



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2921/18

ע"פ 2961/18

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט א' שטיין

המערערת בע"פ 2921/18
והמשיבה בע"פ 2961/18: מדינת ישראל

נגד

המשיב 3 בע"פ 2921/18
והמערער בע"פ 2961/18: אביב בצלאל

ערעורים על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-
יפו (כב' השופט ב' שגיא) בת"פ 16281-08-16 מיום
28.12.2017

תאריך הישיבה: כ"ג בטבת התשע"ט (31.12.2018)

בשם המערערת בע"פ 2921/18
והמשיבה בע"פ 2961/18: עו"ד תמר בורנשטיין; עו"ד קרן רוט; עו"ד שרית
שמש; עו"ד אלון סיוון

בשם המשיב 3 בע"פ 2921/18
והמערער בע"פ 2961/18: עו"ד עידית קן ציפור

פסק-דין

השופט א' שטיין:

"אסירים בחצר":
הוכחה סטטיסטית והוכחה אינדיווידואלית

1. תאורטיקנים של דיני ראיות דנים מזה שנים רבות במקרה ההיפותטי הבא, אשר
זכה לשם "אסירים בחצר":

בכלא שמאכלס 1000 אסירים, 999 אסירים נטלו חלק במרד אלים שבמהלכו נהרגו כל הסוהרים, למעט שניים שנמלטו בהליקופטר ממנו הם הסריטו את אשר אירע. הסרט מראה שאסיר אחד, שאותו לא ניתן לזהות, הוציא את עצמו מן הכלל: הוא נצמד לקיר עם ידיים מורמות כלפי מעלה, לא נקט בשום מעשה אלימות ולא סייע בידי חבריו בשום דרך (ראו Charles R. Nesson, *Reasonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity*, 92 HARV. L. REV. 1187, 1192-1193 (1979) (להלן: האסירים בחצר)).

מטרת הדיונים הללו היא לבדוק את הרציונל שעומד מאחורי הדרישה החוקית כי אשמתו של נאשם תוכח באמצעות ראיות אינדיווידואליות, אשר מצביעות עליו אישית, ולא על ידי ראיה סטטיסטית גרידא. הוכחה סטטיסטית – כך טוענים מתנגדיה – אין בכוחה להוכיח, מעבר לספק סביר, שהנאשם הקונקרטי העומד לדין ביצע את העבירה המיוחסת לו. במקרה של האסירים בחצר, הסתברות סטטיסטית של 0.999 (או הסיכוי של 99.9% מזהה כל אסיר ואסיר כמי שקרוב לוודאי נטל חלק בהרג הסוהרים. ואולם – כך נטען – הסתברות זו איננה יכולה לבסס את אשמתו של שום אסיר אינדיווידואלי מעבר לספק סביר מאחר שאיננה מוכיחה שום אירוע קונקרטי וממילא איננה שוללת את התרחיש שאותו אסיר אינדיווידואלי הוא זה שנצמד אל הקיר ונמנע מלהשתתף במרד הרצחני (ראו ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 78-85, 148-149 (2005) (להלן: FOUNDATIONS); וכן Ronald J. Allen & Alex Stein, *Evidence, Probability, and the Burden of Proof*, 55 ARIZ. L. REV. 557, 79-571 (2013); Liat Levanon, *Statistical Evidence, Assertions and Responsibility*, 82 MODERN L. REV. 269 (2019)). במלים אחרות, אשמתו של נאשם בפלילים צריך שתהא מוכחת על ידי ראיות אינדיווידואליות, אשר מוכיחות את מעשיו הוא – זאת, להבדיל ממאפיינים כלליים, כאלה או אחרים, אשר משייכים אותו לקבוצה סטטיסטית כזו או אחרת. הוכחת אשמתו של נאשם יכולה, כמובן, לשלב נתונים סטטיסטיים כלליים עם ראיות אינדיווידואליות – כפי שנעשה, למשל, בהפקת ממצאי ד.נ.א. וממצאים פורנזיים נוספים של "הדור השני": ראו Erin Murphy, *The New Forensics: Criminal Justice, False Certainty, and the Second Generation of "Advances in second-Scientific Evidence"*, 95 CALIF. L. REV. 721, 738 (2007) generation sciences do not just encourage the substitution of cases with a forensic evidence component for those without such a component. They also allow for the identification of perpetrators even in the absence of any other (evidence). ואולם, נתונים סטטיסטיים לבדם אינם יכולים לבסס הרשעה בפלילים.

הקפדה על הוכחה אינדיווידואלית של ביצוע העבירה נהוגה בדיני הראיות האנגלו-אמריקניים (ראו FOUNDATIONS, 172-178) ובישראל (ראו ע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' קורמן, פ"ד נד(4) 653, 662 (2000)).

מנגד, תומכי ההוכחה הסטטיסטית טוענים כי כל הוכחה של עובדות היא סטטיסטית ביסודה, כל אימת שאין בידינו ודאות מוחלטת; ועל כן, כל שמערכת המשפט חייבת לקבוע לעצמה הוא את סף ההסתברות שראיות מפלילות תצטרכנה לעבור כדי שניתן יהיה להרשיע על יסודן את הנאשם (ראו FOUNDATIONS, 148-149). קביעתו של סף ההסתברות הדרוש היא עניין ערכי שצריך לעמוד להכרעה חברתית. סף זה נגזר מתמטית מהמספר המירבי של עבריינים אשמים – אלו אשר ביצעו את העבירות המיוחסות להם – שהחברה מוכנה לזכות ולפטור מהעונש (n) כדי למנוע את הרשתות ואת ענישתו של חף מפשע אחד (ראו John Kaplan, *Decision Theory and the Fact-Finding Process*, 20 STAN. L. REV. 1065, 1071-1075 (1968)). מנקודת ראות זו, סף ההסתברות שראיות מפלילות תידרשנה לעבור כדי להצדיק את הרשעת הנאשם הוא

$\frac{n}{n+1}$ (ראו שם; וכן FOUNDATIONS, 172-173). לדוגמא, במקרה של האסירים בחצר, אם נחליט, בהשראת הרמב"ם, כי $n=1000$ (ראו ספר המצוות לדמב"ם, מצוות לא תעשה, רצ ("יותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים, מלהרג נקי אחד ביום מן הימים")) – מן הדין יהיה לזכות כל אסיר ואסיר, שכן אז סף ההרשעה יהא גבוה במעט מ-0.999. בקצה השני, המיוצג על ידי ולדימיר א' לנין, אחד מאבות הקומוניזם, n יהא שווה ל-1, אם לא פחות מ-1 (ראו MIRJAN R. DAMAŠKA, *THE FACES OF JUSTICE AND STATE* (Yale University Press – 1996) AUTHORITY 121, n.41). לפי אמת מידה זו, שלמרבית המזל איננה מקובלת במקומותינו, כאשר הסתברות אשמתו של הנאשם מגיעה ל-0.5 בלבד, חייב בית המשפט להרשיעו ולהטיל עליו עונש. החברה יכולה, כמובן, לאמץ לעצמה עמדה ערכית ביחס ל- n שתעמוד בין לנין לבין הרמב"ם: היא יכולה לקבוע, למשל, מטעמיה הערכיים, כי n יהא גבוה בהרבה מ-1, אולם נמוך באופן משמעותי מ-1000 (ראו Alexander Volokh, *n Guilty Men*, 146 U. PA. L. REV. 173, 174-177 (1997)). למשל, ויליאם בלקסטון, משפטן והוגה דעות רב-השפעה, שכתביו כיסו את המשפט המקובל האנגלי של המאה ה-18, העמיד לצדו של n את המספר 10. לפי אמת מידה זו, אשר זכתה לכינוי Blackstone Ratio, הסתברות אשמה העולה על 0.91 תחייב את בית המשפט להרשיע את הנאשם שבפניו (ראו 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND *358 (Gallaghan & Co. 1872)).

2. כפי שיתבאר להלן, הערעורים שלפנינו מציגים את המקרה של האסירים בחצר ואת היפוכו.

הערעורים

3. הערעורים דכאן מופנים נגד הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט ב' שגיא) בת"פ 16281-08-16 מיום 28.12.2017 (להלן: פסק הדין קמא). פסק הדין קמא זיכה את מר אביב בצלאל (שייקרא להלן: המערער), מפרט אישום שייחס לו חבלה בכוונה מחמירה, עבירה לפי סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק או חוק העונשין) והרשיעו בקשירת קשר לביצוע פשע, עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק. בעקבות הרשעה זו, השית בית משפט קמא על המערער מאסר בפועל כמניין ימי מעצרו בצירוף מאסר על תנאי, הרחקה ממגרשי כדורגל וכן חיוב בתשלום קנס.

4. המערער תוקף את הרשעתו בקשירת קשר לביצוע פשע, שהינו גרימת חבלה בכוונה מחמירה, בטענה כי מן הדין היה להרשיעו אך ורק בקשירת קשר לביצוע עוון – פריצה למחסן בכוונה לגנוב – עבירה לפי סעיף 499(א)(2) לחוק העונשין. מנגד, המדינה באה להפוך את זיכוי המערער מגרימת חבלה בכוונה מחמירה. לטענתה, לא זו בלבד שהמערער היה שותף לקשירת הקשר לביצוע פשע – גרימת חבלה לאוהדים של קבוצת כדורגל הפועל תל אביב – אלא שהלה גם פעל למימושו בכוונה מחמירה. מטעמים אלו, מבקשת המדינה מאתנו כי נהפוך את הכרעתו המזכה של בית משפט קמא ונעמיד במקומה פסק דין מרשיע.

רקע כללי וכתב האישום

5. המערער נמנה על חברי ארגון האוהדים של קבוצת הכדורגל בית"ר ירושלים "לה פמיליה" (להלן: הארגון או לה פמיליה). פעילותו העבריינית של ארגון זה כבר נדונה בגדרם של ע"פ 2854/18 משה נ' מדינת ישראל (27.8.2019); ע"פ 2814/18 מנור נ' מדינת ישראל (27.2.2019) וע"פ 3754/18 נחשון נ' מדינת ישראל (8.4.2019) (להלן: פסקי הדין הקודמים).

6. ביום 8.11.2016 הוגש לבית משפט קמא כתב אישום מתוקן נגד חברי הארגון. כתב זה מחזיק חמישה אישומים, מתוכם מיוחס למערער דכאן אישום אחד בגין אירוע אלימות שהתרחש ביום 3.10.2015 בשכונת פלורנטיין שבתל אביב (להלן: האירוע או,

ככינוריו בפסקי הדין הקודמים, פלורנטין 1). ואלה הן עובדותיו של אותו אירוע פלורנטין
1 הצריכות לענייננו:

בתחילת חודש אוקטובר 2015 לערך, פרצה קטטה בין עומר גולן, חבר בלה
פמיליה, לבין אוהד קבוצת הכדורגל הפועל תל אביב בשם ג'ק. בעקבות קטטה זו, גמלה
בלבו של עומר ההחלטה לגרום למותו של אוהד קבוצת הפועל תל אביב. ביום 3.10.2015
קשרו חלק מחברי הארגון קשר לארוב לאוהדי הפועל תל אביב ולחכול בהם, בצוותא
חדא, תוך שימוש בנשק קר. במסגרת הקשר ולשם קידומו, תיאמו חברי הארגון,
באמצעות שיחות טלפון והודעות ווטסאפ, להיפגש ב"פלאפל ג'נה", הנמצא בסמוך
לאצטדיון בלומפילד ביפו. בשעה 19:30 לערך, הגיעו לשם חברי הארגון כשרובם רעולי
פנים, לבושים בבגדים כהים ומצוידים באלות בייסבול, מקלות עץ, אבנים, סכינים,
בקבוקי זכוכית, מברגים וצינורות גומי. עומר גולן נשא עמו פטיש תופסנים בעל שיניים
מחודדות (להלן: הפטיש) והצהיר לפני חלק מחברי הארגון כי בכוונתו להרוג את ג'ק
"היום". עומר הטמין את הפטיש מתחת לאחד הרכבים שנמצאו במקום. בשלב מסוים
החלו חברי הארגון לתור אחר אוהדי הפועל תל אביב, עד אשר התמקמו, בסביבות השעה
20:30, בסמוך למחסן הציוד של אוהדים אלו (להלן: מחסן הפועל או המחסן) שברחוב
פלורנטין בתל אביב (להלן: מקום ההתכנסות או חניון אליפלט). משהבחינו בכעשרים
אוהדי הפועל, רצו לעברם והחלו לתקפם בצוותא בכלי הנשק שברשותם וכן באגרופים,
בבעיטות ובכיסאות. במהלך האירוע, חבט אחד מחברי הארגון בעוצמה בראשו של אחד
מאוהדי הפועל באמצעות לבנה; ואילו עומר רץ להביא את הפטיש, שב עמו לזירת
האירוע ונעץ את חודו המשוני של הפטיש בחוזקה בראשו של אוהד הפועל, י.ס. (להלן:
המתלונן). חברי הארגון לא חדלו ממעשיהם, והמשיכו להכות את המתלונן בעודו שרוע
על הקרקע כשהפטיש נעוץ בראשו ודם ניגר ממנו. בעקבות מעשים אלו, המתלונן עבר
סדרת ניתוחים מורכבים שהצילו את חייו. בגמר הטיפולים הרפואיים, הוא הוגדר על-ידי
המוסד לביטוח לאומי כנכה בשיעור של 83%, ונקבעה לו אי-כשירות לצמיתות בשיעור
של 100%.

פסק הדין קמא

7. על יסוד הראיות שהובאו לפניו, קבע בית משפט קמא ממצאים עובדתיים בנוגע
לאופיו של האירוע וללוח הזמנים להתרחשותו. נקבע, כי ביום המדובר, 3.10.2015,
הגיעו עשרות חברי לה פמיליה לשכונת פלורנטין, שם נרקם הקשר העברייני לארוב
לאוהדי הפועל תל אביב – שהיו צפויים להגיע למקום כדי לפרוק ציוד במחסן – ולתקוף
אותם. עוד נקבע, כי חברי הארגון שהגיעו למקום הצטיידו בכלי נשק קר שונים והמתינו

לבואם של אוהדי הפועל תל אביב, וכי התקיפה עצמה החלה בסביבות השעה 20:25 והסתיימה בסביבות השעה 20:32, שבה החלו התוקפים להימלט מהמקום.

8. בית משפט קמא הוסיף וקבע כממצא שבעובדה כי קשירת הקשר החלה בקבוצת הווטסאפ של חברי הארגון, שם חולקו הוראות בדבר הצורך בהגעה למקום, וקיבלה ביטוי מובהק בהצטיידותם של חברי הארגון בכלי נשק קר שונים, בלבושם הכהה שהקשה על זיהויים ובהמתנתם לאוהדי הפועל תל אביב. בית המשפט הדגיש כי ההצטיידות בכלי התקיפה וההמתנה בחניון אליפלט לאוהדי הפועל תל אביב מסמלות את "לב קשירת הקשר" ואינן "נתונות] במחלוקת".

9. בשים לב לאמור, צמצם בית משפט קמא את יריעת המחלוקת בין הצדדים לשאלה הבאה:

האם יש ממש בגרסת המערער שלפיה הגיע למקום ההתכנסות וברגע שהבין כי צפוי להתפתח אירוע אלים, עזב את המקום מבלי שנטל כל חלק באותו אירוע?

10. כדי לברר שאלה זו, נדרש בית משפט קמא לבחינת הראיות שהביאה התביעה להוכחת אשמתו של המערער; ואלה הן הראיות: מטרות הארגון לה פמיליה ודרכיו; הגעת המערער למקום ביצוע העבירה יחד עם חברי ארגון נוספים; עדותו של חבר הארגון ל' (שהופעל בשעתו כסוכן משטרת, וייקרא להלן: עד המדינה) ממנה עולה כי המערער לקח חלק באירוע; אמרתו של העד השותף, עומר גולן, לעד המדינה לפיה "אם אני לא טועה אביב היה... אביב בצלאל אם אני לא טועה"; אמרתו של העד השותף, נאור שמואל, אשר הנהן בראשו בחיוב כאשר נשאל על ידי עד המדינה האם המערער ורון עייש (חבר נוסף בארגון, שנלווה אל המערער) היו באירוע; וכן אמרתו של העד השותף, מתן שמעון, הממקמת את המערער בזירת האירוע כאחד מהאחרונים שיצאו ממנה ומכנה אותו "קרביץ", מלשון המילה "קרבי".

11. אל מול כל אלה, העמיד בית משפט קמא ושקל את טענות ההגנה והראיות שהוצגו מטעמה, ובהן: העובדה כי מאמרתו של העד השותף, אופק כהן, אשר מנה את שמות המשתתפים באירוע, נפקד שמו של המערער; העובדה כי אופק כהן שלל את הטענה שהוא מכיר את המערער מאירועים אלימים; אמרתו של העד השותף, מתן שמעון, שלפיה "היה שתיים מקרית מלאכי אני יודע שלא נכנסו בזה", בשילוב עם העובדה כי המערער וחברו, רון עייש, באו מקרית מלאכי; דו"ח האיכון שמיקם את המערער בשעה 20:54 באתר "צומת אשדוד" – בהינתן לוח הזמנים של האירוע שנקבע על ידי בית משפט קמא כאמור לעיל, איכון זה מתיישב טוב יותר עם תזת העזיבה המוקדמת שהעלה

המערער מאשר עם תזת העזיבה המאוחרת, שכאמור עלתה מאמרתו המפלילה של מתן שמעון; עדותו של עד ההגנה, רון עייש, אשר אישר את גרסת המערער, לרבות את הטענה כי השניים עזבו את שכונת פלורנטין זמן קצר לפני האירוע האלים; וכן דו"ח האיכון הממקם את רון עייש בשעה 20:36 במקום האירוע (רחוב הרבי מבכרך) וחמש דקות אחר-כך, בשעה 20:41, באתר דב הוז שבחולון – דבר שאיננו שולל את תזת המערער בדבר עזיבה מוקדמת, ואף תומך בה.

12. בית משפט קמא גם נתן את דעתו לעדותו של המערער אשר "הייתה רחוקה מלהרשים", וציין כי עדות זו, בדומה ליתר העדויות שניתנו על ידי חברי הארגון, התאפיינה ברצון "לשמור על החברים האחרים". בית המשפט קבע כי איננו מאמין לגרסת המערער לפיה סבר, במהלך שהותו בזירת האירוע, כי חברי הארגון התכנסו כדי לגנוב ציוד של אוהדי הפועל תל אביב מהמחסן שברשותם. חוסר אמון זה נבע, בין היתר, מכך שהמערער הכחיש כי היה עד לשלב ההצטיידות בכלי התקיפה – עובדה שהוכחה על ידי התביעה באותות ובמופתים.

13. על יסוד מארג ראיות זה, הגיע בית משפט קמא לכלל מסקנה כי המערער "הגיע לאזור פלורנטין ולחניון אליפלט, שם נפגש עם יתר חברי הארגון, היה שותף לתהליך ההצטיידות שהתרחש במקום, ובכך – נטל חלק באותה עבירה של קשירת קשר לתקיפת אוהדי הפועל תל-אביב באופן של גרימת חבלה חמורה". בית המשפט הדגיש כי אין בידו לקבל את גרסת המערער כי אחריותו הפלילית מתמצת בקשירת קשר לפרוץ למחסן הפועל. בית המשפט קבע כי המערער נמנה עם חברי לה פמיליה שקשרו ביניהם קשר לתקוף באכזריות את אוהדי הפועל תל אביב באזור המחסן. לצד זאת, בית המשפט החליט כי הראיות, במשקלן המצטבר, יוצרות ספק סביר לגבי השתתפות המערער בתקיפה עצמה. בית המשפט הרשיע אפוא את המערער בקשירת קשר לביצוע פשע; זיכה אותו, מחמת הספק, מההאשמה בדבר גרימת חבלה בכוונה מחמירה; ומכאן שני הערעורים שהונחו על שולחננו.

טענות הצדדים

14. המערער טוען כי בית משפט קמא שגה בהרשיעו בקשירת קשר לגרימת חבלה בכוונה מחמירה, להבדיל מקשירת קשר לפריצה למחסן הפועל בכוונה לגנוב. לטענתו, הראיות שהוצגו על ידי התביעה אינן מוכיחות מעבר לספק סביר כי הוא ידע שחברי הארגון תכננו לתקוף את אוהדי הפועל תל אביב ולגרום להם (או לאחדים מהם) חבלה חמורה; וכי מן הדין היה לקבל את גרסתו – שלפי דבריו נתמכת היטב בחומר הראיות – כי סבר שמדובר בתכנית לפרוץ למחסן הפועל ולגנוב מתוכו ציוד. המערער מבקש מאתנו

אפוא כי נבטל את הרשעתו בקשירת קשר לביצוע פשע ונקבע כי הינו אשם בקשירת קשר לביצוע עוון, ותו לא.

15. המדינה מצדה טוענת כי הרשעת המערער בקשירת קשר לביצוע פשע בדין יסודה. בד-בבד, היא מערערת על זיכוי של המערער מעבירה של חבלה בכוונה מחמירה. בערעורה זה, טוענת המדינה כי בית משפט קמא שגה בניתוח הראיות ובקביעת משקלן המצטבר והסיק מסקנות לא נכונות מדו"חות האיכון. המדינה מוסיפה וטוענת כי האמור בדו"חות האיכון מפרך מניה וביה את גרסת המערער ומוכיח מעבר לספק סביר כי הלה השתתף באירוע התקיפה. מטעמים אלו, מבקשת המדינה כי נדחה את ערעורו של המערער, נקבל את ערעורה שלה, נרשיע את המערער בגרימת חבלה בכוונה מחמירה ונחמיר את עונשו.

דיון והכרעה

קשירת קשר לביצוע פשע

16. לא מצאתי ממש בטענות המערער אשר באו לתקוף את הרשעתו בקשירת קשר שמטרתו גרימת חבלה בכוונה מחמירה. בידוע הוא כי בית משפט זה אינו נוטה להתערב בממצאי עובדה ובקביעות מהימנות של הערכאה הדיונית – אשר מתרשמת באופן בלתי אמצעי מן העדים המופיעים לפניה ובוחנת את מארג הראיות בכללותו (ראו ע"פ 1193/16 סונגו נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (17.5.2018); ע"פ 3162/17 זייצב נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (19.10.2017); וע"פ 2035/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (14.9.2017)). התערבות כאמור שמורה למקרים חריגים בלבד בהם קיים צורך ברור לתקן טעות מהותית כדי למנוע עיוות דין (ראו ע"פ 6773/17 זליג נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (3.4.2019); ע"פ 8027/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (27.5.2018); וע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 643-645 (2000)), והמקרה דכאן איננו כזה.

17. למעלה מן הצורך, אומר בקצרה כי הראיות שהונחו לפני בית משפט קמא מוכיחות את אשמת המערער בעבירת הקשר בה הורשע מעבר לספק סביר. ראיות אלו הוכיחו את העובדות הבאות: המערער השתייך לארגון לה פמיליה והכיר את דרכי פעולתו; המערער הגיע בתזמון מושלם עם חברי ארגון נוספים למקום בשכונת פלורנטין בתל אביב בו נמצא מחסן הפועל; רבים מחברי הארגון הביאו עמם כלי תקיפה שונים והיו לבושים באופן שאמור היה להסתיר את זהותם; וזמן הגעתם, יחד עם המערער,

לסביבת המחסן תאם את זמן ההגעה המשוער של אוהדי הפועל תל אביב לאחר סיום המשחק בין קבוצתם לבין קבוצת הפועל כפר-סבא. הראיה האחרונה לבדה מגיעה כדי הפרכת תזת הגניבה שבפי המערער: ברי הוא, כי גנבים אינם נוהגים ליזום מפגשים עם בעלי הרכוש שאותו הם חפצים לגנוב; וכי מי שבא לפרוץ לבית לא לו במטרה לגנוב רכוש לא מתאם את זמן הפריצה לבואם של הבעלים.

18. מחסן הפועל שבשכונת פלורנטין איננו דומה לשעון שהוצב במרכז תחנת הרכבת הגדולה של מנהטן, אשר זכה למעמד של נקודת המוקד (focal point) בה מתקיימים מפגשים שלא נקבעו מראש (ראו THOMAS S. SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT 55 (1960)). ברי הוא, כי חברי לה פמיליה, שאין להם זיקה של קניין או של חיבה למחסן אוהדיה של קבוצת כדורגל יריבה, לא הגיעו לאותו מקום, באותו יום ובאותה שעה, במקרה וללא תיאום מוקדם, כשרבים מהם רעולי פנים, לבושים בבגדים כהים ומצוידים באלות בייסבול, מקלות עץ, אבנים, סכינים, בקבוקי זכוכית מברגים וצינורות גומי. מדובר באירוע מתוכנן ומתוזמן; ומאחר שגם המערער הגיע באותו הזמן לאותו מקום ממש כאחד מחברי לה פמיליה, ברי הוא כי עצם הגעתו בנסיבות אלה מוכיחה מעבר לכל ספק סביר את היותו חלק מהקשר הפלילי לתקוף את אוהדי הפועל תל אביב ולגרום לאחדים מהם, אם לא לכולם, חבלה בכוונה מחמירה (השוו ע"פ 8416/09 מדינת ישראל נ' חרבוש, פסקאות 50-51 (9.6.2010)). תמונתו של אירוע פלורנטין 1, כפי שעולה מתיאורים אותנטיים של מי שנכח במקום, אינה משאירה מקום לספקות בנוגע למה שהתרחש (ראו, למשל, את התשובה לכתב האישום שמסר דור מגדיש, נאשם נוסף בפרשה: "מהרגע שראה צינורות ברזל שמחולקים לאנשים מסוימים במקום, הבין לאן זה הולך" (פרוטוקול מיום 30.1.2017, עמ' 33, שורה 5); ואת הודעתה של עדת הראייה, טלי מלכה, לפיה ראתה קבוצה המונה לפחות 10 אנשים "כולם לבושים בשחור עם כובעים שחורים, רצים אחר מס' מצומצם של אנשים. היו להם קרשים של בניין וסלעים קטנים" (ת/21, שורות 8-10)). תמונה זו היא תמונת מלחמה – מלחמה שמשאירה את קורבנותיה עם חבלות קשות, אם לא למעלה מכך. בית משפט קמא צדק אפוא בהחליטו לדחות את ההסבר התמים (למחצה) שהעלה המערער כבלתי אמין בעליל.

19. בנסיבות אלה, לא נותר לי אלא לקבוע כי הרשעת המערער בקשירת קשר לגרימת חבלה בנסיבות מחמירות עומדת על תשתית ראייתית איתנה (על יסודותיה של עבירה זו ראו: ע"פ 4770/14 אגייב נ' מדינת ישראל, פסקאות 55-56 (5.11.2015); ע"פ 2681/15 בן שטרית נ' מדינת ישראל, פסקאות 52-55 (14.2.2016); וע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת

ישראל, פסקה 24 (20.12.2000). אשמת המערער בעבירה זו הוכחה מעבר לכל ספק סביר; ואם דעתי תשמע, ערעורו יידחה. האם ניתן להרשיע את המערער בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה?

20. סבורני כי לשאלה זו עלינו להשיב בשלילה; ואלה הם טעמיי:

21. המדינה צודקת בטענתה כי בידי בית משפט קמא נפלה שגגה: נתוני האיכון של הטלפונים הסלולריים שהיו בידי המערער ובידי חברו, רון עייש, ממקמים את המערער במקום שבו התרחש אירוע פלורנטין 1 בזמן שבו האירוע התרחש (ראו ת/143, עמ' 8, סעיף 3.4 ועמ' 10, סעיף 3.6). כזכור, על-פי לוח הזמנים שקבע בית משפט קמא, אירוע התקיפה החל בסביבות השעה 20:25 והסתיים בסביבות השעה 20:32 (ראו עמ' 33 להכרעת הדין). המערער אוכן במקום האירוע (רחוב הרבי מבכרך) ביום 3.10.2015 בשעה 20:15. בשעה 21:05 הוא אוכן בקריית מלאכי – איכון שאיננו שולל את הסצנריו שבו המערער היה אחד התוקפים באירוע פלורנטין 1. דא עקא, בית משפט קמא קבע בטעות כי המערער אוכן בשעה 20:54 בצומת אשדוד (ראו עמ' 44 להכרעת הדין). התברר, כי האיכון שהראה שעה זו התייחס לטלפון של רון עייש, חברו של המערער, ולא לטלפון של המערער עצמו. באשר לרון עייש, שכאמור אוכן בשעה 20:54 בצומת אשדוד – הלה אוכן קודם לכן, בשעה 20:36, במקום האירוע בפלורנטין, בשעה שהאירוע כבר הסתיים. מכאן עולה, כי למערער היה חלון הזדמנויות להשתתף בתקיפה או בחלק ממנה ולהימלט ברכב לקריית מלאכי. בשל הסתמכותו על האיכון הלא נכון, בית משפט קמא קבע כי תזת העזיבה המוקדמת של המערער הינה סבירה – קביעה שעזרה למערער לעורר ספק סביר לגבי השתתפותו באירוע. לאמיתו של דבר, שיוך נכון של האיכונים לא תומך כלל בתזה זו מאחר שרון עייש, בעל הטלפון שאוכן בשעה 20:54 בצומת אשדוד, אוכן בשעה 20:36 במקום האירוע (רחוב הרבי מבכרך) – דבר המלמד על קיומה של הזדמנות להשתתף באירוע ולהימלט ממנו בחלון הזמנים הנ"ל. לזאת אוסיף, כי לפי גרסת המערער עצמו, הוא וחברו רון עייש עזבו את מקום האירוע יחדיו באותו כלי רכב שהסיעם דרומה.

22. המדינה טוענת כי תיקונה של טעות זו – שהינו בלי ספק הכרחי – מוביל למסקנה אחת ויחידה, והיא שעלינו להרשיע את המערער בשותפות לגרימת חבלה בכוונה מחמירה. עם זאת אינני יכול להסכים. קשירת קשר לביצוע עבירה והזדמנות לבצעה אינן מוכיחות מנייה וביה כי הנאשם ביצע את העבירה גופה. כדי להשלים את החוליה החסרה, דרושה הוכחה שהנאשם נטל חלק כלשהו בביצוע העבירה גופה כאחד ממבצעי העיקריים, כמסייע, כמשדל או כמי שחיזק את ידו של אחד המבצעים העיקריים. באין

הוכחה כאמור, הנאשם יכול להימצא אשם בעבירה גופה רק אם נפעיל נגדו את דוקטרינת האחריות הסולידרית של הקושרים, אשר קבעה, בשעתו, כי "משנוצר הקשר הפלילי, הופך כל אחד מהקושרים להיות, למטרת הקשר, סוכנם של האחרים, כך שכל מעשה שביצעו [...] בזמן קיום הקשר ולשם קידומו – נחשב למעשה של חבריו לתכנית המשותפת, ואפילו בוצע אותו מעשה בהיעדרם של אלה ובלי ידיעתם מראש" (ראו ע"פ 129/56 גולדשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 505, 516 (1956); כמו כן ראו ע"פ 88/58 קייזר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 1628 (1958); וע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל, פסקה 24 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (11.11.2012) (להלן: עניין באשה)). ברם, דוקטרינה זו בוטלה במסגרתו של תיקון מס' 39 לחוק העונשין, אשר העמיד תחתיה את סעיף 499(ב) לחוק, הקובע כי "הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה" (ההדגשה הוספה – א.ש.; ראו עניין באשה, פסקה 24 לפסק דינו של השופט הנדל; וכן ש"ז פלר "אחריות פלילית ללא מעשה, על סמך מה?" הפרקליט כט 19 (1974) (להלן: אחריות פלילית ללא מעשה)).

23. הפכתי ובדקתי את חומר הראיות שבתיק קמא ולא מצאתי בו אפילו ראייה ברורה אחת שמצביעה על השתתפות המערער באירוע התקיפה. חבר לה פמיליה, מתן שמעון, מסר אמנם הודעה מחוץ לכותלי בית המשפט כי המערער היה אחד האחרונים שיצאו מהאירוע, אך הודעה זו אינה מייחסת למערער שום מעשה ספציפי. יתירה מכך: אותו מתן שמעון אמר גם כי "היה שתיים מקרית מלאכי אני יודע שלא נכנסו בזה" (ההדגשה הוספה – א.ש.), כשהכוונה, כפי הנראה, למערער ולחברו רון עייש, אשר הגיעו למקום מקריית מלאכי; ובשל סתירה ברורה זו, בית משפט קמא נמנע מלבסס על דבריו של מתן שמעון שום ממצא עובדתי. חבר אחר בארגון, עומר גולן, סיפר לעד המדינה כי "אם אני לא טועה אביב היה... אביב בצלאל אם אני לא טועה". אמרה זו אינה אומרת הרבה, בלשון המעטה, ובית המשפט נמנע אפוא מלהסתמך גם עליה, מטעמים מובנים. נאור שמואל, חבר אחר בלה פמיליה, הנהן אמנם בראשו בחיוב כאשר נשאל על ידי עד המדינה האם המערער וחברו רון עייש היו באירוע, אך ראייה זו אף היא לא אומרת הרבה. ודוק: אין בנמצא שום ראייה אשר מזהה את המערער, ולו בעקיפין, כמי שתרם תרומה כלשהי לאירוע התקיפה; ואיש לא העיד כי ראה אותו או חזו בכלי תקיפה כלשהו או לובש פרטי ביגוד שנועדו להסתיר את פניו. ברי הוא, כי המערער נכח באירוע האלים או לפחות בחלק ממנו, אך לא כל חבר לה פמיליה שנכח באותו אירוע השתתף בתקיפה, שכאמור הסתיימה בגרימת חבלה חמורה לאוהד הפועל תל אביב, י.ס. רוב רובם של חברי הארגון שנכחו באותו זמן במקום האירוע באו לשם במטרה לתקוף את אוהדי הפועל תל אביב, ויש להניח לגביהם כי פעלו, או לפחות ניסו לפעול, כדי להוציא תכנית עבריינית זו מן

הכוח אל הפועל. חברי הארגון שנכחו באירוע התקיפה מבלי ליטול בו שום חלק היו מעטים יחסית. יחד עם כך, לא יהא זה ראוי להתעלם מקיומם: אנשים מעטים אלה, אשר ייתכן שכוללים בתוכם את המערער, אינם אמורים לשאת באחריות פלילית למעשה התקיפה ולגרימת החבלה.

24. מצב הראיות הקושרות את המערער לאירוע התקיפה זהה אפוא למצב הראיות בפרשת האסירים בחצר בה פתחתי את פסק דיני. המדינה הוכיחה בדרגת הסתברות גבוהה שהמערער השתתף בתקיפה באירוע פלורנטין 1. דא עקא, מדובר בהוכחה סטטיסטית ערטילאית שאיננה מספיקה להרשעה. כיוון שלא כל חבר לה פמיליה שנכח במקום האירוע השתתף בתקיפה, חובה עלינו לזקוף הסתברות נמוכה של חפות לזכותו של כל נוכח באירוע אשר לא זוהה אישית כאחד התוקפים. המערער היה אחד מהנוכחים הללו. ההסתברות של חפות שקיימת לגביו הינה נמוכה, אם לא נמוכה מאד. ואולם, אף אם נצא מן ההנחה כי מדובר בהסתברות זניחה למדי של 0.01 (%) וכי ההסתברות שהמערער השתתף בתקיפה מגיעה, בהתאמה, ל-0.99 (%) – נהייה חייבים לזכותו מחמת הספק.

25. תוצאה זו הינה הכרחית מכמה סיבות הקשורות למגבלותיה של הוכחה סטטיסטית. ראשית, מסכת הראיות אשר מקימה הסתברות גבוהה של אשמה ביחס למערער איננה עומדת במבחן ה"רגישות" (sensitivity). מדובר במסכת ראיות אחידה ביחס לכל חבר בלה פמיליה שנכח באירוע פלורנטין 1 ולא זוהה אישית כמי שתרם תרומה כלשהי למעשה התקיפה. אחידות זו איננה רגישה להבדלים הקריטיים שבין הנוכחים אשר בפועל השתתפו בתקיפה לבין אלו שלא נטלו בה כל חלק. מדובר, כמובן, במסכת ראיות קבילה, אך באין ראיה שקושרת את המערער אישית למעשה התקיפה, היא אינה יכולה להספיק להרשעתו (ראו David Enoch & Talia Fisher, *Sense and "Sensitivity": Epistemic and Instrumental Approaches to Statistical Evidence*, (67 STAN. L. REV. 557, 573-585 (2015)).

26. מסכת הראיות שבה עסקינן גם איננה עומדת במבחן ה"נורמליות" (normalcy). מבחן זה דורש כי בית המשפט יבסס את הרשעת הנאשם על חומר ראיות שההסתמכות עליו לא תביא להרשעת חף מפשע במהלך העניינים הנורמלי – להבדיל מתרחישים חריגים, בלתי צפויים, ועל כן זניחים (ראו Martin Smith, *When Does Evidence Suffice for Conviction?*, 127 MIND 1193 (2018)). במקרה דנן, אם נקבע כי המערער אכן אשם במעשה התקיפה, ונרשיע יחד עמו את כל יתר החברים בלה פמיליה אשר נמצאים במצב ראייתי הזהה לשלו, בהכרח נרשיע לפחות אדם אחד על לא עוול בכפו. קביעה כאמור לא תהא נכונה מאחר שהיא מנרמלת הרשעות של חפים מפשע על ידי

הפיכתן לדבר תקני אשר קורה במהלך העניינים הרגיל – זאת, בשעה שעל פי אמות המידה המקובלות בקרבנו, הרשעת שווא אמורה להישאר בגדר "תאונת עבודה" בלתי מתוכנת, אם כי בלתי נמנעת.

27. בנקודה זו, כדאי להשוות את מסכת הראיות שבה עסקינן כעת עם הראיות שעל בסיסן נמצא המערער אשם בקשירת קשר לגרימת חבלה בכוונה מחמירה (להלן: ראיות הקשר). ראיות הקשר אינן יכולות לעמוד כמות שהן במעברים מחבר אחד בלה פמיליה, שנמנה עם הקושרים, אל חבר אחר בארגון שלא היה לו כל חלק באותו קשר פלילי. חבר לה פמיליה שלא נטל שום חלק באותו קשר פלילי לא יכול היה להגיע בתזמון מושלם עם מתכנני התקיפה למחסן הפועל. ראיות הקשר מגלות אפוא את הרגישות להבדלים בין נסיבות החפות של חשוד אחד לבין נסיבות האשמה של חשוד אחר; ומשכך הוא הדבר, ביכולתן להוכיח מעבר לספק סביר שלמערער היה חלק בקשר הפלילי בו הוא נמצא אשם. ראיות הקשר עומדות בהצלחה גם במבחן הנורמליות. מבחינה לוגית, הן אינן שוללות תרחישים מופלאים כגון זה: חבר לה פמיליה חף מכוונות פליליות מגיע אל מחסן הפועל ביום 3.10.2015 בסמיכות זמנים מקרית לחלוטין עם זוממי רעה. דא עקא, תרחישים חריגים כאלה נמצאים מחוץ למהלך העניינים הנורמלי ומסיבה זו אינם מעוררים ספק סביר לגבי היותו של המערער אחד הקושרים באירוע פלורנטין 1 (זאת, להבדיל מספקות תאורטיים, שאינם נחשבים: ראו ע"פ 2418/17 קוטינה נ' מדינת ישראל, פסקה 18 ((25.10.2018)).

28. הוכחת אשמה באמצעות ראיות סטטיסטיות ערטילאיות גם אינה עולה בקנה אחד עם מהות האחריות הפלילית. אחריות פלילית היא אישית (ראו ש"ז פלר יטודות בדיני עונשין כרך א 100 (התשמ"ד)). בבסיסה עומדת ההנחה כי אדם הוא בן חורין וכי סמכות המדינה להטיל בו סטיגמה של עברייין ולהגביל את חירותו באמצעות ענישה תלויה אך ורק במעשיו הוא. סמכות כאמור קמה רק כשהמדינה מוכיחה כי האדם עשה מעשה המנוגד להוראות הדין הפלילי. ההוכחה הנדרשת כאן צריכה להתבסס על ראיות שמתייחסות לנאשם ולמעשיו. השתייכות הנאשם לקבוצה שרוב חבריה, אך לא כולם, השתתפו בפעילות העבריינית נושא המשפט לא מוכיחה את ביצועו של אותו מעשה ואינה מבססת את סמכות הענישה שבידי במדינה ביחס אליו (ראו Alex Stein, *The New Doctrinalism: Implications for Evidence Theory*, 163 U. PA. L. REV. 2085, (2015) (2090-2093)). לעניינו של סעיף 34כב(א) לחוק העונשין, אשר מייצג נאמנה את הדין הישראלי בכל תקופותיו, דרישת ההוכחה מעבר לספק סביר מתייחסת לשחזורו של מעשה העבירה האינדיווידואלי שבוצע על ידי הנאשם ולהפרכת תזת החפות שלו (ראו ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113 (1980); וע"פ 9809/08 לזרובסקי נ'

מדינת ישראל, פסקאות 2-3 לפסק דינו של השופט הנדל (25.11.2010). הוכחה סטטיסטית כללית איננה מקיימת דרישה זו, שכן, כפי שנאמר: "For statistics, there are no individuals, and for individuals, no statistics" (ראו Alex Stein, *The Flawed Probabilistic Foundation of Law and Economics*, 105 Nw. U. L. REV. (2011), 213 (199)).

29. לאחר שקראתי את חוות דעתו של חברי, השופט נ' סולברג, שקלתי את מסקנתי המזכה את המערער ואת נימוקיה שוב ושוב, ונשארתי איתן בדעתי. ניתוח הראיות שנעשה על ידי חברי מבסס את המסקנה כי המערער קרוב לוודאי נטל חלק במעשי התקיפה כאחד ממבצעי העיקריים או, למצער, כמסייע או כמשדל, אבל בכך לא סגי. כפי שהסברתי לעיל, הסתברות גבוהה, ואפילו גבוהה מאד, אינה מוכיחה את הטענה כי הנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו מעבר לספק סביר, אם הראיות שמהן היא נגזרת אינן מצביעות על מעשיו הוא. הסתברות כאמור היא בגדר הוכחה סטטיסטית, הא ותו לא, בעוד שההוכחה שהמדינה נדרשת לספק כדי להביא להרשעתו של אדם בפלילים וליטול ממנו את חירותו היא הוכחה אינדיווידואלית – אינדוקטיבית ולא כמותית – אשר מביאה לבית המשפט את הסיפור הקונקרטי של מעשה-העבירה המיוחס לאותו אדם. בנטל זה המדינה לא עמדה בכואה להוכיח את אשמת המערער בגרימת חבלה מתוך כוונה מחמירה.

30. אין ביני לבין חברי, השופט סולברג, כל מחלוקת על כך שהמדינה היתה מרימה נטל זה אילו הוכיחה באותות ובמופתים שכל חברי הארגון לה פמיליה שנוכחו באירוע התקיפה נטלו בה חלק כמבצעים בצוותא או כשותפים עקיפים. שלא כמו השופט סולברג, הנני סבור כי באין הוכחה פוזיטיבית כאמור עלינו לצאת מן ההנחה שלפחות כמה מן הנוכחים באירוע נכחו בו נוכחות פסיבית ולא השתתפו בתקיפה. קיומה של הסתברות בלתי זניחה שכמה מאותם נוכחים לא נטלו שום חלק בתקיפה חייב את המדינה להוכיח מעבר לספק סביר כי המערער, אביב בצלאל, לא היה אחד מאותם נוכחים פסיביים. עדויות ואמרות-חוץ שאמרו כי המערער "היה שם" אינן מקיימות דרישה זו מאחר שאינן מספרות מה בדיוק עשה המערער כחלק ממעשי התקיפה, להבדיל מהקשר הפלילי שקדם להם. הראיה היחידה שהתקרבה לכלל הוכחה אינדיווידואלית שהמדינה נדרשה לספק – אולם לא סיפקה – היא אמרת-החוץ של עומר גולן "אביב בצלאל אם אני לא טועה", אשר נאמרה בשיחתו עם עד המדינה כתשובה לשאלה "מישהו היה עם סכינים?". דומני כי עדות שמיעה אשר באה מפיו של עברייני בתוספת סייג "אם אני לא טועה", מחייבת אותנו להניח כאפשרות סבירה שהעברייני טועה או מטעה. לכל היותר, אמרה כאמור יכלה

לשמש בסיס להחזרת התיק לבית משפט קמא כדי שזה יבצע השלמת ראיות שבמסגרתה ייעשה ניסיון לגבות את עדותו של מר גולן – מהלך שכפי הנראה נדון מראש לכישלון לנוכח קביעתו של בית משפט קמא כי מדובר "באמרה שעל פניה מלמדת על משקלה הנמוך מאוד".

31. הנני נכון להסכים עם השופט סולברג כי בנסיבות בעניין עבר למערער נטל טקטי לעורר ספק סביר לגבי השתתפותו במעשה התקיפה. דא עקא, נטל טקטי אין פירושו נטל הבאת ראיות והוא בוודאי איננו בגדר נטל שכנוע, כפי שהוסבר על ידי חברי, השופט סולברג, בע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף (21.1.2015), בפסקה 124 לפסק דינו; ואלה הם הדברים שאמר:

"נטל טקטי [...] אינו משנה את נטלי ההוכחה המקובלים בהליך הפלילי. בסופו של דבר נותר הנטל על התביעה מהחל ועד כלה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר".

למערער עמדה אפוא – ועודנה עומדת – הזכות הבסיסית ליהנות מהספק המובנה שקיים בחומר הראיות. מדובר, בלי ספק, בספק סביר אשר ראוי שיפעל לטובת המערער ויביא לזיכוי.

32. השופט סולברג מציין בחוות דעתו את התנהלות המערער בחקירתו במשטרה ובבית המשפט, שבלי ספק "מלמדת על ניסיונותיו החוזרים ונשנים להרחיק עצמו ממעשה העבירה, מארגון לה פמיליה, ואף מאהדתו לקבוצת כדורגל". המערער אכן ניסה להרחיק את עצמו מעבירת הקשר בה הורשע על ידי בית משפט קמא; וגם אנוכי מצאתיו אשם בעבירה זו ללא קושי. עד כאן הכל אמת ויציב; אבל כיצד ניתן להסיק מהתנהלותו האמורה של המערער – אף אם נלך כברת דרך לרעתו ונראה בה שקרים בוטים ועזות מצח – כי הלה נטל חלק פעיל כלשהו במעשי התקיפה? דיני הראיות לפיהם אנו מרשיעים ומזכים נאשמים אומרים לנו כי שקרי הנאשם יכולים רק לחזק את ה"יש" (ראו למשל: ע"פ 210/81 עקביוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 393, 418 (1982)). מקום שאין "יש" ויש "אין", שקרים כאמור אינם יכולים להועיל למדינה בהוכחת אשמתו של הנאשם (ראו ע"פ 476/72 טרנובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 376, 380 (1973)).

33. הנני נכון להסכים עם השופט סולברג כי המקרה שלפנינו שונה עובדתית מהמקרה של האסירים בחצר. במקרה שלפנינו, כל חברי הארגון לה פמיליה אשר הגיעו למקום התקיפה קשרו ביניהם קשר פלילי לבצע מעשי תקיפה, בעוד שלאסיר הבודד אשר

לא הצטרף לחבריו בחצר הכלא לא היה שום חלק בקשר פלילי. ברם, הבדל עובדתי זה הינו נטול משמעות מאחר שמחוקקנו ביטל את דוקטרינת האחריות הסולידרית של הקושרים. אינני בטוח אם ביטול הדוקטרינה היה מעשה נכון. מנקודת ראות כלכלית שמעמידה הרתעה יעילה בראש סולם הערכים החברתיים, טוב היה עושה המחוקק אילו השאיר את הדוקטרינה על מכונה (ראו Neal Kumar Katyal, *Conspiracy Theory*, 112 (2003) 1307, 1372-1375 (YALE L.J.)), אבל המחוקק אמר את דברו ולנו לא נותר אלא לקיימו. דוקטרינת האחריות הסולידרית של הקושרים נמחקה מהדין הפלילי שלנו כאילו לא היתה, ולאחר מחיקתה אין בנמצא שום הבדל מהותי בין המקרה שלפנינו לבין זה של האסירים בחצר. מקרים אלו זהים זה לזה מבחינה משפטית וההכרעה בהם חייבת אפוא להיות זהה. השופט סולברג מציין בהקשר זה כי המערער "חצה את תחום קשירת הקשר" על ידי כך ש"המשיך לצעוד עם חבריו לזירת התקיפה" ו"היה צד לעשייתה". לדידי, קביעה זו מניחה את המבוקש תוך שהיא מחייה את האחריות הסולידרית של הקושרים ומחזירה אותה אל תוך דיננו (ראו אחריות פלילית ללא מעשה, עמ' 19-21).

סוף דבר

34. המדינה הוכיחה כי המערער היה אחד הקושרים באירוע נושא המשפט, אך לא עלה בידה להוכיח מעבר לספק סביר כי הלה נטל חלק במעשי האלימות אשר תוכננו על ידי הקושרים או תרם תרומה אחרת כלשהי לקידום מטרותיו של הקשר.

35. הנני מציע אפוא לחבריי כי נדחה את שני הערעורים ונותיר את פסק הדין קמא על כנו.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. חברי, השופט א' שטיין, פרש יריעה רחבה. כמותו סבור גם אני, כי יש לדחות את ערעורו של המערער, אביב בצלאל (להלן: בצלאל), ולהותיר על פנה את הרשתות בעבירה של קשירת קשר לביצוע פשע, על-פי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק). אשר לערעורה של המדינה – דעתי שונה מדעתו של חברי. גבי דידי, נכון יהיה להעתר לערעור ולהרשיע את בצלאל גם בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה, על-פי סעיף 329(א)(1) לחוק.

2. בית המשפט המחוזי פסק כאמור כי בצלאל היה שותף בקשירת קשר לביצוע התקיפה נגד אוהדי הפועל תל-אביב, וכי הגיע למקום "יחד עם חברי ארגון נוספים, תוך שלוקחים בחשבון את מטרות הארגון ודרכי פעולתו". לצד זאת נותר בעיניו ספק, אם בצלאל עזב את זירת האירוע עוד בטרם החלה התקיפה, אם לאו. בית המשפט המחוזי עמד על מכלול הראיות שנפרשו לפניו, והראה אלו מהן מחזקות את עמדת התביעה, ואלו תומכות בעמדתה של ההגנה:

הראיות המחזקות את עמדת התביעה: (א) הגעת בצלאל למקום התקיפה יחד עם שאר חברי הארגון; (ב) אמרת בצלאל לעד המדינה, כי נכח במקום האירוע; (ג) אמרתו של עומר גולן, לפיה "אם אני לא טועה אביב היה [...] אביב בצלאל אם אני לא טועה"; (ד) אמרתו של נאור שמואל, אשר הנהן בחיוב כשנשאל על-ידי עד המדינה אם בצלאל היה באירוע; (ה) אמרתו של מתן שמעון לפני עד המדינה: "אני יצאתי אחרון. אני, אביב בצלאל, אחרונים ומי עוד חזר איתנו? ... ו... נו השמן שכחתי את השם שלו, חבר שלנו מהרצליה אבי צ'יטה. שלושתנו חזרנו אחרונים אחי ונפתח לצ'יטה הראש [...] חזרנו אחרונים, נסענו אחרונים, אני, הוא ואיך לקוראים לבחור יצאנו אחרונים יצאנו, אבי איזה קרביץ אבי [עד המדינה: אביב קרביץ אביב]".

הראיות התומכות בעמדת ההגנה: (א) הודעת אופק כהן במשטרה, שבמסגרתה התייחס למעורבים השונים באירוע מבלי להזכיר את שמו של בצלאל, וכשהוצגה לו תמונתו של בצלאל, ציין כי הוא מכירו מהדרום, ולא מהשתתפות באירועים אלימים; (ב) במענה לשאלת עד המדינה, מי יצא הכי בסדר? השיב שמעון: "כולם אחי, היה שתיים מקרית מלאכי אני יודע שלא נכנסו בזה"; (ג) מחקרי תקשורת אשר תומכים לשיטת בית המשפט המחוזי במסקנה, לפיה בצלאל עזב את המקום בטרם החלה התקיפה: "על-פי קביעותיי העובדתיות, שלב ההתארגנות לאירוע והמארב לאוהדי הפועל תל-אביב החל עובר לשעה 20:25, כאשר בשעה 20:32 החלו חברי הארגון להימלט מהמקום במקביל להזעקת כוחות המשטרה. על-פי דוח האיכון ניתן ללמוד כי בשעה 20:54 אוכן בצלאל באתר 'צומת אשדוד' בואכה קרית מלאכי, ובשעה 21:13 כבר אוכן בקרית מלאכי. המרחק בין שכונת פלורנטין לאתר הסלולרי המכסה את צומת אשדוד שם אוכן בצלאל בשעה 20:54, מתיישב יותר עם עזיבה מוקדמת של שכונת פלורנטין עובר לשעה 20:25, מאשר עם עזיבה מאוחרת"; (ד) לבסוף, התייחס בית המשפט לעדותו של רון עייש שאישר את גרסת בצלאל, לפיה כאשר ראו את אוהדי הפועל תל-אביב ומקלות בדיהם, החליטו לעזוב את מקום האירוע.

3. לאחר שסקר את הראיות השונות, נדרש בית המשפט המחוזי לעדותו של בצלאל לפניו, וקבע כי "הייתה רחוקה מלהרשים", וכי "גרסתו לפיה סבר לאורך שהותו במקום כי הכוונה היחידה היא לגנוב ציוד של אוהדי הפועל תל-אביב לא הייתה אמינה, במיוחד על רקע הכחשתו כי ראה את שלב ההצטיידות בכלי התקיפה וחלוקת הצינורות, עובדה המוכחת בשורה של ראיות" (פסקה 53 להכרעת הדין). חרף האמור קבע, כי אין בהתרשמותו מבצלאל כדי להתיר את הספק שנתגלע ביחס לאפשרות שעזב את מקום האירוע עוד בטרם החלה התקיפה, ובשל כך החליט לזכותו.

4. כפי שהראה חברי השופט א' שטיין, נפלה שגגה עובדתית בהכרעת הדין בניתוחם של מחקרי התקשורת, וזו משליכה על שאלת נוכחותו של בצלאל במהלך התקיפה. בית המשפט המחוזי הסיק כאמור כי איכונו של בצלאל בשעה 20:54 בצומת אשדוד נוטה לתמוך בגרסת ההגנה, לפיה עזב את מקום האירוע עובר לשעה 20:25 – עוד בטרם החלה התקיפה. בית המשפט הניח, כי לא ניתן היה לקחת חלק בתקיפה, כולה או חלקה, לעזוב את מקום האירוע, ולהגיע אל צומת אשדוד עד השעה 20:54. אלא שכפי שהראה חברי, האיכון הנ"ל מתייחס לרון עייש; לא לאביב בצלאל. כמו כן, רון עייש, אשר אוכן בצומת אשדוד בשעה 20:54, אוכן בזירת התקיפה או סמוך לה בשעה 20:36. מכאן, שההנחה לפיה לא ניתן היה להישאר באירוע עד תום ולהגיע עד השעה 20:54 אל צומת אשדוד – נשללה. עיון במחקרי התקשורת מלמד, כי עייש נכח סמוך למקום התקיפה לאחר שנסתיימה, ומשם המשיך אל צומת אשדוד. בצדק קבע חברי, כי מאחר ועייש ובצלאל נסעו יחדיו באותה מכוננית, הרי שהראיות כלפי מיקומו של עייש, מלמדות אף על מיקומו של בצלאל. נוכח האמור, הסיק חברי: "ברי הוא, כי המערער [בצלאל] נכח באירוע האלים או לפחות בחלק ממנו". אני שותף למסקנה זו, הן בשל האופן שבו ניתח חברי את מחקרי התקשורת, הן בשל אמרותיהם של בצלאל והמעורבים האחרים אשר לפיהן נכח בצלאל במקום האירוע בזמן התקיפה. אמנם, אמרותיהם של בצלאל והמעורבים האחרים – גבוליות כל אחת בפני עצמה, אך במכלול, ובצירוף עם מחקרי התקשורת, הן מובילות לכלל מסקנה, כי בצלאל שהה בזירת האירוע במהלך התקיפה כולה, או בחלקה.

5. אלא שעל אף מסקנתו-זו סבור חברי, השופט שטיין, כי אין די בנוכחותו של בצלאל במהלך התקיפה, כדי להרשיעו בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה. לדבריו, לצורך ההרשעה – "דרושה הוכחה שהנאשם נטל חלק כלשהו בביצוע העבירה גופה כאחד ממבצעי העיקריים, כמטייע, כמשדל, או כמי שחיזק את ידו של אחד המבצעים העיקריים" (פסקה 22). לדברי חברי, אין הוכחה שכזו בתשתית הראייתית שהתגבשה בתיק, שכן לא נמצאו ראיות הקושרות את בצלאל באופן אישי למעשה התקיפה. אין בידי להצטרף למסקנה זו. לגישתי, המסכת העובדתית שנפרשה לפנינו, בצירוף שלילת גרסת ההגנה

שמסר בצלאל, מובילה לכלל מסקנה, כי בצלאל השתתף בתקיפה בצוותא-חדא, ומשכך יש להרשיעו בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה. אמת נכון הדבר, אף לא אחת מן הראיות שנפרשו לפנינו מעידה באופן ישיר על חלקו של בצלאל בתקיפה עצמה, על הפעולות המסוימות שבהן נקט. מעורבותו של בצלאל באירוע, נלמדת מן התמונה הראייתית בכללותה; מקיומן של ראיות נסיבתיות אשר מנביעות את המסקנה, לפיה בצלאל היה מעורב באופן אישי בתקיפת אוהדי הפועל תל-אביב.

6. חברי מניח בחוות דעתו שתי הנחות: ראשית, כי אין ראיות הקושרות את בצלאל באופן אישי לתקיפה. שנית, כי הרשעת בצלאל בהסתמך על נוכחותו בזירה, נשענת על הסתברות סטטיסטית; על שיוכו לקבוצת הרוב, בחינת הכלל הקובע, כי במצב של ספק "הלך אחר הרוב" (ראו למשל: בבלי, כתובות טו, ע"א). שתי ההנחות הללו אינן מקובלות עלי. אסביר.

השאלה המונחת לפנינו איננה שאלה בסטטיסטיקה

7. חברי רואה דמיון רב בין ההכרעה העומדת לפתחנו – הרשעתו של בצלאל בהסתמך על נוכחותו בזירה, לבין הדילמה בדוגמת "האסירים בחצר": "בכלא שמאכלס 1000 אסירים, 999 אסירים נטלו חלק במרד אלים שבמהלכו נהרגו כל הסוהרים, למעט שניים שנמלטו בהליקופטר, ממנו הם הסריטו את אשר אירע. הסרט מראה שאסיר אחד, שאותו לא ניתן לזהות, הוציא את עצמו מן הכלל: הוא נצמד לקיר עם ידיים מורמות כלפי מעלה, לא נקט בשום מעשה אלימות ולא סייע בידי חבריו בשום דרך" (פסקה 1). מכאן השאלה, אם ניתן להרשיע אסיר שייטפס באקראי בשל ההסתברות הגבוהה לכך שהוא משתייך לקבוצת הרוב האלימה. לגישת חברי, תמונת המצב העובדתית בענייננו דומה, וממילא השאלה שנדונה באותה דוגמה, מתעוררת גם כאן: מרבית חברי לה פמיליה שנכחו בתקיפה האלימה – השתתפו בה; מיעוטם – לא. ממילא, הרשעת אדם שנכח בתקיפה באין ראיות שמפלילות אותו באופן אישי, מסתמכת על ההסתברות הגבוהה להשתייכותו לקבוצת הרוב האלימה. לשיטת חברי השופט שטיין – כזאת אין לעשות. אין לבסס הרשעה בפלילים בהתבסס על הסתברות סטטיסטית. ברם, לדעתי איננו נדרשים לדון בסוגיה נכבדה זו, שכן תמונת המצב שלפנינו שונה מ"דוגמת האסירים", ואינה מתארת דילמה סטטיסטית. ב"דוגמת האסירים" הוכח בראיה ברורה, כי אחד מן האסירים שנכח במרד האלים, לא השתתף בו באופן פעיל. בעניין דנן, ראיה ברורה שכזו – אין בנמצא. אדרבה, המסכת הראייתית מתארת קבוצה אחת, אשר פעלה כמקשה אחת; לא היה מי שהתבדל ולא היה מסתייג. כך למשל, בהודעה שמסרה עדת הראיה, טלי מלכה: "ראינו קבוצה של אנשים מעל 10 אנשים, כולם לבושים בשחור עם כובעים שחורים, רצים אחרי מס' מצומצם של אנשים. היו להם קרשים של בניין וסלעים קטנים [...] זה היה נראה כמו לינק' מתוכנן. כמות גדולה של אנשים רודפים אחרי כמות קטנה של אנשים" (ת/21). תיאור דומה

מסר עד הראיה, רון מיכלין: "20 איש בערך יצאו מהרבי מבכרך לא יכולתי לזהות מי יצאו עם קרשים ובקבוקים והם התחילו לזרוק את הבקבוקים מהפינה של הרחוב" (ת/22). בשני התיאורים הנ"ל, מפיהם של עדי ראיה חיצוניים, לא נמצאה אחיזה לתזה, לפיה אחד או יותר מבני החבורה הסתייג מן המעשים; לבטח לא מכה, בלם, חצץ או הפריד. בקרב בני החבורה לא נמצא ולו צדיק אחד לרפואה.

8. חברי קובע אמנם, כי "לא כל חבר לה פמיליה שנכח באותו אירוע השתתף בתקיפה", וכי "חברי הארגון שנכחו באירוע התקיפה מבלי ליטול בו שום חלק היו מעטים יחסית" (פסקה 23). דא עקא, לא מצאתי בחומר הראיות יסוד של ממש לקביעות אלו; אין תימוכין לקביעה שמי מבני החבורה לא נטל חלק פעיל בתקיפה. אכן, בשיח שהתקיים בין עד המדינה לבין אחד המעורבים – מתן שמעון, נשאל שמעון, 'מי יצא הכי בסדר?' והשיב: 'כולם אחי היה שתיים מקרית מלאכי אני יודע שלא נכנסו בזה'. מכאן ניתן היה לכאורה להסיק, כי שניים מקרית מלאכי לא לקחו חלק פעיל באירוע. אלא שעד המדינה הוסיף והיקשה כיצד לא נכנסו? ושמעון השיב: "לא תשמע אתה לא רואה מי זה [...] תשמע אחי אני לא מסתכל אחורה, בגלל זה אני מסתכל רק קדימה אז אני לא קדימה". עינינו הרואות, כי תשובתו של שמעון, לפיה 'היו שניים שלא נכנסו בזה', איננה הוכחה מבוססת לקיומם של מעורבים אשר התבדלו מן התקיפה, ולא נטלו בה חלק באופן פעיל. שמעון הסביר במפורש, כי אמר את דבריו, כיוון שלא ראה את השניים, ולא מחמת העובדה שלא לקחו חלק פעיל באירוע. יתרה מזאת, שמעון לא הסביר למה כיוון באומרו, 'לא נכנסו בזה': אם התכוון לכך שהשניים עזבו כלעומת שבאו? שמא הסתייגו והתבדלו מיתר המשתתפים? או אולי לא היכו וחבטו באותה עוצמה שבה היכו חבריהם?

אמירתו של שמעון הריהי עמומה למדי, ואינה יכולה לשמש בסיס למסקנת חברי, לפיה – "מצב הראיות הקושרות את המערער לאירוע התקיפה זהה אפוא למצב הראיות בפרשת ה'אסירים בחצר'" (פסקה 24). כמתואר, המארג הראייתי הכולל, מצביע על תמונה הפוכה. עדי הראייה שהודעותיהם הוגשו בבית המשפט המחוזי, תיארו קבוצה אחת ויחידה, שפעלה כגוף אחד, בעצה אחת, במטרה לתקוף את אוהדי קבוצת הפועל תל-אביב. משאלו הם פני הדברים, הרי שהנדון דידן איננו מעורר שאלה על הרשעה בהסתמך על הסתברות סטטיסטית. איננו עוסקים בשאלה, אם יש לשייך את בצלאל לקבוצת הרוב, או המיעוט, שכן על-פי הנתונים שבידינו – בקבוצה הומוגנית אחת עסקינן.

ראיות הקושרות את בצלאל באופן אישי לתקיפה

9. מעבר לכך שלא בשאלה סטטיסטית עסקינן, הרי שישנן ראיות הקושרות את בצלאל באופן אישי לתקיפה, גם אם לא באופן ישיר. כמפורט בהכרעת הדין, הגעתו של בצלאל לזירה לא נעשתה באקראי, ולא בדרך מקרה. בצלאל הגיע לזירה מכוח חברותו בארגון לה פמיליה, כחבר במעגל הפנימי של הארגון – 'הקומץ'. עם הגעתו למקום, היה שותף בקשירת הקשר לביצוע הפשע, תקיפת אוהדי הפועל, וכפי שהראה חברי, הוסיף בצלאל לשהות בזירת התקיפה במהלך התרחשותה. ראיות נוספות, הגם שעוצמתן חלשה יחסית, מצביעות על מעורבותו האישית של בצלאל במהלך התקיפה עצמה. כך, בשיחה שהתקיימה בין עומר גולן לבין עד המדינה, הועלתה אפשרות שהסכינים שהובאו לצורך התקיפה – הוחזקו על-ידי בצלאל. עומר גולן תיאר באוזני עד המדינה מה הובא לאירוע: "היה שם כאילו הכל יעני. סכינים הכל". בעקבות זאת, שאל עד המדינה, "מישהו היה עם סכינים?" וגולן השיב, "אביב בצלאל אם אני לא טועה" (ת/116). באמרה נוספת תואר בצלאל על-ידי מתן שמעון כ'קרביץ' על שום 'קרבותו' (כך הסביר עד המדינה בעדותו מיום 14.2.2017, עמודים 109-110 לפרוטוקול), בציינו כי בצלאל יצא בין האחרונים מהאירוע. כוחה של כל אחת מהראיות הללו, כשלעצמה, מועט, אולם במכלול הן מצטברות, משלימות זו את זו, ויוצרות מארג עובדתי שממנו נובעת מסקנה ברורה – בצלאל הגיע למקום יחד עם חברי ארגון לה פמיליה, קשר עמהם קשר לבצע את התקיפה, שהה במקום התקיפה, ונטל בה חלק. במקום אחר אמרתי: "ראוי לזכור ולהזכיר כי אין הכרח להראות שכל אחת מהראיות הנסיבתיות מספיקה כשהיא לעצמה להרשעת הנאשם. המסקנה המרשיעה יכולה להיות תולדה של צירוף כמה ראיות נסיבתיות, אשר כל אחת בנפרד תהיה 'מחשידה' בלבד. יתכן מצב שבו לכל ראייה כשלעצמה ינתן הסבר תמים ופשוט, שיש בכוחו לנקות מחשד במה שנוגע לאותה ראייה. ואולם, ככל שתהיינה הראיות מגוונות יותר, חזקות יותר ומשתלבות האחת עם רעותה, יתחברו יחדיו חלקיו של התצרף ('פאזל') עד לקבלת התמונה הכוללת, אשר אף אם אינה שלמה ואין בה מענה לכל שאלה ושאלה, עדיין היא מאפשרת הסקת מסקנה הגיונית ברמה שמעבר לספק סביר בהתבסס על הגיון החיים והשכל הישר, כאשר הצטברותן של כל הראיות הללו באופן שאינו אלא צירוף מקרים איננה מתקבלת על הדעת" (ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף, פסקה 98 (21.1.2015)); להלן: עניין קריאף).

10. ההרשעה בנדון דידן איננה נסמכת אפוא על 'ראיות סטטיסטיות ערטילאיות', כדברי חברי, אלא על מקבץ ראיות נסיבתיות הקושרות את בצלאל באופן אישי לתקיפה. בכלל אותן ראיות: השתייכותו ללה פמיליה; הקשר שקשר עובר לביצוע התקיפה; נוכחותו באירוע; התייחסות לכך שעזב אחרון; כינויו בקרב בני החבורה – 'קרביץ' – המלמד על אורחותיו; העדויות שלפיהן פעלו בני החבורה כמקשה אחת; האפשרות שהביא עמו סכינים לאירוע; ועוד.

11. ודוק, צודק חברי בקובעו, כי משבוטלה דוקטרינת האחריות הסולידרית, הרשעה בקשירת קשר, כשלעצמה, אינה יכולה לבסס הרשעה בעבירה שלשמה נקשר הקשר. כך מורנו סעיף 499(ב) לחוק העונשין: "הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן ב' לפרק ה'". יחד עם זאת, אין בכך כדי לשלול שימוש בקשירת הקשר כראיה נסיבתית נוספת המלמדת על מניעיו של הנאשם, ועל זיקתו לאירוע. זאת ועוד, על-פי דוקטרינת האחריות הסולידרית יוחסה העבירה שלשמה נקשר הקשר לכלל הקושרים – "אפילו בוצע אותו מעשה בהיעדרם של אלה ובלי ידיעתם מראש" (ע"פ 129/54 גולדשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 505, 516 (1956)). אין זה המצב בענייננו. סמוך לאחר שנקשר הקשר, המשיך בצלאל לצעוד עם חבריו לזירת התקיפה, ובכך חצה את תחום קשירת הקשר, "והיה צד לעשייתה" של העבירה שלשמה נקשר. אין מדובר אפוא על הרשעה הנסמכת על דוקטרינת האחריות הסולידרית; על הזיקה שבין בצלאל, לבין יתר התוקפים. הרשעתו נסמכת על מעשיו-הוא, על חלקו בקשירת הקשר ועל מעורבותו בעבירה עצמה.

12. על כל אלה, יש להוסיף את התנהלותו של בצלאל בחקירתו במשטרה ובבית המשפט, המלמדת על ניסיונותיו החוזרים ונשנים להרחיק עצמו ממעשה העבירה, מארגון לה פמיליה, ואף מאהדתו לקבוצת כדורגל. במהלך חקירותיו במשטרה, השיב בצלאל על מרבית השאלות שהופנו אליו – בשתיקה, ואף כשכבר הואיל לדבר – התברר בהמשך כי דבריו אינם אמת. כך, כשנשאל בחקירה מיום 26.7.2016 על אודות חלקו בארגון לה פמיליה, השיב כי הוא אינו חלק מהארגון, ולמעשה כבר אינו אוהד כדורגל. אלא שבתשובתו לכתב האישום חזר בו, אישר את חברותו בלה פמיליה, והדגיש כי "הוא לא חלק במובן של פעולות אלימות", וכי "אינו חלק מהקומץ של ארגון לה פמיליה". במהלך עדותו בבית המשפט, חזר בו אף מאמירתו-זו, תוך שהוא מאשר את חברותו ב'קומץ' (פרוטוקול מיום 24.4.2019, עמוד 667, שורות 14-16). הנה כי כן, גרסתו של בצלאל ביחס לחברותו בארגון לה פמיליה, היא גרסה מתפתחת. תחילה התכחש כליל הן לחברותו בארגון, הן לאהדתו את קבוצת בית"ר, ובהמשך החל לחזור בו, אט אט; גרסתו הכוללת נטענה לראשונה רק בתשובתו לכתב האישום, כשבמהלך חקירותיו, כאמור, שתק. בית המשפט המחוזי קבע כזכור, כי עדותו של בצלאל לא היתה מהימנה. בצלאל התחמק מלהתייחס אל המעורבים האחרים (ראו למשל: שם, עמוד 680, שורות 28-31); לאופן שבו הצטיידו והתלבשו לקראת האירוע (שם, עמוד 683, שורה 26; עמוד 718, שורות 7-26); וכמו כן, לא ידע להסביר בעדותו על מה שוחח עם המעורבים האחרים בטלפון סמוך לפני הגעתו למקום האירוע (שם, עמוד 696, שורה 1, שורה 25). אי-שיתוף הפעולה מצדו של בצלאל, שתיקתו, גרסתו הכבושה, והתחמקותו ממתן מענה לשאלות הקושרות אותו לאירוע, כל אלה מצביעים על התנהגות מחשידה, המעלה תהיות בנוגע

למידת מהימנותו, ולחלקו באירוע. נסיבות אלו, הגם שאינן יכולות כשלעצמן להביא להרשעתו בפלילים, יש בהן כדי להצטרף אל המארג הראייתי הכולל, ולתמוך בתזה המרשיעה (ראו למשל: ע"פ 6928/17 מדינת ישראל נ' אסרף, פסקה 51 לחוות דעתו של השופט י' עמית (16.8.2018)).

עינינו הרואות, כי הראיות הנ"ל, כמו גם התנהלותו של בצלאל במשטרה ובמשפט, קושרות ומסבכות אותו באופן אישי בתקיפת אוהדי הפועל תל-אביב. אין מדובר אפוא ב'סטטיסטיקה גרידא', היינו במידע על אודות קטגוריה של אנשים אשר איננו מספק ראייה רלבנטית ביחס למי מהם באופן אינדיבידואלי (ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 43 (2005)). לדעתי, די בו, במקבץ הראייתי שהוצג כדי להביא להרשעתו של בצלאל גם בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה.

העלאת טענות עבור הנאשם

13. זאת ועוד. האפשרות שמעלה חברי השופט שטיין, לפיה בצלאל נכח באירוע, מבלי שהיה שותף בדרך כלשהי למעשיהם האלימים של בני החבורה, ומבלי שסייע בעדם, לא נטענה על-ידי בצלאל בשום שלב של ההליך: החל משלב החקירה המשטרתית, דרך הדיון בבית המשפט המחוזי, וכלה בהליך הערעור. כאמור, גרסתו של בצלאל הועמדה על-ידו לראשונה בתשובתו לכתב האישום. בצלאל גרס, כי הגיע אל הזירה לצורך מפגש העים, מבלי שידע מי ומי הבאים; עם הגעתו לזירה נועד עם חבריו במטרה לתכנן כיצד יגנבו ציוד ממחסן האוהדים של קבוצת הפועל תל-אביב; אך לפני שהתגלע הריב – נטש יחד עם חברו עייש את הזירה, ופנה לנסוע עמו לקרית מלאכי. גרסתו זו של בצלאל, לא נמסרה סמוך לאחר סיום האירוע, בלחץ החוקרים, בדוחק חדר החקירות; גרסתו נמסרה לבית המשפט, לאחר שהועבר לידי באת-כוחו מלוא חומר החקירה בתיק, ולאחר שהיה סיפק בידי בצלאל לעיין בו, לדוש בו ולגבש את גרסתו תוך מודעות למצע הראייתי שבתיק. בצלאל בחר בגרסה האמורה לעיל, ובה דבק (בשינויים קלים) לאורך כל משפטו וערעורו. בנסיבות אלו, ספק בעיניי אם יש מקום לייחס לו גרסה נוספת אשר לא נטענה על-ידו, ואשר אינה מתיישבת כאמור, עם הראיות האחרות בתיק.

14. הרמב"ם קובע בספרו משנה תורה, כי על דרך הכלל לא יטען בית הדין טענות לזכות בעל דין, שעה שהוא לא העלן בעצמו: "מנין לדיין שלא יעשה מליץ לדבריו של בעל דין שנאמר מדבר שקר תרחק אלא יאמר מה שנראה לו וישתוק, ולא ילמד אחד מבעלי דינין טענה כלל, אפילו הביא עד אחד לא יאמר לו אין מקבלין עד אחד" (משנה תורה, סנהדרין, פרק כא, הלכה י). היוצא מן הכלל: "ראה הדיין זכות לאחד מהן, ובעל דין מבקש לאומרה ואינו יודע לחבר הדברים, או שראה אותו מצטער להציל עצמו בטענת אמת, ומפני החמה

והכעס נסתלקה ממנו, או נשתבש מפני הסכלות – הרי זה מותר לסעדו מעט, ולהבינו תחילת הדבר משום 'פתח פיך לאילם'. וצריך להתיישב בדבר זה הרבה, שלא יהיה כעורכי הדיינין" (שם, הלכה יא). דברים דומים אמר הרשב"א (רבי שלמה בן אברהם אבן אדרת, ברצלונה (1235-1310)): "ומכל מקום פעמים יש שאפילו בית דין טוענין בשבילו, כגון שאמרו כגון זה פתח פיך לאלם. כל שהבית דין מכירין שאינו נמנע מלטעון כן אלא ממיעוט ידיעתו. והדבר קרוב לפי ראות הבית דין שהיה כן. כמו שאמרו בשמא פרוזבול היה לך ואבד [...] ומפני זה אמרו שטוענין ליורש וטוענין ללוקח. וכן בכל כיוצא בזה" (שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שצג). היינו, במצבים שבהם מכיר בית הדין בכך שלבעל הדין יש קושי לטעון טענה בעצמו, מחמת אי-ידיעתו, יכול בית הדין לסייע לו בהעלאת טענותיו, מכוח הכלל "פתח פיך לאילם" (משלי לא, ח). אלא שהנדון דידן אינו בא בגדרם של אותם מצבים חריגים שבהם יש לטעון עבור בעל הדין. בצלאל אינו 'אילם', הוא מיוצג לאורך כל שלבי ההליך על-ידי עורכת-דין, וכאמור לעיל, הוא שטח את טענותיו והעלה את גרסתו לאחר שכלכל צעדיו, ערך חשבונותיו, והגיע לכלל מסקנה כי בנסיבות דנא, נכון שיאמץ גרסה עובדתית מסוימת. לא עסקינן אפוא בנסיבות שבהן נאשם התקשה בהעלאת טענותיו, לא יוצג כדבעי, או ששתק מלהעלות גרסה כלשהי. עסקינן בנאשם אשר לאחר בחינת הדברים, סבר וגמר, כי זוהי הדרך שבה נכון שילך. במצב דברים שכזה, ספק רב אם יש הצדקה לבוא בנעליו, לשפר את גרסתו, לתקן, לשכלל ולעדכן.

15. יתר על-כן, גם בהנחה שהיה מקום לטעון את הגרסה שהציע חברי השופט שטיין עבור בצלאל, בחינת "טוענין ליה אן" [אנו טוענים עבורם – נ' ס'] (בבלי, בבא בתרא כט, ע"ב), הרי שכמפורט לעיל, אין לגרסה זו אחיזה בחומר הראיות; אדרבה, מן המארג הראיתי מצטיירת תמונה ברורה ולפיה בצלאל נטל חלק בתקיפה בצוותא עם התוקפים האחרים. בצלאל השתייך לארגון 'הקומץ', הגיע יחד עם חבריו לארגון למקום המפגש, תכנן עמהם את התקיפה, וצעד יחד איתם לזירת ההתרחשות. הוא נותר בזירה ועל-פי אמרתו של אחד המעורבים היה בין האחרונים שנותרו במקום. מן האמור, ובהתחשב גם עם התנהלותו של בצלאל בחקירה המשטרתית ובכית המשפט, נגזרת המסקנה, לפיה בצלאל לקח חלק מסוים בתקיפה עצמה. אם לא די בכך שהגרסה שמציג חברי, אינה מתיישבת עם החומר הראיתי בתיק, היא גם אינה עולה בקנה אחד עם גרסתו של בצלאל עצמו. בעוד שבצלאל גורס כי עזב את הזירה עוד בטרם החלה התקיפה, מציע חברי כי בצלאל אמנם שהה בזירה, אך לא לקח חלק פעיל בתקיפה. אין מדובר אפוא בהצעת הסבר מזכה בלבד, אלא בגרסה עובדתית חלופית, אשר סותרת את גרסתו של הנאשם עצמו. מהלך שכזה עומד בניגוד לדרך המקובלת – התלת-שלבית – לבחינתן של ראיות נסיבתיות (ע"פ 9372/03 ויזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745, 754 (2004)).

נוכחותו של בצלאל בזירת התקיפה

16. לקראת חתימה, אבקש להתייחס לעניין נוסף – משמעות נוכחותו של נאשם בזירת התקיפה. לדעת חברי השופט שטיין, כאמור, בהוכחת נוכחותו של בצלאל בזירת התקיפה לא סגי, ויש להביא ראיות המצביעות ולו בעקיפין על תרומתו לתקיפה עצמה. משלא הובאו ראיות בעניין, סבור חברי, כי יש לזכותו (פסקה 23). לדעתי, גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה לגבי משמעות נוכחותו של נאשם בביצוע בצוותא בזירת העבירה.

העבירה שיוחסה לבצלאל, היא עבירה שדרך ביצועה בצוותא-חדא. לשם הוכחת יסודותיה העובדתיים של עבירה המבוצעת באופן הזה "לא נדרש כי כל אחד מהמבצעים בצוותא יבצע בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העבירה" (ע"פ 2796/95 פלוניס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 402 (1997)). בעבירה המבוצעת בצוותא אנו משקיפים על כלל המבצעים כגוף אורגני מרוכה זרועות, אשר "פעולתה של כל זרוע משויכת לגוף כולו, ולכל אחד ממשותפיו" (שם). בשל תפיסה זו, ניתן להרשיע מבצעים בצוותא, גם במצבים שבהם "לא התברר מהו החלק המדויק שנטל כל אחד מהם בביצוע" (ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל, פסקה 186 לפסק הדין של השופט א' שהם (11.12.2014)). כאשר, על-פי ההלכה הפסוקה, במצבים מסוימים די בעצם נוכחותו של נאשם בזירת העבירה כדי להביא להרשעתו בשותפות בביצוע העבירה (ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (12.1.2011)). על משמעותה של נוכחות בזירה, לצורך הוכחת שותפות בביצוע העבירה עמד השופט (דאז) א' מצא :

"נוכחותו של אדם במקום ביצועה של עבירה, כשהיא לעצמה, הריהי עובדה ניטראלית. מקום שהתביעה טוענת כנגד אדם, אשר היה נוכח במקום ביצוע העבירה ולא נטל חלק פעיל בביצועה, כי היה שותפו של מבצע העבירה, מוטלת עליה החובה להוכיח, שנוכחותו נועדה לסייע למבצע העבירה באחת מדרכי הסיוע האמורות [...] כאשר הנוכחות, על פניה, היא לכאורה סתמית ומקרית, לא תצא התביעה בדרך כלל ידי חובתה אלא 'בראיות המורות על שיתוף פעולה ממשי או על שיתוף מטרה...'. אך אם הנוכחות, כעולה מן הנסיבות האופפות אותה, איננה מקרית, יש בה בנוכחות גופה – כדי להוות הוכחה לכאורה, שהיא אכן נועדה לסייע למבצע העבירה באיזו מדרכי הסיוע המוכרות. ובמקרה אשר כזה מוטל על הנאשם לסתור את ההנחה הלכאורית, המסתברת מן הנסיבות, ושעל-פי ההיגיון ונסיון החיים מעידה היא עליו, שנוכחותו במקום ביצוע

העבירה נבעה משותפותו לעבירתו של המבצע. משנוצרה ההנחה האמורה, הנאשם 'רשאי להביא ראיות, או ליתן הסברים, שיש בהם כדי להראות, כי ההנחה ההגיונית אינה הגיונית כלל ועיקר, או כי עצמתה של ההנחה, לאור הסבריו, אין בכוחה לקיים את מידת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי'. אם הנאשם נכשל בכך, והנסיבות המפלילות הינן בעלות משקל ראוי לשמו, עלולה ההנחה האמורה להפוך לראיה ניצחת, ובית המשפט יהיה רשאי לבסס עליה הרשעה בדין" (ע"פ 319/88 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1), 693, 698 (1989)).

17. הנה כי כן, נוכחות בזירה כשלעצמה היא ניטראלית, אלא אם מתברר כי אינה סתמית ומקרית. במצב דברים שבו הוכח כי הנוכחות אינה סתמית ומקרית, עובר נטל ההוכחה הטקטי לכתפי הנאשם ועליו להסביר את פשר הימצאותו בזירה. בענייננו, ברי כי נוכחותו של בצלאל בזירה לא היתה מקרית. בצלאל הגיע למקום בשל חברותו בארגון 'הקומץ', והוא שהה במקום התקיפה מיד לאחר שתכנן עם חבריו את אופן ביצועה. בנסיבות שכאלו מורה כאמור ההלכה הפסוקה, כי נטל ההוכחה הטקטי עובר לכתפיו של בצלאל. הנטל עבר, אך לא הורם. ההנחה המפלילה הפכה אפוא לראיה ניצחת. מכאן שגם אלמלא היו ראיות הקושרות את בצלאל באופן אישי לתקיפה, נכון היה להרשיעו כמבצע בצוותא. לגישתו של חברי, על אף שנוכחותו של בצלאל בזירה איננה מקרית, אין להעביר לכתפיו את נטל ההוכחה הטקטי (פסקה 30). כשלעצמי, לא מצאתי טעם לסטות מן ההלכה הפסוקה: נוכחות אדם בזירת עבירה שאינה 'זרה לו', מצריכה מתן הסבר מניח את הדעת; מצדיקה כי יועבר אל כתפיו נטל ההוכחה.

אשר על כן, לו נשמעה דעתי, היינו מקבלים את הערעור ומרשיעים את בצלאל בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

1. אני מסכים עם חבריי השופטים סולברג ושטיין כי יש לדחות את ערעורו של המערער, ככל שהוא מתייחס להרשעתו בעבירה של קשירת קשר וביצוע פשע על פי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק). באשר לערעור המדינה על

זיכוי של בצלאל מביצוע עבירה של חבלה מכוונה מחמירה על פי סעיף 329(א)(1) לחוק, אני מצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי השופט שטיין, כי יש לדחות את ערעור המדינה. לטעמי, אין בראיות שהביאה המדינה בסיס מספק כדי להביא להרשעת בצלאל כמבצע בצוותא בעבירה של חבלה מכוונה מחמירה. גם הראיות אותן פירט חברי השופט סולברג, אין בהן כדי לבסס את אחריותו של בצלאל כמבצע בצוותא. אנמק, הראיות הישירות היחידות עליהן מצביע חברי השופט סולברג באשר למעורבותו הישירה של בצלאל במעשי התקיפה הן אלו:

א. אמרתו של עומר גולן (ת/116) שהוגשה לפי סעיף 10א לפקודת הראיות. מעיון בהודעה, כל שניתן לדלות ממנה הוא אמירה שמאשרת "שאביב בצלאל [היה עם סכין] אם אני לא טועה". גם אם נקבל את אמרת החוץ הנ"ל כהווייתה, כל שניתן ללמוד ממנה הוא, היותו של בצלאל מצויד בסכין, ואין בכוחה ללמד דבר על מעורבותו הישירה של בצלאל במעשה התקיפה.

ב. אמרתו של מתן שמעון בה מתאר את בצלאל כ"קרביץ" על שום "קרביותו", בצינונו כי בצלאל יצא בין האחרונים מהאירוע. גם באמרה זו אין דבר היכול ללמד על מעורבותו הישירה של בצלאל במעשה האלימות שהתרחש.

2. בפסקה 7 לחוות דעתו, מתייחס השופט סולברג למסכת הראייתית "המתארת קבוצה אחת אשר פעלה כמקשה אחת" ומפנה להודעת טלי מלכה (ת/21) בה נאמר "ראינו קבוצה של אנשים, מעל עשרה אנשים, כולם לבושים... כמות גדולה של אנשים רודפים אחרי כמות קטנה". כן מפנה להודעה של רון מיכלין (ת/22) המתארת לגישתו תמונה דומה של התרחשות "עשרים איש בערך יצאו...". כעולה מתוכן ההודעות השונות, אין מדובר בתיאור דומה, הודעה אחת מדברת על עשרה אנשים וכמות גדולה, והודעה שנייה מדברת על עשרים איש בערך. אירועי אלימות הינם אירועים דינאמיים וחוסר דיוק בתיאור מספר המשתתפים בהם וחלקו של כל אחד מהמשתתפים אינו מחזה נדיר. מן התיאור המפורט לעיל ניתן ללמוד כי בזירה נכחו אנשים רבים עשרה או עשרים אנשים, כך שלא מן הנמנע שהיו גם כאלה שהגיעו במטרה להשתתף בתקיפה אך בפועל לא נטלו בה חלק.

3. מכל מקום, צירוף הראיות כולן אין בו כדי ליצור תמונה ברורה באשר לחלקו של בצלאל באירוע. אכן, "המבצעים בצוותא הם גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. לא נדרש שכל זרוע תבצע מעשה שהוא בגדר עבירה כשלעצמה..." (דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, פסקה 5 לחוות דעתו של הנשיא ברק

(1998). אך עדיין נדרשת עשיית מעשה המצוי על פי טבעו במעגל הפנימי של ביצוע העבירה. כך למשל, לו נמצאה ראייה המצביעה על כך כי בצלאל זוהה כאחד מאותם עשרה או עשרים אנשים שרצו אחרי בני החבורה האחרת, כשהוא נושא בידו מקל, סכין או אבן במטרה לתוקפם, ניתן היה להכניס את בצלאל לגדרי המעגל הפנימי של הביצוע, מש"למושג 'ביצוע' לעניין זה, יש משמעות רחבה מעבר לעשיית מעשה המבטא את הרכיב ההתנהגותי של הגדרת העבירה. " (ע"פ 2652/95 רז נ' מדינת ישראל, פסקה 5(ג) 21.2.1996). משאין ראייה כזו בנמצא, לא ניתן להחיל על בצלאל אחריות כמבצע בצוותא בעבירה שלא עשה מעשה לשם ביצועה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין, נגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, כ"ח בתשרי התש"פ (27.10.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט