

# Guilt by Association? בין מיזם עברייני משותף לשותפות ספונטנית

חמדה גור-אריה\*

- א. מבוא
- ב. חלק ראשון: המיזם העברייני המשותף
1. עקרונות מושגיים
  2. דוקטרינת המיזם העברייני המורחבת ופרשת *Jogee* האנגלית
  3. המיזם העברייני המשותף במשפט הישראלי
  - 3.1 המיזם העברייני המשותף טרם תיקון 39 לחוק העונשין
  - 3.2 המיזם העברייני המשותף לאחר תיקון 39 לחוק העונשין
- ג. חלק שני: השותפות הספונטנית
1. מודל ראשון: מיזם עברייני משותף ספונטני
  2. מודל שני: אחריות מכוח סיוע באירועים ספונטניים
  3. מודל שלישי: אחריות קולקטיבית על אף היעדר מיזם משותף
  4. שלושת המודלים – בחינה ביקורתית
  - 4.1 התנהגות המון: תובנות מחקריות
  - 4.2 תובנות מחקריות מול עמדות הפסיקה
- ד. סוף דבר

## א. מבוא

הימים ימי מהומות האינתיפאדה השנייה, הקרויה אף "אינתיפאדת אל אקצה", מהומות שהתרחשו בישראל בחודש אוקטובר 2000. באחד מימי המהומות התקהלו רבים מתושבי הכפר ג'סר א-זרקה ליד כביש החוף והשליכו אבנים לעבר מכוניות חולפות. אחת האבנים פגעה בז'אן בכור, שנהג ברכבו באותה העת, וגרמה למותו. לאחר שנאספו ראיות המצביעות כי כמה מתושבי הכפר השתתפו

---

\* מרצה בכירה, החוג למשפטים, המרכז האקדמי פרס. ברצוני להודות לפרופ' רון שפירא ולפרופ' שחר אלדר על הערותיהם המועילות למאמר, ואף להודות למערכת הפרקליט על הערות חשובות ששיפרו ודייקו המאמר.

בהתקהלות, תוך שעמדו לאורך גשר עילי והשליכו אבנים לעבר הכביש, הגישה התביעה כתבי אישום כנגד אותם תושבים וייחסה לכל אחד מהם עבירת הריגה מכוח דיני השותפות. במשפטו של פלוני, קטין אשר הואשם בהשלכת אבנים באותו אירוע, הסתבר כי הנאשם היה חלק מההתקהלות ואף השליך אבנים במהלכה.<sup>1</sup> עם זאת, הסתבר כי הנאשם השליך אבנים במקום מרוחק ממקום הפגיעה במנוח וכי הצטרף להמון משליכי האבנים לאחר שהמנוח כבר נפגע. למעשה, התביעה אישרה כי האבן אותה השליך הנאשם אינה האבן שפגעה במנוח.<sup>2</sup> אף על פי כן, ביקשה התביעה להרשיע הקטין בהריגת המנוח בטענה כי כל אחד מאלה שהשתתפו בהתקהלות אחראי למותו של המנוח מכוח דיני השותפות הפלילית. על סמך הלכות רבות שהתגבשו במשפט הישראלי קבע בית המשפט המחוזי כי "שותפות ספונטנית" – קרי שותפות שאינה מבוססת על תכנון מוקדם לבצע עבירה בצוותא – עשויה לשמש בסיס להטלת אחריות פלילית על כלל המשתתפים בה בגין כל עבירה שבוצעה במהלכה. עם זאת, קבע בית המשפט כי במקרה דנן מרחיבה עמדת התביעה את משמעותם של דיני השותפות מעבר להיגיון. לדבריו:

"אם נקבל את שיטתה המשפטית של המאשימה, ניתן יהיה להעמיד לדין למעשה, כאחראים להריגתו של המנוח, את כל אלו שהשליכו אבנים בכבישי ישראל במהלך מהומות אוקטובר 2000, ללא כל קשר למיקומם המדויק ולמועד בו השליכו אבנים אל עבר כלי רכב, הכל תחת המעטה של ההתארגנות המשותפת על רקע מחאת ערביי ישראל. זו היא הרחבה בלתי סבירה של דיני השותפות במשפט הפלילי".<sup>3</sup>

מתוך כך, בית המשפט קבע כי הגם שאפשר לייחס להמון מתפרע אחריות מוסרית ואולי ציבורית בגין תוצאות ההתפרעות, אי אפשר ליחס לכל אחד מיחיד ההמון אחריות פלילית למעשיהם של אחרים, וזאת אם לא הוכחו יסודות של שותפות ממשית, כפי שבית המשפט הבין מושג זה.<sup>4</sup> מותו של ז'אן בכור הוא אירוע חמור, המעלה קשיים משפטיים לא מבוטלים. מהי אחריותם, אם בכלל, של אלה ההופכים להמון מתפרע? האם ניתן וראוי לייחס לכל אחד מיחיד ההמון אחריות לכל עבירה שנעברה אגב ההתפרעות? מהו הבסיס הרעיוני להשתתף אחריות פלילית כגון זו? עמדתה של התביעה מחד

1 ת"פ (מחוזי חי') 378/00 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 11.11.2002).

2 שם, בפס' 3 להכרעת הדין.

3 שם, בפס' 7 להכרעת הדין.

4 שם.

גיסא, וקביעת בית המשפט מאידך גיסא, משקפים קושי עיוני ומעשי נמשך, המאפיין את פסיקות בתי המשפט הישראליים בכל הנוגע לבסיס הראוי להטלת אחריות על משתתפים באירוע אלים שנוצר באופן ספונטני. קושי משפטי זה מלווה את המשפט הפלילי זה זמן רב. התפרעויות וקטטות המוניות הגיעו לפתחו של המשפט הפלילי זה שנים רבות, אך באופן מפתיע, קשה לזהות פיתוחה של דוקטרינת השתתפות אחריות שעניינה מתן מענה לתופעה קונקרטית זו. במקרים רבים, אירועים ספונטניים מסוג זה מטופלים בהתאם לרציונל משפטי שלפיו מטופלים אירועים רבי-משתתפים אחרים, שאינם מתאפיינים בהתלקחות ספונטנית. למעשה, כפי שיוצג להלן, המודל המשפטי המרכזי בהקשר של עבירות מרובות משתתפים – המיושם תדיר במקרים המכונים שותפות ספונטנית – מבוסס על רציונל הפוך מרציונל הספונטניות.

כפי שיתואר במאמר זה, מקום שבו עבירות מתבצעות בידי מספר עושים, המצע הרעיוני המאפשר הטלת אחריות פלילית כוללת על המשתתפים בביצוע מבוסס במידה רבה על המושג "מיזם עברייני משותף" (Joint criminal Enterprise). לפי עיקרון משפטי זה, הגם שברגיל אחריות פלילית מוטלת על מי שביצע את היסוד העובדתי בעבירה תוך שנלווה להתנהגותו הלך הנפש הנדרש, שעה שכמה משתתפים גיבשו תוכנית עבריינית והם פועלים כאיש אחד לשם קידומה והגשמתה, ראוי מבחינה מוסרית ומשפטית לראות בכל אחד מהם אחראי לכל עבירה שבוצעה לשם הגשמת התוכנית. זאת, בלא תלות הכרחית בשאלה מהי ההתנהגות אותה ביצע כל עושה באופן ממשי. עמדה משפטית זו, הנוהגת הן בדין בישראלי, הן ברבות משיטות המשפט המדינתיות והן במשפט הפלילי הבין-לאומי, רואה בפעולה במסגרת מיזם עברייני רכיב מרכזי בביסוס האחריות המשפטית של חברי החבורה העבריינית לכלל העבירות שהתבצעו אגב הגשמת התוכנית, בין אם ביצעו עבירות אלה באופן ממשי ובין אם לאו. לאחריות כזו אקרא "אחריות קולקטיבית".

דוקטרינת המיזם העברייני המשותף אינה מבססת, מכוח השייכות עצמה, אחריות לכלל העבירות שנועברו כחלק מהמיזם – ביסוס אותו נהוג לכנות Guilt by Association, הנחשב פסול ונוגד את עקרונותיו הבסיסיים של המשפט. לפי דוקטרינה זו, קביעת האשמה "הקולקטיבית" מבוססת על החלטתו המודעת והרצונית של אדם לבצע עבירה יחד עם אחרים ולפעול עימם במשותף, עד כדי הפיכת כלל המשתתפים במיזם העברייני ל"עושה אחד" בעל זרועות רבות. במובן זה, קביעת האחריות הקולקטיבית מבוססת על עיקרון האחריות האישית. בד-בבד עם התפתחות העמדה הרווחת ביחס לאחריות "קולקטיבית" מכוח תכנון מוקדם משותף היוצא אל הפועל בידי מספר עושים, עוסק המשפט בתופעה עבריינית המבוצעת אף היא בידי מספר עושים. אלא שלביצוע זה לא קודם תכנון משותף של תוכנית עבריינית באשר מדובר באירוע עברייני שהחל

בשל התלקחות ספונטנית. תופעה עבריינית זו מכונה בפסיקה הישראלית באופן כוללני "שותפות ספונטנית". כפי שיוצג בהמשך הדברים, המושג הוחל במגוון סיטואציות עברייניות, שונות זו מזו, ואף המשמעות שניתנה לו אינה אחידה. בכל המקרים שבהם השתמשו במושג, נקודת המוצא לדיון הייתה היעדרו של תכנון מוקדם. ואולם מעבר לנקודת מוצא זו מתפצלות העמדות הפסיקתיות ביחס למשמעותו של היעדר זה ומניבות פרשנויות שונות, הסותרות לעיתים זו את זו. כפועל יוצא מכך, ביסוס האחריות מכוח "שותפות ספונטנית" אינו קוהרנטי. כפי שאטען במאמר זה, קושי זה אינו מקרי ונובע מניסיון לייחס לתופעות עברייניות שונות משמעות משפטית אחת. המודל המחשבתי השליט ביחס לעבירות המבוצעות בידי יותר מעושה אחד מבוסס בעיקרו על תפיסת המיזם העברייני המשותף. מודל חשיבתי זה מיושם ברבים מהמקרים שבהם קיים יותר מעושה אחד, מתוך הנחה כי עקרונותיה של תפיסת המיזם העברייני הולמים כל אחד ממצבים אלה ועל כן אפשר להתאימה, בשינויים מחויבים, לכל מופע עברייני המאופיין בריבוי עושים. הנחה בסיסית זו, כך אטען, הביאה להתפתחותה של השקפה שיפוטית שבהתאם לה ראוי להשית אחריות קולקטיבית במרבית המקרים שבהם בוצעו עבירות תוך כדי פעילות קבוצתית. השקפה שיפוטית כוללת זו אינה מכירה באופן מספק בשונות שבין תופעות עברייניות שונות ועל כן, עשויה להביא לכשל שיפוטי באשר להצדקות הראויות להטלת אחריות בסיטואציות שאופיינו בפסיקה באופן כוללני כ"שותפות ספונטנית".

לשם הבנת עמדת הפסיקה בעניין זה אבחן בחלקו הראשון של המאמר את מודל השתת האחריות הרווח ביחס לאירועים עברייניים מרובי משתתפים המאופיינים בתכנון מוקדם של העבירה. מודל זה ישמש נקודת מוצא ונקודת השוואה לשם בדיקת עמדת הפסיקה ביחס לאחריותם של משתתפים באירועים עברייניים המתפתחים באופן ספונטני.

בחלקו השני של המאמר אנתח את עמדת הפסיקה הישראלית ביחס לעבירות שבוצעו בידי יותר מעושה אחד, עת לעבירות אלה לא קדם תכנון מוקדם. מצבים אלה כונו בידי הפסיקה "שותפות ספונטנית" ובמישור ההצהרתי, הפסיקה הישראלית קבעה כי גם באירוע הנוצר באופן ספונטני אפשר לראות במשתתפי האירוע שותפים לדבר עבירה ולהשית עליהם אחריות בגין כלל המעשים שבוצעו במהלכו. אולם ניתוח מעמיק של הפסיקה מעלה כי הרציונל המשפטי להשתת אחריות במקרים אלה אינו אחיד. למעשה, אפשר לזהות בפסיקה הישראלית שלושה מודלים שונים ומתחרים לקביעת אחריות אדם למעשים שביצעו אחרים באירוע הספונטני. המאמר יטען כי על אף שונותם, שלושה מודלים אלה לביסוסה של אחריות במקרים שכוננו בפסיקה "שותפות ספונטנית" מעלה קושי משמעותי בקביעת אחריות פלילית, וכי בפועל כל אחד ממודלים אלה מבסס אחריות תוך חריגה מעקרונותיו היסודיים של המשפט הפלילי.

## ב. חלק ראשון: המיזם העברייני המשותף

### 1. עקרונות מושגיים

"הקונסטרוקציה התיאורטית אינה אלא לבוש שהדין נותן למציאות".<sup>5</sup> עיקרון יסודי במשפט הפלילי קובע כי אחריות פלילית היא אחריות אינדיווידואלית.<sup>6</sup> אדם ראוי מוסרית ומשפטית לגינוי מוסרי ולהטלת אשם מקום שבו הוא עצמו מבצע את כלל היסודות ההתנהגותיים הקבועים בעבירה, עת התנהגותו מלווה בהלך הנפש האסור כמפורט בעבירה.<sup>7</sup> על כן, התפיסה המשפטית המקובלת מתמקדת בביצוע המעשה וככלל אוסרת כל התייחסות לעושה ולאפיונו, כגון מעמדו החברתי, מוצאו, מינו, גזעו ושייכו החברתיים. מתן משמעות משפטית לנתונים אלה בשלב קביעת האחריות הפלילית נתפס כמטה את המערכת השיפוטית והופך אותה לחשופה ל"חויץ" החברתי-פוליטי.<sup>8</sup> יתר על כן, ההיזקקות לנתונים אלה עלולה להסיט את הדיון השיפוטי מהמעשים שעשה העושה אל עבר רכיבים שאינם נתונים בשליטתו, ובכך למעט מבחינה מושגית ומעשית באחריותו האישית.<sup>9</sup> מתוך כך, ביסוסה של אחריות פלילית על סמך שיוכו של אדם, קרי הסקת אחריותו לעבירה פלונית מתוך ההקשרים החברתיים שבהם הוא מצוי, זכתה לכינוי הגנאי "guilt by association", המשקף את האופן שבו אסור למחוקק ולבית המשפט לנהוג בהגדרים אחריות פלילית. כפי שקבע בית המשפט האנגלי באחד מפסקי הדין החשובים ביותר שניתנו בשנים האחרונות בסוגיה זו, הוא פרשת *Jogee*, אשר תידון בהמשך מאמר זה: "It is important to emphasize that guilt of crime by mere association has no proper part in the common law"<sup>10</sup>.

עקרון האחריות האינדיווידואלית עומד למבחן מקום שבו מדובר בפעילות עבריינית קבוצתית. לכן, שיקוף משפטי ראוי של המציאות העבריינית מחייב

5 דברי הנשיא ברק בדנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 176 (1998).

6 כפי שמסביר סנפורד קדיש, "[...] The great bulk of the doctrines of criminal law is the conception of personal responsibility". ראו: Sanford H. Kadish, *Why Substantive Criminal Law – A Dialogue*, 29 CLEV. ST. L. REV. 1, 10 (1980).

7 לדיון בעקרון האשם, ראו: מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109 (1996).

8 לדיון במשמעות התפיסה הרואה בהתייחסות להקשרים חברתיים של היחיד כמעוותים את פני הצדק, ראו למשל, V. F. Nourse, *Hearts and Minds: Understanding the New Culpability*, 6 BUFF. L. REV. 361, 362 (2002).

9 לתפיסת היחיד ומודעותו כמבססים את האחריות הפלילית ראו: John Lawrence Hill, *Law and the Concept of the Core of the Self: Toward a Reconciliation of Naturalism and Humanism*, 80 MARQ. L. REV. 289, 294–303 (1997).

10 *R. v. Jogee; R v. Ruddock* [2016] 2 All ER 1 at p. 24, para. 77. (להלן: פרשת *Jogee*).

ליישב בין עקרון האחריות האישית לבין מציאות עבריינית שבמסגרתה אדם פועל לעיתים כחלק מקבוצה עבריינית. במסגרת קבוצתית זו, ייתכן שאדם ביצע רק חלק מהיסודות העובדתיים של עבירה פלונית וייתכן אף שלא ביצע אף רכיב מיסודות עובדתיים אלה אך תרם למאמץ הקבוצתי באופן אחר. מתוך כך, עולה השאלה אם ניתן, וכיצד ניתן, להשית אחריות על מי שפעל כחלק מקבוצה עבריינית, וזאת בלא לוותר מושגית על עקרון האחריות האישית ובלא לבסס את אחריותו של אדם אך ורק על סמך ההקשרים החברתיים שבהם פעל.

המודל התיאורטי המרכזי שתכליתו ליישב בין עקרון האחריות האישית לבין שיקוף המציאות העבריינית הקבוצתית, אשר אומץ הן בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית והן במשפט הפלילי הבין-לאומי, הנו דוקטרינת "המיזם העברייני המשותף" (Joint Criminal Enterprise).<sup>11</sup> בהתאם למודל זה, אפשר להכיר משפטית במציאות עבריינית קבוצתית, תוך מתן משמעויות משפטיות לאופייה הקולקטיבי של ביצוע העבירה, וזאת בלא לוותר מושגית על עיקרון האחריות האישית לעבירה. כריסטופר קוץ (Kutz) מסביר את הרציונל האינדיווידואלי הבא לידי ביטוי בהטלת אחריות קולקטיבית באופן הבא: פעולה עבריינית קולקטיבית היא תוצר של החלטת אינדיווידואלים לערב עצמם בפרויקט עברייני משותף. במובן זה כל אחד מיחידים אלה הוא בעל "כוונת שותפות" (participatory intent), קרי כוונה לפעול במסגרת קבוצתית. יחידים הפועלים בהתאם לכוונת שותפות, הקיימת בלב כל אחד מהם, יוצרים פעולה מכוונת משותפת ועל כן, אפשר לומר כי לא היחידים הם שפעלו אלא שהקבוצה היא שפעלה.<sup>12</sup> כפי שמסביר קנת שוקלי (Shockley), מיזם עברייני משותף מתאפיין בכך שכל אחד מיחידיו פועל כדי לבצע את חלקו במימוש המטרה המשותפת לה הוא מודע, מתוך כוונה לתרום להשגתה, ומשום שהוא יודע כי כמוהו, גם אחרים מבצעים את חלקם בהשגת מטרה זו.<sup>13</sup> מרכז הכובד במודל

<sup>11</sup> לתיאור דוקטרינת המיזם העברייני במשפט המדינתי, ראו: Beatrice Krebs, *Joint Criminal Enterprise*, 73 MOD. L. REV. 578 (2010); Allison M. Danner & Jenny S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, 93 CAL. L. REV. 75 (2005).

<sup>12</sup> CHRISTOPHER KUTZ, *COMPLICITY: ETHICS AND LAW FOR A COLLECTIVE AGE* 67 (2000). לדברי קוץ, אפשר לעמוד על מספר מימדים מרכזיים המאפיינים פעולה משותפת המבוססת על כוונת שותפות: מספר המשתתפים במיזם המשותף; פעולות מתואמות לשם השגת המטרה המשותפת; מידה כזו או אחרת של רוח שיתוף פעולה; רמות משתנות של אוטונומיה אישית; רמות שונות של השפעת כל אחד מיחידים הקבוצה על התוצר הקולקטיבי. מידתם של מימדים אלה ועוצמתם עשויה להשתנות בין התנהלות קבוצתית זו או אחרת. ראו עמ' 68-69.

<sup>13</sup> Kenneth Shockley, *Programming Collective Control*, 38 JOUR. OF SOC. PHIL. 442,

המיזם המשותף, הסביר השופט שטיין, הוא בסינרגיה שבין חברי הקבוצה העבריינית. לדבריו, "אחריות הפועלים בצוותא חדא לקידומה של מטרה פלילית משותפת תלויה אך ורק בקיום הסינרגיה העבריינית, ולא בחלקו האינדיווידואלי של כל מבצע ומבצע. גם מי שחלקו בעבירה הוא קטן בהשוואה לזה של שותפיו לדבר העבירה יישא באותה אחריות פלילית כאחד ממבצעי העיקריים של העבירה"<sup>14</sup>.

אם כן, דוקטרינת המיזם העברייני המשותף מבוססת על ההנחה כי בסיס הטלת האחריות הפלילית הוא אינדיווידואלי. האחריות לביצוע העבירה היא אישית, אלא שאופן הוצאתה לפועל בא לידי ביטוי במסגרת קולקטיבית. דוקטרינה זו מבוססת על התפיסה שלפיה אשמו האישי של כל אחד ממשותפי המיזם מושתת על קיומו של יסוד נפשי אינדיווידואלי היוצר מעורבות – באופן זה או אחר – בקידום היסוד העובדתי בעבירה.<sup>15</sup> על כן, השאלה מהי מידת מעורבותו הממשית של פלוני בביצוע היסוד העובדתי של עבירה שנעברה באופן קולקטיבי היא בעלת חשיבות פחותה. מתוך כך, דוקטרינת המיזם העברייני המשותף אכן מטילה אחריות קולקטיבית על כל אחד ממשותפי המיזם – כלומר מייחסת להם אחריות לכל עבירה שבוצעה כחלק מהמיזם בלא תלות הכרחית בשאלת מעורבותם הממשית בביצוע היסוד העובדתי בעבירה – אלא שאחריות קולקטיבית זו מבוססת מושגית על עיקרון האחריות האישית. המלומד סימסטר (Simester) מסביר את יסודותיה של דוקטרינה זו במשפט המקובל, בכתבו הדברים הבאים:

---

(2007) 445; כפי שמסביר הרמן ון דר וילט, הרכיב המרכזי בדוקטרינה זו נעוץ בהנחה שלפיה בהסכם העברייני המוקדם מוכיח כל אחד מהמעורבים בו מסוגלות פסיכולוגית ונכונות לבצע את העבירות מושא ההסכם. לדבריו, זו הסיבה שבגינה הסכמה מוקדמת היא רכיב כה חשוב בדוקטרינה זו, שכן היא הרציונל המחבר מבחינה משפטית את חברי הקבוצה. ראו: Herman Van Der Wilt, *Joint Criminal Enterprise – Possibilities and Limitations*, 5 J. INT'L CRIM. JUST. 91, 107 (2007).

14 ע"פ 4791/20 **מדינת ישראל נ' טאלב**, פס' 28 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו) 26.11.2020.

15 בהקשר זה ראוי לציין כי קיימת דוקטרינה משפטית המשתיה אחריות פלילית על אדם מכוח שייכותו לארגון זה או אחר. כך למשל, במשפטי נירנברג השיתו אחריות על חברים בארגונים שהוגדרו כ"ארגונים פושעים", כגון ה-SS וה-SD. ס' 9 לצ'רטר המכונן את משפטי נירנברג (IMT Charter) קובע כדלקמן: "At the trial of any individual member of any group or organization the tribunal may declare (in connection with any act of which the individual may be convicted) that the group or organization of which the individual was a member was a criminal organization" ראו Charter of the International Military Tribunal, 59 Stat. 1544, 82 UNTS 279, EAS No. 472.

"[...] For almost its entire history, the common law of crimes has known doctrines of common (unlawful) purpose [...] in terms of 'plain vanilla' joint enterprises, it has never seriously been doubted that, if S and P come together with a common purpose to do crime A, S is liable for A when done by P [...] Shared pursuit of the common purpose was in itself a form of criminal participation".<sup>16</sup>

אף במשפט הפלילי הבין-לאומי, העוסק תדיר בעבירות שבוצעו בידי מספר רב של אנשים, אומצה בסופו של דבר דוקטרינת המיזם העברייני המשותף כבסיס לאחריות לעבירות המתבצעות מטבען בידי מספר רב של אנשים.<sup>17</sup> בפרשת *Tadic* קבע בית הדין הפלילי הבין-לאומי שעסק בפשעים שבוצעו ביוגוסלביה (ICTY) שלושה מודלים לאחריות קולקטיבית, העוסקים בשלוש סיטואציות משפטיות שונות. הראשון מבין המודלים הוא המיזם העברייני המשותף. לפי לקביעת בית הדין, מבצעי מיזם משותף, הפועלים מכוח תכנון משותף מוסכם וחולקים ביניהם כוונה פלילית זהה, יישאו באחריות זהה לכלל העבירות

<sup>16</sup> Andrew P. Simester, *Accessory Liability and Common Unlawful Purposes*, 33 *Law Q. Rev.* 73, 78 (2017).

<sup>17</sup> לאחר מלחמת העולם השנייה, במהלך משפטי נירנברג, התבסס בית הדין על דוקטרינת הקשר הפלילי לשם הטלת אחריות במובנה הקולקטיבי. הטלת אחריות קולקטיבית בגין עבירות פשע נגד האנושות ופשעי מלחמה התבססה על התפיסה שלפיה מורשעי נירנברג היו מעורבים בקשר הפלילי לבצע פשעים אלה ועל כן, מכוח מעורבותם בקשר הפלילי, ראוי להטיל עליהם אחריות לכל עבירה שנעברה במהלך קידומו של הקשר. זאת, בלא תלות בשאלה אם היו מעורבים בהוצאתו לפועל של קשר זה. דוקטרינה משפטית זו, המכונה "אחריות סולידרית של קושרים", נדמית על פני הדברים כדומה לדוקטרינת המיזם העברייני, שכן שתי תפיסות אלה מבססות אחריות קולקטיבית על שלב גיבוש התוכנית העבריינית. ואולם בעוד דוקטרינת המיזם העברייני מבססת האחריות של שילוב יסוד עובדתי (מעורבות כזו או אחרת בהוצאת התוכנית העבריינית לפועל) ויסוד נפשי (כוונת השותפות), דוקטרינת האחריות הסולידרית של קושרים אינה נזקקת כלל, לשם הטלת אחריות קולקטיבית, ליסוד עובדתי כלשהו. במובן זה, לטענת מבקריה, הטלת אחריות מכוח דוקטרינת האחריות הסולידרית של קושרים נחשבת לדוקטרינה הסוטה סטייה בלתי סבירה מעיקרון היסוד של המשפט הפלילי, הוא עיקרון האחריות האישית. לדין מרחיב באופן הטלת האחריות במשפטי נירנברג, ראו *Danner & Martinez*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 114-117; לניתוח הקשר המשפטי בין קביעת בית המשפט במשפטי נירנברג לבין תפיסת המיזם העברייני המשותף, ראו Michael P. Scharf, *Joint Criminal Enterprise, The Nuremberg Precedent, and the Concept of 'Grotian Moment'*, in *ACCOUNTABILITY FOR COLLECTIVE WRONGDOING* 119 (Tracy Isaac, Richard Vernon eds, 2011).



המתוכננות שהתבצעו.<sup>18</sup>

כפי שיתואר בהמשך הדברים, אף הדין הישראלי אימץ ככלל את הרציונל העומד בבסיס דוקטרינת המיזם העברייני.<sup>19</sup>

2. דוקטרינת המיזם העברייני המורחבת ופרשת *Jogee* האנגלית

לשם תיאור ממצה של דוקטרינת המיזם העברייני המשותף יתואר להלן בקצרה רכיב נוסף בה, השנוי במחלוקת קשה, והמתייחס למצבים שבהם אחד ממשותפי המיזם מבצע עבירה החורגת מגדר התוכנית העבריינית המוסכמת. רכיב נוסף זה עוסק בשאלה כיצד ראוי לשקף מציאות עבריינית אשר כחלק ממנה נעברו עבירות במהלך ביצועו של מיזם עברייני משותף, אלא שאחת מהעבירות שנעברו אינה חלק מהתוכנית העבריינית המקורית. מתוך כך, נדרש מענה לשאלה אם ראוי לראות בשותפים האחרים למיזם, שלא ביצעו עבירה נוספת זו, כמי שאחראים לה.

ההתמודדות המשפטית עם חריגה מהמיזם העברייני בידי אחד ממשותפיו באה לידי ביטוי בהרחבת דוקטרינת המיזם העברייני המשותף באופן המאפשר הטלת אחריות על כלל משותפי המיזם, בתנאים מסוימים, גם בגין העבירה הנוספת. במשפט הפלילי הבין-לאומי קרויה הרחבה זו "Extended Joint Criminal Enterprise",<sup>20</sup> ואילו בדין האנגלי נהוג לכנותה "Parasitic Liability".<sup>21</sup> כפי שיתואר בהמשך מאמר זה, גם בדין הישראלי אומצה דוקטרינת המיזם העברייני המורחבת ומקובל לכנותה "אחריות נגררת".<sup>22</sup> ואולם, ההסדר

18 Prosecutor v. Tadic, Judgement, ICTY Appeals Chamber (July 15 1999) Case No.

183; IT-94-1-A at para. מעבר לדוקטרינת המיזם העברייני המשותף, קבע בית המשפט שני מודלים נוספים לאחריות, והם מודל האחריות הפיקודית ומודל המיזם העברייני המשותף המורחב. לדיון בשלושת המודלים, ראו: Danner & Martinez, לעיל ה"ש 11, בעמ' 102-131. מודל המיזם העברייני המשותף המורחב יידון בהמשכו של מאמר זה.

19 לצד הרציונל העומד בבסיס דוקטרינת המיזם העברייני המשותף אפשר לאתר רציונלים נוספים להטלת אחריות קולקטיבית במסגרת פעילות עבריינית קבוצתית. כך, רוני רוזנברג עומד על רציונלים נוספים לרציונל זה (אותו הוא מכנה רציונל האוטונומיה), ובהם הרציונל התוצאתי, רציוני הסיבתיות ורציוני הסיכון. ראו רוני רוזנברג "ביצוע בצוותא: רכיב התנהגותי, יסוד נפשי ורציונלים" ספר אדמונד לוי 657, 680-689 (2017).

20 דוקטרינת המיזם העברייני המורחב נקבעה במפורש בפרשת *Tadic*. ראו Prosecutor v. Tadic, Second Amended Indictment, Case No. IT-94-1-1 (Dec. 14, 1995).

21 לתיאור מקורו של המושג במשפט המקובל, ראו פרשת *Jogee*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 7-20.

22 הדר דנציג-רוזנברג "הסדר הטלת האחריות לעבירה נגררת – ההורים על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איוון אחרת" ספר דיוויד וינר 683 (2009).

הקיים היום בחקיקה הישראלית רחב ונוקשה יותר מזה הנהוג במשפט הפלילי הבין-לאומי ומזה שהיה נהוג במשפט המקובל.<sup>23</sup> לפי תפיסת המיזם העברייני המורחב, מקום שבו חורג אחד ממשנתפי המיזם מהתוכנית העבריינית בבצעו עבירה שונה או נוספת לזו המתוכננת, ראוי להטיל אחריות בגין עבירה זו גם על שאר משנתפי המיזם, אם צפו בפועל את אפשרות ביצועה של העבירה הנוספת. אם כן, ככל שמדובר בתוכנית ש"השתבשה" והתווספה לה עבירה נוספת לא מתוכננת, ממירה תיאוריית המיזם המורחב את דרישת "כוונת השותפות" ביסוד נפשי של מודעות. לשון אחר, האחריות הקולקטיבית לעבירה שאינה חלק מהתוכנית המקורית אינה מתבססת על דרישת כוונת השותפות, שהרציונל לה מבוסס על תפיסת האחריות האישית לעבירה. את מקומה של כוונת השותפות תופסת הדרישה המחמירה פחות למודעות לאפשרות שיבוש המיזם. "הנמכת" בסיס יצירת האחריות הקולקטיבית מבוסס על התפיסה שלפיה עצם ההצטרפות למיזם משותף, שמשמעה ויתור על השליטה בביצוע העבירה, כורכת בחובה אפשרות של שיבוש התוכנית.<sup>24</sup> על כן, אם צפו חברי המיזם אפשרות של שיבוש כאמור, ראוי להטיל עליהם אחריות גם בגין מה שצפו.<sup>25</sup>

הרציונל להרחבת אחריות חברי המיזם העברייני המשותף מבוסס על הרצון לשקף את המציאות העבריינית, שבמסגרתה תכניות עברייניות עשויות להשתבש. ואולם כפי שטוענים מבקריה הרבים של דוקטרינה מורחבת זו, היות שהרציונל העומד בבסיס דוקטרינת המיזם המשותף מתבסס על כוונת השותפות

23 כפי שיפורט בהמשך הדברים, בדין הישראלי אחריות נגררת נוצרת על בסיס יסוד נפשי של רשלנות. כאשר מבצע בצוותא יכול היה לצפות את התרחשותה של העבירה הנוספת והבלתי מתוכננת, אפשר להטיל עליו אחריות לעבירה זו, הגם שלא ביצעה. בניגוד לכך, בדין הבין-לאומי, ואף בדין האנגלי הקודם להלכת *Jogee*, אחריות לעבירה בלתי מתוכננת עשויה להיות מוטלת כאשר אדם צפה בפועל את התרחשותה של העבירה. לדיון באשר ליסוד הנפשי הנדרש להשתתף אחריות בהתאם למודל המיזם העברייני המשותף המורחב במשפט הבין-לאומי, ראו Hector Olasolo, *Joint Criminal Enterprise and its Extended Form: A Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principle Liability, a Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime?*, 20 CRIM. L. F. 263, 278–281 (2009).

24 לניתוח יסודותיה של דוקטרינת המיזם העברייני המורחב במשפט הפלילי הבין-לאומי, ראו Stephen Ranieri, *Extended Joint Criminal Enterprise in International Criminal Law: From Foreseeability, to Intention, to Control Over Crime*, 80 JOUR. OF CRIM. L. 436 (2016).

25 עמדה זו באה לביטוי בפרשת סילגדו הישראלית. ראו: ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002).

לבצע עבירה פלונית, משעה שביצע אחד השותפים למיזם עבירה החורגת מכוונת השותפות המקורית, קיים קושי מושגי להטיל אחריות בגין עבירה נוספת זו על שאר משתתפי המיזם. זאת, משום שהטלת אחריות מורחבת כזו מאיינת את הצידוק הרעיוני, המבוסס על עקרון האחריות האישית הבאה לידי ביטוי קולקטיבי, של דוקטרינת המיזם העברייני כולה.<sup>26</sup>

במשפט המקובל האנגלי ביקורת זו הובילה לביטולה של אחריות מרחיבה זו, לפחות באשר להרשעה בעבירת הרצח כעבירה נגזרת. בפסק דינו החשוב של בית המשפט האנגלי בפרשת *Jogee*, שניתן בשנת 2016, נקבע כי בהחלת דוקטרינה רחבה זו יש משום חריגה משפטית שגויה ביחס לדיני השותפות, אשר התבצעה במשפט המקובל, וכי דינה של חריגה זו להתבטל.<sup>27</sup> בלשונו של בית המשפט, בתי המשפט "took the wrong turn", בקבעם אחריות מרחיבה כזו. מתוך כך, בהתייחסו להטלת אחריות על משתתפי מיזם עברייני בגין עבירת רצח שלא הייתה חלק מתוכנית המיזם המקורית, קבע בית המשפט האנגלי את הדברים הבאים:

"[...] In the common law foresight of what might happen is ordinarily no more than evidence from which a jury can infer the presence of a requisite intention. It may be strong evidence, but its adoption as a test for the mental element for murder in the case of a secondary party is a serious and anomalous departure from the basic rule, which results in over-extension of the law of murder".<sup>28</sup>

מאידך גיסא, במשפט הפלילי הבין-לאומי דוקטרינת המיזם העברייני המורחב שרירה וקיימת, ונתונה לביקורת משמעותית ולקריאות לביטולה.<sup>29</sup> אם כן, לפרשת *Jogee* האנגלית חשיבות רבה באשר לדיני המיזם העברייני המשותף המורחב. אך יתר על כן, לפרשה זו חשיבות רבה אף באשר לקביעת האחריות בעבירות רבות משתתפים שאינן מלוות בתכנון מוקדם. כפי שיפורט בהמשכו של מאמר זה, על בסיס ההשקפה שלפיה לא ראוי להטיל אחריות קולקטיבית בהיעדר כוונת שותפות, קבע בית המשפט כי אין זה ראוי להחיל את דוקטרינת המיזם העברייני המשותף במקרים שבהם מתבצעת עבירה רבת

26 לניתוח ביקורתי של דוקטרינת המיזם העברייני המורחב, ראו למשל, Andrew P. Simester, *The Mental Element in Complicity*, 122 L. Q. REV. 578 (2006).

27 פרשת *Jogee*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 2-3.

28 שם, בעמ' 27.

29 ראו למשל: Danner & Martinez, לעיל ה"ש 11, בעמ' 142-146.

משתתפים בלא שתתלווה לה תוכנית עבריינית קונקרטיית, קרי במקרים של שותפות ספונטנית.

### 3. המיזם העברייני המשותף במשפט הישראלי

#### 3.1 המיזם העברייני המשותף טרם תיקון 39 לחוק העונשין

אף על פי שהביטוי "מיזם עברייני משותף" לא מופיע בחקיקה או בפסיקה הישראלית, ניכר כי מדובר במודל רעיוני שאומץ בדין הישראלי הפלילי, הן בתחילת דרכו והן לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, אשר הסדיר את סוגיית השותפים לדבר עבירה באופן שונה מהדין שחל עד לתיקון.

אימוצה של דוקטרינת המיזם העברייני המשותף – הן הבסיסי והן המורחב – בתחילת דרכו של המשפט הפלילי הישראלי, נשען של הוראות פקודת החוק הפלילי ואף על הוראות חוק העונשין עד לתיקונו בשנת 1995. בשני דברי חקיקה אלה – ובעיקר בסעיף 24 לפקודת החוק הפלילי<sup>30</sup> ובסעיף 28 לחוק העונשין<sup>31</sup> כנוסחו לפני תיקון 39 – קבע המחוקק אחריות פלילית קולקטיבית מכוח תוכנית עבריינית. במה שיפורט להלן ייסקרו שני פסקי דין, מרכזיים להבנתו, המיישמים את תפיסת המיזם העברייני המשותף בדין הישראלי הקודם לתיקון 39 לחוק העונשין.

אחד היישומים המשפטיים הישראלים החשובים של דוקטרינת המיזם העברייני המשותף, שלהבנתי לא זכה לתשומת לב מספקת במחקר העוסק בדיני השותפות לעבירה, בא לידי ביטוי בפרשת אייכמן.<sup>32</sup> בפרשה זו פיתח בית המשפט באופן מרחיב וממצה דוקטרינה שתכליתה הטלת אחריות קולקטיבית על אייכמן, שהרצינו לה הוא אחריות אישית – הנגזרת מכוונת השותפות

<sup>30</sup> נוסחו של ס' 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936, קבע כדלקמן: "כששני אנשים או יותר זוממים יחד לעבוד בצוותא חדא לשם מטרה בלתי חוקית, ובשעה שהם עובדים לשם מטרה משותפת כזאת, ייחשב כל אחד מהאנשים הנוכח בזמן עשיית העבירה מן העבירות הללו כאילו עשה את העבירה או העבירות".

<sup>31</sup> כותרתו של ס' 28 לחוק העונשין שלפני תיקון 39 הייתה "עבירה במהלך השגת מטרה משותפת" ונוסחו קבע כדלקמן: "שניים או יותר שחברו יחדיו כדי להשיג מטרה בלתי חוקית, ובמהלך השגתה של המטרה נעברה עבירה שהיא לפי טבעה תוצאה מסתברת של אותו מהלך, יראו כל אחד מהם שנכח בשעת העבירה כאילו הוא עבר אותה".

<sup>32</sup> כידוע, משפט אייכמן נחשב לאבן דרך מרכזית במסגרת הזיכרון הקולקטיבי הישראלי את מלחמת העולם השנייה ואת השואה. על כן, למשפט אייכמן נודעת משמעות רבה במישור "החוץ משפטי", הציבורי והפוליטי. מתוך כך, תשומת הלב המחקרית התרכזה פחות במשמעות המשפטית של פסק הדין ויותר ברכיבים שהובנו כמשפיעים על הזיכרון הקולקטיבי. למחקר העוסק בפן זה של המשפט, ראו למשל, חנה יבלונקה מדינת ישראל נגד אדולף אייכמן 282–287 (2001); אניטה שפירא משפט אייכמן: דברים שרואים מכאן לא רואים משם 7–9 (2002); תום שגב המיליון השביעי: הישראלים והשואה 305–325 (1991).

שקיננה בלב כל אחד מבכירי ההיררכיה הנאצית – אשר באה לידי ביטוי מעשי באופן קולקטיבי. לשם הבנת פרשנותו של בית המשפט בפרשה זו יש לבחון מהו הבסיס הרעיוני עליו התבססה התביעה, בדרשה להרשיע את אייכמן באחריות ל"פתרון הסופי" כולו, ומהו הבסיס הרעיוני השונה אותו קבע בית המשפט. התביעה במשפט אייכמן ביקשה לראות בתוכנית הפתרון הסופי קשר פלילי לביצוע המעשים הפליליים הרבים מספור שהיו כרוכים בהשמדת היהודים. היות שהנאשם השתתף בקשר פלילי זה, טענה התביעה, יש לחייבו בכל העבירות שבוצעו למען הגשמת הקשר.<sup>33</sup> עבירת הקשר, כפי שנוסחה בסעיף 34 לפקודת החוק הפלילי, מטילה אחריות על קושרי קשר לביצוע פשע. האחריות הקבועה בסעיף זה, חשוב להדגיש, אינה אחריות לעבירות שבוצעו במהלך הגשמת תוכנית הקשר, אלא אחריות בגין הקשר כעבירה בפני עצמה.<sup>34</sup>

אלא שהתביעה לא חפצה בהרשעתו של הנאשם בעבירת הקשר כשלעצמה, אלא בהרשעתו בגין כלל המעשים שנעשו לשם קידום הפתרון הסופי ומימושו. הצעתה זו של התביעה הסתמכה על קביעה פסיקתית מפורשת שקבע בית המשפט העליון במקרים קודמים, ולפיה "לפי החוק האנגלי, טומנת עבירת הקשר בתוכה דין סובסטנטיבי של אחריות הדדית בין קושרים [...]".<sup>35</sup> קביעתה של אחריות סולידרית בין קושרים היא המבססת ומצדיקה, בהתאם לעמדה זו, ייחוסה של אחריות לאותם קושרים בגין כל המעשים שהתבצעו במהלך ביצועו של הקשר. זאת, בלא צורך להוכיח כי הקושרים השתתפו בביצוע העבירה או העבירות שהתבצעו במהלך קידום הקשר. זאת ועוד, יש לזכור כי ההסתמכות על קונסטרקציית הקשר מאפיינת הן את ה-IMT Charter, שהוא הבסיס למשפטי נירנברג, והן את קביעת האחריות עצמה במשפטים אלה.<sup>36</sup>

על אף תקדימים אלה דחה בית המשפט את עמדת התביעה, בקבעו כדלקמן:

33 ת"פ (מחוזי י-ם) 40/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' אייכמן (ירושלים: שרות הפרסומים, מרכז ההסברה, תשל"ד) עמ' 214 (להלן: "משפט אייכמן").

34 לשונו של ס' 34 לפקודת החוק הפלילי קבעה כדלקמן: "כל הקושר קשר עם אדם אחר לעשות פשע, או לעשות בכל מקום שהוא כל מעשה, אשר אילו נעשה בפלשתינה (א"י) היה נחשב לעבירה ממין זה ואשר הנהו עבירה עפ"י החוקים הנוהגים במקום שבו אומרים לעשותו, יאשם בעבירה [...]". עבירת הקשר מופיעה היום בס' 499 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

35 ע"פ 88/58 קייזר נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב 1628, 1642 (1958); לתפיסת אחריות סולידרית של קושרים, שהייתה תפיסה רווחת באותה העת, ראו גם ע"פ 129/56 גולדשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 505 (1956).

36 לניתוח עבירת הקשר במשפטי נירנברג ראו LAWRENCE DOUGLAS, THE MEMORY OF DONALD BLOXHAM, GENOCIDE ON TRIAL 69-75 (2001); Judgment 16-18 (2001); ראו גם (2001).

"איננו סבורים שמי שמסכים לביצוע מעשה או מעשים פליליים (כי הרי זהו העיקר בעבירת קשר), מתחייב מניה וביה, בלי כל יסוד נוסף לאחריות, כמבצע ממש של כל אותם מעשים".<sup>37</sup>

בית המשפט סירב, אפוא, להצעתה של התביעה לראות בידעתו ובהסכמתו של אייכמן לתוכנית הפתרון הסופי [שהוכחה בתיאור השתתפותו בוועידת ונוה] כר מספק לצורך קביעת אחריותו לכל מה שנעשה לשם קידומה של תוכנית זו. בכך קבע בית המשפט כי תפיסת האחריות הסולידרית של קושרים אינה בסיס מספק לגיבושה של אחריות קולקטיבית.<sup>38</sup> שנים רבות לאחר מכן, התקבלה בדין הישראלי עמדתו זו של בית המשפט, עם חקיקת סעיף 499(ב) לחוק העונשין בתיקון 39 לחוק משנת 1995, המבטל את עקרון האחריות הסולידרית של קושרים.

את הבסיס המשפטי להטלת אחריות פלילית קולקטיבית על אייכמן ניסח בית המשפט כדלקמן: "[...] יש לראות את כל המעשים שנעשו תוך כדי ביצוע הפתרון הסופי של בעיית היהודים כמסכת אחת, ובהתאם לכך יש לקבוע את אחריותו הפלילית של הנאשם".<sup>39</sup> בהסבירו כיצד אפשר להתייחס לעבירות רבות ושונות כמסכת אחת, קבע בית המשפט כי הפקודה ביחס לפתרון הסופי, "היתה אחת וכוללת, ורצון המתכננים והמבצעים הראשיים היה כרצון היוזם המקורי: אחיד וכולל. כוונתם הפליליים של אלה לא התחדשה מדי פעם [...] באופן [ש] היא הגיעה לידי מיצוי והתחדשה [...] אלא הכוונה הפלילית נמשכה והלכה והתפשטה

37 משפט אייכמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 215.

38 דחיית קונסטרוקציית הקשר על ידי בית המשפט התבססה, בין השאר, על קביעתו כי הבנתה של עבירת הקשר כמטילה אחריות על כלל המעשים שנעשו לשם קידומו של הקשר, עומדת בסתירה לדיני השותפות, כפי שמופיעים בס' 24 לפקודת החוק הפלילי, שנוסחו כדלקמן: "כששני אנשים או יותר זוממים יחד לעבוד בצוותא חדא לשם מטרה בלתי חוקית, ובשעה שהם עובדים לשם מטרה משותפת כזאת עשו איזו עבירה או עבירות מסוג כזה שמעשה העבירה הוא תוצאה אפשרית של העבירה לשם מטרה כזאת, יחשב כל אחד מן האנשים הנוכח בשעת עשיית העבירה... כאילו עשה את העבירה או העבירות" (ההדגשה אינה במקור). תנאי זה של נוכחות ביחס לשותפים לעבירה במסגרת הדין הפלילי הישראלי, גרס בית המשפט, סותר את התפיסה שלפיה דיני הקשר מחייבים כל אחד מהקושרים בכלל העבירות שנעשו במהלך ביצוע הקשר. בדין הפלילי הישראלי, מקום שבו שותפים לעבירה, שלכל הדעות אחריותם עולה על זו של הקושרים, יחויבו בעבירה רק אם נכחו בזמן עשייתה, אין להטיל אחריות שאינה כוללת נוכחות, על הקושר. ראו: משפט אייכמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 215; לניתוחו של תנאי הנוכחות בפקודת החוק הפלילי, ראו ש"ז פלר "סעיף 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 – האמנם נועד הוא למסייע?" משפטים ו 275 (1976).

39 משפט אייכמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 216. ההדגשה אינה במקור.

על כל הפעולות שנעשו, כל עוד לא הושלמה המשימה כולה.<sup>40</sup> לפיכך, קבע בית המשפט, "היה מסע ההשמדה מעשה אחד וכולל, ואין לפצלו למעשים או למבצעים שנעשו על ידי אנשים שונים בזמנים שונים ובמקומות שונים. צוות אנשים אחד ביצע אותו במשותף במשך כל הזמן ובכל מקום".<sup>41</sup> מכאן קבע בית המשפט כי, "[...] יש להרשיע את הנאשם [...] בפשע הכולל של הפתרון הסופי על כל גילוי, בתור משתתף בביצוע הפשע, והרשעתו תשתרע על כל המעשים הרבים שהצטרפו יחד לאותו פשע, הן מעשים בהם הוא השתתף באופן פעיל בגזרתו והן המעשים שנעשו על ידי שותפיו לפשע בגזרות אחרות של אותה חזית".<sup>42</sup>

אם כן, בית המשפט סירב לעמדה המשפטית הרואה בקיומו של הקשר כשלעצמו פן מספק לשם הטלת אחריות וקבע כי קיומו של מיזם עברייני, אשר יצא אל הפועל, הוא הבסיס הרעיוני להטלת אחריות על הנאשם בגין הפתרון הסופי כולו. על כן, אין להסתפק בקשר כשלעצמו אלא יש להוכיח יסוד התנהגותי הבא לידי ביטוי במעורבות זו או אחרת בהוצאתה של התוכנית אל הפועל. משעה שהוכח יסוד התנהגותי החורג מגדר המעורבות בקשירת הקשר, מאגדת המטרה המשותפת את כלל המעורבים בה והופכת אותם למעין עושה אחד. הקבוצה הפועלת בסניגוריה היא המבצעת את מעשה העבירה. לשיטת בית המשפט, היות שכלל המשתתפים פעלו לשם השגת המטרה שהייתה ידועה לכולם, ואשר כולם היו מחויבים לה, יש לראותם כגוף אחד, כתמנן רב-זרועות הפועל לשם קידום התוכנית המשותפת. מכאן גם מתבהרת ההצדקה הרעיונית להטלת האחריות על כלל משתתפי התוכנית, תהא גזרת פעולתם אשר תהא: הבסיס המשפטי והמוסרי להטלת אחריות קולקטיבית מעין זו טמון במטרה המשותפת שאותה אימצו, לשיטת בית המשפט, כלל הפועלים. מקום שבו אדם מקדם מטרה עבריינית כלשהי, ומסיבות אלה ואחרות לא יכול או לא רוצה לקדמה בעצמו (ובכך מוותר מדעת על שליטתו הבלעדית בביצועו של היסוד ההתנהגותי), קיומה של המטרה המקננת בלבו ובלב שותפיו – המקדמים עימו מטרה זו – היא הבסיס להטלת אחריות כוללת עליו. במובן זה, בית המשפט ניסח עבירה שהיסוד הנפשי המרכזי שלה הוא מטרה. הנתון המרכזי בדוקטרינה זו הוא תכליתו של המיזם העברייני, אשר אותו חולקים כלל המשתתפים. מטרה זו, בצירוף לקידומה בדרך זו או אחרת, היא הבסיס המשפטי-מוסרי להטלת אחריות קולקטיבית – המבוססת על עקרון האחריות האישית – על כלל חברי החבורה העבריינית.<sup>43</sup>

40 שם, בעמ' 218–219. ההדגשה אינה במקור.

41 שם, בעמ' 218.

42 שם, בעמ' 219.

43 לדיון בפיתוח בית המשפט את דוקטרינת המיזם העברייני המשותף בפרשת אייכמן, ראו Leora Bilsky, *The Eichmann Trial: Towards a Jurisprudence of Eyewitness*

בפרשת דהאן,<sup>44</sup> המתבססת אף היא על פקודת החוק הפלילי המנדטורית, יישם בית המשפט במפורש את מודל המיזם העברייני, ולמעשה יישם את דוקטרינת המיזם העברייני המורחב. באותו מקרה דובר בשניים אשר ניסו לבצע שוד בנק מזוין ואחד מהם גרם, במהלך ניסיון השוד, למותו של מנהל סניף הבנק. בית המשפט המחוזי הרשיע את השניים בניסיון שוד, אך זיכה מעבירת הרצח את מי שלא ביצע את מעשה ההמתה. זאת, בשל ההשקפה שלפיה המתת מנהל הסניף היא עבירה החורגת מהתכנון המקורי אותו תכננו שני העבריינים. בית המשפט העליון, בהסתמכו על סעיף 24 לפקודת החוק הפלילי, קבע כי ראוי להשית אחריות פלילית בגין כלל העבירות שנעברו אגב הוצאתה לפועל של תוכנית עבריינית בהתמלא התנאים הבאים: כאשר מדובר במי שזוממים יחד (form a common intention) לפעול בצוותא לשם השגת המטרה הבלתי חוקית, והם אף מוציאים תוכנית זו אל הפועל, קרי פועלים במסגרת מיזם עברייני. בכל הנוגע לעבירת ההמתה שהתבצעה, שכאמור חרגה מגדר התוכנית המקורית, ביסס בית המשפט אחריות קולקטיבית אף לעבירה זו מכוח דוקטרינת המיזם העברייני המרחיב, בקבעו כי מקום שבו שניים עושים לשם קידום מטרה משותפת ואחד מהם מבצע מעשה עבירה החורג מהמטרה המוסכמת, אך מדובר במעשה שהוא תוצאה מסתברת של השגת המטרה המשותפת, יראו גם בשותף הנוסף אחראי לאותה עבירה.<sup>45</sup> לדברי בית המשפט, אם ידע שותף אחד כי השותף האחר – שהוא העברייני העיקרי של עבירת ההמתה – נושא עימו אקדח טעון, אזי העובדה שהיה מוסכם ביניהם שישתמש בו רק כדי לאיים על הקרבן ולהפחידו, לא יהיה בכוחה לשחרר את הראשון מאחריות לתוצאה המזיקה שגרם השני.<sup>46</sup>

בבססו אחריות פלילית קולקטיבית מורחבת במסגרתו של מיזם עברייני – המאפשרת הטלת אחריות קולקטיבית גם בגין עבירה החורגת מגדר התוכנית המקורית – הסתמך בית המשפט העליון על עקרונותיו של המשפט האנגלי בנוגע לאחריות נגרת (או פרזיטית), כפי שבאו לידי ביטוי בחקיקה הישראלית. גם לאחר חקיקת חוק העונשין קבע סעיף 28 לחוק אחריות קולקטיבית מכוח קיומה של תוכנית עבריינית ובתי המשפט, בהסתמכם בין השאר על הלכת דהאן, יישמו הן את מודל המיזם העברייני והן את דוקטרינת המיזם העברייני

*Testimony of Atrocities*, 12 J. INT'L CRIM. JUST. 27, 34 (2014)

44 ע"פ 377/67 דהאן נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 197 (1969).

45 לבירור המושג "תוצאה מסתברת" של השגת המטרה המשותפת ראו יובל קרניאל "סעיף 28 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 – מהי 'תוצאת מסתברת'?" הפרקליט לח 623 (1989); ראו גם, דנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 22, בעמ' 695-696.

46 פרשת דהאן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 234.



## המורחב.47

כפי שפורט לעיל, דוקטרינת המיזם העברייני המורחב בוטלה בדין האנגלי בשנת 2016 בפרשת *Jogee*, באשר להטלת אחריות בגין עבירת רצח כעבירה נגדרת.

## 3.2 המיזם העברייני המשותף לאחר תיקון 39 לחוק העונשין

חקיקת תיקון 39 לחוק העונשין משנת 1995 הביאה לשינוי משמעותי בדיני השותפות לדבר עבירה. המודל החדש בחקיקה מתרחק מיישום מלא של עקרונות המשפט המקובל, שהדריכו את הדין הישראלי עד לתיקון, ויוצר מבנה אחריות המשלב בין עקרונות הטלת אחריות הלקוחים מהמשפט האנגלו-אמריקאי ובין עקרונות אחריות הלקוחים מהמשפט הגרמני.<sup>48</sup>

בנוסחו היום, ובשונה מהמשפט האנגלו-אמריקאי המקובל המתייחס כהיאגד אחד לכל סוגי השותפים – מבצעים, משדלים ומסייעים – חוק העונשין מגדיר היום את הדמויות השונות הקשורות בדיני השותפות ואף קובע אחריות שונה לכל אחד מהם. זאת ועוד, בניגוד לנוסח החקיקה הקודמת לתיקון, אשר התייחס למטרה משותפת של הפועלים בצוותא, חוק העונשין היום לא כולל את המושג "תוכנית עבריינית" או מושגים דומים לו.

החוק מגדיר את המבצע בצוותא ככזה ש"עשה מעשים לביצוע העבירה".<sup>49</sup> לעומתו, מוגדר המשדל כמי שהביא אחר לידי עשיית עבירה<sup>50</sup> והמסייע מוגדר כמי שעשה מעשה כדי לאפשר ביצוע העבירה, או לאבטח אותה, או למנוע תפיסת המבצע.<sup>51</sup> מתוך כך, נראה על פני הדברים כי המחוקק הגדיר את המבצעים הראשיים ככאלה שביצעו חלק מהיסוד העובדתי הנדרש בעבירה ואילו

<sup>47</sup> ליישום דוקטרינת המיזם העברייני, לרבות מיזם עברייני מורחב, תוך הסתמכות על הלכת *האן*, ראו למשל, ע"פ 35/89 לוגסי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 235 (1991).

<sup>48</sup> חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348. לתיאור ההתבססות, בין השאר, על המשפט הגרמני, ראו הדר דנציג-רוזנברג "הצדקות להפללת שותפים עקיפים: לקראת דוקטרינה מבוססת רציונלים", *משפטים* 50, 5 (2017); לתיאור ההבחנות בין המשפט האנגלי לבין המשפט הגרמני בהקשר זה, ראו Antje du Bois-Pedain, *Participation in Crime, in CORE CONCEPTS IN CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE* 94, 98–100 (2020); לתיאור מבנה השותפות במשפט הגרמני, ראו Markus D. Dubber, *Criminalizing Complicity*, 5 J. INT'L CRIM. JUST. 977, 979 (2007).

<sup>49</sup> ס' 29 לחוק העונשין.

<sup>50</sup> ס' 30 לחוק העונשין. בהתאם לנוסח הסעיף, "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה". לדיון ביסודות עבירת השידול, ראו רוני רוזנברג "שידול במחדל – האמנם אפשרי הוא?" *דין ודברים* 425 ז (2014).

<sup>51</sup> ס' 31 לחוק העונשין.

ה"שחקנים" האחרים הם שותפים עקיפים אשר אינם קשורים בביצוע היסוד העובדתי בעבירה, אך תרמו תרומה – בעלת סגולה סיבתית – לביצועה. כך, לשון החוק ביחס למשדל דורשת דרישה סיבתית ברורה, בקבעה כי המשדל הוא מי "שהביא אחר" לידי עשיית עבירה. ככל שמדובר במסייע, לשון החוק נהירה פחות, אך לפי קביעת הפסיקה, היסוד העובדתי בעבירת הסיוע כולל דרישת סיבתיות פוטנציאלית, הגם שאין צורך להוכיח כי אלמלא הסיוע, לא הייתה מתבצעת העבירה.<sup>52</sup> אם כן, על פי לשון החוק שלאחר התיקון, נדמה כי ההבחנה בין השותפים השונים לעבירה מבוססת בעיקרה על היסוד ההתנהגותי: המבצע הוא מי שמבצע חלק מיסודותיה העובדתיים של העבירה ועל כן יש לראות בו שותף ישיר לביצועה,<sup>53</sup> בעוד המשדלים והמסייעים אינם משתתפים בביצוע היסוד העובדתי, אך התנהגותם תורמת באופן זה או אחר לביצוע.<sup>54</sup> לכן, יש לראותם כשותפים עקיפים.

נוכח חלוקה חקיקתית זו, נראה על פני הדברים כי אין המחוקק מתבסס בהגדרותיו על קיומו של מיזם עברייני כבסיס להטלת אחריות. ואולם כדי לרדת לעמקו של המודל הרעיוני שמותווה בחוק ביחס לדיני השותפות יש להתייחס אף לעיקרון השתתפות אחריות בגין "עבירה שונה או נוספת", הקבוע בסעיף 34א לחוק העונשין. עיקרון זה מעגן בפועל הסדר דומה לזה שהתקיים לפני התיקון.<sup>55</sup> סעיף 34א לחוק עוסק בסיטואציה אשר בה עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה ומסדיר את אחריותם של שאר המבצעים – אשר לא היו מעורבים בביצועה של העבירה השונה או הנוספת – בגין עבירה זו.

52 בהתאם לדברי השופט ברק בפרשת פלונית, שהיא אחד מפסקי הדין המרכזיים המפרשים את יסודותיה של עבירת הסיוע, "ההתנהגות המסייעת – בין שהיא מעשה ובין שהיא מחדל – מתאפיינת בכך שיש בה לאפשר את ביצוע היסוד העובדתי של העבירה העיקרית, להקל אותו או לאבטחו. מעצם מהותה של עבירת הסיוע כתורמת באופן עקיף ומשני להגשמתה של העבירה העיקרית, מתבקשת המקנה כי מעשה הסיוע צריך להיות 'מסוגל' לסייע להגשמתה של העבירה העיקרית [...] עם זאת אין נדרש כי ההתנהגות המסייעת תהיה אפקטיבית או כי הסיוע יהיה תנאי בלעדיו לא היתה מתגבשת העבירה". ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22, 31 (2001).

53 כפי שטוענת מרים גור-אריה, אחת ההבחנות המהותיות בין המבצע בצוותא לבין המסייע הוא סוגיית הסיבתיות. ביחס למבצע אין לדרוש דרישת סיבתיות נוקשה, קרי דרישה שלפיה היסוד העובדתי שבוצע בידי כל אחד מהמבצעים גרם לעבירה. ניתוחה של גור-אריה מתייחס לדין שקדם לתיקון 39, אך הניתוח עולה בקנה אחד עם הגדרות הפסיקה גם לאחר התיקון. ראו: מרים גור-אריה "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא 518 (1981).

54 שנויה במחלוקת השאלה אם ביחס לשותפות עקיפה, יש להוכיח קשר סיבתי לביצוע העיקרי. לתיאור המחלוקת ראו למשל John Gardner, *Complicity and Causality*, 1 CRIM. LAW AND PHIL. 127 (2007).

55 דנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 22, בעמ' 695.

מתוך כך, ברי כי כאשר המחוקק מתייחס למושג "עבירה שונה או נוספת", המשמעות היא כי קיימת עבירה שהוסכמה על כלל המבצעים בצוותא – כלומר קיים תכנון מקורי – עת אחד המבצעים חרג מהתכנון וביצע עבירה שונה מזו שתוכננה או נוספת לזו שתוכננה.

השוואת סעיף זה לשאר סעיפי החוק העוסקים בשותפים לדבר עבירה מעלה, אפוא, כי אף על פי שתכנון אינו חלק מהגדרת המושג מבצע בצוותא, הוא בעל משמעות להגדרה זו. קריאה משותפת של סעיף 29, המגדיר ביצוע בצוותא, וסעיף 34א, מעלה כי יש לקרוא בחוק את שאינו כתוב בו מפורשות: במקרים רבים, ביצוע בצוותא משמעו החלטה משותפת ותכנון משותף, במסגרתו נקבעות העבירה או העבירות אשר יעברו המבצעים. מעורבות בתכנון משותף זה מכריעה מהי אחריותו של מי שהיה שותף לו ומתוך כך, נדרשת הכרעה חקיקתית – כך מורה לנו סעיף 34א – אף ביחס לשאלת האחריות המשפטית כאשר התבצעה חריגה מההחלטה המשותפת. אם כן, אף על פי שאין המונח "תוכנית עבריינית" מופיע בחקיקה עצמה, פרשנות הרמונית לכלל הוראות החוק העוסקות בדיני השותפות מעלה כי יסוד חשוב בהן הוא התוכנית העבריינית. רק בהינתן כי תוכנית כזו מבססת במידה רבה את דיני הביצוע בצוותא אפשר יהיה ליישב בין ההוראות המתייחסות למבצעים לבין הוראות סעיף 34א, העוסקות בחריגה מהתוכנית.

ואכן, הפרשנות השיפוטית שלאחר תיקון 39 לחוק מציבה את מרכז הכובד של דיני הביצוע בצוותא ברכיב התוכנית העבריינית. כפי שיפורט להלן, התכנון המשותף המקדים לביצוע המשותף, שהוא באופן מעשי הקשר לבצע העבירה, נחשב לבסיס הראשוני והמרכזי לבחינת מידת אחריותם של המבצעים בצוותא. אין בכך כדי לטעון כי דיני הביצוע בצוותא מבוססים על עקרון האחריות הסולידרית של קושרים, אלא שמבחן הקשר והמעורבות בו הופך לאחד המדדים המרכזיים המבחינים בין סיווג אדם כמבצע בצוותא לבין סיווגו כמסייע או כמשדל. זאת, בלא תלות הכרחית באפיון הרכיב ההתנהגותי שביצע אדם, כפי שמוגדר בחקיקה. אף אם התאימה התנהגותו של אדם להגדרת היסוד העובדתי הקבוע בסעיפים המגדירים שידול או סיוע, ההכרעה בנוגע לסיווגו נקבעת בהתאם למידת מעורבותו בתוכנית העבריינית.<sup>56</sup>

כך, בפרשת פלוניס קבע בית המשפט כי המבצעים בצוותא ניכרים במעורבותם בתכנון התוכנית העבריינית, והם אלה השולטים בביצוע העבירה

56 להבחנה בין שותפות ישירה על בסיס תוכנית עבריינית לבין שותפות עקיפה, ראו: ע"פ 2796/95 פלוניס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (1997); ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 239 (1996); דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1 (1998); ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481 (1998) לדיון בהבחנה זו, ראו רוזנברג "ביצוע בצוותא: רכיב התנהגותי, יסוד נפשי ורציונליים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 657.

מכוח מעורבותם בתוכנית ובהוצאתה לפועל. על כן, אין זה תנאי לביצוע בצוותא כי המבצע יקיים רכיב כלשהו מיסודותיה העובדתיים הקונקרטיים של העבירה.<sup>57</sup> בפרשת מרדכי קבע בית המשפט את הדברים הבאים:

"[...] 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 [...] אכן, לעניין הביצוע בצוותא תיתכן חלוקת עבודה בין העבריינים, באופן שהם יפעלו במקומות שונים ובזמנים שונים, ובלי שכל אחד מהם מיצה את העבירה, ובלבד שחלקו הוא מהותי להגשמת התכנית המשותפת. אחדות המקום והזמן אינה חיונית, ובלבד שחלקו של כל אחד מהם הוא חלק פנימי של המשימה העבריינית".<sup>58</sup>

חשיבותה של התוכנית העבריינית כרכיב מרכזי בקביעת אחריותו הקולקטיבית של המבצע בצוותא באה לידי ביטוי אף בקביעת הקשר בין היסוד העובדתי של ביצוע בצוותא לבין היסוד הנפשי בו. בהתאם לעמדת הפסיקה, ככל שאדם ניהן במידת עניין ומעורבות גבוהה יותר בתוכנית העבריינית, אפשר יהיה להסתפק ביסוד התנהגותי מוערי לשם הגדרתו כמבצע בצוותא, ולהיפך.<sup>59</sup> עיקרון זה כונה בפסיקה "עקרון מקבילית הכוחות". לשון אחר, "כוונת השותפות" ביחס למיזם העברייני המשותף היא הרכיב המרכזי הקובע אחריותו של אדם מקום שבו מידת מעורבותו בביצוע העבירות עצמן אינה גבוהה. מתוך כך, העמדה הרווחת בפסיקה שעיצבה את דיני הביצוע בצוותא לאחר התיקון מייחסת משמעות נמוכה לביצוע היסוד העובדתי בעבירה ואף קובעת כי לשם הגדרתו של אדם כמבצע בצוותא, אין צורך להוכיח כי אדם ביצע רכיב מרכיבי היסוד העובדתי בעבירה ואף אין צורך להוכיח כי קיומה של סיבתיות<sup>60</sup> בין ההתנהגות לבין הצלחת הביצוע העברייני.<sup>61</sup> כך, בפרשת הוך קבע בית המשפט העליון את העקרונות הבאים:

57 פרשת פלונים, לעיל ה"ש 56, בעמ' 403.

58 פרשת מרדכי, לעיל ה"ש 56, בעמ' 249. ההדגשה אינה במקור.

59 פרשת מרקדו, לעיל ה"ש 56, בעמ' 549.

60 לעמדה הגורסת כי מבצע בצוותא ראוי להיות מוגדר, בין השאר, באמצעות הגדרות המבוססות על סיבתיות, ראו מרדכי קרמיניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו" פלילים א 65 (1996).

61 פרשת משולם, לעיל ה"ש 56, בעמ' 25–26 לפסק הדין של השופט מצא.

"מעורבותו של נאשם בתכנונו של הפשע, היוזמה לביצועו, גיוסם של יתר המבצעים, הגעתו לזירה יחד עם המבצע העיקרי, או קידומו של הביצוע בכל דרך אחרת, עשויים לטמון בחובם תרומה כה רבה לביצוע, עד כי יהיה בהם די לשם סיווגו של הנאשם כמבצע בצוותא של העבירה. מבצע בצוותא הוא אפוא מי שניתן להגדירו כנמנה על 'המעגל הפנימי' של מבצעי העבירה, וכזה הוא מי שמשמש כרוח החיה לקידום ביצוע העבירה אף אם אינו נוכח בעת הביצוע, וגם אם הוא לא חוטא בהתנהגות האופיינית לה".<sup>62</sup>

ואכן, ככל שמדובר בסוגיית הנוכחות בזירת העבירה, הפסיקה קבעה כי לא מדובר ביסוד נדרש לצורך הגדרת מבצע בצוותא. מן העבר האחר, הפסיקה אף קבעה כי נוכחות בזירת העבירה, כיסוד התנהגותי יחיד שאפשר לייחס לאדם, עשויה לעלות כדי ביצוע בצוותא, בהינתן מעורבותו של אדם בתכנון העברייני ובהינתן מידת שאיפתו הגבוהה כי העבירה תבוצע.<sup>63</sup>

אם כן, בדומה לפסיקה טרם תיקון 39, המושג תוכנית עבריינית משמש בפסיקה עובר לתיקון כרכיב מרכזי בבחינת אחריותם של אלה שהיו מעורבים בעבירה בה פעל יותר מאחד. חשיבות קיומה של תוכנית עבריינית, מדגישה פסיקה זו, אינה מתמצית בראייתה כרכיב ראייתי הבא להצביע על מידת המעורבות – במישור האקטוס ריאוס – של מי מחברי החבורה; מדובר בראיית כוונת השותפות עצמה, הבאה לידי ביטוי בתוכנית עבריינית, כבסיס הטלת אחריות העומד בפני עצמו, במנותק משאלות ראייתיות או סיבתיות. כפי שמסביר Simester עיקרון זה: "an alternate form of participation"<sup>64</sup>.

חשיבותה של תפיסת המיזם העברייני המשותף בפסיקה הישראלית באה לידי ביטוי גם בהצדקות שניתנו בפסיקה זו להסדר החקיקתי העוסק באחריותם של שותפים לביצוע של עבירה שחרגה מהתוכנית המקורית, קרי לאחריות המבוססת על דוקטרינת המיזם העברייני המשותף המורחב. כך, בפרשת סילגדו דובר בנאשמים שהואשמו באחריות לרצח שלא בוצע על ידם ולא היה חלק מהתוכנית העבריינית המקורית לבצע עבירת שוד. נאשמים אלה טענו כי ההסדר החקיקתי הקבוע בסעיף 34א הוא הסדר בלתי חוקתי, הקובע אחריות פלילית באופן מרחיב שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד בדין הפלילי ועל כן,

62 ע"פ 6157/03 הוך נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק הדין של השופט לוי (נבו 28.9.2005).

63 ראו ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(2) 666, 695 (2011).

64 ראו Simester, לעיל ה"ש 16, בעמ' 76.

סותר את הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>65</sup> בית המשפט, בדחותו טענות אלה, קבע הדברים הבאים:

"[...] הבוחר להשתתף כמבצע בצוותא בביצוע של עבירה מקורית [...] חייב להביא בחשבון את העובדה שהדברים עלולים להסתבך, והוא עלול למצוא עצמו מעורב גם בעבירה נוספת [...] שאינה בשליטתו [...] התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 34א היא למנוע ביצוע של עבירות נוספות או שונות וכן הרתעה מפני כניסה מראש למצב שבו השליטה המלאה על אופן ביצוע העבירה יוצאת מידי המבצע הבודד. זוהי בוודאי תכלית ראויה, והיא אף הולמת את ערכיה של מדינת ישראל".<sup>66</sup>

אם כן, בית המשפט הצדיק את ההסדר המרחיב לקביעת אחריות קולקטיבית מכוח הרציונל העומד בבסיס דוקטרינת המיזם העברייני המשותף. מקום שבו מקננת באדם כוונת שותפות המובילה אותו לבחור להצטרף למיזם עברייני מתוכנן, תוך ויתור על אפשרות השליטה במהלך ביצועו, ראוי לראות בו אחראי גם להתפתחויות בלתי צפויות. כוונת השותפות המקורית, שהיא רציונל בסיסי להטלת אחריות קולקטיבית, היא המצדיקה גם הטלת אחריות פלילית בגין עבירות שנעברו תוך חריגה מהתוכנית המקורית.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> פרשת סילגדו, לעיל ה"ש 25. טענת הנאשמים התבססה על הוראותיו של הסעיף, שלפיהן כאשר נעברה עבירה שונה או נוספת לעבירה שתוכננה בתכנון המקורי, יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא האחרים, אם בנסיבות העניין אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה של אותה עבירה נוספת. במילים אחרות, הסדר חקיקתי זה קובע אחריות קולקטיבית לעבירה גם אם לא תוכננה כחלק מהמיזם המקורי וגם אם אפשרות עשייתה לא נצפתה על ידי המבצעים האחרים, ובלבד ש"עברייני סביר" היה צופה אפשרות כזו. מתוך כך, טענו הנאשמים, השתתפות אחריות בגין העבירה הנוספת על בסיס הלך נפש מסוג רשלנות, סותרת את עקרון האשם ועל כן, היא הוראה בלתי חוקתית בהטילה אחריות פלילית בלתי מידתית. ראו עמ' 540 לפסק הדין.

<sup>66</sup> שם, בעמ' 542.

<sup>67</sup> על מידת החשיבות הגבוהה אותה מייחסת הפסיקה לרכיב התכנון, אל מול מידת החשיבות הנמוכה המיוחסת לרכיב ביצוע העבירה, אפשר ללמוד אף מהביקורת שהופנתה לפסיקה בהקשר זה. לפי הביקורת, האופן שבו עיצבה הפסיקה הישראלית את דוקטרינת התוכנית העבריינית עומד בסתירה לדיני הקשר כנוסחם לאחר התיקון. בהתאם לדינים אלה, תכנון תוכנית עבריינית מהווה עבירה כשלעצמה, ואילו אחריות לביצוע העבירות שנעברו בזמן מימוש הקשר יתקיים רק מקום שבו אדם היה צד לעבירות עצמן. מכאן, טוענת הביקורת, ביסוס דיני הביצוע בצוותא באופן כמעט בלעדי על רכיב התכנון, וגזירת אחריות של מי מהמתכננים לביצוע העבירות ממידת מעורבותו בשלב זה, וזאת תוך מתן משמעות מזערית – אם בכלל – למידת מעורבותו בביצוע העבירות גופן, יש

## ג. חלק שני: השותפות הספונטנית

הדוגמה הטיפוסית, המוצגת תדיר לשם הבנת השותפות לדבר עבירה, מתייחסת לחבורה המחליטה לבצע עבירה פלוגית, כגון שוד, ולשם קידום תוכניתה "מחלקת תפקידים" בין חבריה. ואולם טוען שחר אלדר, "הפשטות המאפיינת את הדוגמה הטיפוסית של השותפות לדבר עבירה מסתירה מורכבות רבה האופיינית ליישום דיני השותפות על מצבים מציאותיים. מורכבות זו נגזרת ממורכבותה של המציאות, המסרבת בדרך כלל להסתדר בתבניות טיפוסיות"<sup>68</sup>. התופעה החברתית המכונה באופן כולל בפסיקה בשם "שותפות ספונטנית" מספקת הזדמנות לבחון את הקושי להחיל על מציאות מורכבת תבניות טיפוסיות שבאמצעותן אמורים להיות מוסדרים כלל מופעי המציאות של ביצוע עבירה בידי יותר מאדם אחד.

כפי שפורט לעיל, דיני הביצוע בצוותא מתמקדים במידה רבה במיזם העברייני המשותף. הגדרתו של אדם כמבצע בצוותא תלויה במקרים רבים בקיומה של תוכנית עבריינית, במעורבותו בה ובידיעתו על אודותיה, כמו גם ברצונו ובשאיפתו להוציאה אל הפועל תוך כדי שיתוף פעולה עם אחרים. הבחירה להצטרף למיזם עברייני, הכורכת בחובה הן כוונת שותפות, הן פעולה סינרגית עם אחרים והן מודעות לויתור על השליטה בביצוע היסוד ההתנהגותי בעבירה, היא המצדיקה הרשעתו של אדם בעבירה אותה לא בהכרח ביצע באופן אישי.

מתוך כך, נשאלת השאלה מהו הבסיס המשפטי, אם בכלל, לאחריות קולקטיבית אם לא הוכחה או לא קיימת כוונת שותפות המכוננת מיזם עברייני משותף – לא כזו שפועלים לפיה ולא כזו שניתן לסטות ממנה. עיון בפסיקה מעלה כי לצד פסיקות העוסקות בביצוע בצוותא המבוסס על כינון תוכנית עבריינית, מקרים רבים עוסקים בהתפרעויות המוניות ובקטטות רבות משתתפים, שבהן אי אפשר לזהות תוכנית קונקרטית מוקדמת החולשת על ביצוען. פעמים, ההתפרעויות החלה אגב עניין של מה בכך, כגון התפרעויות במועדון בילוי בעקבות ויכוח סתמי. במקרים אחרים, התפרעויות מתפתחות

---

משום פרשנות הסותרת את דיני הקשר וה"מתגברת" על הוראות המחוקק. באמצעות התרחקות מהדרישה כי מבצע בצוותא יבצע רכיב זה או אחר של העבירה והעברת מרכז הכובד לשלב התכנון, כך טוענת הביקורת, הופך כמעט כל מתכנן גם למבצע בצוותא, בניגוד לקבוע בדיני הקשר המופיעים בחקיקה. בכך, נטען, באמצעות פרשנות מרחיבה במיוחד החזירה בפועל הפסיקה שלאחר תיקון 39 את עקרון האחריות הסולידרית של קושרים, על אף ביטולו של עקרון זה בחקיקה. ראו למשל, רות קנאי, "דיני עונשין – התפתחות ומגמות" עיוני משפט כג 717, 732-745 (2000). לדיון ביקורתי בהסדריו של ס' 34 ופרשנותו בפסיקה, ראו: דנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 22.

שחר אלדר כלי אדם: שימוש בבני אדם לביצוע עבירות והנהגת ארגוני פשע 49 (2009).

בשל תחושת חוסר צדק, קיפוח או זעזוע בשל אירוע שפגע בקבוצת אוכלוסייה מסוימת.<sup>69</sup> מובן כי ההסברים הסוציולוגיים לקטטה מקרית אל מול התפרעות הנובעת מתחושת חוסר צדק ותסכול עשויים להיות שונים בתכלית, ואולם המשותף לאירועים מסוג זה הוא ביצוען של עבירות במידת חומרה משתנה על ידי מי מהמשתתפים בהתפרעות או בקטטה, עת במקרים רבים אי אפשר לדעת מיהו המבצע הממשי. יצוין בהקשר זה כי הדין הפלילי הישראלי, כמו דינים פליליים רבים בעולם, כולל עבירות פליליות המטילות אחריות על אדם בשל עצם ההשתתפות בהתפרעות.<sup>70</sup> מתוך כך, השאלה אינה אם אפשר להשית אחריות בגין ההשתתפות בקטטה או בהתפרעות, אלא אם אפשר להשית אחריות על משתתפי התפרעות או קטטה בגין כל אחת מהעבירות שבוצעו במהלכן, אף אם משתתפים אלה לא ביצעו אותן בפועל. כפי שיוצג להלן, ניתוח הפסיקה הישראלית מעלה כי זו השיטה על אדם אחריות לעבירות שבוצעו בידי אחרים גם במקרים שבהם קיים קושי לזהות מיזם משותף בשל התלקחותו הספונטנית של האירוע הקבוצתי. מקרים כאלה כונו בידי הפסיקה "שותפות ספונטנית".

לשם בחינת האופן שבו הגדירה והתייחסה הפסיקה למושג, תוצג להלן פסיקה מרכזית שבחנה האפשרות להשית אחריות במקרים הנחשבים למכוננים שותפות ספונטנית. כפי שינוחה, הגם שהפסיקה משתמשת במונח שותפות ספונטנית ביחס לכל המקרים שבהם מדובר באירוע "מתלקח", מודל השתתפות האחריות בהם אינו זהה ועל כן, הרציונל לקביעתה של אחריות קולקטיבית בהם, ככל שנקבע, אינו אחיד. מתוך כך נדרש ניתוח עומק שתכליתו זיהוי הרציונלים השונים שהדריכו את הפסיקה העוסקת במקרים מסוג זה. כפי שיפורט להלן, אפשר לזהות בפסיקה שלושה מודלים מרכזיים של קביעת אחריות במקרים אלה.<sup>71</sup>

69 דוגמאות ידועות למהומות בשל תחושת קיפוח או חוסר צדק הן: מהומות לוס אנג'לס משנת 1992, שהחלו בשל טענות לאלימות משטרתית כלפי אמריקאים-אפריקאים; המהומות שהתפתחו עקב המתתו של ג'ורג' פלויד האפרו-אמריקני בידי שוטר לבן, באמצעות לחיצת ברכו של השוטר על צווארון של פלויד במשך דקות ארוכות; מהומות אוקטובר 2000 של ערביי ישראל שהחלו על רקע הסכסוך הישראלי-פלסטיני ועל רקע טענות לאלימות משטרתית; ההתפרעות ההמונית בשפרעם בשנת 2005, בעקבות הפיגוע שביצע החייל עדן נתן זאדה באוטובוס נוסעים.

70 ס' 151-158 לחוק העונשין.

71 הניתוח המבוצע במאמר, המאתר רציונלים שונים להשתתפות אחריות במקרים הקרויים שותפות ספונטנית, מבוסס על ניתוחה של Du Bois-Pedain, המנתח סוגייה זו ביחס למשפט האנגלי. ראו Antje du Bois-Pedain, *Violent Dynamics*, 6 ONATI SOCIO-LEGAL SERIES 1053 (2016).



## 1. מודל ראשון: מיזם עברייני משותף ספונטני

המודל הראשון אותו אפשר לזהות בפסיקה באשר לאירוע רב משתתפים שנוצר באופן ספונטני, מבסס אחריות קולקטיבית על רציונל דומה לדוקטרינת המיזם העברייני המשותף, בשינויים המחויבים. לפי מודל זה, אפשר להשית אחריות פלילית קולקטיבית רק מקום שבו אפשר לזהות כי העבירות שהתבצעו באירוע רב המשתתפים הן תולדה של "כוונת שותפות", גם אם זו נוצרה על אתר ובהיעדר תכנון מוקדם.<sup>72</sup>

הפסיקה הישראלית המפעילה קו מחשבה זה קובעת כי הגם שהעבירה רבת המשתתפים לא בוצעה מכוח תכנון מוקדם, יש צורך להוכיח כי קיימת הסכמה לבצע העבירה במשותף, שהתגבשה על אתר. כך, בפרשת דהן, שקדמה לתיקון 39 לחוק העונשין, קבע בית המשפט העליון כי, ככלל, דיני השותפות מצריכים הוכחת הסכמה בין עבריינים לביצוע העבירה. תנאי זה, קבע בית המשפט, עשוי להתקיים גם כאשר המזימה לפעול במשותף נוצרה באופן ספונטני, עובר למעשה העבירה.<sup>73</sup> בפרשת בסטיאקר, המאוחרת לתיקון, קבע בית המשפט העליון כי גם בהיעדר תכנון מוקדם לביצוע עבירה פלונית, יש להוכיח קיומה של מודעות והסכמה לתוכנית משותפת, אף אם זו נוצרה תוך כדי ביצוע מעשה העבירה.<sup>74</sup>

בהינתן כי מדובר באירוע שהתפתח באופן ספונטני, עולה השאלה כיצד מאתרת הפסיקה תוכנית עבריינית המכוונת את האירוע. ברבים ממקרים אלה מדובר בחבורה שכל אחד מחבריה ביצע לפחות חלק מהיסוד העובדתי בעבירה ועל כן, כוונת השותפות הוסקה מכוח הביצוע המלווה במודעות לכך שיסודות האקטוס ריאוס בעבירה מתבצעים עם אחרים. עמדה זו באה לידי ביטוי הן בפסיקה טרם תיקון 39 והן בפסיקה שלאחריו. כך, בפרשת ישראל משנת 1976 דובר בארבעה שתקפו אחר, עת כל אחד מהם השתתף באופן פיזי בתקיפה. אחת מהמכות שהנחת מי מבין הארבעה גרמה למותו של הקרבן. בהכרעו כי כל הארבעה אחראים למותו של המנוח, קבע בית המשפט כי מתוך הביצוע המשותף של יסודות האקטוס ריאוס של התקיפה אפשר לקבוע כי התקיימה תוכנית

<sup>72</sup> הלך חשיבה זה בא לידי ביטוי בפסיקת בית הלורדים האנגלי במקרה ותיק, שבו נאמרו הדברים הבאים: "I can see no reason why, if half a dozen boys fight another crowd, and one of them produces a knife and stabs one of the opponents to death, all the rest of his group should be treated as accomplices in the use of a knife and the infliction of mortal injury by that means, unless there is evidence that the rest intended or concerted or at least contemplated an attack with a knife by one of their number [...]" ראו Davies v. DPP [1954] 1 All ER 507, 514.

<sup>73</sup> פרשת דהן, לעיל ה"ש 44, בעמ' בעמ' 219.

<sup>74</sup> ע"פ 5686/07 בסטיאקר נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו) (17.2.2011).

שהתגבשה על אתר. לדברי בית המשפט, "הפעולה הספונטנית המתואמת מצביעה על מעשה שנעשה בעצה אחת למטרה תוקפנית, וזאת גם אם המזימה האמורה נולדה כהרף עין".<sup>75</sup>

בפרשת **בביזאיב** דובר בכמה אנשים שתקפו אחר במהלך קטטה שנוצרה באופן ספונטני, והמשיכו לחבוט בו בעודו שרוע על הארץ. בשל התקיפה נגרמו לקורבן חבלות חמורות.<sup>76</sup> בביזאיב הועמד לדין בגין חלקו בפרשה זו ובית המשפט המחוזי אומנם הרשיעו בעבירת התקיפה, אך זיכה אותו מעבירת חבלה חמורה בנסיבות מחמירות. הטעם לזיכוי הנאשם מעבירה זו היה חוסר היכולת להוכיח מי מהתוקפים גרם לחבלות החמורות, הגם שלא הייתה מחלוקת כי כל אחד מהם השתתף באופן פיזי בתקיפה. אם כן, בית המשפט העליון נדרש לבחון השאלה אם אפשר לראות בתוקפים מבצעים בצוותא ולהשית על כל אחד מהם, מכוח הביצוע המשותף, אחריות לחבלות שנגרמו.<sup>77</sup> בית המשפט קבע כי שותפות עשויה אף להתגבש באופן ספונטני ואין הכרח להוכיח היוועדות מוקדמת או תכנון מראש בין השותפים למעשה. משעה שהוכח כי התגבשה כוונת שותפות, אף אם זו התגבשה על אתר, יש לראות בתוקפים מבצעים בצוותא.<sup>78</sup> כוונת שותפות זו הוסקה על ידי בית המשפט מהשתתפותו של הנאשם בתקיפה עצמה. עצם הצטרפותו למעשה התקיפה העידה, לשיטת בית המשפט, על כוונת הנאשם לחבור לאחרים ולבצע העבירה בצוותא ועל כן, יש לראות בו אחראי אף לעבירת החבלה החמורה בנסיבות מחמירות, אף אם לא הוכח כי גרם באופן אישי לחבלה זו. לדברי בית המשפט: "הצטרפות אל חבורה – אפילו היא ספונטנית וללא תכנון מוקדם – כאשר כל אחד מבני החבורה נוטל חלק בביצוע העבירה ואינו מונע את ההתנהגות הקבוצתית, די בה כדי לקבוע שהיה ביצוע בצוותא מצידו של המצטרף".<sup>79</sup>

בפרשת **נסראללה** דובר בהתפרעות המונית שהתלקחה לאחר מעשה הרג המוני שביצע החייל עדן נתן זאדה.<sup>80</sup> זאדה עלה לאוטובוס שנסע לכיוון שפרעם,

75 ע"פ 872/76 ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 573, 581 (1977).

76 ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בביזאיב, פ"ד נו(5) 580 (2002).

77 בפרשה זו, בית המשפט העליון נדרש אף לשאלת נוסחו של ס' 335(א)(2) לחוק העונשין, הקובע כי חבלה חמורה תיחשב לעבירה שנעברה בנסיבות מחמירות אם, בין השאר, העבירה בוצעה "כשהיו נוכחים שניים או יותר שחברו יחד לביצוע המעשה" (ההדגשה לא במקור). בהרשיעו הנאשם באחריות לעבירה זו, קבע בית המשפט כי המונח חבורה, שבו עוסק הסעיף, זהה למושג ביצוע בצוותא. דעת המיעוט במקרה זה, מפי השופט טירקל, סברה כי לשם הוכחת חבורה בהתאם לס' 335 יש להוכיח תכנון מוקדם, קרי קשירת קשר, ואין להסתפק בהוכחת שותפות ספונטנית שהתגבשה על אתר. שם, בעמ' 586.

78 שם, בעמ' 590.

79 שם, בעמ' 585.

80 ע"פ 193/14 נסראללה נ' מדינת ישראל (נבו) 26.10.2014.

כשהוא חמוש, החל לירות ללא הבחנה ומטווח קצר בנוסעי האוטובוס, גרם למותם של ארבעה מנוסעי האוטובוס ולפציעתם של רבים אחרים. מקצת מנוסעי האוטובוס הצליחו להשתלט על זאדה ולקחת את נשקו. שוטרים שהוועקו למקום אזקו את זאדה, כשהוא שכוב על רצפת האוטובוס. עם היוודע דבר האירוע, החל המון רב להתאסף סביב האוטובוס ולהשליך אבנים לעברו, בעוד השוטרים מנסים לגונן על זאדה. חלק מיחידי ההמון הצליחו להיכנס לאוטובוס, בעטו בזאדה והטיחו בו אבנים. בשלב מסוים, שפך מאן דהו חומר דליק לתוך האוטובוס. בשלב זה, החלה נהירה המונית לתוך האוטובוס ורבים תקפו את זאדה. כתוצאה של התקיפה ההמונית בשלב זה, זאדה מת.<sup>81</sup>

בבית המשפט העליון עלתה השאלה אם אפשר לראות ביחידי המון המתפרע בשל "זעם קולקטיבי" כלפי המפגע זאדה משום מבצעים בצוותא. בית המשפט קבע כי לא כל חבריה ספונטנית עולה כדי שותפות וכי לשם קביעת כינונה של כל שותפות, לרבות שותפות ספונטנית, יש צורך להוכיח כי הלך הנפש של המשתתף היה לפעול למטרה אחת עם המבצע העיקרי. אם כן, אף כשמדובר בחבירה שאינה מבוססת על תכנון מוקדם, לא מתייטר הצורך להוכיח הסכמה ומטרה משותפת, אף אם זו התגבשה על אתר.<sup>82</sup> מטרה משותפת זו הוסקה על ידי בית המשפט ביחס לאלה שביצעו הלכה למעשה את יסודותיה ההתנהגותיים של עבירת התקיפה, אף אם לא הוכח שמעשיהם הפיזיים הם שהובילו לחבלה.<sup>83</sup> אם כן, בפרשות אלה קבע בית המשפט כי מכוח ביצוע יסודות העבירה עצמה ניתן להסיק כי התקיימה הסכמה ואף התקיימה כוונת שותפות, אף על פי שאלה אינן תוצר של תכנון מוקדם אלא תוצר של הסכמה שהתגבשה, לשיטת בית המשפט, סמוך לאירוע או עם תחילתו. קביעה זו עולה לכאורה בקנה אחד עם הרציונל העומד בבסיסה של דוקטרינת המיזם העברייני המשותף, הנשען על קיומה של תוכנית משותפת והוצאתה אל הפועל. במובן זה, על פני הדברים אין הבדל מהותי בין השותפות הספונטנית, כפי שהוגדרה בפרשות אלה, לבין שותפות שהיא תוצר של תכנון מוקדם. לשיטת הפסיקה, זו וגם זו מבוססות על

81 לתיאור האירוע, ראו שם, בפס' 1-2 ו-9 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

82 שם, בפס' 32-36 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

83 כפי שמתואר בפסק הדין של בית המשפט העליון, בית המשפט המחוזי חילק את האירוע הנדון לשני חלקים: האחד, שלב השלכת האבנים ותקיפת זאדה טרם שפיכת החומר הדליק; האחר, שלב התקיפות החמורות שהתבצעו באוטובוס לאחר שפיכת החומר הדליק, שהובילו למותו של זאדה. המערער במקרה זה, שהשתתף אך בחלקו הראשון של האירוע והוכח כי השליך אבנים ואף תקף את זאדה עצמו, הורשע בעבירת חבלה בכוונה מחמירה. לעומת זאת, מתפרעים אחרים, שלגביהם הוכח כי תקפו את זאדה בחלקו השני של האירוע, הורשעו באחריות למותו של זאדה, הגם שלא הוכח מי מהם אחראי באופן ישיר למוות. שם, בפס' 10 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

מטרה שהתגבשה לבצע עבירה במשותף ועל מודעות לביצועה עם אחרים, בין אם מטרה זו התגבשה מראש ובין אם התגבשה בסמוך לאירוע העבירה ואפילו לאחר תחילתו.<sup>84</sup> כפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת לוי, דיני השותפות מבוססים על קשר פלילי והוצאתו לפועל לשם הגשמת המזימה המשותפת. דרישה זו לקשר מתקיימת אף כאשר המזימה המשותפת לפועל נוצרה אצל שניים באופן ספונטני עובר למעשה העבירה.<sup>85</sup> מכאן הובעה הדעה כי השוני היחיד בין מיזם עברייני מכוח תכנון מוקדם לבין מיזם מכוח תכנון שהתגבש על אתר הוא דרישת הנוכחות במקום ביצוע עבירה, הנדרשת לשם הוכחת חבירתו הרגעית של כל אחד מהמשתתפים לתכנון המשותף ולמטרה המשותפת.<sup>86</sup> אם כן, על פי מודל מחשבתי זה אפשר יהיה, לעיתים, להסיק כי חבירה ספונטנית עולה כדי שותפות ספונטנית, וזאת מקום שבו בית המשפט קובע כי נוצרה על אתר מטרה משותפת לבצע עבירה יחדיו.

אף על פי שבמבט ראשון עמדה זו עולה בקנה אחד עם דוקטרינת המיזם העברייני המשותף, ככל שמרחב יישומה עלולים להתעורר קשיים המובילים להכרעות אשר מעשית אינן עולות בקנה אחד עם דוקטרינה זו. לשון אחר, ככל שבתי המשפט מוכנים להסיק התגבשותה של הסכמה ספונטנית גם בהיעדר ביצוע ממשי משותף של יסודות העבירה, תקצר הדרך בין השתתפות אחריות קולקטיבית מכוח מיזם משותף לבין השתתפות אחריות מכוח עצם הנוכחות. על קושי יישומי זה אפשר ללמוד מפרשת בן-יצחק, שבה דובר בקטטה שהחלה במועדון והסתיימה ברחוב סמוך, עם דקירתו ומותו של אחד המתקוטטים ודקירתו וחבלתו החמורה של מתקוטט נוסף. בעקבות האירוע הוגש כתב אישום נגד שניים, המייחס להם ביצוע בצוותא של עבירות חבלה חמורה והריגה. כתב האישום לא קבע מי מבין השניים ביצע הדקירות בפועל והסתפק באמירה כי יש לייחס לשניהם אחריות מכוח ביצוע בצוותא. אף על פי שהסתבר כי כל אחד מהנאשמים החזיק בסכין במהלך האירוע, זיכה בית המשפט המחוזי את האחד והרשיע את האחר. זאת, בשל הקביעה כי יש להרשיע רק את מי שביצע הדקירות בפועל. אם כן, בהיעדר תוכנית סדורה, בית המשפט המחוזי לא ביסס את הכרעתו על עקרון האחריות הקולקטיבית של מבצעים בצוותא באירוע ספונטני זה.

בדיון בבית המשפט העליון נקבע עובדתית כי קיים ספק סביר באשר לזהות הדוקר וכי קיימת אפשרות ממשית כי דווקא הנאשם שזוכה ביצע בפועל את

84 ראו גם, ע"פ 259/97 סובחי נ' מדינת ישראל (נבו 28.4.1996); ע"פ 5022/01 מדינת ישראל נ' אטיאס, פ"ד נו(1) 856 (2001).

85 ע"פ 4188/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 550, 539 (1995).

86 פרשת בביזאיב, לעיל ה"ש 76, בעמ' 587.

מעשי הדקירה. אף על פי כן, הרשיע בית המשפט העליון את המערער, שלגביו נקבע כי ככל הנראה לא דקר בפועל, וזאת מכוח ביצוע בצוותא. לפי הכרעת בית המשפט, אף על פי שלא היה תכנון מוקדם לפגוע בקרבנות, אפשר לומר שנרקמה בין השניים שותפות ספונטנית "תוך כדי תנועה" ועל כן יש לקבוע כי השניים פעלו לשם קידום המטרה שהתרחשה.<sup>87</sup> כך קרה שבתי המשפט "דיברו בשני קולות": זה שככל הנראה ביצע בפועל את הדקירה זוכה בזיכוי חלוט, בעוד זה שככל הנראה לא ביצע הדקירה הורשע באחריות קולקטיבית להמתה מכוח ביצוע בצוותא. מקרים שבהם בית המשפט "מדבר בשני קולות" הם מקרים קשים, הנובעים מסיבות שונות.<sup>88</sup> במקרה דנן, אפשר להניח כי תוצאה קשה זו עשויה להיות קשורה בהרחבת דיני המיזם העברייני הספונטני ויישומו במקרים שבהם מסיק בית המשפט שותפות ומטרה שהתגבשו באופן ספונטני, בלא שייקבע כי כלל המשתתפים באירוע היו מעורבים באופן פיזי במעשה העבירה. היסק זה הוא, במהותו, תוצר של אינטואיציה שיפוטית – אשר במקרה זה הביאה שופטים שונים למסקנות שונות – שתוצאתו השתתפות אחריות קולקטיבית בהיעדרו של תכנון מוקדם ואף בהיעדרו של יסוד התנהגותי כלשהו.

נכונותם של בתי המשפט להסיק קיומה של שותפות ספונטנית אף במקרים שבהם נעדר ביצוע יסודות התנהגותיים על ידי השותפים הספונטניים הביא את בית המשפט העליון לקבוע באחד המקרים – ובניגוד לדעה הפסקית הרווחת – כי אפשר להרשיע אדם באחריות קולקטיבית למיזם ספונטני גם אם לא נכה בזירת העבירה בזמן ביצוע מי מהעבירות.<sup>89</sup> בהתאם לעמדה זו, על אף היעדרו של תכנון מוקדם ועל אף הצורך להוכיח התגבשות תוכנית על אתר, משעה שהוסקה התגבשות תוכנית כזו, עזיבת אחד הנוכחים אינה מאיינת בהכרח את המסקנה כי הסכים לתוכנית. אם כן, על אף ההיסק, מכוח התנהגות, כי אדם הסכים לתוכנית עבריינית מכוח הצטרפותו לקטטה או להתפרעות, ייתכן כי עזיבתו את מקום האירוע אינה מאיינת לשיטת בית המשפט את הסכמתו.

<sup>87</sup> ע"פ 4205/14 בן-יצחק נ' מדינת ישראל, פס' 60 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו) 29.5.2016.

<sup>88</sup> מבחינה פרוצדורלית, במקרה זה "דיבור בשני קולות" נוצר בשל החלטתה של התביעה שלא לערער על זיכוי אחד משני הנאשמים, בעוד הנאשם שהורשע ערער. מקרים אחרים עשויים להיווצר בשל הגשת כתבי אישום נפרדים, הנדונים בפני הרכבים שונים, העוסקים בפרשה אחת. להתייחסותו של בית המשפט העליון לדיבור בשני קולות ולמשמעותו המשפטית האפשרית, ראו למשל, מ"ח 4035/19 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 8.12.2020.

<sup>89</sup> ע"פ 2895/07 פרחי נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק הדין של השופט לוי (נבו) 25.10.2007.

## 2. מודל שני: אחריות מכוח סיוע באירועים ספונטניים

מודל חשיבתי נוסף אותו אפשר לאתר בפסיקה ביחס לאירועים ספונטניים מבסס אחריות מכוח נוכחות כשותפות עקיפה מסוג סיוע. לפי השקפה זו, כאשר מדובר באירועים כגון קטטה או התפרעות המונית, כל אחד מיחידי ההתפרעות מחזק את האחרים מכוח נוכחותו. לכן, נוכחות מודעת עולה כדי סיוע מוראלי לביצוע העבירה או העבירות שבוצעו במהלכה. הרציונל המדריך עמדה זו מבוסס על התפיסה שלפיה בשל הקושי לאתר הסכמה ומטרה משותפת באירועים ספונטניים, לא ראוי להטיל אחריות קולקטיבית. ואולם ראוי לראות בנוכח שותף עקיף, אשר נוכחותו חזקה רוחם של אחרים ובכך תרמה לביצוע העבירות.

בשורה ארוכה של מקרים הכירה הפסיקה הישראלית בנוכחות בלתי מקרית כנוכחות מסייעת,<sup>90</sup> בין השאר במקרים שכונו בפסיקה שותפות ספונטנית. שלא כדין שחל עד תיקון 39 ואף בניגוד לדין האנגלו-אמריקאי, לפי הדין שלאחר תיקון 39, הקובע אחריות שונה למבצע בצוותא ולמסייע, להשקפה הרואה ביחידי ההמון מסייעים ישנה משמעות מעשית, שכן אחריותו של המסייע כשותף עקיף שונה מאחריותו של המבצע בצוותא. זאת ועוד, אחריותו של אדם כמסייע אינה מצריכה הוכחת כוונה או מטרה לסייע שכן לעמדת הפסיקה, אף על פי שעבירת הסיוע היא עבירה מסוג מטרה, יש להחיל בעבירה זו את הלכת הצפיפות, שלפיה מודעות שהתנהגות המסייע עשויה, קרוי לוודאי, להיות תרומה מסייעת למבצע העיקרי, שקולה כנגד המטרה לסייע לו.<sup>91</sup>

כך, בפרשת פלוני דובר בקטטה שהחלה לאחר שקבוצת צעירים "הזמינה" צעירים אחרים לצאת לקראתה לשם יישוב סכסוך מוקדם ביניהם.<sup>92</sup> שני נערים יצאו מהמסעדה שבה עבדו, כשהם מצטיידים בדרכם בסכינים. השניים החלו בהחלפת מהלומות מילוליות עם אחרים, עת התערב צעיר אחר וניסה להפריד בין הניצים. בתגובה, אחד הנערים דחפו ואילו האחר דקר אותו בליבו וגרם למותו. בית המשפט המחוזי הרשיע את שני הנערים בביצוע בצוותא של עבירת ההריגה על בסיס הקביעה כי נוצרה בין השניים שותפות ספונטנית לבצע עימות אלים, אליו הגיעו מצוידים בסכינים. בניגוד לקביעה זו, ועל אף הקביעה העובדתית כי שני הנערים הגיעו מצוידים בסכינים וכי כל אחד מהם ידע כי האחר מחזיק בסכין, קבע בית המשפט העליון כי אי אפשר להרשיע את הנער שלא דקר בביצוע בצוותא של עבירת ההריגה. אומנם, קבע בית המשפט, הגעה למקום העימות מלמדת על שותפות מסוימת שנקשרה באופן רגעי, אך אי אפשר לקבוע כי שותפות זו נקשרה למטרת תקיפה או הריגה. בית המשפט העליון הדגיש כי

90 רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187 (2002); פרשת ימיני, לעיל ה"ש 63.

91 עניין פלונית, לעיל ה"ש 52, בעמ' 35.

92 רע"פ 2638/10 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) (24.3.2011).

מתוך מודעות לאפשרות קיומה של עבירת ההריגה אי אפשר להסיק כוונת שותפות לבצע העבירה ואף אי אפשר להסיק כי לכל אחד מהנאשמים הייתה שליטה על הביצוע.<sup>93</sup> עם זאת, בית המשפט קבע כי יש להרשיע את הנער שלא דקר בסיוע לעבירת ההריגה בשל התלוותו לדוקר לעבר הקטטה ומשום שעודד את רוחו של הדוקר בכך שדחף את המנוח.<sup>94</sup> אם כן, על אף קביעתו כי שותפות עשויה להיות ספונטנית, בית המשפט קבע כי בהיעדר שליטה על ביצוע העבירה – המאפיינת מקרים שבהם השותפות מבוססת על תכנון מקדים וחלוקת תפקידים – אי אפשר במקרה דנן להשית אחריות קולקטיבית מכוח ביצוע בצוותא. ואולם הצטרפות משותפת לקטטה, בצירוף להתנהגות אופיינית לקטטה כגון דחיפה, מספקת את יסודותיה ההתנהגותיים של עבירת הסיוע.

במקרים אחרים, בתי המשפט הרחיבו את הגדרת הסיוע באירועים ספונטניים וקבעו כי נוכחות גרידא, אם אינה מקרית, עולה כדי סיוע. כך למשל, בפרשת פלוני דובר בכמה עשרות נערים שעמדו ליד מחנה שועפט בירושלים ויידו אבנים לעבר כלי רכב שנעו בכביש.<sup>95</sup> נקבע כי אחד הנערים שהועמדו לדין לא יידה אבנים ובית המשפט לא שלל ההנחה כי לכתחילה נקלע למקום במקרה, אלא שנקבע כי נשאר במקום במהלך ההתפרעות. בית המשפט העליון, בדעת רוב, קבע כי כאשר מדובר בנוכחות שאינה מקרית, הנוכחות עצמה היא ראייה לכאורה לאשמת הנאשם לסיוע לדבר עבירה, בהיותה מחזקת ומעודדת. לפי קביעת בית המשפט, אפשר שהנאשם לא תכנן מראש להגיע למקום ביצוע העבירה אך לאחר שהגיע למקום ועמד סמוך לאחרים שיידו האבנים, אפשר להסיק כי הצטרף אליהם בכוונה לאמצם ולעודדם לבצע העבירה.<sup>96</sup> מתוך כך קבע בית המשפט העליון כי יש להרשיע הנאשם בסיוע לעבירת סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה.<sup>97</sup>

אם כן, מודל משפטי זה מבסס רציונל שונה להשתת אחריות על משתתפי אירוע ספונטני. על פי פסיקה זו, בהיות האירוע ספונטני אי אפשר להסיק קיומה של כוונת שותפות ובחירה מודעת לפעול כגוף אחד. עם זאת, טיבו הספונטני של האירוע אינו שולל האפשרות לקבוע כי כל אחד מהנוכחים באירוע זה סייע מכוח נוכחותו לאחרים ואף היה מודע לכוחה המסייע של התנהגותו.

93 שם, בפס' 13-15 לפסק הדין של השופטת ארבל.

94 שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת ארבל.

95 ע"פ 6202/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 685 (1996).

96 שם, בעמ' 691.

97 בפרשות ויצמן וימיני קבע בית המשפט העליון כי ראוי להרשיע נאשמים בסיוע לעבירת ההפקרה, אף על פי שהיא אירוע ספונטני במהותו, וזאת מכוח נוכחותם ושתיקתם עת התבצעה העבירה. עם זאת, בשני פסקי דין אלה – ובפרשת ימיני באופן מפורש – בית המשפט העליון קבע כי אי אפשר לקבוע במקרים מסוג זה אחריות קולקטיבית מכוח ביצוע בצוותא. ראו: פרשת ויצמן, לעיל ה"ש 90; פרשת ימיני, לעיל ה"ש 63.

### 3. מודל שלישי: אחריות קולקטיבית על אף היעדר מיזם משותף

במקביל לשני המודלים המשפטיים שתוארו לעיל, הפסיקה התוותה מודל נוסף ומתחרה לקביעת אחריות בהיעדר תכנון מוקדם. לפי מודל חשיבתי זה, אפשר לבסס אחריות קולקטיבית לשותפות ספונטנית גם במקרים שבהם נקבע פוזיטיבית כי לא התגבשה תוכנית משותפת לבצע עבירה: לא מראש, לא סמוך לאירוע העברייני ואף לא לאחר תחילתו.

ככל שמדובר במקרים שבהם נקבע פוזיטיבית כי אי אפשר לאתר תוכנית עבריינית, ניכר כי הפסיקה אינה קוהרנטית בהכרעותיה. לעיתים, היעדרה של תוכנית משותפת הוביל למסקנה כי לא התקיים מיזם עברייני המאפשר השתתפות אחריות קולקטיבית ולעיתים, היעדרה של תוכנית לא עמד בפני הפסיקה, שהכריעה כי התקיימה שותפות מסוג ביצוע בצוותא, המצדיקה השתתפות אחריות קולקטיבית. לשם בחינת העמדות השונות שהובעו במקרים כגון אלה, יסקרו להלן מספר מקרים בולטים.

בפרשת אלסעדי, שניתנה בתקופת פקודת החוק הפלילי, עסק בית המשפט העליון בקטטה המונית שבמהלכה נדקר אחד המתקוטטים. באותו מקרה קבע בית המשפט העליון את הדברים הבאים: "אכן, התפתחו הדברים והגיעו לקטטה כללית, אך בקטטה זו פעל כל אחד מהמשתתפים על דעת עצמו ולא לפי התקשרות ביניהם מראש, אם כי המשתתפים בקטטה מכל צד ביקשו כמובן לעזור זה לזה בעת הקטטה. לדעתי אין להחיל על נסיבות אלה את הלכת המזימה המשותפת"<sup>98</sup>.

אם כן, בעסקו בקטטה המונית התייחס בית המשפט למצב שבו מתקוטטים נמצאים בגבולות אותו הזמן והמקום, אלא שאין הם פועלים זה עם זה אלא זה לצד זה. הפעולה ההמונית – המוגדרת כפעולה לצד האחר ולא עם האחר מכוח מטרה משותפת, קרי פעולה נעדרת סינרגיה – הובילה את בית המשפט העליון למסקנה כי אחריותו של כל אחד ממשותפי הקטטה צריכה להיבחן מכוח מעשיו שלו. עמדתו זו של בית המשפט אומצה בפסיקה נוספת, מאוחרת לה.<sup>99</sup>

לעומת ההשקפה המשפטית שהובעה בפרשה זו, פסיקה אחרת הכריעה כי ככל שמדובר בהתפרעויות ובקטטות, אין כל צורך בהוכחת קיומה של הסכמה ממשית קונקרטית לשם השתתפות אחריות על אדם כמבצע בצוותא של מכלול העבירות שבוצעו במהלך ההתפרעות. כך, באחד מפסקי הדין שניתנו סמוך לתיקון 39 לחוק העונשין, קבע בית המשפט המחוזי את הדברים הבאים: "היחיד

<sup>98</sup> ע"פ 216/73 אלסעדי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

<sup>99</sup> עמדה דומה, המתבססת על פרשת אלסעדי, הציג בית המשפט המחוזי בפרשת חמודה. ראו פ"ח (מחוזי ת"א) 1043/03 מדינת ישראל נ' חמודה, פס' 76 לפסק הדין של השופט שנלר (נבו 17.11.2004).



נושא בעול המעשים הקבוציים של המתקהלים, כל אימת שלקח בפועל חלק בהתקהלות ונמנה על משתתפיה [...]”<sup>100</sup>.

אחת הפרשות המרכזיות שבה הובע קו מחשבה זה, ואשר אומץ בפסקי דין רבים לאחר מכן, היא פרשת עזיזיאן. בפרשה זו דובר בהמון אדם שהתפרץ לשתי דירות בשכונת מאה שערים בירושלים, שבהן התגוררו נוצרים שלא היו במקום בעת הפריצה. ההמון ניתץ ושבר את כל שהיה בדירה, השליך את רכוש הדיירים מבעד לחלונות, והעלה את תכולת הדירות באש.<sup>101</sup> בעקבות אירוע זה הועמדו לדין עזיזיאן ואחרים בגין עבירות של קשירת קשר, התפרצות, היזק בזדון, הצתה וגניבה. כתב האישום והעבירות המנויות בו מעלים כי העמדה העקרונית שהדריכה את התביעה הייתה כי גם כאשר מדובר בהמון אדם מתפרע מתקיימת עבירה של קשירת קשר, קרי קיים תכנון מוקדם לבצע עבירה. לשיטת התביעה, מכוחו של הקשר והוצאתו לפועל אפשר לראות בנאשם ובאחרים שהשתתפו בהתפרעות אחראים כמבצעים בצוותא של כלל העבירות שהתבצעו במהלכה. ואולם לאחר שהסתבר כי הנאשם לא הכיר את הפורעים האחרים ואף לא השתייך לזרם החרדי הקיצוני שביצע המעשים – הגם שעלה פעמיים לדירה הפרוצה והשרופה ונטל משם חפץ בעל ערך נמוך – הציגה התביעה עמדה שונה לחלוטין. עמדה זו אינה מבססת אחריות על קיומה של תוכנית עבריינית אלא משתיתה אחריות קולקטיבית על “כוח ההמון”: לטענת התביעה, האירוע מאופיין בכך שהוא מבוצע על ידי המון וסביר להניח שלא היה מתרחש אלמלא התבצע בחסות ההמון. לשיטת התביעה, התפרעות המונית מסוג זה מאופיינת במעשי הרס המבוצעים בידי אנשים הזרים זה לזה, עת איש לא יודע בהכרח מהי האידיאולוגיה של חברו, אך כולם שואבים עידוד מעצם נוכחותו של ההמון המסכים עם המעשים. על כן, טענה התביעה, משעה שהצטרף להתפרעות בכניסתו לדירות, הופך כל אחד מיחיד ההמון למבצע בצוותא עם אחרים, אף אם לא גרם בעצמו לנזק או לא שרף דבר כמו ידיו.<sup>102</sup>

בית המשפט העליון, מפי השופט אילן, אליו הצטרף השופט לוין, קיבל עקרונית את טענת התביעה, שלפיה באירועים כגון אלה יש לראות בכל אחד מיחיד ההמון “שותף ספונטני”. לדבריו, ייתכן שעקרונית נכון לקבוע כי בהתפרעות כזו, שנעשתה בחסות ההמון, כל יחיד מיחיד ההמון אחראי כמבצע בצוותא לכל פעולות ההמון. השופט אילן הוסיף עוד כי יש להוכיח כי המשתתף בהתפרעות ההמונית שותף גם למחשבה הפלילית ה”המונית”. לשיטת השופט,

100 ע”פ (מחוזי י-ם) 979/97 וונובוי נ’ מדינת ישראל, פס” 3 לפסק הדין של השופט גל (נבו) 26.11.1997.

101 ע”פ 807/99 מדינת ישראל נ’ עזיזיאן, פ”ד נג(5) 747 (1999).

102 שם, בעמ’ 755.

המחשבה פלילית הנדרשת עשויה לבוא על סיפוקה מכוח כוונת הצטרפות להמון או מכוח קיומה של מודעות: לדבריו, אף אם תתקבל טענת הנאשם כי עלה לדירות בשל סקרנות, הדבר אינו שולל האפשרות כי בהיותו בדירה הסכים עם ההמון והצטרף אליו בנפש חפצה, או לפחות היה מודע לכך שנוכחותו, כמו נוכחות כל האחרים, מוסיפה ביטחון ועידוד לאלו המבצעים את העבירות בפועל.<sup>103</sup>

השופט דורנר גרסה כי הגם שקיימת השפעה הדדית בין יחידי ההמון, אוטונומיית הרצון של כל אחד מהיחידים המרכיבים אותו נותרת על כנה. מתוך כך קבעה השופטת דורנר כי לשם הרשעה בגין מכלול העבירות המבוצעות במהלך התפרעות המונית אין צורך להוכיח בהכרח תוכנית פלילית מוקדמת, אלא שקביעת האחריות במקרים כגון אלה יכול שתהיה מושתתת על הצטרפות ספונטנית אל ההמון, אשר כל אחד מיחידיו מעודד את ההתנהגות הקבוצתית ומושפע על ידה.<sup>104</sup>

אם כן, כלל השופטים במקרה זה ביססו עקרונות אחריות קולקטיבית לפעולה המונית, שהתפרצה באופן ספונטני, וסברו כי אפשר להשית על כל אחד מיחידיו ההמון אחריות קולקטיבית אף בהיעדר תוכנית שהתגבשה ואף בהיעדר כוונת שותפות. הרציונל להטלת אחריות קולקטיבית מבוסס על ההצטרפות עצמה, תוך הדגשת ההנחה שלפיה שכחלק מהתפרעות המון, נוכחותו של כל אחד מיחידיו ההמון מאפשרת את המשך ההתפרעות; הנוכחות כשלעצמה מאפשרת התנהגות חסרת רסן, אשר ככלל מתקיימת רק בחסות ההמון.

על סמך כל אלה, השופטת דורנר קבעה כי יש לראות בנאשם מבצע בצוותא של ההתפרעות ולראות בו אחראי לכל עבירה שהתבצעה במהלכה, לרבות השחתת הדירות ושריפתן. לעומתה, השופטים אילן ולוין, על אף הסכמתם לעמדה משפטית עקרונית זו, סברו כי במקרה דנן, היות שהנאשם הגיע רק לאחר ביצוע מרבית העבירות, והיות ששהה דקות ספורות בלבד באחת הדירות, אי אפשר לראות בו כמי שהיה מודע להשפעתו על המתפרעים האחרים.<sup>105</sup>

קו המחשבה השיפוטי שהדריך את בית המשפט העליון בפרשת עזיזיאן בא לידי ביטוי בפרשות נוספות העוסקות בהתפרעות המונית. כך, בפרשת אבו-כיף בחן בית המשפט המחוזי – בבקשה למעצר עד תום ההליכים – אחריותם של משתתפים בהתפרעות המונית, שכללה יידוי אבנים, הבערת צמיגים וירי זיקוקים, אשר הביאה לפגיעה הן ברכוש והן בשוטרים שהיו במקום. בהחלטתו

103 שם, בעמ' 756.

104 שם, בעמ' 767.

105 שם, בעמ' 758. מתוך כך, הנאשם הורשע רק בעבירות אותן ניתן היה לייחס לו עצמו – הסגת גבול וגניבה.

קבע בית המשפט כי הכלל הוא שבאירוע המוני כל יחיד מיחיד ההמון אחראי כמבצע בצוותא לפעולות ההמון ולכל העבירות שבוצעו במהלך ההתפרעות, וזאת בלא צורך להוכיח כי ביצען באופן ממשי. מעבר להוכחת ההשתתפות בהתפרעות. אחריות זו תתגבש אם יוכח כי המשתתפים ידעו, צפו או שיכלו לצפות כי מעשיו של ההמון יסכנו שוטרים ואזרחים.<sup>106</sup> אם כן, במקרה זה הרחיב בית המשפט את העמדה המרחיבה כשלעצמה שהובעה בפרשת עזיזיאן, המסתפקת ביסוד נפשי של מודעות חלף כוונת השותפות, וקבע כי ביצוע בצוותא יכול שיהא מבוסס על יסוד נפשי של רשלנות.

בפרשת אבו אעיש בחן בית משפט השלום אחריותם של משתתפים בהפגנה שהסלימה להתפרעות שבה השתתפו מאות אנשים שהשליכו אבנים, הבעירו צמיגים וחסמו נתיבי תנועה. בשל האירוע נחבלו שוטרים ונזקקו לטיפול רפואי ואף ניזוק רכוש רב. בהכרעת דינו קבע בית המשפט קביעה עקרונית שלפיה כל מי שמשתתף בהתפרעות בלתי חוקית, אפילו הצטרף אליה באופן ספונטני, מקבל על עצמו סיכון לאחריות משפטית לכל תוצאותיה של ההתפרעות. הכרעה זו, טען בית המשפט, הגיונית ומתבקשת בשל טיבה של התפרעות. לדבריו:

"[...] כחה של ההתפרעות נובע מן ההמון המצטרף אליה. כל אחד המצטרפים הוא המאפשר את עצם קיומה ומחזק את ידיהם של כל היתר. ההמון המתפרע הופך לישות אחת, כאשר כוונותיה ופעולותיה הן סך הכוונות והפעולות של הפרטים היוצרים אותה. מכאן, שכל אחד מהנוכחים אחראי למעשיהם של האחרים במסגרת אותה התפרעות".<sup>107</sup>

בפרשת אבו עסא<sup>108</sup> נבחנה אחריותם של משתתפי התפרעות המונית, אשר תחילתה בהפגנת מחאה לאחר רצח הנער מוחמד אבו-חדיר ואשר במהלכה נזרקו אבנים, הותקפו שוטרים ואף נגרם נזק לרכוש. בית המשפט המחוזי קבע כי יש לראות בכל אחד ממשתתפי ההתפרעות מבצע בצוותא של כלל המעשים האלימים שבוצעו במהלכה, בין אם ביצעם בפועל ובין אם לאו.<sup>109</sup> עמדה משפטית זו התקבלה על ידי בית המשפט העליון, אשר קבע אף הוא כי זיהויו של אדם כאחד ממשתתפי התפרעות מספיקה לצורך הרשעתו בכל העבירות שבוצעו

106 מ"ת (מחוזי ב"ש) 24335-07-14 מדינת ישראל נ' אבו-כיף, פס' 13 להחלטה (נבו) 21.7.2014.

107 ת"פ (שלום ב"ש) 5286-12-13 מדינת ישראל נ' אבו עאיש, בעמ' 27 להכרעת הדין (נבו) 26.11.2015.

108 ע"פ 8415/16 אבו עסא נ' מדינת ישראל (נבו) 3.6.2018.

109 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

במהלכה.<sup>110</sup> עם זאת, בית המשפט העליון זיכה את המערער באותו מקרה, שכן זיהויו כמשתתף בהתפרעות לא הוכח.

אם כן, העמדה המשפטית שבאה לידי ביטוי בפסיקה שתוארה לעיל סוטה סטייה רבתי מדוקטרינת המיזם העברייני המשותף. דוקטרינת המיזם המשותף מבססת כאמור אחריות קולקטיבית על אחריות אישית שמקורה ביסוד נפשי מסוג מטרה – הבאה לידי ביטוי במעורבות בתכנון המוקדם – בצירוף למודעות לביצוע המשותף, הכורך בחובו ויתור על השליטה בביצוע כלל יסודות האקטוס ריאוס. בניגוד לכך, העמדה המשפטית בפסיקה שהוצגה לעיל משיתה אחריות קולקטיבית על עצם ההצטרפות להמון בצירוף לתובנה הלקוחה מהפסיכולוגיה החברתית (אשר תואר עוד להלן), שלפיה המון מונע מכוחו של המון. בהתאם לתובנה זו, הפעולה ההמונית מתאפיינת בהפיכת ההמון למעין גוף אחד המניע עצמו בכוח נוכחות ופעילות יחידיו. מתוך כך, מקום שבו אדם הצטרף באופן מודע להמון הוא מוחזק כמודע לתובנה זו ואף מוחזק כמודע לאופייה "המתגלגל" של התנהגות המונית. משכך, הוא מוחזק כמודע לא רק לקיומה של התנהגות המונית אלא אף לאפשרות ההסלמה הנובעת מהתנהגות כזו. מודעות מיוחסת זו מחליפה את הדרישה לכוונת שותפות ולמטרה קונקרטית לבצע עבירה קונקרטית, הבאה לידי ביטוי בתכנון מוקדם.

#### 4. שלושת המודלים – בחינה ביקורתית

כפי שפורט לעיל, עיון בפסיקה העוסקת במושג שותפות ספונטנית מעלה כי גיבושה של אחריות באירועים כגון קטטות או התפרעויות מבוסס על מודלים משפטיים שונים ואף מתחרים. אף על פי שהפסיקה שבה ומצהירה כי שותפות ספונטנית הוכרה כבסיס להטלת אחריות בדין הישראלי, המשמעות המשפטית שניתנה למושג מבוססת על השקפות שונות בנוגע לקביעת אחריות במשפט הפלילי. לפי מודל קביעת האחריות הראשון שתואר לעיל, שותפות ספונטנית דומה במהותה לשותפות רגילה, אלא שהתוכנית המשותפת אינה תוצר של קשר מוקדם אלא תוצר של הסכמה ומטרה משותפת שנוצרו "תוך כדי תנועה". מכאן, בהתאם לעמדה פסיקתית זו דוקטרינת המיזם העברייני המשותף ישימה אף לסיטואציות ספונטניות ואפשר לקבוע במסגרתה אחריות קולקטיבית, אם ייערכו בה התאמות נדרשות.

שלא כמודל הראשון, המודל השני שתואר לעיל נוטה לא להשתית אחריות קולקטיבית על יסוד הסקתה של תוכנית שהתגבשה לכאורה על אתר ובוחר לראות ביחיד האירוע מסייעים. בהקשר זה חשוב להדגיש כי אין מדובר בשונות עובדתית שהביאה לפיתוח מודלים משפטיים שונים. עיון בפסיקה מעלה כי אף

<sup>110</sup> שם, בפס' 11 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

במקרים דומים להפליא נבחר לעיתים מודל המיזם העברייני הספונטני ולעיתים נבחר מודל הסיוע. כך, בפרשת בן-יצחק ובפרשת פלוני<sup>90</sup> אשר תוארו לעיל דובר במסכת עובדתית כמעט זהה: בשני המקרים דובר בקטטה ספונטנית אליה הגיעו שניים המצוידיים בסכינים ובשני המקרים רק אחד מהשניים השתמש בסכין וגרם למוות או לפציעה. אולם באחד המקרים יישם בית המשפט העליון את מודל המיזם העברייני המשותף הספונטני, שהביא לסיווגו של האחר כמבצע בצוותא, ואילו במקרה האחר סירב בית המשפט העליון לראות באחר מבצע בצוותא והגדירו כמסייע.

אם כן, מודל החשיבה השני נוטה שלא לראות בעצם ההצטרפות לאירוע עברייני ספונטני מרובה משתתפים משום שותפות ספונטנית. במקום זאת, הרציונל המדריך מודל זה מניח כי הנוכחות המודעת באירוע עברייני ספונטני הופכת אדם למסייע. זאת משום שנוכחות באירוע המוני ספונטני היא בעלת פוטנציאל לעודד ולחזק את רוחם של שאר המשתתפים, השואבים עידוד מעצם קיומו של ההמון. לכן, האחריות בהתאם למודל זה מצומצמת יותר, בהשיתת אחריות על יחידי ההמון כשותפים עקיפים לאלה שביצעו עבירות בחסות ההמון. הרציונל העומד בבסיס מודל האחריות השלישי, המרחיב מכולם, דומה במהותו לרציונל העומד בבסיס מודל האחריות השני – קרי תפיסת הנוכחות המשפיעה – אך מסיק מסקנות בעלות משמעות משפטית שונה ומרחיבה ממנו. לפי מודל זה, הנוכחות וההשתתפות באירוע המוני ספונטני זהות מבחינת תוצאתן המשפטית להשתתפות במיזם עברייני משותף, המבוסס על תכנון מקדים. אולם אין מודל זה נדרש כלל להנחת קיומה של הסכמה ומטרה משותפת לשם הגדרת אדם כמבצע בצוותא. במקום זאת, המודל מבסס אחריות קולקטיבית ישירה על מודעותו של אדם המצטרף לאירוע המוני שבו כל אחד ממשתתפיו גורם במידה זו או אחרת – מכוח נוכחותו והשתתפותו – להמשך פעולתו של ההמון. השקפה זו בדבר כוחה המכונן של הנוכחות, המצדיקה ראייתם של כלל המעורבים-הנוכחים כמבצעים בצוותא, מוצגת בפסיקה כנתון שאינו מצריך הוכחה, כחלק מ"ידיעתו השיפוטית" של בית המשפט, משל הייתה עובדה פיזיקלית בסיסית שלצורך הוכחתה אין צורך בהבאת ראיות כלשהן.

שלושה מודלים אלה מבססים, אפוא, תשתית להטלת אחריות על משתתפים באירוע ספונטני כשותפים ישירים או עקיפים האחראים – במידה זו או אחרת – לכלל העבירות שהתבצעו במהלך האירוע. תשתית זו מבוססת על תובנות שיפוטיות באשר לטיבו של אירוע ספונטני הלכה למעשה. אולם בחינת הספרות המחקרית שחקרה התנהגות ספונטנית של המון מתפרע או מתקוטט מעלה כי ספק אם התובנות השיפוטיות ביחס להתנהגות זו משקפות כראוי את "המציאות

111 פרשת בניזאיב, לעיל ה"ש 76; פרשת ויצמן, לעיל ה"ש 90.

החברתית" המתגלה באירועים מסוג זה. במה שיתואר להלן יוצגו בקצרה תובנות אלה ותידון משמעותן המשפטית.

#### 4.1 התנהגות המון: תובנות מחקריות

על פי מחקרים העוסקים בהתנהגות המון, להמון כשלעצמו הכוח להסלים התנהגות, שכן כאשר אדם חלק מהמון, עצם השתתפותו בו משפיעה בהכרח על פעולותיהם של אחרים, כפי שפעולותיהם של אחרים משפיעות עליו.<sup>112</sup> זאת משום שכאשר אדם פועל כחלק מהמון, חלק מהעכבות המאפיינות ברגיל את התנהגותו נעלמות או נשחקות. כך, במחקר מוקדם העוסק בהתנהגות המונים, שערכה הלן קלרק (Helen Clark) כבר בשנת 1916, נטען כי התנהגות המונית משמעה התנהגות המשפיעה ומושפעת בעת ובעונה אחת ממכלול ההמון. לדברי קלרק:

"Some emotions, especially fear and sorrow, are produced or intensified by witnessing in others the expression of like emotions, [and] it is evident that we tend to interpret objects as our fellows interpret them, to consider as real what others, by their behaviour, seem to recognize as real, and to accept as true the ideas which our companions appear to accept".<sup>113</sup>

לטענת קלרק, בניגוד לאינטואיציה המקובלת השפעות אלה של ההמון על כל אחד מפרטי אינן מתרחשות רק מקום שבו מדובר במספר רב של יחידים המון. לצורך התגבשותו של המון אין צורך בהשתתפותם של עשרות או של מאות אנשים והתנהגות המונית במובן שתואר לעיל יכולה להתקיים אף בקבוצות קטנות יחסית.<sup>114</sup>

מחקרים מאוחרים יותר מספקים הבנה מעמיקה יותר באשר לטיבה של ההשפעה ההדדית של חברי ההמון, כמו גם לאופן המורכב שבו היא יוצאת אל הפועל. כך, May, במחקרו על אודות התנהגות המון, תיאר את הלך הנפש הנוצר בלב כל אחד מיחידים ההמון כ"pre-reflective intentions". לדבריו, הגם שלכל

112 גוסטב לֶבֶן, *THE CROWD: A STUDY OF THE* ראו *POPULAR MIND* (2002).

113 Helen Clark, *The Crowd*, 21 *THE PSYCHOLOGICAL MONOGRAPHS* 26, 32 (1916).

114 לדבריה של קלרק: – "Under certain conditions, three, or even two, individuals may – constitute a crowd. The difference between the conditions of no-one-else-present and of some-other-person-present may be as significant as, if not more significant than, the difference between the presence of one other or of twenty or two-hundred". שם, בעמ' 29.

אחד מיחיד ההמון שליטה עקרונית על מעשיו, המון מתאפיין בכך שהיחידים המרכיבים אותו אינם מודעים באופן מלא לכך שהכוונות המדריכות את מעשיהם הן תוצר של השפעת ההמון.<sup>115</sup> טענתו זו של May עולה בקנה אחד עם מחקרים שבהם נטען כי משתתפי ההמון חווים מצב תודעתי אותו אפשר לכוון דה-אינדיווידואציה (deindividuation).<sup>116</sup> מצב תודעתי זה משמעו אובדן תחושת האינדיווידואליות ואף אובדן, ולו חלקי, של תחושת האחריות האישית, בצירוף לשחיקת עכבות מוסריות. כל אלה, כך נטען, הופכים את משתתפי ההמון למושפעים באופן מיוחד מסיטואציות חברתיות בעלות מימד רגשי. תובנה פסיכולוגית זו יושמה באופן מעניין גם בשדה המשפטי. כך, במשפט הדרום אפריקאי, ובעקבות עדויותיהם של מומחים מתחום הפסיכולוגיה החברתית, התקבלה טענת דה-אינדיווידואציה כטענת הגנה במשפטים שעסקו בהמתה שהתרחשה אגב התפרעות המונית. קבלת טענה זו הביאה להפחתה בעונשם של אלה שהורשעו בעבירת רצח, שבוצע תוך כדי התפרעות המונית, באופן שעונש המוות – שהוא עונש חובה בגין עבירה זו בדין הדרום אפריקאי – הומר בעונש מאסר.<sup>117</sup>

מחקרים בפסיכולוגיה החברתית מצאו עוד כי התנהגות המונית תהא קיצונית יותר ביחס להתנהגות שלא התבצעה במסגרת המון. תפיסה זו קרויה "קייטוב קבוצתי" (group polarization)<sup>118</sup> והיא מנוסחת באופן הבא: "The average postgroup response will tend to be more extreme in the same direction as the average pregroup responses"<sup>119</sup>.

במחקרים נוספים נטען כי במסגרת המונית, כל אחד מיחיד ההמון מצוי באופן מתמיד במצב של "feedback loop", אשר בו התנהגותו של כל אחד מיחיד ההמון לא רק משפיעה על תפיסת המציאות של משתתפים אחרים, אלא גם מתעצבת ומושפעת כשלעצמה מעמדותיהם המשוערות של יחיד ההמון

LARRY MAY, THE MORALITY OF GROUPS: COLLECTIVE RESPONSIBILITY, GROUP-BASED HARM, AND CORPORATE RIGHTS, 60–62, 79 (1987) 115

Festinger, L., Pepitone, A., & Newcomb, T.M., *Some Consequences of Deindividuation in a Group*, 47 J. ABNOR. SOC. PSY. 382 (1952) 116  
Dipboye, *Alternative Approaches to Deindividuation*, 84 PSYCHOLOGICAL BULLETIN 1057 (1977)

לתיאור יישום התובנה הפסיכולוגית במשפטי רצח בדרום אפריקה, ראו Andrew M. Colman, *Crowd Psychology in South African Murder Trials*, 46 AMERICAN PSYCHOLOGIST 1071 (1991) 117

לדיון כללי בתופעת הקייטוב הקבוצתי, ראו Daniel J. Isenberg, *Group Polarization: A Critical Review and Meta-Analysis*, 50 J. PERSON. & SOC. PSYC. 1141 (1986) 118

Myers, D.G. & Lamm, H., *The group polarization phenomenon*, 83 PSYCHOLOGICAL BULLETIN 602, 603 (1976) 119

האחרים. לפי מחקרים אלה, השפעתו של חבר קבוצה אחד על רעהו אינה קיימת בהכרח במציאות הפיזיקלית החיצונית (כלומר אין מדובר בהשפעה במובנה המשפטי הרגיל) אלא שבמקרים רבים, השפעה זו מתקיימת באופן מוחלט בתודעתו של המשתתף האחר. לכן, אין מדובר בהשפעה הנוצרת בשל אמירה או התנהגות קונקרטית של אחר, אלא מדובר בהנחה שמניח חבר הקבוצה האחד ביחס למחשבותיו וכוונותיו של האחר (או של אחרים רבים). הנחה משוערת זו מביאה את חבר הקבוצה להתאים עמדותיו והתנהגותו לעמדותיהם המשוערות של חברי הקבוצה האחרים.<sup>120</sup> תהליך מנטלי זה הוא המסביר במידה רבה את תופעת הקיטוב הקבוצתי שתוארה לעיל.

#### 4.2 תובנות מחקריות מול עמדות הפסיקה

לפיכך, מחקרי הפסיכולוגיה החברתית מספקים תובנה ביחס למה "שקורה באמת" כחלק מאלימות המונית ספונטנית. במקרים רבים תובנות אלה עומדות בניגוד להשקפה המשפטית המתבטאת במודל הראשון שתואר לעיל, המניחה כי גם באירועים מסוג זה אפשר לראות בהתנהגות העבריינית הספונטנית תוצר של תוכנית עבריינית המתגבשת "תוך כדי תנועה". במקרים רבים, מה שמתגבש תוך כדי תנועה אינו תוכנית עבריינית קוהרנטית ומכוונת מטרה קונקרטית, אלא מדובר בסיטואציה המתאפיינת בשחיקה מנטלית של תחושת האני והאחריות האישית וב"מעגל שוטה" מנטלי המוביל להקצנה התנהגותית. עמדה זו הובילה את בית המשפט האנגלי בפרשת *Jogee* לדחות את האפשרות להשית אחריות קולקטיבית על משתתפים בהתפרעות המונית מכוח דוקטרינת המיזם העברייני המשותף. לדברי בית המשפט:

"In cases where there is a more or less spontaneous outbreak of multi-handed violence, the evidence may be too nebulous for the jury to find that there was some form of agreement, express or tacit".<sup>121</sup>

העמדה המשפטית בפרשת *Jogee* מבחינה, אפוא, בין התנהגות מרובת משתתפים כשלעצמה לבין התנהגות מרובת משתתפים אשר ראוי לכנותה שותפות פלילית. אכן, אירוע המוני ספונטני משמעו חבורת אנשים הפועלת במידה רבה כגוף אחד, אך לא משום שפעולתם היא תוצר של תוכנית ומטרה משותפות, אלא משום שקיומו של כל אחד מהם משפיע על החלטות האחר

Ledgerwood, A. & Chaiken, S., *Priming Us and Them: Automatic Assimilation and Contrasts in Group Attitudes*, 93 J. PERSON. & SOC. PSYC. 93, 940 (2007) 120

פרשת *Jogee*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 30. 121



והופך אותן לקיצוניות ולמסוכנות יותר. במובן זה, אכן קיימת מעין "שליטה פונקציונלית" של כל אחד מחברי ה"חבורה" על ביצוע העבירות, אלא ששליטה לכאורית זו אינה פועל יוצא של תוכנית מכוונת ומסודרת, ואף לא מדובר בשליטה בביצוע העבירה או בחלקים מביצועה. מדובר בהמון אנשים ההופך לגוף אחד בשל תהליכים מנטליים המתקיימים בלב כל אחד מהם, התורמים לאובדן תפיסת האני והשליטה האינדיבידואלית. לשון אחר, המונח "שליטה פונקציונלית", המשמש במובנו הרגיל בפסיקה כבסיס לאבחון של אדם כמבצע בצוותא בשל שליטתו היחסית בביצוע העבירה, לא ישים במקרים המתלקחים באופן ספונטני.

יתר על כן, אף על פי שאפשר להניח כי, לעיתים, הצטרפות לקטטה או לאירוע התפרעות עשויה ללמד על מעין תוכנית גולמית המתגבשת סמוך לאירוע. התבססות על אותה תוכנית גולמית כבסיס לאחריות קולקטיבית אינה נקייה מקשיים, הן ראייתיים והן מהותיים. בניגוד לתוכנית במובנה הרגיל, הקודמת לביצוע עבירה והכוללת מטבעה תכנון, ההנחה כי מטרה משותפת במובנה הפלילי עשויה להיווצר באופן ספונטני, בלא תכנון, שקיומה מוסק מהתנהגותם של היחידים במהלך באירוע הספונטני, מובילה לתוצאה שלפיה בית המשפט עלול להסיק דבר קיומה של תוכנית משותפת בלא שיהא צורך – ואף לא יכולת – לקבוע את גדר התוכנית ואת מהותה. כפועל יוצא מכך, במקרים רבים אין יכולת לקבוע איזה התנהגויות חורגות מגדר התוכנית. משום כך, הלכה למעשה, אדם עשוי להיות מוחזק כמי שהתכוון לעבור במשותף כל עבירה שהתבצעה אגב התנהגות המונית ספונטנית, עת אחריותו נבחנת על סמך תוצאות האירוע האלים ולא על סמך ראיות באשר לתוכנית עבריינית מגובשת, שנוצרה טרם מעשה. לא מפתיע לכן כי במקרים שבהם דובר בשותפות ספונטנית והונחה ההנחה כי התגבשה תוכנית "תוך כדי תנועה", לא עלתה כלל השאלה מהם גדרי אותה תוכנית, אם העבירות שהתבצעו במהלך האירוע חרגו מתוכנית זו ואם חרגו, אם ראוי להשית אחריות קולקטיבית בגינן על המשתתפים האחרים. לשון אחר, לפי מודל זה, ייתכן כי סעיף 34 לחוק העונשין, העוסק באחריות לעבירה שונה או נוספת לזו שתוכננה, אינו בר-שימוש במצבים כגון אלה. בניגוד להוראות הדין שפורטו בתחילת מאמר זה, המבחינות בין אחריותו של אדם למה שתוכנן אל מול אחריותו למה שלא תוכנן, הקביעה כי התגבש מיזם עברייני ספונטני אינה מאפשרת במקרים רבים להבחין בין סיטואציות אלה. במובן זה, תפיסת השותפות הספונטנית בהתאם להשקפה זו עלולה ליצור אחריות קולקטיבית חסרת גבולות.

על פני הדברים, אפשר לטעון כי התובנות מהחקר מתחום הפסיכולוגיה החברתית עולות בקנה אחד עם ההשקפה המשפטית הבאה לידי ביטוי הן במודל האחריות השני והן במודל האחריות השלישי, המבוססים שניהם על ההשקפה

שלפיה הנוכחות כשלעצמה מצדיקה סיווגו של אדם כשותף לעבירה (ישיר או עקיף). לפי עמדה זו, הטיעון שלפיו אדם לא אמר או עשה מעשה קונקרטי ומשום כך אי אפשר לראות בו כמי שגרם להתנהגות או סייע לה, הופך לטיעון חלול. זאת, משום שבסיטואציות מסוימות, הנוכחות במקום – בשל השפעותיה המנטליות על אחרים – היא כל מה שצריך לשם כינונה של התנהגות המונית ספונטנית. אולם התובנות אותן מספקת הפסיכולוגיה החברתית מעלות כי מבחינה משפטית, הן מודל החשיבה השני והן מודל החשיבה השלישי אינם משקפים באופן ראוי את "המציאות החברתית" הבאה לידי ביטוי בהתנהגות המונית. אומנם שני המודלים מתמקדים בהשפעה של כל אחד מיחיד ההמון על יחיד ההמון אחרים, אך אין הם מביאים בחשבון כי יחיד ההמון אלה אינם פועלים זה עם זה אלא פועלים זה לצד זה, כלומר אינם פועלים בסינרגיה הדרושה לשם הגדרתם כשותפים.

לפי תפיסה המשפטית הבאה לידי ביטוי במודל השני, לעיתים נוכחותו של אדם היא בעלת תכונה מעודדת ומחזקת רוח גם כאשר מושא העידוד (קרי משתתפי האירוע האחרים) אינו מודע כלל לנוכחות זו. באירועים רבי משתתפים – אם התפרעות המונית ואם קטטה – "ידיעתו השיפוטית" של בית המשפט מובילה אותו למסקנה כי כל אחד מהנוכחים-משתתפים מסייע לאירוע מכוח נוכחות או השתתפות. אולם בשל טיבו של האירוע כאירוע המוני אין צורך – ואין אף יכולת עקרונית – לאתר עידוד קונקרטי של אדם קונקרטי לבצע עבירה קונקרטית. שהרי, אין מדובר בחיזוק רוחו של פלוני אלא מדובר ב"חיזוק רוח קולקטיבי", שהוא הדלק לפעולת ההמון. הסקת "חיזוק רוח קולקטיבי" כבסיס להגדרת סיוע עומדת אף בניגוד לעמדת בית המשפט העליון, שעמד על כך שסיוע במשמעותו הפלילית לא יכול להיות סיוע ערטילאי. לדברי בית המשפט:

"אין המסייע נדרש להיות מודע לכל הפרטים של העבירה שהמבצע העיקרי עומד לבצע. עם זאת עליו להיות מודע, בעת שהוא מגיש את הסיוע למבצע העיקרי, לכך שקיימת אפשרות כי פעולתו תסייע למבצע העיקרי בביצועה של עבירה ממשית, ובמילים אחרות, לכך שלמבצע העבירה היה 'יעוד מוחשי' [...]. אין די בידיעה על נכונות ערטילאית והיפותטית של המבצע לבצע עבירה כדי להפוך אדם למסייע".<sup>122</sup>

<sup>122</sup> ע"פ 11131/02 יוסובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 917, 928-929 (2004). ההדגשה אינה במקור.

יתר על כן, על פי ההשקפה הבאה לידי ביטוי במודל השני, רוחו של כל אחד מהמשתתפים באירוע מתחזקת בשל נוכחותם של האחרים סביבו, וזאת בלא תלות בשאלה אם מדובר במספר אנשים, בעשרות אנשים או אף במאות אנשים. מכאן נובע שמושא העידוד אינו חייב להיות מודע, ואינו מודע במקרים רבים, לנוכחות קונקרטי של פלוני או אלמוני ואלה אף אינן בנות חשיבות מבחינתו. על כן, יוצא כי ביסוס אחריות מכוח הנחת כוח העידוד שבנוכחות לא רק שאינה מאפשרת לבחון קשר סיבתי של עידוד, ולו פוטנציאלי, בין פלוני לאלמוני, אלא שגם מייתרת דרישה בסיסית שלפיה המבצע העיקרי צריך להיות מודע לנוכחות המעודדת של פלוני או להיות מודע להשתייכותו של פלוני לאירוע ההמוני.

ההשקפה הבאה לידי ביטוי במודל השלישי, לפיה ההשתתפות והנוכחות מכוננות את האירוע ולכן כל משתתף הוא מבצע בצוותא לכלל העבירות שהתבצעו במהלך הקטטה או ההתפרעות, מובילה לכשל לוגי דומה ואף מרחיב: אדם יכול להיחשב למבצע בצוותא מכוח נוכחותו בזמן פעולה המונית, וזאת גם אם משתתפי ההמון האחרים אינם מודעים כלל לנוכחותו הקונקרטי. אך מעבר לכך: שותפות במובנה הפלילי, טוען קוץ, אינה מתמצית בריבוי משתתפים באירוע עברייני. לדבריו: "Jointly acting individuals do not merely act in parallel: Each responds to what the others do and plan to do" משמעה המשפטי של המונח שותפות לדבר עבירה, טוען אם כן קוץ, אינו מבוסס רק על ריבוי משתתפים באירוע זה או אחר שבו התרחשו עבירות. לשם ראייתם של המשתתפים כשותפים במובן הפלילי, יש להראות שיתוף פעולה, סינרגיה, יש להראות "קבוצה" הפועלת לקידומה של מטרה משותפת.

בניגוד לכך, טוענת Du Bois-Pedain כי מרבית ההתפרעויות או הקטטות ההמוניות אינן מתאימות לקריטריון משפטי זה של שותפות, של התנהגות המבוצעת באופן קולקטיבי מבחינה משפטית.<sup>124</sup> בהתנהגויות ספונטניות מסוג זה – שבהן חבר אנשים הופכים למעין יישות אחת המזינה עצמה – לא קיימת מטרה קבוצתית במובנה המשפטי הרגיל, קרי מטרה להשיג תוצאה קונקרטי במשותף, ואף לא קיים שיתוף פעולה במובנו הרגיל. משום כך, קשה לראות במי מיחידי ההמון ככזה המודע למטרה ומתכוון לבצעה במשותף עם אחר או לפחות לסייע להגשמתה. עבירות מסוג זה הן אכן "עבירות קבוצתיות" במובן זה שהן מתבצעות בחסות ההמון, אך היחסים בין יחידי ההמון אינם מבוססים על שיתוף פעולה מודע ומכוון במובנו הרגיל ואף אינם מבוססים על מטרה משותפת, כפי שנדרש משותפות במובנה הפלילי. הדרך הנכונה לשקף מציאות חברתית זו היא, אפוא, לתאר את יחידי ההמון כמתנהגים זה לצד זה. אכן, כל אחד מיחידי ההמון

<sup>123</sup> ראו KUTZ, לעיל ה"ש 12, בעמ' 76.

<sup>124</sup> Bois-Pedain, לעיל ה"ש 71, בעמ' 1072.

משפיע על ומושפע מיחידה המון אחרים – ובכך באה לידי ביטוי דה-אינדיווידואציה, שחיקת עכבות והקצנה המונית – אלא שהשפעה תודעתית זו היא השפעה אבסטרקטית, אינה מתבצעת על ידי אדם קונקרטי ולמעשה, אינה מתרחשת בהכרח בעולם הפיזיקלי אלא בעיקר בתודעתו של כל אחד מיחידה ההמון.<sup>125</sup>

באפיינו התנהגות קבוצתית מסוגים שונים, אולין (Ohlin) גורס כי אפשר לבחון התנהגות קבוצתית בהתאם למידת "הרציונליות הקולקטיבית" המאפיינת אותה. לדבריו, אפשר לטעון לאחריות הקבוצה רק מקום שבו זוהתה רציונליות קולקטיבית מינימלית, הבאה לידי ביטוי בשיתוף פעולה בין חברי הקבוצה לעבר מטרה כלשהי. לדברי אולין, התנהגות המון חסרה רציונליות קולקטיבית זו ועל כן אי אפשר לראות ביחידה המון כמי שניתן לכנותם "קבוצה" לצורך הטלת אחריות משפטית קולקטיבית עליהם.<sup>126</sup>

משום כך, טוענת Du Bois-Pedain, אף על פי שצדק בית המשפט בפרשת *Jogee* בסרבו להחיל את דוקטרינת המיזם העברייני המשותף על אירועי אלימות ספונטנית, טעה בית המשפט בקביעתו כי אפשר לראות במי מחברי ההמון כמסייעים למי מחברי ההמון האחרים מכוח נוכחותם.<sup>127</sup> לדבריה, עמדה משפטית זו (הבאה בישראל לידי ביטוי במודל האחריות השני שתואר לעיל) מניחה תרומה מסייעת על דרך העידוד מכוח נוכחות, אף אם מושא הסיוע אינו מודע לנוכחותו הקונקרטי של פלוני, ואף מניחה הלך נפש של רצון לסייע – ולמצער מודעות לסייע – אשר אינה קיימת באירועי התפרעות מסוג זה.<sup>128</sup>

מתוך כך, השתת אחריות פלילית קולקטיבית על מי מיחידה ההמון – בהתאם לכל אחד מהמודלים המשפטיים שהוצגו לעיל – משמעה שימוש בדוקטרינה משפטית אשר אינה מכירה כראוי ואינה מייצגת כראוי את המציאות החברתית הבאה לידי ביטוי בקטטות ובהתפרעויות. למעשה, כל אחד מהמודלים המשפטיים שהוצעו בפסיקה הישראלית משית בסופו של יום אחריות קולקטיבית על אדם, ולמצער אחריות עקיפה כמסייע, אך ורק מכוח קישורו

<sup>125</sup> לפיתוח הטענה שלפיה המשפט הפלילי "הרגיל" אינו הפרוור המתאים להתמודד עם העונשתם של חברי המון בלתי מאורגן בגין השפעת עצם השתתפותם בפעילות ההמון, ראו Sean Bowden, Sarah Sorial & Kylie Bourne, *Punishing for Mob-Based Harm: Expressing and Denouncing Mob Mentality*, 38 J. APP. PHIL. 366, 376–386 (2021).

<sup>126</sup> Jens David Ohlin, *Group Think: The Law of Conspiracy and Collective Reason*, 98 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 147, 178 (2007).

<sup>127</sup> du Bois-Pedain, לעיל ה"ש 71, בעמ' 1072.

<sup>128</sup> לדיון מקיף בדרישת המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירת הסיוע, ראו: Robert Sullivan, *First Degree Murder and Complicity – Conditions for Parity of Culpability between Beatrice Krebs*, *Principal and Accomplice*, 1 CRIM. L. & PHIL. 271 (2007); ראו גם, .*Mens Rea in Joint Enterprise: A Role for Endorsement?*, 74 CAMB. L. J. 480 (2015).

להמון. המודל האחד מניח כי הצטרפות להמון משמעה גיבוש תוכנית עבריינית, בלא שיהא צורך או יכולת לאתר תוכנית של ממש. בהיעדר תוכנית של ממש, מובן שאין כל יכולת לגדור תוכנית כזו ולבחון אם התבצעה בה חריגה העשויה להשפיע על האחריות. משכך, ובניגוד לדיונים המשפטיים במקרים "הרגילים", המעמיקים בנוגע לאפשרות לצפות חריגה מהתוכנית ולהכריע בנוגע למידת האחריות בגין חריגה כזו, במודל המיזם הספונטני אין בפועל התפתחות הנחשבת לחריגה שכן ההנחה היא כי מדובר בתוכנית "המתפתחת תוך כדי תנועה"; המודל השני מניח כי ההצטרפות להמון נחשבת למסייעת מוראלית לכל אחד מיחיד ההמון האחרים, בין אם אלה מודעים לקיומו של "המסייע" ובין אם לאו; המודל השלישי מניח כי ההצטרפות להמון מכוננת אחריות קולקטיבית ישירה, קרי ביצוע בצוותא, משום שההצטרפות והנוכחות גורמות לקיום ההמון. בכך, מוותר מודל מרחיב זה על דרישת המעורבות בקבוצה, במובנה המהותי, ומכונן אחריות קולקטיבית על בסיס רציונל הסותר את דיני השותפות.

מתוך כך, ועל אף שונותם, שלושת המודלים שתוארו לעיל מבססים – מי במובלע ומי במפורש – תפיסה שלפיה השייכות עצמה מספיקה לצורך קביעת אחריות קולקטיבית למעשים שלא בוצעו באופן אישי. במובן זה, כל אחד מהמודלים הללו מבסס, בדרכו שלו, *guilt by association*.

## ד. סוף דבר

"Rather than trying to curb reality in order to fit our legal concepts, we might instead search for alternative modes of criminal responsibility".<sup>129</sup>

התפיסה המקובלת במשפט, טוען אלן נורי (Alan Norrie), מתאפיינת בתפיסת "היחיד האידיאלי", קרי בתפיסת היחיד כמנותק מההקשרים החברתיים הסובבים את חייו. במובן זה, טוען נורי, תפיסה זו אינה מכירה ב"יחיד הממשי", שעמדותיו המוסריות ומוטיבציות ההתנהגות שלו מעוגנות בקהילה אליה הוא משתייך ובמציאות החברתית לה הוא נחשף.<sup>130</sup> הוצאתו של יחיד ממשי זה מגדר הדיון המשפטי מביאה לדבריו לסתירה פנימית בשיח המשפטי, שכן הבנה והערכה מוסרית ומשפטית ראויות ומדויקות בנוגע להתנהלות הפרט אינן יכולות לנתקו

<sup>129</sup> Van der Wilt, לעיל ה"ש 13, בעמ' 91.

<sup>130</sup> Alan Norrie, 'Simulacra of Morality'? Beyond the Ideal/Actual Antinomies of Criminal Justice, in PHIL. & THE CRIM. L. 101, 146–147 (Antony Duff ed., 1998).

מהקשריו החברתיים.<sup>131</sup> נורי עומד אפוא על ה"מחיר" המשפטי והחברתי הטמון בתיאוריה המשפטית המקובלת. הבנת היחיד כאוטונומי, שמעשיו מובנים כתוצר של בחירה חופשית המנותקת מהקשרים חברתיים, נתפסת בתיאוריה זו כבסיס המשפטי והמוסרי המצדיק הטלת אחריות עליו. זאת משום שהתייחסות להקשריו החברתיים של הפרט עלולה לגרוע מושגית מאחריותו בהכניסה לגדר הדיון גורמים כגון מעמד, מיצוב חברתי, תפיסות מציאות חברתית והשפעות חברתיות, העלולים להיתפס כממעייטים מכוחה של בחירתו החופשית, ובכך ממעייטים מההצדקה המוסרית והמשפטית בהטלת אחריות עליו. אולם טוען נורי, על אף ההיגיון המושגי בהשקפה כזאת, היא מביאה להטלת אחריות משפטית-פלילית על הפרט בלא שהגוף השופט אותו יבצע הערכה ראויה של אותה אחריות.

עיון בפסיקה העוסקת בנאשמים, שלגביהם נטען כי השתתפו במה שמכנה הפסיקה "שותפות ספונטנית", מספק תובנה בנוגע לקושי השיפוטי שעליו עומד נורי. דיני השותפות בכללם נועדו לשקף מציאות חברתית שבה, לעיתים, עבירות מבוצעות על ידי יותר מאדם אחד. הדוקטרינה המשפטית שפותחה לשם שיקוף ומתן מענה למציאות זו אכן מטילה אחריות קולקטיבית על אדם, במובן זה שניתן למצאו אחראי למעשים שלא ביצע בעצמו. אולם האחריות הקולקטיבית מבוססת על תפיסת האחריות האישית והבחירה האישית. בהתאם להשקפה זו, ראוי לראות לעיתים באדם אחראי למעשים שלא בוצעו על ידו, אם אפשר לזהות כי הצטרף מתוך בחירה מודעת ומתוך מטרה למיזם עברייני משותף שנועד להשיג מטרה קונקרטית. בחירה מודעת זו כורכת בחובה אף ויתור מודע על שליטה מלאה בביצוע העבירה, תוך פעולה סינרגית עם אחרים הבאה בין השאר לביטוי בחלוקת תפקידים עימם. זהו המודל המשפטי המרכזי המבסס שותפות ישירה לעבירה שהתבצעה בצוותא. אף המודל המשפטי המייחס אחריות למסייע כשותף עקיף מניח הנחה דומה במהותה, שלפיה אדם בוחר בחירה מודעת להשפיע על המציאות באמצעות אחר, הוא מבצעה העיקרי של העבירה.

דיני השותפות הספונטנית, כפי שבאים לידי ביטוי בפסיקה, מתיימרים לשקף מציאות חברתית שבמסגרתה עבירות רבות משתתפים מבוצעות לעיתים בשל איזו התלקחות רגשית, המשפיעה תודעתית על רבים באופן שהרבים הופכים לגוף אחד המבצע עבירה. המענה המשפטי לתופעה חברתית זו מבוסס מושגית על המודלים המקובלים לביסוס אחריות קולקטיבית – אם דיני השותפות הישירה ואם דיני השותפות העקיפה – וזאת בשל ההנחה כי דינים אלה נותנים מענה, בשינויים כאלה ואחרים, לאירועים עברייניים ספונטניים רבי משתתפים.

---

131 שם, בעמ' 132.

מתוך כך, החלטות שיפוטיות אלה, אף על פי שמזוהות במידה זו או אחרת מהו טיבה של התנהגות ספונטנית זו ומהו השוני בינה לבין שותפות "רגילה", מניחות כי מדובר בשוני קונטינגנטי. לכן, מניחות החלטות שיפוטיות אלה, אפשר ליישם כל דוקטרינה המיוחסת לשותפות רגילה גם על התנהגויות ספונטניות, בשינויים כאלה ואחרים. אלא, שכפי שפורט לעיל, מאפייניהם הממשיים של אירועים ספונטניים רבי משתתפים אינם נענים לרציונל העומד בבסיס הדוקטרינות הקיימות. בהתאם לתובנות העולות מתוך הפסיכולוגיה החברתית, התנהגות המון אכן שואבת קיומה מכל אחד מהיחידים המרכיבים אותה והופכת אותם לגוף אחד. אולם, לא מדובר בגוף אחד הפועל לקידום משימה עבריינית אלא בגוף אחד, המורכב מפרטים רבים, אשר בהשתייכם להמון עוברים תהליכים המעוותים את תחושת האני שלהם ושוחקים את עכבותיהם המוסריות, וזאת בשל תהליך מנטלי – אותו חווה כל יחיד בפני עצמו – של "feedback loop".

לכן, תופעה חברתית זו לא מוצאת מענה משפטי ראוי במסגרת הדוקטרינות הקיימות העוסקות באחריות קולקטיבית. על כן, היכרות עם "האדם הממשי", כלשונו של נורי, והערכה ראויה של אחריותו כיחיד המון, מחייבת לטעמי זניחת המודלים הקיימים במקרים אלה ואף מחייבת ויתור משפטי על השתתפות אחריות קולקטיבית – ישירה או עקיפה – במופעי מציאות מסוג זה. ככל שהמשפט מחויב לעקרון האחריות האישית לעבירה, גם אם הוא בא לידי ביטוי באמצעות השתתפות אחריות קולקטיבית, קשה לאתר דוקטרינה משפטית המיישמת באופן הולם עקרון זה גם במופע מציאות המכונה שותפות ספונטנית.

את המציאות החברתית העבריינית הספונטנית אפשר לשקף באמצעים שאכן משקפים אותה: בחירתו של אדם להצטרף להתפרעות או קטטה ראויה להשתתפות אחריות משפטית חמורה. על כן, ראוי ליתן מענה לבחירה זו באמצעות דברי חקיקה המתייחסים להתפרעויות או לקטטות המוניות, והמשיתים אחריות אישית בגין ההשתתפות באירועים עברייניים מסוג זה. עבירות מסוג זה קיימות בחוק העונשין, הגם שנוסחן והיקפן כיום אינו מספק שיקוף ראוי של חומרת תופעת השותפות הספונטנית.<sup>132</sup> יש לשקף את הבחירה להצטרף להתפרעות או קטטה כבחירה שבגינה ראוי להשית על אדם אחריות חמורה במיוחד, הבאה לידי ביטוי בענישה מחמירה במיוחד. ואולם, כל מודל אחר, אשר מטיל אחריות על אדם לא רק בגין השתתפותו המודעת בהתפרעות אלא גם בגין כל עבירה המתרחשת במהלכה, ואשר לא בוצעה על ידו, יוצר אחריות מרחיקת לכת, יוצר אשם מכוח שייכות.

132 ראו: ס' 1144, 152, 157 ו-191 לחוק העונשין.

