

דוקטרינת הרב-עבריינים

זאיד פלאח*

המאמר דן בסיווג הרב-עבריינים כשותף לעברה שביצעו פקודיו במקרים שבהם הוא לא השתתף באופן פיזי בביצוע אך שקד על מלאכת התכנון ועמד על ביצועה של המשימה העבריינית על-ידי חברי ארגונו. המאמר מציג אפשרות להרחבת היקף ההגדרה של "ארגון פשע", שבראשו עומד "הרב-עבריינים", אל מעבר להגדרתו בחוק מאבק בארגוני פשיעה, וזאת כדי להכליל במסגרתו התחברויות של אנשים לשם ביצוע פשעים. בחוק מאבק בארגוני פשיעה נדרשת פעילות "בתבנית מאורגנת, שיטתית ומתמשכת לעבירת עבירות" לשם הגדרת הארגון כ"ארגון פשע", ואילו ההגדרה שאני מציג בעבודה זו למונח "ארגון פשע" היא כדלקמן: התארגנות של שלושה אנשים או יותר שקשרו יחד קשר לביצוע עברה פלילית מסוג פשע, בין שמדובר בהתארגנות לצורך משימה עבריינית אחת ובין שמדובר בהתארגנות לצורך פעילות עבריינית מתמשכת. אותה התארגנות יכולה להיות מאוגדת כחוק ולעסוק בעיקר בפעילות חוקית, למעט הפעילות האחת שהיא בלתי-חוקית, והיא יכולה להיות התארגנות בלתי-חוקית, שמטרתה הן חוקיות או בלתי-חוקיות, ואשר חבריה קשרו קשר פלילי לפעילות בלתי-חוקית. הפעילות הבלתי-חוקית, האחת או המתמשכת, חייבת להיות מסוג פשע, ואין כל חשיבות לשאלה אם בעברם ביצעו חברי ההתארגנות פעילות בלתי-חוקית כלשהי. הגדרת "ארגון פשע" בחוק מאבק בארגוני פשיעה אינה מספיקה מאחר שקיימים מקרים שאינם יכולים להיכלל תחת אותה הגדרה אף שהיינו מעוניינים לכלול אותם בה – בעיקר אותם מקרים שבהם לא מתקיים התנאי של המשכיות בפעילות העבריינית, כפי שהחוק הקיים דורש. הדרישה שבבסיס מאמר זה היא לקיומו של מנהיג השולט בחבורתו לצורך ביצוע אירוע עברייני מזדמן, וזאת כדרישת-בסיס להגדרת ההתארגנות כעבריינית לצורך הטלת אחריות על מנהיגה והכללתו תחת ההגדרה של "רב-עבריינים".

הרב-עבריינים שואב את כוחו ואת מעמדו ממעין אמנה חברתית, שאני מכנה "האמנה העבריינית". החברים באותה "אמנה" הם חברי ארגון

* דוקטור, שופט בית-משפט השלום בחיפה.

הפשע, ולא כלל האוכלוסייה העבריינית. "אמנה" זו משמעותה שכלל חברי הארגון נותנים את הסכמתם מראש לכל פקודה עבריינית שתצא מפיו של הרב-עבריינים, כאילו הסכימו לה בעת נתינתה, ובכך הם מוותרים על זכות הוטו שלהם לפעולה העבריינית. הבחירה באפשרות להצטרף לארגון העברייני משמעותה הסכמה למדרג הארגוני בארגון הפשע, קרי, לזהות המנהיג העומד בראש הארגון, שהוא הרב-עבריינים, ולכפופות לו. הסכמה זו, יחד עם הסכמתו של ארגון הפשע לקלוט את המועמד לארגון, יוצרות מעין קשר חוזי, שלפיו ארגון הפשע רשאי לחשוף לפני המועמד את תוכניותיו, משימותיו, הכנסותיו וכולי, והמועמד מסכים מצידו לכל מטרותיו של ארגון הפשע ולזהות אנשיו.

היסוד הנפשי הנדרש מהרב-עבריינים לשם הטלת אחריות עליו בגין מעשי פקודיו היא יסוד נפשי של מודעות לכך שלארגון הפשע שהוא עומד בראשו מצטרפים חברים המקבלים על עצמם את מטרות הארגון ואת משימותיו הבלתי-חוקיות, ושמרגע גיוסם הם צפויים לבצע משימות עברייניות בשם הארגון ולמענו, וכן מודעות למשימה העבריינית שתבוצע. בהסתמך על "האמנה העבריינית" שנרקמה בין חברי ארגון הפשע, ובהסתמך על "דוקטרינת הרב-עבריינים", יהיה אפשר להטיל אחריות פלילית על הרב-עבריינים בגין העברות שביצעו פקודיו.

מבוא. א. "רב-עבריינים" ודיני השותפות לדבר עברה במשפט הישראלי: 1. "רב-עבריינים" וביצוע בצוותא; 2. "רב-עבריינים" וביצוע באמצעות אחר; 3. חוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003. ב. "רב-עבריינים" בשיטות משפט זרות. ג. הדין הרצוי: 1. הגדרת המונחים "ארגון פשע"/"התארגנות פשע" ו"רב-עבריינים"; 2. "האיש מאחורי הקלעים"; 3. האופן שבו ניתן להטיל אחריות פלילית על הרב-עבריינים בגין העברות שביצעו חברי ארגונו. ד. סיכום.

מבוא

התחזקותם של ארגוני הפשיעה בעולם כולו – אל מעבר לארגונים הספורים שהיו מוכרים בעבר, דוגמת המאפיה האיטלקית והיאקוזה היפנית, אשר פעלו באופן מקומי בעיקר – חייבה מתן מענה חוקי לתופעה זו.¹ בית-המשפט המחוזי בתל-אביב² תיאר את התופעה כסרטן המשלח את גרורותיו אל עבר תחומי החיים השונים, כגון התחום הפוליטי, התחום המדיני והתחום החברתי, והוסיף כי יש צורך בהיערכות מחודשת של רשויות האכיפה בארץ ובעולם, כולל המחוקק עצמו, על-מנת להתמודד עם האיום הממשי הנובע ממנה לשלום החברה

1 מנחם אמיר "פשע מאורגן" פלילים ד 189 (1994).

2 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1158/02 מדינת ישראל נ' ברגותי (לא פורסם, 23.6.2005).

ולבטחונה.³ "מחקרי שטח מראים, שאנשים מתחברים לארגוני פשיעה מתוך סיבות שונות, כגון הצורך בתחושת זהות, שייכות, הכרה, הגנה, אהבה, מעמד, כסף, כוח, כבוד ותחושת סדר או משמעות בחיים", כדברי ד"ר שחר אלדר,⁴ והמחוקק חייב להתמודד עם יצר זה של האדם, המושך אותו לאותם כיוונים אנטי-חברתיים, כדי למנוע את התפשטותה הממארת של תופעת ארגוני הפשיעה ולנסות לצמצמה ככל האפשר.

הפשע המאורגן ה"מודרני" אינו דומה לפשעים המקומיים המוכרים לנו משחר ההיסטוריה בשני מובנים עיקריים: ראשית, אין כל אידיאולוגיה מאחורי מעשיו של הארגון; ושנית, הארגון מתנהל במבנה מדרגי, כשבראשו עומדים המנהיגים ומתחתיהם יש חלוקה להתמחויות שונות.⁵ ארגון הפשע שם לו למטרה להשיג כסף וכוח. עיקר הכסף הנובע מהפעילות העבריינית מגיע לראשי הפירמידה, ואינו מתחלק שווה בשווה בין חבריה, כפי שהיה נהוג בחבורות הפשע הקלאסיות.

תיקון 39 לחוק העונשין⁶ הגדיר חמש צורות של שותפות לדבר עברה: מבצע עיקרי, מבצע בצוותא, מבצע באמצעות אחר, משדל ומסייע. ייחודיותם של ארגוני הפשיעה מקשה את סיווג העומדים בראשם במסגרת דיני השותפות הנהוגים: דיני הביצוע הישיר דורשים נטילת חלק בביצועה הפיזי של העברה, ואגב כך גם נוכחות פיזית בזירת האירוע, ואילו העומדים בראש ארגוני הפשע אינם נוכחים לרוב בזירות האירועים, ואינם נוטלים כל חלק פיזי בביצוע העברות, ועל-כן ככלל אין אפשרות לסווגם כמבצעים ישירים של העברה; בנוגע לביצוע בצוותא – כאשר מאמצים את הגישה שלפיה ביצוע בצוותא דורש עשיית מעשה שהוא כשלעצמו בגדר ניסיון, וכן נוכחות פיזית או מנטלית בזירת האירוע, אזי אי-אפשר לרוב לסווג את הרב-עבריינים כמבצע בצוותא, שכן הוא לא נכח בזירת האירוע ולא ליווה פיזית את הביצוע; ובאשר לביצוע באמצעות אחר – אם מאמצים את העמדה המסורתית שלפיה הביצוע באמצעות אחר בא בחשבון רק כאשר האחר, שהוא העושה הישיר, אינו נושא כלל באחריות פלילית או נושא באחריות פלילית קלה, כגון לעברת רשלנות, אזי הרב-עבריינים לא יסווג כמבצע באמצעות אחר, מכיוון שבהקשר שבו עסקינן אותו אחר, שהוא העושה הישיר, נושא באחריות פלילית מלאה לעברה של מחשבה פלילית. במצב דברים זה גרסה השופט דורנר, בדעת מיעוט, כי כל שנותר הוא להסתפק בהרשעת הרב-עבריינים במסגרת שותפות עקיפה, כמשדל או כמסייע,⁷ אולם דעת הרוב בבית-המשפט העליון סיווגה את הרב-עבריינים כמבצע בצוותא.

3 שם, פס' 3.

4 שחר אלדר כלי אדם – שימוש בבני אדם לביצוע עבירות ונהגת ארגוני פשיעה 73 (2009).
5 במדינות שונות, כאנגליה, נעשו מחקרים שניתחו את מאפייניהם של ארגוני הפשע מבחינת המבנה שלהם, המדרג והשפעת התרבות המקומית על קיומם. ראו, למשל, Vy Le, *Organised Crime Typologies: Structure, Activities and Conditions*, 1 INT'L J. CRIMINOLOGY & SOCIOLOGY 121 (2012).

6 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון 39).

7 ראו דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, 38 (1998).

הספרות המשפטית חולקת על עמדת בית-המשפט העליון, בטענה שאין המנהיג עומד בדרישות-הסף של הביצוע בצוותא, בשל אי-קיומן של החלטה משותפת ועשייה משותפת. חלקם, דוגמת פרופ' מרים גור-אריה, גורסים כי מקרהו של הרב-עבריינים אינו עומד גם בדרישות הביצוע באמצעות אחר, מכיוון שבמקרה של ארגון פשע המבצע הישיר נושא באחריות פלילית מלאה לעברה של מחשבה פלילית, וכי על-כן יש לערוך תיקוני חקיקה. אחרים, דוגמת פרופ' מרדכי קרמניצר, גורסים כי הרשימה המפרטת מצבים של ביצוע באמצעות אחר אינה שלמה, ועל-כן ניתן להוסיף עליה את מקרהו של הרב-עבריינים ללא צורך בעריכת תיקוני חקיקה.

הטיעון המרכזי במאמר זה הוא שדיני השותפות הקיימים אכן מספקים מענה הולם לסוגיה הנדונה, וזאת בהתאם ל"דוקטרינת הרב-עבריינים" שאציע להלן. בהתקיים התנאים שיפורטו במסגרת אותה דוקטרינה, יהיה אפשר לסווג את הרב-עבריינים כמבצע בצוותא של העברות שביצעו חברי ארגון הפשע שבראשו הוא עומד, וזאת מכוח הדין הקיים, ללא עריכת תיקוני חקיקה. אציג אמנם אפשרות של עריכת תיקוני חקיקה, אולם בד בבד אדחה אפשרות זו. מכאן שאם תתקבל "דוקטרינת הרב-עבריינים" על-ידי בתי-המשפט, לא יהיה עוד צורך בעריכת תיקוני חקיקה, והקושי בהעמדתם של ראשי ארגוני הפשע לדין ייפתר.

א. "רב-עבריינים" ודיני השותפות לדבר עברה במשפט הישראלי

רב-עבריינים הוא מנהיג ארגון פשע. בתחילת פרק ג להלן, שכותרתו "הדין הרצוי", אנדיר באופן מפורט את המונחים "ארגון פשע" ו"רב-עבריינים". סוגיית הרב-עבריינים נדונה לראשונה בפסיקה הישראלית בעניין פלונים,⁸ אשר זכה בכינוי עניין "שוק הקצבים", שם גם הוטבע המונח "רב-עבריינים", והנשיא ברק תיאר אותו כ"ראש וראשון לכולם".⁹ בעניין משולם¹⁰ המשיך בית-המשפט העליון בהגדרת המונח "רב-עבריינים", ובמתן משמעות נרחבת לאחריותו הפלילית.

1. "רב-עבריינים" וביצוע בצוותא

(א) כללי

השותפות של ביצוע בצוותא מוגדרת בסעיף 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1997, בזו הלשון:

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.

8 ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (1997).

9 שם, בעמ' 409.

10 עניין משולם, לעיל ה"ש 7.

הביצוע בצוותא מתייחס למצב שבו כמה מבצעים נוטלים חלק בביצוע העברה. נדרשת החלטה משותפת ביחס לביצוע המשימה העבריינית, כך שלכל אחד מהמבצעים תהא מודעות לתלות ההדדית שבניהם, וכן נדרשת עשייה משותפת, במובן זה שלכל אחד מהמבצעים תהא שליטה בביצוע.¹¹ אין הכרח שהמבצע בצוותא יקיים בעצמו את הרכיב ההתנהגותי של העברה.

(ב) עמדת הפסיקה הישראלית – סיווג הרב-עבריינים כמבצע בצוותא

(1) גישתם של הנשיא ברק ושופטי הרוב בבית-המשפט העליון

הביצוע בצוותא הוגדר על-ידי הנשיא ברק בעניין מרדכי כדלקמן:

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 מיעה 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...¹²

הנשיא ברק הרחיב למעשה את משמעות הביצוע הנדרש בצורת השותפות של ביצוע בצוותא גם למקרה שבו מנהיג החבורה העבריינית אינו נוכח בזירת האירועים, ואף מבקש מחבורתו לא לבצע את המשימה העבריינית, אף שהיה אחד מאדריכליה. לדבריו:

לעניין זה, אין זה תנאי הכרחי או תנאי מספיק, לביצוע בצוותא, שהעושה נוכח במקום העבירה. אין זה תנאי הכרחי, שכן ביצוע בצוותא עשוי להתקיים ללא נוכחות פיזית. מבצע בצוותא עשוי לפעול ב"שלט רחוק", או להימצא במרחק כשומר או מתריע. אין זה תנאי מספיק, שכן נוכחות במקום עשויה להוות אך סיוע (חיצוני) למבצע הפיזי הישיר (המבצע העצמי או המבצע העיקרי).¹³

הנשיא ברק קבע את מבחן הקרבה לביצוע העברה. לדבריו, קיימים שני מעגלים בשותפות לדבר עברה – פנימי וחיצוני: הפנימי מקביל לשותפות הישירה, ובו נכלל המבצע בצוותא; ואילו החיצוני מקביל לשותפות העקיפה על שלל סוגיה, ובו נכלל המסייע.¹⁴ בעניין מרדכי אימץ הנשיא ברק את מבחן השליטה הפונקציונלית כמבחן-עזר, באומרו:

11 מרדכי קרמניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו" פלילים א 65, 74 (1990).

12 ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 250 (1996).

13 עניין פלונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 403.

14 שם, בעמ' 405–406.

למבצע בצוותא שליטה פונקציונלית, יחד עם האחרים, על העשייה העבריינית והתפתחותה.¹⁵

שופטי הרוב בבית-המשפט העליון צידדו בגישתו של הנשיא ברק, הגם שחלקם הרחיבו אותה: השופט לוי הסכים לדעה הרווחת, שלפיה ביצוע בצוותא מתקיים כאשר יש החלטה משותפת ועשייה משותפת, אך מדבריו בפרשת אליאגוייב¹⁶ עולה כי הוא מוכן להרחיב את מושגי העשייה המשותפת וההחלטה המשותפת ולהכיר בהן גם במצבים שבהם הן נובעות מההיגיון הגלום בראיות הנסיבתיות. השופט לוי הרחיב את גבולות העשייה המשותפת בביצוע בצוותא עד כדי כך שאין עוד צורך שהנאשם ייטול חלק בביצוע העברה, ודי בכך שהוא הקל את ביצועה בדרך כלשהי, כגון נעילת דלת הבית שבו מצויים גבר ואישה כאשר האישה מסרבת לקיים יחסי מין עם הגבר.

השופט מלצר קבע בעניין פלוני¹⁷ כי פעולה משותפת להשגת מטרה משותפת מהווה ביצוע בצוותא, אפילו אם נמצא כי מדובר באירוע ספונטני. לדבריו:

נוכח הגעתם המשותפת של המערערים למקום, עם כלי חד בידיו של המערער 2 (שאף עשה בו שימוש), וכן השתתפותם הפעילה בתגרה ועזיבת המקום – די באלה כדי להרשיע את השניים כמבצעים בצוותא, שכן אפילו תמצי לומר כי המערער 1 לא דקר, הרי שניתן לייחס לו מודעות לאפשרות הדקירה ולתוצאתה...¹⁸

באותו עניין קבע השופט מלצר כי –

מודעות האחד למעשי זולתו ופעולתם המשותפת להשגת מטרה משותפת הפכו אותם למבצעים בצוותא, אפילו אם היה נמצא כי המדובר באירוע ספונטני...¹⁹

גור-אריה כתבה כי פסיקת בית-המשפט העליון בעניין פלוני החזירה למעשה, בדלת האחורית, את תורת האחריות הסולידרית של קושרים, אף שזו בוטלה בתיקון 39. לדבריה:

פסק הדין בפרשת פלוני הוא, אולי, הדוגמה המובהקת לכך, שתיקון 39 לא הצליח לבטל את האחריות הסולידארית של הקושרים – לפחות ביחס לעבירה מטרת הקשר. האחריות שהוטלה על "טל" לעבירת הרצח, שבביצועה כלל לא השתתף, התבססה, למעשה, על חלקו בתכנון המשותף, קרי על היותו קושר. אפילו ההדגשה, כי "אי השתתפותו בשלב של זריקת הרימון... אין בכוחה לנתקו מהאירוע הפלילי רב המשתתפים", לקוחה מדיני האחריות הסולידארית של הקושרים. מאחר שהאחריות מוטלת על עבירות, שנעברו בזמן קיום הקשר,

15 עניין מרדכי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 251.

16 ע"פ 412/06 אליאגוייב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.2.2008).

17 ע"פ 4257/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.3.2008).

18 שם, פס' 15 לפסק-דינו של השופט מלצר.

19 שם.

היא מחייבת לקבוע, כי הקושר, שלא השתתף בביצוע העבירה מטרת הקשר, לא ניתק עצמו מהקשר, ולכן נושא באחריות גם לעבירה זו.²⁰

גור-אריה²¹ ביקרה את "תורת המעגלים" של הנשיא ברק, בכותבה כי אותה תרומה פנימית שאליה כיוון הנשיא ברק, ואשר יש בכוחה כדי להעניק מעמד של מבצע בצוותא, נבחנת על-ידיו ביחס להחלטה לבצע את העבירה, ולא ביחס לביצוע עצמו, דהיינו, איש הפנים אצל הנשיא ברק הוא זה שהיה שותף לתכנון שהוביל לביצוע. לדברי גור-אריה, תכנון משותף נמצא גם ביסוד עברת הקשר, ועל-כן גם קושר ייחשב איש פנים לפי ניתוחו זה של הנשיא ברק. בהסתפקו בהיות הנאשם איש פנים לצורך סיווגו כמבצע בצוותא, תוך ויתור על הדרישה לנטילת חלק כלשהו בביצוע, החיל למעשה הנשיא ברק את תורת האחריות הסולידרית של קושרים ביחד לעבירה מטרת הקשר, הגם שסוג זה של אחריות בוטל בתיקון 39.

(2) גישתו של השופט קדמי

השופט קדמי, בדומה לשאר השופטים ולספרות המשפטית, קבע כי ביצוע בצוותא דורש שני תנאים מצטברים: החלטה משותפת ועשייה משותפת.²² לגישתו, החלטה משותפת אינה מסתכמת בעצם ההחלטה לבצע מעשה עברה, ואין די בחברות בחבורה שהחליטה לבצע מעשה עברה, אלא יש צורך בנקיטת צעדים מעבר לעצם החברות, כגון חלוקת התפקידים הדרושים לשם ביצוע המשימה העבריינית.²³ עשייה משותפת, לפי השופט קדמי,²⁴ יכולה להתחיל בהעלאת הרעיון לפני אלה המיועדים לביצוע המשימה העבריינית. לדבריו:

"השתתפות" בביצועה של עבירה אינה מחייבת נטילת חלק ב"עשייה הפיזית" של מעשה העבירה גופו דווקא ויכולה היא לבוא לכלל ביטוי בתכנון הביצוע ובניהול הפעילות שבמסגרתה מתבצעת העבירה.²⁵

השופט קדמי סמך בעניין העשייה המשותפת על "מעשה של תכנון", וגרס שכאשר נוצרת תוכנית משותפת ומוסכמת, אזי כל מעשה של שותף במסגרת תפקידו, התורם לביצוע העברה, יקיים ביצוע בצוותא. מכאן – מי שממלא תפקיד שהוסכם עליו במסגרת התוכנית הוא מבצע

20 מרים גור-אריה "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה" מגמות בפלילים 83, 94 (אלי לדרמן עורך, 2001).

21 שם, בעמ' 95.

22 בע"פ 2801/95 קורקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 791, 802 (1998), קבע השופט קדמי: "אין המדובר כאן באחריותו של 'קושר' מכוח דיני הקשר. המדובר באחריות של חבר לחבורה, שחבריה חברו יחד לביצועה של עבירה תוך חלוקת התפקידים הדרושים לביצוע ביניהם, כאשר המתכנן והמנהל אינו 'משדל' או 'מסייע' – שאינם נמנים על החוג הפנימי של מבצעי העבירה – אלא, 'משתתף בביצוע' ככל 'משתתף' אחר, במסגרת התפקיד שהוטל עליו. כל 'ממלא תפקיד' בביצועה של עבירה נמנה עם 'מבצעה', ואין באופי התפקיד או במיקומו של ממלא התפקיד בעת הביצוע בפועל, כדי להוציאו ממעגל המבצעים...".

23 עניין משולם, לעיל ה"ש 7, בעמ' 61–62.

24 שם, בעמ' 62.

25 עניין קורקין, לעיל ה"ש 22, בעמ' 802.

בצוותא, גם אם המעשה שנעשה רחוק במקום ובזמן מביצוע העברה. מנהיג או ראש חבורה שנותן תוכנית לביצוע העברה, כולל חלוקת תפקידים ומתן הנחיות לגבי אופן הביצוע, הוא שותף בתכנון המעשה, ולא רק בשידול לעשייתו, ובכך הוא משתתף בביצוע. השופט קדמי הסביר את מהות ההבדל בין מעשה תכנון למעשה של שידול גרידא במילים הבאות:

”מעשה של תכנון” – להבדיל מ”מעשה-של-שידול” – מהווה מעשה של “השתתפות” בביצוע, משום שבפועל יש בו משום שלב ראשון של הוצאה לפועל של התכנית העבריינית, קרי: של הביצוע. זאת, להבדיל מן ה”שידול”, שאינו חלק מן הביצוע, אלא גורם חיצוני המניע את המבצע.²⁶

גור-אריה ביקרה את גישתו של השופט קדמי, בכותבה כי “נוכחות בזירת הפשע, שאינה תמימה או מקרית, יכולה, אמנם, לשמש בסיס לשותפות, אולם אין די בה כדי להצמיח ביצוע בצוותא. הנוכחות כשלעצמה, גם כשזו אינה מקרית, עשויה לאפיין דווקא סיוע... אולם דומה כי האפשרות, שהנוכחות, אשר אינה מקרית, תישאר רק בגדר סיוע, כלל לא עלתה על דעתו של השופט קדמי.”²⁷

פסיקת הרוב בבית-המשפט העליון קובעת, למעשה, כי על-מנת להרשיע ראש ארגון פשע כמבצע בצוותא של העברות שביצעו חברי הארגון, יש להוכיח לכל-הפחות שהמנהיג השתתף בתכנון העברה, נתן הנחיות לביצוע, אישר את הביצוע, העלה רעיון לביצוע או פיקח על הביצוע. בכך קבע בית-המשפט כי על המנהיג ליטול חלק פעיל כלשהו במשימה העבריינית, בין בשלב התכנוני ובין בשלב הביצועי. מקום שהמנהיג לא היה שותף בתכנון וגם לא בביצוע, אי-אפשר להטיל עליו אחריות פלילית מכוח דיני השותפות, וזאת אף אם הוא היה מודע לכך שחברי ארגונו עומדים לבצע משימה עבריינית בשם הארגון שהוא עומד בראשו ולמענו. מצב משפטי זה עלול להוביל להתחמקות של ראשי ארגוני הפשע מאחריות פלילית למעשים שביצעו חברי ארגון הפשע בשל היותם חברים בארגון וכחלק ממהות הארגון שבו הם חברים. הדרישה לנטילת חלק כלשהו בתכנון או בביצוע מהווה דרישה נוקשה, והיא מתעלמת מן העובדה שמנהיג הארגון רחוק מהעשייה העבריינית, ולעיתים רחוק אף מהתכנון העברייני, כאשר תפקידו הוא בראש ובראשונה ניהול אדמיניסטרטיבי של ארגון הפשע ודאגה להמשך קיומו ותפקודו. ניהול ארגון הפשע מאפשר לחברי הארגון להמשיך לעסוק בפעילות עבריינית, ובלעדי אותו ניהול ספק אם ארגון הפשע יכול להמשיך להתקיים.

(3) גישתו של השופט חשין: “מבחן העונש”

השופט חשין דחה את המבחנים המהותיים שנקבעו לצורך הבחנה בין הצורות השונות של השותפות. לגישתו, בשל הקושי הרב בהבחנה בין צורות השותפות, יש להניח בצד את המבחנים האמורים, ולפנות אל סוגיית הענישה כמדד שדרכו ניתן לסווג את השותפים.²⁸

26 עניין משולם, לעיל ה"ש 7, בעמ' 65–66.

27 גור-אריה “צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה”, לעיל ה"ש 20, בעמ' 97.

28 עניין מרדכי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 255.

בדרכו זו קבע השופט חשין כי יש להבחין בין מבצע בצוותא למסייע באמצעות העונש הראוי לכל אחד מהם, ובכך קבע את "מבחן העונש":

סיווגו של נאשם כמבצע בצוותא או כמסייע אין הוא נעשה אך ורק על-פי הגדרותיהם הפורמאליות של מושגים אלה – הגדרות סתמיות שאינן מקדמות אותנו בהרבה – אלא על-פי תוצאות הסיווג אף הוא. יסוד העבירה ויסוד העונש יונקים זה מזה על דרך האוסמוזה, והשפעת העונש על סיווגו של העבריין ניכרת, וראוי לה שתהא ניכרת. התחלה וסוף חד הם, וסוף מעשה במחשבה תחילה... מאותה שעה הורה אותנו המחוקק כי יסוד העונש הינו יסוד יוצר בעבירות. והשאלה בכל עניין ועניין תהיה: האם בנסיבות העניין הכוללות ראוי הוא הנאשם כי יהיה צפוי לעונש המרובה (לאמור: כי נסווגו כמבצע בצוותא) או ראוי הוא הנאשם כי יהא צפוי אך לעונש המועט (לאמור: כי נסווגו כמסייע בלבד).²⁹

השופט חשין ציין כי מבחן העונש בצורתו הפשוטה אינו יכול לספק מענה להבחנה בין מבצע בצוותא לבין משדל, מאחר שהעונש הקבוע בגין שניהם הוא זהה. על קושי זה התגבר השופט חשין על-ידי הפניה לסעיף 34 לחוק העונשין.

השופט חשין הדגיש כי הכלל בביצוע בצוותא מחייב אמנם קיום יסוד פיזי של השתתפות בביצוע העיקרי של העבירה, אולם קיימים חריגים לכלל המאלצים נטישה של הדרישה לקיום היסוד הפיזי האמור, ומקרהו של הרב-עבריינים מהווה חריג כזה. על-פי דברים אלה סיווג השופט חשין את הרב-עבריינים כמבצע בצוותא. בעניין משולם³⁰ הסביר השופט חשין מדוע מקרהו של הרב-עבריינים מהווה חריג שבגיננו יש לנטוש את הדרישה לקיום היסוד הפיזי. גישתו של השופט חשין היא בעייתית, שהרי בביצוע בצוותא אין הבדל בין המבצעים מבחינת האנטי-חברתיות של המעשה. מאחר שהעונש הפלילי הוא גמול על האנטי-חברתיות שבמעשה שכרוכה בו אשמה של העושה, ההבדלים בענישה שתוטל על המבצעים בצוותא יהיו פועל יוצא של העושה באופן אישי. כלומר, גישתו של השופט חשין מנטרלת את השפעת האשמה על מרכיב העונש. נוסף על כך, גישתו אינה ישימה בבתי-המשפט הדיוניים. אלה שומעים תחילה את ראיות הצדדים, ולאחר-מכן מכריעים את הדין. ההכרעה מבוססת על הראיות ועל הצורך בעמידה ברמת ההוכחה הנדרשת. בקשתו של השופט חשין להתייחס למרכיב העונשי כאל שיקול בקביעת סוג האחריות שיש להטיל על הנאשם עלולה לפגוע פגיעה קשה בהליך ההוגן של ניהול המשפט והכרעה בו – כיצד ידע השופט איזה עונש יש להטיל על נאשם אם טרם שמע את טיעוני הצדדים לעונש, וכיצד יחליט באיזו עבירה להרשיעו אם טרם הכריע את הדין על-סמך הראיות שבתיק? גישתו של השופט חשין יכולה לכאורה להתאים לערכאת הערעור, המקבלת את התיק מהערכאה הנמוכה יותר, ושם כבר הכריע בית-המשפט וקבע את העונש. אולם לטעמי, אין זה ראוי שערכאת הערעור תבחן את התיק המובא לפניה

29 שם, בעמ' 263–264.

30 עניין משולם, לעיל ה"ש 7, בעמ' 59.

לפניה מהסוף אל ההתחלה, דהיינו, תסיק מהעונש שהוטל אם העברה שבביצועה הורשע הנאשם היא הנכונה.

(4) גישת המיעוט של השופטת דורנר – ה"רב-עבריינים" הוא משדל

השופטת דורנר קובעת, בהתאם לגישה המקובלת, כי ביצוע בצוותא דורש שני תנאים: החלטה משותפת ועשייה משותפת. בעניין משולם³¹ אימצה השופטת דורנר גם את הגישה המסורתית ביחס לביצוע באמצעות אחר, שלפיה האחר, שהוא העושה הישיר, חייב להיות פטור מאחריות פלילית או לכל-היותר לשאת באחריות פלילית רק לעברת רשלנות או לעברה קלה של מחשבה פלילית. בהסתמכה על כך קבעה השופטת דורנר כי מאחר שהעברייין המבצע את העברה נושא באחריות פלילית מלאה לעברה של מחשבה פלילית, ומאחר שהרב-עבריינים עשה מעשה המקיים מעשה הכנה בלבד, אי-אפשר לסווגו כמבצע באמצעות אחר, כעמדת הספרות המשפטית,³² ואף לא כמבצע בצוותא, כעמדת הרוב בפסיקת בית-המשפט העליון. על-כן הגיעה השופטת דורנר למסקנה כי יש לסווגו כמשדל. לדבריה:

אמנם, מידת התרומה הפיזית ההופכת שותף לעבירה למבצע בצוותא, להבדילו ממסייע, מותנית בעוצמת היסוד הנפשי ובשליטה על הפעילות העבריינית המתבצעת, אך תרומה פיזית לביצוע העבירה היא יסוד הכרחי... מן המקובץ עולה, שאם ניטול מן הביצוע בצוותא את התרומה הפיזית, ובכללה מתן הנחיות בעת ביצוע העבירה, ייותר שידול גרידא.³³

השופטת דורנר מוסיפה ואומרת:

לשיטתי, גם משדל שהוא חופשי להפעיל שליטתו באנשיו בכל עת, אינו הופך למבצע בצוותא אם לא השתתף בביצוע העבירה – ולו על-ידי מתן הנחיות תוך כדי הביצוע – רק משום שלא הביא להפסקת פעילותם הפלילית של המשודלים.³⁴

השופטת דורנר מנסה לבטא את חומרת מעמדו של הרב-עבריינים באמצעות קביעתה כי על-אף סיווגו כמבצע עקיף ניתן להחמיר בעונשו אף מעבר לענישה שתוטל על המבצע העיקרי. אם נשווה בין גישתה זו לגישתו של השופט חשין, שקבע את "מבחן העונש"³⁵, נגיע למסקנה כי יש סתירה בין שתי הגישות: לגישתו של השופט חשין, הטלת עונש חמור יותר על אחד השותפים מובילה להטלת אחריות פלילית מחמירה יותר; ואילו לגישתה של השופטת דורנר,

31 שם, בעמ' 38–46.

32 עמדת הספרות המשפטית תפורט בפרק הבא.

33 עניין משולם, לעיל ה"ש 7, בעמ' 41.

34 שם, בעמ' 46.

35 ראו בחלק הקודם, העוסק בגישתו של השופט חשין.

אף שהמנהיג יישא באחריות פלילית של שידול בלבד, ולא של מבצע בצוותא, ניתן בכל-זאת להטיל עליו עונש חמור מזה שיוטל על המבצע.

מנהיג ארגון הפשע הוא הראשון בארגון, וגם אם הוא לא נתן את ההוראה לביצוע המשימה העבריינית, ולא השתתף בתכנונה ואף לא בביצועה, אי-אפשר להתעלם מכך שהעברות שחברי הארגון מבצעים בשם הארגון ולמענו מהוות את הסיבה לעצם קיומו של הארגון. על-כן אי-אפשר להיתלות בפרשנות מצמצמת ולקבוע שראש הארגון הוא "רק" משדל לביצוע העברות. בפרק ג, הדן בדין הרצוי, אחיחס לאופן שבו ניתן להטיל אחריות על המנהיג בגין המעשים של חברי ארגונו.

(5) עניין "ברגותי"³⁶ – בית-המשפט המחוזי בתל-אביב

בית-המשפט המחוזי דן בשאלת אחריותו של ברגותי כמבצע בצוותא, תוך שימת-לב לדרישת החוק בדבר "עשיית מעשים לביצועה" של העברה על-ידי הנאשם. בית-המשפט הסתמך בעיקר על עניין משולם,³⁷ שבו נתן בית-המשפט העליון פרשנות רחבה למושג "ביצוע", ונקבעו אמות-מידה גמישות בנוגע למידת הקרבה הנדרשת של המשתתף במעשה העברה למעגל המבצעים ובנוגע ליכולתו להשפיע על הביצוע. בנוגע ל"ביצוע" נפסק כי די במעשה שחורג מהכנה גרידא ואשר מתלווה אליו היסוד הנפשי המתאים;³⁸ כי אותו מעשה אינו חייב להיות חיוני להצלחת העברה, ואף אינו חייב להיות מעשה הנמנה עם רכיבי היסוד העובדתי שבעברה; וכי די בכך שהמעשה יהא משולב בתוכנית העברה, כגון תכנון העברה, מתן הנחיות לביצועה וחלוקת תפקידים בין המשתתפים.³⁹ בית-המשפט המחוזי סיכם את המצב החוקי במדינת-ישראל בסוגיית הרב-עבריינים במילים אלה:

לסיכום כל האמור לעיל, המצב החוקי השורר במדינת ישראל איננו מאפשר להרשיע מנהיג של חבורה עבריינית או ארגון טרור כמבצע בצוותא של עבירות שנעשו על ידי חברי אותה חבורה או אותו ארגון, ואף לא בסיוע או בשידול לביצוע, כאשר הוא עצמו איננו מעורב אישית ובצורה פרטנית בשום אופן בעבירות עצמן, לא לפני ולא בעת ביצוען. כזה הוא המצב, הגם שברור כי אותו מנהיג נותן את ברכתו לביצוע העבירות, ומעניק לאנשיו סיוע כללי שלא לצורך ביצוע עבירה זו או אחרת.⁴⁰

בית-המשפט המחוזי קבע למעשה כי אם ראש ארגון הפשע מרחיק את עצמו מהעשייה העבריינית, כך שבמקרה הנדון הוא היה נטול מודעות בפועל לכוונה לבצע את העברה, ולא הייתה לו כל תרומה, ולו עקיפה, לביצוע העברה, אזי אי-אפשר להגדירו כמבצע בצוותא. מתן

36 עניין ברגותי, לעיל ה"ש 2.

37 עניין משולם, לעיל ה"ש 7.

38 שם, בעמ' 23–24.

39 שם, בעמ' 63–64.

40 עניין ברגותי, לעיל ה"ש 2, פס' 174.

פרשנות דווקנית מעין זו עלול להוביל להתחמקות של ראשי ארגוני הפשע מאחריות פלילית לכל עברה שביצעו חברי הארגון שבראשו הם עומדים, גם אם מדובר בעברות שבוצעו בשם הארגון ולמענו, וגם אם מדובר במנהיג שהיה מודע בפועל לאפשרות של ביצוע העברה על-ידי חברי ארגונו. בהתאם לקביעה זו, קשה לראות את המקרה שבו יהיה אפשר להטיל אחריות פלילית על ראש ארגון הפשע בגין העברות שביצעו חברי הארגון בשם הארגון ולמענו, וזאת אף כאשר ראש הארגון היה מודע לאותן עברות עוד לפני ביצוען ולא מנע את הביצוע. במצב דברים זה, ראש ארגון הפשע זוכה במעין "חסינות" מפני העמדה לדין בגין העברות שביצעו חברי ארגונו, והוא יוכל להמשיך לנהל את הארגון. בכך יש כדי לאפשר את המשך הפעילות העבריינית, ואפילו לעודד את החרפתה, שכן המנהיג יודע כי בכל מקרה הוא לא ייטול כל אחריות לעברות. מדובר במצב אבסורדי, אשר "דוקטרינת הרב-עבריינים" שאני מציע מבקשת להתגבר עליו.

(6) סיכום עמדת הפסיקה בשאלת סיווג הרב-עבריינים במסגרת דיני השותפות

הרושם העולה מפסקי-הדין שנסקרו לעיל הוא שקביעת הביצוע בצוותא נעשתה על-דרך השלילה, דהיינו, משנשללו הביצוע הישיר והביצוע באמצעות אחר, התוצאה שהתקבלה הייתה קביעת ביצוע בצוותא. הביצוע בצוותא לא הוכח בצורה פוזיטיבית, אלא נקבע כתוצאה משלילתן של צורות הביצוע האחרות.

(ג) עמדת הספרות המשפטית בסוגיית סיווגו של הרב-עבריינים כמבצע בצוותא

הספרות המשפטית דנה בהגדרת המבצע בצוותא, ויצרה גישות שונות שניתן ללמוד מהן על-אודות עמדתה בסוגיית מעמדו של הרב-עבריינים במשפט הפלילי וסיווגו במסגרת השותפים לדבר עברה.

(1) גישתו של פרופ' מרדכי קרמניצר

קרמניצר, שהושפע מהמשפט הגרמני,⁴¹ גורס כי כדי להטיל אחריות פלילית של ביצוע בצוותא על כמה אנשים המבצעים יחד משימה עבריינית, נדרשת החלטה משותפת, דהיינו, על המבצעים להיות באחדות-דעים ביחס לביצוע העברייני, בין היתר כדי שיהיו מסוגלים לפעול בצוותא, וכך תהיה אצל כל אחד מהם מודעות לתלות ההדדית ביניהם. נוסף על כך, לפי קרמניצר לא ייתכן ביצוע בצוותא בשלב ההכנה, שכן על-אף היות שלב זה חיוני לביצוע, עם תום ההכנה אין עדיין כל ודאות שהביצוע יתקיים.

קרמניצר פיתח במשפט הישראלי את מבחן השליטה, שמקורו במשפט הגרמני, ולפיו לכל אחד מהמבצעים תהא שליטה, יחד עם האחרים, בהתפתחות העניינים. ה"ביצוע בצוותא" הינו "ביצוע משותף", והשליטה בו היא "שליטה פונקציונלית". זהו "מבחן השליטה

41 קרמניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו", לעיל ה"ש 11, בעמ' 65, הערה 4.

הפונקציונלית", והוא הוצג על-ידי קרמניצר עוד לפני כניסת תיקון 39 לתוקפו.⁴² מבחן זה מבדיל בין המעורבים השונים בעשייה העבריינית בהסתמך על מידת שליטתם הפונקציונלית בהתפתחות האירוע העברייני.

קרמניצר סבור כי הרב-עבריינים, וכל אדם השולט בארגון, אינם יכולים להיכנס תחת ההגדרה של ביצוע בצוותא, מאחר שאין הם עונים על שני התנאים לביצוע מסוג זה: לא מתקיימת בעניינם החלטה משותפת בינם לבין פקודיהם, שהרי ההחלטה על-אודות ביצוע המשימה העבריינית היא של המנהיג, ואילו הביצוע מועבר הלאה לפקודיו; וגם התנאי של עשייה משותפת אינו מתקיים בעניינו של הרב-עבריינים, שכן הוא מתווה אמנם את תוכנית המשימה העבריינית, אך אין הוא נוכח בזירת האירועים, והשליטה במהלך הביצוע נתונה בידי אלה המצויים בשטח, והם אלה היכולים לקבוע את מהלך העניינים. לגישתו של קרמניצר, הרב-עבריינים הינו מבצע באמצעות אחר מכוח שליטה ארגונית.⁴³

לגישתי, בחינת מעמדו של הרב-עבריינים בנקודת הזמן שבה בוצעה המשימה העבריינית – בחינה אשר הובילה את פרופ' קרמניצר למסקנתו בנוגע להחלטה המשותפת שבין המנהיג לבין פקודיו – היא מוטעית. כדי לבחון רכיב זה של הביצוע בצוותא – ההחלטה המשותפת – יש לבחון את המצב הראשוני שבו הוקם ארגון הפשע, עוד בטרם מונה המנהיג לעמוד בראשו, או לחזור למעמד הקבלה לארגון. במצב ראשוני זה היו כל החברים שווים, וההחלטות היו של כולם. בפרק ג להלן, הדן בדין הרצוי, אנתח את המצב ההתחלתי האמור, ואציע את "דוקטרינת הרב-עבריינים", המתגברת על הקושי שהעלה פרופ' קרמניצר באמצעות תחליפים להחלטה המשותפת ולעשייה המשותפת.

(2) גישתם של פרופ' מרים גור-אריה ופרופ' ש"ז פלר

גור-אריה⁴⁴ מציעה מבחן אובייקטיבי להבחנה בין הביצוע בצוותא – ולמעשה הביצוע בכלל – לבין הסיוע לדבר עברה. לפי מבחן זה, יש לבודד את חלקו של כל משתתף במשימה העבריינית, ואז לבחון במישור העובדתי בלבד אם מעשי השותף נכנסים לתחום הניסיון: אם הם נכנסים אליו, אזי יש לסווג את השותף כמבצע בצוותא; אם אין הם נכנסים אליו – כלומר, אם מעשיו אינם מהווים ניסיון – אזי יש לראותם כהכנה לדבר עברה, ולסווג את השותף כמסייע. מבחן זה כונה "מבחן ההפרדה" או "מבחן הבידוד", ולפיו ההבחנה בין צורות השותפות משקפת את התרומה המיוחדת של כל אחד מהשותפים למשימה העבריינית.⁴⁵

פלר מציג את המבחן המשולב, היוצר סינתזה בין המבחן האובייקטיבי למבחן הסובייקטיבי, מאחר ששותפות לדבר עברה מורכבת מנדבכים סובייקטיביים ואובייקטיביים,

42 מאמרו "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו", שם, פורסם בשנת 1990.

43 ראו דיון בעניין זה להלן בתת-פרק 2, הדן ברב-עבריינים ובביצוע באמצעות אחר.

44 מרים גור-אריה "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע?" משפטים יא 518 (1981).

45 שם, בעמ' 522–523.

ואי־אפשר לנתחם על־ידי שימוש בפן אחד בלבד שלהם.⁴⁶ הן פלר והן גור־אריה מאמצים למעשה אותו מבחן, שהוא המבחן המשולב, לשם הבחנה בין ביצוע בצוותא לבין סיוע, ושניהם מגיעים בעניין זה לאותה מסקנה, שלפיה הרב־עבריינים, שאינו נוכח בזירת האירועים, אינו יכול להיחשב מבצע בצוותא.

בפרק ג להלן, העוסק בדין הרצוי, אדון בקשיים שגור־אריה ופלר מעלים, ומסקנתי תהיה שהדין הקיים מאפשר הטלת אחריות פלילית של ביצוע בצוותא על ראשי ארגוני הפשע, ואין צורך בתיקוני חקיקה לשם כך.

2. "רב־עבריינים" וביצוע באמצעות אחר

צורת השותפות של ביצוע באמצעות אחר מוגדרת בסעיף 29(ג) לחוק העונשין בוו הלשון:

מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתורם לעשיית המעשה על־ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידי, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה:

- (1) קטינות או אי שפיות הדעת;
- (2) העדר שליטה;
- (3) ללא מחשבה פלילית;
- (4) טעות במצב דברים;
- (5) כורח או צידוק.

המבצע באמצעות אחר, להבדיל מהמקרה הטיפוסי של המבצע בצוותא, אינו נוטל חלק בביצוע הפיזי של העברה, וזו מבוצעת על־ידי האחר. בדרך־כלל אותו אחר אינו נושא באחריות לביצוע – אם משום שהוא נמצא במצב של העדר מודעות, ועל־כן אי־אפשר לייחס לו מחשבה פלילית, כגישתה של פרופ' גור־אריה; אם מכוח רעיון השליטה באחר, כגישתו של פרופ' קרמניצר; ואם משום שהאחר אינו נושא באחריות פלילית כלל או נושא באחריות פלילית פחותה, כגון לעברת רשלנות, כגישת הפסיקה. במצב דברים זה, מי שהביא את האחר לידי ביצוע העברה הפלילית הוא שייחשב מבצע העברה.

לפי קרמניצר, הרב־עבריינים הינו מבצע באמצעות אחר מכוח שליטה ארגונית,⁴⁷ והעובדה שהמקרה שלו אינו מופיע בהגדרה של ביצוע באמצעות אחר בסעיף 29(ג) לחוק העונשין אינה גורעת, שכן סעיף 29(ג) כולל רשימה לא־סגורה, בשל השימוש במונח "כגון". קרמניצר גורס כי המקרים המנויים בסעיף 29(ג) מהווים דוגמאות בלבד, ומכיוון שהם מתבססים כולם על עקרון השליטה, ניתן ללמוד מכך כי מקום שיש שליטה, יש ביצוע באמצעות אחר.⁴⁸

46 ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך ב 199 (1987): "מבצע עיקרי הוא זה אשר תרומתו לאירוע עברייני רב־משתתפים מתבטאת בהתנהגות – אקטיבית או פאסיבית – וביחס נפשי, שמקנים לו, בלבד או ביחד עם אחרים, את המעמד של אדון העשייה".

47 קרמניצר "המבצע דיני העונשין – קווים לדמותו", לעיל ה"ש 11.

48 מרדכי קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – 5 שנים לחקיקתו" מגמות בפלילים 55, 80 (אלי לדרמן עורך, 2001).

גור-אריה⁴⁹ גורסת כי המבצע באמצעות אחר, להבדיל מהמבצע בצוותא, אינו נוטל חלק בביצוע העברה, וזו מבוצעת על-ידי אחר אשר נמצא, בדרך-כלל, במצב השולל את אחריותו בגין הביצוע או במצב של העדר מודעות ובשל כך העדר מחשבה פלילית. במצב דברים זה, מי שהביא את האחר לידי ביצוע העברה הוא שייחשב מבצע העברה. גור-אריה מצטרפת לעמדתו של קרמניצר בכותבה כי מבחינה עקרונית הרב-עבריינים הוא מבצע באמצעות אחר מכוח שליטה ארגונית, ולא מבצע בצוותא מזה או משדל מזה, אך מאחר שלשון החוק אינה מאפשרת את סיווגו של הרב-עבריינים כמבצע באמצעות אחר, ולנוכח עקרון החוקיות, אין מנוס מסיווגו כמשדל לדבר עברה, ולא כמבצע בצוותא או באמצעות אחר, וזאת עד שהמחוקק יערוך תיקוני חקיקה.⁵⁰ גור-אריה מוסיפה כי ייתכן שמקור המחלוקת בין הפסיקה לבין הספרות המשפטית נעוץ בלשון החוק הבעייתית, ועל-כן היא מציעה, כאמור, לתקן את החוק ולהכניס לתוכו את השליטה הארגונית כסוג של ביצוע באמצעות אחר.⁵¹

גישותיהם של קרמניצר וגור-אריה, כפי שכתבתי בחלק קודם,⁵² אינן מביאות בחשבון את המצב ההתחלתי, קרי את מעמד הקמתו של ארגון הפשע או את מעמד ההצטרפות אליו, שאז כל החברים היו במעמד זהה או לחלופין למצטרף הטרי היו כמה אפשרויות בחירה, שאחת מהן היא אי-הצטרפות לארגון. ברגע שהוקם הארגון או הצטרף אליו חבר חדש, קיבלו החברים החלטה משותפת בנוגע לזהות המנהיג ובנוגע להסכמה לפעילות הבלתי-חוקית של הארגון. שחר אלדר כותב כי "ביצוע באמצעות אחר מוגדר לעתים כשימוש באדם ככלי לביצוע עבירה ולעיתים כגרימה לאדם לבצע עבירה",⁵³ ומוסיף כי "דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר חלה על מבצע עקיף המשתמש ביתרון כלשהו שיש לו על אחר כדי להביאו לבצע את הרכיב ההתנהגותי של עבירה... דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר מניחה שניים – מבצע ו'אחר' – שלראשון זיקה מלאה לעבירה אף שהוא אינו המבצע הישיר שלה".⁵⁴ אלדר מאמץ בכך את ההגדרה הכללית של ביצוע באמצעות אחר, שלפיה נדרש יתרון כלשהו של המבצע על האחר, "באופן הגורם לנו לייחס את ההתרחשויות למבצע באופן מלא".⁵⁵

אולם אלדר מאמץ דוקטרינה נבדלת של שליטה ארגונית, המבוססת על רעיון האחריות המיניסטריאלית, במובן של "אחריותו של שר כלפי הפרלמנט ביחס לכלל הפעילות המתבצעת תחת סמכות משרדו".⁵⁶ הוא מציע דוקטרינה של "אחריות בכירים", אשר תחול רק ביחס לארגונים הבנויים באופן שמאפשר לאתר בתוכם שליט ארגוני. בנוגע ליסוד הנפשי הנדרש אצל ראש ארגון הפשע, כותב אלדר: "השליט הארגוני צריך להיות מודע לתפקידו בארגון כמו

49 מרים גור-אריה "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א 29, 42 (1990).
 50 גור-אריה "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה", לעיל ה"ש 20.
 51 שם, בעמ' 109.
 52 ראו לעיל בחלק א1(ג)(1).
 53 אלדר כלי אדם – שימוש בבני אדם לביצוע עבירות והנהגת ארגוני פשיעה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 19.
 54 שם, בעמ' 21.
 55 שם, בעמ' 26.
 56 שם, בעמ' 88.

גם למדיניות העבריינית שהוא מנחיל לארגון. לכן, אחריותו מתייחסת לעבירות שהוא מודע או צריך להיות מודע לאפשרות ביצוען כחלק ממדיניותו של ארגון פשיעה.⁵⁷ גישתו של אלדר אינה מתגברת על הקשיים שהעלו קרמניצר וגור-אריה בדבר העדר החלטה משותפת למנהיג ולעושי דברו. לעומת זאת, ההצעה שלי לחזור ב"מנהרת הזמן" אל המצב ההתחלתי, שבו קם ארגון הפשע או הצטרף אליו חבר חדש, מתגברת על הקשיים שהוצעו, ומובילה לדוקטרינה חדשה, שאני מכנה "דוקטרינת הרב-עבריינים".⁵⁸

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

המחוקק הישראלי היה ער לבעייתיות בייחוס אחריות פלילית לראש ארגון פשע בגין עברות שביצעו חברי הארגון מבלי שהתקיימו התנאים להטלת אחריות פלילית עליו מכוח דיני השותפות – לא השותפות הישירה ולא השותפות העקיפה. חוק מאבק בארגוני פשיעה משקף את נסיונו של המחוקק להתמודד עם בעיה זו, בהטילו אחריות פלילית על המעורבים בארגוני פשיעה, וזאת נוסף על אחריותם על-פי דיני השותפות. חוק זה קובע למעשה אחריות פלילית מקום שהחוק והפסיקה התקשו בהטלתה במסגרת ההגדרות השונות של השותפים לדבר עברה. באמצעות החוק ניתן להטיל אחריות על ראשי ארגון פשע, על פעילי המרכזיים ועל המבצעים בשטח, וזאת כאשר קיימים קווי מתאר המקשרים בין הראש, הגוף והזנב של הארגון. החוק מפליל גם את מי שנותן שירותי ייעוץ לארגון פשע כדי לקדם את פעילותו. כלשונו של השופט רובינשטיין בעניין בופמן:

ארגוני פשיעה על פי מהותם זקוקים לא רק ל"חיילים" אלימים שיטילו את האימה הפיסית סביבותיהם, אלא גם ליועצים עונבי עניבות ויודעי ספר ודין, היכולים להשיא להם עצות "טובות" באשר למימוש תכניותיהם הפליליות; על פני הדברים, העורר הוא אחד מאלה, וכמובן מעמדו יובהר במדויק במהלך ההוכחות. סכנתם של אנשים אלה מרובה לא פחות משל ה"חיילים" האלימים. ההנחה היא, אמנם, כי אדם כזה אולי לא יפעל על פי רוב באלימות בעצמו, אך יש סיכון כי יעשה זאת באמצעות אחרים...⁵⁹

חוק מאבק בארגוני פשיעה אינו דורש כוונה מיוחדת כדי להרשיע על-פיו, ודי בהוכחת מודעותו של המבצע לכך שפעילותו נעשית במסגרת המוסדית של ארגון פשיעה. את המודעות ניתן להסיק מעצם קיומו של מגע בין השלב התחתון בסולם הדרגות בארגון הפשע לבין הדרגים שמעליו, כגון קשר של הֶכוּוּנָה או תשלום. סעיף 2 לחוק דורש מודעות של העבריין לעצם קיומו של ארגון פשיעה. בנוגע לנותן הייעוץ החוק דורש כוונה מיוחדת, כמפורט בסעיף 2(ב).

57 שם, בעמ' 97.

58 ראו להלן בפרק ג.

59 בש"פ 5612/07 בופמן נ' מדינת ישראל, פס' ו (פורסם בנבו, 9.7.2007).

חוק מאבק בארגוני פשיעה הוא חוק חשוב במסגרת המאמץ למגר את תופעת הפשיעה המאורגנת, אך המענה שהוא נותן הוא חלקי בלבד. החוק נותן מענה הולם לגבי ארגון פשע המבצע עברות מסוג פשע שאינו חמור, דהיינו, עברות שהעונש המרבי הקבוע בצידן בחוק עולה אך במעט על 3 שנות מאסר. במצב דברים זה, ענישה של 10 ו-20 שנות מאסר למנהיג ארגון הפשע אכן מהווה פתרון הולם. אולם במקרים שבהם ארגון הפשע עוסק בעברות של פשע חמור, כגון רצח, עונשו של המנהיג יהא נמוך מזה שיוטל על המבצע, שהינו השליח הזוטר בארגון. יש שיטענו כי מצב שבו ראש ארגון הפשע משולח לשנים רבות בכלא עדיף על המצב ששרר לפני חקיקת החוק, שבו המשיך המנהיג להתהלך חופשי בשל העדר אפשרות חוקית להטיל עליו אחריות פלילית. טיעון זה נכון, אולם אינו מספיק – המטרה אינה הטלת אחריות פלילית כלשהי על הרב-עבריינים, אלא הטלת אחריות אמיתית, נכונה ומלאה עליו בגין המעשים שעשו חברי ארגון הפשע שהוא עומד בראשו.

סוגיה נוספת שאינה זוכה במענה הולם בחוק מאבק בארגוני פשיעה היא סוגיית ההתארגנות העבריינית שאינה נכללת במסגרת ההגדרה של "ארגון פשע", כגון התחברות מקרית ו/או אקראית של כמה אנשים לביצוע פשע. חוק מאבק בארגוני פשיעה קובע כי כדי שקבוצה עבריינית תיחשב ארגון פשיעה לפי חוק זה, עליה לעמוד בשלושה תנאים מצטברים ומשלימים, כמפורט בסעיף 1 לחוק, והם פעילות "בתבנית מאורגנת, שיטתית ומתמשכת לעבירת עבירות". אלדר טוען כי הגדרה רחבה מעין זו אינה מאפשרת "לקבוע מראש את השלב המדויק שבו התארגנות עבריינית מתחילה להצדיק את התואר 'ארגון פשיעה' ואת הסטייה הדוקטרינרית מדיני השותפות הנלוות אליו".⁶⁰ הוא מציע להשתית את סף הכניסה להגדרת ארגון פשיעה על רעיון הקשר ההדדי שבין רכיבי ההגדרה שבסעיף 1 לחוק מאבק בארגוני פשיעה, כך שמינון גבוה של אחד המרכיבים יוכל להפחית מהמינונים הנדרשים של שני המרכיבים האחרים.⁶¹

חוק מאבק בארגוני פשיעה מעורר בעיה נוספת, של "הכללת-יתר", שכן ההגדרה של ארגון פשיעה בחוק עלולה להוביל להגשת כתבי אישום גם נגד עבריינים זוטרים הפועלים בתבנית מאורגנת, שיטתית ומתמשכת.⁶² נוסף על כך, ההגדרה עלולה לכלול כל התארגנות שחברים בה

60 שחר אלדר "על היקפו של המונח 'ארגון פשיעה' בחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג–2003" משפטים מב 183, 196 (2012).

61 אלדר מציע מנגנון איזון פנימי וחיצוני להכללת ארגון פשיעה תחת חוק מאבק בארגוני פשיעה (שם, בעמ' 211): "האיזון שבין רכיבי ההגדרה הוא מורכב, והוא מתבצע הן באופן פנימי, בין רכיבי המשנה המשתתפים לכל אחת מהדרישות להמשכיות, ארגון ושיטתיות, והן באופן חיצוני בין דרישות אלה לבין עצמן. כך, עצמת הופעתה של שיטתיות תיקבע אגב איזון בין רכיבי המשנה של חלוקת תפקידים, רכישת מוניפול, השחתת פקידי ממשל והסדרים נוקשים, והתוצאה תאזן אל מול עצמת הופעתם של הארגון וההמשכיות".

62 גדי אשד "הפשיעה המאורגנת בישראל ובעולם – מגמות ותהליכים" המשפט יא 499, 514 (2007).

שני אנשים או יותר המתכננים לעבור כמה עברות, ובכך היא עלולה לאייץ את דיני השותפות, מאחר שהיא כוללת בתוכה כמעט את כל דיני השותפות.⁶³ "דוקטרינת הרב-עבריינים" שאני מציע במאמר זה באה להוסיף על חוק מאבק בארגוני פשיעה, בהבטיחה שראשי ארגוני הפשע יישאו באחריות פלילית גם לעברות שביצעו חברי ארגוניהם, ולא רק מכוח חוק מאבק בארגוני פשיעה, וזאת מקום שמתקיימים לגביהם התנאים שעליהם אעמוד בהמשך.

ב. "רב-עבריינים" בשיטות משפט זרות

שיטות משפט זרות ביקשו להילחם בתופעת הפשע המאורגן בדרכים שונות: חלקן, דוגמת זו האמריקאית, חוקקו חקיקה נפרדת לשם הרחבת גבולותיה של האחריות הפלילית; חלקן, דוגמת זו הרוסית, הרחיבו את גבולות האחריות הנגזרת; וחלקן, דוגמת השיטה האנגלית, שללו הטלת אחריות כל עוד לא הוכחה מודעות לעברה שבוצעה. להלן אתייחס בקצרה לכל אחת מהשיטות האמורות.

בארצות-הברית יצר המחוקק עברה ספציפית: Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (להלן: RICO),⁶⁴ שבאמצעותה אפשר להטיל אחריות של קשירת קשר על כל מי שהיה חבר בארגון שביצע פעילות עבריינית כגון רצח, הימורים, שוחד, סחר בסמים ועוד. ההגדרה הרחבה של העברה מאפשרת להרחיב את אחריותם הפלילית של ראשי ארגוני הפשע גם למעשי פקודיהם. קשירת הקשר במשפט האמריקאי מהווה גם עברה לא-מושלמת בפני עצמה וגם בסיס להטלת אחריות על אדם בגין עברות פליליות שבוצעו על-ידי אחר – מה שמכונה במשפט האמריקאי "אחריות Pinkerton",⁶⁵ דהיינו, הטלת אחריות הדדית בגין קשר משותף לעברה שבוצעה בעקבות מטרת הקשר, כמעין אחריות סולידרית. בהתאם לדוקטרינה זו, צד לקשר יכול לשאת באחריות פלילית בגין עברה שבוצעה על-ידי צד אחר לאותו קשר, וזאת כאשר האדם שביצע את העברה היה חבר בקשר, העברה בוצעה בהתאם לתוכנית המשותפת ולהבנה הקיימת בין הקושרים, הנאשם היה חבר בקשר בזמן שבוצעה העברה, והנאשם היה יכול לצפות באופן סביר שהעברה אכן תבוצע על-ידי הקושרים המשותפים.⁶⁶ בהתקיים התנאים הללו במלואם, יישא הנאשם באחריות בגין מעשה העברה, גם אם הוא עצמו לא השתתף במעשים שהיוו את יסודותיה העובדתיים של העברה, ואף לא ידע שעומדים לבצעה. הקושר שביצע את העברה ייחשב סוכנם של יתר הקושרים, וכל הקושרים יישאו באחריות פלילית בגין העברה שבוצעה על-ידי הקושרים המשותפים. יש לציין כי הלכת

63 אלדר "על היקפו של המונח "פשע מאורגן" בחוק מאבק בארגוני פשיעה", לעיל ה"ש 60, בעמ' 184.

64 Lance Bremer et al., *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, 34 AM. CRIM. L. REV. 931, 935 (1997).

65 *Pinkerton v. United States*, 66 S. Ct. 1180 (1946).

66 ש.ם.

Pinkerton לא אומצה במדינות רבות בארצות-הברית וב-Model Penal Code,⁶⁷ וכי היא מזכירה מאוד את תורת האחריות הסולידרית של קושרים שהייתה נהוגה בדין הישראלי עד לביטולה בתיקון 39 לחוק העונשין.

ברוסיה הצדדים לעבירה מוגדרים בסעיף 33 לקוד הפלילי הרוסי בזו הלשון:

1. In addition to the perpetrator, organizers, instigators, and accessories shall be deemed accomplices.

...

3. A person who has organized the commission of a crime or has directed its commission, and also a person who has created an organized group or a criminal community (criminal organization) or has guided them, shall be deemed an organizer.⁶⁸

בהתאם לסעיף 1 לקוד הרוסי, יועמדו לדין לצד המבצע העיקרי גם המארגן, המשדל והמסייע, ובהתאם לסעיף 3 לקוד, ייחשב מארגן לא רק מי שארגן את ביצועה של העבירה או ניהל אותה, אלא גם מי שהקים את ארגון הפשע או ניהל אותו. לפי דיני השותפות הרוסיים, אם כן, מקים הארגון יהיה אחראי לכל העבירות המבוצעות על-ידי חברי ארגונו.

באנגליה נמנעו בתי-המשפט והמחוקק מלשנות את ההגדרות המסורתיות של האחריות הפלילית בכל הנוגע בצדדים לדבר עבירה. בעניין *R. v. Bainbridge* הביע Lord Parker את דעתו כי "אין די... [בהוכחה] שאדם ידע כי יש כוונה להוציא לפועל מעשה לא-חוקי כלשהו",⁶⁹ והוסיף כי "חייב להיות לא רק חשד, אלא מודעות לכך שיש כוונה לבצע עבירה מהסוג הנדון".⁷⁰ רב-עבריינים הנותן הוראות לכפופים לו לבצע עבירה פלילית יואשם, בהתאם לדין האנגלי, בשידול ובסיוע למבצעים העיקריים, ועל-כן יהא צפוי לאותו עונש הצפוי למבצע העיקרי. אולם המשפט האנגלי קובע כי כדי שיהיה אפשר להטיל אחריות פלילית על מנהיג בגין שידול או סיוע לדבר עבירה שהוא לא נתן הוראה מפורשת לבצעה, "עליו לפחות לדעת את העניינים החיוניים המהווים את העבירה".⁷¹ בנוגע לדרישת המודעות כתבו Simester ו-Sullivan⁷² כי לאחרונה נרשמה התרחקות במשפט האנגלי מהדרישה הקפדנית של "מודעות" לכלל "צפיות של קיום אפשרי של תנאים חיוניים".

SANFORD H. KADISH & STEPHEN J. SCHULHOFER, CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES 693 67
(7th ed. 2001).

.Penal Code, art. 33, Ross. Gazeta, June 18, 1996 68

.R. v. Bainbridge, [1960] 1 Q.B. 129, 134 (C.C.A.) 69

R. v. Bryce, [2004] EWCA Crim 1231 שם. ראו לעניין זה גם את פסק-הדין המאוחר יותר 70
(Eng. C.A.).

.Johnson v. Youden, [1950] 1 K.B. 544, 546 (Eng. C.A.) 71

.SIMESTER & SULLIVAN, CRIMINAL LAW: THEORY AND DOCTRINE 214–215 (2nd ed. 2003) 72

ראש ארגון הפשע מרחיק את עצמו מהזירה העבריינית, וכדי לייחס לו אחריות לפשעים שביצעו פקודיו, יש צורך בהרחבת גבולותיה של האחריות הפלילית, אם באמצעות תיקוני חקיקה ואם באמצעות פרשנות מרחיבה של הדין הקיים. על כך אעמוד בפרק הבא.

ג. הדין הרצוי

1. הגדרת המונחים "ארגון פשע"/"התארגנות פשע" ו"רבי-עבריינים"

ההגדרה שאני מציע למונח "ארגון פשע" היא כדלקמן: התארגנות של שלושה אנשים או יותר שקשרו יחד קשר לביצוע עברה פלילית מסוג פשע, בין שמדובר בהתארגנות לצורך משימה עבריינית אחת ובין שמדובר בהתארגנות לצורך פעילות עבריינית מתמשכת. ההתארגנות יכולה להיות חוקית, שכל פועלה הוא מותר למעט הפעילות האחת הבלתי-חוקית הנעשית בהתאם לקשר הפלילי שנקשר בין חבריה, והיא יכולה להיות התארגנות בלתי-חוקית, שמטרתה הן חוקיות או בלתי-חוקיות, ואשר חבריה קשרו קשר פלילי לפעילות בלתי-חוקית. הפעילות הבלתי-חוקית, האחת או המתמשכת, חייבת לקיים כאמור עברה פלילית מסוג פשע, ואין נפקא מינה אם בעבר ביצעו הצדדים לקשר פעילות בלתי-חוקית כלשהי, בין כל אחד בפני עצמו ובין במסגרת התארגנות החברים יחד. בהתאם להגדרה זו, התארגנות ספונטנית לביצוע עברה, כגון תקיפת שומר בפתח מועדון שמנע חבורת צעירים מלהיכנס אליו, אינה נופלת בהכרח תחת הגדרת המונח "ארגון פשע". יש לבחון את ארעיות ההתארגנות מנקודות-מבט נוספות, כגון סוג הפעילות העבריינית שבוצעה, מהות הפעילות ומהות הפועלים. כך, לגבי אירוע של תקיפת שומר בפתח מועדון יש לבחון אם מדובר בחברי ארגון פשיעה ששומר המועדון מנע אותם מלהיכנס או שמא בחבורת צעירים נורמטיביים שפעלו מתוך כעס רגעי. מאמר זה אינו מציע להגדיר תחת המונח "ארגון פשע" כל התארגנות ארעית לביצוע עברה מסוג פשע, אלא יש להפעיל כאמור שיקולים נוספים.

ההגדרה שנתן המחוקק למונח "ארגון פשע" בחוק מאבק בארגוני פשיעה נכללת בתוך ההגדרה שהצגתי לעיל, המציעה לכלול תחת מונח זה כל סוג של התארגנות – הן ארעית, הן מקרית והן מתמשכת. מאחר ש"ארגון הפשע" שהוגדר בחוק נבלע בתוך ההגדרה שנתתי לעיל, אציע לכנות את "ארגון הפשע" המורחב "התארגנות פשע", וכך יהיה אפשר להבדיל את ההגדרה שאני מציע מהגדרת המונח "ארגון פשע" בחוק.

בהתאם להגדרה זו, התארגנותם של "פלונים" בעניין "שוק הקצבים"⁷³ מהווה "התארגנות פשע", ואילו בהתאם להגדרה שבחוק מאבק בארגוני פשיעה, התארגנותם אינה יכולה להיחשב "ארגון פשע", מפאת הדרישה לפעילות "בתבנית מאורגנת, שיטתית ומתמשכת לעבירת עבירות".⁷⁴

הרחבת ההגדרה של "התארגנות פשע" מגדילה אם כן את היקף המאבק בפשיעה המבוצעת על-ידי כמה אנשים. הדרישה המספרית שהצבתי – שלושה אנשים לכל-הפחות – באה במטרה

73 עניין פלונים, לעיל ה"ש 8.

74 ס' 1 לחוק מאבק בארגוני פשיעה.

למנוע ראייה כוללנית מדי של כל התחברות של שני אנשים כארגון פשע. מדובר בהחלטה שרירותית, שנועדה לצמצם את ההרחבה שהצעת להגדרת "ארגון פשע". "רב-עבריינים" הוא האדם העומד בראשה של "התארגנות פשע", כפי שהגדרתה לעיל, ו/או האדם שזים את ההתארגנות לצורך ביצוע המשימה העבריינית, והיה פעיל יותר מאחרים בתכנון הפעילות הבלתי-חוקית לשם הוצאתה אל הפועל. "רב-עבריינים" עומד בראש חבורה של אנשים, והמטרה המרכזית – ולעיתים אף הבלעדית – לעמידתו בראש החבורה היא שהוראותיו ימולאו על-ידי חברי החבורה. מה שמייחד אותו הוא עובדת היותו נותן ההוראות. מנקודת-ראות זו, אין צורך בקיום "ארגון פשע" כהגדרתו בחוק מאבק בארגוני פשיעה, אלא די בחבורה שהתארגנה לצורך אירוע קונקרטי. הוויתור על דרישת ההמשכיות הוא שמבדיל, כאמור, את "התארגנות הפשע" שבמאמר זה מ"ארגון הפשע" המוגדר כיום בחוק מאבק בארגוני פשיעה.

בעניין פלוניס⁷⁵ קבע בית-המשפט כי מנהיג החבורה היה "טל", שהרי הוא יזם את הפעילות העבריינית והיה פעיל יותר מאחרים בכל השלבים. במועד הביצוע הוא ביקש לדחות את הפעולה, ומשעמדו חבריו על ביצוע התוכנית במועדה, הוא אמר להם "אז תעשו". "טל" היה אחד ממניעי הגלגל העברייני במשימה העבריינית שבוצעה, ודחיית בקשתו לביצוע המשימה במועד אחר אינה יכולה להפחית ממעמדו הרם באותה התארגנות. "טל" לא ביקש להימנע מביצוע המשימה, אלא רק לדחותה למועד אחר, ואמירתו לחבריו "אז תעשו" אינה מהווה וטו על הביצוע, ואף לא פגיעה במעמדו כמנהיג החבורה. כל שיש בה הוא משום אדישות בנוגע למועד הביצוע, ואין באדישות זו כדי לשנות ממעמדו הרם. אילו הוציא "טל" הוראה לחבריו להימנע מביצוע המשימה, ולא היה משתמש במילים "אז תעשו", היה אפשר לשלול את מעמדו כ"נותן הוראות", והיה אפשר לראות את חלוקת התפקידים בין חברי ההתארגנות כאקראית, כתוצאת הגרלה שנעשתה כביכול על-ידי חברי הקבוצה. במצב דברים זה לא היה אפשר לראות ב"טל" רב-עבריינים.

2. "האיש מאחורי הקלעים"

ה"רב-עבריינים" מתכנן משימות ומטיל את ביצוען על אחרים. על-פירוב הוא אינו משתתף בשלב הביצוע, ואף אינו נוכח בזירת הביצוע. בכך הרב-עבריינים רוכש לעצמו מוניטין של "האיש מאחורי הקלעים", אשר הוגה את המשימה העבריינית, מטיל את ביצועה על פקודיו ומוודא את ביצועה, והוא גם הנהנה העיקרי מפירות המשימה העבריינית. אותו "איש מאחורי הקלעים" מסתתר למעשה מעיני הציבור – רואה ואינו נראה. רק שומעים עליו מפה לאוזן כמי שבלעדיו אין, ואשר הכל פועלים על-פי מצוותו ופקודותיו. בכוח "האיש מאחורי הקלעים" מתקיימת ההצגה, ובלעדיו לא רק שלא הייתה הצגה, אלא גם שחקנים לא היו בנמצא, כך שהכל סובב סביבו. במצב דברים זה, הגדרת "האיש מאחורי הקלעים" ככזה שאינו שותף בביצוע עלולה להפוך את מנהיגי ארגוני הפשע ל"חסינים" מפני הפללה בביצוע הפשעים שעליהם הורו, ובכך לסכל את רצון המחוקק הגלובלי להילחם בתופעת הפשע המאורגן.

75 עניין פלוניס, לעיל ה"ש 8.

ה"רב-עבריינים" הוא "האיש מאחורי הקלעים", ועל-כן הגדרתו כמי שלא נטל חלק בביצוע היא הגדרה לא-מדויקת. יש לדייק ולומר כי הוא נטל חלק בלתי-נראה לעין בביצוע העברייני, ועל-כן יש לראותו כמבצע בצוותא יחד עם המבצעים הנראים לעין.

3. האופן שבו ניתן להטיל אחריות פלילית על הרב-עבריינים בגין העברות שביצעו חברי ארגונו

מאמר זה, כאמור, אינו דן בהטלת אחריות פלילית על הרב-עבריינים בגין עצם חברותו בארגון פשע, כפי שעושה חוק מאבק בארגוני פשיעה, אלא בייחוס אחריות למנהיג ארגון הפשע בגין מעשיהם הפליליים של חברי ארגונו. קיימות טעמי שתי גישות עיקריות בנוגע לאופן שבו ניתן לייחס אחריות מעין זו: גישה אחת, שהיא הגישה המוצעת במאמר זה, מצדדת בהטלת אחריות מכוח הדין הקיים; והגישה האחרת מצדדת בעריכת תיקוני חקיקה. אני מעדיף, כאמור, את הגישה הגורסת כי ניתן להטיל אחריות במסגרת הדין הקיים, ללא תיקוני חקיקה, אך לשם השלמת הדיון אציג גם את הגישה האחרת, ובה אפתח.

(א) אחריות במסגרת הסדר חקיקתי חדש – תיקוני חקיקה

גישת הרוב בספרות המשפטית, אשר אינה מקובלת עליי, דוגלת בעריכת תיקוני חקיקה כדי שיהיה אפשר לייחס אחריות פלילית של ביצוע בצוותא לראש ארגון פשע בגין העברות שביצעו חברי ארגונו. לפי גישה זו, המסגרת הנורמטיבית הקיימת אינה נותנת מענה לעניין זה, מאחר שלא מתקיימים במקרהו של הרב-עבריינים הכללים שהותוו בחקיקה לייחוס אחריות פלילית מעין זו במסגרת דיני השותפות. נטען כי דיני השותפות מבוססים על הדדיות וסולידריות ביחס למטרה, ואילו ארגון הפשע, שבראשו עומד הרב-עבריינים, אינו מבוסס בהכרח על עקרונות אלה.⁷⁶

זכור, הביצוע בצוותא מוגדר בסעיף 29(ב) לחוק העונשין בזה הלשון:

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.

אילו הסכמתי עם הגישה הגורסת כי אי-אפשר להרשיע את הרב-עבריינים כמבצע בצוותא בהתאם לנוסח החקיקה הקיים, הייתי מציע לתקן את סעיף 29(ב) לחוק העונשין כך שיקבע כדלקמן (ההדגשה מציינת את התוספת המוצעת לנוסח הקיים):

המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה ו/או תוך מתן הוראות לאחרים לביצוע המעשים, וכן רב-עבריינים שמודע לעבירה שיבצעו חברי ארגונו, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר.

76 ראו דיון בעמדת הספרות המשפטית בנוגע לשאלת סיווגו של הרב-עבריינים בפרקים הקודמים.

התוספת לסעיף המוצעת לעיל מתגברת על הדרישה לעשיית מעשה כלשהו כתנאי הכרחי להיכללות במסגרת המבצעים בצוותא, ומאיינת את ההידרשות לפרשנות מרחיקת-לכת בנוגע למשמעות המילים "תוך עשיית מעשים לביצועה" עד כדי החלתן גם על נותני ההוראות לביצוע. החלק הראשון של סעיף 29(ב), שהינו ההסדר החקיקתי הקיים, יכול בין המשתתפים בצוותא את כל מי שהשתתף פיזית בביצוע, ואילו התוספת שהצעת תכלול בין המשתתפים בצוותא את אלה הנותנים הוראות לאחרים לביצוע המשימה העבריינית, וכן את מנהיג ארגון הפשע המודע לעברה הפלילית שחברי ארגונו עומדים לבצע. מתן ההוראות ו/או המודעות יהיו חלק מההחלטה המשותפת ומהעשייה המשותפת, שהן הדרישות של הביצוע בצוותא.⁷⁷ נוסח החוק המוצע מתייחס ל"רב-עבריינים", ועל-כן בפרק ההגדרות של חוק העונשין יש לכלול הגדרה למונח זה, כמי שעומד בראש ארגון פשע, וכן הגדרה למונח "ארגון פשע" בהתאם להגדרה שפורטה במאמר זה.

השינוי שאני מציע לערוך בחוק יכול שייחשב הצעה טובה פחות מהצעתו של פרופ' קרמניצר, שכן זו האחרונה מבקשת לשנות את הנוסח הקיים בצורה מינורית יותר. כזכור, קרמניצר ביקש לכלול את מקרהו של הרב-עבריינים במסגרת המבצע באמצעות אחר, וזאת באמצעות אימוצו של מבחן השליטה, תוך הסתמכות על השימוש במילה "כגון" שבסעיף 29(ג) לחוק העונשין, המאפשרת לכאורה הוספת מצבים נוספים להגדרה של ביצוע באמצעות אחר. לעומת זאת, ההצעה שלי לתיקון סעיף 29(ב) דורשת למעשה שינוי של ההגדרה המהותית והמקובלת של ביצוע בצוותא, בנוגע להחלטה המשותפת ולעשייה המשותפת, ויש בה כדי לצמצם עד-מאוד את היקף השידול.

לחלופין ניתן לטעון כי הכללת הרב-עבריינים במסגרת הביצוע בצוותא מבלי שהוא נטל חלק בביצוע הפיזי של העברה אינה יכולה להיכלל במסגרת דיני השותפות הקיימים, מאחר שמדובר בפעילות פלילית חדשה, המגדירה סוג חדש של מבצעי עברות. אם נקבל ביקורת זו, אזי יהיה נכון להכליל את הפעילות הפלילית החדשה במסגרת סעיף חדש, שאותו אני מציע להוסיף אחרי סעיף 29(ד) לחוק העונשין, כסעיף 29(ה). כותרת הסעיף תהיה "מבצע באמצעות מתן הוראות", ולשונו תהא כדלקמן:

הנותן הוראה לאחרים לבצע עבירה פלילית וכן רב-עבריינים המודע לעבירה הפלילית שיבצעו חברי ארגונו, בין אם נטל חלק בביצועה הפיזי של העבירה ובין אם לאו, ייחשבו כמבצעי העבירה שבוצעה, ואין נפקא מינה אם כל המעשים המהווים את העבירה אכן בוצעו על-ידי מקבל ההוראות או על-ידי אחרים שההוראות הועברו אליהם, ובלבד שהעבירה אכן בוצעה בעקבות ההוראות שניתנו או לשם קידום מטרתן.

תיקון חקיקתי מוצע זה יוצר למעשה עברה חדשה, תוך צמצום היקף השידול והפיכת הרב-עבריינים מממדל, כמעמדו לפני התיקון המוצע, למבצע. עניינה של העברה החדשה הוא בהטלת אחריות פלילית על נותן הוראות לביצוע המשימה העבריינית בגין העברה שבוצעה

77 ראו את הדיון בביצוע בצוותא לעיל בתת-פרק 1א.

על-ידי אחרים בשל מתן ההוראות לביצועה, וכן בייחוס אחריות פלילית לראש ארגון פשע בשל מודעותו מראש לעברה שביצעו פקודיו, וכל זאת מבלי ש"נותני ההוראות" הללו ייטלו חלק בשלב ההכנה או בשלב הביצוע, ואף אם הם שומרים על ריחוק פיזי מהביצוע ומזירת העברה. יוער כי גם תיקון מוצע זה, כמו התיקון הקודם שהצעת, מחייב להוסיף בפרק ההגדרות של חוק העונשין הגדרות למונחים "רב-עבריינים" ו"ארגון פשע" בהתאם להגדרות שהוצעו במאמר זה.

התיקון המוצע כאן שונה מ"דוקטרינת האחריות הסולידרית" של קושרים, המאפשרת הטלת אחריות על כל שותף בקשירת קשר פלילי גם בגין מעשיהם של השותפים האחרים לקשר אשר בוצעו במסגרת הקשר ולשם קידומו. זאת, מאחר שבאותה דוקטרינה חוסר מודעות של האחד למעשיהם של שותפיו לקשר אינו שולל את אחריותו,⁷⁸ ואילו התיקון המוצע על-ידי דורש קיום מודעות בפועל אצל הרב-עבריינים לעברה העומדת להתבצע על-ידי פקודיו. תיקון החקיקה המוצע על-ידי מטיל אחריות פלילית על נותני ההוראות בגין העברה הפלילית שבוצעה בהסתמך על אותן הוראות, וכן על המנהיג המודע לעברה העומדת להתבצע על-ידי חברי ארגונו, והעונש הצפוי להם הוא זה הקבוע בצידה של העברה שבוצעה.

האחריות המוטלת על-ידי הסעיף החדש בגין העברות שבוצעו אינה חלה רק על הרב-עבריינים, אלא היא מתרחבת וכוללת גם את הדרגים שתחתיו, אשר העבירו את הוראותיו עד לדרג המבצע, כך שכולם יישאו באחריות פלילית בגין העברה שבוצעה בהסתמך על ההוראות שניתנו. בכך ניתן מענה הולם גם לאחריותם של הדרגים הבכירים ודרגי-הביניים בארגוני הפשע למשימות הפליליות שבוצעו בהסתמך על הוראותיהם, בין שהם יזמו את ההוראות ובין שהם רק העבירו אותן הלאה. דין אחד יחול על כולם, והוא אחריות פלילית של ביצוע בצוותא בנוגע לעברות שבוצעו בהסתמך על אותן הוראות ובהתאם להן. בכך בית-המשפט לקבוע את העונש הראוי בגין המעשים הפליליים שבוצעו, יהא עליו להביא בחשבון נתונים רבים, כגון הריחוק מהביצוע, מצד אחד, והבכירות בארגון הפשע, כולל היוזמה לביצוע העברות וההנאה מן התועלת הצומחת מביצוען, מן הצד האחר. עריכת איזון נכון בין שני הצדדים האמורים יכולה להוביל להטלת ענישה מחמירה יותר על נותני ההוראות מאשר על מבצעייהן, וזאת על-אף ריחוקם הפיזי של נותני ההוראות מהביצוע.

בהתאם לתיקון החקיקתי המוצע על-ידי, ניתן להטיל אחריות פלילית בגין העברה שבוצעה לא רק על המבצע, אלא גם על העומד בראש ארגון הפשע ועל בכירים אחרים בארגון אשר העבירו את הוראות המנהיג לשם ביצוען. האחריות שתוטל על הרב-עבריינים לא באה להחליף את אחריותו הפלילית הנובעת מעצם חברותו בארגון פשע, כהגדרת חוק מאבק בארגוני פשיעה, אלא באה להוסיף עליה. מדובר באחריות פלילית לעברה שבוצעה, שהיא

78 "דוקטרינת האחריות הסולידרית" נקבעה שנים מספר לאחר קום המדינה, בע"פ 129/54 גולדשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י' (1) 505 (1956). כעבור כשלושים שנה היא הורחבה, בע"פ 696/84 אלבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 330 (1984), כך שהיא כללה אחריות לכל תוצאה טבעית העלולה להיגרם מקשירת הקשר, ובהמשך היא הורחבה עוד יותר, באופן שהחיל אותה גם על מעשים שסטו מהתוכנית המקורית, וזאת בע"פ 461/92 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 580 (1993).

כאשר הרב-עבריינים עומד בראש ארגון פשע, הוא מפקח על מעשי חבריו, והיה יכול למנוע את ביצוע העברות על-ידי הימנעות מתכנון משימות עברייניות ומהטלת ביצוען על פקודיו, ואף שלב קודם לכן – על-ידי בחירה לא לעמוד בראש ארגון פשע ולא לגייס חברים לארגון הבלתי-חוקי. משלא עשה כן, ובהתקיים התנאים שעליהם עמדתו בפרק זה, יישא המנהיג באחריות פלילית לעברות שבוצעו, כמבצע בצוותא, ויהא צפוי לענישה הקבועה בצידן. בכך יתגבר המחוקק על חוסר ההלימות שבהטלת עונש קל יחסית על הרב-עבריינים בהתאם לחוק מאבק בארגוני פשיעה לעומת העונש הצפוי למבצעי העברות.

הפתרון החקיקתי שהצעתי לעיל נותן פתרון לסוגיית אחריותם של הרב-עבריינים לעברות המבוצעות על-ידי חברי ארגונים באמצעות יצירת עברה חדשה, אך לטעמי ניתן להגיע לאותה תוצאה מבלי להידרש לחקיקה חדשה ומבלי להידרש ליצירת עברה חדשה, כפי שיפורט בחלק הבא.

(ב) אחריות במסגרת הדין הקיים

יש הגורסים כי ארגוני הפשע אינם מושג חדש באופן מהותי, שיש בו כדי להצדיק סטייה ממסגרת דיני השותפות. הביצוע בצוותא מתאר מצב שבו שני אנשים או יותר התחברו לביצוע עברה פלילית, כאשר כל השותפים שווים-ערך זה לזה, ולכל אחד מהם ניתנת זכות וטו הן בנוגע לעצם ביצוע העברה והן בנוגע לאופן ביצועה. הביצוע בצוותא דורש, בין היתר, קיומה של החלטה משותפת לביצוע העברה, שהיא קשירת קשר בין השותפים. הספרות המשפטית טענה כי במקרהו של הרב-עבריינים אין קשירת קשר בינו לבין המבצעים, שהרי הוא מפקדם ונותן ההוראות,⁷⁹ ואין לחייליו כל בררה אלא למלא הוראות אלה – אם לא על-ידי פלוני, אזי על-ידי אלמוני. החיילים הם בבחינת "ברגים" בארגון, ובמעמד מתן ההוראה לביצוע המשימה העבריינית אין בינם לבין הרב-עבריינים כל החלטה משותפת. במאמר זה אני מציע להתמודד עם טיעון זה במסגרת דיני השותפות באמצעות פנייה אחורה בזמן אל מעמד בקשתו של חבר הארגון להתקבל לאותו ארגון כ"חבר מן המניין".

ראש ארגון הפשע נעשה פעיל במשימה העבריינית בהיותו מתכנן המשימה, ואילו הכפופים לו נעשים פעילים באותה משימה בשל היותם מבצעי העברה שתוכננה על-ידי המנהיג. ככל שהמרחק המדרגי שבין המבצע לבין המנהיג גדול יותר כן יהיה קשה יותר להוכיח קיומו של קשר ביניהם, אך שאלת ההוכחה אינה עומדת כעת על הפרק.

הדרגים השונים בארגון הפשע חבים חובת ציות לאלה שמעליהם, עד לדרגת הרב-עבריינים, העומד בראש הארגון. מאחר שהמבנה המדרגי של ארגון הפשע מטיל חובת ציות להוראות ולמשימות המוטלות, ככל שהמבצע נמצא בדרג נמוך יותר במדרג הארגוני כן פוחתת האפשרות שהוא ייטול חלק בהליך התכנוני – אין לו כל יכולת להשפיע על עצם קיומה של

79 גור-אריה "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה", לעיל ה"ש 20: "זכות הוטו האמיתית על העשייה היא בידיו של המנהיג: גם אם אחד מהעבריינים ימשוך ידיו מהעשייה, יש להניח, כי לא יהיה בכך כדי להכשיל את ביצועה של העבירה, שתבצע – מכוח הוראות המנהיג – על ידי עברייני אחר המשתייך לכנופיה".

המשימה העבריינית, על חלוקת התפקידים בה (כולל חלקו שלו), על פרטי ביצועה של המשימה העבריינית, על פרטי המימון והציוד הדרושים לביצוע המשימה, על הצדדים למשימה העבריינית, על שיתוף-הפעולה עם גורמי חוץ (כגון מומחים, ספקים ומשתפי-פעולה למיניהם) וכולי. כל שנותר לחבר הזוטר בארגון הפשע הוא לממש ולבצע את חלקו בתוכנית, שהינה זרה לו אך הוא מחויב לה מכוח היותו חבר בארגון הפשע ומכוח המבנה המדרגי והפיקודי של הארגון.

נותני הפקודות והכפופים להם אינם שווי-זכויות, ואף לא שווי-מעמד במבנה המדרגי של ארגון הפשע. עם זאת, מדובר בשותפות ישירה בביצוע המשימות העברייניות, הנובעת מעצם קיומה של שליטה ארגונית: חלקו של השותף הבכיר היא תכנוני יותר וביצועי פחות, וככל שיוודים בסולם הדרגות כן עולה מידת שותפותו של חבר הארגון בצד הביצועי ופוחתת מידת שותפותו בהיבט התכנוני. הרב-עבריינים היא לרוב שותף בצד התכנוני בלבד, בהיותו העומד בראש הפירמידה, ואילו המבצע בדרג התחתון של ארגון הפשע היא שותף בצד הביצועי בלבד, בהיותו בתחתית הפירמידה.

(ג) קשירת קשר לקראת כינון "האמנה העבריינית"

בשלב הקודם להצטרפות הממשית של חבר חדש לארגון פשע, הוא קושר קשר עם ראש הארגון או עם אחרים מטעמו על-מנת ללבן את הצטרפותו לארגון, המגלמת למעשה את נכונותו לקבל על עצמו את כל כללי הארגון, ובכלל זה לבצע כל משימה שתוטל עליו. השופט חשין, בעניין זכאי,⁸⁰ קבע כי שלב המשא-ומתן וחילופי הדעות אינו יכול לגבש קשר פלילי, וכי לשם כך יש צורך להתקדם לעבר שלב ההסכמה או שלב ההחלטה, שבו הנושא-ונותן מסכים לבצע את העברה, ולעניינו – להצטרף לארגון הפשע, לקבל על עצמו את כלליו ולהבטיח לבצע את המטלות שיוטלו עליו. שלב ההסכמה מסיים את שלב ההכנה ומביא לידי שכלולו של הקשר.⁸¹ שיטות משפט שונות, כולל זו הישראלית, יוצרות הקבלה בין החוזה האזרחי לבין קשירת הקשר הפלילי.⁸² לטעמי, סיום התגבשותו של שלב קשירת הקשר של חבר הארגון מגבש את שותפותו של ראש ארגון הפשע בכל עברה שתבוצע על-ידי חבר הארגון אשר הצטרף אליו זה עתה, ובלבד שתהא למנהיג מודעות בפועל לעצם אפשרות ביצועה של המשימה העבריינית בשם ארגון הפשע ולמענו. מדובר אם כן בשינוי מהותי לעומת דוקטרינת האחריות הסולידרית של קושרים, שבוטלה בתיקון 39 לחוק העונשין.

המשפט האנגלי מסווג את עברת קשירת הקשר כ-"inchoate offence", דהיינו, כ"עברה התחלתית/לא-מושלמת", במובן של עברת הכנה, להבדיל מעברה שביצועה הסופי הושלם.⁸³

80 עניין זכאי, לעיל ה"ש 78, בעמ' 585.

81 שם, בעמ' 588. ראו גם ע"פ 4938/94 שמרלינג נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 181, 196 (1996).

82 בע"פ 269/58 עמורי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 276, 278 (1959), קובע השופט זילברג כי "קנה-המידה לגבי ההסכם הפלילי... הוא רק 'חסר מעט', ואולי אף זהה לגמרי עם קנה-המידה החל על הסכם אזרחי". ראו בעניין זה גם Gerald Orchard, *Agreement in Criminal Conspiracy*, 1 CRIME. L. REV. 297, 300 (1974).

83 ראו, למשל, GLANVILLE WILLIAMS, *CRIMINAL LAW – THE GENERAL PART* (2nd ed. 1961).

גם סעיף 1 לחוק הפלילי האנגלי משנת 1977⁸⁴ מגדיר את הקשר הפלילי כעברה התחלתית, מאחר שהוא מהווה קשר לביצוע עברה שלצידו מתקיים הסכם לביצוע עברה עם כוונת ביצוע. Hogan ו-Smith אפיינו את הקשר הפלילי כשלב הידברות קודם לביצוע שנועד למנוע תקלות במהלך הביצוע העתידי של העברה.⁸⁵

קשירת הקשר במשפט האמריקאי סווגה, כמו באנגליה, כעברה התחלתית, והפסיקה שם קבעה כי מדובר בעברת הכנה ובשלב התחלתי בלבד.⁸⁶ כל מדינות ארצות-הברית, למעט אלסקה, אימצו את עברת קשירת הקשר כעברה התחלתית.⁸⁷ בארצות-הברית, לא כמו באנגליה, ניתן לגזור גזירה שנייה באמצעות קשירת קשר, כגון סיוע לקשירת קשר.⁸⁸ בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין הישראלי, קבע בית-המשפט העליון, תוך אימוץ הדין האנגלי, כי הקשר הפלילי מגלם בתוכו את התוכנית הפלילית, שביצועה הופך את אלה שנוטלים בה חלק לשותפים לדבר עברה.⁸⁹ הנשיאה ביניש, בעניין אנג'ל, אף תיארה את שלב הקשר הפלילי כשלב הנמוך ביותר במדרג שבין הקשר הפלילי לבין העברה המושלמת, והקשר הפלילי הוא בבחינת "התכנון הפלילי".⁹⁰

לסיכום ניתן לומר כי בד בבד עם קבלתו של אדם מסוים כחבר בארגון הפשע נקשר הקשר בינו לבין מנהיג הארגון, שלפיו המנהיג יהא רשאי מעתה להטיל עליו משימות עברייניות לביצוע, והחבר יהא חייב לבצען. במקרה זה יהיה המנהיג שותף באותן משימות עברייניות יחד עם המבצעים, אף שעל-פירוב אין הרב-עבריינים משתתף בביצוע המשימות העברייניות ותפקידו הוא ניהולי וב"שלט-רחוק", וזאת בתנאי שתהא אצל המנהיג מודעות בפועל לאפשרות ביצוע העברה הפלילית הקונקרטית על-ידי חברי ארגונו, בשם הארגון ולמענו, גם אם ההוראה לביצוע המשימה העבריינית לא ניתנה על-ידיו. בעקבות הקשר שנקשר בין החברים בעת הקמת ארגון הפשע או בעת ההצטרפות אליו, נרקמת "האמנה העבריינית", שעליה אעמוד בחלק הבא.

(ד) "האמנה העבריינית"

הביצוע בצוותא מתאר שליטה פונקציונלית – לכל אחד מהמבצעים בצוותא יש שליטה, יחד עם האחרים, בעשייה העבריינית. מצב זה מתקיים גם במקרהו של הרב-עבריינים. אמנם, במעמד מתן הפקודה לביצוע המשימה העבריינית אין הרב-עבריינים שווה-ערך לאחרים, בהיותו שולט הן בביצוע והן במבצעים, אולם יש לפנות אל ההיסטוריה, אל מעמד הקמתו של

84. Criminal Law Act, 1977.

85. JOHN SMITH & BRIAN HOGAN, CRIMINAL LAW 230 (13th ed. 2011).

86. פסק-הדין המנחה נקבע עוד בסוף שנות הארבעים של המאה הקודמת, על-ידי השופט Jackson, בעניין Krulwich v. United States, 336 U.S. 440, 69 S.Ct. 716, 93 L.Ed. 790 (1949).

87. WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW 567 (3rd ed. 2000).

88. Cameron R. Williams, *Complicity in a Conspiracy as an Approach to Conspiratorial Liability*, 16 UCLA L. REV. 155 (1968–1969).

89. ע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534, 555 (1996).

90. ע"פ 1820/98 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 97, 106–109 (1998).

ארגון הפשע או ההצטרפות אליו – במעמד זה הסכימו חברי הארגון לזהות המנהיג של כולם, בין בהסכמה מפורשת ובין בהסכמה שבשתיקה. הסכמה זו מחייבת הן את כלל החברים הנוכחיים בארגון הפשע והן את החברים שיצטרפו אליו בעתיד. היא אף מחייבת את ארגוני הפשע האחרים, אשר ייתכן שגם בראשם עומדים רבי-עבריינים אשר שאבו גם הם את כוחם ומעמדם מאותם מקורות שמהם שאב הרב-עבריינים הראשון את כוחו. רבי-עבריינים אינם מנסים לרוב לקעקע את מעמדם של רבי-עבריינים אחרים, מאחר שהמעמד של כל אחד מהם נובע מאותן הסכמות, והחלשת הבסיס של המעמד הרב-עברייני עלולה לקעקע גם את מעמדם שלהם. אמנם, אין מניעה שרב-עבריינים אחד ינסה להשתלט על ארגון עברייני אחר או על פעילותו הבלתי-חוקית, כדי להרחיב את תחום הפעילות של ארגונו, את שטח שליטתו ואת הכנסותיו, ובכך להכפיף את הרב-עבריינים האחר ואת חברי ארגונו למרותו, אולם הכפפה לחוד וקעקוע הבסיס תחת "מינויו" של הרב-עבריינים לתפקיד זה לחוד.

הרב-עבריינים שואב את כוחו ואת מעמדו ממעין אמנה חברתית, שאותה אכנה להלן "האמנה העבריינית". החברים באמנה זו אינם כלל האוכלוסייה, ואף לא כלל האוכלוסייה העבריינית, אלא כלל האוכלוסייה העבריינית החברה באותו ארגון. אמנה זו משמעותה שכלל חברי הארגון נותנים את הסכמתם מראש לכל פקודה עבריינית שתצא מפיו של הרב-עבריינים, כאילו הסכימו לה בעת נתינתה, ובכך הם מוותרים למעשה על זכות הווטו שלהם לפעולה העבריינית. מן המילה "ויתור" משתמע שלפני כן התקיימה זכות זו, ואכן, בטרם ניתנה ההסכמה לזהותו של הרב-עבריינים, לזהותו של הארגון ולמטרותיו, התקיימה זכות "וטו", וזאת בשלב הראשוני שבו קיננה המחשבה במוחו של המבקש להצטרף לארגון העברייני. בשלב זה כל חברי הארגון העתידיים נחשבים שווים זה לזה, וכל אחד מהם יכול לבחור באופן רצוני וחופשי אם להצטרף לארגון העברייני אם לאו. הבחירה באפשרות להצטרף לארגון העברייני כוללת גם את הבחירה במדרג הארגוני, ובכלל זה באיש העומד בראש הארגון, שהוא הרב-עבריינים, וכן את ההסכמה להיות כפוף לאותו מנהיג. מתן הסכמה מצידו של המועמד להצטרף לארגון הפשע, ומתן הסכמה מצד ארגון הפשע לקלוט את המועמד לשורותיו, יוצרים מעין קשר חוזי, שלפיו ארגון הפשע רשאי לחשוף לפני המועמד את תוכניותיו, משימותיו, הכנסותיו וכולי, והמועמד מסכים מצידו לכל מטרות ארגון הפשע ולזהות אנשיו, כולל זהות הרב-עבריינים העומד בראש הארגון. ההסכמה להצטרף לארגון הפשע משמעותה גם מתן מעין גושפנקה לזהות המנהיג העומד בראש הארגון ולהמשך פועלו. פעולת ההצטרפות לארגון הפשע כוללת אם כן גם את בחירת המנהיג, מעצם ההסכמה להצטרף לארגון שבראשו עומד אותו מנהיג. בכך, למעשה, ויתרו המועמדים המתקבלים לארגון הפשע על זכות הווטו העתידיית ביחס לכל המשימות העברייניות שהם משוגרים אליהן, והם יכולים לקבל את זכות הווטו בחזרה לידיהם רק באחת משתי דרכים: החלפת הרב-עבריינים באחר או נטישת ארגון הפשע. הפקודה העבריינית של הרב-עבריינים אכן תבוצע – אם לא על-ידי א, אזי על-ידי ב או ג. אותם א עד ג יכולים לבטל את הפקודה כלפיהם על-ידי החלפת הרב-עבריינים או על-ידי נטישת ארגון הפשע, אולם כל עוד הם לא השתמשו באותה זכות וטו עתידית, הם נחשבים שותפים שווה בשווה בפעולה העבריינית, שעליה הסכימו מראש כאשר הצטרפו לארגון.

"האמנה העבריינית" מתארת מצב שבו אדם פועל על-פי הוראותיו של אחר בהתאם להסכמה המוקדמת, כפי שפורט לעיל. האמנה מושתתת על רכיב נורמטיבי שלפיו קיים שיקול – מוסרי על-פי-רוב – בעד ציות לרב-עבריינים, וזאת כחלק מקיום תנאי האמנה, גם אם שיקול

זה אינו מכריע. שיקול מוסרי זה אינו נחלת הכלל, שהרי אין ולא תיתכן הסכמה חברתית לקיום עברות פליליות, אלא מדובר בשיקול מוסרי פנימי של חברי ארגון הפשע שלפיו יש לקיים את הוראות הארגון והעומד בראשו, וזאת בהסתמך על השלב המוקדם שבו ניתנה ההסכמה לקיום עברות פליליות, וכל עוד לא השתמשו חברי הארגון בזכות ה"וטו".

הן הפסיקה והן הספרות המשפטית הסכימו, כאמור, כי הביצוע בצוותא דורש קיומם של שני תנאים: החלטה משותפת ועשייה משותפת. בהסתמך על "האמנה העבריינית" הנני מציע כי במקרה המיוחד של הרב-עבריינים ניתן לוותר על שני התנאים האמורים, במתכונתם המקובלת, ולקבוע להם תחליף, כפי שיפורט להלן:

"הסכמה הדדית" כתחליף ל"החלטה משותפת" – בעת הקמתו של ארגון הפשע או בעת ההצטרפות לשורותיו, מעמדו של הרב-עבריינים היה שווה למעמדם של חברי הארגון, שכן כל עוד לא "נבחר" או "נקבע" המדרג הארגוני, קיימת אפשרות כלשהי שכל אחד מהמבקשים להתאגד בארגון יקבל תפקיד כלשהו, החל בראשות הארגון ועד אחרון המבצעים. אולם עצם ההצטרפות לארגון הפשע אינה מספיקה לקיום התנאי של החלטה משותפת, מאחר שהאחריות הפלילית מוטלת בגין ביצוע עברה קונקרטי, ולא בגין הנהגת הארגון או החברות בו. יתרה מזו, הסתפקות בהסכמה להקמת הארגון או בהצטרפות לארגון קיים מרחיבה מאוד את האחריות הפלילית, אף מעבר לאחריות הסולידרית, אשר בוטלה ובצדק. קיים שוני מהותי בין הצעתי להטלת אחריות על רב-עבריינים לבין "דוקטרינת האחריות הסולידרית" של קושרים: האחרונה מאפשרת הטלת אחריות על כל שותף בקשירת קשר פלילי גם בגין מעשיהם של השותפים האחרים לקשר אשר בוצעו במסגרת הקשר ולשם קידומו, וחוסר מודעות של האחד למעשיהם של שותפיו לקשר אינו שולל את אחריותו;⁹¹ במאמר זה, לעומת זאת, אני מציע הוספת רכיב משמעותי שעניינו מודעות בפועל אצל הרב-עבריינים לעברה העומדת להתבצע על-ידי פקודיו, כך שמדובר במתווה מתון, שאינו מרחיק לכת עד כדי הטלת אחריות על הרב-עבריינים בגין כל עברה שביצעו פקודיו במסגרת חברותם בארגון הפשע, אף אם הוא אינו מודע לקיומן של העברות. מכאן שיש לדרוש מרכיב נוסף כדי לקיים את התנאי של "החלטה משותפת", והוא יסוד המודעות לביצוע העברה הספציפית. אין צורך במודעות לכל פרטי הביצוע, אך יש צורך במודעות לחלקים המהותיים במשימה העבריינית העומדת להתבצע, כגון מהות המשימה, מקום הביצוע, שיטת הביצוע, אופן הביצוע והתועלת שתצמח כתוצאה מהביצוע. אין צורך בידיעת כל הפרטים, אך יש צורך במודעות כללית לכל אחד מחלקי הביצוע האמורים. הדרישה היא, אם כן, למודעות חלקית בפועל לכל אחד משלבי הביצוע של העברה הקונקרטית העומדת להתבצע.

התנאי של הצטרפות החבר לארגון הפשע והמודעות בפועל של מנהיג הארגון לעברה הספציפית העומדת להתבצע על-ידי חברי ארגונו, גם אם הוא אינו מודע לכל פרטי הביצוע, מקימים יחדיו את "ההחלטה המשותפת" הנדרשת בביצוע בצוותא, אם כי במתכונת שונה מזו המקובלת בפסיקה ובספרות המשפטית. את המתכונת הזו אני מציע לכנות "הסכמה הדדית", ולראותה כתחליף ל"החלטה משותפת" כאשר מדובר ברב-עבריינים. במעמד קבלתה של

91 ראו לעיל ה"ש 78.

"ההסכמה ההדדית", שהוא המעמד של הקמת הארגון או ההצטרפות אליו, קיימת בין כל חברי הארגון אחדות דעים ביחס לביצוע המשימות העברייניות אשר לשמן הארגון קם. בכך קמה אצל כל החברים תלות הדדית, וכל אחד מהם יודע – בין שהוא המנהיג, אחד המבצעים או בדרג-הביניים – כי ללא תכנון אין ביצוע, וכי ללא ביצוע יישאר התכנון על הנייר. נוסף על כך, המנהיג יודע כי ללא חברי הארגון לא יהיה ארגון, וחברי הארגון יודעים כי ללא התוויית משימות עברייניות, יהא ארגון הפשע חסר מעש. תלות הדדית זו יוצרת במצב ההתחלתי את ההסכמה ההדדית, שהיא תחליף להחלטה המשותפת.

"עשייה הדדית" כתחליף ל"עשייה משותפת" – חלקו של המנהיג בעשייה הוא בצד התכנוני, ואילו חלקם של חברי הארגון הוא בצד הביצועי. מדובר בחלוקת תפקידים, שבמסגרתה כל אחד מחברי הארגון שולט בביצוע, בידעו, כאמור, כי ללא החלק התכנוני לא יקום החלק הביצועי, וכי ללא החלק הביצועי יישאר התכנון על הנייר. מטרתו הבלתי-חוקיות של ארגון הפשע ידועות לכלל חברי הארגון, החל ברב-עבריינים ועד אחרון החברים בו, וההסכמה ההדדית לחברות בארגון ולמבנה המדרגי שלו, כתחליף להחלטה המשותפת, מובילה לביצוע המשימה שהוטלה. פרופ' קרמיצר הדגיש⁹² כי בשלב ההכנה אין ביצוע בצוותא, מאחר שאין עדיין ביטחון שהביצוע יתקיים. אולם מקרהו של הרב-עבריינים הוא מקרה מיוחד, שכן קביעת המשימה העבריינית מובילה בדרך-כלל לביצועה, שהרי זו מהותו של ארגון הפשע. על-כן שלב ההכנה שהרב-עבריינים שותף בו מהווה חלק מהעשייה ההדדית, שהיא תחליף לעשייה המשותפת. קביעת זהותם של מבצעי המשימה העבריינית על-ידי הדרגים שמתחת לרב-עבריינים אינה משחררת את האחרון מאחריותו הפלילית לעברה שבוצעה. אין צורך שכלל חברי הארגון ישתתפו בכל משימה עבריינית, ואין צורך שהרב-עבריינים ידע מראש מי מהחברים ישתתפו בה ומה יהא חלקו של כל אחד ואחד מהם בביצוע המשימה. הצעתי היא להרחיב את משמעות העשייה המשותפת, ולקבוע כי אם קיימת החלטה משותפת לביצוע משימה עבריינית, ואם יוכח כי הרב-עבריינים נהנה מפירות המשימה יחד עם יתר חברי הארגון, גם אם מדובר בהנאה לא-שוויונית, יהיה אפשר להסיק מכך כי התקיימה עשייה משותפת.

לסיכום, אני מציע להתייחס למקרהו של הרב-עבריינים כאל מקרה מיוחד, המצדיק התייחסות מיוחדת מבחינת דיני השותפות, ולקבוע כי התנאים המסורתיים של ביצוע בצוותא מתקיימים לגביו באמצעות תחליפים: "החלטה משותפת" מתקיימת בצורה של "הסכמה הדדית", ו"עשייה משותפת" מתקיימת בצורה של "עשייה הדדית".

(ה) "דוקטרינת הרב-עבריינים"

לפני כניסתו לתוקף של תיקון 39 פותחה במשפט הישראלי "דוקטרינת האחריות הסולידרית של קושרים",⁹³ שבמסגרתה, כאמור, כל אחד מהקושרים נהפך ל"מטרת הקשר",⁹⁴ בכך שהוא

92 ראו לעיל בחלק א(1)(ג).

93 ראו, למשל, ע"פ 228/77 זקצר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 701 (1978).

94 ראו לעניין זה ע"פ 171/86 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 489 (1986).

נהפך לסוכנם של האחרים, וכל מעשה שיבוצע לאחר קשירת הקשר, בזמן שהקשר קיים ולשם קידום הקשר, ייחשב כאילו הוא נעשה על-ידי כל אחד מהקושרים, גם אם הוא נעשה בהעדרם של חלק מהקושרים ואף ללא ידיעתם מראש. דוקטרינה זו בוטלה בתיקון 39 לחוק העונשין.⁹⁵ ביטול הדוקטרינה האמורה היה מוצדק ונכון, ואיני מציע, כמובן, להחזירה בעניין ראשי ארגוני הפשע. מטרת מאמר זה היא לבחון את האפשרות להטיל אחריות פלילית על הרב-עבריינים בגין עברות שביצעו חברי הארגון שבראשו הוא עומד גם אם הוא לא נטל כל חלק פיזי בביצוע העברה ואף לא נכח בזירת העברה.

כאשר הוקם ארגון הפשע, או כאשר הצטרפו אליו החברים, היו המנהיג והחברים שווים זה לזה, כפי שפירטתי בפרק הקודם. לאחר קביעת מנהיג הארגון – בין ב"בחירות דמוקרטיות" שנערכו בקרב חברי ארגון הפשע ובין כקביעה שהונחתה על כולם – יכלו חברי הארגון להתנגד לזהות המנהיג, למנות מנהיג אחר במקומו או לפרוש מהארגון. משלא עשו כן, או משלא הצליחו לשנות את זהות המנהיג ונותרו בארגון, החל שלב מתן ההוראות על-ידי הרב-עבריינים לאלה שתחתיו, לשם ביצוע משימות עברייניות על-ידי חברי הארגון. כדי להטיל אחריות פלילית על הרב-עבריינים לעברות שביצעו חברי ארגונו, נדרש יסוד נפשי של מודעות לעברה שבוצעה, אך די כאמור במודעות חלקית בפועל – דהיינו, במודעותו לעצם האפשרות של ביצוע המשימה העבריינית הקונקרטית בשם הארגון ולמענו – גם אם ההוראה לביצוע המשימה העבריינית לא ניתנה על-ידי. לדוקטרינה זו אקרא "דוקטרינת הרב-עבריינים".

קיימת פפיפות מדרגית בין המנהיג לבין המבצעים, וקיימת גם תלות כספית ביניהם, כך שללא תמיכתו, עידודו ומימונו של הרב-עבריינים, לא היו העברות מבוצעות. השכר שהרב-עבריינים מעביר לחברי ארגונו, ללא קשר לגובהו ולחלקו מתוך השלל הנגבה כתוצאה מהפעילות העבריינית, הוא שמשמר ומתחזק את הפפיפות, התלות והמרות הללו. כאמור, היסוד הנפשי הנדרש מהרב-עבריינים לשם הטלת אחריות עליו בגין מעשי פקודיו יהא יסוד נפשי של מודעות לכך שלארגון הפשע שהוא עומד בראשו מצטרפים חברים המקבלים על עצמם את מטרות הארגון ואת משימותיו הבלתי-חוקיות, ושמרגע גיוסם הם צפויים לבצע משימות עברייניות בשם הארגון ולמענו, כולל מודעות לאפשרות ביצוען של המשימות העברייניות הקונקרטיות על-ידי חברי הארגון, גם אם ההוראה לביצוע אותן משימות לא ניתנה על-ידי. מכאן שמדובר ביסוד נפשי של מודעות בפועל. מודעות זו יכולה להתבטא גם במודעות חלקית לכך שחברים בארגונו עשויים בכל עת לבצע את המשימה העבריינית – בין שמשימה זו הוטלה על המבצעים ישירות על-ידי הרב-עבריינים, ובין שהיא הועברה על-ידי דרגים שתחתיו ואלה העבירו אותה לדרג המבצע. הרב-עבריינים צריך להיות מודע לכך שמי מחברי ארגונו יבצע את המשימה העבריינית שהוא מודע לה, בין אם ההוראה לביצוע ניתנה על-ידי ובין אם לאו.

95 ס' 499(ב) לחוק העונשין קובע, בעקבות תיקון 39, כי "הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן ב' לפרק ה'".

קיים אמנם קושי בהטלת אחריות פלילית על הרב-עבריינים בגין עברות שחברי ארגונו ביצעו מבלי שהוא נטל כל חלק פיזי בביצוע העברה ואף מבלי שהוא היה בקרבה פיזית למקום הביצוע. הקושי טמון בכך שהכלל בדיני העונשין קובע כי האחריות הפלילית לביצוע העברה חלה על האדם שביצעה, ואילו כאן אני מציע להרחיבה כך שהיא תוטל גם על אחר, שהוא מנהיג ארגון הפשע, וזאת מעצם מרותו וסמכותו על מבצעי העברות, שהם חברי ארגונו. קביעת ההסכמה ההדדית (כתחליף להחלטה המשותפת) בין המנהיג, שהוא נותן ההוראה, לבין הכפוף, שהוא מבצע ההוראה, וזאת בשל המצב ההתחלתי בעת הקמת ההתארגנות, שאז כולם היו שווים במעמד, והוספת יסוד של מודעות בפועל אצל המנהיג לביצוע המשימה העבריינית על-ידי חברי ארגונו, גם אם הוראת הביצוע לא ניתנה על-ידי, וכן קיום עשייה הדדית (כתחליף לעשייה המשותפת) – כל אלה מתגברים על הקושי האמור, מכפיפים את עניינו של הרב-עבריינים לדיני השותפות הקיימים והופכים אותו למבצע בצוותא יחד עם חברי ארגונו שביצעו באופן ישיר את המשימה העבריינית.

בהסתמך על "האמנה העבריינית" שנוקמה בין חברי ארגון הפשע, מן המנהיג ועד לאחרון החברים, ובהסתמך על "דוקטרינת הרב-עבריינים" שפירטתי בחלק זה, ניתן להטיל אחריות פלילית על הרב-עבריינים בגין העברות שביצעו חברי ארגונו גם ללא הסדר חקיקתי חדש, בהסתמך על דיני השותפות הקיימים כיום בחוק העונשין הישראלי. "האמנה העבריינית", שעליה עמדתי בפרק זה, מהווה החלטה משותפת לביצוע המשימות העברייניות, והחלטה משותפת זו חלה הן על הרב-עבריינים והן על כל הדרגים שתחתיו, עד לדרג הנמוך ביותר, בתנאי שאלה היו מודעים למשימות העברייניות. בנוגע לעשייה המשותפת, חברי ארגון הפשע מבצעים משימות עברייניות שנוקמו ותוכננו על-ידי המנהיג, וזה דואג להעברת הוראותיו אל אלה שתחתיו, ומצפה לביצוע המשימות כפי שתוכננו על-ידי, לקבלת דיווח מפורט על-אודות השלמת הביצוע, ואם יש שלל – לקבלתו. במצב דברים זה הרב-עבריינים מקיים גם את הדרישה של עשייה משותפת. במעמד של הקמת הארגון או ההצטרפות אליו היו כל החברים שווים, וחלוקת המדרג ביניהם בשלב מאוחר להקמת הארגון אינה פוגעת בשלב ההתחלתי, שבו כולם היו שווים וכולם החליטו להתאגד כדי לבצע משימות עברייניות. המדרג הארגוני אינו מבטל את השוויוניות בביצוע המשותף, אלא מהווה חלוקת תפקידים, שבמסגרתה אחד הוגה משימה עבריינית, אחד מורה על ביצועה, ואחד מבצעה. קיימת תלות הדדית בין כל הצדדים הללו, ולכל אחד מהם יש שליטה בביצוע וזכות וטו על הביצוע – החל בשלב התכנוני, אשר במקרהו המיוחד של הרב-עבריינים מהווה חלק מהביצוע, וכלה בביצוע הפיזי בשטח. צירוף ההסכמה ההדדית, כתחליף להחלטה המשותפת, יחד עם העשייה ההדדית, כתחליף לעשייה המשותפת, יוצרים את הביצוע בצוותא, שבו שותפים הרב-עבריינים וחברי ארגונו שביצעו את המשימה העבריינית. אם הוכח כי הנאשם עומד בראש "התארגנות פשע" או מצוי במעמד בכיר בה, וכי לפני הביצוע העברייני הוא היה מודע לאפשרות ביצועה של העברה הפלילית על-ידי אחד מחברי הארגון, במסגרת פעילות הארגון ולמענו, אזי יש לקבוע בעניינו חזקה מהותית שלפיה העברה בוצעה בהסתמך על הוראותיו. חזקה זו תהא ניתנת לסתירה ברמת הוכחה של מאזן הסתברויות. איני מציע שבית-המשפט יקבע קיומה של חזקה יש מאין, ואיני מציע שהוא ייטול על עצמו את תפקיד המחוקק בקביעת החזקות. החזקה שאני מציע נסמכת על הדין הקיים, ובאמצעות פרשנות של החוק ניתן להגיע לקיומה, גם אם המחוקק לא

ציין אותה באופן מפורש. אין מדובר בחזקה המנותקת מהדין הקיים, אלא במתן פרשנות לחזקה אשר לא צוינה אמנם במפורש על-ידי המחוקק אולם ניתן להסיקה במשתמע. תפקידו של המחוקק הוא לחוקק, ותפקידם של בתי-המשפט הוא ליישם את החקיקה, בין היתר באמצעות מתן פרשנות למילות המחוקק. העדפת מתן פרשנות לדין הקיים על יצירת עברה חדשה באמצעות תיקוני חקיקה נובעת מתפקידו של בית-המשפט לפרש את מילות המחוקק. לטעמי, יצירת עברה נוספת באמצעות חקיקה, בשעה שזו כבר קיימת בדין הקיים, עלולה להביא לידי התנגשות בין ההוראות – החדשה וזו שניתן להסיקה מתוך פרשנות – והדבר עלול להוביל לחוסר ודאות בנוגע לטיב ההתנהגות האסורה ולהיקפה. נוסף על כך, עריכת תיקוני חקיקה לא לצורך מעבירה חלק מתפקידו של בית-המשפט לידי המחוקק, ויש בכך כדי לצמצם מסמכותו של בית-המשפט לתת פרשנות לדברי המחוקק. תיקוני חקיקה יהוו תחליף לפרשנות שיפוטית, והדבר עלול להביא לידי פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות.

ד. סיכום

שאלת סיווגו של הרב-עבריינים במסגרת הביצוע העברייני חשובה לעניין האחריות המשפטית שתוטל עליו. סיווג זה יקבע אם אחריותו תורחב לכדי אחריות ישירה לכל מעשה המבוצע על-ידי חברי הארגון העברייני שהוא עומד בראשו או שמא היא תצטמצם לכדי ביצוע עקיף בלבד. בסיווג הראשון יהא הרב-עבריינים צפוי לעונש חמור, בהיותו מבצע בצוותא ובהיותו האב הרוחני של העשייה העבריינית, עד כדי כך שלעיתים יוחמר עונשו מעבר לעונש שיוטל על המבצע הישיר. בסיווג השני, העקיף, תהא אחריותו של הרב-עבריינים מופחתת לעומת זו של המבצע הישיר או המבצע בצוותא, ועונשו יהא בהתאם. לסיווג הרב-עבריינים יש חשיבות גם לעניין התמודדותה של המדינה עם ארגוני הפשע והעומדים בראשם, קרי, לעניין מאמציה למגר את התופעה ולהעמיד את ראשי הארגונים לדין. ככל שנרחיק את ראשי ארגוני הפשע מהעושה הישיר, תפחת אחריותם למעשה העברייני, והעמדתם לדין בגין המעשים שנעשו על-ידי חברי הארגון תיעשה קשה ומסובכת יותר.

ראש ארגון פשע אינו יכול לצאת פטור בלא-כלום מרוב העברות שארגונו מבצע. אין די בהרשעתו בחברות בארגון פשע לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה, ואין די בהטלת אחריות עליו רק בגין מעשים שבהם היה לו חלק פיזי כלשהו בביצוע העברייני, אלא יש צורך בהטלת אחריות עליו גם בגין עברות שביצעו חברי ארגונו מבלי שהוא עצמו נטל חלק פיזי בביצוען או נכח בזירת העברה.

הרב-עבריינים שואב את כוחו ואת מעמדו ממעין אמנה חברתית – שכיניתה כאן "האמנה העבריינית" – שחבריה הם כלל האוכלוסייה העבריינית החברה באותו ארגון. משמעותה של אמנה זו היא שכלל חברי הארגון נותנים את הסכמתם מראש לכל פקודה עבריינית שתצא מפיו של הרב-עבריינים, כאילו הסכימו לה בעת נתינתה, שהרי עם הקמתו של ארגון הפשע או עם הצטרפותם לארגון קיים, הסכימו חברי הארגון לזהות המנהיג, ולפני קביעת המנהיג היו כולם שווים. המשימה העבריינית שעליה הורה המנהיג תבוצע על-ידי מי מחברי הארגון, וכל עוד לא החליטו החברים על החלפת המנהיג ולא פרשו מהארגון, הם יהיו אחראים יחד עם המנהיג למשימה העבריינית שבוצעה. בכך אני מציע לדחות את הטענה בדבר העדר שוויון בין הצדדים להחלטה לבצע את המשימה העבריינית.

הדוקטרינה שאני מציע, שבמסגרתה תוטל אחריות על הרב-עבריינים גם בגין העברות שביצעו חברי ארגונו לא בנוכחותו וללא השתתפותו הפיזית בהן, כונתה על-ידי "דוקטרינת הרב-עבריינים". היסוד הנפשי הנדרש מהרב-עבריינים על-מנת שתוטל עליו אחריות בגין מעשי פקודיו היא מודעות לכך שלארגון הפשע שהוא עומד בראשו מצטרפים חברים המקבלים על עצמם את מטרות הארגון ואת משימותיו הבלתי-חוקיות, ושמרגע גיוסם הם צפויים לבצע משימות עברייניות בשם הארגון ולמענו, וכן מודעות בפועל למשימה העבריינית שבוצעה. מודעות זו יכולה להתקיים גם בדרך של "עצימת עיניים" לכך שחברים בארגונו עשויים בכל עת לבצע את המשימה העבריינית – בין שהיא הוטלה על המבצעים ישירות על-ידי הרב-עבריינים ובין שהיא הועברה על-ידי לדרגים שתחתיו ואלה העבירו אותה לדרג המבצע. אחריותו של הרב-עבריינים לעברות שבוצעו תחול גם על משימות שתוכננו על-ידי דרג-הביניים בארגון הפשע שהוא עומד בראשו, ובתנאי שהוא היה מודע לאפשרות ביצוען של העברות עוד בטרם בוצעו.

מסקנתי היא כי בהסתמך על "האמנה העבריינית" שנקמה בין חברי ארגון הפשע השונים, מן המנהיג ועד לאחרון החברים, ובהסתמך על "דוקטרינת הרב-עבריינים", ניתן להטיל אחריות פלילית על הרב-עבריינים בגין העברות שביצעו פקודיו גם ללא הסדר חקיקתי חדש, בהסתמך על דיני השותפות הקיימים כיום בחוק העונשין הישראלי.