומה שונה בביצועה. אלה הם השותפים לעבירה. ניתן להבחין ביניהם לפי מידת תרומתם להגשמת העבירה. ההבחנה העיקרית הינה בין שותפים ישירים לבין שותפים עקיפים. השותפים הישירים נוטלים חלק בביצוע העיקרי של העבירה. אלה הם המבצעים בצוותא או המבצעים באמצעות אחר (סעיף 29 לחוק העונשין). השותפים העקיפים נוטלים חלק עקיף בביצוע העבירה. אלה הם המשדלים (סעיף 30 לחוק העונשין) והמסייעים (סעיף 31 לחוק העונשין) (ראה פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך ב', עמ' 179, 186). עמדתי על הבחנות אלה באחת הפרשות בצייני:

"הן המבצע בצוותא והן המסייע הוא שותף לעבירה רבת משותפים, כאשר אחריותו של כל שותף היא על פי מהות תרומתו להתהוות העבירה. לעניין זה המבצע בצוותא הוא שותף ישיר ואילו המסייע הוא שותף עקיף" (ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) - להלן: פרשת מרדכי).

היסוד המבדיל בין צורות השותפות השונות הוא פונקציונלי במהותו (ראה פלר, שם, עמ' 188). ההבחנה נעשית על פי התפקיד השונה שיש לשותפים השונים בהגשמת המזימה העבריינית המשותפת. להבחנה זו חשיבות עיונית ומעשית כאחד. כך, למשל, עונשו של המסייע הוא מחצית מעונשו של המבצע הישיר והמשדל (לשני אלה ניתן לקרוא שותפים ראשיים, לעומת המסייע, שהוא שותף משני: פלר, שם, עמ' 186). למותר לציין, כי לכל אחת מצורות השותפות לדבר עבירה - הישירה והעקיפה - יסודות עובדתיים ונפשיים משלה.

השותפים הישירים: המבצעים בצוותא

27. בראש הדירוג של הצדדים לעבירה רבת-משתתפים עומדים המבצעים בצוותא. הם השותפים הראשיים בביצוע העבירה. השותפות ביניהם מתבטאת בכך שהם נטלו חלק בביצוע העבירה כמבצעים ישירים. הם משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית. עמדתו על כך באחת הפרשות, בציני:

"המבצעים בצוותא משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית. כולם עבריינים ראשיים. האחריות של כל אחד מהם היא ישירה. כל אחד מהם נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה. תרומתו של כל אחד מהמבצעים בצוותא היא 'פנימית'. כל אחד מהם הוא חלק מהמשימה העבריינית עצמה" (פרשת מרדכי, פסקה 13).

מבחינת היסוד הנפשי, נדרש, כי לכל אחד מהמבצעים בצוותא יהא היסוד הנפשי של העבירה אותה הם מבצעים. כן נדרש כי הם יהיו מודעים לכך שהם פועלים בצוותא. מבחינת היסוד העובדתי, לא נדרש כי כל אחד מהמבצעים בצוותא יבצע בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העבירה. סעיף 29(ב) לחוק העונשין קובע במפורש כי:

"המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקא מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".

"טול את ראובן, שמעון ולוי, המתכננים ביצוע שוד בנק. על פי חלוקת העבודה ביניהם, ראובן המתין מחוץ לבנק ואיבטח את חבריו. שמעון ולוי נכנסו לבנק. שמעון שמר על פקידי הבנק והלקוחות. לוי נטל את הכסף. במצב דברים זה ראובן, שמעון ולוי הם מבצעים בצוותא של עבירת השוד" (פרשת מרדכי, פסקה 14; וכן גור-אריה, "צורות של ביצוע עבירה פלילית", פלילים א 29, 32 (התש"ן)). אכן, החוק רואה במבצעים בצוותא גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. פעולתה של כל זרוע משייכת לגוף כולו, ולכל אחד ממשתתפיו. על כן, אם שניים נכנסים לחדר במטרה משותפת לגנוב, ורק אחד נוטל את החפץ הגנוב, כל אחד מהם הוא מבצע בצוותא של עבירת הגניבה. זאת ועוד: ביצוע בצוותא מחייב תכנון משותף. הוא מבוסס על חלוקת עבודה בין המבצעים. ביצוע בצוותא אינו מבוסס בהכרח על אחידות המקום והזמן. על כן, שניים המתכננים שוד בנק, הם מבצעים בצוותא גם אם האחד נכנס לבנק ונטל באימים את הכסף, ואילו האחר מבצע חסימה במרחק ניכר מהמקום.

28. המאפיין את המבצע בצוותא שהוא אדון לפעילות העבריינית. בידי השליטה הפונקציונלית-מהותית, יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, על העשייה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת לביצוע העבירה. הוא

חלק מהתוכנית הכוללת להגשמת הפעולה העבריינית האסורה. הוא פועל יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, כך שכל אחד מהם שולט - יחד עם האחרים - על הפעילות כולה. מעמדו ביחס להחלטה לביצוע העבירה הוא של איש "פנים". תרומתו היא "פנימית". חלקו הוא מהותי להגשמת התכנית המשותפת (ראה פרשת מרדכי, פסקה 13, וכן קרמניצר, שם, עמ' 73). לעניין זה, אין זה תנאי הכרחי או תנאי מספיק, לביצוע בצוותא, שהעושה נוכח במקום העבירה. אין זה תנאי הכרחי, שכן ביצוע בצוותא עשוי להתקיים ללא נוכחות פיזית. מבצע בצוותא עשוי לפעול ב"שלט רחוק", או להימצא במרחק כשומר או מתריע. אין זה תנאי מספיק, שכן נוכחות במקום עשויה להוות אך סיוע (חיצוני) למבצע הפיזי הישיר (המבצע העצמי או המבצע העיקרי). על כן, אין זה תנאי לביצוע בצוותא שהמבצע יקיים את היסודות העובדתיים של העבירה. אפילו לא נתקיימו בו היסודות העובדתיים, עשוי אדם להחשב כמבצע בצוותא של עבירה. אכן, המאפיין את המבצעים בצוותא הוא שהם מהווים יחדיו יד אחת השולטת על הביצוע. עמד על כך פרופ' קרמניצר:

"לכל אחד מן המבצעים ביחד יש שליטה יחד עם האחרים על התפתחות העניינים. המבצעים ביחד יכולים לפעול רק ביחד. שכן בידי כל אחד מהם נתון גורלו של הביצוע כולו. לכן, כל אחד מהם פועל עם חברו ובאמצעות חברו. לכן, גם יש לראות כל אחד מהם כאילו ביצע במו ידיו את כל מה שבוצע בידי או בידי האחרים... ניתן לומר, איפוא, על משתתף, שהוא 'מבצע יחד', כאשר הפונקציה שלו בביצוע הקונקרטי הינה בעלת משמעות מהותית" (קרמניצר, שם, עמ' 73).

ודוק: יש להבחין בין החלטה משותפת הנשארת בגדר הכנה בלבד, לבין החלטה משותפת העוברת לשלב הביצוע. המבצע בצוותא אחראי לתכנית המשותפת בה הוא משתתף והמוצאת מהכוח אל הפועל.

#### השותפים העקיפים: המשדלים

29. סעיף 30 לחוק העונשין - שהוסף בתיקון 39 - מגדיר את המשדל בזו הלשון:

"המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה".

המשדל הוא שותף עקיף. תרומתו אינה "פנימית" אלא "חיצונית". עם זאת - ביחד עם המבצעים בצוותא - המשדלים הם שותפים ראשיים, שכן הם תרמו תרומה מהותית להתרחשות העבירה. תרומתו של המשדל מתבטאת בכך שהוא הביא את המבצע לידי קבלת ההחלטה לבצע את העבירה (ראה פלר, שם, עמ' 228).

הוא זה שהשפיע על המבצע - בין המבצע העצמי (או העיקרי) ובין המבצע בצוותא - והביא לידי כך שהתגבשה בו ההחלטה לבצע העבירה, ונעשו צעדים להגשמתה (בגדרי נסיון או ביצוע מושלם). הוא "האב הרוחני של העבירה" (גור-אריה), "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב1992-", משפטים כד 9, 46 (1994)). אכן, החברה מבקשת להגן עצמה לא רק כלפי מי שמבצע עבירה - אם כמבצע עצמי ואם כמבצע בצוותא - אלא גם כלפי חוג רחב יותר של אנשים המביאים לידי כך שאחרים מבצעים עבירות. עמד על כך חברי, השופט מ. חשין, בציינו:

"בקובעה חבות בפלילים אין שיטת המשפט בישראל - כמוה כשיטות משפט אחרות - מספקת עצמה בענישת מי שביצע העבירה בפועל. החבות בפלילים פורשת עצמה גם על 'מקורבים' אחרים למעשה העבירה ולמבצע העיקרי: מבצעים-בצוותא, משדלים, מסייעים. הגדרתם של 'מקורבים' החבים בפלילים נעשית תוך קביעת זיקתם למעשה העבירה ולמבצע העיקרי. חבות בפלילים כי תוטל על פלוני, אמורה אותה חבות ליתן ביטוי לזיקה 'קרובה' בין אותו פלוני לבין מעשה העבירה והעבריין העיקרי. לאמור: על פי השקפתה של שיטת המשפט, יש וראוי לראות את פלוני כנושא בחבות פלילית - וכמי שראוי כי תוטל עליו סנקציה פלילית - אף שאין הוא מבצעה בפועל של העבירה" (פרשת מרדכי, פסקה 3).

"קירבתו" של המשדל מתבטאת בכך שהוא זה שנטע בלב העבריין העיקרי את המחשבה הפלילית לביצוע עבירה. הוא "המבצע האינטלקטואלי (auteur intellectuel) של העבירה" (ראה פלר, שם, עמ' 226). הוא זה שהביא לידי כך שאצל המבצע נתגבש הרעיון לבצע את העבירה - אם בכך שהוא נטע בו את הרעיון מראש, ואם על ידי כך שהיטה את הכף במקום בו המבצע היסס.

#### השותפים העקיפים: המסייעים

30. סעיף 31 לחוק העונשין - שהוסף אף הוא בתיקון 39 - מגדיר מסייע באופן הבא:

"מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע".

המסייע הוא שותף עקיף ומשני (פרשת מרדכי, פסקה 14). הוא מצוי מחוץ למעגל הפנימי של הביצוע. הוא גורם "חיצוני". אין הוא יוזם הביצוע ואף לא משדל לביצועו. תרומתו מתבטאת בכך, שהוא מסייע (במעשה או במחדל) ביצירת התנאים לביצוע העבירה על ידי העבריין העיקרי. תרומתו היא בגדר "אמצעי עזר" (פיזי או

נפשי) (ראה ע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534, 554). המסייע תורם תרומה לביצוע העבירה, שהיא "מחוז" לביצוע הישיר, אם כי היא מסייעת לו. עמדתי על כך בפרשת מרדכי בצייני:

"המסייע... הוא שותף עקיף ומשני. הוא מסייע ביצירת התנאים לביצוע העבירה על ידי העבריין העיקרי (או העבריינים העיקריים המבצעים בצוותא)... תרומתו של המסייע היא חיצונית. אין הוא חלק פנימי של המשימה העבריינית עצמה. אין הוא היוזם. אין הוא המחליט על הביצוע ואין הוא שולט על הביצוע. אין הוא אדון לביצוע. הוא מבצע מעשי-עזר הנפרדים מביצוע העבירה על ידי העבריין העיקרי, ושיש בהם 'כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו'."

דוגמאות מובהקות הן אלה של המוכר לאחר (המבצע העיקרי) כלי נשק לביצוע העבירה, או המזייף לבקשתו של אחר מסמך המשמש את אותו אחר לביצוע עבירה. הסיוע יכול שיהיה "לפני עשיית העבירה" - כפי שדוגמאות מוכר כלי הנשק וזיוף המסמך מלמדות; הסיוע יכול שיהיה "בשעת עשייתה". כך, למשל, ראובן ושמעון, המתכננים שוד בנק, עשויים לבקש מלוי לשמש עבורם צופה המזהיר מפני משטרה קרובה. עד כמה שלוי אינו חלק מהמעגל "הפנימי" של תכנון השוד, אלא גורם חיצוני העוזר להגשמת העבירה, הוא יהיה בגדר מסייע. בדומה לשידול - גם הסיוע משקף את תפיסתה של החברה כי יש להרחיב את מעגל האנשים האחראים בפלילים ולכלול בחובו לא רק את המבצעים, אלא גם אנשים המסייעים לביצוע עבירה, בכך שהם יוצרים את התנאים המאפשרים את ביצוע העבירה. זו "קירבתו" לביצוע העיקרי, וזהו הטעם בהטלת אחריות פלילית עליו.

#### קווי הגבול בין השותפים לעבירה

31. חוק העונשין מבחין בין השותפים השונים. המקרים "הגרעיניים" קלים לאיבחון. עם זאת, ככל שמתרחקים מ"גרעין" ההגדרה אל עבר "איזור האפלולית היחסית" שלה, הופכת ההבחנה בין השותפים השונים לקשה. לא פעם נתקשה להבחין בין מבצע בצוותא למשדל או מסייע. כן נתקשה להבחין בין משדל למסייע. הבחנות אלה - שבעבר היה עיקר חשיבותן לעניין שיקול דעת בית המשפט בגדרי הענישה - חשובות הן לאחר תיקון 39 לעניין מהות אחריותו של השותף ולעניין סמכותו של בית המשפט, שהרי עונשו של המסייע הוא מחצית העונש שנקבע למבצע העיקרי ולמשדל. חרף הקשיים, אין מנוס מהפעלת אמות המידה הקבועות בחוק העונשין לשם קביעת האבחנה בין השותפים השונים. ביסוד אמות מידה אלה עומדת התפיסה, כי

המבצעים העיקריים הם השולטים על ביצוע העבירה. הם "הגוף המבצע" הפועל באמצעות זרועות שונות (המבצעים בצוותא), כאשר כל זרוע היא חלק "פנימי" של אותו גוף. השותפים האחרים תורמים אף הם לביצוע העבירה, אך תרומתם היא "חיצונית" למבצעים בצוותא. תרומתו של המשדל היא בכך שהוא גרם ליצירת היסוד הנפשי של המבצעים. תרומתו של המסייע מתבטאת בכך שהוא תורם ליצירת התנאים להגשמת היסוד העובדתי של המבצעים. כמובן, ככל שהשידול של המשדל הוא אינטנסיבי יותר וככל שמתלוות אליו לא רק פעולות במישור הנפשי אלא גם פעולות במישור העובדתי, כך מתקרב המשדל למבצע בצוותא. בדומה, ככל שהמסייע מתקרב לעבר הביצוע של העבירה עצמה או נסיון לבצעה, כך הוא מתקרב למבצע בצוותא. אשר להבחנה בין המשדל למסייע, זו מבוססת על כך שהמשדל הוא שותף ראשי, שהרי הוא השפיע על העבריינים (העיקריים או בצוותא) לבצע העבירה. לעומתו, המסייע הוא שותף עקיף. הוא אינו אבי הרעיון. תרומתו היא באמצעי עזר (שאינם בהכרח חיוניים). כמובן, שני שותפים אלה - המשדל והמסייע - עשויים להתקרב האחד לשני, באופן שהמסייע יהפך למשדל. בעיקר כך במקום שהסיוע הוא "רוחני". קו הגבול עובר בהבחנה בין עזרה למי שכבר גיבש לעצמו מחשבה פלילית (המסייע) לבין תרומה לגיבוש עצם המחשבה הפלילית (המשדל). מידת ה"התקרבות" החוצה את הגבול תצטרך להיבחן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. נעמוד בעתיד בוודאי בפני קשיים לא מעטים בתחום רגיש זה. אכן, קיים "תחום אפור" (חברי, השופט חשין בע"פ 4188/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 539, 559), שההבחנה בו בין השותפים השונים "אינה קלה כלל ועיקר" (לעניין זה, ראה גור-אריה, "צורות של ביצוע עבירה פלילית", פלילים א 29 (1990); גור-אריה, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב 1992-", משפטים כד 9 (1994); קרמניצר, "המבצע בדיני העונשין - קווים לדמותו", פלילים א 65 (1990)). טול למשל את ראובן ושמעון, הנכנסים לבנק כדי לבצע בו שוד, ואילו לוי שומר מחוץ לבנק. מה מעמדו של לוי? אין אפשרות להשיב על שאלה זו בלא ניתוח מדוקדק של העובדות. אם לוי הוא חלק פנימי של ההחלטה לשדוד הבנק, תוך שתפקידו נקבע מראש כשומר מחוץ לבנק, כי אז יש לראות בלוי כמבצע בצוותא. לעומת זאת, אם לוי הוא איש חיצוני, אשר שירותיו נתבקשו אך לצורכי השמירה בחוץ, יש לראות בו מסייע. קו הגבול בין שני המצבים הוא לעתים דק מהדק.

#### מן הכלל אל הפרט

32. עמדנו על המסגרת הנורמטיבית לאחריות השותפים. על רקע זה נבחן עתה את מעמדם של המערערים שבפנינו. שאלת מעמדם של המערערים מתעוררת, כפי שראינו, לעניין האחריות בגין עבירת הרצח והנסיון לרצח. אף כאן, כל קושי לא קיים לגבי נחמיה. הוא זה שזרק את הרימון. הוא המבצע הפיזי הישיר (המבצע העיקרי). מתקיימים בו כל היסודות של עבירת הרצח והנסיון לרצח. גדר הספיקות הוא לעניין אחריותם

של זאב, גרשון וטל. האם הם אחראים כמבצעים בצוותא עם נחמיה? האם הם משדלים או מסייעים? או שמא אין הם אחראים כלל? למתן תשובה לשאלות אלה נעבור עתה.

#### אחריותו של זאב

33. זאב נכח בזירת העבירה. נתקיימה בו המחשבה הפלילית הדרושה לעבירת הרצח. הוא היה אמור לזרוק הרימון. ברגע האחרון היסס, ונחמיה נטל הרימון ממנו וזרקו. מה חלקו של זאב? לדעתי, זאב הוא מבצע בצוותא עם נחמיה. הוא חלק אינטגרלי מההחלטה המשותפת לבצע רצח. הוא היה איש "פנים" אשר נטל חלק בכל השלבים, פרט לשלב האחרון, של זריקת הרימון. כל זאת מעמיד אותו במעמד של מבצע בצוותא. אמת, הוא לא זרק הרימון. מבחינה זו הוא לא ביצע את אקט הקטילה. אין בכך ולא כלום, שכן מבצע בצוותא אחראי גם אם לא ביצע בעצמו את כל יסודות העבירה. בית המשפט המחוזי הרשיע את זאב כמסייע. הוא עשה כן על פי הדין הישן. על פי הדין החדש יש לראות בזאב מבצע בצוותא. אין הוא שותף המצוי מחוץ למעגל הפנימי של הביצוע. הוא איש פנים, אשר השתתף בכל שלבי הביצוע, פרט לשלב זריקת הרימון. כל זאת עושה אותו למבצע בצוותא.

34. נטען בפנינו, כי יש לשחרר את זאב מאחריותו לרצח, ונסיון לרצח, שכן ברגע האחרון חזר בו. לטיעון זה אין בסיס בתשתית העובדתית. בית המשפט המחוזי קבע כי זאב נתקף בפחד - זאת ותו לא. הוא לא התחרט על המעשה ולא חזר בו ממנו. מכיוון שכך, אין לנו צורך לבחון השאלה מה מעמדה של טענת חרטה במבצעים בצוותא (להבדיל ממשדלים ומסייעים). מכיוון שנתקיימו בו, בזאב, כל היסודות הנפשיים הדרושים בעבירת הרצח והנסיון לרצח, ולאור חלקו באירועים, יש לראות בו מבצע בצוותא, ואחראי לרצח ולנסיון לרצח.

#### אחריותו של גרשון

35. גרשון לא נכח בזירת האירוע. הוא היה מצוי, אותה שעה, במרחק מה מהמקום. תפקידו היה להודיע לתקשורת על דבר ביצוע הרצח. את משימתו זו הוא מילא. מה חלקו בעבירה? לדעתי, גרשון הוא מבצע בצוותא. הוא נטל חלק בביצוע העבירה, תוך שתפקידו שלו נקבע מראש כמודיע לתקשורת. את תפקידו זה הוא ביצע. העובדה שהוא לא נכח בזירת העבירה אינה מעלה ואינה מורידה. המבצעים בצוותא פעלו כגוף אחד, תוך שאורגנים שונים שלו מבצעים פונקציות שונות. אין לראות בגרשון מסייע. הוא לא היה שותף עקיף ו"חיצוני". הוא היה שותף ראשי ו"פנימי". כמו כן, אין לראות בגרשון משדל. אמת, הוא היה מיוזמי הרעיון ומהפועלים להגשמתו. אך חלקו לא הצטמצם אך בשכנוע, עידוד או בכל דרך שיש בה הפעלת לחץ לביצוע



העבירה. הוא פעל, הלכה למעשה, להגשמת העבירה. נקבע תפקידו בביצוע ותפקיד זה בוצע על ידו. כל אלה עושים אותו מבצע בצוותא.

### אחריותו של טל

36. טל היה מנהיג הקבוצה. הוא השתתף בתכנון. נקבע לו תפקיד בגדרי הביצוע. ביום הקריטי הוא לא התייצב למפגש עם חבריו. נחמיה התקשר עימו טלפונית. טל אמר לו כי לא יעשו את הפעולה באותו יום. נחמיה הגיב כי יעשו זאת בלעדי טל. על כך הגיב טל "תעשו". האם טל אחראי בפלילים לרצח ולנסיון לרצח? בא כוחו של טל טען בפנינו, כי טל ניתק עצמו מהפעילות העבריינית, ועל כן אינה מוטלת עליו כל אחריות. בא כוח המדינה רואה בטל משדל. עם מי הדין?

37. אין לראות בהתנהגותו של טל משום חרטה הפוטרת מאחריות פלילית. חרטה, בנסיבות העניין, צריכה להתבטא ביותר מאשר אי השתתפות בהמשך העשייה. היא צריכה להשתקף בפעילות למניעת עשיית העבירה או השלמתה (השווה סעיף 34א) לחוק העונשין). כל זאת לא עשה טל. נהפוך הוא: בסוף דבריו אמר לנחמיה "תעשו" - אמירה שיש בה היבט של עידוד.

38. מהו, איפוא, חלקו של טל באחריות לרצח ולנסיון לרצח? לדעתי, יש לראות בטל מבצע בצוותא. הוא היווה חלק מהחבורה שהחליטה בצוותא חדא לבצע את הרצח. הוא נטל חלק מרכזי בכל הפעולות הדרושות להגשמת ביצוע העבירה. הוא היווה אחד הזרועות של הגוף הזה. הוא היה ראש וראשון לכולם. הגוף פעל באמצעות זרועותיו השונות. אי השתתפותו בשלב של זריקת הרימון - אי השתתפות שאינה מגיעה לכדי חרטה - אין בכוחה לנתקו מהאירוע הפלילי רב המשתתפים. הוא עלה על עגלת הביצוע והניע אותה עד להגשמת מטרתה, בלא שנעשה על ידו דבר לעצירת העגלה. בנסיבות אלה יש לראות בו מבצע בצוותא. אין הוא אך משדל, שהרי לא הסתפק אך בשידול, אלא בנוסף לכך עשה פעולות לביצוע כמבצע בצוותא. אין הוא אך מסייע, שכן הוא איש "פנים", וראש לחבורה. אכן, בנסיבות העניין יש לראות בטל מבצע בצוותא.

### עונש מופחת (סעיף 300א לחוק העונשין)

39. סעיף 300א לחוק העונשין מסמיך את בית המשפט, המרשיע נאשם בעבירת רצח, לגזור עליו עונש שהוא קל ממאסר עולם. סמכות זו מותנית במספר תנאים. הרלבנטי לענייננו הוא התנאי הקבוע בסעיף 300א(א). על פיו רשאי בית המשפט להטיל עונש קל ממאסר עולם אם העבירה נעברה -

"במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 134 -

(1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או

(2) להימנע מעשיית המעשה".

נטען בפנינו כי בחומר הראיות שהונח בפני הערכאה הראשונה יש בסיס ראשוני לטענה זו בכל הנוגע לנחמיה, גרשון וטל. בסיס זה לא פותח כנדרש, שכן בעת ניהול המשפט טרם חוקק סעיף 300א לחוק העונשין. נתבקשנו, על כן, להורות על מתן צו לבדיקה פסיכיאטרית. דחינו הבקשה. הטעם לכך הוא, שאין בחומר הראיות שהונח בפנינו ביסוס להפעלתו של סעיף 300א לחוק העונשין. אין אחיזה לכך כי לנחמיה, גרשון וטל היתה הפרעה נפשית או ליקוי בכושר השכלי, אשר הגבילו את יכולתם להבין את אשר הם עושים. אמת הדבר, בכל הנוגע לזאב נמסר לבית המשפט המחוזי (מפי פרופ' אברבוך) כי זאב סובל מהפרעות באישיות. כן נמסר על טיפול פסיכיאטרי שנחמיה עבר. אין בכל אלה כדי לבסס טענה במסגרת סעיף 300א לחוק העונשין.

#### הפחתת עונש

40. לבסוף, נתבקשנו להפחית מעונשם של המערערים. עניין זה נתון בידינו, שכן בעת ביצוע המעשה היו המערערים קטינים. לדעתנו, דין טענה זו להידחות. המערערים נטלו חיי אדם. הם פצעו אחרים. הם פעלו מתוך רצון של נקם. הם הבינו את פשר מעשיהם. הם תכננו אותו מראש ובדקדקנות. העבירה אותה ביצעו היא החמורה שבעבירות - רצח. מן הראוי הוא שהעונש יהלום את חומרת העבירה. מן הראוי הוא להרתיע אחרים, אשר עשויים חלילה להתפתות ללכת בדרכם של המערערים אשר חיי האדם היו זולים בעיניהם. העונש שהוטל על המערערים אינו חמור באופן המצדיק את התערבותנו.

הערעורים, על כל חלקיהם, נדחים.

ה נ ש י א

#### השופט ת' אור:

אני מסכים לפסק דינו של חברי הנשיא, על נימוקיו.

## שׁוֹפֵט

השופט מ' חשין:

אני מסכים לחוות-דעתו של חברי, הנשיא ברק. ובלא לגרוע מדבריו אמרתי להרהר על שלושה "מקורבים" אלה לעבירה: על המבצע-בצוותא, על המסייע ועל המשדל.

**על מבצע-בצוותא ועל מסייע**

2. תיקון 39 לחוק העונשין חידש חידושים בעניינה של עבירה רבת-משתתפים, ובולטת במיוחד ההבחנה שיצר בין מבצע-בצוותא לבין מסייע. המסייע צפוי, כעיקרון, לעונש שהוא מחצית העונש שהמבצע-בצוותא צפוי לו (סעיף 32 לחוק העונשין לאחר התיקון), וניתן לראות את השניים כמו עוברים הם שתי עבירות שונות (ע"פ 5235, 4188/93 לוי ואח', פ"ד מט(1) 539, 560). בפרשת לוי אמרתי (שם, 559), כי בין המבצע העיקרי והמבצע-בצוותא מזה, לבין המסייע מזה, משתרע "תחום אפור - והוא תחום שאינו צר-ממדים", וכי תחום זה "מעמיד לבית-המשפט מרחב מחייה לתזוזות - מכאן לכאן ומכאן לכאן" (שם, שם). נדמה היה בעיניי כי ההבחנה בין מבצע-בצוותא לבין מסייע יכולה שתהיה "קשה-עד-בלתי-אפשרית", ש"הרי הם ככלב וכזאב לפני עלות השחר". ולסוף אמרתי, כי "עוד נכוננו לנו עלילות". אמרתי דברים שאמרתי, והנה לא היגדתי החצי.

3. עברו כשנתיים מאז פסק-הדין בפרשת לוי, ודומני כי ניתן עתה להרבות ולומר: המבצע-בצוותא והמסייע אינם אך כזאב וככלב שאין מכירים ביניהם לפני עלות השחר; גם לאחר עלות השחר, כזאב וככלב הם שלפני עלות השחר. נוכל לומר על המבצע-בצוותא ועל המסייע - לא תמיד, אך לעתים מזומנות - כי ההבדל ביניהם (כפי שהתבטאנו במקום אחר ובהקשר אחר) "אין הוא אך הבדל דק: הבדל דק-דק הוא, דק-מכל-דק, דק-על-דק-עד-אין-נבדק" (רע"א 7504/95 + 7793 יאסין נ' רשם המפלגות; טרם פורסם).

4. ה"מסייע" בעבירה רבת-משתתפים עונשו הוא, כהוראת סעיף 32 לחוק העונשין, "מחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי" (בכפוף ליוצאים מסויימים). תרומתו של המסייע לביצועה של עבירה הינה

זעומה מזו של המבצע-בצוותא. והתרומה היא זעומה כדי-כך, שראוי הוא - אליבא דמחוקק - אך למחצית העונש שהמבצע-בצוותא צפוי לו. על הקשר הפנימי בין העונש לבין סיווגו של עבריין כמבצע-בצוותא או כמסייע עמדו במקום אחר, ולא נוסף (ע"פ 4497/93 + 4389 מרדכי; טרם פורסם). "מיבחן העונש" משתלב היטב במיבחנים אחרים שהוצעו - להבדיל ולהבחין בין מבצע-בצוותא לבין מסייע - מיבחנים שעמדו עליהם בפרשת מרדכי וחברי הנשיא מוסיף ועומד עליהם בחוות-דעתו עתה. ובכל-זאת נדע להבדיל בין "מיבחן העונש" לבין המיבחנים האחרים שהוצעו לזיהויים של מבצע-בצוותא ומסייע. וההבדל, דומה, אין הוא הבדל של עקרון אלא של רמת-הפשטה.

5. ביסוד-היסודות תימצא חבותו החברתית והמוסרית של העבריין למעשה שעשה. במעשהו הרע פרע העבריין סידרי חברה מקובלים, פגע בכללי מוסר בין אדם לרעהו, ועל-כך מבקשת החברה להגיב. התגובה היא על דרך הגדרת המעשה כעבירה פלילית וקביעת עונש בצידה של העבירה. שני אלה - העבירה והעונש - אינם אלא תירגומה של הפגיעה בערך החברתי לשפת המשפט: הפיכת הערך החברתי הנתון לערך חברתי מוגן במערכת המשפט. ובכך נבדל "מיבחן העונש" מהמיבחנים האחרים, ש"מיבחן העונש" מייסד עצמו במישרין על חבותו החברתית והמוסרית של העבריין, בעוד שהמיבחנים האחרים מדגישים בעיקרם את יסוד הקשר הסיבתי בין העבירה לבין תרומתו של העבריין לביצועה. ואולם ההבדל אינו אלא הבדל ברמת-ההפשטה, שכן מיבחני הקשר הסיבתי בונים עצמם אף-הם על חבותו החברתית והמוסרות של העבריין, אלא שנותנים הם ביטוי לאותה חבות בהרקתה אל הכלי המשפטי של הקשר-הסיבתי. לשון אחר: מיבחני הקשר הסיבתי נועדו מעיקרם ליתן ביטוי משפטי-טכני לחבות החברתית והמוסרית של העבריין. והכל, נזכור, להבדיל ולהבחין בין מבצע-בצוותא לבין מסייע.

6. בפרשת מרדכי דיברנו על העונש כיסוד מבחין בין מבצע-בצוותא לבין מסייע. עתה עושים אנו ליתר-הפשטה של "מיבחן העונש", על דרך גילוי היסודות היוצרים את העונש. העונש נועד ליתן ביטוי משפטי לפגיעה שפגע העבריין בערכי חברה ומוסר. העונש שעבריין צפוי לו משקף את עוצמת הגינוי שהחברה מגנה את מעשהו, וככל שהגינוי יקרה כן יעצם ויילך העונש. ומתוך שההבחנה בין מבצע-בצוותא לבין מסייע סומכת עצמה - בין במישרין בין בעקיפין - על העונש שהעבריין עלול לחוב בו, אינני רואה טעם טוב שלא ללוש במישרין באותם ערכי-יסוד שיצרו את העונש, ודרכם לקבוע אם פלוני העומד לדין מבצע-בצוותא הוא או מסייע. גם מיבחני הקשר הסיבתי מביאים במניין שיקולם - ולו בתת-מודע - את חבותו המוסרית והחברתית של העבריין. המיבחנים כולם משלימים אלה-את-אלה.

7. יטען הטוען ויאמר: מה-לנו שנעסיק עצמנו בערכי-יסוד, והרי אותם ערכים נבלעו בנוסחאות-המשפט של קשר סיבתי. מוטב כי נדבר בשפתנו - שפת המשפט - ואל נרחיק-לכת אל מחוזות רחוקים, שמא נתעה בדרכנו. הנה-כי-כן, מיבחני הקשר הסיבתי הם מיבחנים המוכרים לנו, מיוסדים הם על הגיון ועל שכל-ישר, ומוטב שנעשה בהם ולא נסבך עצמנו ביסודות היוליים שאין להם לא מידה ולא מישקל. טענות אלו אינן מקובלות עלינו.

8. ראשית לכל נאמר זאת: בחינת הדברים מקרוב תלמדנו, שגם מיבחני הקשר הסיבתי נדרשים - בידועין ושלא-בידועין - ל"מיבחן העונש" ולמיבחן חבותו החברתית והמוסרית של העבריין כיסודות יוצרים בהם. ביטוי לדבר ימצא בהגדרות המשמשות אותנו לתיאורם של המבצע-בצוותא ושל המסייע, הגדרות העושות שימוש במושגים הסוגרים עצמם בין מרכאות. כך, למשל, מתארים אנו מבצעים-בצוותא ומסייעים בנוסחאות אלו: "שותפים ישירים" ו"שותפים עקיפים"; "שותפים ראשיים" ו"שותפים מישניים"; שותפים מן "המעגל הפנימי" ושותפים מן "המעגל החיצוני"; שותפים "שולטים" ושותפים המשמשים "אמצעי עזר"; שותפים התורמים תרומה "עיקרית" ושותפים התורמים תרומה "מישנית"; ועוד. כיצד נדע למלא תוכן מושגים אלה שסגרנו בין מרכאות? אף אתה אמור: מבין הסדקים של מושגי המשפט ה"הגיוניים" מציצים אלינו ערכי היסוד. שמא נאמר: מושגי-המשפט אינם אלא מושגי-מסגרת, ונמלא אותם תוכן בערכי היסוד. המיבחנים שאנו נדרשים להם אינם, לאמיתם של דברים, מיבחנים מכניסטיים של קשר-סיבתי. ענייננו הוא בקשר-סיבתי ראוי, וקשר סיבתי ראוי מזינים אותו ערכי-היסוד. שאיפתנו היא ליתן ביטוי משפטי הולם לפגיעה שפגע העבריין בערכי חברה מוגנים, ועל-פי עוצמתה של פגיעה זו נדע אם מבצע-בצוותא הוא או מסייע.

הנה-הוא המוכר כלי-נשק לעבריין העיקרי לביצועה של עבירה. חברי מביא אותו כדוגמה מובהקת להיותו אך מסייע, להבדילו ממבצע-בצוותא. על דרך הכלל נסכים כי אכן כן הוא. ואולם לא בהכרח כן, ולא תמיד. כך, למשל, במקום בו מחזיק פלוני ב"עסק" עברייני נסתר של מכירת כלי-נשק, ותוך כדי ניהול עיסוקו מוכר הוא כלי-נשק לעבריין העיקרי. בנסיבות מסוימות אפשר נראה את תרומתו של המוכר לביצועה של העבירה תרומה "מכרעת" מבחינה חברתית ומוסרית, ומסקנה זו יכולה שתולך אותו אל המעגל ה"פנימי" של מבצעי העבירה. בייחוד כך יהיה אם הקונה הוא נער צעיר, לא-כל-שכן אם אין הוא נושא באחריות פלילית בשל גילו הצעיר. ואולם אין צורך שנרחיק לכת עד הגיענו אל פייגין של אוליוור טוויסט. פייגין היה מבצע עיקרי: הוא ביצע עבירות באמצעות קטינים, כבשלת-רחוק, ועל-כן אין הוא לענייננו כאן (ראו סעיף 29(ג) לחוק העונשין).

בנסיבות מסויימות נוכל לספק עצמנו בקביעה כי בעצם קיומו של העסק הבלתי-חוקי למכירת כלי-נשק, יצר בעל-העסק מוקד-פיתוי - בייחוד לנערים צעירים - לביצועם של מעשי עבירה תוך שימוש בנשק, ולהסיק כי מכירת כלי-הנשק - שברגיל אינה אלא מעשה טפל לעבירה שבוצעה באמצעות אותו כלי-נשק - שימשה גורם עיקרי ומרכזי באותה עבירה. אכן, בנסיבות מסויימות יכולים נתונים אלה להוליך אותנו למסקנה כי יש וראוי לראות את מוכר כלי-הנשק כמבצע-בצוותא של העבירה שכלי הנשק שימש בביצועה. וגם לא יקשה עלינו למצוא במוכר מחשבה פלילית ומעשה פלילי.

אשר למחשבה הפלילית, ניתן לגלותה בנקל במוחו של המוכר. מחשבה פלילית היא, כלשון סעיף 20(א) לחוק העונשין, "מודעות לטיב המעשה [ו]לקיום הנסיבות הנמנים עם פרטי העבירה", וסעיף 20(ג) (1) לחוק מוסיף ומורנו, כי "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם". ואשר ליסוד העובדתי שבעבירה נאמר, כי היסוד הנפשי ומכירת כלי-הנשק יוצרים את הקשר הסיבתי הראוי בין העבירה לבין המוכר, להיותו של המוכר מבצע-בצוותא ולא אך מסייע.

לא הבאתי דוגמה זו אלא כדי להוכיח, כי לא נוכל להכריע מראש מיהו מסייע ומיהו מבצע-בצוותא. יתר-על-כן: החבות המוסרית והחברתית למעשה האסור משמשת, לדעתנו, גורם מכריע בסיווגו של פלוני להיותו עבריין ראשי או עבריין מישני, וחבות זו יהיה עלינו לקבוע בכל עניין ועניין לעצמו.

9. משידענו כל אלה, נוסיף ונשאל: מה היה לו למחוקק שראה להבדיל באורח הרמטי ונחרץ בין מבצע-בצוותא לבין מסייע? הנה-כי-כן, אותו "תחום אפור" שבין מבצע-בצוותא לבין מסייע אינו צר מימדים. יש שטחים בו הקרובים - או אף הקרובים-במאוד - לתחום השחור-משחור, תחום המבצעים-בצוותא, ויש שטחים בו הקרובים - או אף הקרובים-במאוד - לתחום השחור, תחום המסייעים. מה טעם ומה הצדק ימצאו לנו לומר כי אלה הקרובים לתחום השחור-משחור יהיו צפויים לאותו עונש כאלה הקרובים לתחום השחור? בנסיבות פלוניות אפשר שפלוני יסווג כ"מסייע", אך כמסייע הקרוב במאוד לתחום המבצעים-בצוותא, מסייע שהוא "כמעט" מבצע-בצוותא. מדוע יוגבל עונשו של זה אך למחצית העונש הקבוע בצידה של העבירה? לא עוד אלא למחצית העונש בדיוק? מה טעם נקבע עונשו של "מסייע" באורח מתימטי מדוייק? מדוע ניטל מבית-המשפט שיקול הדעת שהיה לו קודם תיקון 39, שיקול-דעת שבגדריו יכול היה להטיל על "מסייע" (כהוראת הדיבור "מסייע" כיום) עונש שהוא למעלה ממחצית העונש שנקבע בצידה של העבירה? מדוע לא יוכל בית-המשפט להטיל על "מסייע" עונש לפי מידתו כמסייע: ליתן לרשע רע כרישתו, למסייע מן הקטנים כמידתו ולמסייע מן הגדולים כמידתו? חידה היא בעיניי ופיתרונה לא ידעתי. אכן, לא כל שמתקיים במעבדה יכול שיתקיים באוויר החופשי. יש חומרים שיתקיימו במעבדה, אך משיוצאו אל האוויר החופשי יתפרקו על-אתר ולא עוד יהיו.

10. והערה אחת נוספת: שני חלקים נפרדים הם במשפט פלילי: החלק האחד עניינו בשאלה אם נעברה עבירה אם לאו, והחלק האחר עניינו בעונש שיוטל על מי שהורשע בדינו. בחלקו הראשון של המשפט מעסיקים בתי-המשפט עצמם ב"נושאי-משפט" מובהקים: בקביעת עובדות, בהסקת מסקנות, בפירושו של חוק, בהחלתו של חוק. בחלקו השני של המשפט, שלא כבחלקו הראשון, עוסקים בתי-המשפט בעיקר בנושאי-חברה כלליים: בתכלית הענישה, בהרתעת העברייני ובהרתעתם של אחרים, בשכר ועונש, בשיקום העברייני ועוד. כך על דרך הכלל. והנה, העלאתם של ערכי-יסוד אל-פני השטח בקביעת מעמדו של עברייני - אם מבצע-בצוותא הוא או אם מסייע הוא - מקרבת את שני חלקי המשפט הפלילי זה-אל-זה. שלא כמקובל, נדרשים אנו לערכי-יסוד גם בחלקו הראשון של המשפט, לאמור, להכרעה בשאלה אם הנאשם מבצע-בצוותא הוא או אם מסייע הוא. ההכרעה בשאלה אם הנאשם עברייני ראשי הוא או אם עברייני מישני הוא, לא תהיה הכרעה משפטית-טכנית, כמקובל, אלא הכרעה ערכית. לאמיתם של דברים עמדנו כבר על כך, שעה שהודענו את עמדתנו - בפרשת מרדכי - כי העונש הקבוע בחוק נודע לו מישקל בקביעת מעמדו של העברייני בהירארכיה של העבריינים.

### על המשדלים

11. "משדל" הוא - כלשון סעיף 30 לחוק העונשין:

"המביא אחר לידי עשיית עבירה בשיכנוע, בעידוד, בדרישה בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה".

עונשו של משדל הוא כעונשו של מבצע עיקרי ומבצע-בצוותא (סעיף 34 לחוק העונשין).

12. מעיקרם של דברים יכול היה הדין להיות אחר: הן לעניין חבותו של משדל בפלילים הן לעניין העונש שהוא צפוי לו. אשר לאחריות, נזכור שהמשדל אינו עובר עבירה במישרין. פעילותו מתבטאת בעיקרה בשיח: בשיכנוע, בעידוד, בדרישה וכו'. יכול היה הטוען לטעון, כי אין זה ראוי להטיל חבות בפלילים על מי שאך השפיע לרע בשיחו עם חברו. המבצע העיקרי, המבצע-בצוותא והמסייעים נושאים לכל הדעות בחבות, שכן במעשיהם פוגעים הם במישרין בערכי-חברה מוגנים. לא כן הוא המשדל, שבשיחו לא שינה, לכאורה, מן הסטטוס-קוו-אנטה החברתי. מבצעי העבירה למיניהם יכולים היו להישמע למשדל או שלא להישמע לו, ועצם היותם בני-בינה כמו מנתק את הקשר הסיבתי הראוי בין המשדל לבין מעשה העבירה. מבצעי העבירה הם בבחינת "גורם זר מתערב", וגורם זה יש בו כדי להרחיק את המשדל מן העבירה. כך, להבדיל ממקרים בהם המשדל אינו אלא

כחומר-ביד-היוצר בידיו של המשדל (סעיף 29ג) לחוק העונשין). אשר לעונש, ניתן היה לטעון כי משדל ראוי לו כי ישא במחצית העונש בלבד - כמוהו כמסייע - שהרי לא הוא שביצע את העבירה הלכה-למעשה.

13. החוק לא הלך בדרך זו. חבותו של משדל בפלילים היא כחבותו של מבצע עיקרי, והעונש שהוא צפוי לו הוא כעונשו של מבצע עיקרי. ובצדק כך.

אשר לחבות בפלילים, נזכור שמשדל הוא "המביא אחר לידי עשיית עבירה", לאמור, בשיח עם אחר גורם המשדל לכך שאחר יעבור עבירה. לולא המשדל אפשר לא היתה מתבצעת עבירה כלל, והשידול הוא שגרם לביצוע העבירה. ודומים הדברים להטלת חבות בפלילים על קושרי-קשר. בפרשת זכאי (ע"פ 461/92, 1496, 2569 - זכאי, פ"ד מז(2) 580, 588), שאלתי על-שום-מה ולמה יחוב קושר-קשר בפלילים? הנה-כי-כן:

"פלוני כי יחרוש מזימות רשע ועבירה בלבבו - כך, למשל, לגנוב מכונית פלונית בלילה פלוני - לא יעבור כל עבירה. דברים שבלב אינם דברים... כך דין גם אם בצדו של פלוני, ובלא קשר אליו, יחרוש אלמוני אותן מזימות רשע בלבבו; גם אלמוני, כמוהו כפלוני, לא יעבור עבירה הגם שהשניים אמרו לעבור אותה עבירה ממש, ובאותה עת עצמה. ואולם אם יסכימו השניים ביניהם את שכל אחד זמם לעצמו בלבבו, יחוייבו שניהם כאחד בעבירת הקשר. מדוע כך, ומה נשתנה זה מזה?"

מדוע אם כן?

"אף אתה אמור, הסכמה בין שניים לבצע עבירה מקרבת את הסיכון שהעבירה אמנם תתבצע - השניים כמו מחזיקים איש ביד רעהו, ובהיחלש האחד יחזקנו חברו - ובלשונו של הנביא (ישעיה, מא, ו): 'איש את-רעהו יעזרו ולאחיו יאמר חזק'. בשל סיכון יתר זה קם ונהיה האינטרס החברתי לקבוע הסכם-קשר לביצוע עבירה פלילית כעבירה לעצמה."

אם כך קושר-קשר, לא-כל-שכן משדל, שלא רק יצר סיכון לעשייתה של עבירה אלא הביא אחד לידי עשיית עבירה. אכן, הגדרתו של משדל כ"המביא אחר לידי עשיית עבירה..." , מדמה את המשדל למי שהולך יד-ביד עם העבריין לעשייתה של העבירה. הוא כבש את ליבו של העבריין, והולך הוא עם העבריין כרואה-ואינו-נראה. יש המתארים משדל כמי שתורם תרומה "עקיפה" לביצועה של עבירה. כשאני לעצמי, דומני שתיאור זה מחטיא במשהו את העיקר. תרומתו של משדל, הינה, לדעתי, תרומה ישירה, ממש כתרומתו של המבצע העיקרי.



יתר-על-כן: ניתן להגדיל ולומר, כי חבותו של המשדל אף רבה מחבותו של העבריין העיקרי. חז"ל לימדונו כי "לאו עכברא גנב אלא חורא גנב" (גיטין, מה ע"א). ובלשוננו: הגנב ("אמיתי") אינו הגנב אלא מקבל הרכוש הגנוב, שלולא הוא לא היה הגנב גונב. המשדל הוא כאותו "חורא", וניתן להעלות עליו את שחז"ל העלו על מקבלי רכוש גונב. לאמיתם של דברים, במקרים רבים המשדל הוא אף ה"חורא". משדל הוא מראש וזוכה הוא בפרי העבירה לאחר מעשה: סוגר הוא על העבריין העיקרי גם מלפניו גם מאחוריו, אך בלא שהוא נוטל על עצמו סיכון שמא ייתפש בכף לעת ביצוע העבירה. הוא שאמרנו: משדל ראוי הוא שדינו יהיה, למיצער, כדין העבריין העיקרי. כך באשר לחיוב בפלילים וכך באשר לעונש. ומדוע כך? נבחן ונמצא, כי בהטילנו חבות ועונש על משדל מבקשים אנו ליתן ביטוי לחבותו המוסרית והחברתית למעשה העבירה שנעשה, לפגיעה שפגע בערכי החברה החשובים לנו. הקשר הסיבתי - "המביא אחר לידי עשיית עבירה" - הינו הביטוי המשפטי-הטכני להטלת חבות על המשדל ולקביעת מידתה של אותה חבות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא.

ניתן היום, ד' בתמוז התשנ"ז (9.7.97).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור  
שמריהו כהן - מזכיר ראשי  
/rד/A01.DOC.95027960