

על הספר: "כלי אדם – שימוש בבני אדם לביצוע עבירות והנהגת ארגוני פשיעה" מאת שחר אלדר

רותי לזר*

"כל חיי הונחתי בצד, נשכחת, מאובקת, כנעל ישנה, ואם נעשה בי שימוש, הרי זה רק ככלי, להביא סדר בבית, לארגן את המשרתים"¹.

בציטוט זה מספרו של ג'מ. קוטזי המובא בספרו של ד"ר שחר אלדר, "כלי אדם"², מתארת הגיבורה את עצמה ככלי בידי משפחתה, תוך שרטוט דיוקן חיייה הקשים בחווה מבודדת בדרום אפריקה. קטע זה מגלם את ייחודיות התופעה המשפטית של שימוש באדם, בגורם אנושי, ככלי. אינטואיטיבית, תפיסת האדם ככלי בביצוע התנהגות פלילית ממקמת אותו כמשני, כזניח וכשולי בביצוע העברה, ואת ה"משתמש" בו – כמרכזי ואחראי על ההתנהגות הפלילית.

שימוש באדם ככלי לביצוע עברה, להבדיל מביצועה באופן ישיר או באמצעות חפץ כגון כלי נשק, מכניס משתנה אנושי מורכב לחשיבה המשפטית הפלילית "הקונבנציונלית", וכך מותח את גבולות המשפט הפלילי וקורא עליהם תיגר. לא בכדי פותח אלדר את ספרו בהצהרה כי מטרת הספר היא להתחקות אחר "הייחוד המוסרי והמשפטי של השימוש באדם לצורך ביצוע עבירה פלילית"³.

שימוש באדם ככלי לביצוע עברה נכלל בפרדיגמה של עברות לא מושלמות⁴. בספר זה מציע אלדר ניתוח מצוין של תופעה משפטית זו תוך התמקדות בשני סוגים של עברות לא מושלמות: האחת – ביצוע באמצעות אחר, והשנייה – ביצוע על ידי הנהגה של ארגון פשיעה. נקודת המוצא של הדיון היא כי השימוש בגורם האנושי לצורך ביצוע עברות מבטא את ההבדלים המוסריים והמשפטיים בין העברות המוזכרות לעיל ובין עברות מושלמות. באמצעות נקודת מוצא זו לוקח אותנו אלדר,

* ד"ר רותי לזר היא בעלת דוקטורט במשפטים מאוסגוד, טורונטו. מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

1 ג'ון מקסוול קוטזי **בלב הארץ** 47 (נעמי כרמל מתרגמת, 1988).

2 שחר אלדר **כלי אדם – שימוש בבני אדם לביצוע עבירות והנהגת ארגוני פשיעה** (2009).

3 שם, בעמ' 13.

4 עברות לא מושלמות הן עברות שאחד מרכיבי היסוד העובדתי חסר בהן.

שעל אחר שעל, לדרך מרתקת שבה אנו נחשפים לניתוח תופעות כגון כפיית אדם לביצוע עברות, מתן פקודות לא חוקיות, שימוש בקטינים לביצוע עברות וכן – בהרחבה – הנהגה של ארגוני פשיעה.

חלקו הראשון של הספר מנתח ניתוח מפורט ומקיף את דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר, ומניח מסד עיוני להמשך הדיון. המסגרת הנורמטיבית של הדוקטרינה הקבועה בסעיף 29 לחוק העונשין, היקף הדוקטרינה, בסיסה העיוני, גבולותיה מבחינת מצבו של האחר ודיון במאפייניו של האחר וב"אחרים" השונים (כגון "אחר" אחראי ו"אחר" תמים) – כל אלה הם רק חלק מהסוגיות שבהן דן אלדר בחלק הראשון. בחלק זה מוצגות דילמות שונות המאפיינות את הביצוע באמצעות אחר. למשל, אלדר מרחיב בסוגיית ה"אחר" בעל נתונים ייחודיים ודרישת הביצוע האישי, ומתמקד במענה המשפטי והמוסרי למצבים שבהם למבצע העיקרי ("האחר") אין אחריות פלילית, למשל כשבעל כופה יחסי מין על אשתו עם גברים חסרי מחשבה פלילית. אלדר מנתח סוגיות כאלה בפירוט רב, ומאפשר לקוראים הצצה אל מעבר לים – לאנגליה ולארצות-הברית – כיצד מתמודד המשפט הפלילי בשיטות משפט אלו עם דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר.

חלקו הראשון של הספר מאופיין בכתיבה משפטית, ודן בעקרונות המשפט הפלילי תוך שימוש בשיח המוכר למשפטנים מהתחום הפלילי. החלק השני שוזר בתוכו דיון משני עולמות תוכן, משתי דיסציפלינות: עולם המשפט הפלילי ועולם העסקים.

אלדר בוחר לדון בשליטה בארגוני פשיעה נוכח קווי הדמיון בינה ובין דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר. למרות הבחירה הטבעית בשליטה בארגוני פשיעה,⁵ אלדר מבקש לחדד את ההבדלים בין הקטגוריות ולהדגיש שאינן יכולות לדור תחת דוקטרינה משפטית אחת.

חלק זה של הספר מדגים את החדשנות בחיבורו של אלדר. אלדר דוחה את הבסיס העיוני של ביצוע בצוותא, שידול וביצוע באמצעות אחר כדוקטרינות אפשריות להפלת שליט ארגוני. זאת, בניגוד לפסיקה הקיימת, שהשתמשה בדיני השותפות כבסיס עיוני,⁶ ובניגוד לכתיבה האקדמית, אשר מבקשת להניח את דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר כתשתית עיונית להפלת שליט ארגוני.⁷ באמצעות מחקרים וממצאים אמפיריים על מבנה ארגוני פשיעה, משרטט אלדר את אופיים של ארגוני

⁵ בחירה "טבעית" מאחר ששליטה בארגוני פשיעה דומה במהותה לדוקטרינה של ביצוע באמצעות אחר.

⁶ ראו דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1 (1998).

⁷ ראו מרים גור אריה "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית 83 (אלי לדרמן עורך, 2001); מרדכי קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית 55, בעמ' 80 (אלי לדרמן עורך, 2001).

פשיעה שונים בעולם, המתנהלים למעשה כמו עסק חוקי לכל דבר. השימוש בדיסציפלינה לבר-משפטית וההתבססות על ספרות מתורת הארגונים מאפשרים לאלדר לבסס את טענתו כי דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר אינה מתאימה להחלה על הנהגת ארגוני פשיעה. אלדר טוען כי תפיסת מבנה ארגוני פשיעה כבעלי שליט "יודע כול" וחיילים "נכפים" אינה מעוגנת במציאות העבריינית של ארגוני פשיעה. לדבריו, ארגוני פשיעה מנוהלים כארגונים עסקיים לכל דבר. מכאן נגזרות שתי תובנות חשובות: האחת, כי לפעילי ארגון הפשיעה מידת אחריות גבוהה מזו המיוחסת להם בספרות, והשנייה, כי השליטה והמודעות המיוחסות לשליט הארגוני אינן מקיפות כפי שהן נחזות להיות. אלדר משתמש בתובנות אלו על מנת לטלטל את התשתית העיונית הקיימת היום לניתוח עברות במסגרת ארגון פשיעה ולהמחיש את אי-התאמתה של דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר לניתוח התנהגותו של מנהיג ארגון פשיעה.

לצורך הפלת השליט הארגוני מציע אלדר את השימוש בדוקטרינה של "אחריות בכירים", אשר מייחסת אחריות למנהיג ארגון הפשיעה במקום לייחס לו את הביצוע עצמו. כך, טוען אלדר, ניתן לזנוח (בהצלחה) את הגישה הקושרת את השליטה הארגונית לביצוע באמצעות אחר. אמנם יש בדוקטרינה של "אחריות בכירים" סטייה מעקרונות יסוד של המשפט הפלילי – כגון עקרון המעשה ועקרון האשם – אולם, לגישת אלדר, הסטייה מוצדקת ומותאמת לייחודיות הסיטואציה. במסגרת סיטואציה ייחודית זו, ראש הארגון הוא בעל מעמד אמיתי של עבריין עיקרי, ואף עבריין-על" מעצם עמידתו בראש הפעולה הפלילית הקולקטיבית והיותו אחראי לה. אלדר מציג את היתרונות העיוניים והפרקטיים של השימוש בדוקטרינה בדבר אחריות בכירים תוך שהוא מחבר זאת לדיון הקודם המתאר את מבנה הארגונים ומאפייניהם. יתרון מעניין, שעליו מורחב הדיון, הוא מידור השליטים ויתור על דרישת "היעד המוחשי". ויתור על הדרישה ל"יעד מוחשי" משמעו כי באמצעות דוקטרינת אחריות הבכירים אין צורך משפטי להיסמך על השתתפותו הקונקרטי של המנהיג הארגוני, אלא על היותו גורם בכיר בארגון. בהתאם, רמת המודעות הנדרשת ממנו היא כללית, ליעדים שהתווה, ולא לכל עברה המתבצעת בארגון. כך, גם אם השליט ממודר ואינו מגבש מודעות קונקרטית לפעילות העבריינית, ניתן יהיה לייחס לו אחריות פלילית. למעשה, דוקטרינה זו מתיימרת לענות על החסר שיצר ביטולה של "דוקטרינת האחריות הסולידרית של קושרים"⁸ מבלי להיות גורפת מדי.

אלדר אינו מתעלם מחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003.⁹ החוק חוקק על רקע ההכרה שגברה והלכה בקיומו של פשע מאורגן, מחד גיסא ועל רקע הקושי של המשפט הפלילי להפליל ארגוני פשיעה באמצעות דיני השותפות הרגילים, מאידך

⁸ חוק העונשין (תיקון מס' 39), התשנ"ד-1994.

⁹ חוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003.

גיסא. בסעיף 2(א) רישה לחוק מעוגנת אחריותו הפלילית של "רב עבריינים" או, לפי לשון החוק, "העומד בראש ארגון פשיעה". על מנת להטיל אחריות פלילית על אדם יש להוכיח, לפי לשון החוק, כי האדם עמד בראש ארגון פשיעה, כהגדרתו בסעיף 1 לחוק. החוק מנתק בין אחריות השליט הארגוני ובין העברות המתבצעות בארגון. למעשה החוק אינו דורש הוכחת מעורבות פיזית או מנטלית של מנהיג הארגון, וזאת על בסיס התפיסה המזהה את ראש הארגון עם הארגון עצמו.¹⁰

אלדר מביע את הדעה כי החוק אינו מספק מענה ראוי למצב שבו ראש הארגון שותף לביצוע העברות עצמן.¹¹ אלדר מונה חסרונות נוספים של החוק. הוא דן למשל בניתוק שעושה החוק בין אחריות המנהיג הארגוני לבין העברות המתבצעות בארגון ובהשלכות ניתוק זה על ענישת המנהיג. כך, המנהיג עלול להיענש באופן שאינו תואם לעברה המתבצעת בארגון.¹² אלדר דן גם בפער שבין גבולותיו המבניים-הגדרתיים של החוק ובין יישומם בפועל ועוד.

לביקורת על הגדרות החוק מצטרף גם פרופ' בועז סנג'רו.¹³ סנג'רו מתמקד בביקורת ההגדרה הרחבה של ארגון פשיעה בסעיף 1 לחוק. לגישתו, הגדרה זו יכולה לכלול כמעט כל התארגנות עבריינית, גם זו שאין בינה ובין ארגון פשיעה דבר. כפועל יוצא, נוצרת פגיעה קשה בעקרון החוקיות, אשר "נעלם לו לחלוטין".¹⁴ החוק, טוען סנג'רו, על הגדרתו הרחבה למונח "ארגון פשיעה", אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך יש לבטלו.

בחלקו השלישי של הספר בוחן אלדר את סוגיית הענישה בהקשר של ביצוע באמצעות אחר ושל שליטה ארגונית. זו סוגיה חשובה, שכן ניתן לחלוק על מידת העונש שיש להטיל על המבצע באמצעות אחר ועל השליט הארגוני. מצד אחד, אלו אינם מעורבים באופן פיזי בביצוע העברה ו"מרוחקים" ממנה, ומן הצד האחר, הם מניעים את ביצוע העברה ואחראים לה. אלדר מבחין בין ענישת המבצע באמצעות אחר ובין ענישת המנהיג הארגוני, וזאת על בסיס ההפרדה העיונית שנעשתה לאורך הניתוח המוצע בחיבור.

בדיון מורכב בשיקולי הענישה בהקשר של מבצע באמצעות אחר בוחן אלדר

¹⁰ יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 594-595 (מהדורה שנייה, 2010).

¹¹ גם רבין וואקי מציגים דילמה זו, כפי שעלתה בפסיקה סותרת בעניין זה. ראו: שם, בעמ' 597-596.

¹² החוק קובע עונש של 10 עד 20 שנות מאסר למנהיג הארגון – אדם העומד בראש ארגון פשיעה, כך מנהיג הארגון יכול להיענש באופן מחמיר מדי, למשל כאשר מבוצעת עברה שהעונש בגינה נמוך מ-10 שנות מאסר או שהוא יכול להיענש באופן מקל מדי, למשל כאשר מבוצעת עברת הרצח הגוררת מאסר עולם.

¹³ בועז סנג'רו "תיקון 39 לחוק העונשין במבחן סבלנותן של רשויות האכיפה – חוק מאבק בארגוני פשיעה" **מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 91**, בעמ' 131 (אלי לדרמן, קרן שפירא אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

¹⁴ שם.

טעמים מוסריים שונים כגון, השיקול הקנטיאני,¹⁵ שיקול "חוטא ומחטיא",¹⁶ שיקול "הידיים הנקיות"¹⁷ ושיקול התיחכום.¹⁸ שיקולים אלה מצדיקים, לגישתו, החמרה עם המבצע באמצעות אחר. מעניינת במיוחד פנייתו של אלדר לתורת המוסר של קאנט והתמקדותו בערך האדם במובן הקנטיאני, על מנת להצדיק החמרה עם המבצע באמצעות אחר בגין אשמו המוסרי; בגין שימושו באחר כאמצעי בלבד תוך פגיעה בערכו של אותו אחר. יש לציין כי הדיון בסוגיה זו ובהשלכותיה באשר לתפקידו של המשפט הפלילי, מטרותיו וגבולותיו, מוסיף מורכבות ועומק לקריאה ומאפשר לקוראים אתנחתה קלה מהדיון בדוקטרינות המשפטיות הספציפיות ופתיחת פתח לחשיבה מקיפה וביקורתית על המשפט הפלילי.¹⁹

בעניין ענישתו של מנהיג ארגון פשיעה, גורס אלדר כי הטעמים שנמנו לעיל אינם ישימים בשל מאפייני ארגוני פשיעה, כפי שהוצגו בחלקו השני של הספר. אלדר מוסיף כי אמנם התפיסה הרווחת בספרות ובפסיקה קוראת להחמיר עם השליט הארגוני, אולם הטעמים להחמרת ענישתו – עליהם עמדו גם בתי המשפט – אינם משכנעים דיים. הם נעוצים, לתפיסתו, באינטואיציה הרואה במנהיג הארגון "עבריין-על" האחראי לכלל הפעילות העבריינית בארגון, בד בבד עם אחריותו לכל פעילות עבריינית בנפרד.²⁰ גם בסוגיית הענישה, מציע אלדר לאמץ את דוקטרינת "אחריות הבכירים" (שהוא מבקש לקדם כבסיס עיוני להפללת מנהיג ארגון פשיעה), כחלופה ראויה המאפשרת להשית עונש ראוי על מנהיג ארגון פשיעה בגין כל האירועים העברייניים המבוצעים על ידי ארגונו.

בתובנה זו חותם אלדר את ספרו. לאורך הניתוח המוצע בספר מבחין אלדר בין דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר ובין שליטה בארגון פשיעה, שולל את המסד העיוני לשימוש בדוקטרינת "ביצוע באמצעות אחר" כבסיס להפללת מנהיג ארגוני ומציע דרך הסתכלות שונה על ארגון פשיעה והפללת מנהיגו. זאת, על ידי הצגת דוקטרינה אשר תתווסף לשאר סוגי הדוקטרינות של דיני השותפות. דוקטרינה זו של "אחריות בכירים", לטענתו, תיתן מענה ראוי הן להפללת שליט ארגוני והן לקביעת

15 אלדר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 112–136.

16 שם, בעמ' 126–130.

17 שם, בעמ' 130–143.

18 שם, בעמ' 143–145.

19 גם אלדר מכיר בכך ששאלות אלו והדיון בהן חורגים ממטרותיו של הדיון בספר: שם, בעמ' 120.

20 אלדר מתייחס לשני סוגי שיקולים כמקשים לספק רציונל מוצדק להחמרה: שיקולי הרתעה ושיקולים הקשורים באשם. לגישתו, שיקולי הרתעה תוצאתניים אינם מביאים בחשבון משתנים המצביעים על יתרונות ארגוני פשיעה, אשר יכולים לאפשר הסתכלות שונה על אמצעי האכיפה. לדעתו, שיקולי אשם מבוססים על אינטואיציה לגבי אופיו של המנהיג הארגוני כעבריין-על, כבעל רוע אינהרנטי, להבדיל מפעיליו הזוטרים של הארגון. ראו: אלדר, לעיל ה"ש 2.

העונש הראוי לו.

החוק למאבק בארגוני פשיעה נותן מענה, גם אם לא חף מבעיות, לחסר המשפטי שהיה קיים ערב חקיקתו ולקשיים שבהם נתקלו בתי המשפט בדונם בסוגיית האחריות הפלילית של מנהיג ארגוני. כך, בפסק הדין האחרון בעניינו של אסי אבוטבול²¹ קובע בית המשפט העליון כי החוק מאפשר הטלת אחריות פלילית על אבוטבול כמנהיג ארגון פשיעה, חרף העובדה שהארגון חסר מאפיינים "קלאסיים" של ארגוני הפשיעה²² וחרף העובדה שאבוטבול השתתף באופן פעיל בביצוע חלק מהעברות.

בפסק הדין לעיל משתמש בית המשפט בתשתית עיונית דומה לזו שמניח אלדר, על מנת להרשיע את אבוטבול כמנהיג ארגוני. יפים דבריו של השופט לוי: "חוק מאבק בארגוני פשיעה הכיר אמנם בשליט הארגוני, אולם את האחריות הוא ייחס לו **מכוח תרומתו הישירה להפעלת הארגון**, ולא בשל המעשים הפליליים שביצעו אנשיו"²³. (ההדגשה שלי – ר.ל.).

למרות הביקורת שמוחה אלדר על החוק, למעשה החוק מעמיד את הבסיס העיוני שמתווה אלדר בסעיף 2(א) ומאמץ את הרעיון של הפללת ראשי הארגון על עצם מעמדם. עם זאת, ובניגוד לתזה המוצעת על ידי אלדר, החוק יוצר עברה קונקרטי ולא דוקטרינה מפלילה. על רקע זה, ספרו של אלדר והניתוח המוצע בו מציגים מבט שונה על סוגיית הפללת מנהיג ארגוני. המבט החדשני על אופיים ועל אפיונם של ארגוני פשיעה וההשלכות של הממצאים המוצגים על הניתוח המשפטי של אחריותו הפלילית של מנהיג ארגון פשיעה מאפשרים לאלדר להבחין באופן משכנע בין דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר ובין ביצוע באמצעות מנהיגות ארגון הפשיעה. כך, אלדר מניח תשתית מנומקת לשימוש בדוקטרינה חלופית על מנת להפליל את המנהיג הארגוני.

אלדר הבטיח סספר זה "יתחקה אחר הייחוד המוסרי והמשפטי של השימוש באדם לצורך ביצוע עברה פלילית" באמצעות "הבנה טובה יותר" של עברות המבוצעות בידי אחר ועברות המבוצעות על ידי מנהיג ארגון פשיעה. הבטחתו זו קוימה במלואה. השימוש בגורם אנושי לביצוע עברות זוכה בספר זה לניתוח מרתק, עמוק ומקיף, המרענן את השיח המחקרי בתחום.

²¹ ע"פ 6785/09 זוארץ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

²² זו, כאמור, לב הביקורת שמפנה סנג'רו כנגד החוק. לפן זה של הביקורת מצטרף גם אלדר.

²³ עניין זוארץ, לעיל ה"ש 21, פס' 43 לפסק דינו של השופט לוי.