

על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע

אהרן אנקר

ברצוני לומר מילים אחדות על האחריות הפלילית של שני סוגים של שותפים לעברה, המבצע בצוותא והמסייע. אחד החידושים של תיקון מס' 39 של חוק העונשין הוא ההבחנה שהבתי בין שני שותפים אלה. הם שונים זה מזה בעיקר בשניים.

האחד נוגע באחריות הפלילית שלהם בגין אותה העברה שהם ביצעו בהתאם למתוכנן מלכתחילה: המבצע בצוותא נחשב לשותף ישיר ונושא באחריות מלאה לעברה. ייתכן שהוא לא ביצע אותה בפועל; הוא לא עשה את המעשים הפיזיים שהם רכיבי העברה. ואולם הוא נחשב כאילו ביצע אותה בעצמו, יחד עם המבצע הפיזי. מבצע בצוותא הוא מבצע, וניתן לגזור עליו אותו העונש שניתן לגזור על המבצע בפועל. לעומתו, המסייע נחשב לשותף עקיף. אין הוא נמנה עם קבוצת המבצעים. דינו שונה מדינם. ניתן להטיל עליו ער מחצית העונש שניתן להטיל על המבצעים.

וכן, שונה דינם של המבצע בצוותא והמסייע, בקשר לאותה עברה שביצעו כמתוכנן, גם לעניין הפטור עקב חרטה. שותף עקיף יכול להשתחרר מן האחריות הפלילית בגין מעשיו, אם הוא ממלא את התנאים המיוחדים האמורים בסעיף 34 של החוק. למבצעים לא ניתן הפטור האמור. על כן, מסייע נהנה מפטור זה, כי הוא שותף עקיף. מבצע בצוותא אינו נהנה ממנו, כי החוק מתייחס אליו כמבצע. עד כאן ההבדל בין המבצע בצוותא למסייע לעניין אותה עברה שהם התכוונו לבצע, ואכן ביצעו אותה, כמתוכנן.

השוני השני ביניהם נוגע במקרה שבו בוצעה עברה אחרת ושונה מזו שתוכננה. כאשר אחד ממבצעי העברה המקורית סוטה מן התכנית המקורית ומבצע עברה שונה מזו שתוכננה או עברה נוספת עליה, אשר אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות שהיא תבוצע, יישאו המבצעים בצוותא האחרים באחריות לה כעל עברה של אדישות. המסייעים לעברה המקורית יישאו באחריות לעברה השונה או הנוספת כעל עברה של רשלנות. הנה, גם בקשר לאחריות הפלילית של השותפים לעברה השונה – כמו באחריות שלהם לעברה המקורית – דין המבצע בצוותא חמור מדין המסייע.

להבחנות אלו בין שני סוגי השותפים חשיבות מעשית רבה. אך מלאכת זיהוי של שני שותפים אלה קשה. דעות הפרשנים חלוקות בעניין.

על פי הוראות החוק, המבחן הקובע, אם שותף פלוני הוא מבצע בצוותא או מסייע, הוא מבחן ההשתתפות. המבצע בצוותא השתתף עם אחרים בביצוע העברה ועשה מעשים לביצועה. לעומתו, המסייע לא השתתף בביצוע העברה. הוא עשה מעשים כדי לאפשר את ביצועה, כדי להקל עליו או לאבטח אותו, כדי למנוע את גילויים של המבצעים או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשייתה. ייתכן אף שמעשיו אלה נעשו בעת ביצוע העברה, אך כל עוד אין במעשיו כדי "משתתף" בעברה, דינו מסייע בלבד.

אהרן אנקר

מובן מאליו כי הבחנה זו קשה ליישום, בייחוד בהתחשב באפשרויות הרבות והמגוונות של צורות הביצוע של העברות וצורות ההשתתפות בביצוע. אין זה מפתיע שמלאכת ההבחנה שנויה במחלוקת רבות, כנראה יותר מכל חידוש אחר שבתיקון מס' 39 לחוק. אחת השאלות העומדות על הפרק להכרעה היא, האם אותה השתתפות בביצוע העברה, העושה אדם למבצע בצוותא, היא השתתפות בביצוע הפיזי שלה בלבד, או שמא יכול אדם להשתתף בביצוע העברה – השתתפות שתעשה אותו מבצע בצוותא – גם בדרכים אחרות. אחד יכול להשתתף בביצוע עברה על ידי מעשיו הפיזיים בעת ביצועה. חכרו יכול להשתתף בביצוע העברה על ידי תכנון צורתה ופרטיה; סימני השפעתו על העברה, מעורבותו בביצועה ותורמתו להצלחתה ניכרים היטב, אף אנו אין הוא משתתף פיזית בביצועה. הוא שותף מלא – ואולי אף בכיר – בעיצוב פניה. האם די בכך כדי שייחשב כמבצע בצוותא של העברה וישא באחריות פלילית מלאה בגינה, כמו מבצעה הפיזיים? ודוק. שותף עשוי להיחשב כמסייע בלבד, גם אם מעשיו נעשו בעת ביצוע העברה, כי המבחן הקובע הוא ההשתתפות בביצועה ולא העת שבה נעשו המעשים. על כן, אין מקום להנחה אפריורית כאילו אדם שהשתתף במעשי התכנון של העברה אינו יכול להיחשב כמבצע בצוותא מפני שמעשיו נעשו לפני ביצועה. הכול חוזר לשאלת ההשתתפות. מהי ומה צורתה? האם ההשתתפות בביצוע העברה היא בפעולות פיזיות של ביצוע או שמא כלולים בה גם מעשי תכנון ועיצוב שקדמו לביצועה הפיזי?

לדעתי, התשובה לשאלה זו אינה נקייה לגמרי מספקות. יש שיקולים לכאן ולכאן. פשוטו של לשון החוק – כך נראה לי – מרמז כי נדרשת השתתפות פיזית של עשיית מעשה לביצוע העברה כדי שאדם ייחשב "מבצע". וכן, לשיקול זה מצטרף השיקול הנוסף, ולפיו יש חומרה מסוימת בהשתתפות בביצוע הפיזי של העברה שאינה קיימת כאשר השותף נשאר מחוץ למעגל הביצוע הפיזי. אולם, מידתו ומשקלו של שיקול אחרון זה נראים לי קלים יחסית. מן הראוי להתייחס באותה מידה של חומרה למי שהשתתף השתתפות מלאה ומפורטת בתכנון העברה. לעתים, אף תעלה חומרת ההשתתפות בתכנון העברה ועיצוב פרטיה על זו של ההשתתפות בביצועה הפיזי, בייחוד כאשר העברה מבוצעת בהתאם לתכנית.

הבדל נוסף בין המשתתף פיזית בביצוע העברה לחברו שהשתתף בתכנונה בלבד הוא שהמשתתף בביצוע הפיזי יכול להשפיע על עצם הביצוע של העברה ועל דרך ביצועה בזמן אמת, היינו בעת הביצוע עצמו. לעומת זה, חברו, שהשתתף בתכנון העברה אך אינו משתתף בביצוע הפיזי בעת מעשה, חסר יכולת השפעה על הביצוע בשעה הקריטית של הביצוע בפועל. הוא מיצה את יכולת ההשפעה שלו בעת התכנון והעיצוב של פני העברה; אין הוא יכול להשפיע על ביצועה במהלך הביצוע. שיקול זה, כנראה, עומד מאחורי דעתם של אלה הגורסים שרק מי שנוכח בביצוע העברה יכול להימנות עם קבוצת מבצעה. אכן, הנוכחות הנדרשת על ידי אסכולה זאת איננה נוכחות פיזית דווקא. לעניין זה, "נוכחות" פירושה יכולת השפעה, גם כאשר ה"נוכח" אינו נמצא פיזית במקום האירוע. ללמדך, שאסכולה זו רואה ביכולת ההשפעה של השותף בעת הביצוע סימן היכר של המבצע לעומת המסייע שאינו יכול להשפיע על הביצוע בעת מעשה, כנראה מפני שאין הוא משתתף בו.

אולם, לדעתי, גם שיקול זה אינו מהותי ומכריע. אינני סבור שמן הראוי להעניק משקל כה רב לשיקול זה – אפשרות ההשפעה בעת הביצוע – עד שישמש שיקול הקובע באופן מכריע ובלבד. הרי, כאמור, ענייננו במקרים שבהם העברה מבוצעת ממילא בהתאם לתכנית

על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע

המקורית שתכננו השותפים. לא מובן לי למה ראוי להעניק משקל כה רב ומכריע ליכולת ההשפעה בעת הביצוע דווקא, שלא באה לידי ביטוי ושלא נזקקו לה המבצעים. יכולת השפעה עשויה להיות שיקול חשוב – ואולי אף מכריע – במקרים שהביצוע סוטה מן התכנית המקורית והעברה מבוצעת שלא כמתוכנן. על עניין זה נדבר בהמשך הדברים, עת נדון באחריות השותפים לעברה שונה או נוספת שבוצעה. אך קשה לי הגישה, שיכולת ההשפעה בעת הביצוע – שלא נזקקו לה ולהפעלתה, כי העברה בוצעה כמתוכנן מראש – תהיה בעלת משקל חשוב ורב יותר מן ההשפעה בפועל, שבאה לידי ביטוי ומימוש בתכנון העברה לפני הביצוע. השפעה ממשית, אף בלי השתתפות פיזית בביצוע, ראויה להיחשב בעלת משקל לא פחות מיכולת השפעה פוטנציאלית בלבד, שלא מומשה ולא נוצלה כי לא היה כל צורך בה. לאור ההרהורים האלה, נוטה אני לראות היגיון במגמה הפרשנית המרחיבה את קבוצת המבצעים כדי לכלול בתוכה – כמבצע בצוותא – גם שותף שלא השתתף פיזית בביצוע העברה ואף לא נכח בביצועה, אך מילא תפקיד ממשי בתכנון הביצוע. אמנם, כאמור, פשוטו של לשון החוק נוטה קצת לעבר הפירוש המצמצם דווקא, המגביל את קבוצת המבצעים בצוותא לאלה ששתתפים בביצוע הפיזי של העברה. אך מילות החוק אינן חד-משמעיות בעניין זה.

ועוד. גם הפירוש המרחיב יכול למצוא תמיכה מתוך החוק עצמו. כוונתי להוראות החוק לגבי אחריות המשדל. הרי המשדל אינו נוכח ואיננו משתתף בביצוע הפיזי של העברה. גם הוא חסר יכולת השפעה על ביצועה בעת הביצוע. ובכל זאת, גם הוא – כמו המבצע בצוותא – נושא במלוא העונש בעבורה. הסיבה ברורה. המשדל מילא תפקיד מכריע בגיבוש העברה. לכן הוא נושא באחריות גדולה מזו של המסייע. אם כן, במה שונה עניינו של המשדל מזה של המתכנן שלא השתתף בביצוע הפיזי של העברה?

אמנם, לעתים אומרים שהמשדל הוא יותר מסתם שותף שתרם לגיבוש העברה. הוא אבי אבות העברה. הוא יוצרה, הוא מעצבה, הוא שהגה את רעיון ביצועה ושתל אותו בלבו של המבצע. לכן – כך נאמר – יש בעובדות אלו בסיס להטיל עליו אחריות מלאה לביצוע העברה – כמו זו של המבצע – שחסר אצל מי שרק השתתף בתכנונה. מסקנה זו נראית לי מרחיקת לכת. מליצות אלו לאפיון מקומו של המשדל בביצוע העברה אינן משקפות את המציאות המדויקת, וראוי שלא בכל מקרה ומקרה. לא כל משדל יצר את העברה כולה יש מאין. ספק רב אצלי אם ניתן לומר שתרומתו של המשדל להתהוות העברה הנה תמיד ובכל מקרה רבה יותר מזו של חברו שלא הגה את הרעיון המקורי של העברה אבל השתתף השתתפות פעילה ומלאה בתכנון וביבוש פרטי ביצועה, עד כי עונשו של המשתתף הפעיל ראוי להיות – שוב, תמיד ובכל מקרה – רק מחצית עונשו של המשדל. נראה לי כי ההבחנה ביניהם היא מושגית יותר משהיא מעשית.

על כן, לא נראה לי שיש יסוד להבחנה חדה בין המשדל ובין המתכנן שלא השתתף בביצוע הפיזי של העברה. גם זה וגם זה תרם תרומה ממשית לביצוע העברה, האחד בתכנון ועיצוב פרטיה בעבור המבצע שביצע אותה בפועל בהתאם, והאחד בעידוד המבצע או בשכנוע חברו לבצעה. שניהם לא השתתפו בביצועה הפיזי. לשניהם לא היתה יכולת השפעה על ביצועה הפיזי בעת הביצוע. אך לשניהם היתה השפעה מכריעה על ביצועה. שניהם ראויים – כך נראה לי – לאותה מסגרת ענישה. אם החוק מטיל אחריות מלאה על המשדל, שלא השתתף בביצוע העברה, יש סיבה טובה לפרש אותו כמטיל אחריות מלאה גם על

אהרן אנקר

המתכנן, שלא השתתף אף הוא בביצועה הפיזי. ההבדלים שביניהם – אם יש כאלה – הם עניין של העובדות המיוחדות של כל מקרה ומקרה לחוד, שיש לקבוע על פיהם את העונש שיוטל במקרה המסוים. אבל אין בכך כווי להצדיק יצירת מסגרות ענישה נפרדות.

כאמור, החוק החדש מבחין בין השותפים העיקריים – לרבות המבצע בצוותא – ובין שותפים עקיפים – מסייע ומשדל – גם לגבי פטור עקב חרטה. מסייע ומשדל יכולים ליהנות מפטור זה, אם מנעו את עשייתה או את השלמתה או אם הודיעו עליה לרשויות מבעוד מועד. אך מבצע בצוותא לא ייחנה מפטור זה, אף אם עשה את אותן הפעולות. היש בכך ללמדנו על כוונת המחוקק – או, לפחות, הנחתו – על אודות טיבו של המבצע בצוותא? אולי מכאן ניתן ללמוד שהמבצע בצוותא הוא שותף שהשתתפותו בביצוע העברה פיזית, והיא נעשית בעת הביצוע של העברה. לכן מנע אותו המחוקק מליהנות מן הפטור עקב חרטה, כי היות שמעשיו – כמו מעשיו של המבצע העיקרי – נעשים בעת הביצוע, זה שלב מאוחר מדי להתחרט ולתקן את המעוות.

דברים אלה אינם נראים לי. ראשית, גם מעשיו של המבצע כאמצעות אחר נעשים לרוב לפני הביצוע בפועל של העברה, כאשר עדיין יש מועד להתריע לפני הרשויות ולמנוע את הביצוע. ובכל זאת, גם הוא איננו נהנה מן הפטור עקב חרטה. ללמדך, שלא המועד שבו נעשים המעשים היה השיקול שהניע אנו המחוקק בקבעו מי ייחנה מן הפטור ומי לא. לעומת זה, המסייע יכול ליהנות מן הפטור, אף כי מעשיו הסיוע מטעמו יכולים להיעשות "לפני עשיית העברה או בשעת עשייתה". כל שנדרש ממנו הוא שידווח לרשויות "בעוד מועד". עניין העיתוי נקבע בחוק כתנאי לפטור; היכול להיות מיושם במקרה של שותף ישיר כמו במקרה של שותף עקיף, לפי הנסיבות של המקרה המסוים. הקביעה הכללית והקטגוריאלי, המעניקה את הפטור לשותף עקיף ושוללת אותו מן השותף הישיר, נעשתה על בסיס אחר, גם הוא כנראה מושגי טהור.

על כן, נוטה אני לצרף את דעתי, לפחות לעת עתה, לדעה הגורסת פירוש מרחיב של מושג ה"מבצע בצוותא", שיכלול בו גם שותף שהשתתף בתכנון העברה ועיצובה, אף שלא השתתף בביצועה הפיזי.

עד כה דנו במקרים שבהם העברה שבוצעה בפועל בוצעה בהתאם לתכנון המקורי של שותפיה. ומה הדין – המצוי וגם הראוי – כאשר הביצוע סוטה מן התכנית המקורית ומי מן השותפים מבצע עברה אחרת או שונה מזו שתכננו? כאשר אחד המבצעים מבצע עברה שונה או אחרת מזו שתוכננה, יישאו השותפים האחרים בעברה המקורית באחריות בעבור העברה הנוספת בהתאם למעמדם כשותפים. מי שהיה שותף ישיר בעברה המקורית – מבצע בצוותא – יישא באחריות בעבור העברה הנוספת כאילו עשה אותה באדישות. חברו שהיה שותף עקיף בעברה המקורית – מסייע או משדל – יישא באחריות בעבור העברה הנוספת כאילו פעל ברשלנות.

המקרה השכיח והטיפוסי שבו יופעלו הוראות חוק אלו הוא מקרה של רצח שבוצע במהלך הביצוע של עברה אחרת, שוד למשל. כאשר אחד המבצעים של השוד הורג אדם במהלך ביצוע השוד, יישאו שאר המבצעים של השוד באחריות למוות כאילו הרגו את הקרבן באדישות, היינו – ברצח חוץ ביצוע עברה או כדי להקל על ביצועה. מי שהיה שותף עקיף לעברת השוד, כי רק שידל את השודדים או סייע להם לבצעה, יורשע בגין ההמתה בעברה של גרימת מוות ברשלנות.

הנה, שוב, עולה השאלה מיהו מבצע בצוותא ומיהו מסייע, הפעם לעניין אחריות הפלילית בגין עברה נוספת שכוצעה, שלא כמתוכנן, כמהלך הביצוע של העברה המקורית שתוכננה. בפירוט יתר ובהמשך לדיונו הקודם, מה דינו של שותף שהשתתף בתכנון העברה המקורית אך לא השתתף בביצועה הפיזי, הפעם לעניין אחריותו בעבור העברה הנוספת שעשה שותף אחר? אם דינו כדין מבצע בצוותא של השוד, אזי דינו דין רצח בגין המתת הקרבן במהלך השוד. ואם הוא רק מסייע לשוד, אחריותו בגין ההמתה היא גרימת מוות ברשלנות. לאור דברינו למעלה, שמן הראוי להתייחס אל השותף המתכנן כשותף מלא של העברה, היינו – כמבצע בצוותא – תהיה אחריותו של שותף זה בגין ההמתה כדין רוצח (יש לציין שבכל מקרה לא יחול עליו דין עונש מאסר עולם חובה). זו תוצאה המתבקשת מהוראת החוק שאינה מותירה לשופט שיקול דעת בעניין. מבצע בצוותא של העברה המקורית נושא באחריות פלילית בעבור העברה הנוספת כעברה של אדישות.

לדעתי, תוצאה זו אינה רצויה. לא מבצע בצוותא לעניין העברה המקורית כמבצע בצוותא לעניין עברה נוספת. בדיונו למעלה על אודות היקף ההגדרה של המבצע בצוותא, השוינו את חומרתו הפלילית של שותף המשתתף בתכנון העברה לזו של חברו המשתתף בביצוע הפיזי של העברה, כי משקל התרומה של שניהם לביצוע העברה ומידת מעורבותם בה נראו לנו שווים. הדגשנו את השיקול שלפיו, כאשר העברה מבוצעת כפי שתוכננה, יש לתת משקל מלא למעשי התכנון, באותה מידה שנותנים למעשי הביצוע הפיזי. אולם, במקרים שבהם אנו דנים כעת, ביצוע עברה נוספת או שונה מזו שתוכננה, תרומתו של השותף המתכנן ומעורבותו בביצוע העברה הנוספת קלים יותר משל חברו שביצע פיזית את העברה הנוספת. אותם שיקולים שהניעו אותנו למעלה, להשוות תכנון עם ביצוע במקרים שבהם העברה מבוצעת בהתאם לתכנון, נעדרים מן המקרים שבהם היא מבוצעת שלא על פי התכנון. הפעם יש יסוד להבחין בין האחריות הפלילית של המתכנן לזו של המבצע הפיזי.

ושוב, נשווה את המבצע בצוותא עם המשדל. הרי גם המשדל השפיע על יצירת העברה המקורית ועיצובה. ובכל זאת, דינו בגין העברה הנוספת הוא כאילו עשה אותה ברשלנות בלבד. ללמדך, שהמחוקק ראה לנכון להבחין בעניין זה בין תרומתו של המשדל לביצוע העברה המקורית – שהיא מלאה – ובין תרומתו לביצוע העברה הנוספת – שהיא חלקית בלבד. אותה מסקנה מתבקשת בקשר למתכנן. תרומתו לעברה המקורית גדולה מתרומתו לעברה הנוספת. המשדל והמתכנן משפיעים ישירות על יצירת העברה המקורית ועיצובה. לכן, ראוי שיישאו באחריות שווה ומלאה בעבורה. השפעתם העקיפה על ביצוע של העברה הנוספת קלה יותר. ואם סבר המחוקק שדי בהבדל זה כדי להקל על אחריותו של המשדל בעבור העברה הנוספת, ראוייה המסקנה שגם המתכנן יישא באחריות קלה יותר בעבורה.

ועוד. דנו למעלה בשאלה, מהו המשקל שראוי להעניק ליכולת ההשפעה של שותף – או להיעדרה של יכולת זאת – על הביצוע הפיזי של העברה בעת ביצועה, בקשר למידת אחריותו בעבור העברה המתוכננת-המקורית. דעתנו היתה, כאמור, שאין להעניק לנתון זה משקל מכריע כאשר העברה מבוצעת כמתוכנן. במקרים האלה, יכולת השפעה בעת הביצוע הנה פוטנציאלית בלבד, כי העברה מבוצעת על פי התכנון ובהתאם לו. אולם, עניינו עכשיו במקרים שבהם העברה מבוצעת שלא כמתוכנן, כאשר מי מהשותפים סוטה מן המתוכנן ומבצע עברה שונה או נוספת על זו שתכננו השותפים. כבואנו לקבוע את מידת אחריותם של שאר השותפים במקרים האלה – שלא הם ביצעו פיזית את העברה הנוספת – יהיה זה מן

אחרון אנקר

הראוי, לדעתי, להעניק משקל גדול יותר ליכולת ההשפעה של השותף בעת הביצוע של העברה הנוספת או השונה. כאשר, בעת מעשה, הביצוע בפועל של העברה סוטה מן המתוכנן, ומי מן המבצעים מבצע עבודה אחרת, שלא תוכננה, או עברה נוספת עליה, מן הראוי שתהיה אחריותו של מי שיכול היה להשפיע בעת הביצוע ולמנוע את הסטייה גדולה מזו של מי שהשתתף בתכנון אך היה חסר יכולת השפעה בעת הביצוע ולא יכול היה למנוע את הסטייה. במקרה זה פוחת משקלה של ההשתתפות בתכנון – על ההשפעה בפועל הנובעת מכך – וגובר משקלה של יכולת ההשפעה בעת הביצוע. אסביר.

כאשר העברה מבוצעת לפי התכנון שהתוו מתכנניה, ההשתתפות בתכנון פרטי הביצוע תורמת לביצועה ומשפיעה עליה באותו מידה כמו ההשתתפות הפיזית בביצועה. לפעמים, ההשתתפות בתכנון העברה משפיעה על הביצוע אף יותר מן ההשתתפות הפיזית בביצועה. במקרים אלה, ההשתתפות בתכנון תורמת רבות לביצוע העברה; יכולת ההשפעה מחמת השתתפות פיזית בביצוע תורמת מעט, נ"י אין צורך להיזקק לה. אין היא באה לידי ביטוי כל עוד העברה מבוצעת לפי התכנית. לכן, יש להשוות את דינו של השותף שהשתתף בתכנון העברה לזה של חברו שהשתתף בביצועה הפיזי. אולם, מנגד, כאשר ביצוע העברה סוטה מן התכנית, יורדים משקלם של התכנון ושל מידת ההשפעה של התכנון על הביצוע, שהרי במקרה זה העברה מבוצעת שלא בהתאם למתוכנן. במקרה זה של סטייה מן התכנית, עולה דווקא החשיבות המעשית של יכולת ההשפעה בעת הביצוע, כי יש בה האפשרות למנוע את הסטייה. על כן, במקרה של סטייה, יהיה זה ראוי שתגדל ותוחמר מידת האחריות של שותף שהיה יכול להשפיע על ביצוע הסטייה ונעתו, כדי למנועה, אך לא הפעיל את יכולת השפעתו, ותקטן האחריות של חברו שלא היה יכול להשפיע בעת הביצוע כדי למנוע את הסטייה. במקרים כאלה, מי שיכול היה להשפיע כדי למנוע את הסטייה אך לא עשה כן, ראוי שייתן על כך את הדין. לכן, ההשתתפות הפיזית בביצוע העברה – שמביאה עמה את יכולת ההשפעה המעשית על הביצוע, בעתו – מהווה גורם בעל משקל מחמיר דווקא במקרים שבהם ביצוע העברה סוטה מן המתוכנן. אף על פי שהיא אינה ראויה לשמש גורם כה מחמיר במקרים שבהם העברה מבוצעת לפי התכנית המקורית.

אכן, החוק החדש הולם רעיונות אלו, בכל הקשור לאחריות של המשדל. הוא נושא באחריות מלאה בעבור העברה המקורית ובאחריות פחותה בעבור העברה הנוספת. אך לא זה דינו של המבצע בצוותא. הוא נושא באחריות מלאה, הן בעבור העברה המקורית, הן בעבור העברה הנוספת. ומי הוא אותו מבצע בצוותא, שדינו חמור יותר מזה של המשדל והמסייע לעניין העברה נוספת? ברור שהוא אותו מבצע בצוותא שדינו חמור מזה של המסייע, בגין העברה המקורית, המתוכננת. מושג משפטי זה – מבצע בצוותא – משמש הגורם הקובע בשני המקרים. לכן, אם נעניק משמעות רחבה למושג "מבצע בצוותא" לצורך האחריות בעבור העברה המקורית, ככולל בתוכו גם את המתכנן שלא השתתף בביצוע הפיזי של העברה – כפי שנטונו למעלה – בגלל שיקולים ענייניים וראויים של מידת אשמתו ואחריותו לאותה עברה מתוכננת, יחול אותו פירוש מרחיב של מושג ה"מבצע בצוותא" – מינייה וביה – גם לעניין אחריותו בגין העברה הנוספת, שהוא לא תכנן ולא השתתף בתכנונה או בביצועה. וכן ההפך, כמובן. מתן פירוש מצמצם למושג "מבצע בצוותא" בקשר לעברה הנוספת, שתקטין את אחריותו בעבודה, יחייב אימוץ של אותו פירוש מצמצם בקשר לאחריותו בעבור העברה המקורית. לפתרון של שתי סוגיות השונות במהותן, החוק קובע מבחן אחד ויחיד – מבחן המבצע בצוותא.

על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע

לכן אמרתי בתחילת דבריי, שהתשובה לשאלה, מהו הפירוש הראוי למושג ה"מבצע בצוותא" אינה נקייה מספקות. בהקשר אחד, ראוי פירוש מרחיב בשעה שבהקשר האחר ראוי פירוש מצמצם. החוק נקט גישה עיונית-מושגית במקום גישה המבוססת על שיקולים ראויים של מידת האחריות והאשמה.

טוב יהיה להיזכר בהקשר זה בהוראות החוק הישן, מלפני תיקון מס' 39, על אודות האחריות של שותפים בגין עברה נוספת. בהתאם למשפט המקובל האנגלי, לא הבחינה פקודת החוק הפלילי לעניין מידת האחריות הפלילית בין מבצע למסייע. הפקודה אף לא ידעה מושג של "מבצע בצוותא". כל השותפים, מכל הסוגים, נשאו באחריות בעבור העברה המקורית, במידה שווה, כאילו הם ביצעו אותה בעצמם. הבדלים בעונש נקבעו על ידי בית המשפט, במסגרת שיקול הדעת הרגיל שלו, כדי להתאים את העונש לכל מקרה ומקרה לחוד. אולם, לעניין האחריות של השותפים לעברה נוספת שביצע מי מהם, הבחין החוק בין שותף שנכח בביצוע העברה לחברו שלא נכח. שותף שנכח נשא באחריות בגין העברה הנוספת; חברו שלא נכח לא נשא באחריות בעבורה. וזאת ללא הבחנה מושגית בין סוגי השותפים.

בשעתה הושמעה ביקורת על הפסיקה שפירשה את החוק הישן ולא הבחינה בין מבצע ישיר למבצע עקיף לעניין האחריות בגין עברה נוספת. אמנם בחוק עצמו לא נקבעה הבחנה כזו, אך בכל זאת, נראה שהיה טעם בביקורת זו. ואולם נראה לי שביקורת זו היתה עיונית ותאורטית בעיקרה, כי תנאי הנוכחות לנשיאה באחריות בעבור העברה הנוספת – שהחוק הישן דרש את קיומו – שימש יסוד מספיק להבחין את ההבחנות הרצויות בין המקרים. כידוע, הפסיקה לא פירשה את דרישת הנוכחות בעת ביצוע העברה הנוספת כנוכחות פיזית דווקא. היא הרחיבה את מושג הנוכחות וכללה בו גם נוכחות "קונסטרוקטיבית". למיטב ידיעתי, הפסיקה לא הגדירה אי-פעם מה פירושה של נוכחות קונסטרוקטיבית זאת, ולא קבעה לה גדרים וגבולות מדויקים. אך נדמה לי, מתוך עיון באותם פסקי דין שהרשיעו שותפים בעברות נוספות, שהמבחן שהפעילו השופטים לעניין זה היה מבחן יכולת ההשפעה. מי שנמצא בקשר או ביחס כזה עם המבצע העיקרי של העברה הנוספת, כך שיכול היה להשפיע עליו בעת ביצועה, נחשב לנוכח ונשא באחריות גם לה (כמוכח, אם התקיימו לגביו שאר התנאים להטלת אחריות כזו).

כבר הזכרתי את אותה גישה הגורסת, בפרשה את החוק החדש, אחרי תיקון מס' 39, שנוכחות השותף הנה תנאי כדי שייחשב מבצע בצוותא לעניין האחריות בעבור העברה המקורית-המתוכננת. ראינו כי גם אסכולה זו גורסת פירוש מרחיב של תנאי הנוכחות, שמשמעותה המעשית היא יכולת השפעה, בדיוק כפי שפירשו השופטים את תנאי הנוכחות בפקודת החוק הפלילי, לעניין האחריות של שותף בגין עברה נוספת. אמנם, החוק החדש מחק את דרישת הנוכחות – שהיתה בחוק הישן – כתנאי להטלת אחריות בעבור עברה נוספת. אילו קיבלה הפסיקה גישה זו ופירשה את מושג ה"מבצע בצוותא" כדורש נוכחות – אף קונסטרוקטיבית, של יכולת השפעה – היתה מצמצמת בכך מידת האחריות של המבצע בצוותא בעבור עברה נוספת לממדים שנראים לי סבירים יותר. אלא, כפי שראינו, מינה וביה היתה גישה זאת מצמצמת גם את היקף האחריות של המבצע בצוותא בעבור העברה המקורית-המתוכננת, במידה שאינה רצויה.

נראה לי שניתן להסיק מדיון זה מסקנה כללית על אודות מלאכת החקיקה. לדעתי, מקור הבעיה בסוגיה שליכנו הוא בעצם הניסיון להסדיר שתי סוגיות שונות ונפרדות – מידת

אהרן אנקר

האחריות של שותפים בעבוד העברה המקורית ומידת אחריותם בעבור עברה נוספת – באמצעות מושג משפטי אחד ואחיד. כבואו להסדיר את סוגיית האחריות הפלילית של שותפים לעברה, פעל המחוקק ברמת הפשטה גבוהה מדיי. במקום להסדיר את כל אחת מסוגיות המשנה בהסדר נפרד ועצמאי, באמצעות מושגים נפרדים, המתאימים והמותאמים לאותה סוגיה, יצר המחוקק מושג אחד, ברמה מופשטת גבוהה מאוד, והסדיר את סוגיות המשנה באמצעות אותו מושג אחיד. לדעתי, מוטב היה אילו הגביל המחוקק את נפקות ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע לעניין שאלת אחריותם היחסית בגין העברה המקורית-המתוכננת. את נושא האחריות היחסית של השותפים בגין עברה נוספת, הוא היה יכול להסדיר בלי להשתמש באותה דיכוטומיה מושגית ששימשה לפתרון השאלה הראשונה. ההבחנה המושגית בין שותף ישיר לשותף עקיף אינה ראויה שתשמש בסיס להסדרתן הפוזיטיבית והמפורטת של כל השאלות השונות העולות בקשר לאחריות הפלילית של שותפים לעברה. המקרים הרבים והצורות השונות של ביצוע עברות ושל ההשתתפות בביצועה מגוונים מדיי. אין בנמצא מושג אחד ההולם את כל המקרים והיכול לשמש עזר לפתרון של כולם. מלאכת החקיקה, כמו מלאכת השיפוט וכל מלאכה משפטית אחרת, ראויה שתהיה בנויה על בחירה נכונה של רמת הפשטה של המושגים המשפטיים המשמשים כלים לפתרון השאלה.