

ע"פ 2549/19 - מדינת ישראל נגד עאמר זעאתרה

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 2549/19

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופטת י' וילנר

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: עאמר זעאתרה

ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת בתפ"ח 10435-02-18 מיום 14.11.2018 שניתן על ידי כב' השופטים אשר קולה, דני צרפתי ורננה גלפז מוקדי

תאריך הישיבה: כ"ד בתשרי התשפ"ב (30.09.21)
כ"ח בסיון התשע"ט (1.7.2019)

בשם המערערת: עו"ד תמר בורנשטיין
בשם המשיב: עו"ד ויסאם לידאווי
בשם משפחת נפגע העבירה: עו"ד תמי אולמן

פסק-דין

השופט ג' קרא:

ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת (כב' השופטים א' קולה, ד' צרפתי ור' גלפז מוקדי)

עמוד 1

בתפ"ח 10435-02-18 מיום 14.11.2018, בגדרו זוכה המשיב מעבירות רצח וניסיון שוד בנסיבות מחמירות, והורשע בסיוע לניסיון שוד בנסיבות מחמירות לפי סעיף 403 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

רקע

1. כנגד המשיב הוגש כתב אישום, אשר ייחס לו עבירות רצח וניסיון שוד בנסיבות מחמירות, לפי סעיפים 300(א)(3) ו-403 לחוק העונשין.

2. על פי עובדות כתב האישום, המשיב; אדם נוסף בשם דאהר ראדי אשר משפטו התנהל בנפרד (להלן: דאהר); וכן אדם שלישי שלא נתפס (להלן: האחר) הם תושבי יפיע, וקיימים ביניהם קשרי ידידות. המשיב ידע כי בדירה מסוימת ביפיע מתקיימים משחקי הימורים אסורים, בהם מהמרים משתתפי המשחקים על סכומי כסף המסתכמים באלפי שקלים בכל משחק (להלן: דירת ההימורים או הדירה).

המשיב הביא לידיעת דאהר והאחר כי בדירת ההימורים מתקיימים משחקי הימורים וכי הוא נכח וצפה במשחק שהתקיים בה. השלושה קשרו קשר לשדוד את משתתפי משחק ההימורים. סוכם כי רכבו של המשיב ישמש אותם לנסיעה לדירה ולמילוט מהמקום; כי המשיב ינהג בו; וכי דאהר והאחר ייכנסו לדירה וישדדו את משתתפי משחק ההימורים באיומי סכין. ביום 5.1.2018, בסמוך לשעה 2:00, נערכו המשיב, דאהר והאחר לביצוע השוד. באותה עת, שהו בדירה עווד זעארתה, נימר אבו חאטום (להלן: נימר), יוסף עבוד, סאמר עואד (להלן: המנוח) ולסירוגין האיל זעארתה.

לשם מימוש תוכנית הקשר נערכו המשיב, דאהר והאחר, בדירתו של דאהר, לביצוע השוד. דאהר והאחר הצטיידו כל אחד מהם בסכין, וכל השלושה הצטיידו בכיסויי פנים. בהמשך פירקו המשיב, דאהר והאחר את לוחית הזיהוי האחורית של רכבו של המשיב.

המשיב, דאהר והאחר נסעו ברכבו של המשיב מביתו של דאהר עד לדירה, כשפניהם מכוסות בכיסויי פנים. דאהר והאחר ירדו מהרכב כשהם חמושים בסכינים ובגז מדמיע ופרצו לדירה, כשהמשיב ממתין להם ברכב. משתתפי המשחק ישבו סביב שולחן ההימורים. דאהר ניגש לנימר, שישב קרוב לדלת הכניסה, והצמיד סכין לגרונו. האחר ניגש למנוח, ונעמד לצידו כשהוא אחוז בסכין. דאהר והאחר צעקו למהמרים לא לזוז ודרשו לתת להם את הכסף. נימר ניסה להרחיק את הסכין מגרונו ובתגובה ריסס דאהר לעברו גז מדמיע וחתך אותו עמוק בכף ידו השמאלית. המנוח נעמד על רגליו, ואז דקר אותו האחר באמצעות הסכין, דקירה אחת בפלג גופו העליון. לאחר מכן נמלטו דאהר והאחר בריצה מהדירה, עלו לרכב בו המתין להם המשיב, והשלושה נסעו מהמקום לשטח פתוח, שם שרפו את הבגדים ששימשו אותם בביצוע העבירות והעלימו את הסכינים ואת הגז המדמיע.

למנוח נגרם פצע דקירה בצד האחורי של הגו מימין. הוא הובהל לבית החולים האנגלי בנצרת, שם נקבע מותו. המוות נגרם כתוצאה מהלם דימומי ואובדן כמות גדולה של דם. לנימר נגרמו חתכים בכף היד ובאצבעות. הוא פונה למרכז רפואי העמק בעפולה, שם עבר ניתוח ואושפז.

3. לשם השלמת התמונה, יובהר כי האחר לא נתפס ולא הועמד לדין. דאהר עמד לדין במשפט נפרד (תפ"ח (נצ') 10445-02-18) והורשע ביום 9.5.2021 בעבירות רצח (לפי הדין שקדם לתיקון 137 לחוק העונשין), ניסיון שוד בנסיבות מחמירות וכן בחבלה חמורה בנסיבות מחמירות, לפי סעיפים 300(א)(3), 403 סיפא, 333 ו-335(א)(1)-(2) לחוק העונשין, בהתאמה.

פסק דינו של בית משפט קמא

4. המשיב הורשע ביום 14.11.2018 בעבירת סיוע לניסיון שוד בנסיבות מחמירות, וזוכה מעבירת ניסיון השוד ומעבירת הרצח שיוחסו לו בכתב האישום.

5. בפסק הדין, מצא בית המשפט כי יש לייחס משקל רב להודעותיו השלישית והחמישית של המשיב במשטרה, שניתנו בימים 9.1.2018 ו-30.1.2018 בהתאמה. בית משפט קמא מצא כי להודעות אלה חשיבות רבה, והן מהוות מקור לחלק ניכר מממצאי העובדה שנקבעו בבית משפט קמא.

6. בית משפט קמא מצא כי הודעותיו של המשיב היו רצופות בפרטים מוכמנים, המלמדים על כך שהודאתו היא הודאת אמת, ויש ליתן לה את מלוא המשקל; כי הודעותיו של המשיב מהוות גרסה קוהרנטית ומשכנעת, המשקפת את חלקו באירוע; וכי בחירתו של המשיב שלא להעיד במשפטו, עולה כדי "דבר מה נוסף", לפי הוראת סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

7. על רקע האמור הוסיף בית המשפט וקבע, כי "מאחר ואנו חיים רק מפי הודעותיו של הנאשם, יש להתייחס לכך בזהירות המתבקשת בבואנו להרשיע רק על פי דבריו" (פס' 76 להכרעת הדין), כאשר בשל הימנעותו מעדות המשיב "אינו יכול להסתמך על אימרותיו 'המזכות' בהודעותיו במשטרה ואינו יכול עתה ליתן פרשנות לאימרותיו המפלילות" (פס' 77 להכרעת הדין).

8. לאחר כל זאת פירט בית המשפט, בהתבסס על הודעותיו הנ"ל של המשיב, את מסכת "העובדות הברורות" כלשונו, העומדות לחובתו של המשיב מהן תיגזר אחריותו הפלילית, וכך הובאו הדברים בפס' 78 להכרעת הדין:

"א. הנאשם הסכים להיות נהג.

ב. הנאשם הסיע את האחרים לדירה.

ג. הנאשם המתין להם והסיעם חזרה, לרבות הובלתם למקום מבודד שם שרפו האחרים את הבגדים שלבשו לביצוע ניסיון השוד.

ד. הנאשם פירק את לוחיות הרישוי של רכבו טרם הנסיעה לדירה.

ה. הנאשם הרכיב חזרה את לוחית הרישוי, לאחר שריפת הבגדים.

ו. מספר דקות לפני שירדו דאהר והאחר מהרכב, חלפו שלושת המעורבים בסמוך לדירת ההימורים ולאחר מכן שבו וחזרו אליה (ב"כ המאשימה התייחס לכך כ'סיור מכין' ואילו ב"כ הנאשם הסתייג מהגדרה זו).

ז. הנאשם כיסה פניו בצעיף בטרם נסע לדירה.

ח. הנאשם הצביע בפני חבריו על שער הכניסה לדירה".

9. בית משפט קמא קבע כי אין בעובדות כפי שהוכחו כדי להוביל להרשעת המשיב בעבירת ניסיון השוד כמבצע בצוותא. בית המשפט עמד בהרחבה על המבחנים שהותוו בפסיקה לעניין זיהויו של מבצע בצוותא ולעניין ההבחנה בין המבצע בצוותא לבין המסייע. על סמך העובדות שהוכחו בפניו, סבר בית משפט קמא כי חלקו של המשיב באירוע השוד היה מינורי, כאשר הסכים רק לשמש נהג כש"ברור הוא שהנאשם נגרר, לא יזם ולא לקח חלק פעיל בתכנון הכולל או בסדרת המעשים האפקטיביים לביצוע השוד" (פס' 81 להכרעת הדין). משכך, הרשיע בית המשפט קמא את המשיב בעבירת ניסיון השוד כמסייע בלבד.

10. משזוכה המשיב מביצוע עבירת ניסיון השוד כמבצע בצוותא, מצא בית המשפט כי אין אישומו בעבירת הרצח כמבצע בצוותא יכול לעמוד לפי דיני השותפות, "שהרי גם בעבירת השוד לא נקבע שהוא מבצע בצוותא ובוודאי שלא לפי סעיף 34 לחוק, שכן תנאי בלתו אין, לצורך תחולת הסעיף, שהנאשם יוגדר כמבצע בצוותא" (פס' 85 להכרעת הדין).

חרף האמור, בית המשפט דן בחלקו של המערער בעבירת הרצח "גם בהנחה (נסתרת לטעמי) שלעניין השוד, יוגדר הוא כמבצע בצוותא" (פס' 87 להכרעת הדין), והגיע למסקנה כי למשיב לא הייתה מודעות בפועל לכך שעבירת הרצח עומדת להתבצע או יכולת לצפות בכוח את התרחשותה, באופן המבסס את אחריות המשיב כמבצע עבירת הרצח כעבירה נגררת. נוכח כל זאת, זוכה המשיב גם מעבירת הרצח.

11. ביום 25.2.2019 גזר בית המשפט את דינו של המבקש ל-18 חודשי מאסר בפועל, מאסרים מותנים, קנס בסך 10,000 שקלים, פסילה מלהחזיק רישיון נהיגה למשך 12 חודשים וכן פסילה מותנית.

למען שלמות התמונה ייאמר כי המשיב שוחרר מן הכלא לאחר שריצה את מלוא העונש שנגזר עליו.

12. המערער לא השלימה עם פסק דין זה. מכאן הערעור שלפנינו.

הערעור

13. לשיטת המערער, לא היה מקום לסווג את המשיב כמסייע בלבד לניסיון השוד, ונדרש היה להרשיעו בביצוע עבירת ניסיון השוד כמבצע בצוותא. זאת ועוד, נטען כי נתקיימו התנאים הדרושים לשם ביסוס הרשעתו של המשיב אף בעבירת הרצח.

14. אשר לביצוע ניסיון השוד בצוותא, סבורה המערערת כי מממצאי העובדה שנקבעו בבית משפט קמא, עולה המסקנה המשפטית כי המשיב היה חלק מהמעגל הפנימי של מבצעי עבירת השוד, וכי תרומתו ניכרת ועולה כדי ביצוע בצוותא. כך, נטען כי גם אם המשיב "נגרר" לביצוע ניסיון השוד, אין בכך כדי להצדיק את הרשעתו כמסייע בלבד.

15. אשר לעבירת הרצח, נטען כי המשיב, מכוח מעמדו כמבצע בצוותא, צפה בפועל את האפשרות שבמהלך ביצוע השוד תתבצע עבירת הריגה, ולחילופין - די בצפיות בכוח של עבירה זו על מנת להצדיק את הרשעתו בעבירת המתה. נטען כי בפני בית משפט קמא עמדה תשתית ראייתית מוצקה לכך שהמנוח מצא את מותו במהלך השוד כתוצאה מדקירה בגבו על ידי אחד משותפיו של המשיב, וכי אין כל ספק שבוצעה על ידי האחר עבירה שהיא לכל הפחות עבירת הריגה. המערערת מדגישה כי המשיב ידע ששותפיו לתכנית מצוידים בנשק קר, וצפה - או למצער יכול היה לצפות - שייעשה בנשק זה שימוש.

16. המשיב, מנגד, סומך ידו על פסק דינו של בית משפט קמא. נטען כי אין לראות בהתנהלות המשיב ככזו המצדיקה הרשעתו בביצוע בצוותא של עבירת השוד, ולבטח לא היה בסיס להרשיעו בעבירת רצח, משתרומתו לניסיון השוד הייתה לכל היותר "חיצונית".

17. ביום 1.7.2019 נערך דיון ראשון בערעור, בסופו הוחלט לדחות את שמיעתו עד למתן הכרעת הדין בעניינו של דאהר. ביום 9.5.2021 ניתנה הכרעת הדין, בגדרה הורשע דאהר בעבירות רצח, ניסיון שוד בנסיבות מחמירות וחבלה חמורה בנסיבות מחמירות. ביום 30.9.2021 נערך דיון שני בערעור, בו חזרו הצדדים על טיעוניהם.

דיון והכרעה

18. לאחר עיון בערעור על נספחיו, ולאחר שמיעת טענות הצדדים, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל בחלקו, במובן זה שהמשיב יורשע בביצוע ניסיון השוד בצוותא. אשר לעבירת הרצח, יותר הזיכוי על כנו.

הערעור על הזיכוי מעבירת ניסיון השוד

19. בעקבות עיון בטענות המערערת והמשיב, בהכרעת הדין של בית משפט קמא ובהודעותיו של המשיב במסגרתה, מצאתי כי דין הערעור להתקבל בחלקו.

מסקנתי, לאחר בחינת הדברים, היא שממצאי העובדה שבית המשפט קמא זיקק מתוך מכלול הודעות המשיב, מובילים למסקנה המשפטית כי המשיב הינו מבצע בצוותא של עבירת ניסיון השוד.

20. סעיף 29(א) לחוק העונשין, אשר מגדיר ביצוע בצוותא מהו, קובע:

"המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו

ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".

סעיף 31 לחוק העונשין מגדיר מסייע כך:

"מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע".

הבחנה זו בין "המבצע בצוותא" ו"המסייע" כונתה בספרות "מבחן ההשתתפות". לפי מבחן זה, המבצע בצוותא עשה מעשים לביצוע העבירה ממש, בעוד המסייע עשה מעשים שנועדו אך לאפשר את ביצועה, להקל עליה או לאבטחה. בהיות "מבחן ההשתתפות" קשה ליישום כשלעצמו, התוותה הפסיקה כמה וכמה מבחני עזר, לענין האבחנה בין מבצע בצוותא למסייע (ראו, למשל: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין, כרך א, 640-641 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי)).

21. כך, למשל, עשתה הפסיקה שימוש במבחן העזר של שליטה פונקציונלית-מהותית על האירוע, על מנת להבחין בין המבצע בצוותא והמסייע (ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פס' 87 לפסק דינו של השופט א' גולדברג (18.12.1997) (להלן: עניין מרקדו)). את מבחן העזר של שליטה פונקציונלית, יש לשלב וליישם לצד מבחנים אחרים, על מנת לעמוד על מרכיבי ההבחנה בין המבצע בצוותא לבין המסייע (ראו, למשל: ע"פ 2111/99 חיירו נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (26.11.2003) (להלן: עניין חיירו)).

מבחן עזר נוסף מבקש להתחקות אחר השתייכותו של אדם ל"מעגל הפנימי" של ביצוע העבירה - המאפיין את המבצעים בצוותא - לעומת המסייעים אשר מצויים במעגל חיצוני יותר של התכנית עבריינית. מי שנטל חלק בהחלטה משותפת לביצוע שוד, ואף היה צד לביצועה, משתייך למעגל הפנימי האמור, ונושא באחריות כמבצע בצוותא (ראו: ע"פ 3390/98 רוש נ' מדינת ישראל (28.12.1999) (להלן: עניין רוש); עניין חיירו, פס' 12 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן).

22. בפסיקה השתרשה ההבנה, כי החלתו של מבחן עזר יחיד לענין הבחנה בין מבצע בצוותא למסייע, עשויה לעורר קושי (ראו לענין זה מרים גור-אריה "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א' 29 (1990)). לפיכך, נהוג בבית משפט זה "המבחן המשולב" (רבין וואקי, בעמ' 643-644). בגדר המבחן המשולב, יש לבחון הן את איכות התרומה הפיזית של המבצע בצוותא, והן את היסוד הנפשי (עניין מרקדו, בפס' 88 לפסק דינו של השופט גולדברג). המבחן המשולב תואר כמקבילית כוחות - ככל שהיסוד הנפשי של עושה העבירה גבוה יותר, כך ניתן להסתפק בדרגה נמוכה יותר בכל הנוגע ליסוד העובדתי. הלכה למעשה, באים מבחני העזר של שליטה פונקציונלית ושל חברות במעגל הפנימי של ביצוע העבירה כשיקולים, בגדרי בחינת המבחן המשולב.

המבחן המשולב, אם כן, הוא מבחן רחב, המתמקד הן ביסוד העובדתי והן ביסוד הנפשי של התנהגותו הפלילית של אדם. הוא בוחן את מעשיו ואת כוונתו, וכולל בחובו גם בחינה של שליטתו באירוע הפלילי, רמת מעורבותו במעגל המצומצם והפנימי של המשתתפים בו ובתכניתם המשותפת.

יודגש, עם זאת, כי הפסיקה נתנה דעתה על חשיבות שמירת הפרדה בין המבצע בצוותא לבין המסייע, והזהירה מפני הרחבה של מושג המבצע בצוותא יתר על המידה. כך, הוצע להתמקד בשאלה האם בוצע תכנון מוקדם, והאם הנאשם נטל חלק בביצוע הפיזי של העבירה - כאשר ככל שמידת המעורבות בתכנון גדולה יותר, יוכל בית המשפט להסתפק במעורבות מצומצמת יותר בביצוע הפיזי של העבירה (ראו: ע"פ 2638/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס) (24.3.2011).

23. יוער, כי בפסיקה הוזכר מבחן דומה בטיבו למבחן המשולב, לפיו על בית המשפט להתחקות אחר "ארבעה מושגי מפתח" המאפיינים את התנהלותו של המבצע בצוותא: תכנית משותפת; מעגל פנימי; שליטה פונקציונאלית; וגוף אחד (ראו ע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל, פס' 24 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (11.11.2012) (להלן: עניין באשה); ע"פ 8382/17 ג'בר נ' מדינת ישראל (28.7.2019)).

24. ומן הכלל אל הפרט. בענייננו, קיבל בית משפט קמא את הודעותיו של המשיב בחקירותיו במשטרה, ובפרט הודעותיו השלישית והחמישית. בית המשפט מצא כי יש לייחס לגרסאות שהציג המשיב בהודעות אלה את מלוא המשקל; כי הן אמינות; רצופות בפרטים מוכמנים; מפורטות; ניתנו מרצונו הטוב והחופשי של המשיב; וכי מדובר בגרסת אמת.

בהודעותיו השלישית והחמישית, הודה הלכה למעשה המשיב בהיותו שותף פעיל בכל אחד ואחד משלבי הוצאתה של המזימה העבריינית לפועל. כאן המקום להעיר במאמר מוסגר כי על אף הזהירות המתבקשת בקביעת מסקנה מרשיעה רק בהתבסס על מוצא פיו של המשיב, יש לזכור שלפנינו נמצאים לא רק דבריו של המשיב בהודאתו אלא גם התנהגותו בפועל בזמן אמת כפי שהוכחה מהודאתו ומראיות אובייקטיביות נוספות.

25. בית משפט קמא לא ראה במשיב מבצע בצוותא, משלטעמו אין די בהסעת האחרים לדירה, כאשר כל שאר הפעילות, כמו פירוק לוחית הרישוי, כיסוי פניו ו"הסיור המכין" בשטח נכללות בפעולה העיקרית של הסעת האחרים. עוד נקבע:

"ער אני לכך כי הנאשם הודה ש'הסכים איתם'. אולם המילים 'הסכמתי איתם' נושאות בהכרח שני פירושים. האחד, הסכמתי להשתתף בפעולות השוד, ואזי יכול שיוגדר כ'מבצע בצוותא', והשני, הסכמתי לשמש כנהג. דומני שההקשר הכללי שם מעיד בהכרח זו הייתה כוונת הנאשם, ומכל מקום, בוודאי שהמאשימה לא הוכיחה, מעל לכל ספק סביר, כוונה אחרת של הנאשם" (פס' 81 להכרעת הדין).

באשר לעובדה שהמשיב ושותפיו עברו בסמוך לדירת ההימורים זמן קצר לפני ביצוע ניסיון השוד, קבע בית משפט קמא כי לא הוכח שמדובר אכן ב"סיור מכין", ומכל מקום גם סיור זה נבלע לחלוטין בתפקידו של המשיב ("כנהג מסייע, מה לי הסעה אחת? ומה לי שתי הסעות?") (פס' 81 להכרעת הדין)). הוא הדין עם הסתרת פניו של המשיב ופירוק לוחית הרישוי, והצבעתו של המשיב על השער המוביל לדירת ההימורים.

26. דעתי שונה. שקילת מכלול הראיות שהיו מונחות לפני בית משפט קמא הייתה צריכה להוביל את בית משפט קמא למסקנה המתבקשת, כי חלקו של המשיב בהתייחס לאירוע ניסיון השוד הינו כמבצע בצוותא, ולא כמסייע, כפי שיפורט להלן:

(א) באשר לשלב המקדים לשוד - הודה המשיב בכך שסיפר לדאהר ולאחר על דירת ההימורים ("התחלתי לספר להם על המשחק, הם התחילו לומר לי בוא נלך לעשות עליהם שוד" (עמ' 59 לתמלול ההודעה השלישית)). המשיב טען כי תחילה התנגד ("הכניסה אין לה יציאה [...] יעני מסוכן [...] אמרתי להם עזבו אותכם" (שם)), אך לבסוף השתכנע לקחת חלק פעיל בהוצאתו של המיזם העברייני לפועל ("דאהר") התחיל לומר לי בוא כנס פנימה ואתה לא קשור בכלום, אתה רק תהיה נהג [...] הוא המשיך ללחוץ עלי עד שהסכמתי" (עמ' 60-61 לתמלול ההודעה השלישית)). המשיב סיפר כי אמר לשותפיו: "אני לא רוצה ששום בנאדם יפגע כי כל מישהו יש בפנים, מהמשפחה הם קרובי משפחה שלי, ואני לא רוצה שמישהו יפגע" (עמ' 115 לתמלול ההודעה החמישית).

(ב) המשיב סיפר כי שוכנע להצטרף לניסיון השוד, לאחר שהובטח לו שלא יצטרך להיכנס לדירת ההימורים וכי יקבל 20% מהכספים שישדדו ("אל תעשה שום דבר ולא אכפת לך, ומה שיהיה אתה אמור לקבל עשרים אחוז [...] שסוכם שאני מקבל עשרים אחוז דאהר מקבל ארבעים אחוז ו[האחר] יקבל ארבעים אחוז מהכסף שהולכים לגנוב מהשוד, הכסף של השוד" (עמ' 116 לתמלול ההודעה החמישית)), אף שבהמשך טען כי אמר שהוא לא מעוניין בחלוקה ("אני אמרתי להם אני לא רוצה להתחלק אתכם", ובהמשך "אחד השותפים אמר] והוא לא רוצה להכניס את עצמי, [אז] אנחנו ניקח אני ארבעים ואתה ארבעים וניתן לו [למשיב] את העשרים", (עמ' 118 לתמלול ההודעה החמישית)).

(ג) המשיב סיפר כי ידע שדאהר והאחר "לקחו איתם שני סכינים מאצל דאהר" (עמ' 64 לתמלול ההודעה השלישית), וכי היו רעולי פנים. בהמשך, טען כי "הם תמיד מחזיקים סכינים כי הם מסוכסכים עם עוד משפחה ביפיע" (עמ' 81 לתמלול ההודעה השלישית), וגם כי "אני ראיתי סכין עם דאהר אבל עם [האחר] לא ראיתי סכין" (עמ' 88 לתמלול ההודעה השלישית). בהמשך, הוסיף כי הסיר את לוחית הרישוי מעל רכבו בטרם ביצע ניסיון השוד. לדבריו, תחילה לא רצה להסיר את הלוחית, ואולם לבסוף שוכנע, והסירה באמצעות סכין (עמ' 121-122 לתמלול ההודעה החמישית).

(ד) המשיב הודה גם בכך שהוא זה שהסיע את שני שותפיו אל דירת ההימורים, אפשר לדאהר ולאחר לרדת מהרכב בו נהג, והמתין להם עד ששבו (עמ' 65-66 לתמלול ההודעה השלישית). בשלב זה, טען כי השניים אמרו לו שלא יכלו להיכנס אל דירת ההימורים בגלל "שראו שיש הרבה גברים", אך "לא אמרו לי שקרה דקירה ותקיפה ורצח" (עמ' 69 לתמלול ההודעה השלישית). בהמשך הודה כי שמע שהאירוע בתוך דירת ההימורים הסתבך.

(ה) גם לאחר שהשוד הסתבך, דבק המשיב בתכנית העבריינית. הוא הסיע את דאהר והאחר למקום מרוחק, שם שרפו את בגדיהם. בכל הנוגע לסכינים, טען המשיב כי "את הסכינים לא יודע לאן לקח אותם, אולי החביאו אותם" (עמ' 71 לתמלול החקירה השלישית).

27. מן המקובץ עולים, אם כן, ממצאי העובדה הבאים: המשיב הוא שסיפר לשותפיו על קיומה של דירת ההימורים; גם בהנחה שהמשיב לא היה יוזם והוגה רעיון השוד, בהמשך תכננו השלושה את השוד בצוותא חדא - הגם שבתחילה בהתנגדות מסוימת של המשיב, אשר הוסרה בתוך זמן קצר; השלושה הכינו את השוד במשותף, תוך שהמשיב עצמו הסיר את לוחית הרישוי מהרכב בו נהג; במסגרת ההכנה, אף סוכם כי השלושה יתחלקו ברווחים, כך שהמשיב יזכה ל-20% מהסכום שיישדד על ידי דאהר והאחר; המשיב ידע בעת ההכנה כי שותפיו נושאים לכל הפחות סכין אחד; המעורבים בשוד היו רעולי פנים; המשיב הזהיר את שותפיו לבל יפגעו בבני משפחתו או בחברים; מספר דקות קודם

לחניה בסמוך לדירה, ערכו המשיב ושותפיו מעין "סיור" קצר בשטח, ספק סיור מכין, אשר לא סופק לו כל הסבר; המשיב הביא את דאהר והאחר אל דירת ההימורים, והמתין להם במקום; לאחר ניסיון השוד הכושל נסעו השלושה למקום מרוחק, על מנת להיפטר מראיות.

28. נוכח ממצאי עובדה אלה אין אלא להגיע, לטעמי, למסקנה המשפטית כי המשיב ביצע את השוד כמבצע בצוותא. מעשיו, שליטתו הפונקציונלית באירוע, והיסוד הנפשי בו התאפיין ביחס למעשים אינם מאפשרים לראות בו חלק מ"המעגל החיצוני" לביצוע העבירה ותו לא. המשיב לא הסתפק בביצוע מעשים אשר נועדו "לאפשר או להקל" על ביצוע העבירה, כלשון חוק העונשין. מעשיו היו חלק מביצועה של העבירה ממש.

29. אשר ליסוד העובדתי - המשיב ביצע שורת מעשים, אשר מהווים חלק מביצוע העבירה בפועל. הוא סיפר על המקום בו ניתן לבצע את השוד, הוריד את לוחית הרישוי ונהג את שותפיו למקום. הוא המתין להם בחוץ עד ששבו, ולאחר מכן מילט אותם לזירת שריפת הבגדים. מי שמסיע שודדים למקום ביצוע השוד, כאשר חלוקת העבודה המוקדמת ביניהם - בגדרה הוחלט כי המשיב ימתין בחוץ ברכב, עת מבוצע השוד עצמו בתוך דירת ההימורים - מאפשרת הכרה בנהג כמבצע בצוותא של השוד. בית משפט זה עמד בעבר על כי:

"טול את ראובן, שמעון ולוי, המתכננים ביצוע שוד בנק. על-פי חלוקת העבודה ביניהם, ראובן המתין מחוץ לבנק ואיבטח את חבריו. שמעון ולוי נכנסו לבנק. שמעון שמר על פקידי הבנק והלקוחות. לוי נטל את הכסף. במצב דברים זה ראובן, שמעון ולוי הם מבצעים בצוותא של עבירת השוד" (ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (4.8.1996))

בענייננו, לדברים משנה תוקף, שכן המשיב לא רק המתין מחוץ לדירה: הוא מי שהסיע את שותפיו למקום ביצוע השוד, ומי שסיפר להם מלכתחילה על קיומו של המקום בו ניתן לבצע את הפשע. הוא אף אמר היה לקחת נתח משלל השוד.

30. כל הממצאים המפורטים לעיל, בשים לב לכך שהפסיקה עמדה זה מכבר על כי נוכחות בזירה בה בוצעה העבירה אינה כשלעצמה מהווה תנאי הכרחי (או מספיק) על מנת לראות באדם מבצע בצוותא של עבירה, תומכים כולם במסקנה המשפטית כי המשיב ביצע את ניסיון השוד בצוותא עם דאהר והאחר, וכי מעשיו הם הרבה מעבר לסיוע גרידא (ראו, למשל: דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פס' 30 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' מצא (29.5.1998); רבין ו-ואקי, עמ' 646).

31. משכך, בכל הנוגע ליסוד העובדתי, בית משפט קמא לא העניק את המשקל הראוי למעשיו של המשיב, אשר מציבים אותו בין מבצעי העבירה עצמה, ומלמדים כי יש לסווג את מעשיו כביצוע בצוותא של עבירת ניסיון השוד.

32. אשר ליסוד הנפשי - אף היסוד הנפשי אשר אפיין את המשיב מצביע, לדידי, על כי מדובר במבצע בצוותא של עבירת ניסיון השוד, ולא במסייע בלבד.

מממצאי העובדה עולה בבירור כי המשיב היה מודע היטב לכך שמטרת הנסיעה היא ביצוע שוד. 20% מתקבולי העבירה הובטחו לו. זאת ועוד, אין גם כל ספק, כעולה מחומר הראיות ובפרט מהודעתו החמישית של המשיב במשטרה, כי התנהלותו ומעשיו הונעו על ידי מחשבה פלילית מובהקת. המשיב היה מודע לכך שהוא פועל במסגרת תכנית עבריינית לביצוע שוד בצוותא עם שותפיו, כפי שעולה מהתכנון המוקדם וחלוקת התפקידים. המשיב, אמנם, לא היה "אדון העבירה" היחיד - והסכים לקחת חלק במזימה העבריינית לאחר ששוכנע על ידי שותפיו - אולם מרגע שהתגייס לביצועה, מעשיו והודאותיו מצביעים במובהק על כך שהיה חלק מהמעגל הפנימי של המבצעים. הוא לקח חלק פעיל בתכנית הפלילית: בהכנתה, בביצועה בפועל, ובהסתרת המעשים בדיעבד. משכך, אני סבור כי אף ראשו זה של המבחן המשולב מצדיק לסווג את המשיב כמבצע בצוותא.

33. מ"רשימת הממצאים" שערך בית משפט קמא (ראו בפסקה 8) עולה כי המשיב הסכים להיות נהג; הסיע את האחרים לדירה; המתין להם והסיעם חזרה; הובילם למקום מבודד שם שרפו את הבגדים; פירק את לוחית הרישוי; הרכיב אותן חזרה; חלף עם האחרים סמוך לדירת ההימורים מספר דקות לפני השוד עצמו; כיסה את פניו בצעיף בטרם נסע לדירה; והצביע על שער הכניסה.

ואולם, מרשימה זו נעדרים שני ממצאים חשובים נוספים, אשר מחזקים את היותו של המשיב חלק אינהרנטי מביצוע עבירת ניסיון השוד. ראשית, ההבטחה שניתנה למשיב להיות שותף לרווחים. שנית, השיח שניהל עם שותפיו באשר לאופן בו יבוצע השוד, וההבטחה שקיבל כי איש לא ייפגע בעקבותיו. שני נתונים אלה מצביעים ביתר שאת על היות חלקו של המשיב בביצוע עבירת ניסיון השוד, הרבה מעבר לסיוע בלבד. המשיב היה חלק ממשי ופנימי מגיבוש התכנית והוצאתה לפועל.

בהקשר זה מצאתי להעיר בפרט כי מחומר הראיות ומממצאי העובדה עולה שבית משפט קמא לא העניק די משקל לרמת שליטתו הפונקציונלית של המשיב בתוכנית העבריינית. דומני, כי לא בכדי הפצירו בו השותפים לקחת חלק בתוכנית העבריינית. נוכח היכרותו את המקום, את טיב המשחקים המשוחקים בו ואת הנפשות הפועלות בו - הייתה לו יכולת לתרום תרומה משמעותית להוצאתה לפועל של התכנית העבריינית. הוא היה דרוש לה, ובהתאם הייתה לו שליטה ממשית בה. אילו היה עומד על סירובו להשתתף בתוכנית העבריינית, היה בסירוב זה כדי להקשות משמעותית על ביצועה. גם בכך יש כדי לתמוך במסקנה, שהמשיב היה מבצע בצוותא של העבירה.

34. לשון אחר, בית משפט קמא לא העניק לדידי די משקל ל"ארבע מילות המפתח" האמורות, המשמשות לצורך אבחנה בין מבצע בצוותא ומסייע (עניין באשה). המשיב בענייננו היה מעודכן ומעורב בתכנית המשותפת ולקח חלק בגיבושה ובהוצאתה לפועל; הוא לקח חלק במעגל הפנימי של מבצעי העבירה, ואף הוצעו לו תקבולים בגין שותפותו זו; למשיב הייתה מידה ממשית של שליטה פונקציונלית באירוע. למעשה, אירוע השוד כולו הוא תוצאה של חשיפת קיומה של דירת ההימורים על ידי המשיב - ושותפיו נדרשו לשכנע אותו להצטרף אליהם, לא בכדי; למשיב יועד תפקיד מבעוד מועד במסגרת התכנית העבריינית, תפקיד אשר היה חיוני לביצוע העבירה, ובמובן זה פעל בתיאום עם יתר המבצעים כגוף אחד, ולא בנפרד או כגורם חיצוני.

מידת מעורבותו בשלב התכנון וההכנה של השוד, מצדיקות לדידי את ההכרה בו כמבצע בצוותא, גם אם חלקו הפיזי בביצוע העבירה עצמה הוגבל להמתנה ברכב ולתפקוד כנהג מילוט.

35. אם כן, שני ראשיו של המבחן המשולב - הן זה הנוגע ליסוד העובדתי והן זה הנוגע ליסוד הנפשי - מצביעים על כך שיש למקם את המשיב במעגל הפנימי של ביצוע העבירה. לא ניתן לראות במי שהסגיר את מיקומה של דירת ההימורים; לקח חלק בתכנון השוד והכנתו; ציפה לקבלת 20% משלל השוד; נהג את שותפיו לשוד לזירת השוד; המתין להם עד שייצאו; והסיעם למקום מרוחק לצורך השמדת הראיות - כל זאת על פי הודאתו שלו, אשר נמצאה אמינה ונתמכת בראיות חיצוניות - כמי שהוא בגדר "מסייע" ותו לא.

36. משכך, אציע לחבריי כי נורה על הרשעתו של המשיב כמבצע בצוותא של עבירת ניסיון שוד בנסיבות מחמירות.

הערעור על הזיכוי מעבירת הרצח

37. משנמצא המשיב אשם בביצוע עבירת ניסיון שוד בנסיבות מחמירות בצוותא, שבה וקמה השאלה האם יש לייחס לו אחריות בפלילים גם ביחס להמתתו של המנוח.

38. עובר לתיקון 137 לחוק העונשין, הגדיר החוק את עבירת הרצח כדלקמן:

300. (א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו - מאסר עולם ועונש זה בלבד:

(1) גורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים, למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו;

(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;

(3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה;

(4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש.

על כך מוסיף סעיף 34א(א)(1) לחוק העונשין:

34א. (א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה -

(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

39. הדין מחייב הבחנה בין שלושה תרחישים: מצב דברים בו צפה מבצע בצוותא של עבירה את אפשרות ביצועה של העבירה הנלווית בפועל; מצב דברים בו לא צפה מבצע בצוותא של עבירה את אפשרות ביצועה של העבירה הנלווית

בפועל, ואולם אדם מן היישוב יכול היה לצפות אותה בכוח; ומצב דברים בו לא נתקיימה לא צפיות בפועל ולא צפיות בכוח.

במצב דברים בו המבצע בצוותא היה מודע בפועל לאפשרות ביצועה של העבירה הנוספת, בין אם זו הייתה חלק מהתכנון המקורי ובין אם הייתה סטייה מהתכנון כאשר המבצע בצוותא היה מודע לאפשרות ביצועה, תוטל אחריות ישירה על כלל השותפים, המבצעים בצוותא.

מקום בו המבצע בצוותא לא היה מודע בפועל לאפשרות ביצוע העבירה הנוספת, אולם ניתן היה לצפות אותה בכוח לפי מבחן האדם מן היישוב, תחול אחריות על עבירה שונה או נוספת לפי סעיף 34א לחוק העונשין, כאשר אם הייתה העבירה הנוספת עבירת כוונה, יישא בה המבצע בצוותא כעבירה של אדישות.

לעומת זאת, כאשר העבירה הנוספת לא נצפתה בפועל על ידי יתר השותפים, ואף לא היה ניתן היה לצפותה בכוח, לא תחול עליהם כל אחריות לעבירה הנלווית (ע"פ 2948/03 ברזובסקי נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (20.6.2005) (להלן: עניין ברזובסקי)).

40. בענייננו, מצא בית משפט קמא לזכות את המשיב מעבירת הרצח - ראשית, מפני שלטעמו אין מדובר במבצע בצוותא של ניסיון השוד, כי אם במסייע בלבד; שנית, מפני שלעמדת בית משפט קמא, לא הוכחה לפניו הטענה שהאחר אשר דקר את המנוח אכן ביצע עבירת רצח; ושלישית, בהנחה שאכן הוכח כי בוצעה עבירת רצח הרי שלא הוכחה מודעותו של המשיב לאפשרות כי יתרחש מעשה המתה במסגרת השוד.

41. כאמור, לדידי, המעשים שביצע המשיב עולים כדי ביצוע בצוותא של ניסיון שוד בנסיבות מחמירות. אף לו הייתי נכון להניח, כי מממצאי העובדה שנקבעו בבית משפט קמא, עולה שהאחר אכן ביצע עבירת רצח, בשים לב גם להכרעת הדין בעניינו של דאהר, אשר ניתנה לאחר פסק הדין בעניינו של המשיב - אינני סבור כי עלה בידי המערערת להוכיח מעל לכל ספק סביר, כי במשיב התגבשה צפיות בפועל או בכוח לאפשרות ביצועה של עבירת המתה במסגרת השוד.

42. ראשית כל, אין ספק כי במסגרת תכנון השוד, לא תכננו השלושה לבצע גם רצח. על פי ממצאי העובדה, ההיפך הוא הנכון - המשיב הבהיר כי הנוכחים בזירת השוד הם חברים ומשפחה, והוא מבקש שיובטח לו שאיש לא יפגע. עבירת ההמתה בוצעה במסגרת הסתבכות של ניסיון השוד, ולא מתוך תכנון מראש. על כן, על מנת לייחס אחריות למשיב בגין עבירת הרצח, על המערערת להוכיח כי המשיב היה מודע בפועל לאפשרות ביצועה של עבירת ההמתה, ולחלופין כי אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לכך בנסיבות האירוע. לשיטתי, המערערת לא עמדה בנטל להוכיח מעל לכל ספק סביר, כי אלה אכן היו פני הדברים.

43. אשר לצפיות בפועל - על מודעותו של המשיב לאפשרות ביצוע עבירת ההמתה כעבירה נוספת במסגרת השוד, מנסה המערערת ללמוד מהאזהרות שהזהיר את שותפיו, בטרם ביצעו את השוד, ומהעובדה שהודה כי ידע ששותפיו חמושים בנשק קר.

44. בהודעותיו במשטרה, אמר המשיב כי חשב שביצוע השוד הוא מסוכן (עמ' 59 לתמלול ההודעה השלישית). הוא הודה גם כי ידע ששותפיו לקחו עמם סכינים (עמ' 64 לתמלול ההודעה השלישית), אם כי מאוחר יותר טען שראה רק סכין אחת, "אולי אותה סכין שהייתה ביד של כרם [האחר] ואחרי זה דאהר לקח" (עמ' 88-89 לתמלול ההודעה השלישית), וכי דאהר נוהג לשאת סכינים כעניין שבשגרה (עמ' 82 לתמלול ההודעה השלישית).

בהמשך, אמר המשיב כי הזהיר את שותפיו לבל יפגעו באיש במהלך ביצוע השוד - במילים "אני לא רוצה ששום בנאדם יפגע כי כל מישהו יש בפנים, מהמשפחה הם קרובי משפחה שלי, ואני לא רוצה שמישהו יפגע [...] כל אלה שהם בפנים הם קרובי משפחה שלי ביחד עם חברים. אמר לי בסדר אל תדאג" (עמ' 115 לתמלול ההודעה החמישית). לדבריו, שותפיו אמרו לו שהם אינם מעוניינים לפגוע באף אחד, וכי הם מודעים לכך שהוא חושש מפגיעה בקרובי משפחתו וחבריו (עמ' 119 לתמלול ההודעה החמישית). זאת ועוד, המשיב מסר בהודעתו כי שותפיו הבטיחו לו שלא יפגעו באף אחד בפועל ("כי הם אמרו לי שהם לא יפגעו באף אחד", עמ' 119 לתמלול ההודעה החמישית).

45. המערערת ביקשה להסתמך על אמירת המשיב, לפיה ידע שישנו סיכוי שיתפתח עימות אלים, ובמידה שתהיה התנגדות יכול הדבר להוליד שימוש בסכינים, באופן שעשוי להוביל למוות. בית משפט קמא קבע, כממצא שבעובדה, שאין בדברים שאמר המשיב את שמבקשת המערערת למצוא בהם:

"אמנם, הנאשם אמר משפט סתמי ולפיו 'ישנה אפשרות שאדם שמנסה לשדוד אותו יתנגד לכך ואז השודד יכול לעשות שימוש בכח ואם יש לשודד סכין אז יכול שיעשה בה שימוש, ואם הסכין בעלת להב גדול, אז יש סיכוי שמי שנדקר ימות' [אך] זהו משפט היפותטי בעליל ודומני, שאי אפשר על בסיסו בלבד, לקבוע שלנאשם הייתה מודעות של ממש לכך שעבירת השוד, או הניסיון לה, עלולה להסתיים ברצח!" (פס' 101 להכרעת הדין).

46. מסקנה זו של בית משפט קמא מקובלת עליי. הודעות המשיב, שהתקבלו כאמינות וככאלה שיש ליתן להן את מלוא המשקל, אינן מצביעות לטעמי על כך המשיב היה מודע בפועל לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית. ראשית כל, לא עולה מהודעות אלה כי הוא חשש ממותו של מי מהנוכחים בדירת ההימורים, אם כי הוא בהחלט חשש מפגיעה כלשהי בהם. על כן, פעל המשיב על מנת להבהיר לשותפיו כי הוא חושש מהסתבכות השוד, ובמטרה לחלץ מהם הבטחה שלא לפגוע באיש. מן ההודעה עולה כי התרצה, והשתתף בתכנית העבריינית, לאחר ששותפיו התחייבו בפניו שלא יפגעו באיש. על פניו, ייתכן כי אלמלא היו מתחייבים בהתחייבות זו, לא היה המשיב משתתף בתכנית העבריינית. ספק, בעיני, אם נוכח הבטחות השותפים שלא לפגוע באיש, צפה המשיב בפועל את האפשרות שמאן דהוא יפגע במהלך ניסיון השוד בכל זאת, ומקל וחומר שלא הוכח כי צפה שמי מהמשתתפים ימצא את מותו. אשר על כן, ממכלול הנסיבות שפורט לעיל בידי לקבוע כי לא עלה בידי המערערת להוכיח מעל לכל ספק סביר כי אכן התגבשה בקרב המשיב מודעות בפועל לאפשרות ביצועה של עבירת רצח.

47. אשר לצפיות בכוח, הרי ששאלה זו נבחנת נוכח נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה נתון, תוך התמקדות בבחינת השאלה האם יכולה הייתה להתקיים צפיות כזו. כפי שקבע בית משפט זה:

"את קיומה של צפיות בכוח לביצועה של עבירה שונה או נוספת יש לבחון לאור נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. הבחינה, יש לזכור, היא לעולם בדיעבד, ועליה להתייחס לנסיבות ביצועה של העבירה השונה או הנוספת, כפי שבוצעה בפועל. טול עבירת רצח, המבוצעת בידי אחד המבצעים בצוותא של עבירת שוד במהלך השוד. המבחן להחלת

אחריות לביצועה על המבצעים האחרים איננו נעוץ בשאלה אם רצח אגב שוד מהווה התרחשות צפויה. המבחן הוא אם בנסיבות ההתרחשות הקטלנית כפי שאירעה בפועל, ניתן לייחס למבצעים האחרים מודעות בכוח. אכן נכון הדבר, כי ביצועה של עבירת שוד כרוך, מעצם טבעו, בשימוש באלימות, והשימוש באלימות עלול להסתיים במות הקורבן, ואולם, הסיכון שמעשה שוד יסתיים בהמתת הקורבן באמצעות שימוש בנשק או במכשיר חבלני הוא בדרגת הסתברות הרבה יותר גבוהה מן הסיכון שקורבן השוד יומת כשאיש ממבצעי השוד איננו חמוש. לעניין הטלתה של אחריות להמתת הקורבן בידי אחד השודדים גם על המבצעים האחרים של השוד נודעת אפוא משמעות - כחלק מנסיבות ההתרחשות - גם לשאלה, אם הרצח בוצע באמצעות נשק או מכשיר מסוכן. ואם התשובה לכך היא בחיוב, תיוודע משמעות גם לשאלה אם דבר הימצאות הנשק או המכשיר ברשות העבריין, שהמית בו את הקורבן, היה בידיעתם של המבצעים האחרים" (עניין רוש, פס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' מצא).

צפיות בכוח נמדדת - אם כן - באמת מידה של סבירות, במבחן של "אדם מן היישוב", אך הבחינה נעשית לעד בתוך נסיבות העניין הקונקרטי והסובייקטיבי, כאשר נקודת המוצא לבחינת הצפיות בכוח מבוססת על המטען הסובייקטיבי שהיה למבצע הספציפי בנסיבות הקשורות לביצוע העבירה (ראו, למשל: ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש (18.6.2001) (להלן: עניין דהן)).

48. יוער, כי אמנם אין דרישה לנוכחות פיזית של המבצע בצוותא בזירה על מנת למצוא כי הוא נושא באחריות בגין העבירה הנוספת, ותתכן הרשעה של מבצע בצוותא בגין עבירה נוספת שביצע שותפו, הן באופן ישיר והן לפי הוראות סעיף 34 לחוק העונשין - ואולם היעדר הנוכחות הפיזית בזירה, עשויה להוות מכשול ראייתי מסוים, במקרים גבוליים. כפי שציין בית משפט זה בעבר:

"נוכחות השותף בזירה בעת בצוע העבירה הנוספת על ידי חברו עשויה לתרום בהיבט הראייתי להסקת מסקנה בדבר קיום ציפייה בפועל או אפשרות ציפייה בכח, לפי הענין. מצד שני, ההעדרות מן הזירה מצריכה מצידה משקל ראייתי בעל עוצמה לביסוס מסקנה בדבר מעורבות השותף הנעדר בעבירה נוספת אשר בוצעה בפועל בידי חבריו שנכחו במקום" (עניין ברזובסקי, פס' 16 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה).

49. לא בלא התלבטות, מצאתי כי בענייננו, לא עלה בידי המערערת להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי התקיימה אצל המשיב צפיות בכוח. ענייננו מאופיין בכמה נסיבות קונקרטיות ייחודיות, אשר מעלות לטעמי ספק באשר לקיומה של צפיות בכוח, ולפיכך מצדיקות את זיכויו של המשיב מעבירת הרצח שיוחסה לו.

50. ספק ראשון, מתעורר בשל העמימות העובדתית בכל הנוגע למספר הסכינים שראה המשיב, ורמת החשיבות שייחס להן. המשיב הודה כי ראה סכינים בידיהם של שותפיו. ואולם, על פניו, ייתכן שראה רק סכין אחת, זו של דאהר. בהודעותיו, שנמצאו אמינות, הבהיר המשיב כי דאהר נוהג להסתובב עם סכינים דרך קבע. בנסיבות אלה, לא ניתן לומר בהכרח כי אדם מן היישוב, בנסיבות הקונקרטיות, היה צופה כי אדם אשר נוהג לשאת סכינים בדרך קבע, יעשה שימוש בסכין לשם ביצוע עבירת המתה, מה גם שדאהר הוא אכן לא מי שביצע את הדקירה שהובילה למותו של המנוח. העמימות העובדתית ביחס לטיב מודעותו של המשיב להחלטת שותפיו לשאת עמם סכינים ולאפשרות שיעשה בהם שימוש, מעלה ספק באשר לקיומה של צפיות בכוח לאפשרות הסתבכות השוד עד כדי ביצוע עבירת רצח במהלכו.

51. ספק נוסף נובע מחילופי הדברים בין המשיב לבין שותפיו, באשר לאפשרות שמי מיושבי הדירה או השודדים ייפגע. כאמור, המשיב הפציר בשותפיו שלא לפגוע באיש, וממצאי בית משפט קמא עולה כי אכן הובטח לו שאיש לא ייפגע. את חילופי הדברים בין המשיב ושותפיו לשוד בהקשר זה, ניתן לפרש לשני כיוונים. ניתן לראות בעצם החשש שעלה בפועל בנוגע לאפשרות שמישהו מיושבי הדירה ייפגע, ככזה המצדיק קביעה שקיימת למצער צפיות בכוח לאפשרות פגיעה. ואולם, העובדה שהמשיב התרצה ושיתף פעולה עם התכנית העבריינית רק לאחר שהובטח לו שאיש לא ייפגע, יכולה להתפרש גם באופן הפוך. יתכן שאמנם הובטח למשיב, באופן שנתפס בנסיבות כאמין או מתקבל על הדעת, שאכן איש לא ייפגע, וכי הדבר הניח את דעתו כך שהוא לא חשש עוד מאפשרות הפגיעה במי מהשוהים בדירת ההימורים. בעוד שתי הפרשנויות הללו אפשריות, הרי שקיומה של האפשרות השנייה מעורר, לדידי, ספק באשר לקיומה של צפיות בכוח בנסיבות העניין.

52. ולכך, מצטרפת כאמור העובדה שהמשיב לא נכח בזירה בעת ביצוע הרצח, ולפיכך לא היה ער להתפתחויות שחלו עם כניסתם של שותפיו לדירה עצמה, לרבות האיום בסכנים ממש. כאמור, היעדרות מן הזירה מצריכה מסד ראייתי מוגבר על מנת להטיל אחריות בפלילים של עבירה נוספת, על מבצע בצוותא של עבירת המקור (עניין ברזובסקי, פס' 16 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה).

53. אם כן, נקודת המוצא לבחינת הצפיות בכוח מבוססת על המטען הסובייקטיבי שהיה למבצע הספציפי בנסיבות הקשורות לביצוע העבירה (ראו, למשל: עניין דהן, פס' 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' בייניש (18.6.2001)). שאלת הצפיות בכוח נמדדת על פי אמת מידה אובייקטיבית, אך מתוך נקודת מוצא של הקשר דברים סובייקטיבי (עניין ברזובסקי, פס' 16 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). הלכת ברזובסקי פורשה כקובעת שלעניין מודעות בכוח, אין די בכך שאדם מן היישוב היה צופה את ביצוע העבירה הנוספת, אלא שיש לשקלל גם את הקשר הדברים הסובייקטיבי, כאשר "ההלכה הפסוקה דורשת גם הוכחת קיומו של חשד סובייקטיבי של העושה ואינה מסתפקת רק בחשד שהיה עשוי להתעורר בליבו של אדם מן היישוב" (ראו: ע"פ 10407/07 אוליינקוב נ' מדינת ישראל, פס' 19-22 לפסק דינו של השופט א' לוי, והפסיקה הנזכרת שם).

במילים אחרות, השאלה אשר הוטל על בית המשפט להשיב לה, על מנת לקבוע ממצאים באשר לקיומה או היעדרה של צפיות בכוח לעניין הטלת אחריות פלילית לפי סעיף 34א לחוק העונשין, אינה רק האם אדם מן היישוב היה צופה את גרם התוצאה הקטלנית. השאלה היא האם אדם מן היישוב אשר היה מצוי בנעליו הסובייקטיביות של המשיב, יכול היה לצפות את גרם התוצאה הקטלני.

54. בענייננו, מתעורר ספק סביר, באשר לאפשרות להשיב על שאלה זו בחיוב. אמנם, יתכן כי אדם מן היישוב בסיטואציה הסטנדרטית של תכנון שוד, יכול לצפות (אובייקטיבית) ששוד מהסוג שביקשו המשיב ושותפיו לבצע, עלול להוביל לאלימות, אשר עלולה להוביל לביצועה של עבירת המתה. ואולם בקביעה זו אין די, שכן יש להתחשב בקיומו של חשד סובייקטיבי של המשיב, על מנת לקבוע כי התקיימה אצלו מודעות בכוח. בענייננו, לא מצאתי כי ניתן לקבוע ממצא כזה.

כאמור, לא הוברר עד תום כמה סכנים ראה המשיב, וייתכן כי הוא ראה רק סכין אחת; לא הופרכה האפשרות, כי הסכין שראה שייכת לאדם שנהג לשאת סכנים דרך קבע, אף מבלי להשתמש בהם; המשיב הזהיר את שותפיו לבל יפגעו ביושבי הדירה, וניאות להצטרף למזימה העבריינית רק לאחר ובעקבות אזהרות אלה; המשיב קיבל הבטחה

שבמסגרת השוד לא ייפגע איש; המשיב גם נעדר מהזירה בעת הרצח ואף שניאות לשתף פעולה בביצוע השוד הוא סירב באופן עיקש להיכנס לזירה וליטול חלק פיזי בביצוע השוד עצמו.

שילובן של כלל נסיבות אלה, עורר בליבי ספק, העולה כדי ספק סביר, באשר לאפשרות לקבוע כי התקיימה אצל המשיב צפיות בכוח לגרם התוצאה הקטלנית, בנסיבות העניין.

55. במאמר מוסגר יוער, כי בית משפט זה ציין בעבר כי בין המטרות החקיקתיות להטלת אחריות על מבצע בצוותא לעבירה שונה או נוספת לפי סעיף 34א לחוק העונשין הינה לעודד את המבצע בצוותא לפעול, בטרם היציאה לביצוע העבירה המשותפת, על מנת למנוע אפשרות ביצועה של עבירה שונה או נוספת "למשל בכך שידרוש מחבריו שלא לשאת עמם נשק בעת הביצוע המשותף" (ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל (14.7.2002), פס' 14 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

בענייננו, דרש המשיב מהשותפים מראש, בטרם היציאה לשוד וכתנאי להשתתפותו, כי איש מהמעורבים לא ייפגע. אמנם, הוא לא עמד על כך שלא יישאו עמם נשק. ואולם, יש בדרישתו זו כדי להצביע על כי התנהגותו של המשיב אכן הוכוונה לפחות במידת מה, וכי הוא פעל במידה מסוימת על מנת למנוע משותפיו לבצע עבירות נוספות לעבירת ניסיון השוד עצמה.

56. מדיוננו יוצא, אם כן, כי הרצח לא תוכנן מראש; כי לא הוכח מעל לכל ספק סביר שלמשיב הייתה מודעות בפועל לאפשרות כי השוד יסתבך ויוביל לרצח; וכי מתעורר ספק סביר באשר לקיומה של צפיות בכוח להתרחשותו של אירוע כזה. משכך, בדין זוכה המשיב מעבירת הרצח אשר יוחסה לו בכתב האישום.

57. סוף דבר, אציע לחבריי כי נקבל את הערעור בחלקו, במובן זה שנורה על הרשעת המשיב בעבירת ביצוע ניסיון שוד בנסיבות מחמירות בצוותא, תחת עבירת הסיוע לניסיון שוד בנסיבות מחמירות בה הורשע בבית משפט קמא. זיכוי מעבירת הרצח, ולו מחמת הספק, יוותר על כנו. התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי לשם שמיעת טיעונים לעונש וגזירת הדין מחדש.

שׁוֹפֵט

השופט נ' סולברג:

הערעור, על שני חלקיו, מעלה שאלות כבדות משקל המצריכות בירור מדוקדק. נסיבות העניין - מקשות לחתוך את דינו של המשיב; אם לשבט אם לחסד. עם זאת, חוות דעתו המקיפה של חברי, השופט ג' קרא, מיטיבה לפשוט את הספק, ואני מצטרף אליה - הן בהנמקה, הן בתוצאה.

כחברי, גם אני סבור כי יש לקבל את ערעור המדינה בכל הנוגע לסיווג השתתפותו של המשיב במעשה השוד. לדידי, העובדה שסוכם כי המשיב יקבל 20% מרווחי השוד - עובדה שלא זכתה למשקל בהכרעת בית המשפט המחוזי - מהווה אינדיקציה מכרעת, בבחינת 'מכה בפטיש', להיותו מבצע בצוותא של מעשה השוד; לא מסייע בלבד.

אשר לערעור על זיכוי המשיב מעבירת הרצח, המערערת העלתה טיעונים כבדי-משקל. ההכרעה בהם עוררה התלבטות רבה. נימוקי חברי, שכנעוני. כולם מוליכים למסקנה כי אחרי ככלות הכל אין די בראיות כדי להוכיח מעבר לספק סביר, כי המשיב צפה בפועל כי במהלך השוד עלול להיגרם רצח; או למצער, כי אדם מן הישוב, בנעליו הסובייקטיביות של המשיב, היה צופה זאת.

אני מצטרף אפוא למסקנתו של חברי, השופט ג' קרא, על סמך נימוקיה.

שׁוֹפֵט

השופטת י' וילנר:

אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתו המקיפה של חברי השופט ג' קרא.

שׁוֹפֵט ת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ג' קרא.

ניתן היום, כ"ג בשבט התשפ"ב (25.1.2022).

שׁוֹפֵט ת

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט