

הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין – האם פוטרת

מאחריות פלילית*

מאת

מרים גור-אריה**

א. מבוא. ב. הרציונלים המסורתיים שביסוד הכלל שלפיו טעות בחוק הפלילי אינה מתרצת, והשפעתם על התפתחות ההסדרים המעניקים פטור למי שטעתה בחוק הפלילי; 1. עקרון החוקיות; 2. נטישת המגבלות המתחייבות מעקרון החוקיות; 3. האינטרס לעודד ידיעת 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 ילדים קטנים שהועברו להתגורר עמה. בחלק מסופי-השבוע שהו הילדים עם הוריהם. היא הועמדה לדין פלילי

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

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

על ששימשה משפחה אומנת לילדים בלא היתר. במהלך הדיון התברר כי קודם שחתמה על ההסכם עם ההורים הבהיר לה עורך-הדין, לשאלתה, כי מעמדה מכוח 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 בסופי-שבוע קוטעת – כך לדעת עורך-הדין – את הרצף הנדרש. בית-המשפט דחה את פרשנותו של עורך-הדין בקובעו כי השהייה אצל ההורים בחלק מסופי-השבוע אינה משפיעה על מעמדה כמשפחה אומנת שהתחייבה לגדל את התאומים במשך תקופה ארוכה ורצופה. כיוון שכך, היה עליה להשיג היתר לגידול התאומים. האם אמונתה המוטעית של פלונית, שהסתמכה על חוות דעתו של עורך-הדין שלפיה אין היא חייבת בהיתר של משפחה אומנת, תשמש לה הגנה מפני אחריות פלילית?

בשנות השישים סירב בית-משפט אנגלי, במקרה כמעט זהה (במקור העצה המוטעית ניתנה על-ידי פקיד הסעד העירוני¹), להעניק לפלונית הגנה בהתבססו על הכלל שלפיו טעות בחוק איננה מתרצת (*Ignorantia vel error legis non excusat*). במרוצת השנים נפרדו שיטות משפט רבות מהכלל המוחלט שלפיו אין הטעות בחוק הפלילי² מתרצת. ההכרה באלמנט הפיקטיבי הטמון בחזקה כי כל אדם יודע את החוק, הביאה לנטישתה של חזקה זו ככל שמדובר בחזקה משפטית חלוטה, שאינה ניתנת לסתירה. עם זאת

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

2 הדגש כרשימה זו הוא על טעות בחוק הפלילי דווקא, וזאת לאור ההנחה כי הטעות בחוק הלבר-פלילי עשויה לשלול את היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה, שאז דינה כדין הטעות בעובדה; ראו: M.J. Allen *Textbook on Criminal Law* (London, 5th ed., 1999), at pp. 87-88; A. Ashworth *Principles of Criminal Law* (3rd ed., Oxford, 1999) 243; Card, Cross & Jones *Criminal Law* (14th ed., London, 1998), at pp. 80-83; J. Smith & B. Hogan *Criminal Law* (7th ed., London, 1997), at pp. 83-85; J. Hall *General Principles of Criminal Law* (2nd ed., Indianapolis-New York, 1960), at p. 394. במשפט הישראלי התפתחה התפיסה הרואה בטעות בחוק הלבר-פלילי כטעות בעובדה, בדרך פסיקתית. היום מעוגנת תפיסה זו בסעיף 34 יט לחוק העונשין, שהוסף למשפטנו בחוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, ס"ח תשנ"ד 348 (להלן – תיקון 39 לחוק העונשין). הסעיף המסדיר את ה"טעות במצב 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 ההבחנה בין טעות בחוק הפלילי לבין טעות בחוק הלבר-פלילי במשפטנו ראו: ש"ז פלר "טעות בחוק הפלילי או הלבר-פלילי, היכן הגבול?" **משפטים** ה (תשל"ד) 508; ד' ביין "טעות בחוק הפלילי או הלבר-פלילי, קביעת הגבול או חיסול ההבחנה?" **הפרקליט** ל (תשל"ו) 106; א' אנקר "טעות אי ידיעת הדין במשפט העברי" **משפטים** כה (תשנ"ה) 87, עמ' 115-117.

ההנחה כי הטעות בחוק הפלילי (כולל אי-ידיעתו)³ מחייבת הסדר מיוחד ממשיכה להיות תקפה, והפטור המוענק למי שטעתה בחוק הפלילי מצומצם מזה הנוגע לטעות בעובדה.

מטיתי 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 פלונית פטורה מאחריות פלילית. התשובה לשאלה זו מחייבת לתת את הדעת לרציונלים המסורתיים שביסוד הכלל שלפיו טעות בחוק איננה מתרצת 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 מרציונלים אלה ההסדרים השונים להענקת פטור במקרים של טעות בחוק הפלילי. כן אציין את השלכתה 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 פירוש 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.

³ הנחתי, המקובלת על מרבית הכותבים בנושא והמעוגנת אף בניסוח סעיף 34 ל³⁴חוק העונשין, שציטוט ממנו הובא לעיל, היא כי אין הבדל בין אי-ידיעה בדבר קיומו של איסור לבין טעות 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.

בפרק ו במקום סיכום אתיחס לעמדת הפסיקה הישראלית – פרשת הורביץ ("פרומדיקון") בשאלת ההסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין. הערכתה של עמדה זו תיעשה לאור המסקנות שילובנו במהלך הרשימה.

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

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

4 לדיון נרחב ברציונלים אלה ראו: J. Austin "Ignorance of Law" *Lectures on Jurisprudence* 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 *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. Crim. L. R.* (2000) 701; "ש"ז פלר יסודות בריני-עונשין (כרך ב, תשמ"ז), עמ' 567-545; ע' אזר "אי ידיעת הדין ועצה רשמית מוטעית במשפט הפלילי" *עיוני משפט* י (תשמ"ה) 535; ב' להב "אי ידיעת הדין" *מחקרי משפט* ו (תשמ"ח) 165; ר' קנאי "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב המשפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה" *מגמות בפלילים, עיונים בתורת האחריות הפלילית* (א' לדרמן עורך, תשס"א) 203, ע"מ 233-221 (ההפניות לאזכורים אלה בהמשך יהיו בציון שם המחברים בלבד).

1. עקרון החוקיות⁵

עקרון החוקיות מחייב כי הגבול בין האיסור לבין ההיתר יהיה אובייקטיבי, ייקבע בחוק ויפורש על־ידי הגוף שהוסמך לפרש את החוק, בלא שיהיה מושפע מהשקפותיו המוטעות של כל פרט ופרט לגבי היקף 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 בשל היותה מוטעית. במקרים אלה ההכרה בטעות איננה גורמת לסובייקטיבציה של הגבול בין היתר לאיסור. גם אם הגבול היה מוטעה, קביעתו לא הושפעה מהשקפותיו המוטעות של הפרט; הגבולות המוטעים של האיסור נקבעו על־ידי גורמים מוסמכים – בתי־המשפט שפסיקתם הוכרזה מאוחר יותר כמוטעית⁷ או מחוקקים שחקיקתם

5 התומך המרכזי ברציונל זה הוא Hall (לעיל, הערה 4), עמ' 382-388. כן ראו פלר, לעיל, עמ' 550. לביקורת על עמדתו של Hall ראו p. 393 *ibid*, Robinson; Fletcher *ibid*, at pp. 733-735; אור, לעיל, עמ' 536; קנאי, לעיל, עמ' 225.

6 "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.

7 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 שינוי של ההלכה משנה את המצב המשפטי מכאן ואילך. ראו p. 198 *ibid*, Brett; p. 371 *ibid*, Hall ולאחרונה עמדתם של Lord Hoffmann ושל Lord Hoffman בפסק־דין של בית הלורדים *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council & Others* 4 [1998] All E.R. 513 (HL.). עמדה כזו, לפחות בהקשר של אחריות פלילית, היא בעייתית דווקא במונחים של עקרון החוקיות. עיקרון זה, המחייב שלא להטיל אחריות פלילית על מעשה שלא היה אסור בעת עשייתו, לא היה מאפשר לבית־המשפט לסטות מהפסיקה הקיימת, המשקפת – בהתאם לתפיסה האמורה – את המצב המשפטי הנכון בעת נתינתה. בתחום הפלילי שינויה של פרשנות שניתנה בעבר על־ידי הפסיקה לחוק פלילי היה אפשרי רק במסגרת אמירת אגב, בלא שהיה ניתן להחילה על המקרה שבמסגרתו נפסקה הלכה זו. עמדה דומה הביעו Lord Goff of Chieveley ו־Lord Hoffmann בפרשת *Kleinwort Benson Ltd* הנ"ל, אם כי הבעיה שנדונה שם הייתה שונה (האם מי ששילם בהסתמך על פסיקה ששונתה לאחר מכן זכאי להשבה).

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 כבוטלה או על פסיקה ששונתה, הענקת הפטור אף מתחייבת מהרעיון של אזהרה הוגנת, המצוי במרכזו של עקרון החוקיות. בזמן שהסתמכת בחרה בהתנהגות מסוימת היא לא הוזהרה כראוי כי ההיתר 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 לקוחה מהפסיקה הישראלית¹⁰ שדנה באיסור המוטל מכוח חוק העזר העירוני של עיריית ירושלים לפתוח בתי עינוגים, כולל בתי קולנוע, בימי המנוחה¹¹. בית-משפט השלום בירושלים זיכה בעל בית קולנוע שהפעיל אותו בליל 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 בתי קולנוע נוספים גם בערים אחרות

8 כשמדובר בחקיקה שהוכרזה כבוטלה (void), הניסיון שלא להטיל אחריות פלילית על מי שהסתמכה על ההיתר שהוענק בחקיקה זו בלא להודק לטענת הטעות בחוק הוא בעייתי אף יותר מזה שנעשה במסגרת פסיקה שבוטלה (הערה דלעיל). הוא מחייב להכריז כי ההיתר שהוענק בחקיקה שבוטלה ייחשב כקיים במסגרת ההליך הפלילי, אף שהינו בטל בהקשר המינהלי. הבחנה זו סותרת את הרעיון של בטלות מעיקרה. במשפטנו ההבחנה בין בטלות בהקשר המינהלי לבין תקפות ההיתר בהקשר הפלילי נדונה בד"נ 12/81 **שפירא נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(3) 645.

9 ראו Husak & Von Hirsch (לעיל, הערה 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 (י"ם) 3471, 3472/87 **מדינת ישראל נ' קפלן ואח'**, פ"מ תשמ"ח(2) 265.

11 האיסור הוגדר בסעיף 3(ד) לחוק העזר לירושלים (פתיחת עסקים וסגירתם), תשט"ו 1955-, הקובע: "בימי מנוחה, למעט יום כיפורים וליל תשעה 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 פרוקצ'יה, סעיף 249(20) לפקודת העיריות, המסמיך עירייה "להסדיר פתיחתם וסגירתם של... בתי קולנוע... ומקומות אחרים של עינוג ציבורי", אינו כולל את הסמכות להטיל מגבלות על פתיחתם של בתי עינוגים כדי לשמור על הצביון הדתי של יום המנוחה.

13 בתגובה לפסק-הדין חוקקה הכנסת את החוק לחיקון פקודות העיריות (מס' 40), תשנ"א 1990-, הידוע כ"חוק ההסמכה". החוק הוסיף לפקודת העיריות את סעיף 249(21), הקובע: "עירייה רשאית

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 העירוני שם¹⁴. 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 המסקנה תהיה כי בעלת בית הקולנוע אכן עברה על האיסור. אולם אם יתברר כי בעלת בית הקולנוע הפעילה אותו בליל שבת בהסתמכה על הפסיקה הקודמת של בית-משפט 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 שטעתה בחוק הפלילי בעקבות הסתמכות על חקיקה שהוכרזה כבטלה או על פסיקה ששונתה¹⁵. בשיטות אלה הסתמכות על עצה של עורך-דין עשויה לשמש בסיס לפטור, רק אם העצה עצמה נסמכת על חקיקה שהוכרזה כבטלה או על פסיקה ששונתה, שהרי אין כל רלוונטיות לשאלה אם ההסתמכות על החקיקה או על הפסיקה שבוטלה הייתה במישרין או שמא באמצעות תיווכו של עורך-הדין¹⁶.

להפעיל את סמכותה על פי פסקה (20) בתחום שיפוטה או בחלק ממנו, לגבי ימי המנוחה, בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית...".

14 ההנחה צריכה להיות כי הגשת כתב-האישום נעשתה קודם לחקיקתו של חוק ההסמכה (ראו שם).
15 ראו למשל: Ark. S.A. sec. 5-2-206 (b) (1999); Haw. Code of Ala. sec. 13A-2-6(b) (2000); R. S. A. sec. 702-220 (2000); 720 ILCS sec. 5/4-8 (2000); Kan. S. A. sec.21-3203 (1999); La. R. S. (2000) sec. 14-17 (2000); N.Y. Penal Law sec. 15.20 (McKinney 1987) American Law Institute, Model Penal Code (official Draft and Revised (Comments Philadelphie) pa. 1985). sec. 2.04 (3)(b) "A belief that conduct does not legally constitute an offense is a defense to a prosecution for that offence based upon such conduct when:... (b) he acts in reasonable reliance on official statement of the law, afterward determined to be invalid or erroneous, contained in (i) a statute or other enactment; (ii) a judicial decision, opinion or judgment; (iii) an administrative order or grant of permission..."

16 גם זאת חשוב לשים לב כי חוות דעתו של עורך-הדין אכן מייצגת נאמנה את הפסיקה ששונתה מאוחר יותר. הבהרה זו נחוצה למקרים כגון זה שנדון בפרשת *Dunn v. The Queen* (1977) 21 N.Z.R. 2d. 334 (S.C. App. Div.) נהג שנחשד בנהיגה בהיותו שיכור נדרש על-ידי השוטרים שעצרו אותו לעבור בדיקת נשימה. הוא התקשר טלפונית עם עורך-דינו, והלה הבהיר לו כי כל עוד לא יאפשרו לו להיפגש עם עורך-הדין, זכותו לסרב לבדיקה. הנהג הועמד לדין על שסירב לעבור בדיקת נשימה. במשפט טען עורך-הדין כי עצתו לנהג לסרב לבדיקה התבססה על הפסיקה שקבעה כי אין חשוד חייב לשתף פעולה עם המשטרה לפני שמאפשרים לו להיפגש עם עורך-הדין. בית-

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. מקורה של הרחבה זו בתפיסה של השתק – estoppel¹⁸ שהניבה במשפט האמריקני הגנות אחדות, כשהעיקרית שבהן היא ההגנה מן הצדק¹⁹. ההנחה היא כי במקרים שבהם גורם רשמי המוסמך לאכוף את החוק, הבהיר לנאשמת כי התנהגות מסוימת איננה עבירה, הבהירה זו משתיקה את ההליך הפלילי ומונעת מרשויות התביעה לפתוח בהליך פלילי כלפי הנאשמת בגין אותה התנהגות.

הרעיון של "השתק" איננו הרעיון הבלעדי²⁰, ואף לא המרכזי, המצוי היום ביסוד ההסדרים המעניקים פטור למי שטעתה בחוק הפלילי עקב הסתמכות על חוות דעת של

המשפט פסק כי הפסיקה אינה חלה על בדיקת נשימה המיועדת לברר את כמות האלכוהול בדם. במקרה זה לא ניתן לומר כי עצתו של עורך־הדין התבססה על פסיקה ששונתה (כדעתו של Barton, לעיל, הערה 4, בעמ' 324). הראיה הנכונה היא כי משיקולים מובנים הפסיקה שאפשרה לחשוד שלא לשלף פעולה עם המשטרה כל עוד לא נפגש עם עורך־דין, אינה חלה על בדיקת נשימה שחייבת להיעשות לאלתר קודם שאדי האלכוהול יתאדו.

17 מבין הקודקסים שאוּזכרו (בהערה 15, לעיל), רק בקודקסים של מדינות Alabama & Louisiana אין הרחבה של הפטור. בקודקסים האחרים מופיעה ההרחבה כדוגמת זו שבסעיף (4)(b)(3) 2.04 של ה־Model Penal Code המעניק הגנה גם למי שהסתמכה באופן סביר על "(b)...(iv) an official interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement 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 לאכפו – עמ' 389-390 והאסמכתאות בה"ש 9, שם. כן ראו (supra, note 4) Barton (supra, note 2) 247; Ashworth (supra, note 2) 329-331 המבקר את הרציונל של השתק בהקשר זה.

19 במשפט האמריקני האפשרות להעניק הגנה מן הצדק בשל התנהגות לא הולמת (שעורורייתית) של רשויות התביעה הוזכרה לראשונה בפרשת U. S. v. Russel 411 U.S. 423 (1973) והיא התקבלה, בין השאר, בפרשת U. S. v. Twigg 588 F2d 373 (1978) וכן בפרשת Kelly v. State 593 So. 2d 1060 (1992). במשפט הישראלי נקלטה ההגנה מן הצדק בדרך פסיקתית. פסק־הדין המנחה לעניין זה הוא ע"פ 2910/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 244, עמ' 352-380. ראו גם בג"צ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נה(1) 529. הגנה נוספת מכוח השתק מוענקת במשפט האמריקני במקרה של סוכן משטרתי מדיח – entrapment, שהוכרה לראשונה בפרשת Sherman v. U.S. 356 U.S. 369 (1958). כן ראו Sorrells v. U. S. 287 U. S. 435 (1932).

20 רציונל נוסף שדובר עליו בהקשר זה הוא האינטרס להבטיח ציות להוראותיהם של גורמים רשמיים, כפי שנפסק בפרשת U. S. v. Baker 546 F 2d. 940 (D.C. Cir. 1976). לביקורת על רציונל זה ראו Fletcher (supra, note 4), at pp. 756-757; אזור (לעיל, הערה 4), עמ' 540.

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 מוטעית²¹.

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 מתרצת: שמירה על ממד של אובייקטיביות לגבי הגבול בין איסור להיתר כמתחייב מעקרון החוקיות בצד האינטרס לעודד ידיעה של החוק הפלילי. הפרוצדורה שהתפתחה במדינות שונות בארצות־הברית בהקשר זה מעמידה לרשות הפרט אמצעים המאפשרים לו לברר את משמעות האיסור והיקפו. עם זאת, לא ניתן לצפות, שבכל 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 – excuses²². הענקת הפטור מניחה כי

21 כך, למשל, בעקבות חקיקת החוק האוסר על מתן שוחד לגורמי חוץ במסגרת עסקאות בין־לאומיות – Foreign Corrupt Practices Act, 1977 [15. U.S.C.] יצר משרד המשפטים הפדרלי הליך פורמלי (Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure, 28 C.F.R. 80) 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 היועץ המשפטי לתת את חוות דעתו תוך 30 יום מהגשת הבקשה. חברה הפועלת בהתאם לחוות הדעת 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/fcpal.html, sec. VII.A

22 על התפתחות ההבחנה בין justifications and excuses ומשמעותה במשפט הגרמני, ראו: A. Eser "Justification and Excuse: A key Issue in the Concept of Crime" in A Eser, G. P.

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 שזה פורש על-ידי בתי-המשפט – כמתחייב מעקרון החוקיות, ועם זאת לפטור את הטועה בחוק הפלילי מאחריות פלילית במקרים שבהם שללה הטעות את אשמתה²³. ביסוסו של הפטור המוענק למי שטעתה בחוק הפלילי על היעדר אשמה מביא לכאורה למסקנה כי בדומה לטעות בעובדה, גם כשמדובר בטעות בחוק הפלילי יושפעו התנאים להענקת הפטור 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 החריגים, 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 שביסוד הכלל המסורתי שלפיו אין הטעות בחוק הפלילי מתרצת – האינטרס לעודד ידיעת החוק.

Fletcher (eds.) *Justification and Excuse, Comparative Perspectives* (Freiburg, 1987);

Fletcher *supra*, 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"

V(2) The Canadian Journal of Law and Jurisprudence (1992) 215

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

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

למסקנה זו הייתה בעבר תמיכה בקרב מלומדים במשפט הגרמני; ראו Fletcher (*supra*, note 4),

at pp. 742-750; אור (לעיל, הערה 4), עמ' 540-541; קנאי (לעיל, הערה 4), עמ' 226-227. על

התפיסה הרווחת שם היום ראו הערה 31 להלן. ההנחה כי היסוד הנפשי שבעבירה מתייחס 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.

3. האינטרס לעודד ידיעת החוק הפלילי²⁵

כידוע, לקביעת האיסורים הפליליים יש מטרה חינוכית – להכריז מהי 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 ולוודא מה הם האיסורים המגבילים אותו בהתנהגותו²⁷.

היחס לעובדות, גם כאלו המאפיינות יסוד עובדתי של עבירה פלילית, הוא שונה במהותו²⁸. ככלל, לא ניתן להביא לידיעת הציבור את עצם התקיימותן של העובדות במקרה מסוים, להבדיל מהעברת מידע על תכונותיהן המסוכנות של עובדות היפותטיות מסוימות. העברת חובת הביורור לפרט, שמא במקרה מסוים מתקיימות עובדות העלולות להפוך את התנהגותו לפלילית, תטיל עליו נטל כבד מדי. ביחס לתחומי פעילות רבים ויומיומיים תשלול חובה זו את החירות של כל אחד מאתנו שלא להיות תמיד במלוא חושינו ושלא לשים כל הזמן לב לנעשה סביבנו. זוהי, בין השאר, הסיבה שהאחריות

25 התומך המרכזי ברציונל זה הוא Holmes (*supra*, note 4), at pp. 47-48. ראו גם:

Williams (*supra*, note 4), at p. 289; A. Ashworth *Principles of Criminal Law* (*supra*, note 2) 244 (לעיל, הערה 4), עמ' 550; אור (לעיל, הערה 4), עמ' 537-538.

26 נאמנות מלאה למטרה החינוכית של האיסור הפלילי מחייבת שלא להכיר בחוקפו של איסור שנקבע תוך הפרת החובות האמורות – ביטולו של חיקוק הקובע עבירה שאין היא מוגדרת בצורה ברורה והתניית כניסתו של האיסור הפלילי לתוקף בפרסומו. לא כל שיטות המשפט עומדות במחויבויות אלו. עם זאת בשיטות שבהן פרסום האיסור איננו תנאי הכרחי לכניסתו לתוקף (אנגליה), היעדר פרסום משמש 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 קיומו 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 הטעות בחוק מודעת לכך שהיא גורמת נזק, אך מאמינה שבנסיבות המקרה אין איסור על גרימתו.

הפלילית מותנית ככלל במחשבה פלילית המחייבת הוכחה 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 למקרים 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 הפיזיו במקרה שבו רשלנותנו גרמה לנזק (במסגרת האחריות הנזיקית לעולת הרשלנות).

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 בתום לב כי גבולות האיסור צרים מאלה הקבועים בחוק (טועה), נוטלת על עצמה מרחב חירות גדול מזה של מי שיודעת את הגבולות הנכונים של האיסור. כל עוד לא הועמדה הטועה על טעותה היא תרגיש חופשייה לעשות מעשים האסורים על אלה שאינם טועים. לעומת זאת מי שיודעת מה הם גבולות האיסור, תגביל את עצמה מראש למרחבי החירות שנתרו 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 שנדונה בהרחבה, אם כי באופן שונה, על-ידי Husak & Von Hirsch³⁰: מי שמאמינה בטעות כי המשפט אינו אוסר להמית משיגי גבול (טעות בחוק), תרגיש חופשייה להמית משיגי גבול. כל עוד היא לא תועמד על טעותה, מרחב החירות שלה להדוף משיגי גבול יהיה רחב מזה של מי שיודעת שאין המשפט מתיר להמית משיגי גבול. לעומת זאת מי שלמעשה ממיתה משיגי גבול מתוך אמונה מוטעית שמדובר בחיה שפלשה לאחוזתה (טעות בעובדה), איננה נוטלת על עצמה מרחב חירות שונה: היא ממשיכה להגביל את

29 החובה לבדוק התקיימותן של עובדות במסגרת עבירות של מחשבה פלילית מוטלת במקרים שבהם העושה חשדה בקיומה של עובדה הנדרשת להתהוות העבירה, וזאת מכוח הכלל של עצימת עיניים. במשפט הישראלי מוגדרת עצימת עיניים בסעיף 20(א)(ג) לחוק העונשין, הקובע: "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם" (ההדגשה הוספה – מ' ג' א'). ועוד על היחס בין עצימת עיניים לבין הטלת חובה לוודא את קיומו של האיסור והיקפו ראו להלן הטקסט הסמוך להערה 60.

30 הערה 28 לעיל.

עצמה ולהימנע מלהמית במודע משיגי גבול. כדי להבטיח כי הגבלת מרחבי החירות שהפרט נוטל על עצמו תהיה, ככל שניתן, שוויונית, יש לחייב את הפרט לוודא מה הם גבולות החירות שנקבעו באיסורים הפליליים.

ההבחנה שהובהרה בין ידיעת החוק לבין ידיעת העובדות מחייבת להעניק למונח "אשמה" בהקשר שבו אנו דנים, משמעות השונה ממשמעותו של היסוד הנפשי הנדרש להתהוותה 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 הפלילי**³¹. אם הטעות בחוק הפלילי הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר"³², נשללת "אשמה" של מי שביצעה את היסוד העובדתי של העבירה ואף היה לה היסוד הנפשי הנדרש להתהוותה. 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.

ההבחנה בין היסוד הנפשי הנדרש להתהוות 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 האחריות הפלילית אם היא הייתה כנה – כאשר העבירה היא של מחשבה פלילית, ובעבירת רשלנות – נדרש שהטעות תהיה גם סבירה³⁴. הטעות בחוק הפלילי תעניק פטור מאחריות פלילית רק אם היא הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר"³⁵.

31 מאז 1952 זוהי הדעה השלטת במשפט הגרמני, ראו Fletcher (*supra*, note 4), at pp. 737-755 והאזכורים (בהערה 25, **לעיל**). כן ראו הערה 33 שלהלן.

32 הביטוי לקוח מסעיף 34 לחוק העונשין, שניסוחו המלא מובא בהערה 35 להלן.

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 3-122 לקודקס הפלילי הצרפתי החדש, 1994. אף שבסעיף 5 לקודקס הפלילי האיטלקי נקבע כי הטעות בחוק הפלילי אינה מתרצת, פסק בית-המשפט החוקתי האיטלקי בתיק 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 בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות 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 אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב)".

35 סעיף 34 לחוק העונשין, המסדיר את הטעות בחוק, קובע: **"טעות במצב משפטי** לעניין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר

להמחשת ההבחנה בין היסוד הנפשי לבין ה"אשמה" בהקשר זה ניתן להיעזר בדוגמה שבה פתחתי. כדי לייחס לפלונית 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 בידה היתר לשמש כמשפחה אומנת. הוכחה זו הופכת את התנהגותה של פלונית, שטיפלה בתאומים ללא היתר, להתנהגות בלתי חוקית. אמונתה המוטעית כי מאחר שהתאומים שוהים בסופי-שבוע אצל הוריהם אין היא משמשת כמשפחה אומנת, ולכן אין היא זקוקה להיתר, נובעת מטעות בחוק הפלילי. לכן יש לבדוק אם ניתן לייחס לה "אשמה" בכך שטעתה. פלונית עמדה בחובת הבירור – היא פנתה לעורך-דין שהבהיר לה כי בהתאם 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.

ממבט ראשון, התשובה המתחייבת היא שלילית. פלונית גילתה בהתנהגותה מחויבות לחוק. כדי שלא לעבור על האיסור, היא טרחה לפנות לעורך-דין ולשלם לו מכספה תמורת ייעוץ באשר למצב החוקי. מה עוד ניתן לצפות, באופן סביר, מפלונית 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, ההתלבטות בשאלה אם ראוי להעניק פטור מאחריות פלילית למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין, מלווה שיטות משפט לא מעטות³⁶. בחלק הבא של הרשימה אחשוף את השיקולים שביסוד התלבטות זו.

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

קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר.

36 על העמדות השונות בהקשר זה ראו ההערה 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 Cal. App. 3d 124 (1980), שאישר את הרשעת המערערים בעבירות שונות על חוק החברות בגין מכירת ביטחונות שנעשתה בהסתמך על עצתו של עורך-דין. לדעתו של J. Compton "If persons desiring to sell securities 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'" לעומת זאת בפסק-דין ישן זיכה בית-המשפט העליון של מדינת Delaware את המערער, שהסתמך על עצה

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 עורך-דין, שהתגלתה כמוטעית, אם בנסיבות המקרה ההסתמכות הייתה סבירה. למרות זאת קיימים שיקולים כבדי משקל העשויים לחייב מסקנה שונה. אחד השיקולים המרכזיים, שנוהגים להביא המתנגדים להענקת פטור במקרים של הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין, נוגע לחשש של שימוש לרעה. החשש הוא שבעקבות הענקת הפטור עלולה להתפתח תופעה של קניית חוות דעת מוזמנות 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 בחוסר תום לב, ואולי אף מתוך רשלנות, בצד העובדה שיהיה על עורכי-הדין להגן על חוות דעתם בבית-המשפט במסגרת המשפט הפלילי של מי

מוטעית של עורך-דין לגבי תוקף גרושיו, מעבירת הביגמיה – *Long v. State* 44 Del. 262, 65 A 2d. 489 (1949). פסק-דין זה נתפס כיוצא דופן. לרשימה מפורטת של פסקי-דין אמריקניים שסירבו להעניק הגנה במקרים של הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין ראו: 1 *Am. Jur.* 2d, 236-237; Annotation "Reliance upon Advice of Counsel as Affecting Criminal Responsibility" 133 *ALR* (1941) 1055. לסירוב דומה להכיר בהסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין במשפט האנגלי ראו *Cooper v. Simmons* (1862) 7 H&N 707 ובניר-זילנד, *Dunn v. The Queen* (*supra*, 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 C. Roxin *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band I (2 Aufl. Muenchen, 1994), at p. 790. ביותר להענקת פטור במקרים של הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין הוא Hall (*supra*, note 4), at pp. 382-388. כותבים אחרים סבורים שיש להעניק פטור במקרים אלה ואף במקרים את הפסיקה שסירבה לפטור מאחריות פלילית את מי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין; ראו: Ashworth (*supra*, note 2), at p. 247; Ashworth (*supra*, note 2), at p. 661; Ashworth (*supra*, note 2), at pp. 323-325; Brett (*supra*, note 4), at pp. 204-201; Robinson (*supra*, note 2), at pp. 389-394; אור (לעיל, הערה 4), עמ' 545.

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. 1928). ראו גם: *State* 12 S. W. 2d 361, 363 (Tenn., 1928). 1895); *State v. Western Union Tel. Co.* 97 A 2d 480 (N.J 1953).

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 החברתיים 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 ובתום 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 שמשפיע בעקיפין על המוניטין של עורך-הדין הנרכש, בין השאר, על-ידי הצלחותיו בבית-המשפט, לגורם שנוטל חלק פעיל בקביעת ההיררכיה 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 מקצוע עשויה להידרש במסגרת מעמדם כ"עדים מומחים", כאשר בית-המשפט נעזר בעדויותיהם בנוגע לשאלות עובדתיות הדורשות מומחיות מיוחדת – רופא, המשמש עד מומחה במסגרת עבירה של רשלנות רפואית, מהנדס בניין המעיד כמומחה במסגרת עבירת רשלנות המיוחסת לקבלן שבנה מבנה שהתמוטט וגרם למוות. לעומת זאת אף שתפקידם של עורכי-הדין הוא לייצג את טיעוניהם 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 לידיהם הייתה בגדר רשלנות. כאן הדמיון להקשר שבו

39 Brett (*supra*, note 2), at p. 201; Perkins (*supra*, note 4), at p. 490 – מדגישים את הדין המשמעותי הצפוי לעורך-הדין. אור (לעיל, הערה 4), עמ' 545 מדגישים כי "עורך דין המייעץ ללקוחו בעניין התנהגות לגביה חושש הלקוח כי תחשב בלתי 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, מאוזן ושקול בחוות הדעת בכלל ובחוות דעת מסוג זה במיוחד". ועוד על דחיית החשש של שימוש לרעה ראו Robinson (*supra*, note 4), at p. 390; Singer (*supra*, note 4), f.n. 101. 40 Barton (*supra*, note 4), at p. 332; אור (לעיל, הערה 4), עמ' 545. 41 חריג בהקשר זה נוגע לדין הזר. כאשר יש ולוונטיות לדין הזר, שהוכחתו נדרשת בדומה להוכחת עובדה, יהיה ניתן להיעזר במומחים לדין הזר.

אנו דנים הוא גדול יותר, שהרי השאלה היא אם לאור המוניטין שיצא לעורך-הדין ההסתמכות 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 ממשיך לייצג לקוחות בפני בית-המשפט. התדמית של עשיית הצדק עלולה להיפגע כאשר עורך-דין ייאלץ לייצג לקוח בפני אותו שופט שבמשפט קודם הביע 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 ותחריף 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 בסנגוריה הציבורית לניהול ההליך הפלילי. אין מקבילה ציבורית המספקת ייעוץ לכל דורש באשר 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 להעניק למעשה חסינות מפני העמדה לדין פלילי. גם אם נתעלם מהשאלה החברתית הנוגעת לחיזוק מעמדם של עורכי-הדין בחברה, החשש הוא כי הפנמת האיסורים שהוגדרו בחוק תיעשה באמצעות התיווך של עורך-הדין, שיתפס על-ידי הציבור כמקור המוסמך להכריע בסיווגה של התנהגות מסוימת כהתנהגות פלילית. ניסיונו המקצועי של עורך-הדין אינו מכשיר אותו, בדרך כלל, ל"תפקיד" 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 סנגוריה על נאשמים, ויש להניח כי הם גם צוברים ניסיון המשפיע 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, המדריכים את הגורמים הרשמיים שהוסמכו לאכוף את החוק.

ניתן להניח כי הפנייה לעורכי-הדין תתמקד, בדרך כלל, בעבירות מסוג של mala prohibita, שאז ייתכן שאין לפונה 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 מהימן יותר.

בטווח הארוך החשש הוא כי ככל שמעמדם של עורכי-הדין כמי שמוסמכים להכריע בשאלת פלילותה 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 החברתית/מוסרית של חלקים בציבור לגבי אופיין הפסול של התנהגויות מסוימות תלך ותיחלש. את מקומה של האינטואיציה החברתית יתפסו אילוצי פרשנות המיוחדים לתחום הפלילי והעלולים אף להביא למסקנות המנוגדות לכללי ההיגיון. לעניין זה די להזכיר כי בתחום הפלילי אין כעיקרון להזדקק להיקשים ולהחיל את האיסור הפלילי על מקרה אנלוגי לזה שנופל במישורין בהגדרת העבירה. כך, כל עוד לא היה במשפטנו איסור מפורש על צריכת מים או גז על חשבוננו של הזולת⁴², לא היה ניתן להטיל אחריות לעבירת הגניבה על מי שהתחברה במרמה למונה המים או הגז של זולתה למרות האנלוגיה הברורה שבין המקרים. סביר להניח כי כל הדיוט שאינו מודע לאילוצים הפרשניים היה מאמין 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 ייתכנו גם מקרים שבהם האילוצים הפרשניים ששימשו בסיס לחוות דעתו של עורך-הדין לא יתקבלו על-ידי בית-המשפט. האם אז יש לפטור את מי שהסתמכה על עצתו של עורך-הדין והאמינה בתום לב כי אין איסור פלילי על ההתנהגות, אף שהיא הייתה מודעת לאופייה הפסול⁴³?

42 במקור, סעיף 285(1) לפקודת החוק הפלילי, 1936 היה מוגבל לצריכת חשמל על חשבון הזולת. רק בשנת 1979 (חוק לתיקון דיני עונשין, מס' 6, תשמ"מ-1979) הורחב האיסור גם על צריכת מים או גז על חשבון הזולת. האיסור הכולל מוגדר היום בסעיף 400 לחוק העונשין, הקובע: "נטיילת חשמל או מים או גז מי שבמזיד ובמרמה נוטל או צורך חשמל או מים או גז שאינו זכאי להם, או משתמש בהם או גורם להטייתם או לבזבזם, דינו – מאסר שלוש שנים".

43 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 השיווי של דיני העונשין, המחייב שלא להטיל אחריות פלילית על כל מעשה פסול, מי שלא ידעה כי מוטל גם איסור פלילי על ההתנהגות, טועה בחוק, Roxin (*supra*, note 37).

דוגמה מעניינת לעניין זה עשוי לספק המקרה של זיוף שלדת מכונית, שהעסיק בעבר את הפסיקה במשפטנו. אין לי ספק, כי כל הדיוט מאמין 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 שונתה ההלכה, ונפסק כי עבירת הזיוף חלה על כל אמצעי העשוי לשמש כראיה⁴⁶, לרבות 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 למזיף השלדה, אם יתברר כי הוא הסתמך על חוות דעתו של עורך־הדין ובעקבותיה הניח שאין איסור פלילי על המעשה אף שאינטואיטיבית היה ברור לו שזיוף השלדה איננו לגיטימי?

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 Unrechtsbewusstsiens" in *Festschrift fuer Hell Mayer* (Berlin, 1996) 329. במסקנה הדומה לזו האחרונה, אם כי לא באמצעות סיווג הטעות, תומכים גם Husak & Von Hirsch (*supra*, note 4), at p. 163. 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 המזייף מסמך, דינו – מאסר שנה; זיף מסמך בכוונה לקבל באמצעותו דבר – דינו מאסר שלוש שנים; ואם נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דינו – מאסר חמש שנים".

45 "מה שאינו מהווה 'מסמך' (ציור, פסל, כלי־יריה, רכב וכו') אינו הופך למסמך רק עקב תוספת חתימה, או שם החרשתן... 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 המערער בפרשה זו הורשע בעבירה על סעיף 62(9) לפקודת התעבורה, האוסרת על זיוף "סימן המשמש לזיהוי רכב". לצורך ההדגמה אני מרשה לעצמי להתעלם מקיומה של עבירה נוספת זו.

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

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

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 מדריך בלעדי להתנהגויות פסולות.

בראיה כוללת יותר, הקשיים הכרוכים בהענקת פטור למי שהסתמכה על עצה 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 לציבור בידי גורם מוסמך⁴⁸. אמנם אין הכרח בתפיסה צרה בהקשר זה, המגבילה את הפטור המוענק למי שטעתה בחוק הפלילי רק למקרים של הסתמכות על חקיקה שהוכרזה כבטלה או על פסיקה שלאחר מכן שונתה בשל היותה מוטעית. גם הסתמכות על גורמים רשמיים שהוסמכו לפרש את החוק או לאוכפו, מאפשרת לשמור על ממד של אובייקטיביות בקביעת האיסורים הפליליים, מבטיחה כי הפרשנות שתנתן 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 תלות באמצעים כלכליים. הגבלת הפטור המוענק למי שטעתה בחוק הפלילי למצבים של הסתמכות על גורמים רשמיים גם תשחרר את בתי-המשפט מהצורך לנקוט עמדה ישירה באשר למוניטין של עורך-הדין.

מסקנה אחרונה זו מתיישבת עם ההסדרים הנהוגים במדינות שונות בארצות-הברית, המתנים את הפטור המוענק למי שטעתה בחוק הפלילי, בהסתמכות על פרשנות 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 אחדות 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 שביסוד הסדרים אחרונים אלה, בין האופי הבלתי חוקי של ההתנהגות

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

שם.

49 לעיל, הערה 15.

50 לעיל, הערה 33.

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.

ד. אי־הענקת פטור למי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך־דין ודרישת האשמה

כאמור, הרחבת הפטור המוענק למי שטעתה בחוק הפלילי מעבר להסתמכות על פרשנות של גורם רשמי התאפשרה לאור התפיסה המבחינה בין האופי הבלתי חוקי של המעשה לבין אשמתה של העושה⁵¹. בהקשר שבו אנו דנים ההנחה הייתה כי הבחנה זו מאפשרת ליישב בין הרציונלים המסורתיים שביסוד הכלל שלפיו הטעות בחוק הפלילי איננה מתרצת. השיקולים המתחייבים מעקרון החוקיות נשמרים על־ידי הכרזה על התנהגותה של מי שטעתה בחוק הפלילי כעל התנהגות בלתי חוקית, ואילו הענקת פטור אישי השולל את אשמתה של מי שנקטה אמצעים סבירים לבירור החוק, מתיישבת עם הצורך לעודד ידיעה של החוק. הקשיים הכרוכים בהסתמכות על עצה מוטעית של עורך־דין, שהובהרו בחלק הקודם, מלמדים כי לא ניתן ליישב בין הרציונליים המסורתיים באמצעות הבחנות מושגיות. סיווגה של התנהגותה של מי שטעתה 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 מדגישים 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 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 הבעייתיות העוללות לנבוע מראייה זו ושהוברהו לעיל. אם רוצים להימנע מהשלכות אלו, אין מנוס מלשלב במסגרת הפטור המיועד לשלול את אשמתה של הטועה בחוק הפלילי שיקולים נורמטיביים הנגזרים מעקרון החוקיות.

לעניין זה חשוב להדגיש כי אין זה המקרה היחיד שבו מגבילים אילוצים נורמטיביים/חברתיים את דרישת האשמה. גם במסגרת פטורים אחרים, השוללים את אשמת העושה, מעורבים שיקולים נורמטיביים המגבילים את המתחייב משיקולי אשמה

51 לעיל, הערה 23 והטקסט הסמוך.

נקיים⁵². אפילו הפטור המוענק למי שהיה חסר יכולת להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשיו, מוגבל למצבים שבהם חוסר היכולת נבע ממחלה או מליקוי בכושר השכלי – אי-שפיות⁵³; אין מוענק פטור מקביל במצבים שבהם נבע חוסר היכולת להבין מרקע תרבותי שונה, הנתפס בחברה כ"אמונה טפלה"⁵⁴.

גם אם לא ניתן להימנע מלהגביל את דרישת האשמה בהתחשב באילוצים נורמטיביים, יש לתת את הדעת גם על **מידת** הגבלתה של דרישת האשמה. בהקשר 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.

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, שאליו ניתן להפנות שאלות, ואף לקבל תשובות, באשר לאופייה של התנהגות/עסקה אותה רוצים לבצע. במקרים אלה, מי שאינה בטוחה באופי החוקי של ההתנהגות/העסקה, יכולה לפנות לגורם הרשמי. כך, בדוגמה שבה פתחתי, אילו הייתה פלונית פונה לפקיד הסעד, שבידיו 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

52 ערוב שכוח בין שיקולים נורמטיביים לבין שיקולי אשמה קיים גם כאשר הפטור מוענק במסגרת עילות האילוץ – צורך או כורח פוטרים. 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 בפטור. הוא אמנם עשוי שלא לשאת באחריות פלילית, אך זאת רק מכוח הצורך או הכורח המצדיקים, המותנים בקיומו של פער משמעותי בין הרכוש שהוצל לבין האינטרס שנפגע (על ההבחנה בין צורך/כורח פטור לבין צורך/כורח מצדיק עמדתי 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. כן ראו האזכורים **לעיל**, בהערה 23).

53 במשפט הישראלי מוגבל הסייג של אי-שפיות הדעת, המוגדר בסעיף 34 לחוק העונשין, למצבים שבהם "בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה [העושה – הבהרה שלין חסר יכולת של ממש – (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או (2) להימנע מעשיית המעשה".

54 ראו ע"פ 172/62 **גראמה נ' מ"י**, פ"ד יז 925. בפרשה זו האמין המערער, בדומה לאחרים מקהילתו, בכישוף, בשדים ובכוחות 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 "שחר" האדם הסביר והמשפט הפלילי" **הפרקליט** לט (תש"ן) 78, עמ' 81-82.

נהגה הנאשמת בפסק־הדין המקורי⁵⁵ ששימש השראה לדוגמה זו. אלא שבפסק־דין זה סירב בית־המשפט האנגלי דאז 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 בסופי־שבוע קוטעת את הרצף הנדרש לסיווגה של המטפלת 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 במס 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 במס 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.

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

55 לעיל, הערה 1.

56 עם זאת ייתכנו מקרים נדירים שבהם אף שהעבירה היא מסוג *mala in se* אין העושה מודעת לאופי הפסול של ההתנהגות, וזאת עקב שינויי השקפות בין חברות שונות. למשל, מי שבארץ מוצאה יש היתר להמתת חסד, אינה מודעת בהכרח לעובדה כי בחברה שבה היא מצויה היום המתת חסד נתפסת כפסולה.

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 אינטואיציה לגבי האופי השלילי של ההתנהגות), ואין גורם רשמי מתאים, או אף אם קיים אין הוא נוהג לספק תשובות לשאלות היפותטיות הנוגעות לאופי החוקי של התנהגות/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 פלונית 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 הבוחנים את סבירותו של הסיכון שנטלה על עצמה מי שבחרה בהתנהגות במצב של אי-ודאות⁵⁹. אחרים מחייבים את מי שחשדה באפשרות התקיימותה של עובדה ההופכת את התנהגותה לעבירה, להימנע מההתנהגות, כל עוד לא הסירה את החשד, וזאת מכוח הכלל של עצימת עיניים⁶⁰. ההבדל בין ידיעת

57 השוו (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 שבעיות של אי-חוקיות עלולות להתעורר.

59 רבים רואים בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות קיומה של נסיבה יסוד נפשי של פיזיות, כפי שנקבע במפורש בסעיף (2) 2.02 של ה-Model Penal Code (הערה 15, לעיל) ובסעיף 18 של ההצעה לקודיפיקציה של המשפט הפלילי האנגלי: A Criminal Code for England and Wales (Law. Com. No. 177, 1989) Vol. II למקרים של חשד ברמה גבוהה בקיום הנסיבה; ראו: Model Penal Code, sec. 2.02(7); A Criminal Code for England and Wales, sec. 18(a). (והשוו עם הערה 60 להלן והטקסט הסמוך לה).

לה. לדיון במשמעות נטילת הסיכון הבלתי 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 משפט יא (תשנ"ד) 147, עמ' 159-163. לעמדה אחרת שלפיה עצימת עיניים שקולה רק לפיזיות (ולא ליריעה) כלפי הנסיבות ראו: I. Robbins "The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea" 18 J. of Crim. L. & Criminology (1990) 191.

60 "אם נוצר בליבו של הפרט חשד [שמא מתקיימת נסיבה הנמנית עם היסוד העובדתי של העבירה – הבהרה שלי], שומה 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 הברור; מצוים עליו

העובדות לבין ידיעת החוק, שעליו עמדתי קודם⁶¹, מצדיק מסקנה שונה כאשר מדובר באי־ודאות לגבי המצב החוקי. השיקולים המסורתיים שביסוד הכלל שלפיו אי־ידיעת החוק אינה מתרצת – עקרון חוקיות והאינטרס לגרום לידיעת האיסור – מחייבים, כך אני מאמינה, להטיל את הסיכון על מי שבחרת לפעול במצב של אי־ודאות לגבי המצב החוקי. הסיכון יהיה עליה, גם אם לאור חוות דעתו של עורך-הדין שאליו היא פנתה כדי לברר את המצב החוקי, היא האמינה בחוקיות ההתנהגות/העסקה.

המשמעות המעשית תהיה כי תוענך ברירה למי שאינה בטוחה באשר למצב החוקי של ההתנהגות/עסקה מסוימת; או לפנות לעורך-דין מתוך תקווה שהלה יספק לה חוות דעת נכונה, אך בידעיה 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 שהובררה 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 תחשוף את הפונים לעורך-הדין לסיכון של העמדה לדין פלילי, עשויה להשפיע גם על אופן כתיבתה של חוות הדעת מצד עורך-הדין, וזאת בשל הפגיעה החמורה במוניטין של עורך-דין שבעקבות 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 ישטח בפני הפונים אליו קיומם של טיעונים נגדיים ויבהיר להם את מידת הסיכון של העמדה לדין במקרה שטיעוניו שלו לא יתקבלו על-ידי בית-המשפט.

לעניין זה חשוב לזכור כי גם בתחומי משפט אחרים, לעצות מוטעות של עורכי-דין יש מחירים לא מבוטלים. עסקה שנערכה על-ידי עורך-דין עלולה להתפרש מאוחר יותר כחסרת תוקף משפטי, ועקב כך להביא להפסד כלכלי ניכר; עצה 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 ונדחו מנימוקים משפטיים גוררות הוצאות לא מבוטלות ועוד. אני ערה, כמוכן, להבדל בין המחירים ה"אזרחיים" שעלולה לשלם מי שהסתמכה על עצה

להימנע מהמעשה. שיעשה אותו רק אם הוא יכול לברר את המצב ורק לאחר בירור שהסיר את החשד" ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א (תשמ"ד) 519. פלר סבור כי עמדתו זו באה לידי ביטוי גם בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין (נוסח הסעיף הובא בהערה לעיל). אך ראו ביקורתו של קוגלר (לעיל, הערה 59), בעמ' 162-173, על סעיף זה.

61 לעיל, בטקסט שבין הערות 26-30.

מוטעית של עורך-דין לבין הטלת אחריות פלילית על מי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין. עם זאת, ראוי לשים לב למהותה של האחריות הפלילית שתוטל על מי שהסתמכה על עצה מוטעית של עורך-דין. במרבית המקרים העבירה נושא הטעות תהיה מהסוג של *mala prohibita*⁶². עבירה זו איננה עבירה סטיגמטית, והעונש המוטל בגינה הוא בדרך כלל עונש בעל משמעות כספית – קנס, שלילת רישיון. זאת ועוד, אילוסי הפרשנות המיוחדים לתחום הפלילי מקטינים את הסיכון כי בתחום זה חוות הדעת של עורך-דין שפעל בתום 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 להעדיף, 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 שכך, במקרים רבים, פירוש סביר שניתן על-ידי עורך-הדין והמקל עם הלקוחה שלו, יהיה גם הפירוש שאותו יהיה על בית-המשפט להעדיף. 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 לייעץ, איננו פירוש סביר של האיסור, ואין לקבלו⁶⁴. כן יש לזכור כי לא תמיד מיושם הכלל של פרשנות מצמצמת בצורה דווקנית. במשפט הישראלי, למשל, הערכת סבירותם של הפירושים השונים, שמתוכם על בית-המשפט להעדיף את הפירוש המצמצם, נעשית לאור ה"תכלית" של האיסור⁶⁵. התכלית של האיסור עשויה להתפרש על-ידי בית-המשפט בצורה רחבה⁶⁶, השונה מהפרשנות

62 ראו לעיל, הטקסט הסמוך להערה 42.

63 M. Kremnitzer "Interpretation in Criminal Law" 21 *Isr. L. Rev.* v (1986) 385; פלר (לעיל, הערה 60), עמ' 17-19; 'י לוי, א' לדרמן 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.) *Sutherland Statutory Construction* (3rd ed., Chicago, 1974) vol 3, sec. 59.03. 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).

65 סעיף 34 לחוק העונשין קובע: "ניתן דין לפירושים סבירים אחרים לפי תכליתו, יוכרע 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' ברק, כפי שבאה לידי ביטוי בע"פ 587/79 מורחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427 ובספרו, א' ברק פרשנות במשפט כרך שני, פרשנות

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. לעניין זה לא יהיה זה מיותר להזכיר כי גם בהקשרים אחרים קיומם של אילוצים "מוסדיים" המחייבים הטלת אחריות פלילית עלול לעורר תחושה של חוסר נחת, שאתה – אולם – למדנו להשלים. 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 נתפס בגדר איסור על זיוף מסמך ובדיון 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 לוין ושמגר), בניגוד לעמדתם של שניים מהשופטים (השופטת בן-פורת והשופט ויתקון)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 בהתחשב באילוצים חברתיים, הפגיעה בפרט 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.

יש עבירות המותנות בכוונה (ולא רק ידיעה) להשתמט ממילוי חובה חוקית, כמו העבירה של אי-התייצבות לשירות צבאי מתוך כוונה להשתמט מהשירות⁷⁰, או אי-

החקיקה (תשנ"ג) 176-441. לביקורת על עמדה מרחיבה זו, ראו Kremnitzer (לעיל, הערה 63); ש' אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד) 233, 241; ש"ז 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 לז (תשמ"ז) 159.

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

68 ראו האזכורים (בהערות 45-47, לעיל) והטקסט 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 council, though not an absolute defense, may be shown as tending to rebut the mental element requisite to the particular offense" 21 Am. Jur. 2d, sec. 156, 236-237.

70 עבירה על סעיף 35(ב)(1) לחוק שרות בטחון, [נוסח משולב], תשי"ט-1959.

הגשת דוח למס הכנסה מתוך כוונה להתחמק מתשלום מס⁷¹. במקרים אלה לא ניתן לייחס את הכוונה המיוחדת להשתמט ממילוי החובה למי שאינו יודע על כי מוטלת עליו חובה מכוח החוק. כך, לא ניתן לייחס כוונה להשתמט משירות צבאי למי שלא התייצב לגיוס משום שלא ידע כי הוא חייב בשירות צבאי. ובדומה, 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. לעניין זה חשוב להדגיש כי הרלוונטיות של ההסתמכות על עצה מוטעית של עורך־דין איננה במסגרת הפטור השולל את אשמת העושה בגין התנהגותה הבלתי חוקית; ההסתמכות שוללת את היסוד הנפשי המאפיין את העבירה והנדרש 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 מכוח 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 להעדיף את ההסדר המצמצם את הפטור המוענק למי שטעתה 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 מעקרון החוקיות מחייבים להגביל את הפטור המוענק למי שטעתה 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 להעדיף את ההסדר המצמצם את הפטור המוענק למי שטעתה בחוק הפלילי למקרים של הסתמכות על גורם רשמי (זהו המצב במדינות רבות הארצות־הברית). בהיעדר שיקולים חברתיים נוגדים, לא צריכה להיות מניעה עקרונית להעניק 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

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

של סוחר העבדים, שהפליג ליבשת אחרת כדי "לייבא" עבדים⁷². ההפלגה 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 פירוש 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 שנדון 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 (הבחנה שאליה התייחסתי קודם).

בעל רכב החנה את רכבו במרכז של העיר רמת־גן בשעה 13.00 בצד תמרור האוסר חניה בשעות "07.00-19.00". הוא הועמד לדין והורשע בעבירה של החניית רכב במקום ובשעות האסורים לחניה. בערעור טען כי הוא קרא את התמרור 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 התמרור כאוסר חניה במרכז העיר דווקא בשעות הלילה. בית־המשפט העליון קיבל את הערעור וזיכה את בעל הרכב מהנימוק:

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

בית־המשפט לא הבהיר מהי העילה המשפטית לזיכוי המתחייבת מדברים אלה. פלר⁷⁵ רואה בעמדתו זו של בית־המשפט דוגמה לכלל הפרשנות המצמצמת. לדעתו, מאחר שהאיסור הטמון בתמרור משתמע לשני פנים, העדיף בית־המשפט את הפירוש המקל עם הנאשם.

72 הדוגמה לקוחה מפסק־הדין בפרשת *Baily* (1800), R. & R. 1, 168 E. R. 651. פסק־הדין נדון על־ידי Williams (*supra*, note 4), at pp. 290-291; Card, Cross & Jones (*supra*, note 2), at pp. 81-82.

73 ע"פ 281/60 בר־שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(2) 85.

74 שם, בעמ' 89.

75 פלר (לעיל, הערה 60), עמ' 19.

הפירוש כי החניה אסורה בלילה אמנם מקל עם הנאשם הספציפי שהועמד לדין, אולם הפרשנות של כל איסור, לרבות זה המוכרז באמצעות תמרור, חייבת להתאים לכלל המקרים שלגביהם יש לאיסור תחולה. אם מביאים בחשבון את כלל המקרים שעליהם אמור התמרור לחול, הפרשנות המוצעת על-ידי הנאשם במקרה זה איננה סבירה, שהרי ברור שהתמרור 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 המחנים את מכוניותיהם במרכז העיר לאחר השעה 19.00! מאחר שהפרשנות הסבירה של התמרור היא רק זו שלפיה החניה 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 לזיכוי של הנאשם יש לחפש במקום אחר.

היום היה ניתן לבסס את הזיכוי על ההסדר שהוסף למשפטנו בתיקון 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 מנהגים לציית לתמרורים בלא "להרהר" אם יש היגיון באיסור הטמון בתמרור זה או אחר, טעותו של בעל הרכב, שקרא את התמרור 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 מהדיון בחלק זה היא כי טעות בחוק הפלילי, שהיא בלתי נמנעת באורח סביר, תעניק פטור מאחריות פלילית במקרים שבהם העושה טעות אף שנקטה אמצעים סבירים לברור החוק, או כאשר בנסיבות המקרה לא הייתה לעושה כל דרך לדעת על קיום האיסור או לעמוד על משמעותו. אולם אם במסגרת המאמצים לברור היקפו של האיסור הסתמכה העושה על עצה מוטעית, הפטור יוענק 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 שונו לאחר נתינתה (שאז ההסתמכות היא למעשה על החקיקה או על הפסיקה שבוטלו לאחר מכן). כדי להבטיח אזהרה הוגנת, כמתחייב מעקרון החוקיות, שנתתי לו משקל מרכזי במהלך הרשימה, מן הראוי היה לסייג בחקיקה את ההסדר המעניק פטור כל אימת

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

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

שהטעות בחוק הפלילי הייתה בלתי נמנעת באורח סביר ולקבוע כי במקרים של הסתמכות לא יוענק הפטור אלא אם כן ההסתמכות הייתה על פרשנות רשמית – חקיקה שהוכרזה לאחר מכן כבטלה, פסיקה ששונתה בשל היותה מוטעית או חוות דעת של גורם רשמי המוסמך לפרש את החוק או לאכפו.

ו. 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 ("פרומדיקו")⁷⁷, שבה נפסק, מפי השופט אור, כי:

"בשטחים רבים הדורשים התמחות, כמו ראיית חשבון, משפטים, רפואה, וכך בשטחים רבים נוספים אין לאדם מן היישוב, אשר אינו מומחה באותם שטחים, ידע מספיק, והוא נאלץ להסתמך על ייעוץ של מומחים לדבר. כך, בבואו לפעול פעולה משפטית מסוימת או לעשות עסקה פלוניית, אם ירצה לדעת את השלכותיה, לרבות אם היא מותרת או אסורה על פי הדין, הוא יזדקק לעצתם והנחייתם של מומחים. הסתמכות בתום 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 בתום לב על עצה מוטעית של עורך־דין היא בגדר טעות בלתי נמנעת באורח סביר, המעניקה פטור מאחריות פלילית מכוח סעיף 34 ל³⁴חוק 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:

"איני רואה מקום ליצירת מגבלות פורמליות לטענת ההסתמכות, אשר כל כולה מבוססת על הגיון וניסיון החיים, על פיהם כשפועל נאשם בתום לב

77 ע"פ 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.

על יסוד חוות דעתו של מומחה לדבר היודע את העובדות, **נשללת הכוונה לפעול שלא כדין** (ההדגשה הוספה – מ' ג' א')⁷⁹.

השופט אור בחן 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 בתום 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 34יט – טעות במצב משפטי (טעות בחוק הפלילי) – לסעיף 34יח – 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 בתום לב; דיון שהקדשתי לו רשימה זו. עם זאת, ואף שדבריו של השופט אור שצוטטו לעיל נאמרו כהכללה לגבי כל השטחים "הדורשים התמחות, כמו ראיית חשבון, משפטים רפואה וכן בשטחים רבים אחרים", וממילא גם למגוון של עבירות, ניתן להגן על עמדתו אם מצמצמים את דבריו לעבירה הספציפית שנדונה 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 לעזור 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 שעזר 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 בלי 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 במועדו דין וחשבון לפי הסעיפים...".

האוסרת להשמיט מהדוח הכנסה החייבת בדיווח⁸⁴, לבין העבירה הדורשת 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־הדין טעה, לא יוענק לה הפטור המוענק בגין 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 שידעת כי מוטלת עליה חובה לשלם מס. כשמדובר בעבירה המיוחדת הדורשת כוונה להתחמק מתשלום מס – העבירה נושא האישום בפרשת **פרומדיקו** – ההסתמכות על עורך־הדין משמשת לא יותר מכלי עזר ראיתי לשלילת הכוונה, העשויה להישלל על־ידי כל טעות בתום לב בחוק המטיל חיוב במס, כפי שסבר השופט אור.

לעניין זה ראוי לחזור ולהדגיש את שכבר הובהר: ההבחנה 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

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

85 אך השוו עם ג' עמיר "עדותו של רואה חשבון כהגנה במשפט הפלילי" **רואה החשבון** לז(2) (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 הכנסה מדוח 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.

המותנית בכוונה מיוחדת – אך לא בידיעה – להפר חובה חוקית המוטלת על העושה, הכוונה עשויה להישלל על-ידי טעות בחוק בתום לב⁸⁶.

86 ראו לעיל, הטקסט שלאחר הערה 69.