

על ההבחנה בין טעות בדיון פלילי לטעות בדיון לבר-פלילי

שי אוצרי* ודורון מנשה**

- א. מבוא
- ב. דוקטרינת הטעות בדיון לבר-פלילי ושאלת תוקפה לאחר תיקון 39
1. נפקותה של ההבחנה בין טעות עבודה לטעות בדיון קודם לתיקון 39 לחוק העונשין ומקומה של דוקטרינת הטעות בדיון הלב-פלילי בהסדר זה
 2. נפקותה של ההבחנה בין טעות במצב דברים לבין טעות במצב משפטי לאחר תיקון 39
 3. שאלת תוקפה של דוקטרינת הטעות בדיון הלב-פלילי לאחר תיקון 39
- ג. הרציונלים להבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעון במצב דברים
1. מדוע רציונל עידוד הציות לחוק תקף רק לטעות בדיון? – שיקול הנטל הכבד שבבירור עובדתי ושיקול מרחב החירות הגדול שבטעות בדיון
 2. הנדבך החסר ברציונל על עידוד הציות לחוק: קיומן של מוטיבציות חיצוניות לקיום בירור עובדתי
- ד. המבחן המוצע להבחנה בין טעות בדיון פלילי לבין טעות בדיון לבר-פלילי
1. עובדות מוסדיות – מהן?
 2. עובדות מוסדיות והמשפט הפלילי
 3. עובדות מוסדיות והרציונל שבהבחנה בין סעיף 34³⁴ לחוק העונשין לסעיף 34³⁴ בזה שבו – הצעה למבחן
 4. המבחן המוצע – הבהרות ותשובות לטענות נגד
- ה. עדיפות המבחן המוצע על מבחנים אחרים שהוצעו בספרות והשוואתו לגישות העולות מהפסיקה
1. מבחנו של פלר

* ד"ר למשפטים (PhD). המאמר מבוסס בחלקו על עבודת תזה שנכתבה בהנחיית פרופ' מנשה. כמו כן, חלק מהעבודה על מאמר זה נעשתה במהלך פוסט דוקטורט באוניברסיטת תל אביב בשנת 2019 באירוחו של פרופ' יצחק בנבגי' ובמסגרת מענק מחקר שניתן לו על ידי קרן ISF. אני מודה לקרן ISF (מספר מענק 396/18) על תמיכתה בתקופת הפוסט דוקטורט.

** פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

2. מבחנו של בין
3. מבחנים שהוצעו בספרות זרה
- 3.1 מבחנו של גלניויל ויליאמס (G. Williams)
- 3.2 גישת ג'רום הול (J. Hall)
1. סיכום

א. מבוא

דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי עוצבה במשפט הישראלי בפסיקה שקדמה לכניסתו לתוקף של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (להלן: תיקון 39 או תיקון 39 לחוק העונשין).¹ לפי דוקטרינה זו, טעות בדין לב-פלילי כמוה כטעות בעובדה (המכונה, לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, טעות במצב דברים), ואילו בגדר טעות בדין, שעל פי המצב המשפטי דאז, "לא תשמש עילה לפטור מאחריות לעבירה"² כלולה רק טעות בדין הפלילי. דומה שדוקטרינה זו שאבה את עיקר חיותה באותה העת מהרצון למתן במידת-מה את המתח שבין עקרון האשמה לבין הכלל המוחלט כי טעות בדין אינה בגדר סייג לאחריות הפלילית. אלא שכפי שמקובלנו, לא אחת מקרים קשים יוצרים הלכה קשה (hard cases make bad law), וכך היה גם בענייננו. דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי, כפי שנוסחה באותה עת, הורחבה כדי לעשות צדק במקרה הקונקרטי עד שאיבדה קוהרנטיות פנימית, ובתוך המבוכה שיצרה ההבחנה,³

1 עמ"ס 8/57 עו"ד פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד יב 900 (1958); ע"פ 291/64 וינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 150 (1965); ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי, פ"ד כה(1) 7 (1971); ע"פ 5/72 אייזיקס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 371 (1973); ע"פ 257/79 סוירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 757 (1980); ע"פ 519/80 שטיינמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 239 (1981) (וראו גם פסק הדין בערכאה המחוזית – ע"פ (ת"א) 278/80 מדינת ישראל נ' שטיינמן, פ"מ תשמ"א(1) 3 (1980); ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק, פ"ד מט(5) 705 (1996).

2 ס' 12 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864 (להלן: חוק העונשין). לפני כן, ס' 8 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

3 ראו, למשל, דברי כב' השופט מצא בעניין ויסמרק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 723 המציין את היותם של חלק מכללי ההבחנה בין טעות בדין פלילי לטעות בדין לב-פלילי שנויים במחלוקת ואת הבלבול שזורע, לעיתים, יישומם המעשי של כלליים אלה. מאלפת בהקשר זה העובדה כי בעניין ויסמרק הן השופט מצא והן השופט בך סברו כי מסקנותיהם המנוגדות לעניין סיווגה של הטעות באותו מקרה תואמות הן את המבחן שהוצע על ידי בין והן את המבחן שהוצע על ידי פלר (ראו פס' 11 לחוות דעתו של השופט בך ולעומת זאת פס' 8 לחוות דעתו של השופט מצא).

ניסתה הספרות המשפטית להשליט סדר באמצעות מבחן ברור יותר ליישום ההבחנה.⁴

בחלוף השנים, בתיקון 39 לחוק העונשין, הכיר המחוקק באחד מהשינויים החשובים שבתיקון, בכוחה של טעות במצב משפטי לשמש סייג לאחריות הפלילית מקום שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר". עם זאת, גם לפי הסדר משפטי שהנהיג תיקון 39 המשוכה העומדת בפני הטוען לטעות במצב משפטי גבוהה בצורה ניכרת מזו העומדת בפני הטוען לטעות במצב דברים. כוונתנו לכך שהטוען להגנה של טעות במצב משפטי ידרש, לעולם, לעמוד בסטנדרט אובייקטיבי המחמיר, דהיינו היותה של הטעות "בלתי נמנעת באורח סביר". זאת אפילו העבירה שבה הוא מואשם היא עבירה של מחשבה פלילית, או עבירת רשלנות גרידא, בעוד כוחה של טעות במצב דברים לשמש סייג לאחריות הפלילית תלוי ביסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה שבה הוא מואשם.

אם כן, תיקון 39 הקהה את המתח שהיה מקור חיותה של דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי, אך לא איין אותו לחלוטין. בין היתר בשל כך, נוצר בעקבות תיקון 39 ספק באשר להמשך תחולתה של הדוקטרינה, וספק זה דומה שעודנו בלתי פתור, כשהן בספרות והן בפסיקה מצויות דעות מנוגדות.⁵

במאמר זה, נבקש לטעון כי הרציונל לעצם ההבחנה בין טעות במצב דברים לבין טעות במצב משפטי כסייגים לאחריות הפלילית,⁶ מצדיק התייחסות לסוג מסוים של טעויות במצב משפטי כאל טעות במצב דברים. דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי, אם תוגבל לסוג זה של טעויות במצב משפטי היא אפוא לדעתנו בגדר דין רצוי, ובהתאם גם הפרשנות הנכונה של הדין המצוי.

את היקפה הראוי של דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי נציע להגדיר תוך שימוש במושגים הלקוחים מתיאוריה הכללית של עובדות מוסדיות של הפילוסוף ג'ון סירל (J. Searle), שאת היבטיה הרלוונטיים נסביר בגוף המאמר.

⁴ ש"ז פלר "טעות בחוק הפלילי או הלב-פלילי, היכן הגבול?" משפטים ה' 508, 511 (1947) (להלן: ש"ז פלר "טעות בחוק הפלילי או הלב-פלילי"); ד' ביין "טעות בעובדה, טעות בחוק ותביעת זכות בתום-לב" הפרקליט כב' 152 (1966) (להלן: ביין "טעות בעובדה"); ד' ביין "טעות בחוק הפלילי או הלב-פלילי, קביעת גבול או חיסול ההבחנה?", הפרקליט ל' 106, 111 (1975) (להלן: ביין "קביעת גבול").

⁵ לעצם שאלת תוקפה של ההבחנה לאחר חקיקתו של ס' 34 לחוק העונשין ראו תת-פרק ב.3. להלן.

⁶ ויודגש, אומנם ההבחנה בין טעות בעובדה לבין טעות בדין רלוונטית בהקשרים אחרים, אך את גבולותיה המדויקים של ההבחנה בכל הקשר והקשר אין לנתק מהרציונל להבחנה באותו הקשר. ראו לעניין זה רע"פ 2220/16 מור יוסף נ' התביעה הצבאית הראשית (נבו) (26.10.2017), לעניין הרלוונטיות של תכלית ההבחנה בין דין לבין עובדה, להגדרת גבולותיה בכל הקשר והקשר.

לפי ההגדרה שנציע טעות בדין לבר-פלילי היא טעות בדין שמתקיימים בה שני התנאים המצטברים הבאים: (1) הטעות היא באשר לכללים הקונסטיטוטביים של עובדה מוסדית משפטית בעלת פונקציה דאונטית; (2) לפחות אחת ממטרות המוסד האמור היא לאפשר לפרט או לגוף פרטי, באמצעות פעולה אקטיבית מצידי, להטיל חובה על זולתו.

סדר הדיון במאמר יהיה כדלקמן: בפרק הראשון יוצגו יסודותיה של דוקטרינת הדין הבר-פלילי, נפקויותיה האפשריות במסגרת ההסדר המשפטי הנוהג בעקבות תיקון 39, והספק בדבר המשך תחולתה.

בפרק השני נציג את הרציונלים השונים להצדקת היחס המחמיר יותר כלפי טעות במצב משפטי. זאת בהתאם לגישתנו כי שאלת המשך תחולתה של הדוקטרינה ושאלת גבולותיה תיגזרנה מהרציונלים לעצם ההבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים. בפרק זה נצביע על הרציונל המשכנע ביותר מבין הרציונלים המקובלים השונים, ונסביר כיצד יש להשלימו כך שיוכל להסביר את היחס השונה לטעות במצב משפטי ביחס לטעות במצב דברים.

בפרק השלישי נראה כי הרציונל שזיהינו בפרק השני מצדיק הבחנה בין שני סוגי טעויות בדין. על פי רציונל זה יש הצדקה אפוא להחיל על אחד מסוגי הטעויות בדין את ההסדר החל על טעויות בעובדה. בהתאם נציע כי סוג זה של טעויות בדין הוא ההולם את ההיקף הרצוי של טעות בדין לבר-פלילי, ויוצג המבחן החדש המוצע להתוויית קו הגבול בין שני סוגי הטעות בדין.

בפרק הרביעי תוסבר עדיפותו של המבחן המוצע על מבחנים אחרים שהוצעו.

7 לעצם ההבחנה בין טעות בדין (בין אם טעות בדין פלילי בין אם טעות בדין לבר-פלילי) לבין טעות בעובדה ראו מאמרינו: Doron Menashe & Shai Otzari, *Bringing Reason to a Messy Doctrine: The Distinction between Mistake of Law and Mistake of Fact*, 15 (2015) OXFORD U. COMMW. L.J. 41; דורון מנשה ושי אוצרי "ההבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים" דין ודברים 341 (2014).

ב. דוקטרינת הטעות בדין לבר-פלילי ושאלת תוקפה לאחר תיקון 39

1. נפקותה של ההבחנה בין טעות בעובדה לטעות בדין קודם לתיקון 39 לחוק העונשין ומקומה של דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי בהסדר זה

עד כניסתו לתוקף של תיקון 39 נהג במשפט הישראלי הכלל לפיו "אי-ידיעת הדין אינה פוטרת".⁸ כלל מסורתי זה של המשפט המקובל,⁹ מצא את ביטויו בסעיף 12 דאז לחוק העונשין¹⁰ אשר קבע כך:

"12. אי ידיעת הדין

אי ידיעת הדין לא תשמש עילה לפטור מאחריות לעבירה,
אלא אם נאמר במפורש שידיעת הדין היא אחד מיסודות
העבירה".

אפשר לראות כי לפי סעיף 12 דאז לחוק העונשין אי-ידיעת הדין (או טעות בהבנת הדין)¹¹ הייתה בלתי רלוונטית לאחריות הפלילית. עם זאת, לצד הכלל

⁸ כלל ידוע זה של המשפט המקובל זכה בלטינית לכמה ניסוחים בצורת מקסימות, השונות מבחינת לשונם אך, למעשה, זהות מבחינת הכוונה. אם נסתפק רק בחלק מהניסוחים השונים האלה של המקסימה, אפשר לציין את: *Ignorantia vel error legis non excusat*; *Ignorantia vel error legis nocet; Nemo censetur ignorare legem* ראו ש"ו פלר יסודות בדיני העונשין כרך ב 545 (1987). כן ראו Edwin. R. Keedy, *Ignorance and Mistake in the Criminal Law*, 22 HARV. L. REV. 75, 76 (1908) המפרט בהערות שוליים 1 למאמרו נוסחים שונים שבהם הופיע המקסימה במשפט המקובל.

⁹ כלל זה היכה שורשים בתודעה הציבורית. ראו גם, עדיאל פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם על התפתחויות החקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג 87, 103 (1996), המתאר כלל זה כעיקרון "[...] המושרש עמוק עמוק במסורת המשפטית האנגלו-סקסית [...] נתפס גם בציבור הרחב כעיקרון בסיסי של המשפט הפלילי". יש גם שצינו כי ההבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים תואמת, לכאורה, את דעותיהם של הדיוטות, לפחות באשר למשפט הפלילי – ראו E. ALLAN FARNSWORTH, *ALLEVIATING MISTAKES: REVERSAL AND FORGIVENESS FOR FLAWED PERCEPTIONS* 139 (2004) וראו גם תוצאות המחקר הפסיכולוגי שאליו הוא מפנה Norman J. Finkel & Jennifer L. Groscup, *When Mistakes Happen: Commonsense Rules of Culpability*, 3 PSYCH. PUB. POL. & L. 65, 111 (1997) אשר מצביע על כך שטעויות בדין לא זכו להתחשבות רבה מצד הנבדקים בניסוי. לפני כן, ס' 8 לפקודת החוק הפלילי.

¹⁰ ראו ע"פ 71/83 פלאטו-שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 757, 775 (1984). מבחינה דוקטרינרית הנפקות של טעות ואי-ידיעה כהגנות בפלילים היא זהה הגם, שלכאורה, מן

האמור התקבלו במשפט הישראלי כמה חריגים, בדומה למדינות משפט מקובל אחרות שגם בהן הכלל התמיד בגרסתו המוחלטת לכאורה בלבד.¹² בהקשר של

הבחינה העיונית קיים הבדל בין אי־ידיעה לטעות. ראו גם ש"ז פלר יסודות בדיני העונשין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 632; ש"ז פלר "טעות בחוק הפלילי או הלבר-פלילי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 511. באשר להיעדר נפקותה של ההבחנה בין טעות לבין אי־ידיעה גם במשפט האמריקני ובמשפט האנגלי ראו: R. M. PERKINS & R. N. BOYCE, CRIMINAL LAW 1028 (3d ed, 1982); Rollin M. Perkins, *Ignorance and Mistake in Criminal Law*, 88 U. PA. L. REV. 35 (1939–1940); Jerome Hall, *Ignorance and Mistake in Criminal Law*, 33 IND. L.J. 1, 2 (1957) (להלן: Hall, *Ignorance and Mistake*); E. Kohler, *Ignorance or Mistake of Law as a Defense in Criminal Cases*, DICK. L. REV. 113 (1935). עם זאת, ראוי לציין שהיו שהציעו להבחין בין טעות ואי־ידיעה מבחינת נפקותם. כך, למשל, Keedy במאמרו (לעיל ה"ש 8) הציע להבחין בין טעות (Mistake), שעשויה לפטור מאחריות פלילית, לאי־ידיעה (Ignorance), שאינה משום פטור. ראוי עם זאת לשים לב לאופן שבו המשיג Keedy את המושגים של טעות ואי־ידיעה. לידו של Keedy, אי־ידיעה היא מצב שבו פלוני טוען שלא ידע שהחוק אוסר את המעשה שעשה (כגון אדם הסבור כי החוק לא אוסר ביגמיה), טעות לעומת זאת היא מצב שבו הנאשם ידע שיש חוק האוסר על המעשה אבל טעה לגבי המשמעות המשפטית של עובדות מסוימות (ראו שם, בעמ' 90). הבחנה בעלת אופי דומה בין טעות לאי־ידיעה הוצעה בי־J. H. E. Patient, *Mistake of law – A Mistake* 51 J. CRIME. L. 326 (1987). לכותב אחר שהציע גם הוא להבחין בין נפקותה של אי־ידיעה לנפקותה של טעות בדין, אך המשיג את ההבחנה ביניהם באופן שונה, ראו: Kumaralingam Amirthalingam, *Distinguishing between Ignorance and Mistake in the criminal Law in Defence of the De Blom Principle*, 8 S. AFR. J. CRIM. JUST. 12 (1995). אמירתהלינגאם (Amirthalingam) ממשיג אי־ידיעה כמצב שבו פלוני נעדר כל האמנה (belief) לגבי חוקיות מעשהו, דהיינו מצב שבו הנאשם לא נתן דעתו כלל לשאלה החוקיות. לעומת זאת טעות היא מצב שבו לנאשם יש האמנה לגבי שאלת החוקיות, אך אין היא תואמת את המצב בפועל. בהתאם מציע Amirthalingam כי אי־ידיעת הדין תהיה הגנה רק אם היא סבירה ואילו טעות באשר לדין תוכל להיות הגנה גם אם הייתה בלתי סבירה ובלבד שהייתה כנה (ראו שם, בעמ' 14). השווה גם Douglas Husak & Andrew Von Hirsch, *Culpability and Mistake of Law*, in ACTION AND VALUE IN CRIMINAL LAW 157 (S. Shute, J. Gardner & J. Horder eds., 1993) בה"ש 1 למאמרם, אשר המשיגו את ההבחנה בין אי־ידיעה לטעות באופן דומה ל-Amirthalingam. במאמר זה בכל מקום נאמר טעות הכוונה הן לטעות במובן המצומצם והן למצב של אי־ידיעה.

¹² ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 232 (5th ed. 2006) (הוא מציין כי "[...] but the maxim ignorantia juris neminem excusat (ignorance of the law is too strong as a description)" A.T.H. Smith, *Error and Excuses* (excuses no one) is too strong as a description") *Mistake of Law in Anglo-American Criminal Law*, 14 ANGLO-AM. L. REV. 3, 3 (1985). מאיר דן־כהן מביא מצב זה, שבו מערכת המשפט משרדת כלפי חוץ כי הכלל בגרסתו המוחלטת ממשיך להתקיים בעוד בהכרעותיה בפועל הוספו לכלל חריגים רבים, כדוגמה מוצלחת למצב של הפרדה אקוסטית בין כללי התנהגות וכללי הכרעה. ראו: M. Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625, 645–648 (1984).

המשפט הישראלי עסקינן בשני חריגים עיקריים: חריג אחד מצא ביטוי בלשון סעיף 12 לחוק העונשין בנוסחו דאז, שסייג את תחולת הכלל באמירה " [...]. אלא אם נאמר במפורש שידיעת הדין היא אחד מיסודות העבירה";¹³ חריג נוסף הוא הדוקטרינה מושא מאמר זה, דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי. לפי דוקטרינה זו הכלל שלפיו אי-ידיעת הדין אינה פוטרת עניינו באי-ידיעה של הדין הפלילי הקובע את העבירה (או טעות באשר לדין זה), ואילו דין טעות בעניין דין אחר (ומכאן הכינוי דין לבר-פלילי) כדין טעות בעובדה.¹⁴

הקביעה כי דין טעות בדין הלב-פלילי כדין טעות בעובדה הייתה רבת משמעות, שכן טעות בעובדה הייתה יכולה להוביל לזיכוי באחד משני האופנים הבאים: על ידי שלילת התקיימותו של היסוד הנפשי הנדרש לעבירה (כגון שהטעות היא כלפי יסוד מיסודות העבירה); או מכוח ההגנה של טעות בעובדה שהייתה קבועה בסעיף 17 דאז לחוק העונשין, אשר קבע כדלקמן:

17. טעות בעובדה

העושה מעשה או מחדל בהנחה כנה וסבירה, אך מוטעית, בדבר מצב דברים – אינו נושא עליהם באחריות גדולה מזו שהיה נושא בה אילו היה מצב הדברים לאמיתו כפי שהניח, והוא כשאין הוראה אחרת מפורשת או משתמעת".¹⁵

¹³ מקרים שבהם ידיעת הדין הובנה כנכללת ביסודות העבירה הם, למשל, עבירות של מרמה לפי ס' 220 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה זו הוא "[...] כוונה להתחמק ממס [...]", ומכך למדה הפסיקה שבהיעדר מודעות ליסוד החבות במס לא מתקיים היסוד הנפשי של כוונה מיוחדת (ראו לעניין זה פרשת אייזיקס, לעיל ה"ש 1, וכן ע"פ 1182/99 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1, 154–156 (2000)). עם זאת, וכפי שיצוין גם בהמשך, מפרשת אייזיקס עולה שגם אלמלא היסוד הנפשי של כוונה מיוחדת, טעות לגבי פקודת מס הכנסה נופלת בגדר חריג אחר – דהיינו, שמדובר בטעות בדין לבר-פלילי. כך, למשל, נקבע בפרשת אייזיקס כי טעות לגבי פקודת מס הכנסה תביא לזיכוי מעבירה לפי ס' 217 לפקודת מס הכנסה, אף על פי שזו לא דורשת כוונה מיוחדת.

¹⁴ לתיאור מגמת הצמצום של הכלל קודם תיקון 39 לחוק העונשין ראו: פלר "טעות בחוק הפלילי או הלב-פלילי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 509. לתיאור מגמות דומות של צמצום הכלל במדינות אחרות במשפט המקובל ראו מאמרו של M. Dan-Cohen לעיל ה"ש 12, בעמ' 645–648; וראו גם: Re'em Segev, *Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law is No Excuse? It Might be a Justification!*, 25 LAW & PHIL. 31, 31–32 (2006) בה"ש 1–2.

¹⁵ בפסיקה ובספרות, קודם לתיקון 39, התעורר דיון בשאלה אם הדרישה כי הטעות תהיה סבירה חלה בכל העבירות, למעט אלה שבהן היסוד הנפשי הוא ידיעה ולא פזיונות גרידא (ראו ע"פ 291/62 אבר-ביעה נ' היועמ"ש, פ"ד יז 2913, 2929 (1963); ע"פ 256/78 הן נ' 9

דינו של הטועה טעות בעובדה או טעות בדין לבר-פלילי היה אפוא קל בצורה משמעותית משל הטוען לאי-ידיעה או טעות בדין, שטעותו נחשבה, כאמור, בלתי רלוונטית בין אם הייתה סבירה בין אם לאו.

2. נפקותה של ההבחנה בין טעות במצב דברים לבין טעות במצב משפטי לאחר תיקון 39

כאמור, כחלק מתיקון 39 לחוק העונשין נקבעה בסעיף 34³⁴ לחוק העונשין הגנה כללית של טעות במצב המשפטי, המותנית בעמידה בסטנדרט אובייקטיבי. עם זאת, גם לפי ההסדר המשפטי שנקבע בעקבות תיקון 39 נקבע דין שונה לטעות במצב דברים (היא הטעות בעובדה) לעומת טעות במצב משפטי (הטעות בדין לשעבר).

כך, לעניין טעות במצב משפטי, קובע סעיף 34³⁴ לחוק העונשין כדלקמן:

"34.ט. טעות במצב משפטי

לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר" (ההדגשות הוספו – המחברים).

אם כן, הטוען לטעות במצב משפטי נדרש לעמוד בסטנדרט אובייקטיבי ואין נפקא מינה אם מדובר בעבירה שבה היסוד הנפשי הנדרש הוא מסוג של מחשבה פלילית, רשלנות או אחריות קפידה. זאת ועוד, הסטנדרט האובייקטיבי שבו

מדינת ישראל, פ"ד א' לד' (3) 589 (1979); ע"פ 287/79 זוהר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד' (3) 593 (1979); דברי כב' הנשיא (כתוארו אז) שמגר, הנושא ונותן בסוגיה זאת בע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח' (1) 302, 345-360 (1993); ע"פ 4260/93 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד נא' (4) 869, 873 (1997)) או שמא דרישה זו חלה רק באשר לעבירות שהיסוד הנפשי הנדרש בהן הוא רשלנות, בעוד שבעבירות של מחשבה פלילית הסבירות היא מבחן ראייתי בלבד לכנותה של הטעות. לעניין זה ראו: חוות דעתו של השופט גולדברג בעניין בארי, עמ' 386; ש"ז פלר, "אינוס מתוך רשלנות על סמך אימרת-אגב" משפטים י' 373 (1980); ש"ז פלר "טעות במצב הדברים – בעקבות פסק-הדין בע"פ 5612/92 (פרשת האינוס "שמרת") ולנוכח תיקון מס' 39 של חוק העונשין" מחקרי משפט יב' 5 (1995), ראו גם דברי השופטת בן-פורת ע"פ 862/80 מדינת ישראל נ' שבירי, פ"ד לה' (2) 775, 782 (1981) הרואה גישה זו כרצויה, אף שהיא מטילה ספק בכך שאפשר לפרש את ס' 17 באופן האמור.

נדרש הטוען לטעות במצב משפטי הוא, לכאורה, סטנדרט מחמיר ביותר העולה על הסטנדרט הנדרש בעבירות רשלנות גרידא.¹⁶ לעומת זאת לעניין טעות במצב דברים, ככל שהיא מתייחסת לפרט מפרטי העבירה (דהיינו טיב המעשה, קיום הנסיבות או אפשרות גרימת התוצאה הנמנים על הגדרת העבירה), תידון לפי היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה (רוצה לומר, מחשבה פלילית, רשלנות או אחריות קפידה). באופן דומה גם טעות

16 יצוין כי היחס שבין הסטנדרט של "בלתי נמנעת באורח סביר" לבין הסטנדרט הנדרש בעבירות של אחריות קפידה לא ברור לחלוטין, והוא תלוי באופן שבו תפורש הדרישה הקבועה בס' 22(ב) לחוק העונשין אשר לפיה: "לא יישא אדם באחריות [...] אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה [...]". (ההדגשה הוספה). ע' פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם על התפתחויות החקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג 87, 103–104 (1996) מציג עמדה הרואה את הסטנדרט "בלתי נמנעת באורח סביר" כסטנדרט קל מהדרישה שבס' 22(ב) לחוק העונשין. זאת לפי גישתו כי ס' 22(ב) לחוק העונשין דורש עשיית "כל שניתן למניעת העבירה" ממש, ולא רק כל שניתן באופן סביר. דרישה זו של ס' 22(ב) מבקר פרוש כמחמירה מדי (ראו שם, בעמ' 98–99). לפירוש זה של ס' 22(ב) לחוק העונשין שותפים מלומדים נוספים שגם הם ביקרו את הסטנדרט האמור כמחמיר מדי עם נאשמים. כך, למשל, ד' ביין "ההגנה החוקתית של חזקת החפות" עיוני משפט כב(1) 11, 32 (1999), המעיר באשר לסעיף זה כי ראוי היה להסתפק בנוסחה של "עשה כל שניתן באורח סביר למנוע את העבירה"; וכן מרים גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה – חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994" מחקרי משפט יג 129, 138 (1996), המבקרת גם היא את הסטנדרט הנדרש בס' 22(ב) לחוק העונשין כמציב דרישה בלתי מציאותית בפני נאשמים. לעומתם מ' קרמניצר טוען כי יש לפרש את ס' 22(ב) כדורש נקיטת כל האמצעים הסבירים בלבד, ולא כל שניתן לעשות באופן אבסולוטי (ראו מ' קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109, 112 (1996)). אם יתקבל פירושו של קרמניצר, אזי הסטנדרט הנדרש בעבירות של אחריות קפידה זהה, לכאורה, לסטנדרט הנדרש באשר לטעות במצב משפטי. לבסוף, ראו בהקשר זה ההצעות הפרשניות השונות שנבחנו אצל גיל שפטל האחריות הקפידה במשפט הפלילי 81–106 (2018). הפסיקה עצמה מיעטה להידרש לשאלה האמורה, אך מע"פ 4783/09 שולשטיין נ' רשות ההגבלים העסקיים (נבו 16.9.2010) עולה כי "כל שניתן למניעת העבירה" מעמיד סטנדרט מחמיר יותר מ"נקט כל אמצעים סבירים" (ראו שם, פס' 31 לחוות דעתה של כב' השופטת ארבל ופס' ב-ג לחוות דעתו של השופט רובינשטיין). יש להניח כי לפי גישה זו "כל שניתן למניעת העבירה" מציב סטנדרט מחמיר יותר גם מהסטנדרט שעולה מהדיבור "בלתי נמנעת באורח סביר" שגם הוא נוקט לשון סבירות ומשכך "קרוב מבחינת הטרמינולוגיה שלו לעולם הרשלנות" (כלשונה של כב' השופטת ארבל שם, בפס' 31). מעניין לציין בהקשר זה כי בע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ, פ"ד (3) 307 (2007) טענה המדינה כי הסטנדרט הנדרש באשר לטעות במצב משפטי הוא מעין זה הנדרש באחריות קפידה (ראו שם, בפס' 16). בית המשפט באותו עניין לא דן בשאלת היחס שבין שני הסטנדרטים, אלא הסתפק בקביעה כי ס' 34 לחוק העונשין לא דורש נקיטת כל האמצעים האפשריים באופן אבסולוטי, אלא רק האמצעים הסבירים בנסיבות.

רלוונטית במצב דברים שמתייחסת למה שאינו פרט מפרטי העבירה (למשל, טעות באשר להתקיימות יסודותיה של סייג ההגנה העצמית), תבחן גם היא לפי היסוד הנפשי הנדרש בעבירה, וזאת לפי סעיף 34 לחוק העונשין הקובע:¹⁷

"34. 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 עבירות רשלנות, ובלבד שהטעות היתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב)"

לסיווגה של טעות כטעות במצב דברים או טעות במצב משפטי יש אפוא עדיין, גם לאחר תיקון 39, משמעות רבה. טלו למשל עבירה מסוימת שהיסוד הנפשי הנדרש בה הוא מחשבה פלילית. כמו כן, נניח לצורך הדוגמה כי שני נאשמים, ראובן ושמעון, ביצעו את היסוד העובדתי של העבירה. ראובן טעה במצב דברים (עוד נניח שבהתאם לאמור בסעיף 34 לחוק העונשין, טעותו הייתה כך שאילו המצב לאמיתו היה כפי שדימה לא היה במעשהו כל עבירה), ואילו שמעון טעה במצב משפטי. בדוגמה זו, ובהנחה שאין עבירה אחרת בעלת יסוד עובדתי זהה ויסוד נפשי מדרגה נמוכה יותר (כגון רשלנות או אחריות קפידה), הרי שטעותו של ראובן תביא לזיכויו המוחלט, אפילו נבעה מרשלנות. לעומת זאת שמעון, שטעה טעות במצב משפטי, יורשע אפילו מידת הרשלנות שגרמה לטעותו אינה שונה מזו של ראובן.

¹⁷ ראוי לציין כי באשר למצב דברים שהוא פרט מפרטי העבירה (דהיינו טיב המעשה, קיום הנסיבות או אפשרות גרימת התוצאה הנמנים על הגדרת העבירה), הרי שס' 34 לחוק העונשין לא מוסיף דבר על ס' 19–22 לאותו חוק, המגדירים את הסוגים השונים של יסוד נפשי (מחשבה פלילית, רשלנות ואחריות קפידה). זאת משום שטעות באשר לפרט מפרטי העבירה מנביעה מינה וביה את אי-הידיעה (או היעדר המודעות) של אותו פרט (השוו גם ש"ו פלר יסודות בדיני העונשין כרך ב', לעיל ה"ש 8, בעמ' 533). ס' 34 לחוק העונשין גם לא מוסיף על ס' 19–22 בשאלת הסטנדרט הנדרש מהנאשם – אם הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי – שכן הוא מכפיף את כוחה של הטעות לשמש הגנה ליסוד הנפשי הנדרש באותה עבירה ולמתחייב מיסוד נפשי זה – דהיינו, דרישת סבירות בעבירות רשלנות או עמידה בדרישות ס' 22(ב) לחוק העונשין באשר לעבירות של אחריות קפידה (ראו ס' 34(ב) לחוק העונשין). עיקר חידושו של ס' 34 לחוק העונשין הוא אפוא בטעות במצב דברים שאינה נוגעת לפרט מפרטי העבירה, כגון טעות במצב דברים שיש בה כדי להקים לנאשם הגנה עצמית או סייג אחר לאחריות הפלילית.

זאת ועוד, גם אם קיימת עבירה חלופית בעלת יסוד עובדתי זהה (או יסוד עובדתי רחב יותר) ויסוד נפשי מדרגה פחותה, דינם של ראובן ושמעון עדיין יהיה שונה. זאת משום שבעוד ראובן יורשע בעבירות הקלות יותר, מסוג רשלנות (שעשויה להיות רק עוון או חטא, דהיינו עבירה שעונשה לא עולה על שלוש שנות מאסר).¹⁸ או יורשע באחריות קפידה (עבירות שאי אפשר לדון לפיהן למאסר אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות).¹⁹ הרי ששמעון, כל עוד טעותו אינה בלתי נמנעת באורח סביר, יורשע בעבירה החמורה יותר מסוג של מחשבה פלילית על כל המשתמע מכך.

יוצא אפוא שאם דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי עודנה חלה גם במסגרת ההסדר המשפטי הנוכחי תהיה לה נפקות מכרעת, שכן היא מוציאה מגדר הטעויות במצב משפטי טעויות בדין מסוג מסוים ומחילה עליהן את ההסדר המקל יותר החל על טעויות במצב דברים.

3. שאלת תוקפה של דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי לאחר תיקון 39

כאמור דוקטרינת הטעות בדין לבר-פלילי עוצבה על רקע מצב משפטי שבו נהג הכלל כי "אי ידיעת הדין לא תשמש עילה לפטור מאחריות פלילית [...]". משכך עולה השאלה אם השינוי המשמעותי שהביא תיקון 39 לא שמט את הקרקע תחת דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי, שהוצדקה לעיתים קרובות ככלי למיתון גזרת הכלל הגורף הקודם – הכלל שאי-ידיעת הדין אינה פוטרת.²⁰

זאת ועוד, גם אם דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי עודנה חלה, עולה השאלה אם אין מקום לבחינה מחודשת של גבולותיה נוכח השינוי המשפטי המשמעותי שהביא תיקון 39? במילים אחרות, אם אין מקום לצמצום היקפה לנוכח העובדה כי ממילא גם טעות במצב משפטי יכולה להיות סייג לאחריות הפלילית מקום שהיא בלתי נמנעת באורח סביר. צורך זה בעיצובה מחדש של דוקטרינת הטעות במצב משפטי מקבל משנה תוקף נוכח חוסר בהירותה של הדוקטרינה שנהגה עד תיקון 39 והמחלוקת בספרות באשר למבחן הראוי להגדרת היקפה.

¹⁸ ס' 21(ב) לחוק העונשין, הקובע כי "רשלנות יכול שתקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע", וכן ס' 24 לחוק העונשין הקובע את סיווגן של העבירות השונות.

¹⁹ ס' 22(ג) לחוק העונשין, הקובע כי "לעניין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות".

²⁰ ראו, למשל, ביין "טעות בעובדה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 155; ראו גם דברי השופטת ברלינר בע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 60 (נבו) 21.10.2007.

מן הבחינה הלשונית סעיף 34²¹ לחוק העונשין מאפשר את שני הפירושים. כך כתמיכה לפרשנות כי הדוקטרינה עודנה חלה אפשר לומר כי הלשון "טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור", מספקת נקודת אחיזה לשונית נאותה להמשך קיומה של הדוקטרינה. זאת גם הייתה כוונת מנסחי התיקון כפי שעולה מדברי ההסבר לו, שבהם נכתב:

"הביטויים הנקוטים בהצעה 'איסור פלילי' או 'הבנתו של האיסור' מבטאים את פסיקת בית המשפט העליון על פיה לא ייכלל בגדר הכלל דין לבר-פלילי, שהדין לגביו הוא כדין טעות במצב דברים".²¹

לצד זאת, יש לשים לב כי לפי נוסח הצעת החוק טעות במצב משפטי לא תהיה הגנה גם אם הייתה בלתי נמנעת באורח סביר, כך שלפי ההסדר שהוצע בהצעת החוק לא עלתה השאלה אם אין ההכרה המסוימת בסייג של טעות במצב משפטי (כשהיא בלתי נמנעת באורח סביר) מאיינת את הצורך בדוקטרינת הטעות בדין הבר-פלילי.

בה-בעת, לשונו של סעיף 34²² לחוק העונשין ניתנת ליישוב גם אם האפשרות שלפיה לאחר תיקון 39 אין עוד קיום להבחנה בין דין פלילי לבין דין לבר-פלילי. כך, למשל, הלשון "איסור פלילי" יכולה להתפרש ככוללת בחובה גם כל דין המשתלב בסעיף העונשין ומשפיע על היקף המקרים בהם ייושם. במילים אחרות, אפשר לפרשה ככוללת כל נורמה המשתלבת בסעיף העונשין על ידי פרשנותו, סיווג או על ידי הפניית סעיף העונשין אליה.²² לפי פרשנות אפשרית זו יש לומר אפוא שהשימוש במילה "פלילי" בביטוי "האיסור הפלילי" לא בא כדי לדייק ולהוציא מגדר תחולת הסעיף דין שאינו פלילי, אלא בא מתוך כך שהסעיף מדבר בהווה ובמצוי.²³

21 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098, 140.

22 שי אוצרי טעות במצב משפט - היבטים תיאורטיים, ס' 2.4.1-2.4.3 (עבודת גמר מחקרית (תזה) לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת חיפה 2008) המנתח את אופני ההשתלבות נורמה משפטית חיצונית בסעיף העונשין. השוו לעניין זה גם ניתוח שנעשה על ידי Simmons ב-"*Ignorance and Mistake of Criminal Law*" Kenneth W. Simons, 9 OHIO ST. J. CRIM. L. 487, 513-518 (2012).

23 לפי פרשנות מרחיבה זו, הרי ממילא האיסור כולל את כל הנורמות המשפטיות המפרשות או משתלבות בו בכל אופן שהוא. לכן, אם פלוני טועה טעות בדין, שהביאה אותו לטעות שמעשהו לא אסור, אזי בהכרח הוא טעה באיסור הפלילי. זאת מכיוון ששלושת אופני ההשתלבות שתיארנו ממצים את האופן שבו נורמה משפטית חיצונית עשויה להשפיע על היקף תחולתו סעיף העונשין.

בפסיקה ובספרות מצויות עמדות שונות ומנוגדות בשאלת המשך תחולתה של הדוקטרינה לאחר תיקון 39. את ההתייחסות הראשונה לשאלה זו אפשר למצוא בעניין ויסמרק. באותו מקרה הביע השופט בך את דעתו כי ההבחנה בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי נשמרת גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין.²⁴ עם זאת השופט בך נשא ונתן גם באפשרות לתת פרשנות מרחיבה יותר לביטוי "טעות בדבר הבנתו את האיסור", כך שתכלול נסיבות כגון אלה שבעניין ויסמרק. השופט בך ציין כי גם אם פרשנות זו – בה אין הוא תומך – תתקבל, עדיין נכון לזכות את המערער שכן טעותו הייתה בלתי נמנעת באורח סביר כלשון הסיפא של סעיף 34 לטעם לחוק העונשין.

עמדת יתר השופטים בהרכב באשר לתוקפה של דוקטרינת הטעות בדין לבר-פלילי לאחר תיקון 39 לא ברורה. אומנם הנשיא ברק הצטרף לתוצאה שאליה הגיע השופט בך, ואף כתב בהנמקתו הקצרה כי הדין עם השופט בך לעניין פירושו של הדין החדש, אך בסיפת דבריו כתב "המשיב 2 טעה, ולדעתי טעותו הייתה בלתי נמנעת באורח סביר".²⁵ נראה כי דבריו התייחסו בעיקר לשאלה כיצד יש לפרש את הסיפא לסעיף 34 לטעם לחוק העונשין. גם השופט מצא לא התייחס בעניין ויסמרק מפורשות להמשך קיומה דוקטרינת הטעות בדין לבר-פלילי לאחר התיקון, אף שמדבריו נראה כי הוא מניח שאכן זה המצב. לו דעתו הייתה כי ההבחנה בין דין לבר-פלילי לדין פלילי בטלה לגמרי אפשר היה לצפות כי, למצער, יציין טעם זה.

העמדה כי דוקטרינת הטעות בדין הלבר-פלילי עומדת בעינה גם לאחר תיקון 39 משתמעת מפסקי דין נוספים של בית המשפט העליון,²⁶ אך אין זאת עמדה לה שותפים הכול. עמדה שונה עלתה, לפחות לכאורה, בעניין בורוביץ.²⁷ נוכח המחלוקת האפשרית בפרשנותם נביא את הדברים שנכתבו באותו עניין כלשונם:

"ההבחנה בין טעות בחוק פלילי לבין טעות בחוק לבר-פלילי לצורך סיווגה של טעות בדין לבר-פלילי כטעות שבעובדה או כטעות שבדין, העסיקה את הפסיקה בעבר לא מעט (ראו ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק (להלן – פרשת ויסמרק [56]), בעמ' 714 ואילך, והאסמכתאות המאוזכרות שם). ההנחה כי טעות

²⁴ פרשת ויסמרק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 719–720.

²⁵ שם, בעמ' 728.

²⁶ רע"פ 4827/95 ה.ג. פולק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 97 (1997). פסק הדין דוחה את הטענה כי מדובר בטעות הנטענת על ידי המערערים היא טעות בדין לבר-פלילי, אך לא מזכיר כלל את האפשרות שהבחנה זאת בוטלה. וראו גם פרשת תנובה, לעיל ה"ש 16 לעיל, בפס' 25; פרשת טגר, לעיל ה"ש 20.

²⁷ ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005).

בדין לבר-פלילי תסווג תמיד כטעות עובדתית עוררה ביקורת, ולצורך סיווגה של טעות כזאת הוצעו מבחנים שונים (ש"ז פלר 'טעות בחוק הפלילי או הבר-פלילי, היכן הגבול?' [106], בעמ' 541; ד' ביינ "טעות בעובדה, טעות בחוק ותביעת זכות בתום-לב" [107], בעמ' 156). אך דומה שמאז כניסתו לתוקף של תיקון מס' 39 לחוק העונשין, שבסעיפים 34 ו-34³⁴ עיגן בבירור את רכיביהן (השונים אלה מאלה) של 'טעות במצב דברים' ושל 'טעות במצב משפטי', **שוב אין מקום להידרש להבחנה שהוכרה בפסיקה בעבר בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי לעניין שיוכה לאיזו משתי הקטגוריות של טעות נטענת בהבנת תוכנה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק לבר-פלילי**. סעיף 34³⁴ כג לחוק העונשין מורה כי 'באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה'²⁸ (ההדגשה באיטליקס שלנו – המחברים)

לכאורה אפשר להבין את הדברים כמוונים לביטולה כליל של נפקות ההבחנה בין דין פלילי לבין דין לבר-פלילי.²⁹ ייתכן עם זאת שבית המשפט לא דק פורתא בלשונו כאשר כתב כי שוב אין להידרש להבחנה "שהוכרה בפסיקה בעבר בין

שם, בעמ' 930–931.

28

בדרך אגב נציין כי בהנמקת בית המשפט בעניין בורוביץ' ישנו היבט מוקשה נוסף, הגם שאין הוא קשור לענייננו באופן ישיר. היבט מוקשה זה הוא באופן שבו נימק בית המשפט את החלטתו להחיל על בורוביץ' את תיקון 39, וזאת אף על פי שאם מקבלים את הגישה כי החיקוק מבטל את הבחנה בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי נראה כי מדובר בהחלה רטרואקטיבית של חיקוק מחמיר דווקא. בית המשפט כתב, בהמשך לדברים אותם ציטטנו לעיל בגוף העובדה, כנימוק להחלטה זאת את הדברים הבאים: "איננו מתעלמים מכך שתיוקן מס' 39 לחוק העונשין נכנס לתוקף לאחר מועדי ביצוען של העבירות נושא הערעורים, אך הואיל וענייננו בסייגים לאחריות הפלילית, שהם בבחינת 'חיקוק מקל' כמשמעו בסעיף 5(א) לחוק, הרי שהם חלים על ענייננו. לא למותר להוסיף שאילו נדרשנו להכרעה בטענתו של בורוביץ' על יסוד ההנחה כי המדובר ב'טעות בעובדה', כמשמעה בדין שקדם לתיקון מס' 39, סיכוייה להתקבל היו טובים פחות לנוכח החובה שהייתה מוטלת על בורוביץ' לשכנע את בית-המשפט כי טעותו עומדת במבחן הכפול של כנות ושל סבירות" (פרשת בורוביץ', לעיל ה"ש 27, בעמ' 931). דברים אלה רחוקים מלשכנע. נסביר. אם בית המשפט סבור כי על פי הדין הקודם טעותו של בורוביץ' הייתה צריכה לידון כטעות בדין לבר-פלילי, ומשכך כטעות בעובדה (בדרך אגב נציין כי בענייננו ספק אם זהו תיאור נכון של הדין הקודם), אזי בפועל מדובר בתיקון המחמיר עם בורוביץ', שכן במקום שיידרש בורוביץ' להראות כי טעותו הייתה כנה וסבירה הוא נדרש כעת להראות שטעותו היא בלתי נמנעת באורח סביר. תיקון 39 הוא אולי חיקוק המקל בדרך כלל, אך בוודאי אינו "חיקוק המקל עם העושה" (כלשון ס' 5(א) לחוק העונשין עליו מסתמך בית המשפט).

29

טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי". לפי הצעה זו יש להבין את הדברים, בראי הסיפא המצורפת להם, כמתייחסים דווקא למקרים של "טעות נטענת בהבנת תוכנה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק לבר-פלילי". רוצה לומר, שבית המשפט הדגיש כי בשאלת הסיווג יש להכריע תוך בחינה מהותית של הנורמה – אם היא נורמה עונשית אם לאו – ואין ליחס משמעות למיקום הפיזי של הנורמה מחוץ לחוק העונשין.³⁰ באופן דומה הציע לפרש אמירה זו הרכב אחר של בית המשפט העליון (מפי השופטת ברלינר) בעניין טגר.³¹ שם תמך בית המשפט בהמשך קיומה של ההבחנה בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי גם לאחר תיקון 39, ובהתייחס לדברים הסותרים לכאורה שנאמרו בעניין בורוביץ', הציע לפרשם באופן הבא:

"לכאורה, האמור לעיל עומד בסתירה לדברים שנאמרו בפרשת בורוביץ':

[...]

הדגש בפרשת בורוביץ' אינו על הטעות בדין הפלילי לעומת טעות בדין הלבר-פלילי, אלא על 'שיוכה' של הנורמה: האם היא ממוקמת בדין הפלילי או בדין הלבר-פלילי. במילים אחרות, לפי פרשת בורוביץ' הקריטריון היחיד הוא האם מדובר בנורמה עונשית או לא. להבחנה זו – יש מקום גם לאחר תיקון 39 (ראו לעניין זה פרשת ויסמרק עמ' 72)³² (ההדגשות במקור – המחברים).

עניין טגר מעורר עניין מבחינה נוספת. באותו עניין הציג בית המשפט עמדה שאפשר לתארה כעמדת ביניים בין ביטולה של דוקטרינת הדין הלבר-פלילי כליל לבין הותרתה כפי שהייתה וללא כל שינוי. בית המשפט עשה זאת בהערת אגב שבה רמז על מגמה עתידית אפשרית של שינוי קו הגבול המדויק בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין הלבר-פלילי באומרו:

³⁰ תמיכה מסוימת לפרשנות זו של הדברים אפשר למצוא בעובדה שכנימוק לעמדתו מפנה בית המשפט לס' 34 כג לחוק העונשין המחיל את החלק המקדמי והחלק הכללי של החוק העונשין גם על עבירות שמחוצה לו.

³¹ למעט השופט א' לוי אשר ישב בשני ההרכבים – הן בפרשת בורוביץ' והן בפרשת טגר. עוד יצוין כי חוות הדעת בפרשת בורוביץ' ניתנה כחוות דעת של ההרכב כולו, בלי לציין מי מבין השופטים כתבה. ראו גם פרשת תנובה, לעיל ה"ש 16, בפס' 25, שנראה כי שם פרשו את פרשת בורוביץ' באופן דומה.

³² פרשת טגר, לעיל ה"ש 20, שם.

"אכן, חלק מהטעם המקורי שהוביל ליצירתה של ההבחנה ניטל, שכן כיום סיווגה של הטעות כ'טעות בדין' אינו סותם את הגולל על האפשרות להעניק פטור. אולם, כאמור, תחומה של ההגנה שבסעיף 34 יט צר משמעותית מזו המצויה בסעיף 34 יח, ויש היגיון בהענקת הגנה רחבה יותר לטועה בדין הלב-פלילי. עם זאת, אפשר שלתיקון בחוק תהיה השפעה, במישור הפרשני, על תיחום הקו המבחין בין דין פלילי לדין לב-פלילי. העובדה שגם למי שטעה בדין הפלילי יש תקווה למצוא ריווח והצלה במסגרת דיני הטעות, עשויה להצדיק צמצום מה בפרשנות המושג 'דין לב-פלילי'³³ (ההדגשות שלנו – המחברים).

גם בספרות המשפטית מצויות דעות שונות באשר להמשך תחולתה של דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, כשחלק מהכותבים מניחים כי הדוקטרינה עדיין חלה,³⁴ ואילו אחרים סבורים כי תיקון 39 הביא לביטולה של ההבחנה, ובפרט נוכח קביעות בית המשפט העליון בעניין בורוביץ.³⁵

33 שם.

לדעה כי הדוקטרינה עודנה חלה ראו: מרים גור-אריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך דין – האם פוטרת מאחריות פלילית?" **עלי משפט** ב 33, 34 ה"ש 2 (2002) (להלן: גור-אריה "הסתמכות"); רות קנאי "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב משפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה" **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** 203, 228 (אלי לדרמן עורך, 2001); (2001) *D. Bein, Mistake of Law* 30 *ISR. L. REV.*; ("It seems that mistakes relating to extra-penal norms, will continue to be dealt with as if they were mistakes of act affording a defence") (1996) 214, 220–221 ובדומה לכך דן ביין "הערות לעבירת הניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין" **המשפט** ג 297, 299 בה"ש 15 (1996); יעקב קדמי **על הדין בפלילים: חוק העונשין חלק ראשון** (מהדורה חדשה, 2013) המביא את הדעה כי ס' 34 יט עיגן את ההבחנה בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין הלב-פלילי תחת "יש הגורסים" ומביא בהקשר זה דברי בית המשפט בפרשת **טגר** (שם, עמ' 697). עם זאת, ממכלול דבריו בסוגיית הטעות במצב משפטי, שבהם הוא מציג את פסק הדין בפרשת **טגר** כפסק הדין המוביל בסוגיית הטעות במצב משפטי (שם, בעמ' 695), נראה כי גישה זו מייצגת את הגישה המובילה בפסיקה.

לדעה שההבחנה בטלה עם תיקון 39 ראו אלעד רום **טעות בחוק הפלילי** 103 (2015) הטוען כי "[...] כיום הדעה הרווחת היא כי ההבחנה הנ"ל איננה שימושית וכבר איננה רלוונטית לאור שינוי החוק בתיקון מס' 39 [...]", כשבין אסמכתאותיו הוא מפנה לפרשת **בורוביץ**. אומנם רום מפנה גם לגישה בית המשפט בפרשת **טגר**, אך באשר אליה כתב "אולם, נראה לי כי ההצדקה המקורית לביסוס ההבחנה – השיפוטית – כבר לא תקפה. המחוקק אמר את דברו בתיקון מס' 39 וקבע חלוקת עבודה חדשה לעניין הטעויות בחוק" (שם, בעמ' 103 ה"ש 535). ראו גם: יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** 911 (מהדורה

לסיכום סוגיה זו, נראה כי שאלת תוקפה של דוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי לאחר תיקון 39 נותרה ללא הכרעה ברורה, ואפשר למצוא דעות שונות ומנוגדות בפסיקה ובספרות. זאת ועוד, גם לפי הגישה כי ההבחנה עודנה רלוונטית עולה, כפי שציין בית המשפט בעניין טגר, השאלה כיצד השינוי המשמעותי שחל ביחס לטעות במצב משפטי משליך על תיחומו של קו הגבול בין טעות בדין הפלילי לבין טעות בדין הלב-פלילי.

לגישתנו, ההכרעה בשאלת תוקפה של הדוקטרינה ובשאלת ההגדרה המדויקת של טעות בדין לבר-פלילי, צריכה להיגזר מהרציונל לעצם ההסדר המחמיר עם טעות במצב משפטי ושמגביל כוחה לשמש סייג לאחריות פלילית רק למקרים שבהם הייתה בלתי נמנעת באורח סביר. משכך, נפנה כעת לליבון שאלת הרציונלים להחמרה עם טעות במצב משפטי. מתוך הרציונל שנוהה כמשכנע ביותר – עידוד הציות לחוק בשילוב הרציונל בדבר קיומן של מוטיבציות חיצוניות לבידור עובדתי – נגזור את הגישה הרצויה להגדרת היקפה של דוקטרינת הטעות בדין לבר-פלילי. הואיל ומבחינה לשונית לשונו של סעיף 34 לחוק העונשין מאפשרת אימוצן של כל אחת מהגישות האפשרויות, הדין הרצוי בסוגיה זו הוא, גם לדעתנו, בגדר הפירוש הנכון של הדין המצוי.

ג. הרציונלים להבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים

טעמים שונים הוצעו להצדקת ההחמרה עם טעות בדין כאשר לטעות בעובדה. יש שראו בעקרון האשמה את מקור ההחמרה עם טעות בדין.³⁶ לפי גישה זו אשמתו של הטועה בדין גדולה מאשמתו של הטועה בעובדה. זאת אם משום שהוא הפר חובה הקיימת כביכול לברר את הדין,³⁷ או משום שבחלק מהמקרים של טעות בדין ישנה מודעות לכך שקיימת פגיעה בזולת.³⁸

שנייה, (2010); ז'י בורר הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה ופקודות בלתי חוקיות בעליל: הדין המצוי והראוי במשפט הישראלי עמ' 69 (2020), הכותב בהקשר זה כי תיקון 39 אימץ למעשה את עמדתו של פלר (ראו להלן).

36 שורשיו של סוג זה של טיעונים עתיקים, ואפשר למצוא אותם עוד באריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס 68 ("ג ליבס מתרגם (1973)).

37 Ronald A. Cass, *Ignorance of the Law: A Maxim Reexamined*, 17 WM. & MARY L. REV. 671, 692–693 (1976) וכן ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 12, בעמ' 233. רציונל זה בעייתי ביותר בעינינו, בין היתר, מהטעמים שהביא הוסק (Husak) בביקורתו המשכנעת על זרם זה של הצדקה: Douglas N. Husak, *Ignorance of Law and Duties of Citizenship*, 14 LEGAL STUD. 105 (1994). ראו גם אוצרי טעות במצב משפט – היבטים תיאורטיים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 49–51.

38 Douglas Husak & Andrew von Hirsch, לעיל ה"ש 11; נציין כי רציונל זה נראה לנו

רציונל אחר, שתומכו העיקרי הוא ג'רום הול (Jerome Hall), התבסס על עקרון החוקיות (או האובייקטיביות של החוק) וכמו כן על אובייקטיביות ערכי המוסר של הקהילה.³⁹

לעומת גישות אלה, יש שראו את ההצדקה להחמרה בטעות בדין בטעמים ראייתיים וחשש לניצול לרעה על ידי הנאשמים. רציונל מעין זה הועלה על ידי ג'ון אוסטין (John Austin).⁴⁰ לדידו של אוסטין הכרה עקרונית בהגנת הטעות

בלתי מספק, אך אנו סבורים כי אין הכרח לדון בהשגותינו בשאלת קו הגבול שבין טעות בדין לטעות בעובדה (ראו אוצרי טעות במצב משפט – היבטים תיאורטיים, לעיל ה"ש 22). הטעם לכך הוא שהרציונל-מבוסס-האשמה של הוסק ופון הירש (Husak & von Hirsch) ישים רק לחלק מהמקרים הפרדיגמטיים של טעות בדין. כדי להצדיק את ההחמרה ביתר המקרים הפרדיגמטיים של טעות בדין (למשל, טעות לגבי קיומו של עבירה איסור (*mala prohibita*) גרידא שאין בה מודעות לפגיעה כלשהי באינטרסים של זולתו) נאלצים גם הוסק ופון הירש להסתמך על שיקולי מדיניות – כגון אלה עידוד הציות לחוק שנוכזר בהמשך. קבלתו או דחייתו של הרציונל לא תשפיע אפוא על הגדרת קו הגבול שבין טעות בדין לבין טעות בעובדה. במאמר זה, המתמקד בהגדרת היקפה של הטעות בדין, אין אנו נדרשים אפוא להכריע באופן סופי בשאלת כוחו של רציונל זה. נציין כי אפשר למצוא בפסיקה אמירה שבעבירות *mala in se* (להבדיל מ- *mala prohibita*) למעשה אין כלל צורך בידיעה פוזיטיבית של הדין שרק נותן ביטוי משפטי למעשים האסורים מבחינה מוסרית, וקביעה שלפיכך בעבירות מעין אלה אין מקום לקבל טענה של אי-ידיעת הדין, וקשה להעלות על הדעת מצב שבו תיטען טענה זו (ראו: פרשת תנובה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 349). אמירות אלה נותנות לכאורה ביטוי לתפיסה כי אשמתו של הטועה בדין בעבירות *mala in se* היא מוגברת.

Jerome Hall, General Principles of Criminal Law 382–387 (1960). ובפרט ראו עמ' 386, שם מבחין הול בין שני הנדבכים: עקרון החוקיות (או אובייקטיביות החוק) ואובייקטיביות ערכי הקהילה. רציונל דומה הועלה על ידי Bostjan M. Zupancic, *Criminal Responsibility Under Mistake of Law: The Real Reasons*, 13 AM. J. CRIM. L. 37 (1985), הסבור גם הוא כי הטעם לכלל כי אי-ידיעת הדין אינה פוטרת הוא בעניין לשמור על האובייקטיביות של החוק (ראו למשל שם, בעמ' 57). רציונל זה הוזכר גם בפסיקה ישראלית, וראו לעניין זה: פרשת תנובה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 349, וכן ע"פ 1672/06 בלילי נ' מדינת ישראל, פס' 12 (נבו 10.3.2008). רציונל זה לא משכנע בעינינו (ראו: אוצרי טעות במצב משפט – היבטים תיאורטיים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 58–61), בין היתר מהטעמים שהובאו על ידי: FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 733–734 (1978); Laurence D. Houlgate, *Ignorantia Juris: A Plea for Justice*, 78 ETHICS 32 (1967); Paul K. Ryu & Helen Silving, *Error juris: A comparative study*, 24 U. CHI. L. REV. 421, 433 (1957). כותבים אלה ציינו בצדק כי בית המשפט לא משנה את הדין כאשר הוא מקבל את טענת הטעות בדין ואין הוא קובע בכך כי המעשה היה מותר, אלא רק קובע כי פלוני לא ישא באחריות בשל ביצוע העבירה. האובייקטיביות של החוק לא נפגעת אפוא שכן הקביעה כי פלוני לא ייענש לא משנה את העובדה כי המעשה עצמו היה נותר בלתי חוקי. כמו כן, ציינו כותבים אלה כי התומכים ברציונל זה מבלבלים בין המושג של טענת הצדק (Justification) לבין טענת הפטר (Excuse).

JOHN AUSTIN, LECTURES ON JURISPRUDENCE OR THE PHILOSOPHY OF POSITIVE LAW

39

40

במצב משפטי תחייב את בית המשפט לדון בשאלות שהן כמעט בלתי פתירות. דבר זה יהפוך, לגישתו של אוסטין, את ניהול המשפט וההכרעה בו לבלתי מעשיים.⁴¹

לבסוף, ישנו הרציונל שהוצע על ידי אוליבר וונדל הולמס (O. W. Holmes) לשם הצדקת הכלל הגורף שלפיו "אי-ידיעת הדין אינה פוטרת".⁴² לפי רציונל זה הטעם לכלל הוא עידוד הציות לחוק. לפי הולמס:

"[...] to admit the excuse at all would be to encourage ignorance where the law-maker has determined to *make men know and obey*, and justice to the individual is rightly outweighed by the larger interests on the other side of the scales"⁴³ (ההדגשות שלנו – המחברים).

שקדמו לו בהעלאת רציונל זה. ראו, למשל, דברי המשפטן האנגלי בן המאה ה-16–17, John Selden, האומר, בהתייחסו לכלל כי אי-ידיעת הדין אינה פוטרת, כך "not that all men know the law, but because 'tis an excuse every man will plead, and no man can tell how to confute him" (מתוך Table Talk, Law כפי שצוטט אצל GLANVILLE, 2 P. H. WILLIAMS, CRIMINAL LAW: THE GENERAL PART 341 (2nd. ed. 1961). ראו גם ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES, Vol. 2, 376 (1984), המצדד בטענה זו ומציין כי זוהי טענת פטור שאין בצידה מוגבלות כלשהי, או אב-נורמליות הניתנת לצפייה או אישוש.

לביקורת על רציונל זה ראו: OLIVER WENDELL HOLMES, JR., THE COMMON LAW 41 (with a new introduction by Tim Griffin, 2005) הולמס טען כי הקשיים הראייתיים, אם הם קיימים ניתנים לפתרון על ידי הטלת נטל השכנוע על הנאשם. ראו גם הדין והביקורת על הרציונל באוצרי טעות במצב משפט – היבטים תיאורטיים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 64–68.

נראה שבלקסטון (Blackstone) הקדימו בהצעת רציונל לכלל כי אי-ידיעת הדין אינה פוטרת. אחד ההסברים שנתן בלקסטון לכלל זה הוא: "[...] if ignorance, of what he might know, were admitted as a legitimate excuse, the laws would be of no effect, but might always be eluded with impunity" (WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND Vol. 1, 46 (A Facsimile of the first edition of 1765–1769, 2002). כאמור זה רק אחד ההסברים שהביא בלקסטון. הסבר נוסף – חזקת ידיעת הדין מופיע בכרך הרביעי של WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND Vol. 4 (A Facsimile of the first edition of 1765–1769, 2002).

HOLMES, לעיל ה"ש 41, בעמ' 41. לא מעט כותבים הבינו שלא כהלכה דברים אלה כקובעים שהרציונל שביסוד הכלל הוא עידוד ידיעת הדין. על בסיס הבנה מוטעית זו ביקר למשל הול את דברי הולמס באומרו שלפיהם משתמע כי ידיעת החוק הפלילי היא בעלת ערך, בעוד למעשה היא בלתי רלוונטית. קשה לקבל, אמר הול, שהמטרה העיקרית

קוצר יריעתו של מאמר זה לא מאפשר דיון מלא ברציונלים אלה. בהערות השוליים שלעיל הפנינו למקומות שבהם בוקרו טעמים אלה, ולמקומות שבהם דנו אנו ברציונלים אלה ביתר הרחבה.⁴⁴

עם זאת, לצורך המשך דיוננו נאמר כי הרציונל היחיד שהן עומד בפני ביקורת והן מצדיק את ההבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים במלוא היקפה, הוא רציונל עידוד הציות לחוק.⁴⁵ הרציונל המתבסס על האובייקטיביות של החוק או של ערכי המוסר של הקהילה לא עומד בפני ביקורת, וכך גם הרציונל המניח אשמה בהפרת החובה לברר את הדין.⁴⁷ הרציונל המתבסס על טעמים ראייטיים וחשש מפני ניצול לרעה, נוסף על הקושי שהוא מעורר לגופו של עניין,⁴⁸ גם אינו תואם את רוח ההסדר שנקבע בסעיף 34 לחוק העונשין. זאת מכיוון שסעיף 34 מטנה את כוחה של טעות במצב משפטי לשמש סייג בהיותה בלתי נמנעת באורח סביר ולא בשאלת קיומם של קשיים ראייטיים. לבסוף, הרציונל בדבר האשמה המוגברת של הטועה במצב משפטי (למשל, בשל מודעותו לפגיעה בזולת) לא מתפרש מטבעו על כלל העבירות, אלא מתמקד בעבירות המצויות בליבת המקרים הנופלים בגדר טעות במצב משפטי (עבירות שהן רע כשלעצמו – *mala in se* – להבדיל מעבירות שהן רע בשל איסור –

של החוק הפלילי היא עידוד השכלה משפטית. הול הוסיף ואמר כי לפי גישתו של הולמס היינו צריכים לומר כי נאשם שטרח ובדק את חובותיו לפי הדין, ובכל זאת הפר אותו, ראוי לפחות להקלה מסוימת בעונש כי אחרי ככלות הכול למד את הדין – ולא היא. אדרבה, בנסיבות מעין אלה יש משום שיקול לחומרה דווקא (ראו: HALL, לעיל ה"ש 39, בעמ' 380–381). לעניות דעתנו, ביקורתו של הול מבוססת על הבנה מוטעית של דברי הולמס. אין להבין את דברי הולמס כקובעים שמטרת הדין הפלילי היא עידוד לימוד תיאורטי של הדין כתכלית בפני עצמה. לו זאת הייתה כוונתו, אזי ביקורתו של הול הייתה במקום, ובהתאם דבריו של הולמס היו דורשים תיקון כדי שיתאמו לאופן שבו אנו מבינים את דבריו, והיינו, כך: מטרת הכלל כי "אי-ידיעת הדין אינה פוטרת" הוא לעודד את הציות האובייקטיבי לדין – רוצה לומר, הפחתת שכחותן של ההתנהגויות החיצוניות שהמחוקק ראה כמזיקות ובלתי רצויות מטעמים של טובת הכלל. ראו למשל: Cass, לעיל ה"ש 37, בעמ' 689 שנראה כי גם הוא הבין את דברי הולמס כך, וכותב בפשטות כי: "The second major justification [...] advocated most vigorously by Holmes, is that adherence to the maxim deters crime" (ההדגשות שלנו – המחברים).

44 להצגת עמדתנו בהקשר זה ראו: אוצרי טעות במצב משפט – היבטים תיאורטיים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 42–72.

45 ודוק, לגישתנו גם רציונל זה לא יכול להצדיק שלילת ההגנה לחלוטין כאשר אין מידה מינימלית של אשמה.

46 ראו: HALL; Zupancic; FLETCHER; Houllfagte; Ryu & Silving, לעיל ה"ש 39.

47 ראו: אוצרי טעות במצב משפט – היבטים תיאורטיים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 49–51; Cass; ASHWORTH; Husak, לעיל ה"ש 37.

48 ראו: אוצרי, שם; HOLMES, לעיל ה"ש 41.

(mala prohibita), כך שאין בו כדי לסייע בשאלת הגבול בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים.⁴⁹

אף שלטעמנו רציונל עידוד הציות לחוק הוא בעל כוח ההצדקה הגדול ביותר, ההצדקה כפי שהובאה על ידי הולמס חסרה נדבך מרכזי שנבקש להשלימו. נדבך זה חשוב במיוחד לצורך התווית קו הגבול בין טעות בדין לטעות בעובדה. לכך נעבור כעת.

1. מדוע רציונל עידוד הציות לחוק תקף רק לטעות בדין? – שיקול הנטל הכבד שבבירור עובדתי ושיקול מרחב החירות הגדול שבטעות בדין

אם מסתפקים בהסברו של הולמס, אין זה ברור מדוע השיקול של עידוד הציות לחוק רלוונטי רק לטעות בדין להבדיל מטעות בעובדה. לכאורה השיקול של עידוד הציות לחוק תקף באותה המידה גם באשר לטעות בעובדה. כך, למשל, אפשר היה לומר כי בדומה לטעות בדין גם הטועה בעובדה יידרש לעמוד בסטנדרט אובייקטיבי של סבירות, מתוך רצון לעודד ציות אובייקטיבי לחוק, ומניעת אותן ההתנהגויות שהוגדרו על ידי המחוקק כמזיקות. במילים אחרות, לצורך הרשעה יהיה די ביסוד נפשי של רשלנות או אף לקבוע בהן אחריות קפידה. אך, כידוע, המקרים שבהם המחוקק מסתפק ביסוד נפשי של רשלנות או באחריות קפידה הם החריג ולא הכלל. האם אפשר לתת טעם שיצדיק שוני זה בין טעות בעובדה לטעות בדין?

היו שטענו כי הרציונל של הולמס לא חל בטעות בעובדה משום שבמקרים של טעות בעובדה מדובר ביכולתם של אנשים לקלוט עובדות או נסיבות ולהעריך נכונה. לכן הכרה בהגנה של טעות במצב דברים לא תגרום לטעויות נוספות או לפגיעה בכוח פועילותם של החושים.⁵⁰

אלא שהסבר זה לא משכנע בעינינו. טעות בעובדה אינה טעות לגבי הנתונים החושיים שלנו. למעשה אי אפשר לדבר על טעות לגבי הנתונים החושיים – או שאלה שקיימים או שאינם קיימים. הטעות היא לגבי קיומם של דברים התואמים להם במציאות או לגבי דברים שאנו מסיקים מהם. כך, למשל, אי אפשר לומר אפילו על אדם שהוזה שהוא טועה בכך שהוא רואה כתם צבע אדום לפניו, שכן צבע אדום אכן נראה גם אם זו רק הוזה.⁵¹ אם הוא טועה אזי הטעות היא

⁴⁹ עם זאת, יודגש כי בבואנו להידרש לשאלת פרשנות הסטנדרט "בלתי נמנעת באורח סביר" רציונל זה לא נטול חשיבות. במסגרת זאת אפשר ששאלת היותה של עבירת רע כשלעצמו (*mala in se*) תשליך על הנכונות להכיר בטענת הטעות במצב משפטי.

⁵⁰ בן ציון להב "אי ידיעת הדין" מחקרי משפט 1, 165, 180 (1988).

⁵¹ ראו בהקשר זה, למשל, רנה דקרט הגיונות על הפילוסופיה הראשונית 51 (יוסף אור מתרגם 1932); ברטרנד ראסל בעיות הפילוסופיה 20 (מ' שטרנברג מתרגם 1938).

בהאמנתו שיש דבר מה התואם כתם זה במציאות. אם נעבור לדוגמה שכיחה יותר, נאשם הטועה באשר להסכמת המתלוננת לקיים איתו יחסי מין.⁵² אין הוא טועה לגבי מה שראה, אלא טועה בהסקת מסקנה נכונה מהדברים, ואולי אף בכך שהיו עובדות שהיו צריכות להביאו לבדוק את שאלת ההסכמה והוא לא עשה כן. אם כך אין מדובר בכושר חושי, שהכלל המשפטי לא יכול להשפיע עליו, אלא בהסקת מסקנות שיכולה להיות סבירה ועלולה להיות בלתי סבירה, וכן בעריכת בדיקות עובדתיות נדרשות שיכולה להיות סבירה ועלולה להיות בלתי סבירה. הכלל המשפטי ודאי יכול להשפיע על הזהירות בבדיקה ובהסקת המסקנות. אדרבה, נראה כי זאת ההנחה שביסוד העבירות שהיסוד הנפשי שנקבע בהן כי הוא של רשלנות או של אחריות קפידה. למעשה לולא היה זה המצב – והכלל המשפטי לא היה יכול להשפיע על ברור העובדות במקרים אלה – לא היה כל טעם לקבוע יסוד נפשי של רשלנות בעבירות מעין אלה.

מרים גור-אריה מציגה שני טעמים אחרים המצדיקים לדעתה תחולתו של הרציונל דווקא בטעות בעובדה ולא טעות בדין: (1) הנטל שבהטלת חובת ברור עובדתי הוא נטל כבד מידי, וישלול מאיתנו את החירות שלא להיות תמיד במלוא חושינו ולא לשים לב לנעשה סביבנו.⁵³ (2) הטועה בדין נוטל לעצמו מרחב חירות גדול יותר ממי שטועה בעובדה, שכן כל עוד לא הועמד על טעותו ירגיש חופשי לעשות מעשים האסורים על מי שאינם טועים.⁵⁴

לדעתנו שני טעמים אלה חשובים, אך עדיין חסרים, ובשל כך עשויים להצדיק את ההבחנה רק בחלק מהמקרים הפרדיגמטיים. טעמים אלו מתעלמים מכך שטעות במצב דברים לא נובעת בהכרח רק מאי־ידיעת עובדות קונטינגנטיות, המשתנות מסיטואציה לסיטואציה. כך, למשל, אפשר שטעות במצב דברים תנבע מהכללות אמפיריות מוטעות – למשל הכללות התנהגותיות מוטעות, הבנה מוטעית של חוקי הפיזיקה וכיוצא באלה – אשר בעניינן אין שני הטעמים המובאים על ידי מרים גור אריה תקפים.

כדי להראות זאת ניטול את הדוגמה הידועה של האנס "הגברתן" ודומיו. נניח שהאנס סבור שכאשר נשים בתרבות מסוימת אומרות "לא" אך אין הן מגלות התנגדות פיזית מעבר לכך הן בעצם אומרות "כן" ליחסי מין, ואילו אמירת ה"לא" היא נוהג בתרבות זו שהוא מן השפה אל החוץ בלבד. במקרה זה מדובר בהכללה התנהגותית-תרבותית מוטעית אשר מוביל לטעות באשר למצב דברים:

⁵² זאת כמובן בהנחה שאנו מפרשים הסכמה בהתאם למובן המקובל כעובדה מנטלית.

⁵³ גור-אריה "הסתמכות", לעיל ה"ש 34, בעמ' 43. טענה דומה היא טענת פלר כי: "המערכת הנורמטיבית שקובעת קריגבול זה (קרי, בין האסור למותר – ש"א, ד"מ) אינה בגדר נתון עובדתי שעשוי להשתנות ממקרה למקרה, באור בלתי צפוי ואף במפתיע, אף כדי הטעיית אדם זהיר ביותר" (פלר יסודות בדיני העונשין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 549).

⁵⁴ גור-אריה, שם, בעמ' 44.

קיומה של הסכמה מצד הנאנסת.⁵⁵ אף על פי כן ברור שכל עוד לא יועמד על טעותו, הוא עשוי להרגיש חופשי לבצע מעשים שהם, אובייקטיבית, מעשי אונס. נראה כי בטעות כללית בעובדה מעין זו אדם נוטל לעצמו "מרחבי חירות" שאינם פחותים מאדם שטועה בשאלה הנוגעת למשל לפרשנות מונח המופיע בחוק. בכל זאת, כל עוד אין קביעה כי די ביסוד נפשי מסוג רשלנות או אחריות קפידה, טעותו תשלול את אחריותו הפלילית בגין המעשה.

הוא הדין באשר לטעם לראשון – דהיינו, הנטל הכבד יותר הכרוך בהטלת חובות ברור עובדתי – אשר גם הוא לא תקף לגבי טעות במצב דברים שמקורה בהכללה אמפירית מוטעית. במקרה כזה כל שנדרש מהנאשם הוא להסיק את המסקנות המתחייבות מיישום אותן ההכללות על הנתונים הידועים לו כבר עתה. לכאורה אין בכך כל נטל שהוא כבד מהנטל הנדרש מאדם בברור הדין לצורך הימנעות מביצוע עבירות. בשני המקרים הנטל שבו מדובר נראה זהה: רכישת ידיעה על הכללות ויישומן על נתוני המקרה.

2. הנדבך החסר ברציונל עידוד הציות לחוק: קיומן של מוטיבציות חיצוניות לקיום ברור עובדתי

מהו אם כן הטעם להחמרה עם טעות בדין יותר מעם טעות בעובדה? אנו סבורים כי לשני הטעמים שהובאו על ידי מרים גור אריה יש להוסיף את הטעם הנוסף הבא, המבוסס על הרציונל של עידוד ידיעת הציות לחוק: לכל אדם יש מוטיבציות לברור עובדתי שהן חיצוניות למערכת המשפט, וכן חיצוניות לעמדה אתית כלשהי. כלומר, יש לו מטרות שהוא מציב לעצמו, ושאותן הוא חותר להשיג במעשיו, ויש מצבים שמהם הוא מבקש להימנע. אופי טלאולוגי זה הוא מוטיבציה עצמאית לערוך ברור באשר לעובדות הקונטינגנטיות של המצב שבו הוא נתון. זאת אם משום שעשוי להיות בהם דבר מה שהוא חפץ בו, או שהוא מבקש להימנע ממנו, ואם משום שהם יכולים לסייע בידו בהגשמת מטרות אחרות. בדומה לכך יש לו מוטיבציות חיצוניות לרכוש ידיעה של ההכללות עובדתיות הרלוונטיות להתנהלותו היום-יומית (למשל חוקי פיזיקה בסיסיים וכיוצא באלה), דהיינו: השגת מטרותיו והימנעות ממצבים בלתי רצויים לו.⁵⁶

⁵⁵ באשר למוסכמות חברתיות לגבי הסכמה ליחסי מין, ראו: Douglas N. Husak & George C. Thomas II., *Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes* 11 LAW & PHIL. 95 102–103 (1992). מוסכמות חברתיות, למשל כיצד מובעת הסכמה ליחסי מין, הן עובדה שיש לבדוק אמפירית והן עשויות להשתנות במהלך השנים. אדם הטועה באשר למוסכמות חברתיות אלה טועה אפוא לגבי עובדה אמפירית אך זוהי הכללה התנהגותית, ולפיכך השפעתה על "מרחב החירות" שלו רחבה למדי.

⁵⁶ נעמוד בנקודה זו בקצרה על הדומה והשונה בין הגישה המוצעת לתיאורית הפעולה

לעומת זאת, באשר לידיעת האיסור במקרים פרדיגמטיים של טעות בדין – המוטיבציה העיקרית (למעט מוטיבציה האתית)⁵⁷ של אדם מן השורה⁵⁸ לרכוש ידיעה זו היא לא אחרת מאשר הרצון להימנע מפני הסנקציות הפליליות, ובכלל זה הגינוי שמתלווה להרשעה. בהיעדר סטנדרט אובייקטיבי אין לאדם מן השורה אינטרס לבדוק את עמדת החוק הפלילי אשר למעשה שהוא מבקש לעשות, כיוון

התכליתית (Finale Handlungslehre) של ולצל (Weltzel), כפי שאפשר לעמוד עליה ממכלי שני (להצגה של התיאוריה ראו FLETCHER, לעיל ה"ש 39, בעמ' 433–439). גם תיאוריה זו עומדת על אופייה הטלאולוגי של הפעולה האנושית. מכוח זה הציע ולצל לארגן מחדש את היחס שבין אשמה לבין המחשבה הפלילית. לגישתו, המחשבה הפלילית הופכת לחלק מהמעשה הפלילי (דהיינו, לרכיב סובייקטיבי שלו) והיא לא חלק משאלת האשמה. מהלך מושגי זה אפשר לוולצל להפריד בין שאלת המודעות לאי-החוקיות שהיא חלק מהאשמה לבין שאלת המודעות ליסודות העובדתיים של העבירה, ומשכך גם מאפשרת יחס שונה לשניים (לעניין הקשר בין תיאורית הפעולה של ולצל לבין תיאורית האשמה שהוא מציג ראו: Gunther Artz, *Ignorance or Mistake of Law*, 24 AM. J. COMP. L. 646, 647 (1976). אפשר כאמור לראות דמיון מסוים בין התיאוריה של ולצל לגישה המוצעת על ידינו בעצם הצגת הפעולה האנושית כתכליתית במהותה. אך יש גם כמה היבטים השונים באופן מהותי. ראשית, אופן ההנמקה שונה. למיטב הבנתנו ביסוד גישתו של ולצל עומד ניתוח מושגי של מושג הפעולה. דרך זו בוקרה, לדעתנו בצדק, על ידי סילוינג (ראו: HELEN SILVING, *THE CONSTITUENT ELEMENTS OF CRIME* 361–362 (1967) וראו גם הביקורת ב- J. R. du Plessis, *Hans Welzel's Final-Conduct Doctrine – An Importation from Germany We Could Well Do Without*, 101 S. AFRICAN L.J. 301 (1984)). בדומה גם לנו נראית גישה זו כמוטעית, שכן לגישתנו אנו חופשיים לעצב את מושגינו בהתאם לרציונל שאנו מבקשים להניח ביסודם, ואין אנו כפופים להם. אומנם, כאמור גם גישתנו נסמכת על האופי הטלאולוגי של הפעולה האנושית, אך היא מבקשת להשתמש באופי זה כדי להסביר את השוני המהותי המצדיק את היחס השונה. שנית גישתו המושגית של ולצל מובילה לתוצאה שאינה רצויה. לגישתו מכיוון שהמחשבה הפלילית היא חלק מהמעשה הפלילי, המודעות צריכה להיות רק לגבי היסודות המהווים את הגדרת העבירה. התוצאה היא שטעות בעובדה לגבי נתון הרלוונטי לסייג לאחריות הפלילית (למשל, הגנה עצמית מדומה וכדומה) צריכה לידון על פי סטנדרט אובייקטיבי בדומה לטעות בדין, מכיוון שגם היא משתייכת לרובד האשמה. לגישתנו אין טעם ליצור הבחנה זו. האופי הטלאולוגי מספק מוטיבציה לבירור עובדות שבדיעבד מקימות בסיס להצדק באותה המידה שהוא מספק מוטיבציה לבירור עובדות שבדיעבד מקימות את יסודות העבירה. לבסוף, לגישתנו אין כל קושי להתמודד עם קיומן של עבירות רשלנות, משום שאין הטלאולוגיות של המעשה נתפסת כתנאי להגדרתו כמעשה אלא היא מציינת רק עובדה קיימת שיש לה השלכות לעניינו. דהיינו, במרבית המקרים היא מייטרת את הצורך בהטלת סטנדרט אובייקטיבי על הטוען לטעות בעובדה.

במוטיבציה אתית כוונתנו לרצון כן לציית לחוק, לא בשל חשש מענישה, אלא מתוך עמדה אתית המחייבת זאת. רצון זה עשוי, כמובן, להיות מוטיבציה לבדוק מהו המצב המשפטי כדי לציית לו.

כוונתנו בכך היא אורחים מהשורה, להבדיל מבעלי מקצוע (משפטים וכדומה) שלהם יש כמובן מוטיבציה מעשית ללמוד את הדין לצורך עבודתם.

57

58

שבכך רק יגדיל את סיכויו להיענש. האינטרס להגדיל את מידת הציות האובייקטיבי לחוק הפלילי מחייב אפוא הטלת סטנדרט אובייקטיבי שיקבע אימתי אפשר יהיה להכיר בטעות באשר לאיסור הפלילי כהגנה. שונה המצב באשר למקרים הפרדיגמטיים של טעות בעובדה. בהיעדר נסיבות מיוחדות, אין אפוא כל צורך בהטלת סטנדרט אובייקטיבי במישור הטעות בעובדה כדי להשיג רמה מספקת של ציות אובייקטיבי לחוק. אכן עלולים להיות מקרים שבהם מוטיבציות חיצוניות אלה לא יהיו מספיקות, ובמקרים אלה פתוחה בפני המחוקק הדרך לקבוע יסוד נפשי מדרגה נמוכה יותר ואכן הוא עשה כן כאשר מדובר באינטרס חשוב דיו כגון: חיי אדם, שבאשר להם לא אחת נקבעו עבירות רשלנות. עם זאת, בניגוד למקרים הפרדיגמטיים של טעות בדין, הצורך בסטנדרט אובייקטיבי יתעורר במקרים חריגים ולא כעניין שבשגרה.⁵⁹

ד. המבחן המוצע להבחנה בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי

לגישתנו, רציונל עידוד הציות לחוק, על הנדבך הנוסף שהוספנו לו, מצביע על הדרך שבה ראוי להתוות את קו הגבול בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי. כדי להבין כיצד נציג תחילה את מושג העובדות המוסדיות שפותח באופן מיוחד על ידי הפילוסוף ג'ון סירל (John Searle).⁶⁰

לכאורה כנגד הטעם האמור עלולה להיות מועלית טענת נגד הבאה: לעיתים אין לנאשם מוטיבציה לערוך בדיקות נוספות לגבי עובדות קונטינגנטיות מחשש שיתגלו עובדות ההופכות את המעשה אותו הוא מבקש לעשות לעבירה. התשובה לטענה זו היא שכל עוד אין לנאשם חשד סובייקטיבי לגבי מעשה ספציפי (או קטגוריה של מעשים) כי בדיקה עובדתית תגלה עובדות קונטינגנטיות המקימות עבירה, אין לו גם כל סיבה להימנע מהבדיקה העובדתית המתחייבת מהמוטיבציות הרגילות שיש לו במצבים דומים. רוצה לומר, אין בידעתו כל נתון המבחין בין מקרה זה ליתר המקרים שהוא נתקל בהם עד כה, ושהוא יתקל בהם מעתה ולהבא. אולי יכול הוא לאמץ מדיניות כללית של הימנעות מבדיקות עובדתיות בכל מצב שהוא, אבל ברור שהמשמעות המעשית של זה היא כבדה מדי. אם לעומת זאת יש בליבו חשד סובייקטיבי או (מה שהוא למעשה אותו הדבר) שהוא מודע לנתונים המאבחנים בעיניו את המעשה הספציפי ומסווגים אותו כמעשה שבו הסתברות לביצוע עבירה היא גדולה יותר, ניתן יהיה ממילא לפתור זאת על ידי דוקטרינות קיימות כגון: עצימת עיניים.

ראו JOHN R. SEARLE, THE CONSTRUCTION OF SOCIAL REALITY (1995) להצגה מקוצרת של עיקרי התאוריה ראו: JOHN R. SEARLE, MIND, LANGUAGE AND SOCIETY: PHILOSOPHY IN THE REAL WORLD (1999).

59

60

1. עובדות מוסדיות – מהן?

המודל הבא של עובדות מוסדיות מבוסס על התיאוריה שהוצגה כאמור על ידי ג'ון סירל. עם זאת, בשל אופיו של הפרויקט הנוכחי לא יהא צורך בהצגת מכלול ההיבטים התיאורטיים הנוגעים לעובדות מוסדיות, אופן יצירתם וההיררכיה בין סוגי עובדות שונים. בהקשר של מאמר זאת די אם נציג את המאפיינים אשר יתוארו לקמן. אלה יאפשרו לנו לזהות עובדות מוסדיות, ולהבחין במצדיק התייחסות אליהם כאל טעות במצב דברים.

המאפיין הראשון הנחוץ לענייננו הוא קיומם של כללים קונסטיטוטיביים. כללים אלה הם תמיד בעלי הצורה הלוגית הבאה: x בנסיבות C ייחשב כ- Y .⁶¹ בנוסחה כללית זאת הביטוי Y הוא הסטטוס המוענק ל- x . אם בסטטוס האמור Y מתקיים גם המאפיין הנוסף שיתואר בהמשך, אזי סטטוס זה הוא עובדה מוסדית, והכללים הקונסטיטוטיביים הם חלק ממוסד. המוסד כפי שנראה להלן כולל, חוץ מהכללים הקונסטיטוטיביים, גם כללים רגולטיביים באשר לחובות ולזכויות הנובעות מהעובדה המוסדית.

לשם המחשת אופן פעולת הכללים הקונסטיטוטיביים ניקח למשל את הדוגמה של מוסד הכסף. הכלל הקונסטיטוטיבי הרלוונטי עשוי להיות מנוסח כך: "עצם שצורתו כך וכך"⁶² אשר הונפק על ידי בנק ישראל, באישור הממשלה⁶³ ייחשב ככסף".⁶⁴ יצוין כי בדוגמה זו אפשר לראות כי כללים קונסטיטוטיביים יכולים להניח קיומן של עובדות מוסדיות קודמות, כגון: בנק ישראל, נגיד בנק ישראל, ממשלה וכיוצא באלה, שגם הן כוננו על ידי כללים קונסטיטוטיביים. באפשרות לבנות על גבי עובדות מוסדיות קודמות עובדות מוסדיות חדשות – דהיינו, האפשרות להשתמש בביטוי Y של כלל קונסטיטוטיבי אחד כביטוי x או כביטוי C שבכלל קונסטיטוטיבי אחר – באה לידי ביטוי האיטרטיביות (או, בעברית, החזוריות) של עובדות מוסדיות.⁶⁵ עם זאת, בסופו של דבר אם נעקוב אחר העובדות המוסדיות והכללים הקונסטיטוטיביים היוצרים אותן עד

61 Searle, The Construction of Social Reality, שם, בעמ' 114.

62 למשל, הצורה הידועה לנו של מטבע של שקל חדש 1. לפי ס' 31(א) לחוק בנק ישראל, התשי"ד-1954 (להלן: חוק בנק ישראל) צורתם של מעות כסף ושטרות כסף נקבעת על ידי נגיד בנק ישראל בהתייעצות עם המועצה המייעצת ובאישור שר האוצר.

63 ראו ס' 27 לחוק בנק ישראל. מטעמים של שמירה על פשטות הדוגמה לא פירטנו את מכלול הנסיבות (דהיינו, התנאים להוצאת כסף).

64 הדוגמה לקוחה, בהתאמות המחויבות למצב המשפטי במדינת ישראל, מ- Searle, Mind, Language and Society, לעיל ה"ש 60, בעמ' 128.

65 Searle, The Construction of Social Reality, לעיל ה"ש 60, בעמ' 80.

"לשורשיהן" נגיע לעובדות פיזיות גולמיות או לעובדות מנטליות שאינן עובדות מוסדיות.⁶⁶

ראוי לזכור גם כי מבין העובדות המוסדיות ישנן כאלה המכוננות על ידי כללים קונסטיטוטטיביים משפטיים, ולעומתן כאלה שמכוננות על ידי כללים קונסטיטוטטיביים שאינם משפטיים. טלו למשל מוסד כמו משחק השחמט. בין כללי משחק השחמט יש – נוסף על הכללים הרגולטיביים המסדירים את האופן בו מותר להזיז כל כלי וכדומה – גם כללים קונסטיטוטטיביים המעניקים לכלי מסוים סטטוס של היות מלך; היות מלכה; או מגדירים מה ייחשב כניצחון במשחק וכיצא באלה.

המאפיין השני של עובדות מוסדיות הוא שהסטטוס x , המוענק על ידי הכלל הקונסטיטוטטיבי ל- x , מלווה גם בייחוס פונקציה אשר x לא יכול לבצע מכוח תכונותיו הפיזיות בלבד.⁶⁷ למשל, בדוגמה של מוסד הכסף, דף נייר, אפילו מודפסות עליו דמויות כלשהן, ואפילו הונפק על ידי בנק ישראל באישור הממשלה, לא מסוגל לבצע מכוח תכונותיו הפיזיות בלבד את הפונקציה של כסף. זאת בשונה למשל מהאופן שבו סכין ממלאת את הפונקציה של חיתוך מכוח מאפייניה הפיזיים. הפונקציה במקרה זה מושגת מכוח עצם ייחוס הסטטוס של שטר כסף לדף הנייר. לפי המינוח של סירל זהו Status-Function (להלן נתרגם מונח זה לעברית כ"פונקציה סטטוס").⁶⁸

⁶⁶ Searle מציג טקסונומיה שלמה של עובדות אלה וההיררכיה בינן לבין העובדות המוסדיות. הוא מחלק את כלל העובדות לעובדות פיזיות גולמיות (כגון שיש שלג על הר האוורסט) או עובדות מנטליות. אלה האחרונות ניתנות לחלוקה נוספת לעובדות מנטליות לא-אינטנציונאליות (למשל העובדה שכואב לי) ועובדות מנטליות אינטנציונאליות (דהיינו שהן על אודות אובייקט מסוים אליו הן מופנות, למשל, שאני רוצה לשתות מים). העובדות המנטליות האינטנציונאליות נחלקות לעובדות יחידאיות או קולקטיביות, וכך הלאה. (ראו Searle, The Construction of Social Reality, לעיל ה"ש 60, בעמ' 121, להצגה סכמטית של ההיררכיה של העובדות השונות). העובדות המוסדיות היא על פי הטקסונומיה של Searle מצויות בקטגוריה של עובדות מנטליות אינטנציונאליות קולקטיביות. הן, כאמור, מופנות כלפי עצם כלשהו ומיחסות לו Status-Function (ראו להלן). הצגנו דברים אלה בקיצור נמרץ בלבד הואיל ומדובר בהרחבה שאינה נדרשת לענייננו.

⁶⁷ Searle, The Construction of Social Reality, לעיל ה"ש 60, בעמ' 114.
⁶⁸ Searle מציין כי אפשר אומנם להתייחס ישירות ל- X (המופיע בנוסחה הכללית X^n ייחשב כ- Y בנסיבות C) כנושא את אותה הפונקציה במישרין, אך במקרה כזה אותו X יתפקד למעשה באופן סימבולי, דהיינו הוא יסמן משהו מעבר לתכונותיו הפיזיות. בפועל מילים הם הכלי הטוב ביותר לבצע מהלך זה. לעומת זאת, מציין Searle, קשה יותר לחשוב באמצעות הדימוי של עצמים פיזיים כגון הרים, אנשים שכן אלה כוללים מאפיינים בלתי רלוונטיים. ראו Searle, The Construction of Social Reality, לעיל ה"ש 60, בעמ' 73.

סירל מסווג את פונקציות הסטטוס האפשריות לארבע קטגוריות כלליות:⁶⁹

(1) **הענקת כוחות סימבוליים** – כגון: הגאים או סימנים כתובים מקבלים את הסטטוס של מילה או של משפט ואיתו את הפונקציה של ייצוג מה שהוא המשמעות של המילה או המשפט זה; (2) **הענקת כוחות דאונטיים** – דהיינו פונקציית הסטטוס היא הענקת סמכויות, יצירת זכויות, חובות, חירויות וכיוצא באלה. כך, למשל, דף נייר שניתן לו הסטטוס של רישיון נהיגה מאפשר לי לנהוג בלי לעבור עבירה של נהיגה ללא רישיון; (3) **כבוד** – במצב כזה הסטטוס מוערך כשלעצמו; (4) **פונקציות פרוצדוראליות** – עובדות מוסדיות בעלות פונקציה מסוג זה משמשות כחלק מהפרוצדורה של כינון עובדה מוסדית אחרת, שהיא – העובדה המוסדית האחרונה – בעלת אחת משתי הפונקציות הקודמות שהזכרנו (הפונקציה הדאונטית או פונקציה של כבוד). כך, למשל, הכנסת פתק הצבעה לקלפי בעת בחירות לראשות העירייה נחשבת כקול כשר (כמובן בתנאי שהיא עומדת בתנאים מסוימים) והזוכה במרבית הקולות הכשרים מקבל את הסטטוס – בעל הפונקציה הדאונטית – של ראש עיר. הכללים הקונסטיטויטיביים המגדירים מהו קול כשר מעניקים אפוא לפתק הנייר סטטוס ואיתו פונקציה, אשר אותה פתק הנייר לא יכול למלא מכוח מאפייניו הפיזיים בלבד, כחלק מהפרוצדורה של הענקת הסטטוס של ראש עיר. אם כן אפשר לראות את הפונקציה של עובדות מוסדיות מסוג זה כייחוס מותנה של סטטוס בעל פונקציה דאונטית או סטטוס של כבוד. למשל בדוגמה לעיל קול כשר לטובת פלוני מעניק לפלוני סטטוס של ראש עיר בתנאי שיקבל כך וכך קולות כשרים נוספים.⁷⁰

2. עובדות מוסדיות והמשפט הפלילי

מבין ארבע הקטגוריות האמורות אפשר לקבוע כי לענייננו, תחום המשפט הפלילי, רלוונטיות רק שתיים: הפונקציה הדאונטית והפונקציה הפרוצדוראלית. אם נבקש לדייק יותר, אז יש לומר פונקציה פרוצדוראלית במסגרת הפרוצדורה של כינון עובדה מוסדית בעלת פונקציה דאונטית, להבדיל מפרוצדורה של כינון עובדה מוסדית בעלת פונקציה של כבוד בלבד. נסביר. אנו עוסקים כאמור בשאלת הטעות במצב משפטי. העובדות המוסדיות המשפטיות שטעות באשר אליהם יכולה להשפיע על השאלת אם מעשה אסור או שאינו אסור הן מיניה

⁶⁹ למעשה Searle סובר כי בסופו של דבר אפשר להעמיד את כל ארבע הקטגוריות על אחת מהן, הקטגוריה של פונקציות דאונטיות. ראו SEARLE, THE CONSTRUCTION OF SOCIAL REALITY, לעיל ה"ש 60, בעמ' 104–112. הדיון בשאלה זו לא נחוץ לענייננו.

⁷⁰ SEARLE, THE CONSTRUCTION OF SOCIAL REALITY, לעיל ה"ש 60, בעמ' 109.

וביה עובדות שלהן לפחות פונקציה דאונטית אחת – הטלת אותה החובה (או שלילתה) שהפרתה היא עבירה פלילית.

ודוק, אפשר היה לכאורה לחשוב כי סעיפי הגדרה למשל הם כללים קונסטטיטוטיביים המעניקים למילה מסוימת פונקציה סימבולית בלבד, ולא היא. סעיפי ההגדרה – אם הם משפיעים על היקף הדין הפלילי (כגון שהם מגדירים מונח שהסעיף עונשין משתמש בו), אזי הם ממילא מעניקים לפחות שתי פונקציות: 1) פונקציה סימבולית למילה מסוימת המוגדרת על ידם המאפשרת להם לייצג דבר מה במציאות; 2) מעניקים לאותו דבר המסומן על ידי אותו מילה פונקציה דאונטית אחת לפחות. דהיינו, שאותו דבר מטיל על אנשים את החובה שהפרתה היא עבירה פלילית לפי סעיף העונשין שהשתמש באותו המונח. טול, למשל, את הדוגמה שהובאה על ידי בין במאמרו: סעיף האוסר מכירת משקאות משכרים.⁷¹ הוראת חוק המגדירה משקאות משכרים לעניינו של אותו חוק מעניקה לא רק פונקציה סימבולית לצירוף האותיות: "משקה משכר". נוסף על הפונקציה הסימבולית היא גם מגדירה את הסטטוס "משקה משכר לעניין חוק האוסר מכירת משקאות משכרים", שעזמו פונקציה דאונטית אחת לפחות, קרי: הדבר שלו סטטוס של "משקה משכר לעניין החוק" מטיל חובה על אנשים להימנע ממכירתו ללא רישיון. זוהי כמובן פונקציה אשר אותה אין אותו עצם פיזי לא יכול לבצע מכוח התכונות הפיזיות.

הוא הדין לגבי פונקציות כבוד. כחלק מהמשפט הפלילי אין אנו נדרשים לעובדות מוסדיות שעניינן רק הפונקציה של כבוד.⁷² זאת משום שעובדה מוסדית שזוהי הפונקציה היחידה שלה, בהגדרתה אין היא ממלאת פונקציה דאונטית מעבר לכך. אם כן כיצד יכולה היא להשפיע על שאלת קיומו של איסור פלילי שהיא שאלה של חובות או חירויות, דהיינו: שאלה דאונטית.

עוד ראוי להדגיש כי, הגדרה גם היא כלל קונסטטיטוטיבי, מכיוון שהיא מעניקה פונקציה סימבולית לצירוף של צלילים מסוימים או צירוף של סימנים כתובים (דהיינו המילה או המשפט). עם זאת להבדיל מהגדרה גרידא, חלק מהכללים הקונסטטיטוטיביים, נוסף על הפונקציה הסימבולית למילה או משפט (או כל מסמן אחר), מעניקים גם פונקציה לנושא הסטטוס – פונקציה שכאמור

⁷¹ ראו בין "טעות בעובדה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 156.

⁷² אפשר, עם זאת, לחשוב על מצבים שבהם המשפט מסדיר פונקציות של כבוד. למשל ייתכן שיש מדינות שבהן הענקת תארי אצולה (שאינם נושאים איתן כל סמכות, חובות או זכויות יתר) מוסדרת בחקיקה. אך אם זה המצב, ואין התארים הללו מעניקים כל זכות או מטילים חובה על אנשים אחרים כלפי נושאם, אזי ממילא אין הם משפיעים על תחום המשפט הפלילי שבאותה מדינה. במילים אחרות, אם הם משפיעים על היקף תחולתו של סעיף העונשין, אזי ממילא יש חובה אחת עליהם משפיעים החובה שבחוק הפלילי ומיניה וביה אין הם בעלי פונקציה של כבוד בלבד.

נושא הסטטוס לא יכול לבצע מכוח מאפייניו הפיזיים בלבד. עם זאת, במסגרת המשפט לא נוכל למצוא הגדרות גרידא – להבדיל מהשפה שעשויה להכיל כללים שמעניקים רק פונקציה סימבולית – שכן כל הגדרה היא לצורך חיקוק מסוים המטיל חובות או חירויות. מיניה וביה ההגדרות במשפט הפלילי מעניקות למוגדר סטטוס עימו לפחות פונקציה דאונטית אחת (או פונקציה דאונטית מותנית).

3. עובדות מוסדיות והרציונל שבהבחנה בין סעיף 34 יט לחוק העונשין לסעיף 34 יח שבו – הצעה למבחן

בחינת סוגיית הטעות במצב משפטי כשכלים תיאורטיים אלה באמתחתנו מאפשרת לזהות קטגוריה ניתנת לתיחום של עובדות מוסדיות משפטיות,⁷³ שראוי לנהוג בטעויות באשר לכללים הקונסטיטוטביים המכוננים אותן כטעות במצב דברים. זאת אף שמדובר לכאורה בטעות בדיון.

כדי לאתר קטגוריה זו נחזור ונזכיר את הרציונל המצדיק את ההבחנה בין טעות במצב דברים לבין טעות במצב משפטי במלוא היקפה. לפי רציונל זה לבני אדם מוטיבציה חיצונית לחקור ולברר באשר לעובדות גולמיות או באשר להכללות על עובדות גולמיות – כגון חוקי טבע בסיסיים. זאת משום שקיומן של עובדות אלה יכול לסייע בהשגת מטרות החשובות להם או לסכל השגתן. בדרך כלל קיומה של מוטיבציה זו מייתר את הצורך להטיל סטנדרט אובייקטיבי על הטוען לטעות באשר לעובדות גולמיות.

מאפיין זה – האפשרות כי בירור יסייע בהשגת מטרות מסוימות – אפשר לדעתנו למצוא גם בקטגוריה הניתנת לתיחום של עובדות מוסדיות, ומשכך גם באשר לאותה קטגוריה מתייטר, בדרך כלל, הצורך בהטלת סטנדרט אובייקטיבי על הטעות. נסביר. אם נפנה מבטינו לתיאור הכללי שהצגנו לעיל נוכל לראות כי אחד המאפיינים המרכזיים של העובדות המוסדיות הוא הפונקציה אותן הם ממלאים. פונקציה אותה, כאמור, אין הם עשויים למלא מכוח תכונותיהם ומאפייניהם הפיזיים גרידא, אלא מכוח עצם סיווגם כעובדה מוסדית מסוימת. לכאורה אפוא אדם המבקש להשתמש בפונקציה שמאפשרת עובדה מוסדית מסוימת הוא בעל מוטיבציה לדעת כי חפץ מסוים הוא אכן בעל אותו סטטוס (אם תמצוי לומר כי הוא אכן נקרא למשל כסף). זאת שכן ללא הסטטוס מאפייניו הפיזיים של אותו חפץ לא יספיקו לביצוע הפונקציה. מוטיבציה זו – לדעת מהו הסטטוס של אדם או של חפץ מסוים – דומה במהותה למוטיבציה שיש לו

⁷³ הדגשנו את המילה משפטיות כדי להבדיל מעובדות מוסדיות שאינן משפטיות. באשר לאלה האחרונות – טעות בכללים הקונסטיטוטביים שלהם ממילא אינה טעות בנורמה משפטית.

לרכוש ידיעה על עובדות גולמיות, מכיוון שהסיווג ומתן הסטטוס הם-הם שמאפשרים את מילוי הפונקציה. זאת בשונה למשל מסכין שיכולה לחתוך גם אם לא תסווג כסכין, חפץ שלא יסווג ככסף לא יוכל למלא את הפונקציה שלו. אפשר לומר אפוא כי הסיווג ככסף במקרה זה הוא אנלוגי כמעט לעובדה גולמית כחדות הסכין שהיא המאפשרת את מילוי פונקציה החיתוך.

מהי הקטגוריה של העובדות המוסדיות המשפטיות לגביהן טענה זאת נכונה? דוגמה אחת היא מוסד הבעלות. טלו למשל פלוני הרוצה להבטיח לעצמו גישה בלעדית לנכס מסוים ולמנוע גישה אחרים אל אותו הנכס. לשם השגת מטרה זו הוא יכול להשתמש במוסד המשפטי של בעלות. אך העובדה המוסדית – בעלות של פלוני על אותו נכס – תוכל לרתום את המערכת המשפטית לצורך הגשמת המטרה שהציב, רק אם אכן חל עליו הסטטוס של בעל הנכס. רוצה לומר, לא די בכך שפלוני חושב שהוא רכש בעלות, אלא הוא צריך לבצע את הפעולות שבאופן אובייקטיבי יביאו לכינון בעלותו בנכס. מטעם זה יש לו לפלוני מוטיבציה לוודא שאכן מערכת המשפט מסווגת סיטואציה מסוימת כבעלות, וכאשר הוא מכונן בעלותו על נכס מסוים כי היא תכונן באופן שמוכר על ידי מערכת המשפט.⁷⁴

דוגמה נוספת היא העובדה המוסדית כי חבר בני אדם x הוא בית המשפט. פלוני הרוצה לכופף את חברו את לבצע פעולה מסוימת יכול, כדי לממש מטרה זו, לפנות לבית המשפט כדי שזה ישתמש בסמכויותיו. שוב גם במקרה זה אין די שפלוני חושב שחבר בני אדם סתמי הוא בית המשפט. לפלוני יש אפוא מוטיבציה לבדוק כי גוף מסוים אכן מסווג כבית משפט על ידי מערכת המשפט. עם זאת, אין דברים אלה נכונים באשר לכל העובדות המוסדיות המשפטיות. טלו למשל מקרה של עובדה מוסדית כהיתר בנייה. לעובדה מוסדית זו יש כמובן פונקציה שהיא התרת פעולה שאלמלי ההיתר הייתה עבירה פלילית. במקרה זה, להבדיל מהדוגמאות הקודמות, אם לא יונהג סטנדרט אובייקטיבי, אזי כדי להשיג את מטרתו ולהימנע מענישה די אם פלוני יאמין סובייקטיבית שדבר-מה הוא היתר כדי שיקבל הגנה. הוא הדין בעובדות מוסדיות שהפונקציה שלהן הוא הטלת חובה על הפרט, כגון שדבר מסוים הוא "משקה משכר לעניין חוק האוסר מכירת משקאות משכרים", אם נחזור לדוגמה שהובאה לעיל ממאמרו של ביין.⁷⁵ גם במקרה זה המוטיבציה של אדם לדעת אם עובדה מוסדית התקיימה אם לאו, היא ברצון להימנע מהעונש שבצד העבירה. אם לא מוטל עליו כל סטנדרט אובייקטיבי, אזי לא תהיה לו כל מוטיבציה לברר את הכללים הקונסטטוטטיביים

⁷⁴ הא ראה, שלשם כך אנשים מוציאים מכספם ופונים לעורכי דין כדי שיבצעו את הפעולות הנדרשות לשם כך.

⁷⁵ ראו ביין "טעות בעובדה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 156.

המכוננים את עובדה זו. הלוא במצב כזה – שבו אין סטנדרט אובייקטיבי – די בכך שאותו אדם האמין סובייקטיבית כי עובדה מוסדית זו לא התקיימה. ויודגש, אין לומר כי מקור השוני בין שתי הדוגמאות הראשונות לשתי האחרונות הוא בכך שהסטטוס של בעלות או של בית משפט לא נוצרו רק לצורך המשפט הפלילי. ראשית, מבחן זה – אם סטטוס הוגדר לצורך המשפט הפלילי – הוא ערטילאי מדי, כפי שנסביר בהמשך בדיון במבחנו של ביין, כך שבכל אופן הוא דורש הבהרה ובירור. שנית, בישומו של מבחן זה ביין ואחרים ראו, בניגוד לאמור לעיל, בהיתרי בנייה וברישיונות שונים דוגמה לטעות בדין לבר-פלילי דווקא.⁷⁶

מהו אם כן מקור ההבדל בין עובדה מוסדית כגון בעלות או כגון בית משפט לבין העובדות המוסדיות בשתי הדוגמאות האחרונות? אנו סבורים כי ההבדל הוא בכך שבשני המוסדות הראשונים אחת הפונקציות שלהם היא לאפשר לפרט (או גוף פרטי) להטיל חובה על זולתו. כך, למשל, מוסד הבעלות מאפשר לפרט להטיל חובה על זולתו, באמצעות כינונה של אותה עובדה מוסדית. גם את הדוגמה של בית המשפט אפשר להסביר באותו אופן אך בשוני קל אחד: כאן הכוח להטיל חובה על הזולת, למשל על ידי צווים, לא נתון במישרין בידי הפרט אלא בידי גוף מוסמך. ראוי אפוא להפריד בין העובדה המוסדית שגוף מסוים הוא בית משפט לבין העובדה המוסדית שדבר שיצא מתחת ידו הוא צו. באשר לעובדה המוסדית הראשונה – שגוף x הוא בית משפט – מטרתה, בין היתר, היא לאפשר לפרטים להטיל חובות על זולתם, ולפיכך טעות בכך היא טעות בדין לבר-פלילי. לעומת זאת, אין הוצאת הצו, בניגוד לפנייה לבית המשפט, בשליטתו של אזרח מן השורה. לפיכך אם אדם טועה בשאלת קיומו של הצו בשל טעות בכללים הקונסטיטוטיוויים (הנוספים על הכללים הקונסטיטוטיוויים המכוננים את עצם בית המשפט), אזי אין מדובר בטעות בדין לבר-פלילי.

העובדה שעובדות מוסדיות אלה מאפשרות לפרטים להשפיע על זכויות ועל חובות היא שעושה אותם שמישים בעיני הפרט. ואילו העובדה כי מדובר בחובות על אחרים היא ששומרת על עניין הפרטים לבר את סיווגם האובייקטיבי גם במשטר משפטי שבו הרשעה בפלילים מותנית במודעות סובייקטיבית. באופן דומה, הכרחי כי העובדה המוסדית תאפשר להטיל חובה על אחר באמצעות פעולה אקטיבית מצידו, שכן אם העובדה המוסדית תלויה בפעולה אקטיבית של

⁷⁶ חוות דעתו של השופט בן בפרשת ויסמרק, לעיל ה"ש 1. כמו כן ראו ביין "קביעת גבול", לעיל ה"ש 4, בעמ' 111–112, המביא כדוגמה לאיסור פלילי שהוא אקססורי בלבד חוק המסדיר את הייצור, ההחזקה והשימוש בכלי נשק ובו סעיפי עונשין נוסף על הוראות אדמיניסטרטיביות ואזרחיות שונות. מכך יש להבין כי גם לגישתו של ביין טעות באשר לרישיון החזקת נשק היא טעות בדין הלב-פלילי.

הפרט שוב אין לו שליטה עליה והיא לא יכולה לשמש כלי בידו להטלת החובות על אחרים.

ניסוח האמור בצורת מבחן כללי למקרים שבהם טעות משפטית היא טעות בדין לבר-פלילי, מוביל למבחן הבא: טעות בדין לבר-פלילי היא טעות (א) בכללים הקונסטיטוטיביים של עובדה מוסדית משפטית בעלת פונקציה דאונטית (בין אם ישירה ובין אם פונקציה דאונטית מותנית, קרי פונקציה פרוצדוראלית); וכן (ב) לפחות אחת המטרות של המוסד האמור היא לאפשר לפרט (או גוף פרטי) באמצעות פעולה אקטיבית מצידו להטיל חובה על זולתו.

4. המבחן המוצע – הבהרות ותשובות לטענות נגד

בשלב זה נבקש לענות על כמה תהיות שעלולות להתעורר בלב הקורא באשר למבחן המוצע, ולהבהיר עניינים נוספים הדורשים הבהרה ביישומי המעשי. תהייה ראשונה, אשר עלולה להתעורר בליבו של הקורא, אפשר לנסח כך: האם הרציונל שביסוד המבחן הוא שלבני אדם תמריץ לברר את הכללים הקונסטיטוטיביים של עובדות מוסדיות מהסוג שתיחם המבחן? אם כן, יתהה בוודאי הקורא, הרי שטענה זאת נסתרת על ידי העובדה הגלויה לעיני כול שאדם מן השורה לא יודע מהם הכללים הקונסטיטוטיביים של עובדות מוסדיות כגון כסף או בית משפט.

תשובתנו לתהייה זאת היא שטענתנו הייתה מוגבלת יותר בהיקפה. כל טענתנו היא שלבני אדם מוטיבציה לוודא שעובדות מוסדיות מהקטגוריה שתוחמה אכן קיימות. בשל כך יש להם גם מוטיבציה לברר כיצד אפשר לזהות את קיומן. במקרים מסוימים מוטיבציה זו עשויה להביא לכירור הכללים הקונסטיטוטיביים. למשל, כאשר זו הדרך היחידה לזהות את העובדות המוסדיות, אך במרבית המקרים אין זה המצב. זאת משום שלרבות מהעובדות המוסדיות יש מה שסירל מכנה Status Indicators (להלן נתרגם מונח זה כמסמני סטטוס).⁷⁷ כך, למשל, שטר כסף. לשטר כסף יש מאפיינים חיצוניים המאפשרים לזהות אותו ככסף, ואלה אמורים להיות ערובה שאכן מתקיימים התנאים הנדרשים על פי הכללים הקונסטיטוטיביים לכינונו של שטר כסף. אין בני אדם נדרשים אפוא לדעת מהם הכללים הקונסטיטוטיביים של כסף כדי לבצע בירור ברמה סבירה של הסטטוס של דף נייר מסוים. אדרבה, דווקא העובדה שמסמני הסטטוס הללו מצורפים לשטר מוכיחה שיש לבני אדם מוטיבציה לוודא שאכן יש בידיהם שטר כסף אמיתי, שעמד בתנאים הקונסטיטוטיביים הנדרשים. זאת ועוד, במקרים רבים יש אמצעים המצורפים לשטר לגילוי זיופים (כשבזיוף

⁷⁷ Searle, The Construction of Social Reality, לעיל ה"ש 60, בעמ' 119.

הכוונה למעשה לאי-עמידה בתנאים הקונסטיטוטיביים). העובדה שאנשים טורחים ובודקים כיצד אפשר לזהות זיופים מוכיחה גם היא שמוטיבציה כאמור אכן קיימת. באותו אופן גם באשר לבתי משפט ובאשר לבעלות – לפחות באשר למקרקעין שבעניינם מסמן הסטטוס הוא הרישום בפנקסי הלשכה לרישום מקרקעין – ישנם מסמני סטטוס. במרבית המקרים אין בני אדם נדרשים לדעת את הכללים הקונסטיטוטיביים המדויקים כדי לברר קיומה של עובדה מוסדית. בירור סביר יסתפק בכללים באשר למסמני הסטטוס, דבר שבני אדם אכן משתדלים לרכוש ידיעות לגביהם כפי שראינו באשר למוסד הכסף וכיצא באלה.

בהמשך לתהייה זאת אפשר שיתגלה התוהה מדוע מוגבלת טעות בדיון לבר-פלילי לטעות שמקורה בטעות בכללים הקונסטיטוטיביים. הן אם העיקר הוא כי לפרט מוטיבציה חיצונית למשפט הפלילי לברר את דבר קיומן של עובדות המוסדיות האמורות, תהיה לו מוטיבציה להימנע מטעות באשר להתקיימות העובדה המוסדית בין אם מקור הטעות הוא בכללים הקונסטיטוטיביים ובין אם מקורה אחר. התשובה לשאלה זו היא שטעות שאינה באשר לכללים הקונסטיטוטיביים ממילא אין היא טעות בכלל משפטי ולפיכך אין צורך לסווגה כטעות בדיון לבר-פלילי. למשל אם פלוני סבור שאין הוא נשוי משום שאשתו נפטרה (דבר שבדיעבד מתברר כטעות), הרי שטעותו היא באשר לעובדה גולמית.

קושייה אחרת שעלולה להתעורר עניינה התנאי המגביל את הטעות לכללים קונסטיטוטיביים של העובדה המוסדית. תנאי זה בא להוציא מכלל הטעות בדיון לבר-פלילי טעות שעניינה הכללים הרגולטיביים (דהיינו, החירויות והחובות) הנובעים מהעובדה המוסדית, והוא אחד מההבדלים הבולטים ביותר בין המבחן המוצע על ידי לבין מבחנים אחרים כדוגמת מבחנו של ביין – שהכיר באפשרות כי טעות באשר לזכות (ובכלל זה חירות) או חובה עשויה להיחשב במקרים מסוימים כטעות בדיון לבר-פלילי.

כדי להבין את משמעות הדברים טלו למשל את עניין עג'מי.⁷⁸ באותו עניין הואשמו המערערים, בין היתר, בעבירות של הסגת גבול וגרימת נזק לרכוש שלא כדין בכך שפרצו לדירה תוך שבירת דלת הכניסה ואחד המערערים אף שבר את שמשות אחת הדלתות הפנימיות בדירה. את המעשים האמורים עשו המערערים תוך שהם מסייעים לבעל הדירה, שביקש לתפוס את אשתו, שלה הייתה חזקה בלבדית בדירה, מנאפת. בין יתר הטענות שהועלו בערעור, העלה סנגורם של המערערים את הטענה כי אלה טעו בתום לב לחשוב כי נתונה להם זכות חוקית שכן נלוו לבעל הדירה שאף הרשה להם להשתמש בכוח לצורך הפריצה לתוך הדירה. הסנגור טען כי טעות זו היא טעות בזכויות הנובעות מכוח דיני הקניין ולא

⁷⁸ ע"פ 63/58 עג'מי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 421 (1959).

לגבי הוראות החוק הפלילי ולפיכך דינן כעובדה. בית המשפט, מפי כבוד השופט (כתוארו אז) אגרנט, בהתייחסו לטענה זו ציין כי "אכן מבחינה עיונית טהורה – ואינני קובע מסמרות בנקודה זאת – ייתכן להסכים להשקפה זאת".⁷⁹ עם זאת, קבע בית המשפט כי יש לדון במקרה זה לפי ההוראה הספציפית העוסקת ב"תביעת זכות בתום לב", וקבע כי אין תנאה מתקיימים באותו העניין. בעניין עגמי לא הייתה אפוא כל טעות לגבי עצם הבעלות, אלא באשר לזכויות והחובות שהבעלות מקנה.

אם כן יקשה המקשה מדוע להגביל את הטעות בדין הבר-פלילי לטעויות באשר לכללים הקונסטטיטויטיים ומדוע לא יבואו בגדרה גם טעויות באשר לכללים הרגולטיביים המסדירים את המוסד את הזכויות והחובות הנובעות מעובדה מוסדית זאת. הטעם לכך הוא שהיכולת להטיל חובה על הזולת באמצעות פעולה אקטיבית היא היוצרת את המוטיבציה לברר את קיומה של העובדות המוסדיות שהוגדרו על ידינו. אין מוטיבציה זו קיימת עוד באשר לברור כלל החובות והזכויות המסדירים את המוסד ובוודאי לא באשר לברור מדויק שלהן. נקודה זו דורשת חידוד נוסף, שכן עלולה להתעורר התהייה הבאה: הפונקציה הדאונטית של העובדה המוסדית באה לידי ביטוי בכללים הרגולטיביים (קרי, החירויות והחובות) הנובעים מקיומה. יטען הטוען, כיצד אפוא תיתכן גישתנו שלפיה לאדם יש מוטיבציה מספקת לוודא קיומן של עובדות מוסדיות מסוימות, אך בה-בעת אין לו מוטיבציה מספקת לבדוק מהם הכללים הרגולטיביים הנובעים מאותה עובדה מוסדית ממש? הלא עליו לדעת מה הפונקציה של עובדה מוסדית מסוימת – דהיינו שאפשר להטיל באמצעותה חובות על אחרים ומהן אותן חובות – קודם שירצה בכלל להשתמש בה או לבדוק כיצד מכוננים אותה? והנה תודה, כך ימשיך הטוען, שיש לאותו אדם את המוטיבציה לבדוק מהן החובות שאפשר להטיל באמצעות אותה עובדה מוסדית על אחרים, הוא יידע, מינה וביה, גם מהן החובות שאדם אחר יכול להטיל עליו באמצעות אותן עובדות מוסדיות.

תשובתנו לטענה זאת היא שאכן על אדם לדעת מהי הפונקציה של העובדה המוסדית קודם שתהיה לו מוטיבציה לבדוק כיצד מכוננים אותה. אך, לצורך כך די לו בידעה כללית של הפונקציה. למשל, אין הוא צריך לדעת מהו ההיקף המדויק של החובות המוטלות על זולתו מכוח בעלות שרכוש בנכס מסוים (למשל אימתי יש לוולתו הצדק לפגוע בנכס), די לו שיידע על אופיין הכללי כחובות המבטיחות לו מידה של מונופולין על הנכס.⁸⁰ בכך נבדלים אפוא הכללים

⁷⁹ שם, בעמ' 426.

⁸⁰ בהקשר זה אפשר להוסיף ולומר גם זאת: מגוון המוסדות המוצעים על ידי מערכת המשפט מוגבל יחסית. עובדה זו מסבירה מדוע די לאדם פלוני בידעה כללית בלבד של

הרגולטיביים מעצם קיומה של העובדה המוסדית. אי-קיומה של העובדה המוסדית משמעותה כשלון בהשגת המטרה. זאת ועוד, לו היינו אומרים שדי במוטיבציה לרכוש ידיעה כללית על הפונקציה, שוב לא היה אפשר להבין מדוע באשר לטעות בדין הפלילי אנו מחמירים ודורשים עמידה בסטנדרט אובייקטיבי. הלוא אפשר לומר שלאדם יש אינטרס לדעת מהן החובות המוטלות על חברו מכוח המשפט הפלילי, כדי לדעת עד כמה מוגנים אינטרסים חשובים לו – למשל עד כמה מוגנים חייו, שלמות גופו וחירותו או עד כמה מוגן קניינו. לדעתנו, ברור אפוא שבדיעה כללית זו אין די. זאת שכן הסכנה העיקרית שאת פניה מקדם ההסדר המחמיר עם טעות במצב משפטי אינה הסכנה כי לאנשים לא תהיה אפילו ידיעה כללית על האינטרסים המוגנים על ידי המשפט הפלילי, או שיפתחו תפיסה מעוותת עד בלי היכר שלו. הסכנה היא דווקא מהשתרשותן של תפיסות שאינן כה רחוקות מהעמדה שבה נוקט המשפט הפלילי בפועל.

ה. עדיפות המבחן המוצע על מבחנים אחרים שהוצעו בספרות והשוואתו לגישות העולות מהפסיקה

בספרות הישראלית הוצעו שני מבחנים להבחנה בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי. המבחן שהוצע על ידי ביין, שהוא במוצהר ניסיון להכללה של ההלכות בעניין טעות בדין לבר-פלילי,⁸¹ ומבחנו של פלר. שניהם הוצעו על רקע הדין שקדם לתיקון 39 לחוק העונשין. פסיקת בית המשפט העליון אף היא התייחסה למבחנים אלה בעניין ויסמרק, אך ללא הכרעה ברורה, כשהשופט בך צידד במבחן שהוצע על ידי ביין,⁸² ואילו השופט מצא צידד במבחנו של פלר.⁸³ נוסף על מבחנים אלה, עולות מהספרות הזרה כמה הצעות נוספות באשר למבחן הראוי. בפרק זה נראה את עדיפותו של המבחן המוצע על ידינו על מבחנים אלה.

הפונקציה שמשרת מוסד מסוים. במילים אחרות, וביתר פירוט, אין לפלוני ברירה בין מוסדות שונים שאחד מהם תואם לחלוטין את המטרה שהוא מבקש להשיג. הברירה היחידה שלו היא לבחור את המוסד הקרוב ביותר למטרות אותן הוא מבקש להשיג ולצורך כך די בידעה כללית של הפונקציה שמשרת מוסד מסוים. יוצא מכלל זה הוא מוסד החווה המאפשר חופש רב יחסית בעיצוב תכניו, אבל במקרה זה התכנים עצמם של החווה הן עניין קונטינגנטי-עובדתי, ואילו באשר לחובות הכלליות הנגזרות מעצם מוסד החווה שוב אין מגוון בין מוסדות שונים שמטרת להשיג את אותה המטרה.

81 ראו ביין "קביעת גבול", לעיל ה"ש 4, בעמ' 112.

82 פרשת ויסמרק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 716.

83 שם, בעמ' 723.

1. מבחנו של פלר

פלר הציע מבחן לקביעת הגבול בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי, הרואה את כל התשתית הנדרשת לצורך פרשנותו של סעיף העונשין כחלק מסעיף העונשין. טעות באשר לתשתית זו, ובכלל זה טעות באשר לנורמות משפטיות המגדירות מונחים וביטויים בסעיף העונשין, היא אפוא לעולם בגדר טעות בדין הפלילי עצמו. ואילו רק מה שמעבר לתשתית זו עשוי להיחשב כטעות בדין הבר-פלילי. כלשונו של פלר:

"[...] הנורמה המשפטית אשר מגדירה את העבירה וקובעת את מידת האחריות בגינה, מהווה גוף אחד עם התשתית הפרשנית, הלשונית והמשפטית, על תוכנה המילולי והמינוחי. תשתית זו, כשלעצמה, מהווה מערכת נורמטיבית – לשונית ומשפטית, מקובלת או כתובה – משלימה, של הנורמה המגדירה את העבירה; הכל ביחד כלול בביטוי 'נורמה פלילית'. זהו הגבול המבדיל, הנחוץ והמספיק, בין תחום החוק הפלילי לבין תחום החוק הבר-פלילי, שהנו מורכב מנורמות מקבילות בלבד"⁸⁴ (ההדגשות שלנו – המחברים).

בשל כך סבור פלר כי:

"[...] אם אסור לתת הצהרה כוזבת ביחס להרשעות בבית-משפט, כי אז, על כל אדם החייב להצהיר על עברו הפלילי לדעת כי, לפי משמעותו המשפטית הנכונה והמלאה של הביטוי 'בית-משפט' כולל גם את בתי הדין הצבאיים; אם אסור להימנע מלדווח על רווחים מעיסקאות בעלות אופי מסחרי הטעונות, לפיכך, מס הכנסה, כי אז, על האדם לעמוד על טיב עיסקאותיו מבחינה משפטית, כדי לא להפר את האיסור האמור. כלומר, כל ההגדרות המשפטיות של המונחים והביטויים בהם משתמשת אותה נורמה, נקלטות ונבלעות בתוך לשון הנורמה הפלילית, אף אם הגדרות אלה אינן בלעדיות לצרכי הנורמה האמורה ומיקומן בפרקים אחרים של אותו דבר חקיקה, או בדברי חקיקה אחרים מזה"⁸⁵ (ההדגשה שלנו – המחברים).

⁸⁴ פלר "טעות בחוק הפלילי או הבר-פלילי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 512.

⁸⁵ שם, בעמ' 541. הדוגמאות הקונקרטיות הניתנות על ידי פלר במקרה זה מתייחסות כמובן לעניין פלוני (לעיל ה"ש 1) ולפרשת אייזיקס (לעיל ה"ש 1), בהתאמה.

לכאורה, אין עמדה זו מותירה כל מקום לקטגוריה של טעות בדין לבר-פלילי, שכן כל טעות במצב המשפטי שהיא בעלת השלכה אפשרית על התגבשות העבירה היא ממילא טעות בדין הפלילי. אך, למרבה הפלא, אין פלר סבור כך. לדידו אפשר שיהיו מקרים שבהם טעות במצב משפטי, שהיא לא טעות הנוגעת "להבנה מילולית או לפרשנות המשפטית של לשון האיסור", ואשר יצרה אצל אדם דימוי של מערכת עובדות שאינו הולם את המציאות. במקרים אלה אם מערכת עובדות זו שונה ממערכת היסודות ההיפותטית בה תלויה היווצרות העבירה, יש בכך, לגישתו של פלר, טעות בעובדה "ללא כל פיקציה".⁸⁶

עמדה זו מעוררת תמיהה. כיצד יכולה טעות באשר למצב המשפטי לגרום לטעות בעובדה, שלא באמצעות הגדרה ופרשנות? הלא המשפט לא יכול להניע עצמים במציאות או לשנותם. זאת אלא אם כן בתיווכם של בני אדם מתוך כך שהוא – דהיינו, המשפט – מספק להם טעם לפעול ולגרום לשינויים אלה.

אפשר אולי היה לסבור שכוונתו של פלר למצבים שבהם המשפט הוא אינדיקציה לדרך התנהגותם של בני אדם,⁸⁷ ובכך גרם לפלוני טעות באשר לעובדות פיזיות ממש, כגון: נאשם שסבר כי המתחם אשר לתוכו הוא משליך סלע הוא מתחם ריק מאדם, משום שסבר בטעות כי קיים חוק האוסר על כניסה לתוך המתחם. אלא, שבדיעבד, מתברר שטעה והסלע פגע באדם והרגו. במקרה זה אכן אפשר לדבר על מצב שבו טעות במצב משפטי גרמה לטעות בעובדה פיזית ממש. דא עקא, אין אלה המקרים שאליהם מתייחס פלר, והדוגמאות המובאות על ידו תלמדנה.

פלר מביא שתי דוגמאות לטעויות שתחשבנה כטעויות בדין לבר-פלילי על פי המבחן המוצע על ידו. הדוגמה הראשונה, המבוססת על עניין וינברג,⁸⁸ היא של אדם שנשא בחוץ לארץ אישה לא-יהודייה בנישואין אזרחיים התקפים על פי דין מקום הנישואין. לאחר שעלה לארץ הכריז עליו בית הדין הרבני כרווק שרשאי להינשא בשנית. לדידו של פלר אם נשא אותו אדם אישה אחרת, מתוך אמונה כנה כי בית הדין הרבני היה מוסמך להחליט כפי שהחליט, אזי מדובר בטעות בדין לבר-פלילי. זאת משום ש:

⁸⁶ פלר "טעות בחוק הפלילי או הבר-פלילי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 543–544. כן ראו פלר יסודות בדיני העונשין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 564), שם הוא מסכם בקצרה את עמדתו כך: "דין לבר-פלילי הוא כל חיקוק שטעות האדם בו גורמת אצלו טעות נוספת, בנתון עובדתי בלבד, שבו מותנית לפי הדין הפלילי, פליליות מעשהו, ללא כל זיקה לידיעת דין זה או להבנתו הלשונית ופרשנותו המשפטית" (ההדגשה במקור – המחברים).

⁸⁷ אינדיקציה זו נסמכת על התכונה שצוינה בפסקה הקודמת, דהיינו, שאפשר המשפט ישמש סיבה לבני אדם לפעול ולגרום לשינויים במציאות.

⁸⁸ פרשת וינברג, לעיל ה"ש 1.

"מכלול הנורמות הקובעות את סמכות בתי המשפט בישראל בדבר הפקעה או ביטול נישואין איננה מתייחסת כמלוא הנימה לאי-ידיעה, אי הבנה או פרשנות מוטעית של הנורמה המגדירה את עבירת הביגמיה, על עצם קיומה או על לשונה הרגילה או המשפטית. אי ידיעה בדבר סמכות בתי המשפט בישראל היא, כאמור, אי-ידיעה של נורמות משפטיות הנמנות על תחום הסדרה שונה ונפרד, לחלוטין, מתחום המשפט הפלילי המהותי; אולם, אי-ידיעה זו, של חוק לבר-פלילי, גרמה אצל האדם אמונה במערכת עובדות שהיא שונה ממערכת היסודות ההיפותטית בה תלויה היווצרות עבירת הביגמיה [...]"⁸⁹.

לעניות דעתנו, דברי פלר רחוקים מלשכנע, שכן לגישתו הוא דיני הנישואין כלולים בהגדרת המונח נישואין. גישה עקבית מחייבת את פלר לומר שטעות באשר לשאלת הסמכות לבטל את הנישואין גם היא משום טעות בהגדרה המשפטית של המונח נישואין.⁹⁰ לפיכך, בהתאם למבחן המוצע על ידו, היא טעות לגבי הנורמה הפלילית הנסמכת על הגדרת מונח זה. נסביר.

פלר מציג במאמרו גישה הרואה בכללים הקונסטיטוטביים שיוצרים את מעמד הנישואין כלא יותר מאשר הגדרה מפורטת של המונח נישואין.⁹¹ אם כן, אין כללים אלה אלא הגדרת סדרה של מערכות עובדתיות בהם מוגדר א' כנשוי ל-ב'. אם ניתן דוגמה בשמו של פלר אזי מערכת היפותטית אחת מיני רבות בהגדרה מורכבת זו, תהיה למשל "אם אברהם ושרה עושים x בנסיבות y, אזי אברהם ושרה מוגדרים כנשואים זה לזה".⁹² דא עקא, לפי גישה זו חלק מההגדרה של המונח "נשואים זה לזה" צריך להיות בוודאי גם התנאי שהנישואין לא בוטלו או הופקעו על בית המשפט המוסמך. שכן מי שנישואיו בוטלו או הופקעו על ידי בית המשפט לא מוגדר לפי הדין כנשוי. תנאי זה, דהיינו התנאי השלילי שהנישואין לא הופקעו על ידי בית המשפט המוסמך, הוא אפוא אחת מהנסיבות

⁸⁹ פלר "טעות בחוק הפלילי או הבר-פלילי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 544. על בסיס האמור מבקר פלר את פסיקת בית המשפט העליון בעניין וינברג וטוען כי אם אופייה של הטעות שטען המערער באותו עניין היה כמתואר לעיל, אזי מן הראוי היה לאפשר לו את הגנת הטעות.

⁹⁰ למעשה מה שמוגדר אינו המונח נישואין סתם, אלא המונח א' וב' נשואים זה לזה בנקודת זמן T.

⁹¹ פלר "טעות בחוק הפלילי או הבר-פלילי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 533, 549.

⁹² התייחסות לסטטוס המוגדר כ-א' נשוי ל-ב' היא חסרה מעט. למעשה הסטטוס המוגדר צריך לכלול גם התייחסות לזמן, שכן אדם עשוי להיות מוגדר כנשוי לפרק זמן מסוים ופנוי בפרק זמן אחר, דהיינו הסטטוס צריך להיות א' נשוי ל-ב' בנקודת זמן T. עם זאת לצורכי הדוגמה די בניסוח חסר זה.

שצריכות להופיע בכלל הנסיבות y. והנה אם כך הוא, אזי יוצא שמי שטעה בכללי הסמכות של בתי המשפט בחושבו שנישואיו הופקעו על ידי בית המשפט המוסמך, טעה לחשוב כי המערכת ההיפותטית העובדתית שהוא מודע לה לא מוגדרת כנישואין. למשל, הוא סבור כי מערכת העובדות: (1) א' יהודי; (2) ב' אינה יהודייה (3) א' ו-ב' הופיעו בפני שופט אזרחי בצרפת וכל מהם אמר את המשפט "אני מסכים להינשא לא' או ל-ב'"; (4) בית דין רבני בישראל הוציא מסמך שכותרתו "פסק דין" ושבו כתוב "א' אינו נשוי לב'" – מערכת עובדות זו לא מוגדרת כנישואין.⁹³ אין אפוא כל הבדל מהותי בין אדם שטעה באשר למערכת זו, למי שטעה לחשוב למשל שטקס הנישואין שערך (דהיינו מערכת עובדות פיזיות שהוא מודע להן) לא מוגדר כנישואין על פי הדין. כשם שלדידו של פלר האחרון אינו אלא מי שטעה בהגדרת נישואין, ולפיכך טעה בדין הפלילי⁹⁴ כך גישה עקבית מחייבת אותו לנהוג באופן זהה במקרה בראשון.

הדוגמה השנייה המובאת על ידי פלר מוקשית לא פחות. דוגמה זו מובאת בספרו של פלר שבו הוא טוען כי הטועה באשר לזכות שיש לו ברכוש מסוים בשל טעות בדיני הקניין⁹⁵ – טועה בדין לבר-פלילי.⁹⁶ יש לתמוה מה הוא ההבדל לעניין זה בין הכללים הקונסטיטוטטיביים של נישואין לכללים הקונסטיטוטטיביים הקובעים זכויות קנייניות. מדוע דיני הנישואין הם הגדרה של נישואין וככאלה הם גוף אחד עם סעיף העבירה המשתמש במונח נישואין, ואילו דיני הקניין הקובעים אימתי א' בעלים של מטלטלין או מקרקעין אינם בגדר הגדרה של בעלות, ואינם גוף אחד עם סעיף עונשין שמשמש בהם.

התמיהה גדלה עוד יותר כאשר בוחנים את הדוגמה שמביא פלר למקרה נדיר (לדעתו) הניתן לפתרון לכאן או לכאן. פלר מביא כדוגמה למקרה נדיר מעין זה עבירה שאחד מיסודותיה היא שהנאשם הוא אזרח המדינה. למשל, העבירה של

⁹³ יש לציין כי העובדות האמורות כוללות בחובן כבר כמה עובדות שאינן עובדות פיזיות גרידא, כגון שופט אזרחי בית דין רבני וכדומה. עם זאת, לשם הקיצור, לא פרטנו עובדות מוסדיות אלה לעובדות העומדות ביסודן.

⁹⁴ פלר "טעות בחוק הפלילי או הבר-פלילי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 533.

⁹⁵ ודוק, פלר עוסק בטעות בדיני הקניין שגרמה לטעות באשר לזכות (למשל הבעלות), ולא לטעות בעובדה פיזית שגרמה לה. הוא אף מציין זאת במפורש בכתבו: "אין לנו עניין אפוא עם בעל זכות מדומה עקב טעות בעובדה, כגון מי שעבר לא מזמן לגור בדירה מסוימת ונכנס לדירת שכנו, בהנחה מוטעית, עקב בלבול בין קומות הבניין, שזוהי דירתו; או מי שלוקח עימו חפץ הזולת מתוך הנחה מוטעית שהוא שלו בשל הדימיון החזותי שבין החפצים" (פלר, **יסודות בדיני העונשין** לעיל ה"ש שגיא! הסימניה אינה מוגדרת, בעמ' 575).

⁹⁶ פלר, **יסודות בדיני העונשין**, לעיל ה"ש 8 לעיל, בעמ' 567–571 ו-580–581. לפיכך קבע כי אין צורך בהגנת "תביעת זכות בתום לב" שהייתה קבועה בס' 14 לחוק העונשין לפני תיקון 39.

שירות בכוחות המזוינים של האויב הקבוע כיום בסעיף 101 לחוק העונשין, ואשר אחת מהחלופות אותן הוא מונה היא אזרחות ישראלית. בשאלה אם אדם הטועה בדיני האזרחות, וכתוצאה מכך סבור כי אין הוא אזרח המדינה, פלר מצוין כי אפשר לתת לכאורה שתי תשובות אפשריות:

"האחת, לפיה אמנם המדובר בפרשנות מוטעית של הנורמה המגדירה את העבירה; בהתייחסה ל'אזרח המדינה' כיסוד מיסודות העבירה, קולטת בתוכה נורמה זו את כל התשתית המשפטית של ביטוי זה וכל אי-ידיעה או פרשנות מוטעית של תשתית זו, היא טעות ביחס לנורמה הפלילי גופה; השניה, לפיה, אין כאן טעות מסוג זה, כלל ועיקר; בקבעה את היסוד 'אזרח המדינה' מחייבת הנורמה המגדירה את העבירה האמורה אך ורק לידיעה על הזיקה המיוחדת, בין אדם למדינה, המתבטאת במערכת היפותיטית של זכויות וחבויות גומלין, כלומר למודעות ל'מה' שבאזרחות, אולם לא מעבר לכך".⁹⁷

פלר מצוין כי דעתו נוטה לאפשרות הראשונה, דהיינו, כי אי-ידיעת דיני האזרחות היא טעות לגבי הגדרת האזרחות ולכן היא טעות לגבי הנורמה הפלילית גופה. איננו רואים היכן מצוי במבחנו של פלר הקריטריון המבחין בין שלושת המקרים הללו. מדוע לגישתו של פלר ברור שהגדרת הנישואין הנקלטת לתוך הנורמה הפלילית כוללת בחובה את השאלה מי הוא נשוי – כל עוד אין מדובר בשאלה הנוגעת לסמכות בית הדין להפקיע את הנישואין. אך ברור באותה מידה שהגדרת הבעלות הנקלטת לתוך הנורמה הפלילית לא כוללת בחובה את השאלה מיהו בעלים (אלא כנראה רק את ה'מהו' בעלים) ואילו באשר לאזרחות – ספק! ייתכן כך וייתכן כך.

לדעתנו שלוש הדוגמאות הן מקרה אחד. ואכן התשובה שמספק המבחן שמוצע על ידינו בשלושת המקרים אחד הוא. שלושת המוסדות הנדונים (מוסד הנישואין, מוסד הבעלות ומוסד האזרחות) בדוגמאות אלה הם מוסדות משפטיים שלפחות אחת המטרות שלהן היא לאפשר לפרט (או גוף פרטי), באמצעות פעולה אקטיבית מצידו, להטיל חובה על זולתו. משכך טעות באשר לכללים הקונסטיטוטיוניים המכוננים נישואין, בעלות או אזרחות היא טעות בדין לבר-פלילי.

המבחן המוצג על ידי פלר רחוק אפוא מלהמציא "את האפשרות המירבית

97 פלר "טעות בחוק הפלילי או הבר-פלילי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 545 בה"ש 87א.

לפתור באורח עקבי את המקרים המומצאים על-ידי המציאות הרגילה",⁹⁸ כפי שהוא מתיימר.

2. מבחנו של בין

בין הציע מבחן שונה באשר להבחנה בין טעות בדין פלילי לבין דין לבר-פלילי.⁹⁹ לגישתו המבחן צריך להיות בהצגת השאלה "האם טעותו של הנאשם או אי ידיעתו של הנאשם של נורמה מסויימת כוללת בתוכה האמירה 'לא ידעתי כי מעשה מסוג המעשים שביצעתי מהווה עבירה'?" (ההדגשות במקור – המחברים).¹⁰⁰ תשובה חיובית על שאלה זו משמעותה, לדידו של בין, טעות בנורמה הפלילית. בין ממשיך וכותב כי "מאידך, אם באחד מיסודות העבירה נכללת זכות, חובה או סטטוס – דהיינו; מצבים משפטיים קונקרטיים שלא הוגדרו באופן מיוחד לצרכי החוק הפלילי, אלא יש להם קיום עצמאי במישור הבר-פלילי, [...] הרי טעות ביחס אליהם נחשבת לטעות ביחס לנורמה לבר-פלילית [...]" (ההדגשות במקור – המחברים).¹⁰¹

חשוב להדגיש כי חלקו השני של המבחן – דהיינו האמירה "זכות, חובה או סטטוס [...] מצבים משפטיים קונקרטיים שלא הוגדרו באופן מיוחד לצרכי החוק הפלילי" – מוסיפה למעשה תנאי שאינו כלול בניסוחו של המבחן כשאלה "האם טעותו של הנאשם [...] כוללת בתוכה האמירה 'לא ידעתי כי מעשה מסוג המעשים שביצעתי מהווה עבירה'?" זאת משום, שגם לגישת בין, אין המילים "שלא הוגדרו באופן מיוחד לצרכי החוק הפלילי" מתארות גרידא את הביטויים "זכות, חובה או סטטוס", אלא באות כדי להוציאו מכללם מקרים שבהם מדובר במושג או סטטוס שהוגדר רק לצורך העבירה הפלילית.¹⁰²

לדעתנו, אלמלא תנאי נוסף זה, היה סיווג טעויות מסוימות על ידי בין, כטעויות במצב משפטי קונקרטי – ומשכך כטעויות שאינן כוללת את האמירה "לא ידעתי כי מעשה מסוג המעשים שביצעתי מהווה עבירה" – נראה כשרירותי לחלוטין. הלוא גם נאשם הטוען כי טעה בהגדרת "זכות, חובה או סטטוס" (למשל

98 שם, בעמ' 545.

99 פרופ' בין דן במבחנו בשני מאמרים שונים: בין "טעות בעובדה"; בין "קביעת גבול, לעיל ה"ש 4.

100 בין "טעות בעובדה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 156.

101 שם.

102 שם, בעמ' 156 בין כותב במפורש: "מאידך, אם יצר המחוקק הפלילי מושג מסויים או סטטוס מסויים שיש לו קיום רק לצורך העבירה הפלילית המסויימת, או לצורך כמה עבירות פליליות כחלק מהגדרת העבירה, הרי טעות ביחס למושג זה הנה טעות ביחס לנורמה פלילית שאינה מצדיקה שחרור מאחריות".

בהגדרה למצב המשפטי הקונקרטי "x ו-y נשואים זה לזה" שהוגדרו שלא לצורך החוק הפלילי טוען למעשה כי לא ידע שמעשה מסוג המעשים שביצע הם עבירה. הרי כל הגדרה מבוססת על הכללות (אלא אם כן מדובר בהגדרה אקסטנציונאלית),¹⁰³ ומשכך טעות בהגדרה מוציאה מהיקף תחולתה קטגוריה של מקרים (דהיינו, סוג).

טלו למשל נאשם x הסבור כי על פי דינו האישי נישואים בין בני דודים מדרגה שלישית בטלים מעיקרא, אף ללא גט כריתות. בשל כך הוא סבור שהוא שאינו נשוי לאשתו y ונישא בשנית לאישה אחרת. הנאשם האמור סבור למעשה כי מעשה מסוג המעשים האלה – דהיינו, נישואין נוספים לאחר טקס נישואין לבני דודים מדרגה שלישית, וללא גט בין לבין – אינו עבירה.¹⁰⁴ אלמלא התנאי האמור כיצד היה אפשר להבדיל בין מקרה זה, שהוא לדעת ביין טעות בדין לבר-פלילי, לבין בן אדם שיודע כי אסור למכור משקאות משכרים אבל טועה לחשוב שבירה אינה משקה משכר לעניין החוק. שהיא דוגמה המובאת על ידי ביין לטעות שאינה בדין לבר-פלילי.¹⁰⁵ מדוע אי אפשר היה לומר כי אדם זה טעה לגבי מצב משפטי קונקרטי – שהמשקה x הוא משקה משכר. דבריו של ביין בהקשר זה אינם משכנעים. כך, למשל, הוא כותב:

"למשל: נאשם בגניבה הטועה ביחס לזכות בעלותו, על חפץ מסוים, אינו אומר בכך 'לא ידעתי שגניבת רכושו של אדם אחר הנה עבירה', אלא הוא רק טוען שבמקרה הקונקרטי הוא חשב שאינו נכנס בתחומי העבירה, מכיוון שחשב שהרכוש הוא שלו. ואז אין הבדל בינו לבין הטוען טעות בעובדה"¹⁰⁶ (ההדגשה במקור – המחברים).

ביסודם של הדברים המצוטטים יש, לעניות דעתנו, בלבול בין שני מקרים שונים בתכלית. מקרה אחד הוא אדם הטועה בעובדה גולמית, שאם הייתה נכונה החפץ

¹⁰³ הגדרה אקסטנציונאלית (extensional definition) היא הגדרה המונה כל אובייקט הנופל בגדרה. למשל, דוגמה להגדרה אקסטנציונאלית היא הגדרת "חבר כיתה י 4" על ידי נקיבה בשמות (נאוה, משה, חיים, אירית...). יצוין כי נדיר למצוא הגדרות אקסטנציונאליות בעולם המשפט, ובכל אופן אין התאמה בין הקטגוריה שביין מתייחס אליה – "זכות, חובה או סטטוס" שהוגדרו שלא לצורך החוק הפלילי – לבין הגדרות אקסטנציונאליות.

¹⁰⁴ נשוב ונזכיר כי טעות במצב דברים עשויה להיות כללית גם כן כפי שהראנו לעיל, ולפיכך גם היא עלולה לכלול בתוכה האמירה 'לא ידעתי כי מעשה מסוג המעשים שביצעתי מהווה עבירה'?

¹⁰⁵ ראו ביין "טעות בעובדה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 156.

¹⁰⁶ שם, בעמ' 156.

היה אכן בבעלותו. למשל, לוקח חפץ הזולת מתוך הנחה מוטעית שהוא אותו חפץ שאכן מצוי בבעלותו בשל הדמיון החיצוני שבין שני החפצים.¹⁰⁷ אם למקרה זה התכוון ביין הרי שמדובר בטעות שאינה כלל בדין אלא בעובדה גולמית, ולכן אין כלל צורך בדוקטרינה של טעות בדין לבר-פלילי. מקרה אחר, לעומת זאת, הוא אדם הטועה בדיני הקניין ובשל כך הוא סבור שהחפץ שגנב הוא שלו. אם למקרה זה כוונתו של ביין הרי שוודאי וודאי אפשר לומר על אדם זה שהוא סובר בטעות שסוג מסוים של מעשים הוא מותר. והשוו לדוגמה שהבאנו לעיל בעניין נישואי בני דודים ממדרגה שלישית. כלומר, אם הגנב טעה בדיני הקניין, אזי מכוח כלליותם של דינים אלה הוא טעה לגבי האיסור בסוג של מעשים ולא רק לגבי מקרה קונקרטי. אין טעותו של נאשם כללית פחות מטעותו של אדם הסובר בטעות כי אומנם יש איסור על גניבה אבל הוא לא חל על חפצים שהם פחות משווה פרוטה.

נוכח האמור יש לראות את עיקר הדגש במבחנו של ביין, וככל הנראה זה גם הדגש בעיניו של ביין עצמו,¹⁰⁸ בשאלה, האם מדובר במושג שהוגדר באופן מיוחד לצורכי החוק הפלילי? נדבך זה של המבחן נראה כאינפורמטיבי יותר. לעומת זאת, החלק הראשון של המבחן – דהיינו, האם טענת הנאשם בתוכה האמירה 'לא ידעתי כי מעשה מסוג המעשים שביצעתי מהווה עבירה?' – נראה לי כמיותר וכתלוי בבחירה שרירותית.¹⁰⁹

עם זאת, גם בנדבך זה של המבחן – אם המושג הוגדר לצורך המשפט הפלילי – אנו רואים כמה קשיים. הקושי הראשון הוא בכך שביין לא מציע מבחן כללי וברור באשר לשאלה אימתי יש לראות מונח כמוגדר לצורך העבירה ואימתי לאו. טלו למשל את עניין ויסמרק. באותו עניין כנגד שני המשיבים הוגש כתב אישום המייחס להם עבירה של שימוש במבנים ללא היתר, בניגוד לסעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. זאת משום שניהלו נגרייה באזור המסווג כאזור מגורים. כעניין שבעובדה קיבלו כל שופטי ההרכב בערעור את הטענה כי המשיב 2 סבר בטעות כי רישיון ניהול הנגרייה שניתן לו הוא בגדר היתר לשימוש חורג במבנה. האם, לפי מבחנו של ביין, יש לראות בהיתר לשימוש חורג מושג שהוגדר במיוחד לצורך סעיפי העונשין הקבועים בחוק התכנון? או, שמא, מדובר במצב

¹⁰⁷ ראו גם פלר, יסודות בדיני העונשין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 575, המבחין גם הוא בין שני המקרים ומביא מקרה זה כאחת הדוגמאות לטעות עובדתית גרידא, או במינוח שבו אנו נוקטים טעות בעובדה גולמית.

¹⁰⁸ ראו, למשל, מאמרו המאוחר יותר של ביין "קביעת גבול", לעיל ה"ש 4, בעמ' 113, שם מזכיר ביין רק את השאלה אם מדובר "בקומפלקס משפטי שלם [...] אשר לידתו וקיומו כאחד אינם תלויים באיסור הפלילי דווקא".

¹⁰⁹ ראו, למשל, פרשת ויסמרק, לעיל ה"ש 1 שבה כל אחד משני השופטים שכתבו את חוות הדעת החולקות סבר כי מבחן זה תומך במסקנתו.

משפטי שלא הוגדר באופן מיוחד לצורך החוק הפלילי. חוסר הבהירות במבחנו של ביין בא לידי ביטוי גם בעובדה ששני השופטים שכתבו את חוות הדעת הנוגדות באותו עניין, הן השופט מצא והן השופט בך, סברו כי התוצאה שאליה הגיעו עולה בקנה אחד עם מבחנו של ביין.

דוגמה אחרת למקרה שלא ברור כיצד יש לסווגו בהתאם למבחנו של ביין הוא פקודת הפרשנות. לדידו של ביין, טעות באשר למונח המוגדר בפקודת הפרשנות היא טעות בדין הפלילי ולא בדין הלב-פלילי.¹¹⁰ אך כיצד יש במבחנו של ביין כדי להבחין בין מקרה זה למקרים האחרים? מדוע אין הוא רואה במושגים שהוגדרו בפקודת הפרשנות כמושגים שהוגדרו שלא לצורך המשפט הפלילי בלבד? תמיהה דומה העלה פלר במאמרו,¹¹¹ כשתהה מהו ההבדל בין מונחים המוגדרים בפקודת הפרשנות לצורך כל החיקוקים לבין המקרים שבהם רואה "זכות, חובה או סטטוס" דין לבר-פלילי משום שהוגדרו שלא לצורך החוק הפלילי?

הקושי השני במבחן של ביין הוא במישור המהותי. מבחנו של ביין נראה כמרחיב יתר על המידה את היקפו של הדין הלב-פלילי. ייתכן שהטעם להיקף רחב זה היה הרצון, בעת שהוצע המבחן האמור, למתן את גזרת הכלל הגורף דאז ששלל את רלוונטיות הטעות בדין פלילי.¹¹² אלא שהמצב המשפטי הנוכחי שונה, וטעם זה אם היה בו כדי להצדיק מבחן מרחיב בעבר, לא קיים עוד.¹¹³ הרחבה בלתי רצויה זו מצויה לדעתנו בכך, שנוסף על סטטוס, הוא רואה זכות או חובה שהוגדרו שלא לצורך המשפט הפלילי כמקרים של טעות דין לבר-פלילי. במילים אחרות, לפי המבחן האמור טעות בדין לבר-פלילי אינה מוגבלת לטעות בכללים הקונסטיטוטיביים המגדירים סטטוס מסוים אלא היא חלה גם על טעות באשר לכללים הרגולטיביים הנובעים מסטטוס זה, דוגמת המקרה שנידון בעניין עג'מי. כפי שהסברנו לעיל, לגישתנו המוטיבציה החיצונית לבירור עצם קיומן של העובדות המוסדיות שהוגדרו על ידי מבחנו אינה מספקת מוטיבציה לבירור מלא של הכללים הרגולטיביים החלים על אותן עובדות מוסדיות. (למשל מהן הזכויות והחובות הנובעות מבעלות), להבדיל מהבנה של הפונקציה הכללית שלהן. משכך לפי רציונל עידוד הציות לחוק אין הצדקה להוציא טעות באשר

110 ראו ביין "טעות בעובדה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 156.

111 פלר "טעות בחוק הפלילי או הלב-פלילי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 549.

112 ראו דברי ביין "טעות בעובדה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 155 שם הוא מציין במפורש מטרה זו, לאחר הצעות שונות להצדקה שביסוד ההבחנה בין דין פלילי לבין דין לבר-פלילי, ואומר כך: "תהיה ההצדקה לאבחנה האמורה אשר תהיה, הרי תוצאתה הנה רצויה ביותר בכך שהיא מביא לצמצום תחולת העיקרון של 'אי ידיעת החוק' שעל החלתו הרחבה נמתחה ביקורת".

113 השוו לעמדת השופטת ברלינר בפרשת טגר, לעיל ה"ש 20, בפס' 60.

לכללים רגולטיביים אלה מגדר טעות בדין הפלילי גם אם הגדרת העבירה הפלילית מפנה בהקשר זה לזכויות.

3. מבחנים שהוצעו בספרות זרה

שני המבחנים שדנו בהם לעיל הם שני המבחנים שנידונו בספרות המשפטית בארץ, ומשם מצאו דרכם לפסיקה. כעת נבקש להתייחס גם למבחנים ולגישות שהוצעו בספרות הזרה באשר להתוויית קו הגבול בין השניים.

3.1 מבחנו של גלניויל ויליאמס (G. Williams)

ויליאמס בספרו מציע להרחיב את הגנת ה-claim of right, היא המקבילה להגנת תביעת זכות בתום לב במשפט הישראלי, אשר בוטלה בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין,¹¹⁴ לכדי הבחנה כוללת בין טעות במשפט האזרחי לבין טעות במשפט הפלילי. הוא מצדיק הבחנה זו בטענה כי יהיה זה ניצול לרעה של המנגנון הפלילי אם שאלות שנויות במחלוקת של הדין האזרחי תידונה תוך שימוש באמצעי המשפט הפלילי.¹¹⁵ כמו כן, הוא מציין כי יהיה זה מעבר לדרישה החברתית הסבירה לדרוש, תוך איום בעונש, כי אנשים יטמיעו את כל כללי המשפט האזרחי.¹¹⁶

כמבחן עזר להבחנה בין טעות בחוק הפלילי לבין טעות בחוק האזרחי שעשוי לדעתו לסייע להכרעה במקרים רבים בשאלת סיווגה של טעות, המבחן צריך להיות, לדעתו, אם הכלל שלגביו נטענת הטעות, היה מופיע ב"קוד פלילי מנוסח כהלכה" (Well-drafted criminal code).¹¹⁷

הקושי בפתרון זה הוא, כמובן, בכך שהוא לכל היותר דוחק את הבעיה צעד אחד אחורה. במילים אחרות, יש לשאול מהו הקריטריון להכריע בשאלה אם נורמה מסוימת ראויה להופיע ב"קוד פלילי מנוסח כהלכה". דומה שגם ויליאמס ער לקושי וחוסר הבהירות במבחנו, ובלית ברירה הוא כותב:

"It is submitted that the courts must do the best they can with such problems, asking themselves whether the

114 ס' 14 לחוק העונשין לפני תיקון 39.

115 WILLIAMS, לעיל ה"ש 40, בעמ' 341.

116 שם, בעמ' 334.

117 שם, בעמ' 343, וראו גם שם, בעמ' 336.

mistaken rule lies, so to speak, at the centre of the crime charged, or belongs only to its general legal background".¹¹⁸

זאת ועוד, בחינת הדוגמאות השונות שהובאו על ידי ויליאמס לסיווג חיקוק כשייך לחוק האזרחי או לחוק הפלילי תצביע, לדעתנו, כי השיקולים ששקל בפועל עניינם שיקולי מדיניות אד-הוק. כך, למשל, כותב ויליאמס כי הצדק באשר לפגיעה בגופו של אדם (interference with the person) יופיעו בקוד פלילי מנוסח כהלכה, ולפיכך אין לאפשר הגנה לנאשם שטעה לחשוב שיש לו הצדק לירות במסיג גבול.¹¹⁹ בהסבירו את ההבחנה בין מקרה זה לבין מקרה של נאשם בעבירה של הזיק בודון (malicious injury) שסבר בטעות כי יש לו הצדק לירות בכלב מסיג גבול טוען ויליאמס כי הטעם הוא בחשיבות העליונה שהחוק נותן לשמירה על גופו של אדם, אשר בניגוד לזכויות הקנייניות בכלב, אינה ניתנת לפיצוי כספי.¹²⁰ אם, לעומת זאת, נאשם שירה בכלב מסיג גבול יועמד לדין בגין עבירה של אכזריות לבעלי חיים, יש לדחות מטעמים הומניטריים את טענתו כי סבר שיש לו הצדק לכך. זאת מכיוון שאדם צריך לדעת שאין הוא רשאי לנהוג באכזריות בלתי נדרשת כלפי כלב מסיג גבול כפי שהוא נדרש לדעת שאסור לו לירות באדם מסיג גבול.¹²¹

ועוד, ויליאמס מסביר כי לא כל טעות הנוגעת לעבירות של פגיעה בגוף ראוי שתידחה. למשל אם נאשם בעבירת תקיפה טעה לחשוב, בשל טעות משפטית, כי המותקף על ידו הוא מסיג גבול – מה שלו היה נכון היה מצדיק את התקיפה – הוא זכאי להגנה. הטעם לכך, לדעת ויליאמס, הוא שיהיה זה בגדר אבסורד לראות בכל דיני הקניין במקרקעין כסניף למשפט הפלילי.¹²²

אם אכן אלה שיקולי מדיניות אד-הוק, המכריעים בפועל בשאלת סיווגה של נורמה כעבירה בחוק אזרחי או בחוק הפלילי. אזי המקום הראוי לשקול אותם הוא בשאלה אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר לפי סעיף 34³⁴ לחוק העונשין, ולא על ידי הוצאת סוגי טעות מסוימים מגדריו של סעיף זה. זאת משום ששיקולים כגון חשיבותו של האינטרס המוגן (פגיעה בגוף לעומת פגיעה

118 שם, בעמ' 343–344.

119 שם, בעמ' 336–337.

120 שם, בעמ' 337.

121 שם, בעמ' 340–341.

122 מעניין לציין בדרך אגב כי לדעת Williams טעות באשר לתנאים המשפטיים למתן רישיון הם חלק מהדין הפלילי מקום שהאיסור הפלילי מתייחס במישרין לרישיון (Williams, לעיל ה"ש 40, בעמ' 344). לפי זה נראה כי עמדתו לגבי מקרה כגון ויסמרק הייתה שמדובר בטעות בדין הפלילי ולא טעות בדין הלבר-פלילי.

ברכוש) והמורכבות של החוק שבעניינו הייתה הטעות הם עניין של דרגה ומידה. דרך המלך להתייחסות לשיקולים אלה היא אפוא על ידי שקילתם באופן ישיר במסגרת מושגי הסבירות, שבהם מוגדרת הסיפא לסעיף 34¹²³ לחוק העונשין, ולא על ידי עיצוב קטגוריה של טעות בדין לבר-פלילי שתוחרג מגדרו של סעיף 34¹²⁴ לחוק העונשין.

3.2 גישת ג'רום הול (J. Hall)

גם לגישתו של הול ישנן טעויות בדין שראוי לדון בהן כאילו היה מדובר בטעות בעובדה, או להכיר בהן כשוללות את התקיימותו של היסוד הנפשי.¹²³ אך קו הגבול המוצע על ידו אינו קו הגבול שבין המשפט הפלילי לבין המשפט שאינו פלילי (non-penal law). חלף זאת הוא מציע כי ההבחנה צריכה להתבסס על ה"חשיבות המוסרית" (moral significance) של הנורמות שבעניינן הייתה הטעות. בהתאם אין לאפשר הגנה במקרים של טעות לגבי חלקים מדיני הנוזקין ודיני המשפחה, המשקפים גם הם ערכים מוסריים בדומה לעבירות החמורות שבמשפט הפלילי.¹²⁴

האם ראוי לאמץ גישה דומה גם לגבי סעיף 34¹²³ לחוק העונשין? נפתח בכך שנאמר כי ההבחנה אותה מבקש לעשות הול לא מתיימרת להיות כלל הבחנה בין המשפט הפלילי לבין המשפט הבר-פלילי. נראה אפוא כי מבחינה לשונית הרכבתה על הדיבור "טעות בדבר קיומו של האיסור הפלילי או בדבר הבנתו את האיסור" נראית מאולצת. זאת בניגוד לגישות שבחנו עד כה ואשר ניסו להתוות את גבולותיו של האיסור הפלילי, ובהתאם יכולות להתלות במילים "האיסור הפלילי". עם זאת, הקושי הלשוני לא היה מכריע בעניינו כנגד גישת הול, לולא הטענות המהותיות אותן נפרט. זאת משום שהיה אפשר לראות את גישתו של הול – גם אם הוא עצמו אינו רואה בה כזו – כיוצקת, למעשה, תוכן במושגים של טעות בדין הפלילי ובטעות בדין לבר-פלילי ונותנת בידינו קריטריון – קריטריון ה"חשיבות המוסרית" של הנורמה – לשם הכרעה בשאלה אילו נורמות נראה בהן כמסתפחות אל האיסור הפלילי ואלה נראה בהן כנותרות מחוצה לו.

הטעם העיקרי לדחיית הצעתו של הול הוא בהצדקה שעומדת ביסוד הצעתו. בהצדיקו את ההבחנה בין שני סוגי הנורמות הולך הול לגישתו הבסיסית כי ההצדקה לכלל כי אי-ידיעת הדין אינה פוטרת הוא בשמירה על האובייקטיביות של ערכי המוסר של הקהילה. בהתאם הוא טוען כי השאלה החשובה היא שאלת

123 JEROME HALL, לעיל ה"ש 39, בעמ' 392–394. יש לזכור כמובן כי לגישתו של Hall בכל יתר המקרים הכלל המוחלט שלפיו אי-ידיעת הדין אינה פוטרת הוא שיחול.

124 שם, בעמ' 349.

"החשיבות המוסרית" של הנורמות לגביהן הייתה טעות. דא עקא, רציונל זה זכה בספרות לביקורת עמוקה ומשכנעת.¹²⁵ יתרה מכך, אין רציונל זה תואם, לכאורה, את ההסדר שאומץ בסעיף 34 ל¹²⁶ לחוק העונשין, שהסטנדרט שנקבע מכיר בהגנת הטעות במצב משפטי גם באותם מקרים שלכאורה הם בגדר טעות בדין הפלילי גופו. הרציונל של הול לא יכול להסביר מדוע להכיר בטעות באשר לחוק שנושא את אותה חשיבות מוסרית, גם מקום שהטעות בלתי נמנעת באורח סביר. קושי נוסף, לא חשוב פחות במבחן, הוא עמימותו של קריטריון ה"חשיבות המוסרית". כך קשה לדעת מהם אותם היבטים בסיסיים המבוססים על ערכי המוסר של דיני הנזיקין ודיני המשפחה וכיוצא באלה.¹²⁶

1. סיכום

במאמר זה נדרשנו לשאלת תוקפה של דוקטרינת הטעות בדין הבר-פלילי בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין, ולשאלת היקפה הראוי. טענו כי הרציונל לעצם ההבחנה טעות במצב דברים לבין טעות במצב משפטי כסייגים לאחריות הפלילית, מצדיק התייחסות לסוג מסוים של טעויות במצב משפטי כאל טעות במצב דברים. דוקטרינת הטעות בדין הבר-פלילי, אם תוגבל לסוג זה של טעויות במצב משפטי, היא אפוא בגדר דין רצוי, ובהתאם גם הפרשנות הנכונה של הדין המצוי.

תחילה הסברנו את הרציונל שעומד ביסוד היחס המחמיר יותר לטעות במצב משפטי לעומת טעות במצב דברים. בהקשר זה טענו כי הרקע לשוני זה הוא באופייה הטלאולוגי של הפעולה האנושית. אופי טלאולוגי זה מיתר במרבית המקרים את הצורך בקביעת סטנדרט אובייקטיבי לטעות במצב דברים משום שהוא משמש מוטיבציה עצמאית לבני אדם לבדוק את הסיטואציה העובדתית שבה הם נתונים, ואת ההכללות העובדתיות הנדרשות להם לצורך הגשמת מטרותיהם. מוטיבציה עצמאית זאת לא קיימת כאשר למקרים הפרדיגמטיים של טעות במצב משפטי.

על יסוד רציונל זה בקשנו להראות כיצד אפשר להתיר את הבעיה הסבוכה של ההבחנה בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי. לצורך כך ביקשנו לנצל תובנות העולות מהתיאוריה הכללית של עובדות מוסדיות שהוצגה על ידי הפילוסוף ג'ון סירל (J. Searle). כפי שהסברנו, סירל עמד על כך כי אחד המאפיינים המרכזיים של עובדות מוסדיות הוא שיש להן פונקצית-סטטוס

125 למשל, במאמריהם HALL; Zupancic; FLETCHER; Houlfagte; Ryu & Hellen, לעיל ה"ש 39.

126 ראו JEROME, לעיל ה"ש 39, בעמ' 397.

(Status-Function), דהיינו, פונקציה אשר אין העצם או האדם נושא הסטטוס מסוגלים למלא מכוח תכונותיהם הפיזיות, אלא רק בשל עצם ייחוסו של הסטטוס לאותו עצם או אדם.

על יסוד האמור ביקשנו להראות כי לגבי קטגוריה מסוימת, וניתנת לתיחום של עובדות מוסדיות משפטיות, מתקיימת מוטיבציה עצמאית הדומה באופייה לזו הקיימת באשר למקרים הפרדיגמטיים של מצב דברים. לעובדות מוסדיות משפטיות אלה יש פונקציה אשר עשויה לסייע לבני אדם בהגשמת מטרות החשובות להם כשלעצמן. משכך יש לבני אדם מוטיבציה עצמאית לבדוק את האופן שבו עצם, אדם או מצב דברים מסווגים בפועל. מוטיבציה זו נובעת מהמאפיין האמור של עובדות מוסדיות, דהיינו, שכוון למלא את הפונקציה המיוחסת להם תלויה בעצם סיווג הסטטוס, וכי פונקציה זו לא עשויה להיות מוגשמת מכוח תכונותיו הפיזיות של העצם או האדם נושא הסטטוס. כמו כן, ביקשנו להראות כי טעמים אלה תקפים אך ורק לגבי הסטטוס של אדם, חפץ או מצב דברים, אך אין הם תקפים לעניין הכללים הרגולטיביים המסדירים את החירויות החובות הנובעות מהסטטוס.

בהתאם לאמור הוצע מבחן לזיהויה של טעות בדין לבר-פלילי, אשר מורכב משני התנאים המצטברים הבאים: (1) הטעות היא באשר לכללים הקונסטיטוטטיביים של עובדה מוסדית משפטית בעלת פונקציה דאוניתית. (2) לפחות אחת המטרות של המוסד האמור היא לאפשר לפרט (או גוף פרטי) באמצעות פעולה אקטיבית מצידו להטיל חובה על זולתו.