

ע"פ 19136/09 - מדינת ישראל נגד שמעון בן גדי

בית המשפט המחוזי בירושלים שבתו כבית-משפט לעורורים פליליים

ע"פ 19136-09-16

ע"פ 16244-09-16

לפני:

כב' השופט אהרן פרקש, נשיא

כב' השופט משה דרורי

כב' השופט עודד שחם

המערערת בע"פ 19136-09-16
המשיבה בע"פ 16244-09-16

ע"י ב"כ עו"ד ענת ארוסי כהן
מפרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

בג"ד

שמעון בן גדי ע"י ב"כ עו"ד רועי בראונר

המשיב בע"פ 19136-09-16
המערער בע"פ 16244-09-16

פסק דין

כבוד השופט עודד שחם

בפנינו ערעורים על פסק דין של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט ח' מאק קלמנוביץ, סגנית נשיא, כתוארה אז) מיום 25.7.16 בת"פ 6859-12-10, בו נקבע כי המשיב ביצע עבירה של תקיפה סתם בנסיבות מחמיות לפי סעיף 382(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן - חוק העונשין), בצוירוף סעיף 379 לחוק.

1. ע"פ 19136-09-16 הוא ערעור המדינה (להלן - **ערעור המדינה**). הערעור מופנה נגד הכרעת הדין, כאשר הטענה העיקרית היא כי היה על בית המשפט להרשיע את המשיב בעבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש לפי סעיף 380 לחוק העונשין, בצוירוף עם סעיף 382(א) לחוק. עוד טענת המדינה כי לא היה מקום להימנע מהרשעתו של המשיב. נטען גם, כי יש להתערב בעונש שהושת (של"צ בהיקף של 180 שעות, וכן

עמוד 1

התchieבות בסך של 2,000 ש"ח להימנע מביצוע כל עבירות אלימות במהלך שנה מיום גזר הדין).

2. ע"פ 16-09-16244 הוא ערעור הנאשם (להלן - **ערעור הנאשם או המערער**), בו נטען כי יש לזכותו מטעמים של הגנה מן הצדק, הגנה עצמית והגנת הצור.
3. כתוב האישום (המתוקן בחמשית) הופנה נגד 4 נאשמים. המערער דן הוא הנאשם מס' 1. על פי עובדות כתוב האישום, ביום 12.10.4 בשעה 14:10 לערך, בסמוך ליישוב סוסיא (הנמצא בדרום הר חברון), התבצעה פעללה של שני שוטרים סמויים שהגיבו לשטח מחופשים לפלסטינים תושבי המקום (להלן - **השוטרים**), כשברשותם חמור. על פי כתוב האישום, לאחר שבשלב קודם נאשם 4 דרש מן השוטרים לעזוב את המקום, והוא התרחק וביצע שיחת טלפון. בהמשך לכך, חבר אליו המערער. נטען, כי המערער, אשר פניו היו מכוסים בחולצה אדומה, התקדם עם נאשם 4 אל עבר השוטרים, ובעתה הדיפה בבטנו של אחד השוטרים. נאשם 4 היכה את השוטר במקל. השוטר שניסה לבلوم את המכה, קיבל מכחה בידו. המקל התנפץ על ראשו. הוא נפל לאדמה. המערער התקדם לכיוונו וככה אותו. בשלב זה הזדהו השוטרים וריססו לעברם גז מדיע. לרעת סוף האירוע המתואר, עמדו הנאשמים האחרים במרחיק מה מערער ונאשם 4. המערער זרק אבן לעבר השוטר. השוטר צעק לעברם "אנחנו משטרת נצורה את כולכם עכשו". 4 הנאשמים ברחו מן המקום. נטען כי לשוטר נגרמו חתני בראשו, נפיחות וסימני חבלה בחלקו האחורי של הראש ובאזור ימין. כתוב האישום ייחס לumarur ולנאשם 4 תקיפה בצוותא של השוטרים, גורימת חבלה של ממש לשוטר. לumarur יוחסה גם עבירה של השתתפות בהתרפעות, לפי סעיף 152 לחוק העונשין.
4. בית משפט קמא, לאחר ששמע את העדים והנאשמים, זיכה את הנאשמים 2 - 4, וקבע כי המערער ביצע עבירה של תקיפה בצוותא. בית המשפט קבע, כי המערער השליך את האבן שנית שיפורות בלבד לאחר שהשוטרים הזדהו, וכי לא מדובר בפרק זמן בו היה יכול, בנסיבות העניין, להפנים כי אכן מדובר בשוטרים. אצ"ן כבר עתה, כי קביעה זו מקובלת עליי, בין היתר על בסיס הצעיה בדייקן (ת/14), המתעד את השתלשלות האירוע מתחילתו. בדייקן נראה המערער כשהוא בועט בעיטת הדיפה בשוטר. בית המשפט קבע, כי לא הוכח שהחבלות שנגרמו לשוטר בראש ובחلك הגוף העליון, היו תוצאה של התקיפה שביבע המערער. משכך, הרשיע בית המשפט את המערער בתקיפה סתם בצוותא, על פי סעיף 379 לחוק העונשין, בנסיבות סעיף 382(א) לחוק.
5. בית המשפט לא קיבל את הטענה, כי יש לזכות את המערער בשל הגנה מן הצדק. הטענה התבססה על האופן בו נוהל המבצע של השוטרים, כאשר לטענת ב"כ המערער השוטרים היו סוכנים מדיחים, אשר הדיחו את הנאשמים למקומות שלא היו מבוצעים על ידם אלמלא המבצע. עוד נטען, כי המבצע התקיים בנזקודה סמוכה ליישוב סוסיא, אשר השוטרים מתנהגים באופן חריג יותר שהיה בו כדי להקים חשד שאין מדובר בעובי אורך תמיימים, ותוך ניטול של המערכת המטפלת באירועים אלה באופן רגיל, באמצעות רב"צ היישוב. נטען שנסיבות חריגות אלה הן שהביאו את הנאשמים לפעול כפי שפעלו.
6. בית המשפט קבע כי יש ממש בטענה בדבר התנהלות חריגה של השוטרים, אשר גרמה לתחשות סכנה אצל הנאשמים וחבריהם. עם זאת, גם המצב שנוצר לא הצדיק תקיפה של השוטרים כפי שנעשה. לפיכך, הגיע בית המשפט למסקנה כי טענת הגנה מן הצדק במרקבה זה אינה קיצונית עד כדי זיכוי הנאשמים, אולם יש להביאה בחשבון לעניין העונש.
7. בהקשר זה ציין בית המשפט, כי המקום שנבחר למבצע מרוחק רק מאות אחדות של מטרים מהיישוב סוסיא שאינו מוקף בגדר. הוא עמד על ראיות מהן עולה כי באחור קיימת סכנה תמידית לביטחון התושבים, המוקפים

אוכלוסייה עווינית. הוא הפנה לעדויות הנאים אשר הדגישו כי ראו סכנה בהימצאות ערבים באותו מקום ללא סיבה ולא מעש. ציון אירוע רצח שהתקיים במקום לפני 12 שנים. כן הזכיר אירוע של תקיפה מינית של אחת מבנות היישוב לפני מספר שנים. מדובר בנסיבות רגילה, כאשר הימצאות פלסטינים במקום עלולה להיתפס על ידי תושבי היישוב כמחשידה וכאיירוע שיכל להתפתח לסכנה. המדבר באירוע חריג. העובדה שעם שני השוטרים שהיו באותו מקום לא היו כלי עבודה או עדר, נתפסה כמחשידה. נקבע עוד, כי לא הובאו נתונים או ראיות בדבר איירועים חוזרים של תקיפות ערבים באזורה.

8. סיכומו של דבר, קבע בית המשפט כי המדבר באירוע פרובוקטיבי, וכלל נסיבות חריגות שאין שגרתיות. השוטרים התמקמו במקום קרוב וחוויה ולישוב. הם שהו ללא מעש זמן לא קצר במקום, שאין בו יכול לעמוד, ללא צאן לרעות. הם לא עברו במקום, כי אם שהו בו ללא הסבר נראה לעין. מדובר, על פי קביעה בית משפט קמא, בנסיבות שיש בהן כדי לעורר חשד ממשי, במיוחד על רקע אירועי פח"ע שהיה באזורה.

9. עוד קבע בית המשפט, כי החשוד הראשון שהגיע אל השוטרים פעל תחילה ללא אלימות, ודרש מן השוטרים לעזוב את המקום, אולם הם סירבו. גם השלב השני של האירוע, עם הגיעם של הנאים הננספים, מצביע על תגובה בלתי אופיינית של השוטרים, הנערכים להיתקלות ונראים כ"חותרים למגע" עם הנאים. בית המשפט קבע, כי מבלתי התייחס לשאלת אם מותר או אסור לערבים לhimatzah במקום, ניתן לקבוע כי עצם השהיה ללא הסבר על אדמות טרשים לא מעובדת, מעוררת תמייה, ובהתחשב במאפייני האזורה, מעוררת חשד ופחד. עם זאת, מכאן ועד תקיפת מי שנחזרים ערבים, עדין ארוכה הדרך. לכן סבר בית המשפט, כי אין בטענת ההגנה מן הצדק כדי להביא לזכוי הנאים, אך יש להביאה בחשבון בעניין העונש.

10. בגדרו של גזר הדין, הביא בית המשפט מכלול שיקוליים את האמור בתסקיר של שירות המבחן שהוגש בעניינו של המערער. התסקיר הוגדר כ"חויבי ביותר". קצינת המבחן צינה כי מדובר באדם צעיר, בעל מערכת ערכים נורמטטיבית בסיסתיה, המצו בתחום דרכו המקצועית בחפים. לumarur רישום פלילי הכלול אי הרשעה, והרשותה קודמת בתקופת היוטו קטין. לנוכח הזמן שעבר, אין בהם כדי להשפיע באופן ממשי על העונש הרואוי.

בתסקירعلاה, כי בעת שירותו הצבאי ביחידת הפגין מובהרת ביצוע המערער פעילות מבצעית מורכבת ומיחודה בדורם הר חברוני, שימוש כלוחם ומפקד ביחידת הפגין יכולות מבצעית ופיקודית מרשים, תפקיד בצוות יצאת דופן ומעוררת התפעלות, הגיע להישגים רבים, והוא מוערך מאוד בקרב המפקדים והלוחמים ביחידת. עוד עליה בתסקיר, כי התבלט מאוד בתחום האחריות האישית, היוזמה והדאגה האישית, יחסן אנווש מצוינים וועלכי מוסר גבויים מאוד. המערער נושא לפניו כשנתיים, ולבני הזוג בת בגיל שנה. הוא לוקח אחריות על המעשה נשוא הכרעת הדין, וכי נעשה חודשיים לאחר ששוחרר מן הצבא. עוד עליה מדבריו לקצינת המבחן, כי בשל רגשות ביטחונית באזורה, המערער וחבריו חשו פחד וסכנה בשל נוכחותם של המתלוננים בקרבת מקום. המערער תיאר כי פועל באופן אינסטינקטיבי הэнתרור חרדת קיומית אישית, והן מתוך הצורך להגן על אחרים, אותו הפנים בעת שירותו הצבאי.

שירות המבחן לא התרשם מקיים של קווים עבריניים או אלימים המושרים באישיותו של המערער. שירות המבחן בא בהמלצה שיקומית זו זאת בהתחשב בעובדה שהעברית נערה לפני ארבע שנים, העדר תיקים פתוחים נוספים, לקיחת אחריות על המיחס לו, ושאייפה לתקן תקין, ועל מנת שלא לפגוע באפשרויות בנייה של עתידו המקצועי. לפיך הומלץ בתסקיר על ביטול הרשותה והטלת עונש של של"צ.

11. בית המשפט קיבל את המלצה שירות המבחן וביטל את הרשותה. הוא חזר על עיקרי הקביעות שהכרעת הדין לעניין הגנה מן הצדקה, לרבות הקביעה כי אין בעניין זה כדי להביא לזכוי, אך יש להביאו בחשבון בגזר הדין. הוא גזר על הנאם את העונש המוכר לעיל.

12. אדון תחילת בערעור המדינה, ואחרי כן, בערעור המערער.
13. מקובלת עלי טענת המדינה, כי המערער אחראי, מבצע בצוותא, גם לחבלות שנגרמו למתלוון. בהכרעת הדין נקבע ממצא עובדתי, לפיו فعل המערער בצוותא עם מעורב נוסף, אשר הינה את המתלוון במקל, וגרם לו לחבלות. במצב זה, היה על בית המשפט לקבוע, כי אף המערער אחראי לחבלות האמורות, הגם שלא גרם להן בעצמו. בנוסף, כי מצפיה בקליטת עולה בבירור כי המערער, והאדם אשר אחז את המקל בידו, אכן פעלו בצוותא באירוע האמור.
14. שאלתי, האם יש בעניין זה כדי להשפיע על המסקנה הסופית, לפיה יש להימנע מהרשעתו של המערער. הגעתנו למסקנה, כי יש להסביר לשאלה זו בשילילה. אכן, ייחוס האחריות לחבלה ממשמיר במידה מסוימת את העובדות הנוגעות לאחריותו של המערער. הוא גורם לכך, שהאחריות אינה לפי סעיף 379 לחוק העונשין, כי אם לפי סעיף 380 לחוק, בivid עם סעיף 382(א), כתענת המדינה. בה בעת, יש לזכור כי המערער עצמו לא חבל בשוטר.
15. זאת ועוד. הממצאים של בית משפט קמא, בדיון בסוגיית ההגנה מן הצדוק, מקובלים עלי. המקירה איננו קיצוני כדי Gibbsה של הגנה מן הצדוק, העשויה להביא לביטול כתוב האישום. לא לモטור לציין, כי גם פסיקת בית המשפט העליון אליה מפנה בא כוח הנאשם בטיעוני, לא קיבלה טענה של הגנה מן הצדוק בסוגיה של "סוכן מדיח". בתוך כך, לא אומצה הגישה של המשפט האנגלו-אמריקאי, המוצטטת על ידי המערער. לא נתקבלת טענה בדבר זיכוי בשל נסיבות כאמור. לא לモטור להזכיר, כי הטענה של הגנה מן הצדוק, בוודאי כאשר מדובר בטענה לביטול כתוב אישום, יכולה להתקבל רק במקרים חריגות ווצאות דופן ביותר. נסיבות כאמור, העשוויות להצדיק זיכוי, אינן מתקיימות במקרה זה.
16. אין בכך כדי לשלול את הממד הבועתי במבצע המשטרתי שהוביל לכתב האישום. השוטרים הסמויים אכן לא פעלו באירוע באופן תוקפני או מאים. עם זאת, נוכחות המתמשכת במקום, ללא סיבה נראית לעין, עוררה חשד סביר בנסיבות העניין, על רקע הריגשות הרבה במקום זה. פעולות המערער לא הייתה מידית. היא באה לאחר זמן רב, ולאחר שפניות לשליטונות הצבא לא הניבו פעולה כלשהי מצד רשות אכיפת החוק. זאת, בנויגוד לדרך פועלתן של הרשותות במקומות דומים בעבר. אין בכך כדי להצדיק את פעולות המערער באירוע. עם זאת, אופן ניהולו של המבצע המשטרתי תרם תרומה לא מבוטלת לעבירה שבוצעה בסופה של דבר, הגם שלא ניתן לומר כי פעולות המשטרה היא שיצרה את מעשה העבירה.
17. בנסיבות אלה, המסקנה אליה הגיע בית משפט קמא, בדבר הימנעות מהרשעה, היא סבירה ו邏輯ית, ולא מצאת עילה להתערב בה. הדברים אמרו ביתר- שאת נוכח העולה מתחזיר שירות המבחן. עם זאת, נוכח החומרה בעבירה אשר נקבע כי המערער ביצע, אציע להעמיד את היקף השל"צ שעלי לבצע על 250 שעות, במקומות 180 שעות כפי שנקבע לתחילת. במובן מוגבל זה, ערעור המדינה מתתקבל, חלקית.
18. מכאן לערעור המערער. כמו כן לעיל, וקבועתי כי יש לאשר את הכרעת בית משפט קמא, אשר קיבל את הטענה באופן חלקתי. לא מצאת, כאמור, עילה לשנות מסקנה זו.
19. אשר להגנה עצמית, הרי שגם מעינקה הגנה מקום בו "**מעשה היה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין, שנשכפה ממנה סכנה מוחשית של פגעה בחיו, בחירותו, בגופו או ברוכשו, שלו או של זולתו ...**" (סעיף 34 לחוק העונשין). ברור לחולוין, כי הגנה זו אינה מתקימת במקרה זה, גם תחת ההנחה כי עומדת לערער ולמי שחבר אליו טענה בדבר טעות במצב הדברים. באירוע הנדון לא הייתה תקיפה שלא כדין, ואף לא היה דבר מה הקרוב לתקיפה כאמור. השוטרים היו במרקח של מאות מטרים מן היישוב. הם שהיו במקום

זמן לא מבוטל. בשום שלב, הם לא פועלו בצורה מיימת או תוקפנית. לא ניכרה מגמה של התקראות שלהם ליישוב. פעולתם הtmpactה בהטמת דבר-מה באדמה, והכנת משקה חם על אש אמלתרת שהכננו במקום. קשה עד מאד לסוג פעולות אלה כתקיפה שלא כדין (או כפעולה המתחילה תקיפה כדין), קל וחומר תקיפה היוצרת את הסכנה המוחשית הנדרשת לגיבושה של הגנה זו.

20. אשר להגנת הצורך, הרי שהגנה זו אינה מתייחסת כלל למצב של איום אנושי, כי אם למצב שבו יש צורך בפעולה, העולה כדי עבירה פלילתית, כדי להתמודד עם איום שהוא פרי של נסיבות ("מצב דברים נתון", סעיף 34א לחוק העונשין). לא לモתר להזכיר בהקשר זה, כי ההגנה העצמית אינה חלה אך על איום על העוסה, כי אם גם על איום על זולתו, כאמור לעיל. מילא, גם הגנת הצורך אינה חלה בנסיבות העניין.

21. לפיכך, יצא לחייב לדחות את ערעור המערער.

עודד שחם, שופט

כבוד השופט משה דרווי, סגן נשיא

1. עיני בחוות דעתו של עמיתי כב' השופט עודד שחם.
2. הנושא המרכזי המטריד בתיק זה הוא התנוגות המשטרה.
3. על פי ממצאיו של בית המשפט קמא, המשטרה "גרמה לתחרות סכנה אצל הנאשמים וחבריהם" (פסקה 56 להכרעת הדיון), שכן המקום שנבחר לביצוע האירוע מרוחק מאות מטרים אחדים מהיישוב סוסיא, שאינו מוקף בגדר כאשר "הנאשמים עצם הדגישו בעדויותיהם את הסכנה שראו בהימצאות ערבים באותו מקום ללא סיבה ולא מעש. מסקנה דומה עולה גם בדבריהם של עדי התביעה" (פסקה 57 להחלטה; הגדשה הוספה). ובהמשך נקבע כי גם העד גד אשרוביץ אישר שידע על אירוע פח"ע במקום (פסקה 59), וכי "השוטר עוזי ונוה לא הכחיש הימצאותם בשטח בנקודה רגישה, הימצאותם במקום זמן רב עלולה להיתפס על ידי התושבים מחשידה וכאייעו שיכול להתפתח לסכנה" (פסקה 59 סיפה).
4. במסקנותיה של השופטת המלומדת (סגנית נשיא בית משפט השלום דאז, כב' השופטת חגי מאק-קלמנוביץ') יש התייחסות לנימוקי עדי התביעה, מודיע נהגו כך והוא קובעת כי "חלק מעדי התביעה הזכירו את הצורך ביצוע פעולות הביום בשל אירועים חזורים של תקיפת ערבים באיזור. אולם לא הובאו נתונים או ראיות בנושא זה" (פסקה 61 רישא).

משמעות הדבר, מבחינת המשפט הפלילי, הוא כי המדינה לא הוכיחה את הצורך ביצוע פעולות הביום, ולכן, מנתון ראייתו זה צריך ליהנות הנאשם.

5. מסקנת בית משפט קמא, כללה אימרה ברורה, לפיה מעשייהם של השוטרים היה אירוע פרובוקטיבי, ולענין זה אביא את נוסח דברי הכרעת הדיון בפסקה 61 מצעתה, במלואם:

"הריאות מצביעות על כך שהאירוע המבויים היה אכן אירוע פרובוקטיבי וככל נסיבות חריגות שאינן שגרתיות. השוטרים התמקמו במקום קרוב יחסית לחווה ולישוב. הם שהו ללא משע זמן לא קצר במקום שאין בו יכול לעבוד, ללא צאן לרעות. השוטרים לא עברו במקום אלא שהוא בו ללא כל הסבר נראה לעין. מדובר, איפוא, בנסיבות שיש בהן כדי לעורר חשד ממשי. במיויחד על רקע אירועי הפח"ע שהיו באזור" [הדברים הובאו גם בתמצית בפסקה 8 לחווות דעתו של חברי השופט שחם].

6. מהו הפעול היוצא מכך? על כך השיבה הערכאה הראשונה בפסקה 61 סיפה כדלקמן:
- "חשוד הרាជון שהגיע אל השוטרים פעיל תחיליה ללא אלימות ודרש מהשוטרים לעזוב את המקום, אולם הם סייבו. גם השלב השני של האירוע, עם הגעתם של הנאים הנוספים, מציבע על תגובה בלתי אופיינית של השוטרים, הנערכים להתקלות ונראים כ'חוטרים למגע' מול הנאים. מבלי להתייחס לשאלת אם מותר או אסור היה לערבים לשחות במקום, ניתן לקבוע כי עצם השהיה ללא כל הסבר, על אדמת טרישים לא מעובדת, מעוררת תמייה, ובהתחשב במאפיינו של האזרע מעוררת גם חשד ופחד. עם זאת, מכאן ועד תקiftת מי שנחזרים ערבים, עדין ארוכה הדרך. על כן אני סבורה שאין בטענת ההגנה מן הצדק כדי להביא לזכוי הנאים, אולם יש להביאה בחשבון **לענין העונש**".
7. לכשעצמו, סבור אני כי מעשי השוטרים לא רק שראויים לכל גינוי, אלא נמצאים על קו תפר דק בין פעולה חוקית לפעולה בלתי חוקית, מעבר לאותו קו, באופן המצדיק זכי המערער, כפי שאפרט ואנמק, עתה.
8. אין חולק כי לעיתים זקופה מערכת אכיפת החוק להחדרת סוכנים לגופי פשיעה, כדי לננות עבירה.
9. גם במשפט העברי מצאנו כי בנסיבות מיוחדות מותר לנ��וט בדרך דומה. אך, בשונה, הדבר תוחם לעבירה מיוחדת אחת ייחידה, והיא: המסית לעבודה זרה, שرك לגביו נקבע שנית להכמיין עדים.
10. מקור הדברים הוא בשונה במסכת סנהדרין, פרק ז משנה ז:
- "הפסית, זה קדיות. הפסית את הקדיות, אמר לו [המשית למוסת]: יש לך במקומך פלוני, כן אונקלת, כן שותה, כן מטיבה, כן מרעה.**
- כל חייבי מיתות שבתורה אין מקמינו עליהם, חוץ מזה.**
- אמר לשנים ומון עדי, מביאין אותו לבית דין וסוקלין אותו.**
11. לענין זה, הקדיש פרופ' אהרן קירשנבאום מאמר מוקף, "המלcold וההנחה לדבר עבירה בהלכה היהודית", דיני ישראל, כרךטו (תשמ"ט-תש"ז) עמ' לט-קד. הוא מסביר כי נוסח דומה לשונה מופיע גם בתוספתא סנהדרין, פרק ז, זא:
- "כל חייבי מיתות שבתורה אין מקמינו עליהם חוץ מן המשית. כיצד עושים לו? כונסין לו שני ת"ח בבית הפנימי, והוא ישב בבית החיצון, ומדליקין לו את הנר כדי שייהו רואין אותו ושומעים את קולו. וכן עושים לאיש אחד ... נמננו עליו שני תלמידי חכמים והביאו אותו לבית דין וסוקלו אותו...".**
12. אשר להזותו של האדם המוזכר בתוספתא, כמו שנמננו עליו [זהיינו: היה הליך שיפוטי פלילי, בו הייתה ספירה של הדינים והרוב הכריע] וסקלו אותו, ראה את הניתוח וההשערות של פרופ' אהרן קירשנבאום, במאמרו הנ"ל, המבוסס על עיון בכתב ידי שונים (שם, בעמ' נו-נז), ואין כאן מקום להאריך.
13. מכאן, מסקנת פרופ' קירשנבאום, כי פרט לחריג האמור, עמדת המשפט העברי היא כי אין לאמץ את שיטת תפיסת ערביים בדרך של מלcold והנחה לדבר עבירה, והוא מסביר זאת בכמה טעמים, שלא כאן המקום להאריך.

לפרטם, ובهم: הצורך בהתראה ובהתרת עצמו למייה כדי לחייב עברין (שם, עמ' נח-סג); הדוקטרינה לפיה אין שליח לדבר עברה (שם, עמ' סג-סז). כאמור, מוצגת אחוריותו הפלילית של העברי המודח (שם, עמ' סז ואילך), מול אחוריותו הפלילית של המדייח (שם, עמ' עא ואילך) אשר על פי המשפט העברי חיובו של המדייח הוא בדיני שמים (שם, עמ' עג ואילך), ויש מקרים שבהם חיובו של המדייח הוא בדיני אדם (שם, עמ' עז ואילך); על ההשלכות וההשפעות של "דיני שמים" על "דיני אדם", ראה שם, עמ' פב ואילך.

14. גם אם נרchie את דוגמת המכנת העדים במסית לעובודה זרה לכל רוחב יותר המותר מלcold, עדין יש ללמידה לשיטת פרופ' קירשנברג, מן המשפט העברי את הדברים הבאים (שם, עמ' פז):
"סוגיות המסית מניבה שלושה קריטריונים המצדיקים, המחייבים, מלcold: 1) רצינות העבירה אם מפאת חומר המעשה ואם מפאת תזרות ביצועו, שכן מלחמתה של תורה ישראל בעובודה זרה היא עזה, נמרצת ומתמידה. 2) סודיות העבירה, בין קרובים, ובחדרי חדרים; כי יסיתר אחרים... בסתר... 3) התנהגות המطمין-את-הפה היא צאת שהוא לוכדת דוקא אדם-עברין ואין בה משום פיתויו של אדם נקי שלא היה בדעתו לעשות את המעשה. והוא [המוסת] אומר לו 'היאך נניח את אלהינו שבשמים ונלך לעבוד עצים ואבניהם?!"

15. במסגרת דין בתיק אחר שעסוק בנושא האזנת סתר, נזקמתי לשאלת הסוכן המדייח והיזמה לגילוי עבריינים, על פי המשפט העברי. גם אם הקטע קצר ארוך (ובנקודות מסוימות יש אולי חזרה על דברים שכבר הוצגו לעיל), ראוי לנכון להביאו במלואו (ב"ש 08/4301 ליאורה ברקן נ' מדינת ישראל (2008) (פסקאות 318-335), תחת הכותרת "האזנת הסתר לצורך גילוי עבירות ואיסוף ראיות"):

"318. המשנה במסכת סנהדרין, פרק ז, משנה י (תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין, דף סז, עמ' א; להלן - "משנת מכמנים"), מתארת את השימוש באזנת סתר, לצורך איסוף ראיות, וזאת להוכחת העבירה של הסתה לעובוד עובודה זרה. וזה לשון המשנה:

"כל חייב מיתות שבתורה, אין מכמנים עליהם, חזץ מזו [=חוץ מן המסית לעובוד עובודה זרה]. אמר לשניהם, הן עדי, ומביאין אותן לבית דין וסוקlein אותן. אמר לאחד, הוא אומר: יש לי חברים רוצחים בכר' [רש"י], על התלמוד הירושלמי, שם, ד"ה אמר לאחד: הניסת צרייך להשיבו: יש לי חברים רוצחים בכר, בא ואמור לי בפניהם". אם היה [המסית] ערום [=ערמוני], ואינו יכול לדבר בפניהם [רש"י, שם, ד"ה ואמר:] אמר ה' כלומר, אמר: אני יכול לפרש הדבר מפני יראת בית דין, מכמנים לו עדים אחורי הגדר [רש"י, שם, ד"ה מכמנים]: ... מעמידים ליה מארבין אחורי הגדר לשם דבריו, והוא [הניסת] אומר לו [=למסית]: אמר מה שאמרת לי ביחסך [רש"י, שם, ד"ה ביחסו: כלומר, אין איש עכשו עימנו, יכול עתה לומר מה שאמרת לי]. והלה אומר לו. והוא אומר לו: 'היאך נניח את אלוקינו שבשמים ונלך ונעבד עצים ואבניהם?' אם חזר בו, הרי זה מוטב. ואם אמר: 'כך היא חובהינו, וכך יפה לנו', העומדין מאחרוי הגדר מביאין אותו לבית הדין, וסוקlein אותו."

דיני המסית, מופיעים בתורה, ספר דברים, פרק יג, פסוקים ז-יב:

"(ז) כי יסיתג אחיך בז אעפַן או בזק אן או בזק או אשת חייקן או רעב אשר קנפְשָׁן בפסתר לאמר גלכה וגעבדה אלהים אחרים אשר לא בדעתם אמתה ואבמיכו"

(ח) מֵאֱלֹהִים הָעָם אֲשֶׁר סְבִיבְתִּיכֶם הַקָּרְבָּנִים אֲלֵיכֶם אֲזֶה קָרְחָקִים מִמֶּנּוּ מִקְצָה פְּאָרֶץ וְעַד קָצָה פְּאָרֶץ:

(ט) לא תאהה לו ולא תשמע אליו ולא תחוס עינך עליו ולא תחמל ולא תכפה עליו:

(י) כי הרג פהרגנו ידע תהיה בו בראשונה לפמיתו ויד כל העם באחרונה:

(יא) וקלותו באבנים גמת כי בקש לבדוק מעיל ה' אלקי במוציאג הארץ מקרים מבית עדים:

(יב) וכל ישראל שמעו ויראו ולא יוספו לעשות פוצר ברע זהה בקרבתן".

והרמב"ן, על הפסוק האחרון, אומר את הדברים הבאים:

"ואמר: ולא יוספו לעשות פוצר ברע זהה - כי הוא דבר מצוי, יעשה תמיד, לו לוי המשפט".

הרי לנו, על רגל אחת, מטרת המשפט הפלילי: מאחר והעבירות מצויות, יש חשש כי הן תבוצענה בפועל, לו לוי הפחד של העבריניים הפוטנציאליים מאימת המשפט, וממן העונש, אשר בא בסיום ההליך השיפוטי.

319. משנת McCormick, מעוררת קשיים, בכמה מישורים, שאינם רלוונטיים, בהכרח לטוגיינו: האם מותר "לייזום" ביצוע עבירה, כדי להוכיח אותה, בבחינת "סוכן מדיח" בדורינו. ראה על כך את אמרו של פרופ' אהרון קירשנបאים, "המלך והדחה לדבר עבירה בהלכה היהודית", דיני ישראל, כרך טו (תשמ"ט-תש"ז), עמ' לט-קד (להלן - "Kirshenbaum"). והשווה למאמר המופיע מיד לאחר מכן, מאות פרופ' אליעזר לדרמן, "מלך והדחה - בין ההלכה היהודית ודיני העונשן בישראל", שם, בעמ' קה-קלז.

320. שאלת נספפת, קשורה בהזדמנות שנייתה למסית לחזור בתשובה, שכן, מנוסח המשנה עולה, כי אם המסית יענה על השאלה הראשונה בשלילה, לא ייחשב כעבריין ("אם חזר בו - הרי זה מوطב"). ראה על כך, את הדיוון אצל נחום רקובר, ההגנה על צנעת הפרט (ספרות המשפט העברי, ירושלים, תשס"ו-2006), עמ' 155, העלה 8 (הנמצאת גם בעמ' 156).

321. היבט נוסף של משנת McCormick, עוסק בשאלת האם וכייד יתקיימו דיני ההתראה, ביחס לסתואציה המופיעה במשנה. פרופ' קירשנបאים, הקדים לנושא זה חלק לא קטן של אמרו, שם, בקשר הצורך בהתראה, הן בשאלת התרת עצמו למיטה, ובסוגיות קרובות; ראה: Kirshenbaum, שם, בעמ' נח ואילך.

322. סוגיה אחרת, העולה ממשנת McCormick, עניינה בעבירה על איסור "לפני עיור לא תיתן מכשול", וסיווע לעבירה הסתה. לעניין זה, של "לפני עיור לא תיתן מכשול" (ספר ויקרא, פרק יט, פסוק יד), מתיחס קירשנបאים בהרחבה, במאמרו הנ"ל, החל בעמ' סה ואילך.

כל שהדבר נוגע לטוגיית האזנת הסתר, ראה על כך את הערת העורן, הרב אורן דסרג, על אמרו של הרב דיכובסקי, "האזנת סתר", תחומין, כרך יא, עמ' 302-303, בהערה *2, ותגובה מחבר המאמר, הרב דיכובסקי, שם, בסוף ההערה, בתחתית עמ' 303:

"אין הנדון דומה לראיה. 'הכמנת עדים' במשמעותו של המסייע לחזר על דבריו מהווים הכשלתו של המסייע, המותרת רק בעניין זה. אולם, ב'האזנת הסטר', אין כל יצירה חדשה של עבירה או הסתמה לדבר עבירה. השיחה המוקלטת בסתר עוסקת בדרך כלל בעבירה שכבר נועתה, או בתכנית לעבור עבירה בעתיד. המאזין אינו תורם דבר ליצירתה של עבירה חדשה".

.323. על כל פנים, העולה מן המשנה, הוא, כי יש יותר להכין עדים בעבירה של הסתמה ולהאזין האזנת סתר לשיחות עם העבריין, המסייע, כדי שאליה יהו ראיות קבילות לצורך העמדתו לדין.

.324. דברי המשנה נפסקו, להלכה, ברמב"ם, בשני מקומות, אולם אביה עתה.

.325. כך כותב הרמב"ם, הלכות עובדות כוכבים וחוקות עובדייה, פרק ה, הלכה ג:

"הסית לשניים - הרי הם עדיו, והם מביאים אותו לבית דין, ומעידים עליו שכך אמר להם, וסוקלים אותו.

ואין המסייע צריך התראה.

אמר לאחד, הוא אומר: יש לי חברים רוצים בך', ומעריהם עליו עד שישית בפני שנים, כדי להרגנו. אם לא רצה המסייע לשניים - מצווה להכין לו.

כל חיבי מיתות שבתורה - אין מכמינין עליהם, חוץ מזה.

יכד מכמינין לו? המוסת מביא שניים, ומעמידם במקום אף, כדי שייראו המסייע וישמעו דבריו, ולא יראה אותם. והוא אומר למשית: אמרו מה שאמרת לי ביחוד. והוא אומר לו. והמוסת משיבו: 'היאר לנו את אלקינו שבשמים ונלך ונעבד את העצים ואת האבני?!'.

אם חוזר בו [המשית] או שתק - פטור.

ואם אומר לו [המשית לניסת]: כך היא חובתנו וכן יפה לנו - העומדים שם ברחוק מביאין אותו לבית דין, וסוקלים אותו".

.326. בהלכות סנהדרין, פרק יא, הלכה ה, מוסיף הרמב"ם ואומר:

"המשית - אין דינו כשאר דין נפשות: מכמינין לו את העדים; ואינו צריך התראה, כשאר הנהרגין; ואם יצא מבית דין זכאי, ואמר אחד: יש לי ללמד עליו 'חובה' - מחזירין אותו; יצא חייב, ואמר אחד: יש לי ללמד עליו 'זכות' - אין מחזירין אותו; ואין טענין למשית; ומושיבין בדין ז肯 וסריס ומילשין לו בנים, כדי שלא יرحمו עליו, שהאכזריות על אלו שמטעין את העם אחורי ההבל - רחמים הוא בעולם, שנאמר [דברים, פרק יג, פסוק יח]: 'למען ישוב ה' מיטרין אף וגטן לב רחמים

ורתקב'."

327. בלשון המודרנית, ניתן לסכם את דין המשנה (שכאמור נפסק להלכה), בדבריו של פרופ' רקובר (שם, עמ' 156):

"כלומר, יש להכמין עדים למסית לעבודת זרה, כדי למצוא הוכחה להסתה שלו, והעדים באים אחר כך לבית הדין ומעידים ששמעו אותו מסית את זולתו לעבודת זרה. נמצא שהازנת סתר מותרת גם כדי להעמיד דין את המסיע להדיח את הזולת לעבור עבירה".

328. מalias עולה השאלה, האם דין זה של המכמת עדים וההיתר להאזנת סתר, הם חריגים מיוחדים, שנקבעו בדיינית הסתה לעבודת זרה, או שמא יש להם תחולת רחבה יותר?

329. לשון המשנה הנ"ל, "כל חיבי מיתות שבתורה, אין מכמינו עליהם, חז' מזו", לכארה, תומך בפירוש כי לפנינו דין מיוחד, אשר חל רק בעבירות הסתה לעבודת זרה, אשר אין ליישמו ולבצעו ביחס לעבירות אחרות.

אולם, ניתן להבין את דברי המשנה, גם באופן הבא:

ביחס לכל העבירות אין חובה להכמין עדים (ואין לפרש כי אסור להכמין); בעוד שביחס להסתה לעבודת זרה, יש חובה להכמין עדים, כי אנו מוצווים לעשות כל מאמץ כדי להעמיד דין ולהרשיע את מי שמשתית לעבודת זרה.

330. לא אחת הרהרתי, מדוע בכלל קבעה התורה עבירה של עבודה זרה או הסתה לעבודת זרה, והורתה כי עבריינים אלה יישפטו על ידי בית דין של בשר ודם, דהיינו: הסנהדרין, וונשם יהיה מיתה; וכי לא יוכל הקדוש ברוך הוא להעניש, עצמו, את מי שעבד עבודה זרה או מסית לעבודת זרה, ומדווע הוטלה חובת הענישה של עבריינים אלה, על הסנהדרין?

נראה לי, כי הענישה של עובדי עבודה זרה ושל המסייעים לעבודת עבודה זרה, אינה "במקום" העונש שבורה עולם יכול להטיל על מי שאינו עובדו, אלא בוחר לעבודת עבודה זרה. לעניות דעתך הענישה של עובדי עבודה זרה, והסייעים לכך, נועדה גם למטרות חברותיות, דהיינו: לחזק את חישוקי החברה היהודית, ולמנוע מצב של התפוררותה. על כן, המסייע, אף העבד עבודה זרה, מונעים על ידי הסנהדרין, גם בשל הנזק החברתי שיש בעבירה שלהם, שכן ההאזנה למסית, והנכונות של המסייע לעבודת עבודה זרה, ולא כל שכן, ללכתח בדרכיו של המסייע, יפגעו בסולידיריות של החברה היהודית, ויקשו עליה לעמוד, כחומה בצורה ומולכדת, כנגד הגויים מסביב.

בדרך זו, הלא גם פרופ' קירשנבאום, במאמרו הנ"ל. לאחר שהביא את הפסוקים מן התורה, העוסקים בהסתה לעבודת זרה (ספר דברים, פרק יג, פסוקים ז-יב), כותב הוא את הדברים הבאים: (קיירשנבאום, עמ' מה):

"בעיני המחוקק הא-לקי, הרי ההסתה-לעובדת-זורה, היא פשע חמור ביותר. במקביל למורד במלכות, המSTIT חותר תחת אושיותה של החבירה המקראית המסתכמת בפסוק ה' א-לקי ישראל מלך ומלךו בכל משלחה (מתפילה 'מלךויות' בראש השנה). הוא כפו-טובה הבוגד בה' הא-לקים אשר הוציא את עמו מארץ מצרים ופදאו מבית עבדים. יתר על כן, מגונה הוא כי כמו מעשהו של המרגל בן מעשו של המSTIT, בחדרי חדרים הוא נעשה ('בستر') ולא בגלוין; ועוד יותר מסוכן הוא כי דרכו להסתה את חברי וקרובי האינטימיים ('אשר כנפער'), השומרים לו אמונים ואשר מן הסתם לא ימסרוו לשלטונות ולא יעמדו עליו בבית הדין.

אין לתמהה, איפוא, שלפי פשוט של המקראות משתמש כאילו שלא זו בלבד שנדרש המוסת להתגבר על ההסתה; מצווה הוא להרוג את המSTIT ומיד...".

ובהמשך, מסביר פרופ' קירשנבאום, כי למרות שעקרונית נשמרין סדרי הדין התקינים ביחס למSTIT לעבודה זורה, "הסילדה שחשה לו התורה, מתבטאת בשלוש הלכות: א) أماצוי סניגוריה רגילים מנועים ממנו, ב) הגנה מפני סיכונם הכספי של נאשמים איננה חלה עליו, ו-ג) איסור מלכודם של חזודים לא אמר על אוזותינו" (קירשנבאום, בעמ' מט-ג; הוא מפרט והולך את שלוש ההלכות הללו, שם, בעמ' נ-גג).

331. הרב יוסף באב"ד, מחכמי גליציה (1801-1875), מתייחס בספרו מנתת חינוך (על ספר החינוך, מצווה תשבב, ד"ה וכל חיבי מיתות; ס"ק [ט] במחדורות מכון ירושלים), לפרשנותה של משנת מכמינין, ובמסגרת זו, הוא מתייחס לשאלת הצבתי לעיל, בדבר תחולת משנה זו על כלל העבירות או רק על עבירות הסתה לעבודה זורה.

וכך הוא כותב (קטע מתוך הדברים, מובא גם אצל רקובר, שם, עמ' 157):

"וכל חיבי מיתות שבתורה, אין מכמינין להם עדימ, חז' ממסית, שמצווה להכמין לו עדימ. והנה, בכל התורה כולה, בזדאי הורגין אף בהיו עדימ בהכמנה, דלא מצינו שייהה העובר עבירה צרין לראות את העדים, כיוון שהעדים רואים אותו - נהרג. ואי משום התראה, די על פי אישא, ואפילו מפי עצמו. עיין: רמב"ם, פרק יג מסנהדרין, הלכה ב; ובמכוות, דף ו, עמ' ב.

רק אין מצווה להכמין לו ולרדפו, והרבה שלוחים לו יתברך לעונש אותו, וכן [=במסית], מצווה להכמין לו, לרדפו ולהרגו על פי בית דין.

ועיין ברשי", בסנהדרין, דף ח, עמ' ב, ד"ה ושאר כל חיבי מיתות, שכותב: נהרג ללא התראה על ידי הכמנת עדים. נראה מדבריו, דעת ידי הכמנת הוא ללא התראה. ואינו מוכרח. דיקול להיות התראה, אף בהכמנה, על ידי עצמו או על ידי אישא וכו', כאמור במכות, שם. ועיין ברשי", סנהדרין, דף סז, עמ' א, בסוף ד"ה ולא זו, שכותב: כל חיבי מיתות צריכים התראה, וזה נהרג בהכמנה. ובאמת, גם בהכמנה יכולה להיות התראה, רק כאן אין צריך התראה, ונוסף עוד מצווה להכמין, וזה פשוט. ועיין בספר משנת חכמים, סימן כב (יבין שמעה, סק"ב). ועיין ברשי", במשנה, סנהדרין, דף סז, עמ' א, בד"ה אמר לשניים, הן עצמן עושים עדים ואין צריך להתראות בו וכו'. ואני ידוע מلن זה, אך שם בעצם עדים, מכל מקום יכול להיות בהתראה, בין על ידי העדים או

בשאר מיני התרבות,ocr עיון".

332. המשנה לנשא בית המשפט העליון, פרופ' מנחים אלון, מתייחס, בקצרה, לדרך פירוש זו, באומרו (ד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' משה ועקבני פ"ד מב(3) 837** (1988), בעמ' 858 בחתית העמוד - עמ' 859, מול האות א; הדגשות המקורי).

"הՁנת סתר מצויה היא בנסיבות מיוחדות, כגון: לשם יצירת ראות במקרה של עברינות חמורה (מסית וmdiח), שائي - 'מכמינו לו עדים מאחרוי הגדר' (משנה סנהדרין, ז, י), ומורתה היא, לשם יצירת ראות לעניין כל עברינות שהוא (ראה: רבוי יוסף באב"ד, בחיבורו על ספר החינוך, מנוח חנוך, מצוה תשב; לא כך הוא, לכארה, פשיטה של המשנה בסנהדרין שם: 'כל חיבי מיתות שבתורה אין מכמינו עליהם, חז' מזו' (ההדגשה שלי - מ' א'), והדבר צריך בירור).

333. הרב ד'יקובסקי, מתייחס אף הוא לפירושו של המנוח חנוך, אותו הבאת לעיל (ראה פיסקה 324). ואלו דבריו (ד'יקובסקי, בעמ' 302; הדגשות המקורי):

"בעיה הלכתית מסווג אחר, עורר בא כוח המערערת. לפי האמור במשנה בסנהדרין (סז, א), 'כל חיבי מיתות שבתורה, אין מכמינו עליהם, חז' מזו' (עדות של מסית), ומכיון שימוש בהקללה סתר מהו 'הכמתת עדים', הרי שאין להכמין עדים בשום מקרה, פרט למסית.

אולם, נכון בא כוח המשיב בציינו את דברי מנוח חנוך (מצווה תשב):

'כל חיבי מיתות שבתורה, אין מכמינו לו עדים, חז' מסית, שמצויה להכמין לו עדים. והנה בכל התורה יכולה בודאי הורגין, אף בהיו עדים בהכמנה, שלא מצינו שהייה העובר עבירה צריך לראות את העדים. כיון שעדים רואים אותו, נהרג. ואם משומם התרבות... על פי אישת ואפילו מפי עצמו - הווי התרבות'.

כן גם עולה מלשון הרמב"ם (עובדת זורה, ה, ג): 'אם לא רצה המסית להסתית לשניים, מצווה להכמין לו. כל חיבי מיתות שבתורה, אין מכמינו עליהם, חז' מזה'. משמע, שההבדל בין מסית לשאר חיבי מיתות, הוא רק בכלל [צ"ל: בכר] שאצל המסית מצויה להכמין, ואצל שאר חיבי מיתות - רשות להכמין'.

334. מדברי המנוח חנוך, אותו מביא פרופ' רקובר (שם, בעמ' 157, ליד העלה 12), מසיק פרופ' רקובר, כי אלה הם הכללים אשר חלים על הכמנה, תוך התיחסות לדיני הפרטיות והראיות (שם, בעמ' 157):

"נמצא שדברי המשנה האומרת שאין מכמינו לחיבי מיתות אחרים, אין עניינם איסור הכמנה עקב פגיעה בפרטיות, שהרי כפי שאומר ר' יוסף באב"ד, מותר להכמין עדים גם לחיבי מיתות אחרים, מפני שמתרת הכמתת עדים, היא לתועלתו: העמדת העבריין לדין.

יתר על כן, אף אם נפרש את האמור במשנה, 'אין מכמינו', כאיסור, לא יהיה זה איסור בשל פגיעה

בפרטiot, אלא משום שאינו העבריין רואה את העדים".

335. פרופ' קירשנបאים, רואה את הדברים, אחרת. נקודת מבטו היא, האם מותר לרשوت לעורך פועלות מלכוד, כדי לתפוס עבריים, והאם הדברים מתישבים עם דיני התרבות, אשר מטרתם היא לוודא כי האדם מבצע עבירה, רק לאחר שהוא מודיע לכך שהמעשה אסור, והוא מאשר זאת, ואומר: "יודע אני ועל מנת כן, אני עושה". לדעת פרופ' קירשנបאים, דין זה, של התרבות, אינו חל במשפט לעובודה זרה (קיישנបאים, בעמ' נט-ס). אכן, יש חריגים מסוימים שבהם ניתן לחיב עבריים ללא צורך בהתרבות (קיישנបאים מונה יוצאים מן הכלל, בעמ' ס-סב למאמרו), אך מצין, כי "השווואת רשימה דלה זו, אל מול רשימה של 36 חיבי מיתות, ו-207 חיבי מלכות, מראה שאכן הדרישת להתרבות עצמה למיתה, היא התכוונה הדומיננטית של ההלכה היהודית" (שם, בעמ' סב למעלה).

לאור תפיסה הלכתית זו, מוצבת דעתו של בעל המנתה חינוך, כאשר בעיני פרופ' קירשנបאים, היא החrigה, לעומת העמדה של גдолי הראשונים. וכך הוא אומר (קיישנបאים, עמ' סב-סג; ההדגשות במקור):

"יש בין האחרונים הסברים שאין בכלל זה לשום לאל את המילכוד בטכxis משטרתי תקין. אם, כפי שהסבירנו לעיל, אין איסור תורה במילכוד גופא - והבעיה העיקרית היא הניגוד בין פועלות המילכוד ובין דרישת התרבות - הרי כפועל יוצא מסקנה זו יש מסקנה שלישית [בහערה 96, מפנה פרופ' קירשנបאים לדבריו של בעל מנתה חינוך, אותן הבאתו לעיל]: אם ניתן היה לעורך מלכודת הכלולות אף את התרבות העבריין, לא הייתה כל מניעה להכמין עדים כדי לתפסו. לדוגמה: אדם אינו יודע שאורבים לו עדים, הוא עומד לבצע עבירה, ולפי עצם הביצוע הייתה התרבות מפי ידידו, מפי אשתו, מפי עבדו וכד', אפילו שמע קול התרבות ולא ראהו, ואפילו התרבות עצמה [בහערה 97, יש הפניה לרמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יב, הלכה ב], הרי חשוב הוא להרשות משפטית-הלכתית כמו כל עבריין אחר. פירושה המדיוק של לשון המשנה 'כל חיבי מיתות שבתורה אין מכמינו עליהם עדים חז' [מן המסית'] הוא שככל יתר העבירות אין חיוב להכמין; במשפט יש חיוב הלכתי מטעם ולא תחוס עינך עליו ולא תחמול ולא תכסה עליו'.

ואולם, לא כן נראהית דעתם של גдолי רבוטינו הראשונים אשר מפיהם חייה ההלכה. אמנם, גם הם מסכימים שאין איסור במילכוד בתור שכהזה. ברם, אחרת היא גישתם. לפי דעתם לא זו בלבד שנחוץ שיותה העבריין ושיתיר עצמו למיתה או למלכות, קבלת התרבות והתרת-עצמם למיתה חייבות להתקיים בפני עצים אשר נוכחותם ידועה לעבריין. במילים אחרות, על פי תורת המשפט העברי הקלסטי לא די לפועל הפלילית שתכלול את המעשה האסור (אקטוס ריאוס) ואת הזדון (מנס ריאה); כדי להעניש עבריין חיב להיות אלמנט שלישי, מרכיב של מרידנות. לא די שיפעל בזדון (דבר המתואר ע"י התרבות) ובמודעות לעונש הצפוי לו (דבר המתואר ע"י התרבות עצמו למיתה); כדי להענישו עונש מעשי חיב הוא להצהיר על זדון ועל מודעותו בפני שני עדים, עדים אשר הוא רואה ועל נוכחותם הוא ידוע. לפי זה, פירושה המדיוק של לשון המשנה הוא שככל יתר העבירות אין היתר להכמין; במשפט יש היתר כזה.

עד כאן סוגיות המילכוד. אחרת היא בעית ההדחה לדבר עבירה. אם ערכות-מלכודת אין בה משום

איסור הילכתי, הרי ההדחה - נתיעת רעיון העבירה בלב העבירה ופיטויו לה - היא עצמה עבירה הלכתית, או, ליתר דיוק, היא פעולה אשר יש בה כמה וכמה עבירות. (ראיה לכך: אף בסוגיית המסית, בה מצאנו היתר מיוחד להרשעה אדם ללא התראה שלימה, לא מצאנו היתר להדחה; אף בענייני עבודה זרה, אסור להדיח אדם לידי - עבירת הסתה!).

16. מכאן עולה, שעל פי המשפט העברי ה"קלאס" מצווה להשתמש בסוכן מדייך רק בעבירה חמורה של הסתה לעבודה זרה, כלשון המשנה, "**כל חייב מיתות שבתורה אין מכמינו עליהם חוץ מן המסית**" (צוטט לעיל בפסקה 11 וכן בפסקה 318 בפרש בראקן כמצווטט לעיל בפסקה 15). אכן, ההרחבה של בעל מנחת חינוך, מתיחסת לעבירות אחרות שבهن העונש הצפוי הוא מיתה, וביחס אליהן רשאי בית הדין להכמין, דהיינו: להציב סוכן מדייך, אך זו רק רשות.

17. על כל פנים, גם לפि המבחן של מנחת חינוך, גם לפि המבחנים של פרופ' קירשנבאום כמצווטט לעיל בפסקה 14, השימוש בסוכן מדייך מחיב התיחסות לעבירות חמורות, שניתן לגלוthon רק על ידי סוכן מדייך, עקב סודיותה, ובכל מקרה, הסוכן המדייך לודח עברין וכן במעשהיו של הסוכן המדייך משומם פיתוי של אדם נקי שלא היה בדעתו לעשות את המעשה.

18. אם ננים אנו בישמנו את סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המחייב אותן לפעול על פי ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית וodemocratic, הרי על פי המבחנים של המדינה היהודית, המפעילה את המשפט העברי, לא היה מקום להפעיל סוכן מדייך בסביבות תיק זה, לאור הנתונים שהובאו לעיל.

19. במקרה שלנו יש גורמים נוספים המושנים את התמונה, ומחייבים את הסיטואציה, מבחינת העמדה המשפטית הרואה, כלפי הסוכן המדייך.

20. תחליה, לגבי עצם הצבת השוטרים כסוכנים. לא ברור על פי נתוני תיק זה מדוע השוטרים התchapשו דווקא לעربים, כדי ליצור פרובוקציה, בהנחה שהיהודים יפגעו בערכיהם.لاقורה, אם אכן יש טענות על עימותים אלימים בין יהודים וערבים, ניתן אופן (ויתכן כי מבחינה בטיחותית היה עדיף לעשות כן), ליצור מצב שבו השוטרים יתחפשו למתרחלים יהודים, בהנחה שהערבים יפגעו בהם.

21. שנית, המיקום או הצבה של הסוכנים המדייכים היה בנקודה בישוב סוסיא, במקום שבו על פי כל הראות שהובאו לפני בית המשפט, ואשר נקבעו כמקומות עובדיים, מדובר במתקן הנמצא במרחיק קטן מהיישוב סוסיא כאשר הימצאות ערבים שם, קלשון בית המשפט בהכרעת הדין (הסיפה של פיסקה 57), "**מעוררת חשד ומצדיקה הקפאה דחופה של צה"ל, וכי במרחיק מסוים מהישוב אסור אף אחד לשחות על מנת לאפשר לישוב זמן תגובה במקרה של תקיפה**".

22. שלישית, אין כל אינדיקטיה כי היה חשד כלשהו כלפי המערער. מדובר, ככל הנראה, ביצירת מצב, שיש שיתארו אותו כפרובוקציה, כדי שמנהל חמוס מוח או בעל "פטיל קצר" ינסה לגרש את ה"ערבים", וכך "תפס בכף הקלה כתוקפן".

23. רביעית, ו מבחינת זו "הקש שבר אתגב הכל": כאשר הבדיקה דליה הרי סיני בשני גברים בלבוש ערב עט חמור במרחיק 300 מטר מהחווה, הדבר נראה בעיני לא שגרתי וחמור, לאור העובדה כי ילדים מסתובבים שם עם אופניים, נשים עושות שם הליכה, ולפניהם מספר שנים הותקפה בתה מינית באותו מקום. וכן, באה הנקודה החשובה: לאור נתונים אלה, ראתה אותה עדה, "**בנכחותם של ערבים במקום 'אור אדום'**, והתקשרה **למייאל הרבש"**, אשר אמר **שodium על כך מיד לצבא**" (סעיף 58 סיפה להכרעת הדין). גם התצפינית במקום האירוע העידה שערבים במקום זה, הינו אירוע חריג, והוא דיווחה לרבש"ץ על כך. אז, באה הנקודה

המفتעה: גורמי המשטרה והצבא קיבלו את הדיווח של האזרחים על המצב החשוד, אך הם החליטו לא לעשות דבר, לא להסביר לפונם מה קורה ולהמשיך ב"משימה"; זאת, כפי שהUID סמלת החמ"ל מפקדת משמרת הצעפיה בזמן האירוע, כי הייתה "הנחיה שלא לדוח לרשות" על האירוע, על מנת שלא להזכיר אותו" (פסקה 60 להכרעת הדין).

24. עיננו הרואות, כי אין מדובר כאן רק בסוכן מדיח אלא בהכשלת אזרחים רבים, שפנו לגורם השלטוני (רבע"צ/משטרת/צבא), ואלה האחראים, במקומם לשמש מגן ומחסה לאזרחים, ראו את עיקר תפקידם בהמשרת משימת הסוכנים המדיחים, אשר הם עצם הגדרו את משימותם כהצלחה בכך שהם הותקפו (כמפורט בפסקה 60 להכרעת הדין).

25. בנסיבות אלה, כאשר מלכתחילה לא היה מקום להציב סוכן מדיח על פי עקרונות המשפט העברי; וגם אם היינו נוקטים פירוש רחב ולבראלי לעניין זה של סוכן מדיח, הרי התהיפות שבחרו הסוכנים המדיחים ערבים; המיקום של הסוכנים המדיחים סמור לישוב סוציא, שאינו מוגדר ושבאותו אזכור היו עבירות פליליות שבוצעו על ידי ערבים, כולל: תקיפות מיניות; ומעל כל אלה - המשך שהותם של הערבים המוחופשים בנקודה האסטרטגית הנ"ל, כאשר כל הפניות לגורמים הביטחוניים המוסמכים לא הוועלו, יש לראות את פעולות המערער וחבירו כפעולה הנמצאת תחת הדוקטרינה של הגנה מן הצדקה, שאינה מצדיקה הרשעה, ומה"בת - זיכוי.

26. איןני מתעלם, כמובן, מעמדת הפסיקה הישראלית שהכירה בנסיבות מסוימות סוכן מדיח, כפי שהדבר פורט בהרחבה בפסק דין של כב' השופט א' פרוקצ'יה, שדבריה הסכימו כב' השופט עדנה ארבל וכב' השופט יוסף אלון, בע"פ 1224/07 אברהם בלבד נ' מדינת ישראל (2010) (להלן - "פרשת בלבד"). פסק דין זה הזכר וצוטטו ממנו קטע, בפסקה 53 סיפה של פסק דין של בית משפט קמא, וכן בסעיף 43 להודעת הערעור של המערער.

27. אולם עיון מדויק בפסק הדין מגלח, גם לאחר השוואה לשיטות משפט אחרות, המצדיקות, בנסיבות ובתנאים, אי העמדה לדין של נאים עקב פעולותיו של סוכן מדיח (ראה עמדות המשפט האנגלי האמריקאי והקנדי, כפי שננסקרו בפסקאות 68-71 לפסק הדין), את דבריה של השופט פרוקצ'יה, שם, ביחס לדין בארץ, בפסקה 72:

"הגישה הישראלית 'ההיסטוריה' שונה באופן מהותי מהגישה הנהוגת במשפט האמריקאי, האנגלי, והקנדי. על פייה, בדרך כלל, אין במעורבותה של הרשות במעשה העבירה כדי להקים מניעה להעמדתו של אדם לדין. לכל היותר, עשויה מעורבות זו להביא להקלת בעונשו של הנאשם. עם זאת, בהקשרים שונים טוען, כי ראוי לבחון הלהקה זו מחדש (למשל: ישגב נקדימון, הגנה מן הצדקה (מהדורה שנייה, תשס"ט-2009), בעמ' 226-229; עמנואל גרוס, "סוכן מדיח כתענת הגנה במשפט הפלילי, פרק ל', כרך ל' (תשמ"ז) עמ' 132; והכרעת הדין של בית משפט הצדקה, פסקה ז(4)(א)). הלהקה זו ראייה לבחינה מחדש במיוחד לאור התפתחותה של הגנה מן הצדקה, והשתרשותה ההדרגתית בתודעה המשפטית בישראל. אכן, אין להוציא מכלל אפשרות כי תחכנה נסיבות חריגות, שבהן תרומתו של סוכן מדיח מטעם הרשות לביצוע עבירה פלילית תהיה כה מהותית, עד כי יהיה בה כדי להקים לנאים טענת 'הגנה מן הצדקה' אשר בהתקבלה, עשויה היא להביא לביטול האישום נגדו".

28. וכן, בפנינו אותן נסיבות חריגות - שתוארו בהרחבה לעיל - "שבהן תרומתו של סוכן מדיח מטעם הרשות [השורטים שהתחפשו לעربים ליד היישוב היהודי סוסיא] לביצוע עבירה פלילית תהיה כה מהותית, עד כי יהיה בה כדי להקים לנאים טענת 'הגנה מן הצדקה' אשר בהתקבלה, עשויה היא להביא לביטול האישום נגדו".

29. בית משפט קמא לא התעלם מהנתונים שפורטו לעיל. אך, הוא הגיע למסקנה כי אף שמדובר בטענת הגנה מן הצדיק, אין בה כדי "להביא לזכוי הנאשמים, אולם יש להביא בחשבון לעוני העונש" (פסקה 61 סיפה להכרעת הדיון; הקטוע במלואו צוטט בתחילת דעתי, בפסקה 6); ובפועל, בגזר הדיון, קבע בית משפט קמא, כי מאחר ו"יש להביא בחשבון גם את טענת ההגנה העצמית והסוכן המדייח" (סעיף 8 לגזר הדיון, מיום יט בתמוז תשע"ו (25.7.16)), "אני מקבלת את המלצה שירות המבחן ומבטלת את הרשות הנאשם ומטילה עליו שירות לתועלת הציבור בהיקף של 180 שעות...". (סעיף 9 לגזר הדיון הנ"ל).

30. חולוק אני על המשקל שנთן בבית משפט קמא לנתחים העובדיים ולנסיבות, כפי שתוארו לעיל.

31. לטעמי, כמנומך לעיל, מדובר במקרה המצדיק הפעלת הגנה מן הצדיק, לא רק ב"פער" שבין הרשותה, כפי שקבעה השופטת המלומדת, אלא הנתונים הספרטיפיים של תיק זה - על רקע עמדתו העקרונית של המשפט העברי, המחייב חלק מערכיה של מדינת ישאל כמדינה יהודית ודמוקרטיבית - מצדיק זיכוי מלא, כפי שנכתב על ידי כב' השופט פרוקצ'יה, בפרשת בלבד, בפסקה 72 סיפה (כמצוטט בפסקה 25 סיפה לעיל).

32. אין כאן מקום להאריך בשאלת הידועה, בדבר המתח בין "חובتنا היא להגן על כבוד האדם שלא יפגע בידי המתעללים בו, ולעשות כל אשר לאל ידינו לרשות את חוקרי המשטרה מלהציג מטרת חקירתם באמצעות פסולים ונפשעים" לבין "חובتنا היא להילחם בפשיעה ההלכת וגוברת והורשת כל חלקה טוביה במדינה זו, ולמנוע הפקרת שלום הציבור לתעלוליהם של פושעים אלימים" (דברי השופט, כתוארו אז, חיים כהן, בע"פ 183/2007 אבי מידג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533, בעמ' 546-547). הנושא הוכרע, במתן שיקול דעת לבית המשפט, מתי לפסול ראייה, על פי דוקטרינת "פירות העז המורעל" (ע"פ 5121/98 טורי רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי פ"ד סא(1) 461 (2006)).

33. לעומת זאת, המבחנים שנקבעו בפרשת יששכרוב, ושומה בפסקה מАЗ, ביחס עם האימרה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת בלבד, מוליכים למסקנה כי בנתחים המוחדים של תיק זה, והעמדה הערכית ביחס לסתוק מדייח, יש לקבל את ערעור המערער, ולזכותו. לו דעת תישמע, כך יש לעשות.

34. איני יודע מראש כיצד יכريع אב בית הדיון, כב' הנשיא אהרן פרקש, במקרים מסוימים כב' השופט עודד שחם, בנושא המרכז של אי הרשותה או זיכוי.

35. בכלל מקרה, גם אם יצטרף כב' הנשיא לאגדת השופט שחם, בעניין הורתת אי הרשותה על כנה; כי אז יהיה עליו להכיר אם לקבל את ערעור המדינה לעניין גובה העונש ולהחמיר בעונש, בכך שהשל"צ יעמוד על 250 שעות, כהצעת חברי, מול גזר הדיון שקבע 180 שעות. בנסיבות זו, כעמדה חלופית, אני מבהיר כי לשיטתי, לפיה יש לזכות את המערער, לא כל שכן שאין להחמיר בעונש השל"צ. על כן, אם יהיה צורך במנין שופטים לעניין העונש, אבקש לצרף עמדתי לקבוצה המקלה, לפיה ייותרו שעות השל"צ על כנן, ולא יוחמרו (והשווה: סעיף 80(ג)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984]).

36. קראתי את דברי הנשיא, כב' השופט אהרן פרקש. אף שהוא מסכימים ביחס לנתחים העובדיים, לא יכול לקבל את עמדתו ומסקנותו הסופית, שכן, מעבר לכל מה שכתבתי לעיל, יש לזכור כי המערער לא ידע כי הנמצאים בשטח הם שוטרים מוסווים. הוא היה בטוח כי מדובר בסכנה ממשית של ערבים פורעים, לאור ניסיון העבר, והעדר סיוע של הרבש"ץ וצה"ל, על אף הפניות אליהם. כאשר אלה הם הנתחנים הסובייקטיביים, מנוקדת מבטו של המערער, המגובים בנתחים האובייקטיביים, לא יכול לתת ידי לתוצאה אחרת, זולת זיכוי מלא של המערער. קשה לי להשלים עם המצב שנוצר - בעקבות עמדת הרוב - לפיו אזרח ישראלי יועמד לדין פלילי במדינה ישראל, מדינה יהודית ודמוקרטיבית, ובנסיבות הללו לא רק שלא יזכה, אלא גם שתקופת השל"צ תוגדל

בכמעט מחלוקת.

אך, מה לעשوت, כפי שנאמר במקורותינו "חברי רבו עלי", והדין נפסק כדעת הרוב, כאמור בסעיף 80(א) לחוק בת' המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

אף על פי כן, לא מנعني מלהביע את דעתו (ואפילו בהרחבה-מה), למרות שהוא דעת המיעוט - כאשר בפועל מחייבת דעת הרוב, כאמור בסעיף 80(א) לחוק בת' המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 - וזאת כדי לקיים את דברי המשנה, במסכת עדויות, פרק א, משנה ה:

**"ולמה מזכירים דברי היחיד בין המרוביין, הוואיל ואין הלכה אלא בדברי המרוביין?
שאם יראה בית דין את דברי היחיד, יוסמוך עליו ...".**

בלשון דומה, מובאים הדברים בתוספתא, מסכת עדויות, פרק א, הלכה ד:

"ר' יהודה אומר: לא הוזכרו דברי היחיד בין המרוביים, אלא שמא תיצרך להן שעה, יוסמכו עליהם".

התוספתא מובאת על ידי השופט - לימי, מ"מ הנשיא - חיים כהן, בבג"ץ 228 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, ירושלים, פ"ד י"ח(4) 141, בעמ' 156, בין האותיות ד-ה (1964).

התוספתא, המשנה, ומקורות נוספים, באותו כיוון, הובאו על ידי השופט - שאף הוא, לימי, מונה כמשנה לנשיא בית המשפט העליון - מנחם אלון, בד"נ 13/86 אליעזר הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה(2), 785, בעמ' 796, מול האותיות ד-ה (1981).

על סוגיה זו, בכללותה, על רקע דין נרחב ומקיף בעצם הרעון של קיומ חילוקי דעתות בהלכה יהודית, ראה את ספורם של פרופ' חנינה בן מנעם, פרופ' נתן הפט וד"ר שי זונר, המחלוקת בהלכה (שלושה CRCIM, תשנ"ב, תשנ"ד, תשס"ג).

**משה דרורי, שופט
סגן נשיא**

הנשיא א' פרקש:

עינתי בחוות דעתם של שני חברי, סגן הנשיא השופט דרורי והשופט שחם, ואני מסכים עם פסק דיןו של חברי השופט שחם על שני החלקים, היינו - דחית ערעורו של המערער וקבלת חלקית של ערעור המדינה מהטעמים המנוונים בחוות דעתו. נוכח הקביעה הנוספת של ביצוע עבירה בצוותא, אני מסכים להעמדת היקף השעות של ביצוע השל"צ על 250 שעות.

אבקש להוסיף. כפי שראו את הנושא שני חברי, כי התנהלות המשטרה במקרה זה, כאשר שני שוטרים התchapשו לעربים פלסטינים תושבי האזור והגיעו למקום בו שהו, יש בה מימד בעייתי. לשיטתי, ראוי לשקל אם יש כל מקום

להמשיך ולנהוג כך. על אף זאת, אין סבור כי יש בכך כדי להצדיק את התנהוגותם של המערער וחבריו. השוטרים המחופשים היו במרחך של כמה מאות מטרים מהיישוב סוסיא ומהחוותה בה היו המערער וחבריו. כפי שנקבע, לא נשקפה מהשוטרים הללו סכנה מיידית. השוטרים היו בשדה פתוח ולא הראו סימנים להתקפות, או לגרימת סכנה לשוהים בחווה, או ביישוב סוסיא. עיר אמי לתחשوت ולהחשש שהיבינו המערער וחבריו, חשש שהגיע על רקע אירועי עבר, בהם הותקפו תושבים של היישוב שעברו בסמוך למקום שבו הם השוטרים המחופשים. חשם זה גבר במיוחד שעה שהודיע לצבא פעמים על שהותם של "התושבים הערבים" במקום, וחילום לא הגיע למקום לבדוק את הדיווח שהועבר. כאמור, גם בנסיבות אלה לא ראייתי הצדקה לתקיפתם של השוטרים על ידי המערער וחבריו.

אהרן פרקש, נשיא

התוצאה של כל האמור היא, על דעתם של הנשיא וכब' השופט שחם בניגוד לדעתו של סגן הנשיא השופט דרורי, כי ערעור המדינה נדחה בעיקרו (למעט ההתאמה בהיקף השל"צ, והעמדתו על 250 שעות, כמפורט לעיל), וערעור המערער נדחה.

השל"צ יבוצע בהתאם למפורט בתסaurus שירות המבחן, דהיינו ביצוע במסגרת מינהל קהילתי אזרחי גוש עצין בתפקיד שמירה בחווה בלילה וסיום בהדרכה חוקלאית לבני נוער, כאשר הפיקוח יעשה על ידי שירות המבחן למבוגרים.

כל שיהי נדרש בשינוי מקום ביצוע השל"צ, שירות המבחן יהיה רשאי לעשות זאת, ועליו לדוח על כך לבית משפט השלום.

בית משפט השלום יהיה הערכתה המוסמכת לדון גם בכל עניין אחר, הנוגע ושל"צ.

על אף המחלוקת בין השופטים, אמו כולנו מסכימים כי פסק הדין ישלח למפק"ל המשטרה, כדי שיופקו הלקחים מפרשה זו, לצורך ישומם למקרים דומים או קרובים, בעתיד.

המציאות תשלח העתקים לבאי כוח הצדדים.

ניתן היום, כ"ט אב תשע"ז, 21 אוגוסט 2017, בהעדר הצדדים.

עודד שחם, שופט

משה דרורי, סגן

נשיא

אהרן פרקש, נשיא

[אב"ד]