

שותפות ולא סיבתיים, ביצוע עיקרי ולא סיוע

(ע"פ 418/77 ברדריאן ואח' נ' מדינת ישראל, מ"ד לב (3) (3))

מאת

ד"ר מרים גור-אריה *

א. מבוא. ב. ההבחנה בין סיבתיים ובין שותפות לדבר עבירה ג. עמדתו של בית המשפט העליון בפרשת ברדריאן. ד. ההבחנה בין ביצוע עיקרי ובין סיוע לדבר עבירה. ה. חשיבות ההבחנה בין ביצוע עיקרי ובין סיוע בפרשת ברדריאן. ו. סיכום.

א. מבוא

בע"פ 418/77 ברדריאן ואח' נ' מדינת ישראל (להלן: פרשת ברדריאן) דן בית המשפט העליון, בין השאר, ביסוד העובדתי של עבירת הרצח שהיתה מוגדרת בסעיף 214(ב) לפקודת החוק הפלילי 1936 (להלן: פקודת החוק הפלילי)¹. השאלה שהתעוררה בהקשר זה היתה, האם ניתן לייחס למערערים אחריות לגרימת המוות בהתחשב בעובדות שלהלן: שני המערערים — בני וציון — דקרו את הקרבן למוות. תחילה דקר בני את הקרבן, שנשאר עומד במקומו. אחריו דקר ציון את הקרבן, שנפל והתמוטט. התברר כי שתי הדקירות — הן של בני והן של ציון — היו קטלניות. טענותיהם של באי-כוח המערערים התמקדו בסוגיית הקשר הסיבתי בין מעשי הדקירה ובין המוות, ועוררו את השאלות האלה:

"אם המנוח נדקר על-ידי שניים, איך ניתן לקבוע, אם בכלל, מי מן השניים נושא באחריות לגרימת המוות? אם היתה דקירתו של בני קטלנית לפי טבעה וגרמה כשלעצמה למוותו של המנוח, האם ניתן לראות קשר סיבתי בין הדקירה הנוספת של ציון, אף אם היתה גם כן קטלנית, לבין מותו של המנוח, כשהמוות של המנוח היה נגרם כבר ממילא, לפני דקירתו של ציון, על ידי תוצאות פעולתו המתוארת של בני?"²

ברשימה זו נראה כי שאלות אלה, להן "הקדישו שני הצדדים טענות ממצות לרוב"³,

- * מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
- 1 היום מוגדרת עבירה זו בסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז—1977 (להלן: חוק העונשין).
- 2 פסקה 9 לפסק הדין, עמ' 5, בין אותיות השוליים ב-ג.
- 3 שם, בין אותיות השוליים א-ב.

כלל אינן רלוונטיות למקרה שנדון בפרשת ברדיאן; וזאת משום ששני המערערים — בני וציון — פעלו ביחד תוך שיתוף פעולה ולפיכך שאלת אחריותם לעבירת הרצח היתה צריכה להיבדק במסגרת דיני השותפות לדבר עבירה ולא במישור הויקה הסיבתית בין התנהגותו של כל אחד מהמערערים ובין התוצאה הקטלנית. מכוח דיני השותפות ניתן היה לייחס לשני המערערים, שהתנהגותם השתייכה לשלב הביצוע של עבירת הרצח, אחריות כמבצעים עיקריים ביחד של עבירה זו, בלי שתהא חשיבות לשאלה התנהגותו של מי מהם היא שגרמה בפועל למות הקרבן.

ב. ההבחנה בין סיבתיות ובין שותפות לדבר עבירה

שאלת ההבחנה בין הסיבתיות ובין השותפות לדבר עבירה מתעוררת במקרים שבהם מספר אנשים היו מעורבים בהליך שהביא להתרחשותה של תוצאה אסורה, והיא מותנית ביחס שבין התנהגותם של המעורבים. הסוגיה של סיבתיות מוגבלת למקרים שבהם כל אחד מהמעורבים פעל בנפרד, כשהשילוב בין התנהגותו ובין התנהגות המעורבים האחרים היה מקרי. במקרים אלה ההנחה היא, כי התוצאה האחת שהתרחשה עשויה להצמיח מספר עבירות נפרדות — מאותו סוג או שונות זו מזו — בהתאם למידת אחריותו של כל אחד מהמעורבים להתרחשות התוצאה האסורה. הנחה זו מחייבת לבדוק, בין השאר, את הויקה הסיבתית בין התנהגותו של כל אחד מהמעורבים ובין התוצאה האסורה. ואילו במקרים שבהם המעורבים בהליך שהביא להתרחשות התוצאה האסורה פעלו תוך שיתוף פעולה תכליתי ביניהם, ההנחה היא שהתנהגותם מתמוגת למסכת אחת והתוצאה האסורה שהתרחשה עשויה להצמיח עבירה אחת ויחידה שנעברה תוך ריבוי משתתפים⁴. הנחה זו מחייבת לפנות לדיני השותפות ולבדוק את צורת ההשתתפות של כל אחד מהמעורבים בעבירה האחת שנעברה.

פרשת ברדיאן מתייחסת לסוג האחרון של המקרים. מאחר ששני המערערים בפרשה זו פעלו תוך שיתוף פעולה, שאלת אחריותם לעבירת הרצח האחת שנעברה חייבת להיבדק במסגרת דיני השותפות לדבר עבירה, ולא במישור הויקה הסיבתית בין התנהגותו של כל אחד מהמערערים ובין התוצאה הקטלנית.

ג. עמדתו של בית המשפט העליון בפרשת ברדיאן

(1) בתגובה לטענותיהם של באי-כוח המערערים הנוגעות לסוגיית הקשר הסיבתי העיר בית-המשפט העליון, מפי השופט שמגר, "הערה טרומית נוספת (לפיה): יש לאבחן בין הסוגיה של קשר סיבתי לבין שאלת אחריותם של כל אחד מהמערערים שלפנינו כשותף לעבירה של רעהו...".⁵ אך במקום להבהיר, כי מאחר ששני המער-

4 ראה: ש"ז פלר, "סעיף 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 — האומנם נועד הוא למסייע ז", משפטים 1 (תשל"ו) 275, בעמ' 284, המסביר ברוח זו את משמעות הוראת הפתיחה שבסעיף 1(23) לפקודת החוק הפלילי, הוא סעיף 26 לחוק העונשין. נוסח הוראות אלה יובא להלן, בהערה 11 ובטקסט הסמוך לה.

5 פרשת ברדיאן, עמ' 5, בין אותיות השוליים ז-ה.

ערים בפרשה זו פעלו בשיתוף פעולה הסוגיה של קשר סיבתי אינה רלוונטית למקרה שגדון בפניו ולהתמקד בדיני השותפות לדבר עבירה, מצא בית המשפט לבכון לדון תחילה באריכות בטענותיהם של באי-כוח המערערים הנוגעות לשאלת הקשר הסיבתי שבין מעשי הדקירה של המערערים ובין המוות. במסגרת דיון זה הביא בית המשפט מספר לא מבוטל של מובאות, המתייחסות למקרים שבהם נפגע הקרבן מפגיעותיהם של מספר אנשים שפעלו בנפרד ובאופן עצמאי, והתברר כי כל אחת מהפגיעות היתה בעלת אופי קטלני⁶. במקרים אלה אמנם היה צורך לבדוק את הזיקה הסיבתית בין התנהגותו של כל אחד מהמערערים ובין התוצאה הקטלנית בשל ההנחה כי התוצאה האחת שהתרחשה עשויה להצמיח מספר עבירות. אולם, כל המובאות האמורות לא היו רלוונטיות למקרה שגדון בפרשת ברדריאן, השונה במהותו. שכן, כפי שהובהר, שני המערערים בפרשה זו פעלו תוך שיתוף פעולה ולפיכך התנהגותם מתמזגת למסכת אחת והתוצאה הקטלנית שהתרחשה עשויה להצמיח עבירה אחת ויחידה שנעברה תוך ריבוי משתתפים. כדי להטיל על המערערים אחריות לעבירת הרצח היתה, לכן, על בית המשפט להתמקד בדיני השותפות ולבדוק את צורת ההשתתפות של כל אחד מהמערערים בעבירת הרצח האחת שנעברה.

המתמיה בהקשר זה הוא שאף שבית המשפט לא עמד בפסק דינו על משמעות ההבחנה בין הסיבתיות ובין השותפות לדבר עבירה הוא היה ער לעובדה שדיני השותפות הרלוונטיים למקרה שגדון בפניו מיייתרים את הדיון בסוגיית הקשר הסיבתי. לאחר סיום הדיון בסוגיית הקשר הסיבתי — לו הקדיש בית המשפט חלק ניכר מפסק הדין — הוא פנה לדיני השותפות, ובהסתמך על דינים אלה הבהיר:

"בנסיבותיו של מקרה ה הייתי מגיע למסקנה בדבר אחריותם של כל אחד מן השניים לגרימת המוות, גם אלמלא היה כל אחד מן השניים בין הדוקרים ולו היתה הדקירה מתבצעת רק על ידי אחד מן השניים"⁷.

בית המשפט היה, לכן, בדעה כי מכוח דיני השותפות ניתן לייחס לשני המערערים אחריות לעבירת הרצח גם בלי שיוכח מי מבין השניים הוא שגרם למות הקרבן. מה היתה, אם כך, ההצדקה להקדיש חלק ניכר מפסק הדין לדיון בסוגיית הקשר הסיבתי, סוגיה שלדעת בית המשפט עצמו לא היתה חיונית למקרה שגדון בפניו, וכל הדיון בה אינו חורג, לכן, ממסגרת אמירת אגב?

6 כך, למשל, הביא בית המשפט — בעמ' 7, בין אותיות השוליים ג—ו את דבריו של גלנויל ויליאמס במאמרו (1957) 429, 436 *Crim. L. Rev.* "Causation in Homicide", שהתייחס לדוגמה שלהלן:

"... if D and E independently stab P, and the wound inflicted by each is enough to cause the death of P, each is guilty of murder when P dies as a result of the weakness induced by the two wounds" (ההדגשה שלנו. מ"ג).

ובדומה, פסק הדין האמריקני *Stephenson v. U.S.* 179 N.E. 633, 1932 — שהובא על-ידי בית המשפט בעמ' 7—8 בצירוף דברי פרשנות שפורסמו ב *31 Michigan L. Rev.* (1933) 659, 665 — התייחס למקרה שבו: "... defendant has launched a destructive force against deceased, but another independent cause of death intervenes between his act and the fatal result" (ההדגשה שלנו. מ"ג).

7 פיסקה 12 לפסק הדין, עמ' 10, מו אות השוליים א.

בהקשר זה מהווה פסק הדין שניתן בפרשת ברדריאן דוגמה נוספת לתופעה החוזרת וגשנית אצל שופטי בית המשפט העליון, המקדישים לעתים חלקים ניכרים מפסק דינם לדיון בשאלות עיוניות שאינן צריכות לגופו של עניין. על תופעה זו, המתעלמת מייחודו של פסק הדין ומתפקידו, נמתחה לא אחת ביקורת⁸, ולא נותר לנו אלא להצטרף לבקורת זו. בהקשר זה מן הראוי רק לציין כי בעוד שלדיון בסוגיית הקשר הסיבתי, שאינו חורג כאמור מגדר אמירת אגב, הקדיש בית המשפט חלק ניכר מפסק דינו, לדיון בדיני השותפות הרלוונטיים למקרה שנדון בפניו הוקדשה לא יותר מפיסקה אחת קצרה של פסק הדין שאינה ממצה — כפי שיובהר להלן — את המתחייב מהחלתם של דיני השותפות על המקרה שנדון בפרשת ברדריאן.

(2) במסגרת הדיון בדיני השותפות היה בית המשפט בדעה כי מאחר שכל אחד מהמעוררים סייע למערער האחר בביצוע העבירה — כאמור ב"הוראותיהן של פסקאות (ב) או (ג) לסעיף 23(1) לפקודת החוק הפלילי, 1936" — ניתן לייחס לשני המעוררים אחריות לעבירת הרצח שנעברה מכוח הוראת הפתיחה של סעיף 23(1) לפקודת החוק הפלילי⁹, שקבעה:

"When an offence is committed each of the following persons is deemed to have taken part in committing the offence, and to be guilty of the offence, and may be charged with committing"¹¹.

בעמדתו זו התעלם בית המשפט מההבחנה הפונקציונלית בין הצורות השונות של השותפות לדבר עבירה — כפי שהיו מוגדרות בסעיף 23 לפקודת החוק הפלילי, הוא סעיף 26 לחוק העונשין — ובעיקר מההבחנה בין ביצוע עיקרי ובין סיוע. קודם שנרחיב את הדיון בעמדתו של בית המשפט בהקשר זה מן הראוי לעמוד, בקצרה, על ההבחנה בין ביצוע עיקרי ובין סיוע לדבר עבירה.

8 ראה: ב' אקצין, "פסק-דין ביאלר ומערכת המשפט בישראל" הפרקליט י (1954) 114, הכותב, בעמ' 117–118: "קודם כל חוזרת החולשה, שכמעט נהפכה להרגל, אצל שופטי בית המשפט העליון בישראל, לדון לגופה של טענה בלי שקודם לכן יחליטו אם אותה טענה לענין או אפילו תוך כדי הערה שבעצם אינה לענין... נוהג זה אינו בריא כלל וכלל. יותר משהוא מברר את ה-Ratio decidendi הוא מערפלו, ומרבה משום כך את אי-הבטחון לגבי המצב המשפטי בעתיד. פסק-דין טוב אינו צריך למסור לקוראיו את השקלא-וטריא שבמוחו של השופט ולא את מהלך מחשבותיו והאסוציאציות שלו לפני הגיעו למסקנתו, כעין ספר של מרסל פרוסט המפרט לקוראיו כל שלב ושלב במחשבות המחבר, אלא את המסקנה עצמה כשהיא מנומקת נימוקים לענין. כמו-כן אין לראות בפסק הדין קובץ של אימרות אגב אשר על הקורא לגשש בו עד אשר יתקל ב-Ratio decidendi. ולבסוף, אין לראות בפסק הדין הזדמנות לכתוב עבודת מחקר מתוך בקיאות במקורות. לשם כך קיים 'הפרקליט' ולשם כך מצפה ציבור המשפטנים במדינה לספרי משפט מעמיקים ויסודיים". וכן, ראה ש"ז פלר, "לעיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה (עבירה רגועה, עבירה נמשכת או עבירת שרשרת)", משפטים י (תשמ"א) 121, בעמ' 143–149.

9 פרשת ברדריאן, עמ' 5, בין אותיות השוליים ד–ה. היום פסקאות (2) או (4) לסעיף 26 לחוק העונשין.

10 ראה: פסקה 12 לפסק הדין, בעמ' 10.

11 היום פותח סעיף 26 לחוק העונשין בקביעה: "נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא באחריות לה".

ד. ההבחנה בין ביצוע עיקרי ובין סיוע לדבר עבירה

סעיף 26 לחוק העונשין מגדיר בסעיפיו הקטנים את הצורות השונות של ההשתתפות בביצוע עבירה. הקריטריון להבחנה בין הצורות השונות של השותפות, בהתאם לסעיף זה, הוא פונקציונלי ומותנה בתרומה המהותית הנבדלת של כל אחד מהשותפים להתהוות העבירה.

המבצע העיקרי — המוגדר בסעיף 26(1) לחוק העונשין¹² — הוא צד ראשי וישיר בביצוע העבירה, ותרומתו להתהוות העבירה מתבטאת בכך שהוא נוטל חלק בעצם ביצוע העבירה. המסייע — המוגדר בסעיפים 26(2) ו-26(4) לחוק¹³ — לעומת זאת, הוא רק צד עקיף ומשני לביצוע העבירה, משום שתורמתו מתבטאת בעשיית פעולות עזר, שאינן משתייכות לביצוע העבירה, והמכוונות לסייע למבצע העיקרי בביצוע¹⁴. במישור העובדתי, ההבחנה בין הביצוע העיקרי ובין הסיוע כרוכה במושג "ביצוע העבירה"¹⁵. למושג זה יש חשיבות גם בהקשר אחר — במישור השלבים הקודמים להשלמת הביצוע. במישור זה תוחם המושג של "ביצוע העבירה" את הגבול בין מעשי הכנה, המהווים סידורים מוקדמים לקראת הביצוע והנפרדים ממנו, ובין הניסיון, המשותף לשלב הביצוע של העבירה¹⁶. בשני ההקשרים — מישור צורת ההשתתפות בביצוע ומישור השלבים לקראת השלמת הביצוע — למושג "ביצוע עבירה" חייבת להיות משמעות זהה. שכן, עושה שעשה פעולות המשתייכות לשלב הביצוע של עבירה פלילית בכוונה להשלים את הביצוע אך בלא שהביצוע הושלם, אחראי בגין ניסיון לבצע את העבירה, ומעמדו — מבצע עיקרי של עבירת הניסיון. העובדה, שהעושה פעל בשותפות עם עושה נוסף, שגם הוא עשה פעולות המשתייכות לשלב ביצוע העבירה בכוונה להשלים את הביצוע, אין בכוחה לשנות את מעמדו של כל אחד מהעושים כמבצע עיקרי שנטל חלק בעצם ביצוע העבירה. עובדה זו יכולה רק להשפיע על השאלה מהי העבירה שבגינה נושא כל אחד מהעושים באחריות כמבצע עיקרי; וזאת בשל ההנחה שהובהרה לעיל, לפיה במקרים של שותפות התנהגותם של השותפים מתמזגת למסכת אחת העשויה להצמיח עבירה אחת ויחידה שנעברה תוך ריבוי משתתפים. לפיכך, אם

12 נוסח סעיף 26(1) לחוק העונשין יובא בטקסט שלהלן.

13 המסייע מוגדר בסעיפים 26(2) ו-26(4) לחוק העונשין כדלקמן:
 "(2) מי שעשה מעשה או נמנע מעשות מעשה כדי לאפשר לחברו לעבור את העבירה או לסייע בידו בכך, בין שנכח בשעת עשייתה ובין שלא נכח;
 (4) מי שסייע את חברו בעבירה על ידי שנכח במקום העבירה כדי להרתיע התנגדות, או כדי לאמץ את המבצע בהתלטות, או כדי להבטיח את ביצועה של העבירה".

14 ראה: פלר (לעיל, הערה 4) 287–288.
 15 גם במישור הנפשי ההבחנה בין ביצוע עיקרי ובין סיוע לדבר עבירה כרוכה למעשה במושג "ביצוע העבירה". שכן, המבצע העיקרי מתכוון לקחת חלק בעצם ביצוע העבירה, ואילו המסייע מתכוון לעזור למבצע העיקרי בביצוע בלי לקחת חלק בעצם ביצוע העבירה. לדיון ביסוד הנפשי הנדרש להתהוות הסיוע לדבר עבירה ראה: מ' קרמניצר, "כוונת המסייע — כוונת המבצע ז", משפטים ג (תשל"ב) 91, בעמ' 100–104.

16 ראה: מ' קרמניצר, "עוד על היסוד ההתנהגותי ב'אקטוס ראוס' של הניסיון", משפטים ט (תשל"ט) 283–285; מ' גור-אריה, "איי-האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון", משפטים ח (תשל"ח) 310, בעמ' 318–319.

העבירה עצמה הושלמה בידי אחד מהשותפים, כל השותפים האחרים שעשו פעולות המשותפות לשלב ביצוע העבירה ישאו גם הם באחריות פלילית כמבצעים עיקריים של העבירה המושלמת, אפילו לא השלימה התנהגותם את כל האלמנטים המרכיבים את היסוד העובדתי של העבירה. ברוח זו מגדיר סעיף 26(1) לחוק העונשין את המבצע העיקרי כ"מי שעשה אחד המעשים או המחדלים שהם מיסודות העבירה" (ההדגשה שלנו. מ"ג). בהתאם להגדרה זו, כדי להטיל על המבצע העיקרי אחריות לעבירה שנעברה תוך ריבוי משתתפים — כאמור בסעיף 26 רישא לחוק — אין הכרח כי המבצע העיקרי יבצע את כל יסודות העבירה, אלא די שהתנהגותו תגשים חלק מיסודותיה של העבירה; והתנהגות המשותפית לשלב הביצוע של העבירה מגשימה חלק מהיסוד העובדתי שלה.

לא זה המקום להרחיב את הדיון במבחנים לקביעתה של הנקודה ההתחלתית של הביצוע, התוחמת את הגבול בין מעשי הכנה לניסיון ובין סיוע לביצוע עיקרי. בהקשר זה חשוב רק להבהיר כי, כדי לבדוק מה היתה צורת השתתפותו של צד כלשהו לעבירה שנעברה תוך ריבוי משתתפים, יש לבדוד את התנהגותו מהתנהגות שותפיו האחרים ולבחון, אילו היתה הוא פועל בנפרד, האם היתה התנהגותו בגדר מעשי הכנה הנפרדים משלב ביצוע העבירה — שאז השתתפותו בעבירה תהא במעמד של מסייע שלא נטל חלק בעצם הביצוע — או שמא התנהגותו השתייכה לפחות לניסיון לבצע את העבירה — שאז מעמדו יהא של מבצע עיקרי שנטל חלק בעצם ביצוע העבירה. ואם התנהגותו של שותף כלשהו לעבירה השתייכה לניסיון לבצע את העבירה, ישא הוא באחריות פלילית כמבצע עיקרי של העבירה שנעברה אפילו הושלם ביצוע העבירה בידי שותפיו האחרים. מכאן, במקרים שבהם שניים או יותר פעלו ביחד כמבצעים עיקריים של עבירה פלילית אין חשיבות לשאלה, התנהגותו של מי מהם היא שהגשימה בפועל את כל האלמנטים המרכיבים את היסוד העובדתי של העבירה בהתאם להגדרתה.

ה. חשיבות ההבחנה בין ביצוע עיקרי ובין סיוע בפרשת ברדריאן

בפרשת ברדריאן קדמה למות הקרבן מריבה בינו ובין המערערים שהחלה בחילופי דברים, התפתחה למכות והסתיימה בדקירות סכין קטלניות שדקרו המערערים את הקרבן. שני המערערים — בני וציון — נטלו חלק במהלכה של המריבה. שניהם ניגשו ביחד למקום שבו החלה המריבה, שניהם השתתפו כצד יריב בחילופי הדברים ובמכות, וכל אחד מהשניים אף דקר את הקרבן דקירות קטלניות¹⁷. בנוסבות אלה, אילו לא היו המערערים דוקרים את הקרבן למוות, ומאחר שלדעת בית המשפט ניתן היה לייחס לשניהם יסוד נפשי של כוונה תחילה לגרום למות הקרבן, יש להניח כי בית המשפט לא היה מהסס להרשיע כל אחד משני המערערים בניסיון לרצוח את הקרבן, מהנימוק שהתנהגותו של כל אחד מהם, שקדמה לדקירות הסכין ושהתבטאה במריבה מילולית

17 פסק הדין בפרשת ברדריאן כפי שפורסם אינו כולל תיאור מפורט של העובדות. אנו התבססנו, בהקשר זה, על פסק דינו המקורי של בית המשפט, ובעיקר על הפסקה השנייה של פסק הדין, עמ' 9-1 למקור, המפרטת את העובדות כפי שנקבעו בבית המשפט המחוזי.

עם הקרבן ובהכאתו, חרגה מתחום מעשי ההכנה והשתייכה, במישור העובדתי, לגיסיון לרצות את הקרבן. במקרה זה היה כל אחד מהמערערים נושא באחריות פלילית לעבירת הגיסיון לרצח, ומעמדו היה — מבצע עיקרי של עבירת הגיסיון. אולם, מאחר שבמקרה שגדון בפרשת ברדריאן עבירת הרצח הושלמה, ומאחר שהתנהגותו של כל אחד מהמערערים בפרשה זו השתייכה לפחות לגיסיון לרצוח את הקרבן, המסקנה המתחייבת היא, ששני המערערים הם המבצעים העיקריים ביחד של עבירת הרצח שנעברה ושבביצועה נטלו השניים חלק. בהיותם מבצעים עיקריים שפעלו ביחד, אין חשיבות לשאלה מי מהם בפועל גרם למות הקרבן והשלים על-ידי כך את היסוד העובדתי של עבירת הרצח.

ראיית שני המערערים כמבצעים עיקריים בצוותא של עבירת הרצח תומכת, לכן, במסקנתו של בית המשפט, "בדבר אחריותם של כל אחד מן השניים לגרימת המוות, גם אילמלא היה כל אחד מן השניים בין הדוקרים ולו היתה הדקירה מבוצעת רק על ידי אחד מהשניים"¹⁸, מסקנה המייתרת, לדעת בית המשפט, את הדיון בטענות באי-כוח המערערים הנוגעות לסוגיית הקשר הסיבתי.

בית המשפט, לעומת זאת, ביסס את מסקנתו האמורה דווקא על הסיוע לדבר עבירה. בהקשר זה הבהיר, בין השאר, כי :

"נוכחותו המתמשכת של בני, כאשר סכין שלופה בידו, בעת שציון גיגש וביצע את מעשה הדקירה השני, יש בה בברור משום נוכחות במקום כדי להתגבר על התנגדות או כדי להבטיח את ההוצאה לפועל של העבירה העומדת להעשות (ראה סעיף 23 לפקודת החוק הפלילי)"¹⁹.

מדברים אלה משתמע, כי בית המשפט היה בדעה שבני סייע לציון להוציא אל הפועל את עבירת הרצח על-ידי נוכחותו במקום הביצוע, כאמור בסעיף 23(1)(ג) לפקודת החוק הפלילי — היום סעיף 26(4) לחוק העונשין — ולפיכך ניתן לייחס לו אחריות לעבירת הרצח מכוח הוראת הפתיחה של סעיף 23(1) לפקודה.

אולם, לא זו בלבד שדעה זו מתעלמת מתרומתו של בני לביצוע עבירת הרצח, שחרגה — כפי שהובהר — מגדר נוכחות המכוונת להבטיח את ההוצאה אל הפועל של העבירה בידי ציון, דעה זו אף אינה מייתרת את הדיון בטענת בא-כוח המערערים, לפיה "לא ניתן לראות קשר סיבתי בין הדקירה הנוספת של ציון, אף אם היתה גם כן קטלנית, לבין מותו של המנוח, כשהמוות של המנוח היה נגרם כבר ממילא, לפני דקירתו של ציון, על ידי תוצאות פעולתו של בני"²⁰ — כפי שגרס בית המשפט. שכן, הטלת אחריות פלילית על המסייע לדבר עבירה מותנית בביצוע העבירה על-ידי המבצע העיקרי. כדי לייחס לבני אחריות פלילית כמסייע לציון בביצוע עבירת הרצח יש, לכן, להוכיח — במישור העובדתי — כי ציון גרם בהתנהגותו למות הקרבן. ואם נניח, כי ציון לא גרם בהתנהגותו למות הקרבן — כמשתמע מהטענה האמורה של בא-כוח המערערים — כיצד ניתן יהיה להטיל על בני אחריות כמסייע לעבירת הרצח?

18 פרשת ברדריאן, עמ' 10, מול אות השוליים א.

19 שם, בין אותיות השוליים ד—ה.

20 שם, עמ' 5, בין אותיות השוליים ג—ג.

כדי למנוע את הסתירה האמורה, ניתן לייחס לבית המשפט את הגישה הבאה, המשתמעת — אם כי לא מפורשות — מפסק דינו²¹. בית המשפט הנית, שאין חשיבות לשאלה דקירתו של מי מהמערערים היא שגרמה למוות, משום שאם הדקירה הראשונה, של בני, היא שגרמה למוות הקרבן, "ציון שנחלץ בו במקום לעזרתו"²² סייע לבני, ולפיכך ניתן לייחס לו אחריות פלילית כמסייע לעבירת הרצח שבוצעה בידי בני. ואילו אם הדקירה השנייה, של ציון, היא שגרמה למוות, בני, שנכח במקום "כאשר הסכין שלופה בידו"²³, סייע לציון, ולפיכך נושא גם הוא באחריות פלילית כמסייע לעבירת הרצח. גישה אחרונה זו אינה בבחינת חידוש בפסיקה הישראלית. היא באה לידי ביטוי מפורש בע"פ 97/75 פדורי נ' היועץ המשפטי²⁴, ואומצה לאחר מכן בע"פ 158/58 אבו עמרם נ' היועץ המשפטי²⁵. אולם גישה זו, שאינה מייחסת חשיבות למעמדו של השותף לדבר עבירה, מתעלמת מההבחנה הפונקציונלית בין הצורות השונות של השותפות ובעיקר מההבחנה בין הביצוע העיקרי ובין הסיוע, שהוברה לעיל. להבחנה זו יש חשיבות עקרונית ומעשית ואין היא מתייחסת מכוח הוראת הפתיחה של סעיף 26 לחוק העונשין — בעבר סעיף 23(1) לפקודת החוק הפלילי — המאפשרת להטיל על כל השותפים אחריות לעבירה שנעברה²⁶; וזאת —

— מהבחינה העקרונית — בשל תרומתו המשנית של המסייע להתנהלות העבירה, המתבטאת בעשיית פעולות עזר שאינן משתייכות לשלב ביצוע העבירה, בהשוואה לתרומתו של המבצע העיקרי הנוטל חלק בביצוע העבירה, אחריות פלילית בגין סיוע לדבר עבירה שונה במהותה מאחריות פלילית בגין ביצוע עיקרי של אותה עבירה, אפילו העונש הצפוי, ואף זה שהוטל בפועל, בגין הסיוע ובגין הביצוע העיקרי של העבירה הוא זהה²⁷.

21 ראה: פסקה 12 לפסק הדין, עמ' 10.

22 שם, בין אותיות השוליים ג-ד.

23 שם, מול אות השוליים ד.

24 ס"ד יב 1345, שבו הבהיר בית המשפט, מפי השופט לנדוי (כתוארו אז) בעמ' 1350, בין אותיות השוליים ד-ה, כי: "כאשר ראובן, שמעון ולוי תוקפים את הקורבן בצוותא ובדעה אחת, וכל אחד פוצע אותו, ואין לדעת מי גרם בפועל למוות הקורבן, מרשיעים את כולם בגרם המוות, כי ממה נפשך: אם נגיה שהמוות בא מידו של ראובן, אשם הוא כעבריון ראשי, וגם שמעון ולוי אשמים באותה מידה כמסייעים בידו. ואם שמעון גרם למוות, הרי שראובן ולוי הם המסייעים. במסיבות אלה אין איפוא הבדל בדבר, ועל כן אין צורך להוכיח, מי הנחית את המכה הפטלית".

25 ס"ד יג, 1965, בעמ' 1969—1970, מפי השופט לנדוי (כתוארו אז).

26 פלר (לעיל, הערה 14) 283—288.

27 להמחשת רעיון זה, בהקשר שונה במקצת, ניתן להביא בתור דוגמה את העבירה המוגדרת בסעיף 497 לחוק העונשין, לפיו:

"העושה או מחזיק ביועין, חומר נפץ או מכונה, מכשיר או כל דבר שהם מסוכנים או מזיקים, בכוונה לעשות בהם פשע או עוון או כדי לאפשר לאחר שיעשה בהם פשע או עוון, דינו — מאסר שלוש שנים".

סעיף זה מאפשר, בין השאר, להטיל עונש של שלוש שנים מאסר על מי שעשה מעשי הכנה בחומרים מסוכנים מתוך כוונה לבצע בעזרתם עבירה מסוג עוון. העונש הצפוי במקרה זה בגין מעשי ההכנה זהה לעונש המקסימלי הצפוי בגין הביצוע המושלם של אותה עבירה המסווגת כעוון. כלום ניתן לטעון, כי עובדה זו מייחסת את ההבחנה בין מעשי ההכנה לביצוע העבירה ובין הביצוע המושלם של אותה עבירה?

— מהבחינה המעשית — בשל השוני הפונקציונלי בין הסיוע ובין הביצוע העיקרי, היקף האחריות הפלילית כגין סיוע לדבר עבירה שונה מהיקף האחריות הפלילית כגין ביצוע עיקרי של העבירה. בהקשר זה די להזכיר כי בהיות הסיוע לדבר עבירה צורה של התנהגות עבריינית נגזרת לא ניתן לגזור ממנו צורות נוספות של התנהגות עבריינית, ולפיכך הניסיון לסיוע ואף השידול לסיוע אינם בגדר התנהגות עבריינית²⁸. מהביצוע העיקרי, לעומת זאת, אין כל מגיעה לגזור צורות נוספות של התנהגות עבריינית, הן במישור השלבים לקראת השלמת הביצוע — ניסיון, והן במישור צורת ההשתתפות בביצוע — שידול וסיוע.

מכאן, שלמרות שבמשפטנו כל השותפים לדבר עבירה נושאים באחריות פלילית לעבירה שנעברה, יש חשיבות להגדיר מה היתה צורת השתתפותו של כל צד בביצוע העבירה. בהקשר זה אין הצדקה לראות במי שהתנהגותו הרגה מעשיית פעולות עזר והשתייכה לשלב הביצוע של העבירה — כהתנהגותם של המערערים בפרשת ברדראן ובפסקי הדין האחרים שאוזכרו לעיל — מסייע לדבר עבירה, שהוא רק צד עקיף ומשני, במקום לראות בו מבצע עיקרי של העבירה, שהוא צד ראשי וישיר בביצוע העבירה. בוודאי שאין הצדקה לאפיין את מעמדו של צד כלשהו לעבירה בצורה חלופית, או מסייע או מבצע עיקרי, בלי להכריע בין החלופות — כפי שעשו בתי המשפט בפסקי הדין האמורים.

ו. סיכום

כדי להטיל על המערערים בפרשת ברדראן אחריות לעבירת הרצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, היה על בית המשפט העליון לפנות לדיני השותפות ולבדוק את צורת השתתפותו של כל אחד מהמערערים בביצוע עבירה זו. מאחר שבית המשפט היה בדעה, כי ניתן לייחס לכל אחד מהמערערים יסוד נפשי של כוונה תחילה, ומאחר שבמישור העובדתי התנהגותו של כל אחד מהשניים השתייכה לשלב הביצוע של עבירת הרצח, המסקנה המתחייבת היא, ששני המערערים פעלו כמבצעים עיקריים בצוותא, ולפיכך שניהם נושאים באחריות פלילית לעבירת הרצח, בלא שתהא כל חשיבות לשאלה התנהגותו של מי מהם היא שגרמה למות הקרבן.

בית המשפט העליון, מפי השופט שמגר, לעומת זאת, בחר תחילה לדון בשאלת הקשר הסיבתי בין התנהגותו של כל אחד מהמערערים ובין מות הקרבן; וזאת, למרות שבית המשפט היה ער לעובדה שהדין בשאלה זו אינו חיוני במקרה שלפניו. על-ידי כך הוארך פסק הדין בצורה ניכרת ושלא לצורך תוך התעלמות מייחודו ומתפקידו של פסק דין.

בהמשכו של הפסק פנה בית המשפט לדיני השותפות, שהם הרלוונטיים למקרה שגדון בפניו. מעמדתו בהקשר זה משתמע, כי לדעתו ניתן לייחס לשני המערערים

28 במקרים שבהם המבצע העיקרי ביצע את העבירה כשהוא נעזר במסייע, אמנם ניתן להטיל אחריות פלילית גם על מי ששידל את המסייע לסיוע למבצע העיקרי, אולם זאת לא משום שהשידול לסיוע הוא בר-עונשין, אלא משום שבמקרים אלה מי ששידל את המסייע סיוע, בעקיפין, למבצע העיקרי. שידול לסיוע במקרים כגון אלה יהיה, לכן, בבחינת סיוע לדבר עבירה.

אחריות לעבירת הרצח גם בלא שיוכח מי מהם גרם למות הקרבן, משום שיש לראות בכל אחד מהמערערים מסייע למערער האחר בביצוע העבירה. דעה זו — שאינה בבחינת חידוש בפסיקה הישראלית — מתעלמת מחשיבותה של ההבחנה הפונקציונלית בין הביצוע העיקרי ובין הסיוע לדבר עבירה, וזאת בשני מובנים :

ראשית — אין בית המשפט מייחס כל חשיבות לצורת השתתפותם של המערערים בביצוע העבירה. לדעתו ניתן לראות בכל אחד מהם או מבצע עיקרי של העבירה או מסייע לדבר עבירה, בלי שיהיה צורך להכריע בין חלופות אלה.

שנית — בית המשפט היה מוכן ליחס לכל אחד מהמערערים אחריות כמסייע לדבר עבירה, שתרומתו להתהוות העבירה היא משנית, למרות ששני המערערים נטלו חלק בעצם ביצוע העבירה ותרומתם להתהוות העבירה היתה עיקרית וישירה, ולפיכך יש לראות בשניהם מבצעים עיקריים של עבירת הרצח.