

5/10/95

הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין – האם פוטרת

מאחריות פלילית*

מאת

מרים גור-אריה**

א. מבוא. ב. הצינונים המסורתיים שניסוד הכלל שלפיו טעות בחוק הפלילי אינה מתרצת, והשפעתם על התפתחות ההסדרים המעניקים פטור למי שטעה בחוק הפלילי; 1. עקרון החוקיות; 2. נטישת המגבלות המחייבות מעקרון החוקיות; 3. האינטרס לעודד ידעת החוק הפלילי; ג. הקשיים הכרוכים בהענקת פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין; ד. אי-הענקת פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין ודרישת האשמה; ה. האם יש להגביל את הפטור של טעות בחוק למקרים של הסתמכות על פירוש רשמי; ו. במקום סיכום – הסתמכות על עצה של עורך-דין בפסיקה הישראלית.

א. מבוא

פלוגית לקחה על עצמה, תמורת תשלום, לדאוג לכל מחסורם של לידים קטנים שהועברו להתגורר עמה. כחלק מסופי-השבוע שהו הלידים עם הוריהם. היא הועמדה לדין פלילי על ששימשה משפחה אומנת ללידים בלא היתר. במהלך הדיון הוברר כי קודם שחתמה

* אני מודה למשתתפי הסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית על הדיון הפורה בגרסה מוקדמת של רשימה זו ועל הערותיהם המועילות. חודה מיוחדת לחאלד גנאים על העיבוד של החומר הנוגע למשפט הגרמני. וכן חודה לעוזרי המחוק שלי, ענת חולתא-סיטבון ודן ארד, על עזרתם באיסוף החומר.

** פרופסור חבר, הקתדרה למשפט פלילי ע"ש השופט בובל וונש, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

עלי משפט ב תשס"ב

צבי א' טל

לטיפול נמרץ, האחד הוא "רק רפוי לחיי שעה להאריך ימיו כמה שאפשר להם, ולפעמים הוא רק לסלק ממנו הייסורין אבל צריך לטיפול נמרץ, והשני, לפי האומדנא שלהם יכולים לרפאותו... יש שם רק מיטה אחת, מי קודם להכניס לטיפול הנמרץ". לא חילק הר"מ פיינשטיין בין השניים לפי העיקרון שתלמיד חכם קודם, ולא לפי ההיררכיה של קדושת ישראל שבמשנה היריות, אלא לפי תחלת ההצלה ולפי קדימות הטיפול שכבר החל בו.

ייתכן גם לומר, שזהו כפי שכתב הרמ"א²⁹, שבזמן הזה שאין נוהג דין תלמיד חכם לעניין הליטרא דדהבא (קנס בשיעור ליטרת זהב על המכייש תלמיד חכם על-פי ירושלמי ב"ק ח' ר' רמב"ם הל' תלמוד תורה ר' י"ב), כל שכן שאין לדחות פיקוח נפש מפניו.

לסיכום

* כאשר מדובר בדחייה אקטיבית של נפש מפני נפש על ידי-הריגה או מסירה

להריגה, הכלל הוא שאין דוחין נפש מפני נפש, ואפילו מפני נפשות הרבה.

* דוחין נפשו של עובר שעדיין לא יצא ראשו או רובו והוא מסכן את חיי יולדתו, מפני שעדיין אינו נפש אדם גמורה והרי הוא כ"רודף אחריה להורגה".

* אסור להרוג אדם אפילו כדי להציל בכך את חיי עצמו.

* לעניין הסגרה, כאשר אדם ספציפי, ורק הוא, מסכן חיהם של אחרים, ואם לא יסגירוהו ייהרג הוא והם, יש אומרים שמוותר להסגירו, ויש אומרים שאסור להסגירו אלא אם הוא מחויב מיחה לדורשי ההסגרה. בין כך ובין כך אסור להרוג בידיים.

* לעניין דחייה פסיבית, היינו קדימות בהצלה על חשבון חיי מי שלא נעסוק בהצלתו – יש אומרים שיש לנהוג על-פי ההיררכיה שבמשנה סוף הוריות. ויש הפוסקים שבזמן שכולם באו כאחד (או המציל הגיע ומצא את כולם כאחד) יש להקדים את מי שתחלת הצלתו גדולה יותר. מכל מקום, הקודם זכה.

עלי משפט ב תשס"ב

הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין – האם פוטרת מאחריות פלילית

להיות תקפה, והפטור המוענק למי שטענה בחוק הפלילי מצומצם מזה הנוגע לטעות בעובדה.

מטרחי ברשימה זו היא לבחון את השאלה אם במסגרת ההסדרים הקיימים היום בשיטות המשפט השונות באשר לטעות בחוק הפלילי, ניתן וראוי להעניק פטור מאחריות פלילית למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין. בדוגמה שבה פתחתי השאלה, תהיה אם היום תהיה פלוגת פטורה מאחריות פלילית. התשובה לשאלה זו מחייבת לתת את הדעת לרציונלים המסורתיים שביסוד הכלל שלפיו טעות בחוק איננה מתוצרת ועל מידת תקפותם כיום. במהלך הרשימה אף יתברר כי הדילמות המתעוררות במקרים של הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין מלמדות כי לא ניתן לנטוש באופן מלא רציונלים אלה.

בפרק ב של הרשימה אתייחס לרציונלים המסורתיים שביסוד הכלל שלפיו טעות בחוק הפלילי אינה מתרצת. במהלכו אצביע על האופן שבו התפתחו רציונלים אלה ההסדרים השונים להענק פטור במקרים של טעות בחוק הפלילי. כן אציין את השלכותה של התפתחות זו על הסוגיה של הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין.

בפרק ג אחשוף את הקשיים הכרוכים בהענקת הפטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין. טענתי תהיה כי קשיים אלה מחייבים את המסקנה כי אין להעניק פטור מאחריות פלילית למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין.

בפרק ד אדון בשאלה כיצד ניתן ליישב את המסקנה כי אין להעניק פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין, עם דרישת האשמה. במסגרת חלק זה אצביע גם על המקרים בהם יש להכיר בהסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין משום שהיא שוללת את היסוד הנפשי המיוחד שנדרש לעבירה.

בפרק ה אבדוק את השאלה אם המסקנה כי אין להעניק פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין, מחייבת להעדיף את ההסדר המצמצם את הענקת הפטור של טעות בחוק למצבים של הסתמכות על פירושי רשמי. טענתי תהיה כי יתרונו של ההסדר הרחב יותר, המעניק פטור כאשר הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר, הוא במצבים שבהם לא הייתה כל הסתמכות.

בפרק ו במקום סיכום אתייחס לעמדת הפסיקה הישראלית – פושט הורביץ ('פרומיקו') בשאלת ההסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין. הערכה של עמדה זו תיעשה לאור המסקנות שילובנו במהלך הרשימה.

בהבנתו של האיסור. לשני המקרים אתייחס ברשימה זו כאל מקרים של טעות בחוק הפלילי. להנחה מנוגדת, כי יש הבדל בין אי-ידיעה בדבר קיומו של איסור לבין טעות בהבנתו ראו J. Hall op. cit. 496-497.

עלי משפט ב תשס"ב

על ההסכם עם ההורים הכהיר לה עורך-הדין, לשאלתה, כי מעמדה מוכח ההסכם איננו של משפחה אומנת. לפי החוק, משפחה אומנת היא זו שמטפלת בילדים המתגוררים אצלה, תמורת תשלום, בתקופה העולה על 30 יום ברציפות. העובדה שהילדים שוהים עם הוריהם בספריי-שבוע קוטעת – כך לדעת עורך-הדין – את הרצף הנדרש. בית-המשפט דחה את פרושנותו של עורך-הדין בקובעו כי השהייה אצל ההורים בחלק מספרי-השבוע אינה משפיעה על מעמדה כמשפחה אומנת שהחייבה לגדל את התאומים כמשך תקופה ארוכה ורצופה. כיוון שכן, היה עליה להשיג היתר לגידול התאומים. האם אמונתה המוטעית של פלוגת, שהסתמכה על חוות דעתו של עורך-הדין שלפיה אין היא חייבת בהיתר של משפחה אומנת, חשמה לה הגנה מפני אחריות פלילית?

בשנות השישים סירב בית-משפט אנגלי, במקרה כמעט זהה (במקור העצה המוטעית בשונה על-ידי פקיד הסעד העירוני¹), להעניק לפלוגת הגנה בהסתמכות על הכלל שלפיו טעות בחוק איננה מתרצת (Ignorantia vel error legis non excusat). במרוצת השנים נפרדו שיטות משפט רבות מההלל המוחלט שלפיו אין הטעות בחוק הפלילי מתרצת. ההכרה באלמנט הפיקטיבי הטמון בחוקה כי כל אדם יודע את החוק, הביאה לנישואה של חוקה זו ככל שמדובר בחוקה כמשפטית חלוטה, שאינה ניתנת לסתירה. עם זאת ההנחה כי הטעות בחוק הפלילי (כולל אי-ידיעתו)³ מחייבת הסדר מיוחד ממשיכה

1. Surrey County Council v. Battersby [1965] 2 W.L.R. 378.

2. הדגש ברשימה זו הוא על טעות בחוק הפלילי דווקא, וזאת לאור ההנחה כי הטעות בחוק הלב-פלילי עשויה לשלול את היסוד הנפשי הנדרש להחזרת העבירה, שאו דינה כדין הטעות בעובדה; ראו: 87-88; at pp. 87-88; Card, Cross & Jones A. Ashworth Principles of Criminal Law (3rd ed., Oxford, 1999) 243; Criminal Law (14th ed., London, 1998), at pp. 83-85; J. Smith & B. Hogan Criminal Law (7th ed., London, 1997), at pp. 83-85; J. Hall General Principles of Criminal Law (2nd ed., Indianopolis-New York, 1960), at p. 394. בחוק הלב-פלילי טעות בעובדה, בדרך פסיקתית. היום מעוגנת תפיסה זו בסעיף 34 יט לחוק העונשין, שהוסף למשפטו בחוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמו וחלק כללי), תשנ"ד-1994, ס"ח תשנ"ד 348 (להלן – תיקון 39 לחוק העונשין). הסעיף המסדיר את ה'טעות כמצב משפטי' מוגבל למצבים שבהם "האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר בהבנתו את האיסור" (הסעיף המלא יובא בהמשך, בהערה 35). לדיון בשאלת ההבנתו בין טעות בחוק הפלילי לבין טעות בחוק הלב-פלילי במשפטו ראו: ש"י פלר "טעות בחוק הפלילי או הלב-פלילי, היכן הגבול?" משפטים ה (תשל"ד) 508; ד' ביין "טעות בחוק הפלילי או הלב-פלילי, קביעת הנבול או היסול ההבחנה?" הפריקליט ל (תשל"ו) 106; א' אנקר "טענת אי ידיעת הדין במשפט העברי" משפטים כה (תשנ"ה) 87, עמ' 115-117.

3. הנחתי, המקובלת על מרבית הכותבים בנושא המעוגנת אף בניסוח סעיף 34 לחוק העונשין, שציטוט ממנו הובא לעיל, היא כי אין הבדל בין אי-ידיעה בדבר קיומו של איסור לבין טעות

ב. הרציונליזם המסורתיים שביסוד הכלל שלפיו טעות בחוק הפלילי אינה מתרצת, והשפעתם על התפתחות ההסדרים המעניקים פטור למי שטעתה בחוק הפלילי⁴

בין ההסברים השונים שניתנו לכלל שלפיו אין הטעות בחוק הפלילי מחרצת, שניים משפיעים גם על ההסדרים הקיימים היום כשיטות השונות והמעניקים פטור מוגבל במקרים של טעות בחוק הפלילי. הרציונל האחד נגזר מעקרון החוקיות, והרציונל האחר נובע מהמטרה לעודד ידיעת החוק הפלילי.

1. עקרון החוקיות⁵

עקרון החוקיות מחייב כי הגבול בין האיסור לבין ההיתר יהיה אובייקטיבי, ייקבע בחוק יפורש על-ידי הגוף שהוסמך לפרש את החוק, בלא שיהיה מושפע מהשקפתו

4 לדין נרחב ברציונליזם אלה ראו: J. Austin "Ignorance of Law" Lectures on Jurisprudence (Boston, 1923), at pp. 47-48; Vol. I, 496-501; O.W. Holmes The Common Law (Boston, 1923), at pp. 47-48; E.R. Keedy "Ignorance and Mistake in the Criminal Law" 22 Harv. L. Rev. (1908) 75; J. Hall op. cit. 361-408; G. Williams Criminal Law, The General Part (London, 2nd Ed. 1961), at pp. 288-294; P. Brett "Mistake of Law as a Criminal Defence" 5 Melbourne L. Rev. (1966) 179; A.J. Ashworth "Excusable mistake of Law" [1974] Crim. L. Rev. 652; G.P. Fletcher Rethinking Criminal Law (Oxford, 2000), at pp. 730-758; P.G. Barton "Officially Induced Error as a Criminal Defence: A Preliminary Look" 22 Crim. L. Q. (1979/1980) 314; R.M. Perkins "Ignorance or Mistake of Law Revisited" 3 Utah L. Rev. (1980) 473; M.P. Furmston "Ignorance of Law" 1 J. Legal Stud. (1981) 37; P.H. Robinson (1980) Criminal Law Defenses II (St. Paul, Minn., 1984), at pp. 373-394; B.R. Grace "Ignorance of Law as an Excuse" 86 Col. L. Rev. (1986) 1392; N.S. Kastner "Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error" 28 Crim. L. Q. (1986) 308; D. Husak & A. Von Hirsch "Culpability and Mistake of Law" in Action and Value in Criminal Law (S. Shute, J. Gardner & J. Horder eds., 1993) 158; R.G. Singer "The proposed Duty to Inquire as Affected by Recent Criminal Law Decisions in the United States Supreme Court" 3 Buff. L. Rev. (2000) 701 "אי ידיעת הדין ועצא רשמית מוטעת במשפט הפלילי" עיוני משפט (תשמ"ז), עמ' 567-545; כי אור"א ידעת הדין מחקי משפט ו (תשמ"ח) 165; ר' קנאי "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב המשפט: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה" מגמות בפלילים, עיונים בחוות האחריות הפלילית (א' לרזמן עורך, תשמ"א) 203, ע"מ 221-233 (ההפניות לאזכורים אלה בהמשך יהיו בעיון שם המחברים בלבד).
5 התומך המרכזי ברציונל זה הוא Hall (לעיל, הערה 4), עמ' 388-382. כן ראו פלר, לעיל, עמ' 550. לביקורת על עמדתו של Hall ראו 393, at p. 733-735; Robinson ibid., אור, לעיל, עמ' 536; קנאי, לעיל, עמ' 225.

המוטעות של כל פרט ופרט לגבי הזקף האיסור החל עליו⁶. כשם שאיסור פלילי לא נוצר רק משום שמישהי מאמינה בטעות שהתנהגותה היא אסורה, כך גם האיסור הפלילי לא יפקע והוא ימשיך לחול על כל מי שעברה עליו, לרבות מי שלא ידעה כי האיסור קיים. הרציונל האמור של עקרון החוקיות אינו שולל הענקת פטור למי שטעתה בחוק הפלילי במקרים שבהם נבעה הטעות מהסתמכות על חקיקה שהוכרזה כבטלה (חקיקת משנה בלא סמכות ואף חקיקה ראשית בלתי חוקתית) או על פסיקה שלאחר מכן שונתה כשלא הייתה מוטעית. במקרים אלה ההכרה בטעות איננה גורמת לסובייקטיביות של הגבול בין היתר לאיסור. גם אם הגבול היה מוטעה, קביעתו לא הושפעה מהשקפתו המוטעות של הפרט; הגבולות המוטעים של האיסור נקבעו על-ידי גורמים מוסמכים – כתי-המשפט שפסקתם הוכרזה מאוחר יותר כמוטעית⁷ או מחוקקים שחקקתם בוטלה⁸. כל עוד פרשנותם של גורמים אלה לא בוטלה, היא תוחל בצורה שווה. ניתן אף לטעון, כי לא רק שעקרון החוקיות איננו שולל הענקת פטור למי שהסתמכה על חקיקה שהוכרזה כבטלה או על פסיקה ששונתה, הענקת הפטור אף מתחייבת מהרעיון של

"If that plea [mistake of law] were valid, the consequence would be: whenever a defendant in a criminal case thought the law was thus and so, he is to be treated as though the law were thus and so, i.e. the law actually is thus and so. But such a doctrine would contradict the essential requisites of a legal system." Hall ibid., at pp. 382-383
יש הגורסים כי במקרים של הסתמכות על פסיקה ששונתה אין מדובר כלל בטעות בחוק, משום שפסק-הדין משקף את המצב המשפטי הנכון בעת נתינתו וכל שנינו של ההלכה משנה את המצב המשפטי מכאן ואילך. ראו 198, at p. 371; Brett ibid., at p. 371; Hall ibid., at p. 371; Lord Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council & Others 4 [1998] All E.R. 513 (HL.)
אחריות פלילית, היא בעייתית דווקא במונחים של עקרון החוקיות. עקרון זה, המחייב שלא להטיל אחריות פלילית על מעשה שלא היה אסור בעת עשייתו, לא היה מאפשר לבית-המשפט לטעות מהפסיקה הקיימת, המשקפת – בהתאם להפיסה האמורה – את המצב המשפטי הנכון בעת נתינתה. כחזום הפלילי שניתנה של פרשנות שניתנה כעבר על-ידי הפסיקה לחוק פלילי היה אפשרי רק כמסגרת אמירת אנכי, בלא שהיה ניתן להחילה על המקרה שבמסגרתו נפסקה הלכה זו. עמדה דומה הביעו שונדנה שם היתה שונה (האם מי ששילם בהסתמך על פסיקה ששונתה לאחר מכן זכאי להשבה).
8 כשמדובר בחקיקה שהוכרזה כבטלה (void), הניסיון שלא להטיל אחריות פלילית על מי שהסתמכה על ההיתר שהוענק בחקיקה זו בלא להודקק לטענת הטעות בחוק הוא בעייתי אך יותר מזה שנעשה במסגרת פסיקה שבוטלה (הערה דלעיל). הוא מחייב להכריז כי ההיתר שהוענק בחקיקה שבוטלה ייחשב כקיים כמסגרת ההליך הפלילי, אף שהינו בטל בהקשר המינהלי. הכתנה זו סותרת את הרעיון של בטלות מעיקרה. במשפטנו ההכתנה בין בטלות בהקשר המינהלי לבין הקפות ההיתר בהקשר הפלילי נדונה בד"ר 12/81 שפירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לוד(3) 645.

עלי משפט ב תשס"ב הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין – האם פטרת מאחריות פלילית

השלום בירושלים, יהיה ראוי להכיר בטענתה כי לא ידעה שהאיסור תקף ולפטור אותה מאחריות פלילית.

ואכן, מדינות רבות בארצות-הברית בחרו להעניק פטור מאחריות פלילית למי שטענה בחוק הפלילי בעקבות הסתמכות על חקיקה שהוכרזה כבטלה או על פסיקה ששונתה¹⁵. בשיטות אלה הסתמכות על עצה של עורך-דין עשויה לשמש כביס לפטור, דק אם העצה עצמה נסמכת על חקיקה שהוכרזה כבטלה או על פסיקה ששונתה, שהרי אין כל רלוונטיות לשאלה אם ההסתמכות על החקיקה או על הפסיקה שבטלה הייתה כמישרין או שמא כאמצעות תיווכו של עורך-הדין¹⁶.

מדינות אחדות בארצות-הברית לא הסתפקו בהסתמכות על חקיקה או על פסיקה שבוטלה. הן היו מוכנות להרחיב את הפטור למקרים שבהם הטעות בחוק הפלילי נבעה מהסתמכות על גורם רשמי שהוסמך לפרש את החוק או לאכפו¹⁷. מקרה של הרחבה זו

15 ראו למשל: Ark. S.A. sec. 5-2-206 (b) (1999); Haw. Code of Ala. sec. 13A-2-6(b) (2000); 720 ILCS sec. 5/4-8 (2000); Kan. S. A. sec. 21-3203 (1999); American Law Institute, Model Penal Code sec. 15.20 (McKinney 1987) והסדרים La. R. S. (2000) sec. 14-17 (2000); N.Y. Penal Law sec. 15.20 (McKinney 1987) בקודקסים אלה אינם שונים, בדרך כלל, מזה המוצע ב"Code of Official Draft and Revised (Comments Philadelphia) pa. 1985). sec. 2.04 (3)(b) הסעיף קובע: במשפט טען עורך-הדין כי עצמו לנהג לשרב לבדיקה התבססה על הפסיקה שקבעה בדיקת נשימה. במשפט טען עורך-הדין כי עצמו לנהג לשרב לבדיקה התבססה על הפסיקה שקבעה כי אין חשוד חייב לשתף פעולה עם המשטרה לפני שמאפשרים לו להיפגש עם עורך-הדין. בית-המשפט פסק כי הפסיקה אינה חלה על בדיקת נשימה המיועדת לברר את כמות האלכוהול בדם. במקרה זה לא ניתן לומר כי עצמו של עורך-הדין התבססה על פסיקה ששונתה (כדעתו של Barton, לעיל, ערה 4, בעמ' 324). הראייה הנכונה היא כי משיקולים מובנים הפסיקה שאפשרה לחשוד שלא לשתף פעולה עם המשטרה כל עוד לא נפגש עם עורך-דין, אינה חלה על בדיקת נשימה שהייתה ליעושה לאלתר קודם שאירי האלכוהול יתארז.

16 עם זאת חשוב לשים לב כי חוות דעתו של עורך-הדין אינן מייצגות נאמנה את הפסיקה ששונתה מאוחר יותר. הבהרה זו נחוצה למקרים כגון זה שנודן בפרשת 21 *The Queen* (1977) *Dunn v. The Queen* (1977) N.Z.R. 2d. 334 (S.C. App. Div.) שעצרו אותו לעבור בדיקת נשימה. הוא התקשר טלפונית עם עורך-דינו, והלה הבירר לו כי על עור לא יאפשרו לו להיפגש עם עורך-הדין, וזכותו לשרב לבדיקה. הנהג העמד לידן על פסיקה שקבעה בדיקת נשימה. במשפט טען עורך-הדין כי עצמו לנהג לשרב לבדיקה התבססה על הפסיקה שקבעה כי אין חשוד חייב לשתף פעולה עם המשטרה לפני שמאפשרים לו להיפגש עם עורך-הדין. בית-המשפט פסק כי הפסיקה אינה חלה על בדיקת נשימה המיועדת לברר את כמות האלכוהול בדם. במקרה זה לא ניתן לומר כי עצמו של עורך-הדין התבססה על פסיקה ששונתה (כדעתו של Barton, לעיל, ערה 4, בעמ' 324). הראייה הנכונה היא כי משיקולים מובנים הפסיקה שאפשרה לחשוד שלא לשתף פעולה עם המשטרה כל עוד לא נפגש עם עורך-דין, אינה חלה על בדיקת נשימה שהייתה ליעושה לאלתר קודם שאירי האלכוהול יתארז.

17 מבין הקודקסים שאוחרו (בערה 15, לעיל), רק בקודקסים של מדינות Alabama & Louisiana 2.04(3)(b) אין הרחבה של הפטור. בקודקסים האחרים מופיעה ההרחבה כדוגמת זו שבסעיף (4) 2.04(3)(b) "an official... (iv) an official for the purpose of... (b)..."

מרים גור-אריה עלי משפט ב תשס"ב

אזורה הוגנת, המצוי במרכזו של עקרון החוקיות. בזמן שהסתמכת בחרה בהתנהגות מסוימת היא לא הוזרה כראוי כי ההיחזק הנובע מעמדת הפסיקה או מהחקיקה הוא מוטעה ואינו משקף את הגבולות הנכונים של האיסור, כפי שהתבררו בהחלטה מאוחרת להתנהגות⁹.

להמחשת ההסתמכות על פסיקה ששונתה ניתן להיעזר בדוגמה שההשראה לה לקחה מהפסיקה הישראלית¹⁰ שדנה באיסור המוטל מכוח חוק העזר העירוני של עיריית ירושלים לפתוח בחי עינוגים, כולל בחי קולנוע, בימי המנוחה¹¹. בית-משפט השלום בירושלים זכה בעל כרחו להעניק פסק-דין שבו שבת מהנימוק שהאיסור הקבוע בחוק העזר העירוני בהקשר זה נקבע בחוסר סמכות, ולפיכך הוא בטל. ההנחה הייתה כי מטרת האיסור הייתה לשמור על הצביון הדתי של השבת, ולפיכך פוגע האיסור בחירות יסוד – החופש מדת. פגיעה כזו אפשרית רק מכוח הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי, ולדעת בית המשפט, הסמכה כזו אינה מצויה בפקודת העיריות (החקיקה הראשית)¹². לא הוגש ערעור על החלטתו של בית-משפט השלום, ופסק-הדין הפך לסופי¹³. בעקבות פסק-הדין הפעילו בעלי בחי קולנוע נוספים גם בערים אחרות את הקולנוע שלהם בלילות שבת. נניח כי בעיר אחרת היו מחליטים להגיש כתב-אישום נגד בעלת בית קולנוע שעברה על איסור זה המוגדר בחוק העזר העירוני¹⁴. הפעם היה בית המשפט פוסק כי האיסור הוא תקף בין משום שמטרתו איננה לשמור על האופי הדתי של השבת אלא להעניק צביון מיוחד ליום המנוחה, ובין משום שניתן לעגן את ההסמכה, לשמור על הצביון הדתי של השבת, בפקודת העיריות. במקרה זה המסקמה תהיה כי בעלת בית הקולנוע איננה עברה על האיסור. אולם אם יתברר כי בעלת בית הקולנוע הפעילה אותו בליל שבת בהסתמכה על הפסיקה הקודמת של בית-משפט

9 ראו Husak & Von Hirsch (לעיל, ערה 4), עמ' 166-167, המדגישים את הדמיון בין הסתמכות על פסיקה ששונתה או חקיקה שבוטלה לבין האיסור על החלה רטרואקטיבית של איסור פלילי.

10 ת"פ (5) 3472/87 מדינת ישראל נ' קפן ואח', פ"מ תשמ"ח(2) 265.

11 האיסור הוגדר בסעיף 3(ג) לחוק העזר לירושלים (פתחת עסקים וסגירתם), תשס"ו-1955, הקובע: "בימי מנוחה, למעט יום כיפורים ולי לטענה באב, לא יפתח אדם ולא ירשה לפתוח בית עינוג, אלא לצורך פעולות תרבות וחינוך". מכוח סעיף 6 לחוק העזר, כל העובר על הוראה מהוראותיו צפוי לקנס.

12 לדעתה של השופטת פרנקצ'יה, סעיף 249(20) לפקודת העיריות, המסמך עירייה "להסדיר פתיחתם וסגירתם של... בחי קולנוע... ומקומות אחרים של עינוג ציבורי", אינו כולל את הסמכות להטיל מגבלות על פתיחתם של בחי עינוגים כדי לשמור על הצביון הדתי של יום המנוחה.

13 בתגובה לפסק-הדין חוקקה הכנסת את החוק להיקון פקודות העיריות (מס' 40), תשנ"א-1990, הידוע כ"חוק ההסמכה". החוק הוסיף לפקודת העיריות את סעיף 21(249), הקובע: "עירייה רשאית להפעיל את סמכותה על פי פסקה (20) בתחום שיפוטתה או בחלק ממנו, לגבי ימי המנוחה, בהתחשב בטעמים שבמסורת הדתית...".

14 ההנחה צריכה להיות כי הגשת כתב-אישום נעשה קודם לחקיקתו של חוק ההסמכה (ראו שם).

הפטור המוענק למי שהסתמכה על פירוש מוסמך של גורם רשמי, שלאחר מכן נפסק כמוטעה, משלב בין שני השיקולים המרכזיים שביסוד הכלל המסורתי שלפיו אין הטעות בחוק הפלילי מתחצת: שמירה על ממד של אובייקטיביות לגבי הגבול בין איסור להיות כמתחייב מעקרון החוקיות בצד האינטרס לעודד ידיעה של החוק הפלילי.²²

הפרודורה שהתפתחה במדינות שונות בארצות הברית בהקשר זה מעמידה לרשות הפרט אמצעים המאפשרים לו לברר את משמעות האיסור והיקפו. עם זאת, לא ניתן לצפות, שכלל התחומים האפשריים יהיו גורמים רשמיים שיספקו תשובות לגבי חוקיותה של התנהגות מסוימת. בהיעדר גורם רשמי מתאים לא תמיד יש לפרט דרך לברר את החוק. גם אם יפנה לעורך-דין וישלם לו ממיטב כספו, הסתמכות על עצה של עורך-הדין, בשיטות אלו, לא תעניק לו פטור מאחריות פלילית.

2. נטישת המגבלות המתחייבות מעקרון החוקיות

הרחבת הפטור מאחריות פלילית במקרים של טעות בחוק הפלילי, מעבר למתחייב מעקרון החוקיות המכתיב שמירה על גבול אובייקטיבי של איסור, התאפשרה עם התפתחות הגישה [שמקורה במשפט הגרמני] המסווגת את ההגנות השוללות את האחריות הפלילית להגנות המצדיקות את המעשה – justifications, ולהגנות המעניקות לעושה פטור בגין מעשהו הבלתי חוקי – excuses.²³ הענקת הפטור מניחה כי התנהגותה של העושה שביצעה את יסודות העבירה כפי שהם מפורטים בהגדרתה, היא התנהגות בלתי-חוקית. למרות זאת בנסיבות המקרה לא יהיה זה הוגן לייחס לה אשמה בגין התנהגותה הבלתי חוקית, ולכן יש לפטור אותה מאחריות פלילית. הדוגמה המובהקת לפטור היא זו של הבלתי שפוי. ההנחה היא כי התנהגותו של בלתי שפוי שביצע עבירה היא התנהגות בלתי חוקית, אך בשל מחלתו לא יהיה זה הוגן לייחס לו אשמה בגין התנהגות זו. לכן הבלתי-שפוי יהיה פטור מאחריות פלילית.

סיווגה של הטעות בחוק הפלילי כפטור אפשרה להמשיך ולראות בהתנהגותה של הטועה התנהגות בלתי-חוקית המפרה את הגבול האובייקטיבי של האיסור כפי שזו

22 נהנית מחסינות מפני העמדה לדין על עבירה על החוק הנ"ל. ראו: A. Aronoff (Senior Counsel for International Finance and Trade, United States Department of Commerce) *Antibribery Provisions of the Foreign Corrupt Practices Act* www.ita.doc.gov/legal/fcpa.html, sec. VII.A. על התפתחות ההבחנה בין justifications ומשמעותה במשפט הגרמני, ראו: A. Eser, G. P. Fletcher (eds.) *Justification and Excuse, Comparative Perspectives* (Freiburg, 1987); Fletcher (eds.) *Justification and Excuse*, at pp. 759-875. על מהותה של ההבחנה עמדתי בהרחבה במקום אחר; ראו: M. Gur-Arye "Should a Criminal Code Distinguish between Justification and Excuse" *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (1992) 215.

בתפיסה של השתק – *estoppel* שהניבה במשפט האמריקני הגנות אחרות, כשהיעקריה שבהן היא ההגנה מן הצדק.¹⁹ ההנחה היא כי במקרים שבהם גורם רשמי המוסמך לאכוף את החוק, הבהיר לנאשמת כי התנהגות מסוימת איננה עבירה, הבהרה זו משתיקה את ההליך הפלילי ומונעת מרשויות החביעה לפתוח בהליך פלילי כלפי הנאשמת בגין אותה התנהגות.

הרעיון של "השתק" איננו הרעיון הבלעד-²⁰, ואף לא המרכזי, המצא היום כיסוד ההסדרים המעניקים פטור למי שטעתה בחוק הפלילי עקב הסתמכות על חוות דעת של גורם רשמי. מטרתם של הסדרים אלה היא לגרום לידיעה של החוק הפלילי. לשם כך אף התפתחה במדינות שונות בארצות-הברית פרוצדורה רשמית המאפשרת בלא מעט מקרים לפנות לגורם שהוסמך לכך במפורש כדי לקבל חוות דעת באשר לחוקיותה של התנהגות/עסקה מסוימת. הגורם המוסמך חייב להשיב תוך תקופת זמן הקצובה לכך בחוק. מי שהסתמכה על חוות דעתו של גורם זה תהיה פטורה מאחריות פלילית, גם אם יתברר כי חוות הדעת הייתה מוטעית.²¹

interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation of the law defining the offense".

18 Robinson מראה כי השתק הוא הנימוק המרכזי המובא בפסיקה האמריקנית למתן פטור למי שהסתמך על עצה מוטעית של גורם רשמי שהוסמך לפרש את החוק או לאכוף – עמ' 389-390 Ashworth (supra, note 2) 247; Barton (supra, note 2) 329-331.

19 במשפט האמריקני האפשרות להעניק הגנה מן הצדק בשל התנהגות לא הולמת (שעורויהיית) של רשויות החביעה הוזכרה לראשונה בפרשת (1973) 423 U.S. v. Russel היא התקבלה, בין השאר, בפרשת (1978) 373 F.2d 588 U.S. v. Twigg וכן בפרשת (1992) 1060 Kelly v. State.

זה הוא ע"פ 2910/94 לפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 244, עמ' 380-352. ראו גם בג"צ 1563/96 במשפט האמריקני במקרה של סוכן משטרתי מדיח – entrapment, שהוזכרה לראשונה בפרשת (1932) 435 U.S. v. Sorrells. כן ראו (1958) 369 U.S. v. Sherman.

20 רציונל נוסף שדובר עליו בהקשר זה הוא האינטרס להבטיח ציות להוראותיהם של גורמים רשמיים, כפי שנפסק בפרשת (1976) 940 F.2d 546 U.S. v. Baker. לביקורת על רציונל זה ראו רציונל 756-757.

21 כך, למשל, בעקבות חקיקת החוק האוסר על מתן שוחד לגורמי חוץ במסגרת עסקאות בין-לאומיות – (1977) 15 U.S.C. Fletcher, *Foreign Corrupt Practices Act*, note 4, at pp. 756-757. פורמלי (80 C.F.R. 28 Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure, המאפשר לחברה, המתכננת עסקה בין-לאומית והרוצה להבטיח את עצמה מפני הליך פלילי, לפנות ליועץ המשפטי בבקשה שיבהיר אם העסקה עומדת בהתאמה למדיניות האכיפה של משרד המשפטים. על היען המשפטי לחת את חוות דעתו תוך 30 יום מהגשת הבקשה. חברה הפועלת בהתאם לחוות הדעת

היחס לעובדות, גם כאלו המאפיינות יסוד עובדתי של עבירה פלילית, הוא שונה במהותו²⁸. ככלל, לא ניתן להביא לידיעת הציבור את עצם החקיימות של העובדות במקרה מסוים, להבדיל מהעברת מידע על תכונותיהן המסוכנות של עובדות היפותטיות מסוימות. העברת חובת הכירור לפוט, שמא במקרה מסוים מתקיימות עובדות העלולות להפוך את התנהגותו לפלילית, חטיל עליו נטל כבד מדי. ביחס לחומי פעילות רבים וזומימיים תשלול חובה זו את החירות של כל אחד מאתנו שלא להיות חמיד במלוא חושינו ושלא לשים כל הזמן לב לעשה סביבנו. זוהי, בין השאר, הסיבה שהאחריות הפלילית מוטלת ככלל במחשבה פלילית המחייבת הזכחה כי העושה הייתה מודעת לכל העובדות המנויות בהגדרת העבירה ושהופכות את התנהגותה לפלילית. מי שלא ידעה על קיומן של עובדות אלו לא תישא בדרך כלל באחריות פלילית אף אם בנסיבות המקרה היא הייתה יכולה לבדוק, ואילו הייתה בודקת הייתה יודעת כי העובדות המעניקות אופי שלילי להתנהגותה מתקיימות²⁹. החובה לוודא קיומן של עובדות עשויה להיות מוצדקת בסיטואציות מסוכנות, בצד החובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים למניעת הסכנה, והיא מוטלת במסגרת יסוד נפשי של רשלנות. בתחום הפלילי חובה כזו מוגבלת למקיים חריגים שבהם העבירה היא על בסיס רשלנות. המשמעות המעשית היא כי להוציא סיטואציות מסוכנות, יש לנו חירות להיות רשלנים (אין מוטלת אחריות פלילית), אך עלינו לשאת בנטל הפיצוי במקרה שבו רשלנותנו גרמה לנו (במסגרת האחריות הנוקטת לעוללת הרשלנות).

פרסום שמשם בסיס להגנת הטעות בחוק הפלילי. על המגבלות המיוחדות הכרוכות בפרשנותו של האיסור הפלילי אעמוד בהמשך.

27 "... to argue that a person might be convicted despite ignorance of the law is... to forsake the atomistic view of individuals in favor of a recognition of persons as social beings, with both rights and responsibility within the society in which they live...[This] line of argument might support a duty on each citizen to take reasonable steps to become acquainted with the criminal law" Ashworth (supra, note 2) 244.

28 לעומת זאת Husak & Von Hirsch (לעיל, הערה 4), עמ' 161-165 סבורים שאין הבדל בין החובה לוודא קיומן של חוק לבין החובה לוודא קיומן של העובדות. עם זאת הם מסכימים כי קיים הבדל מהותי בין ידיעת החוק לבין ידיעת העובדות. הבדל זה בא לדעתם לידי ביטוי בעיקר במקרים שבהם הטעות בעובדה שוללת את הידיעה של העושה שהיא גורמת נזק לזולת, ואילו הטועה בחוק מודעת לכך שהיא גורמת נזק, אך מאמינה שבנסיבות המקרה אין איסור על גרימתו.

29 החובה לבדוק החקיימות של עובדה הנדרשת להתהוות העבירה, וזאת מבחינה פלילית מוטלת במקרים שבהם העושה חשד בקיומה של עובדה הנדרשת להתהוות העבירה, וזאת מבחינה פלילית מוטלת על עצימת עיניים. במשפט הישראלי מוגדרת עצימת עיניים כסעיף 20(א)(1) לחוק העונשין, הקובע: "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או כדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם" (הודגשה הוספה – מ' ג' א'). יעוד על היחס בין עצימת עיניים לבין הטלת חובה לוודא את קיומן של האיסור והיקפו ראו להלן הטקסט הסמוך להערה 60.

פורש על־ידי כתיי המשפט – כמתחייב מעקרון החוקיות, ועם זאת לפסור את הטועה בחוק הפלילי מאחריות פלילית במקרים שבהם שללה הטעות את אשמתה²³.

ביסוסו של הפסור המוענק למי שטענה בחוק הפלילי על היעדר אשמה מביא לכאורה למסקנה כי בדומה לטעות בעובדה, גם כשמדובר בטעות בחוק הפלילי יושפעו התנאים להענקת הפסור מהיסוד הנפשי הנדרש להתהוותה של העבירה²⁴. מאחר שהיסוד הנפשי הרגיל המאפיין את העבירה הוא של מחשבה פלילית, ברוב המקרים יהיה די בטעות כנה בחוק הפלילי כדי לשלול את האחריות הפלילית. במקרים חריגים, שבהם העבירה היא של רשלנות, יידרש שהטעות תהיה גם סבירה.

גישה זו מתעלמת מההבדל המהותי שבין ידיעת עובדות לבין ידיעת החוק, כפי שמתחייב מהרציונל האחר שבכיסוד הכלל המסורתי שלפיו אין הטעות בחוק הפלילי מחרצת – האינטרס לעודד ידיעת החוק.

3. האינטרס לעודד ידיעת החוק הפלילי²⁵

כידוע, לקביעת האיסורים הפליליים יש מטרה חינוכית – להכריז מדי ההתנהגות הנתפסת על־ידי החברה כאסורה, כדי שהפרטים בחברה יפנימו את האיסור ולא יעברו על החוק. על החברה מוטל הנטל לגרום לכך שידעת החוק תהא אפשרית הן באמצעות החובה המופנית למחוקק לנסח את האיסורים באופן ברור, הן באמצעות החובה לדאוג לפרסומו של האיסור הפלילי והן בדרך של הטלת מגבלות מיוחדות על דרכי הפרשנות של האיסור הפלילי²⁶. על הפרט מוטלת חובה להתעניין בחוק שפורסם ולודא מה הם האיסורים המגבילים אותו בהתנהגותו²⁷.

ראו 393 Fletcher (supra, note 4), at pp. 733-735; Robinson (supra, note 4), at p. 536.

24 קנאי (לעיל, הערה 4), עמ' 225; אור (לעיל, הערה 4), עמ' 536.

25 Fletcher (supra, note 4), עמ' 541-540; קנאי (לעיל, הערה 4), עמ' 227-226. על התפיסה הרווחת שם היום ראו הערה 31 להלן. הנוחה כי היסוד הנפשי שבעבירה מחייב גם לידיעת האיסור, ולכן לא צריך להיות הבדל בין טעות בחוק לבין טעות בעובדה, מקובלת על H. Silving *Constituent Elements of Crime* (Springfield, 1967), at pp. 255-259.

26 התוך המרכזי ברציונל זה הוא 47-48 pp. at pp. 289; A. Ashworth *Principles of Criminal Law* (supra, note 2) 244; פלר (לעיל, הערה 4), עמ' 550; אור (לעיל, הערה 4), עמ' 537-538.

27 נאמנות מלאה למטרה החינוכית של האיסור מחייבת שלא להכיר בחוקו של איסור שנקבע תוך הפרת החובה האמורה – ביטולו של חיקוק הקובע עבירה שאין היא מוגדרת בצורה ברורה והתניית כניסתו של האיסור הפלילי לחוקו בפרסומו. לא כל שיטות המשפט עומדות במחויבותו אלו. עם זאת כשיטות שבהן פרסום האיסור איננו תנאי הכרחי לכניסתו לחוק (אנגליה), היעדר

ההבחנה בין היסוד הנפשי הנדרש להתחוות העבירה לבין ה"אשמה" באה לידי ביטוי מפורש בשיטות משפט שונות באירופה³³, ומאז תיקון 39 לחוק העונשין גם במשפט הישראלי, במסגרת ההסדרים הנוגעים לטעות בחוק הפלילי, המצומצמים מאלה הנוגעים לטעות בעובדה. הטעות בעובדה שוללת את האחזיות הפלילית אם היא הייתה כנה – כאשר העבירה היא של מחשבה פלילית, ובעבירת רשלנות – נדרש שהטעות תהיה גם סבירה³⁴. הטעות בחוק הפלילי חנניק פטור מאחזיות פלילית רק אם היא הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר"³⁵.

להמחשת ההבחנה בין היסוד הנפשי לבין ה"אשמה" בהקשר זה ניתן להיעזר בדוגמה שבה פתוחה. כדי לייחס לפלוגית את היסוד הנפשי של מחשבה פלילית שבה מותנית העבירה, די להוכיח שהיא ידעה כי היא מטפלת בתאומים המתגוררים אצלה, תמורת שכר, במשך תקופה העולה על 30 יום, ושהיא ידעה כי אין בידי היתר לשמש כמשפחה אומנת. הוכחה זו הופכת את התנהגותה של פלוגית, שטיפלה בתאומים ללא היתר, להתנהגות בלתי חוקית. אמונתה המוטעית כי מאחר שהתאומים שוהים בסופר-שבוע אצל הוריהם אין היא משמשת כמשפחה אומנת, ולכן אין זקוקה להיתר, נובעת מטעות בחוק הפלילי. לכן יש לבדוק אם ניתן לייחס לה "אשמה" בכך שטעתה. פלוגית עמדה בחובת הכירור – היא פנתה לעורך-דין שהבהיר לה כי כהתאם לחוק, אין היא נחשבת כמשפחה אומנת ולכן אין היא זקוקה להיתר. השאלה היא אם בנסיבות אלה יהיה זה הוגן לייחס לה אשמה בגין התנהגותה הבלתי חוקית.

ממכת ראשון, התשובה המתחייבת היא שלילית. פלוגית גילתה בהתנהגותה מחויבות לחוק. כדי שלא לעבור על האיסור, היא טרחה לפנות לעורך-דין ולשלם לו מכספה תמורת ייעוץ כאשר למצב החוקי. מה עוד ניתן לצפות, באופן סביר, מפלוגית

33 פטור השולל אשמה במקרים של טעות בלתי נמנעת בחוק מוענק בסעיף 17 לקודקס הפלילי הגרמני, 1975; סעיף 9 לקודקס הפלילי האוסטרי, 1975; סעיף 20 לקודקס הפלילי השווייצרי, 1937; סעיף 122-3 לקודקס הפלילי הצרפתי החדש, 1994. אף שבסעיף 5 לקודקס הפלילי האיטלקי נקבע כי הטעות בחוק הפלילי אינה מתרצת, פסק בית-המשפט החוקתי האיטלקי בחיק מספר 364 מיום 23.3.1988. כי טעות בלתי נמנעת בחוק שוללת את האשמה; ראו H.H. Jescheck & T. Weigend *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (Berlin, 5 Aufl., 1996), at pp. 467-468.

34 סעיף 34 לחוק העונשין, המסדיר את הטעות בעובדה, קובע: "טעות במצב דברים א. העושה מעשה ברמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחזיות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו. ב. סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות הייתה סבירה, ועל עבירה של אחזיות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב)."

35 סעיף 34 לחוק העונשין, המסדיר את הטעות בחוק, קובע: "טעות במצב משפטי לעניין האחזיות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, וזולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר".

הבדל נוסף בין ידיעת החוק הפלילי לבין ידיעת העובדות המאפיינות עבירה פלילית מתגלה כאשר בוחנים את השפעת הטעות בחוק, בהבדל מהטעות בעובדה, על מרחבי החירות שהפרט נוטל על עצמו. להבהרת עניין זה עלינו להניח כי אנשים מכלכלים את התנהגותם בהתאם לאיסורים שבחוק. מי שמאמינה בחוס לב כי גבולות האיסור צרים מאלה הקבועים בחוק (טועה), נוטלת על עצמה מרחב חירות גדול מזה של מי שידעת את הגבולות הנכונים של האיסור. כל עוד לא הועמדה הטועה על טעותה היא חופשיה חופשייה לעשות מעשים האסורים על אלה שאינם טועים. לעומת זאת מי שידעת מה הם גבולות האיסור, תגביל את עצמה מראש למרחבי החירות שנתחד לה בעקבות האיסור. היא אמנם עלולה לעבור על גבולות אלו, אך זאת שלא במודע אלא בעקבות טעות בעובדה המאפיינת את העבירה. להמחשת עניין זה ניתן להיעזר בדוגמה שנוגה בהרחבה, אם כי באופן שונה, על-ידי Husak & Von Hirsch³⁰: מי שמאמינה בטעות כי המשפט אינו אוסר להמית משיגי גבול (טעות בחוק), חרגיש חופשייה להמית משיגי גבול. כל עוד היא לא תועמד על טעותה, מרחב החירות שלה להדוף משיגי גבול יהיה רחב מזה של מי שידעת שאין המשפט מחיר להמית משיגי גבול. לעומת זאת מי שלא מעשה ממיטה משיגי גבול מתוך אמונה מוטעית שמדובר בחיה שפלישה לאחוזתה (טעות בעובדה), אינה נוטלת על עצמה מרחב חירות שונה: היא ממשיכה להגביל את עצמה ולהימנע מלהמית במודע משיגי גבול. כדי להבטיח כי הגבלת מרחבי החירות שהפרט נוטל על עצמו תהיה, ככל שניתן, שוויונית, יש לחייב את הפרט לודא מה הם גבולות החירות שנקבעו באיסורים הפליליים.

ההבחנה שהובהרה בין ידיעת החוק לבין ידיעת העובדות מחייבת להעניק למנח "אשמה" בהקשר שבו אנו דנים, משמעות השונה ממשמעותו של היסוד הנפשי הנדרש להתחוותה של עבירה. היסוד הנפשי שבעבירה משקף את היחס הנדרש כלפי האלמנטים העובדתיים שבהגדרתה, הוא עשוי להישלל על-ידי טעות בעובדה. ואילו המונח "אשמה" מתמקד באופן שבו נוצרה הטעות בחוק הפלילי³¹. אם הטעות בחוק הפלילי הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר"³², נשללת "אשמתה" של מי שביצעה את היסוד העובדתי של העבירה ואף היה לה היסוד הנפשי הנדרש להתחוותה. למעשה, באמצעות המונח של "אשמה" מטילים על מי שביצעה את יסודות העבירה חובה לנקוט את כל האמצעים הסבירים העומדים לרשותה כדי לברר את היקפו של האיסור.

30 הערה 28 לעיל.

31 מאז 1952 זוהי הדעה השלטת במשפט הגרמני, ראו 737-755, at pp. 4, *Fletcher (supra, note 4)*.

32 האזוריים (בהערה 25, לעיל). כן ראו הערה 33 שלהלן.

33 הביטוי לקוח מסעיף 34 לחוק העונשין, שניסחו המלא מובא בהערה 35 להלן.

על התגלגלה כמוטעית, אם בניסיונות המקרה ההסתמכות הייתה סבירה. למרות עורך דין, שהתגלגלה כמוטעית, אם בניסיונות המקרה ההסתמכות הייתה סבירה. למרות

אחד קיימים שיקולים כבדי משקל העשויים לחייב מסקנה שונה.
הסתמכות על עצה מוטעית של עורך דין, נוגע לחשש של שימוש לרעה. החשש הוא
שבעקבות הענקת הפטור עלולה להתפתח תופעה של קניית חוות דעת מוזנות
מעורכי-דין כדי לרכוש חסינות מפני העמדה לדין פלילי³⁸. מנגד, מצביעים התומכים
בהענקת פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין על טכניקות העשויות
להקטין, משמעותית, את התופעה האמורה. לדעתם, הקפדה על העמדה לדין משמעותי
של עורכי-דין שנתנו חוות דעת כחוסר תום לב, ואולי אף מתוך רשלנות, בצד העובדה
שיהיה על עורכי-הדין להגן על חוות דעתם בבית-המשפט במסגרת המשפט הפלילי של
מי שהסתמכה על חוות דעתם, ימנעו במקרים רבים מעורכי-הדין להעניק חוות דעת שלא
בתום לב ואף יחייבו אותם לפעול בזהירות³⁹.

גם אם נניח כי עורכי-הדין יפעלו בתום לב, ואף לא יהיו רשלנים, לא ניתן להתעלם
מהמחירים התכרתיים שיהיה על החברה לשלם בעקבות הענקת פטור מאחריות פלילית
למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין.
גם מי שמוכן להעניק פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין, מתנה את
הפטור בהסתמכות סבירה וכתום לב. סבירותה של ההסתמכות נבחנת, בין השאר, לאור
המוניטין של עורך-הדין. בית-המשפט יאלץ להכריע בשאלה זו ולהביע עמדה מפורשת
באשר למוניטין שיש לעורך-הדין⁴⁰. בית-המשפט יהפוך מגורם משמפיע בעקיפין על
המוניטין של עורך-הדין הנוכח, בין השאר, על-ידי הצלחתו בבית-המשפט, לגורם
שנוטל חלק פעיל בקביעת ההייררכיה המעמדית של עורכי-הדין.

בית-המשפט אמנם נאלץ לפעמים להביע עמדה באשר למוניטין שיש לבעלי
מקצועות חופשיים – מהנדסים, רופאים, אולם קיימים הבדלים משמעותיים בין
עורכי-דין לבין מקצועות חופשיים אחרים בהקשר זה. הכרעה בשאלת המוניטין של בעל

38. "Such a holding [i.e. one allowing the defence of advice of counsel] would be productive
of disastrous results, opening a way of escape from prosecution from the criminally
inclined through a door held ajar by ignorant, biased, or purchaseable advice" *Hunter v.
State v. Downs* 21 S.E. 689 (N.C. 1895); *State v. Western Union Tel. Co.* 97 A 2d 480 (N.J. 1953).

39. *Brett (supra, note 2)*, at p. 201; *Perkins (supra, note 4)*, at p. 490
המשמעותי הצפוי לעורך-הדין. אור (לעיל, הערה 4), עמ' 545 מדגיש כי "עורך דין המייצג ללקוחו
בעניין התנהגות לגביה חושש הלקוח כי החשב כלמי חוקית, יודע היטב כי הוא עלול למצוא עצמו
נאלץ להגן על חוות דעתו בבית-המשפט, ועל כן קיים תמריץ של ממש לעורך הדין להיות זהיר
ביותר, מאוין ושקול בחוות הדעת בכלל ובחווה דעת מסוג זה במיוחד". ועוד על דחייה החשש של
שימוש לדעה ראו 101 f.n. *Singer (supra, note 4)*, at p. 390; *Singer (supra, note 4)*, at p. 332
40. *Barton (supra, note 4)*; אור (לעיל, הערה 4), עמ' 545.

לעשות, כדי שהיא לא תעבור על החוק? כלום אין זה מקרה מובהק שבו הטעות בחוק
הפלילי היא "בלתי נמנעת באורח סביר"?
אף שהתשובה לכאורה מתבקשת, ההחלכות בשאלה אם ראוי להעניק פטור מאחריות
פלילית למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין, מלווה שיטות משפט לא מעטות³⁶.
בחלק הבא של הרשימה אחרון את השיקולים שביסוד החלטות זו.

ג. הקשיים הכרוכים בהענקת פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין³⁷

כאמור, מונחים של אשמה ושל הגינות לפרט תומכים בהענקת פטור מאחריות פלילית
למי שלא ידעה כי התנהגותה היא אסורה, משום שהסתמכה בתום לב על עצה של

36. על העמדה השנונה בהקשר זה ראו הערה שלהלן, כן ראו הפרק המסכם של רשימה זו, המוקדש
לעמדת הפסיקה הישראלית בשאלת ההסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין.

37. פסק-הדין המצוטט ביותר במשפט האמריקני בהקשר זה הוא: *The People v. Carmichael* 106
(1980) 3d 124 Cal. App. שאישר את הרשעה המערערים בעבירות שונות על חוק החברות בנין
מכירת ביטוחנות שנעשה בהסתמך על עצתו של עורך-דין. לדעתו של עורך-דין "If persons were permitted to do so merely because they had an opinion
from a private attorney that such sale was proper, the regulatory scheme would be
rendered meaningless and California would return to the area selling of 'blue sky'"
זאת בפסק-דין ישן ויזה בית-המשפט העליון של מדינת דלאוור אה המערער, שהסתמך על עצה
מוטעית של עורך-דין לגבי חוקי גרושיו, מעבירת הביגמיה – *Long v. State* 44 Del. 262, 65 A
(1949) 2d. 489 פסק-דין זה נתפס כנדא דופן. לרשימה מפורטת של פסקי-דין אמריקניים שסייבו
להעניק הנגה במקרים של ההסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין ראו: *I Am. Jur.* 2d, 236-237;
Annotation "Reliance upon Advice of Counsel as Affecting Criminal Responsibility" 133
1055 ALR (1941). לסייבו דומה להכיר בהסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין במשפט האנגלי
ראו *Dunn v. The Queen* (1862) 7 H&N 707 note 16.
במשפט הגרמני קיימות גישות שונות באשר להענקת פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של
עורך-דין, אם כי הגישה הרווחת היא שבתנאים מסוימים ראוי להכיר בפטור כזה; ראו *Roxin*
(1994), at p. 790 *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (2 Aufl. Muenchen). המתנגד הכולט
ביותר להענקת פטור במקרים של ההסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין הוא ואן מבקרים את
הפסיקה שסירבה לפטור מאחריות פלילית את מי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין; ראו:
Ashworth (supra, note 2), at p. 247; *Barton (supra, note 2)*, at p. 661; *Ashworth (supra, note 2)*, at pp. 323-325; *Brett (supra, note 4)*, at pp. 389-394
note 4); אור (לעיל, הערה 4), עמ' 545.

הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין – האם מטרת מאחירות פלילית
 להתנהגות פלילית. ניסיונו המקצועי של עורך-הדין אינו מכשיר אותו, בדרך כלל,
 ל"חפיקי" זה. בהבדל משופט, המכריע בין טיעונים מנוגדים המושמעים בפניו על-ידי
 הצדדים, עורך-הדין המייצג צד אחד, רגיל בפיתוח טיעונים התומכים בעמדתו של צד
 זה. בתחום הפלילי עורכי-הדין הפרטיים עוסקים בלימוד סגנונה על נאשמים, ויש
 להניח כי הם גם צוברים ניסיון המשיע על אופן התייחסותם לפרשנות הניתנת
 לאיסורים הפליליים. מאחר שהם מייצגים צד במקרה קונקרטי, אין הם צריכים להביא
 בחשבון שיקולים הנוגעים למקרים עתידיים שביחס אליהם האיסור עלול לחול, כפי
 שמחויב לעשות בית-המשפט, ואף לא שיקולי מדיניות של אכיפה, המודרכים את
 הגורמים הרשמיים שהוסמכו לאכוף את החוק.

ניתן להניח כי הפנייה לעורכי-הדין תתמקד, בדרך כלל, בעבירות מסוג של *mala prohibita*, שאו ייתכן שאין לפוננה כלים משלה לעמוד על האופי הבלתי חוקי של
 ההתנהגות/העסקה שאותה היא רוצה לבצע. אולם לא ברור כי עורך-הדין יהיה תמיד
 המקור המתאים ביותר להכרעה בשאלת אופייה של ההתנהגות/העסקה. יש לא מעט
 תחומים מקצועיים שבמסגרת העיסוק בהם נרכש גם הידע הנדרש על האיסורים החלים
 בתחום זה; ידע שאינו מצוי בהכרח בידי עורך-הדין, החיצוני למקצוע. ככל
 שתתפשט התפיסה כי עורך-הדין הוא המקור המוסמך להערכת האופי החוקי של
 ההתנהגות/העסקה, כך תועדף הפנייה לעורך-הדין על פני בעלי מקצוע שבידיהם מידע
 מדימן יותר.

בטוח הארוך החשש הוא כי ככל שמעמדם של עורכי-הדין כמי שמוסמכים להכריע
 בשאלת פליליותה של ההתנהגות יגדל, כך תגדל גם הנטייה לפנות אליהם אפילו
 בתחומים שבהם ההתנהגות פסולה – *mala in se* – במטרה לברר אם גם מוטל על
 התנהגות זו איסור פלילי ומהו היקפו המדויק. והתוצאה תהיה כי ההסתמכות על
 האינטואיציה התברתית/מוסרית של חלקים בציבור לגבי אופיין הפסול של ההתנהגות
 מסוימות תלך ותחלש. את מקומה של האינטואיציה התברתית יתפסו אילוץ פרשנות
 המיוחסת לתוך ותחלש. את מקומה של האינטואיציה התברתית יתפסו אילוץ פרשנות
 לעניין זה די להזכיר כי בתחום הפלילי אין כעיקרון להזדקק להקשיש ולהחיל את
 האיסור הפלילי על מקרה אנלוגי לזה שנופל במישורן בהגדרת העבירה. כך, כל עוד לא
 היה במשפטנו איסור מפורש על צריכת מיס או גז על חשבוננו של הזולת⁴², לא היה ניתן
 להטיל אחריות לעבירת הנגיבה על מי שהתחברה במרמה למונה המיס או הגז של זולתה
 למרות האנלוגיה הברורה שבין המקרים. סביר להניח כי כל הדיוט שאינו מודע

42 במקורי, סעיף 1(285) לפקודת החוק הפלילי, 1936 היה מוגבל לצריכת חשמל על חשבון הזולת. רק

בשנת 1979 (חוק לחיקוק דיני עונשין, מס' 6, תשמ"ט-1979) הורחב האיסור גם על צריכת מיס או גז
 על חשבון הזולת. האיסור הכולל מוגדר היום בסעיף 400 לחוק העונשין, הקובע: "עטלת חשמל או
 מיס או גז מי שבמיד ובמרמה נוטל או צורך חשמל או מיס או גז שאינו זכאי להם, או משתמש
 בהם או גורם להטייתם או לכבוסם, דינו – מאסר שלוש שנים".

עלי משפט ב תשס"ב

מקצוע עשויה להידרש במסגרת מעמדם כ"עדים מומחים", כאשר בית-המשפט נעזר
 בעדויותיהם בנוגע לשאלות עובדתיות הדרושות מומחיות מיוחדת – רופא, המשמש עד
 מומחה במסגרת עבירה של רשלנות רפואית, מהנדס בניין המעיד כמומחה במסגרת
 עבירת רשלנות המיוחסת לקבלן שכנה מכונה שהתמוטט וגרם למוות. לעומת זאת אף
 שתפקידם של עורכי-הדין הוא לייצג את טיעוני המשפטיים של צד זה או אחר בפני
 בית-המשפט, אין לעורך-הדין מעמד של "מומחה" בפירוש החוק. כשמדובר בפרשנות
 של החוק, המומחיות הנדרשת מצויה בידי בית-המשפט⁴¹, ובידיו הסמכות הבלעדית
 להצהיר על הפירוש המוסמך.

הערכת המוניטין של בעלי מקצועות מסוימים עשויה להידרש גם בהקשרים נוספים.
 למשל במסגרת השאלה אם לאור המוניטין שהיה לקבלן או לרופא המסוים, מסירת
 עבודה קבלנית או טיפול רפואי לידים הייתה בגדר רשלנות. כאן הדמיון להקשר שבו
 אנו דנים הוא גדול יותר, שהרי השאלה היא אם לאור המוניטין שיצא לעורך-הדין
 בהסתמכות על חוות דעתו באשר לפירוש החוק הייתה סבירה. למרות הדמיון, להכרעה
 בשאלת המוניטין של עורך-הדין יש "מחיר" שאינו קיים כשמדובר בבעלי מקצועות
 אחרים. עורך-הדין ממוינן לייצג לקוחות בפני בית המשפט. התדמית של עשיית הצדק
 עלולה להיפגע כאשר עורך-דין ייאלץ לייצג לקוח בפני אותו שופט שבמשפט קודם
 הכיע עמדה שלילית באשר למוניטין של עורך-הדין.

גם אם מוכנים לשלם את המחיר הכרוך בהערכת המוניטין של עורך-הדין על-ידי
 בית-המשפט, יש להניח כי עורכי-דין בעלי המוניטין הנדרש אף יגבו שכר טרחה גבוה
 שישקף גם את המוניטין שלהם. התוצאה תהיה שבעלי אמצעים כספיים יוכלו לרכוש
 למעשה חסינות מפני העמדה לדין פלילי על-ידי פנייה לעורך-דין בעל מוניטין; חסינות
 כזו תימנע ממחוסרי האמצעים. החסינות מפני העמדה לדין פלילי תהפוך לעניין כלכלי
 ותחרף את חוסר השוויון החברתי. אמת, גם כאשר מועמדת נאשמת לדין פלילי,
 האמצעים הכלכליים העומדים לרשותה לשכירת עורך-דין עשויים להשפיע על אופן
 ניהול ההליך כלפיה ולפעמים אף על תוצאותיו. אולם ההשפעה – כך אני מקווה – היא
 שולית יותר, ומכל מקום, נאשמת מחוסרת אמצעים יכולה להסתייע בסגנונה הציבורית
 לניהול ההליך הפלילי. אין מקבילה ציבורית המספקת ייעוץ לכל דורש כאשר לאופי
 הפלילי של התנהגות/עסקה שאותם הוא רוצה לבצע.

המחיר החברתי, שהוא אולי המשמעותי ביותר בהקשר זה, נעוץ בכוח שיוענק
 לעורכי-הדין שחוות דעתם עשויה להשפיע למעשה חסינות מפני העמדה לדין פלילי. גם
 אם נחלם מהשאלה החברתית הנוגעת לחיזוק מעמדם של עורכי-הדין בחברה, החשש
 הוא כי הפנמת האיסורים שהוגדרו בחוק תיעשה כאמצעות התיוך של עורך-הדין.
 שייחפס על-ידי הציבור כמקור המוסמך להכריע בסיווגה של התנהגות מסוימת
 עוברת, יהיה ניתן להיעזר כמומחים לדין הזר.

41 חריג בהקשר זה נוגע לדין הזר. כאשר יש ולוונטיות לדין הזר, שהוכחתו נדרשת כדומה להוכחת
 עוברת, יהיה ניתן להיעזר כמומחים לדין הזר.

לאילוצים הפרשניים היה מאמץ כי צריכת המים או הגז על חשבון הזולת היא התנהגות אסורה. לעומת זאת עורך-הדין היה עשוי להבהיר למי שפנתה אליו, כי בהיעדר איסור מפורש לא יהיה ניתן להטיל אחריות פלילית על צריכת מים או גז על חשבון הזולת.

בדוגמה הנ"ל חוות דעתו של עורך-הדין אמנם הייתה נכונה מבחינה משפטית לזמנה, וממילא לא היה ניתן להעמיד את מי שהסתמכה על חוות דעתו לדין פלילי, אולם ייחכנו גם מקרים שבהם האילוצים הפרשניים ששימשו בסיס לחוות דעתו של עורך-הדין לא יחקבלו על-ידי בית-המשפט. האם אז יש לפטור את מי שהסתמכה על עצתו של עורך-הדין והאמינה בחום לב כי אין איסור פלילי על ההתנהגות, אף שהיא הייתה מודעת לאופייה הפסולי?⁴³

דוגמה מעניינת לעניין זה עשוי לספק המקרה של זיוף שלדת מכונית, שהעסיק בעבר את הפסיקה במשפטנו. אין לי ספק, כי כל הדיוט מאמץ כי זיוף של שלדת מכונית הוא עבירה פלילית. אולם עורך-דין עשוי לטעון כי העבירה של זיוף במשפטנו מוגבלת לזיוף "מסמך"⁴⁴, ושלדה של מכונית אינה "מסמך" שעל זיופו חל האיסור. טענה זו, מסתבר, לא נראתה לבית-המשפט העליון שלנו כמופרכת, ובעבר זוכה מעבירת הזיוף נאשם שזיף שלדה של מכונית מנימוק זהה⁴⁵. מאוחר יותר שונחה ההלכה, ונפסק כי עבירת

במשפט הגרמני קיימת מחלוקת בשאלה אם יש להתייחס למי שמודעת לאופי הפסול של התנהגותה, אך מאמינה בטעות שאין איסור פלילי על ההתנהגות, כמי שטועה בחוק. יש הסבורים כי לאור האופי השיורי של דיני העונשין, המחייב שלא להטיל אחריות פלילית על כל מעשה פסול, מי שלא ידעה כי מוטל גם איסור פלילי על ההתנהגות, טועה בחוק (37) *supra*, note Roxin 461-462, 456-457, at pp. 774-775; Jescheck & Weigned (supra), note 33, at pp. 774-775. אחרים גורסים כי מי שמודעת לאופי הפסול של התנהגותה, אינה טועה בחוק, גם אם לא ידעה על כי מוטל איסור פלילי על ההתנהגות – "Ueber Aktualitaet und Potentialitaet des E. Schmidhaeuser in Festschrift fuer Hell Mayer (Berlin, 1996) 329 לזו האחרונה, אם כי לא באמצעות סיווג הטעות, תומכים גם מי Husak & Von Hirsch (supra, note 4), לדעתם, הדגש בעבירה הפלילית צריך להיות על הנכונות לפגוע בזולת ולא על הנכונות לעבור על החוק.

44 העבירה מוגדרת בסעיף 418 לחוק העונשין, הקובע: "זיוף המזיף מסמך, דינו – מאסר שנה; זיוף מסמך כנוונה לקבל באמצעותו דבר – דינו מאסר שלוש שנים; ואם נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דינו – מאסר חמש שנים".

45 "מה שאינו מהווה 'מסמך' (ציון, פסל, כלי-ידעה, רכב וכיו"ב) אינו הופך למסמך רק עקב תוספת חתימה, או שם החרשנות... או מספר שילדה" – השופטת בן-פורת (כתוארה אז) בע"פ 311/77 עקביה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 197, בעמ' 201. עם זאת ראוי להדגיש כי המעריע בפרשה זו הורשע בעבירה על סעיף 9(62) לפקודת התעבורה, האוסרת על זיוף "סימן המשמש לזיהוי רכב". לצורך הדגמה אני מרשה לעצמי להתעלם מקיומה של עבירה נוספת זו.

לזיוף חלה על כל אמצעי העשוי לשמש כראיה⁴⁶, לדבות על שלדה של מכונית⁴⁷. אם נתעלם מעובדת קיומה של פסיקה קודמת, ונניח כי כבר בפעם הראשונה היה דוחה בית-המשפט את טיעונו של עורך-הדין בהקשר זה, האם, למרות זאת, היה על בית המשפט להעניק פטור למוזיף השלדה, אם יתברר כי הוא הסתמך על חוות דעתו של עורך-הדין ובעקבותיה נתיח שאין איסור פלילי על המעשה אף שאיננו אישי? כיוור לו שזיוף השלדה איננו לגיטימי?

גם בלא אילוצי פרשנות יש לא מעט הקשרים שבהם נוטים הדיוטות להימנע מהתנהגות הנראית בעיניהם שלילית כשהם מניחים, בטעות, כי ההתנהגות אסורה גם על-ידי המשפט, אף שלמעשה אין המשפט רואה בהתנהגות חמורה דייה כדי להצדיק סיווגה כהתנהגות פלילית. בכל המקרים הללו ראיית עורך-הדין כמי שמוסמך להכריע בשאלת אופייה הפסול של ההתנהגות עלולה לחזק את התודעה החברתית המוטעית שלפיה המשפט הפלילי, על האילוצים המשפטיים הפורמליים הכלולים בו, הוא מודרך כלעדי להתנהגויות פסולות.

בראיה כוללת יותר, הקשיים הכרוכים בהענקת פטור למי שהסתמכה על עצת מוטעית של עורך-דין, שהובהרו לעיל, נובעים מהנכונות לנטוש את השיקולים המהותיים שביסוד עקרון החוקיות, המחייבים להפקיד את קביעתו של האיסור הפלילי, את פרשנותו ואת הנחלתו ליציבור ידיו גודם מוסמך⁴⁸. אמנם אין הכרח בתפיסה צרה בהקשר זה, המגבילה את הפטור המוענק למי שטענה בחוק הפלילי רק למקרים של הסתמכות על חקיקה שהוכרזה כבטלה או על פסיקה שלאחר מכן שונחה בשל היותה מוטעית. גם הסתמכות על גורמים רשמיים שהוסמכו לפרש את החוק או לאוכפו, מאפשרת לשמור על ממד של אוניקייטיביות בקביעת האיסורים הפליליים, מבטיחה כי הפרשנות שתניתן על-ידיהם תשקף מדיניות אכיפה כללית יותר החורגת מהמקרה המובא בפניהם ותבטיח כי הפטור מאחריות פלילית במקרים של טעות בחוק הפלילי, שנבעה מהסתמכות על חוות דעת מוטעית של הגורמים המוסמכים, תוענק באורח שוויוני ובלא חלות באמצעים כלכליים. הגבלת הפטור המוענק למי שטענה בחוק

46 סעיף 414 לחוק העונשין מגדיר "מסמך", שזיופו אסור מכות סעיף 415, כ"תעודה שכתב, וכל אמצעי אחר, בין בכתב ובין בצורה אחרת, העשוי לשמש ראיה".

47 "מספר מוטבע המשמש להוכחת מקורו, זהותו ושייכותו של מוצע או של שילדה או סימן מוטבע אחר כיוצא באלה... הוא 'אמצעי אחר העשוי לשמש ראיה' ועל כן ייחשב 'למסמך' בהגדרתו בחוק" – השופט שמגר (כתוארו אז) בע"פ 228/77 זקצרי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 701, עמ' 711. עמדה זו אושרה בריון הנוסף שהחתיים בפרשה זו בדעת רוב – ד"ר 7/78 זקצרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 828. ראו גם להלן הטקסט שלאחר הערה 67.

48 זוהי, כפי שכבר הובהר, עמדתו של Hall (לעיל, הערה 37). ראו גם פסק-הדין בפרשת Carmichael, שם.

לעורכי-הדין, למעשה, כוח להעניק חסינות מפני העמדה לדין פלילי. כוח זה עלול להשפיע על תפיסת הציבור את עורך-הדין כמורה דרך בתחום הפלילי, על כל ההשלכות הכייעתיות העוללות לנבוע מראייה זו ושהוכהו לעיל. אם רוצים להימנע מהשלכות אלו, אין מנוס מלשלב במסגרת הפטור המיועד לשלול את אשמתה של הטועה בחוק הפלילי שיקוליים נורמטיביים הנגזרים מעקרון החוקיות.

לענין זה חשוב להדגיש כי אין זה המקרה היחיד שבו מגבילים אילוץ נורמטיביים/חברתיים את דרישת האשמה. גם במסגרת פטורים אחרים, השוללים את אשמת העושה, מעורבים שיקולים נורמטיביים המגבילים את המתחייב משיקולי אשמה נקיים⁵². אפילו הפטור המוענק למי שהיה חסר יכולת להבין את אשמתו עושה או את הפסול שבמעשיו, מוגבל למצבים שבהם חוסר היכולת נבע ממחלה או מליקוי כבישר השכלי – אי-שפיות⁵³; אין מוענק פטור מקביל במצבים שבהם נבע חוסר היכולת להבין מרקע חברתי שונה, הנתפס כחברה כ"אמונה טפלה"⁵⁴.

גם אם לא ניתן להימנע מלהגביל את דרישת האשמה בהתחשב באילוץ נורמטיביים, יש לתת את הדעת גם על מידת הגבלתה של דרישת האשמה. בדיקת שבו אנו דנים השאלה היא אם המסקנה "כי אין להעניק פטור מאחריות פלילית למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין, פוגעת יתר על המידה בדרישות של הגינות לפרט.

52 ערוב סכוח בין שיקולים נורמטיביים לבין שיקולי אשמה קיים גם כאשר הפטור מוענק במסגרת עילות האילוף – עורך או כורח פוטורים. הפטור מכוח עילות אלו מוגבל למצבים שבהם העושה היה צפוי לסכנה חמורה ומיידית לחיים, לגוף או לחירות. לעומת זאת, מי שפגע באינטרס אחר כדי להציל את רכושו מסכנה חמורה ומיידית שנשקפה לו, לא יזכה כפטור. הוא אמנם עשוי שלא לשאת באחריות פלילית, אך זאת רק מכוח הצורך או הכרח המצדיקים. המותנים בקיומו של פער משמעותי בין הרכוש שהוצל לבין האינטרס שנפגע (על הבחנה בין עורך/כורח פטור לבין עורך/כורח מצדיק עמדת בהרחבה במקום אחר; ראו: M. Gur-Arye "Should a Criminal Law Distinguish between Necessity as a Justification and Necessity as an Excuse?" 102 L. Q. Rev. (1986) 71.

53 במשפט הישראלי מוגבל הסייג של אי-שפיות היעת, המוגדר בסעיף 34 לחוק העונשין, למצבים שבהם "...בשלב מחלה שפוגעה ברוחו או בשל ליקוי כבד שרשור השכלי, היה (העושה) – הבהרה שלי] חסר יכולת של ממש – (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשיו; או (2) להימנע מעשיית המעשה".

54 ראו ע"פ 172/62 גראמה נ' מ"י, פ"ד ז' 925. בפרשה זו האמין המערער, בדומה לאחרים מקהילתו, בכנישו, בשרים וככוחות אחרים. כדי לסכל את הסכנה לחייו הצפויה – לפי אמונתו – מ"כישוף" שהופנה כלפיו, המית את ה"מכשף". בית-המשפט סירב להעניק לו את הגנת אי-השפיות והרשיעו בהריגה. לביקורת על עמדה זו ראו י' שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט (תש"ז) 78, עמ' 81-82.

הפלילי למצבים של הסתמכות על גורמים רשמיים גם תשחרר את חתי-המשפט מהצורך לנקוט עמדה ישירה כאשר למוניטין של עורך-הדין.

מסקנה אחרונה זו מתיישבת עם ההסדרים הנהוגים במדינות שונות בארצות-הברית, המתנים את הפטור המוענק למי שטענה בחוק הפלילי, בהסתמכות על פרשות של גורם רשמי⁴⁹. לעומת זאת לכאורה אין המסקנה כי אין להעניק פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין, מתיישבת עם ההסדרים הקיימים במשפטנו ובשיטות אחרות באירופה, המעניקים פטור מאחריות פלילית כל אימת שהטעות בחוק הפלילי הייתה בלתי נמנעת באורח סביר⁵⁰. מי שפנתה לעורך-דין, נקטה את האמצעים הסבירים העומדים לרשותה כדי לברר את היקפו המדויק של האיסור. בחלק הבא של הרשימה אחזור להבחנה שביטור הסדרים אחרונים אלה, בין האופי הכללי חוקי של ההתנהגות לבין אשמת העושה ואבדוק את מידת התיישבותה של המסקנה, כי אין להעניק פטור מאחריות פלילית למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין, עם דרישת האשמה.

ז. אי-הענקת פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין ודרישת האשמה

כאמור, הרחבת הפטור המוענק למי שטענה בחוק הפלילי מעבר להסתמכות על פרשות של גורם רשמי התאפשרה לאור התפיסה המבחינה בין האופי הכללי חוקי של המעשה לבין אשמתה של העושה⁵¹. בהקשר שבו אנו דנים ההנחה הייתה כי הבחנה זו מאפשרת ליישב בין הרציונלים המסורתיים שביטור הכללי שלפיו הטעות בחוק הפלילי אינה מתרצת. השיקולים המתחייבים מעקרון החוקיות נשמרים על-ידי הכרה על התנהגותה של מי שטענה בחוק הפלילי כעל התנהגות בלתי חוקית, ואלו הענקת פטור אישי השולל את אשמתה של מי שנקטה אמצעים סבירים לביטור החוק, מתיישבת עם הצורך לעודד ידיעה של החוק. הקשיים הכרוכים בהסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין, שהוכהו בחלק הקודם, מלמדים כי לא ניתן ליישב בין הרציונליים המסורתיים באמצעות הבחנת מושגיות. סיווגה של התנהגותה של מי שטענה בחוק הפלילי בעקבות הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין כהתנהגות בלתי חוקית, מספקת רק מענה פורמלי לעקרון החוקיות. אין היא מייחסת משקל מספיק להשלכות החברתיות הנובעות מהענקת פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין. גם אם מדיגשים כי הפטור הוא אישי, והוא מוענק משום שהסתמכות בתום לב על עצה מוטעית של עורך-דין שוללת את האשמה, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי באמצעות הפטור נמסר

הבעיה של הגינות לפרט איננה מתעוררת גם ביחס למרבית העבירות של *mala in se*, כאשר האופי הפסול של ההתנהגות הוא ברור⁵⁶. גם במקרים אלה ראוי להבהיר למי שאף שהייתה מודעת לאופי הפסול של ההתנהגות ופנתה לעורך-דין במטרה לברר אם קיימים אילוצים המונעים הטלת אחריות פלילית על ההתנהגות הפסולה, שהיא עושה זאת על סיכונה שלה. גם כאן, אם יתברר כי חוות דעתו של עורך-הדין שהבהיר לה שאין איסור פלילי על ההתנהגות הייתה מוטעית, לא יהיה זה בלתי הוגן שלא להעניק לה פטור מאחריות פלילית⁵⁷.

הבעיה מתעוררת במקרים שבהם לפרט עצמו אין מושג אם ההתנהגות/העסקה שאותה הוא רוצה לבצע היא חוקית (אין אינשוואציה לגבי האופי השלילי של ההתנהגות), ואין גורם רשמי מתאים, או אף אם קיים אין הוא נוהג לספק תשובות לשאלות היפותטיות הנוגעות לאופי החוקי של ההתנהגות/עסקה שאותה רוצים לבצע. מה ניתן באופן סביר לצפות מהפרט לעשות במקרים אלה?

במרבית המקרים מסוג זה מי שרוצה לעשות את העסקה/ההתנהגות אינה בטוחה בשאלת חוקיותה, שהרי אילו הייתה בטוחה שההתנהגות/העסקה חוקית, לא הייתה פונה לעורך-דין לקבל חוות דעת בשאלת החוקיות⁵⁸. (בדוגמה שבה פתחתי פלוגית עצמה הייתה זו שהעלתה את השאלה אם היא זקוקה להיתר לשמש משפחה אומנת). למעשה, מצבה מקביל לזה של מי שאינה בטוחה בשאלת התקיימותה של עובדה רלוונטית להתהוות העבירה. כשמדובר בספק לגבי התקיימות העובדות ההופכות את ההתנהגות לפלילית, יש הבחנים את סבירותו של הסיכון שנטלה על עצמה מי שבחרה בהתנהגות כמצב של אי-ודאות⁵⁹. אחרים מחייבים את מי שחשדה באפשרות התקיימותה של

56 עם זאת ייתכנו מקרים נדירים שבהם אף שהעבירה היא מסוג של *mala in se* אין העושה מודעת

לאופי הפסול של ההתנהגות, וזאת עקב שינויי השקפות בין חברות שונות. למשל, מי שבארוץ

מצאה יש היתר להמתת חסד, אינה מודעת בהכרח לעובדה כי בחברה שבה היא מצויה היום המתת

חסד נתפסת כפסולה.

57 השור (הערה 43, לעיל).

58 עם זאת ייתכנו מקרים חריגים שבהם ביצוע העסקה נמסר לעורך-הדין מתוך הנחה שהלה יבצע

אותה באופי חוקי בלא להביא בחשבון שבעיניו של אי-חוקיות עלולות להתעורר.

59 רבים רואים בנטילת סיכון כלתי סביר לאפשרות קיומה של נסיבה יסוד נפשי של פזיזות, כפי

שנקבע במפורש בסעיף 2.02 של Model Penal Code (הערה 15, לעיל) ובסעיף 18 של

העצמה לקודפינקסיה של המשפט הפלילי האנגלי: Law. Com. No. 177, 1989) Vol. II

מוגבלת למקרים של חשד ברמה גבוהה בקיום הנסיבה; ראו: (2.02(7). והשוו עם הערה 60 להלן והטקסט

Model Penal Code, sec. 2.02(7). A Criminal Code for England and Wales, sec. 18(a)

הסמוך לה). לדיון במשמעות נטילת הסיכון הכלתי סביר באשר לאפשרות קיומה של נסיבה ראו:

"קוגלר" על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי של חוק העונשין החדש" פלילים ה

(תשנ"ו) 149, עמ' 164-168; ר' קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" מחקרי

54

המסקנה כי אין להעניק פטור מאחריות פלילית למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין אינה מעוררת בעיות של ממש במקרים שבהם קיים גורם רשמי, שאילו ניתן להפנות שאלות, ואף לקבל תשובות, כאשר לאופייה של ההתנהגות/עסקה אותה רוצים לבצע. במקרים אלה, מי שאינה בטוחה באופי החוקי של ההתנהגות/העסקה, יכולה לפנות לגורם הרשמי. כך, בדוגמה שבה פתחתי, אילו הייתה פלוגית לפקיד הסעה, שבדין סמכות הפיקוח על משפחות אומנות, במקום לעורך-הדין, בשאלה אם לאור ההסכם בינה לבין הורי התאומים היא נחשבת למשפחה אומנת הזקוקה להיתר, והלה היה משיב לה בשלילה, היה ראוי להעניק לה פטור מאחריות פלילית. (ואכן, כך למעשה נהגה הנאשמת בפסק-הדין המקורי⁵⁵ ששימש השראה לדוגמה זו. אלא שבפסק-דין זה סירב בית-המשפט האנגלי דאו לרכך את הכלל המוחלט שלפיו טעות בחוק הפלילי אינה מתרצת, והרשיע את הנאשמת אך המתיק את עונשה).

בהקשר זה חשוב להדגיש כי פרשנותו של פקיד רשמי, שהוסמך לאכוף את החוק או אף לפרשו, איננה מחייבת את בית-המשפט (בפסק-הדין שממנו לקוחה הדוגמה שבה פתחתי, לא קיבל בית-המשפט האנגלי את פרשנותו של פקיד הסעד שלפיה שהיית התאומים אצל הוריהם כסופי-שבוע קוטעת את הרצף הנדרש לסיווגה של המשפלה כ"משפחה אומנת"). כיוון שכך, מי שפנתה לגורם הרשמי אינה מחויבת לפעול בהתאם לחוות דעתו. היא רשאית, אם רצונה בכך, להתייעץ בנוסף גם עם עורכי-דין, ואף להעדיף את חוות דעתם על זו של הפקיד הרשמי. אולם במקרה זה העדפת חוות הדעת של עורך-הדין תהיה על סיכונה שלה, ואם בית-המשפט יפסוק בניגוד לדעתו, לא יוענק לה פטור מאחריות פלילית. פרקטיקה כזו נהוגה, למעשה, בתחום דיני המס. שאלות של חבות כמס הכנסה ניתן להפנות לפקיד השומה. מי שאינה סומכת על פקיד השומה הנתפס כגורם אינטרסנט, הפועל לאור המדיניות של משרד האוצר, יכולה להסתייע בעורכי-דין לצורך תכנון המס. אולם אם רשויות המס יחליטו להעמידה לדין, ובית המשפט יפסוק בניגוד לחוות הדעת שקיבלה מעורך-דינה, דרישות של הגינות לפרט אינן מחייבות להעניק לה פטור מאחריות פלילית. שהרי, הייתה לה אפשרות לקבל מידע מדויק על היקף האיסור, ואפילו על מדיניות האכיפה הנהוגה בידי רשויות המס. אם היה ברצונה להבטיח שלא תישא באחריות פלילית, היה עליה לברר את שאלת החבות כמס בפני פקיד השומה ולפעול בהתאם לחוות דעתו של פקיד השומה. אילו הייתה פועלת בהתאם לחוות הדעת של פקיד השומה, היה מוענק לה פטור מאחריות פלילית גם אם היה מי שבוחר להעמידה לדין, ובית-המשפט היה פוסק בניגוד לחוות דעתו של פקיד השומה.

לענין זה חשוב לזכור כי גם בחוממי משפט אחרים, לעצות מוטעות של עורכי-דין יש מחירים לא מבוטלים. עסקה שנוערה על-ידי עורך-דין עלולה להתפרש מאוחר יותר כחסרת תוקף משפטי, ועקב כך להביא להפסד כלכלי ניכר; צעה של עורך-דין שלא להגיש תביעה בהיעדר עילה, אף שלאחר חלוף תקופת ההתיישנות התברר כי הייתה קיימת עילת תביעה, עלולה גם היא להביא להפסדים ניכרים; תביעות שהוגשו על-ידי עורך-דין ונדרחו מינומיקים משפטיים גוררות היצאות לא מבוטלות ועוד. אני ערה, כמובן, להבדל בין המחירים ה"אזרחיים" שעלולה לשלם מי שהסתמכה על צעה מוטעית של עורך-דין לבין הטלת אחריות פלילית על מי שהסתמכה על צעה מוטעית של עורך-דין. ראוי לשים לב למהותה של האחריות הפלילית שחוטל על מי שהסתמכה על צעה מוטעית של עורך-דין. במרבית המקרים העבירה נושא הטעות חדיה מהסוג של *mala prohibita*⁶². עבירה זו איננה עבירה סטיגמטית, והעונש המוטל בגינה הוא כדרך כלל עונש בעל משמעות כספית – קנס, שלילת רישיון. זאת ועוד, אילוצי הפינות המיוחדים לחחסם הפלילי מקטינים את הסיכון כי בתחום זה חוות הדעת של עורך-דין שפעל בחוסר לב וללא רשלנות, תתפרש על-ידי בית-המשפט כמוטעית.

הגשמתו של עקרון החוקיות בתחום הפלילי מחייבת להטיל הגבלות על האופן שבו יש לפרש את האיסור הפלילי. התפיסה כי כל מה שלא נאסר במפורש על-ידי המחוקק – מותר, בצד הרעיון של אזהרה הוגנת, באים לידי ביטוי בכלל של פרשנות מצמצמת המחייב את בית-המשפט להעריך, בכל מקרה שבו יש יותר מפירוש סביר אחד, את הפירוש שמצמצם את היקף האיסור ומגדיל את מרחב החירות⁶³. הפירוש שמצמצם את האיסור פועל, ככלל, לטובת הנאשם. כיוון שכן, במקרים רבים, פירוש סביר שניתן על-ידי עורך-הדין והמקל עם הקוחזה שלו, יהיה גם הפירוש שאותו יהיה על בית-המשפט להעריך. עם זאת אין להוציא מכלל חשבון כי יהיו מצבים שבהם בית המשפט יפסוק כי בהתחשב בכלל המקרים שעליהם אמור האיסור לחול, הפירוש שניתן על-ידי עורך-הדין ושהושפע מהמקרה שעליו הוא נדרש לייצג, איננו פירוש סביר של האיסור, ואין לקבלו⁶⁴. כן יש לזכור כי לא תמיד מיושם הכלל של פרשנות מצמצמת בצורה דוקנית. במשפט הישראלי, למשל, הערכת סבירותם של הפירושים השונים,

62. ראו לעיל, הטקסט הסמוך להערה 42.

63. 385 (1986) *Isr. L. Rev.* v 21 M. Kremnitzer "Interpretation in Criminal Law"; פלר (לעיל, הערה 60), עמ' 19-17; "לוי, א' לרדמן עיקרים באחריות הפלילית (תשמ"א)", עמ' 75-84; W.R. LaFave & A.W. Scott *Criminal Law* (St. Paul, 1972), at pp. 72-74; C.D. Sands (ed.)

59.03 vol 3, sec. 59.03. *Sutherland Statutory Construction* (3rd ed., Chicago, 1974) אך השוו

לאזכורים בהערה 66 שלהלן.

64. דוגמה למקרה שבו הפירוש שנתן הנאשם שהועמד לדין הוא אמנם סביר למקרה שלו, אך כפרשנות המביאה בחשבון את כלל המקרים שלגביהם האיסור אמור לחול, אין זו פרשנות סבירה, תובא בהמשך (בטקסט הסמוך להערה 73).

מרים גור-אריה
עובדה ההופכת את התנהגותה לנבירה, להימנע מהתנהגות, כל עוד לא הסירה את החשד, וזאת מכוח הכלל של עצירת עניינים⁶⁰. ההבדל בין ידיעת העובדות לבין ידיעת החוק, שעליו עמדת קודם⁶¹, מצדיק מסקנה שונה כאשר מדובר באי-ודאות לגבי המצב החוקי. השיקולים המסורתיים שביסוד הכלל שלפיו אי-ידיעת החוק אינה מתוצאת – עקרון חוקיות והאינטרס לגרום לידיעת האיסור – מחייבים, כך אני מאמינה, להטיל את הסיכון על מי שבוחרת לפעול במצב של אי-ודאות לגבי המצב החוקי. הסיכון יהיה עליה, גם אם לאור חוות דעתו של עורך-הדין שאילו היא פנתה כדי לברר את המצב החוקי, היא האמינה בחוקיות ההתנהגות/העסקה.

המשמעות המעשית חיה כי חוענק ברירה למי שאינה בטוחה באשר למצב החוקי של התנהגות/עסקה מסוימת; או לפנות לעורך-דין מתוך תקווה שהלה יספק לה חוות דעת נכונה, אך בידיעה שהיא נוטלת על עצמה סיכון של העמדה לדין פלילי אם חוות הדעת תתפרש כמוטעית, או לוותר על ההתנהגות/העסקה כדי שלא לחשוף את עצמה לסיכון של העמדה לדין פלילי. ניתן להניח כי יהיו מי שיעדיפו שלא לקחת את הסיכון ויוותרו על ההתנהגות/העסקה. אחרים יעדיפו שלא לוותר על ההתנהגות/העסקה קודם שהוכררה להם שאלת חוקיותה, ולכן יפנו לעורך-דין כדי לברר שאלה זו. אולם הידיעה שחוות דעת מוטעית של עורך-דין עלולה לחשוף אותם לסיכון של אחריות פלילית, תגרום להם ליתר זהירות בבחירת עורך-הדין, בהערכת חוות דעתו ובנכונות להסתמך עליה. העובדה שחוות דעת מוטעית במקרים אלה חשופה את הפונים לעורך-הדין לסיכון של העמדה לדין פלילי, עשויה להשפיע גם על אופן תכנתתה של חוות הדעת מצד עורך-הדין, וזאת בשל הפגיעה החמורה במוניטין של עורך-דין שבצקבות חוות דעת מוטעית שנתן, הוטלה על לקוחות שלו אחריות פלילית. לכן יש להניח כי עורך-הדין לא יסתפק רק בטיעונים שהוא היה משמיע כסגור במסגרת הליך פלילי, אלא הוא גם יטח בפני הפונים אליו קיומם של טיעונים נגדיים ויבהיר להם את מידת הסיכון של העמדה לדין במקרה שטיעוניהם שלו לא יתקבלו על-ידי בית-המשפט.

משפט יא (תשנ"ד) 147, עמ' 159-163. לעמדה אחרת שלפיה עצירת עניינים שקולה רק לפיוות (ולא לידיעה) כלפי הנסיבות ראו: Ignorance: Deliberate Instruction: The Ostrich Instruction "The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance: Deliberate Instruction: The Ostrich Instruction" 18 *J. of Crim. L. & Criminology* (1990) 191 as a Criminal Mens Rea

60. "אם נוצר בליבו של הפרט חשד [שמא מקיימת נטיבה הנמנית עם היסוד העובדתי של העבירה –

הבהרה של], שומע עליו לוודא את המצב, או להימנע מן המעשה. אסור לו ללכת, לפי חשדו, לקראת ביצוע עבירה, אפילו כאשר אין לו, עובר למעשה, אפשרות לבצע את העבירה; מצוים עליו להימנע מהמעשה. שיעשה אותו רק אם הוא יכול לברר את המצב ורק לאחר בירור שהסיר את החשד" ש"ז פלר יסודות ביניים עונשין כרך א (תשמ"ד) 519. פלר סבור כי עמדתו זו באה לידי ביטוי גם בסעיף 120(ג) לחוק העונשין (נוסח העדכון הובא בהערה לעיל). אך ראו ביקורתו של קוגנר (לעיל, הערה 59), בעמ' 162-173, על סעיף זה.

61. לעיל, בטקסט שבין הערות 26-30.

יש עבירות המותנות בכוונה (ולא רק ידיעה) להשתמש ממילוי חובה חוקית, כמו העבירה של אי-התייעצות לשירות צבאי מחוץ כוונה להשתמש מהשירות⁷⁰, או אי-הגשת דוח למס הכנסה מתוך כוונה להתחמק מתשלום מס⁷¹. במקרים אלה לא ניתן לייחס את הכוונה המיוחדת להשתמש ממילוי החובה למי שאינו יודע על כי מוטלת עליו חובה מכוונת החוק. כך, לא ניתן לייחס כוונה להשתמש משירות צבאי למי שלא התייצב לגיוס משום שלא ידע כי הוא חייב בשירות צבאי. וכדומה, לא ניתן לייחס כוונה להתחמק מתשלום מס למי שאינו יודע כי הוא חב במס. אי-הידיעה על החובה החוקית בהקשר זה עלולה לנבוע מהסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין. במקרה זה תשלול ההסתמכות על העצה המוטעית את היסוד הנפשי המיוחד המאפיין את העבירה. לענין זה חשוב להדגיש כי הרלוונטיות של ההסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין איננה במסגרת הפטור השולל את אשמת העושה בגין התנהגותו הבלתי חוקית; ההסתמכות שוללת את היסוד הנפשי המאפיין את העבירה והגדרת לסיווגה של ההתנהגות כהתנהגות בלתי חוקית. ההבחנה היא בין "אשמה" בגין התנהגות בלתי חוקית - שאיננה נשללת על-ידי ההסתמכות על חוות הדעת של עורך-הדין, לבין "יסוד נפשי" מיוחד שבו מותנית העבירה - ששלילתו מכוונת ההסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין שוללת גם את האופי הבלתי חוקי של ההתנהגות.

המסקנה כי פרט למקרים בהם נשלל היסוד הנפשי המיוחד שבעבירה, אין להעניק פטור מאחריות פלילית למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין, מעוררת את השאלה אם יש בהכרח להעריך את ההסדר המצמצם את הפטור המוענק למי שטענה בחוק הפלילי למקרים של הסתמכות על גורם רשמי - הסדר הקיים במדינות שונות בארצות-הברית. שאלה זו תידון בחלק הבא.

ה. האם יש להגביל את הפטור של טעות בחוק למקרים של הסתמכות על פירוש רשמי

כאמור, השיקולים הנגזרים מעיקרון החוקיות מחייבים להגביל את הפטור המוענק למי שטענה בחוק הפלילי בעקבות הסתמכות על פרשנות מוטעית, למקרים של הסתמכות על גורם רשמי שמוסמך לפרש את החוק או לאכפו. עם זאת אין מסקנה זו מחייבת בהכרח להעריך את ההסדר המצמצם את הפטור המוענק למי שטענה בחוק הפלילי

tending to rebut the mental element requisite to the particular offense" 21 Am. Jur. 2d, sec. 156, 236-237.

70 עבירה על סעיף 33(ב) לחוק שררת בטחון, [נוסח משולב], תשי"ט-1959.

71 עבירה על סעיף 220 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. עבירה זו חידן ביתר הרחבה בפרק המסכם רשימה זו, וניסוחה יובא בהערה 82, שם.

שמתוכם על בית-המשפט להעריך את הפירוש המצמצם, נעשית לאור ה"חכלית" של האיסור⁶⁵. החכלית של האיסור עשויה להתפרש על-ידי בית-המשפט בצורה רחבה⁶⁶, השונה מהפרשנות שהוצעה על-ידי עורך-הדין. במקרים אלה, מי שהסתמכה על חוות דעת של עורך-דין שהוכרזה על-ידי בית-המשפט המוסמך כמוטעית, אכן תיאלץ לשאת באחריות פלילית.

לענין זה לא יהיה זה מיותר להזכיר כי גם בהקשרים אחרים קיומם של אילוצים "מוסדיים" המחייבים הטלת אחריות פלילית עלול לעורר תחושה של חוסר נחת, שאחה - אולם - למונו להשלם. הכוונה היא לקיומם של פסקי-דין שבהם רוב השופטים פוסקים שיש להטיל אחריות פלילית, ואילו המיעוט של השופטים מתנגד להטלתה⁶⁷. כך, בפסקי-הדין שמהם שאובה הדוגמה של זיוף שלדה שנדונה לעיל, הרכב אחד של שופטי בית-המשפט העליון פסק שהעבירה של זיוף מסמך אינה חלה על זיוף שלדה של מכונית; הרכב אחר של שופטים בבית-המשפט העליון פסק שזיוף שלדת המכונית נחפס בגדר האיסור על זיוף מסמך וכדין הנוסף שהתקיים בסוגיה זו, המסקנה כי העבירה של זיוף מסמך חלה על זיוף שלדה של מכונית הוכרעה לאור דעתם של שלושה שופטים (ממלא מקום הנשיא לנדוי (כתוארו אז), ואליו הצטרפו השופטים לוי ושמגר), בניגוד לעמדתם של שניים מהשופטים (השופט בן-פורת והשופט זיתקין)⁶⁸.

בחלק זה הבהרתי כי אף שהמסקנה כי אין להעניק פטור מאחריות פלילית למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין, מגבילה את דרישת האשמה בהחשב באילוצים חברתיים, הפגיעה כפרט איננה חורגת מהמידה הראויה. זה המקום להדגיש את עובדת קיומם של מקרים שבהם ההסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין עשויה לשלול את האחריות הפלילית, וזאת כאשר הטעות בחוק הפלילי שוללת את היסוד הנפשי המיוחד שבו מותנית התהוות העבירה⁶⁹.

65 סעיף 334 לחוק העונשין קובע: "ניתן דין לפירושים סבירים אחרים לפי תכליתו, וזכיע העניין לפי הפרוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין" (ההדגשה הוספה).

66 ראו גישתו של נשיא בית-המשפט העליון אצלנו, א' בך, כפי שבאה לידי ביטוי בע"פ 587/79 מורחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 427, ובספריו, א' בך פרשנות במשפט כרך שני, פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 176-441. לביקורת על עמדה מרחיבה זו, ראו Krennitzer (לעיל, הערה 63); ש' אגרנט "הרחמה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיני משפט י (תשמ"ד) 233, 241; שיז פלר "בכוונה לפגוע: כסימן יחוד של העבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, גישה פרשנית - עד היכן ועל סמך מה?" משפטים יז (תשמ"ח) 439; א' לדרמן "מטרת החקיקה, המטריה הנורמטיבית והפרשנות בפלילים" הפרקליט לו (תשמ"ז) 159.

67 אני מודה לשמואל שילה על שהפנה את תשומת לבי לאנלוגיה זו.

68 ראו האזכורים (בתערות 45-47, לעיל) והסקט שם.

69 "...advice of counsel may be shown where it tends to disprove the intent requisite to the particular offense. Thus, where the offense is one which requires a fraudulent intent, or malice, the advice of reputable counsel, though not an absolute defense, may be shown as

למקרים של הסתמכות על גורם רשמי (והו המצב במדינות רבות הארצות-הברית). בהיעדר שיקולים חברתיים נוגדים, לא צריכה להיות מניעה עקרונית להניק פטור במקרים שהטעות בחוק הפלילי הייתה בלתי נמנעת באורח סביר, שלא על רקע של הסתמכות (בשיטה משפטית כמו שלנו ובאירופה). הדוגמה הקלאסית לעניין זה היא זו של סוחר העבדים, שהפליג ליבשת אחרת כדי "לייבא" עבדים⁷². ההפלה ארכה זמן רב, ובמהלכה חוקק בארצו האיסור על סחר בעבדים. בהיעדר נגישות לאמצעי תקשורת לא ידע הסוחר, ולא הייתה לו כל דרך לדעת, על חקיקת האיסור. כשחזר, "פרק" את העבדים והחל לסחור בהם, נעצר והועמד לדין על שעבר על האיסור לסחור בעבדים. טענתו שלא ידע על קיום האיסור, ואף לא הייתה לו כל דרך לדעת עליו, נדחתה אז מהנימוק שטעות בחוק הפלילי אינה מתרצת. בארצות-הברית היא הייתה נדחית גם היום, משום שהטעות לא נבעה מהסתמכות על פירוט מוסמך. לעומת זאת אילו ההסדר הקיים היום בשיטת משפט כמו שלנו ושל מדינות שונות באירופה היה קיים אז, היה ניתן לפטור את סוחר העבדים מאחריות פלילית מהנימוק שאי-ידיעת האיסור הייתה, בנסיבות המקרה, בלתי נמנעת באורח סביר. דוגמה עדכנית יותר ניתן לשאוב מפסק-דין שניתן במשפטנו⁷³, אף שהדין לא נסב כלל על שאלת הטעות בחוק. פסק-הדין אף עשוי לשמש דוגמה חשובה להבחנה בין טעות בפירוש החוק שהיא בלתי נמנעת באורח סביר, לבין פרשנות בלתי סבירה של האיסור (הכחנה שאליה התייחסתי קודם).

בעל רכב החנה את רכבו במרפסת של העיר רמת-גן בשעה 13.00 בצד תמורה האוסר חניה בשעות "07.00-19.00". הוא הועמד לדין והורשע בעבירה של חניית רכב במקום ובשעות האסורים לחניה. בערעור טען כי הוא קרא את התמורה מימין לשמאל – כפי שיש לקרוא ספרות בעברית – ולפיכך האמין כי החניה באזור אסורה החל מהשעה 19.00 בערב ועד השעה 07.00 בבוקר שלמחרת. לעומת זאת התביעה טענה כי אין זה הגיוני לפרש את התמורה כאוסר חניה במרכז העיר דווקא בשעות הלילה. בית-המשפט העליון קיבל את הערעור וזיכה את בעל הרכב מהנימוק:

"מחובת הרשות בבואה להציב תמור כנ"ל להבליט כוונתה בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, כך שהכתוב על התמורה לא יצריך פירושים מצד הנגה והוא לא יהיה חייב להרהר בדבר משמעותו"⁷⁴.

בית-המשפט לא הבהיר מהי העילה המשפטית ליזימי המתחייבת מדברים אלה. פלג⁷⁵ רואה בעמדתו זו של בית-המשפט דוגמה לכלל הפרשנות המצמצמת. לדעתו,

72 הדוגמה לקחה מפסק-הדין בפרשת *Baily* (1800), R. & R. 1, 168 E. R. 651. פסק-הדין נדון על-ידי (supra, note 2), at pp. 290-291; Card, Cross & Jones (supra, note 4), at pp. 81-82.
 73 ע"פ 281/60 בדי-שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד כנ"פ (2) 85.
 74 שם, בעמ' 89.
 75 פלג (לעיל, הערה 60), עמ' 19.

מאחר שהאיסור הטמון בתמורה משתמע לשני פנים, העדיף בית-המשפט את הפירוש המקל עם הנאשם.
 הפירוש כי חנייה אסורה בלילה אמנם מקל עם הנאשם הספציפי שהועמד לדין, אולם הפרשנות של כל איסור, לרבות זה המוכרז באמצעות תמורה, חייבת להתאים לכלל המקרים שלגביהם יש לאיסור תחולה. אם מביאים בחשבון את כלל המקרים שעליהם אמור התמורה לחול, הפרשנות המוצעת על-ידי הנאשם במקרה זה איננה סבירה, שהרי ברור שהתמורה היה מיועד לאיסור חניה במרכז העיר בשעות היום כדי לאפשר, בין השאר, פריקה וטעינה של סחורות. יתרה מזאת, הפרשנות חייבת להיות אחידה בתחולתה, ולא ניתן לטעון ברצינות כי יש להחיל את הפרשנות שהוצעה על-ידי הנאשם על כל בעלי הרכב המתנים את מכוניותיהם במרכז העיר לאחר השעה 19.00; מאחר שהפרשנות הסבירה של התמורה היא רק זו שלפיה חנייה אסורה בשעות היום, מהשעה 07.00 ועד השעה 19.00, ממילא אין תחולה לכלל הפרשנות המצמצמת המיועד לברור בין שתי פרשנויות סבירות. לכן את הבסיס המשפטי ליזימו של הנאשם יש לחפש במקום אחר.

היום היה ניתן לבסס את הזיכוי על ההסדר שהוסף למשפטנו בתיוקן 39 לחוק העונשין והמעניק פטור במקרים של טעות בחוק הפלילי, שהיא בלתי נמנעת באורח סביר. מאחר שבעל הרכב היה רגיל לקרוא מספרים מימין לשמאל, ומאחר שאנו מצפים מנהיגים לציית לתמורות כלא "להרהר" אם יש היגיון באיסור הטמון בתמורה זה או אחר, טעותו של בעל הרכב, שקרא את התמורה כאוסר חניה החל מהשעה 19.00 ועד השעה 07.00 בלא שנתן דעתו על השאלה אם איסור החניה בשעות אלו הוא סביר, הייתה בנסיבות המקרה טעות בלתי נמנעת באורח סביר⁷⁶.
 המסקנה העולה מהדין בחלק זה היא כי טעות בחוק הפלילי, שהיא בלתי נמנעת באורח סביר, תעניק פטור מאחריות פלילית במקרים שבהם העושה טעה אף שנקטה אמצעים סבירים לבירור החוק, או כאשר בנסיבות המקרה לא הייתה לעושה כל דרך לדעת על קיום האיסור או לעמוד על משמעותו. אולם אם במסגרת המאמצים לבירור הקפו של האיסור הסתמכה העושה על עצה מוטעית, הפטור יונק לה רק אם ההסתמכות הייתה על פרשנות רשמית. ככלל, הסתמכות על עצה של עורך-דין לא תשמש בסיס לפטור, אלא אם העצה משקפת פסיקה או חקיקה שבוטלו או שונן לאחר נתנתה (שאו ההסתמכות היא למעשה על החקיקה או על הפסיקה שבוטלו לאחר מכן).

76 דרך אחרת לזכות את המעניק הייתה באמצעות הכרזה על בטלותו של התמורה, שהוצב תוך הפרת חובתו של "הרשות בבואה להציב תמורה... להבליט כוונתה בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים" כדברי בית-המשפט שצוטט לעיל, בטקסט הסמוך להערה 74. בית-המשפט לא הלך בדרך זאת, אם כי בפועל, בעקבות פסק-הדין נוסחו התמורות האוסרים חניה בשעות מסוימות באופן "המבליט את הכוונה". על התמורה נכתב במפורש כי חנייה אסורה "החל מהשעה... ועד השעה...".

"איני רואה מקום ליצירת מגבלות פורמליות לטענת ההסתמכות, אשר כל כולה מבוססת על הגיון וניסיון החיים, על פיהם כשפועל נאשם בחוס לב על יסוד חוות דעתו של מומחה לדבר היודע את העובדות, נשללת הכוונה לפעול שלא כדין" (ההדגשה הוספה – מ' ג' א')⁷⁹.

השופט אור כחן את בעיית ההסתמכות במונחים רגילים של יסוד נפשי, בלא שנתן דעתו על המעמד המיוחד של הטעות בחוק, בהבדל מהטעות בעובדה. מדבריו משתמע כי אין לייחס אחריות פלילית בכל המקרים שבהם "נשללת הכוונה לפעול שלא כדין" בשל טעות בחוס לב בחוק.

במקום אחר ברשימה זו הבהרתי את ההבחנה המתחייבת בין טעות בחוק הפלילי לבין טעות בעובדה⁸⁰; הבחנה המחייבת הסדר שונה, מצומצם יותר, לטעות בחוק, כפי שגם עולה מהשוואת סעיף 34ט – טעות במצב משפטי (טעות בחוק הפלילי) – לסעיף 34זח – טעות במצב עובדתי (טעות בעובדה) לחוק העונשין⁸¹. מאחר שלא כל טעות בחוק הפלילי פוטרת מאחריות, לא ניתן להימנע מלדון בשאלה אם ראוי להעניק פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין במנותק משאלת הכוונה לפעול שלא כדין. הנשללת כל אימת שהטעות בחוק הפלילי היא בחוס לב; דיון שהקדשתי לו רשימה זו.

עם זאת, ואף שדבריו של השופט אור שצוטטו לעיל נאמרו כהללה לגבי כל השטחים "הדורשים התמחות, כמו ראיית חשבון, משפטים רפואה וכן בשטחים רבים אחרים", וממלא גם למגוון של עבירות, ניתן להגן על עמדתו אם מצמצמים את דבריו לעבירה הספציפית שנתונה בפרשה זו – עבירה על סעיף 220 לפקודת מס הכנסה⁸², המותנית ביסוד נפשי מיוחד של "כוונה להתחמק ממס". כפי שכבר הובהר, בהיעדר ידיעה על החבות במס לא ניתן לייחס כוונה להתחמק ממס. ההבחנה המתחייבת בהקשר זה היא בין עבירה בסיסית, כדוגמת זו המחייבת חייב במס להגיש דוח במועד⁸³, או זו

79 פסקה 38, שם.

80 בטקסט שבין הערות 24-35.

81 נוסח הסעיפים הובא (לעיל, בהערות 34-35).

82 הסעיף קובע: "אדם אשר במזיד, בכוונה להתחמק ממס או לעורר לאדם אחר להתחמק ממס, עבר אחת העבירות המנויות להלן, דינו – מאסר שבע שנים או קנס 67,500 ש"ח ופי שניים מסכום ההכנסה שהעלים או שהתכוון להעלים או שעורר להעלים, או שני העונשים כאחד; ואלו הן: (1) השמיט מתוך דו"ח שנערך עפ"י הפקודה הכנסה שיש לכללה בדו"ח...".

83 סעיף 216 לפקודת מס-הכנסה [נוסח חדש], קובע: "אדם אשר כלי סיבה מספקת עבר אחת העבירות המנויות להלן, דינו – מאסר שנה או קנס 9,000 ש"ח, או שני העונשים כאחד, ואלו הן: ... (4) לא הגיש במעורר דין וחשבון לפי הסעיפים...".

כדי להבטיח אזורה הוגנת, כמתחייב מעקרון החוקיות, שנתתי לו משקל מרכזי במהלך הרשימה, מן הראוי היה לסיג בחקיקה את ההסדר המעניק פטור כל אימת שהטעות בחוק הפלילי הייתה בלתי נמנעת באורח סביר ולקבוע כי במקרים של הסתמכות לא יוענק הפטור אלא אם כן ההסתמכות הייתה על פרישת רשמית – חקיקה שהוכרזה לאחר מכן ככפלה, פסיקה ששונתה בשל היותה מוטעית או חוות דעת של גורם רשמי המוסמך לפרש את החוק או לאכפו.

1. במקום סיכום – הסתמכות על עצה של עורך-דין בפסיקה הישראלית

מסקנתי ברשימה זו כי אין להעניק פטור מאחריות פלילית למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין מנוגדת, לכאורה, לעמדת הפסיקה בפרשת הורביץ ("פיומדיק")⁷⁷, שבה נפסק, מפי השופט אור, כי:

"בשטחים רבים הדורשים התמחות, כמו ראיית חשבון, משפטים, רפואה, וכן בשטחים רבים נוספים אין לאדם מן הישוב, אשר אינו מומחה באותם שטחים, ידע מספיק, והוא נאלץ להסתמך על ייעוץ של מומחים לדבר. כך, בכאור לפעול פעולה משפטית מסיימת או לעשות עסקה פלילית, אם ירצה לדעת את השלכותיה, לרבות אם היא מותרת או אסורה על פי הדין, הוא יזדקק לעצת והנחייתם של מומחים. הסתמכות בחוס לב על עצה שיקבל בקשר לכך מעורך דין, עליו הוא יכול לסמוך כבעל הידע המשפטי הנדרש, ואשר ידועות לו כלל העובדות והנסיבות הנדרשות לעניין, עשויה לשלול את קיומה של כוונה פלילית מצדו לפעול שלא כדין. במקרה כזה תעמוד לו טענת ההסתמכות"⁷⁸.

מדברים אלה ניתן להסיק כי לדעתו של השופט אור, טעות בחוק הפלילי עקב הסתמכות בחוס לב על עצה מוטעית של עורך-דין בגדר טעות בלתי נמנעת באורח סביר, המעניקה פטור מאחריות פלילית מכוח סעיף 34ט לחוק העונשין, ולא היא. בהתייחסו לעמדת בית-המשפט המחוזי בפרשה זו, שפסק כי אין לקבל את טענת ההסתמכות על עצה של עורך-דין או רואה חשבון, אלא אם כן התקיימו דרישות פורמליות מסוימות, הבהיר השופט אור, כי:

77 ע"פ 5/1182/99, 1493/99, 2602/99 הורביץ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד (נד) 4, 1.

78 פסקה 36 לפסק-דינו של השופט אור, שם.

מרים גור-אריה
על משפט ב תשי"ב

האוסרת להשמיט מהרוח הנכסה החייבת בדיווח⁸⁴, לבין העבירה הדרושת כוונה מיוחדת להתחמק ממס.

גם אם העבירה הבסיסית היא עבירה של מחשבה פלילית, היא מותנית בהוכחה כי הנאשמת ידעה על העובדות המצמיחות חבות במס, ועל כך שאין היא מגישה דוח, או על כך שהיא לא כללה את ההכנסה בדוח שהגישה. במסגרת עבירה זו אין צורך להוכיח כי הנאשמת ידעה על חבותה במס, קרי: על כך שבהתקיים העובדות הידועות לה, החוק מחייב אותה במס הכנסה ועליה להגיש דוח למס הכנסה. לנאשמת שלא ידעה על כי החוק מחייב אותה במס הכנסה יוענק פטור רק אם הטעות היא בלתי נמנעת באורח סביר. מהמסקנה שהגעתי אליה ברשימה זו משתמע כי אם במסגרת ניסיונותיה לברר את החבות במס פנתה לפקיד השומה, והלה הבהיר לה שאין מוטלת עליה חובה להגיש דוח – היא תהיה פטורה מאחריות פלילית גם אם יתברר כי פקיד השומה טעה וכי היא הייתה חייבת במס ובהגשת דוח. ואילו אם בחרה לפנות לעורך-דין לצורך ייעוץ מס, והלה הבהיר לה כי אין מוטלת עליה חבות במס, ההסתמכות על עצתו תהיה על סיכונה שלה. אם יתברר כי עורך-דין טעה, לא יוענק לה הפטור המוענק בניג טעות בחוק הפלילי שהיא בלתי נמנעת באורח סביר⁸⁵. לעומת זאת בשני המקרים לא יהיה ניתן לייחס לה כוונה להתחמק מתשלום מס; כוונה שניתן לייחס רק למי שיודעת כי מוטלת עליה חובה לשלם מס. כשמדובר בעבירה המיוחדת הדרושת כוונה להתחמק מתשלום מס – העבירה נשאל האישום בפרשת פרומדיקו – ההסתמכות על עורך-דין משמשת לא יותר מכלי עזר ראיתי לשלילת הכוונה, העשייה להישלל על-ידי כל טעות בתום לב בחוק המטיל חיוב במס, כפי שסבר השופט אור.

לעניין זה ראוי לחזור ולהדגיש את שכבר הובהר: ההכחנה בין עבירה בסיסית – שהטעות בחוק הפלילי עשויה לפטור ממנה רק בהתקיים המגבלות השונות שהובהרו במהלך הרשימה – לבין עבירה המותנית בכוונה מיוחדת, העשויה להישלל עקב כל טעות בתום לב בחוק הפלילי, אינה מוגבלת לתחום של עבירות מס. במסגרת כל עבירה המותנית בכוונה מיוחדת – אך לא בידיעה – להפר חובה חוקית המוטלת על העושה, הכוונה עשויה להישלל על-ידי טעות בחוק בתום לב⁸⁶.

84 סעיף 217 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] קובע: "אדם אשר ללא הצדק סביר ערך דו"ח לא נכון, מתוך שהשמיט הנכסה כלשהי שעליה הוא נדרש לפי הפקודה למסור דו"ח... דינו מאסר שנתיים או קנס 22,500 ש"ח וסכום החסר בהכנסה".

85 אך השורש עם ג צמיר "עדותו של רואה חשבון כהגנה במשפט הפלילי" רואה חשבון (לנ) (1988) 119. לדעתו, במסגרת עבירות המס, הסתמכותו של נישום על חוות דעת של רואה חשבון היא סבירה, ויש להכיר בה כהגנה. בהקשר זה אין עמיר מבחין בין העבירות הבסיסיות של אי-הגשת דוח במועד, או של השמטת הנכסה מרות שהוגש (סעיפים 216-217 לפקודת מס הכנסה, שהובאו לעיל, בהערות 83-84) לבין העבירה המיוחדת על סעיף 220 לפקודה (הערה 82) המותנית בכוונה להשתמט מתשלום מס.

86 ראו לעיל, הטקסט שלאחר הערה 69.

מהו "עיוות-דין"? לפירושו של סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982

מאת

ענת שקולניקוב

- א. מבוא. ב. מקור ההוראה – המשפט האנגלו-אמריקני. ג. המבחנים לעיות דין; 1. מבחני סף; 2. סוג המבחן התוצאתי; 3. מידת הוודאות; 4. התפתחות המבחן התוצאתי בדן האמריקני; 5. הניתוח הלוגי. ד. הפסיקה הישראלית;
1. מבחני סף; 2. מבחנים תוצאתיים; 3. מידת הוודאות; 4. התערבות בשיקול הדעת. ה. פסקי-דין בפרשת אוטובל. ו. סוגי פגמים; 1. פגמים בהחלטת השופט; 2. טעות בקו הגנה; 3. עיוות דין לציבור. ז. תוצאות קבלת הערעור.
- ח. יישום מבחנים מאנגליה ומאירצות-הכרית בישראל. ט. סיכום והערות לדיון הרצוי בישראל.

א. מבוא

סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן – ה"חוק") מסמך בית-משפט שבערעור, "אף אם קיבל טענה שנטענה, לדחות את הערעור אם היה סבור כי לא נגרם עיוות-דין". סעיף זה, טכני לכאורה, למעשה מקפל בחובו שאלה בסיסית לכל מערכת משפטית: השאלה מהו "עיוות-דין"?

כפי שאראה, לשאלה זו שני רבדים בהקשר של סעיף 215. ראשית, יש לבחון מהי משמעותו הכללית של המושג עיוות דין במסגרת ההליך הפלילי. שנית, יש לבחון את משמעותו של המונח עיוות דין בהקשר הספציפי. כלומר, מהו עיוות דין לצורך בחינתה של ערכאת ערעור הנקראת להתערב, לאחר המעשה, בטעויות שנפלו בהכרעתה של ערכאת קודמת.