

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ערעור פלילי מס' 522/68

השופטים:
כבוד השופט זוסמן,
כבוד השופט לנדוי,
כבוד השופט קיסטר

המערערים:
אברהם אילוז
 ע"י ב"כ עו"ד א' מרינסקי

אליהו אליאס
 ע"י ב"כ עו"ד י' נחושטן

נגד

המשיבה:
מדינת ישראל
 ע"י ב"כ עו"ד מ' קירש, סגן פרקליט המדינה

ערעורים על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, ירושלים (מ' גולן, נשיא תורן, והשופטים ע' עדן, מ' כהן), מיום 8.11.68, ב-תי"פ 5/68, לפיו הורשעו: המערער מס' 1, ברצח לפי סעיף 214(ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936, והמערער מס' 2, בסיוע לרצח לפי סעיפים 23(1)(ג), 214(ב) לפקודה הנ"ל, ושניהם נידונו למאסר עולם.

פסק דין

השופט לנדוי: אברהם (אלברט) אילוז ו-אליהו אליאס מערערים לפנינו על הרשעתם ברצח – עבירה על הסעיף 214(ב) לש פקודת החוק הפלילי, 1936.

ביום 8 באוקטובר 1967 שירתו שני המערערים במשמר הגבול, בבסיס בית חורון ליד כביש רמללה-לטרון, אילוז כסמל ומפקד מחלקה ואליאס כשוטר-נהג. על אליאס הוטל להוביל את אילוז בגי'פ מן הבסיס עד למחסום לטרון, כדי שאילוז יגיע משם לביתו בבית שמש לבילוי חופשה קצרה. אליאס נהג בגי'פ, ולידו ישב אילוז. בהגיעם למסעף בכביש בכפר בית עור אלתחתא (בית חורון תחתון), במרחק כששה קילומטרים מן הבסיס, הגיחה לקראתם מכונית משא של מע"צ ובה שני ערבים – נהג ועוד עובד, ששמותיהם מוסה כליל טוושא וחוסין עלי סלח. שני כלי הרכב כמעט התנגשו, אבל אליאס הצליח למנוע את ההתנגשות על-ידי הפניית הגי'פ שמאלה לשולי הכביש. תקרית זו העלתה את חמתו של אילוז. הוא ציווה על שני הערבים לרדת מן המשאית ולעלות על הגי'פ, ישב בעצמו ליד ההגה של הגי'פ וציווה על אליאס לשבת מאחוריו ולשמור על הערבים. לשם כך נטל אליאס את תת-מקלע העוזי שלו, שהיה מונח קודם ליד מושב הנהג, ותלה אותו על כתפו. אילוז נהג בגי'פ בכביש בכיוון לטרון, מרחק של כשנים-עשר קילומטר

(כשנים-עשר רגע במהירות של 60 קמ"ש), עד שפנה מן הכביש שמאלה (מזרחה) אל דרך עפר, ואחרי נסיעה נוספת של כאלף מטר הביא את הגייפ עם נוסעיו למקום שומם וסגור למחצה בין סלעים. שם ציווה אילוז על שני הקרבנות לרדת מן הגייפ ולהתקדם בהליכה, והוא נטל את העוזי מאליאס, הלך אחריהם וירה בהם את הכדורים שבמחסנית עד תומם. הם נפלו ומתו במקום. אילוז ציווה על אליאס לחפש בכיסיהם, והלה מצא בהם כסף וניירות. אילוז שרף את הניירות ליד הגופות. הופיעה במקום ערביה שליקטה זיתים. הם גירשו אותה, כשאלוז תופס בה ואליאס בועט בה ברגלו. משם חזרו השניים בגייפ לכביש והמשיכו בדרכם עד לביתו של אילוז בבית שמש. בדרך חילק אילוז עם אליאס את הכסף שנמצא בכיסי הקרבנות.

מעשה הזוועה נתגלה עד מהרה. הראשון שגילה את פרטיו בחקירה היה אליאס, למרות הבטחתו לאילוז שלא ידבר אם ייחקר. אחריו הודה גם אילוז במעשה. שניהם הואשמו ברצח והורשעו כאמור.

קו הסניגוריה על אילוז השתנה מדי פעם. סניגורו, מר מרינסקי, פתח בהכחשה טוטלית, המשיך בטענה של "דחף-לאו-בר-כיבוש", אך אחרי שנחקר מומחה פסיכיאטר מטעם ההגנה, ד"ר אפרים ליבובסקי, והוגשה חוות-דעת פסיכיאטרית נוספת מאת ד"ר ראובן מאיר, נטש הסניגור גם קו זה ותחת זאת השליך את יהבו על הטענה שמפאת מצבו הנפשי הלקוי של אילוז לא נוצרה אצלו ההחלטה להרוג, כדרוש לפי סעיף 216(א) של החוק, ואף לא הוכח שלהריגת הקרבנות קדמה "הכנה", כדרוש לפי סעיף 216(ג). שני המומחים הפסיכיאטריים חיוו את דעתם שאילוז ביצע את מעשה הפשע בהיותו נתון במצב נפשי מיוחד, כתוצאה מנסיונות קשים שעברו עליו בנסיעה בגייפ דוקא ושהשאירו את רישומם בנפשו: כשלושה חדשים לפני הנסיעה הפטלית התהפך הגייפ בו נסע אילוז והוא נחבל בראשו ואיבד את הכרתו, ועוד לפני כן, בשנים קודמות, היו לו שתי תאונות דומות. התוצאה מכל אלה היתה שעצם הנסיעה בגייפ היתה מעוררת בו פחד רב, עליו הוא ניסה לחפות בפני פיקודיו. מצבו ביום הקריטי תואר בחוות-דעתו של ד"ר מאיר כ"פוסט-טראומטי עם צביון פרנואידי". כאשר רצה הגורל ששוב ימצא עצמו מול פני סכנה של תאונה רצינית בגייפ עקב הופעתה הפתאומית של מכונית המשא, גרם הדבר להישנות חריפה של מצב התרגזות על רקע הנירוזה שממנה סבל. דעתו של מאיר היתה כי אותה שעה –

"היה קיים זעזוע ניכר לכל האישיות שהביא עד להחלשה גדולה של כוחות האני שתפקידם – השמירה על האישיות ועל הריסון",

אם כי –

"קרוב יותר לוודאות שלנאשם היה בשעת ביצוע המעשה שארית מסויימת של כוחות הריסון שהיו מאפשרים לו להימנע ממעשיו, לו היה מפעיל אותם ברגע זה".

וד"ר מאיר מוסיף ואומר:

"פרק זמן של רבע שעה או אפילו 20 רגע שעברו בין ה'כמעט' תאונה עד לתקרית שבגללה הוא מואשם – אולי לא היתה מספקת, כדי להוריד את מידת החרדה (cooling off period). בוודאי לא היה מסוגל תוך פרק זמן זה לשקול את מחשבותיו באופן אינטלקטואלי – שיקול הגיוני. מעשיו היו בעיקר אמוציונליים."

עם זאת שלל ד"ר מאיר קיום מצב פסיכוטי או "שווה פסיכוטי" אצל אילוז. בזה הוא חלק על המומחה מטעם ההגנה, ד"ר ליבובסקי, שלדעתו היה אילוז בעת ביצוע הפשע וגם לאחר מכן בחזקת פסיכוטי.

בית-המשפט המחוזי העדיף את חוות-דעתו של ד"ר מאיר וקבע איפוא "שהתקרית עם המשאית הביאה את הנאשם הזה לידי מצב של פניקה וחרדה והוא נכנס לתוך מצב נורוטי פוסט-טראומטי חזק, אולם הוא לא איבד את כושר הריסון שלו, והיה יכול להימנע מביצוע מעשה העבירה אילו רצה בכך. כן קבעו השופטים המלומדים שהחלטתו של אילוז להרוג את הקרבנות גמלה בלבו עוד בעת הופעתה של מכונית המשא ליד המסעף ולא יותר מאוחר. היה להם יסוד מספיק לכך בהודאתו של מערער זה (מוצג ת/3), שם אמר:

"הורדתי את שני הבחורים מהמכונה והחלטתי סופית לחסל אותם אחרת לא יהיה סוף לזה וזה מה שעשיתי."

ושוב:

".....ברגע והמכונית שלנו כמעט התנגשה והורדתי את האנשים מהמכונית העליתי אותם לג'יפ והחלטתי כפי שהחלטתי. אני הוריתי לשוטר לעלות למעלה ולשמור עליהם ואני הוא אשר נהגתי את הג'יפ עד למקום שתיארתי...."

בפני הרופאים טען אילוז אחר-כך שחשב כי הערבים שבמשאית ניסו לגרום במתכוון להתנגשות עם הג'יפ, אך תוספת זו נדחתה על-ידי ד"ר מאיר כבלתי-כנה.

על-פי ממצאים אלה ואחרי שהסניגור הרפה מכל טענת הגנה של אי-שפיות דעת על-פי סעיף 14 של החוק, או של דחף השולל את הרציה במובן סעיף 11 (הלכת **מנדל-ברוט**), נדחו בצדק גם טענותיו בדבר העדר ההכנה וההחלטה מפאת המצב הנפשי המיוחד בו היה מערער זה נתון. בידעו שטענותיו אלה נוגדות פסיקה עקבית של בית-משפט זה ביקש מר מרינסקי למצוא לו משענת בשלושה פסקי-דין החורגים, לדעתו, מן המגמה הכללית של הפסיקה, ועל-פיהם ביקש לערוך רוויזיה בפסיקה זו. פסק-הדין הראשון אליו החזיר אותנו מר מרינסקי היה בענינו של **והיב סאלח כליל**, ע"פ 65/49 **והיב סאלח כליל נגד היועץ המשפטי לממשלה**; פד"י, כרך ד, ע' 75; **פי"ם, כרך ג**, ע' 41, עליו כבר נאמר על-ידי מחברו, **השופט זילברג**, כי קיימת נטיה "לתלות בו בוקי סריקני ולגלות בו פנים שלא כהלכה" (ע"פ 69/54 **והוה מרדרוסיאן**, ואח' **נגד היועץ**

המשפטי לממשלה; פד"י, כרך ח, ע' 930, ב-ע' 933; פי"ם, כרך טז, ע' 233. כזכור, נמצא ב-ע"פ 65/49, שלא הוכח יסוד ההכנה, בהתחשב עם הפתאומיות של שלוש יריות האקדח שהמערער ירה באשתו. לא נאמר שם דבר אשר יצדיק את ההנחה כי בית-המשפט חייב להשקיף על הערכת היסוד הזו אחרת אצל אדם חסר שיווי משקל נפשי מאצל אדם נורמלי, ומאז ועד עתה פסק בית-משפט זה וחזר ופסק שיסוד ההכנה הוא יסוד פיסי גרידא (ע"פ 186/57 זכי אליהו נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יב, ע' 236; פי"ם, כרך לב, ע' 331; ע"פ 183/58 גינטר זומרפלד נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יג, ע' 1323; פי"ם, כרך מ, ע' 391, ואחרים).

פסק-הדין השני, עליו סמך מר מרינסקי, היה בענין גראמה (פסק-דין הרוב בבית-המשפט המחוזי בתל אביב יפו, תי"פ 700/61), שם נשלל קיום ההחלטה להרוג מפני שבגלל מצבו הנפשי המיוחד (אמונתו ברוחות ובשדים) לא חזה הנאשם את התוצאה הקטלנית ולכן לא היה יכול לרצות בה. כן נמצא שם שלא קדמה הכנה למעשה ההריגה. יצויין שבערעור בבית-המשפט העליון (ע"פ 172/62, 181/62 יוסף גראמה נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יז, ע' 925), לא נדונו שאלות אלו כלל, אלא שם נסב הדיון רק על טענת הסניגור שהמערער אינו בר-עונשין מחמת מחלת נפש, אם לפי סעיף 14 של החוק ואם מכוח ההלכה של "דחף-לאו-בר-כיבוש" – טענה שנדחתה על-ידי בית-המשפט העליון.

עוד הסתמך מר מרינסקי על פסק-דינו של **השופט גויטיין** בענין **מנדלברוט, ע"פ 118/53**

זלמן מנדלברוט נגד היועץ המשפטי לממשלה וערעור שכנגד; פד"י, כרך י, ע' 281, ב-ע' 352-353; פי"ם, כרך כב, ע' 225, שם הוא עורר את השאלה מה הדין "אם ראובן יורה באקדחו בשמעון, אך פוגע שלא ברצונו בלוי", ומסקנתו היתה כי לא יהיה זה רצח, אלא רק הריגה לפי סעיף 212, כי ראובן לא הכין את עצמו להרוג את האדם שנהרג, במובן הסעיף 216 (ג). הוגש לנו גם העתק פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי באותו ענין, בו נוסחו הדברים קצת אחרת: הנאשם הכין את אקדחו כדי להרוג את לובה קרינר; הוא לא הרג אותה אלא את המנוח שיפמן. בית-המשפט המחוזי ראה את עצמו חייב ללכת בעקבות ענין **והיב, ע"פ 65/49**, ומצא שליריות בשיפמן לא קדמה הכנה מספקת ועל-כן הרשיע את מנדלברוט רק לפי סעיף 212. ברור שלפי מצב הפסיקה דהיום היה בית-המשפט המחוזי פוסק אחרת בענין ההכנה, כי הרי מנדלברוט ירה שתי יריות אקדח במנוח, ובזה נתמלא היסוד הפיסי של הכנה להריגה. כך היתה יורדת מן הפרק גם הבעיה שהטרידה את **השופט גויטיין**. על-כל-פנים נאמרו כל הדברים הללו ללא כל קשר למצבו הנפשי המיוחד של מנדלברוט.

במקרה דנן קבעו השופטים המלומדים בצדק שהוכחו אצל אילוז במלואן גם ההכנה למעשה ההריגה וגם ההחלטה להרוג. ההכנה התחילה מיד אחרי ההיתקלות במשאית, עם העלאת הקרבנות על הגיף והיא נמשכה בהסעתם למקום שומם עד להריגתם שם. וגם ביחס להחלטתו של אילוז אין שום ספק, נוכח הודאתו המפורשת שהחליט לחסל את שני הערבים. הוא ידע מה הוא עושה ורצה בתוצאה הקטלנית. נכון אמנם שמעצוריו הפנימיים נחלשו מאד בגלל מצבו הנפשי המיוחד, כפי שקבעו הרופאים. אכן, ללא החלשה ניכרת כזאת של מנגנון הבילום הפנימי, הפועל אצל אדם נורמלי, לא היה האיש יכול לרדת לשפל מדרגה מחריד כזה. אבל בהעדר הגנה של מחלת נפש, לפי סעיף 14, או דחף הנובע ממחלת נפש, אין בהתרופפות מעצוריו הנפשיים כדי לשלול את

אחריותו המלאה בפלילים. אין אצלנו הגנה של אחריות מופחתת, כמו שהוסבר בבית-משפט זה בענין גראמה, הנ"ל. הסיווג הנכון של טענת מר מרינסקי הוא שהכרתו ורצונו של אילוז התערפלו ונחלשו בהשפעת ההלם של התאונה שכמעט וקרתה – מעין טענת קינטור לפי סעיף 216(ב). אבל ברור שטענה כזאת אינה יכולה להישמע, לאור הלכת סגל, [ע"פ 46/54 היועץ המשפטי לממשלה נגד ברוך סגל; פד"י, כרך ט, ע' 393; פי"ם, כרך יח, ע' 265](#), שקנה-המידה להערכת הקינטור הוא אובייקטיבי, ללא התחשבות בתכונותיו ובסטייתיו הנפשיות המיוחדות של הנאשם.

גם פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי בענין גראמה, אינו עשוי לעזור למערער אילוז, כי שלא כגראמה ידע אילוז יפה את התוצאות הצפויות ממעשיו, ובהן רצה. לא אתעמק איפוא בשאלה, אם צדק בית-המשפט המחוזי במה שפסק שם.

לדעתי לא נותרה לאילוז הגנה טובה בפני אשמת הרצח, ויש לדחות את ערעורו.

המערער אליאס הורשע גם הוא לפי סעיף 214(ב), כמסייע למעשה הרצח. בית-המשפט המחוזי קבע שאליאס ידע על כוונתו של אילוז להרוג את שני הקרבנות עוד משעה שהלה העלה אותם על הגיף. השופטים המלומדים מסכמים את דעתם כך (בפיסקה 34 של פסק-הדין):

"בהתנהגותו זו של הנאשם 2: מסירת הגיף לנהיגת הנאשם 1 בידעו את כוונתו, כאמור, שמירתו על שני הקרבנות בשעת הנסיעה ממקום התקרית עם מכונית המשא ועד למקום שהורדו מהגיף בהחזיקו כל אותו זמן את העוזי בישוב מולם, הנסיעה עם הסטיות הנ"ל מדרכם והעליה על דרך עפר עד למקום היריות ומסירת העוזי – ולו גם על-ידי אי-התנגדות ואי-הבעת התנגדות – אנו מוצאים שהיתה מצדו לא רק נוכחות מקרית ללא כל מטרה משותפת או ללא מחשבה פלילית אלא סיוע ממשי עם מחשבה הפלילית הדרושה למעשה הרצח שתואר לעיל."

ראשית התקפתו של מר נחשתן, סניגורו של אליאס, היתה על קביעת העובדה שמרשו ידע על כוונתו של אילוז להרוג את הקרבנות. לחלופין, הוא חלק על כך שאליאס ידע זאת עוד כאשר העלה אילוז את הקרבנות על הגיף. להוכחת עובדה זו השמיעה התביעה את עדותו של סמל המשטרה מלכא שהעיד, כי אליאס עצמו אמר לו בעת נסיעה לביקור במקום השפע שאילוז גילה לו עוד בהיותם ליד המסעף בכפר בית עור אלתחתא שהוא עומד לחסל את שני הערבים. מר נחשתן הצביע על סתירות בדברים שמלכא אמר על כך בהזדמנויות שונות, לפי עדותו של מלכא עצמו ולפי עדותם של אחרים ששמעו את הדברים מפיו, וביניהם גם הפרקליט מר קירש. השופטים אומרים ששקלו את עדותו של מלכא ומצאו אותה מהימנה, והם דוחים את הכחשתו של אליאס שלא אמר כזאת למלכא. הם לא התעלמו מן העובדה שמלכא גילה את השיחה רק כעבור מספר חדשים אחרי שהיא התקיימה. מצדנו התרשמנו מסתירה יסודית למדי, שלא הוזכרה על-ידי בית-המשפט המחוזי: בעוד שלפי גירסת מלכא בעדותו סיפר לו אליאס שאילוז גילה לו את כוונתו לחסל את הערבים רק כאשר דרש ממנו את מפתחות הגיף, שמע מר קירש ממלכא כי דברים אלה של אילוז נאמרו כאשר הגיף נעצר, כלומר עוד לפני שאילוז ניגש למשאית

כדי להוריד ממנה את נוסעיה. ישנו הבדל ניכר בין שתי גירסאות אלה: אם אילוז אמר לאליאס את אשר אמר, עוד לפני שניגש אל הנוסעים, ואחר-כך הורידם מן המשאית בלי לרצחם במקום בהתאם להכרזתו, היה לאליאס יסוד לחשוב שדברי אילוז נאמרו בעידנא דריתחא ושבהמשך הנסיעה עוד תתקרה דעתו של אילוז ושלשני הערבים אינה צפויה סכנת מוות. לעומת זאת, אם דברי אילוז "אחסל אותם" נאמרו רק אחרי שכבר העלה את הערבים על הג'יפ, היה לאליאס יסוד יותר איתן לחשוש שאמנם יגשים אילוז את מזימתו, עליה הכריז בפניו. מר קירש הסכים שנוכח סתירה זאת ננקוט את הגירסה הנוחה יותר לאליאס, והיא זו שהוא עצמו (מר קירש) העיד עליה – שאילוז הכריז על כוונתו לחסל את הערבים עוד לפני שניגש אליהם. אבל מעבר לזה לא נוכל להתערב בקביעתו העובדתית של בית-המשפט המחוזי. יוצא איפוא שהמלים "אחסל אותם" אמנם נאמרו על-ידי אילוז לפני ששני המערערים יצאו לדרכם עם הקרבנות. חיזוק חשוב לכך מצוי בדו"ח הביקור וההצבעה מיום 10.10.67, בו רשומים דברים אלה מפי אליאס לקצין המשטרה גולן:

"אני רוצה לבקש ממך לציין שהאמת אני לא יודע איך נגררתי אחרי מה שעשה וכל רגע רציתי להגיד לו שזה לא כדאי ואסור, אבל לא יצא לי...."

מלים אלה מעידות על הלך רוחו של אליאס לפני מעשה הרצח: הוא "נגרר" אחרי אילוז, "וכל רגע" רצה להניא אותו מן המעשה, אבל רוחו לא עמדה בו: "לא יצא לי". מדברים אלה משתמע שעוד לפני המעשה הבין מה עלול לקרות. השופטים המלומדים דחו את תירוצו של אליאס בעדותו שבמלים "בכל רגע רציתי להגיד לו שזה לא כדאי ואסור", התכוון לדרישתו של אילוז אחרי מעשה הרצח, להסתיר את אשר קרה, ואין תימה שהם דחוהו, כי הרי כך אמר אליאס עצמו בחקירתו הנגדית (בע' 116):

"אמרתי לו (לחוקר) שאני לא יודע איך אני נגררתי אחרי הענין הזה. זה כולל גם הענין של הריגת שני הערבים."

עם זאת נראה לי שהתמונה המצטיירת מתוך פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי על מידת אשמתו של אליאס אינה שלמה דייה. בתיאור מעשיו ומחדליו חסרים כמה גורמים המפחיתים ממידת החומרה של הסיוע שהוא הושיט לאילוז, ויש בהם כדי לשנות את הערכת התנהגותו לא רק מבחינה מוסרית אלא גם מבחינה משפטית. חסר תיאור כלשהו של יחס התלות המשמעתית בין אילוז – מפקד המחלקה שהיה ידוע כאיש משמעת נוקשה, כנגד השוטר אליאס שזה עתה הצטרף למשמר הגבול. יחס זה של מקבל פקודות אל נותן אמנם אינו משמש לאליאס צידוק, עד כמה שהפקודות היו בלתי-חוקיות בעליל (סעיף 9(ב) של החוק), אבל הוא שולל לכאורה את ההנחה של קיום מזימה משותפת בין השניים, בגדר הסעיף 24 של החוק.

בהתחשב עם יחס זה של תלות משמעתית יש מקום לשאול אם מסירת הגיפ לידי אילוז, כדי שהלה ינהג בו, כבר היה בה מעשה סיוע מצד אליאס, כפי שסברו כנראה השופטים המלומדים, בפסקה 34 של פסק-דינם שצוטטה לעיל. לדעתי התשובה לכך שלילית: אליאס היה רשאי – וגם חייב – להמרות את פי אילוז כשזה נתן לו הוראה זו, רק אם כבר היה ברור לו מאותו

רגע שאילוז מוביל את הקרבנות אל מותם. דבר זה לא הוכח. הצהרתו של אילוז שהוא יחסל את הערבים לא הוגשמה על-ידו בו במקום. היה איפוא לאליאס יסוד לחשוב, או לפחות לקוות, שאילוז עומד להביא את הערבים עד למחסום לטרון, כדי למסרם שם לאנשי משמר הגבול, ששמרו ליד המחסום. כך הוא העיד, אך השופטים לא נתנו את דעתם על כך. לי נראה שמותר לנו להניח לזכותו של אליאס שאכן הוא חשב כזאת. מר קירש השיג על כך שאפשר היה להחזיר את הערבים למחנה בית חורון – מרחק קצר יותר מאשר עד לטרון. אבל עלינו לזכור שאילוז היה בדרכו הביתה לבית שמש ונסיעה קדימה לטרון חסכה מזמנו.

מאותה סיבה אין לייחס צביון פלילי לשמירתו של אליאס על שני הערבים, כל עוד הוביל אילוז את הגיפ בכביש לכיוון לטרון. לכאורה היה עליו למלא גם פקודה זו שקיבל מאילוז. במה דברים אמורים: כל עוד לא הוברר לו שאילוז מוביל את הקרבנות אל מותם. ולא עוד אלא:

"אפילו ידע 'המסייע לפני המעשה' על מזימת העברייני העיקרי, אך הושיט לו את העזרה המבוקשת באי-רצון גמור ובלחץ המסיבות, וכן – וזה החשוב – תוך תקווה או ציפיה שהעברייני בכל זאת לא יגשים את מטרתו הנפסדת – במסיבות אלו לא תיהפך ה'ידיעה' ל'כוונה' והמסייע לא ישא באחריות פלילית" (דברי השופט אגרנט, ב-ע"פ 232/55 היועץ המשפטי נגד מלכיאל גרינוולד: פד"י, כרך יב, בע' 2071; פי"ם, כרל לב, ע' 3).

לפחות תקווה כזאת קיננה בלבו של אליאס – כך עלינו להניח לזכותו – כל עוד נע הגיפ בכביש, והוא שומר על שני הערבים. אך נקודת המפנה באה, כאשר הפנה אילוז את הגיפ מן הכביש אל דרך העפר והתקדם לעבר מקום שומם בין ההרים. זה היה מעין פעמון אזעקה שהיה חייב לצלצל באזני אליאס, כי מעתה הוא ידע בבטחה שאילוז מרחיק את הקרבנות מעין רואה, כדי להפיק אחרי ככלות הכל את זממנו, עליו הכריז עוד קודם לכן. ברגע זה אפסה התקווה ועל אליאס היה להתקומם נגד מזימה זו ולנתק את עצמו מכל חלק בה.

אליאס העיד שכופף את ראשו כלפי מטה, ולכן לא הרגיש כלל שאילוז הפנה את הגיפ מן הכביש לדרך העפר. תירוץ זה לא זו בלבד שהוא מופרך על פניו אלא עצם הזכרתו מעידה על כך שגם אליאס עצמו העריך יפה את החשיבות המכרעת של הנסיעה בקטע אחרון זה של הדרך דוקא.

אך שוב לא תהיה התמונה שלמה, אם לא נשווה לנגד עינינו את קוצר הזמן שעמד לרשותו של אליאס לשם הפסקת הסיוע שהוא הושיט לאילוז בשמרו על הקרבנות: כל הנסיעה הזאת בדרך העפר לא נמשכה אלא כדקה אחת. וכיצד היה בידו להפסיק את סיועו לאילוז באותו שלב? הרי לא היה יכול לרדת מן הגיפ תוך כדי נסיעתו. שאלנו את מר קירש שאלה זו, ותשובתו היתה שהיה על אליאס להביע את התנגדותו לפחות במלים באזני אילוז ולהודיעו שאין לו עוד כל חלק במעשיו של הלה. אלא מתוך חולשת אפיו הוא לא הרהיב עוז בנפשו לפצות פה והמשיך "להיגרר" אחרי אילוז – ובזה כלשונו המוסרי וגם אשמתו המשפטית כמסייע. תשובתו של מר קירש נראית לי נכונה, אם כי יש להודות שקו דק מפריד בין הערכת התנהגותו של אליאס כמחדל למנוע את פשעו של אילוז, מחדל שהיתה בו עבירה על הסעיף 33 של החוק בלבד, ובין אי-הפסקת השמירה

על הקרבנות בשלב זה, על-ידי מעשה או לפחות על-ידי הכרזה בדיבור פה, אי-הפסקה שכמוה כהמשך מתן הסיוע של אליאס לאילוז.

השופטים המלומדים זקפו לחובתו של אליאס גם את "מסירת העוזי – ולו גם על-ידי אי-התנגדות ואי-הבעת התנגדות" לידי אילוז. אבל כאן יש לדייק ולומר שלא הוכח כי אליאס עשה מעשה פוזיטיבי של מסירת העוזי לידי אילוז אלא הלה הוריד את העוזי מכתפו של אליאס. צדקו השופטים שמחובתו של אליאס היה שלא להיכנע ברגע מכריע זה לנטיה הטבעית לציית למפקדו והיה עליו להתנגד לנטילת נשקו ממנו למטרה שהיתה בלתי-חוקית בעליל. אבל חלק זה של אשמתו מתבטא במחדל בלבד ולא בסיוע פעיל בדרך עשיה.

יוצא איפוא, שאשמתו של אליאס כמסייע מתרכזת כולה באותה דקה גורלית, בה המשיך לשמור ללא מחאה על הקרבנות. באותה דקה הוא ידע היטב שאלה מובלים אל מותם. אבל לא הוכח שגם הוא עצמו רצה במותם. אדרבא, הוא "נגרר" אחרי אילוז בהוסיפו לשמור על הקרבנות. עצם "ההיגררות" הזאת פירושה פעולה מתוך אי-רצון פנימי. אם כן, מה דינו של אדם שסייע לעברייני העיקרי בידעו על מטרתו הפלילית של הלה, אך בלי לרצות בעצמו בהשגת אותה מטרה? את השאלה הזאת עורר **השופט אגרנט** בענין **גרינוולד, שם, ב-ע' 2069**, בלי לפתור אותה, וכה אמר שם:

"השאלה נשאלת.... אם לגבי המסייע לפני המעשה 'הידיעה' שהיתה אצלו מראש, בדבר מזימת העברייני העיקרי, הופכת, בעיני החוק, ל'כוונה' פלילית."

להלן הוא מזכיר אסמכתאות אנגליות ואמריקניות בסוגיה זו, ומגיע למסקנה שאין צורך לפתור את הבעיה, כי –

"אפילו נצא מתוך ההנחה כי, בתנאים ידועים, עשויה ה'ידיעה' ליהפך על-פי הקונסטרוקציה של החוק, לכוונה פלילית, הרי מכל מקום ברור הוא.... שאחד מאותם התנאים חייב להיות, שהיתה למסייע ידיעה 'מלאה' ו'בטוחה' על מזימת העברייני העיקרי....."

וידיעה מלאה ובטוחה כזאת לא הוכחה אצל קסטנר.

לאותה סוגיה חזר **השופט אגרנט** בענין **עג'מי (ע"פ 63/58 נג'ים עג'מי, אליהו שלום, ו-2 אח' נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יג, ע' 421, ב-ע' 431; פי"ם, כרך לו, ע' 168)**. הפעם אימץ את הכלל שידיעה שהיתה לנאשם כי התנהגותו תביא לתוצאה מסוימת עשויה ליהפך, על-פי הקונסטרוקציה של החוק, לכוונה להביא לתוצאה כזאת. וב-ע' **432, שם**, הוא מוסיף:

"אין ספק כי גירסה זו יסודה נעוץ בתקנת הרבים ולפיכך הינה בעלת ערך רב. אף-על-פי-כן אין בדעתי לאמצה, לפי שעה, כהלכה המתפשטת על כל מקרה שבו קבע המחוקק, כיסוד מיסודות העבירה, קיום כוונה פלילית מיוחדת בלב הנאשם בשעת מעשה, שכן ייתכן מאד שהחלטה לגבי עבירה מסויימת, הטומנת בחובה כוונה פלילית ספציפית, תהא נוגדת למטרת המחוקק ותעשה אותה פלסטר."

אמנם בענין עג'מי, לא נסבו הדברים על ענינו של המסייע, אלא על העבריין העיקרי, והעבירה שנדונה שם היתה הסגת-גבול פלילית "בכוונה להרגיז", לפי הסעיף 286, שאתה הולם במיוחד הרעיון של השוואת הידיעה עם הכוונה (ועיין שם, ב-ע' 432, בין האותיות ג ו-ד). אבל הם הובאו בהמשך לדברים שנאמרו בענין גרינוולד, על-דינו של הסייע. עתה הגיעה השעה להכריע בשאלה שהושארה פתוחה בשני פסקי-דין אלה, בדבר החלת הכלל האמור, של השוואת הידיעה עם הכוונה פלילית, על עבירת רצח שהיא העבירה ב-ה' הידיעה הדורשת כוונה ספציפית, דהיינו כוונה לקטול.

ליתר דיוק, מתחלקת השאלה שלנו לשתיים :

(א) האם די, בדרך כלל, בכוונתו של המסייע לסייע או האם סיועו צריך להיות מכוון להגשמת העבירה עצמה ;

(ב) האם די להוכיח ידיעתו של המסייע על כוונת העבריין העיקרי לבצע עבירת רצח, כדי להוכיח את כוונתו הפלילית של המסייע, כפי שנגדיר אותה אחרי בדיקת שאלה (א).

יובהר היטב ששאלות אלה מתעוררות כאן בגדר דיני הסיוע לפי סעיף 123(ב) ו-ג) של החוק, ואין להן קשר לדיני המזימה המשותפת, הבאים בגדר הסעיף 24.

בקשר לשאלה (א) אחזור על דברי השופט **Learned Hand** שצוטטו בענין גרינוולד, (שם, ב-ע' 2070), מפסק-דין אמריקני, *United States v. Peoni; (1938), 100 F. (2nd), 401*, הגדרות השותף לפני המעשה –

"..... דורשות כולן שהוא ישתף עצמו בצורה כלשהי עם המיבצע (venture), שהוא ישתף בו כדבר שהוא מבקש להגשים, שהוא חותר להצלחתו על-ידי פעולתו. מכל המלים שבשימוש – אפילו החיוורת ביותר, 'לסייע' – משתמע יחס מכוון כלפי המיבצע."

בדומה לזה אמר הנשיא אולשן ב-ע"פ 224/55 נאג'י עבד אל חלים טהה, ו-3 אח' נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך ט, ע' 1827, ב-ע' 1828; פי"ם, כרך כא, ע' 168, כי –

"ברור הדבר, ששיתוף או סיוע על-ידי אדם יכול להתבטא באיזה מעשה הנעשה על-ידו ואפילו בנוכחותו העשויה לעזור לביצוע העבירה; אבל צדק בא-כוח המערערים באמרו כי על התביעה הכללית להוכיח גם שמעשהו או נוכחותו של איש כזה באו בעקבות, או היו משולבים עם, מחשבה פלילית (mens rea) בקשר לאותה עבירה בה רוצים להרשיע אדם כזה" (ההדגשה שלי).

וכן נאמר ב-ע"פ 158/58 נעים אבו עמרם נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יג, ע' 1965, ב-ע' 1970; פי"ם, כרך מב, ע' 376:

"אצל המסייע דרושה כוונה פלילית במובן זה, שהוא צריך להתכוון לביצוע העבירה. אבל אין שום סמוכין לדעה שהוא צריך להתכוון למעשה סיוע דוקא. כוונתו הכללית לבצע את העבירה עצמה מספקת את יסוד הכוונה הפלילית גם לסיוע שסיוע בידי חברו, העבריין העיקרי."

ואלה דברי בית-הדין הצבאי לערעורים בערעור כפר קאסם, ע/283-279/58 שלום עופר, ואח' נגד התובע הצבאי הראשי; פי"ם, כרך מד, ע' 362, ב-ע' 401:

".....לפי עקרונות המשפט הפלילי רואים אדם כשותף לעבירה (בין שותף בשעת העבירה ובין שותף לפני העבירה) רק אם הוכחו כלפיו כל יסודות הכוונה הפלילית (mens rea) הדרושים להוכחת העבירה עצמה, פרט לאותם חריגים של כוונה פלילית מכוח הדין (constructive malice) הנזכרים בחוק....."

ולאחרונה דברי הנשיא אגרנט ב-ע"פ 377/67 יוסף דהאן ודוד בן הרוש נגד מדינת ישראל וערעור שכנגד; פד"י, כרך כג (1), ע' 197, ב-ע' 219, על הוראתו הכללית של סעיף 23(ג) -

"לפיו יכול שהמסייע ישא באחריות פלילית אף אם סייע לעבירה שבוצעה על-ידי העבריין העיקרי, שלא מתוך הסכס מראש, ובלבד שנתכוון הראשון, בשעת מעשה, שאותה עבירה תבוצע....." (ההדגשה שלי).

עצם מבנהו של הסעיף 23(ג) של החוק שלנו מחייב אותה מסקנה: שגם אצל המסייע, לפי הפיסקאות (ב) או (ג) של הסעיף, צריכה להתקיים הכוונה הפלילית הדרושה לביצוע העבירה על-ידי העבריין העיקרי. עבירות הסיוע אינן עבירות נפרדות לפי החוק שלנו, אלא במצוות המחוקק הופך המסייע לאשם בעבירה עצמה ואפשר להאשים אותו בביצוע העבירה עצמה. הסעיף 23 אינו מתאר את מהות הכוונה הפלילית הדרושה אצל המסייע, אך המסקנה הנובעת מהשוואת מעמדו של המסייע לעבירה עם מעמדו של העבריין העיקרי היא שאין להבדיל ביניהם אף במה שנוגע לכוונה הפלילית, ואין די בכוונה לסייע אלא דרושה גם אצל המסייע הכוונה להשיג את המטרה הפלילית הסופית.

לעומת זאת הזכיר מר קירש את הדוגמה הבאה המובאת על-ידי גלנוויל ויליאמס, בספרו על המשפט הפלילי, חלק כללי (מהדורה שניה, ע' 394): ראובן מתכוון להרוג את שמעון. הוא דורש מלוי הנוכח במקום, שיתן בידו כלי נשק. לוי נותן את הכלי בידעו על כוונת ראובן וכדי לעשות לו טובה, אך בלי לרצות במותו של שמעון. לדעת המחבר זה סיוע לרצח אצל לוי. וכן, שם, בע' 44, הוא אומר שאין צורך כי המסייע ירצה בתוצאה הפלילית, כל עוד הוא סייע בידעו. אך נראה הדבר שהמחבר המלומד שינה את דעתו בבעיה זו, כי במהדורה הראשונה אמר (שם, ע' 193), בדברו על פסק-הדין האנגלי הידוע, *R. v. Lomas, Josef: (1913), 9 Cr. App. R. 220; (1913), 23 Cox, C.C. 765; 110 L.T. 239; 78 J.P. 152; 30 T.L.R. 125; 58 Sol. Jo. 220, C.C.A.* שאדם המשאיל לאחר מכשיר פריצה בידעו שהלה מתכוון לבצע מתכוון לבצע פריצה אינו אשם כמסייע לפריצה כי "עדות כזאת אינה מראה שהוא רצה בביצוע העבירה או שהיה לו איזה ענין בה" (וכן ראה חילוקי הדעות בין **השופטים דבלין וסלייד** בענין, *National Coal Board v. Gamble; (1958), 3 All E.R. 203; 42 Cr. App. R. 240*). הראיתי לעיל, שאצלנו לשון החוק והאסמכתאות ברורות ואינן מותירות מקום לספקות דומים.

מובן מאליו שאת כוונת המסייע מוכיחים לאו דוקא על-ידי ראיות ישירות, אלא אפשר ללמוד אותה מנסיבות המקרה, וככל שמעשה הסיוע היה יותר ממשי, יהיה בית-המשפט נוטה יותר להסיק את הכוונה הדרושה מעצם מתן הסיוע.

לזה מתווסף הכלל, עליו דיבר **השופט אגרנט** בענין **גרינוולד**, שעל-פיו עשויה ידיעה מלאה של המטרה, אליה חותר העבריין העיקרי, ליהפך מכוח הקונסטרוקציה של החוק, לכוונה פלילית גם אצל המסייע. באמרנו "מכוח הקונסטרוקציה של החוק" כאילו קבענו שהחוק מתרחק מדברים כהווייתם ומפעיל פיקציה, שיסוד הכוונה יראה "כאילו" הוכח על-ידי הידיעה, וזאת מטעמים של תקנת הציבור.

אך לדעתי – ובכך אני עונה על החלק השני של שאלתנו – אין זה מן הראוי שפיקציה זו תחול על עבירת רצח, הדורשת כוונה ספציפית, דהיינו רצון להרוג, וכוונה זו היא המשווה לעבירה זו את אפיה החמור במיוחד. אין לשים אות קין של רוצח על מצחו של אדם, אלא אם הוכח כלפיו אישית הרצון להרוג, בראיות ישירות או נסיבתיות של ממש ולא רק מכוח הפיקציה. זה הדין לגבי הרוצח עצמו, והוא חייב להיות הדין גם לגבי המסייע לרצח, הצפוי לאותו עונש חובה של מאסר עולם, בו מענישים את הרוצח. רגש הצדק אינו משלים עם הגירסה שאדם אשר עשה מעשה כלשהו של סיוע לרוצח, אמנם בידעו על כוונת הרצח של הלה, אך בלי לרצות בעצמו במות הקרבן, יהא חייב גם הוא לשאת באותו עונש חובה – ויוכיח המקרה שלפנינו, בו עמד אילוז, שפעל בהחלטה נחושה להרוג, מול אליאס שנכנע לו ועיקר אשמתו בחולשת האופי שגילה בשעת מבחן. אין זה רצוי לסמוך בכגון דא על סמכות החנינה כדי שיותאם העונש לחומרת המעשה, אלא תיאום זה מן הדין שיעשה בקביעת העונש הנכון על-ידי בית-המשפט שבידו סמכות הענישה.

צוטט לפנינו ערעורו של ג'מיל אל-עבד קאסם, ב-ע"פ 11/59 ג'מיל אל עבד קאסם, ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יד, ע' 1065; פי"ם, כרך מו, ע' 160, אשר השתתף במזימה לרצוח את המנוח רועי רוטנברג. הוא סייע למעשה בכך שמשך את המנוח לקראת המארב שהוכן לו. גם מטעמו נטען שלא נוצרה אצלו ההחלטה להרוג במובן הסעיף 216(א), כי הוא לא פעל מרצון חפשי, אלא בהשפעת הלחץ שהופעל עליו על-ידי חיילים מצריים. דחינו את הטענה, היות והוכח רק שבשלב מוקדם סירב המערער לצאת לפעולה המשותפת. אולם לאחר-מכן לא עמד עוד על סירובו אלא מילא ללא רתיעה את התפקיד שנקבע לו. בנסיבות אלה נמצא שהוא פעל מרצון חפשי, היות ובחר בקו התנהגות פלילית ועשה מעשה מובהק של סיוע לרצח. הוא לא היה יכול להסתמך עוד על הסתייגותו הפנימית הקודמת, מאחר שלבסוף פעל בכוונה לגרום למותו של הקרבן. ואילו כאן, במקרה שלפנינו, נמשך חוסר הרצון עד לסוף וכל מעשיו של אליאס היו קרובים אל גבול ההתנהגות הפסיבית. אמנם הוא ידע בשלב האחרון על כוונת הרצח של אילוז, אבל לא הזדהה עם כוונה זו, ובידיעה כשלעצמה לא די כדי להוכיח כוונת רצח, כפי שהשתדלתי להסביר. אבל די בה, בידיעה זו, כדי להוכיח סיוע לעבירה הקלה יותר של הריגה, לפי סעיף 212, כי עבירה זו אינה דורשת את הכוונה הספציפית לגרום למוות, ועל-כן אין מניעה לכך שבה תחול אצל המסייע החפיפות מכוח החוק של הידיעה על מזימת העבריין העיקרי עם קיום הכוונה הפלילית.

לא התעלמתי מהתנהגותו של אליאס מיד אחרי היריות: החיפוש בכיסי ההרוגים בפקודתו של אילוז, השתתפותו בגירוש האשה הערביה שהופיעה במקום, ונטילת חלק מן הכסף. אבל נראה לי שאין להביא בחשבון התנהגות זו, שהיתה יותר פעילה, כדי ללמוד ממנה למפרע על הזדהות פנימית מלכתחילה עם מזימת הרצח של אילוז. יש להניח שמעשה הפשע, אשר בוצע זה עתה לנגד עיניו על-ידי מפקדו, היכה אותו בתדהמה ומעתה התעורר אצלו כמו אצל אילוז הרצון לטשטש את עקבות הפשע. רצון זה אינו יכול לשמש ראיה לכוונתו של אליאס עובר למעשה הפשע. גם שמת לי לבי לדברי אליאס בהודעתו הראשונה (מוצג ת/11), שם הוא מדבר על השיחה בין אילוז ובינו, בנסיעתם ממקום המעשה:

"בדרך לבית שמש כמובן שדיברנו על המקרה והוא אמר לי שלא לספר דבר על מה שקרה. אבל הוא ביקש זאת ולא איים עליי ובכלל אני גם הבנתי שמתוך יחסי חברים לעבודה וגם כמפקד שלא צריך לדבר על זה ובמיוחד אחרי שגם חברים שלי נהרגו במלחמה זאת. הדבר לא העיק עלי כי כפי שאמרתי מול עיני היה גם נפילת החברים שלי."

אני רואה בדברים אלה נסיון עלוב למצוא הצדקת-מה בדיעבד לפשע שבוצע על-ידי אילוז, אינני רואה גם בהם ראיה להזדהותו מלכתחילה של אליאס עם כוונת הרצח של אילוז.

סיכומו של דבר: הייתי מבטל את הרשתו של המערער אליאס בסיוע לרצח, לפי סעיף 214(ב), ותחת זאת הייתי מרשיעו בסיוע להריגה, לפי סעיף 212.

השופט זוסמן: אני מסכים.

השופט קיסטר: אני מסכים.

הוחלט לדחות את ערעורו של אברהם אילוז, והוחלט לקבל את ערעורו של אליהו אליאס, לבטל את הרשעתו בסיוע לרצח לפי סעיף 214(ב) של פקודת החוק הפלילי, 1936, ולהרשיעו בסיוע להריגה, לפי סעיף 212.

גזר-דין

בבואנו לגזור את דינו של הנאשם מס' 2 הבאנו בחשבון את הנסיבות שפורטו במלואן בפסק-הדין. הנאשם הוא אדם ששירת רק כחדשיים במשמר הגבול, כאשר מצא את עצמו עקב התנהגותו של מפקדו פתאום במצב בו נכשל בחולשתו, ובכך סייע למעשה ההריגה. במידה שהענין נוגע לאשמת הנאשם, עבר פרק זמן מועט בלבד, של דקה אחת בערך, בו היתה לו עוד האפשרות למנוע את המעשה, להפסיק את סיועו ובכך אולי למנוע אפילו את התוצאה הטראגית.

מצד שני חובה עלינו להביא בחשבון את עצם מהותו המחרידה של הפשע בו שיתף עצמו מערער זה, ולו רק בצורה שתוארה בפסק-הדין, וכן צורך ההרתעה, אם כי מסכימים אנו לדברי הקטיגור שלאשרנו מעשים כאלה הם זרים לרוחו של חיל המשטרה ומשמר הגבול בתוכו.

נוכח כל הנסיבות האמורות אנו דנים את הנאשם לעונש של חמש שנות מאסר החל מיום 10.10.67.

ניתן היום ו' בניסן תשכ"ט (25.3.1969).

זוסמן, לנדוי, קיסטר