

האם עוד קיים "דין קשר" נוסף על דין הקשר?
אגב ע"פ 1710/95, 1779/95 — בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו*

מאת

ש"ז פלר**

1. דין הקשר בלי מרכאות הוא אותו דין קשר שאליו מתייחס בדרך-כלל כל סעיף האוסר על עבירה פלוגית תוך קביעת העונש בגין עשייתה, לאחר שהוא מגדיר אותה. כך נאמר גם בסעיף 499(א) לחוק העונשין¹, הדין בעבירה של "קשר לפשע או עוון". והרי לשון הסעיף: "הקושר קשר עם אדם לעשות פשע או עוון... דינו — (1) אם העבירה היא פשע — ... (2) אם העבירה היא עוון — ..."

בפסק-דינו המעניין והמנומק מתייחס השופט ד"ר ע' מודריק בעניין כהנא פעמים מספר גם ל"דין הקשר" — כך, במרכאות — כביכול הנוסף וה"מצומצם", מלבד זה שנקבע — בדרך-כלל לגבי מידת העונש הנקצבת לכל עבירה פלילית עם הגדרתה — בסעיף קטן (א) לסעיף 499 הנזכר לעיל, לעבירה של קשירת קשר.

והרי, בקיצור, פירוט גישתו של השופט תוך הצמדתה לנסיבות העניין בהתאם לממצאי פסק-הדין מפרי עטו. המערערים בעניין כהנא, המתגוררים בכפר תפוח שבשומרון, קשרו קשר ביניהם לערוך "סיור" ביחד עם מספר נוסף לא מבוטל של חברים אחרים, ביום הפורים בכפר ערבי סמוך, כפל חרס, כדי להפגין את האדונית היהודית על האזור. כשנחסמה כניסתם לכפר על-ידי כות צבאי, הם התפצלו לקבוצות קטנות שהתאחדו שוב בכניסה לכפר ערבי אחר, כפר קירה, הסמוך. שם החלו להתפרע, מי מהם יידו אבנים לעבר בתי מגורים של המקומיים וניפצו שמשות, אחרים פרצו

* ע"פ 1710/95, 1779/95 מ"י ג' כהנא ואח' (טרם פורסם).

** פרופסור אמריטוס, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ס"ח 864, עמ' 226.

בפטיש את דלת הכניסה למסגד, אחדים חדרו לחדר התפילה הפנימי, השחיתו ספרי דת והשליכו שטיח אל מחוץ למסגד; היו כאלה שעלו על גג המסגד, פרצו בשירה וריקודים והפילו את מערכת הכריזה שעל הגג. כל אלה הוכחו כהלכה והוגדרו כעבירות לפי הסעיפים 157 (התפרעות שטופה נזק), 170 (עלבון דת) ו-406(ב) (התפרעות לבית-תפילה), לחוק העונשין. גם קשירת הקשר לבצע מעשים אלה זכתה לראיות הולמות.

אחת הטענות שהושמעו בפני בית-המשפט על-ידי המערערים, מבוססת על כך שלא הוכח "מי" מבין המערערים ביצע "מה" מבין המעשים המיוחסים להם. אמנם, לפי החוק, קושר קשר יישא באחריות פלילית גם לעבירה שלשמה נקשר הקשר אם היה צד לעשייתה; אך לא הוכח שאיש מהם היה צד לעשיית המעשים המיוחסים להם במעמד של "מבצע". לכן, יש לזכותם מן ההאשמה בעבירות אלה. אשר לטענה זו קבע השופט מודריק כי אף אילו ראה בכל אחד מן המערערים "מסייע בלבד", הרי החוק מתייחס לכל צד לעשיית העבירה — כולל במעמד זה של מסייע בלבד — ואשר ל"אחריות לה" — לאותה עבירה — שומר עדיין החוק על "האחריות הסולידרית" של הקושרים, כ"מבצעים בצוותא", אפילו נטלו חלק בביצועה במעמד של מסייעים בלבד, וכמוכן בכפוף לכך. בכך, גורס השופט "דין קשר" — במרכאות — נוסף ו"מצומצם", כאמור — "נוסף" על דין הקשר מכוח סעיף 499(א) לחוק העונשין, בכך שדין "מסייע מיוחד" זה יהיה כדין המבצע, ולא כדין מסייע רגיל, ו"מצומצם", למסייע בלבד, שנטל אפוא חלק בפועל בעשיית העבירה, ולא גם לגבי "מבצע" אשר אינו נדרש לדין נוסף; ואילו לגבי גורלו של "משדל" ששידל את חברו לקשר לממש את מטרת הקשר, הוא נשאר בגדר נעלם.

2. השופט מודריק לומד על התקיימות של "דין קשר" נוסף, אמנם "מצומצם" לדעתו בהשוואה עם "דין הקשר" ההלכתי, ששרר בטרם תחילתו של תיקון מס' 39 לחוק העונשין², מסעיף קטן (ב) שהוסף בתיקון זה לסעיף 499, ושזו הוראתו:

(ב) הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן ב' לפרק ה'³.

האם הוראה זו אינה מחייבת מסקנה הפוכה, פסילה דווקא של כל "דין" נוסף — על זה הרגיל האמור בהוראת סעיף קטן (א) — בנוגע לאחריותו הפלילית של קושר לקשירת הקשר? במלים שאינן משתמעות לשתי פנים הובהר, כי הקושר יישא באחריות פלילית

2 ס"ח 1481, עמ' 348.

3 סעיף קטן זה הוכנס לסעיף 499 לחוק העונשין, בתיקון מס' 39 לחוק זה (ס"ח 1481).

גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, "רק אם היה צד לעשייתה". זאת כמובן בהתאם להוראות הרגילות, המבחינות בין הקטיגוריות השונות, האפשריות, של "צדדים לעבירה" רבת-משתתפים לפי תפקידיהם — "מבצע", "משדל", "מסייע" — בעשייתה, והמסדירות את האחריות הפלילית לה, הנבדלת בהתאם למעמד זה, כאמור בסעיפים 29-34 לחוק העונשין, הדנים בסוגיות אלה.

היה זה דבר מובן מאליה גם ללא הוראה מיוחדת, ובכל-זאת הבהרה זו היתה נחוצה בשל ההלכה עתיקת-הימים של בית-המשפט העליון משנות החמישים, שקבעה כי הקושרים אחראים אחריות סולידרית לכל עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו על-ידי אחד מהם, אפילו אם כוצעה "בהיעדרם" של הקושרים הנותרים "ובלי ידיעתם מראש"⁴. הלכה זו, שהיתה נטולת תשתית בחוק התורות, זכתה בזמנו לביקורת⁵, אך בכל-זאת נחשבה כ"דין הקשר", נוסף על דין הקשר האמור בסעיף 499 לחוק העונשין, והופעלה בעקביות בפרקטיקה השיפוטית. כדי להפסיק את הפרקטיקה הזאת בא תיקון מס' 39 לחוק העונשין⁶ והוסיף, בסעיף 499 לחוק, את הוראת סעיף קטן (ב) ה"ל, שבה המחוקק ביטל במפורש וללא כל סייג את "דין הקשר", אשר בו נקבעה בזמנו האחריות הסולידרית האמורה של קושרים. ראוי להבחין, כי הביטול אינו מתייחס לחיקוק נתון כלשהו, אך זאת רק משום שאותו "דין הקשר" היה, פשוטו כמשמעו, נטול תשתית נורמטיבית בחיקוק כלשהו. עקב כך הביטול הוא בלתי-מזוהה מבחינת מושאו הנורמטיבי, ועם זאת גם בלתי-מסויג מבחינת היקפו. הוא אינו משאיר כל שריד מ"דין הקשר" המבוטל וגם אינו מקים שום "דין קשר" — במרכאות כמובן — סמוי אחר. זאת, כשהוא קובע כי מלבד אחריותו הפלילית של קושר לעבירה הקשר שעבר, עליו לשאת באחריות על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו רק אם היה צד לעשייתה ולפי תפקידו בעשייתה. כלומר: אחריות לתרומתו האישית בלבד, ולפי מהותה בלבד, ואין עוד אחריות סולידרית של קושרים ולא "דין קשר" אחר, מלבד דין הקשר, בלי מרכאות, כאמור בסעיף קטן (א) לסעיף 499 לחוק העונשין. לשם איתור תכליתה התחיקתית של הוראת סעיף קטן (ב) לסעיף 499 האמור, די בלשון הברורה בלבד של ההוראה, בלי להסתייע גם בדברי ההסבר⁷, שליוו את הוספתה בסעיף זה; ובכל-זאת ראוי לדעת כי אף לפי דברי הסבר אלה, הוראה זו —

4 ע"פ 129/54 גולדשטיין נ' היתה"מ, פ"ד י 505, 516.

5 ראו, למשל, ש"ז פלר "אחריות פלילית ללא מעשה, על-סמך מה?" הפרקליט כט 19; לוי ולדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א) 481-484.

6 סעיף 6 לחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (ס"ח 1481, עמ' 348).

7 ה"ח 2098, עמ' 115, 141.

מגמתה ביטול ההלכה הפסוקה לעניין אחריות סולידרית של קושרים. על-פי ההלכה האמורה, אחראי כל אחד מהקושרים קשר על-פי סעיף 499 לחוק העונשין, לכל עבירה שנעברה בידי כל אחד מהם לשם קידום מטרת הקשר, אפילו נעברה בלא השתתפותו וללא ידיעתו מראש.

על "ביטול" מדובר ברחל בתך הקטנה, וכלל לא על "צמצום" ועל "ביטול" ללא השארת שריד כלשהו. מהיכן שאב השופט ד"ר מודריק את ה"צמצום" לא ניתן לגלות, ויש מאין אין לברוא!

ואילו סבר השופט כי גרסתו היא פרי פרשנות לגיטימית של הוראת סעיף 499(ב) לחוק העונשין, סעיף 34 לכא לחוק זה מצווה עליו לפרש דין בתחום הפלילי בכפיפות ל"תכליתו" — ומה היתה והנה תכליתו הברורה של הדין שנחקק בסעיף 499(ב), כבר ראינו — וכן להעדיף את "הפרוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". למרות זאת הכריע השופט את הדין בכיוון ההפוך דווקא — יצר אחריות פלילית במקום שבו היא נעדרת, או, בנוסח מתון יותר, הכפיל את עונשו של אדם שהוכר כמי שפעל במעמד של מסייע, בקובעו לו עונש של מבצע.

ברם, גם מלותינו דלעיל בנוגע למלאכת הפרשנות מיותרות לחלוטין, שכן פרשנות מתחייבת רק במקרים שבהם דין ניתן "לפרושים סבירים אחדים", כאמור בסעיף 34 לכא הנזכר לעיל; ואילו הדין שנקבע בהוראת סעיף 499(ב) לחוק העונשין אינו ניתן אלא לפירוש סביר אחד ויחיד; ביטול בלתי-מסויג ומלא של האחריות הסולידרית, שהיתה רובצת על קושרים קשר פלילי מכוח ההלכה, בטרם תחילתה של ההוראה. אם יש עוד צורך לחזור על דברים שמזדקקים לעין כול אומר גם את זאת: ההפניה בסעיף 499(ב) לסימן ב' בפרק ה', הדין ב"צדדים לעבירה", מחייבת להתחשב בגבולות מעמדו של כל צד לעבירה לפי תפקידו ואחריותו הנבדלים, בהתאם להוראות אותו סימן.

3. לפי האמור לעיל, לא נותר אלא לתמוה על גישת השופט ד"ר מודריק לעניין "האחריות הסולידרית של קושרים" לעבירות שנעברו במהלך מימוש מטרת הקשר, לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין.

(א) ראשית כול, כזכור, לדירדו של השופט, הדין החדש "צמצם" מאוד את היקפה של האחריות הסולידרית של קושרים. עקב כך, בהמשך פסק-דינו השופט מוסיף להתייחס ל"דין הקשר", כמובן המצומצם שלאחר התיקון, אבל עדיין במתכונת המושגית של "האחריות הסולידרית של קושרים". כאמור, אין זה אפשרי לאתר את יסודה הנורמטיבי או אף הפרשני של גישה זו, לפי ההוראה החדשה, המפורשת, החד-משמעית והברורה שבסעיף 499(ב) לחוק העונשין, הקובעת כי קושר קשר יתן את הדין מכוח מעמד זה על עבירת הקשר בלבד; ואילו על כל מימוש עברייני של מטרת הקשר הוא ישא באחריות פלילית רק אם היה צד למימוש ובהתאם למעמדו בו. זאת, לפי כללי

השותפות הרגילים בלבד, על ההבחנות הפנימיות שבהם. ההוראה החדשה האמורה לא השאירה שריד כלשהו מן "האחריות הסולידרית", שהונהגה בעבר על ידי ההלכה הפסוקה.

(ב) נניח שעבירה פלונית רבת-משתתפים נעברה ללא קשירת קשר ביניהם בטרם נעשתה או שהם טחם הואשמו בעבירה זו מבלי שיוחסה להם גם עבירה של קשירת קשר. הם אמורים לשאת באחריות פלילית לעבירתם בין השאר גם לפי ההבחנות האמורות בהוראות סימן ב, הדין ב"צדדים לעבירה" לפרק ה לחוק העונשין, ותו לא. מה מחייב לגרוס אחרת אם מייחסים להם גם את העבירה של קשירת קשר, לבר ממתן תשובה לשאלה של האחריות הפלילית גם לעבירה זו? בין ההבחנות הבסיסיות הנזכרות היא גם זו שבין "מבצעים בצוותא", "משדלים" ו"מסייעים" ואחריותם הפלילית הנבדלת של המשתתפים, לפי מעמדם זה במסגרת אירוע עברייני רבת-משתתפים. סיווג זה מחייב יישום נכון של ההגדרות הכלולות בסעיף 29(ב) לחוק העונשין הדין ב"מבצע בצוותא", בסעיף 30 לחוק זה הדין ב"משדל" ובסעיף 31 לאותו חוק הדין ב"מסייע".

דרך אגב, הגדרת המבצע בצוותא היא, תוך השתקפות טבע הרברים, מקיפה. אין כל דרישה שחלקו של כל אחד מן המבצעים בצוותא יפול כשלעצמו לגדר איסור פלילי. סעיף 29(ב) לחוק העונשין מתייחס לעשיית "מעשים" לביצוע העבירה, אשר יכולים להיות כשלעצמם גם נטולי משמעות פלילית עצמית. נוסח ההגדרה הוא חד-משמעי לענין זה. אין בהגדרה זו גם כל תנאי לענין "מקום" או "זמן" של עשיית המעשים העשויים להימנות עם מהלך הביצוע הישיר, כי "זירת" עשיית העבירה וגורם "הזמן" שבו אירע תהליך עשייתה הם, בעידן המודרני הטכני, מושגים טעונים פרשנות לפי נסיבותיו של כל ענין. אמנם, בע"פ 1632/96⁸ סבורה השופטת ד' דורנר בפסק-דינה, כי

אין אחריות המבצע בצוותא מצומצמת למעשה פלילי מסוים... [וכן] השתתפות בביצוע התוכנית הפלילית היכולה להיות מורכבת ממעשים פליליים אחדים, שכל אחד מהם מהווה עבירה כשלעצמו (ההדגשות הוספו).

הציטטה מאזכרת גם בפסק-דינו של השופט ד"ר מודריק, אך לנו נדמה כי דברי השופטת דורנר בציטטה זו הושפעו יתר על המידה מן המשל המובא מיד אחריהם:

כך, למשל, [היא כותבת] שוד בנק יכול להתבצע על-ידי כמה אנשים, שחלקו של כל אחד מהם מהווה עבירה: שותף אחד פורץ את הדלת, השני מאיים בנשק על הקופאית, השלישי מכה את השומר והרביעי נוטל את הכסף. כל אחד ממעשים אלה מהווה עבירה נפרדת. עבירת השוד

8 ע"פ 1632/96 משולם ואח' נ' מ"י, תקדין-עליון כרך 96(1), עמ' 267, 281.

מתהווה על-ידי שילוב מעשיהם הפליליים של השותפים (ההדגשות הוספו).

אכן, עבירת השוד היא מסוג "העבירות המורכבות מכוח החוק"⁹, אך אף עבירה זו אינה תמיד מורכבת רק מביטויי התנהגות העשויים להצמיח כשלעצמם גם עבירות נפרדות. אולם החשוב הוא שסעיף 29(ב) לחוק העונשין אינו יוצא מהנחה כזאת, ואילו אם מדובר בעבירה רבת-משתתפים, אם מן הסוג המיוחד של "העבירות המורכבות" ואם מכל סוג אחר, ומתעוררת שאלת המעמד הספציפי של צד זה או אחר באירוע העברייני — אין לפליליות חלקו, כשלעצמו, של אותו צד, משמעות מכרעת. המעמד יכול להיות של מבצע בצוותא, גם כאשר לחלקו, כשלעצמו, אין פליליות משלו. במקרה זה אין הוא הופך באורח אוטומטי ל"מסייע".

(ג) ואז מציע השופט ד"ר מודריק, שאם לביצוע עבירה רבת-משתתפים קדמה קשירת קשר פלילי בין הצדדים לשם עשייתה, כל צד ייראה כמבצע בצוותא, וזאת כמעין שריד של "דין הקשר" הנוגע ל"אחריות הסולידרית" של קושרים. נדמה לנו, כי מן הנמנע להצטרף לסברה זו.

(1) הסתייגותנו מסברה זו כרוכה לכאורה בראיית "האחריות הסולידרית" של קושרים כבבסיס הסברה; ולא הוא: קשירת קשר בין שני אנשים, או יותר, לביצוע עבירה פלילית, טומנת בחובה גיבוש מחשבה משותפת למימוש מטרת הקשר — כל אחד במעמד עתידי של מבצע ישיר, ברוח יצירתית, *animo auctoris*¹⁰. אם זוהי ההנחה הבסיסית, אין זה משנה — לפי הוראת סעיף 29(ב) לחוק העונשין — מה היה, מבחינה מעשית, חלקו של כל קושר במהלך מימוש אותה מטרה. היסוד הנפשי שהתלווה אל תרומתו המעשית הוא המחשבה המקורית, שלא ננטשה, ליטול חלק במימוש זה במעמד של מבצע בצוותא, והוא — היסוד הנפשי האמור — הוא זה הקובע את זהותו במסגרת הביצוע של מטרת הקשר, וזאת, אף כי אילו התלווה אל אותה תרומה מטרה לאפשר בלבד לאחר, את ביצוע העבירה, היתה נופלת התרומה לגדר התנהגות מסייעת; או, אילו בודדה אותה תמורה מתרומותיהם של המבצעים בצוותא הנותרים, היא היתה בגדר "מעשה" בלבד, שכל פליליות עצמאית נפרדת ממנו והלאה. וראו לעניין זה את הגדרת הסיוע לדבר עבירה בסעיף 31 ואת הגדרת הביצוע בצוותא בסעיף 29(ב) לחוק העונשין. יתירה מזו: ראיית חלקו של צד לעבירה כהתנהגות מבצעת עניינה אינו כלל האחריות הסולידרית של מבצעים, אלא מהות היסוד הנפשי שהתלווה אל תרומתו המעשית של הצד לביצוע העבירה. העובדה שיסוד זה יכול היה להתגבש בטרם השלב הביצועי של העבירה, במסגרת קשירת הקשר לבצעה, היא נטולת משמעות רלוונטית.

9 ש"ז פלר יסודות ביני עונשין כרך ג, בעמ' 78 והבאים אחריו.

10 ראו ש"ז פלר "הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עבירה" משפטים כ 232.

כאן מתבקשת הבהרה חשובה ביותר. אין באמור לעיל כדי לבטל, למעשה, את ההנחה של צד בעל מעמד של קושר-מסייע בלבד לעבירה שלשמה נקשר הקשר. האמור לעיל עשוי לספק בסיס לפתרון אך ורק באותם מקרי גבול של שמא "תוך ביצוע" ושמא "רק סיוע", מבחינת תרומתו של צד לעבירה להיווצרותה, במישור היסוד העובדתי שבה. הגבול, מבחינה זו, אינו תמיד חד; הוא יכול להיות מותנה במכלול נסיבות, עובדתיות ומנטליות לא פשוטות. במקרי גבול כאלה, משקלו של היסוד הנפשי שהתלווה אל תרומתו ההתנהגותית של האדם למהלך גיבוש העבירה עשוי להיות מכריע; פעל *animo auctoris*, הוא צד ישיד לגיבושה; פעל *animo socii* בלבד עקב שינוי בהלך-נפשו לגבי מהות תרומתו למימוש מטרות הקשר, הוא צד עקיף להיווצרותה, כלומר מסייע בלבד, למרות הלך-נפשו המקורי, בשעת קשירת הקשר, לשמש אף הוא מבצע עתידי של מטרת הקשר, ושוב, הכול מתייחס למקרי גבול בלבד במישור היסוד העובדתי שבעבירה — שמא סיוע, שמא ביצוע.

(2) ובכך ראוי להדגיש, כי ייתכנו מקרים שבהם מתחברים כמה אנשים באורח ספונטני במטרה לממש מזימה משותפת עבריינית. הם עושים זאת ללא קשירת קשר טרום-ביצועית, וכשתרומותיהם של אחדים מן הצדדים לאירוע העברייני רב-המשתתפים הולמות את הגדרת ה"מעשים" בסעיף 29(ב) לחוק העונשין, אף מבלי להיות, כשלעצמן, בעלות אופי פלילי. האם לא יפלו צדדים אלה לגדר "מבצעים בצוותא", כאמור בהוראת סעיף זה? התשובה היא חד-משמעית: הם יישאו באחריות פלילית עקב מעמדם של "מבצעים בצוותא", ללא כל צורך וגם אפשרות למצוא תשתית לכך ב"אחריות הסולידרית" של צדדים לדבר עבירה מכוח "דין הקושר".

(3) המסקנה המתחייבת מן האמור היא:

— שסעיף 499(ב) לחוק העונשין ביטל כליל את "דין הקשר" הנוסף, אשר מקורו היה בהלכה הפסוקה בלבד ויחד עם זאת — גם את "האחריות הסולידרית" שנקבעה בהלכה זו.

— שבמקרה של אירוע עברייני רב-משתתפים, תרומותיהם לגיבושו תיפולנה לגדר התנהגות מבצעת או התנהגות מסייעת, אם וכאשר מתקיימים בהן התנאים העובדתיים והנפשיים אשר בהם מותנית סיווגן ככאלה לפי סעיף 29(ב) או לפי סעיף 31 לחוק העונשין.

— שדין הקשר הוא, פשוטו כמשמעו, הדין שנקבע בסעיף 499(א) לחוק העונשין לביצוע העבירה של קשירת קשר "לפשע או עוון", כמו הדרך שבה נקבע בחוק דינה של כל עבירה ספציפית, ואין "דין קשר" נוסף.

