

ע' איו"ש 1643/05

ע' 1643/05

בית המשפט הצבאי לערעורים
באזור יהודה והשומרון

בפני הרכב: אל"ם אלי וולף - אב"ד
אל"ם משה תירוש - שופט
סא"ל נתנאל בנישו - שופט

המערער: ג'מאל ע/סלאם אסעד אבו-אלהיג'א, ת"ז XXXXXX (באמצעות ב"כ עו"ד ריאד אניס ז"ל)

נגד

המשיב: התובע הצבאי (באמצעות ב"כ סרן יוסף מלקו)

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי שומרון (בפני הרכב בראשות כב' הנשיא סא"ל ארז חסון וכב' השופטים סרן שמואל שמואלי וסרן ישעיהו שטראוס)

בתיק מס' 7227/02 מתאריך 11.4.05

(הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 15 במאי 2006, י"ז באייר התשס"ו.

ספרות:

[ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין \(כרך א, תשמ"ד\)](#)

חקיקה שאוזכרה:

- [חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\], תשמ"ב-1982: סע' 146, 147\(ב\), 148](#)
- [חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955: סע' 435](#)
- [פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 4, 10א, 10ב, 10ג, 56](#)
- [חוק מאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג-2003: סע' 1, 2](#)
- [חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 29, 29\(ב\), 29\(ג\), 30](#)
- [צו בדבר כללי האחריות לעבירה \(יהודה והשומרון\) \(מס' 225\), תשכ"ח-1968 - בוטל: סע' 14, 15](#)
- [צו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009: סע' 88, 153, 201, 201\(א\), 202, 251\(ב\), 4](#)
- [צו בדבר הוראות בטחון \(יהודה והשומרון\) \(מס' 378\), תשל"ל-1970 - מבוטל: סע' 10, 140\(א\)](#)
- [פקודת מניעת טרור: סע' 2, 4\(ז\)](#)
- [תקנות ההגנה \(שעת-חירום\), 1945: סע' 85](#)
- [חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957: סע' 339](#)
- [חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968: סע' 14\(ב\)](#)
- [חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 208, 208\(א\)](#)
- [פקודת מס הכנסה \[נוסח חדש\] - לא מרובד: סע' 224א](#)
- [חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975: סע' 119](#)
- [חוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961: סע' 14](#)

ספרות:

[ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין \(כרך א, תשמ"ד\)](#)

כתבי עת:

[עודד מודריק, "מפקד: סמכות, אחריות, אשמה", פלילים, כרך ב 249](#)

[מרים גור-אריה, "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע", משפטים, יא](#)

[בועז סנג'רו, "שידול במחדל -", משפטים, כרך טז 482](#)

[מרים גור-אריה, "סטיות מעקרון האשמה", מחקרי משפט, כרך יג 129](#)

[מרדכי קרמניצר, "עקרון האשמה", מחקרי משפט, כרך יג 109](#)

[מרדכי קרמניצר, "המבצע בדיני העונשין", פלילים, א 65](#)

[מרים גור-אריה, "צורות של ביצוע עבירה", פלילים, א 29](#)

[נתנאל בנישו, "על המשפט הפלילי באזורי", משפט וצבא, 18 293](#)

מיני-רציו:

* כאשר תופעת הטרור הולכת וקונה אחיזה יום יומית במקומות רבים על פני הגלובוס, אין לשלול את הרצון להטיל אחריות אישית על נושאי המשרה הבכירים, מחוללי הטרור, בהכוונה, בעידוד ובמתן אמצעים, גם כאשר אלה נזהרים מלערב עצמם במעשי טרור קונקרטיים. ההפך הוא הנכון, דומה כי

מאבק אפקטיבי בתופעה פושה זו מחייב מתן דגש מיוחד לסיכול המשך פעילותם של אותם מחוללי טרור.

* עונשין – אחריות פלילית – אחריות נושאי משרה בתאגיד

* עונשין – עבירות – ביטחון המדינה

המערער – חבר בארגון החמאס, הואשם על ידי התביעה הצבאית בביצוע שש עשרה עבירות. המערער הורשע בכל העבירות המיוחסות לו ודינו נגזר לתשעה מאסרי עולם ועוד 20 שנות מאסר, כאשר נקבע שכל העונשים יצטברו זה לזה. בערעור תוקפת הסנגוריה את פסק דינו של בית משפט קמא, הן באשר להכרעת הדין והן באשר לחומרת העונש. מעבר לכך, מועלות בערעור טענות נגד החלטת בית המשפט שלא לפסול את האב"ד מלשבת בתיק זה, על אף שהוא ישב בתיקים של עדים מרכזיים בתיק.

בית המשפט דחה את הערעור ופסק כלהלן:

אם סבר הסנגור כי על האב"ד לפסול עצמו מלשבת בדיון בעניינו, היה עליו להעלות את טענת הפסלות מיד עם תחילת המשפט כהוראת סעיף 146 ל"חסד"פ. אם חלק הסנגור על החלטת בית המשפט שלא לפסול את האב"ד, היה עליו להגיש את ערעורו באופן מיידי, בין אם תוך 5 ימים כהוראת סעיף 147(ב) ל"חסד"פ ובין אם תוך שלושה ימים, בשים לב להוראת סעיף 435 ל"חוק השיפוט הצבאי".

אי הגשת ערעור פסלות במועדים האמורים סותמת את הגולל על האפשרות להשמיע טיעונים בעניין זה במועד מאוחר יותר. הסנגור החליט וטעמו עמו, שלא להגיש ערעור כאמור עד לסיום ההליכים בבית משפט קמא, ולכלול את טענותיו בעניין זה במסגרת הערעור הנוכחי. אין מקום להידרש לטענות הסנגור בסוגיה זו פרוצדוראלית ומהותית.

כאשר לשופט היכרות עם עד בשל הליך קודם, כמו במקרה דנן, אין עילת פסלות ואין חשש ממשי למשוא פנים, אלא אם קבע בית המשפט בהליך הקודם ממצאי מהימנות ברורים או שנחשף לחומר, שבשל טיבו ועוצמתו לא יוכל להשתחרר ממנו בהליך החדש בו הוא שופט.

בנסיבות העניין, החלטת האב"ד שלא לפסול את עצמו איננה נגועה בפסול אשר גרם לעיוות דין. במקרה דנן מסתבר כי האב"ד לא חיווה את דעתו בנוגע למהימנותם של העדים הרלוונטיים לעניינו בתיקים אחרים.

כאשר מלאכת המשפט מוטלת על שופטים מקצועיים, אין בעובדה כי עניינם של שותפים נדון על ידיהם בהקשר זה או אחר כדי להקים חשש מיידי לכך שהתגבשה אצלם דעה קדומה.

על פי דיני הראיות אין להעיד בן כנגד אביו מלבד במקרים חריגים המנויים בסעיף 4 ל"פקודת הראיות" [נוסח חדש]. בהתאם לכך, יש לקבוע כי שגה בית משפט קמא כאשר קיבל את עדות בנו של המערער נגד אביו בהקשר למעמדו של המערער.

על אף האמור אין בטיעון זה כדי להושיע את המערער, שכן עיון בחומר הראיות מעלה שאף ללא עדותו של הבן היה מורשע המערער בפרטים אלה, המבוססים על שורה ארוכה מאוד של עדי תביעה, אשר אמרותיהם הוגשו בהסכמה כאמור. הכרעת הדין בדיון יסודה, וכי בימ"ש קמא צדק עת הרשיע את המערער בכל פרטי כתב האישום אם כי לא כמבצע העיקרי כפי שנכתב לעיל.

המשפט הפלילי הכיר זה מכבר באפשרות להעמיד לדין אדם גם כאשר לא היה המבצע הישיר של העבירה. בכלל זה הוכרה אחריותם של היוזם והמשדל. ברם, ככל ש"השתכללה" והתארגנה העשייה

העבריינית, עדים אנו להתרחקות הולכת וגוברת של העומדים בראש המסגרות העברייניות ממעשי העבירה המבוצעים על ידי אנשים הסרים למרותם. תהליך זה חייב את המחוקקים ואת המערכת המשפטית לבחון את גבולות האחריות הפלילית ולהציע פתרונות מגוונים להתמודדות עם התופעה האמורה.

למרות שחוק המאבק בארגוני פשיעה אינו מרחיב את גבולות האחריות הנגזרת של ראש הארגון על מעשי חייליו בהם לא היה מעורב, אין ספק כי יש בו כדי להרחיב את תחום האחריות הפלילית, הואיל והגדרת הארגון כארגון פשיעה נובעת ממעשי החברים בו. בדרך זו צומחת, על כן, אחריות ראש הארגון גם כאשר הקשר בינו לבין מעשי העבירה כה רופף עד שלא ניתן היה להטיל עליו אחריות נגזרת.

המשפט הבינלאומי הכיר באפשרות להטיל אחריות על מפקדים בגין מעשי פקודיהם לא רק כאשר נטלו חלק במעשה, או הניעו אחרים לפעול, בין במישרין בין בעקיפין, אלא אף כאשר היו ממונים על מבצעי העבירה ולא מנעו את ביצועה או כאשר לא פעלו לאיתור ביצוע העבירה.

על פי הדין בישראל, על מנת להרשיע ראש ארגון כמבצע בצוותא בעבירות שבוצעו על ידי חברי הארגון, יש להוכיח לכל הפחות כי השתתף בתכנון העבירה, נתן הנחיות או אישר את ביצועה של העבירה. מכאן כי כאשר עסקינן בראש ארגון שהרחיק עצמו מהעשייה העבריינית עד כי נעדר היה מודעות בפועל לכוונה לבצע את העבירה, או כל תרומה ולו העקיפה ביותר לביצוע העבירה, אין הוא יבוא בגדרו של מבצע בצוותא.

המצב החוקי השורר במדינת ישראל איננו מאפשר להרשיע מנהיג של חבורה עבריינית או ארגון טרור כמבצע בצוותא של עבירות שנעשו על ידי חברי אותה חבורה או אותו ארגון, ואף לא בסיוע או בשידול לביצוען, כאשר הוא עצמו איננו מעורב אישית ובצורה פרטנית בשום אופן בעבירות עצמן, לא לפני ולא בעת ביצוען. כזה הוא המצב, הגם שברור כי אותו מנהיג נותן את ברכתו לביצוע העבירות, ומעניק לאנשיו סיוע כללי שלא לצורך ביצוע עבירה זו או אחרת.

הגישה שאומצה על ידי חוק העונשין בעניין ביצוע באמצעות אחר היא גישת השליטה. כן נראה כי התפיסה בישראל היא שהמבצע הישיר עשוי להיות בעל אחריות פלילית כלשהי אם כי מופחתת.

יש להטיל אחריות על השליט הארגוני בגין מעשי הכפופים לו במסגרת הארגון גם כאשר אינו מודע לעבירות המבוצעות בארגון או משתתף באופן קונקרטי בעבירה. לצורך הטלת אחריות נדרש להוכיח כי הבכיר הארגוני מודע לתפקידו בארגון ואף למדיניות העבריינית שהוא מנחיל.

על מנת שנוכל לייחס לראשי הארגון אחריות בגין ביצוע העבירות שמבצעים חברי הארגון, אין מנוס מהרחבה נוספת של האחריות הפלילית, בין אם בחקיקה שיפוטית ובין אם בחקיקה של ממש, שכן כפי שראינו עד כה אין די בכלים אותם מעמיד המשפט הפלילי הקלאסי כדי להטיל אחריות על אדם שלא נטל חלק ישיר או עקיף בעבירה ספציפית.

כאשר תופעת הטרור הולכת וקונה אחיזה יום יומית במקומות רבים על פני הגלובוס, אין לשלול את הרצון להטיל אחריות אישית על נושאי המשרה הבכירים, מחוללי הטרור, בהכוונה, בעידוד ובמתן אמצעים, גם כאשר אלה נזהרים מלערב עצמם במעשי טרור קונקרטיים. ההפך הוא הנכון, דומה כי מאבק אפקטיבי בתופעה פושה זו מחייב מתן דגש מיוחד לסיכול המשך פעילותם של אותם מחוללי טרור.

אלא שמנגד לרצון להרחיב את האחריות כאמור, עומדים שורה של עקרונות יסוד בדני העונשין המבטאים אף הם תפיסות חברתיות בסיסיות ואשר מושרשות היטב במשפט הפלילי. לנוכח חשיבותם של עקרונות אלה, מן הראוי כי כל רצון להרחבת אחריות יבחן לאורם.

אין בהרחבת האחריות הפלילית גם על המעורבים השונים הישירים והעקיפים בעבירה סטייה מן הכלל ש"איש בשל עבירתו ייענש", הואיל ומעורבים אלה אינם נענשים בשל מעשיו של אחר אלא בשל תרומתם שלהם לעבירה הספציפית, בין אם במעשה, בין אם בסיוע, בין אם בשידול וכו'.

פסק דין

המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישו:

כללי

המערער הואשם על ידי התביעה הצבאית בביצוע שש עשרה עבירות כדלקמן:

- א. חברות בארגון החמא"ס, החל משנת 2000 ועד ליום מעצרו (פרט אישום 1).
- ב. נשיאת משרה בארגון החמא"ס, בכך ששימש כאחראי ודובר הארגון באזור ג'נין עד ליום מעצרו (פרט אישום 2).
- ג. ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת, בכך שמחודש אוקטובר 2000, ארגן ומימן המערער תהלוכות שבועיות של ארגון החמא"ס, במהלכן בוצעו הפרות סדר נגד כוחות צה"ל. המערער מינה אדם כאחראי על פעילות זו וכיד ימינו. המערער הורה לאותו אדם מהן הפעילויות אותן יש לבצע ואף מימן את הפעילות. מתוקף תפקידו כאחראי הארגון בג'נין, ערך המערער ביקורים בבתי משפחות הרוגים שהיו שייכים לארגון וכן אצל משפחות שבתיהם נהרסו במהלך כניסת כוחות צה"ל לאזור. המערער העניק למשפחות אלה מענקים כספיים. בנוסף, במסגרת תפקידו הנ"ל עמד בקשר עם מנהיגי החמא"ס מחוץ לאזור, קיבל מהם באופן עיתי סכומי כסף על מנת לממן את פעילות הארגון באזור ולספק כסף לפעילים צבאיים של הארגון. המערער נפגש עם צעירים שביקשו להצטרף לארגון, ובמידת הצורך הפנה אותם לפעילים צבאיים לשם גיוסם. המערער אף מינה מדי פעם לפעם את האחראי על הפעילות הצבאית באזור ג'נין, זאת במטרה לחדש את הפעילות לאחר גל מעצרים או פגיעה בפעילים קודמים. כן העמיד המערער את ביתו לרשותם של בכירי הפעילים הצבאיים של הארגון באזור ג'נין, אשר הכינו בו מטעני חבלה וערכו ניסויים בייצור חומרי נפץ חדשים (פרט אישום 3).
- ד. ירי לעבר אדם, בכך שבפברואר 2002 או בסמוך לכך, ירה המערער לעבר חיילי צה"ל בעת כניסתם למחנה ג'נין (פרט אישום 4).
- ה. 2 עבירות של קשירת קשר לגרימת מוות בכוונה, בכך שבמהלך החודשים מאי ויוני 2002, תכנן פיגועי התאבדות בתוך ישראל, ולשם כך פנה לאחרים לקבלת סיוע ומטען חבלה, והם נענו לבקשתו (פרטי אישום 5 ו-6).

9. עבירות של גרימת מוות בכוונה, בשל חלקו בהוצאה לפועל של פיגוע באוטובוס קו 361 בצומת מירון שארע ביום 4/08/02. בפיגוע זה קיפחו את חייהם תשעה בני אדם. על פי כתב האישום, המערער הודיע למאזן פוקהא (להלן: פוקהא), פעיל צבאי בארגון החמא"ס כי מינה את עמאד אלשרקאווי (להלן: עמאד) לאחראי על הפעילות הצבאית בג'נין. המערער הורה לפוקהא לפעול עם עמאד ולצורך זה הורה לאדם נוסף לזמן את עמאד לג'נין ולדאוג לו ללינה. בהתאם לכך, בחודש יולי 2002 תכננו פוקהא, עמאד ואסלאם ג'ראר לבצע פיגועי התאבדות המוניים במטרה לגרום למותם של אזרחים וחייילים ישראלים רבים. עמאד אף מסר לפוקהא כי ברשותו תיק המכיל חומרי נפץ ומטעני חבלה וכי הוא מכיר שני אנשים אשר מוכנים לבצע פיגוע התאבדות. המערער דאג להסעתו של פוקהא למקומות שונים בג'נין, ופוקהא הכין בסיוע חבריו מטען חבלה רב עוצמה. לאחר שפוקהא הכין את מטען החבלה, נערכה פגישה בביתו של המערער, בה נכח, ובה סוכם כי מטען החבלה יונח בתיק גב. המערער הורה להשתמש בחומרי הנפץ הישנים שהיו בידי הפעילים ואף תידרך את הפעילים בנוגע להתנהגותם בחקירה אם יעצרו. לאחר הפגישה, המשיך פוקהא לפקח על הוצאת הפיגוע אל הפועל, עד להשלמתו כאמור (פרטי אישום -7-15).

10. ניסיון לגרימת מוות בכוונה, בכך שכתוצאה מהפיצוץ המתואר לעיל, נפגעו בני אדם רבים שהיו באוטובוס ובקרבתו (פרט אישום 16).

המערער הורשע בכל העבירות המיוחסות לו ודינו נגזר לתשעה מאסרי עולם ועוד 20 שנות מאסר, כאשר נקבע שכל העונשים יצטברו זה לזה.

ההליכים בבית משפט קמא

חומר הראיות מטעם התביעה הוגש בהסכמה בכפוף לצורך בתוספת ראייתית, למעט אמרותיו של פוקהא. עד זה העיד בבית המשפט ואמרותיו המשטריות הוגשו בהסכמת הצדדים במסגרת סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א – 1971, כאשר כל צד שומר לעצמו את הזכות לטעון באשר למשקלן. בית משפט קמא ביכר את אמרותיו המשטריות של פוקהא על פני עדותו בבית המשפט ואף נימק את העדפתו בפירוט.

כן נשמעה עדות המערער במסגרת פרשת ההגנה. בעדות זו סתר המערער את הכתוב באמרות המפלילות שהוגשו בהסכמה. בהתייחס לעניין זה קבע בית המשפט כי לאור הלכת אבו הלאל (עד"י איו"ש 114/01 התובע הצבאי נ' אבו הלאל [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 00 (10) 482]), בהגשת האמרות המפלילות בהסכמה במסגרת סעיף 10ב, הודיע המערער כי אינו חולק על אמיתות תוכנו. לפיכך, פסק בית המשפט כי אין לייחס משקל כלשהו לעדות המערער, ככל שהיא עומדת בסתירה לאמור באמרות המפלילות. בנוסף, קבע בית המשפט כי נכונותו של המערער להעיד בניגוד לאמור באמרות אשר הוגשו על ידו בהסכמה, שופכת אור על אמיותו של המערער בכלל.

מאחר שהצדדים הסכימו כי הגשת האמרות בהסכמה לא תפטור את התביעה מלהציג תוספת ראייתית, נדרש בית המשפט לקיומו של חיזוק לאמרות אלה שהוגשו בכתב, ולחיזוק מוגבר לאמרתו של **פוקהא**, שותפו של המערער, אשר הוגשה במסגרת [סעיף 10א](#).

בית המשפט אף הוסיף כי במקרה זה אינו נזקק לתוספת ראייתית לכל פרט ופרט בכתב האישום, וכי כוחו של חיזוק לאחת מן העבירות יפה אף ליתר פרטי האישום, אף אם לא היה להם תוספת ראייתית ישירה. זאת מכיוון שיש לראותם כמסכת עובדתית אחת, הואיל ובוצעו כולן במסגרת חברותו בחמא"ס וחלק מן המעורבים אף השתתפו במספר עבירות.

לאחר שבחן את האמרות, העדויות ושאר הראיות בתיק, קבע בית משפט קמא, פה אחד, כי כל פרטי האישום הוכחו מעבר לספק סביר ואף הדרישה לתוספת ראייתית באה על סיפוקה כדבעי.

באשר לפרטי האישום 7-16, המייחסים למערער אחריות לפיגוע באוטובוס קו 361, קבע בית המשפט כי אין מחלוקת באשר לעצם קרות הפיגוע או לשלבי התכנון האחרונים שלו מחוץ לעיר ג'נין. המחלוקת בין הצדדים התרכזה בשלבי ההכנה הראשונים ובחלקו של המערער.

לפיכך, קבע בית משפט קמא כי עובדות כתב האישום הוכחו. כן קבע בית המשפט כי לאור חלקו של המערער, אשר קרא ל**פוקהא** להגיע לג'נין, העמיד פעילים לרשותו לשם הכנת המטען, קיים בביתו פגישה בה סוכמו הפרטים באשר להכנת המטען והנחה את הפעילים כיצד לנהוג במקרה שיעצרו, יש לראותו כמשתיך ל"מעגל הפנימי" של מתכנני ויוזמי הפיגוע, ולפיכך הוא נושא באחריות מלאה להתרחשותו כמבצע עיקרי.

בנוסף, סבר בית משפט קמא כי המערער אחראי לפיגוע אף בשל מעמדו כראש החמא"ס בג'נין ועל פי דוקטרינת ה"אחריות הפיקודית", אותה הקיש מתורת המשפט הצבאי. על פי תורה זו "**אחראי בעל דרג פיקודי בכיר למעשי פקודיו אשר נעשו על פי הוראתו ואישורו, גם אם בפועל נטל הוא חלק מעשי קטן או אף שולי במעשים עצמם**". לדידו של בית משפט קמא יש להטיל אחריות זו "**גם על ראשי ארגוני פשע וטרור המכוונים את פעילות ארגוניהם והמורים על ביצוע מעשי רצח ב'שלט רחוק'**". בית המשפט למד על מעמדו של המערער כראש החמא"ס בג'נין מעובדות פרטי האישום השונים, לפיהם שלט בחלוקת כספי הארגון, גייס צעירים, מימן פעילים צבאיים, מינה בעלי תפקידים ובכלל זה את ראשי הפלג הצבאי ותיאם מדיניות עם ראשי הארגון בעזה ובחוו"ל.

טענות הצדדים בערעור

בערעור תוקפת הסנגוריה את פסק דינו של בית משפט קמא, הן באשר להכרעת הדין והן באשר לחומרת העונש.

מעבר לכך, מועלות בערעור טענות נגד החלטת בית המשפט (מיום 23.06.03) שלא לפסול את האב"ד מלשבת בתיק זה, על אף שהוא ישב בתיקים של עדים מרכזיים בתיק ובפרט בתיקו של העד **פוקהא**. את החלטתו נימק בית המשפט לאור הלכת "ערי שדה" ([ע"פ 950/85 רובין נ' מדינת ישראל, פ"ד מ\(1\) 82](#)).

הסנגור מעלה בערעורו שורה של טענות אשר ניתן לתמצתן כדלקמן :

ראשית, יש לבטל את הכרעת הדין בשל עיוות הדין שנגרם למערער כאשר בית המשפט נמנע מלפסול את האב"ד מלשבת בדין על אף שהוא שמע במקביל את תיקיהם של השותפים בפרשה כאמור.

שנית, טעה בית משפט קמא עת קבע שעובדות פרטי האישום בעניין הפיגוע בצומת מירון הוכחו (פרטים 7-16), שכן בית המשפט התבסס בעיקר על עדותו המפלילה של **פוקהא**, בה קיימות סתירות רבות. בעניין זה מוסיף הסנגור כי טעה בית המשפט בהעדיפו את אמרתו המשטרית האחרונה של **פוקהא** על פני שלושת אמרותיו הראשונות, אליהן כלל לא התייחס בית משפט קמא, ועל פני עדותו בבית המשפט.

שלישית, מאחר שהאמרה הינה אמרת שותף, אשר הוגשה מכוח [סעיף 110א לפקודת הראיות](#), נדרש חיזוק מוגבר העולה כדי סיוע. לטענת הסנגור, טעה בית משפט קמא משלא נימק מה הן התוספות הראייתיות לאמרתו המפלילה של **פוקהא** ומשלא התייחס לסתירות שבין האמרה המפלילה לאמרות האחרות.

רביעית, אף אם נאמץ את עובדות כתב האישום כלשונן, אין בהן כדי להפוך את המערער למבצע העיקרי של העבירה ואף לא לשותף או למסייע.

חמישית, טעה בית משפט קמא עת הטיל אחריות על המערער בהסתמך על דוקטרינת "האחריות הפיקודית". לטענת הסנגור, לא הוכח כי המערער אכן היה ראש החמא"ס בג'נין באין חוות דעת מומחה בעניין, ואין בסממנים אליהם התייחס בית משפט קמא בהכרעת דינו כדי ללמד על מעמד זה. אדרבא, מהראיות עולה כי **פוקהא** וחבריו פעלו באופן עצמאי ללא כל קשר עם המערער.

בנוסף, מפנה הסנגור לפסק הדין בעניין **ברגותי (תפ"ח (ת"א-יפו) 1158/02 מדינת ישראל נ' ברגותי**, [פורסם בנבו] תק-מח 2004(2), 4523 (להלן: **ברגותי**), בו נקבע כי על פי הדין הישראלי לא ניתן לייחס אחריות כמבצע בצוותא, משדל או מסייע למי שלא היה מעורב בהוצאת פיגוע אל הפועל ואף לא ידע על ביצועו. לנוכח העדר ידיעה זו, אין לראות במערער מבצע בצוותא, בייחוד לאור המבחנים המקובלים בפסיקה, קרי מבחן השליטה והמבחן הפונקציונאלי.

על כך מוסיף הסנגור, כי מאחר שהדין באזור מצמצם את מידת האחריות לביצוע עבירות בהשוואה למצב בישראל לאחר תיקון 39, מתחייבת המסקנה האמורה ביתר שאת.

עוד טוען הסנגור, כי אף אם היה המערער ראש החמא"ס בג'נין, מידת אחריותו צריכה להיקבע על פי [סעיפים 14 ו-15 לצו בדבר כללי האחריות לעבירה](#), תשכ"ח – 1968 בלבד (כיום [סעיף 201 ו-202 לצו בדבר הוראות ביטחון \(נוסח משולב\)](#), תש"ע – 2009).

זאת ועוד, לדעת הסנגור, אין להרשיע את המערער אף בפרטי האישום 6-1, שכן בין עדי התביעה העיד בנו של המערער, שעדותו פסולה על פי דיני הראיות. כן טוען הסנגור, כי פרטי האישום

מתבססים על עדויות שמועה וסברה, וכי בית המשפט התעלם מהעובדה שהמערער לא יכול לבצע עבירת ירי הואיל והיה קטוע יד בזמן האירועים (פרט אישום 4).

אשר לעונש, טוען הסנגור כי נוכח חלקו הפעוט של המערער, לא היה מקום להחמיר ולמצות עמו את הדין. כן, אין להטיל עונש מאסר עולם נפרד בגין כל עבירת גרימת מוות, ולחילופין במידה והוטלו מספר מאסרי עולם יש להטילם בחופף ולא במצטבר.

מאידך, מבקשת התביעה הצבאית לדחות את הערעור על כל חלקיו. לדברי התובע, אף אם יתקבל ערעור הסנגוריה וייקבע כי המערער אינו מבצע עיקרי אלא שותף בלבד, ראוי הוא עדיין לעונש שנגזר עליו על ידי בית משפט קמא. באשר לטענת הפסלות, סבורה התביעה, כי מאחר שהסנגור לא העלה את טענתו בבית משפט קמא בהזדמנות הראשונה ואף לא עמד במועדים הקבועים להגשת ערעור, יש לדחות ראש טיעון זה על הסף. לחילופין, טענה התביעה כי בענייננו אין הוכחה לקיום חשש ממשי למשוא פנים, ועל כן, גם באופן מהותי יש לדחות את הטענה ולהותיר על כנה את החלטת בית המשפט הרואה בבית המשפט באזור בבחינת "ערי שדה", כאמור.

באשר לאחריותו של המערער לפיגוע נשוא פרטי האישום 7-16, טוענת התביעה כי לאור חלקו של המערער כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא, יש לראות בו שותף מלא. לא זו אף זו, טוענת התביעה כי לאחריותו של המערער לפיגוע הינה בדרגה גבוהה מאחריותו של שותף רגיל. כמי ששלט בכל המעורבים במעשה ואף יזם את תחילתו, יש לבצע לגביו מעין "הרמת מסך" ולראותו כמי שאחראי כמבצע העיקרי.

נדון בטענות הצדדים כסדרן, אך תחילה נתייחס לשאלת פסלות האב"ד.

פסלות שופט

עמדנו לא אחת על העדר הסדרה נורמטיבית מפורשת של ההליכים לפסלות שופט באזור. יחד עם זאת, נקבע על ידינו כי ראוי בסוגיה זו לאמץ את ההסדר הקבוע [בחוק סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982 (להלן: [החסד"פ](#)) מכוח ההוראה הכללית הקבועה [בס' 10 לצו בדבר הוראות בטחון](#), התש"ל – 1970 (כיום [סעיף 88](#) לצו בנוסחו המשולב) (ראה [עד"י איו"ש 2560/05 פאיז נ' התובע הצבאי](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 05 (33) 724], וכן [ב"ש איו"ש 3554/05 עודה נ' התובע הצבאי](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 05 (36) 325]).

בהתאם לזאת, אם סבר הסנגור כי על האב"ד לפסול עצמו מלשבת בדיון בעניינו, היה עליו להעלות את טענת הפסלות מיד עם תחילת המשפט כהוראת [סעיף 146 לחסד"פ](#). הדיון הראשון בו היה האב"ד חבר בהרכב היה ביום 30.3.03, ובו אף נקבע כי התיק ידון בפניו. הסנגור העלה את טענת הפסלות בדיון הבא שהתקיים כשלושה חודשים מאוחר יותר. אף כי לכאורה ההזדמנות הראשונה להעלות את טענת הפסלות הייתה בתום הדיון מיום 30.3.03, הנני מוכן להניח לטובת הסנגור כי לא היה מודע לעילת הפסלות במועד זה וכי הדבר נודע לו בסמיכות לדיון הבא ולפיכך אכן העלה את הטענה בהזדמנות הראשונה.

אולם, ראיתי לנכון לדחות טענה זו של הסנגור מטעם אחר.

אם חלק הסנגור על החלטת בית המשפט שלא לפסול את האב"ד, היה עליו להגיש את ערעורו באופן מיידי, בין אם תוך 5 ימים כהוראת [סעיף 147\(ב\) לחסד"פ](#) ובין אם תוך שלושה ימים, בשים לב להוראת [ס' 435 לחוק השיפוט הצבאי](#), התשט"ו – 1955 (אליהן אנו מופנים מכוח [סעיף 140ג\(א\)](#) לצו, כיום [סעיף 153](#) לצו בנוסחו המשולב), זאת ללא קשר לשאלה האם החליט בית המשפט להפסיק את ההליכים או להמשיכם. אי הגשת ערעור פסלות במועדים האמורים סותרת את הגולל על האפשרות להשמיע טיעונים בעניין זה במועד מאוחר יותר (ראה [סעיף 148 לחסד"פ](#)).

הסנגור החליט וטעמו עמו, שלא להגיש ערעור כאמור עד לסיום ההליכים בבית משפט קמא, ולכלול את טענותיו בעניין זה במסגרת הערעור הנוכחי.

אין מקום להידרש לטענות הסנגור בסוגיה זו פרוצדוראלית ומהותית.

כפי שהובהר, משלא הוגש הערעור במסגרת המועד הקבוע לכך, אין לבית המשפט סמכות להידרש לו ([סעיף 148](#) הנ"ל). אף האפשרות להזדקק לערעור במסגרת מתן ארכה אינה נראית לי ראויה. הסנגור לא הצביע על טעם כלשהו לאי הגשת הערעור במועדו. ואכן, בעניין [עודה](#) הנ"ל דחה בית משפט זה בקשה להארכת מועד להגשת ערעור בדבר פסלות שופט שהוגשה באיחור של כחודש ימים בלבד, מהטעם כי הבקשה הוגשה באיחור. ואכן, צרוף ערעור פסלות אל הערעור המרכזי, לא רק שיהיה בו לבטל הלכה למעשה את הוראות החוק, אלא אף ליצור אפשרות לסנגוריה להישאר ב"עמדת המתנה" ולבחור, בסיום ההליך ועל פי תוצאותיו, האם להתלות בטענת ביניים על מנת להביא לשמיעה מחודשת של התיק.

זאת ועוד, למעלה מן הצורך, אציין כי יש לדחות את הטענה גם לגופה. כאשר לשופט היכרות עם עד בשל הליך קודם, כמו במקרה דנן, אין עילת פסלות ואין חשש ממשי למשוא פנים, אלא אם קבע בית המשפט בהליך הקודם ממצאי מהימנות ברורים או שנחשף לחומר, שבשל טיבו ועוצמתו לא יוכל להשתחרר ממנו בהליך החדש בו הוא שופט (י' מרזל, [דיני פסלות שופט](#) (התשס"ו-2006), עמ' 262). הדברים אמורים במיוחד מאחר שבשלב זה של ההליכים מתרכזים אנו בבחינת השאלה האם החלטת בית המשפט גרמה לעיוות דין, זאת בשונה מאשר בערעור במועד הראוי, הבוחר סיכוי עתידי לפגיעה בהליך כתוצאה מהמשך שמיעת התיק על ידי השופט. ויפים בעניין זה דברי המלומד י' מרזל (שם, בעמ' 339) וזה לשונו:

"חשוב לציין, כי במקרים בהם טענת הפסלות מתבררת בערעור על פסק הדין עצמו, ולא במסגרת ערעור פסלות, דרך הבחינה של ערכאת הערעור שונה היא; בעוד שמסגרת דיני הפסלות הערעור בוחן את השאלה, אם אכן יש מקום לפסול את השופט מהמשך הישיבה בדין בהליך הקונקרטי – במבט צופה עתיד – הרי שבערעור על פסק הדין השאלה היא, אם נפל פגם בפסק הדין עצמו. שאלת הפסלות נבחנת במצב אחרון זה במבט צופה עבר ומתמקדת לא בשאלת הכשירות להמשיך ולשבת בדין, אלא בהשפעת הפסלות, אם היתה כזו, על תוקף פסק הדין שניתן".

עם תום העיון בהשתלשלות ההליכים בבית משפט קמא, לא שוכנעתי כי החלטת האב"ד שלא לפסול את עצמו נגועה בפסול אשר גרם לעיוות דין. במקרה דנן מסתבר כי האב"ד לא חיווה את דעתו בנוגע למהימנותם של העדים הרלוונטיים לענייננו בתיקים אחרים (ראה תיק (שומרון) 7003/02 **התובע הצבאי נ' פוקהא**).

זאת ועוד, כאשר מלאכת המשפט מוטלת על שופטים מקצועיים, אין בעובדה כי עניינם של שותפים נדון על ידיהם בהקשר זה או אחר כדי להקים חשש מידי לכך שהתגבשה אצלם דעה קדומה. אמנם, יתכנו מצבים בהם קביעותיו של בית המשפט היו כה נחרצות עד כי יקשה על השופט להשתחרר מהן ואף מראית פני הצדק תחייב שהעניין ידון בפני שופט אחר. ברם, אין זה המקרה בענייננו כאמור.

יתרה מזו, הגם שיש להעדיף הפרדת תיקיהם של שותפים, כך שהרכבים שונים ידונו בהם, אין למצוא פסול מינייה וביה בכך שהרכב אחד שמע את תיקי השותפים בפרשה אחת. הדבר אמור במיוחד במערכות משפטיות בהן מספר השופטים מצומצם.

לבסוף, כפי שיובהר להלן, מאחר שמסקנתי הסופית היא כי הרשעת בית משפט קמא בדין יסודה, לא מצאתי בסיס לעיוות דין אפשרי שנגרם למערער כתוצאה מהחלטת האב"ד שלא לפסול עצמו.

התשתית הראייתית ותוצאותיה

אי קבילות העדויות (בפרטי אישום 6-1)

הסנגור העלה טענות בדבר אי קבילותן של עדויות לגבי פרטי אישום 6-1.

באשר לפרטי אישום 3-1 טען הסנגור, כי אי אפשר להעיד בן כנגד אביו. אכן, צדק רב בטענת הסנגור. על פי דיני הראיות אין להעיד בן כנגד אביו מלבד במקרים חריגים המנויים ב**סעיף 4 לפקודת הראיות** [נוסח חדש] התשל"א - 1971 (עבירות אלימות ועוד). בהתאם לכך, יש לקבוע כי שגה בית משפט קמא כאשר קיבל את עדות בנו של המערער נגד אביו בהקשר למעמדו של המערער. יתכן שבית המשפט ביקש להסתמך על ראייה בלתי קבילה זו לאור הגשתה בהסכמת הצדדים. בהקשר זה יש לציין, כי אין בהגשת חומר הראיות בהסכמה על פי מתווה **סעיף 10ב** בכדי להכשיר ראיות פסולות, כפי שמורה **סעיף 10ג לפקודת הראיות** :

"אין באמור בסעיפים 10א ו-10ב כדי להכשיר ראייה שאינה קבילה מסיבה אחרת שבדין או לפסול ראייה שהיא כשרה לפי דין אחר".

(ראה בעניין זה **ע' 1245/08 התביעה הצבאית נ' דאר-חאג'** [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 09 (12) 607]. כן ראה יי קדמי **על הראיות** (תשס"ד) עמ' 379).

דא עקא, על אף האמור אין בטיעון זה כדי להושיע את המערער, שכן עיון בחומר הראיות מעלה שאף ללא עדותו של הבן היה מורשע המערער בפרטים אלה, המבוססים על שורה ארוכה מאוד

של עדי תביעה, אשר אמרותיהם הוגשו בהסכמה כאמור. לאור זאת, ובהתאם [לסעיף 56 לפקודת הראיות](#), אין לייחס משמעות לעובדה שבית המשפט נחשף לראיה פסולה זו.

גם טענתו השנייה של הסנגור בנושא זה, לפיה דברי העדים מבוססים על שמועה וסברה, צריכה להידחות. בדיקת הראיות מעלה, כפי שקבע בית משפט קמא, כי אין בסיס לטענה זו. אמרות אלה מגבשות תשתית ראייתית מוצקה להרשעת המערער בפרטי האישום כפי שהכריע בית משפט קמא.

לנוכח האמור יש לדחות את טענות הסנגוריה נגד ההרשעה בפרטי אישום אלה.

עדותו של מאזן פוקהא

כפי שנאמר לעיל, הרשעת המערער התבססה בעיקר על אמרתו של **פוקהא** הנ"ל. בית משפט קמא העדיף את אמרותיו המשטריות על פני עדותו בבית המשפט, שכן מצא כי זו שקרית. כן ביכר את אמרותיו על פני עדויות של אחרים, ואף מצא לנכון לתת להן את מלוא המשקל הראייתי.

פוקהא אכן מסר ארבע אמרות משטריות. בשלושת אמרותיו הראשונות הוא מודה במעורבות בפיגוע בצומת מירון, אולם אינו מפליל את המערער. באמרה הרביעית, הוא חוזר על הודאתו, אך מוסיף כי אף המערער היה מעורב בפיגוע. כאמור, טוען ב"כ המערער כי טעה בית משפט קמא משלא התייחס לסתירה זו באמרות העד, ומשלא קבע כי יש להעדיף את שלושת האמרות הראשונות על פני זו האחרונה.

אכן, בית משפט קמא לא התייחס כלל לשלושת אמרותיו הראשונות של **פוקהא**. חרף זאת, לאחר בחינת האמרות האמורות, הגעתי למסקנה כי יש לדחות את טענת ההגנה.

אין זה נדיר כי חשוד יפתח את סוגר ליבו אט אט וימסור בהדרגתיות את הידוע לו. תופעה זו מוכרת בעיקר בחקירות הסובבות סביב עבירות חמורות, לגביהן קיימים מחסומים פסיכולוגיים לא מעטים בפני שיתוף פעולה עם המשטרה והודאה באשמה ([ע"פ 4053/08 פלוני נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 10 (3) 824], ע' 1853/07 **התוב"ץ** נ' **ברע'ותי** [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 08 (42) 618]). לא זו אף זו, כי המניעים הפסיכולוגיים העשויים להביא אדם למסור בחקירה הודעה בנוגע לאדם אחר או להסתיר את חלקו, רבים ומגוונים. לאור זאת, לא ניתן להצביע על דפוס התנהגות ממנו נוכל להסיק מתי מסר העד דברי אמת ומתי כוזב. בדומה, אין לפסול הסתמכות על אמרה מאוחרת מטעם זה בלבד.

הוא הדין במקרה דנן, זאת במיוחד כאשר העד הבהיר בפתח אמרתו הרביעית שבחקירותיו הקודמות החסיר התייחסות לחלק מהאירועים ומהדמויות המעורבות, ובחקירה זו ביקש להשלים את התמונה ולכתוב בכתב ידו אודות כל הידוע לו. כאשר הגרסה המפלילה את המערער מוצאת חיזוקים ביתר חומר הראיות, יש מקום להסתמך עליה לצורך בחינת קיומן של ראיות לאשמת המערער.

אשר על כן, לא רק שמוסמך היה בית משפט קמא להעדיף את אמרותיו של **פוקהא** על פני עדותו בבית המשפט, העדפה שנומקה באופן ממצה בהכרעת הדין, אלא יכול היה לבחור להסתמך על האמרה המפלילה המהווה המשך והשלמה לדברי העד באמרותיו הקודמות.

באשר ליתר טענותיו העובדתיות של המערער, הרי שאלו מתייחסות לממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי בית משפט קמא, לגביהם ההלכה הינה כי ברגיל אין ערכאת הערעורים מתערבת (ראה [עדי"י 4090/06 התוב"ץ נ' רימאוי](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 06 (32) 642]). הלכה זו יפה אף לענייננו, בו לא הועלה על ידי הסנגוריה נימוק משכנע מדוע בנידון דין יהיה ראוי לחרוג מהכלל.

תוספת ראייתית

בהסכמת הצדדים, הוגשו אמרות העדים בסייג מפורש של ההגנה, כי אין במהלך זה לפטור את התביעה מן החובה להציג תוספת ראייתית הנצרכת להרשעה. הסנגור טען כי מכיוון ש**פוקהא** הינו שותף לעבירה, אשר אמרותיו הוגשו במסגרת [סעיף 10א](#), נדרשת הייתה התביעה להצביע על חיזוק מוגבר העולה עד כדי סיוע.

הצדק עם הסנגור כי מאחר שבמקרה דנן דרישת החיזוק נובעת משני מקורות שונים, עולה צורך בחיזוק משמעותי (עניין **דאר-חאג'** לעיל). ברם, אין פירושה של דרישה זו כי היה על התביעה להצביע על ראיה מסבכת במהותה (דוגמת הסיוע), אלא על ראיה מאמתת בעלת משקל. תוספת ראייתית כאמור מצויה בחומר הראיות, כפי שהובהר על ידי בית משפט קמא בהכרעת דינו. יתרה מזו, בית משפט קמא קבע מפורשות כי באמרות הנוספות אשר הוגשו בהסכמה וכן בשקרי המערער יש כדי לסבך את המערער.

כך מצא בית משפט קמא כי לאמרתו המפלילה של **פוקהא** נמצאו שלל חיזוקים באמרותיהם של פעילים נוספים בהם מצוי תיאור זהה אודות הכנת המטען, מקומות המפגש והמגעים השונים שקדמו להכנתו, העברת אגרת **לפוקהא** עם הוראות להגיע לגינן ולפעול בה ופרטים נוספים באשר לפעילותו של **פוקהא** בגינן המתוארת באמרתו המפלילה. בית המשפט אף ראה באמרתו של **אסלאם**, בה מתואר כיצד המערער הורה לו להזהיר את שאר הפעילים לאחר מעצרו של **פוקהא**, משום ראיה מסבכת אשר יכולה אף לשמש כסיוע. בנוסף, אף הקשר בין פיגוע זה לשאר העבירות המיוחסות למערער, ואשר נטלו בהן חלק אותן דמויות ממש, כמו גם שקריו של המערער מהווים חיזוק.

לא מצאתי כי נפלה שגגה בקביעות אלה של בית משפט קמא, ועל כן, דין טענותיו של הסנגור בעניין זה להידחות.

המערער כמבצע עיקרי, שותף או כמסייע

לבסוף, לטענת המערער, טעה בית משפט קמא עת הטיל עליו אחריות כמבצע עיקרי, כאשר לכל היותר ניתן היה להרשיעו כמסייע. זאת ועוד, לטענתו, טעה בית המשפט משהטיל על המערער "אחריות פיקודית". טענותיו בעניין זה מתחלקות לשתיים. ראשית, אין כל ראיה לכך שהמערער

היה מפקד של ארגון טרור, וכל הסימנים שמצא בית המשפט לבכירותו בארגון אינם מהווים ראיה לכך. שנית, גם אם הוכח כי המערער היה מפקד החמא"ס בגינין, הרי שלא ניתן להטיל עליו אחריות בשל עובדה זו בלבד, שכן לפי הדין באזור ניתן להטיל אחריות פלילית אך ורק במסגרת [סעיפים 14 ו-15](#) לצו בדבר כללי האחריות לעבירה, תשכ"ח – 1968 (כיום [סעיפים 201-202](#) לצו [בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\]](#), תש"ע – 2009).

לעומת זאת, טוענת התביעה, כי הרשעתו של המערער כמבצע עיקרי בדין יסודה. למרות שהמערער לא ביצע את אחד המעשים שהם מיסודות העבירה, הרי שהרשעתו כשותף אינה משקפת אל נכון את חלקו בפיגוע ואת אחריותו. לדידה, הטלת אחריות כמבצע עיקרי על עבריינים כדוגמת המערער הינה הרמת מסך הדרושה מהבנה אמיתית של המציאות הקיימת, בה המפקדים מצליחים להרחיק עצמם מביצוע הפיגועים ולפיקד מהאחריות להם. לחילופין, מבקשת התביעה להרשיע את המערער כשותף.

כאמור, בית משפט קמא קבע כי המערער הינו אחראי ישיר לפיגוע בצומת מירון ואף נושא באחריות לו כ"מבצע עיקרי".

דומה כי בעניין זה נכלא בית משפט קמא לכלל טעות ככל שמבקשים אנו להישאר בדי' אמותיו של גדרי האחריות הקבועים בדין האזור. מבצע עיקרי באזור הינו "מי שביצע בפועל את אחד המעשים שהם מיסודות העבירה, כלומר, נמנים על הרכיב ההתנהגותי של היסוד הפיזי של העבירה" (ע' איו"ש 64/02 [התובע הצבאי נ' חניני](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 04 (26) 773] וכן ראה [סעיף 201\(א\)\(1\)](#) לצו בדבר הוראות ביטחון בנוסחו המשולב). באופן דומה נקבע בע' איו"ש [1336/05](#) זבן נ' [התובע הצבאי](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 07 (21) 823]:

"נחזור ונדגיש, על כן, כי ההגדרה של "המבצע העיקרי" על פי סעיף 14(א)(1) מתייחסת לאדם אשר ביצע בפועל את אחד המעשים הנמנים עם היסודות הפיזיים של העבירה.

...

אין חולק כי לא המערער הוא שביצע את המעשה הישיר, דהיינו, ירה בפועל לעבר מוצב צה"ל. משכך, נראה כי מעשיו של המערער, שעיקרם הספקת אמל"ח, הסעת היורים למקום ביצוע הירי והחזרתם לאחור מכן למקום מסתור אינם נמנים על היסוד ההתנהגותי של עבירת ירי לעבר אדם.

ודוק, הגם שאין ספק כי מדובר ב"מעשה מהותי", שייכתן ושייך הוא למעגל הפנימי של ביצוע העבירה, לפי דיני השותפות החלים באזור, אין המערער בא בגדר מבצע עיקרי".

אין חולק כי המערער בענייננו לא ביצע בפועל את אחד מיסודות האקטוס ראוס של העבירה ולא בא בכלל קטגוריית ה"מבצע העיקרי". נותר לנו, על כן, לבחון האם המערער האם המערער היה שותף מלא לעבירה או שדינו כמסייע בלבד.

מהראיות שהובאו בפני בית משפט קמא עולה כי מעורבותו של המערער בתכנון ובביצוע הפיגוע הייתה עמוקה ורציפה. המערער ציוות את הפעילים שנטלו חלק בתכנון הפיגוע וקרא **לפוקהא** להגיע לגינין ולחלוק את הידע הצבאי שלו בהכנת מטעני החבלה. המערער עסק באופן מעשי בהבאתו של **פוקהא**, הובלתו והלנתו. בהמשך, נערך אותו מפגש במסגרתו המערער הוא שהכריע באילו חומרי נפץ יעשה שימוש, והמערער אף תיזרך את הפעילים על אופן התנהגותם אם יעצרו. כן התקיימו בביתו ניסויים של הכנת חומרי נפץ של המערער. כל אלה, עשה המערער כראש החמא"ס בג'נין. לאור זאת, אין ספק כי המעשים הנ"ל מציבים את המערער ב"מעגל הפנימי" של מבצעי העבירה ודינו כשותף מלא ולא כמסייע בלבד.

לאור האמור, ניתן כבר כעת לקבוע כי הכרעת הדין בדין יסודה, וכי בימ"ש קמא צדק עת הרשיע את המערער בכל פרטי כתב האישום אם כי לא כמבצע העיקרי כפי שנכתב לעיל. עם זאת, אין אנו יכולים להתעלם מטענה נוספת בה נגעו הצדדים – טענת ה"אחריות הפיקודית", או ליתר דיוק שאלת ההצדקה של הרחבת האחריות הפלילית בגין מעשי טרור גם על מי אשר עמד בראש ארגון טרור אך לא נטל חלק במעשים הספציפיים הנ"ל שבוצעו על ידי פעילים הסרים למרותו.

אחריותם של ראשי ארגוני טרור

שאלת אחריותם של אנשים בגין עבירות שבוצעו על ידי פעילים מטעמם מבלי שנטלו חלק ישיר באותן עבירות אינה חדשה. המשפט הפלילי הכיר זה מכבר באפשרות להעמיד לדין אדם גם כאשר לא היה המבצע הישיר של העבירה. בכלל זה הוכרה אחריותם של היוזם והמשדל. ברם, ככל ש"השתכללה" והתארגנה העשייה העבריינית, עדים אנו להתרחקות הולכת וגוברת של העומדים בראש המסגרות העברייניות ממעשי העבירה המבוצעים על ידי אנשים הסרים למרותם. תהליך זה חייב את המחוקקים ואת המערכת המשפטית לבחון את גבולות האחריות הפלילית ולהציע פתרונות מגוונים להתמודדות עם התופעה האמורה.

בכלליות ניתן לומר עתה כי נבחנו שלושה פתרונות עיקריים. הראשון, באמצעות פרשנות חדשה ומרחיבה של הדינים הקיימים. השני, חקיקה נפרדת המרחיבה אף היא את גבולות האחריות הפלילית. השלישי, יצירת עבירות חדשות אשר אינן מבקשות לקשור את ראשי המסגרות לעבירות ספציפיות שבוצעו על ידי אנשיהם, אלא להטיל עליהם אחריות מכוח מעמדם.

במסגרת דברינו דלהלן, נבקש להדגים את שלושת דרכי ההסדרה, אם כי נתרכז בעיקר בשאלת הרחבת האחריות הפלילית של ראש ארגון טרור לעבירות המבצעות על ידי פקודיו.

אגב כך, נעיר כי שאלה כללית היא האם יש לראות מעשה טרור כחלק מהפשיעה עמה מכוונים להתמודד חוקי העונשין של המדינות השונות. יש שיאמרו כי נוכח מטרותיו והאמצעים המופעלים על ידיו, שונה הטרור וחורג הוא באופן מובהק מהפשיעה הפלילית. אין גם ספק כי מעשי טרור לובשים צורה ופושטים צורה באזורים שונים בעולם, בהתאם למקורות הסכסוך, לנפשות המעורבות, לשאלה האם מדובר בסכסוך פנים לאומי או בינלאומי, למניעיו וכדומה.

אין צורך להזכיר כי בדומה, שאלת ההגדרה המשפטית של הטרור נותרה פתוחה ברבים מהמקרים במסגרת המשפט הבינלאומי (ר' סיבל, **משפט בינלאומי**, (תשס"ג-2003) עמ' 477).

זאת ועוד, מן הראוי להבהיר כבר כעת כי לנוכח ההגדרות השונות שניתנו לארגוני פשיעה לא תמיד נוכל ללמוד באופן ישיר אודות תפיסת מדינה זו או אחרת באשר לראשי ארגוני טרור. ואכן, בעוד טרורזים נכלל לעיתים כחלק מהפשיעה המאורגנת, אין הכללה זו נחלת הכלל. בעניין זה ניתן להצביע על שלושה דפוסים שונים. במספר מדינות נכלל הטרור באופן מפורש בפשיעה המאורגנת (ראה סעיף 2 ל- *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*, החוק המקסיקני נגד הפשיעה המאורגנת). במדינות אחרות סובלת הגדרת "ארגון פשיעה" גם "ארגון טרור" ([סעיף 1 לחוק המאבק בארגוני פשיעה](#), התשס"ג-2003). לבסוף, במדינות נוספות הגדירו באופן מצומצם "ארגון פשיעה" כך שארגון טרור אינו נכלל בהגדרה זו (ראה *Crimes Act 1961, 2005 S.N.Z*). §312A (N.Z.) הניו זילנדי).

המאבק בראשי ארגונים באמצעות עבירות ספציפיות

דוגמה מובהקת לטיפול המשפטי בראשי ארגוני פשיעה וטרור על דרך יצירת עבירות ספציפיות מצויה בחקיקה הישראלית ובתחיקת הביטחון באזור.

המשפט הישראלי הכיר במעמד המיוחד של ראשי ארגוני טרור ויצר עבירות ספציפיות העשויות לחול על מי אשר נמנה על קבוצה זו.

ה**פקודה למניעת טרור**, התש"ח - 1948 ו**חוק המאבק בארגוני פשיעה** התשס"ג - 2003 ייחדו עבירה לעמידה בראש ארגון טרור או פשיעה.

[סעיף 2 לפקודת מניעת טרור](#) קובע:

"אדם הממלא תפקיד בהנהלה או בהדרכה של ארגון טרוריסטי... ייאשם בעבירה, ובצאתו חייב בדין, יהא צפוי לעונש מאסר עד עשרים שנה".

באופן דומה קובע [סעיף 2 לחוק מאבק בארגוני פשיעה](#):

"העומד בראש ארגון פשיעה או העושה אחד מאלה באופן שיש בו כדי לקדם את פעילותו הפלילית, דינו מאסר 10 שנים".

כאשר כבר עמדנו על כך כי בחוק זה הוגדר ארגון פשיעה באופן רחב העשוי להכיל בתוכו גם ראש ארגון טרור (ראה [סעיף 1 לחוק](#)).

ודוק, למרות ש**חוק המאבק בארגוני פשיעה** אינו מרחיב את גבולות האחריות הנגזרת של ראש הארגון על מעשי חייליו בהם לא היה מעורב, אין ספק כי יש בו כדי להרחיב את תחום האחריות הפלילית, הואיל והגדרת הארגון כארגון פשיעה נובעת ממעשי החברים בו. בדרך זו צומחת, על כן, אחריות ראש הארגון גם כאשר הקשר בינו לבין מעשי העבירה כה רופף עד שלא ניתן היה להטיל

Boaz Sangero, Are All Forms of Joint Crime Really "Organized Crime"? On the New Israeli Combating Criminal Organizations Law and Parallel Legislation in the U.S. and Other Countries, 29 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 61 (2007).

במקביל, באזור מוכרת לנו [תקנה 85 לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945 הקובעת סנקציה לגבי נשיאת משרה בהתאחדות בלתי מותרת:

"כל אדם, אשר -

(ב) מנהל, או עוזר להנהלת התאחדות בלתי-מותרת, או מחזיק במשרה או עמדה כל-שהיא בהתאחדות בלתי-מותרת או תחת מרותה"

ואכן המערער דן הורשע גם בעבירה של נשיאת משרה, אם כי לא בהקשר ישיר למעשים הספציפיים שנעשו על ידי הכפופים לו בארגון.

המחוקק האמריקני פעל באופן דומה כאשר יצר עבירה ספציפית (Racketeering Influenced and Corrupt Organizations and להלן: RICO) אך בעלת הגדרה רחבה וגמישה של קשר (Enterprise Conspiracy) לביצוע פעילות עבריינית (Racketeering Activity). עבירה זו הוגדרה באופן רחב וכוללת רצח, הימורים, שוחד, סחיטה, סחר בסמים וכיו" (Lance Bremer et al, Racketeering Influenced and Corrupt Organizations, 34 Am. L. Rev. 931, 935 (1997)).

באמצעות עבירה זו מוטלת אחריות כקושר על כל מי שהיה חבר בארגון שביצע פעילות עבריינית כמתואר.

RICO הפך לכלי יעיל ביותר במלחמה בפשע המאורגן, בין השאר הודות לניסוח העמום ולפרשנות המרחיבה של בתי המשפט למונחים השונים בחוק. כפי שציין בית המשפט הפדראלי ב- *Sotliff* (*Inc. v. Donovan Companies Inc.*, 727 F,2d 648, 654 (7th Cir. 1984) מנסחי RICO התכוונו להגדיר פשע מאורגן באופן לא דווקני במטרה ל:

"deliberately cast the net of liability widely to avoid open loopholes through which the minions of organized crime might crawl to freedom".

חוק RICO איפשר, על כן, להתגבר על הקשיים שעמדו בפני העמדה לדין של ראשי ארגוני פשיעה, תוך יצירת עבירה ספציפית בעלת הגדרות רחבות מאוד אשר ראש ארגון הפשיעה נלכד ברשתה גם כאשר לא ניתן היה להוכיח את ידיעתו או את הסכמתו לפעולות שבוצעו על ידי חברי ארגונו.

הנה כי כן, המחוקק בישראל, באזור ובארה"ב ביקש לאפשר תגובה משפטית נגד ראשי ארגוני פשיעה או טרור באמצעות הגדרת עבירות נפרדות. אולם, אין בעבירות אלה כדי להרחיב את גבולות אחריותם הפלילית הישירה של ראשי הארגונים למעשים שבוצעו על ידי הכפופים להם.

המאבק בראשי ארגונים באמצעות הרחבת האחריות הפלילית בחקיקה

נפנה, על כן, לשאלה המרכזית, והיא בחינת אחריותם הפלילית של ראשי ארגוני טרור למעשים שבוצעו על ידי האורגנים הכפופים להם.

נבהיר כבר כעת כי על אף שמבקשים אנו להישאר בד' אמותיו של הטיפול הפלילי בתסמיני הסכסוך הישראלי-פלסטיני, כפי שהם מגולמים בתיקים הבאים בפני בתי המשפט הצבאיים, על מאפייניהם הייחודיים לעת הזו, דומני כי ניתן יהיה לבחון את שאלת אחריותם של ראשי ארגוני טרור הפועלים באזור אף מתוך התבוננות על הנעשה ברמה הלאומית והבינלאומית בשני סוגי ההתייחסויות עליהן עמדנו לעיל.

אחריות מפקדים במשפט הבינלאומי

שורשי השימוש במונח "אחריות מפקדים" מצויים במשפט הבינלאומי. הולדתו בעיסוק המוגבר של המשפט הבינלאומי הפלילי בשאלת הטלת אחריות על נאשמים יחידים בגין עבירות שבוצעו במאמץ משותף ומאורגן של רבים, בין אם במסגרת צבאות סדירים ובין אם במסגרת מיליציות. זאת ועוד, הליכי התביעה בפני בתי הדין הבינלאומיים, שהוקמו אד הוק או באופן קבוע, מתאפיינים בכך שמתרכזים הם בהעמדה לדין של מפקדים בגין עבירות אשר בוצעו על ידי פקודיהם (Sonja Boelaert-Suominen, Prosecuting Superiors for Crimes Committed by Subordinates: A Discussion of the First Significant Case Law Since the Second World War, 41 Va. J. Int'l L. 747, p. 748). לנוכח האמור, שאלות משפטיות הקשורות בהטלת אחריות נגזרת על ראשי ארגונים הינן בעלות חשיבות קריטית עבור המשפט הבינלאומי.

על אף ששורשי דוקטרינת אחריות המפקדים פותחו ויושמו עוד במשפטי נירנברג וטוקיו בהם הואשמו ראשי המשטר והצבאות הגרמנים והיפנים בגין פשעי המלחמה שביצעו במהלך מלחמת העולם השנייה, במסגרת פסק דין זה נתרכז ביישומים הנוכחיים של הדוקטרינה.

אחריותם הפלילית של ראשי ארגונים עשויה לנבוע על פי חוקות של טריבונלים פליליים בינלאומיים, שנסדו במהלך שני העשורים האחרונים, משני מקורות מרכזיים. הדרך הנפוצה ביותר הינה הדרך הפלילית המסורתית הרואה בכל מי שנטל חלק ישיר או עקיף בביצוע העבירה כאחראי לה. כך קובע סעיף 17(1) לחוקת ה-ICTY (Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, (May 25, 1993, U.N. Res. 827, available at <http://www.un.org/icty/basic.htm>) :

"A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime... shall be individually responsible for the crime"

ובאופן זהה בסעיף 6(1) לחוקת ה-ICTR International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and other such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between January 1, 1994 and December 31, 1994.

סעיף זה כולל חמישה סוגי אחריות, שתיים עיקריות ושלוש נגזרות, כולן מוכרות במשפט הפלילי המסורתי.

יחד עם זאת, פסיקת ה-ICTY פירשה באופן מרחיב ביותר את התנאים לאחריותו האישית של נאשם על פי סעיף זה. פסיקה זו משקפת את התפיסה כי:

"all those who have engaged in serious violations of international humanitarian law, whatever the manner in which they may have perpetrated, or participated in the perpetration of those violations, must be brought to justice" (Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, p. 189; Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N. Doc. S/25704 (1993), p. 54)

יושם לב כי סעיף 7(1) הנ"ל מאפשר הטלת אחריות אף על מי שהורה על ביצועה של עבירה.

לצד האמור, קובעות החוקות דרך נוספת להטלת אחריות, תוך שימוש במושג "אחריות ממונים". במסגרת אחריות זו ייראה כאחראי לעבירה גם דרג המפקדים. כך נקבע בסעיף 7(3) לחוקת ה-ICTY ובסעיף 6(3) לחוקת ה-ICTR:

"The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and

reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof..."

The Rome Statute of the International Criminal Court, art. 28 לחוקת ה-ICC)
28, U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1998), reprinted in 37 Int'l Legal Materials 999
(1998) : קובע את "אחריותם של מפקדים וממונים אחרים":

"In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

(i) That military commander or person or either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and

(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

(b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph 1, a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where:

(i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;

(ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and

(iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

בהתאם לאמור ועל פי פסיקת ה-ICTY וה-ICTR על מנת להרשיע נאשם מכוח אחריות ממונים יש למלא אחר ארבעה תנאים. על התביעה להוכיח מעבר לספק סביר:

1. ביצועה של העבירה.
2. הנאשם הינו הממונה (צבאי או אזרחי) על מבצע העבירה או על הממונים עליו. הוראה זו פורשה על ידי בתי הדין כך ששאלת המעמד תיבחן בהתאם למבחן השליטה האפקטיבית (*Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgment, Case No. IT-96-21-A, 20 Feb. 2001, P 196). עוד נקבע כי אין צורך כי יחסי הכפיפות יהיו רשמיים, די בכפיפות דה פקטו על מנת להקים אחריות מכוח סעיפים אלו.
3. הנאשם ידע או היה לו בסיס לדעת כי המבצע עמד לבצע את העבירה או שכבר ביצעה. נציין כי בתי הדין חלוקים באשר למשמעות המונח "היה לו בסיס לדעת". בפס"ד בעניין *Delalic* הנ"ל נקבע כי יש לפרש את המונח כ"עצימת עיניים". כלומר, יש להראות כי מידע כלשהו היה ברשות הממונה אשר היה בו להצביע על כך שעומדת להתבצע עבירה על ידי הכפופים לו, או כי היה עליו לאסוף מידע נוסף על מנת לגלות האם הכפופים לו עומדים לבצע עבירה. נדרש יסוד נפשי אישי-סובייקטיבי. לעומת זאת, בעניין *Blaskic* (*Prosecutor v. Blaskic*, Judgment, Case No. IT-95-14-T, Mar. 3, 2000, p. 332) נקבע כי די להוכיח שחוסר הידיעה נבע מרשלנותו של הנאשם בביצוע תפקידו. די, על כן, על פי פרשנות זו ביסוד אובייקטיבי של רשלנות. יצוין כי ערכאת הערעורים של ה-ICTY אימצה את הפרשנות שניתנה בפסק דין *Delalic*.
4. הנאשם נמנע מנקיטת אמצעים הכרחיים וסבירים למניעת העבירה או להענשת המבצע.

וראה בהרחבה אף בספרה של Marja Lehto **Indirect Responsibility for Terrorist Acts** 125-154 (2009).

הנה כי כן, המשפט הבינלאומי הכיר באפשרות להטיל אחריות על מפקדים בגין מעשי פקודיהם לא רק כאשר נטלו חלק במעשה, או הניעו אחרים לפעול, בין במישרין בין בעקיפין, אלא אף כאשר

היו ממונים על מבצעי העבירה ולא מנעו את ביצועה או כאשר לא פעלו לאיתור ביצוע העבירה. ודוק, המקור לאחריות והרציונאל העומד מאחוריה שונה בין שני המקרים הראשונים לבין זה האחרונים, במסגרתם מורחבת האחריות אף למצבים בהם המפקד אינו תורם בשום צורה להתרחשות העבירה, אלא חדל ממניעתה. אם כי, גם במצב דברים זה יחוב הממונה אחריות פלילית מלאה לעבירה שבוצעה על ידי הכפוף לו.

בשים לב לאמור, יש להעיר כבר כעת כי כאשר בית משפט קמא ביקש לראות את המערער כאחראי על הפיגוע מכוח ההוראות אותן נתן ולא מכוח מעמדו גרידא, צמצם את תורת ה"אחריות הפיקודית" המקובלת במשפט הבינלאומי, שכן זו מתפרסת, כאמור, גם על סיטואציות בהן המפקד אינו מעורב כלל במעשה.

אין ספק כי משטר אחריות מעין זה הקיים בחוקות הטריבונלים הבינלאומיים אותן סקרנו בקצרה, מאפשר הרשעה במגוון רחב של מצבים, אשר כיום אינם נכללים במסגרת הצו בדבר הוראות ביטחון. יתרונה של הרחבת האחריות ברור, שכן המציאות לימדה אותנו כי לעיתים ממונה מצליח להרחיק עצמו ממעורבות בעבירות היומיומיות המבוצעות על ידי חברי ארגונו עד כדי כך שאין לו כל ידיעה, אפילו לא כללית, אודותן. אולם, נוכח מעמדו של הממונה והשפעתו הכללית על הנעשה בארגון הסר למרותו, האינטרס הציבורי מצדיק את פריסת רשת האחריות הפלילית גם עליו.

ברם, גם אם אכך המצב המשפטי בטריבונלים הבינלאומיים, נשאלת השאלה האם ניתן להחיל דוקטרינה דומה של אחריות נגזרת של ראשי ארגוני טרור בדין האזור.

הגם ששאלה זו הינה אך סניף מתוך השאלה הכללית יותר של הרחבת האחריות הפלילית גם על מי שלא נתקיימו לגביו היסוד הנפשי והעובדתי של העבירה, עליה נרחיב את הדיבור בהמשך, נוכל להעיר כבר כעת כי החלת הדוקטרינה של המשפט הבינלאומי באזור מעוררת קושי רב.

יחד עם זאת, נשאלת השאלה עד כמה ניתן להשליך מהרחבת אחריות בארגונים בעלי הירארכיה וכפיפות ברורים גם בנוגע להרחבת האחריות בארגוני טרור דמות אלה הפועלים ביהודה ושומרון, בהם מערכת היחסים בין האורגנים עמומה הרבה יותר.

דוסייה

באופן דומה מצאנו בקוד הפלילי של הפדרציה הרוסית, אשר נכנס לתוקף ב-1 בינואר 1997. במסגרת חוק זה קיימים סעיפים ספציפיים שנועדו להתמודד עם בעיית הפשע המאורגן, שהתעצמה עד מאוד ברוסיה הפוסט-סובייטית.

סעיף 33 לקוד הפלילי הרוסי מגדיר את הצדדים השונים לעבירה:

ARTICLE 33 Types of Accomplices of a Crime (Penal Code, art.

33, Ross. Gazeta, June 18, 1996)

1. "In addition to the perpetrator, organizers, instigator and accessories shall be deemed accomplices.

...

3. A person who has organized the commission of a crime or has directed its commission, and also a person who has created an organized group or a criminal community (criminal organization) or has guided them, shall be deemed an organizer.

מעניין לראות כי ברוסיה קיימים צדדים לעבירה שאינם מוכרים בשיטות המשפט המקובל. סעיף קטן (1) קובע כי, בשורה אחת עם המבצע העיקרי, עומדים האנשים הבאים: המארגן, המשדל והמסייע. ס"ק (3) קובע כי יראה כ"מארגן" כמשמעותו בס"ק (1) מי אשר ארגן את ביצועה של העבירה או ניהל אותה, וכן מי שהקים קבוצת פשיעה או ארגון פשיעה או ניהל אותם. משמע, המקים והמנהל ארגון פשיעה אחראי כשותף לכל העבירות המבוצעות על ידי חברי הארגון.

אף סעיף 35(5) לקוד עוסק באחריותם של ראשי ארגוני פשע. על פי סעיף זה מי אשר הקים ארגון פשיעה או ניהל אותו יהא אחראי לעבירות אשר בוצעו על ידי הארגון כל עוד הן נכללו בכוונתו.

"A person who has created an organized group or a criminal community (criminal organization), or has directed them, shall be subject to criminal responsibility for... all the offences committed by the organized group or the criminal community (criminal organization), if they have been embraced by his intent".

על פי המצב המשפטי ברוסיה, מורחבת, על כן, האחריות הפלילית כך שראש ארגון פשיעה חב באחריות נגזרת גם למעשים שבוצעו על ידי חברי ארגונו ובלבד שהם מצויים בספקטרום הפעולה שהותווה על ידו.

גם כאן, מן ההכרח לציין כי המדובר בהרחבה בחקיקה אשר אף היא, על פני הדברים, אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הפלילי המקובלים.

המאבק בראשי ארגונים באמצעות פרשנות מרחיבה של כללי האחריות לעבירה

לצד שתי התפיסות עליהן עמדנו, זו האמריקאית, התולה את הטיפול בראשי ארגוני פשיעה ביצירת עבירה נפרדת וזו הרוסית הפועלת באמצעות הרחבת האחריות הנגזרת, עומדת לה שיטה

שלישית השוללת הטלת אחריות מכל סוג שהוא ללא הוכחת מודעות לעבירה הספציפית המבוצעת.

כך, לדוגמה פועל המשפט האנגלי. למרות שהצורך בבחינה מחודשת של גבולות האחריות הפלילית במטרה להילחם טוב יותר בפשיעה מאורגנת הוכר באנגליה זה מכבר (ראה: **'One Step Ahead: A 21st Century Strategy to Defeat Organized Crime'**, מסמך לבן שנכתב על ידי ה-home office ב-2004 והוצג בפני הפרלמנט), עד כה לא שונו ההגדרות המסורתיות של האחריות הפלילית, הדומות במידה רבה לאלו המקובלות במשפט הפלילי הישראלי בכל הקשור לביצוע בצוותא, סיוע ושידול כפי שהיו מקובלים לפני תיקון 39 [לחוק העונשין](#) ובדומה לדין האזור כיום.

דרך חשיבה דומה אומצה לא פעם בפסיקת בתי המשפט ובמחקרי המלומדים הישראלים אשר ביקשו לבחון את גדרי אחריות מפקדי ארגוני טרור או פשיעה בהתאם לשתי חלופות עיקריות הקיימות כיום במשפט הפלילי הישראלי, הביצוע בצוותא והשידול. בשנים האחרונות אף נבחנה הרחבת האחריות הפלילית על דרך הביצוע באמצעות אחר.

נקדים ונאמר כי מאז תוקן תיקון 39 [לחוק העונשין](#), התשלי"ז-1977 חלה התרחקות בין הדין הנוהג בישראל לבין זה אשר בתוקף באזור. על אף שפסיקת בית משפט זה קירבה במידה זו או אחרת בין הדינים, נקבע פעם אחר פעם כי מקום בו נובע השינוי בדין מחקיקה חדשה ולא משינוי פסיקתי יימנע בית המשפט מלאמצו על דרך החקיקה השיפוטית (עי' [3748/06 התובע הצבאי נ' מוסא](#) [פורסם בבנו] [פדאור (לא פורסם) 07 (5) 186], [ע"י 1981/08 התביעה הצבאית נ' אנואר](#) [פורסם בבנו] [פדאור (לא פורסם) 08 (41) 441]). משכך, בבואנו לסקור את הדין החל בישראל כיום עלינו להציב אות אזהרה באשר לאפשרות ליישם באופן מלא את ההלכות שנקבעו בו.

ביצוע בצוותא

[סעיף 29\(ב\) לחוק העונשין](#), התשלי"ז-1977 קובע את אחריותו של המבצע בצוותא, כדלקמן:

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

בהתייחסו למידת אחריותם של המבצעים בצוותא קבע בית המשפט העליון:

"...המבצעים בצוותא משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית. כולם עבריינים ראשיים. האחריות של כל אחד מהם היא ישירה. כל אחד מהם נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה. תרומתו של כל אחד מהמבצעים בצוותא היא פנימית". כל אחד מהם הוא חלק מהמשימה העבריינית עצמה." (עי' [4497, 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ\(3\) 239](#)).

מלשון [סעיף 29\(ב\)](#) עולה כי על מנת שאדם ייחשב למבצע בצוותא יחד עם אחרים, נדרש שיתקיים התנאי הבסיסי של **'עשיית מעשים לביצועה'** של העבירה. הפסיקה פירשה באופן רחב מושג זה [\(דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב\(5\) 1\)](#).

כך קבע בית המשפט כי אין צורך שהמעשה האמור יהא חלק אינטגרלי מיסודות העבירה:

"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 ה'פנימי' של ביצוע העבירה; כשלמושג 'ביצוע' לעניין זה, יש משמעות רחבה מעבר לעשיית מעשה המבטא את הרכיב ההתנהגותי של הגדרת העבירה" (ע"פ [2652/95](#), 2663 רז נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על(1)96, 950).

וכן:

"המבצעים בצוותא הם גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. לא נדרש שכל זרוע תבצע מעשה שהוא בגדר עבירה כשלעצמה..." (פרשת משולם לעיל, עמ' 51).

(וראה אף [ע"פ 5206/98 עבוד נ' מדינת ישראל, פ"ד נב\(4\) 185](#), בו הורשע כמבצע בצוותא של עבירת אינוס מי שלא נטל חלק במעשה האינוס עצמו אלא שמר על בן זוגה של הנאנסת).

יחד עם זאת, בפרשת **משולם** הנ"ל נחלקו דעות השופטים באשר להגדרת אותם **"מעשים לביצועה"**. דעת השופטים דורנר ומצא הייתה כי לשם קביעת אותו מעשה מינימאלי הנדרש על מנת שניתן יהיה לראות אדם כמבצע בצוותא, יש צורך בהוכחת מעשה המשתיך לשלב ביצוע העבירה:

"די במעשה לביצוע העבירה החורג מהכנה גרידא, והמלווה ביסוד הנפשי המתאים, כדי למלא את היסוד ההתנהגותי הנדרש לסיווגו 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." (עניין משולם לעיל, עמ' 25).

וראה בעניין זה אף דעתו של המלומד ש"ז [פּלר, יסודות בדיני עונשין](#) כרך ב' (תשמ"ז) בעמ' 204 (להלן: פּלר), וכן מ' גור-אריה ["שותפות ולא סביבתיות, ביצוע"](#) עיקרי ולא סיוע" **משפטים** יא 518.

השופט חשין התנגד לגישה זו וסבר כי היא מצמצמת יתר על המידה את תחום ההתפרשות של המבצע בצוותא. כך סבר השופט חשין כי רב עבריינים, המנחה את "חייליו" לבצע עבירות אך אינו נוטל בהן חלק, חב באחריות כמבצע בצוותא וזאת בשל חלקו בתכנון ובהוראה על ביצוע העבירה.

השופט קדמי הטעים אף הוא כי משמעות המונח "מעשה של השתתפות" רחבה יותר מזו שהקנו לה השופטים דורנר ומצא:

"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 והתווית קוי פעולה, לרבות חלוקת תפקידים בין המשתתפים, מהווה "מעשה" המבטא "השתתפות" כאמור" (פרשת משולם עמ' 66).

כך לדוגמה על פי גישתו של השופט קדמי בנסיבות מתאימות די יהיה במתן הסכמה לביצוע העבירה כדי להשתייך למעגל הפנימי של המבצעים בצוותא:

"לנוכח מערכת היחסים המיוחדת ששררה בין תוהמי מישל ונוואל, שקול מתן ה"הסכמה" ל"השתתפות" בביצוע ההמתה אגב עשיית מעשה לביצועה, כאמור בהגדרתו של "מבצע בצוותא" בסעיף 30 לחוק העונשין" (ע"פ 6366/98 סולטאן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על (3)99, 98).

בדומה, קבע השופט ברק בפרשת "שוק הקצבים" (ע"פ 2796/95 פלוניס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388), בה הרשיע בית המשפט העליון קטין בביצוע רצח כמבצע בצוותא, למרות שלא נכח בזירת ביצוע העבירה, על יסוד השתתפותו בתכנון העבירה, והאישור שניתן על ידו לביצועה (עמ' 408-409).

הנה כי כן, רכיב ה"מעשים לביצועה" המאפיין את המבצעים בצוותא פורש בפסיקת בית המשפט העליון בהרחבה, כאשר לגישת רוב שופטי בית המשפט נכללים בתוכו אף מעשים המצויים מחוץ לרכיב ההתנהגותי המוגדר בעבירה, ובלבד כי היה בהם כדי לבטא השתתפות מעשית ביצירת העבירה.

אלא שגם אם הורחבה הגדרת הרכיב העובדתי הנדרש להרשעה כמבצע בצוותא, תנאי בלעדיו אין להרשעה זו נעוץ בקיומו של יסוד נפשי המתבטא, בין היתר, במודעות הנאשם כי הוא תורם את חלקו לביצוע עבירה (ע"פ 2948/03 ברזובסקי נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על (2)2005), (3264). אמנם, גם בעניין זה רוככה הדרישה ואין צורך שהמבצע בצוותא יהיה מודע לכל פרטי התוכנית העבריינית (ע"פ 80/73 דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 772, ע"פ 8710/96 וינמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481). אולם, עדיין אין באמור כדי ליתר צורך במודעות לעבירה בעלת ייעוד

מוחשי (ע"פ 426/67 בארי נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(1) 477). כמו כן, נדרש שלכל המבצעים תהיה מודעות לכך שהם פועלים בצוותא (עניין ברזובסקי לעיל).

על רקע זה פותחו המבחנים השונים לסיווג הצדדים לעבירה אותם אנו מכירים מפסיקת בית המשפט העליון ואשר אומצו בפסיקת בית משפט זה, מבחן השליטה הפונקציונאלית, מבחן אדנות העבירה והמבחן המשולב (ראה ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, ע"פ 8573/96 מרקדו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, ע"פ 3390/98 רוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 871, וכן ע"פ 3596/93 אבו סרור נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על 298(2), 635. וראה סיכום ממצה של המבחנים בע' 2599/04 התוב"ץ נ' דודין [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 05 (33) 734]).

העולה מן המקובץ כי, על פי הדין בישראל, על מנת להרשיע ראש ארגון כמבצע בצוותא בעבירות שבוצעו על ידי חברי הארגון, יש להוכיח לכל הפחות כי השתתף בתכנון העבירה (פרשת פלוני), נתן הנחיות (פרשת משולם) או אישר את ביצועה של העבירה (עניין סולטאן הנ"ל, תפ"ח (תל-אבנב-יפו) 1158/02 מדינת ישראל נ' ברגותי, [פורסם בנבו] תק-מח 2004(2), 3430), העלה רעיון לביצועה או פיקח על ביצועה (השופט חשין בפרשת משולם).

מכאן כי כאשר עסקינן בראש ארגון שהרחיק עצמו מהעשייה העבריינית עד כי נעדר היה מודעות בפועל לכוונה לבצע את העבירה, או כל תרומה ולו העקיפה ביותר לביצוע העבירה, אין הוא יבוא בגדרו של מבצע בצוותא.

דוגמא מאלפת למצב זה מצאנו בעניינו של ראש התנזים באיו"ש מרואן ברגותי. בית המשפט המחוזי קבע כי ברגותי הקים את "גדודי חללי אלאקצא" והיה אחראי על פעילותם, תמך בביצוע פיגועים ביהודה והשומרון ובחבל עזה ולא חדל מלתמוך באנשיו גם כאשר אלה ביצעו פיגועים בתחומי הקו הירוק. ברגותי אף סייע לאנשיו בהספקת כספים, אמצעי לחימה, סיוע למבוקשים ולמשפחות המפגעים. לברגותי לא הייתה שליטה מוחלטת באנשי החוליות ובמפקדיהם, אך הייתה לו מידה רבה של השפעה עליהם מכוח היותו מנהיגם ובשל הסיוע שהגיש להם. מפקדי החוליות לא נהגו לערב את ברגותי בתכנון הפיגועים ואף לא היו ראיות לכך כי נהגו לדווח לו לפני ביצועם. עם זאת, הוא היה מקבל דיווחים מהמפקדים לאחר כל פיגוע. הקשר של ברגותי עם אנשי השטח שביצעו את הפיגועים לא היה ישיר, אלא באמצעות מקורביו שפעלו סביבו.

על יסוד תשתית עובדתית זו קבע בית המשפט כי לא ניתן לראות בברגותי מבצע בצוותא של הפיגועים נשוא כתב האישום. בית המשפט נימק מסקנה זו בעובדה שלא הוצגה כל ראיה לכך שהיה מודע לכוונה לבצעם. בית המשפט קבע, על כן, כי חרף הפרשנות הרחבה מאוד שניתנה בפסיקה שנסקרה לעיל למילים "תוך עשיית מעשים לביצועה", לא ניתן לראות בברגותי מבצע בצוותא:

"המינימום הנדרש על פי הפסיקה שבוארה לעיל, לצורך הטלת אחריות של מבצע בצוותא על מנהיג חבורה שאיננו נוכח בזירת העבירה, הוא השתתפות בתכנון העבירה או קשירת קשר לביצועה; מתן הנחיות או אישור לביצוע העבירה; פיקוח על ביצוע העבירה; או העלאת הרעיון

לביצוע העבירה בצירוף סיוע או תכנון. כל אחד מאלו עשוי להיחשב על פי הפסיקה כ"עשיית מעשים לביצוע העבירה", אשר מבססת אחריות של מבצע בצוותא. אך אין די בכך שהמנהיג שולט באנשיו, ואלה סרים למרותו, כדי להטיל עליו אחריות של מבצע בצוותא למכלול העבירות שביצעו אנשיו, כאשר אין כל ראיה הקושרת את המנהיג בדרך כלשהי לתכנון או לביצועו, ואף אין כל ראיה כי ידע על הכוונה לבצעו..." (עניין ברגותי לעיל, עמ' 3506. ההדגשה אינה במקור).

מסקנה זו תקפה גם לאור המצב המשפטי השורר באזור.

שידול

דרך אחרת לבחון את אחריותו הפלילית של ראש ארגון טרור מצויה בדיני השידול. ואכן, בדרך זו נקטה כבוד השופטת דורנר בעניין משולם הנ"ל.

הבה נבחן אפשרות זו.

[סעיף 30 לחוק העונשין](#) קובע:

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

יש להקדים ולומר כי לצורת אחריות פלילית זו מאפיינים ייחודיים הנעוצים בעיקרו של דבר בעובדה כי, בשונה מיתר המבצעים העיקריים, המשדל אינו תורם באופן פיזי להתרחשות העבירה. על אף זאת, הכיר המחוקק גם בהנעה המנטאלית המופעלת על ידי המשדל כלפי המשודל כמעשה בר עונשין.

כך סוכמו הדברים על ידי כב' הנשיא א' ברק (כתוארו דאז) בהלכת פלוניס:

"המשדל הוא שותף עקיף. תרומתו אינה "פנימית" אלא "חיצונית". עם זאת - ביחד עם המבצעים בצוותא - המשדלים הם שותפים ראשיים, שכן הם תרמו תרומה מהותית להתרחשות העבירה. תרומתו של המשדל מתבטאת בכך שהוא הביא את המבצע לידי קבלת ההחלטה לבצע את... הוא זה שהשפיע על המבצע - אם המבצע העצמי (או העיקרי) ואם המבצע בצוותא - והביא לידי כך שהתגבשה בו ההחלטה לבצע העבירה, ונעשו צעדים להגשמתה (בגדרי ניסיון או ביצוע מושלם). הוא "האב הרוחני של העבירה"... אכן, החברה מבקשת להגן על עצמה לא רק כלפי מי שמבצע עבירה - אם כמבצע עצמי ואם כמבצע בצוותא - אלא גם כלפי חוג רחב יותר של אנשים המביאים לידי כך שאחרים מבצעים עבירות."

"...קירבתו" של המשדל מתבטאת בכך שהוא זה שנטע בלב העבריין העיקרי את המחשבה הפלילית לביצוע עבירה. הוא "המבצע האינטלקטואלי" - 'AUTEUR INTELLECTUEL' - של העבירה...

הוא זה שהביא לידי כך שאצל המבצע נתגבש הרעיון לבצע את העבירה - אם בכך שהוא נטע בו את הרעיון מראש, ואם על-ידי כך שהטה את הכף במקום בו המבצע היסס" (ראה עניין פלוניס הנ"ל).

ועוד, המשדל "אינו נמנה על אלה הנוטלים חלק בביצוע העבירה ותפקידו מסתיים בכך שה"משדל" השתכנע וגמר אומר לבצע את המעשה האסור" (ע"פ 4503/99 אפרים נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 617, ע"פ 7894/03 מסראווה נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו] [פדאור (לא פורסם) 08 (5) 317].

מהרציונל העומד מאחורי הטלת אחריות פלילית אף על המשדל כאמור, נובעת המשמעות הרחבה שניתנה למונח זה בפסיקת בית המשפט העליון.

ואכן, הפסיקה הרחיבה את תחולת אחריות המשדל אף מעבר לסיטואציה בה הוא אשר הגה את רעיון העבירה ונטעו בלבו של העבריין העיקרי. כך גם מקום בו הסתכמה תרומת המשדל בחיזוק רצונו העצמי של מבצע העבירה בפועל עד כדי גיבוש החלטה סופית לבצעה, יראו אותו כחב באחריות פלילית.

המבחן הקובע לשכלול יסוד עובדתי של שידול הינו, על כן, האם המשדל היה טעון הנעה מנטאלית לגיבוש סופי של החלטתו והאם המשדל הוא שהניעו כאמור במעשיו (ואולי אף במחדלו - ראה ב' סג'ירו "שידול במחדל - האם בלתי אפשרי?" משפטים טז (תשמ"ו) 482).

מן הטעם האמור, אין אף נפקא מינה לשאלה מי העלה את רעיון ביצוע העבירה, ואף במצב בו זה צף תחילה במוחו של המשדל, יתכן וייחוב המשדל באחריות פלילית, אם הוא הניעו לבצעה (ראה ע"פ 8496/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 79, עניין פלוניס הנ"ל).

יש להוסיף כי אותה הנעה יכולה ללבוש צורות שונות ומגוונות, כפי שבא הדבר לידי ביטוי בהגדרת מעשה השידול בסעיף 30 לחוק העונשין כפי שהובא לעיל.

על רקע הגדרה רחבה זו, נקבע כי השידול נפרש גם על מתן הוראות, מקום בו מתקיימת זיקה של מרות בין המשדל למשדול, דוגמת זו הנובעת מיחסי מפקד-פקוד במסגרת צבאית (ראה י' קדמי, על הדין בפלילים (תשס"ה) 331). ובאופן דומה הרחיבה הפסיקה בקובעה כי בהתקיימם של יחסי כפיפות מסוימים בין משדול למשדל, אף הסכמתו של המשדל לעשיית עבירה יכולה להצמיח אחריות מכוח דיני השידול (ראה אסקין לעיל, עניין פלוניס הנ"ל).

עם זאת, יש לדייק כי מהגדרת השידול הנ"ל מתחייבת הוכחת קשר סיבתי בין מעשה השידול לגיבוש ההחלטה הסופית לביצוע העבירה על ידי המשדול (עניין פלוניס הנ"ל וכן ע"פ 7894/03

ג'אבר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו)), עובדה אשר תהיה לה חשיבות רבה בבחינת אחריותו של ראש ארגון למעשים שבוצעו על ידי הכפופים לו מבלי שניתנה פקודה ספציפית.

עוד יצוין כי למרות שהשידול צריך שיתייחס לעבירה מסוימת על נתונה הקונקרטיים (יעוד מוחשי), אין הכרח שהשידול יתייחס לכל פרטי הביצוע או כי העבירה תבוצע באותו מקום או באותו זמן בהם חפץ המשדל (פלר, חלק ב' עמ' 230).

היסוד הנפשי שבבסיס האחריות כמשדל אף הוא הוגדר בהרחבה בפסיקת בית המשפט העליון. יסוד זה כולל בחובו תנאי כפול. ראשית, השידול צריך להיות מלווה בכוונה שמעשה העבירה אכן יבוצע על ידי המשודל. שנית, נדרש כי גם אצל המשדל יתגבש היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירה (ראה עניין אסקין הנ"ל, ע"פ 6095/08 סלומון נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על 2008(4), 3629 וכן י' קדמי הנ"ל בעמ' 332, 377-376).

ואכן, גישתה של השופטת דורנר בעניין משולם הנ"ל הייתה כי ראש ארגון פשיעה נושא באחריות כמשדל ולא כמבצע בצוותא. זאת לנוכח העובדה כי, לרוב, תרומתו של ראש הארגון מצויה במישור יצירת היסוד הנפשי אצל המבצע העיקרי ולא במישור ההתנהגותי. לדידה, ראש ארגון, הנותן הנחיות בלבד, אשר נהיר כי התנהגותו אינה תורמת כל תרומה פיזית לביצוע העבירה, יסווג בין הצדדים לעבירה כמשדל בלבד. תרומה פיזית בת ערך בביצוע העבירה היא יסוד בלעדיו אין לחיובו של פלוני כמבצע בצוותא על פי גישה זו.

בהתאם, לגישת כבוד השופטת דורנר, מקום שהמשדל בעל שליטה כלפי המשודל, ראוי יהא להחמיר בעונשו ולהשוותו למבצע העיקרי:

"בין שהמשדל הוא מפקד שנתן פקודה בלתי חוקית בעליל, ובין שהוא מנהיג כנופיה ששלח את אנשיו לבצע תכנית פלילית- הרי שמבחינה מוסרית שליטתו הופכת אותו לאחראי העיקרי לאירוע העברייני, הגם שטכנית הוא שותף עקיף בלבד. ברם, אחריות מוגברת זו של המשדל באה לידי ביטוי בחוק עצמו. מידת האחריות המיוחסת למשדל, זולת לעבירה נוספת, זהה לאחריות המבצע העיקרי. הוא הדין בעונש הצפוי לשניים" (פרשת משולם, עמוד 42-43).

אשר על כן, לפי גישה זו, אין די בשליטתו של ראש הארגון ובכוח הוטו הנתון לו כדי להביא להכללתו בגדרי מבצע בצוותא. אחריותו של ראש הארגון, בהתאם לכך נותרת בגדרי השידול.

גישת השופטת דורנר זכתה לביקורת לנוכח ההפחתה הלכאורית מאחריותו של ראש ארגון על רקע הרשעתו כמשדל בלבד. המבקרים ביקשו להדגיש כי בצמצום האחריות לכדי מעשה של שידול, מתגמד מעמדו של ראש הארגון, ואף מתגמדת תרומתו המעשית לביצוע העבירות. זאת ועוד, תפקידו של ראש הארגון אינו מתמצה בשכנוע ובתרומה מנטאלית לביצוע העבירה גרידא, אלא הוא מתאפיין בניהול, פיקוד והתווית "מדיניות" אשר הם אלה היוצרים את העשייה

העבריינית. ראש הארגון משול, על כן, למפעיל בובות, ברצותו יעשו כך וברצותו ייעשו אחרת. הוא מושך בחוטים ויוצר עשייה עבריינית אשר ממנה הוא נהנה.

עמד על כך השופט חשין בפרשת משולם :

"אחריותו של משדל אחריות פחותה היא מזו של מבצע בצוותא. נדע מכאן כי בסווגנו את רב העבריינים כמשדל – להבדילו ממבצע בצוותא – כמו הפחתנו באחריותו והקלנו עימו...נדע מכאן כי סיווגו של הרב מוח כמשדל עושה אותו עבריין זוטר למבצעי בצוותא. הנקבל כי הרב מוח יהא זוטר ל"חייליו" – עושי דברו? ... רוחו הרעה של המנהיג שורה על המבצע העברייני, מוחו מילא את הקפיץ מפעיל העבירה קודם תחילתה, ולעת עשייתה של העבירה הוא "נמצא" עם העבריינים כמבצע- בצוותא - עמהם" (עמ' 59-58).

ברם, גם בשים לב להגדרות המרחיבות שניתנו לאחריות מדין שידול, כפי שהובהרו, על פיהן ביקשה הפסיקה להכניס את ראש הארגון בצל קורתה, נראה כי לא ניתן לכלול בה את עניינו של ראש ארגון טרור אשר אינו מעורה בפעילות השוטפת של ארגונו. כפי שהובהר, האחריות כמשדל מחייבת הוכחת מעשה (או מחדל) לזריעת רעיון ביצוע העבירה בלב המבצע או, למצער, להטיית הכף בזכות הביצוע כאמור. עוד נדרש יסוד נפשי של מודעות לאופי המשדל של הפעולה וכוונה להביא את המשדל לידי ביצוע העבירה, כאשר נדרש קשר סיבתי בין השידול לבין ביצוע העבירה. במצב דברים זה, בהעדר כל זיקה לעבירה ספציפית לא תיתכן אחריות אף לא כמשדל.

באופן דומה סיכם בית המשפט בעניין ברגותי:

"... לסיכום כל האמור לעיל, המצב החוקי השורר במדינת ישראל איננו מאפשר להרשיע מנהיג של חבורה עבריינית או ארגון טרור כמבצע בצוותא של עבירות שנעשו על ידי חברי אותה חבורה או אותה ארגון, ואף לא בסיוע או בשידול לביצוע, כאשר הוא עצמו איננו מעורב אישית ובצורה פרטנית בשום אופן בעבירות עצמן, לא לפני ולא בעת ביצוע. כזה הוא המצב, הגם שברור כי אותו מנהיג נותן את ברכתו לביצוע העבירות, ומעניק לאנשיו סיוע כללי שלא לצורך ביצוע עבירה זו או אחרת" (עניין ברגותי לעיל).

הניתוח הנ"ל תואם אף את פסיקתנו בנושא השידול, בה הלכנו עקב בצד אגודל אחר הדין הישראלי בהעדר סיבה ליצירת אבחנה (ע' [3331/05](#) אבו-חג'לה נ' התוב"ץ [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 10 (10) 504]).

ביצוע באמצעות אחר

אפשרות נוספת לבחינת אחריותם של ראשי ארגונים ביקשה להסתמך על דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר.

ניתן למצוא בספרות המשפטית גישות שונות לדוקטרינת המבצע באמצעות אחר, המשפיעות על תיחומה של האחריות הפלילית מכוח הדוקטרינה. מבלי להתייחס לשלל אפשרויות התיחום של האחריות (בעניין זה ראה בהרחבה שחר אלדר **כלי אדם – שימוש בבני אדם לביצוע עבירות והנהגת ארגוני פשיעה** (הוצאת עם עובד, 2009) עמ' 26-21), די לציין כי יש הרואים בהטלת אחריות מכוח הדוקטרינה תוצאה של שליטת המבצע ב"אחר" המשמש ככלי בידיו (מרדכי **קרמניצר "המבצע בדיני העונשין"** – קווים לדמותו" **פלילים** א (תש"ן) 65, 66 וכן מרדכי קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו" **מגמות בפלילים** (תל אביב, עורך: א' לדרמן, תשס"א), 55). אחרים, סבורים כי די יהיה בכך שהמבצע באמצעות אחר גרם ל"אחר" לבצע את העבירה (מרים **גור אריה "צורות של ביצוע עבירה"** פלילית" **פלילים** א (תש"ן) 29, 55).

כמו כן, יש הסוברים כי דוקטרינה זו חלה אך במקרים בהם ה"אחר" הינו חף מאחריות פלילית כלשהי (לדוגמה James Fitzjames Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (London, 9th ed. 1950) p. 15). לעומת זאת, יש מי שסוברים כי ה"אחר" יכול להיות בעל אחריות פלילית, אם כי מופחתת ביחס למבצע העקיף (לדוגמה **סעיף 29(ג) (3) לחוק העונשין** "ללא מחשבה פלילית", וכן פלר הנ"ל, עמ' 210), ויש אף הסוברים כי ניתן לייחס אחריות למבצע עקיף אף אם המבצע הישיר הינו בעל אחריות פלילית זהה (ראה לעיל **קרמניצר, המבצע בדיני העונשין** – קווים לדמותו, עמ' 69-68).

במשפט הישראלי התקבלה הדוקטרינה וקבועה היא ב**סעיף 29 לחוק העונשין**:

"(א) מבצע עבירה - לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר.

(ב) ...

(ג) מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרים לעשיית המעשה על-ידי אדם

אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים

הבאים, כמשמעותם בחוק זה:

(1) קטינות או אי שפיות הדעת;

(2) העדר שליטה;

(3) ללא מחשבה פלילית;

(4) טעות במצב דברים;

(5) כורח או צידוק.

(ד) לענין סעיף קטן (ג), אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם

מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד."

מלשון הסעיף ניתן לראות כי הגישה שאומצה על ידי **חוק העונשין** היא גישת השליטה ("שעשאו ככלי בידיו"). כן נראה כי התפיסה בישראל היא שהמבצע הישיר עשוי להיות בעל אחריות פלילית כלשהי אם כי מופחתת ("ללא מחשבה פלילית", להבדיל מאפשרות של רשלנות).

שניים אלה מצמצמים עד מאוד את האפשרות להחיל את הדוקטרינה על מערכת היחסים המתקיימת בין ראשי ארגוני טרור לבין הפעילים מטעמם. שכן, אלה אינם נטולי מחשבה פלילית כאשר הם מבצעים את העבירה. בהמשך אף יובהר כי אינני סבור כי מערכת זו מתאפיינת בשליטה מוחלטת של ראש הארגון בפקודיו עד כי ניתן לראותם ככלי בידי.

ואכן, יש לציין כי עד כה לא מוכרת הרשעה של ראש ארגון באמצעות דוקטרינה זו במשפט הישראלי.

למותר להוסיף כי תחיקת הביטחון באזור אינה כוללת את המבצע באמצעות אחר כאופן ביצוע של העבירה.

"אחריות בכירים"

מודל נוסף להטלת אחריות פלילית על ראשי ארגונים פורט בספרו של ד"ר שחר אלדר "כלי אדם". בספרו, עומד ד"ר אלדר על ההבחנה בין גישתו ובין דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר. ד"ר אלדר מציין כי האחריות מכוח דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר מושתתת על הרצון לייחס לגורם העקיף את ביצוע העבירה באמצעות כלי אנושי. בעוד, לגישתו, הרצון הוא לייחס למנהיגים של ארגוני פשיעה אחריות לעבירות שהתבצעו תחת הנהגתם. הבסיס העיוני לגישה זו מצוי בהטלת אחריות פלילית הדומה במהותה לאחריות המוטלת במספר אופנים שונים על אחראים בגין מעשי הכפופים להם: אחריות שילוחית, אחריות נושאי משרה בתאגיד ואחריות פיקודית. ד"ר אלדר מציג, על כן, להכיר באחריות דומה, "אחריות בכירים".

על פי דוקטרינה זו, תוטל אחריות על השליט הארגוני בגין מעשי הכפופים לו במסגרת הארגון גם כאשר אינו מודע לעבירות המבוצעות בארגון או משתתף באופן קונקרטי בעבירה. לצורך הטלת אחריות נדרש להוכיח כי הבכיר הארגוני מודע לתפקידו בארגון ואף למדיניות העבריינית שהוא מנחיל. כאשר מתקיים יסוד נפשי זה תוטל אחריות פלילית לעבירות שהבכיר הארגוני היה מודע או צריך היה להיות מודע לאפשרות ביצוען, כחלק ממדיניותו של הארגון. ד"ר אלדר מציין לדוגמה כי בכך היה ניתן לייחס למנהיג כמו מרואן ברגותי אחריות לפיגועים מהם זוכה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. באופן דומה, יהיה ניתן אף להטיל אחריות על דרגי ההנהלה השונים בארגון.

ד"ר אלדר ער לקשיים לא מעטים אותם מעלה הצעתו, בראשם העמימות שמאפיינת את ההגדרות הרחבות של ה"בכיר" בארגון ושל הסיווג של הארגון כ"ארגון פשיעה". על כן, הוא מציג לתייג אדם וארגון על פי תיוגים אלה בזהירות ומתוך נטיה לצמצום.

אין ספק כי הדוקטרינה האמורה מציבה פיתרון חוקי לרצון עליו עמדנו, להטיל אחריות פלילית על ראשי ארגוני טרור גם כאשר לא ניתן לקשור אותם עם המעשים שבוצעו על ידי הפועלים מטעמם.

סיכום ביניים

לסיכום, ראינו כי מדינות שונות, וביניהן ישראל, מתמודדות עם תופעת הפשע המאורגן ועם בעיית הרשעתם של ראשי ארגונים בצורות שונות. ישנן מדינות כמו אנגליה אשר מסתפקות בשימוש בצורות האחריות הנגזרות המסורתיות של דיני העונשין. ישנן שיטות משפט, כמו רוסיה והמשפט הבינלאומי אשר הרחיבו את גבולות האחריות הפלילית על ידי יצירת צורה נגזרת נוספת לעבירה. ארה"ב, לעומת זאת, יצרה מודל אחר לחלוטין שמטרתו אינה להרשיע את ראשי הארגון בלבד, אלא לתפוס ברשת את "מפלצת הפשע המאורגן" בכללותה, במקום לקטוע זרוע אחר זרוע. לצורך זה נעשה שימוש בחקיקה ספציפית. גם בישראל קיימת חקיקה המאפשרת העמדה לדין של ראשי ארגוני טרור על תפקידם האמור. יחד עם זאת, נעשה ניסיון להטיל אחריות פלילית על ראשי הארגון בגין עבירות שבוצעו ללא מעורבותם הישירה והעקיפה.

שימוש בצורות הנגזרות לעבירה בלבד אינו נותן מענה לבעיית ראש הארגון המרחיק עצמו מן העבירה. על מנת שנוכל לייחס לראשי הארגון אחריות בגין ביצוע העבירות שמבצעים חברי הארגון, אין מנוס מהרחבה נוספת של האחריות הפלילית, בין אם בחקיקה שיפוטית ובין אם בחקיקה של ממש, שכן כפי שראינו עד כה אין די בכלים אותם מעמיד המשפט הפלילי הקלאסי כדי להטיל אחריות על אדם שלא נטל חלק ישיר או עקיף בעבירה ספציפית.

ואכן, נראה שלתיקון שכזה כיוון בית משפט קמא בדבריו באשר לאפשרות להרחיב את האחריות הפלילית לפי עקרונות "אחריות המפקדים". תיקון דומה אף הוצע במסגרת ההצעות להתאמת כללי האחריות הפלילית באזור לכללים הקבועים בישראל לאחר תיקון 39 [לחוק העונשין](#).

נשאלת השאלה עד כמה הרחבת האחריות כאמור, תואמת את עקרונות המשפט הפלילי. נעמוד בקצרה על עקרונות דיני העונשין הרלוונטיים לבחינת שאלה זו.

מן המפורסמות הוא כי דיני העונשין מבטאים את ערכי החברה בתקופה נתונה של קיומה ומציבים הגנות על ערכים אלה. כפי שגורס פרופ' פלר:

"עקרונות דיני העונשין מהווים בכך חלק מן התודעה החברתית משפטית של החברה בשלב הנתון של קיומה, חלק מתפיסותיה על היושר והצדק ועל אופן תרגומם של מושגים אלה לשפת הדין לשם הבטחת ערכיה הבסיסיים" (פלר, עמ' 2).

ואכן, תפיסותיה הערכיות של חברה נובעות במידה רבה מן המציאות עימה היא נאלצת להתמודד. כאשר הפשיעה גואה תתפתח תפיסה ערכית המרחיבה את תחולת הדין הפלילי ומחמירה בטיפול במי שהפר את הנורמות החברתיות. על רקע זה, ניתן לומר כי מתקיימת מטוטלת תמידית הנעה בין הרצון המוכר בחברה המודרנית להבליט את זכויות הפרט ובין השאיפה להגן על הציבור באופן מיטבי (חיה זנדברג **פירוש לחוק המעצרים**) (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים, 2001) עמ' 9 וכן J-M. Carbasse **Histoire du droit penal et de la justice criminelle** (Presses Universitaires

459 p. (de France 2e ed.) . אם כי יש להעיר שמהלך של צמצום האחריות והענישה קשה ואיטית הרבה יותר.

אף שאלת גבולות האחריות הפלילית מושפעת באופן ישיר מהתפיסות החברתיות אשר עמדו לנגד עיני המחוקק ולנגד עיני בית המשפט. בעניין זה מוכרת ההתפתחות המשמעותית שחלה בין תקופות קדומות לבין המצב המשפטי המוכר לנו בעולם המודרני.

אין בחוקי המזרח הקדום כל התייחסות כללית לביצוע עבירות במשותף, אולם ניתן למצוא התייחסות לשותפות בעבירות ספציפיות (ראה גבריאאל הלוי **תורת דיני העונשין** כרך ב (2009) -440-441 והפירוט שם).

אף במשפט העברי הקדום הודגש הצורך בביצוע כל חלקי העבירה על ידי אותו אדם על מנת שיתחייב בדין. כך מצינו במסכת שבת צב, ע"ב בנוגע למלאכות שונות:

”מנא הני מילי דתנו רבנן ‘בעשותה’ העושה את כולה ולא העושה את מקצתה. כיצד? שניים שהיו אוחזין במלגז ולוגזין בכרכר ושובטין בקולמוס וכותבין בקנה והוציאו לרשות הרבים יכול יהו חייבין תלמוד לומר ‘בעשותה’ העושה את כולה ולא העושה מקצתה” (וראה אף משנה תורה, שבת פרק א, הלכה טו).

אף בנוגע למסייע החיל התלמוד כלל דומה לפיו **”מסייע אין בו ממש”** (בבלי, שבת צג, ע"א). בדומה, נקבע כלל היסוד במשפט העברי לפיו **”אין שליח לדבר עבירה”** (בבלי, בבא קמא עט, ע"א). לעומת זאת, כבר בתקופת המקרא הוכר איסור שידול לדבר עבירה (ראה דברים, יג, ב-ו, ז-יב, יג-יז, וכן מלכים א, יד טז).

עם זאת, במהלך התקופות, החל במשפט הרומי וכלה בשיטות המשפט המודרניות, ניתן לראות הרחבה מתמדת במעגל הצדדים לעבירה ואף בסיווגם עד למצב המוכר היום במשפט המודרני בו הורחבה האחריות הפלילית ונכללו בה אף התנהגויות המרוחקות מן הביצוע העיקרי ואשר תורמות, הן באופן ישיר והן באופן עקיף, להתגבשות יסודות העבירה השונים, הן העובדתי והן הנפשי (ראה בהרחבה גבריאאל הלוי **השותפות לדבר עבירה** (2008), עמ' 74-53).

שינויים אלה מלמדים על ההתפתחות שחלה על פני הדורות בתפיסה החברתית, ובבסיסה הרצון להגן באופן אפקטיבי יותר על הערכים החברתיים, תוך הפללת שלל ההתנהגויות התורמות להיווצרות המעשה האסור, כאשר, אילו הגבילה החברה את התופעה העבריינית ואת ענישתה לביצוע העיקרי והמושלם של העבירה בלבד, היו נותרים ללא תגובה עונשית השותפים העקיפים לביצוע העבירה ובכך הייתה נפגעת ההגנה על החברה.

על רקע דברינו עד כה, כאשר תופעת הטרור (ובמידה דומה תופעת הפשע המאורגן) הולכת וקונה אחיזה יום יומית במקומות רבים על פני הגלובוס, אין לשלול את הרצון להטיל אחריות אישית על נושאי המשרה הבכירים, מחוללי הטרור, בהכוונה, בעידוד ובמתן אמצעים, גם כאשר אלה נזהרים מלערב עצמם במעשי טרור קונקרטיים. ההפך הוא הנכון, דומה כי מאבק אפקטיבי

בתופעה פושה זו מחייב מתן דגש מיוחד לסיכול המשך פעילותם של אותם מחוללי טרור. כך, השפעתו של "מנהיג רוחני" של תנועה לאומית או דתית, הדוגל ומעודד את שומעי לקחו לבצע מעשי טרור הינה הרסנית לאין ערוך במובנים רבים ממעשה ספציפי המבוצע על ידי פעיל שטח.

לא זו אף זו, אלא שמעשי טרור מתייחדים בשלושה אופנים מעבריינות פלילית קלאסית. מאפיינים אלה עשויים להצדיק את הרחבת גבולות האחריות הפלילית.

המאפיין הראשון נוגע למהות העשייה הטרוריסטית. העבריינות הקלאסית, במרכז רצון של היחיד או לעיתים של קבוצות להשיג מטרה פרטנית אסורה בין אם כלכלית ובין אם אחרת. לעומת זאת, הטרור, כפי שמוכר לנו באזור, שואף למוטט את המדינה ולכל הפחות להכריח את ראשיה לבצע צעדים פוליטיים, תוך איום ופגיעה באוכלוסייתה. אבחנה זו בין מטרות הפעילות העבריינית עשויה להצדיק התייחסות חקיקתית שונה. כשם שעסקינן בסיכון חברתי בעל איכות מיוחדת, ניתן לטעון כי קיימת הצדקה לפתרונות חקיקתיים נבדלים ומוטעמים, ובכלל זה אף להרחבת האחריות על ראשי הארגונים, מחוללי הטרור, גם כאשר אלה אינם נוטלים חלק ישיר או עקיף בעבירה.

המאפיין השני אינו ייחודי לטרור והוא חל גם בקשר לעבריינות מאורגנת בכללותה. הסיכון המוגבר הנשקף לאינטרסים של החברה מגיבוש כוונה משותפת של ארגון שלם לבצע עבירות פליליות עולה על הסכנה הנשקפת מיחידים ואף ממספר שותפים או קושרים הפועלים נקודתית. לא זו אף זו, אלא שיכולתה של המדינה להלחם בארגון הינה מוגבלת בשל הקושי להרשיע את המנהלים המפעילים את חברי הארגון, קוד הציות הפנימי, היכולת למלא את מקומו של כל חבר אשר אינה מאפשרת את "חיסולו" של הארגון כולו וכד'.

על רקע זה, אף נחקקו עבירות הקשר למיניהן, המהוות חריג לכלל לפיו אין למשפט הפלילי דריסת רגל קודם שנעשו צעדים ממשיים לביצוע עבירה פלילית כלשהי (ראה [ע"פ 129/54 גולדשטיין נ' היועמ"ש, פד"י י' 505 וע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד\(5\) 667](#)).

ואם כך בנוגע לקשירת קשר בין יחידים, על אחת כמה וכמה כאשר עסקינן בארגון המונה מאות ואלפי פעילים. הסכנה הנשקפת מארגון מעין זה חמורה שבעתיים, ועשויה להצדיק הרחבת האחריות הפלילית אף מעבר לדיני קשירת הקשר.

המאפיין השלישי הינו הנזק העצום אשר גורמים ארגוני הטרור לחיי אדם ולרכוש. הפיגועים ההמוניים, אשר מאפיינים את הפעילות הטרוריסטית בארץ ובעולם כולו, גובים מחיר דמים אשר אף התארגנות אחרת לא תשווה לה. לפגיעה זו מתווספת פגיעה כלכלית ופסיכולוגית ששינתה במובנים רבים את אורח חיינו היום יומיים.

היקף הפגיעה בחיי אדם עשויה להצדיק אף היא הרחבה של גבולות האחריות באופן אשר יאפשר הטלת אחריות על ראשי הארגון.

זאת ועוד, כפי שנוכחנו לדעת בעולם כולו נוצר צורך דחוף להתמודד באופן אפקטיבי והרתעתי עם תופעת הטרור. נראה כי בעקבות אירועי ה-11 בספטמבר חל שינוי דרסטי בתפיסת העולם כולו את

ארגוני הטרור ואת הסכנה הנשקפת מהם. על רקע זה מדינות שונות חוקקו חוקי טרור המסייעים להתמודד עם התופעה על ידי הרחבת סמכויות המשטרה וסמכויות בתי המשפט (מעקב, ציטוט, מעצרים, מניעת מפגש וכו'), יצירת עבירות חדשות, הסדרים חוקיים ללחימה במימון הטרור ועוד (ראה M. L. Cesoni *Nouvelles Methodes de Lutte Contre la Criminalite: la Normalisation de l'exception – Etude de Droit Compare (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)* (Bruylant, 2007).

כשם שמוצדק לחוקק חוקים מיוחדים, להחמיר בענישה ובאופן כללי לפגוע בזכויות נאשמים וחשודים בעבירות ביטחוניות, לאור הסכנה המוגברת הנשקפת מארגוני טרור ולאור ההסלמה בפעילותם, יש אשר ראו הצדקה להרחבת גבולות האחריות לעבירה באופן שניתן יהיה לייחס אחריות נגזרת על ראשי ארגוני טרור בגין עבירות המבוצעות על ידי חברי הארגון.

אלא שמנגד לרצון להרחיב את האחריות כאמור, עומדים שורה של עקרונות יסוד בדיני העונשין המבטאים אף הם תפיסות חברתיות בסיסיות ואשר מושרשות היטב במשפט הפלילי. לנוכח חשיבותם של עקרונות אלה, מן הראוי כי כל רצון להרחבת אחריות יבחן לאורם. בדבריי להלן אעמוד על שלושת העקרונות המרכזיים הרלוונטיים, והם: "איש בשל עבירתו ייענש", "אין עבירה ללא אשמה" ו"אין עונשין על דברים שבלב".

איש בעבירתו ייענש

עקרון זה נותן ביטוי לפרסונאליות של האחריות הפלילית. משמע, אין להטיל אחריות פלילית על אדם אלא בשל עבירה שביצע הוא עצמו, ולא בגין עבירת זולתו, כי הוא בלבד ולא זולתו אחראי לה.

"האחריות הפלילית נועדה, ראשית כל, להשפיע על תודעת הפרט ולתקן את העמדה האנטי חברתית הגלומה בעבירתו. לכן, תגובת החברה עקב ביצועה צריכה להיות רק על מה שהוא עשה ולא על מה שעשה מישהו אחר, וכתוצאה מכך גם רק על מה שהוא עשה ולא על יותר מזה. הכל בעבירה הוא אישי – ההתנהגות היא אישית, האשמה היא אישית וההשתלבות ביניהן מעוגנת בעושה, ולכן העונש צריך להיות אישי" (פלר חלק א, עמ' 100).

העיקרון הנ"ל הוטווה כבר בתורה: **"לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על-אבות איש בחטאו יומתו"** (דברים כד, טז), וכן **"בַּיָּמִים הָהֵם לֹא יֵאמְרוּ עוֹד אָבוֹת אֲכָלוּ בֶּסֶר וְשָׁנֵי בָּנִים תִּקְהֶינָה. כִּי אִם-אִישׁ בַּעֲוֹנוֹ יָמוּת, כָּל-הָאָדָם הָאֲכָל הַבֶּסֶר תִּקְהֶינָה שָׁנָיו"** (ירמיהו לא, כח-כט).

עם זאת, חשוב להדגיש כי אין בהרחבת האחריות הפלילית גם על המעורבים השונים הישירים והעקיפים בעבירה סטיה מן הכלל ש"איש בשל עבירתו יענש", הואיל ומעורבים אלה אינם נענשים בשל מעשיו של אחר אלא בשל תרומתם שלהם לעבירה הספציפית, בין אם במעשה, בין אם בסיוע, בין אם בשידול וכו'.

מכל מקום, ההצעות להרחבת האחריות הפלילית כך שתחול גם על ראשי ארגוני טרור שלא נטלו חלק בעבירה הספציפית מעוררת קושי משמעותי בהיותה מנוגדת לעקרון היסוד הנ"ל.

כאן המקום לציין כי נמצאים מספר חריגים משמעותיים לעקרון הנ"ל. נעמוד בקצרה על שלושה מהם, האחריות השילוחית, אחריות נושאי משרה ואחריות מפקדים, תוך פירוט מגבלותיהם.

אחריות שילוחית מוטלת על אדם או על גוף מבלי שנקשר לעבירה הספציפית אלא בשל יחסיו המיוחדים עם העושה. אולם, מדובר בחריג בנוף תורת דיני העונשין ומשכך מצומצם הוא ביותר ומחייב הוראת דין ספציפית (ראה לדוגמה [סעיף 339 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים](#), התשי"ח - 1957, [סעיף 14\(ב\) לחוק רישוי עסקים](#), התשכ"ח - 1968 ו-[סעיף 208\(א\) לחוק התכנון והבנייה](#), התשכ"ה - 1965). המשותף להוראות אלו הוא שדיני השותפות הרגילים אינם חלים על מערכת היחסים שבין המבצע הישיר למי שרוצים שיישא באחריות, אולם קיים אינטרס ציבורי בהפלת האחרון. יש להדגיש כי צורת אחריות זו אינה נחשבת לגיטימית, אולם, התקבלה מפאת האינטרס הציבורי שבהטלתה. הגישה המקובלת בהקשר זה הינה, על כן, שלא ליצור עבירות פליליות ספציפיות חדשות של אחריות שילוחית ואף לא להכיר באחריות זו במסגרת דיני העונשין הכלליים (ראה [תורת דיני העונשין לעיל](#), עמ' 889).

אחריות מעין שילוחית נוספת המוכרת במשפט הפלילי הינה אחריותו של נושא משרה בתאגיד בשל מעשים שבוצעו על ידי התאגיד. בעבירות אלה, אין צורך להוכיח במסגרת היסוד העובדתי כי נושא המשרה ביצע התנהגות כלשהי. כל שיש להוכיח הוא כי התאגיד ביצע עבירה וכי הנאשם הינו נושא משרה בו ([רע"פ 26/97 לקס נ' מדינת ישראל, פ"ד נב\(2\) 673](#)).

אף היסוד הנפשי הנדרש מנושא המשרה אינו זהה ליסוד הנפשי של המבצע הישיר. אחריותו של נושא משרה בתאגיד סווגה על ידי בית המשפט כאחריות קפידה:

"עבירות אלה מנוסחות כך שהתביעה פטורה מלהוכיח את היסוד הנפשי, והנטל על נושא המשרה להוכיח כי לא נהג ברשלנות, או כי נקט אמצעים סבירים למנוע את העבירה שבוצעה בידי עובדו או שלוחו של התאגיד." (שם).

אין ספק כי גם אחריות זו חורגת באופן משמעותי מהעקרונות המקובלים של דיני העונשין ולפיכך, בדומה לאחריות השילוחית, כדי שתוטל על אורגן של תאגיד אחריות מעין שילוחית זו דרושה הוראה בחוק ([ע"פ 7295/95 דיסנצ'יק נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 97 (3) 336]). הוראות מעין אלו קיימות בסעיף [224א לפקודת מס הכנסה](#) [נוסח חדש], בסעיף [119 לחוק מס ערך מוסף](#), תשל"ו - 1975, בסעיף [208 לחוק התכנון והבנייה](#), התשכ"ה - 1965, בסעיף [14 לחוק למניעת מפגעים](#), התשכ"א - 1961 ועוד.

בדומה, הוכרה בפסיקת בתי הדין הצבאיים של מדינת ישראל אחריות מפקדים למעשי פקודיהם. אחריות זו מבוססת על ההוראות בדבר היסוד הנפשי בדיני העונשין הרגילים. כאשר למפקד יש מודעות בפועל לכל היסוד העובדתי, ובמקרה של עבירה תוצאתית אף לאפשרות גרימת התוצאה, ניתן לייחס לו אחריות בגין העבירה שנעברה על ידי פקודו. אולם, לרוב למפקד אין מודעות בפועל

לעובדה שפקודו עומד לעבור עבירה ועולה השאלה האם הוא היה רשן לגבי מעשי פקודו. בית הדין הצבאי לערעורים קבע לפני זמן רב כי יחסי פקוד-מפקד מקימים חובת זהירות מושגית שאינה חרוטה עלי ספר (ע/19/58 **התצ"ר נ' סרן פז**, פד"צ (1958) 207, ע/83/75 **התצ"ר נ' סגן זאב**, פד"צ (1975) 174). כמו כן, נקבע כי כאשר הפקוד פועל במסגרת כפיפותו למפקדו ופוגע בצד ג', חלה חובת זהירות של המפקד אף כלפי אותו צד ג' (ע/55/76 **התצ"ר נ' סרן יוסף**, פד"צ (1987) 372), וראה בהרחבה במאמרו של עודד **מודריק "מפקד: סמכות, אחריות, אשמה" פלילים ב**, (1991) 249).

ודוק, גם כאן אין מדובר בהטלת אחריות מלאה למעשי כפוף ללא שהתקיים יסוד נפשי או עובדתי, אלא בהטלת חובת זהירות המצמיחה אחריות ברשלנות בלבד. זאת להבדיל מהרצון להטיל אחריות פלילית מלאה על ראש ארגון טרור בגין מעשי פקודיו.

ניתן לסכם ולומר כי קיימים אמנם חריגים לעקרון לפיו האחריות הפלילית הינה אישית ביסודה, אולם אלה מצומצמים ומוגדרים בעבירות ספציפיות או בהקשר צבאי ייחודי. בניגוד לאמור, הרצון להטיל אחריות על ראש ארגון טרור בגין מעשים בהם לא נטל חלק ישיר או עקיף מהווה חריג כללי לעיקרון הנ"ל, ומשכך מעורר קושי בולט.

ביקורת דומה ניתן להפנות נגד דוקטרינת "אחריות הבכירים" עליה עמדנו. גישה זו אף היא מבוססת, כאמור, על זניחת עקרון האחריות האישית. המדובר בהטלת אחריות שילוחית במהותה בגין מעשים שנעשו על ידי אחרים. כאמור, הטלת אחריות שילוחית אינה מתיישבת עם עקרון זה של דיני העונשין ואף עם העקרונות עליהם נעמוד בהמשך, ומשכך נזהרו עד מאוד שלא להרבות באחריות מסוג זה ואף לצמצמה. אחריות מעין זו נובעת ממעמד הנאשם כראש ארגון. אלא שמדובר במעמד שקיים קושי לא מבוטל להגדירו, במיוחד כאשר היא מבקשת לפרוס עצמה לא רק בנוגע לראש הארגון אלא כלפי על בכיריו. זאת ועוד, בניגוד לדין המוכר לנו כיום, אחריות הבכירים אמורה לחול על קשת מעשים בלתי ניתנת לתחימה מראש, דבר המהווה הרחבה בלתי מידתית של האחריות הפלילית.

בדומה, האחריות השילוחית על מגוונה מתייחסת לעבירות ספציפיות, לרוב שאינן מן החמורות המוכרות בספר החוקים. לעומתה, דוקטרינת אחריות בכירים מבקשת להטיל אחריות בגין כל עבירה המבוצעת, תהא חומרתה אשר תהא, תוך הסתפקות ביסוד נפשי נמוך אף יותר מאחריות קפידה, שכן לא נכללה בו האפשרות להוכיח העדר התרשלות.

אין עבירה ללא אשמה – NULLUM CRIMEN SINE CULPA

יסוד האשמה הוא הכרחי וחיוני להתהוותה של העבירה הפלילית, עד כדי כך שבהיעדרו מאבד גם היסוד העובדתי הדרוש את משמעותו הפלילית.

כך מגדיר פרופ' פלר את מושג האשמה בספרו:

"ואילו האשמה עצמה – על כל גווניה היא ההגדרה של יחסו של עושה העבירה, במישור התודעתי, כלפי הערך החברתי המוגן על ידי איסורה. זהו

היסוד הנפשי, היסוד הסובייקטיבי, היסוד המנטאלי, היסוד המוסרי – כולם צירופים נרדפים במשמעותם – שבכל עבירה פלילית, העומד לצידו של היסוד העובדתי האובייקטיבי המטריאלי המעשי, המשתלב בו, בהתאם להגדרתה של כל עבירה ספציפית" (פלר, חלק א, עמ' 42).

פרופ' [קרמניצר במאמרו "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109 \(1996\)](#) כותב כי למשפט החוקתי ולמשפט הפלילי משותפת ההשקפה הנסמכת על האוטונומיה של היחיד ועל כבוד האדם כפרט, כיסוד החברה וכמי שאין לנהוג בו כאובייקט או כאמצעי. מכך נובעת המסקנה הבסיסית לפיה לעולם אין להטיל אחריות פלילית על מי שאינו אשם, גם כאשר יש בכך כדי לקדם מטרות של הרתעה או תועלת. כמו כן, אין להטיל אחריות פלילית מעבר למידת אשמתו של העושה לשם השגת הרתעה. פרופ' [גור אריה במאמרה "סטיות מעקרון האשמה" \(מחקרי משפט יג \(תשנ"ו-1996\) עמ' 129\)](#) סוברת כי הטלת אחריות פלילית שלא בהתאם לאשמתו של העושה פוגעת בכבוד האדם. כאשר מוטלת אחריות פלילית שלא על יסוד האשמה אף הצדק נפגע.

היסוד הנפשי, המבטא את יסוד האשמה, מסווג לשני היבטים של מערכת חיי הנפש של האדם – ההיבט ההכרתי וההיבט החפצי. ההיבט ההכרתי-השכלי מתבטא במודעות או באי מודעות לרכיבי היסוד העובדתי שבעבירה. היבט זה של היסוד הנפשי אופייני לכל תחום העבירות מבחינת מבנה היסוד העובדתי שבהן – הן עבירות התנהגות והן עבירות תוצאתיות. ההיבט החפצי מתבטא ביחס רצוני כלפי גרימת התוצאה המזיקה בה תלויה התהוות העבירה. כלומר ההיבט החפצי נדרש רק בעבירות תוצאתיות. בצורות נגזרות לעבירה על ההיבט ההכרתי להתייחס הן לרכיבי היסוד העובדתי של המבצע העיקרי והן לרכיבי היסוד העובדתי של העושה (מי שמבצע את הצורה הנגזרת לעבירה – המשדל/המסייע וכו') **"כמונן מאליו, מחשבה כאמור מקיפה גם את המודעות לנתוני הביצוע העיקרי מטעם המשדל, כולל היסוד הנפשי המתלווה לביצוע זה"** (פלר, חלק א, 234).

הרצון להטיל אחריות פלילית על ראש ארגון אשר לא היה מעורב בצורה כלשהי בתכנון המעשה העברייני הספציפי או בהוצאתו אל הפועל אינו מתיישב עם העיקרון עליו עמדנו ועל הדרישה ליעד מוחשי.

כפי שכבר הובהר, צומצמה מידת הידיעה הנדרשת על מנת לכלול אדם בין המסייעים או המשדלים לעבירה. יחד עם זאת, עקרון האשמה מחייב ידיעה כלשהי של הרכיבים הכללים השונים של העבירה, ידיעה שאינה מתקיימת בסיטואציה אותה הצבנו להתייחסות, בה מבוצעת פעילות טרוריסטית ללא מעורבות פרטנית של ראש הארגון.

הנה כי כן, הטלת אחריות על ראש ארגון בגין עבירות שבוצעו על ידי אורגניו סותרת, על פניה, את עקרון היסוד הנ"ל.

אין עונשין על זברים שבלב (אין עבירה ללא התנהגות)

העיקרון השלישי הרלוונטי לענייננו נוגע לצורך בביטוי התנהגותי לכוונה הפלילית. כך נקבע כי אין עבירה ללא ביטוי התנהגותי גלוי לעין ונתון לקליטה ישירה על ידי הזולת. שתי הדרישות הבסיסיות הללו קובעות את המבנה הכללי המינימאלי וההכרחי של היסוד העובדתי שבכל עבירה פלילית. בלי רכיב התנהגותי, אין עבירה פלילית בדיני העונשין של מדינת ישראל (פלר, חלק א, עמ' 31).

ברקע עיקרון זה עומדים מספר שיקולים. היחס הפנימי האידיאולוגי של האדם כלפי החברה אינו מעניינה של החברה, לבטח לא במישור הפלילי. יחס זה מקבל משמעות משפטית פלילית רק לאחר הגשמתו בהתנהגות חיצונית והתגלמותו עקב כך בעולם המציאות. מבחינת דיני העונשין, הסכנה לציבור נוצרת רק כאשר האדם מוכיח כושר להוציא מן הכוח אל הפועל את יחסו השלילי כלפי הערכים המוגנים, ואילו הפגיעה בערכים אלה עשויה להיגרם רק עקב התנהגות מעשית של בני אדם.

אף בעבירות בהן ביקש המחוקק למנוע דברים שבלב, היסוד ההתנהגותי אינו נעדר לחלוטין. כך, לדוגמה, בעבירות של הזדהות עם ארגון טרור או אהדה לו נדרש מעשה גלוי ואף יסוד של פומביות (ראה ס' 4(ז) לפקודת מניעת טרור, התש"ח – 1948, וכן סעיף 251(ב)(4) לצו בדבר הוראות ביטחון וכן ראה סעיף 24 לתזכיר חוק המאבק בטרור, התש"ע – 2010). באופן דומה ובקשר ישיר לענייננו עבירת קשירת הקשר מטילה אמנם איסור פלילי בשלב מוקדם ביותר של העשיה העבריינית, כאשר טרם נעשה מעשה גלוי לביצוע העבירה, אך גם כאן הסנקציה מכוונת כלפי התארגנות של שניים או יותר, בעוד התארגנות דומה של יחיד אינה נופלת תחת האיסור הפלילי, בהיותה כל כולה בתוך מוחו של האדם ונעדרת מעשה חיצוני.

פרופ' פלר ביקר את סעיף 4(ז) לפקודת מניעת טרור. לטעמו, על אף שסעיף זה כולל דרישה לאלמנט התנהגותי ("מעשה גלוי"), הוא מרחיב את האחריות הפלילית מעבר למידה. לדעת פרופ' פלר, על אף שמדובר בעבירה הקשורה לתחום הטרור, קיימת חשיבות לשמירה על גבולותיהם של דיני העונשין, זאת יהיה יחסינו האידיאולוגי והמוסרי כלפי מי שמגלה הזדהות עם ארגון טרוריסטי או אהדה כלפיו אשר יהיה (פלר, חלק א, עמ' 32).

ביקורת דומה עולה באופן מובהק כאשר מבקשים אנו לחייב אדם באחריות פלילית מבלי שמתקיים אצלו כל יסוד התנהגותי מוחשי. בשונה מהאפשרות להעמיד לדין את ראש ארגון הטרור על אמירות או על פעולות שנעשו לעידוד מעשי טרור, חיובו בדין בשל מעשים שנעשו ללא מעורבותו אינו מתיישב עם העיקרון האמור.

הטלת אחריות על ראשי ארגוני טרור באזור – היבטים עקרוניים ומעשיים

בדברינו דלעיל עמדנו על עקרונות המשפט הפלילי העשויים להשפיע על ההחלטה להטיל אחריות פלילית על ראש ארגון טרור בגין מעשים שנעשו על ידי הכפופים לו.

לא יהיה חולק כי הטלת אחריות כאמור מעוררת קשיים לא מבוטלים. כפי שהובהר, הטלת אחריות כאמור פירושה חיוב אדם מבלי שנתקיים לגביו כל רכיב התנהגותי. ודוק, בשונה

מהמשדל או המייעץ אשר תורמים תרומה מעשית ישירה לביצוע העבירה, במקרה בו לראש הארגון לא היה יד ורגל במעשה ספציפי, הדבר מנוגד, לכאורה, לעקרון עליו עמדנו, לפיו לא תתכן הטלת אחריות פלילית ללא רכיב התנהגותי כלשהו.

ניתן לומר כי הכוונה או עידוד כלליים מספקים את היסוד ההתנהגותי הנ"ל. סבורני, כי יקשה לקבל פרשנות שכזו. זאת לנוכח העיקרון השני עליו עמדנו, הוא עקרון האשמה. אמת, אין נדרשת ידיעת כל פרטי העבירה על מנת לחוב באחריות לביצועה. עם זאת, עקרון האשמה מחייב עמידה בסף ידיעה כללית הקשורה לעבירה הספציפית. ריקון רכיב זה, פירושו ביטול עיקרון האשמה, שכן אם נבוא לחייב אדם בגין עבירה אשר לא היה מודע כלל להתרחשותה, נמצא פוגעים בכלל הבסיסי לפיו ללא יסוד נפשי מינימאלי אין מתקיימת אחריות.

זוהי בתמצית הביקורת העיקרית אותה ניתן להעלות אף נגד דוקטרינת "אחריות הבכירים" או צורות אחרות של הרחבת אחריות על ראשי ארגוני טרור תוך זניחת הצורך ביעד מוחשי.

המדובר באחריות אמורפית, ללא גבולות – לא עובדתיים ולא נפשיים. כך, בהעדר הגדרה ברורה של בעל המעמד, עלולה להיות מורחבת האחריות אף על נושאי משרה זוטרים ביותר בארגון, אשר מידת השפעתם על מתווה הפעילות מצומצמת. התחולה הארגונית אף היא עמומה, ובדומה לאשר ארע [בחוק המאבק בארגוני פשיעה](#), עלולים אנו להימצא בפני דרישה להטיל אחריות אף על ראשי ארגונים שלפי אופיים אינם מציבים סיכון ביטחוני ייחודי. כך ראינו לאחרונה רצון להגדיר מחדש את הפרות הסדר המאורגנות כ"פעילות חבלנית עוינת עממית" ובכך להחמיר את הטיפול המשפטי בקבוצות העוסקות בכך. לו יצויר כי תוטל אחריות בכירים, האם תדרוש התביעה להטיל אחריות במסגרת זו על נער אשר קיבץ כמה מחבריו והקים יחד עימם חוליה מקומית שמטרתה יידוי אבנים? נראה כי לא לכך מכוונת הדוקטרינה, אך בהעדר אפשריות תחימה מדויקות כאמור, היא עלולה לתפוס ברשתה עבריינים לא מעטים מן השורה, תוך פגיעה אנושה בעקרונות דיני העונשין.

היסוד הנפשי הדרוש אף הוא חורג מכל הבחינות מהעקרונות המוכרים לנו מדיני העונשין, שכן בעוד שבעבירות נגזרות נדרש יסוד נפשי כפול (זה המכוון כלפי התנהגות המבצע העקיף וזה מכוון כלפי העבירה עצמה), כאן מוטלת אחריות למעשה ללא כל יסוד נפשי מוחשי ומדיד.

ואם כך במישור העקרוני, דומני כי המציאות באזור אף היא מעוררת שורה של שיקולים נוספים המקשים על הטלת אחריות פלילית על ראשי ארגוני טרור.

בשונה מהמקובל בכוחות צבאיים, אשר מטיבם הינם מערכות בהן קיימת הירארכיה ברורה וסדורה, המציאות באזור לימדה אותנו כי בארגוני טרור קיים לרוב קושי משמעותי להוכיח שרשרת הירארכית של ממש. לעיתים קרובות מתאפיינת ההתארגנות הטרוריסטית במקומיות. בהתארגנויות על רקע הקשר מקומי פעמים רבות כלל לא ניתן להצביע על "מפקד" או אחראי על יתר הפעילים. אך גם בקבוצות החורגות מההתארגנות המקומית ומשתייכות לתנועות מאורגנות יותר, אין מתקיימים יחסי מפקד-פקוד ברורים בין שרשרת הפעילים, עד כי ניתן להוכיח שהוראותיו של פלוני הן אלה שהביאו בסופו של יום למעשיו של אלמוני. ההפך הוא הנכון. נדונו

על ידינו מקרים לא מעטים בהם אדם פעל תחת אחריותם של יותר מגורם יחיד, ולעיתים אף תוך התעלמות מדבריו של הממונה עליו, וזאת לאו כחריג העשוי להתעורר גם בצבאות של ממש.

זאת ועוד, בהעדר מסגרת פורמאלית היוצרת מחויבות, הקשרים המתקיימים בין פעילים שונים בארגון נזילים הרבה יותר, היקפם עלול להשתנות ואף להיפסק כליל, וכך אף המעמדות בתוך הארגון מוגדרים הרבה פחות ועשויים להשתנות בקלות.

יש לסייג ולומר כי הדברים האמורים מתייחסים להתארגנויות הטרור הפועלות באזור כפי שבאו לידי ביטוי בשנים האחרונות, כאשר יתכן בהחלט כי במקומות אחרים לבשו ארגוני הטרור דמות של מערכת צבאית או מעין צבאית, המקרבת אותם עד מאד למסגרות אלה (ראה המציאות המתקיימת היום ברצועת עזה). אלא שככל שמערכת היחסים בין האחראי לבין האורגנים השונים בהתארגנות זו או אחרת פלואידיים, יקשה להטיל אחריות על הדרג האחראי, הנעדר זיקה למעשה הספציפי ואשר אף שליטתו במעורבים מוגבלת.

על כל אלה יש להוסיף כי הרחבת האחריות הפלילית תוך מתיחת היסודות הנפשיים וההתנהגותיים עד לקצה גבול היכולת, טומנים בחובם סיכון רב לאיזון אותו מבקש החוק הפלילי ליצור בין האינטרס הציבורי לזכויות הפרט. כפי שנאמר, החוק הפלילי קובע מערכת נורמטיבית המבטאת את ערכי החברה. בשנים האחרונות, בעקבות גילויי הטרור השוטפים מקומות רבים על פני תבל, ניכר הרצון להטות את כף המאזניים תוך מתן משקל משמעותי יותר להגנה על הציבור. במטוטלת המתקיימת בין זכויות הפרט לאינטרס הציבורי, הנטיה היא להעניק את הבכורה לשיקול השני. מגמה זו אינה ייחודית לנושא הטרור, כאשר היא באה לידי ביטוי גם בכל הקשור לארגוני פשיעה, אשר אף הם נתפסים כמצביעים סיכון כמעט קיומי על החברה (ראה מחקר משפט משווה בנוגע לחמש מדינות אירופאיות וארה"ב בספרה של M. L. Cesoni לעיל בעמ' 38).

אלא שלא ניתן להתעלם מהמחירים הנלווים להטיה זו של הכף. לרוב, מתבטא הדבר בצמצום משמעותי של זכויות הפרט, הן במישור הדיוני והן במישור המהותי. לטעמי, יש לראות חומרה יתרה בסטיה מעקרונות מושרשים של המשפט הפלילי, אשר נועדו להבטיח אינטרסים יסודיים של הפרט בכל חברה נאורה. עקרונות אלה נקבעו בתום מאות ולפעמים אלפי שנים של התפתחות חברתית, ומן הצורך לנהוג זהירות מפולגת בבואנו לשנותם בחקיקה.

הדברים אמורים במיוחד כאשר ספק אם השינויים דרושים.

ניטש ויכוח לא קל בשאלה עד כמה ניתן לטפל טיפול יעיל בתופעות טרור שונות באמצעות כלי המשפט הפלילי המקובלים. אין כאן המקום להפליג למחוזות רחוקים ולבחון שיטות משפט אחרות. ככל שהדבר מתייחס לנעשה באזור, לעניות דעתי, ניתן לומר שהמערכת המשפטית עמדה באתגר בפניה ניצבה, כאשר, באמצעים המשפטיים שעמדו לרשותה, תרמה את תרומתה לאכיפת חוק וסדר ולמיגור הטרור הרצחני לו היינו עדים החל מאירועי ראש השנה 2000.

אין להתכחש לכך שהטיפול המשפטי כלל שימוש לא מבוטל באמצעים מנהליים, אשר בלעדיהם ספק אם התופעה הטרוריסטית הנרחבת הייתה מצטמצמת להיקפים הקיימים היום.

יחד עם זאת, יש לזכור כי על אף הקושי להתמודד עם איומים שמדינת ישראל לא הייתה מורגלת להם, המצב מאז סוף שנת 2000 לא הביא לשינויי חקיקה נרחבים, אלא להיפך. המחוקק ובתי המשפט פעלו כל העת לצמצום הפער שהתקיים בין המשפט באזור ובין המשפט הישראלי, צמצום אשר היטיב משמעותית עם זכויותיו של הפרט. כך, מלבד תיקונים ספורים הקשורים להליכי המעצר והחקירה טרם הגשת כתב אישום שהרעו נקודתית זכויות חשודים (תיקון צו 1500 בעת מבצע חומת מגן ותיקון 95 לצו בדבר הוראות ביטחון, אשר שניהם הוגבלו מאוד בפסיקת בית המשפט העליון או בעקבותיה [בבג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל](#), [פורסם בנבו] תק-על 12003(1), 937 בעניין צו 1500, וב**בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] תק-על 2010(1), 6850 וראה גם [ע"מ 4757/07 עבד אל עזיז נ' התוב"ץ](#) [פורסם בנבו] בעניין תיקון 95), נכנסו לתוקף שורה של תיקונים שהסיטו את נקודת האיזון תוך הדגשה של זכויות הפרט ועוד היד נטויה (לדוגמה: קציבת תקופת המעצר עד תום ההליכים לשנתיים וקביעת ביקורת עיתית לעצור מעבר לשנתיים (תיקון 86), הגדרת תקופת המעצר טרם הגשת כתב אישום (תיקון 87), ניתוק המערכת השיפוטית מהפרקליטות הצבאית והקמת ועדה למינוי שופטים (תיקון 89) עיגון סמכות בית המשפט הצבאי לערעורים לדון בעתירה לגילוי ראיה חסויה (תיקון 90), סמכות העיכוב (תיקון 93), קביעת חובת נוכחות של חשוד בדיוני המעצר בעניינו (תיקון 95), פיצוי בגין מאסר או מעצר לנאשם שזוכה (תיקון 98) והקמת בית משפט הצבאי לנוער (תיקון 109), הרשעה בעבירה על פי עובדות שלא נטענו הכתב באישום (תיקון 111)).

כך אף ביתר שאת בפועלם של בתי המשפט הצבאיים, אשר בהלכותיהם קירבו בין הדינים וביצרו את השמירה על זכויות הפרט גם באזור (ראה [נתנאל בנישו](#) "המשפט הפלילי באזורי יהודה השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות" **משפט וצבא** י"ח 293 (2005)). הדוגמאות בפסיקה רבות מספור והן נוגעות לזכויות נאשמים בהליכי המעצר, נוכחות, עומק הביקורת השיפוטית, זכות ההיוועצות, התחשבות בקטינות, הגנות מהותיות ודרכי הוכחתן, דיני ראיות, תיעוד החקירה, זכות העיון, ענישה ועוד.

בעיניי, מערכת המשפט באזור הינה, על כן, דוגמה טובה לטיפול יעיל בתופעת הטרור באמצעים הפליליים המסורתיים העומדים לרשותן של מדינות דמוקרטיות.

לאור האמור, סבורני, כי גם במישור המעשי, הפגיעה הלא פשוטה בעקרונות היסוד של המשפט הפלילי אינה מידתית לתועלת שהעשויה לצמוח מהרחבת האחריות כאמור.

לא זו אף זו, כי נטען לא אחת שאימוץ הלכות ייחודיות לטיפול בטרור, המדגישות את האינטרס הציבורי על פני זכויות הפרט, סופן לחלחל אף אל ההליכים הפליליים "הרגילים" (ראה מאמרו של אורן גרוס "על טרוריסטים ועבריינים אחרים: השפעתם של מצבי חירום על מערכת המשפט הפלילי – מחזה בשלוש מערכות" **מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית** (2001) עמ' 409). אמנם, למיטב ידיעתי, לא היינו עדים לזליגה של הסדרים משפטיים ייחודיים לאזור אל החקיקה הישראלית, שכן כאמור בולטת מגמה הפוכה. אולם, המדובר בנטיה העשויה להתממש (ולראיה הקריאות שנשמעו לעשות שימוש במעצר מינהלי גם נגד עבריינים פליליים).

על כל אלה יש להוסיף כי אין המדובר בסיטואציה בה יצא ראש ארגון הטרור נקי. קיימות בחוק הישראלי ובחקיקת האזור שלל הוראות המטילות עונשי מאסר כבדים בגין נשיאת משרה בהתאחדות בלתי מותרת. אין ספק, כי אופי המשרה, מידת ההשפעה של המחזיק בה ומידת תרומתו הרעיונית לביצוע עבירות הינם חלק מהשיקולים העשויים להביא להחמרה בענישה במסגרת סעיפי חוק אלה.

בכך יבוא לידי ביטוי האשם המוסרי של ראש ארגון טרור כלפי המעשים שבוצעו בהשראתו אך ללא מעורבותו, להבדיל מאשמו הפלילי שאינו מתקיים במקרה שכזה. בכך טמונה התשובה לביקורת שהושמעה נגד גישה זו, לפיה היא מבקשת להתחשב באותן עבירות למרות שאינה מתקיימת לגביהן אחריות פלילית. ואכן, לגישתי, מוצדק יהיה להטיל ענישה מכבידה לא רק מתוך התחשבות במידת בכירותו של ראש הארגון והשפעתו על ביטחון האזור, אלא גם מתוך רצון לבטא את אותו אשם מוסרי עליו עמדנו.

סיכום

בית משפט קמא ביקש להשתית את אחריותו הפלילית של המערער לפיגוע שבוצע בצומת מירון הן על מעורבותו הישירה בפיגוע והן על "אחריות מפקדים" המוכרת במשפט הצבאי והבינלאומי.

לא ניתן להתעלם מהצורך לבחון את שאלת הרחבת האחריות אליה כיוון בית משפט קמא. המלחמה בטרור בה נתונה מדינת ישראל בשנים האחרונות גבתה מחיר נורא בחיי אדם, בשלומם של פצועים, ובשיבוש רחב היקף של החיים התקינים במדינה. גם אם לעת הזאת קצת פחת גובה הלהבות, פיגועי הטרור אותם חווינו ובהם אנו עוסקים עד היום מהווים זיכרון טרי המחייב בדיקה אמיצה של התאמת הכלים המשפטיים הקיימים בידי גורמי האכיפה ולבית המשפט למימוש מחויבותם להגנה על החברה ולשמירת הביטחון.

איננו נמצאים לבד במאבק המתמשך האמור. פיגועי טרור הפכו למציאות רחבת היקף על פני הגלובוס כולו, עד כי ניתן לראות בה שיטת המלחמה העיקרית עימה נדרשים משטרים, צבאות וכוחות ביטחון להתמודד. מתוך כך עלה הצורך לבחון, כאמור, את שאלת אחריות הפלילית של ראשי ארגוני טרור על מעשים שנעשו על ידי הכפופים להם ללא מעורבותם.

בדברינו דלעיל סקרנו בהרחבה את האופנים השונים להטלת אחריות פלילית נגזרת ואף עמדנו על דוקטרינות שונות להרחבת האחריות כך שתחול על ראשי ארגונים כאמור. עמדנו על כך כי בכלים המשפטיים הקיימים היום, לא תיתכן הטלת אחריות ולו נגזרת ללא מעשה וללא אשמה. הגישות המבקשות להרחיב את האחריות מחייבות סטיה משמעותית מעקרונות יסוד אלה של הדין הפלילי. לעמדתנו, קיים קושי בולט בפגיעה כה משמעותית באותם עקרונות במישור הנורמטיבי, אך גם במישור המעשי. על רקע זה יש, לטעמי, לשלול פניה לחקיקה שיפוטית להרחבה בלתי מבוקרת של האחריות הפלילית בניגוד למסגרת הדין כפי שהותוותה על פני דורות.

לצד האמור, נשאלת השאלה האם תהיה הצדקה לחקיקה של ממש. עמדנו על הסדרים חוקיים שונים שביקשו להרחיב את האחריות. כאמור, אף אלה נגועים בקשיים עליהם עמדנו. עם זאת,

אין להתעלם מהתפיסה המתגבשת במשפט הבינלאומי לפיה מורחבות גבולות האחריות הפלילית על מפקדים במסגרות צבאיות ואזרחיות תוך שמירה על יסוד עובדתי (אף אם במחדל) ויסוד נפשי (עצימת עיניים או רשלנות). בעיניי, גם אפשרות זו מעוררת קושי רב, אם כי ראוי שתיבחן על ידי המחוקק.

אם כן, מה נותר בידינו לעשות על מנת להביא לידי ביטוי את אשמתו המוסרית של מי אשר תחת הנהגתו בוצעו מעשי טרור? לטעמי, הפיתרון לשאלה זו נעוץ בייחוס עבירות ספציפיות, שאינן חסרות בדין הישראלי ובדין האזור, תוך פירוט מעשיו של נושא המשרה והמעשים שבוצעו בהשראתו, וקביעת מידה עונשית המבטאת את הפסול המוסרי שבמעשיו.

לטעמי, דרך זו מגלמת בדיוק רב יותר את מידת אחריותו של ראש הארגון או נושא המשרה כמי שהנהיג את הארגון וחלש על פעילותו, אך לא היה מעורב באופן ישיר במעשה העבירה. זוהי אכן אחריותו המשפטית של אותו אדם כפי שהיא מתחייבת על פי העקרונות המקובלים של דיני העונשין, אשר קיים אינטרס עצמאי על שמירת מסגרתם.

באשר לעונש

משקבענו כי המערער חב אחריות לכלל העבירות שיוחסו לו וביניהן שותפות לגרימת מותם בכוונה של תשעה בני אדם ולפציעתם של רבים אחרים בפיגוע תופת באוטובוס קו 361 בצומת מירון ביום 4/08/02, מתבקשת המסקנה העונשית אשר נקבעה על ידי בית משפט קמא, קרי הטלת תשעה מאסרי עולם מצטברים אשר יבטאו את אובדנם של תשעה עולמות שלמים.

לנוכח האמור יש לדחות אף חלק זה של הערעור.

סוף דבר

נוכח מסקנותיי דלעיל, יש לדחות את ערעור הסנגוריה על שני חלקיו.

האב"ד אל"ם א' וולף:

אני מסכים.

השופט אל"ם מ' תירוש:

אני מסכים.

הוחלט כאמור, בפסק דינו של המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישו.

ניתן והודע היום, 7 בספטמבר 2011, חי באלול התשע"א, בנוכחות המערער, ב"כ המערער והתוב"ץ.

(-)

(-)

(-)

אלי וולף 54678313-1643/05

שופט

אב"ד

שופט

רמ"שית: שמ (7.8)

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן