

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייט

ע"פ 7894/03

ע"פ 5067/04

ע"פ 5079/04

בפני :
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט ד' חשין

המערער בע"פ 5079/04 :
המערער בע"פ 7894/03 :
נשרין מסראווה
ג'האד ג'באר

נ ג ד

המשיבה בע"פ 5079/04 ובע"פ :
7894/03 :
מדינת ישראל

המערער בע"פ 5067/04 :
מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבה בע"פ 5067/04 :
נשרין מסראווה

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א-יפו
מיום 12.6.03 בתפ"ח 1208/01 שניתן על ידי כבוד סגן
הנשיא ד' בר-אופיר והשופטות ש' ברוש, ש' דותן

תאריך הישיבה :
א' בחשון תשס"ז (23.10.06)

בשם המערער בע"פ 7894/03 :
עו"ד ירון דוד

בשם המערער בע"פ :
5079/04 :
עו"ד חגית לרנאו ; עו"ד איילת עוז

בשם המשיבה בע"פ 7894/03 :
ובע"פ 5079/04 והמערער
בע"פ 5067/04 :
עו"ד דפנה ברלינר

פסק-דין

השופט ד' חשין:

"וַיְהִי בְּהֵיטֹם בְּשָׂדֶה, וַיָּקָם קִין אֶל-הֶבֶל אָחִיו וַיַּהַרְגֵהוּ" (בראשית, ד, ח).

"רבי צדוק אומר נכנסה שנאה גדולה בלבו של קין ...
שהיתה תאומתו של הבל יפה בנשים וחמד אותה בלבו
שנאמר ויהי בהיותם בשדה ..." (ילקוט שמעוני,
בראשית, רמז, לח).

1. לפנינו שלושה ערעורים הנוגעים לפרשה אחת, שנדונה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד סגן הנשיא ד' בר אופיר והשופטות ש' דותן וש' ברוש). במרכז הפרשה עומד הרצח של הייתם מסראווה (להלן – הייתם או המנוח) בידי אחיו, אסעד אנקר מסראווה (להלן – אסעד). הרצח אירע, כך נקבע, על רקע מערכת יחסים אינטימיים בין אשתו של המנוח, נסרין מסראווה (להלן – נסרין או המערערת), לבין אסעד אחיו.

כתב האישום הוגש נגד שלושה: אסעד, חברו ג'יהאד ג'אבר (להלן – ג'יהאד) ונסרין. אסעד וג'יהאד הואשמו בעבירה של רצח בכוונה תחילה, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין). נסרין הואשמה בנסיון לרצח, עבירה לפי סעיף 305(2) לחוק העונשין, ובשידול לרצח, לפי סעיף 300(א)(2) בצירוף סעיף 30 לחוק. בתום שמיעת עדי התביעה (27.11.02), משבחר אסעד שלא להעיד, הופרד הדיון בעניינו והועבר בפני מותב אחר. בהמשך מהלך המשפט (ביום 31.3.03) הורשע ג'יהאד בסיוע לרצח, לאחר שחזר בו מכפירתו במסגרת הסדר טיעון והודה בכתב אישום מתוקן. עונשו נגזר (ביום 12.6.03) לשתיים-עשרה שנות מאסר בפועל ושנתיים נוספות על-תנאי. לאחר שמיעת הראיות כולן, נסרין הורשעה (ביום 15.2.04) בשתי העבירות שיוחסו לה בכתב האישום המתוקן בשנית, והושתו עליה (ביום 18.4.04) שש-עשרה שנות מאסר בפועל. להשלמת התמונה יצוין, כי ביום 5.7.04 הורשע אסעד (בתפ"ח 1220/02) בעבירה של רצח בכוונה תחילה והוטל עליו עונש של מאסר עולם, וביום 9.1.08 נדחה ערעורו בידי מותב אחר של בית משפט זה (ע"פ 7702/04).

שלושה הם המערערים לפנינו. ג'יהאד מערער על גזר דינו (ע"פ 7894/03). נסרין מערערת על הרשעתה, ולחלופין, על חומרת עונשה (ע"פ 5079/04). המשיבה בשני ערעורים אלה (להלן – המדינה) מערערת על גזר הדין בעניינה של נסרין (ע"פ 5067/04).

עובדות שאינן במחלוקת

2. נסרין והייתם היו נשואים זו לזה במשך 12 שנה, ולהם שלושה ילדים. הם התגוררו בבית הוריו של הייתם, שם גר גם אחיו הצעיר, אסעד. בתקופה שקדמה לרצח החלה להתפתח מערכת יחסית קרובה, שפרטיה שנויים במחלוקת, בין נסרין לבין אסעד, גיסה. במהלך תקופה זו, חפצה נסרין להביא לכך שהייתם יירדם במהלך נהיגה, במטרה לגרום לתאונת דרכים שבה ייפגע. לשם כך מהלה כדורי שינה בתה שהגישה לו בביתם. הייתם חלק את התה עם אמו, שניהם נרדמו בביתם, ולא נגרם נזק לאיש.

בחודש נובמבר 2001, או בסמוך לכך, פנה אסעד לג'יהאד, חברו, וסיפר לו על כוונתו לרצוח את אחיו. בעקבות זאת, ביום 20.11.01, סיפק ג'יהאד לאסעד אקדח, הדרך אותו כיצד להשתמש בו והשניים אף ביצעו ניסויי ירי. יום לאחר מכן (21.11.01), הגיעו אסעד וג'יהאד לבית הוריו של אסעד, כשברשותם האקדח, במטרה לבצע את הרצח. בשעה 20:00 יצא הייתם מהבית, נכנס לרכבו ונסע לרכוש תרופה לבנו. אסעד וג'יהאד עקבו אחרי ברכב של אסעד, כשג'יהאד הוא שנוהג. בדרך, בסמוך לצומת טייבה-טירה, הורה אסעד לג'יהאד להתקרב לרכבו של הייתם ולאותת לו באורות לעצור בצד הדרך. ג'יהאד עשה כדבריו, ובעקבות זאת עצר הייתם בשולי הדרך. ג'יהאד עצר בסמוך. אסעד יצא, ניגש לרכבו של הייתם, החל לשוחח עמו דרך החלון, ובשלב מסוים שלף את האקדח וירה לעבר אחיו, מטווח קצר, ששה כדורים שפגעו בראשו, בצווארו, בחזהו, בגבו ובזרועותיו. כתוצאה מהירי נפגע הייתם אנושות ונפטר במקום. אסעד שב לרכב ונמלט יחד עם ג'יהאד. בדרכם הטמינו את האקדח במקום מסתור, ולאחר מכן שטפו את הרכב, במטרה להסיר ממנו בוך שדבק בו בעת ביצוע מעשיהם ולהקשות בכך על תפיסתם.

כתב האישום

3. מעבר לעובדות המתוארות, שאינן שנויות במחלוקת, נטענו בכתב האישום המתוקן העובדות הבאות: מערכת היחסים שנרקמה בין נסרין לבין אסעד הייתה "אינטימית"; השניים קשרו קשר לרצוח את הייתם, לזכות בכספי ביטוח החיים שלו, בסך 1,628,465 ש"ח, ולהינשא; השניים שקלו דרכים שונות להביא למותו, ביניהן גרימת נזק לבלמים ברכבו; נסרין השיגה עשרות כדורי שינה במטרה למהול אותם במשקה שיוגש לבעלה, כדי שיירדם בעת שהוא נוהג ברכבו ויגרום לתאונה שבה ימצא את מותו; נסרין הפצירה באסעד למצוא דרך "להיפטר" מאחיו הייתם, הציעה לו שימצא מישור "שיעשה את העבודה", והבטיחה לו כי תינשא לו וכי יוכל לבנות את ביתו בכספי הביטוח. כמו כן, לפי כתב האישום, פניית אסעד לג'יהאד, כשהוא מספר לו אודות כוונתו לרצוח את אחיו, נעשתה בעקבות הפצרותיה של נסרין.

הכרעת הדין בעניינה של נסרין

4. בהכרעת דינו, עמד בית המשפט על השינויים שחלו בגרסתה של נסרין אודות אירוע הרצח של בעלה. תחילה סיפרה לחוקרים כי הופתעה, כי אינה מבינה מדוע נרצח וכי אילו הייתה יודעת שיש למאן שהוא משהו נגד בעלה, הייתה מעדיפה להירצח במקומו. בהודעתה הרביעית, לעומת זאת, כבר חשפה את יחסיה עם אסעד, גיסה, וסיפרה כי הלה הגה את הרעיון להרוג את הייתם, "בגלל שהוא אהב אותי, ורצה אותי בכל מחיר", וכדי שיוכל לחיות עמה ועם ילדיה. לדבריה, כשאסעד היה אומר לה כי ירצח את בעלה, שימח אותה הדבר, משום שבעלה נהג להתעלל בה, ואולם, לאחר מכן, משהבינה שאסעד רציני בכוונותיו, דרשה ממנו שלא לעשות כן. היא סיפרה עוד, כי ידעה שאסעד מתכנן לשכור רוצחים, וכי הסתייגה מדרך פעולה זו. בעדותה בבית המשפט סיפרה נסרין כי פיתחה קשר חם עם אסעד, אך לא היה ביניהם מגע מיני. בעדותה הכחישה כי אמרה לאסעד להרוג את בעלה, וטענה כי גם אם אמרה שברצונה להרוג אותו, לא התכוונה לכך.

בית המשפט התרשם כי בהודעותיה הראשונות במשטרה ניסתה נסרין להטעות את חוקריה ולהרחיק עצמה מכל קשר קרוב עם אסעד. מצב דברים זה, קבע, שוקל נגדה ומצביע על תחושת אשמה. בית המשפט הוסיף, כי באחת מחקירותיה המוקלטות התגלתה נסרין "כאישה חזקה שמתמודדת עם חוקריה בביטחון עצמי בולט, בקור רוח ובתשובות קצרות וחדות שיש בהן כפירה בביצועו של מעשה פלילי כלשהו". עוד הוסיף בית המשפט, כי בעדותה ניסתה נסרין "לתקן" ולמתן את אמרותיה במשטרה בדבר רצונה וכוונתה להמית את בעלה.

בית המשפט קבע כי נסרין רצתה במות בעלה, כי עודדה, שידלה ודירבנה את אסעד לבצע את הרצח, וכי הייתה "הרוח החיה שמאחורי הרצח". נקבע כי בין נסרין לאסעד התקיימה מערכת יחסים מיניים, שהיוו "חלק ממהלך השליטה, השידול והפיתוי שהפעילה נסרין כלפי גיסה", והיו "מחיר שהייתה מוכנה לשלמו כדי לחסל את בעלה". נקבע עוד, כי הרצח "נבע משידוליה של נסרין, והוא קשור בקשר אמיץ לאיבתה לבעלה כמו גם למערכת היחסים המסובכת שבינה לבין אסעד". בית המשפט הוסיף וקבע, כי יום לפני הרצח, ואף באותו יום, נסרין ניסתה אמנם, לפחות כלפי חוץ, להניא את אסעד מלבצע את הרצח; אך משראתה כי הוא נחרץ, הייתה צריכה לפנות למשטרה ללא כל דיחוי וגם להודיע לבעלה על הצפוי לו; ומשלא עשתה כן, פירושו של מחדל זה הוא שהשלימה עם המעשה הצפוי ואף רצתה בו.

בית המשפט דחה את טענותיה של נסרין בדבר התנהגות מינית חריגה של המנוח ובדבר התעללותו המינית בה בזמן נישואיהם, בציינו כי מלבד עדותה של נסרין בעניין זה, אין כל ראיה לכך, ואין כל סימוכין משכנעים לכך שהייתה "אישה מוכה" שנפלה קורבן לאלימות מצד

בעלה. כן דחה את הסברה לרצח בעלה, לפיו היה הלה מעורב בגילוי עריות עם אחת מאחיותיו. נקבע כי אף כאן לא הובאה כל ראיה מלבד טענותיה של נסרין בעניין.

5. אסעד, שמשפטו הופרד לבקשת התביעה, לאחר שסירב להעיד להגנתו, העיד בסופו של דבר מטעם התביעה. בית המשפט קבע כי אפשר היה להעידו, חרף טענת ההגנה בדבר אי העדת שותף בטרם הסתיים משפטו שלו (בהתאם להלכת ע"פ 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 477; להלן – הלכת קינזי). בית המשפט נימק החלטתו בכך שבתחילת החקירה הייתה שמורה בלבו של אסעד פינה חמה לנסרין, כך שלא היה לו עניין להטיח בה אשמת שווא, ובכך שלא ציפה לטובות הנאה במשפטו שלו, לאחר שהובהר לו כי לא ייעשה הסדר טיעון בעניינו.

אסעד העיד על יחסיו עם נסרין ועל ההשפעה שהייתה לה עליו, ועדותו היוותה נדבך מרכזי להרשעתה של נסרין בעבירות שיוחסו לה. בין היתר העיד, כי היה מצוי בקשר רומנטי עמה, היה מאוהב בה, עשה כל מה שאמרה לו לעשות, ובלשונו: "היא הייתה בשבילי משהו גדול, משהו קדוש". מעדותו עלה, כך קבע בית המשפט, כי נסרין הגתה את הרעיון לרצוח את הייתם בעלה, והביאה את אסעד בהפצרות ובשכנועים לביצוע הרצח, ובכלל זה באמצעות הבטחות של כסף מהביטוח ובהבטחה לקירבה אישית.

בית המשפט מצא חיזוקים שונים לעדותו של אסעד. הוא מצאם, בין היתר, בשיחות הטלפון הרבות שנערכו בינו לבין נסרין ביום הרצח; בעדויות בני משפחתם של אסעד והמנוח בדבר השפעתה של נסרין על אסעד ובדבר התנהגותה בזמן האבל, התנהגות המאפיינת מי שרצתה במות בעלה ולא מי שבאמת אבלה על מותו; בעדויות בני משפחה בדבר גירוש של נסרין מביתם על-ידי המנוח, בעקבות חשדו כי היא מנהלת רומן עם אחיו הצעיר, וזאת בניגוד לגרסת נסרין, לפיה עזבה את הבית מרצונה; בביטוח החיים של המנוח, שנסרין ידעה עליו עוד בחייו; בהתנהגותה הנחפזת והמפלילה לברר את פרטי הביטוח ימים אחדים לאחר הרצח; ובמכתב שנסרין כתבה לאסעד, בו הביעה, בין השאר, את אהבתה אליו, את תקוותה כי "יוציא אותה חפה מפשע" ויעיד לטובתה במשפט, ואת השנאה הרבה שהיא עלולה לרחוש כלפיו אם יאכזבנה.

6. בהתאם לממצאיו האמורים, קבע בית המשפט כי נסרין עונה על ההגדרה של "משדלת", הן מבחינת "היסוד הפיזי" והן מבחינת היסוד הנפשי. בית המשפט קבע כי אין הכרח שהשידול יתייחס לכל פרטי הביצוע, אלא די בכך שהמשדל יקבל תמונה כללית של מה שהמשדל מעוניין שיבוצע. כן קבע, כי החלטתו של אסעד לבצע את העבירה לא הייתה קיימת בליבו לפני השידול. בית המשפט הטעים, כי נסרין צפתה את התוצאה הקטלנית, ואף רצתה בה. הוא דחה את טענת ההגנה לפיה הייתה השפעה הדדית בין אסעד לבין נסרין, בציינו כי "אסעד

הצעיר היה נתון להשפעתה של הנאשמת במידה כמעט מלאה, בעוד שהשפעתו עליה הייתה (אם בכלל) השפעה מינורית ובלתי ניכרת.

7. באשר לעבירה של נסיון לרצח, שגם בה הורשעה נסרין, התבסס בית המשפט על דבריה בהודעתה, שעליהם חזרה גם בעדותה, ולפיהם הייתה שותפה עם אסעד במהילת כדורי שינה בתוך קנקן התה שממנו שתה המנוח. בית המשפט העדיף את תשובתה לכתב האישום בעניין זה, לפיה היא זו שמהלה את הכדורים בתה, ולא אסעד (בניגוד לגרסתה בעדותה). בית המשפט קבע כי מעשיה אלו של נסרין עברו את שלב ההכנה, והוסיף כי בליעת כמות של עשרה כדורים יש בה כשלעצמה כדי להביא למותו של אדם. בית המשפט הזכיר בעניין זה כי בהיותה אחות מעשית בבית חולים ומשתמשת בכדורי שינה לצרכיה, ידעה נסרין על השפעה זו. עם זאת, קבע בית המשפט כי כוונת נסרין לא הייתה שבעלה ימצא את מותו באופן ישיר מן הכדורים, כי אם בתאונת דרכים שתגרם לו, לאחר נטילת הכדורים, בשל תרדמה ובלבול תוך כדי נהיגה. טענתה של נסרין, כי כל שרצתה היה שבעלה ייפצע בתאונת דרכים, אך לא ייהרג, נדחתה. את קביעתו כי נסרין פעלה בכוונה להביא למותו של הייתם, בעלה, עיגן בית המשפט, בין השאר, באמרות שונות מפי נסרין, מהן עולה שרצתה לגרום למות בעלה ושהיא עצמה תהא זו שתהרוג אותו. בית המשפט דחה בעניין זה את טענת ההגנה, לפיה אסעד עצמו סבר כי הרדמת הייתם ואמו נועדה אך כדי לאפשר לו ולנסרין להתייחד. נקבע בעניין זה, כי אין רלוונטיות לסברותיו של אסעד, וכי מחשבה פלילית ליוותה את פעולתה של נסרין.

עיקרי טענות הצדדים לעניין הרשעתה של נסרין

8. נסרין מערערת הן על הרשעתה בשידול לרצח והן כנגד הרשעתה בנסיון לרצח. טענתה העיקרית הינה, כי שגה בית המשפט את הרשיעה בשידול, וכי בנסיבות העניין אפשר היה, לכל היותר, להרשיעה בקשירת קשר לביצוע פשע. בעמדה על ההבחנה שבין שידול לבין קשירת קשר, טוענת היא כי הראיות הולמות יותר את האפשרות השנייה. כך, משום שקשה לראות באסעד דמות של משודל הזקוק להנעה מנטאלית חיצונית; כך, משום שהמניע לרצח היה הדדי, הן של נסרין והן של אסעד, ומניע זה מלמד על ההדדיות בהכנה הנפשית לקראת ביצוע הרצח; כך, משום שייתכן כי לאסעד היה מניע אישי לרצח, והוא, חששו שנסרין רוצה לחזור לבעלה ושאיתו למנוע זאת; כך, נוכח דבריו של אסעד, לפיהם הוא ונסרין דנו במשותף באפשרות לסיים את חיי המנוח, כשגם הוא (אסעד) העלה רעיונות ותרם תרומה ממשית במזימת הרצח; כך, משום שמנוסח כתב האישום עולה כי בין נסרין לאסעד לא התקיימו יחסי "משודל-משודל" אלא יחסים של קושרי קשר; וכך גם משום שלפי כתב האישום לא הייתה המערערת במעגל החיצוני של ביצוע העבירה, אלא שבשונה מאסעד, עצרה בשלב הדמיון והמחשבה, ונסוגה כשהמזימה הפכה למוחשית.

המערערת טוענת, כי לא התקיים היסוד העובדתי הנדרש לשידול, באשר אסעד כלל לא היה "בר-שידול". לטענתה, מחומר הראיות עולה שאסעד הינו "אדם אלים, חסר גבולות וכוחני", שנהג באלימות כלפי בני משפחתו ואף איים כבר בעבר על אחיו הייתם ברצח, כך שלא היה זקוק להנעה חיצונית כדי להחליט לבצע את מעשה הרצח. כן היא טוענת, כי היסוד הנפשי הנדרש – מטרת המשדל כי העבירה תבוצע על כל יסודותיה – לא התקיים אף הוא. לדבריה, העובדה שהורתה לאסעד באופן חד-משמעי לחדול ממעשיו ולא לבצע את הרצח מהווה ראיה ברורה לכך שלא חפצה במותו של בעלה. היא מוסיפה, כי גם אם נהנתה לחשוב על אפשרות מותו, הרי שבכל אחת מהפעמים שבהן חרגה אפשרות זו ממתחם המחשבה והדמיון אל עבר המעשה, נסוגה מהתכנית. המערערת תומכת טענתה זו בכך שגם אסעד סיפר כי הייתה אמביוולנטית בנושא. המערערת טוענת עוד, כי תכניתה לבצע את הרצח עם אסעד לא התרחשה, והתכנית שהתבצעה בסופו של דבר, כמו גם היחסים בין ג'יהאד לאסעד, כלל לא היו קשורים בה ולא היו ידועים לה.

המערערת סבורה כי בית המשפט שגה בעת שאימץ את עדותו של אסעד. לדידה, בית המשפט שגה כבר בכך שאיפשר להעיד את אסעד בטרם הסתיים משפטו, בניגוד להלכת קינזי, אף שנסיבות המקרה הינן בגדר "הגרעין הקשה" של המקרים בהם צריך היה להחילה. לטענתה, הרציונאל העומד בבסיסה של הלכה זו הינו הזכות לקיום הליך הוגן לנאשם, ומניעת אינטרס של שותפו לגולל עליו את האשמה, תוך הקטנת חלקו הוא. כן היא טוענת, כי עדות שותף במשפט עלולה להיות נסיון למעין "חזרה כללית" לקראת עדותו במשפטו שלו. לטענת המערערת, רציונאל זה התקיים בענייננו, משהתגלה כי קו הגנתו של אסעד במשפטו התבסס על הצגתו כתלתי וחלש לעומת נסרין, המניפולטיבית והשולטת במהלכים, תוך העלאת טענה מצדו לענישה מופחתת, לפי סעיף 300א(א) לחוק העונשין. לשיטת המערערת, הימנעות בית המשפט מלהחיל את הלכת קינזי במקרה זה, יצרה "כשל אינהרנטי" שאינו ניתן לריפוי. לאור זאת, ובהתחשב באינטרסים המגמתיים העומדים בבסיס עדותו של אסעד, כמו גם בקביעות המהימנות השליליות לגבי עדותו של אסעד במשפטו שלו, כך המערערת, לא צריך היה ליתן משקל מכריע לעדות זו.

בנוסף, טוענת המערערת, כי שגה בית המשפט עת הסתמך על עדויות בני משפחתם של אסעד והמנוח. המערערת מטעימה, כי אינה מבקשת להטיל דופי בעדים אלה, אלא סבורה כי בנסיבות הפרשה, אך טבעי הדבר שיתמודדו עם אסונם תוך פירוש המציאות באופן המפחית מאשמתו של אסעד, בן משפחתם, ותוך השחרת פניה של נסרין, "האשה הזרה שאינה קרובה אליהם קרבת דם". לתמיכה בטענתה זו, מוסיפה המערערת כי בני המשפחה שינו מגרסאותיהם באופן מהותי, ואימצו בסופו של דבר גרסה משותפת. כך כדוגמה, לטענתה, הם גרסו תחילה כי נסרין עזבה את ביתם מרצונה, ולאחר מכן טענו כי הייתם הוא שגירש אותה. כך גם, לדבריה,

התלוננו תחילה על אלימותו של אסעד וחלקם אף סיפרו כי הם מפחדים שיפגע בהם, ולעומת זאת, ריככו דברים אלו בעדותם והאשימו את נסרין בהתפרצויותיו האלימות של אסעד.

9. באשר להרשעתה בנסיון לרצח, סבורה המערערת כי מעשיה לא עברו את שלב ה"הכנה". לדידה, טשטוש חושיו של הייתם באמצעות כדורי שינה לא היה אלא שלב אחד במזימת הרצח, כשלאחריו נסרין לא ניסתה להעיר את בעלה, לא ניסתה לגרום לו לנהוג ואף לקחה לו את המפתחות, כך שמעשיה לא היו יכולים להביא למותו. לשיטתה, הדבר משול לאדם הדורך את אקדחו מתוך כוונה לגרום למותו של אחר, אך לא מבצע את הפעולה של לחיצה על ההדק. המערערת מוסיפה, כי עצם מתן כדורי השינה לא העמיד את המנוח בסכנה.

לטענת המערערת, אירוע זה של מהילת כדורי השינה מצביע דווקא על האמביוולנטיות והגבולות שלה, ומשליך גם על שאלת השידול: הגם שחפצה במות בעלה ואף רקמה מזימות עם אסעד, ברגעי האמת בחרה פעם אחר פעם לסגת ולא לבצע את הרצח.

10. המדינה סבורה, לעומתה, כי דין טענותיה של המערערת נגד הרשעתה – להידחות, וככלל, היא סומכת את ידיה על נימוקי הכרעת הדין.

לטענתה, בית המשפט נתן אמון בגרסתו של אסעד, והשידול שבו הורשעה המערערת נסמך על גרסה זו, כמו גם על דברים שאמרה המערערת עצמה. המדינה טוענת כי גם ערב ביצוע הרצח לא התחרטה על כך המערערת, ולא ניסתה כלל להניא את אסעד מן המעשה, אלא רק לדחות את ביצועו. המדינה מדגישה את המניע הכלכלי שהיה למערערת בביצוע הרצח, הלוא הוא כספי ביטוח החיים של המנוח.

גם באשר לעבירה של נסיון לרצח, סומכת המדינה על נימוקיו של בית המשפט, ומטעימה כי מתן כדורי השינה למנוח יצר פוטנציאל סיכון, ללא קשר למינון, כך שמתקיימים תנאי סעיף 305(2) לחוק העונשין, שלפיו הורשעה המערערת.

הרשעתה של נסרין – דיון

11. פתח דבר אומר, כי לא ראיתי מקום להתערב בממצאיו העובדתיים של בית המשפט קמא ובמסקנה המרשיעה העולה מהם, לפיה נסרין ביצעה את העבירות שיוחסו לה.

עדותו של אסעד על רקע הלכת קינזי וביטולה

12. העובדה שאסעד העיד בטרם הסתיים משפטו, אין בה כדי לשלול מניה וביה את מהימנות עדותו, המפלילה את נסרין. זאת, בין היתר, לאור הרציונאליים שדחקו לביטולה של הלכת קינזי, ובשים לב במיוחד לנסיבות המקרה שלפנינו.

13. בית משפט זה דן לא מכבר בהלכת קינזי, לפיה שותף לעבירה שעומד לדין במשפט נפרד לא יעיד נגד שותפו אלא רק לאחר שמשפטו שלו הסתיים. בפסק דין מקיף שניתן לאחרונה, בהרכב מורחב, עמד בית משפט זה על הטעמים שעמדו מאחורי הכלל הדיוני האמור, שנקבע בהלכת קינזי. בית המשפט הבהיר כי אין מדובר בביטוי לזכות מהותית, וכי הטעמים שביסוד הלכת קינזי הינם רק חלק ממכלול של זכויות ואינטרסים העומדים בבסיס ההליך הפלילי. כך, למשל, בלשונו של השופט לוי:

”הזכות להליך הוגן, ככל זכות יסוד, אינה זכות מוחלטת. היא מוצאת את מקומה לצדם של זכויות ושל אינטרסים נוגדים. כאלה הם האינטרס בדבר יעילותו של ההליך הפלילי, היכולת למצות את הדין עם מי שחטא בביצוען של עבירות, החתירה לגילוי האמת, ניצולם הנכון של משאבי המערכת המשפטית, ניהולם המושכל של ההליכים, והרצון לעשות צדק עם מי שעל כורחם היו לקורבנות של מעשי עבירה. בגדרו של ההליך הפלילי מתחייבת מציאתו של איזון ראוי בין מכלול הזכויות והאינטרסים המעורבים” (בג”ץ 11339/05 מדינת ישראל נ’ בית המשפט המחוזי באר-שבט, ניתן ביום 8.10.06 (להלן – בג”ץ 11339/05), פסקה 26 לחוות דעתו).

וכך גם מפי השופטת פרוקצ'יה:

”הדיון המחודש בסוגיית חלוקתה של הילכת קינזי מצריך איזון מורכב בין ערכים מתנגשים ... ההתנגשות הערכית האמורה קיימת בהחלטה של הילכת קינזי; היא קיימת בעוצמה דומה גם בביטולה. המענה להתנגשות זו הוא בשיקלול הערכים המתנגשים ובמציאת נקודת איזון אשר תיישב ביניהם בדרך של מיצוי יתרונותיהם היחסיים, תוך גריעה יחסית ככל הניתן, של חסרונותיהם” (שם, פסקה 1 לחוות דעתה; וראו גם פסקה 14 ואילך לחוות דעתה, שם עמדה השופטת פרוקצ'יה על האינטרסים הנוגדים מבחינת הנאשם עצמו).

במסגרת ההלכה החדשה נקבע כלל מנוגד להלכת קינזי. כל שבעת חברי המותב הסכימו כי יש לשנותה, ולקבוע תחתיה כלל הפוך, כשהדעות נחלקו ביניהם בשאלה של מידת החריגה מהכלל (כלומר, היקף המקרים שבהם תדחה הערכאה הדיונית את עדות שותפו של הנאשם עד לסיום משפטו של השותף). לפי ההלכה החדשה (מפי הנשיאה ביניש, שביטאה את דעת הרוב), הכלל היום הוא כי אין מניעה להעיד כעד תביעה עד הקשור באותה פרשה ומשפטו תלוי ועומד, ורק "במקרים חריגים ביותר ומטעמים שיירשמו" יהיה רשאי בית המשפט היושב לדין לדחות שמיעת עדותו של עד-שותף עד לסיום משפטו (בג"ץ 11339/05, סעיף א' לסיפת פסק הדין).

עוד הובהר בבג"ץ 11339/05, כי לבתי המשפט כלים אחרים – מעבר לדחיית עדותו של השותף – בחתירתם לחקר האמת ובמתן אפשרות לקיום הליך הוגן לנאשם. בין היתר, הודגשה הדרישה לתוספת ראייתית כאשר הרשעת נאשם נסמכת על עדותו היחידה של שותפו, תוספת שבעבר הייתה צריכה לעלות כדי "סיוע", וכיום די שתגיע כדי "חיזוק" (סעיף 54א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; להלן – פקודת הראיות). בית המשפט הבהיר, כי ככל שקיים בסיס לחשש שמא יש לעד השותף אינטרס חזק במיוחד להפיל את הנאשם, שותפו, כך ראוי לקבוע רף גבוה יותר לדרישת החיזוק (ראו פסקה 28 ואילך לחוות דעתו של השופט לוי; וראו גם חוות דעתו של השופט גרוניס).

14. ובענייננו, לא זו בלבד שנמצאו חיזוקים מספר לעדותו של אסעד – ובכללם אמרות שונות של המערערת עצמה (כפי שנראה בהמשך) – אלא שנסיבות העניין אינן בגדר "הגרעין הקשה" של המקרים בהם ראוי לדחות עדותו של שותף עד לסיום משפטו. נהפוך הוא. במקרה שלפנינו, הרציונאל לדחיית עדות השותף, הגם שקיים במידה מסוימת, איבד לא מעט ממשקלו. שני טעמים לדבר. ראשית, כפי שעמד על כך בית משפט קמא, העד-השותף (אסעד) לא ציפה לטובת הנאה, שכן הובהר לו שהסדר טיעון לא יעשה בעניינו. המערערת אינה חולקת על טעם זה.

הטעם השני נעוץ אף הוא בנסיבות המיוחדות של ענייננו. יש לזכור כי סוגיית עיתוי עדותו של אסעד התעוררה כתוצאה מסירובו להעיד להגנתו, כנאשם. בעקבות סירובו זה, ביקשה התביעה להפריד את הדיון בעניינו מזה של שאר הנאשמים (נסרין וג'יהאד), על מנת שתוכל להעידו מטעמה. בנמקו את החלטתו להפריד את הדיון, ובכך לאפשר את עדותו של אסעד נגד שותפיו, הצביע בית המשפט על סירובו של אסעד להעיד כ"משמיט את הקרקע מתחת לטענה כי הוא מבקש להשחיר את פניה של נסרין ולהטיל את האשמה על כתפיה במטרה להקטין את חלקו ... אילו ביקש לעשות כן, יכול היה להעיד בפנינו ללא כל חשש ואני סבורה כי סירובו להעיד נובע מרצונו שלא להזיק לשותפיו" (החלטה מיום 24.3.2003). המערערת תוקפת

נימוק זה. היא מצביעה על כך שקו הגנתו של אסעד (במשפטו) דווקא התבסס על העצמת אשמתה כמשדלת וכשולטת בו, ועל היותו חלש ותלתי, עד כדי הגבלת יכולתו במידה ניכרת להבין את שהוא עושה או להימנע ממעשיו (במסגרת טענתו לענישה מופחתת לפי סעיף 300א(א) לחוק העונשין).

טענתה זו של המערערת יש בה לכאורה ממש, שהרי קו הגנתו של אסעד אכן התבסס, בין היתר, על העצמת אשמתה כמשדלת. עם זאת, אין בה כדי להצביע על פגם בהחלטתו של בית משפט קמא להפריד את הדיון כדי לאפשר את עדותו של אסעד, שהרי בנקודת הזמן שבה החליט על כך בית המשפט, סירב אסעד להעיד, והמסקנה ההגיונית אכן הייתה כי אינו מעוניין להזיק לשותפיו.

המערערת אמנם טוענת כי עד-שותף עשוי לנסות ולערוך במסגרת עדותו במשפט של שותפו מעין "חזרה כללית" לעדותו שלו. אך בענייננו עוקצה של טענה זו ניטל, שהרי אסעד העיד במשפטה של נסרין (ושל ג'יהאד) רק לאחר שהעיד כבר במשפטו שלו.

15. ניתן אפוא לסכם, כי גם אם סירובו של אסעד להעיד כנאשם לא "השמיט את הקרקע" מתחת לטענה שהוא עלול לנסות ולהשחיר את פניה של נסרין, הרי שבנסיבות העניין – ובוודאי לאור הרציונאליים שהביאו לביטול הלכת קינזי והעומדים ביסוד ההלכה החדשה שנפסקה בבג"ץ 11339/05 – אפשר היה להעיד את אסעד כעד תביעה, ולא היה הכרח להמתין לסיום משפטו. לא נמצא אפוא כל פגם בהעדתו של אסעד.

16. לא מצאתי גם כל עילה להתערב בממצאי המהימנות שנקבעו לגבי אסעד. המערערת טוענת כי קו ההגנה שנקט במשפטו שלו מעיד על מגמתיות ועל מניע להפללתה, וכי אלה באו לידי ביטוי בעדותו. אף אם חשש זה אינו מופרך, אין בו כדי לשלול באופן אוטומטי את מהימנותו של אסעד. בית המשפט שדן את נסרין היה ער לטענותיה בדבר קו ההגנה של אסעד, וזאת אף בטרם עדותו בפניו (ראו עמ' 297-298, 306-307 לפרוטוקול). אין אפוא לקבוע כי זהו המקרה החריג שבו תתערב ערכאת הערעור בממצאי המהימנות שקבעה הערכאה הדיונית.

גם הערכת מהימנותו של אסעד על ידי המותב שדן אותו (במסגרת תפ"ח 1220/02), וקביעותיו העובדתיות של אותו מותב, אין בהן כדי להביא להתערבות בממצאי המהימנות שנקבעו על ידי המותב שדן את נסרין. ממצאי המהימנות שנקבעו במשפטו של אסעד אינם קבילים כלל במשפטה של נסרין. יפים לכאן דבריה של השופטת נאור:

"... קביעת מהימנותם של עדים נעשית בכל משפט בנפרד. ממצאי מהימנות של בית משפט ביחס לעד אינם קבילים כראיה לצורך משפט אחר בו מעיד אותו עד, אפילו אם נושא העדות בשני המשפטים הינו זהה" (מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, החלטה מיום 28.12.05, פסקה 19, להלן – לזרובסקי; וראו גם ע"פ 2309/90 טבאח נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 24.12.91, פסקה 4; וכן דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, 616).

עם זאת, כפי שעמדה על כך השופטת נאור, אין השיטה המשפטית מתעלמת לחלוטין מקביעות עובדתיות סותרות המתקבלות בהליכים שונים, שכן "דיבור ב'שני קולות' מצידה של המערכת המשפטית עלול ליצור תחושה קשה של שרירות בדין" (עניין לזרובסקי, שם; ראו גם דבריה של השופטת פרוקצ'יה, בע"פ 4391/03 אבו ריא נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 13.12.05, פסקה 16).

אלא, שבעיה זו של דיבור ב'שני קולות' אינה מתעוררת כלל במקרה שלפנינו. זאת, משום שאין סתירה בין המסקנה כי נסרין שידלה את אסעד לביצוע הרצח, כפי שנקבע בהכרעת דינה, לבין דחיית טענתו של אסעד (במשפטו שלו) לפיה הוא זכאי לענישה מופחתת משום שהיה כמו "מכושף" על ידה. אמנם, כפי שמציינת המערערת, בפסק הדין בעניינו של אסעד נקבע כי "עסקינן באדם מניפולטיבי" אשר "שיקר במצח נחושה במהלך חקירתו" (דברי כבוד השופט ע' בנימיני בתפ"ח 1220/02 מדינת ישראל נ' מסראווה, ניתן ביום 5.7.04). אך קביעות אלה יכולות גם יכולות לדור בכפיפה אחת עם קביעותיו של בית המשפט שדן את נסרין. מה עוד, שמותב השופטים שהרשיע את אסעד סיכם את פסק דינו בקביעת מהימנות המסירה כל חשש של דיבור בשני קולות בעניינה של נסרין: "אנו מאמינים לנאשם שנסרין שידלה אותו להרוג את אחיו" (דברי כבוד סגנית הנשיא ש' סירוטה, בהסכמת השופטים טל ובנימיני). אין אפוא כל סתירה בין ממצאי המהימנות שנקבעו בסוגיה זו בהכרעות הדין בעניינם של נסרין ואסעד.

ועוד זאת. אין להתעלם מכך שהפללתה של נסרין כמשדלת לא נעשתה לראשונה בעדותו של אסעד בבית המשפט, אלא כבר בחקירתו במשטרה, לאחר שהודה במעשיו ובשעה שסביר להניח כי עדיין חש מחויב אליה, שהרי לאחר מכן סירב להעיד נגדה במשפטם (בטרם הופרד משפטו).

ומעבר לכל האמור, אין להתערב בממצאי המהימנות שנקבעו גבי אסעד, משום שגרסתו הגיונית ומשתלבת ביתר הראיות, שבחלקן מהוות אף חיזוקים משמעותיים לעדות זו, כפי שעמד על כך בית משפט קמא וכפי שאתעכב על עיקריהם להלן.

חיזוקים לעדותו של אסעד

17. עדותו של אסעד היוותה, כאמור, את הנדבך המרכזי לקביעה כי נסרין שידלה את אסעד לרצוח את אחיו באמצעים שונים: "בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה ובהפעלת לחץ", תוך קשירת קשרים אינטימיים עמו כדי להמחיש את קרבתה אליו וכדי שייענה לשידוליה; בהבטחת אהבתה וחיים משותפים עמו לאחר מות אחיו; בהבטחת עזרה במימון בניית ביתו, מתוך כספי ביטוח החיים של הייתם, בעלה; ובניצול העובדה שאסעד היה עושה דברה, לטוב ולרע.

כדי להרשיע על סמך עדות זו, נדרשה, כאמור, תוספת ראייתית של חיזוק (כהוראת סעיף 54א(א) לפקודת הראיות, וכפי שעמד על כך בית משפט זה בבג"ץ 11339/05). ראיות כאלה, כמו גם ראיות נסיבתיות ואחרות, המשתלבות היטב בגרסתו המפלילה של אסעד, נמצאו ופורטו בהכרעת הדין של בית המשפט קמא. לא אמנה כאן את כולן, כי אם את המרכזיות שבהן, תוך התייחסות לטענות המערערת, ככל שהועלו.

18. חיזוק משמעותי טמון בדברים שנסרין עצמה אמרה וכתבה. כך, לאחר שאישרה בחקירתה במשטרה כי אסעד פיתח בה תלות נפשית, נשאלה במה התבטאה תלות זו, והשיבה: "כל מה שאמרתי זה קדוש" (ת/35, בעמ' 4 שורה 20; ת/54(1), בעמ' 52). המערערת אף אישרה כי כל מה שהייתה אומרת לאסעד היה עושה (שם). כך גם אישרה במשטרה כי אמרה לאסעד שברצונה לפגוע בבעלה ושתרצח אותו (ת/35, בעמ' 5 שורה 9).

חיזוק נוסף מצוי במכתב שנכתב בידי נסרין, ושנקבע לגביו כי העבירה אותו לאסעד באחד מהליכי המעצר שהתנהלו בתיק זה. במכתב זה אנו מוצאים ביטויי אהבה עזים של נסרין לאסעד, תוך הבהרה שאהבתה עלולה להפוך לשנאה ותוך איומי התאבדות, אם אסעד לא יעזור לה. במכתב זה מופיעים פרטים נוספים המחזקים את גרסת התביעה. מפאת חשיבות המכתב, אביא קטעים אחדים ממנו בלשונם (בתרגום לעברית, שהוגש לבית המשפט):

"... אסעד אוהבת אותך מאוד אבל לצערי האהבה נגמרת והופכת לשנאה. ...
... אני אומרת לך שאם אני לא ייצא היום מההיסטוריה הזאת אזי כל חלומותיך יישארו בגדר חלומות יכולתי להיות עדת מדינה אבל סירבתי למענך בגלל שהיתה לי אמונה שאתה לא תוביל אותי למה שאני נמצאת בו עכשיו אתה יותר מכווער מהחיה שחייתי איתה אני יודעת דבר אחד שאהבתך עודנה בלבי אבל אתה יודע שאם אני אחליט לשנוא אתה האדם היחידי שאשנא ...
תדע לך דבר אחד שהם ניסו לעזור לי בשב"כ המשת"פים מנצרת ועד עכשיו אני מסרבת וכולי תקוה שאתה תוציא אותי חפה מפשע ושאתה תעמוד בבית

משפט ותגיד דברים לטובתי ... והם אמרו לי שיש סיכוי
טוב אפילו אם אתה לא תדבר ...
אני רוצה עזרתך אתה אהובי ואם לא תעזור לי אתה יודע
מה אני יעשה באותו יום. אני אפרד ממך מול כולם אני
אנשק אותך ואחבק אותך ולא מעניין אותי אף אחד לא
ההורים שלי לא השופט ולא ההורים שלך ... אחרי שאני
אצא מבית המשפט יוציאו את גופתי מאבו כביר ואתה
יודע שאני טובה בלהתאבד ...
אהובי אסעד
אם היית רוצה להקל בעונש שלך היית יכול לתת את
המכתב הזה לשופט אבל אחרי מותי
אהובי אור עיני אסעד ...
אוהבת אותך מאוד אבל אהבתך עומדת למול מותי
תבחר אם להיות בחוץ עם הילדים שלנו או בחיק
אלוהים עם אחיך בעלי בן זוגי הייתם ... " (ת/78/א,
שהוא גם נ/6).

דומה כי אין צורך להוסיף מילה על החיזוק הטמון במכתב זה.

19. חיזוק אחר מצוי בשקר של נסרין באחת מהודעותיה, שם אמרה כי רק במשטרה שמעה לראשונה על ביטוח החיים של הייתם (ת/13, בעמ' 2 ש' 24-26). ואולם, כשעומתה עם שאלה ישירה, האם יצרה קשר עם סוכן הביטוח, הודתה כי אכן התקשרה אליו, אך טענה כי כל שאמר לה הוא שתקבל כסף רב, והיא לא התעניינה במה מדובר ובאיזה סכום (שם, בעמ' 3). אלא שבית המשפט קבע, בהתבסס על חומר הראיות, כי נסרין ידעה על ביטוח החיים עוד בחיי בעלה, ולא עוד, אלא שגם בשיחתה עם סוכן הביטוח, ימים ספורים לאחר הרצח, ביררה את פרטי הביטוח, בניגוד להודעתה.

מסקנת בית המשפט, לפיה ניסיונה של נסרין להסתרת האמת בעניין זה יש בו כדי להצביע על תחושת אשמה, מקובלת עליי בהחלט. מעבר לשקר האמור של נסרין, הרי שהתעניינותה בפרטי ביטוח החיים זמן קצר לאחר הרצח מהווה נסיבה המשתלבת ביתר הראיות ובגרסתו של אסעד. כמו כן, עצם ידיעתה על קיומו של הביטוח עשוי להוות גם מניע (ולמצער, אחד המניעים) לרצונה של נסרין במות בעלה. באשר למניעים של אסעד לרצוח את אחיו – אלה קשורים בנסרין ומתיישבים עם הגרסה המפלילה אותה: ריצויה של נסרין, שאסעד חמד אותה; שאיפתו לזכות בה וייחולו שהבטחותיה יקוימו. בית המשפט דחה את טענתה של נסרין, כאילו היה הרצח שביצע אסעד קשור בגילוי עריות שאירע בין הייתם לבין אחותם. בדין נדחתה טענה זו, שהועלתה רק בשלב מאוחר, ולא נתמכה בראיות נוספות, מעבר לדבריה של נסרין. אף המניע האפשרי שהועלה בערעור, לפיו הרצח נועד למנוע מנסרין לחזור לבעלה הייתם ולחיות עמו יחד, אינו משכנע. כטענת המדינה, הוא נטען לראשונה רק בדיון בערעור, והוא גם אינו

משתלב עם טענתה של נסרין כי היא שעזבה את בית משפחתו של בעלה והיא שלא רצתה לחיות עמו, לאחר שהתעלל בה.

20. גם הנסיון לרצח המנוח שביצעה נסרין עצמה – ובו אדון בהמשך – מהווה ראיה לכך שרצתה במות המנוח, כמו גם ראיה נסיבתית לכך ששידלה את אסעד לעשות מעשה.

21. חיזוקים נוספים מצא בית המשפט בעדויות בני משפחתם של הייתם ואסעד. טוענת המערערת, כזכור, כי אין פלא שבני המשפחה התאחדו בסופו של דבר נגד "האישה הזרה", ניסו לגונן על בן משפחתם והעדיפו לפרש את רצח בן המשפחה בידי אחיו כמעשה שמקורו ב"אדם חיצוני" למשפחה. יש לכאורה תימוכין לטענה זו, שהרי אפשר להבחין בשינויים מסוימים בדבריהם של בני המשפחה בבית המשפט, לעומת חלק מהודעותיהם במשטרה, ובנטייתם לראות בנסרין את הגורם להתפרצויות הזעם והאלימות של אסעד. עם זאת, אין בכך כדי לאיין את החיזוק המסוים המצוי בעדויותיהם בדבר השפעתה של נסרין – לטוב או לרע – על אסעד. בני המשפחה דיברו על השפעה זו כבר בחקירתם במשטרה.

באשר למהימנות בני המשפחה, אעיר, כי אין המקרה שלפנינו דומה לזה שנדון בע"פ 2943/02 פלונים נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 10.2.04, מפי השופטת נאור), שאליו מפנה המערערת. באותו מקרה, שבו ביטל בית משפט זה את הרשעת אחד הנאשמים בשידול לרצח, הסתמך בית המשפט המחוזי על דברים מתוך הודעותיהם של עדים מקרב בני המשפחה, שעליהם לא חזרו עוד בבית המשפט, בעוד שבענייננו בית המשפט התרשם באופן ישיר מהעדויות שנשמעו בפניו ושמצאו מהימנות עליו. בנוסף, לא מתקיימות בענייננו הנסיבות המיוחדות שהביאו שם את בית המשפט להתערב בהכרעת הדין, וביניהן, התמיהה כי המבצע העיקרי לא דיווח למשדל-לכאורה על כך שביצע את העבירה (במקרה שלפנינו, הודיע אסעד לנסרין על כך שהמנוח "גמור"), והעובדה שבני המשפחה המפלילים ניסו שם קודם לכן להפליל את המשדל-לכאורה בביצוע העיקרי ו"להפיל" עליו את עבירת הרצח (נסיבה שאף היא אינה רלוונטית לנו).

22. כללו של דבר: לעדותו של אסעד נוספו ראיות חיזוק לא מבוטלות, ובכללן דברים מפיה של נסרין ומפרי עטה, כמו גם ראיות אחרות שמשתלבות במסקנה המרשיעה ומבססות אותה. אין אפוא להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו בידי בית משפט קמא.

אפנה עתה לדון בטענות נוספות של המערערת, שהמשותף להן הוא כי לכל היותר עברה עבירה של קשירת קשר, ולא שידול לרצח.

23. סעיף 30 לחוק העונשין מגדיר את המשדל בזו הלשון:

”המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה”.

השידול, בדומה לסיוע ולנסיון, הוא צורה של התנהגות ענישה, הנגזרת מן הביצוע העיקרי והמושלם של העבירה (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב (1987), בעמ' 3; להלן – פלר כרך ב). השידול הינו תרומה ראשית, אך עקיפה ("חיצונית"), לאירוע עברייני. המשדל הוא שותף ראשי, בשל תרומתו המהותית והמכריעה להתרחשות העבירה, שהרי הוא "האב הרוחני" של העבירה, וללא תרומתו – לא היה המבצע העיקרי ניגש לביצוע. עם זאת, תרומתו הינה עקיפה, משום שהיא מחוץ למהלך הביצוע העיקרי של העבירה (פלר כרך ב, בעמ' 225-226; ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 404, מפי הנשיא ברק, להלן – פרשת פלונים; דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון דיני העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098, מיום 6.1.92, בעמ' 130; להלן – הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)).

24. היסוד העובדתי שבשידול לעבירה מתבטא "בהתנהגות בעלת אפקטיביות פוטנציאלית, העשויה להשפיע מנטאלית על המשדול, שיקבל את ההחלטה לבצע את העבירה, יעד השידול" (פלר כרך ב, בעמ' 229; ההדגשה במקור). ההתנהגות עשויה להיות מגוונת, כמפורט בסעיף 30 לחוק העונשין. היסוד העובדתי של השידול כולל גם רכיב נסיבתי, בגדרו נדרש, בין היתר, קיומו של משדול הטעון הנעה מנטאלית לשם קבלת ההחלטה לבצע את העבירה (פלר כרך ב, בעמ' 231).

טוענת המערערת, כי רכיב נסיבתי זה לא התקיים, משום שאסעד לא נזקק כלל ל"הנעה מנטאלית" כדי לבצע את רצח אחיו. אין לקבל טענה זו. בית המשפט לא התעלם מהטענות בדבר אלימותו של אסעד כלפי בני משפחתו, ואף קבע מפורשות כי אסעד הינו אדם "אלים, כעסן ומהיר חימה". בית המשפט לא קבע כי נסרין היא שהביאה להתפרצויותיו האלימות, כפי שגרסו חלק מבני המשפחה בעדויותיהם. נהפוך הוא. בית המשפט קבע כי לנסרין הייתה השפעה חיובית על אסעד ויכולת להרגיעו. אלא שאין בכל אלה כדי לשלול את התקיימות הרכיב הנסיבתי הרלוונטי: קיומו של משדול הטעון הנעה מנטאלית. השפעתה החיובית של נסרין מעידה דווקא על יכולתה להניעו, כך שמסקנת בית המשפט כי במקביל להשפעה חיובית זו – ואף תוך ניצול השפעתה החיובית – פעלה נסרין לשדל את אסעד לביצוע הרצח, הינה מסקנה הגיונית העולה מחומר הראיות. מעבר לכך, עצם אלימותו של אסעד – אפילו הייתה חמורה והופנתה גם כלפי אמו – אינה מבהירה כי הלה לא היה זקוק לשידול כדי לקום על אחיו

ולרוצחו נפש. הגיוני הדבר (אף אם לא הכרחי) כי גם אדם אלים – ואפילו אלים מאוד כלפי בני משפחתו – יזדקק לאותה "הנעה" כדי להגיע לביצוע של מעשה כה מזעזע. ומכל מקום, המסקנה הכללית שהמערערת מבקשת להסיק – לפיה מי שהאלימות היא דרך חיים עבורו אינו יכול להיות "בר-שידול" לרצח אחיו – הינה טענה מרחיקת לכת שאין לקבלה.

25. בין רכיבי היסוד העובדתי שבשידול מצויה, כמובן, הזיקה שבינו לבין הביצוע העיקרי: "תמצית התרומה המשדלת נעוצה במשקלה המכריע ובתכליתיותה המיוחדת, בתהליך קבלת ההחלטה על-ידי המשדול לבצע אותה עבירה" (פלר כרך ב, בעמ' 228; ראו גם דברי השופטת ביניש (כתוארה אז) בע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65, 78, להלן – אסקין). השידול הרי הוא, לפי הגדרתו בסעיף 30 לחוק העונשין, הבאת אחר לידי עשיית עבירה. פרופ' פלר מבהיר, כי אין מדובר בסיבתיות במובנה הרגיל, שכן בין השידול לבין הביצוע חוצצת החלטתו (החופשית) של המבצע, שיכול גם שלא לגשת לביצוע העבירה. לפיכך, פרופ' פלר אינו רואה בביצוע העיקרי "תוצאה" נדרשת, אלא נסיבה עובדתית, הדורשת שהשידול ישתלב "באורח יעיל" בביצוע העיקרי, היינו, יתרום לגיבוש החלטת המשדול לבצע את העבירה (פלר כרך ב, בעמ' 233-234); ובמילים אחרות, המשדל "צריך ליצור או לתרום להיווצרות היסוד הנפשי הדרוש" אצל המשדול (מ' קרמניצר "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה" משפטים יד (1984) 231, 247; להלן – קרמניצר, על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה).

בעניין זה יש להוסיף, כי כדי שמשדל יישא באחריות פלילית, אין זה תנאי שהמשדול מעולם לא העלה על דעתו לבצע את העבירה, ואפשר אף כי המשדול הוא שיוזם את ביצועה, אלא שהחלטתו טרם גובשה, והשידול הוא שמילא תפקיד מכריע בגיבוש החלטתו הסופית של המשדול לבצע את העבירה (פלר כרך ב, בעמ' 231; וראו גם דברי השופטת ביניש בעניין אסקין, בעמ' 79; ודבריו של השופט עדיאל בע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 8.12.04, פסקאות 27-28).

26. טוענת המערערת, כי לא היא שהניעה את אסעד לביצוע הרצח. לטענתה, הוא פעל בעצמו, ממניעיו שלו, בסיועו של חברו ג'יהאד, בלי שידע אותה על כך. היא מוסיפה, כי הגם שחפצה במותו של בעלה, ואף שיתפה בכך את אסעד, הרי שבינה לבין אסעד הייתה תלות הדדית והשפעה הדדית, כאשר אסעד אף היה פעיל בשיחות בנוגע לרצח הייתם. בנסיבות אלו, כך המערערת, התנהגותה אינה מהווה שידול, ולכל היותר ביצעה עבירה של קשירת קשר עם אסעד, אלא שהיא, בשונה ממנו, לא ניגשה כלל לביצוע העיקרי.

אין לקבל טענות אלו. בית המשפט לא קיבל את טענת ההדדיות בין השניים, אלא קבע כי השפעתו של אסעד על נסרין "הייתה (אם בכלל) השפעה מינורית ובלתי ניכרת", לעומת השפעתה עליו "במידה כמעט מלאה". קביעה זו עולה מחומר הראיות, כמבואר לעיל, ואין להתערב בה. השאלה בעניין זה היא, האם התנהגותו של המשדל הביאה לכך שהמשדל גיבש את החלטתו וניגש לביצוע. כך, כאמור, לא רק בתנאי שהמשדל לא העלה על דעתו קודם לכן לבצע את העבירה, אלא גם במקרים שבהם המשדל התלבט בינו לבין עצמו אם לבצע אותה, אך גיבש החלטתו רק בעקבות השידול. בענייננו, קבע בית המשפט מפורשות "שהרצח נבע משידוליה של נסרין" (עמ' 430 להכרעת הדין), בקבעו עוד כי "הנאשמת ניהלה איתו 'שיחות נפש', בהן סיפרה לו על יחסיה המעורערים עם אחיו, ואף העלתה בפניו 'חלופות' שונות שנועדו לפגוע בהייתאם. אסעד הוא זה שנטל על עצמו את המטלה לפגוע באחיו" (שם, עמ' 431).

גם אם נסרין הציעה כי תשתתף ברצח, או אף תבצע אותו לבדה, אין בכך כדי לשלול את קביעת בית המשפט קמא כי במקביל פעלה כמשדלת: "יתרה מזו: בפנינו ראיות חד משמעיות לניסיון רצח קודם שביצעה נסרין, בבואה למהול את קנקן התה של בעלה בגלולות שינה, כפי שיובהר להלן. ניסיון זה מצידה נעשה בד בבד עם תהליך השידול לרצח ... " (שם, עמ' 446).

בהקשר זה מן הראוי להזכיר, כי לא תמיד קלה ההבחנה בין הצדדים השונים לעבירה: בין המשדל לבין המבצע העיקרי, בין המסייע למבצע העיקרי, בין כל אלו לבין קושרי הקשר, ועוד (השוו לדברים שאמר הנשיא ברק בעניין פלוניס, בעמ' 406-407, כמו גם לדברים שהוסיף עליו שם השופט מ' חשין, בעמ' 410 ואילך; כמו כן, ראו פלד כרך ב, בעמ' 273 ואילך ובעמ' 350 ואילך). כך, למשל, ההבדל בין מי שנמצא ב"מעגל הפנימי" לבין זה שב"חיצוני" אינו תמיד חד. במקרים רבים, תפקיד של שותף לעבירה עשוי לכלול מאפיינים של צד לעבירה מסוג אחד (כגון סיוע), כמו גם אלמנטים אחרים המאפיינים צד לעבירה מסוג אחר (שידול, למשל). אין בכך בהכרח כדי לפטור מאחריות צד לעבירה שתפקידו לא היה טיפוסי, או להגביל את אחריותו אך לקשירת קשר. יש לבחון את נסיבות העניין ולראות אם תפקידו עלה כדי סיוע, שידול או אף ביצוע עיקרי. בעניין זה אעיר, כי לא מן הנמנע שצד לקשר, המדרבן את חבריו ואינו יוצא בעצמו לביצוע, עשוי אף למצוא עצמו, בנסיבות העניין, אחראי כמבצע בצוותא, בנוסף לאחריותו כמשדל (ראו פרשת פלוניס, בעמ' 408-409, שם דובר ב"מנהיג הקבוצה", שהשתתף בתכנון העבירה וגם נקבע לו תפקיד בביצועה, אך לא הגיע בסוף, וחבריו השלימו את ביצוע העבירה לבדם).

27. טוענת המערערת, כי לא הייתה מעורה בפרטי הביצוע העיקרי, שנעשה בידי אסעד וחברו ג'יהאד, מבלי שהתייעצו בה. טענה זו, אין בה כדי לסייע לה. ההתנהגות המשדלת צריכה

אמנם לכוון את המשדל לבצע "עבירה מסוימת על נתוניה הקונקרטיים, כפי שהיא עומדת להיעשות בעולם המעשה" (פלד כרך ב', בעמ' 230). עם זאת "אין זה הכרחי שהשידול יתייחס לכל פרטי הביצוע, ובמיוחד לפרטים שאין בהם כדי לספק דרישות רלוונטיות מבחינת הגדרת העבירה" (שם). הגשמת הביצוע העיקרי נתונה בידי המשדל, והוא עשוי לפעול שלא לפי הדרך שהציע המשדל, מה עוד ששידול יכול להתקיים גם ללא הצעת דרך פעולה קונקרטית למשדל. יש לבחון בעניין זה כל מקרה לנסיבותיו, כשגם שידול לאקוני ולא מפורט, עשוי בנסיבות מסוימות להקים אחריות פלילית בגין שידול, במיוחד כשהמשדל היה מודע לנטיות הלב וכיווני הדרך הקונקרטיים של המשדל (שם, עמ' 230). בענייננו, העובדה שנסרין לא הייתה מעורה בפרטי הביצוע, אין בה כדי לפוטרה מאחריות לשידולו של אסעד לרצח אחיו, ובמיוחד כשנסרין הציעה דרכי פעולה קונקרטיות (כמו חבלה בבלמי מכוניתו של המנוח; ראו עדותו של אסעד בעמ' 310), גם אם בסופו של יום פעל אסעד בדרך משלו.

28. לסיכום, אפילו אניח שנסרין קשרה קשר עם אסעד לרצוח את הייתם אחיו, אין בכך כדי לשלול את הממצא כי היא זו שהביאה את אסעד לביצוע הרצח, שבו לא השתתפה בעצמה. בדומה לכך, גם אם אניח שהייתה השפעה הדדית או תלות הדדית בין השניים, אין בכך כדי לשלול את השפעתה של נסרין על אסעד ואת הבאתו להחלטה לבצע את העבירה החמורה ביותר כלפי אחיו. גם בעובדה שנסרין לא הייתה מצויה בפרטי הביצוע, ואפילו התנגדה לדרך ביצוע זו, אין כדי לסתור את הממצא כי היא שהביאה לגיבוש החלטתו של אסעד.

אעבור עתה לדון בהשלכה של טענות אלה, כמו גם טענות אחרות שמעלה המערערת, באשר לסוגיית היסוד הנפשי הנדרש בשידול ושאלת התקיימותו במקרה שלפנינו.

29. השידול לדבר עבירה דורש יסוד נפשי של מחשבה פלילית. על המשדל להיות מודע לטיב התנהגותו (להבין שיש בה כדי להביא את המשדל לביצוע העבירה), כמו גם לנסיבות הרלוונטיות לשידול, ובכללן היסודות הנדרשים לקיום אחריות פלילית בגין הביצוע העיקרי, כגון היסוד הנפשי של המבצע העיקרי (פלד כרך ב', בעמ' 234; ראו גם עניין אסקין, בעמ' 81, פסקה 11). היסוד הנפשי של המשדל כולל פן ייחודי – "מחשבה פלילית מיוחדת במטרה מסוימת – להביא את המשדל לידי ביצוע העבירה יעד השידול" (פלד כרך ב', בעמ' 234; ההדגשה במקור). השופטת ביניש עמדה על הטעמים העומדים מאחורי דרישה זו, שאינה מופיעה במפורש בסעיף 30 לחוק העונשין. אחד הטעמים הללו נעוץ בבעייתיות שבהטלת אחריות פלילית על אדם "רק בגלל השפעה אפשרית שעשויה להיות לו על אדם אחר", אפילו מדובר בהשפעה המובילה לביצוע עבירה ואפילו אותו אדם מודע להשפעתו האפשרית (עניין אסקין, בעמ' 82; ראו גם מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 משפטים כד (1995) 9, 48).

30. במקרה שלפנינו, נסרין הייתה מודעת להתנהגותה, שתכליתה הייתה להביא את אסעד לרצוח את אחיו. האלימות שהפגין אסעד כלפי בני משפחתו – שאותה רואה המערערת כראיה לכך שלא היה "בר-שידול" – עשויה דווקא להיות ראיה מחזקת לכך שנסרין הייתה מודעת להיותו נתון לשידול. כאמור, דחיתי את המסקנה מרחיקת הלכת העולה מטענותיה, לפיה מי שנוהג באלימות קשה כלפי משפחתו אינו טעון הנעה מנטאלית לרצוח את אחיו. לעומת זאת, מודעות לכך שפלוני הוא אדם אלים, והידיעה כי הינו אלים כלפי בני משפחתו, עשויות ללמד כי אפשר להניעו לבצע מעשי אלימות חמורים עוד יותר. מסקנה זו תקפה במיוחד בענייננו, נוכח דבריה של נסרין עצמה כי הייתה מודעת לכך ש"כל מה שאמרת לי זה קדוש ... כל מה שהייתי אומרת לו הוא היה עושה", דברים העולים בקנה אחד עם דבריו של אסעד עצמו: "היא הייתה בשבילי משהו גדול, משהו קדוש".

כן אין להתערב במסקנת בית המשפט, כי הביטויים שהשמיעה נסרין באוזניו של אסעד בדבר רצונה במות בעלה לא היו אך ביטויי כעס. כאמור, שאיפתה שאסעד יבצע את עבירת הרצח כלפי אחיו מעוגנת בראיות משכנעות ואף בדברים שיצאו מפיה, כאשר הודאתה במהילת כדורי שינה במשקה של בעלה, כדי שהלה ייפגע כתוצאה מכך בתאונת דרכים, מחזקת אף היא מסקנה זו. החיזוק ימצא לנו גם בהנחה שדובר בסך הכל ב"מעשה הכנה", כפי שטוענת המערערת, קל וחומר כשמדובר בנסיון לרצח (ועל כך בהמשך).

נסרין הייתה מודעת אפוא לאפשרות כי בכוחה להביא את אסעד לביצוע הרצח, ולא עוד, אלא שפעלה במטרה להביאו לכך. היא הייתה כמובן מודעת גם לכך שאם אסעד יחליט להמית את אחיו, הוא יעשה כן בכוונה תחילה (כפי שאכן עשה). אזכיר כי נסרין ואסעד גם ניהלו שיחות שבהן עלה "הצורך" לרצוח את הייתם, והדברים עולים לא רק מעדותו של אסעד, אלא גם מדבריה של נסרין עצמה.

31. טוענת המערערת, כי אפילו "נהנתה לחשוב על אפשרות מותו" של בעלה הייתם, הרי ש"ברגעי האמת" נסוגה מהתוכנית לרצוח אותו ואף ניסתה למנוע את מימוש המזימה, כך שלא נתקיים בה היסוד הנפשי הנדרש לשידול. אין בידי לקבל טענה זו.

ראשית, בית המשפט קבע כי ניסיונותיה של נסרין להניא את אסעד מביצוע המעשה לא היו כנים, וכי כוונתה לאופן הפעולה ולעיתויה, אך לא לעצם ביצועה. שנית, והוא עיקר, אפילו חזרה בה נסרין בכנות משאיפתה לרצוח את בעלה, הרי שאין בכך כדי לשלול את התגבשות השידול, משום שההתנהגות הנדרשת לכינונו כבר בוצעה בידי נסרין בשלב זה. אין זה יוצא דופן שאדם משנה דעתו, חוזר בו ממחשבותיו הרעות, שב אליהן, וחוזר חלילה. אף אין זה חריג

שמחשבותיו של אדם מתגבשות בהדרגה, או להיפך, הופכות ממגובשות יותר למגובשות פחות. כדי שאדם ימצא אחראי בפלילים, אין זה תנאי כי היסוד הנפשי של העבירה יקנן במוחו ברציפות ובאופן מגובש, החל מהרגע שבו צץ במוחו הרעיון לבצע את העבירה ועד להשלמתה. החשוב הוא הקשר בין התנהגותו, המהווה רכיב מהותי ביסוד העובדתי של העבירה, לבין היסוד הנפשי. יש המדברים בהקשר זה על הצורך, ככלל, בהוכחת סימולטאניות בין הרכיב ההתנהגותי של העבירה לבין היסוד הנפשי. יש, לעומת זאת, הטוענים כי אין דרישה נוקשה לכך שהשניים יתקיימו בו-זמנית. אחרים גורסים שעל הרכיב ההתנהגותי "להשתלב" ביסוד הנפשי. כשלעצמי, סבורני כי נדרש שההתנהגות העבריינית תתבצע בזיקה סיבתית ליסוד הנפשי של העבירה (ראו בעניין זה ע"פ 8005/04 אברוטין נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 29.3.07, פסקאות 44-45, וכל ההפניות שם; להלן – אברוטין).

כך או אחרת, נקודת הזמן הרלוונטית לבחינת התנהגותה של נסרין כמשדלת, אינה מצויה בסמוך לרצח, כשאסעד הודיע לה כי הוא עומד לבצעו, אלא קודם לכן, עובר להחלטתו על ביצועו. התנהגות זו של נסרין התקיימה בעת ששכנעה אותו לרצוח את הייתה, עודדה אותו לכך, הפצירה בו ואף הפעילה עליו לחץ לעשות כן. מכלול התנהגות מגוונת זו של נסרין נעשה בזיקה סיבתית ליסוד הנפשי שהתקיים אז, במשולב לו ואף בו-זמנית עמו. אמנם אחריותה הפלילית כמשדלת לרצח, בגין התנהגות זו, טרם התגבשה, שכן זו הייתה מותנית גם בכך שאסעד ייגש לביצוע עבירת הרצח. אך נסיבה זו (שבסופו של דבר התקיימה, למרבה הצער) כבר לא הייתה תלויה בה, והרי "תפקידו [של המשדל] מסתיים בכך ש'המשדל' השתכנע וגמר אומר לבצע את המעשה האסור" (דברי השופט לוי בע"פ 4503/99 אפרים נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 604, 617). כל שנדרש בעניין נסיבה זו, לצורך גיבוש אחריותה הפלילית כמשדלת, הוא כי נסרין הייתה מודעת לה וכי פעלה במטרה להשיגה. ואכן, כאמור, זו הייתה מטרת פעולתה של נסרין בעת ששידלה את אסעד לביצוע הרצח (והשוו ליסוד הנפשי הנדרש בביצוע בצוותא, כשהתנהגותו הרלוונטית של אחד המבצעים מסתיימת בטרם השלמת העבירה בידי שותפו: עניין אברוטין, פסקה 44).

העולה מן האמור, כי אפילו שינתה נסרין את דעתה מפעם לפעם – ויש לכך תימוכין בעדותו של אסעד: "כל 10 דקות, 5 דקות, היא משנה את הדעה שלה, פעם כן, פעם לא..." (עמ' 327 ש' 3) – הרי שתפקידה כמשדלת הושלם בעת שאסעד גמר אומר לבצע את הרצח עקב שידוליה, ומשכך, אין בשינוי דעתה (ככל שהיה) כדי להסיר את אחריותה לשידול.

32. משעה שפעולות השידול של נסרין הביאו לגיבוש החלטתו של אסעד לבצע את הרצח, ומשידעה כי אסעד עלול אכן לבצעו, אחריותה הפלילית כמשדלת עצמה להתגבש עם ביצוע הרצח על-ידו, ולמעשה כבר עם תחילת ביצועו. בשלב זה, חזרתה בה (ככל שהייתה כזו) יכולה

הייתה לקבל משמעות רק אילו הייתה פועלת כדי למנוע את השלמת הביצוע העיקרי בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין, המורה לאמור:

"(א) משדל או מסייע לא יישא באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לנסיון לשידול, אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה, או אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה.
(ב) 'רשויות', לענין סעיף זה – משטרת ישראל, או גוף אחר המוסמך על פי דין למנוע את עשיית העבירה או את השלמתה".

פטור עקב חרטה

משלא מנעה נסרין את עשיית העבירה או את השלמתה, וגם לא הודיעה לרשויות המתאימות על העבירה לשם מניעתה, אין היא יכולה להישמע בטענת פטור מאחריות.

בית המשפט המחוזי קבע, כזכור, כי מכך שנסרין לא פעלה למניעת העבירה, יש ללמוד כי רצתה ברצח. לטענת נסרין, לא היה מקום לקביעה זו. אינני נדרש להכריע בכך. זאת, משום שאין רלוונטיות של ממש לרצונותיה של נסרין בעת שאסעד הודיע לה כי הרצח עומד להתבצע; ומכל מקום, אין בכך – כל עוד לא פעלה בהתאם לסעיף 34 לחוק העונשין – כדי לשלול את אחריותה בשידול לרצח.

33. כללו של דבר: טענת המערערת, לפיה בעת שגרימת מותו של הייתם קיבלה "גוון קונקרטי ומעשי" היא נסוגה מן התכנית, אין בה כדי לשלול את התקיימותו של היסוד העובדתי הנדרש לשידול, אף לא את היסוד הנפשי שהתקיים אצל נסרין. לא נמצאה אפוא עילה להתערבות בקביעת בית המשפט כי נסרין אחראית בשידול לרצח בעלה הייתם.

העבירה של נסיון לרצח

34. כזכור, נסרין הורשעה גם בעבירה של נסיון לרצח, לפי החלופה שבסעיף 305(2) לחוק העונשין, הקובע לאמור:

"העושה אחת מאלה, דינו – מאסר עשרים שנים:

נסיון לרצח

(1) ...

(2) עושה שלא כדין מעשה, או נמנע שלא כדין מעשות מעשה שמחובתו לעשותו, בכוונה לגרום למותו של אדם, והמעשה או המחדל עלולים מטבעם לסכן חיי אדם".

35. נסרין, כזכור, הודתה במהילת כדורי שינה במשקו של בעלה, במטרה שהלה ינהג במכוניתו, יירדם ויפגע בתאונת דרכים. אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט, כי היסוד הנפשי הנדרש – "בכוונה לגרום למותו של אדם" – התקיים בענייננו. נסרין אמנם טענה כי כל שהתכוונה היה שהייתם, בעלה, ייפצע, כפי שהיא עצמה נפצעה בעבר בתאונה, לאחר שנטלה כדורי שינה. אך בית המשפט לא קיבל את הטענה וקבע, בהתחשב בדברים שאמר אסעד ובראיות אחרות, כי מהלה את הכדורים בתה מתוך כוונה להביא למותו של הייתם. אין להתערב במסקנה זו, וגם המערערת אינה מדגישה עוד בערעור את טענתה האמורה, כי אם מתרכזת בטענה אחרת, והיא, כי מעשיה לא עברו את שלב ההכנה.

36. הנסיון מוגדר בסעיף 25 לחוק העונשין בזו הלשון:

נסיון מהו
 "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה".

הוראה זו היא כללית. היא חלה גם על עבירה של נסיון לרצח, אף שזו נקבעה כעבירת נסיון עצמאית, שהמחוקק ייחד לה סעיף משלה (ראו, למשל, דברי הנשיאה ביניש, בע"פ 10110/03 גמליאל נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 11.12.06, פסקה 9). עשויה להתעורר השאלה, אם ההוראה הכללית שבסעיף 25, המתנה אחריות פלילית לנסיון ב"מעשה שאין בו הכנה בלבד", חלה אך על החלופה הראשונה, זו שבסעיף 305(1), הקובעת את העבירה "הרגילה" של נסיון לרצח ("מנסה שלא כדין לגרום למותו של אדם"), שמא גם על החלופה השנייה, זו שבסעיף 305(2), שצוטטה לעיל, ושעל פיה הורשעה נסרין.

כשלעצמי, מסופקני אם ניתן להרשיע אדם בנסיון לרצח לפי החלופה שבסעיף 305(2), אם מעשיו הסתכמו ב"הכנה בלבד", באופן שאינם עונים על תנאי סעיף 25 הכללי; שהרי ככלל, אין מענישים על מעשי הכנה (פלך כרך ב, בעמ' 49; י' קדמי על הדין בפלילים חלק א (מהדורה מעודכנת, 2004), בעמ' 292). על כל פנים, אינני נדרש לשאלה זו, שכן בנסיבות שלפנינו, חצתה נסרין את הגבול שבין "הכנה" ל"נסיון", כפי שיובהר להלן.

37. בספרות ובפסיקה הוצעו מבחנים שונים להבחנה בין מעשים העולים כדי הכנה בלבד לבין כאלה המהווים כבר נסיון. כך, למשל, "מבחן הקרבה להשלמת ביצוע העבירה", המדגיש את קרבת המבצע, מבחינת זמן או מקום, להשלמת הביצוע. במסגרת מבחן זה נקבע כי "קפיצה איכותית" בין מעשי הכנה לבין מעשים של ביצוע עשויה להתרחש "כבר מהרגע שבו גמלה בלבו של המבצע החלטה סופית לבצע עבירה והוא ניגש לביצועה בפועל" (ע"פ 9849/05 מדינת ישראל נ' ברואיר, ניתן ביום 23.11.06, פסקאות 7-8, מפי השופט לוי, להלן –

ברואיד; ראו עוד בעניין זה מ' גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב (2002) 505, להלן – גור-אריה; מ' קרמניצר "על היסוד ההתנהגותי ב'אקטוס ראוס' של הניסיון" משפטים ט (1979) 274; פלר כרך ב, בעמ' 89-106). מבחן שהתפתח במשפט המקובל, וזכה לכינוי "מבחן החד-משמעיות", מאפיין את המעשה שהינו כבר חלק מהביצוע כמעשה שמשתקפת בו כוונתו הרעה של המבצע. היו שדימו זאת לסרט אילם המציג את התנהגותו של העושה, ללא הסבר על מטרותיו, כשהנסיון יתחיל בשלב "שבו יהיה ברור לצופים באופן חד-משמעי כי העושה מתכוון לבצע את העבירה" (ראו גור-אריה, בעמ' 509; וראו גם עניין ברואיד, פסקה 8).

38. לטעמי, פעולותיה של נסרין באירוע מהילת כדורי השנייה עולות, לפי כל מבחן, כדי מעשים של ביצוע, שיצאו מכלל מעשי הכנה גרידא. נסרין השלימה, למעשה, את ההתנהגות שנדרשה מצידה לביצוע העבירה המושלמת, בכך שמהלה את כדורי השנייה בקנקן התה שממנו שתה הייתה, בעלה. התוצאה הקטלנית נמנעה (באותו אירוע), לא בשל כך שנסרין טרם השלימה פעולה כלשהי מצידה, שהיה בה צורך להגשמת מזימתה. היא נמנעה משום שלא התקיימה שרשרת של נסיבות שונות – שאת התרחשותן צפתה כאפשרית ובהן חפצה – ואשר לא היו בשליטתה: הייתה לא יצא לנסיעה ברכבו; ממילא לא נרדם תוך כדי נהיגה; וכפועל יוצא נמנעה גם האפשרות של התרחשות תאונה שבה ימצא את מותו. בעדותה בבית המשפט טענה נסרין, כי לקחה את המפתחות של הרכב ובכך מנעה התקיימות של נסיבות אלה. בערעורה מוסיפה היא וטוענת, כי נמנעה מלהמשיך ולבצע פעולות בדרך להשלמת העבירה, באשר לא העירה את בעלה, לא ניסתה להביאו לנהוג ואף נטלה את מפתחות הרכב. אלא שאין לייחס משמעות של ממש לטענות אלו, שכן התסריט שתכננה, כפי שעלה מהודעותיה, לא כלל פעולות מעין אלה, ודי היה לה, על פי תסריט זה, שבעלה הייתה יחליט לצאת ולנהוג ברכב. אוסיף, כי הטענה שלקחה את המפתחות ובכך מנעה מהייתה לנהוג, הופיעה לראשונה בעדותה, ואין לה זכר אף בתשובתה בכתב של נסרין לכתב האישום, שם הודתה במפורש ובמפורט באירוע זה. אעיר עוד, כי טענתה אודות נטילת המפתחות עשויה הייתה, לכאורה, לבסס טענה לפטור מאחריות בנסיון עקב חרטה (סעיף 28 לחוק העונשין); אך המערערת לא העלתה כלל טענה זו בערעור, וגם טענתה העובדתית בדבר לקיחת המפתחות נטענה רק בחצי פה.

האנלוגיה שמציעה המערערת – אדם הדורך את אקדחו במטרה להביא למותו של אחר, אך בסופו של דבר לא לוחץ על ההדק – אינה מתאימה. לדידי, לא ניתן כלל לקבוע אם אדם כזה ביצע ניסיון לרצח או רק מעשה הכנה, וההכרעה בכך תלויה בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. מכל מקום, אנלוגיות מתאימות יותר למקרה שלפנינו אפשר למצוא בדוגמאות שמביא פרופ' פלר למעשים המהווים תחילת ביצוע ולא רק הכנה:

“הרעלת כלב שמירה, או שיבוש מערכת הזעקה, בנקודת זמן בה ניתן הדבר להיעשות, כדי לחזור בשעות החשיכה לזירת העבירה ולבצע את הפריצה, הם – הרעלת הכלב או שיבוש המערכת – בבחינת תחילת ביצוע הפריצה, ולא מעשי-הכנה; כשם שהנחת מטען נפץ טעון הפעלה מרחוק, לפי התיכנון, בזמן מאוחר יותר, היא פעולת ביצוע” (פלד כרך ב, בעמ’ 104).

כך גם, למשל, מקרה שנדון לאחרונה בבית משפט זה, בו נתקבל ערעורה של המדינה, והנאשם הורשע בנסיון לשוד. באותו מקרה, נכנס הנאשם לבנק, מצויד בסכין ובפתק המיועד לכספר (שלושונים: “שלום, זה שוד, את כל הכסף...”), אך החליט שלא למסור את הפתק ולא לבצע את השוד בעיתוי זה, ויצא מהסניף (עניין ברואייר). אטעים כי המקרה של נסרין מובהק אף יותר מכל הדוגמאות הללו, שכן לא היה צורך בהכרח בפעולות נוספות מצידה, מעבר למה שעשתה, כדי שהעבירה תושלם.

39. ולבסוף, בעניין זה, אין לקבל את טענת המערערת, כי לא היה בעצם מתן הכדורים כדי לסכן את המנוח. מקובלת עליו קביעת בית המשפט, כי מהילת כדורי השינה בתה של המנוח הייתה עלולה מטבעה לסכן את חייו, וזאת, לא רק בשל המינון (עשרה כדורים, שסיכנו את המנוח בפני עצמו, כך נקבע), אלא גם, ובעיקר, נוכח פרק הסיום של התסריט שנסרין תכננה – מות בעלה בתאונת דרכים – תסריט שהיה עלול להתרחש.

40. מהילת הכדורים אינה יכולה להיחשב אפוא כ”מעשה הכנה” בלבד. מדובר באופן מובהק במעשה שהוא כבר חלק מהביצוע, ואף עיקר הביצוע. משהתקיימו גם כל יתר יסודות העבירה של נסיון לרצח, אין להתערב במסקנה כי נסרין ביצעה אף עבירה זו.

עונש על שידול לרצח – האם מאסר עולם חובה?

עיקרי גזר הדין בעניינה של נסרין

41. בעקבות הרשעתה של נסרין בשידול לרצח, נחלקו הדעות בבית המשפט קמא בשאלה, האם דינה למאסר עולם חובה – ועונש זה בלבד – כדינו של המבצע עבירת רצח (סעיף 300(א) לחוק העונשין). סגן הנשיא ד’ בר-אופיר היה בדעה (והשופטת ש’ ברוש הסכימה עימו), כי אין הוראה מפורשת וחד-משמעית בחוק לעניין תקופת המאסר שניתן להטיל על מי שהורשע בשידול לרצח. מחד גיסא, כך קבע, אפשר לפרש את עונש החובה בגין עבירת הרצח כחל גם על המשדל לרצח, וזאת לאור ההוראה המחילה על המשדל “כל דין” החל על הביצוע העיקרי (סעיף 34 לחוק העונשין). מאידך גיסא, המשיך וקבע, הטלת עונש חובה בגין עבירה מסוימת שוללת מבית המשפט כל שיקול דעת, ומחייבת לכן הוראה מפורשת בחוק; ובהיעדר הוראה מפורשת כזו, כלל לא ברור שיש להטיל עונש של מאסר עולם חובה בדרך פרשנית. נוכח שתי

הפרשנויות האפשריות שהעלה, פסק סגן הנשיא בר-אופיר שיש להחיל את הכלל אשר מורה כי מקום בו ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יש להחיל את הפירוש המקל ביותר עם הנאשם (סעיף 34כא לחוק העונשין). לפיכך, קבע כי העונש על שידול לרצח הינו אמנם מאסר עולם, אך לא כעונש חובה, ומשמעות הדבר היא, תקופת מאסר שלא תעלה על עשרים שנה, כהוראת סעיף 41 לחוק העונשין (לפרשנותו של סעיף זה והיקף תחולתו, ראו: רע"ב 7501/06 זיאדה נ' שירותות בתי הסוהר, ניתן ביום 27.12.07).

לאור קביעה זו, גזר בית המשפט (ברוב דעות) על נסרין עונש של 16 שנות מאסר בפועל בגין העבירות של שידול לרצח ונסיון לרצח שבהן הורשעה.

42. השופטת ש' דותן חלקה על מסקנת הרוב. לשיטתה, הוראת ההשווייה שבחוק העונשין (סעיף 34ד) לפיה, בהעדר הוראה אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי יחול גם על השידול (וגם על הנסיון, הנסיון לשידול והסיוע), מחייבת את המסקנה כי עונש החובה המוטל על מבצע רצח חל גם על המשדל לרצח. שופטת המיעוט תמכה מסקנתה זו בכך שחרף הוראת ההשווייה, מצא המחוקק לנכון לסייגה ביחס למנסה, בקבעו מפורשות כי העונש על עבירת הנסיון לרצח יהיה עשרים שנות מאסר (סעיף 305 לחוק העונשין); ומשלא עשה כן במפורש בנוגע למשדל לרצח, משמעות "שתיקתו" הינה כי עונש החובה המוטל בגין ביצוע רצח מושת גם על המשדל לרצח. תמיכה נוספת למסקנתה זו נמצאה לה בדברים שנאמרו בבית משפט זה על אודות תפקידו המרכזי של המשדל ועל כך שהעונש הצפוי לו הוא כעונשו של המבצע העיקרי. השופטת דותן ציינה כי דברים אלה נאמרו גם בפרשת פלוניס, שבה נדונה עבירת הרצח, ובית משפט זה לא ראה לנכון לסייג את מסקנתו לעניין זהות העונש.

עיקרי טענות הצדדים

43. המדינה מערערת על קביעת הרוב בעניין זה ומבקשת לאמץ את דעתה של שופטת המיעוט, מנימוקה. המדינה מטעימה כי המחוקק נוהג לסייג באופן מפורש את עונש החובה, מקום בו הוא מעוניין לעשות כן. כך, לנוכח השווייה דינם של המנסה, המנסה לשדל והמסייע, לזה של המבצע העיקרי, דאג המחוקק לסייג את עונש החובה בהתייחסו לעבירה של נסיון לרצח (סעיף 305 לחוק העונשין), כמו גם בהתייחסו לסיוע לעבירות שהביצוע העיקרי שלהן מחייב הטלת עונש מאסר עולם (סעיף 32(1) לחוק העונשין); ועוד. המדינה מדגישה במיוחד את הסייג המפורש שמצא המחוקק להחיל על הנסיון לשידול (סעיף 33(1) לחוק העונשין), וטוענת, כי משלא החיל סייג דומה גם על המשדל, יש להסיק מכך, כי דין המשדל כדין המבצע גם לעניין עונש החובה.

עוד טוענת המדינה, כי קביעת בית המשפט המחוזי לפיה עונשו של המשדל לרצח הוא מאסר עולם שאינו חובה, משווה למעשה בין עונשו לבין זה של המנסה לשדל לרצח (עשרים שנות מאסר). תוצאה זו, כך המדינה, אינה סבירה.

בנוסף טוענת המדינה, כי פרשנותה שלה, לפיה עונשו של המשדל לרצח הינו מאסר עולם חובה, עולה לא רק מלשון החוק, אלא גם מתכליתו, כמו גם מהעמדה הנורמטיבית הרואה בשידול חומרה זהה לזו של הביצוע העיקרי.

לאור גישתה זו של המדינה, סבורה היא כי אין להחיל על המשדל לרצח את הוראת סעיף 41 לחוק העונשין (הקובעת עונש מירבי של עשרים שנות מאסר במקרה בו מוטל עונש מאסר עולם שאינו חובה). נאמנה לשיטתה, לפיה העונש על שידול לרצח הינו עונש מאסר עולם חובה, גורסת המדינה, כי החריגים לו יימצאו אך ורק בגדרי סעיף 300א לחוק, המאפשר במקרים מסוימים הטלת עונש מופחת על מי שהורשע ברצח.

44. נסרין טוענת מנגד, כי יש לדחות את ערעורה של המדינה ולאמץ את דעתם של שופטי הרוב בסוגיה זו, מטעמים. נסרין טוענת עוד, כי הכלל החולש על גזירת העונש הינו כי הענישה היא אינדיווידואלית וכי לבית המשפט הגוזר את הדין נתון שיקול דעת רחב, תוך שימת לב למכלול הנסיבות. לטענתה, כלל זה מוצא את ביטוי בהוראה הקובעת כי העונשים הינם עונשי מקסימום (סעיף 35 לחוק העונשין). באין הוראה מפורשת המתירה חריגה מכלל זה, כך נסרין, על בית המשפט לדבוק בעקרונות הכלליים של ענישה אינדיווידואלית.

בטיעונה בעניין זה מטעימה נסרין, כי עונש של מאסר עולם חובה הינו חריג לא רק מבחינה זו שהוא מונע כל שיקול דעת מבית המשפט, אלא גם מבחינת אורכה של תקופת המאסר, בהיותו עונש שאינו קצוב בזמן (להבדיל מעונש מאסר עולם שאינו חובה). לטענתה, עונש חריג זה מיועד אך ורק לעבירה החמורה של מעשה רצח, ואין להרחיבו אל העבירות הנגזרות ממנה.

ד"ר

45. השאלה אם דינו של המשדל לרצח הינו מאסר עולם חובה, נדונה בבתי המשפט המחוזיים, אך טרם הגיעה לפתחו של בית משפט זה. אקדים ואומר, כי דעתי כדעת המיעוט בבית המשפט קמא, לפיה עונשו של המשדל לרצח הינו מאסר עולם – ועונש זה בלבד.

פתח דבר, אדרש לתשתית הנורמטיבית הנוגעת לעניין. עונש החובה של מאסר עולם, המוטל על המבצע עבירת רצח, נקבע בסעיף 300 לחוק העונשין, בזו הלשון:

"(א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד:
 (1) ...
 (2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;
 ...".

עונש חובה זה אינו מותיר כל שיקול דעת לבית המשפט, פרט למקרים בהם מאפשר החוק להטיל עונש מופחת, בהתקיים התנאים המיוחדים שנקבעו בסעיף 300א לחוק העונשין (שאינם רלוונטיים לענייננו).

כמצוין לעיל, סעיף 34ד לחוק העונשין משווה את הדין החל על הצורות הנגזרות של העבירה לדין החל על הביצוע העיקרי שלה. וזו לשון הסעיף:

"מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על נסיון, שידול, נסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה".

המילים "כל דין" שבסעיף זה כוללות גם את העונש המוטל בגין הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת: "חבותו של משדל בפלילים היא כחבותו של מבצע עיקרי, והעונש שהוא צפוי לו הוא כעונשו של מבצע עיקרי" (דברי השופט מ' חשין בפרשת פלונים, בעמ' 415, פסקה 13; ראו גם דבריו בדנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, 57, פסקה 12, וכן דבריה של השופטת דורנר, שם, בעמ' 42, פסקה 5; ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), בעמ' 131: "... דינו של המשדל כדין מבצע העבירה ועונשו זהה ...").

נובע מכך, כי בהיעדרה של הוראת חוק המסייגת, במפורש או במשתמע, את דינו של המשדל לביצוע עבירת הרצח – יהא דינו כדין המבצע העיקרי של עבירה זו, דהיינו, מאסר עולם חובה.

46. חיזוק למסקנה זו נמצא בהוראות המסייגות עונשי חובה, שנקבעו בחוק העונשין לגבי הצורות הנגזרות האחרות של העבירה, דהיינו, הנסיון, הנסיון לשידול והסיוע. בדרך זו, של החרגה מפורשת, הלך המחוקק כשביקש לסייג את תחולתו של עונש מאסר עולם חובה ביחס למסייע (סעיף 32(1) לחוק), וביחס למנסה לשדל (סעיף 33(1) לחוק), כשבשניהם העמיד המחוקק את העונש המירבי על עשרים שנות מאסר. בדומה לכך נהג המחוקק עת ביקש להחריג את דינו של המנסה מן הדין המוטל בגין הביצוע העיקרי והמושלם, בקובעו, ככלל, כי הוראה

המטילה עונש חובה לא תחול על נסיון (סעיף 27 לחוק), ובקובעו גם באופן מיוחד, כי העונש המירבי על עבירה של נסיון לרצח יעמוד על עשרים שנה (סעיף 305 לחוק). ענינו הרואות, כי משביקש המחוקק לסייג את תחולת העונש של מאסר עולם חובה ביחס לאחת הצורות הנגזרות של העבירה המנויות בסעיף 34ד, הוא קבע זאת בלשון מפורשת, שאינה משתמעת לשתי פנים. משלא הורה כן אף ביחס למשדל, משתמע מכך, בבחינת מכלל הן אתה שומע לאו, כי לגבי האחרון לא ביקש המחוקק לסייג בדרך כלשהיא את הוראת ההשווייה הכללית שנקבעה בסעיף 34ד לחוק.

מכאן, לכאורה, שאין לראות ב"שתיקתו" של המחוקק בנוגע לעונשו של המשדל לרצח משום אי התייחסות לסוגיה זו, כפי שגרסו שופטי הרוב בבית המשפט קמא, אלא יש לראות בה יצירה מכוונת של הסדר מחמיר ביחס למשדל. אומר אני "לכאורה", משום שמסקנה זו אמורה בשלב זה במישור הלשוני בלבד, שהרי צריכה היא להיבחן גם לאור תכלית החוק, כדברי הנשיא ברק:

"המשמעות המשתמעת של חוק קובעת את מסגרתו הלשונית של החוק. המשמעות הלשונית של החוק אינה מוגבלת איפוא להוראות המפורשות בלבד אלא היא משתרעת גם על ההוראות המשתמעות. משנקבע מתחם האפשרויות הלשוניות (המפורשות והמשתמעות), יש לקבוע איזו מבין האפשרויות הלשוניות הללו היא האפשרות הלשונית בעלת המשמעות המשפטית. דבר זה נעשה, כאמור, בעזרת תכלית החקיקה ... מכאן ואילך, המשמעות המשפטית נקבעת על-פי הכלל הפרשני לפיו מפרשים את הלשון כדי להגשים את תכלית החקיקה" (א' ברק פרשנות במשפט כרך ב פרשנות החקיקה, התשנ"ג, בעמ' 115).

47. הסדר זה שנקבע ביחס למשדל, כפי שהוא נלמד מלשון החוק, תואם אף את תכלית החקיקה. כאמור, השידול הוא אמנם צורת שותפות עקיפה ("חיצונית"), אך הוא גם צורת שותפות ראשית לאירוע עברייני. המשדל הוא שותף ראשי, בשל תרומתו המהותית והמכריעה להתרחשות העבירה, שהרי הוא "האב הרוחני" של העבירה, וללא תרומתו – לא היה המבצע העיקרי ניגש לביצוע. משקלו של השידול בגיבוש אירוע עברייני רב-משתתפים כמוהו כמשקל הביצוע העיקרי (פלר, כרך ב', בעמ' 276-277). בהשוותו את דין המשדל לזה של המבצע העיקרי, נתן המחוקק ביטוי לתרומתו הראשית של המשדל ולהשקפה לפיה מעשה השידול אינו חמור פחות מהביצוע העיקרי. זו ההשקפה המקובלת, והיא גם באה לידי ביטוי בכינויו של המשדל כ"מבצע האינטלקטואלי" של העבירה (שם, בעמ' 226-225). לאור תרומתו הראשית של המשדל, לא ראה המחוקק להפחית מאחריותו, בהשוואה לזו שנקבעה בגין הביצוע העיקרי

של העבירה (שם, בעמ' 277). בנוסף, להבדיל מצורות נגזרות אחרות, המחוקק אינו מהסס להעניש בגין נסיון לשידול (שכונה "הסתה" בעבר), כעבירה נגזרת, על אף שהשידול הינו כבר עבירה נגזרת בעצמו (שם, שם). הרציונאל שביסוד השוואת עונשו של המשדל לזה של המבצע העיקרי עולה גם מדברי ההסבר להצעת החוק:

"אף כי השידול הוא בעל אופי עקיף, הרי דינו של המשדל כדין מבצע העבירה ועונשו זהה, מאחר שתומתו לביצוע העבירה היא גם כן ראשית ומכרעת: בלעדי השידול, לא היה ביצוע, לפחות לא בזמן ובנסיבות שבהן הוא התרחש והשידול הוליד לא רק עבירה אלא גם עברייני. זהו גם הדין הקיים (סעיף 26(3) לחוק העונשין)" (דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), עמ' 131).

ועוד זאת: לשידול אף נודעת חומרה יתירה לעומת הביצוע העיקרי, משום שהמשדל פוגע לא רק בערך המוגן של העבירה נושא השידול, אלא גם ב"אינטרס הציבור שכל פרט יימנע מביצוע עבירות, ויהיה מוגן מפני השפעות שעלולות להביאו לעולם הפשע" (פלר כרך ב, בעמ' 229). לולא השידול, הפגיעה בערכים מוגנים אלה לא הייתה מתרחשת כלל.

לנוכח מעמדו זה של המשדל, כמחולל העבירה נושא השידול וכמגבש אצל המשדול את ההחלטה לבצעה, מסתברת בעיני המסקנה כי לא בכדי, ולא מחמת היסח הדעת, נמנע המחוקק מלסייג את דינו של המשדל בעבירות שהעונש עליהן הוא עונש חובה, להבדיל מהמנסה, המנסה לשדל והמסייע. נהפוך הוא. בשל החומרה הרבה המיוחסת לשידול, ראה המחוקק לנכון להשוות את עונשו של המשדל לזה של המבצע העיקרי גם בעבירות שהעונש עליהן הוא עונש חובה.

נמצא, כי המסקנה לפיה עונשו של המשדל זהה לזה של המבצע העיקרי, אף כשמדובר בעונש של מאסר עולם חובה, אינה עולה רק מלשון החוק, אלא גם מתיישבת עם תכליתו.

48. כפי שציינתי בפתח הדיון, שאלת עונשו של המשדל לרצח נדונה בבתי משפט מחוזיים. במרבית המקרים שבאו בפניהם הוטל דווקא עונש שאינו מאסר עולם חובה. ברם, חשוב לציין, כי הצד השווה לאותם מקרים היה, שהמשדל לא השלים את העבירה נושא השידול, דהיינו, שמעשיו הגיעו אך כדי נסיון לרצח (ראו תפ"ח (ת"א) 3112/98 מדינת ישראל נ' כהן (גזר דין מיום 14.7.98); ת"פ (ת"א) 4043/98 מדינת ישראל נ' פטר (גזר דין מיום 16.6.99); תפ"ח (ת"א) 1108/03 מדינת ישראל נ' ארובס (גזר דין מיום 21.7.05)).

49. אכן, מקום בו המשדל ניגש לביצוע עבירת הרצח אך לא הצליח להשלימה מסיבה כלשהי – ולפיכך עונשו לא יהיה מאסר עולם חובה – אף דינו של המשדל לא יהיה מאסר עולם חובה. תוצאה זו מתחייבת הן מלשונו והן מתכליתו של סעיף 34 לחוק, שיש לפרשו באופן כזה שעונשו המירבי של המשדל לא יוכל לעלות על העונש המירבי שניתן להטיל על המבצע העיקרי (המשדל). כך מתחייב מעצם היות השידול צורה נגזרת לביצוע העיקרי, וכך גם עולה מהערת אגב של השופט קדמי בפסק הדין בע"פ 4720/98 מדינת ישראל נ' כהן:

"לשיטתי, נושא המשדל באחריות לכל עבירה שמבצע המשדל מכח השידול; ובמקום שהמשדל רק ניסה לבצע את העבירה נושא השידול – נושאים שניהם, המשדל והמשדל באחריות לנסיון הביצוע" (ניתן ביום 6.7.99, פסקה 5).

אבהיר, כי אחריותו של המשדל במקרה כזה תהא בגין שידול לביצוע עבירת הרצח, שהרי השידול הושלם כבר עם תחילת ביצוע העבירה בידי המשדל (וראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), בעמ' 130: "תנאי ... הוא שהמשדל אמנם ניגש לביצוע העבירה אליה שודל ... תנאי זה בא על סיפוקו אף בתחילת ביצוע העבירה, כשהמשדל לא הספיק או לא הצליח להשלים את העבירה"; ראו גם פלד כרך ב, בעמ' 232). עם זאת, כאמור, העונש המירבי בגין שידול זה לא יעלה על עשרים שנות מאסר, כעונש המירבי המוטל על עבירת הנסיון לרצח.

העולה מן האמור, כי אין בגזרי הדין דלעיל של בתי המשפט המחוזיים, שעסקו כולם במקרים שבהם לא הושלמה עבירת הרצח, כדי לאצול על השאלה שלפנינו.

50. לעומת זאת, במקרה אחר, שבו הושלמה עבירת הרצח, החליט בית המשפט המחוזי בירושלים כי עונשו של המשדל לרצח הוא אמנם מאסר עולם חובה, אך לא עונש זה בלבד. בית המשפט קבע, כי בהתקיים נסיבות מקלות, הסמכות בידו להטיל עונש קל מעונש חובה זה (ת"פ (י-ם) 308/99 מדינת ישראל נ' ביידון, החלטה מיום 20.1.02; להלן – ביידון). כבוד השופטים סגל וגל נימקו גישתם זו בחוות דעת נפרדות, וכבוד השופטת שידלובסקי-אור הסכימה לתוצאה שאליה הגיעו. נימוק משותף שהביאו שניהם, התבסס על הוראתו של סעיף 35 לחוק. סעיף זה מסמיך את בית המשפט שלא להטיל את עונש החובה הקבוע בחוק כל אימת שקיימות נסיבות מקלות מיוחדות המצדיקות זאת, אך מסייג סמכות זו ביחס לעבירת הרצח לפי סעיף 300 לחוק. בטרם אדרש לנימוק שביסוד ההחלטה בעניין ביידון, אתעכב בקצרה על ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 35 לחוק.

51. הוראתו של סעיף 35א הוספה במסגרת חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (להלן – תיקון 39), שנתקבל בכנסת ביום 25.7.94 ומועד תחילתו נקבע ליום 23.8.94 (כעבור שנה מיום פרסומו ברשומות). יצוין, כי הוראה דומה לא נכללה בהצעת החוק שהיוותה את הבסיס לתיקון 39: הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ב-1992 (ה"ח 2098, מיום 6.1.92, עמ' 114). סעיף 35א, כניסוחו בתיקון 39, מורה בזו הלשון:

" 35א. עונש חובה ונסיבות מקלות
עבר אדם עבירה ונקבע לה עונש חובה, רשאי בית המשפט
להטיל עונש קל ממנו, אם שוכנע כי קיימות נסיבות מיוחדות
המצדיקות זאת".

ביום 29.5.95, בטרם כניסתו לתוקף של תיקון 39, הוגשה לכנסת הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), התשנ"ה-1995 (ה"ח 2403, עמ' 475). הצעה זו ביקשה לחולל שני שינויים במקביל. האחד, לסייג את תחולתו של סעיף 35א, כך שלא יחול על עבירת הרצח לפי סעיף 300 לחוק; והשני, להוסיף לחוק את סעיף 301א, שכותרתו "המתה במצב של אחריות מופחתת", ולפיו, בהתקיים התנאים המיוחדים המנויים בו, לא יורשע המבצע בעבירה חמורה מעבירת הריגה. בדברי ההסבר להצעה נאמר, כי הסמכות הרחבה לשקול קיומן של נסיבות מיוחדות לפי סעיף 35א, מבלי שזו מלווה באמות מידה להפעלתה, "אינה הולמת את אופיה החמור של עבירת הרצח ואת הסכנה הנשקפת לציבור, בדרך כלל, ממי שהורשע בביצועה" (דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), התשנ"ה-1995, ה"ח 2403, עמ' 476).

נוסחו העדכני של סעיף 35א נקבע בחוק העונשין (תיקון מס' 44) התשנ"ה-1995 (ס"ח 1537, מיום 7.8.95, עמ' 391). בתיקון זה הוסף סעיף קטן (ב), המורה, בין היתר, כי הוראת סעיף קטן (א) שבו, לא תחול על עבירת רצח לפי סעיף 300, למעט במקרים המפורטים בסעיף 300א. וזו לשון הסעיף:

" (א) הורשע אדם בעבירה שדינה עונש חובה, ניתן להטיל עליו עונש קל מעונש החובה הקבוע לעבירה, אם העבירה נעברה בנסיבות מקלות מיוחדות שיפורשו בגזר הדין.
(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על אלה:
(1) עבירת רצח לפי סעיף 300, למעט במקרים המפורטים בסעיף 300א;
(2) עבירה לפי ... "

52. הסייג הקבוע בסעיף קטן (ב)(1), על פי לשונו, מתייחס ל"עבירת רצח לפי סעיף 300", ואינו מתייחס במפורש לשידול לרצח. לאור זאת, ולאור הטעמים הנוספים שהועלו בהחלטה

בעניין ביידון, נפסק שם כי הסייג אינו חל על השידול לרצח. בהתאם לכך נקבע, כי אף שעונשו של המשדל לרצח הינו מאסר עולם חובה, סעיף 35א(א) בכל זאת מאפשר לבית המשפט לשקול קיומן של נסיבות מקלות בגזירת דינו. כך, משום שסעיף 35א(א) מהווה לעניין זה חיקוק שממנו משתמע כי אין להשוות את דינו של המשדל לדינו של המבצע העיקרי. מתקשה אני לקבל פרשנות זו, ככל שמדובר במשפט המצוי.

כאמור, המחוקק גילה דעתו מפורשות כי כל דין החל על הביצוע העיקרי יחול גם על המשדל, בהעדר הוראה אחרת (מפורשת או משתמעת). בכך נתן המחוקק ביטוי מפורש לחומרה הטמונה במעשיו של המשדל ולתרומתו הראשית והמכרעת לביצוע העבירה, ביחסו לשידול אותו משקל שהוא מייחס לביצוע העיקרי. משכך, ובהעדר הוראה אחרת, החריג שבהוראת סעיף 35א(ב)(1), שלא מאפשר שקילתן של נסיבות מקלות בעת גזירת העונש על עבירת הרצח, כולל בתוכו גם את המשדל לרצח. הרי זו משמעותה של השוויית דינו של המשדל לרצח לזה של המבצע רצח (סעיף 34ד): הוראת ההשווייה מחילה על המשדל את סעיף 35א(ב)(1) לחוק, בדיוק כשם שהיא מחילה עליו את הסעיף הקובע את עבירת הרצח ואת עונשה (סעיף 300א) לחוק). על כן, לא נותר עוד כל שיקול דעת לבית המשפט בגזירת עונשו של המשדל לרצח.

53. סיכומם של דברים: פרשנותו המילולית והתכליתית של החוק מובילה למסקנה כי דינו של המשדל לביצועה של עבירת הרצח (שהושלמה) הוא מאסר עולם – ועונש זה בלבד. לנוכח זאת, יש לדחות את ערעורה של נסרין על גזר הדין ולקבל את ערעורה של המדינה. התוצאה היא, כי יש להטיל על נסרין עונש של מאסר עולם כעונש חובה.

54. עם זאת, התוצאה אליה הגעתי, תוצאה המשווה את ענישת המשדל לזו של הרוצח, מטרידה היא. זאת לנוכח ההבדלים החריפים הקיימים בסביבתה הנורמטיבית של עבירת הרצח לעומת זו של עבירת השידול. בעוד בסביבתה של הראשונה מצויה עבירת ההריגה (סעיף 298 לחוק העונשין), שהעונש המירבי עליה הינו 20 שנות מאסר, והיא מאפשרת בסופו של דבר הפעלת שיקול דעת, לא כן כשמדובר בעבירת השידול. אין בסביבתה עבירה היוצרת מדרג נורמטיבי המאפשר שיקול דעת כזה. העונש המירבי על עבירת הקשר, שהיא עבירה "קרובה" לשידול, הוא 7 שנות מאסר (סעיף 499א(1) לחוק העונשין), ועל כן אין עבירה זו יוצרת את המדרג הנורמטיבי הרצוי במקרים של עבירות חמורות כמו עבירת הרצח והשידול לרצח. הגם שסיווג העבירה איננו צריך להיות מושפע מן הענישה עליה, הרי שלא כך תמיד במציאות (ולעניין היחס בין עבירות השידול והקשר והשפעת הענישה בעבירת הקשר על סיווג העבירה, ראו פלו, כרך ב, בעמ' 350-362; וכן קרמניצר, על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה). עבירת הסיוע (סעיף 31 לחוק העונשין) – לרבות "הסיוע הרוחני", שהענישה המירבית עליה היא של 20 שנים (סעיף 32(1) לחוק העונשין) – עשויה במקרים

מסויימים ליצור את הסביבה הנורמטיבית (ולעניין היחס שבין הסיוע הרוחני לבין השידול, השוו לדברי הנשיא ברק בעניין פלונים, בעמ' 406). ראוי אפוא, לאור התוצאה אליה הגעתי, השוללת שיקול דעת בגזירת העונש של המשדל לרצח, כי המחוקק ייתן דעתו לנושא זה של היעדר מדרג נורמטיבי, ויסדירו.

לאור הדברים האלה, ולאור הערותיו של בית המשפט קמא באשר לניסיונה של הנאשמת, סמוך מאוד לרצח, להניא את אסעד מלבצע אותו, יש לקוות כי בבוא העת תזכה המערער להתחשבות מסוימת באשר לעונש של מאסר עולם חובה שהושת עליה.

ערעורו של ג'יהאד על גזר דינו

55. המערער הורשע על פי הודאתו בעבירה של סיוע לרצח, במסגרת הסדר טיעון שלא כלל הסכמה לעניין העונש. בית המשפט קמא גזר על המערער 14 שנות מאסר, מהן 12 שנים לריצוי בפועל.

56. המערער טוען כי בית המשפט החמיר בעונשו יתר על המידה. לטענתו, יש להעניק משקל רב לגילו הצעיר ולסיכויי שיקומו. לנוכח גילו הצעיר טוען הוא, כי יש לגזור גזירה שווה בעניינו מן העונש שהושת על נאשמת אחרת במקרה דומה, שהורשעה אף היא בסיוע לרצח ונידונה לעשר שנות מאסר, מהן שמונה שנים בפועל (ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3)22; להלן – עניין פלונית). לדידו של המערער, יש להתחשב גם באישיותו הדלה וברמתו השכלית הנמוכה. עוד טוען המערער, כי לא ניתן לראות במעשיו את ה"גורם הסופי" והמכריע לביצוע העבירה, משום שאסעד היה מבצע את זממו גם ללא הסיוע שהושיט לו. המערער מוסיף, כי הוא נגרר אחרי חברו אסעד ללא סיבה של ממש ומבלי שהיה לו מניע בביצוע הרצח. לטענתו, אין בכך כדי להצביע על היעדר מצפון, כי אם על אישיות דלה, איוולת וטיפשות בלבד. כן טוען המערער, כי יש להתחשב בהודאתו בעבירת הסיוע לרצח, שיוחסה לו בכתב האישום המתוקן, וכי הביע חרטה כנה בפני בית המשפט. ואחרון, טוען הוא, כי הפער בין העונש שהושת על נסרין לבין זה שהוטל עליו הינו קטן, דבר שאיננו מתיישב עם הפער בין חלקה הגדול של נסרין בפרשה לבין חלקו שלו.

57. המדינה טוענת, מנגד, כי נסיבות האירוע מצביעות על התנהגותו החמורה של המערער ועל הסיוע הרב שנתן לאסעד במהלך ההכנות לרצח ובעת ביצועו. לטענת המדינה, אין מקום להקל בעונשו של המערער בשל כך שהודה במעשים המיוחסים לו, משום שהודאתו נמסרה רק לאחר סיום פרשת התביעה.

58. בתסקירי המבחן שהונחו בפנינו צוין כי המערער מביע צער וחרטה על מעורבותו בעבירה המיוחסת לו, וכי לדבריו לא היה מודע לחומרת המעשה ולא העריך את תוצאותיו. עוד עולה מן התסקירים, כי תפקודו של המערער בבית הסוהר הינו תקין, ללא בעיות משמעת, וכי הביע את רצונו לעבור הליך שיקומי.

ד"ן

59. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, באתי לכלל מסקנה כי גם ערעורו של ג'יהאד דינו להידחות. בגזר הדין איזן בית המשפט כראוי בין שיקולי הענישה הצריכים לעניין, בהביאו בחשבון את הנסיבות לקולא ולחומרא. במסגרת מכלול השיקולים שנפרשו בפניו נתן בית המשפט משקל הולם הן לחומרה הרבה של נסיבות העבירה והן לנסיבותיו האישיות של המערער, ובהן גילו הצעיר והחרטה הכנה שהביע בגין המעשה. בחינת חלקו של המערער בפרשה שלפנינו מעלה, כי הלה תרם תרומה משמעותית לביצוע עבירת הרצח, בסייעו לאסעד להוציא את מזימתו מן הכוח אל הפועל. כבר מן השלבים הראשונים של תכנון העבירה עמד המערער לצידו של אסעד, סיפק לו את כלי הנשק שנועד לביצוע הירי והדריך אותו בשימוש בו. לאחר מכן הסיע המערער את אסעד ועקב יחד עימו אחר מכוניתו של המנוח. בהמשך הדברים, אותה המערער למנוח לעצור את מכוניתו בצד הדרך, וכאשר יצא אסעד מן המכונית ורצח את אחיו בדם קר, המתין לו המערער בזירת הרצח וסייע לו להימלט. לאחר המעשה עזר המערער לאסעד לטשטש את עקבות הרצח, בהטמינם את האקדח ששימש לביצוע הירי ובשוטפם את הרכב. לנוכח כל האמור, אין להמעיט במשקלו של הסיוע שהעניק המערער לאסעד. נהפוך הוא. הסיוע הצמוד שהושיט המערער לאסעד איפשר את גרימתה של התוצאה הקטלנית. אף אם לא היה למערער מניע עצמאי לרצח המנוח, וכל מטרתו הייתה לעזור לחברו שהשפיע עליו לרעה, ברי כי אין לזקוף זאת לזכות המערער, שבהתנהגותו רמס עד עפר את הערך של קדושת חיי אדם.

אוסף, כי אין המקרה שבפנינו דומה לנסיבותיו של המקרה שנדון בעניין פלוני. שם דובר על קטינה שסייעה לקטין לרצוח את המדריך החברתי שלהם בפנימייה שבה התגוררו. בענייננו, לעומת זאת, המערער הינו בגיר, למרות גילו הצעיר. כמו כן, במקרה שלפנינו סייע המערער לאסעד בכל שלבי העבירה, כמפורט לעיל, והיה נוכח אף בעת ביצוע המעשה עצמו.

נוכח כל האמור, לא ראיתי מקום להתערב אף בגזר דינו של המערער.

אחרית דבר

60. הייתי מציע לחבריי לדחות את ערעורה של נסרין, לקבל את ערעור המדינה ולהשית על נסרין עונש של מאסר עולם. כן הייתי דוחה את ערעורו של ג'אאהד.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

1. מצטרף אני לדעתו של חברי השופט ד' חשין, לפיה יש לדחות את ע"פ 7894/03 (ערעורו של ג'אהד ג'אבר) ואת ע"פ 5079/04 (ערעורה של נסרין מסראווה) ולקבל את ע"פ 7894/03 (ערעורה של המדינה). עם זאת, אבקש להוסיף מספר מילים לגבי ערעורה של המדינה על גזר הדין שהוטל על נסרין מסראווה.

2. כפי שמציין חברי השופט ד' חשין בחוות דעתו, סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) קובע כי ככלל יהא דינו של המשדל לעבירה כדינו של המבצע העיקרי:

מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על נסיון, שידול, נסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה.	תחולת דין העבירה 34ד
--	--

עם זאת, לאור חומרתם היתרה של עבירת הרצח ועונש החובה המתלווה לה, קבעה דעת הרוב בבית המשפט המחוזי כי לא ניתן להבין את הסעיף כקובע זהות בין המשדל לרצח ובין מבצעו, בכל הנוגע להטלת עונש חובה של מאסר עולם. על כן קבע בית המשפט המחוזי כי אמנם יש להטיל על המשדל לרצח עונש של מאסר עולם, אולם אין מדובר בעונש חובה אלא בעונש מרבי בלבד.

3. קביעתו זו של בית המשפט נסמכה על הוראתו של סעיף 34א לחוק העונשין, לפיה:

פרשנות 34כא ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל יותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.

בהתאם קבע בית המשפט כי יש לתור אחר מהות העונש ומידתו בדרך פרשנית ומתוך זיקה לעקרון הפרשנות המקל עם הנאשם כאמור בסעיף 34כא לחוק העונשין. משכך קבע כי בהיעדר התייחסות מפורשת בחוק לעונש שיש להטיל בגין שידול לרצח, יש להטיל על המשדל עונש של מאסר עולם שאיננו חובה.

4. בדומה לחברי השופט ד' חשין, איני מסכים עם קביעתו זו של בית המשפט המחוזי.

5. אכן, כפי שקובע סעיף 34כא לחוק העונשין, משניתן לפרש הוראה פלילית במספר דרכים סבירות, תינתן עדיפות לפרשנות הנוטה להקל עם הנאשם. אלא שהחלתו של כלל זה נעשית בצורה דו שלבית. בשלב הראשון תיבחן פרשנותה של ההוראה על פי כללי הפרשנות התכליתית המקובלים במשפט הישראלי הכללי, למציאת הפרשנויות המגשימות את תכליתה של ההוראה. רק באם תימצאנה מספר פרשנויות המגשימות את תכלית החקיקה בצורה סבירה באותה מידה, תיבחר מביניהן בשלב השני הפרשנות המקילה עם הנאשם (ראו דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547, 556-558 (2004) (להלן: עניין אסד); ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 500 (1997); 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 550 (1997)).

בדרך זו, יופעל הכלל שבסעיף 34כא לחוק העונשין רק במקרה שבו עומדות להוראה פלילית מספר פרשנויות, המגשימות את תכלית ההוראה בצורה שווה, באופן שלא ניתן לקבוע מי מהן הינה סבירה יותר. כפי שציין בית המשפט בע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.11.2006):

"אם בחינת התכלית על שני פניה תעלה יותר מפירוש סביר אחד לדין, ולא ניתן להכריע איזה מהם סביר יותר על רקע כוונת החוק, כי אז, ורק אז, יועדף הפירוש המקל עם הנאשם. תנאי לכך הוא "כי כפות המאזניים מעויינות" (א' ברק "על פרשנות של הוראה פלילית", מחקרי משפט יז, (תשס"ב), 347, 351). החלת הפירוש המקל עם הנאשם יתהווה רק מקום שקיים קושי בהכרעה

בין אפשרויות פרשניות סבירות שונות, אשר כל אחת מהן עולה בקנה אחד עם תכלית הנורמה הפלילית.

6. בענייננו, הפרשנות לפיה אין כל הבחנה לעניין העונש בין עבירת הרצח לעבירה של שידול לרצח, הינה פרשנות המשרתת את תכלית החוק בצורה סבירה יותר מהפרשנות ההפוכה, ולמעשה הינה הפרשנות הסבירה היחידה המשרתת בצורה אמיתית את תכליתו של הסעיף שבנדון.

7. כפי שעולה מחוות דעתו של חברי השופט ד' חשין, תכליתו של סעיף 34ד הינה להשוות, לענייננו, בין המבצע העיקרי של העבירה המושלמת ובין המשדל לעבירה, לכל עניין ודבר. תכלית זו נלמדת הן מלשונו החד משמעית של הסעיף, הן מדברי ההסבר שנלוו להצעת החוק שקבעה את הסעיף, והן מהשקפתו הרחבה של המחוקק לפיה מעשה השידול אינו נופל בחומרתו מהביצוע העיקרי.

8. במצב זה, שבו הפרשנות המגשימה בצורה הסבירה ביותר הן את לשונו והן את תכליתו של הסעיף אחת היא, אין מקום להיזקק לכלל הפרשנות המקלה, ויש להסתפק בפרשנות זו. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט בעניין אסד:

”משעוצבה תכליתו של הדין ייתן הפרשן ללשון הדין אותה משמעות אשר יותר מכל משמעות אחרת היא מגשימה את תכליתו. על-כן אם מובן לשוני אחד מגשים את תכליתו של הדין, ואילו מובן אחר אינו מגשים את תכליתו, על הפרשן לבחור במובן המגשים את התכלית. אין לבחון במובן אפשרי שאינו מגשים את תכליתו של הדין.” (שם, בעמ' 557)

9. אשר על כן, מצטרף אני לחוות דעתו של חברי השופט ד' חשין, לפיה יש לדחות את ערעורם של ג'האד ג'אבר ונסרין מסראווה ולקבל את ערעור המדינה, באופן שיושת על נסרין מסראווה עונש של מאסר עולם.

10. בשולי הדברים אעיר, כי מקובלים עליי גם דבריהם של חבריי השופט ד' חשין והשופט א' גרוניס, לפיהם תוצאה זו אליה הגענו, ביחס לעונש שיש להטיל על נסרין, הגם שהיא משקפת את הדין הקיים, הינה תוצאה קשה. נדמה כי תחושה זו נובעת מחוסר היכולת ליתן ביטוי לפער – המוסרי גם אם לא משפטי – בין המשדל לרצח ובין מי שביצע אותו במו ידיו. מבלי להמעט כהוא מזה מחומרת מעשיה של נסרין, הרי שנדמה שהיעדר שיקול הדעת השיפוטי בעת גזירת עונשה מונע מתן ביטוי לפער מוסרי זה, אשר עשוי היה להביא להקלת מה בעונשה, אל מול

עונשו של הרוצח עצמו, אסעד מסארווה. עם זאת, כאמור לעיל, בהינתן המסגרת הנורמטיבית הקיימת, אין לנו אלא להטיל עליה את עונש החובה הקבוע בחוק.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

1. גם אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט ד' חשין. אף אני סבור כי התוצאה לפיה מוטל על נסרין עונש חובה של מאסר עולם יוצרת תחושה של אי נוחות, ואף יותר מכך, לאור נסיבות העניין. יחד עם זאת, אין מנוס מן התוצאה האמורה. זאת, לאור הוראתו של סעיף 34 לחוק העונשין. סעיף זה משמיע לנו כי "כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על ...שידול..." אלא אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת. כפי שהסביר חברי, פשיטא כי בגדר הדין החל על עבירת רצח נכלל סעיף 300 לחוק העונשין, הקובע מאסר עולם כעונש חובה. יש אף צידוק ענייני ומהותי כי עונשו של מי שתורם תרומה מכרעת לביצועה של עבירה באמצעות השפעה מנטאלית יהא, בהיבט העקרוני, כעונשו של המבצע העיקרי.

2. האמור בסעיף 34 לחוק העונשין בעניין תחולתו של הדין באשר לביצוע העיקרי על שידול אף שולל את האפשרות להטיל עונש קל מעונש החובה כאשר "העבירה נעברה בנסיבות מקלות מיוחדות...", כאמור בסעיף 35א(א) לחוק העונשין. זאת, משום שעל פי סעיף 35א(ב) אין תחולה להוראת סעיף 35א(א) לגבי עבירת רצח. כלומר, הדין החל על עבירת רצח כולל את סעיף 35א(ב) ועל כן, ולאור סעיף 34ד, חל הוא אף על עבירה של שידול לרצח. שילובן של ההוראות האמורות מוביל לכך שמאסר עולם כעונש חובה הוא העונש שיש להטילו משמורשע אדם בעבירה של שידול לרצח. על כן, אין לבית המשפט מרחב תמרון כלשהו בכל הנוגע לעונש.

3. המקרה הנוכחי מדגים היטב מדוע עונש חובה הינו בעייתי. כפי שציין חברי, השופט ד' חשין, עובר לביצוע הרצח, ולאחר שנסרין שידלה את אסעד לבצעו, היא ניסתה להניאו מכך. נוכח העובדה שהיא לא מנעה את ביצועה של עבירת הרצח ואף לא הודיעה למשטרה על דבר כוונתו של אסעד לבצעה, אין תחולה להוראת הפטור מאחריות פלילית, בגין חרטה, שבסעיף 34 לחוק העונשין. חובה לומר, כי עצם העובדה שבסמוך לביצוע המעשה ניסתה נסרין להניא את אסעד מלבצע את הרצח, על

אף שתחילה שידלה אותו לבצעו, משנה במידה מסוימת את אחריותה המוסרית למעשה. למרבה הצער, הוראות החוק כפי שהסבירן חברי באופן יסודי וממצה אינן מאפשרות גמישות כלשהי באשר לעונש. כמו כן מסכים אני עם חברי השופט ס' ג'ובראן כי במקרה הנוכחי לא ניתן לעשות שימוש בכלל הפרשני שבסעיף 34כא לחוק. אין מנוס, אם כן, מלהטיל על נסרין מאסר עולם כעונש חובה. כפי שציין חברי, השופט ד' חשין, יש לקוות כי בבוא היום תזכה היא להתחשבות מסוימת.

כמו כן מסכים אני לדחיית ערעורו של ג'יהאד על גזר דינו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' חשין.

ניתן היום, י"ב באדר א' תשס"ח (18.2.08).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט