

\*הערה: כל סעי' ללא ציון החוק הוא סעי' בחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "החוק").

המדובר, בניסיון לביצוע עבירת התנהגות של ביגמיה (סטטוס): יש לנתח את היסודות של העבירה. בעבירה זו, ההתנהגות האסורה היא: נשיאת אישה אחרת, בנסיבות של היות המבצע נשוי.

על פניו, במקרה דנן של ניסיונו של יורי, היסוד העובדתי הנ"ל מתקיים: יורי ניסה לבצע את ההתנהגות האסורה של נשיאת לאה – הכינו הכנות לחתונה, ואף ניגשו לרבנות (תוך רצון לא להיתפס) ע"מ להירשם לנישואין.

וכן היסוד הנפשי של העבירה מתקיים: בעבירת ניסיון נדרש גם היסוד הנפשי כבעבירת המקור (התכלית) וגם מטרה (=כוונה) לבצע את העבירה, כיוון שעיקר חומרת עבירת הניסיון הוא ביסוד הנפשי, במטרה, באשם הנלווה למעשים, ובפוטנציאל החזרה על ההתנהגות והרצון להשלימה.

יורי ניסה, כשהוא מודע להיותו "נשוי" בנישואין "תקפים" לסוניה (או לפחות חושב כך, ואגע בסוגיית טעותו בהמשך), כנסיבה מטריאלית, וכשהוא מודע לכך שהוא מבצע הכנות לנישואין (ובאשר לניסיון וכניסת "הכנות" לתוכו, ארחיב אח"כ).

גם היסוד הנפשי בחלקו החפצי-מטרי התקיים, במלוא עוזו: יורי ניסה לבצע את העבירה בכוונה – להינשא ללאה על אף שהוא נשוי – הוא סיפר לסוניה, תכנן איתה הכל, ואף התחמק עימה כשחשש שמעשהו הנבזי יתגלה.

אפילו אם הוא לא התכוון, ויעלה ספק סביר בכוונתו (למשל, בטענה שהוא רצה קודם לברר אפשרות של הליך גירושין כלשהו ברבנות אצל הרשם), יש להעז ולומר, על פי הפסיקה, שחלות עליו 2 חזקות, מהותית פסיקתית של צפיות (כלומר – ידיעה ברמה גבוהה של האירועים שקולה לכוונה), וראייתית, של כוונה. את כל מעשיו, כולל ההכנות לחתונה, יורי עשה ביודעין, ברמה גבוהה מאוד של ידיעה ושליטה על המתרחש ועל זרימת המידע על סוניה – לוולדימיר, ללאה ולרבנות, וידע כי הוא עושה את כל המעשים הללו, שלא מותירים ספק לגבי כוונתו – הוא כבר הדפיס הזמנות, וכן מכל הנסיבות הללו עולה בבירור כי הוא התכוון גם התכוון (ראייתית).

לאחר ניתוח זה, של העבירה לפי סעי' 19 ו-20, ו-25 (המייצר דרישה של קיומה של מטרה לבצע), יש לעסוק בניסיון:

ניסיון, בהגדרתו בסעי' 25, דורש מעשה שאין בו הכנה בלבד, וכי העבירה לא הושלמה. בפסיקה (סרור, עם הרימון, מיכאלי – המלצרים, ועית') הוגדר תחום בין הכנה בלבד לעבירה מושלמת, ובו קמה העילה להרשעה בעבירת ניסיון. הדבר אכן מתנגש מעט עם עיקרון החוקיות – מתי אדם ידע כי מעשיו נכנסו לגדר ניסיון עבירה? ולכן, ולא דווקא לסיבה זו בלבד, קמו מבחנים שונים להגדרת "ניסיון מהוי". אעמוד עליהם בקצרה:

- (א) מבחן המעשה הראשון בשרשרת של מעשים שסופם בעבירה המושלמת (ברק, בפ"ד סריס).
- (ב) מבחן המעשה המוחשי, בר הקיימא עם כוונה (פ"ד סרור) – מעשה מהותי לביצוע העבירה, עם שימת לב לתפיסתו הסובייקטיבית של הנאשם.
- (ג) מבחן המעשה האחרון (נדחה בפ"ד סרור ולב ורמדו) – המעשה האחרון של ביצוע הניסיון, שבהשלמתו תבוצע העבירה המושלמת.
- (ד) מבחן המעשה החד משמעי (פ"ד נחושתן) – "הסרט האילם" – חד משמעית – מובן מתוך המעשים שמדובר בעבירת ניסיון, אובייקטיבית.

במבחנים הנ"ל עולות 2 גישות, אובייקטיבית (ג', ד') שעוסקת כמעט בסוף המעשה, או בשלב מאוד מתקדם, וסובייקטיבית (א', ב') שעוסקת יותר בכוונתו של הנאשם בעבירת הניסיון, בתפיסתו את מצב הדברים, יותר מאשר בביצוע.

כל אחד מהמבחנים הנ"ל קם ליורי ומראה כי הוא ביצע עבירת ניסיון:

- (א) אפילו שכל אחד מעשיו שביצע יורי – הכנת לאה והכנת החתונה, ואפילו הכניסה לרבנות- אינו עבירה בפני עצמו, ברור כי יורי ביצע שרשרת מעשים, ראשון ושני ושלישי, שלבסוף תיגמר בעבירה המוגמרת. ניסיונו הוא מה שהוגדר בפסיקה "ניסיון מוגמר" – יורי עשה כל שביכולתו, ואם היה יודע שהוא יכול לשכנע את חברו ולדימיר – היה עושה זאת – הוא השקיע כסף רב וזמן בכך.
- (ב) יורי ביצע מעשים שאינם בגדר הכנה בלבד, ולדידו, הוא אמור היה לצאת את הרבנות עם היתר ורישום לנישואיו. הוא נסע לרבנות, הכין אולם – הכל במטרה אחת ברורה – להתעלם מנישואיו עם סוניה, ולשאת את לאה.

ג ו-ד) שני מבחנים אובייקטיביים אלו, שמפנים מקומם לגישה הסובייקטיבית, בפסיקה – אף הם נענים בחיוב – ליורי נותר מעשה אחרון להשלים כלאות – לרשום את נישואיו, וכן ברור היה לצופה אובייקטיבי (לא בדיוק "אדם סביר מן היישוב"), מן הצד, מה טיבם של המעשים שעשה הנאשם, והדברים שאמר.

על כן, ברור כי יורי צריך להיות נאשם בניסיון, כי הוא ביצע ניסיון.

טענה, שכמובן תעלה מצידו של יורי, היא כי מעשהו היה ניסיון בלתי-צליח – הוא לא היה נשוי בעת שבא להכין נישואיו ולרשום – בלתי צליח – אין איסור על מעשיו, כיוון שהוא לא נשוי! סוניה מתה. טענה זו תידחה: אין עוררין על כך שאדון יורי לא היה מודע לכך שאישתו, ממנה הוא פרוד זמן רב, מתה, אך טעות זו, במצב הדברים, אף שהיא כנה (וסבירה מבחינת הכנות, ראייתית, באמת המידה, לפי פ"ד משולם), לא מועילה, שכן ישנו סעי' 26: אין חשיבות לאי אפשרות ביצוע של העבירה מפאת חוסר מודעות או טעות! הדבר דומה לפ"ד גרציאנו – כל הזמן הוא חשב בליבו כי הוא "מתחמק" מזרוע הרבנות ומעובדת היותו נשוי לסוניה – בדיוק כפי שאדם נושא שקית מלאה וחושב שיש בידו סמים (אך אין). יש קשר עמוק בין התנהגותו לניסיון! ניסיונו היה בלתי צליח, אך בהחלט בר אשמה.

יורי ייאשם ויורשע, ולא תועיל לו אפילו טענה נוספת, של חרטה לפי סעי' 28: יורי יטען כי הוא התחרט מליבו ומרצונו בלבד, וחדל מהשלמת ההתנהגות האסורה שעשה. הטענה עקרה, מכמה סיבות: על יורי היה להוכיח, מעבר למאזן ההסתברות (50%) (ואפילו שהדבר נוגד את עיקרון סעי' 34 כ"ב) כי הוא התחרט מרצונו החופשי, ויורי לא יכול לעשות זאת: בפ"ד מיכאלי, כמו גם בפ"ד מצראווה, ראינו כי חרטה ה"נגועה" בהשפעת גורם חיצוני (אדם, נסיבה, שוטרים שבאים, מכות מהקרבו, חנק של הקרבן) אובייקטיבי שוללת את החרטה, לבטח בניסיון מוגמר, בו אדם עושה כל שביכולתו להשלמת העבירה. יורי לא התחרט כי ראה את וולדימיר וליבו נכמר לו על סוניה והוא נזכר בימים הטובים ברוסיה המולדת, עם אהובתו ובחירת ליבו הראשונה, ולא כיוון שהלכה היהודית והחוק הפריעו לו, אלא מסיבה אחת: הוא חשש פן יתגלה ע"י וולדימיר, ולכן נטש את הרבנות במהירות (הוא פחד על כדי כך שרמוז ללאה לברוח עימו ("להסתלק").

בשיקולי ענישה, אוסיף כי אפשר לסווג את לאה כמשדלת, דבר שאולי יפחית מעונשו של יורי, על איסור בן מאות שנים, עוד בטרם קמה המדינה.

### שאלה שניה – חלק ראשון:

לניצן יהיה קשה לצאת ממצבו (לפחות לגבי הקנס), אפילו אם יערער, ואסביר לו מדוע, ואביא כמה עצות, אם בכל זאת חפצה נפשו לא להיאסר לשבעה חודשים.

אפתח, כצפוי, בניתוח היסודות בעבירה: מדובר בעבירה התנהגותית שישודותיה העובדתיים הם כדלהלן: ההתנהגות המעשה האסור: המסיע, הסעה. נסיבות: רכב, תושב זר, השוהה בישראל, שלא כדין.

כבר בבית הדין קמא נקבע כי הם התקיימו – ניצן הסיע תושב ערבי, ברכבו, תושב שאין לו היתר להיות בארץ, ששוהה בה למרות הכל – והכל שלא כדין – כלומר, לא על פי החוק שדורש היתר שהיה בארץ.

לגבי היסוד הנפשי העניין סבוך מאוד: ניצן יטען כי אין לו מחשבה פלילית של מודעות לפי סעי' 19 ו-20, כנדרש לעבירה התנהגותית – הוא יטען כי הוא מודע לכך שהוא מסיע ברכבו אדם כלשהו – אך לגבי היות הנוסע תושב זר השוהה בארץ שלא כדין הוא לא היה מודע.

אולם, עבירתו של ניצן יכולה לקבל תוקף מבחינת ה- Mens Rea מכיוון שישנו סעי' 20(ג)1: מי שחושד (וכיום אין נפקות לגובה החשד; אם קטן הוא אם גדול הוא) באפשרות קיום נסיבות בשעת העבירה, או בטיב ההתנהגות, או נמנע לבררם (עצימת עיניים), יחשב כמי שהיה מודע.

הפרקליטות תטען כי הוא חשד בכך שמדובר בפלסטיני-ערבי, שאין לו היתר: מדובר במצב בו הנאשם תושב הר חברון, ומן הנסיבות רואים כי יש מודעות – כשנגלה ששי לא הכיר את הערבי, ששוחח בטלפון בערבית, ברור היה כי במצב הביטחוני דהיום ניצן חשד.

ואם ניצן יטען כי הוא כלל לא חשב על האפשרות של העבירה הזו, תטען הפרקליטות לפי פ"ד פלוני ופ"ד בארי וטייב כי מצב כזה הוא מצב של עצימת עיניים, "חלל תודעתו", ונפסק עליהם שהם כמו חשד, העולה לדרגת מודעות.

למרות אלו, ניצן יוכל לטעון כי הוא בכל זאת לא חשד ולא היה מודע, ולהתחמק ע"י סעי' 2(2) לחוק הכניסה לישראל, ואם כן חשד, הרי שהוא בירר את חשדו לעומקו וניקה ספק מליבו: שי הוא חייל משוחרר טרי, העובד בבניין, מה שמעיד על קרבותו, ועל היכרותו עם ערבים הן משדה הקרב והן מאתר הבנייה – ניצן יכל לסמוך וסמך, ואוסיף כי אפילו כל אדם סביר היה סומך על כך (וזה נותן חיזוק, אף אם אין דרישה בעבירה לאי סבירות), על "מומחיותו" של שי בענייני ערבים. ולא זאת בלבד, אלא שהוא גם "חקר" את הערבי, והגיע למסקנה שהוא בקיא בעברית, ואף בקיא בפנים ישראל – בסכנות לאורך קטע נרחב מדרום הר חברון עד באר שבע – הוא בהחלט איש חשד, ולכן אי מודעותו ואי חשדו אפשריים. כך אולי יצלח להימנע מהעונש – אך הדבר לא יהיה פשוט כלל ועיקר:

ההוכחה תהיה קשה כי ביהמ"ש והפרקליטות ידרשו דרישה מסויימת: מדובר בדרישה (החורגת מעיקרון החוקיות ומסעי' 34כ"ב, שבכוונה הושמטה ממנו האמירה הלא חוקתית "אלא אם נאמר בחוק אחרת") להוכחה שהיא מעבר להטלת ספק סביר באשמה – "עליו הראיה" – זו דרישה להוכחה מעבר למאזן ההסתברויות, ברמה של 50% נכונות, ורק אז יכנס ניצן לסעי' 2(2) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

מדוע ההוכחה תהיה קשה מבחינת הוכחות?  
אפילו שישנן נסיבות שבהן לא חשד ניצן ולא היה עליו לחשוד – כי כל אדם סביר לא היה צופה ורואה טכנית ומהותית שמדובר באדם שאינו ערבי-ישראלי, החי בארץ (אולי בדווי אפילו) ודובר שפתה, ויודע דרכו בה, ולמרות זאת אינו תושב חוקי, הרי שישנן נסיבות אחרות: ניצן אמור לדעת ולהכיר ערבים ממקום יישובו (זו נסיבה מטריאלית, שגורמת לדרישה חזקה יותר ממנו), וכן אי היכרותו של שי עם הערבי הייתה אמורה לעורר "נורה אדומה", נוכח כוונותיהם הרעות של הערבים דווקא בעיר באר שבע, שלאחרונה הפכה למטרה (עקב גדר ההפרדה) לפיגועים, וכן עקב המצוקה הערבית בשטחים, שבשלה הערבים מוכנים להסתגן. ייטען, כי לא סביר שניצן לא צפה.

ניצן אולי יוכל לנסות להפעיל במקרה דנן את סעי' 34"ח לחוק העונשין תשל"ז, הדין בטעות במצב דברים – ולהביא, לפי הפסיקה בפ"ד משולם, טענה שטעותו כנה וישרה, ואכן הוא באמת ובתמים דימה מצב דברים אחר, וכן יש בה סבירות, ואף לא רק כאבן בוחן לכנותו, אלא ממש – אילו טעותו לא הייתה סבירה קשה להעלות על הדעת שיהיה מסיע את הערבי או מעלהו לרכבו בכלל, וכמוהו כל אדם סביר מן היישוב. יצוין כי הדבר מתנגש עם דרישת הראיות שסעי' 2 לחוק הכניסה לישראל דורש – כיוון שנראה שנדרשת שם הוכחה שהיא מעבר להבאת ספק סביר. אך כאן, נוכל להביא חדשנות מבית משפט של השופט זמיר, בפ"ד התנועה המסורתית, כי החלק הכללי של חוק העונשין הוא חוק, אך ברמה נורמטיבית גבוהה מזו של סעי' עבירה הכפופים לו, ולכן סעי' 34"ח לחוק העונשין הוא הנותן את הכלל וקובעו.

אם כל אלה לא יעזרו לניצן, עדיין יהיה לו מפלט כלשהו, לפחות מן המאסר (ולא מן הקנס), ואסביר מדוע: אני גורס שיש כאן אפשרות שעבירה זו היא עבירה מסוג אחריות קפידה, לפי סעי' 22 לחוק. בפ"ד מאור מזרחי מובא הרציונאל של עבירות אחי קפידה: עבירות קלות יחסית עם משנה זהירות שנדרשת עליהן רמת זהירות אקסטר-גבוהה, ומי שלא עומד בה, שלא יבצע פעולה המתקרבת לתחום העבירה, ובסעי' 22(א) נקבע כי אם נקבע בדין (כולל בפסיקה) לגבי עבירה ישנה (טרם חוק העונשין בתיקון 39, כפי שכאן) שהיא עבירת אחריות קפידה, אזי היא נותרת כזו (ולא אכזיש, קיימת כאן בעייתיות עם עיקרון החוקיות, מאספקט הטכניות והפוזיטיביות של הידיעה). על הקביעה בדין ישנה מחלוקת בפ"ד לקס, בו השופט בייניש חולקת על השופט קדמי ואומרת כי ניתן ליצור עבירות אחריות קפידה על סעי' ישנים גם כיום, אם הן מסוג עבירות אחריות קפידה ולפי הרציונאל שלהן – ואף שבפ"ד אורן בנגב השופט בר' השאיר זאת בצריך-עיון, ישנה מגמה כזו בפסיקה (במחוזי ובשלום).

ניצן יטען כי עבירה זו היא כזו: עונשה קל יחסית, ויש הצדקה לאחריות וחשיבות לאיסור הכנסת תושבים זרים במצבנו, והוא יוכל לצאת ממנה זכאי רק אם יוכיח (עליו הראיה) שאין לו מודעות או רשלנות (במובן של "ולא היה עליו לחשוד" – יש פה אלמנט של רשלנות, ואדם סביר עם צפיות טכנית ונורמאטיבית). עבירות עם הסדר מיוחד כזה נדונו בפ"ד לקס, ויש סיבה טובה להחיל עליהן את סעי' 22, שבתוכו, וזו הסיבה לכך שעל ניצן לנסות לסווג עבירה זו כאחריות קפידה (שנקרא לא אחת בכינוי, וכך למשל בפ"ד אזולאי, וכן בפ"ד גדיסי "מעין עבירת רשלנות עם העברת נטל ההוכחה"). וכך, סעי' 22(ג'): הדורש הוכחה של מחשבה פלילית ורשלנות מצד הפרקליטות. יביא שהדבר ידרוש ממנו העלאת ספק סביר בלבד בנוגע לרשלנותו ומודעותו, בכדי לא להיאסר.

ע"מ להימנע מהקנס, תידרש הוכחה של 50% שאינו רשן ושלא היה מודע, ועשה ככל שביכולתו (ובפסיקה ובאקדמיה מובא פרופ' קרמניצר, שדורש עשייה כזו שתהא מעבר לעשייתו של אדם סביר מן היישוב) ואז הוא יהיה פטור מאחריות בגין סעי' זה, אך ברור שהוא לא עשה ככל יכולתו – בסעי' 1(2) לחוק הכניסה לישראל נדרשת הוכחה מסוג שני, של בדיקת מסמכי התושב הזר, ולדעת, רק דבר כזה היה מרצה את ביהמ"ש בקשר ל"עשה ככל שניתן", באשר לקנס.

אפשרות תלושה וקלושה, הייתה לנסות להוכיח, מצד ניצן, כי מדובר במצב שבו הבדיקה והעצירה במחסום (בהנחה שהיה מחסום ידוע של קבע) היו העשייה הזו להסרת ספק בקשר לשהייתו של הערבי. אפשרות נוספת היא לפרש את המילים "שלא כדין" כך שהאמירה מתייחסת להסעה למטרה כלשהי, אך זה לא יתפוס.

ועוד אחת, אחרונה, היא לתקוף את החוק מבחינת עיקרון החוקית: כמו בפ"ד תורגימן, בו כועס חשין על האכיפה הגרועה, שגורמת לכך שעיקרון החוקיות נפגע וקובע כי אי אפשר להרשיע בסעי' שלא נאכף היטב, כך גם כאן: לא לעיתים רבות יש העמדה לדין של מי שמסיע תושב זר, והתופעה רחבה מאוד, ולכן אין להרשיע.

## שאלה שניה – חלק שני:

גם את שי אפשר לנסות להרשיע בסעי' 2, מכמה כיוונים:

מסייע – מטרה.

מבצע בצוותא.

משדל – מטרה.

- מבצע בצוותא: אפשר לטעון, כי שי היה מודע, או בחזקת מודעות (ולא אחזור על הדיון הקודם, למעט איזכור מעמדו של שי שמחזק מודעותו או חשדו, כחייל וכפועל עם ערבים), וכך לנסות להרשיעו לפי סעי' 29. כיצד? שי ביצע בצוותא את העבירה עם ניצן, לפי סעי' 29(ב') – הוא היה ברכב, ואפשר שהוא נהג בו לעיתים, ואפשר שעזר לניצן בריעונו לאורך הנסיעה, או שתדלק את הרכב וכו' – ואפילו שהוא ירד וניצן המשיך לנסוע עם הערבי, אין לזה נפקות לפי הסעי'. למבצע זה נדרשת אותה רמת יסוד נפשי כשל המבצע העיקרי, ניצן, שהרכב בבעלותו ומטרת הנסיעה העיקרית היא שלו.

- שידול: אפשר ששי הוא משדל, לפי סעי' 30, אפשרות זו קלושה (אף שאפשר לראות בו "אב רחני" – בגללו בכלל עצרו), לאור פ"ד אסקין ואופיו של המשדל והשידול: נדרש כי השידול יהיה לחץ (שאינו כדי כורח) שדוחף את המבצע (שעדיין חופשי לבחור, בשונה מעבירת ביצוע באמצעות אחר) ומביאו לידי ביצוע העבירה – וכן נדרשות 2 מודעויות – לשידול עצמו ולפוטנציאל ביצוע העבירה עקב השידול, ו-2 מטרתו וכוונות: מטרה לשדל ומטרה שהשידול יוביל לביצוע העבירה המדוברת – אין טעם לדון בכל אלה, כי ברור מהנסיבות שלשי לא הייתה כוונה לביצוע העבירה, ואף אין טעם להיזקק להלכת הצפיות הפסיקתית, כי קשה להוכיח שלשי הייתה ראייה מראש, מודעות ברמה גבוהה, להתרחשות העבירה וההתנהגות האסורה: הוא פחות מניצן בשנים, ודווקא כחייל הוא לא חושב על כך שהערבי תושב זר יצליח לחדור את חומת ההגנה העבה של צה"ל, ולא שיער שבאמת יגרום לכך שניצן יסיע את הערבי, ויעצור כבקשתו, אם זהו אינו הבחור שעבד עימו.

- מסייע: כאן מצויה הנקודה החשובה, וכאן מאמין אני ששי יתפס ויורשע. אסביר מדוע: סיוע בסעי' 31 הוא מבוצע בידי מי שהקל את הביצוע, אפשר אותו, או תרם, בכלליות, לביצוע העבירה. סיוע יכול להיות גם סיוע רחני, גם בתכנון (לפי פ"ד פלוני – עם טל, והדבר עולה, לדעת ביניש, קדמי וברק, אפילו לדרגת מבצע בצוותא...), וגם במחדל (פ"ד ויצמן, בו הנוסעים שתקו, והיה אף נוסע שהאיץ בנהג לנסוע). לכן, שי יכול להיתפס כמי שעודד רחנית את ניצן, בבקשו לעצור לערבי, ובכך שלא מחה בידו כשגילה שהערבי אינו חברו למקום העבודה, אלא שתק כשניצן הסכים לתת לערבי (ששאל "לאן מועדות פניכם" – פנה לשניהם!) – זהו סיוע רחני ממדרגה ראשונה – ניצן נותר בראש שקט כשהחייל לשעבר, שי, שתק, והביע בשתיקתו הסכמה. את שי אני מסווג יותר כמסייע ולא כמבצע בצוותא, כיוון שאני בוחן אותו לפי מבחני הפסיקה (מרדכי, פלוני, מרקדו, פוליאקוב ופלונית וכו'). שני כיוונים לכך:

1. בסיוע נפסק (בהלכה שהתהפכה מפוליאקוב שלא דרש מטרת סיוע, לפלונית) שצריך שתהנה שתי מודעויות – לסיוע ולפוטנציאל שהסיוע יתרום למעשה האסור בעבירה, וכן מטרה אחת: לסייע למבצע (לא מטרה נוספת לעבירה, כמו אצל משדל) – אין לי ספק (סביר) כי שי היה מודע לכך שהוא יכל להתנגד ולמנוע הסעת ערבי ברכב, וכי הוא היה מודע לכך ששתיקתו (ואעז לומר, שישנו סיוע רב בנוכחותו) – כך ניצן פחות פחד להסיע את הערבי, בנוכחות בחור צעיר וחזק שיודע להתמודד) מסייעת, ואף התכוון לכך – הן בכוונה ממש והן לפי הלכת הצפיות הפסיקתית שאפשר לראות כחלה על עבירות סיוע – אפשר לומר מהנסיבות ומודעותו שהייתה לו ידיעה גבוהה על כך שמדובר בערבי ושיש לבדוק לערבי מסמכים.

2. מבחני המסייע והמבצע: בפסיקה עלו שישה מבחנים:

מבחנים לקביעת סיווג כמסייע	במקרה דנן
----------------------------	-----------

<p>לא, קשה לראות שיש בו ביצוע שהוא מעבר לסיוע, שי בסה"כ ישב ושתק כשגילה שזהו אינו חברו וכשניצן החליט להסיעו.</p>	<p>1. <u>מבחן אופי המעשה</u> – האם במעשה יש מן הביצוע ממש או רק תרומה זניחה, יותר מאשר מכרעת.</p>
<p>שי ראה עצמו כנספח לנסיעה, טרמפיסט, כמעט כמו הערבי – ולכן הוא חיצוני, ורק מסייע.</p>	<p>2. <u>מבחן סובייקטיבי</u> – האם השותף ראה עצמו כחלק מן <u>המעגל הפנימי</u> של העבירה או חיצוני לה.</p>
<p>המעשה הכי בולט של שי היה בכך שהוא ביקש לעצור ונימק שבחור זה עובד עימו, אין בכך מעשה של ממש, או דרישה חד משמעית לעצירתו, וברור שהוא לא שולט בניצן, או ברכב – הוא טרמפיסט צעיר, ואינו הבעלים ובעל השררה.</p>	<p>3. <u>מבחן אובייקטיבי</u> – מעשה של ממש לעבר ביצוע העבירה, שתורם באופן מוחלט. מעורבות מכרעת.</p>
<p>לשי אין הזדהות נפשית רבה עם העבירה ולא מעורבות עובדתית מספקת בכדי לסווגו כמבצע בצוותא, אין משקל משולב מספק לכך שהוא יהיה מעבר למסייע</p>	<p>4. <u>מבחן ההגמוניה והשליטה</u> (כמו ט', בפ"ד פלוני) – האם הוא מווסת, יכול לכוון, למנוע ולאפשר, את הביצוע.</p>
<p>חשין כן עם הנאשמים, ומסביר כי לפי העונש נבחר את הסיווג – כיוון שמסייע (לפי סעי' 32) מקבל את מחצית העונש, ושי לא ראוי לעונש גדול בכל קנה מידה, הוא יחשב כמסייע, ולדעתי אפשר להרשיעו בקנס נמוך מאוד, ודי יהיה בכך (משתלב גם עם האחריות הקפידה).</p>	<p>5. <u>המבחן המשולב</u> – ככל שיש יותר הזדהות נפשית עם העבירה, נדרשת פחות מעורבות עובדתית, ולהיפך.</p>
	<p>6. <u>מבחן העונש של השופט חשין</u> – נסווג לפי העונש הראוי.</p>

\*אציין, כי הקפצה מחשד למודעות (סעי' 20(ג)1) וממודעות לכוונה, לפי הלכת הצפיות, או החזקה העובדתית מן הנסיבות, היא מעשה לא נפוץ בפסיקה, שלדעת ד"ר קנאי גם אינו ראוי.

### שאלה שלישית

הבחנה זו חשובה, וחשיבותה היא בכך שמדובר למעשה על כך שברשלנות נדרש שיתקיימו שני אלמנטים: אלמנט של רשלנות עובדתית – חוסר מודעות של אדם לטיב המעשה, או לנסיבות (ודי באחד מהם), כשאדם מן הישוב (מצוי, ולא רצוי!) יכול היה, בנסיבות, להיות מודע, ואלמנט אחר, של הערכת הסיכון (לגבי תוצאות) ובחינתו נורמאטיבית, בידי ביהמ"ש, לפי גובהו בקריטריונים הבאים לסיכון סביר: (1) חשיבות הפעילות אליה נתלוותה הרשלנות – הערך החברתי (כמו בפ"ד צור, שם יש ערך להכרת הארץ וכו'). (2) הסכנה והסתברותה, שיקרה הסיכון ותתממש התוצאה. (3) גובה הסכנה המדוברת ועוצמתה – מהו גודל הסיכון – האם הנזק רב.

\*לדבר זה יש אחיזה בסעי' 21 כיום – בסעי' 21(1) מצויה רשלנות עובדתית, ובסעי' 21(2) הסיכון, לעניין תוצאות ואפשרותן.

פרופ' גור אריה מסתכלת על הבחנה זו כחשובה, ולדעתי יש לכך הצדקה - כך ביהמ"ש מקבל לידיו שיקול דעת כפול, נורמאטיבי ועובדתי, ומרחב גדול בתחמת הפליליות של עברות רשלנות.

חשוב לומר, שלמטבע 2 צדדים: יש בכך פגיעה בעיקרון החוקיות, הן מבחינת אספקט הידיעה (הטכני פוזיטיבי), והן מבחינת אספקט השרירות (המהותי נורמאטיבי), שעל שניהם אין לעבור (פרופ' פלר מעמיד עיקרון זה בראש מעייניו, וכך גם בית המשפט – למשל, בפ"ד משולם, עם דוקטרינת העבירה רבת הפרטים). ביהמ"ש יכול לקבוע נורמאטיבית כי סיכון הוא לא סביר, ויכול, כמו בפרשת בש, לקבוע את דרגת האדם הסביר מן היישוב שלו (ולא להסתמך על השכנים שהעידו כי הם לא היו צופים את מות הילדים עקב הפקרת המקרר בגינה, כפי שעשה ביהמ"ש להפתעת אדון בש) – כגבוהה ממה שיש בציבור – היסוד הנפשי של מודעות של אדם סביר ברשלנות, כשאין מודעות של הנאשם, בשאלה העובדתית, היא שאלה שאין עליה וודאות ויציבות, לכאורה, עקב פרשה כמו פרשת בש, וקביעת ביהמ"ש את דרגת האדם מן היישוב

מאידך, ההבחנה, שמעוגנת בחוק העונשין (כפי שהראיתי לעיל) יוצרת שני מדרגים של בחינות, שבעבירת תוצאה מסוג רשלנות חייבים להיענות בחיוב: מדרש הרשלנות והמודעות לנסיבות ולמעשה ולאפשרות גרימת התוצאה, ומדרג מבחן הסיכון הסביר, דבר שיכול לעזור לנאשם, להוכיח שאף שלא היה מודע, הסיכון היה סביר (למשל, בנימוק כפרשת צור).

בפרשת בש ההבחנה יכולה להתממש כך: קודם כל, ביהמ"ש בודק את רמת האדם הסביר מן היישוב, לאורו יקבע אם היה צורך וואו אפשרות לכך שהנאשם היה צריך לצפות – בפרשת בש נקבע שהאדם הסביר מהיישוב היה צופה את הסכנה מהפקרת המקרר, שילדים יכלאו בו וימותו (עקב כך תוקן סעי' 341 לחוק העונשין) – אך היה להתייחס לשכנים שהביא הנאשם כסבירים, מעט יותר (וזו מטרת הפרדה), ולאחרי מבחן זה, ביהמ"ש היה בוחן את הסיכון הנורמאטיבי שבהפקרת המקרר – (1) האם יש בפעילות זו תועלת – מובן שלא (ואפילו לא תועלת אסתטית!). (2) האם הסכנה והסתברותה גבוהות – ביהמ"ש יקבע כי כשילדים משחקים בחצר, ההסתברות לסכנה, במקרר שאינו בר פתיחה מבפנים, ההסתברות לסכנה גבוהה עד כדי כך שהסיכון אינו סביר מבחינה זו. (3) גודל ועוצמת התוצאה מהתממשות הסיכון – כשמדובר במותם של ילדים במקרר ברור כי תוצאת הסיכון, מוות ואובדן חיים, מצביעה גם היא על כך שהסיכון אינו סביר.

לדעתי אפשר לסכם זאת כך: מצד אחד, יש לנו פגיעה בעיקרון החוקיות עם חופש נורמאטיבי לביהמ"ש בשיקול דעת כמו בבש, ומצד שני עוד נדבך לעיקרון החוקיות, בהוספת מבחן הסיכון הסביר עם מבחן האדם מהיישוב, שמאפשר להגן על הנאשם מן השרירות.