

דנ"פ 7479/19 - מדינת ישראל נגד אביב בצלאל

בבית המשפט העליון

דנ"פ 7479/19

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המבקשת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: אביב בצלאל

בקשה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 2921/18 וע"פ 2961/18 שניתן ביום 27.10.2019 על ידי כבוד השופטים נ' סולברג, ג' קראוא' שטיין

בשם המבקשת: עו"ד רחל מטר; עו"ד תמר בורנשטיין

בשם המשיב: עו"ד עידית קן צפור; עו"ד טל ענר

החלטה

זוהי בקשה לקיים דיון נוסף בפסק-דין שניתן בבית-משפט זה (השופטים נ' סולברג, ג' קראוא' שטיין) ביום 27.10.2019 בע"פ 2921/18, 2961/18, לפיו נדחה ערעור המבקשת (להלן גם: המאשימה) על זיכוי של המשיב בת"פ 16281-08-16 מעבירה של חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק), ונדחה ערעור המשיב על הרשעתו בעבירה של קשירת קשר לביצוע פשעלפי סעיף 499(א)(1) לחוק.

הרקע לבקשה

1. ביום 4.6.2017 הוגש נגד המשיב ושישה נאשמים נוספים כתב אישום מתוקן בשנית (להלן: כתב האישום). בחלק הכללי של כתב האישום נטען כי הנאשמים, ובכללם המשיב, נמנו עם "אנשי הביצוע" או "חברי הקומץ" של ארגון "לה פמיליה" (להלן: הארגון) שהוקם בשנת 2005 על-ידי אוהדים של קבוצת הכדורגל בית"ר ירושלים, ופעל עד למעצרו של הנאשמים ביום 26.7.2016. מטרתו של הארגון היתה, לפי הנטען בחלק הכללי, "לזרוע אלימות וונדליזם, מתוך אידיאולוגיה אנרכיסטית וגזענית של שנאת המגזר הערבי במגרשי הכדורגל בכלל, באירועי ספורט שונים ונגד אוהדי קבוצות כדורגל יריבות בפרט". עוד נטען כי חברי הקומץ פעלו בכפיפות למנהיגי הארגון ובתיאום עמם לקידום ולמימוש מטרת הארגון תוך ביצוע עבירות פליליות, לרבות עבירות בנשק, היזק לרכוש, עבירות אלימות חמורות ועבירות שונות לפי חוק איסור אלימות בספורט, תשס"ח-2008. כתב האישום כלל חמישה אישומים הנוגעים לחמישה אירועים שונים שבגינם יוחסו לנאשמים, בין היתר, עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, תקיפה, חבלה ושווד. רק אחד מתוך אישומים אלה - האישום הראשון - התייחס למשיב ובו יוחסו לו עבירה של קשירת קשר לביצוע פשע לפי סעיף 499(א)(1) לחוק ועבירה של חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329(א)(1) לחוק.

2. ברקע האירוע נושא האישום הראשון, המכונה "אירוע פלורנטין", עמדה קטטה שפרצה בין אחד מחברי הקומץ, עומר גולן שמו (להלן: עומר), ובין אוהד קבוצת הכדורגל "הפועל ת"א" (להלן: הפועל) המכונה ג'ק. בעקבות זאת, כך נטען, גמלה בליבו של עומר החלטה לגרום למותו של ג'ק. בהמשך, כך נטען, קשרו הנאשמים קשר עם מנהיגי הארגון וחברי הקומץ לארוב לאוהדי קבוצת הפועל סמוך לאצטדיון בלומפילד ולחבול בהם בנשק קר. הקושרים הגיעו למקום המפגש בשעה 19:30 לערך, כפי שנקבע בשיחות ובהתכתבויות "וואטס אפ" שקיימו ביניהם, כשרובם רעולי פנים, לבושים בבגדים כהים, ונושאים כלי תקיפה כגון: אלות בייסבול, מקלות עץ, אבנים, סכינים, בקבוקי זכוכית, מברגים, וצינורות גומי שחולקו להם במקום. עוד צוין כי עומר הציג בפני מספר חברים פטיש תופסנים שהביא עמו ואמר להם "שבכוונתנו להרוג את ג'ק היום". את הפטיש הטמין תחת רכבו של אחד ממנהיגי הארגון ששמו מתן. בהוראת מנהיגי הארגון, הקושרים המתינו לאוהדי הפועל ברחוב פלורנטין בתל-אביב שם נמצא מחסן ציוד של הפועל, וכשהבחינו באוהדים המתקרבים הסתערו עליהם ותקפו אותם באמצעות כלי התקיפה שהיו ברשותם. האישום הראשון התמקד באירוע תקיפה ספציפי בדרגת חומרה גבוהה במיוחד שהתרחש במהלך אירוע התקיפה הקולקטיבי. באירוע זה, שהמשיב לא נטל בו כל חלק, הוכה ונפצע באורח קשה אוהד הפועל, יורי סדלצקי (להלן: המתלונן-אירוע תקיפת המתלונן). המתלונן הוכה בכל חלקי גופו על-ידי מתן ושני חברי ארגון נוספים, אבי ונאור, ועומר רץ להביא את הפטיש ונעץ את חודו המשונן בראשו של המתלונן. בעודו שרוע על הקרקע ומדמם מראשו, המשיך חברהארגון י"ג להכות את המתלונן במקל, וחבר הארגון א"כ השליך עליו אבן גדולה. עם הגעת כוחות המשטרה למקום האירוע, הובהל המתלונן לבית-חולים כשהוא נתון בסכנת חיים מיידית. המתלונן עבר ניתוח להוצאת הפטיש מעצם הגולגולת ושחזרה וכעבור מספר חודשים נותח שוב לצורך שחזור הגולגולת. כתוצאה מהאירוע, אושפז המתלונן מספר פעמים ונזקק לטיפולים רפואיים שונים, אך נותר סובל מכאבי ראש כרוניים ומפגיעה בזיכרון.

3. בשלב מוקדם של הדיון, הודו הנאשמים 1,4,5,6 במיוחס להם בכתב האישום במסגרת הסדרי טיעון עם המאשימה, בעוד יתר הנאשמים, ובהם המשיב, כפרו באשמתם וניהלו משפט. להשלמת התמונה יצוין כי חמישה מקרב המעורבים באירוע תקיפת המתלונן - עומר, נאור, מתן, י"ג ו-א"כ - מסרו הודעות במשטרה ונקראו להעיד מטעם המאשימה נגד הנאשמים בתיק במעמד של "שותפים לדבר עבירה". כמו כן, הסתמכה המאשימה על עדותו של עד המדינה ל', שהצטרף לארגון בשנת 2006 והיה אחד ממנהיגיו, על ההקלטות שנמסרו על-ידו; על עדויות של עדי ראיה ונפגעי עבירה; על דיווחים בנוגע לאירוע שהתקבלו במוקד המשטרה בסביבות השעה 20:30; על תכתובות מקבוצות "וואטס אפ" של הארגון; ועל נתוני תקשורת, קרי, פלטי שיחות ואיכונים של הטלפונים הסלולריים של הנאשמים.

4. ביום 28.12.2017 הרשיע בית המשפט המחוזי (השופט ב' שגיא) את המשיב בעבירה של קשירתקשרלביצועפשע. בית המשפט קבע כי הגעתו של המשיב למקום עם חברי ארגון נוספים, ונוכחותו בזמן שהמתינו לאוהדי הפועל ליד המחסן כשהם מצוידים בכלי תקיפה, מצביעות על כך שהיה שותף לקשירת הקשר לתקיפת אוהדי הפועל. בכך דחה בית המשפט את גרסת ההגנה של המשיב לפיה כלל לא ידע על כוונת התקיפה, ואף לא הבחין בחלוקת כלי התקיפה, אלא סבר כי מטרת המפגש היא לגנוב ציוד ממחסן הפועל. עם זאת, קבע בית המשפט כי לא די בראיות שהוצגו לפניו כדי להוביל למסקנה נקיה מספקות בדבר השתתפות המשיב בפועל בתקיפה עצמה. בהקשר זה, העניק בית המשפט משקל רב לנתוני התקשורת, בהם מצא תמיכה לגרסת המשיב כי עזב את מקום האירוע לפני תחילת התקיפה. כמו כן, מצא בית המשפט כי נתונים אלה מתיישבים עם אמרות-חוץ של חברי הארגון לפיהן נעדר המשיב ממקום האירוע במהלך התקיפה. לפיכך, זיכה בית המשפט את המשיב מחמת הספק מן האישום בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה, והטיל על המשיב בגין הרשעתו בעבירה של קשירת קשר לביצוע פשע עונש מאסרבפועלכמנייןמימעצרובצירוףמאסרעלתנאי, הרחקהממגרשיכדורגלוקנס.

5. שני הצדדים ערערו על פסק הדין של בית המשפט המחוזי. המשיב הגיש ערעור על הרשעתו בעבירה של קשירת קשר לביצוע פשע (ע"פ 2961/18), והמבקשת הגישה ערעור על זיכויו של המשיב מעבירה של חבלה בכוונה מחמירה (ע"פ 2921/18).

בפסק-דין שניתן בבית-משפט זה (על-ידי השופטים נ' סולברג, ג' קראוא' שטיין) ביום 27.10.2019, היו שופטי ההרכב תמימי דעים באשר לדחיית ערעורו של המשיב. ערעור המבקשת, לעומת זאת, נדחה ברוב דעות (השופטים א' שטיין-ג' קרא, בניגוד לדעתו שלהשופט נ' סולברג).

6. השופט שטיין קיבל את טענת המבקשת כי בית המשפט המחוזי שגה בקריאת נתוני התקשורת, שעל בסיסם קבע כי גרסת המשיב לפיה עזב את המקום לפני שהחל אירוע התקיפה עצמו מסתברת יותר מגרסת המבקשת לפיה נכח באירוע התקיפה. השופט שטיין קבע כי קריאה נכונה של הנתונים מלמדת על כך שהיתה למשיב הזדמנות להשתתף באירוע התקיפה. עם זאת, סבר כי אין בכך כדי להביא להרשעת המשיב כשותף לעבירה של חבלה בכוונה מחמירה בקובעו:

"קשירתקשרלביצועעבירההזדמנותלבצעה, אינמוכחותמניה וביה כיהנאשם ביצעאתהעבירההגופה. כדילהשליםאתהחוליההחסרה,דרושההוכחהשהנאשם נטלחלקלשהובביצועהעבירההגופהכאחד ממבצעי העיקריים, כמסייע, כמשדלאוכמישחיקאתידושלאחדהמבצעיםהעיקריים." (פסקה 22 לחוות-דעתו).

השופט שטיין ציין בהקשר זה כי בעבר נאשם יכול היה להימצא אשם בעבירה הגופה גם בהיעדר הוכחה כאמור, מכח דוקטרינת האחריות הסולידרית, אשר הטילה אחריות על כל אחד ואחד מהקושרים בגין מעשהו של האחר, אפילו בוצע בהיעדרו ובלא ידיעתו מראש. דוקטרינה זו בוטלה בתיקו נמס' 39 לחוק, ותחתיה, קבעסעיף 499(ב) לחוק כי "הקושרקשריישאבאחריותפליליתגםעלעבירהשלשמהנהקשרהקשראושנעברהלשםקידוםמטרתו, רק אם היה צד לעשייתה". השופט שטיין עמד על כך שגישה זו משקפת אחריות פלילית אישית המוטלת על אדם משהוכח כי עשה מעשה המנוגד להוראות הדין הפלילי. הסתמכות המאשימה על השתייכות הנאשם לקבוצה שרוב חבריה השתתפו בפעילות עבריינית היא, לגישתו, כהסתמכות על ראייה סטטיסטית שאינה מוכיחה כי הוא עצמו ביצע מעשה פלילי ועל כן,

מכאן פנה השופט שטיין לבחון את חומר הראיות שבתיק, ולדבריו, לא מצא ולוראיהברורה אחתשמצביעהעל השתתפות המשיב במעשי התקיפה, להבדיל מעצם נוכחותו באירוע, שלגביה הורם נטל ההוכחה. עוד קבע השופט שטיין כי מתוך מכלול הראיות מצטיירת תמונה עובדתית שבה מעטים מחברי הארגון שנכחו בעת התקיפה לא השתתפו בתקיפה עצמה, שהסתיימה בגרימת חבלה חמורה לאוהד הפועל. משכך, ולמרות שהמבקשת הוכיחהכיהמשיב היהאחדהקושריםשל הקשר הפלילי לתקוף את אוהדי הפועל, לא עלה בידה להוכיח מעברלכל ספקסבירכיהוא נטלחלקבמעשיהתקיפה אשר תוכננו על-ידיהקושריםאזכי תרםתרומהאחרתכלשהילקידוםמטרותיו שלהקשר.

7. לתוצאה זו הסכים, כאמור, השופט ג' קרא. אף הוא סבר כי הראיות מלמדות על כך שבזירה נכחו אנשים רבים - עשרה או עשרים אנשים - וכי לא מן הנמנע שהיו גם כאלה שהגיעו במטרה להשתתף בתקיפה, אך בפועל, לא נטלו בה חלק. השופט קראהוסיף והבהיר כי על-מנת להטיל על המשיב אחריות כמבצע בצוותא "נדרשת עשיית מעשה המצוי על פי טבעו במעגל הפנימי של ביצוע העבירה". במקרה דנן, כך קבע השופט קרא, אין בראיות שהציעה המאשימה כדי לשרטט תמונה ברורה באשר לחלקו של המשיב באירוע, ומשכך, אין בסיס מספיק להרשעתו כמבצע בצוותא בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה.

8. השופטנ' סולברגסבר, בדעת מיעוט, כי יש לקבל את ערעור המדינה ולהרשיע את המשיב גם בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה. זאת בהתבסס על ראיות נסיבתיות הכוללות אמרות של המשיב ומעורבים אחרים, לפיהן נכח המשיב במקום האירוע בזמן התקיפה, ונתוני תקשורת שמיקמו את המשיב בזירת האירוע בזמן התקיפה (לפחות בחלקה). לראיות אלה צירף השופטסולברג את התנהלותו של המשיב בחקירה המשטרית ובבית המשפט המלמדת על ניסיונותיו להרחיק עצמו ממעשה העבירה, את שלילת גרסתההגנה של המשיב בדבר כוונתו לגנוב ציוד, ואת הרשעת המשיב בעבירה של קשירת קשר לתקוף את אוהדי הפועל המהווה ראיה נסיבתית בפני עצמה לעניין עשיית העבירה שלשמה נקשר הקשר. השופט סולברג הדגיש כי אין מדובר בהרשעה הנסמכת על דוקטרינת האחריות הסולידרית, קרי על עצם קשירת הקשר, כי אם על מעשיו-הוא, על חלקו בקשירת הקשר ועל מעורבותו בביצוע העבירה עצמה. עוד קבע השופט סולברג כי המסכת הראייתית שנפרסה בפני בית המשפט מתארת קבוצה שפעלה כאיש אחד במטרה לתקוף את אוהדי הפועל, ובניגוד לדעת הרוב, הוא לא מצא תימוכין לכך שהיה מי שלא נטל חלק פעיל בתקיפה. לא זו בלבד אלא שלגישתו, מדובר בגרסה עובדתית "משופרת" לעומת גרסת ההגנה שבה דבק המשיב במשפטו. לבסוף, התייחס השופט סולברגלהלכה הפסוקה הקובעת כי במצבים מסוימים, שבהם הוכח כי נוכחותו של נאשםבזירתהעבירהאינה סתמית ומקרית, עובר נטל ההוכחה הטקטי אל הנאשם, ועליו לסתור את ההנחה הלכאורית לפיה נוכחותו במקום נבעה מהיותו שותף לעבירה. בענייננו, קבע השופט סולברג, הנטל עבר אל המשיב, אך לא הורם ולכן יש להרשיעו כמבצע בצוותא בעבירת חבלה בכוונה מחמירה.

טענותהצדדיםלבקשה לדין נוסף

9. המבקשתטוענת כי דעת הרוב בפסק-דינו של בית-משפט זה קבעההלכהחדשה העומדת בסתירה להלכות קודמות, לפיה אין די ב"נוכחות מחזקת" של הנאשם לצורך הטלת אחריות פלילית מכח דיני השותפות, והוכחת נוכחות בלתי תמימה של הנאשם בזירת העבירה אינה מעבירה אל הנאשם נטל טקטי להסביר את נוכחותו בה.

המבקשת מציינת כי על-פי ההלכה הנוהגת, עצם הנוכחות של כל אחד מבני החבורה שיש בה כדי לחזק את חבריו בביצוע העבירה היא תרומה לביצוע המהווה לכל הפחות סיוע, ואילו בפסק הדין נקבע ברוב דעות כי ההסתמכות על נוכחות המשיב בזירת האירוע היא בבחינת הוכחת אשמה באמצעות ראיות סטטיסטיות. בנוסף, פסק הדין אינו מקיים את ההלכה הפסוקה הקובעת כי מבצע בצוותא אינו נדרש לבצע בעצמו כל יסוד מיסודותיה העובדתיים של העבירה, וניתן להרשיעו בעבירה גם אם לא התברר חלקו המדויק בביצועה.

עוד טוענת המבקשת כי לביטול דוקטרינת האחריות הסולידרית הייתה השפעה על הדין המהותי הנוגע לאחריות הקושרים לביצוע העבירה גופה מכח דיני הקשר, ואולם, כפי שנקבע בדעת המיעוט על-ידי השופט סולברג, אין מניעה לעשות שימוש בקשירת הקשר כראיה נסיבתית לצורך הוכחת אחריותם של הקושרים לעבירה עצמה לפי דיני השותפות.

ישום ההלכות הקיימות במקרה שלפנינו מחייב, לשיטת המבקשת, לראות בהגעת המשיב במסגרת הקשר לתקוף את אוהדי הפועל, ובנוכחותו במקום האירוע במסגרת קשר זה, משום פעולה שיש בה כדי לחזק את ידי חבריו בפעולת התקיפה ותרומה ממשית להוצאה לפועל של תכניתם המשותפת. בעניין זה, לדעת המבקשת, שגו שופטי הרוב בהסקת המסקנות העולות מן הראיות ובקביעותיהם בדבר נוכחותם של "נוכחים פאסיביים" בעת האירוע שלא היו שותפים לביצוע העבירה. התוצאה המתבקשת לגישה היא, אפוא, הרשעת המשיב כמבצע בצוותא בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה, והמבקשת מציינת כי כך הכריע בית המשפט המחוזי על בסיס תשתית ראייתית דומה בעניינו של הנאשם 2, דור מגדיש, ובעניינו של נאשם 7, אליעד משה, שנדון גם בבית-משפט זה (ע"פ 2854/18 משהנ' מדינת ישראל (27.8.2019)(להלן: עניין משה)).

המבקשת מוסיפה וטוענת כי להלכה שנפסקה בפסק-דינו של בית-משפט זה השלכות נרחבות וקשות על ניהול תיקים רבים בערכאות הדיוניות ועל כן, נדרש לקיים דיון נוסף בפסק הדין. בעקבות הלכה זו, כך נטען, יהיה על התביעה להראות מה היה חלקו האקטיבי של כל אחד מבני החבורה בתקיפה על מנת לבסס את אחריותו כמבצע בצוותא, ולטענת המבקשת מדובר בתוצאה קשה שיש עמה פגיעה באינטרס הציבורי הנוגע למלחמה בעבירות אלימות.

10. המשיב טוען מצדו כי פסק הדין אינו מקים עילה ללקיטת מושלדיון נוסף, שכן לא נפסקה הכוללה וממילא, לא כזוהי עומדת בסתירה להלכה הקודמת אולם הלכה "שמפאת חשיבותה, קשיותה ואחידושה" יש לקיים בהדיון נוסף. לטענת המשיב, בין שופטי ההרכב ניטשה מחלוקת בשאלות שבעובדה: האם נכחו בזירת אירוע התקיפה קושרים אשר היו "פאסיביים" ולא נטלו חלק בתקיפה עצמה, והאם ניתן היה לקבוע מעבר לכל ספק סביר כי המשיב היה שותף בביצוע עבירת התקיפה. המשיב סומך ידיו על קביעות שופטי הרוב שלפיהן אף שלקח חלק בקשירת הקשר לביצוע העבירה, נותר ספק סביר לעניין שותפותו בעבירת התקיפה ומדגיש כי הליך של דיון נוסף לא נועד לליבון מחלוקות עובדתיות שהתעוררו בפסק הדין.

11. המבקשת ביקשה להגיב לתשובת המשיב ולחדד כי אין מדובר בקביעה עובדתית באשר לנטילת חלק פעיל בתקיפה, אלא בהכרעה עקרונית לפיה בהיעדר ראיה פוזיטיבית לגבי פעילות אקטיבית של כל בני החבורה, על בית המשפט להניח כי חלק מהם היו פאסיביים ולא נטלו חלק פעיל באירוע התקיפה עצמו. המבקשת סבורה כי מדובר בקביעה תקדימית אשר חורגת מהלכות קיימות ועל כן, יש להורות על דיון נוסף בפסק הדין.

12. לאחר שעיינתי בבקשה על צרופותיה ובתגובות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי הבקשה אינה מגלה עילה לקיום דיון נוסף.

דיון נוסף שמור למקרים חריגים ביותר שבהם כהוראת סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 "ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בתי המשפט העליון", או "שמפאת חשיבותה, קשיותה ואחידושה של ההלכה שנפסקה בעניין" יש מקום לדיון נוסף.

פסק הדין בעניינינו אינו מקיים את התנאי הראשון והבסיסי למתן דיון נוסף. הוא אינו קובע כל הלכה חדשה, ודאי לא באופן ברור "בכוונת מכוון ובמפורש" (דנ"מ 3107/18 שלמה קרסו ואח' נ' מדינת ישראל (7.11.2018); □ קרני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (8.8.2019); דנ"פ 5196/19 אשר דהאן נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (30.12.2019); □ 181, 239 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018)). עיון בו מעלה כי הוא אך מיישם הלכות קיימות הנוהגות עמנו ואינו חורג מהן.

13. האשמת המשיב בשותפות לביצוע עבירה של חבלה בכוונה מחמירה התבססה על מקבץ של ראיות נסיבתיות, בהיעדר ראיה ישירה למעורבותו בתקיפה עצמה (ראו פסקאות 8-10 לפסק-דינו של בית המשפט המחוזי; פסקה 23 לפסק-דינו של השופט שטיין; פסקה 5 לפסק-דינו של השופט סולברג). המתודה שהשתרשה בפסיקה לבחינת ראיות נסיבתיות כבסיס להרשעה בפלילים נודעה בכינויה "הבדיקה התלת-שלבית":

"בשלב הראשון נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה מימצא עובדתי; בשלב השני נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערבת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך; בשלב השלישי מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית-המשפט מניח את התזה המפלילה של התביעה מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחן אם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גירסתו והסברו של הנאשם" (ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף (21.1.2015) (להלן: עניין קריאף), פסקה 97 לפסק-דינו של השופט נ' סולברג; וכן ראו: ע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל (6.9.2016); ע"פ 3263/13 שטרית נ' מדינת ישראל (19.3.2017)).

באשר לשלב השלישי והאחרון של הבדיקה התלת-שלבית, חזר בית-משפט זה והדגיש כי הנטל המועבר אל הנאשם הוא "טקטי" בלבד, ואין בו כדי לשנות את נטלי ההוכחה המקובלים בהליך הפלילי. כך, "בסופו של דבר נותר הנטל על התביעה מהחל ועד כלה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר" (פסקה 124 לפסק-דינו של השופט סולברג בעניין קריאף; ע"פ 8422/14 מוגאהד נ' מדינת ישראל (10.5.2015), פסקה 31; וכן ראו ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל (29.12.2015), פסקה 14 לפסק דינו של השופטע' פוגלמן).

מבלי להאריך מעבר לנדרש, אוסיף כי בעת האחרונה, ניתן למצוא בפסיקה אחיזה לגישה התומכת במעבר למבחן דו-שלבי, וזאת בשל החשש שהנטל "הטקטי" המועבר לכתפי הנאשם יהפוך לנטל מהותי באופן שאינו עולה בקנה אחד עם מושכלות-יסוד בסוגיית נטל ההוכחה בפלילים (ראו: פסקה 1 לפסק-דין של השופט נ' הנדלבעניין קריאף; עניין בן שטרית, פסקה 71 לפסק-דין של השופט צ' זילברטל; פסקה 19 לפסק-דין של השופט נ' הנדלבעניין ע"פ 220/17 דנקנר נ' מדינת ישראל (29.8.2018)); וכן ראו מאמרם של ניל הנדל ומיכאל כהן "ראיה נסיבתית בעניין מעמדן של ראיות נסיבתיות בפלילים - מבט אמפירי על הרשעות שגויות" ספר יורם דנציגר 361 (לימור זר-גוטמן, עידו באום עורכים, 2019)).

בענייננו, ובהתייחס לנטל המועבר אל הנאשם (השלב השלישי במבחן התלת-שלבי), היה השופט שטיין נכון להסכים כי בנסיבות העניין עבר הנטל אל המשיב לעורר ספק סביר לגבי השתתפותו במעשה התקיפה. ואולם, ממבט-על, סבר כי נותר ספק מובנה בחומר הראיות שיש בו כדי להוליך לזיכויו של המשיב (פסקה 31 לפסק-דין). על כן, אין לקבל את טענת המבקשת כי פסק הדין עומד בסתירה להלכה הפסוקה בעניין זה. ויודגש - התבטאויות כאלה ואחרות בפסק הדין באשר לאופן שבו יש להחיל את ההלכה הפסוקה אין די בהן כדי להעיד על קיומה של הלכה הסותרת הלכה קודמת המצדיקה הליך של דיון נוסף.

14. בענייננו, בחנו שופטי ההרכב ביסודיות את הראיות ובסופו של דבר, קבעו השופט שטיין והשופט קרא כי יש לייחס ערך ראייתי נמוך לאמרותיהם של המעורבים באירוע של תקיפת המתלונן, ככל שהדבר נוגע למעורבות המשיב בו. כל שניתן לקבוע על-פי ראיות אלה, ועל-פי איכון המכשיר הנייד של המשיב בזמן האירוע, הוא כי המשיב נכח באירוע או בחלק ממנו, וכן כי היו חברים מהארגון שנכחו באירוע אך לא השתתפו בתקיפה. בניגוד לטענת המבקשת, קביעה זו אינה קביעה עקרונית. זוהי קביעה עובדתית מובהקת הנוטעה בראיות הקונקרטיות של המקרה, היא נסמכת על המסכת הראייתית, ובפרט על תוכן ההודעות של עדי הראיה ואמרות חוץ של עדים שהעידו כשותפים. מתוך כך הגיעו שופטי הרוב לכלל מסקנה כי לא הוכח בראיות מעבר לכל ספק סביר שהמשיב נטל חלק באירוע התקיפה, לא כל שכן במעשה המצוי במעגל הפנימי של הביצוע, אף לא כמי שנכוחותו בזירת האירוע היה בה כדי לחזק את מבצעי העבירה באופן ההופך אותו למבצע בצוותא. יפים לעניין זה דבריו של השופט שטיין בפסק-דין שניתן בערעורו של נאשם 7 בפרשה:

"הלכה היא עמנו, כי נוכחות הנאשם במקום ביצוע העבירה אינה מהווה, כשלעצמה, ראייה להוכחת השתתפותו בביצועה; על התביעה להוכיח כי 'נוכחות זו לא הייתה מקרית, אלא הייתה משולבת בתרומה כלשהי לקידום מעשה העבירה, או הייתה משולבת במחשבה הפלילית לקדם בעצם הנוכחות במקום את המעשה או לחזק את ידי העושים או להקל עליהם בדרך אחרת לבצע את המעשה'" (ראו [1] 309, 314 (1983); [1] 197, 256 (1984)). (עניין משה, פסקה 87).

המבקשת עורכת בטיעוניה הקבלה בין הקביעות והמסקנות בפסק הדין בעניין משה ובין ענייננו, על-מנת להראות כי פסק הדין בענייננו סוטה מן ההלכה בדבר נוכחות מחזקת. ככלל, הקבלות מסוג זה הן בעייתיות, משום שלא ניתן לנתק את ההכרעה מן הראיות שעליהן היא נסמכת. הנאשם 7 והמשיב הם אמנם נאשמים באותה פרשה, אך מדובר באישומים שונים ובאירועים שונים (המשיב הועמד לדין במסגרת האישום הראשון ואילו הנאשם 7 הועמד לדין בגין האישומים השלישי, הרביעי והחמישי). אין מקום להקבלה הנטענת ביניהם, בין היתר, משום שבעניין משה אישר בית-עמוד 7

משפט זה את הכרעת הדין לפיה הוכח גם הוכח כי הנאשם 7 לא רק קשר קשר עם חברי הארגון לביצוע מעשי התקיפה המתוארים, והגיע למקום האירועים למימוש מטרת הקשר, אלא היה שותף פעיל במעשים אלה. מטעמים דומים הורשע גם הנאשם 2 בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה על סמך הראיות המתייחסות לחלקו באירוע נושא האישום הראשון.

15. כמו כן, יש לדחות את טענת המבקשת לפיה פסק הדין בערעור בעניינו של המשיב חורג מן ההלכה הקובעת כי מבצע בצוותא אינו נדרש לבצע בעצמו כל יסוד מיסודותיה העובדתיים של העבירה. הלכה זו מגלמת "תפיסת התנהגות קולקטיבית", הרואה בקבוצה העבריינית גוף אחד (גבריאל הלוי תורת דיני העונשין ב(התשס"ט-2009) 614-616). ואולם, בעניינו, נחלקו הדעות באשר לדיות הראיות ובאשר למסקנות הנובעות מהן וממשקלן הכולל. השופטים שטיין וקרא סברו כי לא הוכח שבאירוע התקיפה פעלו חברי הארגון, וביניהם המשיב, כגוף אחד, בעוד שהשופט סולברג סבר כי באותו אירוע פעלה קבוצה אחת ויחידה אליה השתייך המשיב מכוח חברותו בארגון ומכח הקשר שנקשר. מחלוקת זו שהינה מחלוקת עובדתית במהותה אינה מצדיקה דיון נוסף על-פי אמות המידה המחמירות שנקבעו לכך בדין (דנ"פ 1390/18 פלוניני' מדינת ישראל, פסקה 9 (21.2.2018); וכן ראו: מרזל, שם בעמ' 255, לרבות האסמכתאות המובאות שם).

מן הטעמים המפורטים לעיל, הבקשה נדחת.

ניתנה היום, כ"ה בניסן התש"ף (19.4.2020).

ה נ ש י א ה