

## בבית המשפט העליון בירושלים

דנ"פ 1294/96

דנ"פ 1365/96

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המשנה לנשיא ש' לוין  
כבוד השופט א' גולדברג  
כבוד השופט א' מצא  
כבוד השופט מ' חשין  
כבוד השופט י' קדמי  
כבוד השופטת ד' דורנר

העותרים בדנ"פ 1294/96  
והמשיבים בדנ"פ 1365/96:

1. עוזי אזולאי משולם
2. עמנואל פז
3. רחמים ג'יבלי
4. צוריאל לוי
5. יונתן (נתן) שיפריס
6. יחיאל בן-אבו
7. סיני חסון
8. אבנר אוזן
9. ניסים (נעם) אקבס
10. יובל ישראלי
11. גדליהו (גדי) בראונשטיין
12. דן (בן) הוסלר

נגד

המשיבה בדנ"פ 1294/96  
והעותרת בדנ"פ 1365/96:

מדינת ישראל

דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט  
העליון מיום 8.2.96 בע"פ 1632/95  
שניתן על-ידי הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא  
ש' לוין והשופטת ד' דורנר

כו' בשבט תשנ"ז (3.2.97).

תאריך הישיבה:

בשם העותרים בדנ"פ 1294/96  
והמשיבים בדנ"פ 1365/96:

עו"ד צדוק חוגי

בשם המשיבה בדנ"פ 1294/96  
והעותרת בדנ"פ 1365/96:

עו"ד נאוה בן-אור

## פ ס ק - ד י ן

השופט א' מצא:

דיון נוסף - כעתירת העותרים בדנ"פ 1294/96 (להלן, ביחד, **העותרים**), וכעתירת המדינה בדנ"פ 1365/96 - במספר סוגיות, בהן פסק בית המשפט העליון בשלושה, בע"פ 1632/95 **משולם ואח' נ' מדינת ישראל** (פ"ד מט(5) 534).

תמצית העובדות

2. העובדות שביסוד ההליכים תוארו בהרחבה בפסק-דינה של השופטת דורנר בשלב הערעור. להלן, בתמצית, עיקריהן:

(א) עוזי משולם (העותר 1; להלן: **משולם**) עומד בראש עמותה, שמטרתה המוצהרת הינה לחשוף את סיבת היעלמם, בראשית ימיה של המדינה, של ילדים מעדת בני תימן. העותרים 2-11 נמנים עם חברי עמותתו וחסידיו של משולם. ביום 22.3.94 היה משולם מעורב בוויכוח עם נהג מערבלי, שדרכו נחסמה על-ידי מיכלית שניצבה ליד ביתו של משולם ביהוד. משדחה משולם את דרישת הנהג, שהמיכלית תזוז ממקומה ותאפשר לו לעבור, ביקש מזמין המערבל את עזרת המשטרה. בתגובה לתלונה זו, שהתייחסה לאירוע שלא היה לו דבר עם מטרות עמותתו, הזעיק משולם כמה מחסידיו, ואלה חסמו במכוניותיהם את הרחוב. ניסיונות המשטרה להביא לפתיחת הדרך, במהלכו של אותו היום, נכשלו.

(ב) למחרת (23.3.94) נתקבצו ליד ביתו של משולם עשרות מחסידיו. הם שבו וחסמו במכוניותיהם את הרחוב שבחזית הבית והתעמתו עם השוטרים שביקשו לפנותם. שלושה שוטרים הוכו ושבעה מאנשי משולם נעצרו. במהלכו של אותו יום ולמחרתו (24.3.94) התבצרו בביתו של משולם עשרות מאנשיו ובהם העותרים 2-11. הם היו חמושים בכלי נשק שונים. על גג הבית ובחצר הוקמו עמדות ומתרסים. כן הוכן מצבור של בקבוקי תבערה, ששלושה מהם הושלכו לעבר ניידת של המשטרה. ניסיונם של מפקדי משטרה בכירים, להידבר עם משולם בביתו ולהביא להפסקת ההתבצרות, הסתיים בגירוש הקצינים מן הבית, תוך הטחת בקבוקי תבערה אחריהם, ובחילופי יריות בין אנשי משולם לבין שוטרים, שכתוצאה מהם נפצע העותר 5 (יחיאל בן-אבו).

(ג) בהתערבות חברי-כנסת אחדים נכרת עם משולם הסכם, בו קיבל על עצמו לדאוג שאנשיו לא ינהגו באלימות. מנגד הובטח לו, כי המשטרה תשחרר את חסידי העצורים ותעכב את חקירת הפרשה עד לאחר חג הפסח, וכן כי בכנסת תיעשה פעילות שמטרתה להביא להקמתה של ועדת חקירה ממלכתית בנושא היעלום של הילדים מבני העדה התימנית. המשטרה אכן שחררה את העצורים ועיכבה את פתיחת החקירה, אך משנדרש משולם לאחר הפסח (ביום 3.4.94), להתייצב במשטרה לחקירה, דחה את הדרישה. ההתבצרות בביתו נמשכה וכוחות המשטרה, שניצבו ליד הבית, נותרו במקומם. ניסיונות נוספים שעשו גורמים שונים, להשפיע על משולם לפזר את אנשיו ולסיים את הפרשה, העלו חרס. דברי משולם, בשיחות טלפון שניהל מן הבית, העלו חששות שבכוונתו להחריף את העימות עם השוטרים.

המשטרה, שחששה מפני שפיכות דמים, נהגה באיפוק. ואף ביום 28.4.94, כשיצאו המתבצרים מן הבית למצעד התרסה ברחוב, כשמשולם בראשם וכולם חמושים, נמנעה המשטרה מלהתעמת עמם.

(ד) ביום 10.5.94, מקץ שבעה שבועות של התבצרות אנשיו בביתו, שוכנע משולם להיפגש עם מפכ"ל המשטרה במלון אוויה. משולם הגיע לפגישה כשהוא מחופש וחגור שני אקדחים. נילוה אליו אבנר אוזן (העותר 7; להלן: **אוזן**). המפכ"ל דרש ממשולם להורות לחסידיו להתפרק מנשקם ולהסגיר את עצמם למשטרה. משולם דחה דרישה זו ואף איים בשפיכות דמים. וכך - כדברי אחד הקצינים שנכח בפגישה - אמר משולם:

"דם של שוטרים יישפך על המדרכה. רק אני יכול להורות למאמינים שלי לעזוב. הם יילחמו עד הכדור האחרון, וכל שוטר שיגיע יקבל כדור בין העיניים על-פי ההלכה".

לנוכח איומיו של משולם, עצרה המשטרה אותו ואת אוזן שנילוה אליו. כשעה לאחר מעצרו של השניים נורו יריות, מגג ביתו של משולם, לעבר מסוק משטרה ולעבר כוחות המשטרה שבסביבת הבית. השוטרים, שהשיבו אש, פגעו באחד המתבצרים, שלמה אסולין, אשר נפצע קשה ונפטר מפצעיו. יונתן שיפריס (העותר 4), שמיד לאחר הירי יצא מן הבית, נעצר. ולמחרת היום (11.5.94) הסגירו יתר המתבצרים (ובהם העותרים שטרם נעצרו) את עצמם לידי המשטרה. בדיקת הממצאים ביססה הערכות מסוימות, ביחס למספר כלי הנשק שנעשה בהם שימוש, אך החקירה לא העלתה מימצא ברור ביחס לזהות המתבצרים שהשתתפו בירי.

**תמצית ההליכים**

3. בגין האירועים, שעיקריהם תוארו לעיל, הובאו העותרים לדין, בפני בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. משלב מסוים ואילך, כמתואר בפסק הדין שלערעור, סירבו העותרים לנכוח במשפטם. כן אסרו על סניגוריהם (שבית המשפט סירב לשחררם מן הייצוג) לחקור את העדים ולטעון טענות להגנתם. ובהגיע שעתה של פרשת ההגנה, איש מן העותרים לא העיד ולא קרא לעדי הגנה. אך הואיל ומחקירת הסניגורים לעדי התביעה הראשונים השתמע, כי העותרים מתגוננים בטענות של הגנה עצמית וטעות בעובדה, נדרש בית המשפט בהכרעת הדין לטענות אלה. מסקנתו היתה, כי אף לא אחת מן ההגנות האמורות עומדת לאיש מן העותרים. לפיכך, ועל יסוד הראיות שהובאו לפניו, פסק להרשיע את העותרים בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, ניסיון לגרימת חבלה בכוונה מחמירה, איומים, סיכון חיי אנשים במזיד, החזקת נשק ונשיאתו שלא כדין וייצור נשק. בשל מעשיו הספציפיים של משולם, בשני ימיה הראשונים של ההתבצרות (23-24.3.94), הורשע משולם, בנוסף לאמור לעיל, גם בתקיפת שוטרים, בירייה באקדח ובמתן הוראה להשליך בקבוקי תבערה לעבר קציני משטרה. ובשל סירובו להתייצב לחקירה (ביום 3.4.94) הרשיעו בית המשפט גם בשיבוש מהלכי משפט. ואילו בשל מעשים ספציפיים שיוחסו לאוזן, הרשיע בית המשפט את אוזן, בנוסף לאמור לעיל, גם בזריקת בקבוק תבערה לעבר קצין משטרה. על העותרים נגזרו עונשי מאסר, שתקופותיהם נקבעו על-פי חלקו של כל אחד מהם במעשים הפליליים.

4. העותרים ערערו על הרשעתם ועל חומרת עונשיהם. ערעורם (ע"פ 1632/95) נדון בפני הנשיא ברק, המשנה לנשיא ליון והשופט דורנר. טענותיהם נגד החלטות בית המשפט המחוזי, שלא לשחרר את סניגוריהם מן הייצוג ולהמשיך בבירור המשפט בהיעדרם, נדונו בהרחבה רבה ונדחו. כן נדחו השגות העותרים על צדקת קביעתו של בית המשפט המחוזי, כי הטענות בדבר הגנה עצמית וטעות בעובדה אינן עומדות למי מהם. ועל יסוד קביעות אלו פסק בית המשפט, פה אחד, לאשר את הרשעתם של העותרים ברוב העבירות. מאידך נפסק (אף כאן על דעת כל השופטים), כי בסירובו של משולם להתייצב במשטרה לחקירה לא נעברה על-ידי עבירה של שיבוש מהלכי משפט, והרשעתו בעבירה זו בוטלה. אך בשני עניינים, הנוגעים לערעור על הכרעת הדין, נחלקו דעות השופטים: האחד, שאלת אחריותם של משולם ואוזן לירי שבוצע על-ידי מי מחבריהם המתבצרים לעבר השוטרים ביום 10.5.94, לאחר שהם עצמם נעצרו על-ידי המשטרה. והשני, שאלת אחריותו של כל אחד מהעותרים האחרים לירי כלפי השוטרים, שבוצע במועד האמור בידי מי מחבריו. הכרעת בית המשפט המחוזי, בשתי השאלות האמורות, התבססה על דיני הקשר והשותפות לעבירה, שעמדו בתוקפם עד לתחילתו של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994 (להלן: **תיקון 39**). לאחר מתן פסק-דינו של בית המשפט המחוזי, ובעוד ערעור העותרים תלוי ועומד לפני בית-משפט זה, נכנס תיקון 39 לתוקף. מכוח מצוותו של סעיף 5(א) לתיקון 39, המחיל שינוי מקל שבחוק החדש גם על עבירה שנעברה לפני תחילתו וטרם ניתן לגביה פסק-דין חלוט, נדרש בית המשפט לבחינת אחריותם הפלילית של העותרים גם על-פי תיקון 39.

השופט דורנר מצאה, כי יישום הוראותיו של תיקון 39, מוביל בשני העניינים האמורים להכרעה שונה מן ההכרעה אליה הגיע בית המשפט המחוזי. הנשיא הסכים לדעתה, בעוד המשנה לנשיא סבר כי גם ביחס לשני העניינים האמורים אין בתיקון 39 כדי להשפיע על מסקנות הכרעת הדין.

לנוכח המחלוקת בשאלות אלו, פסק בית המשפט, ברוב דעות, לקבל בחלקו את ערעורם של משולם ואוזן ולבטל את הרשעתם בניסיון לגרום חבלה בכוונה מחמירה, ככל שהרשעתם בעבירה זו התייחסה לאירועים שהתרחשו לאחר מעצמם. על דעת שופטי הרוב, וכפועל-יוצא מביטול מקצת הרשעתם של משולם ואוזן בעבירה האמורה, נתקבל ערעורם של משולם ואוזן גם על גזר הדין. עונשו של משולם הועמד על שמונה שנות מאסר וחצי, מתוכן שש שנים וחצי מאסר בפועל (תחת עשר שנות מאסר, מהן שמונה שנים מאסר בפועל, שהשית עליו בית המשפט המחוזי); ועונשו של אוזן הועמד על חמש שנות מאסר, מתוכן שלוש שנים וחצי מאסר בפועל (תחת שש שנות מאסר מהן ארבע שנים וחצי מאסר בפועל) והפעלתם של שני מאסרים על-תנאי, כשחצי שנה מן התקופה המופעלת היא במצטבר למאסר שנגזר עליו. בהכרעת שופטי הרוב נתקבל בחלקו גם ערעורם של יתר העותרים, באופן שבגין הירי לעבר כוחות המשטרה, שהתרחש לאחר מעצמם של משולם ואוזן, ושהיווה חלק מתשתית הרשעתם בניסיון חבלה בכוונה מחמירה, הורשעו הללו בעבירה של יריות באזור מגורים; וזאת מבלי להתערב בעונשים שנגזרו עליהם בבית המשפט המחוזי.

### **השאלות בדיון הנוסף**

5. הן העותרים והן המדינה הגישו עתירות לקיום דיון נוסף בפסק הדין שלערעור. בעתירה מטעמם (דנ"פ 1294/96) ביקשו העותרים להעמיד לדיון נוסף מספר שאלות, בכללן גם את שאלת סמכותו של בית המשפט לברר אישום בעבירה מסוג פשע שלא בנוכחותו של הנאשם. אך עתירתם העיקרית התמקדה בטענתם, כי סעיף 34 יח לתיקון 39 הקים להם הגנת "טעות במצב דברים", שהיא יותר רחבה מהגנת טעות כמשמעה בדיון הקודם. בעתירה נטען, כי בפסק הדין שלערעור הסתפק בית המשפט בדחיית השגתם על צדקת קביעתו של בית המשפט המחוזי, כי הגנת טעות בעובדה, לפי סעיף 17 הישן, אינה עומדת להם, אך לא דן בשאלה אם אין עומדת להם הגנת טעות במצב דברים לפי סעיף 34 יח.

בעתירה מטעמה (דנ"פ 1365/96) עתרה המדינה לקיום דיון נוסף בשלוש קביעות משפטיות עקרוניות, שנכללו בפסק-דינה של השופטת דורנר, הכרוכות בפרשנות המושג "מבצע בצוותא", כמשמעו בסעיף 29(ב) לתיקון 39: האחת, כי הנוכחות בזירת העבירה מהווה תנאי לנשיאה באחריות פלילית לעבירה כמבצע בצוותא. השניה, כי מבצע בצוותא הוא רק מי שמעשיו, כשלעצמם, מהווים עבירה; הגם שלא בהכרח אותה עבירה שהיא ביסוד התכנית הפלילית המשותפת. והשלישית, כי אחריותו של מבצע בצוותא לעבירה נוספת או

אחרת שביצע מי משותפיו לביצוע בצוותא, תיבחן על-פי כללי האחריות הנגררת, הקבועים בסעיף 34א(א) לתיקון 39 (ולא על-פי כללי האחריות הרגילים), אפילו אם מלכתחילה היה מודע לאפשרות החריגה מן התכנית העבריינית המשותפת המקורית.

6. השופט גולדברג, שהעיתרות לדין נוסף הועברו להחלטתו, נענה לעתירת המדינה ולעיקרה של עתירת העותרים. בהחלטתו צוין, כי בפסק הדין שלערעור "פורשו לראשונה סעיפים שונים בתיקון מס' 39 וכי פרשנות זו היא בעלת משמעות הלכתית עקרונית ביישומו של תיקון מס' 39 בכל הנוגע לאחריות בפלילים". ביחס לעתירת המדינה נקבע בהחלטה, כי "חשיבותה, קשיותה וחידושה של ההלכה שנפסקה, מצדיקים דיון נוסף בשאלות המשפטיות אליהן מתייחסת העתירה בדנ"פ 1365/96". כן הוחלט, כי בגדר עתירת העותרים (דנ"פ 1294/96), יתקיים דיון נוסף "לגבי השאלה אם רשאים היו העותרים ליהנות מטענת ההגנה בדבר 'טעות במצב דברים', נוכח העובדות שנקבעו ופרשנותו המשפטית של סעיף 34 יח לתיקון מס' 39" (ההדגש במקור - א' מ').

7. הנה כי כן, ארבע סוגיות נמצאו ראויות לדין נוסף בפנינו, אחת מהן כעתירת העותרים ושלוש האחרות כעתירת המדינה. עד שאפנה לדין בסוגיות גופן אבקש להעיר: מאז מתן פסק הדין שלערעור, והחלטת השופט גולדברג, חלפו יותר משנתיים. במהלך התקופה האמורה נדרש בית-משפט זה, שוב ושוב, לפרשנות הוראותיו של תיקון 39; והכרעת הרוב, בפסק הדין שלערעור, אינה עולה בקנה אחד עם כמה מן ההלכות שנפסקו. הצורך לשוב ולעסוק בסוגיות שהועמדו לדין נוסף נותר, אפוא, בעינו, אך על רקע ההלכות שנתחדשו, ההכרעה בהן כיום הינה יותר קלה מאשר היתה בשלב הערעור.

#### **דנ"פ 1294/96**

8. עתירה זו מעלה שאלה אחת, והיא, אם לנוכח העובדות שנקבעו במשפטם עמדה לעותרים הגנת "טעות במצב דברים", כמשמעה בסעיף 34 יח לתיקון 39. מן הבחינה העובדתית סומכת טענת הסניגור על ההנחה, כי משולם ואנשיו נהגו כפי שנהגו - התבצרו, התחמשו, ירו והשליכו בקבוקי תבערה לעבר השוטרים - מפני שסברו, ולוא מחמת טעות, כי השוטרים מתכוונים לפגוע בהם, ובפרט במשולם; ומשום חשש המוטעה קמה להם זכות להגנה עצמית מפני התקיפה המדומה. מן הבחינה המשפטית ביקש הסניגור להיבנות מחידושו של סעיף 34 יח(א), שבשונה מהגנת "טעות בעובדה", כהגדרתה בסעיף 17 לחוק העונשין קודם לתיקון, שוב אינו מתנה את סיוג האחריות הפלילית בגין עבירה של מחשבה פלילית, שנעברה מחמת טעות במצב הדברים, בהיותה של הטעות "כנה וסבירה".

9. בית המשפט המחוזי אמנם נדרש בהכרעת-דינו להנחה, כי העותרים (שנמנעו מלפרוס בפניו את הגנתם) אכן התכוונו להתגונן בטענת הגנה עצמית ובטענת טעות. כך, כזכור, השתמע מחקירת עדי התביעה על-ידי הסניגורים, בשלב הראשון של המשפט. וכיון שנדרש להנחה האמורה, נימק בהכרעת-דינו על שום מה אין בנסיבות המקרה כדי להקים לעותרים טענות הגנה עצמית וטעות בעובדה, ודחה את שתי הטענות, כאילו נטענו הללו לפניו מפי העותרים עצמם ובמפורש. ונימוקיו להכרעה זו צוטטו בפסק-דינה של השופטת דורנר בשלב הערעור (ראו: פ"ד מט(5) בעמ' 545-546).

אין צריך לומר, שככלל אין בית המשפט נדרש לבירור טענת טעות במצב דברים שאינה מיוסדת על גירסת הנאשם. כך פסקנו, זה לא מכבר, ביחס לנאשם ברצח, שביקש להסתמך על הגנת טעות חרף גירסתו כי אינו זוכר את פרטי האירוע:

"מהנמקת בית המשפט קמא אמנם עולה, כי בית המשפט לא האמין לטענת המערער שחלק זה של האירוע נעלם מזיכרונו. אך אין בכך ולא כלום: משבחר המערער להיתלות בטענה כי אינו זוכר דבר, נסתתמה יכולתו לסמוך על טענת טעות. טענת טעות ראויה להיבחן רק מקום שהנאשם מעלה אותה וסומך עליה, או למצער כשהאפשרות שטעה מסתברת מגירסתו העובדתית. משמע, מקום בו אין 'טועה' אף 'טעות' אין. וכשהנאשם אינו טוען כי טעה, אלא מעיד כי אינו זוכר דבר, אין בית המשפט נוטל על עצמו להפך באפשרות היפותטית, שמא הנאשם טעה" (ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל [טרם פורסם], בפסקה 13 לפסק-דין).

לכאורה יפה דין זה גם לפרשתנו. העותרים, שבחרו להדיר את רגליהם מבית המשפט, נמנעו מלהעיד ואף אסרו על סניגוריהם לקרוא עדים ולטעון טענות להגנתם, כלל לא היו רשאים לצפות שבית המשפט יכריע בדינם על יסוד טענות הגנה היפותטיות, שדבר כוונתם הראשונית המשוערת להעלותן במשפט הסתברה לו בעקיפין מחקירתם הנגדית של חלק מעדי התביעה. אלא שבית המשפט המחוזי ראה לדון בטענות הגנה עצמית וטעות, כאילו הועלו בפניו על-ידי העותרים בדרך המקובלת. אין זאת אלא שביקש להיות סמוך ובטוח כי בשל מהלכיהם החריגים לא תתקפח הגנתם של העותרים על-פי טענה אפשרית שהיה בידם להעלות. וכיון שהטענה נדונה, אתייחס אליה לגופה.

10. בנימוקי בית המשפט המחוזי, לדחיית טענת הטעות, נאמר:

"...בנסיבות המקרה, אף לא עומדת לנאשמים טענת ההגנה של טעות בעובדה לפי סעיף 17 לחוק העונשין, אשר על-פי הפסיקה חייבת להיות טעות כנה וסבירה גם יחד. לא טעות היתה כאן, לא כנות התגלית כאן

ובוודאי שלא סבירות נמצאה במעשיהם של הנאשמים, אלא ההיפך הגמור מכך".

בפסק הדין שלערעור נדחתה טענת העותרים, כי עומדות להם טענות של הגנה עצמית וטעות בעובדה. בהתייחסה לכך ציינה השופטת דורנר כי "טענות אלה נדחו על-ידי בית המשפט המחוזי, ואף אני לא מצאתי להן תשתית ראייתית" (פ"ד מט(5) בעמ' 551). ולהלן, בהתייחסה לטענת טעות בעובדה שנטענה בשמו של משולם, הוסיפה לאמור:

"בית המשפט המחוזי מצא כי טענתו של המערער (משולם - א' מ') בדבר טעות אינה כנה. ממצאו של בית המשפט המחוזי בעניין זה מקובל עליי. מהשתלשלות הדברים שתוארה לעיל עולה בבירור כי המשטרה נמנעה ככל הניתן מלהשתמש בכוח נגד המערערים (העותרים - א' מ'). כאמור, לאחר האירועים החמורים בחודש מרץ הוחלט שלא לעצור את המערער. הטענה כי המסקנה העולה מכך היא כי המשטרה ביקשה להרוג את המערער מופרכת על-פניה, והמערער הוכיח בהתנהגותו כי לא עלתה בדעתו" (שם, שם).

11. בא-כוחם המלומד של העותרים גורס, כי דחיית טענת הטעות בפסק הדין שלערעור - כמו בהכרעת-דינו של בית המשפט המחוזי - התבססה על שלילת תנאי הכנות והסבירות שהיוו בסיס לטעות בעובדה, כהגדרתה בסעיף 17 לחוק העונשין קודם לתיקון 39. אילו נבחנה טענתם לאור הוראתו של סעיף 34(א) לתיקון 39, סבור הסניגור, טובים היו סיכוייה להתקבל; שכן, גם אילו נמצא שטעותם לא היתה סבירה, לא היה בכך כדי לגרוע מזכותם שאחריותם הפלילית לעבירות תיבחן על רקע טעותם ולאורה.

בטענה זו אין כל ממש. הטענה בדבר טעותם של העותרים נדחתה, לא בשל היותה בלתי-סבירה - ועל-כל-פנים **לא רק** משום אי-סבירותה - אלא, בראש ובראשונה, מפני שבית המשפט המחוזי דחה אותה כבלתי-מהימנה. נשוב ונזכיר את דברי השופט המלומד:

"לא טעות היתה כאן, לא כנות התגלתה כאן ובוודאי שלא סבירות נמצאה במעשיהם של הנאשמים, אלא ההיפך הגמור מכך".

אין בכך ולא כלום שבית המשפט ציין, שגם תנאי הסבירות אינו מתקיים, שכן מדבריו הראשונים עולה בבירור הקביעה, שהעותרים כלל לא טעו, ושהטענה כי טעו אינה כנה. הכרעה זו נבדקה בפסק הדין שלערעור. השופטת דורנר קבעה, כי לא מצאה תשתית ראייתית לטענת הטעות, ודי היה בקביעתה האמורה כדי ליתר דיון



בשאלה, אם בחינתה של טענת הטעות לאורו של סעיף 34(א) לתיקון 39, במקום לאורו של סעיף 17 לחוק שקדם לתיקון, עשויה להועיל להגנתם של העותרים. אכן, מדבריה הבאים של השופטת דורנר (אותם ציטטנו לעיל) עולה, שהסכמתה לממצאו של בית המשפט המחוזי, כי "טענתו של (משולם) בדבר טעות אינה כנה", התבססה על בחינת התנהגותו של משולם על רקע ההשתלשלות העובדתית; וניתן להניח כי בחינה מסוג זה מערבת התחשבות בשיקולי סבירות. אך השימוש במבחן הסבירות, כאמת-מידה אפשרית לבחינת כנותה של הטעות הנטענת, אינה סותרת את הוראתו של סעיף 34(א). עניין זה אבקש להאיר בקצרה.

12. סעיף 34(א) מורה לאמור:

"טעות במצב דברים

34(א). יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.

34(ב). יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.

34(ב). יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.

ענייננו בעבירות של מחשבה פלילית, עליהן חל סעיף 34(א). ההכרה בטעות במצב דברים, כמשמעה בסעיף 34(א), שוב אינה מותנית בעמידתה של הטעות הנטענת במבחן הכפול של כנות וסבירות; שכן, תחולתו של תנאי הסבירות הוגבלה, על-פי האמור בסעיף 34(ב), לעבירות רשלנות בלבד. בכך הקיץ הקץ על מחלוקות העבר, בשאלת סיווגה של דרישת הסבירות, בה היתנה סעיף 17 לחוק העונשין (קודם תחילתו של תיקון 39) את ההכרה בהגנה של "טעות בעובדה": כלום המדובר בתנאי מהותי, המצטבר לתנאי ה"כנות" (כגישת הנשיא שמגר, לראשונה בע"פ 256/78 הן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 589, 590, ולאחרונה בע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, בעמ' 348 ואילך), או שמא אך באמת-מידה ראייתית לבחינת כנותה של טענת הטעות (כגישת השופט ויתקון בע"פ 277/76 בוגנים נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 561; והשופט גולדברג בפרשת בארי, ע"פ 5612/92 הנ"ל, בעמ' 387). סעיף 34(א) אינו מותיר עוד מקום לחילוקין אלה. עמידתה של טעות במבחן הסבירות שוב אינה תנאי להכרה בה, כמסייגת את אחריותו של הנאשם. אך הסבירות, שביחס לעבירות רשלנות נקבעה עתה כתנאי מהותי, יכולה לשמש בידי בית המשפט, בעבירות של מחשבה פלילית, כאמת-מידה לבחינת אמינות גירסתו של הנאשם, כי עשה מה שעשה מחמת

טעות במצב הדברים. יפים לכאן דברי השופט גולדברג בע"פ 2598/94 דנינו נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון,

:120 (4)95

"גם אם לא דורש סעיף 34(א) לתיקון 39, שעניינו בהגנת הטעות במצב דברים, כי הטעות תהא כנה ו**סבירה** (כלשון סעיף 17 לחוק העונשין הקודם), יש בידי בית המשפט לשקול את סבירות הגירסה, כדי לבחון את אמינותה. במלים אחרות, סבירות הטעות אינה אמנם רכיב **להחלת** ההגנה (בנוסף לכנות), אולם יש בה לשמש אמת מידה, המבוססת על הגיון ושכל ישר, לבחינת כנות גירסתו של הנאשם" (בפיסקה 11 לפסק הדין; ההדגשים במקור - א' מ').

וכך נקבע גם בפרשת **מליסה**, ע"פ 2534/93 הנ"ל:

"... בכך, ולפי אמת-מידה של העדר סבירות, נשללה גם טענה אפשרית של טעות. אכן, מבחנה של טעות שוב אינו בסבירותה, אלא בכנותו של הטועה. אך הסבירות מוסיפה להוות אבן בוחן לכנות" (בפיסקה 13 לפסק-דין).

(כן ראו: ר' קנאי, "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה", **מחקרי משפט** יא 147, בעמ' 156; וש"ז

פז, "טעות במצב הדברים", **מחקרי משפט** יב 5).

נמצא שגריעתו של תנאי הסבירות מהגדרת הטעות אינה גורעת מכוחו של בית המשפט לעשות שימוש במבחן הסבירות כאמת-מידה ראייתית. במה אפוא נבדל הסדרו החדש של סעיף 34(א) מהסדרו הישן של סעיף 17? דומה שההבדל מתבטא לפחות (על הבדלים אפשריים נוספים אני בוחר שלא להתעכב) בביטול החובה להידרש למבחן הסבירות, לא רק כתנאי מהותי, אלא אף כאמת-מידה לבחינת הכנות. משהוצא תנאי הסבירות מן החוק, "הסבירות הינה מעכשיו רק אחד הסממנים, אשר בעזרתו יוכל בית המשפט לקבוע אם אכן המדובר בטעות כנה" (השופט ברך בע"פ 389/91 **מדינת ישראל נ' ויסמרק**, פ"ד מט(5) 705, 719); אך בית המשפט שוב אינו חייב לבחון את סבירות הטעות, ובידו לקבל טענת טעות גם מבלי להיזקק לבחינתה באמת-מידה של סבירות, כגון שהאמין לגירסת הנאשם שהוא אכן טעה במצב הדברים.

13. בשולי הדיון בטענת הטעות אבקש להזכיר, כי הטענה שהעותרים טעו במצב הדברים לא נועדה אלא להעמיד להם טענה של הגנה עצמית מפני תקיפה מדומה; לאמור, שבטעות דימו כי הם מצויים במצב דברים המצדיק הגנה עצמית. לא למותר אפוא להזכיר, כי הזכות להישמע בטענת הגנה עצמית, לפי סעיף 34 לתיקון 39, כפופה לסייגים אובייקטיוויים: סעיף 34, רישה, מגביל אותה "למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין"; סעיף 34, סיפה, קובע כי "אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו

הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את התפתחות הדברים"; וסעיף 34טז מורה כי הזכות לא תחול "כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה". כלפי מה אמורים הדברים? כלפי דלות סיכוייהם של העותרים - שמעשיהם חרגו מכל אמת מידה סבירה - להישמע בטענת הגנה עצמית, גם אילו נמצא יסוד להנחה, כי הם טעו במצב הדברים ושורת אחריותם למעשיהם היתה נקבעת, לא על-פי מצב הדברים האמיתי, אלא על-פי מצב הדברים המדומה.

14. סיכומם של דברים: בית המשפט המחוזי, אשר נזקק לאפשרות המרומזת של טעות בעובדה מיזמתו, שלל את קיומה של טעות במישור העובדתי; ובהעדר תשתית ראייתית להנחה שמי מהעותרים פעל מחמת טעות, פסק בית-משפט זה לדחות את ערעורם בנקודה זו. בהתחשב באופי ההכרעה - שהיתה בעיקרה הכרעה עובדתית - אינני מוצא יסוד לטענת הסניגור, שבחינת טענת הטעות, בשלב הערעור, לאורו של סעיף 34(א), עשויה היתה להביא את בית המשפט להכרעה אחרת. גם ההנחה שבבחינת הטענה בדבר טעותו של משולם נזקקה השופטת דורנר למבחן הסבירות, אינה משנה את פני הדברים. כפי שראינו, גם משבטלה דרישת הסבירות, כתנאי שבלעדיו לא תיכון הגנת טעות, רשאי בית המשפט להשתמש במבחן הסבירות כאבן-בוחן לכנות הטענה.

15. המסקנה העולה מן האמור היא, שדין עתירת העותרים להידחות. נפנה אפוא לעתירת המדינה.

#### **דנ"פ 1365/96**

16. מזה שנים אחדות שהפסיקה והספרות המשפטית עמלות על גיבוש אמות המידה הפרשניות, הדרושות להבחנה בין הצדדים לעבירה כמשמעם בתיקון 39: ה"מבצע" (לרבות, ובעיקר, ה"מבצעים בצוותא"), ה"מסייע" וה"משדל". שלוש הסוגיות, שהוצבו לדין נוסף על-פי עתירת המדינה, כרוכות, במידה זו אחרת, בהגדרת אחריותו של "מבצע בצוותא", כמשמעו בסעיף 29(ב) לתיקון 39. בשונה משורה של פרשיות שנפסקו עד כה על-פי תיקון 39, עיקר עניינו הפעם אינו בשאלת סיווגו של מי מהשותפים לעבירה מסוימת כמבצע בצוותא, כמסייע או כמשדל, אלא בהגדרת אחריותו של מבצע בצוותא למעשי שותפיו שנעשו בהיעדרו (הסוגיה הראשונה לדין נוסף), או שחרגו מן התכנית הפלילית המשותפת (הסוגיה השלישית), וכן בבירור היסוד ההתנהגותי הנדרש לאיבחון של משתתף כמבצע בצוותא (הסוגיה השנייה). אמנם, הסוגיה הראשונה שלפנינו מעוררת, בעקיפין, גם שאלה של סיווג: אך בנתון להכרעה בשאלה זו, שבנסיבות פרשתנו אינה מעוררת כל קושי, נוכל להתבסס על קביעת השופטת דורנר, בפסק הדין שלערעור, שכל העותרים היו בגדר מבצעים בצוותא.

**המבצע בצוותא**

17. השאלה העיקרית בה עסקו פסקי הדין, שנדרשו לחידושו של תיקון 39 בנושא חלוקת האחריות בין הצדדים לעבירה, היא אמת המידה הראויה להבחנה בין המבצע בצוותא לבין המסייע. חרף גזרתן המצומצמת של הסוגיות העומדות לדיון בפנינו רואה אני טעם להתייחס לעיקרי ההתפתחות. אמנם, ההבחנה בין מבצע בצוותא לבין מסייע אינה כה דרושה בענייננו. אך אמות המידה שנקבעו, והבנת תכליתה של ההבחנה, ינחו אותנו להכרעה בסוגיות שעל הפרק. סעיף 29(ב) לתיקון 39, המגדיר את המבצעים בצוותא, מורה 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".

ואילו בסעיף 31, המגדיר את המסייע, נאמר:

"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".

מלשון החוק עולה, כי המבצע בצוותא נבדל מן המסייע הן במהות עשייתו והן ביחסו הנפשי לביצוע העבירה. איפיון חלקו של המשתתף בעשייה הפלילית, כמעשה-ביצוע או כמעשה-סיוע, במקרים גבוליים, אינו פשוט. הגדרת השוני ביסוד הנפשי היא, לכאורה, פשוטה; אלא שאיפיון היסוד הנפשי נלמד, במקרים רבים, מהתנהגות העושה ומאופי תרומתו לביצוע העבירה. אין תימה, כי המבחנים שגיבשה הפסיקה התייחסו, בעיקר, למהות ולהיקף העשייה של המעורב. אמות המידה שגובשו מותרות מידה של גמישות חיונית בייחוס משקל לשני ממדים עיקריים הקשורים במושג הביצוע: הגדרת מהות המעשה הנדרש מחד, ובחינת מידת קירבתו של המשתתף למעגל המבצעים, ויכולתו להשפיע על הביצוע, מאידך. הממד הראשון, המבוסס על מתן פרשנות למושג "ביצוע", הוא משפטי-מהותי, והתקיימותו, בכל מקרה נתון, הינה תנאי הכרחי לסיווגו של משתתף כמבצע בצוותא. הממד השני הוא ראייתי-נסיבתי, הדרוש (בעיקר, אם לא רק) לאיפיון היסוד הנפשי. הפסיקה הבחינה היטב בין שני הממדים האלה. למושג "מעשה-ביצוע", כמובנו בסעיף 29(ב), ניתנה בפסיקה משמעות רחבה. הגדרה זו מאפשרת לכלול במעגל המבצעים בצוותא משתתף, שיחסו הנפשי לעבירה (שאינו שנוי במחלוקת או הנלמד ממקור עצמאי) היה כשל מבצע, גם אם חלקו בעשייה היה קטן יחסית. להגדרת רכיביו של הממד השני, נזקקה הפסיקה למבחן משולב שבכוחו לאפיין, על-פי מידת קירבתו של המשתתף למעגל המבצעים, ומידת יכולתו להשפיע על גורל הביצוע, את היסוד הנפשי שהתקיים בו. ניתן לומר, כי בגיבוש אמות

המידה להבחנה בין מבצע בצוותא לבין מסייע, חתרה הפסיקה להגשמת התכלית הרעיונית שביסוד ההבחנה.

יפים לכאן דברי השופט גולדברג:

"תיקון 39 לחוק מבטא את ההכרה שהאשמה המוסרית, והמסוכנות הסובייקטיבית והאובייקטיבית שבסיוע, פחותות מאלה שבביצוע בצוותא. פער זה הוא שעומד ביסוד האבחנה בתוצאות העונשיות בין מבצע בצוותא למסייע, והוא שגם צריך להנחות אותנו בקביעת המבחנים המשמשים לאבחנה בין מבצע עיקרי למסייע" (ע"פ 8710/96 **הלדשטיין נ' מדינת ישראל**, תקדין-עליון 97(4) 195, פסקה 84 לפסק הדין).

18. באחד מפסקי הדין הראשונים הציע השופט קדמי את ההבחנה הבאה:

"מבצע בצוותא הוא - על פי ההגדרה שבסעיף 29(ב) לחוק - מי שנוטל חלק ב'ביצוע' העבירה, על ידי עשיית 'מעשה' המצוי, על פי טיבו, במעגל הפנימי של ביצוע העבירה; כשלמושג 'ביצוע' לעניין זה, יש משמעות רחבה מעבר לעשיית מעשה המבטא את הרכיב ההתנהגותי של הגדרת העבירה. לעומתו, 'המסייע' - הינו זה ה'תורם' בהתנהגותו לביצועה של העבירה, אך תרומתו אינה מהווה 'מעשה-של-ביצוע' כאמור, והיא נותרת 'חיצונית' למעגל 'ביצוע' העבירה" (ע"פ 2652/95 **רז נ' מדינת ישראל** [לא פורסם], בפסקה 5(ג)(2) לפסק הדין).

בקביעה הפרשנית - כי למושג "ביצוע" בסעיף 29(ב) "משמעות רחבה מעבר לעשיית מעשה המבטא את הרכיב ההתנהגותי של הגדרת העבירה" - ניתן ביטוי לממד הראשון הדרוש להבחנה: ואילו בשייך המעשה ל"מעגל הפנימי" של ביצוע העבירה ניתן ביטוי התחלתי לממד השני.

19. פיתוח משמעותי של אמות המידה להבחנה בין מבצע בצוותא לבין מסייע, בשני הממדים הנדרשים לאיפיון העשייה הפלילית, נעשה בפסק-דינו של הנשיא ברק בע"פ 4389/93 **מרדכי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3) 239. עיקרה של ההבחנה הוסבר בעמ' 250:

"השוני בין המבצע בצוותא לבין המסייע מתבטא בכך שהמבצעים בצוותא משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית. כולם עבריינים ראשיים... תרומתו של כל אחד מהמבצעים בצוותא היא 'פנימית'... אכן, לעניין הביצוע בצוותא תיתכן חלוקת עבודה בין העבריינים, באופן שהם יפעלו במקומות שונים ובזמנים שונים, ובלי שכל אחד מהם מיצה את העבירה, ובלבד שחלקו הוא מהותי להגשמת התכנית המשותפת. אחדות המקום והזמן אינה חיונית, ובלבד שחלקו של כל אחד מהם הוא חלק פנימי של המשימה העבריינית".

בהתוותו את עקרון "חלוקת העבודה" בין מבצעים בצוותא נתן הנשיא ביטוי לאימוץ התפיסה, בדבר משמעותו הרחבה של "ביצוע" כמובנו בסעיף 29(ב). הממד השני בא לידי ביטוי בהתנייה שחלקו של כל אחד מהמבצעים בצוותא יהיה "חלק פנימי של המשימה העבריינית". מבחן קירבת המעשה, למשימתם המשותפת של מבצעים בצוותא, נועדה להבטיח שעשיית מעשה גבולי, שלפי טיבו עשוי להיכנס להגדרת ביצוע, לא תטיל על העושה אחריות כמבצע בצוותא כאשר טיב יחסו הנפשי לביצוע העבירה מוטל בספק. בדבריו שלהלן מוסיף הנשיא, למבחן הקירבה, את מבחן השליטה. כדבריו (בעמ' 251):

"למבצע בצוותא שליטה פונקציונלית, יחד עם האחרים, על העשייה העבריינית והתפתחותה. הוא אדונה.

...

המסייע - בדומה למשדל - הוא שותף עקיף ומשני. הוא מסייע ביצירת התנאים לביצוע העבירה על-ידי העבריין העיקרי (או העבריינים העיקריים המבצעים בצוותא) (סעיף 31 לחוק העונשין). 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' (סעיף 31 לחוק העונשין)."

20. מבחן השליטה הפונקציונלית, כאמת-מידה לסייגו של צד לעבירה כמבצע בצוותא, שב והוטעם על-ידי הנשיא בפסק-דינו בע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 97(2), 283, בו נבחנו חלקיהם של ארבעה שהשתתפו יחדיו בביצוע רצח בשוק הקצבים בעיר העתיקה בירושלים. כדברי הנשיא (בפיסקה 28 לפסק הדין):

"המאפיין את המבצע בצוותא שהוא אדון לפעילות העבריינית. בידיו 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."

נקודה חשובה נוספת, שזכתה להבהרה בפסק-דינו של הנשיא בפרשת פלוני, התייחסה למהות היסוד העובדתי הנדרש לשכלול אחריותם של מבצעים בצוותא. בהתייחסו לפרשנותו של סעיף 29(ב) אומר הנשיא (בפיסקה 27 לפסק-דינו), כי "מבחינת היסוד העובדתי, לא נדרש כי כל אחד מהמבצעים בצוותא יבצע בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העבירה". ולהלן הוא מסביר וממחיש בדוגמאות:

"אכן, החוק רואה במבצעים בצוותא גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. פעולתה של כל זרוע משוייכת 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 ונוטל באיזמים את הכסף, ואילו האחר מבצע חסימה במרחק ניכר מהמקום".

### המבחן המשולב

21. הפיתוח ההלכתי בפרשות **מרדכי ופלוני** בא לידי ביטוי בתחומים שונים, ולכמה מאלה עוד אשוב. בשלב זה, ולקראת העיסוק בסוגיות שהוצבו לפנינו לדיון נוסף, אבקש להתייחס לשתי נקודות מרכזיות: ראשית, לאמת המידה בעזרתה נזהה את הרכיב ההתנהגותי הנדרש לפי הגדרתו הרחבה של הביצוע; ושנית, למשמעות שילובו של מבחן השליטה הפונקציונלית על מהלך ביצוע העבירה. הנושאים אינם קשורים אך יש טעם לעסוק בהם בסמיכות זה לזה.

22. במתן משמעות רחבה למושג הביצוע, כמובנו בסעיף 29(ב), יש משום אימוץ התפיסה הגורסת, כי זיהוי הרכיב ההתנהגותי של הביצוע בצוותא די לו כי יתבסס על אמת המידה המקובלת לשכלולו של ניסיון לבצע את העבירה. פרופ' גור-אריה תיארה זאת כך:

"כל מי שנוטל חלק בשלב ביצוע העבירה הוא מבצע, בין אם הביצוע הושלם ובין אם לאו. אם הביצוע לא הושלם, המבצע יהיה אחראי בגין ניסיון; ואילו כאשר הושלם הביצוע יהיה המבצע אחראי לעבירה המושלמת. זה יהיה המצב גם במקרים בהם מספר מבצעים נוטלו חלק בביצוע העבירה. גם כאן, אם בסופו של דבר לא הושלם הביצוע, יהיו הם אחראים כמבצעים בצוותא של הניסיון; ואילו אם הביצוע הושלם, יישאו הם באחריות כמבצעים בצוותא של העבירה המושלמת שנעברה, בלא שתהא חשיבות לשאלה מי מביניהם הוא שבפועל השלים את הביצוע" (מ' גור-אריה, "צורות של ביצוע עבירה פלילית", **פלילים** א' (תש"ן) 29, בעמ' 36; וראו גם: מ' גור-אריה, "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע", **משפטים** יא (תשמ"א) 518, בעמ' 523).

ויפים לעניין זה גם דברי פרופ' פלר:

"אם אותה התנהגות, בהתעלם מן ההתנהגויות האחרות, נמנית, מבחינה עובדתית, עם תחום הביצוע והיתה מצמיחה, כשלעצמה, ניסיון לעבור את העבירה, או קטע שמשלים אותה, הרי בעל ההתנהגות ביחד עם בעלי ההתנהגויות מאותו טיב, הם מבצעים בצוותא" (ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך ב', תשמ"ז) בעמ' 204).

סעיף 25 לתיקון 39, המגדיר את הניסיון, קובע, כי "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". ויישום ההגדרה האמורה על הבחנתנו ילמד, כי די במעשה לביצוע העבירה החורג מהכנה גרידא, והמלווה ביסוד הנפשי המתאים, כדי למלא את היסוד ההתנהגותי הנדרש לסיווג של המשתתף כמבצע בצוותא. המבצע בצוותא יישא באחריות לעבירה המושלמת שנעברה, גם אם הוא עצמו לא השלים את הביצוע. מעמדו כמבצע בצוותא ייתן ביטוי לעובדה כי, להבדיל מהמסייע, תרומתו של המבצע משתייכת לשלב הביצוע של העבירה שנעברה. משמע, מדובר בפעולות המשתייכות לשלב הביצוע, למרות שאינן מגשימות את ההתנהגות המפורטת בהגדרת העבירה.

מבחן זה מספק אמת-מידה בסיסית להבחנה. כאשר במשתתף התקיים היסוד הנפשי המאפיין מבצע בצוותא, והשאלה מתמקדת רק באיפיון תרומתו הפיסית של המשתתף, די בהחלתו של מבחן זה. אך במקרים גבוליים, כשהיסוד הנפשי אמור להילמד מן העשייה הפלילית, ובמקרים בהם קשה לאפיין את מעשהו של המשתתף כמעשה ביצוע או כמעשה סיוע, ההסתמכות על מבחן זה בלבד עלולה להטעות. בכגון דא ניתן להיעזר במבחן הקירבה, או גם במבחן השליטה. אם יוברר, כי המשתתף ביצע חלקו במשימה העבריינית, במסגרת "חלוקת העבודה" בין המשתתפים, או כי היה בעל שליטה על מהלך ביצוע העבירה, יוסרו הספקות והכף תוכרע לחובתו.

23. אשר למבחן השליטה חשוב להטעים, כי הנשיא ברק לא הציע לאמץ את מבחן השליטה כמבחן יחיד, אלא אך לשלבו, כאבן-בוחן נוספת, במערכת השיקולים שינחו את בית המשפט בבדיקת נסיבותיו של כל מקרה נתון. זו, כמדומה, גם גישתו של השופט גולדברג. בהתייחסו למבחן השליטה (בפרשת **הלדשטיין**, ע"פ 8710/96 הנ"ל) הוא מציין:

"הבחנה זו אכן יכולה להיות מבחן עזר בשקילת מידת התרומה הפיסית והיסוד הנפשי של המעורב בדבר העבירה. שהרי תרומה ניכרת לביצוע העבירה במישור העובדתי מצביעה על שליטה על מהלך ביצוע העבירה, וכן גם מצביעה תפישת עושה העבירה את עצמו כ'אדון העבירה' במישור הנפשי" (בפיסקה 87 לפסק-דינו; ראו גם: גור-אריה, במאמרה הנזכר על "צורות של ביצוע עבירה פלילית", בעמ' 41).

זו, בכל הכבוד, גם גישתי. אף אני סבור, כי אין לאמץ את מבחן השליטה כמבחן יחיד, או מרכזי, ועם זאת אין לוותר עליו. תועלתו של מבחן השליטה היא בשילובו, כמבחן-עזר, לצד המבחנים המסורתיים בעזרתם אומדן בית המשפט, על-פי תרומתו האובייקטיבית (הפיסית) ויחסו הסובייקטיבי (הנפשי) של צד לעבירה, אם יש לסווגו כמבצע בצוותא או כמסייע. אנמק בקצרה את גישתי.



24. מבחן השליטה, המבוסס על פיתוח מושג המבצע במשפט הגרמני, הוצע בשעתו על-ידי פרופ' קרמניצר, כמבחן מכריע להבחנה בין מבצע העבירה לבין המשתתפים העקיפים בביצועה (מ' קרמניצר, "המבצע בדיני העונשין - קווים לדמותו", פלילים א' (תש"ן) 65). מבחן השליטה נועד להיות מבחן כולל, הנותן ביטוי הן ליחסו הנפשי של העבריין לעבירה והן לתרומתו האובייקטיבית (העובדתית) לביצועה. הנחת המוצא שביסודו הינה שלמושג "מבצע" נודעת משמעות זהה בכל צורות הביצוע: ביצוע בידי יחיד, ביצוע בצוותא וביצוע באמצעות אחר. ברם, חולשתו הבולטת, כשהמדובר בביצוע בצוותא, היא בייחוס משמעות סיבתית מכרעת לתרומתו לביצוע של כל אחד מן המבצעים. כדברי פרופ' קרמניצר במאמרו הנ"ל:

"רעיון השליטה עומד גם ביסודו של הביצוע ביחד (בצוותא) או הביצוע המשותף, ומאפשר להבחין בינו לבין הסיוע, ... מדובר בשליטה מסוג אחר, וכוונתנו לשליטה פונקציונאלית. 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. ... כל אחד מהם יכול על ידי משיכת ידו מן העשייה המשותפת (אי עשיית חלקו במעשה) להכשיל את התוכנית. במובן זה, ביכולת הווסטו שלו, העבירה היא בידיו. יש להודות בכך שלא תמיד ניתן לדעת אם בנפול חלקו של אחד מבני הברית, היה נכשל הביצוע כולו, אבל נדרש לפחות שאפילו היתה העבירה מתבצעת בלעדיו, היתה זו עבירה אחרת מבחינת הביצוע הקונקרטי לעומת העבירה לפי התוכנית המקורית. ניתן לומר, איפוא, על המשתתף, שהוא 'מבצע ביחד', כאשר הפונקציה שלו בביצוע הקונקרטי הינה בעלת משמעות מהותית" (בעמ' 73, שם).

העולה מדברים אלה הוא, שכדי לקבוע אם למשתתף היתה שליטה על הביצוע אין די להיווכח כי היתה לו יכולת לסגת מן התכנית המשותפת, או להכשיל את ביצועה, אלא נדרש כי חלקו יהיה גם חיוני לביצוע. משמע שללא תרומתו, לא יהיה הביצוע אפשרי, או לפחות שונה משמעותית מן המתוכנן. יישומה של תפיסה זו מעורר קשיים לא מבוטלים (ראו: מ' גור-אריה, "צורות של ביצוע עבירה פלילית", פלילים א' (תש"ן) 29, בעמ' 38-41). מבלי להיכנס לפרטי הביקורת ניתן לומר, שבחינת מעמדו של המשתתף על-פי מידת שליטתו במהלך הביצוע וחיוניות תרומתו הפיסית לביצועה, עלולה להוציא ממעגל המבצעים בצוותא משתתפים שאין זה ראוי להוציאם ממנו. טול מעשה פשע היכול להתבצע בשניים ומתבצע בשלושה. דלות תרומתו הפיסית של השלישי למהלך הביצוע אינה גורעת במאומה ממעמדו כמבצע בצוותא; ואין זה מעלה או מוריד, שהפשע, כמות שהיה, יכול היה להתבצע גם ללא השתתפותו (השוו ע"פ 3596/93 אבו סרור נ' מדינת ישראל, טרם פורסם).

25. דעתי, כאמור, היא, כי מבחן השליטה ראוי להתקבל כמבחן עזר. לעניין ההסתמכות על תוצאות הפעלתו יש טעם רב להבחין בין מצב שבו מוכחת שליטה לבין מצב שבו דבר קיומה של שליטה אינו ברור. ניתן לומר, כי שליטה בביצוע מהווה ראיה נחרצת לסיווגו של בעל השליטה כמבצע בצוותא, בעוד שהעדר שליטה

אינו שולל סיווג זה. לשון אחר: היותו של המשתתף בעל שליטה אינו תנאי-בלעדי-אין לסיווגו כמבצע בצוותא. גם מי שאינו בעל שליטה, ואף תרומתו הפיסית לביצוע העבירה אינה קריטית להשלמת הביצוע, עשוי להיחשב כמבצע בצוותא.

26. פרופ' פלר עומד על יתרונתיו של מבחן משולב, הבנוי על שילוב כוחות האיבחון המוגבלים של המבחנים המסורתיים, האובייקטיבי והסובייקטיבי, ועל סינתיזה ביניהם (ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך ב', תשמ"ז), עמ' 197 ואילך). ובסכמו עמדה זו הוא אומר:

"לפי מבחן זה, מבצע עיקרי הוא זה אשר תרומתו לאירוע עברייני רב-משתתפים מתבטאת בהתנהגות - אקטיבית או פאסיבית - וביחס נפשי, שמקנים לו, בלבד או ביחד עם אחרים, את המעמד של אדון העשייה. לא תמיד קובע סוג הפעולות - ה-corporus - בהם מתבטאת התרומה, ולא הכל מותנה בטיב היחס הנפשי המתלווה אליה - ה-animus; השילוב של זה באלה נותנים ביטוי למהות הפונקציונלית של תרומתו העיקרית והישירה של אדם לאירוע העברייני הרב-משתתפים" (בעמ' 199, שם).

והשופט גולדברג, המדבר בשבחו של השילוב, מציין, כי

"המבחן המשולב כמוהו כמקבילית כוחות. ככל שהיסוד הנפשי של עושה העבירה (מבחינת מידת העניין שלו בביצועה) רב יותר, יש מקום להסתפק בדרגה נמוכה יותר של היסוד העובדתי. --- ולהיפך, ככל שמידתו של היסוד העובדתי אצל עושה העבירה, מבחינת איכות תרומתו לביצועה, רבה יותר, כן ניתן להסתפק בדרגה נמוכה יותר של היסוד הנפשי" (בפרשת **הלדשטיין**, בפסקה 88 לפסק-דין).

27. המבחן המשולב מקובל גם עליו. אך להסרת ספק אבקש להטעים, כי בשונה מגישת פרופ' פלר ותוך הזדהות עם גישת חברי השופט גולדברג, הנני כולל בשילוב זה גם את מבחן השליטה. נראה שבכך עשוי להימצא מענה לשאלת סיווגם של רבי-עבריינים, שבעצמם אינם משתתפים באופן פסיבי בביצוע עבירות המבוצעות בשליחותם. לשיטת פרופ' פלר, רבי-עבריינים שכזה, אף שאינו מבצע בצוותא מן המניין, הריהו בעל מעמד מיוחד של "משדל-מסייע" שהוא שווה-ערך למעמדו של מבצע בצוותא, שכן

"החסר שבחלקו של אותו שותף בהגשמת היסוד העובדתי של העבירה מתקזז עם העודף שבחלקו ביצירת היסוד הנפשי שלה, על כל הנובע בכך" (בספרו הנ"ל, בעמ' 275-276).

לדידי, יש לראות במשתתף כזה - שבידו שליטה מלאה על הביצוע ושעשייתו כוללת לא רק פעולות שידול והכנה, אלא גם הנחיית העבריינים הפועלים ופיקוח על פעילותם - מבצע בצוותא לכל דבר. דומה כי דווקא המודל של רב-עבריינים כזה מהווה דוגמה טובה לחוסר המשמעות שניתן לעתים לייחס למידת ההתאמה שבין השתתפותו הפעילה של עבריין בביצוע העבירה לבין הרכיב ההתנהגותי שבהגדרת העבירה. אך הואיל ובפרשתנו שאלה זו אינה מצריכה הכרעה, אלך בדרכו של השופט גולדברג (בפרשת **הלדשטיין**, פסקה 89) ואשאיר אותה בצריך עיון.

28. עמדתי על אמות המידה שגובשו בפסיקה לסיווגו של צד לעבירה כמבצע בצוותא. פה ושם הוספתי הערות מנקודת-מבטי. פה ושם גם נגעתי באיזו מן הסוגיות שהועמדו לפנינו לדיון נוסף. אניח עתה לעיסוק במסגרת המשפטית הכללית ואפנה לשלוש הסוגיות המצריכות הכרעה. אקדים ואומר, כי ביחס לכל שלוש הסוגיות הדין, לדעתי, הוא עם המדינה.

#### הנוכחות בזירת העבירה

29. כלום הנוכחות בזירת העבירה מהווה תנאי לנשיאה באחריות פלילית כמבצע בצוותא? נראה שדעת הרוב בפסק הדין שלערעור היתה, שלשאלה זו יש להשיב בחיוב. כך עולה מטעמי חברתי, השופט דורנר, שלעניין אחריותם של משולם ואוזן למעשים הפליליים, ראתה להבחין בין האירועים שהתרחשו עד למעצרו של השניים על-ידי המשטרה לבין האירועים שהתרחשו לאחר מעצרו: בחלקה את מסכת האירועים לשני שלבים, בחנה חברתי את אחריותם לעבירות של משולם ואוזן ביחס לכל אחד מן השלבים לחוד. ביחס לשלב הראשון פסקה כי יש לראות את כל העותרים כמבצעים בצוותא:

"בשלב הראשון, עד למעצרו של המערער (משולם - א' מ') ואוזן, נכחו כל המערערים בזירת העבירות, במטרה להגשים את תכניתם הפלילית, והיא התנגדות למשטרה בכוח הנשק. מובן כי לא כל המערערים (העותרים - א' מ') ביצעו את כל המעשים הפליליים הספציפיים המפורטים בכתב האישום. מטבע הדברים היתה ביניהם חלוקת תפקידים. ואולם כולם תרמו להגשמת התכנית הפלילית, ועל-כן יש לראותם כמבצעים בצוותא על-פי סעיף 29(ב) לחוק העונשין המתוקן" (פ"ד מט(5) בעמ' 556).

ואילו ביחס לאירועי השלב השני ראתה להבחין בין העותרים שהתבצרו בבית לבין משולם ואוזן. ולאחר שדנה בשאלת אחריותם של העותרים האחרים (בה נעסוק להלן בנפרד) קבעה כי על משולם ואוזן אין להטיל כל אחריות לאירועי השלב השני:

"... המערער ואוזן היו עצורים. הגם שהמתבצרים סברו כי פועלים הם על-פי הנחיות המערער - וכאמור, הלה סירב להורות להם להניח את נשקם ואף איים כי אנשיו יירו על השוטרים אם הללו ינסו לפרוץ לבית - המערער לא נכנס לגדר מבצע בצוותא, שהרי הוא לא היה במקום ביצוע העבירה. בגין שלב זה של האירוע הוא עשוי לשאת באחריות כמשדל. אוזן היה מעוזריו הקרובים של המערער, ולנוכח מעמדו ניתן לראות אף בו משדל. אלא שכאמור, המשדל אחראי לעבירה נוספת של רשלנות בלבד, בעוד שהירי לעבר כוחות המשטרה נעשה במתכוון, ובגינו הורשעו המערערים, ובכללם המערער ואוזן, בניסיון חבלה בכוונה מחמירה, שהוא עבירה של מחשבה פלילית.

יש אפוא לבטל את הרשעת המערער ואוזן בעבירה הנ"ל ככל שהיא נוגעת לעבירת הירי לאחר מעצרים" (שם, שם).

מהנמקה זו עולה, כי משולם ואוזן פוטרו מאחריותם כמבצעים בצוותא רק משום היעדרותם מזירת העבירה בשעת האירוע, ולא משום שמעצרים קטעו את היותם צדדים לעבירה. הא ראייה שלמשולם, שהינחה את אנשיו מראש, היתה שליטה למנוע את המשך האירועים, ובשל סירובו להורות לאנשיו להניח את נשקם, סברה חברתי כי ניתן לראות בו, וכן באוזן, משדלים.

יצוין כי חברי המשנה לנשיא, בפסק-דינו בערעור, חלק על גישת השופט דורנר. הוא סבר, שלנוכח מימצאו של בית המשפט המחוזי, כי משולם הינחה את הנוכחים בבית (תוך שאוזן היה צד להנחיותיו) לירות על כוחות המשטרה, אם אלה ינסו לפרוץ אל הבית, אין מקום להבחין לעניין הגדרת ה"עבירה" בין שני שלבים, האחד עד למעצרים של משולם ואוזן, והשני לאחר מעצרים. את מסכת האירועים כולה יש לראות כעבירה אחת ואת משולם ואוזן יש לראות כמבצעים בצוותא של אותה עבירה (שם, בעמ' 557-558).

30. דעתי בשאלת הנוכחות כדעת המשנה לנשיא בפסק הדין שלערעור. חוק העונשין שלפני תיקון 39 לא היתנה את אחריות השותף לדבר עבירה בנוכחות פיסיית בזירת העבירה בשעת ביצועה. אדרבה, בסעיפים 26(2) ו-26(3) אף הוטעם, ביחס למסייע וביחס למשדל, כי יישא באחריות לעבירה "בין שנכח בשעת עשייתה ובין שלא נכח". הדרישה לנוכחות נכללה רק ביחס לשני מקרים חריגים: בסעיף 26(4), שהסדיר מקרה מיוחד של סיוע על-ידי נוכחות, ובסעיף 28, שקבע את האחריות בגין עבירה נוספת. לא זה בלבד שבאף אחד מאלה אין משום ראייה לסתור את הכלל, כי הנוכחות אינה תנאי לאחריות, אלא שגם דרישת הנוכחות שנכללה בסעיף 28 נתפרשה בפסיקה ככוללת נוכחות קונסטרוקטיביות (ראו ע"פ 377/67 דהאן ובן-הרוש נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 197, שדן בסעיף 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 - חליפו הישן של סעיף 28 לחוק העונשין). כך, וביתר שאת, על-פי תיקון 39. לא זה בלבד שהדרישה לנוכחות לא נכללה באיזו מהוראותיו החדשות של תיקון 39, אלא שגם בסעיף 34א, חליפו החדש של סעיף 28, שוב לא ראה המחוקק טעם לכלול אותה.

31. גישה זו מתיישבת היטב עם הרציונל שביסוד איפיונו של צד לעבירה כמבצע בצוותא. ברשימה שפרסם בעקבות פסק הדין בפרשת דהאן ובן-הרוש (ע"פ 377/67 הנ"ל) היה פרופ' פלר מוכן לייחס למושג "נוכחות" את המובן הרחב ביותר:

"כל אדם אשר התנהגותו בשעת ביצוע העבירה שלובה בפרשת עשייתה נחשב כנוכח גם בזירת העשייה, יהא מקום הימצאותו של אותו אדם במרחב, כאשר יהא. למשל, גם א', המקיים שיחה טלפונית עם ב' כדי להסיח את דעתו, ולאפשר בכך, באותו זמן ממש, ל-ג' להתפרץ לתוך ביתו של ב' ולגנוב חפץ מסוים ולהסתלק משם באין מפריע, גם א' נוכח בשעת המעשה ובמקום עשייתו, ואין נפקא מינה אם ערך את השיחה מעיר אחרת ... החיים המודרניים והטכניים נותנים מימד חדש למושגים בדרך כלל, כולל מושג המקום או הזמן" (ש"ז פלר, "סעיף 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 - האמנם נועד הוא למסייע?", משפטים ו' (תשל"ה) 275, בעמ' 278. כן ראו: פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך ב' תשמ"ז) בעמ' 333-336).

גם פרופ' קרמניצר, המייסד את ההבחנה בין הצדדים הישירים לעבירה לבין שותפיהם העקיפים על מבחן השליטה, הינו שותף לדעה, כי הנוכחות בזירת העבירה אינה מהווה תנאי הכרחי לקביעת מעמדו של שותף כמבצע בצוותא:

"ניתן לומר, איפוא, על משתתף, שהוא 'מבצע ביחד', כאשר הפונקציה שלו בביצוע הקונקרטי הינה בעלת משמעות מהותית ... משמעות מהותית, ואף חיונית לביצוע, עשויה להיות לחלקו של מי שאינו נוכח במקום ביצוע העבירה, כגון ראש כנופייה של מקבלי סחורה גנובה המדריך את המבצעים ומכוון את פעולותיהם, צעד אחר צעד, על ידי הוראות טלפונית" (מ' קרמניצר, "המבצע בדיני העונשין - קווים לדמותו", פלילים א' (תש"ן) 65, בעמ' 73).

ואכן, בעידן המודרני אין צידוק ענייני לדרישת הנוכחות. הפיתוח הטכנולוגי מאפשר לעברייני להשתתף בביצוע עבירה, ואף לשלוט בנעשה בזירת ביצועה הלכה למעשה, מבלי להתקרב למקום הביצוע בעצמו: באמצעות הטלפון, המחשב, הפקסימיליה ואפילו האינטרנט. ואם הוא מצויד באמצעי הנדרש, יכול הוא ליזום ולהנחות את ביצוען של עבירות אפילו מבין כותלי הכלא בו הוא נתון במעצר או במאסר. לא כל שכן שבהיותו חופשי, בידו לבצע מעשים הרחק מהזירה, כדי לאפשר לחבריו, הפועלים איתו בעצה אחת ובתיאום מראש, לעשות מעשים בזירה עצמה. נמצא שהנוכחות בזירת העבירה אינה אלא בגדר נסיבה עובדתית שלעתים נודעת לה משמעות ראייתית ולעתים היא אף חסרת משמעות כזאת; אך בשום מקרה אין לייחס לה משמעות לעניין סיווגו הנורמאטיווי של צד לעבירה כמבצע בצוותא. לא למותר להוסיף, שלאור ביטול ההלכה בדבר אחריותם

הסולידארית של הקושרים (בסעיף 499(ב), שהוסף לחוק העונשין בתיקון 39) נודעת לתפיסה זו חשיבות מיוחדת. התניית האחריות הישירה בנוכחות, במציאות המשפטית החדשה, פירושה ש"סנדקים" ומנהיגי קבוצות עבריינים, המשלחים לזירת הביצוע את "דגי הרקק" הסרים למרותם, בעוד הם מנהיגים את הפעילות הפלילית מרחוק, ייראו לא כמבצעים בצוותא אלא רק כמשדלים. ואפשרות זו, שבוודאי אינה משקפת את הדין הרצוי, אינה מתחייבת אף מן הדין המצוי.

32. לגישה זו ניתן ביטוי חד-משמעי בפסק-דינו של הנשיא בפרשת **פלוני** (ע"פ 2796/95 הנ"ל). בפתח

דיונו בסוגיה (בפיסקה 27 לפסק הדין) אומר הנשיא כי

"ביצוע בצוותא אינו מבוסס בהכרח על אחידות המקום והזמן. על כן, שניים המתכננים שוד בנק, הם מבצעים בצוותא גם אם האחד נכנס לבנק ונוטל באימים את הכסף, ואילו האחר מבצע חסימה במרחק ניכר מהמקום".

ולהלן (בפיסקה 28, **שם**) הוא מטעים:

"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)".

הלכה זו יושמה על-ידי ביחס לשניים מן המערערים שעניינם נדון בפסק הדין: תחילה ביחס לפלוני שכונה בשמו

הפרטי "גרשון":

"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" (בפיסקה 35, **שם**).

ולהלן ביחס לפלוני שכונה "טל":

"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 - ... 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" (בפיסקה 38, שם).

33. החלת הגישה האמורה על ענייננו מובילה למסקנה, כי משולם ואוזן נושאים באחריות כמבצעים בצוותא גם למעשים הפליליים שבוצעו על-ידי המתבצרים בבית משולם לאחר ששניהם, עקב מעצרם, כבר לא נמצאו בבית. אכן, מעצרם ניתק אותם רק מזירת העבירה, אך לא מחלקם בעשייה העבריינית ומן השליטה בה. חלקם בעשייה העבריינית, שהתבטא בהנחיית המתבצרים להתנגד למשטרה בכוח הנשק, לא נגרע עם מעצרם, ובא לידי ביטוי בירי לעבר המסוק המשטרתי וכוחות המשטרה, שהתרחש לאחר מעצרם. בידי משולם נותרה גם השליטה הממשית בנעשה בזירה. הלוא בשיחתו עם המפכ"ל, סמוך לפני מעצרו, הודה משולם במפורש, כי בידו להורות לאנשיו לחדול, אך לא יעשה כן וכי "הם יילחמו עד הכדור האחרון" וכי "כל שוטר שיגיע יקבל כדור בין העיניים".

#### עשיית מעשה לביצוע עבירה

34. על-פי סעיף 29(ב) לתיקון 39, צד לעבירה יישא באחריות לביצועה כמבצע בצוותא אם השתתף בביצוע העבירה "תוך עשיית מעשים לביצועה". בפסק הדין שלערוור נדונה השאלה - בה כבר עסקנו לעיל - מהו "מעשה" שעשייתו בידי משתתף יחיד תקיים לגביו את היסוד העובדתי של הביצוע בצוותא? בהשיבה לשאלה זו אמרה חברתי, השופטת דורנר, את הדברים הבאים:

"הגם שסעיף 29(ב) נוקט לשון 'עבירה', אין אחריות המבצע בצוותא מצומצמת למעשה פלילי מסוים. מהקשרם של דברים עולה כי ההוראה חלה על השתתפות בביצוע התכנית הפלילית, היכולה להיות מורכבת ממעשים פליליים אחדים, שכל אחד מהם מהווה עבירה כשלעצמו. כך, למשל, שוד בנק יכול להתבצע על-ידי כמה אנשים, שחלקו של כל אחד מהם מהווה עבירה: שותף אחד פורץ את הדלת, השני מאיים בנשק על הקופאית, השלישי מכה את השומר והרביעי נוטל את הכסף. כל אחד ממעשים אלה מהווה עבירה נפרדת. עבירת השוד מתהווה על-ידי שילוב מעשיהם הפליליים של השותפים" (בעמ' 554-555).

בדברים אלה נקבע - ועל צדקת הקביעה הזאת אין חולק - כי משתתף ייחשב כמבצע בצוותא גם אם חלקו בעשייה איננו מקיים את רכיבי היסוד העובדתי של העבירה שנטל חלק בביצועה. אלא שמדברי השופטת

דורנר השתמע, כי חלקו בביצוע של כל אחד מן המבצעים בצוותא צריך, כשלעצמו, להוות עבירה. כך השתמע גם מדברי חברי המשנה לנשיא (בעמ' 557 לפסק הדין):

"לעניין אחרון זה מסכים אני לדעת חברתי הנכבדה, השופטת דורנר, שהדיבור 'עבירה' בסעיף 29 צריך להתפרש על דרך ההרחבה, והוא כולל השתתפות בביצוע התכנית הפלילית, היכולה להיות מורכבת ממעשים פליליים אחדים, שכל אחד מהם מהווה עבירה כשלעצמו".

ברם, בפסק-דינה בדיון-נוסף זה מסבירה השופטת דורנר את כוונת דבריה בפסק הדין שלערעור:

"כוונתי בדברים אלה לא הייתה רק לעבירה מושלמת, אלא לכל התנהגות המהווה עבירה, ובגדר זה גם עבירות ניסיון. ואילו חלוקת תוכנית פלילית לעבירות מושלמות הובאה על-ידי כדוגמה בלבד לאחריות מבצע-בצוותא לתוכנית הפלילית".

35. בעתירתה לדיון נוסף טענה המדינה, כי להתנייה שהשתמעה מפסק הדין שלערעור, שעל מעשהו של כל אחד מן המבצעים בצוותא להוות, כשלעצמו, עבירה מושלמת אחרת, אין כל הצדקה רעיונית. שוב אין חולק שטענה זו בדיון יסודה. הלוא גם השופטת דורנר, שבדבריה בפסק הדין שלערעור תלתה באת-כוח המדינה את טענתה האמורה, שבה והסבירה עתה כי לא לכך היתה כוונתה. למען השלמות אשוב ואזכיר, שלקיום הרכיב ההתנהגותי הנדרש להשלמת חלקו של כל אחד מן המבצעים בצוותא (שאינו בסיס אחר לחיובו באחריות) די בעשייה פיסית שבמבצע יחיד עשויה להעמיד בסיס להרשעה בניסיון לעבור את העבירה המושלמת. וכשם שהרשעה בניסיון אינה מותנית בכך שהמעשה שנעשה עולה כדי עבירה מושלמת אחרת, אף אחריותו של מבצע בצוותא בגין חלקו בביצועה של העבירה המשותפת אינה צריכה להיות מותנית בכך. לא למותר להוסיף, כי להערוטי ולהערת השופטת דורנר בנקודה זו אין כל נפקות מעשית ביחס להכרעה הנדרשת בפרשתנו; וכל שנאמר נועד רק להעמדת הדין על מכונן.

#### **עבירה שונה או נוספת**

36. בפסק הדין שלערעור נקבע, ברוב דעות, כי בגין הירי לעבר המסוק המשטרתי והשוטרים, שהתרחש לאחר מעצרו של משולם ואזון, אין להשאיר בעינה את הרשעת העותרים בניסיון חבלה בכוונה מחמירה, והרשעתם הומרה לעבירה של יריות באזור מגורים. הכרעת הרוב, מפי חברתי, השופטת דורנר, התבססה על הסברה, כי הירי לעבר השוטרים היה בבחינת עבירה שונה או נוספת, במובן סעיף 34א(א)(1) לתיקון 39. חברי המשנה לנשיא קבעו, בדעת מיעוט, כי כל העותרים היוו קבוצת עבריינים אחת, שפעלה על-פי הוראותיהם של



משולם ואוזן וביצעה מכלול של מעשים, שלעניין סעיף 29 לחוק יש לראותו כ"עבירה" אחת, ומכאן שלסעיף 34א(א) אין תחולה בענייננו. בגדר הסוגיה השלישית, שהעמידה לפנינו לדיון נוסף, חולקת המדינה על צדקת הכרעתם של שופטי הרוב בנקודה זו. טענת המדינה היא, כי הירי לעבר השוטרים היה חלק מן התכנית העבריינית המקורית, שכל העותרים, כמבצעים בצוותא, נושאים באחריות ישירה לביצועה.

37. נשוב ונזכיר את העובדות הצריכות לעניין: משולם הינחה את אנשיו לירות לעבר השוטרים אם ינסו לפרוץ אל הבית. אף שהמשטרה כלל לא ניסתה לפרוץ אל הבית, ירו מי מן המתבצרים לעבר המסוק המשטרה. כיון שחקירת המשטרה לא העלתה מימצאים ברורים בקשר לזהות הירורים, עלתה השאלה מה אחריותו של כל אחד מן המתבצרים לירי שבוצע בידי מי מחבריו. בית המשפט המחוזי קבע, שכל העותרים נושאים באחריות לירי ולפיכך הרשיעם בניסיון חבלה בכוונה מחמירה. הכרעה זו ביסס בית המשפט המחוזי על דיני הקשר והשותפות לעבירה. בשלב הערעור שבה שאלת אחריותם של העותרים ונבחנה על-פי האמור בתיקון 39, ודעת הרוב, כאמור, היתה, כי יש לתקן את הרשעתם בנקודה זו. וכך נימקה חברתי, השופט דורנר, את הכרעתה בשאלה זו:

"בית המשפט המחוזי מצא כי המתבצרים הם שפתחו באש בלי שקדמו למעשיהם ירי על-ידי המשטרה או ניסיון פריצה לבית. סביר להניח כי המתבצרים ירו משום שחשו עצמם מאוימים לאחר שמנהיגם - (משולם) - ויד ימינו אוזן לא חזרו מן הפגישה עם המפקח הכללי של המשטרה. ואפשר כי טעו, וכאשר הבחינו במסוק המשטרה חשבו כי תוקפים אותם. בנסיבות העניין ניתן היה לחזות כי מי מן המתבצרים עלול לפתוח באש לעבר כוחות המשטרה מתוך טעות או תחושת איום בלי שיקדם לירי ניסיון פריצה. על-כן, אותם מערערים (עותרים - א' מ') שהיו מבוצרים בבית שממנו נורו היריות - שהם, כאמור, מבצעים בצוותא - נושאים באחריות פלילית לירי זה מכוח סעיף 34א(א)(1). עם זאת, הסייג שבסיפה מורה כי מקום ש'נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד'. לאור הסייג האמור מן הדין שלא תיוחס למערערים אלה כוונה להשיג את התוצאה של גרימת חבלה חמורה. לפיכך יש להרשיעם - חלק העבירות שהורשעו בהן - ביריות באזור מגורים לפי סעיף 34א לחוק העונשין" (בעמ' 556).

סעיף 34א(א)(1) לתיקון 39, עליו סמכה השופטת דורנר את הכרעתה, קובע את אחריותם הנגררת

של מבצעים בצוותא לעבירה שונה או נוספת שבוצעה בידי מי מהם אגב ביצוע עבירתם המשותפת. וכך מורה

הסעיף:

"34א. (א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה -  
 (1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד";

מהוראת הסעיף עולה, כי להקמת אחריותם של מבצעים בצוותא לעבירה שונה או נוספת, שבוצעה בידי מי מהם תוך סטייה מן התכנית המשותפת, די שתתקיים צפיות בכוח של אפשרות הסטייה מן התכנית. והשופט דורנר, אשר סברה כי הירי לעבר השוטרים מהווה עבירה שונה או נוספת, אכן קבעה כי "בנסיבות העניין ניתן היה לחזות כי מי מן המתבצרים עלול לפתוח באש לעבר כוחות המשטרה מתוך טעות או תחושת איום בלי שיקדם לירי ניסיון פריצה". אלא שטענת המדינה, כאמור, היא, כי הירי לעבר השוטרים לא היווה עבירה שונה או נוספת כל-עיקר, אלא היה חלק מן התכנית העבריינית המקורית.

38. בדונו בסוגיית האחריות לעבירה שונה או נוספת, בפרשת **מרדכי** (ע"פ 4389/93 הנ"ל), הבחין הנשיא ברק בין ארבעה מצבים אפשריים (בעמ' 253-254, **שם**): האחד, שהעבירה שהתבצעה היוותה חלק מהתכנון המקורי; השני, שהעבירה אמנם לא היוותה חלק מהתכנון המקורי, אך המבצעים בצוותא היו מודעים בפועל לאפשרות עשייתה. השלישי, כי העבירה לא היוותה חלק מהתכנון, ואף לא התקיימה מודעות בפועל לאפשרות עשייתה, אך התקיימה אפשרות לצפיות בכוח; והרביעי, שהעבירה לא היוותה חלק מהתכנון המקורי, ואף צפיות בכוח לאפשרות עשייתה לא התקיימה. בכל אחד משני המקרים הראשונים, קובע הנשיא, יישאו המבצעים בצוותא באחריות ישירה לעבירה, וכלל לא יהיה מקום לבחון את אחריותם על-פי סעיף 34א(1) לחוק. במקרה הרביעי לא תוטל עליהם כל אחריות. ורק במקרה השלישי תוטל עליהם אחריות נגררת, על-פי הוראת סעיף 34א(1).

אני סבור, כי המקרה נשוא ענייננו נופל בגדר המצב הראשון, מבין המצבים אותם מנה הנשיא בפרשת **מרדכי**. כדברי הנשיא (בעמ' 253, **שם**), "עבירה היא 'שונה' או 'נוספת', רק כאשר זו לא נצפתה בתכנון המקורי, ואילו אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות התרחשותה. כאשר עצם ביצועה של עבירה היה צפוי בתכנון המקורי, אין לראות בה עבירה שונה או נוספת, והאחריות בגינה תיקבע על-פי דיני השותפות הרגילים". דין זה יפה לענייננו. תכנית עבריינית, מעצם טבעה, טומנת סיכונים מסתברים לסטיות אפשריות במהלך הביצוע. סטיות מן הסוג הזה מהוות חלק מן התכנית, שהמבצעים בצוותא מודעים להן מראש ונושאים בגיבן באחריות ישירה. סטייה מן התכנון, אגב ביצועה של העבירה המשותפת, אך לשם ביצועה וכחלק מביצועה, אינה בגדר עבירה שונה או נוספת. טול אחד מחבורת שודדים, שבמהלך ביצוע עבירתם המשותפת,

שולף אקדח ויורה בקורבן השוד. אם בשלב התכנון נדברו השודדים, כי יבצעו את המעשה ללא נשק, הירי בידי השודד במהלך השוד יהווה עבירה שונה או נוספת, ואחריות המבצעים האחרים למעשהו תיבחן לפי סעיף 34א לחוק.

ואולם אם יצאו לביצוע משימתם כשהם חמושים, אך היתנו ביניהם כי יפתחו באש רק אם קורבן השוד יתנגד או ינסה להזעיק עזרה, פתיחה באש על-ידי אחד מהם למרות שהקורבן לא התנגד, אינה בגדר עבירה שונה או נוספת, אלא חלק מן הביצוע המתוכנן, שבגיננו יישאו כל המבצעים באחריות ישירה.

משהורה משולם לאנשיו לפתוח באש לעבר השוטרים, אם ינסו לפרוץ לתוך הבית, מוטלת על העותרים, כמבצעים בצוותא, אחריות ישירה לכל ירי בידי מי מהם לעבר השוטרים. האפשרות שמישהו מן העותרים יפתח באש גם מבלי שיתקיים התנאי שקבע משולם, היוותה אחד מן הסיכונים הבסיסיים הכרוכים בביצועה של התכנית המקורית. בל נשכח את הנסיבות: העותרים התבצרו בביתו של משולם כחמישים ימים ברציפות. הם היו חמושים וערוכים לאפשרות שהמשטרה תפרוץ לתוך הבית. אפשרות זאת, שהעותרים הביאוה בחשבון בכל ימיו ולילותיו של המצור, התעצמה מאוד לאחר מעצרו של משולם ואוזן. כן התחזקה האפשרות, שהיוותה חלק מסיכונה של התכנית המקורית, שמי מהזקיפים, עקב איבוד עשתונות או טעות בהערכה, יפתח באש. הירי התרחש וכל העותרים, כמבצעים בצוותא, נושאים באחריות לירי זה. לא למותר להטעים, כי האחריות לירי זה מוטלת גם על משולם ואוזן. משקבעתי כי הירי לא היה בבחינת עבירה שונה או נוספת, אלא היווה חלק מן התכנית המקורית, שורת אחריותם של משולם ואוזן לירי ולתוצאותיו לא היתה נגרעת, גם אילו נקבע כי אינם אלא משדלים, או כי עקב מעצרו חדלו להיות מבצעים בצוותא והפכו למשדלים. אך כבר הבעתי את דעתי, כי משולם ואוזן, שמעיקרא היו מבצעים בצוותא, הוסיפו לשאת באחריות כמבצעים בצוותא גם לאחר מעצרו. על משולם, בהיותו ראש החבורה ומנהיג העשייה מראשיתה, מוטלת אחריות זאת אף ביתר שאת, שכן גם לאחר מעצרו היה היחיד שנותרה בידי השליטה למנוע התפתחויות נוספות וקשות בזירת העבירה, אך הוא סירב במפורש לעשות כן.

### סיכום של דבר

39. מן הטעמים שפירטתי הנני מציע לחבריי הנכבדים לדחות את עתירת העותרים בדנ"פ 1294/96, לקבל את עתירת המדינה בדנ"פ 1365/96 ולהחזיר על כן את הרשעות העותרים בכל העבירות בהן נמצאו אשמים לפי הכרעת-דינו של בית המשפט המחוזי, למעט הרשעתו של משולם בעבירה של שיבוש מהלכי משפט, שביטולה לפי פסק הדין שלערעור יעמוד בעינו.

40. בעתירתה לפנינו ביקשה המדינה להחזיר על כנם גם את עונשיהם של משולם ואוזן. ככלל, ההליך של דיון נוסף אינו מיועד לאפשר עיון חדש בנושא העונש. מכאן שאם ההחלטה בדיון הנוסף מחזירה על כנה הכרעה שבוטלה בערעור, ככלל יוחזר על כנו גם העונש המקורי. לכלל זה יכולים להיות גם יוצאים, וביחס לאוזן - שחלקו בעבירות ביחס למשולם היה קטן לאין-ערך - הנני מציע לנהוג כביוצא מן הכלל. לא כן ביחס למשולם, שההקלה בעונשו בפסק הדין שלערעור נבעה רק מביטול הרשעתו בניסיון חבלה בכוונה מחמירה, ככל שהרשעתו בעבירה זו התייחסה לאירועים שהתרחשו לאחר מעצרו.

ההבחנה בין משולם לבין אוזן מוצדקת לאור מעמדו המיוחד של משולם בהנהגת העותרים ולאור מהות המעשים שהוא הנושא באחריות העיקרית לגרימתם. ענייננו בקבוצת עבריינים שסרה לפקודתו של משולם. הוא מי שניצב בראש הקבוצה. הוא שקרא לאנשיו ליטול נשק, להתבצר בביתו ולהתעמת עם השוטרים. הוא שהורה להם לפתוח באש לעבר השוטרים. במשך יותר משבעה שבועות, בהם התבצרו אנשיו בביתו וסרו לפקודתו, הוביל משולם מהלכים קיצוניים וחריגים של פריקת עול החוק, של התרסה ושל אלימות. גם לאחר שנעצר, סירב להורות לאנשיו להתפרק מנשקם והוסיף לאיים בשפיכות דמים; והתוצאות הקשות לא איחרו לבוא. העונש שנגזר על משולם על-ידי בית המשפט המחוזי נועד ליתן ביטוי ממשי לחומרתן המופלגת של עבירותיו וכן להרתיע את הרבים מפני מעשים כה חמורים. הכורח החברתי להתגונן מפני תופעות עברייניות ייחודיות מן הסוג שהעמיד משולם עומד בעינו, ובהקשר הזה נודעת משמעות רבה גם למידת העונש. עם קבלת עתירת המדינה, ביחס למספר והיקף העבירות שבהן מוצדק היה להרשיע את משולם, ולנוכח מעמדו המיוחד של משולם בייזום העבירות והנהגת אנשיו, יש לנהוג בו על-פי הכלל באופן שהחזרת הרשעתו בעבירה האמורה במלואה על כנה תחזיר על כנו גם את עונשו המקורי.

## ש ו פ ט

### השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה, מטעמיו של חברי, השופט מצא, לדחיית עתירתם של העותרים. עם זאת, חולקת אני על חברי בעניין עתירתה של המדינה. לו נשמעה דעתי, היינו דוחים אף אותה. זאת, הגם שניתוחו המשפטי המקיף של חברי, הנוגע לעתירת המדינה, מקובל עליי ברובו. מאחר שאת דעתי פירטתי בפסק-הדין נושא דיון נוסף זה - ע"פ 1632/95 משולם ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534 (להלן: ע"פ משולם) - אוכל להסתפק כאן בהערות אחדות.

1. בע"פ **משולם** הבעתי את העמדה, כי סעיף 29(ב) לחוק העונשין, תשל"ז 1977- (להלן: חוק העונשין), המגדיר ביצוע-בצוותא, חל "על השתתפות בביצוע התוכנית הפלילית היכולה להיות מורכבת ממעשים פליליים אחדים, שכל אחד מהם מהווה עבירה כשלעצמו" (שם, בע' 554). כוונתי בדברים אלה לא הייתה רק לעבירה מושלמת, אלא לכל התנהגות המהווה עבירה, ובגדר זה גם עבירות ניסיון. ואילו חלוקת תוכנית פלילית לעבירות מושלמות הובאה על-ידי כדוגמה בלבד לאחריות מבצע-בצוותא לתוכנית הפלילית. גם לא יכולה להיות מחלוקת, שעבירה שהיא חלק מן התוכנית הפלילית או שהנאשם היה מודע כי תבוצע, אינה "עבירה נוספת או שונה" כהגדרתה בסעיף 34א(א) לחוק העונשין. זאת, להבדיל מעבירה שניתן היה לחזות אותה. כעולה מן האסמכתות המובאות בסעיף 31 לפסק-דינו של חברי, אף מובן כי נאשם יכול להשתתף בביצוע המעשה הפלילי (אקטוס-ראוס), גם אם אינו נמצא פיזית בזירת העבירה - בין באמצעות מכשיר-קשר ובין לצורך התראה מפני התערבות המשטרה. שכן, יסוד השותפות אינו הנוכחות, אלא תרומת הנאשם לביצוע התוכנית הפלילית.

על-כל-פנים, ניתן לכנות "זירת עבירה" כל מקום שבו מתבצעת התוכנית הפלילית.

2. בעניין זה מצאתי בפסק-דיני בע"פ **משולם** כי העותרים משולם ואוזן (להלן: העותרים), שהיו עצורים, לא תרמו לביצוע המעשה הפלילי - הירי לעבר כוחות-המשטרה. חברי, השופט מצא, סבר כי העותרים אחראים לירי כיוון שגם בהיותם במעצר נותרה בידיהם שליטה במתבצרים, שאפשרה להם להורות למתבצרים להסגיר את עצמם, והם לא עשו כן. וכך הוא כתב בסעיף 33 לפסק-דינו:

החלת הגישה האמורה על ענייננו מובילה למסקנה, כי משולם ואוזן נושאים באחריות כמבצעים בצוותא גם למעשים הפליליים שבוצעו על-ידי המתבצרים בבית משולם לאחר ששניהם, עקב מעצרו כבר לא נמצאו בבית. אכן, מעצרו ניתק אותם רק מזירת העבירה, אך לא מחלקם בעשייה העבריינית ומן השליטה בה. חלקם בעשייה העבריינית, שהתבטא בהנחיית המתבצרים להתנגד למשטרה בכוח הנשק, לא נגרע עם מעצרו, ובא לידי ביטוי בירי לעבר המסוק המשטרתי וכוחות המשטרה, שהתרחש לאחר מעצרו. בידי משולם נותרה גם השליטה הממשית בנעשה בזירה. הלוא בשיחתו עם המפכ"ל, סמוך לפני מעצרו, הודה משולם במפורש כי בידו להורות לאנשיו לחדול, אך לא יעשה כן וכי "הם יילחמו עד הכדור האחרון" וכי "כל שוטר שיגיע יקבל כדור בין העיניים".

מכאן, שעל-פי גישת חברי, הימנעותם של העותרים מלהשתמש בכוחם להשפיע על המתבצרים להפסיק את פעילותם הפלילית מקיימת בעינה את אחריותם כמבצעים-בצוותא להמשך המעשים הפליליים - חרף מעצרים.

3. גישתו של חברי אינה מתיישבת עם תכלית הכללים להטלת אחריות פלילית שנקבעו בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994 - (להלן: תיקון 39).

לפני התיקון לחוק העונשין, לכל צורות השותפות לדבר עבירה היה דין אחד. מצב-דברים זה, שלא התיישב עם עקרון החוקיות, בא על תיקונו בהוראות תיקון 39, שבהן נקבעו הסדרים המבחינים - הן לעניין האחריות, והן לעניין העונש - בין הצורות השונות של השותפות.

4. להבדילה מן ההבחנה הקשה לעיתים בין סיוע לביצוע-בצוותא, שהפסיקה והספרות המשפטית הרבו לעסוק בה, ההבחנה בין שידול, המוגדר בסעיף 30 לחוק העונשין, לבין ביצוע-בצוותא, המוגדר בסעיף 29(ב) לחוק העונשין, היא חדה וברורה. שכן, המשדל תורם ליצירת היסוד הנפשי אצל המבצע העיקרי, ואילו תרומתו של המבצע-בצוותא היא במישור ההתנהגותי. עמד על כך פרופ' פלר, מאבות ההצעה שעל-יסודה חוקק תיקון 39:

... התמונה הפשוטה של אירוע עברייני רב-משתתפים, מורכבת, ראשית-לכל, מביצוע עיקרי, המתבטא, מבחינה התנהגותית, **בעשיית המעשה** או המחדל שמהווה את הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה... ובהקשר זה, אין זה משנה אם העשייה נעשתה בידי יחיד או אנשים מספר. בכך בא לידי ביטוי גם האופי הישיר של הביצוע העיקרי שכן **בו מתגלמת ההתנהגות המצמיחה את העבירה** ובלעדיה אין עבירה זו יכולה לבוא לידי הגשמה. בצד הביצוע העיקרי... [מצוין] השידול... תמציתה של התרומה המשדלת היא **שיעד התרומה הוא במישור של יצירת היסוד הנפשי** אצל המשדל, או של גיבוש יסוד זה אצלו, לביצוע העבירה מושא השידול.

[ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך ב, תשמ"ז), בע' 196, 228. ההדגשות הוספו.]

דברים דומים נאמרו בהצעת החוק לתיקון חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992 - (ה"ח

:129, בע' 130):

בסעיף 30 מוגדר מקומו ותפקידו של המשדל לביצוע העבירה. הוא שותף עקיף לביצוע העבירה, מבחינת הצד המעשי שלה, אבל הוא נשאר שותף ראשי במובן זה שהוא **תרם ליצירת היסוד הנפשי** של העבירה אצל המבצע הישיר...

לסעיף 29 ... אין נפקא מינה אם כל אחד **עשה מעשה** אשר כשלעצמו אינו ממצה את העבירה, העיקר הוא שחלקו של כל משתתף כזה הוא חיוני להגשמת התכנית המשותפת **ומעשהו**, כשלעצמו, איננו בבחינת הכנה בלבד לביצוע העבירה. שילוב תרומתו של כל אחד ואחד מצמיח את הביצוע הישיר על העבירה.

[ההדגשות הוספו.]

5. ביצוע-בצוותא נדון בפסיקה ואף בספרות המשפטית בעיקר לעניין הבחנתו מן הסיוע. בהגדרות שניתנו לביצוע-בצוותא עוברת כחוט השני הדרישה כי מבצע-בצוותא יהיה שותף **בביצוע** המעשה הפלילי.

כך, למשל, בע"פ 4389,4497/93 **מרדכי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3) 239, בע' 250-251, כתב

הנשיא ברק:

...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.

דברים דומים נכתבו על-ידי הנשיא ברק בע"פ 2796,2813,2814/95 **פלוני ואח' נ' מדינת ישראל**

(טרם פורסם), בסעיפים 27 ו-28:-

הם [המבצעים בצוותא] השותפים הראשיים בביצוע העבירה. השותפות ביניהם מתבטאת בכך שהם נטלו חלק בביצוע העבירה כמבצעים ישירים. הם משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית... החוק רואה במבצעים בצוותא גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. פעולתה של כל זרוע משוייכת לגוף כולו, ולכל אחד ממשתתפיו... המאפיין את המבצע בצוותא שהוא אדון לפעילות העבריינית. בידיו 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... המבצע בצוותא פועל יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, כך שכל אחד מהם שולט - יחד עם האחרים - על הפעילות כולה.

אומנם, מידת התרומה הפיזית ההופכת שותף לעבירה למבצע-בצוותא, להבדילו ממסייע, מותנית בעוצמת היסוד הנפשי ובשליטה על הפעילות העבריינית המתבצעת. אך תרומה פיזית לביצוע העבירה היא יסוד הכרחי.

עמד על כך השופט גולדברג בע"פ 8710,8620,8873,8573,8901/96 **הלדשטיין ואח' נ' מדינת ישראל**

(טרם פורסם), בסעיפים 88 ו-90:-

המבחן המשולב כמוהו כמקבילית כוחות. ככל שהיסוד הנפשי של עושה העבירה (מבחינת מידת הענין שלו בביצועה) רב יותר, יש מקום להסתפק בדרגה נמוכה יותר של היסוד העובדתי. ברוח זו כבר נאמר כי "משהוכח יסוד 'נפשי' זה (המודעות - א.ג.) אין עוד חשיבות לחלוקת התפקידים בין המעורבים בארוע"..." ולהיפך, ככל שמידתו של היסוד העובדתי אצל עושה העבירה, מבחינת איכות תרומתו לביצועה, רבה יותר, כן ניתן להסתפק בדרגה נמוכה יותר של היסוד הנפשי... תוצאת הפעלתו של המבחן המשולב, במקרה בו קדם קשר פלילי לביצוע העבירה, תהא, כי **כל אחד מהקושרים שתרום תרומה פיזית בת-ערך לביצוע העבירה, יורשע (במרבית המקרים), כמבצע בצוותא של העבירה שלשמה נקשר הקשר.**  
[ההדגשה הוספה.]

מן המקובץ עולה שאם ניטול מן הביצוע-בצוותא את התרומה הפיזית, ובכללה מתן הנחיות בעת ביצוע העבירה, ייוותר שידול גרידא.

אכן, מקום שלמשדל יש שליטה על המשדל - בין אם המשדל הוא מפקד שנתן פקודה בלתי-חוקית-בעליל, ובין אם הוא מנהיג כנופייה ששלח את אנשיו לבצע תוכנית פלילית - הרי שמבחינה מוסרית שליטתו הופכת אותו לאחראי העיקרי לאירוע העברייני, הגם שטכנית הוא שותף עקיף בלבד. ברם, אחריות מוגברת זו של המשדל באה לביטוי בחוק עצמו. מידת האחריות המיוחסת למשדל, זולת לעבירה נוספת, זהה לאחריות המבצע העיקרי. הוא הדין בעונש הצפוי לשניים. יסודה של הבחנה זו בין מבצע-בצוותא למשדל הוא במעורבותו של המבצע-בצוותא בעשייה העבריינית, כאשר פועל הוא כגוף אחד עם שותפיו, שמי מהם מבצע את העבירה הנוספת, בעוד שהמשדל עומד מחוץ לעשייה העבריינית. ראו ש"ז פלר, שם בע' 343. ראו גם, לביקורת על האחריות המוגברת של המבצעים, מרים גור-אריה, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992, "משפטים" כד (תשנ"ד) 9, בע' 50. לאחריות המוגברת של המשדל ניתן גם לתת ביטוי בגזירת הדין, כך שעונשו של המשדל יהיה חמור מזה של המבצע העיקרי. ראו, למשל, ע' 283/58 / עופר ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פסקים עליון מד 362, בע' 401, 404, 418.

6. כאמור, תיקון 39 הגדיר את צורות השותפות. פרשנות המטשטשת את ההבחנות ביניהן עלולה לפגוע בעקרון החוקיות, והיא אף אינה דרושה.

יש לפרש את ההגדרות בחוק על-פי תכליתן, ולהכריע על-סמך הגדרות אלה בשתי השאלות העובדתיות המתעוררות בעתירה זו: ראשית, אם תקיפת השוטרים הייתה חלק מן התוכנית הפלילית המקורית, או שמא הייתה זו עבירה נוספת. ושנית, האם העותרים אחראים לעבירה זו כמבצעים-בצוותא.

7. התשובות לשאלות אלה מצויות בעובדות שנקבעו בע"פ משולם, על-יסוד מימצאיו של בית-המשפט המחוזי. אביאן בלשון פסק-הדין:

בית המשפט המחוזי קבע, על סמך חומר ראיות אובייקטיבי, כי המערערים השתתפו בחסימת רחוב ביאליק ביהוד ובהתנגדות למשטרה, שבמהלכה הושלכו בקבוקי תבערה לעבר ניידת; כי [החל מתאריך 22.3.94] התבצרו בבית המערער, שם הוקמו עמדות ירי ונאספו כלי נשק רבים ובהם בקבוקי תבערה; כי לכל אחד מהם היה תפקיד מוגדר: המנהיג היה המערער [משולם], אוזן ארגן את השמירה והיה מופקד על ההתבצרות, שיפריס שימש כדובר, ואחרים שמרו על עמדות הירי; כי הוראת המערער הייתה לירות על כוחות המשטרה אם ינסו לפרוץ לבית; וכי לאחר מעצרו של המערער ואוזן נפתחה אש מתוך בית המערער אל עבר מסוק משטרתי וכוחות המשטרה. ניתן אפוא לחלק את האירועים לשני שלבים.



[שם, בע' 555].

לעניין נסיבות המעצר והירי על השוטרים נכתב:

בתאריך 10.5.94 שוכנע המערער להיפגש במלון אוויה עם המפקח הכללי של המשטרה, רב-ניצב אסף חפץ... נלווה אליו אוזן, בפגישה נדרש המערער לשכנע את אנשיו להתפרק מנשקם ולהסגיר עצמם לכוחות המשטרה. הוא דחה את הדרישה בתוקף ואיים בשפיכות דמים. וכך אמר, לדברי פקד יצחק נורבר: "דם של שוטרים יישפך על המדרכה. רק אני יכול להורות למאמינים שלי לעזוב. הם יילחמו עד הכדור האחרון, וכל שוטר שיגיע יקבל כדור בין העיניים על-פי ההלכה". או אז נעצרו המערער ואוזן. כשעה לאחר מעצר השניים נורו יריות מגג ביתו של המערער לעבר מסוק משטרתי ועל כוחות המשטרה באזור... בית-המשפט המחוזי מצא כי המתבצרים הם שפתחו באש בלי שקדמו למעשיהם ירי על-ידי המשטרה או ניסיון פריצה לבית. סביר להניח כי המתבצרים ירו משום שחשו עצמם מאוימים לאחר שמנהיגם - המערער - ויד ימינו אוזן לא חזרו מן הפגישה עם המפקח הכללי של המשטרה, ואפשר כי טעו, וכאשר הבחינו במסוק המשטרתי חשבו כי תוקפים אותם.

[שם, בע' 542 ו-556].

בית-המשפט המחוזי הסיק מן המימצאים שקבע כי הירי לעבר כוחות-המשטרה לאחר מעצר

העותרים הינו "תוצאה צפויה ומסתברת" מהתנהגותם. אף בע"פ משולם נקבע:

בנסיבות הענין ניתן היה לחזות כי מי מן המתבצרים עלול לפתוח באש לעבר כוחות המשטרה מתוך טעות או תחושת איום בלי שיקדם לירי ניסיון פריצה.  
[שם, בע' 556].

8. על-יסוד עובדות אלה, הגיע חברי, השופט מצא, למסקנה כי הירי היה חלק מן התוכנית הפלילית

המקורית. וכך הוא כתב בסעיף 38 לפסק-דינו:

... תכנית עבריינית, מעצם טבעה, טומנת סיכונים מסתברים לסטיות אפשריות במהלך הביצוע. סטיות מן הסוג הזה מהוות חלק מן התכנית, שהמבצעים בצוותא מודעים להן מראש ונושאים בגינן באחריות ישירה. סטייה מן התכנון, אגב ביצועה של העבירה המשותפת, אך לשם ביצועה וכחלק מביצועה, אינה בגדר עבירה שונה או נוספת.

אכן, אדם סביר היה צופה סטייה כזאת מתוכניתו הפלילית. הנסיבות בענייננו אף יוצרות הנחה על-פי

חזקת המודעות שגם העותרים היו מודעים לכך. ברם, חזקת המודעות אינה אלא כלי עזר להוכחת מחשבתו של

אדם, ועוצמתה הראייתית תלויה לא רק במשקלן של הנסיבות, אלא גם באישיות הנאשם ובמכלול הראיות. עמד על כך פרופ' ש"ז פלר, שם, כרך א' בע' 545:

... אין בחזקה כדי לגרוע, ולו כמלוא הנימה, מן המבחן האינדיבידואלי של המחשבה הפלילית. החזקה לא נועדה אלא לתרום במידת האפשר להוכחת המחשבה הפלילית כמות שהיא, על הגדרתה המלאה. טעות היא לגרוס כי **כל אדם** מודע לנולד מהתנהגותו - מבחינת טיבה הפיזי, תוצאותיה הטבעיות, ונסיבותיה - ולכן, מובן מאליו, כי גם האדם שבעבירתו דנים היה מודע לו. גישה כזאת הייתה מיתרת את הצורך להוכיח את המחשבה הפלילית במקרים כאלה, והיא נסתרת על-ידי מציאות הדברים, המעידה על שוני מובהק בין בני האנוש לבין עצמם באשר ליחסם הסובייקטיבי - ולו מבחינה הכרתית בלבד - לגבי הנולד מהתנהגותיהם. [ההדגשה במקור.]

ראו גם ע"פ 435,384/80 **מדינת ישראל ואח' נ' בן-ברוך ואח'**, פ"ד לה(1) 589, בע' 592; ע"פ 1100/93 **סובאח נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(3) 635, בע' 647.

9. בענייננו, הממצאים העובדתיים מלמדים כי העותרים לא תכננו, לא רצו ואף לא צפו את תקיפת כוחות-המשטרה על-ידי מי מהמתבצרים.

על-פי הלוך-נפשו של משולם - שהוא וקבוצתו רחוקים מלהיות אנשים-מן-היישוב - אסור היה על-פי ההלכה לתקוף את השוטרים, שהם יהודים. זאת להבדיל מן ההתנגדות לכוחות אלה, שלהבנתו הייתה מותרת על-פי ההלכה. משולם הסביר הבחנה זו לאנשיו, והטעים באוזניהם כי ההלכה מתירה לירות בשוטרים רק אם ינסו לפרוץ לבית.

באחת משיחות הטלפון שהוקלטו נשמע הוא אומר:

אני מת לגרום לעיתונות שתלחץ על המשטרה ועל העם לפרוץ לכאן ואז ידעו איפה העם נמצא מול הלוחמים שלנו... אני רוצה רק לשפוך דם, **אבל על-פי חוק, על-פי ההלכה...** [ההדגשות הוספו.]

מהלך מחשבתו של משולם ודבריו לאנשיו מלמדים כי העותרים לא צפו כי מי מהמתבצרים, אשר צייתו באופן עיוור למשולם, יירה על השוטרים שלא על-פי ההלכה, בניגוד להוראתו.

מן המימצאים העובדתיים עולה, איפוא, כי הירי לעבר כוחות-המשטרה היה תוצאה מסתברת מן התוכנית הפלילית אך לא חלק ממנה, וכי בפועל העותרים לא צפו אפשרות זאת.

10. כאמור לעיל, הוראת משולם הייתה להתנגד לכוחות-המשטרה. על-יסוד הוראה זו עמדו המתבצרים במריים במהלך חודש וחצי כשלמולם כוחות-משטרה. היריות מתוך הבית המבוצר נורו לעבר כוחות-המשטרה רק לאחר שהעותרים נעצרו בתחבולה. כפי שנקבע בע"פ **משולם**, סביר הוא כי קיים קשר סיבתי בין המעצר לפתיחה באש, וכי המתבצרים ירו משום שחשו עצמם מאוימים לאחר שמנהיגם לא חזר מן הפגישה.

הירי, בנסיבות אלה, לא היה חלק מן התוכנית הפלילית. העותרים, שכאמור, הובאו לפגישה בתחבולה, לא ציפו להיעצר ולא יכלו להיות מודעים לכך שבעטיו של מעצמם יפתחו אנשיהם בירי. אף תשובתו של משולם לדרישת המפכ"ל כי יורה לאנשיו להסגיר עצמם, מלמדת כי ציפה לירי רק בתגובה לנסיון פריצה על-ידי כוחות-המשטרה.

מסקנתי היא, איפוא, כי הירי שנורה לאחר מעצר העותרים הוא "עבירה נוספת".

11. המעצר ניתק את העותרים מן המתבצרים, והעותרים לא השתתפו עוד בביצוע התוכנית הפלילית, אף לא על-ידי מתן הנחיות. הקשר היחיד עם המתבצרים שהמשטרה התירה היה לצורך מתן הוראה להפסיק את הפעילות הפלילית. בנסיבות אלה, על-פי כל המבחנים המוכרים בפסיקה, לרבות מבחן השליטה, העותרים חדלו להיות מבצעים-בצוותא. עם זאת, משולם, שיזם את התוכנית הפלילית, נותר אחראי כמשדל, זאת לא משום סירובו לדרישת המשטרה להפסיק את הפעילות הפלילית, אלא בשל ההוראות שנתן לאנשיו לפני מעצרו. ניתן גם לראות באוזן - לנוכח מעמדו ותפקידו כאחד מעוזריו הקרובים של משולם - משדל. מכאן, שלו היו מתנגדים המתבצרים למשטרה בכוח הנשק, כפי שהורה להם משולם, היה הוא אחראי למעשיהם הפליליים כמשדל. הוא הדין באוזן, שסייע למשולם בהעברת הוראותיו. אלא, שכאמור, העבירה שבוצעה הייתה שונה.

12. לשיטתי, גם משדל שהוא חופשי להפעיל שליטתו באנשיו בכל עת, אינו הופך למבצע-בצוותא אם לא השתתף בביצוע העבירה - ולו על-ידי מתן הנחיות - תוך כדי הביצוע - רק משום שלא הביא להפסקת פעילותם הפלילית של המשודלים.

לא-כל-שכן במקרה שלפנינו, שבו העותרים היו בידי המשטרה, והפעלת שליטתם על המתבצרים הייתה מותנית ברשות מאת המשטרה, שהגבילה אותם למתן הוראה למתבצרים להסגיר עצמם, דרישה לה סירב משולם. אוזן אף לא נדרש לתת הוראה כזו, ועל-כל-פנים, לא היה בכוחו להפסיק את הפעילות הפלילית.

אומנם, משדל עשוי לשאת באחריות לעבירה נוספת, מכוח הוראת סעיף 34א(א)(2) לחוק העונשין. אלא שהוראה זו הגבילה את אחריותו לעבירה של רשלנות בלבד, בעוד שהעבירה של ניסיון לחבלה בכוונה מחמירה, שבה הואשמו העותרים, היא עבירה של מחשבה פלילית.

אשר-על-כן, כאמור, לו דעתי נשמעה, היינו דוחים את שתי העתירות, ומקיימים את פסיקתו של בית-משפט זה בפסק-הדין המקורי.

ברם, משהחליטו חבריי כי יש להרשיע את משולם בעבירה של ניסיון חבלה בכוונה מחמירה ככל שהדבר נוגע לירי לעברם של השוטרים, אני מסכימה עם השופט מצא כי יש להחזיר את העונש שגזר עליו בית-המשפט המחוזי על כנו.

## שׁוֹפֵט

### הנשיא א' ברק:

מסכים אני עם פסק דינו של חברי, השופט מצא. מסכים אני עימו כי דין עתירת העותרים (דנ"פ 1294/96) להידחות, שכן בבסיבות העניין לא עומדת להם ההגנה של "טעות במצב דברים". כן מסכים אני עימו כי דין עתירת המדינה (בדנ"פ 1365/96) להתקבל. בכך מסכים אני עימו כי בפסק הדין של בית משפט זה (בע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534) נפלו מספר טעויות שתוקנו על ידו. לטעויות אלה הייתי שותף, כאחד מחברי ההרכב. משמע, מודה אני בטעותי ומבקש לתקנה. באחת הפרשות ציינתי כי "סופיות החלטותינו מבוססת על כוחנו להודות בטעותנו, ועל נכונותנו לעשות כן במקרים מתאימים" (ע"א 243/83 עירית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 136). לאחר עיון ובחינה שוכנעתי כי טעיתי בהחלטתי בערעור, וכי יש לתקן את הטעות כמוצע על ידי חברי, השופט מצא. מבקש אני להעיר בעניין זה מספר הערות.

### מיפוי השאלות

1. שתיים הן השאלות הניצבות בפנינו. השאלה האחת היא זו: האם היריות אשר נורו (ביום 10.5.94) לעבר כוחות המשטרה הן חלק מהתכנית המקורית או שמא הן מהוות עבירה שונה או נוספת. אם התשובה לשאלה זו הינה, כי היריות לעבר השוטרים הן חלק מהתכנית המקורית, כי אז אחראים להן המבצעים בצוותא והמשדלים באותה מידה. במצב דברים זה אין כל חשיבות לשאלה אם העותר מס' 1 (להלן - משולם) - אשר אותה עת שהה במעצר במקום אחר - הוא מבצע בצוותא עם העותרים האחרים (כדעת המשנה לנשיא, השופט ש' לויין בערעור, וכדעת השופט מצא בעתירה שלפנינו) שהתבצרו במתחם - או שמא הוא רק משדל (כדעת השופט דורנר). דין השניים, לעניין התכנית המקורית, הוא זהה. לעומת זאת, אם התשובה לשאלה (עבירה מקורית או נוספת) הינה כי זו עבירה שונה או נוספת, תקום שאלה שניה. השאלה השניה היא זו: האם משולם, אשר לא נכח במקום בו אירעו היריות, אלא היה נתון במעצר במקום אחר, ממשיך להיות מבצע בצוותא (כדעת המשנה לנשיא והשופט מצא) - מעמד שהיה לו בוודאי שעה ששהה עם חבריו במקום בו הם התבצרו - או שמא ניתוקו ממקום האירוע בשל מעצרו משנה את מעמדו ממעמד של מבצע בצוותא למעמד של משדל (כדעתה של השופטת דורנר). להבחנה זו חשיבות מכרעת, שכן על פי הוראת חוק העונשין, התשל"ז 1977 - (להלן - חוק העונשין), מבצע בצוותא אחראי לעבירה שונה או נוספת המתבצעת בכוונה כעל עבירה של אדישות בלבד (סעיף 34א(1)). לעומת זאת, משדל אחראי לעבירה שונה או נוספת כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי (סעיף 34א(2)). בעניינו, המבצע בצוותא לא יהיה אחראי לעבירה של נסיון לחבלה בכוונה מחמירה (שכן זו דורשת כוונה), אלא לעבירה של יריות באיזור מגורים, ואילו המשדל לא יהיה אחראי כלל, בהיעדר עבירת רשלנות רלבנטית. נבחן, איפוא, כל אחת משתי השאלות המתעוררות, ונפתח בראשונה.

#### האם עבירה שונה או נוספת?

2. האם היריות לעבר השוטרים בבוקרו של ה-10.5.94 מהוות עבירה שונה או נוספת? לדעתי, היריות שנורו לעבר השוטרים אינן מהוות עבירה שונה או נוספת, וזאת מכמה טעמים: ראשית, המושגיות של עבירה שונה או נוספת מתקיימת אם "אגב עשיית העבירה" המקורית, מתבצעת עבירה "שונה ממנה או נוספת". ספק בעיני אם בעניין שלפנינו בוצעו היריות "אגב" עשיית עבירה מקורית. שנית - וזה העיקר - העבירות שהעותרים אשר שהו במקום ביצעו - כלומר, היריות על השוטרים - היו חלק מהתכנון המקורי. תכנון זה היה מבוסס כל כולו על התבצרות במקום, תוך הצטיידות בכמויות רבות של נשק, ושימוש בו כדי להפר את הסדר הציבורי ולמנוע מהשוטרים לבצע את חובתם. היטיב להביע זאת השופט סטרשנוב בבית המשפט המחוזי, בציינו:

"העובדות שנקבעו על ידי כפי שהוכח מחומר הראיות הן שהנאשמים התבצרו תקופה ארוכה של כחודש ימים ומעלה בבית הנאשם ביהוד,

ריכזו ברשותם כמויות ניכרות של כלי נשק, רימונים, בקבוקי תבעירה ושאר סוגי נשק ותחמושת למיניהם. כל זאת הם עשו במטרה ברורה להפר את הסדר הציבורי ולהתנגד למעצרים ע"י כוחות הבטחון, תוך שהם מסרבים בתוקף לקריאות החוזרות ונישנות שהופנו אליהם להתפרק מנשקם, בין היתר באמצעות המשא ומתן הארוך והמייגע שנערך עימם.

אין ספק, כי הנאשמים כולם שמעו ושעו לקריאותיו המתלהמות של משולם לפתוח באש לעבר השוטרים, במטרה למנוע מהם לפעול על פי חובתם וסמכותם ומתוך כוונה ברורה לסכל את אכיפת החוק. התבטאויותיו משולחות הרסן של הנאשם משולם, כמו גם של יתר הנאשמים, לא הותירו כל מקום לפקפוקים ולדמיון באשר למטרה המוצהרת והברורה שהיתה להם להתנגד בכוח ותוך שימוש באש חיה לכל פעילות חוקית שעשויה היתה המשטרה לבצע כנגדם". (עמ' 61-62).

אמת הדבר, הנחיותיו של משולם היו, כי אין לפתוח באש אלא אם כן השוטרים מבקשים להתפרץ למתחם. מבחינה זו סטו היורים מההוראות. אך סטייה זו אינה מהותית. היא במסגרת התכנון המקורי ולשם הגשמתו. היא חלק מהתכנית המקורית. אכן, עבירה היא שונה או נוספת רק כאשר "מדובר בסטייה ממהות העבירה המקורית, או מהיקפה, ולא מדרך הגשמתה בלבד" (ש' ז' פלר, יסודות בדיני עונשין 323 (כרך ב', 1987)). בפרשה שלפנינו, הסטייה היא באשר לשלב בו פותחים באש כדי להגן על המתחם מפני כוחות המשטרה. זו סטייה שאינה מהותית; זו סטייה מדרך הגשמת הפעילות העבריינית שעניינה שימוש בנשק בהתנגדותם לכניסת המשטרה למתחם. בצדק ציין חברי, המשנה לנשיא, השופט ש' לוי, בערעור נשוא עתירה זו, כי התכנית המקורית היתה "להתנגד בכוח ותוך שימוש באש חיה לכל פעילות חוקית שהמשטרה הייתה עשויה לבצע כנגדם" (שם, עמ' 557). טעות בהערכת המצב באשר לפעולות המשטרה היא בגדר התכנית המקורית, וחלק אינטגרלי מהסיכונים שהיא יוצרת.

3. לאור מסקנתי, כי אין לנו עניין כלל בעבירה שונה או נוספת, יכולתי לחתום כאן את פסק דיני. עם זאת, לאור המחלוקת שנתגלתה בין חברי, אביע דעתי בקצרה גם לעניין השאלה השניה שהציג חברי, השופט מצא. השאלה הינה, מה היה מעמדו של משולם בעת ביצוע היריות במתחם. האם הוא המשיך להיות במעמד של מבצע בצוותא (כדעת השופט מצא) או שמא היה הוא במעמד של משדל בלבד (כדעת השופט דורנר). לדעתי, מעמדו של משולם בעת ביצוע היריות היה כמעמד מבצע בצוותא. טעמי לכך הם שניים: ראשית, מקובל הוא על הכל כי בהיותו במתחם היה משולם מבצע בצוותא יחד עם שאר העותרים. הוא לא היה אותה עת משדל בלבד. אילו נשאר במקום הוא היה ממשיך, איפוא, להיות מבצע בצוותא. כיצד זה הופך מבצע בצוותא למשדל רק בשל מעצרו והתרחקותו מהמקום? אכן, מעמדו של משולם כמבצע בצוותא התגבש בעת שהותו במתחם. כאן הוא הניע את התכנית כולה. בהוראתו החלה העגלה לנוע. כדי להימלט ממצב של מבצע בצוותא לא מספיק לקפוץ מהעגלה. כדי להימלט ממצב זה היה עליו להביע חרטה, "חרטה, בנסיבות העניין, צריכה

להתבטא ביותר מאשר אי השתתפות בהמשך העשייה. היא צריכה להשתקף בפעילות למניעת עשיית העבירה או השלמתה" (ע"פ 2796/95 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, פסקה 37 לפסק דיני)). משולם לא הביע כל חרטה. משהניע משולם את התכנית כולה, ולא הביע כל חרטה, לא חל כל שינוי במעמדו. אמת הדבר, הוא לא נכח בשעת היריות עצמן, אך נוכחותו בזירת האירוע אינה תנאי הכרחי לגיבוש מעמד של מבצע בצוותא. ביצוע בצוותא אינו מבוסס על אחדות הזמן והמקום. ביצוע בצוותא מבוסס על שליטה-פונקציונלית-מהותית על העשייה העבריינית. שליטה כזו יש לו למשולם גם כשאינו במקום, גם כשהוא במעצר. עמדתי על כך בפרשת פלוני. כאן סירב מנהיג הקבוצה (ט') - שהשתתף בכל שלבי התכנון - לצאת לביצוע ביום הקובע. נקבע כי יש לראות בו - כל עוד לא התחרט - מבצע בצוותא. וכך כתבתי באותה פרשה:

"מהו, איפוא, חלקו של ט' באחריות לרצח ולנסיון לרצח? לדעתי, יש לראות בט' 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 בט' מבצע בצוותא".

4. שנית, מעמדו של משולם אינו מאפשר לראות בו משדל בלבד. משולם הוא ראש הקבוצה. הוא המנהיג. הוא תכנן את המבצע. זהו מבצע שלו. הוא אינו רק בעל רעיון עברייני; הוא אינו רק "אב רוחני" של העבירה. הוא אינו אדם חיצוני המבקש כי מישהו אחר יבצע עבירה. הוא בעל תרומה פנימית לביצוע העברייני. על כן הוא יצא מגדר מעמד של משדל. האם הוא הגיע לגדר מעמד של מבצע בצוותא? תשובתי היא בחיוב. בפעולות השונות שהוא עשה עד לעזיבתו את המתחם מצויה כל התרומה הביצועית הנדרשת, כדי להפוך אותו ממשדל למבצע בצוותא. אכן, בידיו של משולם כראש הקבוצה השליטה האפקטיבית על האירוע העברייני, ואצלו המחשבה הפלילית הנדרשת לגיבוש אחריותו כמבצע בצוותא.

5. בטרם אסיים, ברצוני להעיר שתי הערות: ראשית, מצטרף אני לניתוחו של חברי, השופט מצא - בעקבות גישתו של השופט גולדברג בפרשת הלדשטיין (ע"פ 8710/96 הלדשטיין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)) - באשר למבחנים לקביעת מעמדו של המבצע בצוותא. אכן, ראוי הוא לגבש מבחנים משולבים. אין להסתפק בנוסחה אחת ויחידה ולראות בה חזות הכל. כך נהגתי בפרשת פלוני ובפרשת מרדכי (ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). שנית, מקובלת עלי גישתו של חברי, השופט מצא - לה שותפה גם השופט דורנר - כי לשם גיבוש אחריות פלילית של מבצעים בצוותא אין צורך כי כל אחד מהמבצעים בצוותא

יקיים את כל היסודות העובדתיים של העבירה (פרשת פלוני, פסקה 27). אכן, המבצעים בצוותא הם גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. לא נדרש שכל זרוע תבצע מעשה שהוא בגדר עבירה כלשעצמה. עם זאת, מאוחדים חברי, השופטים מצא ודורנר, להשקפה, כי אותו מעשה, בבדידותו, צריך להיות לפחות נסיון לבצע עבירה. עמדה זו הובעה בספרות, לשם הבחנה בין מבצע בצוותא לבין מסייע (ראה גור-אריה, "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקר ולא סיוע", משפטים יא 518, 523; פלר, שם, עמ' 204). מבקש אני להשאיר עניין זה בצריך עיון. איני בטוח כלל כי עלינו לגייס לעזרתנו את דיני הנסיון כדי לעצב באופן בלעדי את דמותו של המבצע בצוותא. אכן, מקובל עלי כי אם תרומתו הביצועית של משתתף בעבירה רבת עבריינים - אם נבודד אותה מיתר ההתרחשויות - מגיעה לכדי נסיון, יש לראות בו מבצע בצוותא ולא מסייע. מבקש אני להשאיר בצריך עיון את השאלה - שאינה צריכה הכרעה בענייננו - אם ניתן לראות במשתתף מבצע בצוותא גם אם תרומתו הביצועית - שעה שנבודד אותה מיתר ההתרחשויות - אינה מהווה נסיון. אינטואיטיבית הנני חש כי בגיבוש מעמדו של אדם כמבצע עיקרי אין להכניס כתנאי-בלעדי-אין את דיני הנסיון. אך כאמור, הסוגיה היא סבוכה, ועל כן מבקש אני להשאירה בצריך עיון.

## ה נ ש י א

### המשנה לנשיא ש' לוין:

אני מסכים לפסקי דינים של השופט א' מצא ושל הנשיא.

### המשנה לנשיא

### השופט א' גולדברג:

1. דעתי היא כי אם תקיפת כוחות המשטרה לאחר מעצרו של משולם ואוזן, היתה במסגרת התוכנית המשותפת של החבורה, כי אז משולם הינו מבצע בצוותא, ואילו אוזן הוא משדל.

משולם הוא מבצע בצוותא, שכן השליטה על מעשיהם של האחרים שנותרו במקום ההתבצרות, לא פסקה גם לאחר מעצרו, והיה בידו להמשיך ולהורות להם כיצד לפעול. דומה הדבר למי שמתכנן מעשה שוד,



והוא עצמו אינו משתתף בפועל בו, אלא נמצא מרוחק ממקום השוד כשבידו מכשיר קשר המאפשר לו לתת הוראות למבצעים את השוד בשעת ביצועו. בעצם הסכמתו ויכולתו לשלוט על הנעשה בעת ביצוע השוד, יש מצדו משום תרומה פיסית בת-ערך לביצוע העבירה, אליה נלווה המרכיב הנפשי (ע"פ 8710/96 ה'הדשטיין נ' מדינת ישראל, שטרם פורסם).

2. לא כן אוזן, שהיה רק אחד מעוזריו הקרובים של משולם, הוא ארגן את השמירה והיה מופקד על ההתבצרות. אוזן אכן היה לפני מעצרו במתחם, ואילו היה נשאר במקום בעת הירי היה אף הוא מבצע בצוותא של עבירת הנסיון לחבלה בכוונה מחמירה. אולם הוא נעצר לפני ביצוע העבירה. משנעצר, נותק כל קשר בינו ובין הנותרים במתחם, לא היתה מצדו כל תרומה פיסית לביצוע עבירה זו. שהרי גם יכולת לשלוט ממרחק על מעשיהם של האחרים שנותרו במתחם לא היתה לו וחלקו היה תכנוני בלבד. לפיכך, יש לראותו כמשדל את מי שנותר במתחם לבצע את העבירה.

3. לשאלה אם בוצעה עבירה שונה או נוספת במתחם, לאחר מעצרו של משולם ואוזן, מקובלת עלי דעת חברי הסוברים כי בנסיבות המקרה אין מדובר בסטייה מהותית מן העבירה המקורית או ממתכונתה, אלא בעבירה שהיא בתחום המסגרת של התכנון המקורי. לפיכך, אחראים הן משולם והן אוזן באותה המידה, על אף סיווגם השונה, ודין העתירה בדנ"פ 1365/96 להתקבל.

אני מסכים עם פסק דינו של חברי השופט מצא בכל הנוגע לדחיית העתירה בדנ"פ 1294/96.

אשר לעונש, ער אני לשיקוליו של חברי השופט מצא להחזרת העונש של משולם לפני הערעור, על כנו. אולם בהתחשב במצב בריאותו; בזמן שחלף מאז שמיעת העתירה; במידת העונש שהוטל בערעור, ובהפרש שבין העונשים - לא הייתי מחמיר בעונש מעבר למה שנקבע בערעור.

**שׁוֹפֵט**

**השופט מ' חשין:**

אני מסכים לחוות-דעתם של חברי השופט מצא והנשיא ברק. יחד-עם-זאת, לא ראיתי עצמי פטור מהעיר הערות מתודיות אחדות על מיקצת מן הנושאים שעלו לפנינו לדיון. אקדים ואומר: בנושאים אחדים אומר

דברים מובנים מאליהם. ואולם דומני כי מעת-לעת ראוי לומר גם דברים "מובנים מאליהם", שאינם כה מובנים מאליהם. וד"ל.

### נומקלטורה ואטימולוגיה

2. מילים ומושגים - במשפט ובכלל - אין הם נושאים בכרסם משמעות ומובן, לבד מאותה משמעות ומאותו מובן הניתנים להם בידי האדם (ראו והשוו: דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פסקה 23 לחוות-דעת; טרם פורסם). כך הם מילים ומושגים על דרך הכלל וכך הם המושגים המונחים על שולחנו לביור ולפירוש: "מבצע" עבירה, "מבצעים-בצוותא", "משדל". כך אף מושג ה"מסייע". לכל אחד ממושגים אלה יש משמעות משלו, ואותה משמעות תקבע את תחום התפרשותו. במרכז של אותה משמעות ימצא "גרעין קשה" - אם תרצו: אב-טיפוס - שעליו ניבנה המושג, וסביב אותו גרעין נתווה את תחום פרישתו הכולל של המושג. ראו והשוו: ע"פ 4389/93, 4497 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 255, 260.

המושגים "מבצע" עבירה ו"מבצע בצוותא", משמעותם המרכזית היא: עבריינים עיקריים; המושג "מסייע" משמעותו היא: עבריין-מישני; המושג "משדל" משמעותו העיקרית היא: אדם ששתל מחשבה פלילית במוחו של הזולת. אלה הם "הגרעינים הקשים" בכל אחד משלושת המושגים שלעניין, ואיך פירושה הוא - זיל גמור. מתוך הזיל גמור, עתה אנו ב"גמור".

3. צדדים לעבירה הם "מבצעי" העבירה, "משדלים" ו"מסייעים". הטריטוריה הכוללת של אלה החבים - או העשויים לחוב - בעבירה פלילית נחלקת בין אלה כולם, והמשימה שהוטלה עלינו היא לקבוע את הגבול בין הטריטוריות הפרטיות של כל אחד מאותם עבריינים. הכרעת-דין ולפיה פיסת-טריטוריה פלילית שייכת לתחומו של אחד משלושה (או מארבעה) סוגי העבריינים, תגרע אותו תחום-פרישה מתחומיהם של העבריינים האחרים. מסקנה נדרשת מאליה היא, כי בהתוויית הגבולות של סוג עבריינים אחד, ניתן דעתנו לא אך לקביעת שדה-הגרוויטציה של אותו סוג עבריינים. שומה עלינו לבנות כל אחת משלוש הטריטוריות תוך פזילה מתמדת אל-עבר שתי הטריטוריות האחרות, ובידיעה כי שיוכו של תחום מסויים לסוג עבריין אחד, יגרע אותו תחום מתחומיהם של שני סוגי העבריינים האחרים. נוסף כי מדברים אנו בסוגי פעילות שונים של עבריינים, אך אין כל מניעה כי באותו אדם עצמו יתקיימו יסודות של שני סוגי עבריינים, כגון, משדל ומבצע או משדל ומסייע.

משל למה הדבר דומה, לכל סיווג דברים שהוא, כגון סיווגם של צבעים. יש אדום ויש כחול, יש ירוק ויש לבן, יש שחור ויש אפור. ואולם נניח כי מוטל עלינו לחלק את כל הצבעים כולם בין שני צבעים בלבד; למשל: בין לבן לבין אדום. במקרה מעין-זה הצבע האפור יהיה "לבן" והצבע החום יהיה "אדום". כך אף בענייננו: אפשר כי "משדל" - בפיתוחו החופשי של מושג זה - היה מביא אל תחת כנפיו סוגי מעשים אלה ואחרים. ואולם, בתיתנו דעתנו כי בסמוך לשדה-הגרוויטציה של ה"משדל" שוכן שדה-גרוויטציה של ה"מבצע-בצוותא", אפשר יהא עלינו לסווג עושי מעשים פלונים כמבצעי-בצוותא, אף שלולא קיומו של אותו שדה-גרוויטציה של מבצע-בצוותא היינו מסווגים אותם כ"משדלים".

#### על מבצע-בצוותא ועל עשייה פיסיית בביצוע עבירה

4. מיקצת מחבריי סוברים כי לא יהא אדם מבצע-בצוותא אלא אם עשה מעשה בביצוע מעשה העבריינות עצמו. על-פי השקפה זו, תרומה פיסיית ("תרומה פיסיית בת-ערך" כלשונו של חברי השופט גולדברג בפרשת הלדשטיין, ע"פ 8901/96, 8573, 8873, 8620, 8710; טרם פורסם) בביצוע העבירה היא יסוד-בלעדיו-אין לחיובו של פלוני כמבצע-בצוותא. ואילו אני, לא נמצא לי כי יסוד זה של השתתפות פיסיית בביצוע העבירה נדרש מן החוק, או, לחלופין, כי צומח הוא מאותו "גרעין קשה" העושה מבצעי עבירות או מבצעי-בצוותא. אכן, תרומה פיסיית כלשהי, בשלב כלשהו של חיי העבירה - מאז עלתה במוחו של אחד העבריינים ועד לביצועה הלכה למעשה - בוודאי יידרש. שהרי על מחשבה אין מענישים במקומנו. השאלה אינה אלא אם נדרש מעשה פיסי בביצועה של העבירה, או אם ניתן להסתפק בפחות מכך. דעתנו היא כגירסה בתרא.

5. ראשית לכל, וכפי שאמרנו בראש דברינו, המושגים "מבצע" או "מבצע-בצוותא" - באשר הם - לא יכריעו בקביעת תחום פרישתם. ידענו את פירושם על מושגים אלה; ידענו מה הוא "מבצע"; ידענו כי ביצוע פירושו עשייה; ולכאורה מדברים אנו בביצועו של מעשה לעת ביצועה של עבירה, או בסמוך לכך. כך, אמנם, יהיה ברובא-דרובא של המקרים. ואולם את תחום הפרישה הכולל תקבע התכלית הכוללת של המושג - היא ולא הפירוש הבלשני.

שנית, הפירוש המצמצם המוצע אינו נדרש מתוך החוק. הנה-כי-כן, כהוראת סעיף 29(ב) לחוק העונשין, מבצעי-בצוותא הם "המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה..." ולא שמענו מפי החוק כי אותם "מעשים" חייבים שייעשו לעת ביצועה של העבירה בפועל או סמוך למועד ביצועה. הנה הוא רב-עבריינים פלוני: היזם, המתכנן, קובע המשימות והשולח את "חייליו" לביצוע העבירה. לעת ביצוע העבירה,

ולהוכחת אליבי בהתעורר הצורך לכך, מבלה אותו רב-עבריינים את זמנו במסיבת קוקטייל, בה טורח הוא ליידע אנשים רבים בנוכחותו במקום. כשאני לעצמי - ובפיתוח הגרעין הקשה של העבריינים העיקריים - אתקשה שלא לראות את פלוני כמבצע או כמבצע-בצוותא. אליבא דידי, הוא היה בין "המשתתפים בביצוע העבירה תוך עשיית מעשים לביצועה", וסיווגו הוא מבצע או מבצע-בצוותא.

שלישית, הפירוש המצמצם חוטא, לדעתי, לאותה התוויית גבולות בין סוגי העבריינים השונים. הכל יסכימו כי אותו רב-עבריינים אינו (אך-ורק) "מסייע". ואילו אי-סיווגו כמבצע-בצוותא, יאלץ אותנו ממילא לסווגו כ"משדל". ואולם, סיווגו של רב-עבריינים כ"משדל" נראה מלאכותי ומאולץ בעיניי. הוא היה הרוח הרעה בכל מעשה העבריינות - למתחילתו ועד סופו - והנה רואים אותו אך כ"משדל" שאחריותו יכולה שתהיה פחותה מאחריותו של המבצע-בצוותא (לעניין עבירה שונה או נוספת). בהמשך דברינו נסיף ונדבר על התוויית הגבול בין המשדל לבין המבצע.

6. הגורסים כי לסיווגו של אדם כמבצע-בצוותא חייב שיתקיים בעניינו יסוד פיסי בביצוע העבירה, יש בהם שתי אסכולות. אסכולה אחת גורסת כי בהיעדר יסוד פיסי בביצוע העבירה, ניתן יהיה לסווג את פלוני העבריין כ"משדל" ולא כמבצע-בצוותא. באסכולה זו נדבר להלן. ענייננו עתה הוא באסכולה האחרת, המורה אותנו כי יש מקרים - חריגים - בהם ייעדר יסוד פיסי בביצוע העבירה, ובכל-זאת יראו את פלוני כמבצע-בצוותא. המקרה עליו מצביעים אנשי אותה אסכולה הוא בעניינו של רב-עבריינים השולט שליטה מלאה על ביצועה של עבירה הנעשית "בשליחותו", אף שאין הוא עצמו נוטל חלק "פיסי" באותו ביצוע. כיצד מוסבר חריג זה?

לחיבור הקצוות מבקשים אנשי אותה אסכולה להידרש למיבחן הקרוי "המיבחן המשולב". לפי מיבחן זה, מי "שבידו שליטה מלאה על הביצוע ושעשייתו כוללת לא רק פעילות שידול והכנה, אלא גם הנחיית העבריינים הפועלים ופיקוח על פעילותם" הינו "מבצע בצוותא לכל דבר". אלה דברי חברי השופט מצא (בפיסקה 27 לחוות-דעתו). ואילו פרופסור פלר - אף הוא חסיד המיבחן הפיסי - בונה כוך מיוחד לאותו רב-עבריינים ועל-הכרך חוקק הוא את כינויו: "משדל-מסייע": שניאור זלמן פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך ב', תשמ"ז-1987), 273-276.

7. אני מתקשה בקבלת דברים אלה. תיזה נבנית על היפותיזה, ולעולם נעדיף היפותיזה שבכוחה להסביר באורח קוהירנטי את מירב התופעות הידועות לנו. היפותיזה הנבנית על עיקרון אחד עדיפה על היפותיזה הנבנית על עיקרון ועל חריגים לעיקרון. ההיפותיזה הנבנית על קיומו של יסוד פיסי בביצוע עבירה, נדרשת לחריגים - בעניינו של אותו רב-עבריינים - ואילו ההיפותיזה שאינה בונה עצמה על קיומו של יסוד פיסי

בביצוע העבירה, אינה נדרשת לא לחריגים ולא לבנייתו של אותו כוך הקרוי "משדל-מסייע". מטעם זה עדיפה בעיניי היפותיזה זו האחרונה. אכן, העמדת התנאי של יסוד פיסית בביצוע העבירה אינו נדרש מן החוק, ולא נמצא לי טעם טוב להזריק לחוק תנאי מצמצם זה המביא מאליו לקביעת כלל וחריג בצידו.

### מבצע בצוותא כמבצע עבירה לעצמה

8. מתוך חוות-דעתה של חברתי השופטת דורנר בערעור (ע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534, 554-555), ניתן היה להסיק, כי פלוני לא יהיה מבצע-בצוותא אלא אם מעשהו מהווה, כשהוא-לעצמו, עבירה (לאו דווקא העבירה הסופית של העבריינים-בצוותא). בחוות-דעתה עתה מוסיפה חברתי, כי בדבריה בערעור לא כיוונה דעתה רק לעבירה מושלמת, אלא לכל התנהגות המהווה עבירה "ובגדר זה גם עבירות נסיון". חברי השופט מצא מסכים, ככל הנראה, לתיזה האחרונה, ואילו עליי קשתה גם תיזה ראשונה גם תיזה אחרונה.

9. לא מצאתי יסוד לדברים, לא בלשון החוק ולא בהגיון-הדברים. החוק אינו מדבר אלא ב"המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה", ולא שמעתי מתוך נוסחה זו כי אותם "מעשים" הנעשים לביצועה של עבירה חייבים שיהיו, כל אחד מהם, עבירה לעצמה, ולו עבירה של נסיון. כך, למשל, בדוגמה של שוד בנק בו נוטלים חלק מספר עבריינים. אחד המשתתפים תפקידו הוא להלך ברחוב, סמוך לבנק, הלוך ושוב "על כל צרה שלא תבוא". מעשהו של אותו שותף הוא מעשה תמים, לכאורה: מהלך הוא ברחוב אנה-ואנה ואין במעשהו כל עבירה שהיא. ציבעו הפלילי העז של מעשהו ייצבע רק בהקשר התוכנית הכוללת של השוד. אותו מתהלך, מעשהו משתלב באורח אינטגרלי במעשה השוד והשניים היו לאחדים. היסוד הנפשי נתקיים במלואו - על כך מסכימים הכל - והרי אותו שותף מעשהו משתלב בחזקה במרכז ה"פְּזָל" של השוד. מה עוד נדרש מאיתנו לעשות אותו אדם למבצע-בצוותא?

אכן, אותו שותף הוא לכל הדעות מבצע-בצוותא, ולא ידעתי מדוע שומה עלינו להוסיף ולצרוף אותו במצרף עבירת ה"נסיון", על כל נפתוליה ועיקוליה של עבירה זו, נפתולים ועיקולים שאינם מענייננו כלל. אפשר אותו מתהלך חייב עצמו בנסיון לעבור עבירה; אפשר חייב עצמו ואפשר לא חייב עצמו. בין כך ובין כך, שאלה זו אינה כלל מן העניין. אותו מתהלך הוא מבצע-בצוותא משום שהיה בין "המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשה לביצועה", ודי לנו בכך. עבירת הנסיון, לעניות דעתי, אינה כלל מן העניין.

נמשיל עבירה לכיסא ונוסיף ונמשיל כל אחד מן העבריינים לחלקי-כיסא: ארבע רגליים, מיסעד ומושב. כל אחד משישה חלקים אלה הוא חלק "תמים" לעצמו: אין הוא כיסא (העבירה) ואין הוא ראשית-כיסא (הנסיון). ואולם חיבורם של השישה יחדיו יוצר את העבירה. ובלשון הנביא: "איש את רעהו יעזורו ולאחיו יאמר חזק" (ישעיהו, מא ו). או: "כשאני לעצמי - מה אני?"; אך אני ואתה והוא והם - כולנו יחדיו, שכמ אחד, יוצרים אנו שותפות ששותפיה מזריקים איש-את-רעהו עזרה וכוח פסיים ונפשיים. עדים אנו לאפקט של סינג'יזם - שהשלם גדול או חזק מסך רכיביו - תופעה המוכרת לנו, בין השאר, מתחום הקשר הפלילי. ראו והשוו: ע"פ 461/92, 1496, 2569 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 580, 588. זו היא לדעתנו, משמעות השותפות. המיבחן המוצע, ולפיו תנאי-בלעדיו-אין הוא שכל שותף (מבצע-בצוותא) יעבור במעשיו עבירה כלשהי (לרבות עבירת נסיון) אינו, לדעתנו, מן העניין כלל.

דרך אגב: בהקשר זה מפנים אותנו לדברים שאמר פרופסור פלר, ובלשונו (שם, 204):

"אם אותה התנהגות, בהתעלם מן ההתנהגויות האחרות, נמנית, מבחינה עובדתית, עם תחום הביצוע והיתה מצמיחה, כשלעצמה, נסיון לעבור את העבירה, או קטע שמשלים אותה, הרי בעל ההתנהגות ביחד עם בעלי ההתנהגויות מאותו טיב, הם מבצעים בצוותא." (ההדגשה אינה במקור - מ' ח')

ספק בעיניי אם פרופסור פלר אומר את שמבקשים לייחס לו. מדבר הוא, אמנם, על נסיון לעבור עבירה, אך מוסיף הוא ומדבר גם על "או קטע שמשלים אותה". סגי לנו בדברים אחרונים אלה.

### על מבצעים-בצוותא ועל משדלים

10. משווה אני נגד עיניי חבורת-עבריינים ובראשה מנהיג. על-פי המנהיג יישק דבר, וכל אשר יאמר כי ייעש - ייעש. המנהיג מתכנן ביצועה של עבירה פלונית; מחלק הוא תפקידים בין "חייליו", מורה הוא כל אחד מהם מה יעשה וכיצד יעשה; קובע דרכי-מילוט; מחליט הוא כיצד יחולק השלל בין חברי החבורה. אלא שלעת ביצוע העבירה, ולו לשם קניית אליבי, מבלה הוא המנהיג על ספינת-שעשועים בלב-ים, בלא שהוא מורה לאנשיו - לעת ביצוע העבירה - מה יעשו וכיצד יעשו. מה מעמדו של רב-עבריינים זה? האם מעמדו הוא מעמד מבצע-בצוותא או מעמד משדל? חברי השופט מצא רואה בו באותו רב-עבריינים מבצע-בצוותא, ואני עם חברי. נחלקים אנו, אמנם, על היסוד העושה אותו רב-עבריינים למבצע-בצוותא, אך לא נחלקנו על סיווגו כמבצע-בצוותא. ואילו

חברתי השופטת דורנר רואה באותו רב-עבריינים "משדל" החב בחיובו של "משדל". על דעה זו האחרונה אני חולק ואפרש מדוע כך.

11. לא ניתפש, כמובן, למושגים "משדל" ו"מבצע-בצוותא", כשהם לעצמם, ולא נפתח את מילון אבן-שושן לחיפוש פירושיהם בימינו אלה. המיבחן שנידרש לו יהיה מיבחן מהותי - לבחינת התכלית של הקלסיפיקציה לסוגי עבריינים שונים - ובראש ובראשונה נידרש להוראות-החוק עצמו. בפרשת מרדכי (לעיל, שם, 260 ואילך) נדרשנו לפירוש המושגים "מבצע-בצוותא" ו"מסייע", ואמרנו כי ההבחנה בין השניים "נועדה, לאמיתם של דברים, ליתן ביטוי משפטי ערכי לסוגי 'מקורבים' שונים למבצע העבירה ולביצועה של עבירה." (שם 260; ההדגשה במקור - מ' ח'). כך הוא אף בהבחנה בין מבצע-בצוותא לבין משדל. גם הבחנה זו נודעת לה משמעות ערכית, ואת זו שומה עלינו לחפש ולמצוא.

12. שלא כהבדל בין מבצע-בצוותא לבין מסייע - עליו עמדנו בפרשת מרדכי - מבצע-בצוותא ומשדל צפויים לאותו עונש בגין מעשה עבירה שהיו צדדים לו - זה כמבצע-בצוותא וזה כמשדל - ועל-כן לא נוכל ללמוד מן העונש לאיתור הגבול בין השניים. ואולם נוכל ללמוד להבחנה בין השניים מהאחריות השונה שהם נושאים בה לעניין "עבירה שונה או נוספת", כהוראת סעיף 34א(א) לחוק העונשין.

אחריותו של מבצע-בצוותא חמורה וכבדה מאחריותו של משדל. במקום בו אגב עשיית עבירה עובר אחד מן המבצעים עבירה שונה ממנה או נוספת לה - כאשר בנסיבות העניין אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה - נושא מבצע-בצוותא באחריות לאותה עבירה שונה או נוספת (בכפוף ליוצא של עבירה שונה או נוספת הנעשית בכוונה). ואילו משדל נושא באחריות לעבירה שונה או נוספת (כאשר אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה) רק כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי. פרטי השוני באחריות אינם לענייננו עתה. עיקר הוא שמבצע-בצוותא אחריותו חמורה וכבדה מאחריותו של משדל. נלמד מכאן - על דרך ההילוך לאחור, ובזכרנו כי אין מוקדם ומאוחר בתורה - שהחוק רואה את המבצע-בצוותא כעברייין קשה ומסוכן יותר מהמשדל, אשר-על-כן נושא הוא באחריות כבדה וחמורה מן המשדל.

אחריותו של משדל אחריות פחותה היא מזו של מבצע-בצוותא. נדע מכאן, כי בסוגנו את רב-העבריינים כמשדל - להבדילו ממבצע-בצוותא - כמו הפחתנו באחריותו והקלנו עימו. "חיילים" ששלח רב-העבריינים לביצוע מעשה פשע, אלה ישאו באחריות מלאה לעבירה שונה או נוספת שביצעו, ואילו הוא - הרב-מוח והמנהיג העליון - יישא באחריות פחותה, אף שכ"אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה" של אותה עבירה שונה או נוספת. מסקנה זו תמוהה ומוזרה ויקשה עלי לקבלה.

13. מסקנה זו קשה גם על חברתי, השופטת דורנר, שכן גם עליה מקובל "שמבחינה מוסרית שליטתו [של הרב-מוח] הופכת אותו לאחראי העיקרי לאירוע העברייני". נשאל איפוא אנו: האמנם לא נוצר חוסר-איזון בחוק עם סיווגו של אותו מנהיג כנופיות כמשדל גרידא? אכן, לו נמצא לנו כי החוק מחייב אותנו לפירוש כמוצע בידי חברתי, הייתי קד לו ומשתחוה לפניו. אלא שלדעתי אין החוק מחייבנו למסקנה זו, ואין כל קושי, לדעתי, לראות אותו רב-מוח כמבצע-בצוותא וכעבריין עיקרי.

ההכרעה בשאלה היא, לדעתי, הכרעה ערכית ולא הכרעה מכניסטית. אם אחריותו של עבריין פלוני (המשדל) פחותה מאחריותו של עבריין אלמוני (המבצע-בצוותא), פשוט הוא כי עבריין פלוני הינו עבריין זוטר לעבריין אלמוני. נדע מכאן, כי סיווגו של הרב-מוח כמשדל, עושה אותו עבריין זוטר למבצע-בצוותא. הנקבל כי הרב-מוח יהא זוטר ל"חייליו"-עושי-דברו? אכן, אם הרב-מוח אכן רב-מוח הוא - שבלעדיו לא יוכל תמנון-השותפות-לעבירה להניע את זרועותיו - יקשה עלינו לקבל כי אחריותו תהא פחותה מאחריות המבצע-בצוותא. רוחו הרעה של המנהיג שורה על כל המיבצע העברייני; מוחו מילא את הקפיץ מפעיל-העבירה קודם תחילתה; ולעת עשייתה של העבירה הוא "נמצא" עם העבריינים כמבצע-בצוותא עימהם. הוא ימשיך ו"יימצא" בינותם עד אם יעשה מעשה גלוי לעין למניעת העבירה, לא פחות.

14. משל למה הדבר דומה ל"מבצע [עבירה] באמצעות אחר" כהוראת סעיף 29(ג) לחוק העונשין. מבצע באמצעות אחר הוא "אדם שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו", כשאותו אחר היה קטין, מי שאינו שפוי בדעתו, מי שפעל ללא מחשבה פלילית, ועוד כיוצא באלה בני-אדם שאינם נושאים באחריות בדיני עונשין. אותו קטין, מי שאינו שפוי בדעתו וכיוצא באלה, היו כידו הארוכה של פלוני, ועל-כן נושא פלוני באחריות לעבירה כאילו עשאה במו-ידיו. זו היא אחריותו של פייגין הרב-גנב, בשולחו את אוליוור טוויסט וחבריו למיבצע הגניבות והפריצות.

בשולחו את "חייליו" לביצועה של עבירה, מדמה מנהיג כנופיה עצמו לאותו "מבצע באמצעות אחר", ועל-כן ראוי כי ישא באחריות כמבצע-בצוותא. בכך נבדל מנהיג כנופיה מ"מבצע באמצעות אחר", שהאחרון עושה שימוש במי שאינם נושאים באחריות פלילית, בעוד אשר מנהיג הכנופיה עושה שימוש במי שנושאים באחריות פלילית. ההבדל קיים, ועל-כן הוראת סעיף 29(ג) לחוק העונשין לעניין ה"מבצע באמצעות אחר" אינה חלה מעצמה על רב-עבריינים השולח את "חייליו" למיבצע-עבירה. ואולם מבחינה מהותית דומים הם המקרים; לא עוד, אלא ש"חיילים" יישמעו להוראות מנהיגם עד שיבטלו את רצונם לחלוטין מפני רצונו. היקש לענייננו מן ה"מבצע באמצעות אחר", מתבקש כמו-מאליו. אם אלה פני הדברים, ראוי כי נראה את רב-העבריינים כמבצע



(בצוותא) ולא כמשדל. השוו: מרדכי קרמיצר, "המבצע בדיני העונשין - קווים לדמותו", פלילים א (תש"ן1990-), 72, 65.

15. לחיזוק סיווגו של רב-העבריינים כמבצע-בצוותא ניתן להוסיף ולטעון, כי בכך שונה הוא ממשדל: שמשדל (נטו) משדל ומתנתק מביצועו של מעשה העבירה, בעוד אשר מבצע-בצוותא ממשיך להיות מעורב - בהמשך הדרך - בעבירה עצמה. נדגים וננגיד. דוגמא א: ראובן מבקש משמעון כי יפגע בלוי תמורת "שכר טירחה" (חצי לעת ההזמנה וחצי לאחר הביצוע). לאחר ההזמנה מנתק עצמו ראובן ממעשה העבירה, עד לאחר ששמעון מבצע את העבירה כפי שנתבקש. שמעון הוא בבחינת "קבלן עצמאי" כלפי ראובן. ראובן הוא משדל - ונושא באחריות כמשדל - ושמעון הוא מבצע. דוגמה ב: מנהיג כנופיה שולח את "חייליו" לביצועה של עבירה. חברי-הכנופיה נשארים חברי-כנופיה גם לאחר שחזרו מביצוע המשימה שהוטלה עליהם. המנהיג הוא מבצע-בצוותא ואין הוא אך משדל. חברי-הכנופיה הם בבחינת "עובדיו" של מנהיגם, ומדמים הם עצמם למי שאחר עשאו "ככלי בידיו", כמשמעות הדברים בסעיף 29(ג) לחוק. אכן, אשמו המוסרי (ה-blameworthiness) של מנהיג הכנופיה חייב להביאנו למסקנה כי יש לראותו, למיצער, כמבצע-בצוותא, ולהטיל עליו אחריות בתורת שכזה. ראו והשוו: פרשת מרדכי, שם, 264.

16. בראשית דברינו דימינו את חלוקת הטריטוריות בין מבצעי-בצוותא לבין משדלים, לשני שדות-גרוויטציה המוציאים זה-את-זה ובה-בעת משפיעים זה-על-זה. לענייננו עתה נוכל לומר, כי סיווגו האפשרי של רב-מוח להיותו - בה-בעת - גם משדל גם מבצע-בצוותא, אין בו כדי להעלות או להוריד; הטעם לכך הוא, ששדה-הגרוויטציה של המבצע-בצוותא משתלט על שדה-הגרוויטציה האחר, ויסוד המשדל שברב-מוח נבלע בתוך המבצע-בצוותא.

17. אשר לענייננו-שלנו: אין לי להוסיף הרבה על דבריהם של חבריי, השופט מצא והנשיא ברק, ואני מסכים עימם כי עתירת המדינה דינה להתקבל. מעשה-הירי אל עבר כוחות המשטרה - לאחר מעצרו של משולם ואזן - היה במסגרת התוכנית שהשניים היו שותפים לה קודם מעצרו. תוקפה של התוכנית נמשך והלך - כפי שהיה - גם לאחר שהשניים נעצרו בידי המשטרה. סיווגם של משולם ושל אזן כמשדלים - להבדילם ממבצעים-בצוותא - נראה בעיני מאולץ-משהו ולא אוכל להסכים לו.

זאת ועוד: בשיחה שהיתה קודם מעצרו של משולם ואזן, ביקש המפכ"ל את משולם כי ישכנע את אנשיו להתפרק מנישקם ולהסגיר עצמם לכוחות המשטרה. משולם דחה בקשה זו, והוסיף ואיים בשפיכות דמים. לדברי פקד יצחק נורבר, כך אמר משולם למפכ"ל: "דם של שוטרים יישפך על המדרכה. רק אני יכול

להורות למאמינים שלי לעזוב. הם יילחמו עד הכדור האחרון, וכל שוטר שיגיע יקבל כדור בין העיניים על-פי ההלכה".

על כל אלה נאמר אנו: משולם יכול היה להורות על הפסקת ה"מרד", אך לא (רק) על-כך נושא הוא באחריות. אחריותו נגזרת מתוך תיכנון וביצוע ה"מרד" קודם מעצרו - תיכנון וביצוע של מנהיג - ואותה אחריות נמשכה והלכה גם לאחר מעצרו וכל-עוד לא עשה מעשה גלוי לעין לעצור את העגלה המידרדרת במידרון. משל למה הדבר דומה, לקפיץ המפעיל מכשיר, ופלוני - הרב-מוח - מותח אותו עד לסופו. המכשיר מתחיל בפעולתו, ובמהלך הדברים הרגיל יעשה מעשה שיועד לעשותו, אלא-אם-כן ייעשה מעשה להפסקתו. הנטל הוא על אותו פלוני לעשות מעשה, שכן באי-עשיה ימשיך המכשיר בפעולתו כפי שצוה. פלוני נושא באחריות לא (רק) משום שלא עשה להפסקת פעולתו של המכשיר, אלא - ובעיקר - בשל כך שהפעיל אותו בתחילה. בענייננו-שלנו, לא זו בלבד שמשולם לא עשה להפסקת ה"מרד", אלא שבהודיעו למפכ"ל כי מחזק הוא את ידי ה"מורדים" - כפי שתוכנן בתחילה - חייב עצמו כמבצע-בצוותא.

18. אשר לעונש: גם בעניין זה אני מסכים לחברי, השופט מצא, ולא אוסיף על דבריו.

19. כללם של דברים: אני מסכים לדחיית עתירתם של העותרים בדנ"פ 1294/96 ולקבלת עתירתה של המדינה בדנ"פ 1365/96.

## שׁוֹפֵט

### השופט י' קדמי:

1. פתח דבר

העובדות הדרושות לבירור שתי העתירות שבפנינו מפורטות בפסק הדין של השופטת דורנר בערעור ובתיק הנוכחי ובפסק דינו של השופט מצא בתיק זה; ואין צורך לחזור עליהן כאן.

כשלעצמי, אצטמצם להצגת עמדתי בסוגיות שנתרו במחלוקת בין חברי, השופטת דורנר והשופט מצא.

שתי סוגיות מרכזיות מצריכות, לשיטתי, דיון והכרעה בענין שבפנינו: האחת - מהותה של התשתית הדרושה לנשיאה באחריות לביצועה של עבירה כ"מבצע בצוותא" להבדיל מ"משדל"; והשניה - האחריות ל"פעילות עבריינית", שביצועה הותנה בתנאי שלא התקיים.

להלן תידון כל אחת משתי הסוגיות הנ"ל בנפרד; כאשר תחילה תוצג "הערת אזהרה", למניעת החזרתה של האחריות לעבירה מכוח דיני הקשר.

## 2. הערת אזהרה: "חבר בחבורה" - אחריות מכח דיני הקשר.

הדברים שנאמרו בע"פ 2796/95 (פלוגי, טרם פורסם) - המובאים בהסכמה בפסק דינו של חברי, השופט מצא - בדבר הבסיס לאחריותם של "טל" ו"גרשון" באותו מקרה כ"מבצעים בצוותא", מדגישים את היותם "חברים בחבורה" ו"זרועות של גוף". ניתוקם של דברים אלה, מתיאור הגורמים האחרים העומדים בבסיס הכרזתם של השניים כ"מבצעים בצוותא" עלולה להביא לכלל טעות לפיה: די בחברות בחבורה או בפעילות כזרועות של גוף כלשהו, כדי להטיל על ה"חבר" או ה"פועל" כאמור, אחריות של מבצע בצוותא למעשים שנעשו ע"י "חברים" אחרים או "זרועות" אחרות של אותו גוף.

השתייכות ל"חבורה" שהחליטה לבצע מעשה עבירה, כשהיא לעצמה, אינה מספיקה, לשיטתי, כדי להפוך כל אחד מחבריה ל"מבצע בצוותא". והוא הדין - וביתר שאת - בעניינו של מי שפועל כ"זרוע" של גוף כלשהו.

כאמור בסעיף 29 לחוק העונשין, "מבצע בצוותא" הוא מי "שהשתתף" בביצועה של עבירה, תוך "עשיית מעשים לביצועה". חברות בלבד בחבורה ש"החליטה" לבצע מעשה עבירה, אינה עונה על דרישה זו. גישה אחרת, תביא להחזרת הילכת האחריות לעבירה מכח דיני הקשר לתוקפה; וזו, כידוע, בוטלה במפורש בתיקון מס' 39 לחוק העונשין.

הזהירות המתחייבת היא, שלא להרחיב את התשתית הדרושה לאחריות

"מבצע בצוותא" אל מעבר לתחום שקובע סעיף 29 הנ"ל, לפיו: אין אדם אחראי לביצועה של עבירה כ"מבצע בצוותא" אלא אם כן "השתתף" בביצועה של העבירה תוך "עשיית" מעשים לביצועה. אחרת, כאמור, נמצאו מחזירים את עטרת הילכת האחריות מכח דיני הקשר ליושנה.

3. "מבצע בצוותא": התשתית לאחריות

א. התנאים לאחריות

כאמור, אחריותו של ה"מבצע בצוותא, נעוצה - כאמור בסעיף 29 לחוק העונשין - ב"השתתפות" בביצועה של עבירה תוך "עשיית מעשים" לביצועה. עשיית "מעשה-של-השתתפות" - שאינו חייב לבוא, כפי שיוסבר להלן, בגדרי המעשה העומד בבסיס היסוד העובדתי של העבירה - הינו התנאי לנשיאה באחריות כ"מבצע בצוותא"; ובהעדרו-של "מעשה השתתפות" כאמור - אין בסיס לאחריות בתור שכזה. ה"השתתפות" בביצועה של התכנית העבריינית, היא העומדת בבסיס אחריותו של "מבצע בצוותא".

מאידך גיסא, אחריותו של "משדל" לביצועה של עבירה על ידי אחר, נעוצה בעשיית "מעשה-של-שידול", מן המעשים המפורטים בסעיף 30 לחוק העונשין. מעשה כזה, אינו מהווה "מעשה-של-השתתפות" בביצוע, אלא מותיר את העושה "מחוץ" למסגרת הביצוע.

עם זאת, על אף ההבחנה בין השניים - שעיקרה בכך שהמשדל אינו "משתתף" בביצוע העבירה - קובעות הוראותיו של סעיף 34ד לחוק העונשין כי, ככלל, דינו של המשדל כדינו של "מבצע בצוותא"; ולענייננו, פירושו של דבר, שאם ייצא שהירי, שהאחריות לו שנויה במחלוקת, מצוי בגדר התכנית הפלילית הבסיסית, אין חשיבות לשאלה מהו מקור אחריותם של הרב משולם ועוזרו אוזן (להלן: "שני העותרים"), אם "ביצוע בצוותא" ואם "שידול".

ב. "מעשה - של השתתפות" - כיצד?

"מעשה-של-השתתפות", משקף את תרומתו של ה"מבצע בצוותא" לביצועה של העבירה; וככלל, יהיה זה ה"תפקיד" המוטל עליו במסגרת הביצוע. ה"תפקיד" אינו חייב להיות "חיוני" להצלחת התכנית הפלילית; ודי לו בכך שהוא "משולב" בתכנית. תפקיד ששולב כך - יראה כתפקיד חיוני בהקשר זה.

וזאת גם זאת, לשיטתי, "מעשה-של-השתתפות" אינו חייב לבטא פעילות המשולבת בביצוע ה"מעשה" הנמנה על רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה; ומשמעותו רחבה ומקיפה כל "מעשה" המבטא "השתתפות" בביצועה של העבירה. סעיף 29 לחוק העונשין, המגדיר "מעשה-של-השתתפות" אינו דורש ש"המעשה" יעשה תוך כדי ביצוע היסוד העובדתי של העבירה, ודי שיהא בו לבטא "השתתפות" בביצוע. "השתתפות" כאמור, יכול ותתחיל בהעלאת הרעיון בפני המיועדים לבצע את העבירה; ומכל מקום, לשיטתי, אין ספק, שתכנון הביצוע, מתן ההנחיות והתוויות קוי פעולה, לרבות חלוקת תפקידים בין המשתתפים, מהווה "מעשה" המבטא "השתתפות" כאמור.

#### ג. "שליטה פונקציונלית"

תרומה לביצוע כאמור לעיל, מקימה בדרך כלל, "זיקת שליטה פונקציונלית" בין המבצע בצוותא לבין ביצועה של העבירה; כאשר היקפה של אותה "שליטה" משתנה בהתאם לאופי התפקיד, שממלא ה"מבצע בצוותא" בביצוע העבירה. ה"שליטה" נובעת מן ה"תפקיד" שהוטל על המבצע בצוותא; שהרי באמצעות ה"שליטה" בביצוע התפקיד יש למבצע בצוותא - רעיונית לפחות - "שליטה" על הביצוע כולו. (לענין השליטה הפונקציונלית ראו: ע"פ 2796/95, פלוני, טרם פורסם); ע"פ 8710/96, הלדשטיין, טרם פורסם).

מבחן השליטה הפונקציונלית, אינו אלא מבחן עזר לקביעת קיומה של אחריות מכוח "ביצוע בצוותא". על פי טיבו, המדובר במבחן "חיובי" בלבד, לאמור: במקום שקיימת "זיקת שליטה" - יש בכך כדי לתמוך בקיומה של אחריות מכח ביצוע בצוותא; ואילו "העדרה" של זיקה כאמור, אינו מלמד על העדר אחריות כאמור.

ולא למיותר יהיה להדגיש: אין המדובר ב"יכולת שליטה" רצופה, מצידו של כל "מבצע בצוותא", בביצוע העבירה כולה. "השליטה" שמדובר בה - כמאפיין אפשרי אך לא הכרחי - של הביצוע בצוותא, הינה "שליטה פונקציונלית", שמשמעותה, כאמור, שליטה במשבצת הביצוע שהוקנתה למבצע המסויים. נכון הדבר, שכאשר מדובר במי שעומד בראש חבורה של "מבצעים", שליטתו הינה מקיפה ומתייחסת לביצוע הכולל של העבירה. שליטה זו אינה חייבת להיות שליטה בפועל - ישירה או באמצעות מכשירים - ודי לה שתהיה שליטה בכח.

ויהיו הדברים כאשר יהיו, הרב משולם הודה בכך שבידו השליטה על הביצוע; אך סירב במפגיע לעשות שימוש בכוחו ולהורות לחסידי - המבצעים - לסטות מהנחיותיו הבסיסיות. בכך נתקיים "מבחן השליטה הפונקציונלית", התומך, כאמור, בגישה הרואה את שני העותרים שותפים מלאים למעשיהם של חסידי הרב כ"מבצעים בצוותא".

ד. "נוכחות"

מוסכם על הכל, כי "נוכחות" פיסית בזירה המצומצמת, שבה מתבצע בפועל המעשה המהווה את היסוד העובדתי שבעבירה, אינה תנאי לאחריותו של "המבצע בצוותא" לביצועה. יחד עם זאת, מקובל עלי, כי במושג "זירה" בהקשר הנדון כאן, נכלל כל מקום, שבו נמצא ה"מבצע בצוותא" לצורך מילוי תפקידו. (ראה בהקשר זה: ע"פ 2796/95 הנ"ל).

במצב דברים זה, כאשר אחריותו של "מבצע בצוותא" נעוצה בתכנון ביצוע העבירה - במובן הרחב של המושג "תכנון" כמפורט לעיל - אין כל חשיבות למיקומו בשעת הביצוע בפועל.

ולא למיותר יהיה להדגיש גם זאת: "התנתקות" מזירת ההתרחשות לאחר שנעשה "מעשה ההשתתפות", אינו משליך למפרע על היותו של העבריין "מבצע בצוותא"; והוא נשאר כזה, על כל הכרוך בכך לענין האחריות למעשי המבצעים בצוותא הנותרים, עפ"י התכנית המקורית לפחות.

ה. "תכנון הביצוע": אחריות מכח "ביצוע בצוותא" או מכח "שידול"

אחריותו של משדל לביצועה של עבירה על ידי "אחר" (משודל) נעוצה בעשיית מעשה-של-שידול", כמפורט בסעיף 30 לחוק העונשין. להבדיל מ"מעשה-של-השתתפות" - כמבואר לעיל - "מעשה-של-שידול", הינו "חיצוני" לביצוע העבירה; ומטבע הדברים שאין בכוחו להקים "זיקת שליטה" כאמור.

עיונית, המבחין בין המשדל לבין המבצע בצוותא, נעוץ בכך, שתרומתו של המשדל לביצועה של העבירה הוא ביצירת ה"יסוד הנפשי" הדרוש לביצוע העבירה אצל המשודל, שהוא המבצע העיקרי; בעוד

שתרומתו של המבצע בצוותא היא, בעיקרה, במישור ההתנהגותי של הביצוע, שהרי נדרשת ממנו "השתתפות" תוך עשיית מעשים לביצוע של העבירה. (ראה בהקשר זה: ש.ז. פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך ב', 196, 228). ואילו מן ההיבט המעשי, קו הגבול בין המשדל למבצע בצוותא, מתוח בין מי ש"משתתף" בביצוע - דהיינו נמנה על הגרעין הפנימי של המבצעים - לבין מי ש"מעורב" בביצוע בלבד, דהיינו מצוי מחוץ למעגל הפנימי של המבצעים.

במצב דברים זה: במקום שמעורבותו של מנהיג של חבורה, שהחליטה על ביצועה של עבירה, באה לכלל ביטוי בתכנון, הנחייה וחלוקת תפקידים, השאלה אם בפנינו "מבצע בצוותא" או "משדל", תוכרע על פי אופיה של ה"מעורבות": אם היתה זו "מעורבות" שיש בה תרומה של "השתתפות" בביצוע; או שמא "מעורבות" חיצונית של שידול בלבד.

יישומה של ההבחנה האמורה, לא תמיד קל, אך תמיד אפשרי. מכל מקום, כאשר מדובר במנהיג - או בראש חבורה - המציג לנוהים אחריו ולעושי דברו תכנית קונקרטית לביצועה של עבירה, כאשר זו כוללת חלוקת תפקידים ומתן הנחיות בדבר אורח הביצוע, לא יכול להיות ספק כי לא ב"משדל" המדובר, אלא במנהיג ש"השתתפותו" בביצוע באה לכלל ביטוי ב"מעשה התכנון" האמור.

"מעשה של תכנון" - להבדיל מ"מעשה-של-שידול" - מהווה מעשה של "השתתפות" בביצוע; משום שבפועל יש בו משום שלב ראשון של הוצאה לפועל של התכנית העבריינית, קרי: של הביצוע. זאת, להבדיל מן ה"שידול", שאינו חלק מן הביצוע, אלא גורם חיצוני המניע את המבצע.

כפי שהוסבר לעיל, ניתן להסתייע בהקשר זה, בבחינת קיומה של "זיקת שליטה". קיומה של "זיקת שליטה" תאשר, כי ראש החבורה הינו "מבצע בצוותא" על כל הנובע מכך; כאשר במקום שבו לא מתקיימת "זיקת שליטה" כמוסבר לעיל, תהיה אינדיקציה לאפשרות שהמדובר במעורבות המקימה אחריות של "משדל" בלבד.

וכאן המקום להוסיף: כי משנקבע שאדם נושא באחריות לביצועה של עבירה כ"מבצע בצוותא", שוב לא ניתן להפוך את "מעמדו" ממבצע למשדל, בשל כך שנשללה ממנו יכולת השליטה בביצוע. לא "יכולת השליטה" עומדת בבסיס היותו של אדם "מבצע בצוותא", אלא "השתתפותו" בביצוע ע"י עשיית "מעשה-של-השתתפות"; ומשנתמלא תנאי זה, הריהו "מבצע בצוותא" לטוב ולרע ואין הוא הופך "משדל" בשל התרחשות מאוחרת כל שהיא.

ולבסוף, ולא למיותר יהיה להזכיר, כי על פי הוראות סעיף 34 לחוק העונשין, ככלל, דין השידול כדין ביצוע בצוותא לענין האחריות לביצועה של העבירה הבסיסית; ועל כן, כפי שכבר נאמר, אם מעשה הירי - שהאחריות לו עומדת במרכז המחלוקת - מצוי בגדרה של התכנית הפלילית הבסיסית שהיתוו הרב משולם ואזן, כי אז נושאים השניים באחריות לעשייתו הן כ"מבצעים בצוותא" והן כ"משדלים".

#### ו. מן הכלל אל הפרט

לשיטתי יש לראות את הרב משולם ועוזרו אזן כ"מבצעים בצוותא" לענין התכנית הבסיסית של התנגדות אלימה לכניסת המשטרה למבנה שבו התבצרו אנשיו של הרב. השניים היו "שותפים" להחלטה להגיב באלימות לכניסת המשטרה; כאשר הרב משולם "מכתיב" - מכח מנהיגותו - את פרטיה ואופיה של ההתנגדות האלימה שאזן עוזר לידו. מנהיג אינו "משדל" את חסידיו - ואף אינו "דורש" מהם או "מפציר" בהם או "לוחץ" עליהם כאמור בסעיף 30 לחוק העונשין - לעשות מעשה. הוא "מחליט" עבורם על עשיית המעשה, הוא נותן את ברכתו לעשייתו, הוא מתווה את הקווים לביצועו והוא קובע את אורח ביצועו בהנחיות שהוא נותן. ראש חבורה ומנהיג, חד המה בהקשר זה; ומעמדם לענין האחריות לביצוע, כמעמדו של כל אחד מהמבצעים: הוא נמנה על הגרעין הפנימי של המבצעים כ"מבצע בצוותא"; ואין הוא יכול להיחשב כמי שמצוי מחוץ לגרעין המבצע כ"משדל".

אומנם, השניים לא נטלו חלק בביצוע "ההתנגדות האלימה" הלכה למעשה. ברם, תרומתם לביצוע היתה "תרומה-של-השתתפות", בכך שקבעו את אופי ההתנגדות והכתיבו את פרטיה לחבורת חסידי הרב שהעמידו עצמם לרשותו. תרומה כזו מהווה בסיס לאחריות של "ביצוע בצוותא" ולא של "שידול".

ולא למיותר יהיה לחזור ולהדגיש: לא הימנעותם של הרב משולם ועוזרו אזן מלהשתמש בכוחם להשפיע על חסידי הרב להפסיק את פעילותם הפלילית היא ה"מעשה" העומד בבסיס אחריותם כ"מבצעים בצוותא" למעשה הירי; אלא התכנון המוקדם, חלוקת התפקידים ומתן הנחיות הביצוע לקראת ההתבצרות וגילוי ההתנגדות האלימה לכניסת המשטרה, כאשר הנקיטה בירי במקרה של פריצה בכח מהווה חלק אינטגרלי מן התכנון האמור.

#### 4. התנאת פעילות עבריינית "נוספת": האחריות לביצועה



במקום שבו מסכימים "מבצעים בצוותא" על ביצוע של פעילות עבריינית נוספת במהלך ביצוע של התכנית העבריינית הבסיסית אם יתמלא תנאי שנקבע לכך; והפעילות הנוספת מבוצעת לאחר שהתנאי מתקיים, אין חולקים על כך, שיש לראות את כל ה"מבצעים בצוותא" לעניינה של התכנית הבסיסית, כנושאים באחריות לביצוע של הפעילות הנוספת. זאת - לא מכח הוראות סעיף 34 לחוק העונשין, כאילו היתה הפעילות הנוספת "עבירה נגררת" לתכנית הבסיסית; אלא מכח היותה של הפעילות הנוספת חלק אינטגרלי של התכנית הפלילית הבסיסית, שנצפתה מראש והובאה בחשבון מלכתחילה.

השאלה הדורשת תשובה במקרה דנא היא: מהו הדין כאשר הפעילות הנוספת - המותנית כאמור - מתבצעת מבלי שהתנאי יתמלא. עמדתי בעניין זה, כעמדתו של חברי השופט מצא. לשיטתי, הואיל וההתנאה מותרת את שיקול הדעת המוחלט אם לבצע את הפעילות הנוספת אם לאו לכל אחד מהמבצעים בצוותא - כאשר כל אחד מהם ויתר מראש על "זיקת שליטה" כלשהי בקשר לביצועה והפקיד ענין זה לשקול דעתו של כל אחד מהמבצעים האחרים - יש לראות את הפעילות הנוספת כחלק בלתי נפרד מן התכנית הבסיסית. כל אחד מהמבצעים בצוותא יראה, איפוא, כנושא באחריות לביצועה של הפעילות הנוספת, גם אם בוצעה מבלי שנתקיים התנאי שבו הותנה הביצוע. האפשרות שהעבירה הנוספת תבצע גם מבלי שיתמלא התנאי, הינה ממשית וצפויה; ואין בהתנאה כדי לחצוץ בין התרחשותה לבין האחריות לביצועה.

הפעילות העבריינית הנוספת שסעיף 34 לחוק העונשין מדבר בה, הינה על פי טיבה פעילות שהמבצע בצוותא לא צפה את התרחשותה (אך אדם מן הישוב בנעליו היה צופה אותה); כאשר פעילות עבריינית נוספת הנצפית מראש - אינה באה בגידרה.

ב. מן הכלל אל הפרט

כאמור לעיל, לשיטתי, הרב משולם ועוזרו אוזן נושאים באחריות של "מבצעים בצוותא" לפעילות העבריינית הכרוכה בביצועה של התכנית הבסיסית של התנגדות אלימה למשטרה. פעילות הירי השנויה במחלוקת היתה צפויה מראש וניתנו הנחיות לעניינה; ועל כן - כמוסבר לעיל - אין בהתנאת ביצועה של אותה פעילות בנסיון של פריצה בכח מצד המשטרה, כדי להוציאה אל מחוץ לגידרה של התכנית הבסיסית הכוללת, שלביצועה אחראים השניים כ"מבצעים בצוותא".

הרב משולם ועוזרו אוזן נושאים, איפוא, באחריות לביצוע הירי כ"מבצעים בצוותא"; באשר מעשה הירי, מהווה חלק מן התכנית העבריינית הבסיסית עליה "הוסכם" בין כל המבצעים, לרבות הרב משולם ועוזרו. ולא למיותר יהיה לחזור ולהזכיר, שלאותה תוצאה מגיעים גם אם נקבע שהרב משולם ועוזרו, אינם "מבצעים בצוותא" אלא "משדלים".

#### 5. יציאה מתחום האחריות של "מבצע בצוותא"

א. הרב משולם ועוזרו אוזן, נעצרו על ידי המשטרה לפני שנורו היריות העומדות בבסיס האישום השנוי במחלוקת; והשאלה שהציב בא כוחם היא, אם יש במעצרו ובכליאתם של השניים, כדי לפטור אותם מאחריות כ"מבצעים בצוותא" למעשי עבירה שביצעו המבצעים בצוותא הנותרים לאחר המעצר והכליאה.

ב. לכאורה, נראה - ועניין זה טרם נדון - ש"מבצע בצוותא" יוכל לפטור עצמו מאחריותו בהתנערות מוחלטת ומופגנת מן התכנית הפלילית לה נתן את ידו ותרם למימושה; וזאת - רק לעניינם של מעשים, שטרם נעשו על ידי המבצעים בצוותא האחרים. (לעניינה של "חרטה" ראה הוראות הסעיפים 28 ו-34 לחוק העונשין).

במקרה דנא, אין צורך להעמיק בסוגיה זו, משום שהשנים - הרב משולם ועוזרו אוזן - לא זו בלבד שלא הביעו כל רצון להתנער מן התכנית העבריינית שלה היו שותפים מלאים כ"מבצעים בצוותא"; אלא, אדרבא, הבהירו כי לא יעשו דבר כדי להניע את שותפיהם, המבצעים האחרים, להפסיק את ביצועה של התכנית העבריינית וכי הם מצפים לכך שזו תתבצע כלשונה.

#### 6. סיכום של דברים

א. לענין הכרעת הדין

דעתי, כדעת חברי השופט מצא, שיש להחזיר על מכונה את הרשעתם של השניים, הרב משולם ועוזרו אוזן, באחריות לעבירות הכרוכות בירי, מהן זוכו בערעור; זאת, למעט הרשעתו של הרב משולם בעבירה של שיבוש מהלכי משפט, שביטולה בערעור יעמוד על כנו.

ב. לענין גזר הדין

מאידך גיסא, אינני סבור שיש מקום להחזיר על כנו את העונש שהושת על הרב משולם על ידי בית המשפט המחוזי והופחת בערעור.

אכן, ביטול ההחלטה בערעור והחזרת החלטתו של ביהמ"ש המחוזי על מכונה, גוררים מיכנית גם את החזרת העונש שנקבע בבית המשפט המחוזי לתקפו. ברם, בנסיבות המיוחדות של הענין סברתי, כי די בהעמדת ההלכה על מכונה; ואין הכרח בהשבת העונש שבוטל בערעור על כנו. ככלל, הליך משפטי מסתיים בערעור בביהמ"ש העליון, כאשר הליך של דיון נוסף נועד בעיקרו להעמדת הדין על מכוננו; ובהעדר טעם מיוחד, הייתי נמנע מלהתערב בעונש שנקבע בערעור. במקרה דנא, כאמור לעיל, לא מצאתי שיש לעשות כן: על העותר הוטל עונש לא מבוטל בשל המעשים שהדיון הנוסף מתייחס אליהם; מאז הערעור חלף פרק זמן ממושך, כשהעונש שעליו לרצות הוא זה שנקבע בערעור; ושותפו לעתירה אוזן, כבר שוחרר לאחר שהשלים את ריצוי העונש שנקבע בערעור.

**שׁוֹפֵט**

אשר-על-כן הננו דוחים, פה אחד, את העתירה בדנ"פ 1294/96. העתירה בדנ"פ 1365/96 מתקבלת, ברוב דעות, כאמור בפסק-דינו של השופט מצא, כשההכרעה לעניין הכרעת הדין היא בניגוד לדעתה החולקת של השופטת דורנר, ואילו ההכרעה לעניין השבתו על כנו של העונש שנגזר על עוזי משולם הינה בניגוד לדעתם החולקת של השופטים גולדברג וקדמי.

ניתן היום, ה' בתמוז תשנ"ח (29.6.98).

|      |       |             |       |
|------|-------|-------------|-------|
| שופט | שופט  | המשנה לנשיא | הנשיא |
|      | שופט  | שופט        | שופט  |
|      | שופטת |             |       |

העתק מתאים למקור  
שמריהו כהן - מזכיר ראשי  
F02.96012940