

# ע"פ 122/14 - המערער בע"פ 122/14: דניס שוורצפל, המערער בע"פ 206/14: אלכסיי קובלסקי נגד המשיבה: מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 122/14  
ע"פ 206/14

לפני:  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט צ' זילברטל

המערער בע"פ 122/14: דניס שוורצפל  
המערער בע"פ 206/14: אלכסיי קובלסקי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעורים על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (כב'  
השופט י' שפסר) מתאריך 25.11.2013 ב-ת"פ  
530-02-13

תאריך הישיבה: כ' באדר א התשע"ד (20.02.2014)

בשם המערער בע"פ 122/14: עו"ד אייל שמחוני  
בשם המערער בע"פ 206/14: עו"ד ירוסלב מץ  
בשם המשיבה: עו"ד יאיר חמודות  
בשם שירות המבחן: גב' ברכה ויס

פסק-דין

1. בפנינו ערעורים על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז- לוד (כב' השופט י' שפסר) מתאריך 25.11.2013 ב-ת"פ 530-02-13, בגדרו הושתו:

על המערער 1 (להלן: דניס) - 24 חודשי מאסר בפועל ו-12 חודשי מאסר על תנאי כשהתנאי הוא שלא יעבור במשך שלוש שנים מיום שחרורו אחת מהעבירות בהן הורשע. כן הפעיל בית המשפט קמא הנכבד כנגד דניס מאסר מותנה בן תשעה חודשים שהיה תלוי ועומד לגביו, כאשר נקבע כי שלושה חודשים ירוצו בחופף למאסר שהושת עליו ושישה חודשים במצטבר. סיכומו של דבר, בית המשפט קמא הנכבד קבע כי על דניס לרצות 30 חודשי מאסר בפועל.

על המערער 2 (להלן: אלכסיי) הושתו 30 חודשי מאסר בפועל ו-12 חודשי מאסר על תנאי, כשהתנאי הוא שלא יעבור במשך שלוש שנים מיום שחרורו אחת מהעבירות בהן הורשע.

אפתח בציון תמציתי של הנתונים הרלבנטיים להכרעה בערעורים.

רקע עובדתי

2. לפי המפורט בכתב האישום שהוגש נגד המערערים (להלן - דניס ואלכסיי), בתאריך 14.01.2013 נפגשו שני המערערים עם שניים נוספים (להלן: סלבה ואנדריי) וקשרו קשר לבצע פעילות עבריינית שתניב להם רווחים, אשר יחולקו ביניהם. לצורך קידום הקשר נסעו הארבעה ברחבי מרכז הארץ בחיפוש אחר יעד מתאים למימוש כוונתם. על פי התכניות שטוו - אלכסיי אמור היה לנהוג ברכב של בת זוגו, דניס אמור היה לנטרל מוכר בחנות תכשיטים באמצעות שוקר חשמלי וסלבה ואנדריי היו אמורים באמצעות איומים באקדח לקחת את השלל ואז כולם אמורים היו להימלט ולחלק את הרווחים.

3. במסגרת הקשר, כך נטען בכתב האישום, ביום 15.01.2013 נסעו סלבה ואלכסיי, ברכבה של בת זוגתו של אלכסיי, לחיפה, שם הצטרף אליהם אנדריי והם גנבו יחד לוחית רישוי של רכב שחנה באחד מרחובות חיפה. למחרת היום חברו הארבעה כשברשותם: אקדח גז גנוב, שוקר חשמלי, שני פטישים, סכין, מכשיר להתזת גז פלפל, זוג כפפות וארבעה כובעי גרב ונסעו לרח' סוקולוב בנס ציונה, שם התמקמו בשביל המוביל לחנות תכשיטים וליד סניף להמרת כספים. אלכסיי ואנדריי יצאו מהרכב ותצפתו על החנויות ושבו אל הרכב. משום שמחוץ לסניף העסק להמרת כספים עמדו אנשים, החליטו הארבעה כי יתפרצו לחנות התכשיטים מעט מאוחר יותר. למראה מעשיהם של הארבעה התעורר חשדם של פקחי עיריית נס ציונה ששהו במקום ואלו הזמינו ניידת משטרה. משהגיעו השוטרים למקום נעצרו הארבעה וברכב נערך חיפוש והכלים שפורטו לעיל - נתפסו. יובהר כי הארבעה לא הספיקו להוציא לפועל את זממם.

השתלשלות חקירת הפרשה

4. מיד לאחר מעצרו נחקרו כל ארבעת החשודים. אלכסיי מסר הודאה מלאה ומפורטת כבר בשלבים הראשונים של החקירה בדבר היקף התוכנית העבריינית של הארבעה, לרבות חלקו בה. דניס לא שיתף פעולה עם עמוד 2

החוקרים, אך מדובב שהוכנס לתאו הצליח לגרום לדניס למסור פרטים מפלילים בדבר מעורבותו בפרשה. סלבה ואנדריי לא מסרו גירסה כלשהי, שמרו על זכות השתיקה והחוקרים לא הצליחו לגבות מהם הודאות.

זה המקום לציין כי לאור שיתוף הפעולה של אלכסיי עם החוקרים החליטו גורמי שב"ס כי נשקפת לו סכנה והוא הוגדר כאסיר טעון הגנה. כתוצאה מכך הוא לא הורשה בהמשך הדברים לצאת ללוויית אמו, שנפטרה במהלך מעצרו, וללידת בתו שנולדה אף היא באותה תקופה.

השתלשלות ההליכים המשפטיים של המעורבים בפרשה

5. בתאריך 03.02.2013 הוגשו שני כתבי אישום: כתב אישום מאוחד נגד אנדריי וסלבה וכתב אישום מאוחד נגד שני המערערים. בשני כתבי האישום יוחסו לכל ארבעת המעורבים בפרשה עבירות של: קשירת קשר לפשע (עבירה לפי סעיף 499 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)), ניסיון שוד (עבירה לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין), גניבה מרכב או פירוק רכב (עבירה לפי סעיף 413(ב) לחוק העונשין) ונשיאת נשק (עבירה לפי סעיף 144(2) לחוק העונשין).

6. במהלך משפטם של המערערים, שהתנהל כאמור בנפרד ממשפטם של אנדריי וסלבה, הגיעו הצדדים בתאריך 03.11.2013 להסדר טיעון, לאחר שמיעת עדה אחת. במסגרת הסדר הטיעון תוקן כתב האישום באופן שעבירת ניסיון השוד נמחקה ובמקומה יוחסה למערערים עבירה של ניסיון התפרצות (עבירה לפי סעיף 408 בנסיבות 407 לחוק העונשין, בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין), ועבירת נשיאת הנשק נמחקה ובמקומה יוחסה למערערים עבירה של החזקת נשק (עבירה לפי סעיף 144 לחוק העונשין). בו ביום הוכרע דינם של המערערים והם הורשעו על פי הודאתם בעבירות שיוחסו להם בכתב האישום המתוקן.

7. בתאריך 25.11.2013 נגזר דינם של המערערים, כמפורט בפיסקה 1 שלעיל.

8. אנדריי וסלבה כפרו במיוחס להם וניהלו הוכחות בתיק. לאחר שמיעת 13 עדי תביעה - בתאריך 21.01.2014, במהלך עדותו של אלכסיי (כעד תביעה), הודיעה באת-כח המשיבה כי הם הגיעו להסדר טיעון עם סלבה, במסגרתו יתוקן כתב האישום ביחס אליו, כך שימחקו ממנו כל העבירות מלבד קשירת קשר לפשע. הסדר הטיעון לא כלל הסכמה לגבי העונש. נוכח הסדר הטיעון ביקשה באת-כח המשיבה להפריד את הדיון בעניינו של סלבה מעניינו של אנדריי. סלבה הורשע איפוא על פי הודאתו בכתב האישום שתוקן כאמור, ובתאריך 28.01.2014 נגזר דינו והושתו עליו 12.5 חודשי מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שבמשך שלוש שנים לא יעבור עבירת רכוש מסוג פשע ועבירה של קשירת קשר לפשע, ושישה חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שלא יעבור במשך שלוש שנים עבירת רכוש מסוג עוון ועבירה של קשירת קשר לעוון.

9. לאחר שכתב האישום נגד אנדריי וסלבה הופרד - המשיך ניהול ההוכחות נגד אנדריי. במהלך עדותו של אלכסיי שם - לאחר הפרדת כתבי האישום בין אנדריי לסלבה, הוכרז אלכסיי כעד עוין. על כן ביקשה באת-כח המשיבה להגיש את הודאותיו של אלכסיי במטרה בהתאם לסעיף 10א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). בתאריך 31.03.2014 הוכרע דינו של אנדריי והוא הורשע בעבירה של קשירת קשר, אך זוכה

מכל יתר העבירות שיוחסו לו. מועד מתן גזר דינו של אנדר"י קבוע לסוף חודש יולי 2014.

#### טענות הצדדים

10. לאחר שטענותיהם מוקדו במהלך הדיון שהתקיים בפנינו, ביקשו באי-כח המערערים להתרכז בעיקר בפער הבלתי סביר, לטענתם, בין העונשים שנגזרו על מרשיהם, בהשוואה לסלבה. באי-כח המערערים טענו כי כתוצאה מההסדר עם סלבה, מרשיהם שהודו קודם לכן (ואלכסיי ששיתף מלכתחילה פעולה עם החוקרים) נענשו בצורה חמורה יותר מסלבה, שכפר בתחילה במיוחס לו וניהל הוכחות עד שלב מסוים. הם גרסו שהתוצאה מלמדת כביכול כי: "מודה ורע לו, כופר וטוב לו".

11. לבקשתנו, הגיש בא-כח המשיבה לאחר הדיון תגובה משלימה בה נטען כי הסדר הטיעון עם סלבה נעשה נוכח קשיים ראייתיים שהתעוררו בתיק ולאחר שאלכסיי הוכרז כעד עוין (יובהר כי ככל הנראה מדובר באי-דיוק שנפל בהודעתו של בא-כח המשיבה, שכן אלכסיי הוכרז כעד עוין רק לאחר הפרדת התיקים כתוצאה מהסדר הטיעון עם סלבה). בא-כח המשיבה אף טען בתגובתו כי חומר הראיות נגד המערערים - הודאותיהם שלהם, היווה חומר ראייתי חזק יותר מהחומר הראייתי שהיה כנגד סלבה - עדות שותף הדורשת חיזוק. נוכח האמור לעיל והפער בין העבירות בהן הורשעו המערערים, בהשוואה לעבירות בהן הורשע סלבה ניתן להצדיק, כך טוען בא-כח המשיבה, את הפער בענישה.

#### דיון והכרעה

12. לאחר בחינה מעמיקה של נימוקי הערעור, שמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים ועיון בתגובה המשלימה - הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעורים להתקבל וכך אמליץ לחבריי כי נעשה. להלן יובאו הטעמים למסקנתי זו.

13. נקודת המוצא בסוגיה שלפנינו נשענת על ההלכה, לפיה ככלל - אל לה לערכאת הערעור להתערב בעונש שהושת בערכאה הדיונית, אלא אם כן מדובר בסטייה מהותית ממדיניות הענישה הראויה, או כאשר מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את הדבר. הנה כי כן, התערבות במידת העונש תעשה על-ידי ערכאת הערעור רק אם "הערכאה הדיונית נכשלה בטעות, או שהעונש שנגזר על ידה חורג במידה קיצונית מן העונשים המוטלים, בדרך כלל, בנסיבות דומות". (ראו: ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (3.2.1998); ע"פ 9097/05 מדינת ישראל נ' ורשילובסקי (3.7.2006); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009); ע"פ 6877/09 פלוני נ' מדינת ישראל (25.6.2012)).

14. במקרה דנן לא מצאתי כי העונש שנגזר על המערערים יסודו בטעות נורמטיבית במדיניות הענישה הראויה. המערערים חברו יחד עם שניים נוספים, תכננו מזימה עבריינית מורכבת שמטרתה לפגוע בביטחון הציבור וברכושו, וכל זאת תוך שימוש בנשק. אין צורך להרחיב כאן בדיבור על המסוכנות האינהרנטית הנשקפת מתוכנית עבריינית שכזו המבוצעת על ידי ארבעה אנשים, תוך שימוש בכלי נשק. אירוע עברייני מעין זה ניתן לתכנן את תחילתו, אך איש אינו יודע כיצד יסתיים וסופו מי ישורנו. חומרה יתרה ראינו בריבוי המעורבים בתוכנית, במידת הפירוט שלה ובאמצעים, שכולם כבר

היו בידי המעורבים בעת נוכחותם בזירת העבירה המתוכננת. בהקשר זה יש אף לציין, כי רק במקרה התכנית העבריינית סוכלה. נוכח האמור לעיל אין לסבור כי העונש שהושת פה על המערערים חורג מהותית מן העונשים המוטלים, בדרך כלל, בנסיבות דומות.

15. עם זאת, וחרף האמור לעיל אני סבור כי במקרה דנן מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות התערבות מסוימת בעונש שהושת על ידי בית המשפט קמא הנכבד ואלה נוגעות בעיקר בהשוואה לדרך בה הסתיים ההליך המשפטי כנגד סלבה. כאמור, אלכסיי הוא שהודה ראשון מבין כל המעורבים בפרשה ושיתף פעולה בצורה מקיפה עם החוקרים (אם כי בשלבים מאוחרים יותר הוא הוכרז כאמור כעד עוין). אחריו הודה דניס. האחרון שהודה היה סלבה. עם זאת בבחינת העונשים שנגזרו על המעורבים בפרשה - מסתבר כי אלכסיי קיבל את העונש החמור ביותר, עונש חמור פחות ממנו קיבל דניס ואת העונש המקל ביותר קיבל סלבה. התוצאה המביאה בדיעבד ליחס הפוך בין מידת ומועד שיתוף הפעולה לבין העונש שנגזר נראה לי לא סביר ולא מידתי בנסיבות. אבהיר ואנמק הדברים מיד בסמוך.

16. ככלל, למערכת המשפט, גופי אכיפת החוק והחברה בכללותה יש אינטרס ברור כי חשודים המעורבים בפרשה פלילית רבת משתתפים יודו מהר ככל האפשר בחלקם במזימה וישפכו אור על חלקם של האחרים.

שיתוף הפעולה של אלכסיי היה למעשה כפול כאן: הוא הודה מיידית והפליל את יתר המעורבים בפרשה בעת החקירה ואף היה נכון להעיד נגדם מטעם התביעה (אם כי בהמשך הדרך הוא הוכרז כאמור כעד עוין). בנוסף לכך בעת המשפט הוא הודה במיוחד לו בכתב האישום המתוקן במסגרת הסדר טיעון. הסדרי טיעון מאפשרים, בין השאר, לרשויות התביעה והמשטרה לשחרר משאבים לטובת אכיפה יעילה יותר במקרים נוספים (ראו: William M. Landes, *An economic analysis of the courts*, 14 J.L. & Econ. 61, 64 (1971)). בהנחה כי ההחלטה לשתף פעולה היא החלטה רציונאלית ומוכוונת על ידי שיקולים של עלות מול תועלת, הרי שיש להפחית בעונשם של מי שמשתפים מיידית פעולה עם החוקרים (לניתוח כלכלי של התמריצים להסדרי טיעון ראו: Gene M. Grossman & Michael L. Katz, *Plea bargaining and social welfare*, 73 Am. Econ. Rev. 749 (1983)). גם בספרות הישראלית הובעה העמדה, בעקבות ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543 (1972) (להלן: הלכת בחמוצקי) - כי לנאשם המודה במסגרת הסדר טיעון ישנה ציפיה סבירה שעונשו יוקל, שכן זה חלק מהגמול שהוא מקבל בתמורה למתן הודאה באשמה (עיינו: עמי קובו "נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט: מודים באשמה וטוענים לחפותם", עמ' 32-52 (2009)).

משום שבהודיה ובשיתוף הפעולה מגולם לעיתים גם סיכון ומחיר אישי בעת השהות במעצר, או במאסר - הגמול הניתן למשתף הפעולה צריך להיות משמעותי, כך שהבחירה בנקיטה בדרך זו תהיה כדאית. תוצאה זו אף מתיישבת עם המגמות בספרות ובפסיקתו של בית משפט זה, שהצדיקו הסדרי טיעון.

17. במקרה דנן כל ארבעת המעורבים בפרשה נלכדו כמעט במקרה, בשל ערנותם הברוכה של פקחי העירייה ששהו בזירת הפשע המתוכנן. למשטרה לא היה מידע מוקדם על התארגנותם העבריינית של המעורבים בפרשה. כשנלכדו המעורבים בפרשה כשבידיהם: פטיש, כובעי גרב, כפפות, שוקר חשמל ואקדח גז, ברור הדבר מדוע היה למשטרה חשד כי הם תכננו לבצע עבירה, אך חסר היה לחוקרים מידע נוסף באשר לתכנית העבריינית הקונקרטיית. קשה היה איפוא לייחס לארבעת המעורבים את האחריות למזימה העבריינית כולה, על פרטיה. הנה כי כן לולא היה אלכסיי משתף פעולה עם החוקרים - אכיפת החוק וגילוי האמת היו נפגעים. שיתוף הפעולה מצידו, שלוה לאחר מכן

בהודאה בעבירות שהואשם בהן בכתב האישום המתוקן - חסך בתחילה מזמנם וממרחם של החוקרים ולאחר מכן מהזמן השיפוטי.

התנהלותו של אלכסיי בעת מעצרו ובעת הודייתו הביאה איפוא לתוצאה הרצויה מבחינת מערכת אכיפת החוק (אף כי בהמשך הדרך הוא נמלך בדעתו והוכרז כאמור כעד עוין). בהקשר זה יש להדגיש כי ההודיה המיידית בעבירות שיוחסו לו, כאמור לעיל - שירתו את האינטרס הציבורי, זאת אף אם מעורבותו של אלכסיי במסכת הפלילית - היתה משמעותית וראויה לכל גינוי.

18. מהמקובץ לעיל עולה כי התוצאה הנוכחית של ההליכים המשפטיים כנגד המעורבים בפרשה, שדינם נגזר, מעוררת בדיעבד חוסר נוחות. העונש המקל שהוטל על סלבה אל מול העונש שהוטל על אלכסיי, שהביא לחשיפתה של הפרשה - איננו משקף את מערך התמריצים הנכון שיש לתת למי שניצבים במצב בו היה אלכסיי נתון ביום מעצרו. העונש שקיבל אלכסיי, בהשוואה לסלבה, עלול להוות תמריץ לשמור על זכות השתיקה ולא להודות, או שלא להפליל את האחרים. תוצאה זו לא ניתן להלום ויתכן שהעונש המשמעותי יחסית שהושת על אלכסיי גרם לו, בנסיבות, לשנות בהמשך הדרך מהתנהלותו עד כדי הכרזתו כעד עוין.

בנתונים ובתנאים האמורים אני רואה להציע כי נתערב בעונש שהוטל על אלכסיי ולהמליץ לחברי כי נעמידו על 20 חודשי מאסר בפועל. מוצע כי יתר רכיבי העונש שהושתו עליו - יותרו על כנם.

19. באשר לדניס, אני סבור כי מצבם של אלכסיי ודניס שונה במעט ויש להבחין ביניהם בכמה מובנים:

ראשית, דניס בניגוד לאלכסיי לא שיתף פעולה עם חוקריו, כפי שעשה אלכסיי ולא הפליל את יתר המעורבים בפרשה. הראיות נגדו חולצו, בין השאר, תוך שימוש במדובב, אולם הפתיחות שהפגין דניס עם המדובב איננה מעידה על חרטה והתרחקות מהמעגל הפלילי, כפי שמעידה הודאתו הגלויה של אלכסיי. נכון הוא כי במשפט שנוהל נגד המערערים - חזר בו דניס מכפירתו לאחר שמיעת עדה אחת והודה במסגרת הסדר הטיעון במיוחס לו בכתב האישום המתוקן, ובזאת הביא לחיסכון בזמן שיפוטי - נתון הראוי להתחשבות במסגרת גזר דינו. אולם דניס לא קיבל החלטה מודעת להפליל את יתר המעורבים בפרשה. כפועל יוצא מכך דניס אף לא נטל על עצמו את הסיכון אותו נטל עליו אלכסיי מלכתחילה ואשר עליו "שילם" גם מחיר אישי יקר (הכרזתו כעציר טעון הגנה, שלא ניתן לו לצאת ללווית אמו ולשמוח עם בני ביתו בהולדת בתו). נוכח האמור אני סבור כי מידת ההתחשבות בדניס צריכה להיות פחותה בצורה ניכרת ממידת ההתחשבות באלכסיי.

שנית, הבדל משמעותי נוסף בין השניים הוא כי בעת ביצוע העבירות, מושא הערעור, היה דניס נתון בתקופת-תנאי של מאסר בר-הפעלה בן תשעה חודשים. לעובדה זו חשיבות כפולה הן משום שביצוע עבירות בעת תקופת תנאי יש בה משום ראיה לזלזול בחוק מצידו והן משום שהמאסר שהוטל על דניס משקף לא רק את חומרתן של העבירות שביצע יחד עם אלכסיי, אלא גם את חומרת הפרת התנאי.

שני ההבדלים הנ"ל מובילים למסקנה כי עונשו הכולל של דניס צריך היה להיות חמור יותר מעונשו של אלכסיי, אף שיש פער בעברם הפלילי של השניים (לשני המערערים עבר פלילי, אך זה של דניס חמור פחות). נוכח האמור לעיל

הפער של ששה חודשים שנוצר בגזר הדין בגין ההרשעות מושא הערעור, ואשר נטה לטובתו של דניס נראה לי בלתי מוצדק. אמליץ איפוא לחבריי כי נפחית את עונשו של דניס בגין העבירות בהן הורשע בפרשה האחרונה בעקבות הודאתו ונעמידו על 18 חודשים, כאשר יתר רכיבי העונש שהושתו עליו יישארו בתוקפם, דהיינו שלאחר הפעלת המאסר על תנאי בדרך שהורה עליה בית המשפט המחוזי הנכבד - הוא ירצה בפועל עונש מאסר כולל של 24 חודשים.

20. זה המקום להעיר כי מוקשה בעיני אף טענתו של בא-כח המשיבה שנימק את הסדר הטיעון המקל בעניינו של סלבה בקשיים ראייתיים שנוצרו. נכון הוא כי חומר הראיות כנגד המערערים התבסס על הודאותיהם שלהם ולכן גם אם הם היו חוזרים מהודאותיהם במשטרה, בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות מה שנדרש היה מהמשיבה כדי להביא להרשעתם היתה תוספת ראייתית מסוג דבר מה נוסף. לעומת זאת כנגד אנדריי וסלבה, הראיה המרכזית היא עדותו של אלכסיי בבית המשפט וההודאות שמסר במשטרה, בהן פרס את התוכנית וההתנהלות של הארבעה. משום שאלכסיי הוא שותפם של סלבה ואנדריי - לפי סעיף 54א לפקודת הראיות לעדותו נדרשה תוספת ראייתית מסוג חיזוק. מבחינה זו אין מחלוקת כי כדי להוכיח את אשמתו של סלבה - על המשיבה היה לעמוד ברף ראייתי גבוהה יותר. עם זאת תוצאה זו היא אינהרנטית לכל מקרה בו אחד השותפים מודה ומפליל את האחרים (כאשר הראיות כנגד השותף המודה מתבססות על הודאתו במשטרה, שיכולה להיות מוגשת לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, שדורש, כאמור, תוספת ראייתית מסוג דבר מה נוסף, אף אם יחזור בו במהלך משפטו מהודאתו בחקירה). כנגד אלה (והמעורבים האחרים) עומדת רק עדותו של השותף המודה - שתמיד תהיה עדות שותף ודורשת לכל הפחות תוספת ראייתית מסוג חיזוק, במידה והוא יעיד בבית המשפט ויחזור על מה שאמר בחקירה (בהתאם לסעיף 54א לפקודה). כאן תיתכן, במקרה הפחות טוב, חלופה נוספת - דהיינו במידה והשותף המודה לא יעיד, או יעיד, אבל לא יחזור על מה שאמר בחקירתו במשטרה. אז יהיה צורך להכריז עליו כעד עויין ולהגיש את אמרתו במשטרה לפי סעיף 10א לפקודת הראיות, שדורש אף הוא תוספת ראייתית מסוג חיזוק. במצב דברים זה תידרש תוספת ראייתית מסוג חיזוק פעמיים: פעם אחת מכוח סעיף 54א לפקודה - משום שמדובר בעדות שותף ופעם שנייה מכוח סעיף 10א(ד) לפקודה משום שמדובר באמרת חוץ. עם זאת, הפסיקה נמנעה מלקבוע כי דרישה לתוספת ראייתית כפולה מסוג חיזוק הנדרשת כתוצאה משני מקורות חוקיים שונים מתגבשת לכדי דרישת תוספת ראייתית מסוג סיוע (ראו: ע"פ 7758/04 אלקאדר נ' מדינת ישראל (19.07.2007) בו נידונה הדרישה לתוספת ראייתית מסוג חיזוק מכוח סעיפים 54א ו-10א(ד) לפקודה, כמו במקרה דנן).

21. הנה כי כן במצב בו שותף אחד למזימה עבריינית מפליל את היתר - החומר הראייתי הכי חזק יהיה בדרך כלל כנגד המודה. עם זאת, אין בידי לקבל כי תוצאה אינהרנטית זו צריכה להביא, מניה וביה, להקלה בעונשם של השותפים שאינם משתפים פעולה - היה ויורשעו. כפי שפורט בהרחבה לעיל, על מערכת המשפט לספק תמריצים למי שמעורב בפעילות עבריינית קבוצתית לשפוך אור על ההתארגנות כולה. ראו והשוו: ע"פ 1327/10 לוי נ' מדינת ישראל (13.07.2010).

22. הדילמות שתוארו לעיל מציגות סיטואציה המוכרת ב"תורת המשחקים" כ"דילמת האסיר". במצב דברים זה כאשר הראיות כנגד השותפים שכופרים תמיד חלשות יותר, הרי שלכאורה "כדאי" יהיה לכל המעורבים בהתארגנות לשמור על זכות השתיקה. אם כולם ישתקו - כולם יזכו, או יורשעו (אפילו בעבירות פחותות), והנה מסתברת לנו מציאות שעל פיה גם אם אחד מהשותפים "ישבר" בשלב החקירה ויפליל את היתר - המופללים עדיין יענשו פחות מהמפליל. גישה שכזו עלולה להביא לכך כי האסטרטגיה הנכונה ביותר עבור עצור בהתארגנות פלילית מרובת משתתפים תהיה להמתין מבלי לשתף פעולה, שכן הודיה וחשיפה של האחרים - לא תוכלנה כביכול לשפר את מצבו, אלא דווקא להרע עמו. תוצאה זו אין בידי להלום. מערכת התמריצים אותה מספקת מערכת המשפט צריכה להיות בדיוק הפוכה, כך ששיתוף פעולה מוקדם ישפר את מצבו של מי שמודה כנגד הרעת מצבם של הממתנים (ראו: Elbert

F. Isenhour, UNITED STATES v. MARTIN: Game theory and cooperation in white-collar criminal sentencing, 2 Liberty U. L. Rev. 271, 291 (2007). לפיכך כדי שמערכת התמריצים תפעל נכון יש להחמיר בענישה דווקא עם השותפים למזימה העבריינית שלא שיתפו פעולה, ולהקל בעונשם של מי שהודו וסייעו בחשיפת האחרים, כך שמי ששיתף פעולה ראשון ובצורה מעמיקה יותר יזכה לעונש הנמוך יותר. נכון הוא כי ייתכנו מקרים בהם יהיו שיקולים שונים שישפיעו על התוצאה העונשית, שאינם קשורים בהכרח לסדר ההודיה ושיתוף הפעולה, למשל במקרה בו השותף ששיתף פעולה ראשון הוא בעל עבר פלילי מכביד, או העבריין העיקרי בעוד שהשותף שלא שיתף פעולה הינו קטין, או מי שאין לו עבר פלילי. במקרה כזה ייתכן כי דווקא מי שכפר עד הרגע האחרון ישא בעונש הנמוך יותר. עם זאת הטיות אלו אינן צריכות לשנות ממהות האמירה הנורמטיבית כי יש לנסות לתמרץ ולתגמל שיתוף פעולה של נחקרים, שביצעו מעשי עבירה, עם המשטרה. במקרה דנן תוצאות הענישה של השותפים, שנגזר דינם, היתה הפוכה ולכן ראיתי להציע להקל במעט בעונשם של המערערים, זאת מבלי לפגוע בצורך שראוי, כמובן, ליתן לו ביטוי (אם כי לא מלא בנסיבות) - לחומרת מעשיהם הפליליים.

23. נוכח כל האמור לעיל אציע לחבריי כי נקבל את הערעורים וכי העונש הכולל שהושת על המערער 1 יועמד על 24 חודשי מאסר בפועל ומשך מאסרו בפועל של המערער 2 יעמוד על 20 חודשים. הנני מציע כי יתר רכיבי העונש שהושתו על שני המערערים - יוותרו על כנם.

שׁוֹפֵט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים

שׁוֹפֵט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, ט' בתמוז התשע"ד (7.7.2014).

שופט

שופט

שופט



---