# מגמות בפלילים

## לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין


**עורכים**

אלי לדרמן

קרן שפירא-אטינגר

שי לביא

ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין

Bar-Ilan University
אוניברסיטת בר-אילן

פרסומי הפקולטה למשפטים

התשע"א–2010

**עורכים:**
אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר, שי לביא

**סייעו בעריכה:**
נעמה דוידוביץ', רועי גרוסברגר, הדר ישראלי,
מיכל יששכר, מיכאל מנדלוביץ, רות קמיני,
יניב רון-אל, שרית ריין

**עריכה לשונית:**
קרני עמית, נועם לסטר

מסת"ב 978-965-7322-19-2 ISBN

©
כל הזכויות שמורות לאוניברסיטת בר-אילן, רמת גן
התשע"א–2010

עיצוב הכריכה: נועה לידור
(על פי צילום מתוך בית המשפט העליון בתכנון עדה
כרמי מלמד ורם כרמי)
סדר: אלף עד תו, יבנה
הדפסה: דפוס גרפית

לפרופ' שניאור זלמן פלר
בהוקרה ובהערכה רבה

# עבירה רבת משתתפים – מאייכמן לברגותי

ליאורה בילסקי*

## א. תקציר

רשימה זו עוסקת בעבירה רבת משתתפים מתוך פרספקטיבה של התאוריה הליברלית על משפטים פוליטיים. אבקש לבחון את קו התפר בין משפט לפוליטיקה בעזרת שני פסקי דין: ת"פ (י-ם) 40/61 **היועץ משפטי לממשלה נ' אדולף אייכמן**[1] ותפ"ח (תל אביב – יפו) 1158/02 **מדינת ישראל נ' מרואן בן חטיב ברגותי**.[2] בשני פסקי הדין התבקש בית המשפט הישראלי להפעיל את כללי המשפט הפלילי המקומי כנגד מי שחלק מרכזי ממעשיהם הונע ממניעים פוליטיים ואידאולוגיים. שניהם עסקו אמנם בבירור אשמתו של היחיד, אך ייחוד הפשע ונוראותו נבעו דווקא מאופיו הקולקטיבי המאורגן ומעשי שני הנאשמים כוונו נגד הקולקטיב (היהודי או הישראלי) אשר השופטים מהווים חלק ממנו. כיצד נענה בית המשפט הישראלי לאתגר? האם העניק לו הדין המהותי כלים מספקים להתמודדות עם פשע אידאולוגי בעל אופי קולקטיבי? כיצד סומן קו הגבול בין הפוליטי למשפטי?

בין עניין **אייכמן** לעניין **ברגותי** עבר המשפט הפלילי הישראלי רפורמה משמעותית – חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי) תשנ"ד–1994.[3] רפורמה זו מאופיינת בהדגשת ההיבטים הליברליים של המשפט הפלילי, ולצורך עניינו – אינדיבידואציה של האחריות הפלילית. אבקש לבחון מחד גיסא עד כמה השפיעה

* פרופ' בפקולטה למשפטים בתל אביב, מלמדת וחוקרת בנושאים של משפט פלילי, משפט והיסטוריה, פמיניזם ומשפט ופוליטיקה. אני מודה לענבל דז'לובסקי ולמגי אוסטרי על עזרה במחקר, ולחמדה גור-אריה על הערותיה. תודות למרכז-על צגלה למחקר בינתחומי של המשפט, ולמרכז מינרבה לזכויות אדם, על תמיכתם במחקר זה.

1 פ"מ מה 3 (להלן: עניין **אייכמן**).

2 תק-מח 2004(2) 3430 (2004) (להלן: עניין **ברגותי**).

3 **חוק העונשין**, תשל"ז–1977, ס"ח, 226 (להלן: **חוק העונשין**) כפי שתוקן: ס"ח תשנ"ד 348 (להלן: תיקון 39).

הרפורמה על הכלים שהיו בידי בית המשפט בהתמודדותו עם משפט בעל מאפיינים קולקטיביים-פוליטיים, ומאידך גיסא – עד כמה משפטים פוליטיים יכולים להוות תקדימים טובים למשפט הפלילי המהותי.

## ב. מבוא

שאלת אחריותו של "רב עבריינים" שבעצמו אינו משתתף פיזית בביצוע עבירות המבוצעות בשליחותו, עלתה לאחרונה שוב לדיון בעקבות משפטו הפלילי של מרואן ברגותי בבית המשפט המחוזי בירושלים. בפסק הדין התלבטו השופטים בסוגיה לאור תיקון 39, ונעזרו לשם כך בתקדימי הפסיקה[4] ובהצעות שהעלו מלומדי המשפט הפלילי בנושא.[5] ברשימה זו ברצוני להציע פרספקטיבה חדשה לדיון בבעיית אחריותו של "רב עבריינים", כזו אשר שמה במרכז את הפשע הקולקטיבי ואת המשפט הפוליטי. ואולם תחילה ברצוני לאפיין בקצרה את הדיון הקיים בשאלת אחריותו של "רב עבריינים" ולהסביר היכן אני מוצאת בו חסר.

הדיון באחריותו הפלילית של "רב עבריינים" רואה בשאלה בעיה דוקטרינרית, כלומר כזו הדורשת הבהרת הסיווג הנכון של "רב עבריינים" תחת הקטגוריות השונות של מבצעים ושותפיהם. הכותבים השונים (שופטים ומלומדי משפט) בוחנים את התאמתם של הסיווגים שאותם מציע המשפט הפלילי הקיים לסוגי מבצעים עיקריים (מבצע יחיד, מבצע בצוותא, ומבצע באמצעות אחר), כמו גם את ההבחנה בין מבצע עיקרי לבין שותפים עקיפים (מסייע, משדל). השאלה היא כיצד לסווג את "רב העבריינים" וכיצד סיווג זה ישפיע על יחסי הגומלין בין מבצע ישיר לשותפים עקיפים.

4 ע"פ 95/ 2814, 2813, 2796 **פלונים נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 388 (1997) (להלן: עניין **פלונים**); ע"פ 8469/99 **אביגדור אסקין נ' מדינת ישראל** תק-על 2001(1) 49 (2001); ע"פ 5589/98 **ביסאן סולטאן נ' מדינת ישראל** תק-על 99(3) 98 (1999); דנ"פ 1294/96 **משולם נ' מדינת ישראל** פ"ד נב(5) 1 (1998) (להלן: עניין **משולם**); ע"פ 4720/98 **מדינת ישראל נ' נחמן כהן** תק-על 99(2) 51 (1999).

5 ראו מרדכי קרמניצר, "המבצע בדיני עונשין- קווים לדמותו", **פלילים** א (תש"ן), 65; מרים גור-אריה, "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה", **מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית** (אליעזר לדרמן עורך, תשס"א), 83.





## ג. עמדות המלומדים

דוגמה טובה לדיון מסוג זה מצויה במאמרה של מרים גור-אריה.[6] המחברת נדרשת לאופציות הקיימות היום על פי חוק העונשין בעקבות תיקון 39. גור-אריה מאפיינת את תיקון 39 כתיקון הבא לחזק את עקרון האחריות האינדיבידואלית ואת יסוד האשמה האישית בחוק העונשין, ומתוך השקפה זו מתבררת מהותם של השינויים שהכניס התיקון. מדוע בוטלה האחריות הסולידרית של קושרים[7] (נטע זר של אחריות קולקטיבית), מדוע צומצמה אחריות המסייע ביחס לאחריות המבצע העיקרי,[8] מדוע הורחבה האחריות בגין ניסיון והושוותה לאחריות בגין עבירה מוגמרת,[9] וכיוצא באלה.

לאור ההשקפה הליברלית של חיזוק האחריות האישית העומדת ביסוד תיקון 39, מתבהר הקושי ליישם את המפה החדשה של דיני העונשין על תופעת "רב עבריינים": כיצד ניתן להחיל את מפת האחריות החדשה על עבירות קולקטיביות במהותן (המתבצעות על ידי קבוצה או ארגון)? בית המשפט פנה אל הסיווגים השונים שמציע הדין וניסה למצוא את ה"מתאים" ביותר:

1. ביצוע בצוותא.
2. סיוע.
3. שידול.
4. ביצוע באמצעות אחר.

6 גור-אריה, לעיל הערה 5.

7 האחריות הסולידרית של קושרים נוצרה בישראל בדרך פסיקתית, ראו למשל ע"פ 88/58 **קייזר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יב 1628 (1958). סעיף 499(ב), שהוסף לחוק העונשין במסגרת תיקון 39, קובע כי "הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן ב לפרק ה". בכך הוכפפה אחריות הקושרים לדין הכללי של דיני השותפויות.

8 קודם לתיקון היה העונש הצפוי לכל השותפים בביצוע העבירה – מבצע, משדל ומסייע – זהה (סעיף 26 **לחוק העונשין**, תשל"ז–1977, ס"ח 226). בעקבות תיקון 39, עונשו של המסייע הוא "מחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי" של העבירה (סעיף 32 **לחוק העונשין**, תשל"ז–1977, ס"ח תשנ"ד 348).

9 סעיפים 34ד ו-27 **לחוק העונשין**.

כל אחד מן הסיווגים עורר קשיים משל עצמו. כך למשל מסבירה גור-אריה, כי כדי להכליל את "רב העבריינים" כמבצע בצוותא, נאלצה הפסיקה לוותר על תרומה פיזית לביצוע העבירה כתנאי כניסה לקטגוריית "המבצע" תוך ריקונה מתוכן של דרישת ההשתתפות בביצוע.[10] לעומת זאת סיווג "רב עבריינים" כמשדל, יצר מגבלות מעשיות חדשות (כגון הקושי להרחיב אחריות של משדל בגין עבירות נוספות), כמו גם קושי עקרוני בשל מיקום המשדל במעגל השני של האחריות, בעוד ש"רב עבריינים" נתפס מבחינה עניינית כניצב במעגל הראשון של האחריות.[11]

ברשימה זו איני רוצה להרחיב בנושא הסיווגים השונים ומגבלותיהם, אלא להפנות מבט אל הבעייתיות המוטמעת בדיון סיווגי שכזה. מהי הפרדיגמה של אחריות פלילית העומדת בבסיס שאלת סיווגו של "רב עבריינים"? הן הפסיקה והן מלומדי המשפט מקבלים ללא עוררין את הפרדיגמה שעליה מבוסס תיקון 39, היינו **עבירת היחיד** אשר היסוד הנפשי והיסוד ההתנהגותי שבה מתמזגים, ורואים בתופעת "רב עבריינים" נגזרת או הרחבה של פרדיגמה זו. במילים אחרות, כל המשתתפים בדיון מניחים כי המשפט הפלילי צריך לספק מודל אחיד לקביעת האחריות, שלתוכו יקובצו הן עבירות היחיד והן עבירות קבוצתיות. הואיל וההנחה היא כי המשפט הפלילי הרגיל הוא האכסניה המתאימה לתופעות של עבריינות קיבוצית, עולה החשש כי הרחבת הסיווגים או טשטוש ההבחנות בין מבצע לשותפים עקיפים כדי לכלול את "רב העבריינים", עלולים לפגוע בתכלית המרכזית של תיקון 39 – חיזוק האחריות האישית – שכן הבחנות אלו הן הבסיס לשמירת חירויות הפרט בחברה.

גור-אריה מבקרת את הפסיקה שלאחר תיקון 39, אשר ניסתה להתאים את המשפט הפלילי לתופעת "רב העבריינים" תוך סיווגו כ"מבצע בצוותא",[12] מתוך הבנת החשיבות של ה"מבצע" למשפט הפלילי. הפסיקה ניסתה אם כן להציב את "רב העבריינים" במרכז האחריות הפלילית כמבצע עיקרי, אבל לשם כך ויתרה למעשה על יסוד פיזי של השתתפות בביצוע העיקרי של העבירה (והסתפקה בהסתמכות על מבחן השליטה הפונקציונלית או בהרחבת הביצוע לשלב התכנון). התפתחות הפסיקה בכיוון זה מדאיגה את גור-אריה, כי ניכרת כאן חתירה תחת מטרותיו הבסיסיות ביותר של תיקון 39, ובדלת האחורית שבה ונכנסת האחריות הסולידרית של קושרים לעבירה

10 גור-אריה, לעיל הערה 5, עמ' 102–103, מתייחסת לדיון הנוסף בעניין **משולם**.
11 להרחבה ראו גור-אריה, שם, עמ' 105–106; קרמניצר, לעיל הערה 5, עמ' 72.
12 גור-אריה, שם, שם. בביקורתה מתייחסת גור-אריה לשני פסקי דין מרכזיים: עניין **פלונים** ועניין **משולם**.





שהיא מטרת הקשר (שכן האלמנט המשותף לקושר ולמבצע בצוותא הוא התכנון המשותף, "המוח"). כמו כן היא מודאגת מההרחבה הניכרת של הביצוע לעבר מעשי תכנון הגורמת לטשטוש ההבחנה בין סיוע לבין ביצוע. לאור הסכנות הללו, לדידה הרע במיעוטו הוא סיווגו של "רב העבריינים" כ"משדל" (בדומה לעמדת המיעוט של השופטת דליה דורנר בעניין **משולם**).[13] כך לא ייפרצו גבולות ה"מבצע" ויישמר הזיהוי של "רב העבריינים" כ"מוח המתכנן". אף שמעשית אחריותו של המשדל זהה לזה של המבצע, מודעת גור-אריה ברמה הסימבולית למחיר של סיווג "רב עבריינים" במעגל השני של האחריות, במקום במעגל הראשון. ואולם כל עוד לא שונה החוק, זהו כאמור הרע במיעוטו. בתוך המערכת המורכבת הזו של סיווגים מגיעה גור-אריה למסקנה, כי מבחינה מהותית "רב עבריינים" הוא אכן "מבצע", אבל לא "מבצע בצוותא" כפי שהפסיקה ניסתה לסווגו אלא **"מבצע באמצעות אחר"** והיא מסבירה:

> הביצוע בצוותא מניח שותפות **במעמד שווה**. הדימוי הוא של גוף אחד, הפועל באמצעות זרועותיו השונות... לעומת זאת, ההנחה ביסוד הביצוע באמצעות אחר היא הפוכה. השליטה היא בידיו של המבצע העקיף, המשתמש באחר לצורך הביצוע. הוא משליט את רצונו על האחר. מהותית, הוא- המבצע העקיף – ה'אדון' של העשייה.[14]

עם זאת, בשל ההגדרה המצמצמת של "ביצוע באמצעות אחר" בתיקון 39 (סעיף 29[ג]), לא ניתן לדעת גור-אריה להשתמש באופציה זו כיום. ההנחה ביסוד סעיף 29(ג) היא כי ל"אחר" אין נכונות לבצע את העבירה והוא עושה זאת באחד מהמצבים השוללים את פליליות המעשה או ללא מחשבה פלילית. לעומת זאת "האחר", המבצע את העבירה עבור "רב עבריינים", נכון לבצע את העבירה ויש לו מחשבה פלילית.

כפי שארצה להראות בהמשך, סיווגו המחודש של "רב עבריינים" כ"מבצע באמצעות אחר" אינו נקי מקשיים, שכן הוא מחייב אימוץ ראיה דיכוטומית של המציאות בעוד שהפעילות במסגרת ארגון טרור מורכבת יותר. בשלב זה ברצוני להצביע על הקושי בעצם המשגת הבעיה כפי שזו נעשתה בפסיקה ובכתיבה האקדמית. מתוך ניסיון להתאים את "רב העבריינים" לסיווגים שאותם הכניס תיקון 39, מחמיצים

13 גור-אריה, שם, עמ' 105.
14 גור-אריה, שם, עמ' 104.

השופטים והמלומדים את העיקר, שכן אין הם מעלים כלל את השאלה עד כמה הפרדיגמה של "עבירת היחיד", העומדת בבסיס תיקון 39, מתאימה למצבים של "רב עבריינים" הפועל בתוך ארגון אידאולוגי. לא נערך כלל דיון בשאלה אם משפטים כדוגמת עניינם של מרואן ברגותי או עוזי משולם – או, להבדיל, אדולף אייכמן – מציגים בעיה של "חריג" שניתן להתאים למסגרת החלק הכללי של חוק העונשין, או אם מדובר אולי בפרדיגמה עבריינית שונה במהותה המחייבת לפיכך אימוץ הנחות יסוד שונות.

מרדכי קרמניצר מצביע בחטף על קושי זה:

> דומה כי לא צריך להכביר מלים על כך שהמושגים הרגילים של השתתפות עקיפה (סיוע ושידול) אינם הולמים תופעות עבריניות, כגון פשעי מלחמה, פשעים המתבצעים על ידי מדינה פושעת (פשעי הנאצים) או על ידי ארגון פשע ("המאפיה"). מי שנמצא בעמדת שליטה במערכת כזו (ולא רק ראש ההיררכיה) הנותן פקודה להמית אדם, איננו סתם משדל או מסייע לרצח כאשר פקודתו מתבצעת.[15]

ואולם קרמניצר מציע לפתור את הקושי אם נראה את "רב העבריינים" כמקרה פרטי של הטלת אחריות בגין "שליטה ארגונית". לטענתו, כאשר מדובר בארגון, המבצעים הישירים הם "פיגורות אנונימיות וניתנות להחלפה" בעיני נותן ההוראה (בשונה מעמדת המסייע והמשדל ביחס למבצע). קרמניצר מאזכר בהקשר זה גם את התלבטות השופטים בעניין אייכמן. לדעתו, הטעות של שופטי אייכמן הייתה ניסיונם להתאים את הסיטואציה לזו של ה"משדל" וה"מסייע", במקום להיעזר בדוקטרינה המתאימה יותר – זו של המבצע מכוח שליטה ארגונית – המבצע באמצעות אחר.

בטרם אכנס לפרטים בנוגע לעניין אייכמן, ברצוני לציין כי למרות נכונותו הבסיסית של קרמניצר להכיר בסיטואציה הפוליטית השונה העומדת ביסוד הקושי המושגי, הוא מציג את התשובה שוב כעניין של "סיווג" נכון במסגרת הדין הקיים. כלומר, הוא אינו מעלה שאלות לגבי עצם נכונות השימוש בפרדיגמה העומדת בבסיס החלק הכללי לחוק הפלילי, פרדיגמת "עבירת היחיד" והרחבותיה, גם על עבירות המבוצעות על ידי ארגון פוליטי. למעשה, אף שקרמניצר מכיר בקושי המהותי שהעבירה הקולקטיבית

15 קרמניצר, לעיל הערה 5, עמ' 72.





מעלה בפני המשפט הפלילי – פתרונו הוא לפנות לרמה גבוהה יותר של הפשטה ולזהות שם מבחן פונקציונלי אחיד שניתן ליישמו – "מבחן השליטה".[16]

## ד. החלפת הפרדיגמה: מעבירת היחיד לעבירות קולקטיביות

כפי שראינו, הפסיקה והכתיבה האקדמית מנסים להתאים את בעיית "רב עבריינים" למסגרת תיקון 39, כלומר למסגרת הפרדיגמה של עבירת היחיד עם הרחבות ונגזרות, במצבים שבהם עבירה היכולה להתבצע על ידי יחיד מתבצעת על ידי כמה עבריינים, כאשר לכל אחד מהם תפקיד שונה ותרומה שונה לביצועה. דיון זה מתעלם מן השאלה המהותית יותר – אם עבירה, שהיא במהותה קולקטיבית ומתבצעת על ידי ארגון בעל מטרות פוליטיות, אינה דורשת טיפול משפטי שונה בתכלית (מסיבות שיובהרו להלן אתמקד ברשימה זו בארגון בעל מטרות פוליטיות ולא בארגונים בעלי מטרות כלכליות ואחרות).

הוספת פרספקטיבה היסטורית ופוליטית לדיון בסוגיית "רב עבריינים" מגלה מכנה משותף בין המקרים, כזה שאינו מבוסס על הסיווג הפורמלי אלא על מהות העבירה. לכן ניתן למתוח קו מעניין אייכמן לעניין ברגותי – כאשר מתבוננים על הסיטואציה הפוליטית שעמה מתמודד בית המשפט בכל אחד מן המקרים. לטענתי, הבנת הסיטואציה של המשפט הפוליטי עשויה לעזור לנו להבין טוב יותר את הדילמה שבפניה ניצב בית המשפט, ולאפשר לנו לבחון את הפתרונות שהוצעו לא רק מנקודת מבט פנימית למשפט הפלילי (מהו הסיווג הנכון ביותר במסגרת החוק הפלילי הקיים) אלא גם מנקודת מבט חיצונית, אשר בה הופך המשפט להיות חלק מאותה סיטואציה של קונפליקט פוליטי.[17]

16 גור-אריה סבורה לעומת זאת כי הסתמכות על "מבחן השליטה" לבדו טומנת בחובה סכנות רבות לחירויות שעליהן אמור להגן המשפט הפלילי, ולכן היא מתעקשת על אימוץ מבחן אובייקטיבי יותר. ראו גור-אריה, לעיל הערה 5, עמ' 107–108.

17 על ההבחנה בין ראייה פנימית וחיצונית למשפט ראו Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law-Reconstructing Legal Scholarship* (Chicago & London, 1999) לוויכוח על יישום ההבחנה בכתיבה האקדמית הישראלית ראו א' בנדור, "הטיית משפט, הכרת פנים – מחשבות ביקורתיות על 'משפט כספרות'", **מחקרי משפט** יח (תשס"ב), 85; ליאורה בילסקי, "על הגלוי, הסמוי ומה שביניהם – מחשבות בעקבות רשימתו של אריאל בנדור על 'משפט כספרות'", **מחקרי משפט** יח (תשס"ב), 119.

עיון בפסקי הדין מתוך פרספקטיבה פוליטית מגלה, כי הבעיה אינה נובעת רק ממחסור ב"סיווג" מתאים לתופעת "רב עבריינים" במסגרת החוק הקיים, אלא מן הניסיון להפעיל דין שבבסיסו הנחת פעולה אחת (עבירת היחיד והרחבותיה) על תופעות המבוססות על הנחת פעולה הפוכה (פעולה קולקטיבית). יתרה מזאת, לא כל התארגנות פלילית תיצור בהכרח בעיה למשפט הפלילי – לשם כך הרי נועדו דיני השותפויות. ואולם כאשר מדובר בהתארגנות המבוססת על התנגשות פוליטית ואידאולוגית בין שני קולקטיבים – הבעיה מוחרפת בשל סילוק המניע מן הדיון באחריות הפלילית במסגרת החוק הרגיל.[18] רק התייחסות למניע הפוליטי-האידאולוגי העומד בבסיס העבירות הקולקטיביות, עשויה לסייע בהבנת הסכנה השונה לסדר החברתי שיוצרת העבריינות הקולקטיבית האידאולוגית. אין מדובר ב"סטייה" של היחיד מן החוק על מנת להשיג לעצמו יותר מאשר לשאר בני החברה, או על רקע תפיסה ערכית אישית השונה מן הנורמה המקובלת. במצבים של עבריינות קולקטיבית-פוליטית מדובר למעשה בהעמדת סדר חברתי אחד למול סדר חברתי אחר, כזה שאינו מכפיף עצמו כלל לסמכות בתי המשפט הקיימים. הפעלת המשפט הפלילי במקרים כאלו ממלאה שתי פונקציות שונות. האחת, בירור האשמה וקביעת האחריות, והאחרת, דה-פוליטיזציה של המעשה. בין שתי המטרות עשוי להיווצר מתח, בעיקר כאשר סיווגי המשפט הפלילי הרגיל אינם מתאימים ועל בית המשפט להכריע אם יגן על המשפט הפלילי ועל סיווגיו (אך יפגע ביכולת השלטון להשתמש במשפט הפלילי כנגד יריב פוליטי), או ירחיב את הסיווגים הקיימים כדי להתאימם לנאשם הפוליטי ולארגון שבמסגרתו הוא פועל (ובכך יסכן חירויות יסוד של פרטים בחברה).

18 להרחבת הדיון על סילוק ה"מניע" מן המשפט הפלילי המודרני כדרך לדה-פוליטיזציה של החוק הכללי, ראו Alan Norrie, *Crime, Reason and History-A Critical Introduction to Criminal Law* (London, 2001). נורי מצביע על פושעים מסוג "רובין הוד" הפועלים ממניעים פוליטיים, וכיצד המשפט האנגלי, אשר מנסה לבסס את זכות הקניין הפרטי של מעמד הבורגנות הצומח, מסרב להכיר במניע של "צדק חלוקתי" כלגיטימי. לוויכוח אקדמי עם נורי, ראו Anthony R. Duff, "Principle and Contradiction in the Criminal Law- Motivês and Criminal Liability", *Philosophy and the Criminal Law-Principle and Critique* (Duff ed., Cambridge, 1998) 156; Guyora Binder, "The Rhetoric of Motive and Intent", 6 *Buff. Crim. L. Rev.* (2002), 1.





## ה. "רב עבריינים" כבעיה של משפט פוליטי

כאשר מעיינים בדוגמאות מן הפסיקה שעליהן נסמכת גור-אריה, מגלים – נוסף על המכנה המשותף המשפטי – גם מכנה משותף פוליטי. שני המקרים, עניין **משולם** ועניין **פלונים** (רצח בשוק הקצבים על ידי חברים בארגון "כהנא חי"), מתאפיינים לא רק בקושי להתאימם למסגרת ה"ביצוע בצוותא", אלא עסקינן בשני המקרים בפשעים אידאולוגיים שבוצעו על ידי חברי קבוצה אשר אינה מקבלת את הכללים הרגילים של המשחק הפוליטי. המשפט עצמו, כפי שנראה בעניין **משולם**, ובעצמה רבה יותר בעניין **ברגותי** שבו אעסוק בהרחבה בהמשך, מתאפיין בהיותו "משפט פוליטי" – משפט שבו עצם סמכות בית המשפט, והנכונות להיות מיוצג על ידי עורכי דין המזוהים עם השיטה הקיימת, עומדים לביקורת.[19] אלו הם מצבים של "שוני רדיקלי" – שבהם השאלות איזה בית משפט מוסמך לדון בעניין ולפי איזו מערכת נורמטיבית, הן העומדות בבסיס המחלוקת במשפט. כיניתי משפטים פוליטיים מסוג זה: משפטים שבהם כללי המשחק עצמם הם העומדים במרכז הדיון, ולפיהם נקבעת הלגיטימיות של ההכרעה המשפטית.[20] גור-אריה זיהתה למעשה פער בלתי מוסבר בין הרמה הרטורית של פסקי הדין, המצביעה על מחויבות לאידאולוגיה האינדיבידואלית של תיקון 39, לבין רמת

19 עניין **משולם** מתחיל בתביעתו לחקירת פרשת חטיפת ילדי תימן ודרישתו להקמת ועדת חקירה. במו"מ מעורבים חברי כנסת. במהלך המשפט מפסיקים הנאשמים את ייצוגם ועל כך מדווח עורך דינם: "הבוקר סרבו הנאשמים לעלות לאולם המשפטים, ולפי עצת בית המשפט ירדנו, אני ועורך דין חוגי בליווי שני קצינים לדבר עם הנאשמים. הם אמרו לנו שאנו מפוטרים וטענו שהמשפט מכור, הם אמרו שאינם מכירים במדינה שמנהלת את המשפט ואינם מוכנים לעלות לאולם [...]". כאשר בקשת הסנגורים להשתחרר מייצוג נדחתה על ידי בית המשפט, הם נכחו בדיונים אך על פי הוראת שולחיהם לא נטלו בהם כל חלק: לא חקרו את העדים בחקירה נגדית, לא ניהלו פרשת הגנה ולא השמיעו סיכומים. ראו עניין **משולם**, לעיל הערה 4, עמ' 545–546.
גם בעניין **ברגותי** עלתה בעיה דומה. הנאשם כפר בסמכות בית המשפט הישראלי וסירב לקבל ייצוג מן הסנגוריה הציבורית. בית המשפט דחה גם את בקשת הסנגוריה הציבורית להשתחרר מייצוגו. לדיון בדילמת הסנגוריה הציבורית ביחס לייצוג נאשמים בעל כורחם, ראו Kenneth Mann & David Weiner, "Creating a Public Defender System in the Shadow of the Israeli – Palestinian Conflict", 48 *N. Y. L. Sch. L. Rev.* (2003), 91, pp. 111–122.

20 מושג ה"שוני הרדיקלי" שבו אני משתמשת מצביע על מחלוקת עמוקה, לא רק בשאלה איזה כללים יחולו ומהי פרשנותם הראויה אלא גם בשאלת הקונטקסט הפוליטי שבמסגרתו יש לפרש את הכללים. מצב זה דומה לבעיה שאותה זיהה הפילוסוף Lyotard כבעיה של differend. ראו ז'אן-פרנסוא ליוטר **המצב הפוסטמודרני – שתי שיחות מתוך בצדק** (תרגמו גבריאל אש ואריאלה אזולאי, 1999) להחלת המושג בהקשר של משפטים פוליטיים, ראו גם Martti Koskenniemi, "Between Impunity and Show Trials", 6 *Max PlanckUNYB* (2002), 1.

מעשה. בעוד שבתי המשפט מחויבים לרטוריקה של שימור ההבחנה בין המבצע שותפיו, מורחבים גבולות הביצוע בפועל כדי לכלול גם כאלו שהיו בעלי שליטה רגונית. לטעמי, הפער האמור מעיד על המתח שאותו מעמיד הנאשם הפוליטי בפני ית המשפט: מדובר אמנם בתופעה שונה מן העבריינות הרגילה, אך בדיוק משום כך בר הלחץ הפוליטי על בית המשפט להפעיל עליה את כללי הדין הרגיל. בעניין **שולם** גבר הצורך ב"לגיטימציה", כלומר בהצגתו כעבריין רגיל, על הצורך בשימור דין הפלילי והבחנותיו (הוא הורשע כמבצע עיקרי). בעניין **ברגותי**, כפי שנראה המשך, הצורך בשימור גבולות הדין הפלילי הרגיל גבר על הצורך בלגיטימציה, והוא ורשע לפי פקודת מניעת טרור בכל אותם פיגועים שאליהם לא ניתן היה לקשרו שירות.[21] כדי להבין את יסודות המתח נפנה לדון במקרה הבולט ביותר שבו התלבט ית המשפט הישראלי בגלוי עם הבעיה – עניינו של אדולף אייכמן.

## ו. עניין אייכמן – קו פרשת המים

ת הדילמה המשפטית של "רב עבריינים" ברצוני להציג במסגרת קריאה חלופית, מאמצת כנקודת מוצא את העבירה הקולקטיבית-האידאולוגית. לשם כך אדון בפסקי דין בראש ובראשונה בקונטקסט היסטורי-פוליטי, ורק לאחר מכן בקונטקסט משפטי. תחיל את הדיון בעניין **אייכמן**, אעבור לתיקון 39 ואסיים בעניין **ברגותי**. לטענתי, עניין **אייכמן** היה בית המשפט מוכן להישיר מבט אל הייחוד הפוליטי של עבירה מן סוג של "הפתרון הסופי" הנאצי, ואילו בעניין **ברגותי** היה בית המשפט שבוי בצורך התאים את העבירה למסגרת המשפט הפלילי הרגיל.

כדי להצביע על הקושי המיוחד שעורר עניין **אייכמן** יש לחזור אל התקדים משפטי אשר יצר את אפשרות שיפוטו של אייכמן – משפטי נירנברג שערכו בנות ברית לאחר ניצחונן במלחמת העולם השנייה.[22] משפטי נירנברג יצרו תקדים משפטי עניין שיפוט אחריותם הפלילית של מנהיגים פוליטיים על ידי ערכאה בינלאומית. אולם הם לא יצרו תקדים לעניין הדרך שבה על בית משפט לאומי לשפוט בדונו על פי

[2] ניתן לשער כי ההבדל מבוסס גם על הנסיבות השונות. מבחינה משפטית ניתן היה להרשיע את ברגותי כמבצע עיקרי בחלק ממקרי הרצח גם ללא קבלת ההרחבות שאותן ביקשה התביעה. לעומת זאת, בעניין **משולם** ייתכן שאי-היענות של בית המשפט להרחבת הסיווגים הייתה מביאה לזיכוי.

[2] Antonio Cassese, *International Criminal Law* (New York, 2003), pp. 329–333.





דיני העונשין המקומיים. בנירנברג מדובר היה בבית דין צבאי בינלאומי, שהוקם במיוחד לצורך המשפט. לעומת זאת, עניין **אייכמן** ועניין **ברגותי** נידונו במסגרת בית משפט פלילי ישראלי. נקודה זו אינה טריוויאלית, אם נבין את הקושי הייחודי למשפט פוליטי.

כפי שציינתי, להבדיל ממשפט פלילי רגיל שבו הנאשם מקבל על עצמו את סמכות בית המשפט ואת כללי המשפט המהותי, משפט פוליטי מתאפיין בהיעדר הסכמה בסיסית הן על סמכות והן על מהות. למעשה מדובר במשפט, שבו קבוצה אחת שופטת קבוצה אחרת בגין מעשיה הקולקטיביים, ולשם כך היא מפעילה את בתי המשפט ואת כללי הדין שאימצה הקבוצה השופטת. סיטואציה זו מתאפיינת, כפי שראינו, ב"שוני רדיקלי" – כלומר באי-הסכמה בסיסית הנוגעת לכללי המשחק, אי-הסכמה החותרת תחת הלגיטימיות של תפיסת בית המשפט כצד שלישי בלתי מעורב בסכסוך. במילים אחרות, בסיטואציה של משפט פוליטי, בית המשפט עצמו נתפס כצד לסכסוך.[23]

כאשר מדובר בבית משפט של ה"צד המנצח", המוקם לצורך המשפט, הלגיטימיות של בית המשפט נמצאת בסכנה. ואכן כנגד משפטי נירנברג הועלתה לא אחת הטענה של "צדק של מנצחים" (victors' justice). סיטואציה זו חייבה את בית המשפט להקפיד על כללי דיון הוגן ועל שימוש בתקדימים משפטיים מקובלים. לכך הייתה השפעה ישירה על טיב האשמה. בית הדין, שפעל מכוח אמנת לונדון, בחר להדגיש את הפשעים המוכרים: "פשעי מלחמה" ו"מלחמה תוקפנית" ולא את הפשע החדש שבו הכירה האמנה – "פשע נגד האנושות".[24] כדי להתמודד עם בעיית הטלת אחריות פלילית אישית על המנהיג הפוליטי, בחר בית הדין להסתמך על דוקטרינת "האחריות הסולידרית של קושרים". דוקטרינה זו נשאבה מן המשפט האנגלו-אמריקני, ולא הייתה מוכרת במשפט הקונטיננטלי. היא נבחרה, שכן הייתה היחידה שבכוחה להתמודד עם המאפיין הקבוצתי של פשעי הנאצים – פשעים של "מדינה פושעת".

[23] לעיון בסוגיית השוני הרדיקלי במשפטים פוליטיים, ראו ליאורה בילסקי, "בין סמכות שיפוט טריטוריאלית לאוניברסאלית – על שינוי היחס למדינת-הלאום במשפט הבינלאומי הפלילי", **עיוני משפט** כז (תשס"ג), 655, עמ' 667–669.

[24] Judith N. Shklar, *Legalism* (Cambridge, Mass., 1964), 151–179. ראו גם Lawrence Douglas, *The Memory of Judgment-Making Law and History in the Trials of the Holocaust* (New Haven & London, 2001), pp. 38–64.

בחירות אלו של בית הדין יצרו בעיות משלהן, כפי שמסבירה הפילוסופית Shklar בספרה *Legalism*.[25] מבחינה פוליטית, עבירת הקשר הפלילי חשודה בשל השימוש שנעשה בה לרדיפת יריבים פוליטיים. דוקטרינת האחריות הסולידרית של קושרים מקלה עם התביעה, ואינה דורשת הוכחת יסוד נפשי באשר לכל אחת מן העבירות שנעברו, אלא די בתכנון משותף ובפעולה לקידום מטרת הקשר. מבחינה היסטורית יצרה ההסתמכות על עבירת הקשר תמונה מטעה של הרייך השלישי, מאחר שהיא צבעה את ה"פתרון הסופי" בצבעי המזימה של קבוצת קושרים קטנה (התאוריה האינטנציונליסטית), ובכך שיחררה מאחריות היסטורית את השותפים הרבים לפשע.[26] עם זאת ולמרות הסטיות מעקרון החוקיות, סברה שקלאר כי משפטי נירנברג היו מוצדקים דווקא בשל היותם "משפטים מעבריים",[27] וככאלו נדרשו להם התאמות של הפרוצדורה המשפטית והדין המהותי על מנת להתמודד עם המעבר מ"מדינה פושעת" לדמוקרטיה חוקתית.

המשפטן ואיש מדע המדינה Otto Kirchheimer מתמודד בספרו *Political Justice*[28] עם שאלות דומות. הוא מציע להבחין בין משפט פוליטי (כזה שיש בו יסוד של רדיפה פוליטית, הנעשית באמצעים משפטיים) לבין משפט ראווה (כזה שתוצאתו הפוליטית ידועה מראש, והיא מכפיפה את ההלכה המשפטית אליה) בעזרת השאלה, האם נשמר במשפט אלמנט הסיכון לשלטונות?[29] ניהול משפט פוליטי בבית משפט רגיל (להבדיל מבית דין צבאי או מבית דין בינלאומי המוקם לצורך העניין), ושיפוט על פי כללי המשפט והפרוצדורה הרגילים, מהווים לדעתו את המשוכה החשובה ביותר למניעת הפיכת המשפט הפוליטי למשפט ראווה. הסיבה לכך היא, כי השופטים יראו עצמם מחויבים לשימור עצמאות בית המשפט וכללי הדין התקדימיים לעתיד לבוא.

25 לעיל הערה 24. להרחבה בעניין התאוריה של שקלאר על משפטים פוליטיים, ראו מאמרי, לעיל הערה 23, עמ' 674–676.

26 *Ibid*, p. 171

27 שקלאר אינה משתמשת במונח "צדק מעברי" (transitional justice), שהוא מונח חדש יחסית. המונח מיועד להצביע על ההתמודדות הייחודית שהליכי מעבר לדמוקרטיה מציבים בפני רשויות המשפט ועקרונות שלטון החוק. להרחבה ראו Ruti G. Teitel, *Transitional Justice*, (New York, 2000).

28 Otto Kirchheimer, *Political Justice-The Use of Legal Procedure for Political Ends* (Princeton, 1961)

29 להרחבה בעניין התאוריה של קירשהיימר על המשפט הפוליטי, ראו מאמרי, לעיל הערה 23, עמ' 671–674.





[illegible], ככל שמסורת עצמאות השופטים ודאגתם לשלטון החוק מושרשת יותר, כך גדל הסיכוי של הנאשם הפוליטי. המשפט יהיה אמנם פוליטי (כלומר, משפט שבו התביעה הפוליטית של חיסול היריב חשובה לא פחות מן המטרה המשפטית), אך לדעת קירשהיימר מדובר במשפט שניתן להצדיקו מבחינה ליברלית (שמירה על עקרון נגישות הרשות השופטת וקיום "סיכון" לרשויות).[30] לסיכום, ניתן להבחין בין שתי רמות קוטביות למשפט הפוליטי בהקשר של שיפוט עבירות קיבוציות. שקלאר [illegible] לתוצאה הפוליטית ולהבנה ההיסטורית כתוצאה משיפוט על פי כללי המשפט [illegible] לתקדימים הרגילים. היא מציעה לכן לחרוג בגלוי מעקרון החוקיות כאשר [illegible] ב"צדק מעברי", וליצור טריבונלים מיוחדים שישפטו עבירות ייחודיות (כגון [illegible] נגד האנושות"). כדי להתגבר על החשש מפני פוליטיזציה של המשפט, היא [illegible] להגביל את החריגה מעקרון החוקיות למצבים של כינון משטר דמוקרטי. היא [illegible] כי ניתן להצדיק משפט פוליטי (משפט שנועד בראש ובראשונה לקדם מטרה [illegible]) כל עוד מדובר בהליכי מעבר לכינון דמוקרטיה, ובהיעדר בית משפט רגיל [illegible] חוק מתפקדת.[31] לעומתה סבור קירשהיימר שיש להתמודד עם התופעה בדרך [illegible]. לדעתו הגבלת כוחו של השלטון וצמצום הפוליטיזציה של המשפט תיעשה [illegible] על ידי הפנייתו לבתי המשפט הרגילים, ועל ידי הפעלת הדין המהותי וכללי [illegible] הרגילים. הצורך של שופטים ליצור את התקדים הנכון ולהפעיל את הדין [illegible] תחייב אותם לצמצם את הסכנה הפוליטית שבמשפט. לשיטתו, הפעלת מסלול [illegible] ויצירת דינים מיוחדים יוצרת סכנה רבה יותר למשפט ראווה.

ביצד התמודדו שופטי אייכמן עם דילמות אלו? נבחן כמה סוגיות שבהן נדרש בית [illegible] המשפט הישראלי להכריע.

## ב. אחריות סולידרית של קושרים או דיני השותפויות?

[illegible] הישראלית ביקשה להסתמך על תקדים נירנברג ולבסס את אחריותו של [illegible] על בסיס האחריות הסולידרית של קושרים, שאומצה עוד קודם לכן בפסיקה

* להרחבה ראו Liora Bilsky, *Transformative Justice – Israeli Identity on Trial* (Michigan, 2004).

* להבחנה של שקלאר בין משפטי נירנברג (הלגיטימיים) למשפט פוליטי לא לגיטימי במערכת משפט רגילה, ראו ספרה, לעיל הערה 24, עמ' 209–221.

הישראלית. בית המשפט הישראלי דחה ניסיון זה בעניין **אייכמן** (תוך אבחון ההלכה הנוגעת לאחריות סולידרית של קושרים) בכתבו:

> הננו מהססים לקבל את הדעה המוצעת על ידי היועץ המשפטי כהלכה כללית, החלה בכל מקרה. איננו סבורים שמי שמסכים לבצוע מעשה או מעשים פליליים (כי הרי זהו העיקר בעבירת קשר), מתחייב מניה וביה, בלי כל יסוד נוסף לאחריות, כמבצע ממש של כל אותם מעשים... **אם נקבל את הדעה לה טוען היועץ המשפטי, נשבור בכך את המסגרת הסטטוטורית של הסעיפים 23–25 של פקודת החוק הפלילי, המגדירים את אחריותם של השותפים לעבירה למיניהם. אחריות כזאת דורשת בכל מקרה הנזכר בסעיפים אלה משהו נוסף על ההסכמה סתם, כגון שידול, מתן עזרה, עידוד, ואפילו במקרה הקיצוני של תכנית משותפת, בו דן הסעיף 24, לפחות נוכחות בזמן ביצוע העבירה.**[32]

מעניין כי בהנמקה לדחיית האחריות הסולידרית של קושרים, מתעניין בית המשפט דווקא בשאלת הצדק לנאשם ויותר בשאלת השמירה על עקרונות יסוד של המשפט הפלילי הישראלי. החשש הוא שעבירת הקשר תבלע לתוכה את דיני השותפויות ובכך תהרוס את מבנה המשפט הפלילי, המבחין בין הביצוע העיקרי לבין השותפות. הבחנות אלו, כפי שציינתי, חשובות ביותר לעניין עקרון האחריות האישית בפלילים. הטעם לדחיית האחריות הסולידרית של קושרים בעניין **אייכמן** נעוץ לדעתי בכך, שבניגוד לבית הדין הצבאי הבינלאומי בנירנברג, שפסיקתו לא היוותה תקדים לשיטת משפט מקומית, הלכת אייכמן צפויה הייתה להפוך לתקדים במשפט הישראלי.[33] אכן, בדומה לניבוי של קירשהיימר, התממש "סיכון" מסוים הנוגע לעמדת התביעה הישראלית בעניין **אייכמן**, כאשר בחר בית המשפט הישראלי, בניגוד לבית הדין הבינלאומי

3 לעיל הערה 1, עמ' 226 (ההדגשה הוספה).

3 הבחנה דומה נעשתה על ידי Osiel בהשוואה שערך בין עמדת התביעה ובית המשפט בהאג (לעניין יוגוסלביה) לבין בתי משפט מקומיים. Osiel מצביע על השימוש בדוקטרינת command responsibility על ידי בתי המשפט המקומיים למול השימוש בדוקטרינת participation in a criminal enterprise בבית הדין בהאג. ראו Mark J. Osiel, "Symposium: Milosevic & Hussein on Trial: Panel 2: Perspectives on Transnational Justice: Collective Memory, Command Responsibility, and the Political Psychology of Leadership: Modes of Participation in Mass Atrocity", 38 *Cornell Int'l L. J.* (2005), 793.





בנירנברג, להקשות על התביעה ולא לקבל את מסגרת הקשר הפלילי כמסגרת הראויה לדיון בשאלת אחריותו של אייכמן.[34] במקום זאת פנה בית המשפט לדיני השותפויות הישראלים. ואולם הגישה הלגליסטית של הפעלת דיני השותפויות הרגילים לקביעת אחריותו של אייכמן לא סיפקה את בית המשפט, שהיה מודע לכך שדיון כזה עלול לטשטש את הבנת הייחוד ההיסטורי של הפשע.

## 2. המבצע העיקרי למול השותפים העקיפים – היפוך סדר החשיבות

עד כה זיהינו את חוסר נכונותו של בית המשפט להפעיל את דוקטרינת האחריות הסולידרית של קושרים בעניינו של אייכמן (למרות אימוצה הקודם בפסיקה הישראלית),[35] וזאת בשל החשש להשפעה על דיני השותפויות הרגילים. ניתן להניח כי שיקול נוסף היה מודעותו של בית המשפט הישראלי לביקורת הבינלאומית והרצון להגביר את הלגיטימיות של המשפט. ואולם בית המשפט לא הסתפק בכך. אחד החידושים החשובים בפסק הדין היה נכונותו להצביע על חוסר התאמה בסיסי של פרדיגמת האחריות הרגילה של המשפט הפלילי – אחריות היחיד ונגזרותיה לקביעת אחריות בנוגע לפשעי הנאצים. כפי שמסביר בית המשפט:

> בפשע עצום ומורכב כזה הנדון לפנינו, בו השתתפו הרבה אנשים בדרגת פיקוד ובמידת פעילות שונות – המתכננים, המארגנים והמבצעים לדרגותיהם – אין טעם רב לשימוש במושגים הרגילים של משדל ומסייע לדבר עבירה. הרי פשעים אלה הנם המוניים לא רק במה שנוגע למספר הקורבנות, אלא גם בנוגע למספר המשתתפים בפשע, ומידת קירבתו או ריחוקו של פושע זה או אחר מבין הרבים אל האיש ההורג את הקרבן בפועל אינה אומרת כלום באשר למידת אחריותו. **נהפוך הוא, בדרך כלל תגדל מידת האחריות, ככל שאנו מתרחקים מן האיש המפעיל את כלי המשחית בידיו, ומגיעים לדרגות הפקוד הגבוהות יותר, 'המשדלים', בלשון החוק שלנו.**[36]

34 להרחבה בעניין הסיכונים שהתממשו בעניין **אייכמן**, ראו ספרי, לעיל הערה 30, עמ' 85–169.

35 בית המשפט בעניין **אייכמן** מפנה להלכת קייזר, ומאבחן אותה. ראו לעיל הערה 1, עמ' 225.

36 שם, עמ' 230–231 (ההדגשה הוספה).

ייך לשים לב כי לא מדובר באי-התאמה טכנית אלא, כפי שהשכיל בית המשפט
ראות, מדובר היה למעשה בהיפוך הנחות היסוד של המשפט הפלילי הרגיל. בעוד
המשפט הפלילי הרגיל רואה את המבצע כנמצא במעגל הראשון של האחריות
האשמה), הרי בסיטואציה של מדינה פושעת דווקא ה"שותפים" הם שנושאים
אשמה העיקרית. לפיכך, למרות נכונותו העקרונית לסווג את מעשיו של אייכמן
משדל או כמסייע לדבר עבירה, הרגיש בית המשפט צורך להציע דרך אלטרנטיבית
הטלת אחריות בגין השתתפות בפשעי ה"פתרון הסופי". המבקרת המפורסמת של
ניין **אייכמן**, חנה ארנדט, הצביעה על גדולתו של בית המשפט הישראלי, העולה
ונכונותו להפוך מושכלות יסוד של המשפט הפלילי כדי להבין את טיב אחריותו של
אייכמן.[37] ואולם היא סברה כי נכונותו של בית המשפט לפעול במסגרת החוק לעשיית
ין בנאצים ובעוזריהם, תש"י–1950,[38] ובמיוחד תוך הסתמכות על הקטגוריה
ייחודית "פשע נגד העם היהודי", חתרה תחת יכולת בית המשפט להבין את
השלכות הרחבות יותר של הפשע החדש, הפשע נגד האנושות.

### 3. עבירה ייחודית: "הפתרון הסופי"

בית המשפט שמצא את הדין הפלילי הרגיל ואת דיני השותפויות לא מספקים כדי להתמודד עם אשמתו של אייכמן, פנה לפרש את הדין הישראלי החדש בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם.

> ...יש לראות את כל המעשים שנעשו תוך כדי ביצוע הפתרון הסופי של בעיית היהודים כמסכת אחת, ובהתאם לכך יש לקבוע את אחריותו הפלילית של הנאשם. לדעתנו יש ללמוד זאת לא מדיני הקשר הפלילי, **אלא מעצם מהותו של 'הפתרון הסופי' כפשע כלפי העם היהודי**, לפי הגדרת הפשע הזה בחוק.[39]

37 Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem – A Report on the banality of Evil* (New York, Revised and Enlarged ed., 1977), pp. 246–247. עם זאת ארנדט סבורה, שבנוגע להנחת היסוד החשובה ביותר של המשפט הפלילי המודרני – קיום יסוד נפשי, בית המשפט הישראלי לא התמודד כראוי עם בעיית ה"בנאליות של הרוע".

38 ס"ח, 281 (להלן: החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם).

39 לעיל הערה 1, עמ' 227 (ההדגשה הוסופה).





הבעיה נובעת, בין השאר, מאי-התאמה בין היסוד הנפשי לבין המעשה, שכן מדובר היה במנגנון מורכב שבו מחולקים התפקידים. על קושי זה מנסה בית המשפט להתגבר על ידי פירוש ה"פתרון הסופי", שמתמשך על פני שנים רבות ובמקומות שונים, כמסכת אחת כוללת.

> כאשר ניתנה הפקודה להשמדת היהודים, ברור היה שזו משימה מורכבת ביותר. לא קל היה להרוג מליונים המפוזרים בין יתר האוכלוסיה... ברור מראש שדרוש מנגנון מורכב, כדי לבצע את המשימה. כל מי שהיה בסוד ההשמדה, החל מדרג מסוים ומעלה, ידע שדרוש **מנגנון כזה** ושהוא קיים ופועל, אם כי לא כל אחד ידע כיצד פועל כל חלק של המנגנון, באיזה אמצעים, באיזה קצב, אף לא באיזה מקום. לפיכך היה מסע ההשמדה מעשה אחד וכולל, ואין לפצלו למעשים או למבצעים שנעשו על ידי אנשים שונים בזמנים שונים ובמקומות שונים. צוות אנשים אחד ביצע אותו במשותף במשך כל הזמן ובכל מקום.[40]

על בסיס קונסטרוקציה תאורטית זו נקבעת אחריותו הפלילית של אייכמן כמבַצֵּע:

> מכאן שכל מי שפעל בהשמדת יהודים בידעו על תכנית הפתרון הסופי ולשם קידומה, רואים אותו כשותף להשמדת המליונים שהושמדו בשנים 1941–1945, ואין נפקא מינה אם פעולותיו השתרעו על חזית ההשמדה כולה, או רק על גזרה אחת... אחריותו היא של "עבריין עיקרי" (principal offender) שביצע את הפשע הכולל בשיתוף פעולה עם אחרים.[41]

כלומר, בית המשפט בוחר בסופו של דבר באופציה של "מבצע עיקרי". ואולם כדי שמשבצת זו תתאים להגדרת מעשיו של אייכמן, הוא חייב לשנות למעשה את הפרדיגמה של האחריות הפלילית; המודל שעל פיו נגזרת האחריות איננו של עבירת היחיד ונגזרותיה, אלא של עבירה קולקטיבית אשר יכולה להתבצע אך ורק באמצעות

40 שם, עמ' 228–229.

41 שם, עמ' 229.

"מנגנון" ועל ידי קבוצה מאורגנת של בני אדם, הלוקחים על עצמם משימת השמדה קולקטיבית.

לסיכום, בית המשפט בעניין **אייכמן** מבין את הנזק שעלול להסב השימוש בעבירת הקשר למשפט הפלילי הרגיל, ונסמך על האחריות של המבצע והשותפים. עם זאת בית המשפט נכון להכיר, כי בנסיבות של עבירות המוניות מן הסוג של "הפתרון הסופי", אחריות המשדל והמסייע גדולה יותר משל המבצע הישיר. הדרך להתמודד עם האנומליה איננה לכן באמצעות החלק הכללי של חוק העונשין – אלא ברמה של העבירה המהותית. יש להסתמך על החוק המיוחד, "החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם", ולפרש את העבירה ההמונית ככזו שמייצרת מעצם טיבה ביצוע משותף, גם אם היסודות הנפשיים והפיזיים "מפוזרים" בין גורמים שונים ולאורך זמן רב, וגם – במיוחד – כאשר לאיש אין שליטה פונקציונלית או זכות וטו מהותית. זהו טיבו של המנגנון, תמציתו של הפשע של מדינה פושעת כלפי ציבור בני אדם שלם.

צריך לשים לב, כי בחירת בית המשפט להסתמך על החוק לעשיית דין בנאצים, מנעה את הפיכתה של הלכה זו לתקדימית בדין הפלילי הרגיל בישראל. היא עזרה לו להתמודד עם הקושי של עבירה קולקטיבית אצל אייכמן, אבל לא נתנה לו כלים מתאימים להתמודד עם תופעת "רב עבריינים" בהקשר של ארגון פשע אידאולוגי לעתיד לבוא. במילים אחרות, בסופו של דבר נבחרה האופציה של ה"צדק המעברי", לפי התיזה של שקלאר.

## ז. מאייכמן לברגותי – תיקון 39 מתקן או משבש?

מבחינה מהותית אימץ תיקון 39 את רוח דברי בית המשפט בעניין **אייכמן** וביטל את האחריות הסולידרית של הקושרים, על מנת לחזק את האחריות האינדיבידואלית של המבצע ושותפיו. עם זאת נותרה בעינה הבעיה של "רב עבריינים". יתרה מכך, מאחר שהתיקון הפחית את אחריותו של המסייע למחצית מן המבצע העיקרי, ואילו את אחריותו של המשדל סייג לעומת עבירות נוספות שנעברו – נוצר הבדל מהותי בין הביצוע העיקרי לביצוע העקיף. במילים אחרות, היכולת של בית המשפט בעניין **אייכמן** – לפרש את האחריות של המשדל והמסייע כאחריות רבה יותר מאחריותו של המבצע העיקרי – לא קיימת עוד לבית המשפט בעידן תיקון 39, אשר יוצר מדרג עקרוני בין מבצע עיקרי לשותפים עקיפים.





סוגיות אלו עומדות במרכז הדיון של בית המשפט בעניין **ברגותי**.[42] גם במקרה זה נאלץ בית המשפט להתמודד עם דילמה האופיינית למשפט פוליטי. מדובר היה בפעילות של ארגון טרור (התנזים וגדודי חללי אל-אקצה) ובאחריותו הפלילית של אחד העומדים בראשו. בשל החשש לפוליטיזציה של המשפט ובשל בעיית הלגיטימיות של המשפט בעיני הקהילה הבינלאומית, חשוב היה להעמיד את ברגותי לדין בבית משפט אזרחי (להבדיל מצבאי).[43] הנאשם מצדו נקט קו הגנה פוליטי (בדומה למשולם ובשונה מאייכמן). הוא סירב לשתף פעולה בחקירות המשטרה, כפר בסמכות בית המשפט וסירב למנות לעצמו סנגור או לקבל את ייצוג הסנגוריה הציבורית. לאחר שנכפה על הסנגוריה הציבורית לייצג את ברגותי, בחרה זו שלא להעלות קו הגנה משפטי מהותי, בהתאם לרצון הנאשם. כל אלו הם סממנים אופייניים למשפט בעל מאפיינים של שוני רדיקלי – משפט שבו מעשי הקבוצה נתפסים בעיני עצמה

42 לעיל הערה 2, פסקות 164–176.

43 התביעה הישראלית נהנית משיקול דעת באשר להעמדה לדין של פלסטינים בבית משפט ישראלי. בבחינת סמכות השיפוט לגבי פלסטינים תושבי האזור שאינם תושבי ישראל, סמכות בתי המשפט בישראל נקנית להם באמצעות סעיפים 7–17 לחוק העונשין. בהחלטה בעניין **ברגותי** פסק בית המשפט כי חלק מן העבירות שביצע הנאשם נופלות בגדר "עבירות פנים", בהיותן עבירות שבוצעו – לפחות במקצתן – בתחומי מדינת ישראל. לצורך ניתוח זה מסתפק השופט טל בכך, שהפיגועים הקטלניים – שבהם יוחסה לברגותי שותפות במעשי רצח בכוונה תחילה או עבירות של סיוע, שידול, ניסיון לרצח וקשירת קשר – בוצעו בתחומי ישראל. הקביעה העיקרית בעניין הסמכות היא, כי תקנה 2 לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשל"ח–1977 (ס"ח, 48), אינה עדיפה על הוראות חוק העונשין. כלומר, תקנה 2(א) "שמלכתחילה מיועדת הייתה לחול על ישראלים, לא באה לשנות מהוראתו של ס' 7 (א) לחוק העונשין, שבהתקיים תנאיו מוקנית סמכות לבימ"ש בישראל לדון את מי שביצע עבירות בחוץ-לארץ – בין אם הוא ישראלי ובין אם לאו". ראו תפ"ח (תל אביב – יפו) 1158/02 **מדינת ישראל נ' מרואן בן חטיב ברגותי**, תק-מח 2003(1) 327 (2003), עמ' 335. כך, תקנה 2 מוסיפה לסמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל סמכות לדון בעניינם של ישראלים תושבי השטחים, ואינה גורעת מסמכותו לדון בעניינם של תושבי השטחים שאינם אזרחי ישראל, שבהם נקנית הסמכות באמצעות סעיפים 7–17 לחוק העונשין. בית המשפט נסמך גם על הוראות הסכם הביניים, שמהן נלמד על כך שישראל סייגה את העברת סמכויותיה למועצה הפלסטינית בכך שיוותרו בידיה הסמכויות לשמירה על ביטחון מדינת ישראל והישראלים, והסמכות להעמיד לדין את כל הפוגעים בביטחון אחד מאלה. לפיכך קיימת סמכות מקבילה לבתי משפט צבאיים ולבתי משפט בישראל בעבירות הפוגעות בביטחון האזור המכוונות נגד ישראלים, אף אם בוצעו על ידי תושבי האזור שאינם ישראלים, לבתי משפט צבאיים מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (ע"ר 1442, תוס' 2, 855), צו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל–1970, ולבתי משפט בישראל מכוח חוק העונשין, והבחירה היכן יועמד ברגותי לדין הייתה מסורה בידי התביעה.

מוצדקים (פעולות התנגדות לכיבוש, במסגרת זכות להגדרה עצמית לאומית), ובעיני קבוצה השנייה הם נתפסים כפשעים חמורים ביותר (מעשי טרור ורצח).

בעניין **ברגותי** לא עמדה בפני בית המשפט האופציה של השימוש בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם.[44] עם זאת גם כאן עמדו למעשה שתי חלופות עקרוניות בפני בית המשפט (שאינן מוציאות זו את זו):

א. **המשפט הפלילי הרגיל** – הטלת אחריות אישית על פי סיווגו של "רב עבריינים" – האם אחריותו בגדר מבצע בצוותא או ביצוע על ידי אחר, משדל או מסייע?

ב. **פקודת מניעת טרור, תש"ח–1948**[45] – נשיאה באחריות קולקטיבית מכוח שליטה ארגונית. עקרונית ניתן גם להשתמש (אך לא במקרה זה) בחוק מאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג–2003.[46]

בעיית "רב עבריינים" הייתה חמורה ביותר, כי ברגותי שימש כמנהיג פוליטי. הקושי עלה במרבית הפיגועים, שכן מתוך שלושים ושבעה פיגועים שבהם הואשם הנאשם, הצליחה התביעה לבסס קשר ישיר שלו לארבעה פיגועים בלבד. באשר לשלושים ושלושה הפיגועים הנוספים, התעורר חשש כי ללא הכנסת ברגותי לקטגוריית "המבצע" תעלה אחריותו של המבצע הישיר הכפוף לו על אחריותו של המנהיג – כפי שמצטט בית המשפט בהסכמה מלשונו הציורית של השופט מישאל חשין בעניין **משולם**: "הנקבל כי הרב-מוח יהא זוטר ל'חייליו' עושי דברו?"

44 החוק אמנם מגדיר פשעים נגד אנושות ונגד העם היהודי, אך מגביל אותם לתקופת השואה ולנאצים (סעיפים 1–6, 16).

45 ע"ר 24, תוס' א, 73 (להלן: **פקודת מניעת טרור**).

46 ס"ח 1894, 502 (להלן: **חוק מאבק בארגוני פשיעה**). חוק זה יוצר לכאורה פרדיגמה חלופית של עבירה קולקטיבית – עבירה שבה הארגון הוא ממהות הדבר. ואולם חוק זה מעמיד את ארגוני הפשע עם עבירות פוליטיות וארגוני טרור. בכך יש, מצד אחד, נכונות להודות באופי הייחודי של העבירה, ומצד שני יש כאן טשטוש הממד הפוליטי. ואכן, בהסתייגויות לחוק העלו ח"כ עזמי בשארה (עמ' 2915–2916), וח"כ טלב אלסאנע (עמ' 2917–2918) התנגדות על בסיס זה. ראו ההסתייגויות לחוק בתוך ד"כ י"ב (תשס"ג), 2913–2923.





## 1. מסלול האחריות האישית – חוק העונשין חלק כללי

בית המשפט מסכם בהרחבה את עמדת הפסיקה, ובעיקר את ההרחבות שיצרה בעניינו של משולם באשר למבצע. עם זאת מאבחן בית המשפט את עניין **ברגותי**, מאחר שלא ניתן להוכיח אצלו "מסוימות" הן לגבי הסיוע הן לגבי השידול, ובוודאי לגבי הביצוע בצוותא. כפי שמסביר בית המשפט:

> אין זה המקרה בו אדם מסייע לאנשים הסרים למרותו, ביודעו כי הם עומדים לבצע עבירה מסוימת ומוחשית, אלא שהוא רק אינו יודע היכן, מתי, באיזה אופן ועל ידי מי מאנשיו תבוצע העבירה, ומי יהיה קורבנה... לא ניתן לייחס לנאשם עבירה כוללנית וגורפת של סיוע לרצח בכוונת תחילה בגין כל פיגוע ופיגוע, רק בשל מודעותו הכללית לכך שאנשיו מבצעים פיגועים תוך שימוש בנשק ובכספים שהוא דאג להשיג עבורם.[47]

בעיה דומה עולה גם לגבי אפשרות הרשעתו של ברגותי בפעולות שידול בלתי מסוים, או ביצוע בצוותא. בית המשפט מסביר כי עצם המנהיגות אין בה די כדי ליצור אחריות פלילית לכל פיגוע:

> המינימום הנדרש על פי הפסיקה... לצורך הטלת אחריות של מבצע בצוותא על מנהיג חבורה שאיננו נוכח בזירת העבירה, הוא השתתפות בתכנון העבירה או קשירת קשר לביצועה; מתן הנחיות או אישור לביצוע העבירה; פיקוח על ביצוע העבירה; או העלאת הרעיון לביצוע העבירה בצירוף סיוע או תכנון. כל אחד מאלה עשוי להיחשב על פי הפסיקה כ"עשיית מעשים לביצוע העבירה", אשר מבססת אחריות של מבצע בצוותא. **אך אין די בכך שהמנהיג שולט באנשיו, ואלה סרים למרותו, כדי להטיל עליו אחריות של מבצע בצוותא למכלול העבירות שביצעו אנשיו...**[48]

47 לעיל הערה 2, פסקה 171.

48 שם, פסקה 173.

> לסיכום... 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 לביצוען, כאשר הוא עצמו אינו **מעורב אישית** ובצורה פרטנית בשום אופן בעבירות עצמן, לא לפני ולא בעת ביצוען... הגם שברור כי אותו מנהיג נותן את ברכתו לביצוע העבירות, ומעניק לאנשיו סיוע כללי שלא לצורך ביצוע עבירה זו או אחרת.[49]

בית המשפט מרשיע לפיכך את ברגותי כמבצע בצוותא, מסייע ומשדל, רק לגבי אותם ארבעה פיגועים שבהם ניכרת מעורבותו האישית. עמדה זו, הגם שדי בה להכניס את ברגותי לכלא לשנים רבות, עומדת בסתירה לקו הפוליטי של התביעה, כי עצם מנהיגותו של "רב מחבלים" ותמיכתו הכללית בביצוע פיגועים מספקת אחריות משפטית פלילית ישירה.

## 2. מסלול האחריות הקולקטיבית

את האחריות הפלילית מכוח המנהיגות בלבד מפנה בית המשפט למסלול החלופי, הנתון היום במסגרת פקודת מניעת טרור, וכן (לעתיד לבוא) לחוק המאבק בארגוני פשיעה. חוקים אלו מאפשרים להטיל אחריות על המנהיג מעצם מנהיגותו, אחריות שלצדה עונש של עד עשרים שנה. ואולם בשל חריגתם מעקרון האחריות האינדיבידואלית הנדרשת על פי החוק הפלילי הרגיל, הם משמרים את ההיררכיה בכך שאינם משווים את האחריות המוטלת מכוחם למלוא האחריות המוטלת מכוח חוק העונשין לעבירת הרצח.

כיצד ניתן להסביר את חוסר נכונותו של בית המשפט בעניין **ברגותי** להרחיב את האחריות הפלילית של מבצע עיקרי גם ל"רב עבריינים", מנהיג פוליטי התומך, מעודד ומספק אמצעי לחימה? נדמה שאותם גורמים שעמדו בבסיס בחירתו של בית המשפט בעניין **אייכמן** עומדים גם ביסוד פסיקתו בעניין **ברגותי**. השיפוט של עבירה קבוצתית פוליטית במסגרת החוק הפלילי הרגיל יוצר קושי בלתי רגיל עבור השופטים, שכן הם יודעים כי ההלכה שיקבעו תשמש תקדים, והיא עלולה לסכן את חירותם של פרטים

[49] שם, פסקה 174.





[illegible] ה"רגיל". אף שבית המשפט מרגיש כי דווקא במקרים אלה הצדק דורש הטלת אחריות – השמירה על שלטון החוק דורשת קביעת גבול.

הפתרון שנבחר בית המשפט כדי לצאת מדילמה זו הוא להפנות אל המסלול החלופי – לא אל החלק הכללי של חוק העונשין אלא אל חוקים מיוחדים שעוסקים בעבירות הקבוצתיות. בעניין **אייכמן** מדובר היה בחוק לעשיית דין בנאצים, ובעניין ברגותי הבחירה הייתה בפקודת מניעת טרור.

[illegible] אולם אליה וקוץ בה...

[illegible] הפסיקול של יצירת לגיטימציה לתביעה הישראלית (דה-פוליטיזציה של התביעה [illegible] ברגותי) הוא שהכתיב מלכתחילה את הבאת הנאשם לבית משפט רגיל ולא לבית דין צבאי (כך בעניין **אייכמן** וכך בעניין **ברגותי**), שכן רק בבית משפט רגיל ניתן למחוק את הקו הפוליטי השנוי במחלוקת ולהציג את הנאשם כעבריין פלילי רגיל. ואולם מאידך, [illegible] של בית המשפט לדאוג ללגיטימיות של בית המשפט כגוף א-פוליטי (הפסיקה בעניין **ברגותי** יכולה הייתה לסמן לדרג הפוליטי כי לא רצוי להביא מנהיגים פוליטיים, [illegible] כאפת למשל, לשיפוט פלילי בבית המשפט, ובכך משמר בית המשפט את אי-[illegible] שלו), כמו גם לשמר את סיווגי חוק העונשין, החלק הכללי – מכתיב את [illegible] של בית המשפט. בית המשפט מעדיף להפנות את הדיון אל המסלול הייחודי – [illegible] שעוסקים בעבירות קולקטיביות. ואולם הודאה בקוצר ידו של חוק העונשין [illegible] בעניין **ברגותי** בכללותו, עלולה להיחשב כהודאה בפוליטיות של המקרה.

[illegible] לגבי הפתרון האקדמי שהציעו המלומדים – לא שני מסלולים, כי אם מסלול [illegible] באופיין באחריות אינדיבידואלית, תוך פיתוח דוקטרינת "ביצוע באמצעות [illegible]", עניין **ברגותי** מציג את הבעייתיות של חיפוש פתרון בדרך של הוספת [illegible] במקום לקיים דיון עקרוני בהנחות היסוד של המשפט הפלילי ובהתאמתן [illegible] בעבירות קולקטיביות. הדבר מתגלה כאשר בית המשפט מנסה לאפיין מפעם [illegible] את סוג מנהיגותו של ברגותי והשפעתו על אנשיו, כפי שעולה מחומר הראיות. [illegible] נותב בית המשפט:

> מחומר הראיות עולה כי לנאשם לא היתה שליטה מוחלטת במפקדי ההוליות ואנשי השטח. אמנם הוא נחשב למנהיגם ומפקדם, והיתה לו השפעה עליהם, אך בכל זאת היתה להם מידה לא מבוטלת של שיקול דעת עצמאי בתכנון הפיגועים וביצועם, ואין כל ראיה שהם היו

> מתייעצים עם הנאשם בעניין זה... גדודי חללי אלאקצא אינם גוף המאורגן תחת הנהגה אחת, אלא מקבץ של חוליות שטח, שלכל אחת מהן יש מפקד משלה... אנשיו של הנאשם ביצעו פיגועי התאבדות, ופיגועים בתחומי הקו הירוק, בניגוד לעמדתו המוצהרת של הנאשם, ולעיתים גם בניגוד לדעתו של היו"ר ערפאת... אנשי השטח שהיו מעורבים בביצוע הפיגועים השתדלו להרחיק את הנאשם ולנתקו ממעורבות אישית בפיגועים על מנת להגן עליו מפני ישראל, ולשמרו כ"דמות פוליטית". גם הנאשם עצמו ביקש להתרחק ככל האפשר מפעילות "צבאית"...[50]

ניאור זה אינו מתאים להגדרות הצרות של ביצוע באמצעות אחר על פי סעיף 29(ג) לחוק העונשין. ואולם הוא גם אינו מתאים לדרך שבה ניסו המלומדים להרחיב את ביצוע באמצעות אחר. כך למשל ראינו, כי גור-אריה אינה רואה בביצוע באמצעות אחר שותפות במעמד שווה, אלא "המבצע העקיף" הוא ה"אדון" של העשייה. בדומה לזה, קרמניצר מדגיש את הפונג'יליות (חלופיות) והאונימיות של המבצעים הישירים, את היותם "בורג" מבחינת המנהיג.[51] כפי שעולה בבירור מפסק הדין בעניין **ברגותי**, מדובר היה בעבירה קולקטיבית, כלומר בשותפות אידאולוגית ופוליטית בין המנהיג לאנשיו. מבחינה מהותית מדובר היה ברשת שבה מרכזי רצון עצמאיים, אשר כל אחד מהם מגבש מחשבה פלילית משל עצמו. מדובר היה בשיתוף אינטרסים ולא בכפיפות הירכית ארגונית. כל אלה הם מן המאפיינים של ארגוני טרור בעידן הפוסט-מודרני. כלומר, התאמת המציאות הפוליטית הזו לקטגוריה של "ביצוע באמצעות אחר" הדורשת חשיבה בינארית, לא עושה צדק עם התופעה עצמה.[52]

מעניין גם להציג את הסכנות הסימבוליות שעלולה ליצור דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר, כאשר מפעילים אותה על השותף בארגון פשע. יש לזכור כי אייכמן, בזמנו, ניסה לבסס את כל הגנתו על היותו "בורג" במנגנון, אשר רק המנהיגים הפוליטיים העומדים בראשו נושאים באחריות פלילית. טענה זו נדחתה על ידי בית

50 לעיל הערה 2, פסקה 169.

51 קרמניצר, לעיל הערה 5, עמ' 72. אמנם קרמניצר מדגיש כי המבצע הוא "בר החלפה" בעיני המנהיג, אבל אין הכרח שהוא עצמו לא יהיה בעל מחשבה פלילית. ואולם דומה שקשה יהיה לקבל הגדרה שונה של "אחר" במשפטו של "המבצע באמצעות אחר" ובמשפטו של ה"אחר".

52 לביקורת על חשיבה בינארית במשפט הפלילי בהקשר לעבירות פוליטיות קולקטיביות, ראו Osiel, לעיל הערה 33, עמ' 809.





המשפט. עם זאת מעניין לשים לב לעדותה של **הנזי בראנד** (שותפתו של קסטנר בוועדת העזרה וההצלה). כאשר השופט בנימין הלוי שואל אותה מדוע לא חשבו להתנקש באייכמן היא עונה: "אנחנו לא התמצאנו בהיררכיה הגרמנית הנאצית. היינו אמנם משוכנעים, אך לא ידענו – שמא יבוא אחר תחתיו והמנגנון יוסיף לנוע, ואולי אף יעבוד מהר יותר...".[53] כלומר, בעיני מנהיגי הקרבנות היהודים אשר נשאו ונתנו עם אייכמן, הוא עצמו היה "פונג'ילי" מבחינת מכונת ההשמדה הנאצית.

## 3. על מחבלים, מתאבדים, "ברגים" ו"אחרים"

ההצעה לפתור את הבעיות שבהן נתקל המשפט הפלילי, כאשר הוא מוחל על פשיעה פוליטית – מדינה פושעת, ארגוני טרור וכיוצא באלה – על ידי הרחבת המושג "ביצוע באמצעות אחר", נושאת עמה משמעויות סימבוליות לא קלות. כאמור, לא ניתן להכניס למושג "ביצוע באמצעות אחר" את המושג "שליטה ארגונית", בלי לומר כמה אמירות מוסוות בעלות השלכה משמעותית במישור הפלילי-המוסרי. שהרי משעה שנטען כי המבצע באמצעות אחר הוא גם השולט הארגוני ולא רק זה המנצל את קטינותו, אי-שפיותו, טעותו או שכרונו של אדם, נטען ממילא כי הנשלט הארגוני חולק סממנים דומים עם קטין, בלתי שפוי, טועה ושיכור. במובן זה החלת המונח "ביצוע באמצעות אחר" על ארגוני פשע, על התופעה הנאצית, על ארגוני טרור ועל עבריינות פוליטית קבוצתית, משמעותה ברורה: רק "אדון העשייה" אחראי באמת לתוצאה, וכל השאר כמוהם כמכשירים בידיו. לשון אחר, אם נוסיף על דרך הפרשנות את השליטה הארגונית לרשימה הכוללת קטינות, אי-שפיות וכולי, נימצא אומרים משהו על הדמיון שבין שליטה ארגונית לבין שאר הרשימה. על כן צודקים אולי בתי המשפט כשהם פונים פעם אחר פעם לחוקים ספציפיים: עבירות מסורתיות פשוט אינן בנויות להתמודדות עם סיטואציות קולקטיביות.[54]

53 **היועץ המשפטי לממשלה נגד אדולף אייכמן – עדויות [ב]** (תשכ"ג), עמ' 933.

54 אולי ניתן ללמוד מצירוף החוקים, תיקון 39 לחוק העונשין חלק כללי, וחוק ארגוני פשיעה – הסדר שלילי, לגבי אפשרות הרחבת אחריות של מבצע עיקרי על "רב עבריינים". תודתי לרותי קמיני על הערתה בעניין זה.

## ח. אפילוג: המשפט הפלילי והמשפט הפוליטי – בין מסלול אחד למסלולים נפרדים

במאמר זה סקרתי שתי דרכים עיקריות שהתפתחו במשפט הפלילי להתמודדות עם עבירות פוליטיות קבוצתיות: האחת היא הדרך החד-מסלולית, שעוברת בחלק הכללי לחוק העונשין ומנסה להשתמש בהרחבות הקיימות לעבירת היחיד כדי להתמודד עם התופעה הקולקטיבית. דרך זו מאפיינת את כתיבת המלומדים בנושא, והיא אף מועדפת על ידי בית המשפט, בעיקר כאשר הוא עוסק בעבירות פוליטיות פנימיות (כהנא חי, עוזי משולם וכיוצא באלה). האחרת היא הדרך הדו-מסלולית, המורכבת משני מסלולים ברמה הפרוצדורלית (נניח בית דין צבאי למול בית משפט אזרחי, חקירת שב"כ למול חקירת משטרה וכיוצא בזה). זו הייתה הבחירה המועדפת על האמריקנים בעקבות מלחמת העולם השנייה, וגם בעקבות אירועי הטרור של האחד עשר בספטמבר. ברמה המהותית מוגדרות עבירות קולקטיביות המטילות אחריות מיוחדת על "רב עבריינים", אחריות שאינה מחייבת הוכחה של מעורבות ספציפית (עובדתית או תודעתית) בביצוע הפשעים עצמם. זהו המסלול המועדף על בית המשפט הישראלי, עד כמה שהדבר נוגע ל"משפטים פוליטיים" חיצוניים (אייכמן, ברגותי).

מהי הדרך העדיפה? התשובה מורכבת. מחד, צדק קירשהיימר בציינו כי ככל שנקפיד להשתמש ב"מסלול אחד" למשפט הפלילי הרגיל ולמשפט הפוליטי, כך נרחיב את מרווח הפעולה של הנאשם הפוליטי. דבר זה בא לידי ביטוי ברור בעניין **ברגותי**, כאשר בית המשפט הישראלי – שחרד להשפעות של הרחבת יתר של החלק הכללי של הדין הפלילי, כדי לתפוס את "רב הטרוריסטים" – סירב להרשיעו בשלושים ושלושה מתוך שלושים ושבעה פיגועים. ואולם, כפי שציין קירשהיימר, "מסלול אחד" מעניק לגיטימציה לשלטון, כאשר הוא צובע את המשפט בצבעים פליליים רגילים ומוחק את כל הסממנים הפוליטיים שבו.

הפנייה ל"שני מסלולים", לפחות במישור המהותי של הגדרת אחריות בגין "עבירות קולקטיביות" – כגון, החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, פקודת מניעת טרור, או חוק המאבק בארגוני פשיעה – נראית מתאימה יותר להתמודדות עם הבעיה של "שליטה ארגונית", או של הסכנה המיוחדת הנוצרת מכוח פעילותם הפלילית של ארגונים. ההנחה היא כי תהיה זו טעות להבין את פעילות הארגון כאילו מדובר





בהרחבות של "עבירת היחיד". בדרך זו ניתן יהיה להתמודד עם תופעות של מספר מרכזי כוח ויזמה בו-זמנית, כוח וטו המופעל מלמעלה ומלמטה, שותפות אידאולוגית ויצירת חיץ בין הצד הפוליטי לצד הצבאי, ועוד מאפיינים של פעילות ארגונים מודרניים. זו הייתה הבעיה שאליה נחשף המשפט הפלילי בעקבות מלחמת העולם השנייה, תופעה שכונתה על ידי חנה ארנדט rule by nobody. הבעיה ביצירת המסלול הנפרד, היא החשש לניצול פוליטי לרעה. השלטונות, ביודעם שהמסלול הנפרד מיועד בעיקרו ל"אחר", לא ירגישו את המגבלות הרגילות החלות בחקיקת חוק אוניברסלי, ובשל פחדים מוצדקים או לא מוצדקים יטו להרחיב מאוד את האחריות הפלילית. אנו מכירים תופעה זו מן הביקורת הקיימת בישראל כיום על רוחב ההגדרות של פקודת מניעת טרור, למשל. בשל חששות אלו, פעולה על פי ה"מסלול הנפרד" עשויה לתת מענה טוב יותר לסכנות הטרור, אבל אינה יכולה לספק את ה"לגיטימציה" שלה שואפת המדינה – כלומר, להציג את הטרוריסט כפושע רגיל.