

ההבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים

מאת

דורון מנשה, * שי אוצרי**

מאמר זה דן בשאלת ההבחנה בין טעות בדין לבין טעות בעובדה בהגנות המשפט הפלילי. המאמר מבקר תחילה את התפיסה המקובלת של ההבחנה בין טעות בדין לטעות בעובדה, אשר מבחינה בין השניים על בסיס השאלה אם מדובר בטעות באשר לדבר שאפשר לתפסו באמצעות החושים. המאמר מראה שתפיסה זאת בעייתית משום שמקרים פרדיגמטיים של טעות בדין יכולים לנבוע גם מטעות באשר לדברים מוחשיים. מנגד, עובדות מוסדיות אינן ניתנות לתפיסה באמצעות החושים. חלף התפיסה המקובלת המאמר מציע מבחן המתבסס על הרציונל של עידוד הציות לחוק כפי שהמחברים מציעים להרחיבו ולהשלימו לאחר דיון ביקורתי ברציונלים להחמרה עם טעות בדין. המבחן החלופי הוא מבחן דו-שלבי: 1. זיהוי של האיסור הפלילי – האיסור הפלילי הוא הנורמה הנובעת מכלל הסימנים (אם לשוניים ואם לאו) ש- (1) עיקר תכלית עשייתם הוא במילוי פונקצייה במסגרת מוסד המשפט; ו- (2) אינם רכיבי המשמעות היחידאיים, כגון שמות פרטיים (proper names), הצבעה, תיאורים מיידעים יחידאיים וכיו"ב. 2. הגדרת טעות בדין וטעות בעובדה – (א) טעות בדין היא המחדל להסיק כי האיסור הפלילי חל על סט נתון של עובדות אם תחולה זאת נובעת ממובנו של האיסור הפלילי, כפי שזוהה לעיל; (ב) טעות בעובדה היא טעות באשר לקיומו (או חוסר מודעות באשר לקיומו) של סט העובדות כאמור.

א. מבוא. ב. טעות בדין וטעות בעובדה: הקשיים בתפיסה המקובלת. ג. הרציונלים להבחנה בין טעות בדין לטעות בעובדה; 1. המקרים הפרדיגמטיים של טעות בדין וטעות בעובדה; 2. הטעמים המסורתיים להחמרה עם טעות בדין: עקרון האשמה, עקרון החוקיות, החשש מפני ניצול לרעה ועידוד הציות לחוק; 3. מדוע רציונל עידוד הציות לחוק תקף רק לטעות בדין? שיקול הנטל הכבד שבבירור עובדתי ושיקול מרחב החירות הגדול שבטעות בדין; 4. הנדבך החסר ברציונל עידוד הציות לחוק: קיומן של מוטיבציות חיצוניות לקיום בירור עובדתי. ד. גזירת קו הגבול מתוך הרציונלים להבחנה בין

* מרצה בכיר באוניברסיטת חיפה.

** תלמיד לתואר דוקטור באוניברסיטת חיפה. בעל תארי LL.M ו-LL.B מאוניברסיטת חיפה.

טעות בדין לטעות בעובדה; 1. זיהויו של האיסור הפלילי; (א) הצדקת חלקו הראשון של המבחן: "סימנים שעיקר תכלית עשייתם במילוי פונקצייה במסגרת המשפט"; (ב) הצדקת הסייג סימנים ש"אינם רכיבי המשמעות היחידאיים"; 2. הגדרת הטעות בדין והטעות בעובדה. ה. סיכום.

א. מבוא

ההבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים היא מרכזית וחשובה בהגנות בפלילים.¹ והנה עיון בספרות המשפטית יגלה כי טרם נתחמו גבולותיה של

1 הבחנה זאת היא בעלת משמעות בשיטות משפט רבות. ברוב מדינות המשפט המקובל אין למשל סייג כללי לאחריות הפלילית במקרה של טעות במצב משפטי. במדינות אלה הכלל התקף הוא עדיין, במרבית המקרים, הכלל המסורתי של המשפט המקובל, שלפיו "אי-ידיעת הדין אינה פוטרת". אם הוכרה הטעות במצב משפטי כפטור מאחריות הפלילי, היה זה לרוב באופן קזואיסטי ומצומצם למדי (למשל באמצעות קביעה פרשנית כי היסוד הנפשי הנדרש בעברה מסוימת כולל את ידיעת הדין (ראו למשל פסק דין *Cheek v. United States* 498 U.S. 192 (1991) – באשר לאי-ידיעה בעברות מס) או באופן הדומה לזה המוצע על ידי ב-sec. 2.04 של ה-Model Penal Code המונה מקרים שבהם ראוי להכיר בהגנת הטעות במצב המשפטי, כגון טעות במצב משפטי בשל עצה רשמית וכיו"ב ראו: American Law Institution, *Model Penal Code And Commentaries – Official Draft and Revised Comments - Part I* (1985) pp. 267-268. המצב במדינות המשפט הקונטיננטלי שונה, אך גם בהן במרבית המקרים היחס לטעות במצב משפטי מחמיר מהיחס לטעות במצב דברים. סעיף 17 לקוד הפלילי הגרמני קובע כי טעות במצב משפטי תוביל לזיכוי רק כאשר הייתה בלתי נמנעת:

§17. Mistake of Law

If during the commission of an act the perpetrator lacks the appreciation that he is doing something wrong, he acts without guilt if he was unable to avoid the mistake. If the perpetrator could have avoided the mistake, the punishment may be mitigated pursuant to §49(1). (*The American Series of Foreign Penal Codes - The German Penal Code – As Amended as of December 19, 2001* (translated by Stephen Thaman, 2002) p.8.

וכן ראו: Heribert Schumann, "Criminal Law", *Introduction to German Law* (2nd ed., Joachim Zekoll & Mathias Reimann -eds., 2005) 387, pp. 399-400. גם בצרפת הונהגה, עם הקוד הפלילי החדש משנת 1992 וכניסתו לתוקף בשנת 1994, הגנה כללית של טעות במצב משפטי הנחשבת כאחד השינויים הגדולים בקוד החדש ביחס לקודמו. נוסחו של סעיף 122-3 הקובע את ההגנה מתנה גם הוא את ההגנה בהיות הטעות בלתי נמנעת:

A person is not criminally liable who proves that he believed because of a mistake of law which he was not in a position to avoid, that he could legitimately carry out the act. (Catherine Elliott, *French Criminal Law* (2001) p. 124. משם גם התרגום)

לסקירה השוואתית רחבה של המצב המשפטי במדינות שונות, אם כי מיושנת, ראו: Paul K. Ryu & Helen Silving, "Error juris – A comparative study", 24 *U. Chi. L. Rev.*

ההבחנה באופן המניח את הדעת. במאמר זה נבקש להראות כי קו הגבול בין שני המושגים אכן ניתן לניסוח באופן ברור ולא שרירותי – בניגוד לכותבים שטענו כי אי אפשר לקיים את ההבחנה² – ולהציג את האופן שבו ראוי כי קו גבול זה ינוסח. חמקמותו של קו הגבול אינה מפתיעה. הלוא ככלות הכול גם טעות בדין היא טעות בעובדה מסוג כלשהו.³ אדרבה, עצם המושג של טעות מניח קיומה של עובדה במובן הרחב של מילה זו.⁴

כיצד אפוא מבחינים בין סוגים שונים אלה של עובדות? ובכן, נאמר כבר כעת כי התפיסה – המקובלת יחסית בין משפטנים – אשר לפיה ההבדל הוא בכך שטעות בעובדה⁵ עניינה דווקא עובדות הנוגעות לדברים הניתנים לתפיסה בחושים, היא תפיסה

Paul K. Ryu & Helen Silving, (1956-1957) 421, pp. 435-439. וכן מאמרם המערכני: "Comment on Error Juris", 24 *Am. J. Comp. L.* (1976) 689.

Larry Alexander, "Inculpatory and Exculpatory Mistakes and the Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Balyes", 12 *Law & Phil.* (1993) 33

אינו רואים לנכון לדון במסגרת מאמר זה בשאלה מהו בדיוק מושאה של הטעות בדין. בהקשר זה רק נציין כי אפשר להעלות על הדעת לפחות שני מובנים שונים של דין כמושאים אפשריים של הטעות בדין: מובן אחד הוא דין במובן הדסקריפטיבי או התיאורי. על פי מובן זה, התשובה לשאלה מהו הדין במערכת משפטית ספציפית תיגזר מהאופן שבו יכריעו בפועל המוסדות המוסמכים לכך באותה מערכת משפט (למשל בתי המשפט) בשאלה משפטית נתונה; המובן השני הוא המובן הנורמטיבי. מובן זה הוא המובן שבו אנו משתמשים במושג דין כאשר אנו מתייחסים אליו כדבר-מה שצריך להנחות את המוסדות המוסמכים עצמם בהחלטותיהם בשאלה משפטית נתונה. השאלה היא אפוא אם מושאה של הטעות בדין בפלילים הוא דין במובן הנורמטיבי או שמא דווקא דין במובן התיאורי, או אולי שילוב כלשהו של השניים. לנו נראה כי האפשרות המסתברת יותר היא כי מושאה של הטעות בדין הוא דין במובן התיאורי דווקא. טעות בדין במובן הנורמטיבי נראית לנו רלוונטית פחות, אם בכלל, לאשמת הנאשם (ובכלל אפשרות הטעות במובן זה, להבדיל מהמובן התיאורי, תלויה כמובן בעמדה התורת-משפטית שנבחר, ובמיוחד אם אנו מקבלים את תזת התשובה המשפטית היחידה).

עובדה במובנה הרחב ביותר היא הלוא מה שמכוחו טענה היא נכונה או שקרית. ודוק, דברים אלה אינם מוגבלים לתאוריית ההתאמה של האמת (correspondence theory of truth). גם אם נלך לפי תאוריית הלכידות (coherence theory of truth) כדי שטענה מסוימת תהיה נכונה או שקרית, צריך להיות קריטריון לנכונות, שהוא במקרה זה הלכידות (ראו גם: Duncan Sheehan, "What is a Mistake?", 20 *Legal Stud.* (2000) 538, p. 540. הוא כי למושג של טעות אין מובן ללא מושג מתאים של נכונות). אין אפוא מניעה מבחינה לשונית לקרוא עובדה למה שמתחייב מאותו קריטריון לאמת או נכונות.

מבחינה דוקטרינרית הנפקות של טעות ואי-ידיעה כהגנות בפלילים היא לרוב זהה, הגם שלכאורה מן הבחינה העיונית קיים הבדל בין אי-ידיעה לטעות, ראו למשל: Rollin M. Perkins & Ronald N. Boyce, *Criminal Law* (3rd ed, 1982) p. 1028. במסגרת מאמר זה בכל מקום שאומר טעות הכוונה הן לטעות במובן המצומצם והן למצב של אי-ידיעה. עם זאת ראוי לציין שהיו שהציעו להבחין בין טעות לאי-ידיעה מבחינת נפקותם. כך למשל קידי (Keedy) הציע במאמרו (Edwin R. Keedy, "Ignorance and Mistake in the Criminal")

עובדה במובנה הרחב ביותר היא הלוא מה שמכוחו טענה היא נכונה או שקרית. ודוק, דברים אלה אינם מוגבלים לתאוריית ההתאמה של האמת (correspondence theory of truth). גם אם נלך לפי תאוריית הלכידות (coherence theory of truth) כדי שטענה מסוימת תהיה נכונה או שקרית, צריך להיות קריטריון לנכונות, שהוא במקרה זה הלכידות (ראו גם: Duncan Sheehan, "What is a Mistake?", 20 *Legal Stud.* (2000) 538, p. 540. הוא כי למושג של טעות אין מובן ללא מושג מתאים של נכונות). אין אפוא מניעה מבחינה לשונית לקרוא עובדה למה שמתחייב מאותו קריטריון לאמת או נכונות.

מבחינה דוקטרינרית הנפקות של טעות ואי-ידיעה כהגנות בפלילים היא לרוב זהה, הגם שלכאורה מן הבחינה העיונית קיים הבדל בין אי-ידיעה לטעות, ראו למשל: Rollin M. Perkins & Ronald N. Boyce, *Criminal Law* (3rd ed, 1982) p. 1028. במסגרת מאמר זה בכל מקום שאומר טעות הכוונה הן לטעות במובן המצומצם והן למצב של אי-ידיעה. עם זאת ראוי לציין שהיו שהציעו להבחין בין טעות לאי-ידיעה מבחינת נפקותם. כך למשל קידי (Keedy) הציע במאמרו (Edwin R. Keedy, "Ignorance and Mistake in the Criminal")

בעייתית. הקשיים שמעוררת התפיסה המקובלת הם, בקצרה, אלה: ראשית, לא אחת מקורה של טעות בדין הוא טעות הנוגעת לדבר שאפשר לתפסו בחושים (טול למשל מצב שבו פלוני טועה בעניין קיומו של האיסור הפלילי בשל טעות בשאלה הנוגעת להתרחשותו של אירוע פיזי, כגון אם החוק הרלוונטי פורסם בעיתון הרשמי, אם בהצבעה על הצעת החוק בפרלמנט היה רוב וכיו"ב).

הבעיה השנייה בתפיסה המקובלת היא מעמדן של עובדות מוסדיות. עובדות מוסדיות הן כידוע עובדות התלויות בקיומו של מוסד, קרי מערכת כללים קונסטטיטטיביים, המכונן אותן (למשל שטרות כסף שהיו נייר בעלמא אלמלי מוסד הכסף המכונן אותן).⁶ מובן אפוא כי עובדות אלה אינן ניתנות לתפיסה באמצעות החושים אלא הן תלויות גם בקיומו של המוסד המכונן. לכאורה יוצא שיישום עקיב של התפיסה המקובלת היה מחייב לראות בהן טעות בדין.⁷ ובכל זאת – כפי שנראה בהמשך – מסקנה זאת קשה לקבלה באשר לחלק מהעובדות המוסדיות.

75 (1908) 22 *Harv. L. Rev.* (Law) להבחין בין טעות (Mistake), שעשויה לפטור מאחריות פלילית, לאי-ידיעה (Ignorance), שאינה מהווה פטור. עם זאת ראוי לשים לב לאופן שבו המשיג קידי את המונחים טעות ואי-ידיעה. אי-ידיעה לדידו של קידי היא מצב שבו פלוני טוען שלא ידע שהחוק אוסר את המעשה שעשה (כגון אדם הסבור כי החוק אינו אוסר ביגמיה), ולעומת זאת טעות היא מצב שבו הנאשם ידע שיש חוק האוסר על המעשה, אבל טעה במשמעות המשפטית של עובדות מסוימות (ראו: שם, בעמ' 90). הבחנה בעלת אופי דומה בין טעות לאי-ידיעה הוצעה ב-I. H. E. Patient, "Mistake of law – A Mistake?", 51 *J. Crim. L.* (1987) 326. לכותב אחר שהציע גם הוא להבחין בין נפקותה של אי-ידיעה לנפקותה של טעות בדין, אך המשיג את ההבחנה ביניהן 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.* (1995) 12. בניגוד לכותבים הקודמים, אמירטלינגם (Amirthalingam) ממשיג אי-ידיעה כמצב שבו פלוני נעדר כל האמנה (belief) בחוקיות מעשהו, דהיינו מצב שבו הנאשם לא נתן דעתו כלל על שאלת החוקיות. לעומת זאת טעות היא מצב שבו לנאשם יש האמנה בשאלת החוקיות, אך היא אינה תואמת את המצב בפועל. על פי זה מציע אמירטלינגם 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 עמ' 14). השוו גם Douglas Husak & Andrew von Hirsch, "Culpability and Mistake of Law", *Action And Value in Criminal Law* (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder eds., 1993) 157. בה"ש 1 למאמרם, אשר המשיגו את ההבחנה בין אי-ידיעה לטעות בדומה לאמירטלינגם.

6 ג'ון ר' סירל (John R. Searle), שטבע את המונח בעקבות ג'י.א.אם. אנסקומב (G. E. M. Anscombe), מבחין בין עובדות גולמיות (brute fact), שאינן תלויות בקיומה של מערכת כללים קונסטטיטטיביים שמכוננות אותן, לבין עובדות מוסדיות (institutional facts), שהן כאמור עובדות התלויות בקיומם של מוסדות חברתיים מסוימים, כלומר בקיומה של מערכת כללים קונסטטיטטיביים (ראו: John R. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (1969) pp. 50–53).

7 לחלופין התפיסה המקובלת אינה מציגה מבחן הממצה את כל סוגי הטעויות האפשריות.

מלבד התפיסה המקובלת נעשו ניסיונות מעטים נוספים לקביעת קו הגבול. לטעמנו גם ניסיונות אלה בעייתיים, אם משום שיישומם העקיב מביא לתוצאות בלתי מתקבלות על הדעת (מבחינת הרציונל שביסוד היחס השונה לטעות בדין), ואם משום שהם אינם שלמים בהתייחסותם למכלול הבעיות שמעלה ההבחנה.

קודם שניגש לדיון גופו נבקש להעיר שלוש הערות מקדימות: ראשית, מבחינה מתודולוגית מאמר זה הוא בעל מתודולוגיה אינטרפרטיבית. במילים אחרות, אנו מניחים את קיומה של ההבחנה בין שני סוגי הטעות כהבחנה הקיימת באופן פוזיטיבי במרבית שיטות המשפט.⁸ מטרתו של מאמר זה אינה דיון נורמטיבי בשאלה אם יש מקום להותיר על כנו את היחס השונה לשני סוגי הטעות או שמא יש לבטלו כליל, אלא בחירתו של קו הגבול הנותן את ה"פירוש הטוב ביותר" (במובן הדבורקיניאני)⁹ לשיטת המשפט הנוקטת הבחנה זו.

מהמתודולוגיה האינטרפרטיבית שאנו נוקטים נובע כמובן שהדיון בשאלת קו הגבול בין שני המושגים אינה שאלה מושגית טהורה. ואכן דיוננו באשר לקו הגבול ייערך לאורם של הרציונלים להצדקת היחס השונה לטעות בדין לעומת טעות בעובדה.¹⁰ הערתנו השנייה נוגעת להיקפה של השאלה הנדונה במאמר זה. המאמר דן כאמור בשאלת ההבחנה בין טעות בדין לטעות בעובדה כהגנות בפלילים.¹¹ הגבלה זאת אינה עניין של מה בכך. כידוע ההבחנה בין שאלה של משפט לבין שאלה של עובדה עשויה להיות בעלת נפקות בתחומים שונים של המשפט,¹² אלא שהרציונל שביסוד הבחנות

8 ראו: לעיל, הערה 1.

9 ראו: Ronald. M. Dworkin, *Law's Empire* (1986) p. 53.

10 בהקשר זה עשוי מאן דהוא לתהות אם אכן אפשר לדון בשאלה זאת באופן כללי ובמנותק משיטת משפט ספציפית. התוהה עשוי לנסח דבריו כך: "ההסדרים המשפטיים באשר להגנת הטעות בדין והטעות בעובדה משתנים משיטה לשיטה, ולהסדרים השונים עשויים להיות רציונלים שונים המצדיקים אותם. האופן שבו נתווה את קו הגבול מתבסס על רציונלים אלה. אם כן, כיצד אפשר לדון בשיטות המשפט השונות בכפיפה אחת?" עמדתנו באשר לתהייה אפשרית זאת היא שאמנם השוני הזה בהסדר המשפטי הספציפי הנקט בשיטות המשפט השונות עשוי להיות כרוך גם בשוני ברציונל המדויק להצדקתו של ההסדר. חרף זאת אפשר לטעמנו לדון בכפיפה אחת בכל שיטות המשפט המחמירות עם טעות בדין לעומת טעות בעובדה, תוך התעלמות מפרטיהם המדויקים של ההסדרים (למשל אם שיטת המשפט שוללת לחלוטין את ההגנה של טעות בדין או אולי רק מגבילה אותה בתנאים מסוימים, או לתנאים מסוימים). כל זאת משום שבאשר לרציונלים לעצם ההחמרה עם טעות בדין רב הדומה על השונה בין השיטות השונות. מסקנות הדיון שייערך להלן רלוונטיות לכל שיטות משפט אלה, גם אם איננו שוללים אפריורית את האפשרות כי תתחייבנה התאמות מסוימות לפי ההסדר הספציפי הנקט בהן.

11 עם זאת הדיון עשוי להיות בעל נפקות מסוימת לדיון בנושא הקרוב של טעויות מפלילות בדיני הניסיון. זאת במיוחד לגישות מסוימות המבחינות בין טעות מפלילה לטעות שאינה מפלילה על יסוד השאלה אם עניינה הוא הדין או עובדה.

12 ראו למשל: Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, "The Myth of the Law-Fact Distinction", 97 *Nw. U. L. Rev.* (2002–2003) 1796.

אלה – בתחומים כגון דיני ראיות, סדרי דין וכיו"ב – שונה בתכלית. מטבע הדברים, ועל פי המתודולוגיה של מאמרנו, שוני זה במטרת ההבחנה עשוי להתוות קו גבול שונה, ולפיכך אין מקום לדון בכל השאלות הללו יחדיו.

לבסוף הערתנו המקדימה השלישית: במאמר זה איננו דנים בשאלת קו הגבול בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי – דוקטרינה הקיימת בכמה שיטות משפט אחרות מלבד המשפט הישראלי.¹³ לצורכי מאמר זה אנו מגדירים את המושג של טעות בדין ככולל בחובו הן טעות בדין פלילי והן טעות בדין לבר-פלילי.¹⁴ לפיכך נקפיד מעתה ואילך להשתמש במונחים "טעות בדין" ו"טעות בעובדה", שכן הגנת הטעות במצב דברים חלה על פי הפסיקה גם על טעות בעובדה וגם על טעות בדין לבר-פלילי, ואילו הגנת הטעות במצב משפטי מוגבלת אך לטעות בדין פלילי.¹⁵

סדר הדיון במאמר יהיה כדלהלן: פרק ב יציג את הקשיים בתפיסה המקובלת בדבר ההבחנה בין טעות בדין לטעות בעובדה; בפרק ג נפתח בהצגת המקרים הפרדיגמטיים של טעות בעובדה וטעות בדין (תת-פרק ג.1). לאחר מכן נציג את הרציונלים המסורתיים להחמרה עם טעות בדין (תת-פרק ג.2), ונבחן כיצד הרציונל של עידוד הציות לחוק, שהוא הרציונל היחיד שעומד בביקורת לטעמנו, מצדיק את היחס המחמיר למקרים הפרדיגמטיים של טעות בדין (תת-פרק ג.3). נחתום את פרק ג בהוספת נדבך חשוב לרציונל של עידוד הציות לחוק שהכרחי לדעתנו להצדקת היחס המחמיר לטעות בדין (תת-פרק ג.4); בפרק ד נציג, על יסוד הרציונלים להבחנה, מבחן להגדרת קו הגבול בין טעות בעובדה לבין טעות בדין. המבחן המוצע הוא מבחן דר-שלב. השלב הראשון שיוסבר בתת-פרק ד.1. הוא זיהוי האיסור הפלילי. השלב השני של המבחן יוסבר בתת-פרק ד.2. ובו מוגדרות טעות בדין וטעות בעובדה. כפי שנראה, טעות בדין תוגדר

13 בהקשר של המשפט הישראלי שאלת ההבחנה בין השתיים נידונה בעבודת התזה: שי אוצרי, טעות במצב משפטי – היבטים תיאורטיים (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת חיפה, תשס"ח).

14 זוהי הגדרה בלבד. אין כמובן מניעה – מקום שדוקטרינת הטעות בדין הלב-פלילי נוגת – להגדיר את טעות בעובדה ככוללת בתוכה גם טעות בדין לבר-פלילי (שכן דינן שווה), ואילו טעות בדין ככוללת רק מקרים של טעות בדין פלילי. במקרה כזה הרי שהמבחן המוצע על ידינו יהיה לא שלם, ויהיה צורך להשלימו במבחן לקו הגבול בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי (כדוגמת המבחן המוצע באוצרי (שם, שם)).

15 אמנם מדברי בית המשפט בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, בעמ' 931 עולה לכאורה כי הבחנה זו אינה קיימת עוד בשל תיקון 39 לחוק העונשין, אך בע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 21.10.2007), בפסקה 60, קובע בית המשפט כי יש מקום להבחנה גם כיום, והוא מפרש את הדברים שנאמרו בעניין בורוביץ' כך: "הדגש בפרשת בורוביץ' אינו על הטעות בדין הפלילי לעומת טעות בדין הלב-פלילי, אלא על 'שיוכה' של הנורמה: האם היא ממוקמת בדין הפלילי או בדין הלב-פלילי. במילים אחרות, לפי פרשת בורוביץ' הקריטריון היחיד הוא האם מדובר בנורמה עונשית או לא" (שם, שם).

מחדל להסיק כי האיסור הפלילי חל על סט נתון של עובדות אם תחולה זאת נובעת ממובנו של האיסור הפלילי, כפי שזוהה בשלב הראשון למבחן.

ב. טעות בדין וטעות בעובדה: הקשיים בתפיסה המקובלת

התרשמותנו היא כי בעיני מרבית המשפטנים נראית ההבחנה בין טעות בדין לבין טעות בעובדה הבחנה פשוטה יחסית.¹⁶ אך כפי שטענו במבוא, אין זה המצב. התפיסה המקובלת למדי בקרב משפטנים אקדמיים מנסה להבחין בין טעות בעובדה לטעות בדין על יסוד ההבחנה בין מה שאפשר לתפוס באמצעות החושים לבין מה שהוא "אידאה בשכלם של בני האדם"¹⁷ (הבחנה שנראה כי בעיקרה מכוונת להבחנה הפילוסופית בין עובדות גולמיות לבין עובדות מוסדיות). הצגה משוכללת מעט יותר של תפיסה בסיסית זאת אפשר למצוא בדברי סימונס (Simons). לפי סימונס ההבחנה היא כזו:

Mistake and ignorance of *fact* involve perceptions of the world and empirical judgments derived from those perceptions. Mistake and ignorance of *law* involve assessment of whether, given a certain set of facts, the actor would or would not be violating the law...¹⁸

אלא שכבר עיון קל יגלה עד כמה תפיסה זו בעייתית. קושי ראשון בתפיסה זו הוא בכך שלא אחת מקורה של הטעות בדין הוא טעות באשר לעובדה הניתנת לתפיסה באמצעות החושים.¹⁹ טול למשל מצב שבו פלוני טועה בדבר קיומו של האיסור הפלילי בשל טעות באשר להתרחשותו של אירוע פיזי כגון אם החוק כבר פורסם בעיתון הרשמי, או אם בהצבעה על הצעת החוק בפרלמנט היה רוב לתומכים וכיו"ב. ההצבעה בפרלמנט למשל היא אירוע שאפשר לתפוס בחושים, אף על פי כן אם טעות זאת הביאה את פלוני לסבור כי סעיף העונשין של העברה שעבר אינו תקף, הרי שללא ספק זהו עדיין מקרה פרדיגמטי של טעות בדין דווקא (או שלמצער יש להתייחס אליה כאל טעות בדין).

16 ראו למשל: בן ציון להב, "אי ידיעת הדין", מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 165, בעמ' 166–167.

17 ראו למשל עמדתו של ויליאמס (Williams):
Generally speaking a fact is something perceptible by the senses, while law is an idea in the minds of men. (Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part* (1961) p. 287. ו.ש.א. – ד.מ. ו.ש.א. (1961) p. 287.)

18 Kennet W. Simons, "Mistake and Impossibility, Law and Fact, and Culpability: A Speculative Essay", 81 *J. Crim. L. & Criminology* (1990–1991) 447, p. 469

19 השוו: Alexander (לעיל, הערה 2) בעמ' 37.

דוגמה נוספת לטעות באשר לעובדות מוחשיות שמביאה לטעות בדין דווקא היא הדוגמה הזאת: קיימות עובדות מוחשיות המשפיעות על הפירוש הנכון, או על המובן, שיש לתת למילות חוק. כך למשל השאלה מהו הפירוש שיש לתת לדבר חקיקה מסוים יכולה להיות תלויה בתכליתו של דבר החקיקה, והשאלה מה הפירוש שיקדם תכלית זאת באופן הטוב ביותר מעלה לא אחת שאלות אמפיריות.²⁰ חרף זאת נראה לנו מובן מאליו שמי שטועה בעובדות האמפיריות שהביאו את בית המשפט לפרש את הדין פירוש מסוים הוא טועה בדין ולא טועה בעובדה.

לכאורה, אפשר להשיב על קושי זה ולומר כי במקרים אלה רק מקורה של הטעות הוא בטעות בעובדה מוחשית, אבל בסופו של דבר הטעות התבטאה בטעות באשר לקיומו של האיסור הפלילי, שהוא ללא ספק אינו דבר-מה פיזי (גם לא לפי תורת משפט פוזיטיביסטית). למשל, הטועה בעניין ההצבעה בפרלמנט טעה באשר לעצם קיומו של האיסור הפלילי, גם אם המקור לטעות הוא בטעות אחרת שעניינה עובדה מוחשית. תשובה אפשרית זאת היא בעייתית, משני היבטים: ראשית, אם זה המצב הרי שהמבחן אינו עוד השאלה אם הטעות היא באשר לדבר הנתפס באמצעות החושים, אלא מבחן אחר כדלהלן: "טעות בדין היא (1) טעות באשר לקיומו של האיסור או מובנו; או (2) טעות שהרלוונטיות שלה היא מכוח העובדה שהביאה לטעות באשר לקיומו של האיסור הפלילי או מובנו" – כלומר, תוספת השאלה בעניין הינתנות לתפיסה בחושים היא מיותרת.

שנית, כדי שיהיה בתשובה אפשרית זאת פתרון של ממש היא צריכה להתמודד עם קושי נוסף: כידוע טענה משפטית יכולה להיות מנוסחת ברמות הכללה שונות. היא יכולה להיות קונקרטית מאוד כגון "מעשה זה אסור" (כשבזה אנו מכוונים למקרה ספציפי של הריגת אדם), והיא יכולה להיות כללית מאוד כגון "רצח הוא אסור". כדי שנוכל ליישם את הקביעה שטעות בדין היא טעות בדבר קיומו של האיסור הפלילי או מובנו, עלינו לדעת מהי רמת ההכללה של טענה משפטית שבה נמצא "האיסור הפלילי" שטעות בדבר קיומו או מובנו היא טעות בדין.

כדי להבין את האמור טול למשל מקרה שבו הנאשם לא שם לב לתמרוך תנועה (שהוא קונסטיטוטיובי לתחולת האיסור), ולפיכך לא היה מודע לאיסור לנסוע במהירות הגבוהה מ-50 קמ"ש.²¹ השאלה אם הטעות בדבר הימצאותו של התמרוך היא טעות בדין או בעובדה תלויה בשאלה מהי רמת ההכללה של הטענה המשפטית שטעות

20 השוו: Peter Tillers, "The Value of Evidence in Law", 39 *N. Ireland Legal Q.* (1988) 167.

21 למקרה מעין זה השוו: ע"פ 456/69 קופרמן נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(2) 609. לביקורת של מלומדים שטענו כי יש לראות בטעות בעניין קופרמן טעות בדין ראו: רות רבין, "ההגיוניות של טעות בעובדה וטעות בדין", משפטים ב (תשל"ל) 373; ש"ז פלר, "טעות בחוק הפלילי או הלבד פלילי, היכן הגבול?", משפטים ה (תשל"ד) 508. לעומתם מלומדים שראו במקרה זה טעות בעובדה ראו: בן ציון להב (לעיל, הערה 16) בעמ' 169–170.

בעניינה תיחשב טעות באשר לעצם קיום האיסור הפלילי או מובנו. האם רמת ההכללה של "האיסור הפלילי" היא של איסור החל בכל שטח השיפוט של המדינה, ושלפיו אסור לנהוג במהירות העולה על 50 קמ"ש כאשר מוצב תמרור X? או שמא רמת ההכללה היא של איסור החל נקודתית בכל מקום ומקום שבו מצוי התמרור. אם נלך לפי האפשרות הראשונה, חוסר תשומת לב לתמרור לא הביא לטעות בדבר קיומו או מובנו של האיסור "אסור לנהוג במהירות העולה על 50 קמ"ש כאשר מוצב תמרור X", ומדובר אפוא בטעות בעובדה. לעומת זאת לפי האפשרות השנייה, חוסר תשומת לב לתמרור אכן הוביל לטעות בדבר קיומו של האיסור הפלילי "כאן אסור לנהוג במהירות העולה על 50 קמ"ש", ומדובר אפוא בטעות בדין.²²

חשוב לעמוד גם על הזיקה בין מקרה זה לבין מקרה דומה שבו המחוקק היה בוחר לנסח את סעיף העברה תוך שהוא מפרט בגוף הסעיף (או בתוספת לחוק) את כל המקומות שבהם אסורה הנהיגה מעל 50 קמ"ש באמצעות ציון הקוארדינטות. הזיקה שבין שני המקרים (כלומר בין טעות שמקורה באי־ראיית התמרור לבין טעות שמקורה באי־קריאת החוק או התוספת לחוק) היא ברורה. אם כן, יהיה עלינו לתת את הדעת בהמשך גם על השאלה אם הבחירה בטכניקה החקיקתית השונה של הצבת תמרור מצדיקה יחס שונה.

הקושי השני בתפיסה המקובלת, המתבססת על שאלת ההינתנות לתפיסה בחושים, הוא זה: קיימות טעויות שהן לכאורה טעויות בדבר "אידאה בשכלם של בני אדם", והאינטואיציה של מרבית המשפטנים הייתה רואה בהן דווקא טעות בעובדה. דוגמה לכך היא טעות באשר לעובדות מוסדיות מסוימות. טול למשל דבר כה שכיח כשפה עצמה. השפה היא עובדה מוסדית, היותו של דבר־מה מילה או משפט אינו מתמצה בעובדות הגולמיות באשר לתנודות האוויר או לחלופין באשר לרישום כלשהו בדיו על גבי דף נייר וכיו"ב. היותם של צלילים מסוימים מילים או משפטים נסמך על קיומם של כללים קונסטיטוטיביים אשר במסגרתם העובדות הפיזיות (צלילים, כתמי דיו על דף וכו') מוכרות על ידי אנשים אחרים כמילים וכמשפטים בעלי מובן בשפה מסוימת. כללים אלה אינם מצויים בזמן ובמרחב, והם אינם אובייקטים פיזיים של המציאות. ועתה, אם נבקש לצמצם את מושג הטעות בעובדה לטעויות הניתנות לתחושה, נגיע לתוצאות אבסורדיות. תוצאה אבסורדית מעין זו תהיה למשל הטענה כי מי שאינו דובר את השפה העברית ולא הבין אפוא את ההוראות שניתנו לו למשל על ידי שוטר, טעה טעות בדין, וזאת רק משום שאוזנו קלטה את הצלילים המהווים את המילים הנאמרות לו.

22 נראה שזו הדרך שבה הלכה רבין, הכותבת כי "על ידי האקט הפיזי של הצבת התמרור נקבע הדין. אנו יכולים לראות בתמרור המוצב בכביש – הודעה ופרסום הדין, ועל ידי הסחת הדעת ממנו מסיחים את הדעת מהדין ולא מהעובדה" (רבין (לעיל, הערה 21) בעמ' 377).

כדי להתיר את סבך ההבחנה אנו סבורים כי יש לשוב ולפנות לרציונלים שביסוד עצם ההחמרה עם הטועה בדין, ומתוך אלה לגזור את קו הגבול הראוי. לרציונלים אלה נעבור עתה.

ג. הרציונלים להבחנה בין טעות בדין לטעות בעובדה

1. המקרים הפרדיגמטיים של טעות בדין וטעות בעובדה

כאמור תכליתה של הצגתנו את הרציונלים להחמרה עם הטועה בדין היא לשמש בסיס לקביעת קו הגבול בין השנים, או אם תרצו, בסיס לבחירת "הפירוש הטוב ביותר" לקו הגבול. אבל לכאורה כדי שנוכל בכלל לדון בטעם להחמרה עם הטועה טעות בדין לעומת טועה בעובדה, מן ההכרח כי יהיה לנו לפחות מושג ראשוני של מהי טעות בדין ומהי טעות בעובדה. במילים אחרות, אנו צריכים לנסח לפחות את המקרים הפרדיגמטיים של טעות בדין וטעות בעובדה (אם תמצי לומר, הגרעין הקשה שלהם), שלגביהם נאתר את הרציונל להחמרה עם הטועה בדין.

כמקרה פרדיגמטי נניח אפוא דגם של סעיף עונשין הקבוע בקודקס הפלילי של שיטת משפט פלונית, ואשר לפיו: "העושה X בנסיבות C, דינו Y"²³. כדי שמקרה זה אכן יהיה מקרה פרדיגמטי, נניח עוד כי המובן של התקיימות המושגים X ו-C לגבי אובייקט מסוים הוא התקיימות של עובדות גולמיות פיזיות או עובדות מנטליות אינדיווידואליות (להבדיל מהתקיימות דברים המותנים במוסדות חברתיים, ומקל וחומר משפטיים, שנסמכים על עובדות מנטליות המשותפות לרבים). עוד נניח כי האובייקטים שאליהם מתייחסים המושגים X ו-C לא נוצרו או נעשו כדי לשרת תכלית במוסד המשפט (להבדיל למשל מתמרורים). על ידי שני הצמצומים האמורים אנו דוחים לעת עתה את הטיפול בבעייתיות שמקרי גבול אלה מעוררים.

במקרה פרדיגמטי זה טעות באשר לעצם התקיימותו של האיסור הפלילי האמור (קרי האיסור שלפיו העושה X בנסיבות C, דינו Y) או טעות במובנם של X או של C (קרי טעות בשאלה מהן העובדות המהוות את מובנם) הן טעויות בדין. לעומת זאת טעות באשר להתקיימותן של העובדות הגולמיות שהן מקרה של מובנם של X ו-C היא טעות בעובדה.

ויש לשים לב: אין זה משנה לענייננו מהו המקור של כל אחת מהטעויות האמורות. למשל, טעות בדבר התקיימותו של האיסור הפלילי היא טעות בדין גם אם מקורה בהנחה

²³ אפשר כמובן לדון באותה מידה בעברה תוצאתית, אבל כיוון שאפשר להתאים את הדיון שלהלן, בשינויים מחויבים פשוטים, גם לעברות תוצאתיות, החלטנו שלצורך הפשטות מוטב לדון בעברת התנהגות.

המוטעית שמספר הידיים שהורמו בעד בהצבעה על הצעת החוק היה קטן יותר, דהיינו גם אם מקורה בטעות בעובדה גולמית. וכל זאת למה? משום שאין לקבל שהתוצאה תשתנה רק בשל אופן הצגתה של אותה הטענה.

2. הטעמים המסורתיים להחמרה עם טעות בדין: עקרון האשמה, עקרון החוקיות, החשש מפני ניצול לרעה ועידוד הציות לחוק

טעמים שונים הוצעו להצדקת ההחמרה עם טעות בדין לעומת טעות בעובדה. יש שראו בעקרון האשמה את המקור להחמרה עם טעות בדין.²⁴ לפי גישה זאת, אשמתו של הטועה בדין גדולה מאשמתו של הטועה בעובדה, אם משום שהפר חובה הקיימת כביכול לברר את הדין,²⁵ או משום שבחלק מהמקרים של טעות בדין יש מודעות לכך שקיימת פגיעה בזולת.²⁶

24 שורשיו של סוג זה של טיעונים עתיקים, ואפשר למצוא אותו כבר אצל אריסטו, אתיקה – מהדורת ניקומאכוס (י"ג ליבס מתרגם, הוצאת שוקן: ירושלים ותל אביב, תשל"ג–1973), בעמ' 68.

25 Ronald A. Cass, "Ignorance of the Law: A Maxim Reexamined", 17 *Wm. & Mary L. Rev.* (1975–1976) 671, pp. 692–693 וכן Andrew Ashworth, *Principles Of Criminal Law*, (5th ed., 2006), p. 233. רציונל זה הוא 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.* (1994) 105 וראו גם: אוצרי (לעיל, הערה 13) בעמ' 49–51.

26 Husak & von Hirsch (לעיל, הערה 5). נציין כי רציונל זה נראה לנו בלתי מספק, אך אנו סבורים כי אין הכרח לדון בהשגותינו (ראו: אוצרי (לעיל, הערה 13) בעמ' 54–57) במסגרת הדיון הנוכחי בשאלת קו הגבול בין טעות בדין לטעות בעובדה. הטעם לכך הוא שהרציונל-מבוסס-האשמה של הוסק ופון הירש (Husak & von Hirsch) ישים רק בחלק מהמקרים הפרדיגמטיים של טעות בדין. כדי להצדיק את ההחמרה ביתר המקרים הפרדיגמטיים של טעות בדין (למשל, טעות בדבר קיומה של עברה בשל איסור (mala prohibita) גרידא שאין בה מודעות לפגיעה כלשהי באינטרסים של זולתו) נאלצים גם הוסק ופון הירש להסתמך על שיקולי מדיניות (כגון עידוד הציות לחוק שנוכיר בהמשך). קבלתו או דחייתו של הרציונל לא תשפיע אפוא על הגדרת קו הגבול בין טעות בדין לבין טעות בעובדה. במסגרת מאמר זה, המתמקד בהגדרת היקפה של הטעות בדין, אין אנו נדרשים אפוא להכריע סופית בשאלת כוחו של רציונל זה. הטעם המבוסס על אשמתו המוגברת של הטועה בדין לא זכה, למיטב ידיעתנו, לאזכור מפורש בפסיקה הישראלית. אולם אפשר למצוא בפסיקה התייחסות דומה לאמור לעיל באמירה שבעברות (mala in se) (להבדיל מ-mala prohibita) למעשה אין כלל צורך בידיעה פוזיטיבית של הדין, שרק נותן ביטוי משפטי למעשים האסורים מבחינה מוסרית, ובקביעה שבעברות מעין אלה אין אפוא מקום לקבל טענה של אי-ידיעת הדין, וקשה להעלות על הדעת מצב שבו תיטען טענה זו (ראו: ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה, פ"ד סב(3) 307, בעמ' 349).

רציונל אחר, שתומכו העיקרי הוא ג'רום הול (Jerome Hall), התבסס על עקרון החוקיות (או האובייקטיביות של החוק) וכן על אובייקטיביות ערכי המוסר של הקהילה.²⁷

לעומת גישות אלה יש שראו את ההצדקה להחמרה בטעות בדין בטעמים ראייתיים ובחשש לניצול לרעה על ידי הנאשמים. רציונל מעין זה הועלה על ידי ג'ון אוסטין (John Austin).²⁸ לדידו של אוסטין, הכרה עקרונית בהגנת הטעות במצב משפטי תחייב את בית המשפט לדון בשאלות שהן כמעט בלתי פתירות. דבר זה יהפוך, לגישתו של אוסטין, את ניהול המשפט ואת ההכרעה בו לבלתי מעשיים.²⁹

27 Jerome Hall, *General Principles of Criminal Law* (2nd ed, 1960) pp. 382–387. ובפרט ראו בעמ' 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 (1985–1986), הסבור גם הוא כי הטעם לכלל כי ידיעת הדין אינה פוטרת הוא פנינין לשמור על האובייקטיביות של החוק (ראו: למשל שם, בעמ' 57). רציונל זה הוזכר גם בפסיקה ישראלית, וראו לעניין זה: עניין תנובה (לעיל, הערה 26) בעמ' 349, וכן ע"פ 1672/06 בלילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.3.2008) בפסקה 12. רציונל זה אינו משכנע בעינינו (ראו: אוצרי (לעיל, הערה 13) בעמ' 58–61), בין היתר מהטעמים שהובאו על ידי: George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978) pp. 733–734; Laurence D. Houlgate, "Ignorantia Juris: A Plea For Justice", 78 *Ethics* (1967) 32; Ryu & Silving "Error juris – A comparative study", (לעיל, הערה 1), בעמ' 433. כותבים אלה ציינו, בצדק, כי בית המשפט אינו משנה את הדין כאשר הוא מקבל את טענת הטעות בדין, והוא אינו קובע בכך כי המעשה היה מותר, אלא רק קובע כי פלוני לא יישא באחריות בשל ביצוע העברה. האובייקטיביות של החוק אינה נפגעת אפוא, שכן הקביעה כי פלוני לא ייענש אינה משנה את העובדה כי המעשה עצמו היה ונותר בלתי חוקי. כמו כן ציינו כותבים אלה כי התומכים ברציונל זה מבלבלים בין המושג של טענת הצדק (Justification) לבין טענת הפטר (Excuse).

28 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (abridged from the larger work by Robert Campbel, 1920) p. 239. בהעלאת רציונל זה. ראו למשל דברי המשפטן האנגלי בן המאה השש-עשרה–שבע-עשרה, ג'ון סלדן (John Selden), האומר, בהתייחסו לכלל כי אי-ידיעת הדין אינה פוטרת, כי "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: Williams (לעיל, הערה 17) בעמ' 290). ראו גם: Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses*, V.2 (1984) p. 376. (המצרד בטענה זאת ומציין כי זוהי טענת פטור שאין בצדה מוגבלות כלשהי, או אב-נורמליות הניתנת לצפייה או אישוש).

29 Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* (with a new introduction by Tim Griffin, New Brunswick & London: Transaction Publishers, 2005) p. 41. הולמס טען כי הקשיים הראייתיים, אם קיימים ניתנים לפתרון בהטלת נטל השכנוע על הנאשם. ראו גם הדיון והביקורת על הרציונל באוצרי (לעיל, הערה 13) בעמ' 64–68.

לבסוף קיים הרציונל שהוצע על ידי אוליבר ונדל הולמס (O. W. Holmes) לשם הצדקת הכלל הגורף שלפיו "אי-ידיעת הדין אינה פוטרת".³⁰ לפי רציונל זה, הטעם לכלל הוא עידוד הציות לחוק. לפי הולמס:

...to admit 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. (ההדגשות שלנו – ד"מ וש"א).³¹

30 נראה שבלקסטון (Blackstone) הקדימו בהצעת רציונל לכלל כי אי-ידיעת הדין אינה פוטרת. אחד ההסברים שנותן 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 Laws of England* V.1 (A Facsimile of the first edition of 1765–1769, University of Chicago Press, 2002) p. 46).

כאמור, זהו רק אחד ההסברים שמביא בלקסטון ההסבר הנוסף – חזקת ידיעת הדין – מופיע בכרך הרביעי ל-*Commentaries* (ראו: W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* V.4 (A Facsimile of the first edition of 1765–1769, University of Chicago Press, 2002) p. 27 רציונל עידוד הציות לחוק זכה להתייחסות גם הפסיקה הישראלית. ראו לעניין זה: עניין תנובה (לעיל, הערה 26) בעמ' 349, וכן עניין בלילי (לעיל, הערה 27) בפסקה 12.

31 Holmes (לעיל, הערה 29) בעמ' 41. לא מעט כותבים הבינו שלא כהלכה דברים אלה כקובעים שהרציונל שביסוד הכלל הוא עידוד ידיעת הדין. על בסיס הבנה מוטעית זאת ביקר למשל הול את דברי הולמס באמרו שלפיהם משתמע כי ידיעת החוק הפלילי היא בעלת ערך, ואילו למעשה היא לא רלוונטית. קשה לקבל, אומר הול, שהמטרה העיקרית של החוק הפלילי היא עידוד השכלה משפטית. הול מוסיף ואומר כי לפי גישתו של הולמס היינו צריכים לומר כי נאשם שטרח וברק 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, הערה 27) בעמ' 380–381. ביקורתו של הול מבוססת על הבנה מוטעית, לעניות דעתנו, של דברי הולמס. אין להבין את דברי הולמס כקובעים שמטרת הדין הפלילי היא עידוד לימוד תאורטי של הדין כתכלית בפני עצמה. לו זאת הייתה כוונתו, אזי ביקורתו של הול הייתה במקום, ודבריו של הולמס היו דורשים אפוא תיקון כדי שיתאמו לאופן שבו אנו מבינים את דבריו, דהיינו כך: מטרת הכלל כי "אי-ידיעת הדין אינה פוטרת" הוא לעודד את הציות האובייקטיבי לדין – רוצה לומר, הפחתת שכיחותן של ההתנהגויות החיצוניות שהמחוקק ראה בהן מזיקות ובלתי רצויות מטעמים של טובת הכלל. ראו למשל: Cass (לעיל, הערה 25) 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).

קוצר יריעתו של מאמר זה אינו מאפשר דיון מלא ברציונלים אלה. בהערות השוליים שלעיל הפנינו למקומות שבהם בוקרו טעמים אלה ולמקומות שבהם דנו אנו ברציונלים אלה ביתר הרחבה.³²

עם זאת לצורך המשך דיוננו נאמר כי הרציונל היחיד העומד לדעתנו בפני ביקורת הוא הרציונל של עידוד הציות לחוק (ודוק, לו היינו נשאלים באשר לדין הרצוי, הרי שגם רציונל זה אינו יכול להצדיק לדעתנו שלילת ההגנה כאשר אין מידה מינימלית של אשמה). אלא שבהצדקה כפי שהובאה על ידי הולמו חסר נדבך מרכזי, שנבקש להשלימו, ואשר חשוב במיוחד לצורך התוויית קו הגבול בין טעות בדין לטעות בעובדה. לכך נעבור כעת.

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

אין זה ברור, אם מסתפקים בהסברו של הולמו, 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. למשל, היה אפשר לומר כי בדומה לטעות בדין גם הטועה בעובדה יידרש לעמוד בסטנדרט אובייקטיבי של סבירות, מתוך רצון לעודד ציות אובייקטיבי לחוק ומניעת אותן התנהגויות שהוגדרו על ידי המחוקק מזיקות. 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 בהתייחס לרציונל של הולמו כי זה אינו חל בטעות בעובדה משום שלגישתם בטעות בעובדה מדובר ביכולתם של אנשים לקלוט עובדות או נסיבות ולהעריך נכונה. לכן הכרה בהגנה של טעות במצב דברים לא תגרום לטעויות נוספות או לפגיעה בכושר פעילותם של החושים.³³

אלא שהסבר זה אינו נראה משכנע בעינינו. טעות בעובדה אינה טעות הנוגעת לנתונים החושיים שלנו. למעשה אי אפשר לדבר על טעות בנוגע לנתונים החושיים – אלה או שקיימים או שאינם קיימים. הטעות היא בנוגע לקיומם של דברים התואמים אותם במציאות או באשר לדברים שאנו מסיקים מהם. למשל, אי אפשר לומר אפילו על אדם הוזה שהוא טועה בכך שהוא רואה כתם צבע אדום לפניו, שכן צבע אדום אכן נראה

32 להצגת עמדתנו בהקשר זה ראו: אוצרי (לעיל, הערה 13) בעמ' 44–72.

33 בן ציון להב (לעיל, הערה 16), בעמ' 180.

גם אם זו רק הזיה.³⁴ אם הוא טועה, אזי הטעות היא בהאמתו שיש דבר מה התואם כח זה במציאות. אם נעבור לדוגמה שכיחה יותר, נאשם הטועה בדבר הסכמת המתלוננת לקיים אתו יחסי מין³⁵ אינו טועה במה שראה אלא 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 אינו עשוי 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 עשוי להשפיע על הזהירות בבדיקה ובהסקת המסקנות. אדרבה, נראה כי זאת ההנחה שביסוד העברות שהיסוד הנפשי שנקבע בהן הוא של רשלנות או אחריות קפידה. למעשה לולי היה זה המצב – והכלל המשפטי לא היה יכול להשפיע על בירור העובדות במקרים אלה – לא היה כל טעם לקבוע יסוד נפשי של רשלנות בעברות מעין אלה.

מרים גור-אריה מציגה שני טעמים אחרים המצדיקים לדעתה תחולתו של הרציונל דווקא בטעות בעובדה ולא בטעות בדין: (1) הנטל שבהטלת חובת בירור עובדתי הוא נטל כבד מדי, והיא תשלול מאתנו את החירות שלא להיות תמיד במלוא חושינו ולא לשים לב לנעשה סביבנו;³⁶ (2) הטועה בדין נוטל לעצמו מרחב חירות גדול מזה שלוקח לעצמו טועה בעובדה, שכן כל עוד לא הועמד על טעותו ירגיש חופשי לעשות מעשים האסורים על מי שאינם טועים.³⁷

לדעתנו שני טעמים אלה חשובים, אך עדיין חסרים, ובשל כך הם עשויים להצדיק את ההבחנה רק בחלק מהמקרים הפרדיגמטיים. הם מתעלמים מכך שטעות במצב דברים אינה נובעת בהכרח מאי-ידיעת עובדות קונטינגנטיות המשתנות מסיטואציה לסיטואציה. כך טעות במצב דברים עשויה לנבוע מהכללות אמפיריות מוטעות (למשל הכללות התנהגותיות מוטעות, הבנה מוטעית של חוקי הפיזיקה וכיו"ב), אשר בעניינן שני הטעמים המובאים על ידי מרים גור אריה אינם תקפים.

כדי להראות זאת ניטול את הדוגמה הידועה של האנס ה"גברתן" ודומיו. נניח שהאנס סבור שכאשר נשים בתרבות מסוימת אומרות "לא" אך אינן מגלות התנגדות פיזית הן למעשה אומרות "כן" ליחסי מין, ואילו אמירת ה"לא" היא נוהג בתרבות זו שהוא מן

34 ראו בהקשר זה למשל ר' דקרט, הגיונות על הפילוסופיה הראשונית (יוסף אור מתרגם, ירושלים, הוצאת מאגנס, 1932), בעמ' 51. ב' ראסל, בעיות הפילוסופיה (מ' שטרנברג מתרגם, ירושלים, הוצאת מאגנס, 1938), בעמ' 20.

35 זאת כמובן בהנחה שאנו מפרשים הסכמה לפי המובן המקובל כעובדה מנטלית.

36 מרים גור-אריה, "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך דין – האם פוטרת מאחריות פלילית?", עלי משפט ב (תשס"ב) 33, בעמ' 43. טענה דומה היא טענת פלר כי –

המערכת הנורמטיבית שקובעת קו-גבול זה (קרי, בין האסור למותר – ש.א.) איננה בגדר נתון עובדתי שעשוי להשתנות ממקרה למקרה, באורח בלתי צפוי ואף במפתיע, אף עד כדי הטעיית אדם זהיר ביותר. (ש"ז פלר, יסודות בדיני העונשין כרך ב', בעמ' 549).

37 גור-אריה (לעיל, הערה 36) בעמ' 44.

השפה אל החוץ בלבד. במקרה זה מדובר בהכללה התנהגותית-תרבותית מוטעית, אשר מוביל לטעות באשר למצב דברים: קיומה של הסכמה מצד הנאנסת.³⁸ 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 מאלה של אדם שטועה בשאלה הנוגעת למשל לפרשנות מונח המופיע בחוק. והנה בכל זאת כל עוד אין קביעה כי די ביסוד נפשי מסוג רשלנות או אחריות קפידה, טעותו תשלול את אחריותו הפלילית בגין המעשה.

הוא הדין בטעם הראשון, דהיינו הנטל הכבד יותר הכרוך בהטלת חובות בירור עובדתי – אשר גם הוא אינו תקף בטעות 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 הכבד מהנטל הנדרש מאדם בבירור הדין לצורך הימנעות מביצוע עברות. בשני המקרים הנטל שבו מדובר נראה זהה: רכישת ידיעה על הכללות ויישומן בנתוני המקרה.

4. הנדבך החסר ברציונל עידוד הציות לחוק: קיומן של מוטיבציות חיצוניות לקיום בירור עובדתי

מהו אפוא הטעם להחמרה עם טעות בדין יותר מעם טעות בעובדה? אנו סבורים כי על שני הטעמים שהובאו על ידי מרים גור-אריה יש להוסיף את הטעם הבא, המבוסס על הרציונל של עידוד ידיעת הציות לחוק:³⁹ לכל אדם מוטיבציות חיצוניות למערכת המשפט לבירור עובדתי (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 בירור באשר לעובדות הקונטינגנטיות של המצב שבו הוא נתון, אם משום שעשוי להיות בהן דבר-מה שהוא חפץ בו או מבקש להימנע ממנו, ואם משום שהן עשויות לסייע בידו בהגשמת מטרות אחרות. בדומה לכך יש לו מוטיבציות חיצוניות לרכוש ידיעה של ההכללות העובדתיות

38 באשר לקונוונציות חברתיות בדבר הסכמה ליחסי מין, ראו: Douglas N. Husak & George C. Thomas III, "Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes", 11 *Law & Philosophy* (1992) 95. כפי שהוסק ותומאס (Husak & Thomas) מציינים (בעמ' 102–103), הקונוונציות החברתיות, למשל בשאלה כיצד מובעת הסכמה ליחסי מין, הן עובדה שיש לבדוקה אמפירית והן עשויות להשתנות עם השנים. אדם הטועה באשר לקונוונציות חברתיות אלה אמנם טועה לגבי עובדה אמפירית, אך זוהי הכללה התנהגותית, ולפיכך השפעתה על "מרחב החירות" שלו רחבה למדי.

39 במקום אחר הצבענו על חשיבותו של טעם זה ועל תרומתו המכרעת בהתוויית קו הגבול, שהתקשו בו רבים, בין טעות בדין הפלילי לטעות בדין הלב-פלילי, ראו: אוצרי (לעיל, הערה 13) בעמ' 122–134. שם הראינו כי באשר לטעות בדין לבר-פלילי קיימת מוטיבציה עצמאית לבירור הדין שהיא אמנם פנים-משפטית, אך אינה נובעת מהחשש מעונש דווקא.

הרלוונטיות להתנהלותו היום-יומית (למשל חוקי פיזיקה בסיסיים וכיו"ב), דהיינו: השגת מטרותיו והימנעות ממצבים בלתי רצויים לו.⁴⁰ לעומת זאת בכל הנוגע לידיעת האיסור במקרים פרדיגמטיים של טעות בדין – המוטיבציה העיקרית (למעט המוטיבציה האתית)⁴¹ של אדם מן השורה⁴² לרכוש ידיעה זו היא לא אחרת מאשר הרצון להימנע מהסנקציות הפליליות (ובכלל זה הגינוי שמתלווה

40 לא למותר לעמוד בנקודה זאת בקצרה על הדומה והשונה בין הגישה המוצעת לתאוריית הפעולה התכליתית (Finale Handlungslehre) של ולצל (Weltzel) כפי שאפשר לעמוד עליה מכלי שני (להצגה של התאוריה ראו: Fletcher (לעיל, הערה 27) בעמ' 433–439). גם תאוריה זו עומדת על אופייה הטלאולוגי של הפעולה האנושית. מכוח זה הציע ולצל לארגן מחדש את היחס בין אשמה לבין המחשבה הפלילית. המחשבה הפלילית הופכת לגישתו לחלק מהמעשה הפלילי (דהיינו לרכיב סובייקטיבי שלו) והיא לא חלק משאלת האשמה. מהלך מושגי זה אפשר לו ולצל להפריד בין שאלת המודעות לאי-החוקיות, שהיא חלק מהאשמה, לבין שאלת המודעות ליסודות העובדתיים של העברה, ומשכך גם מאפשרת יחס שונה לשניים (לעניין הקשר בין תאוריית הפעולה של ולצל לבין תאוריית האשמה שהוא מציג ראו: Gunther Artz, "Ignorance or Mistake of Law", 24 *Am. J. Comp. L.* (1976) p. 654, 646. אפשר כאמור לראות דמיון מסוים בין התאוריה של ולצל לגישה המוצעת על ידיו בעצם הצגת הפעולה האנושית כתכליתית במהותה. אך יש גם כמה היבטים שבהם שונה גישתו באופן מהותי. ראשית, אופן ההנמקה הוא שונה. למיטב הבנתנו, ביסוד גישתו של ולצל עומד ניתוח מושגי של מושג הפעולה. דרך זאת בוקרה, לדעתנו בצדק, על ידי סילוינג (ראו: Helen Silving, *The Constituent Elements of Crime* (1967) pp. 361–362) וראו: גם הביקורת ב- J. R. Plessis, "Hans Welzel's Final-Conduct Doctrine – An Importation from Germany We Could Well Do Without", 101 *S. African L.J.* (1984) p. 301). בדומה גם לנו נראית גישה זאת מוטעית, שכן לגישתו אנו חופשיים לעצב את מושגינו לפי הרציונל שאנו מבקשים להניח ביסודם, ואין אנו כפופים להם. אמנם גם גישתנו נסמכת כאמור 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, כיוון שהמחשבה הפלילית היא חלק מהמעשה הפלילי, המודעות צריכה להיות רק באשר ליסודות המהווים את הגדרת העברה. התוצאה היא שטעות בעובדה בדבר נתון הרלוונטי לסייג לאחריות הפלילית (למשל הגנה עצמית מדומה וכיו"ב) צריכה להידון על פי סטנדרט אובייקטיבי בדומה לטעות בדין, כיוון שגם היא משתייכת לרובד האשמה. לגישתנו אין טעם ליצור הבחנה זאת. האופי הטלאולוגי מספק מוטיבציה לבירור עובדות שבדיעבד מקימות את יסודות העברה. לבסוף לגישתנו אין כל קושי להתמודד עם קיומן של עברות רשלנות, משום שאין הטלאולוגיות של המעשה נתפסת כתנאי להגדרתו כמעשה אלא היא מציינת רק עובדה קיימת שיש לה השלכות לענייננו. דהיינו, היא מייתרת במרבית המקרים את הצורך בהטלת סטנדרט אובייקטיבי על הטוען לטעות בעובדה.

41 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.

42 כוונתנו בכך היא אזרחים מהשורה, להבדיל מבעלי מקצוע (משפטנים וכיו') שלהם יש כמובן מוטיבציה מעשית ללמוד את הדין לצורך עבודתם.

להרשעה). בהיעדר סטנדרט אובייקטיבי אין לאדם מן השורה אינטרס לבדוק את עמדת החוק הפלילי כלפי מעשה שהוא מבקש לעשות, כיוון שבכך רק יגדיל את סיכוייו להיענש. האינטרס להגדיל את מידת הצייות האובייקטיבי לחוק הפלילי מחייב אפוא הטלת סטנדרט אובייקטיבי שיקבע אימתי אפשר יהיה להכיר בטעות באשר לאיסור הפלילי כהגנה.

שונה המצב בכל הנוגע 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 (והוא אכן עשה כן כאשר מדובר באינטרס חשוב דיו כגון חיי אדם, שבאשר להם לא אחת נקבעו עברות רשלנות). עם זאת בניגוד למקרים הפרדיגמטיים של טעות בדין, הצורך בסטנדרט אובייקטיבי יתעורר במקרים חריגים ולא כעניין שבשגרה.⁴³

כפי שנראה להלן, יש מקרים שבהם מתקיימים שני הטעמים הראשונים, ואילו הטעם השלישי אינו מתקיים, ולהפך. המבחן שיוצע להלן יוצא מתוך הנחה כי שלושת הטעמים משכנעים, והוא כולל אפוא גם רכיבים שיסודם רק בשני הטעמים הראשונים או רק בטעם השלישי. במילים אחרות, המבחן מתייחס באופן זהה למקרים שבהם מתקיימים רק שני הטעמים הראשונים ולמקרים שבהם מתקיים רק הטעם השלישי או למקרים שבהם מתקיימים כל הטעמים, והוא מסווג את כולם כטעות בעובדה. עם זאת מי שרק הטעם השלישי משכנע אותם ושני הטעמים האחרים לא או להפך יכולים לאמץ רק את חלקי המבחן שיסודם בטעמים ששכנעו אותם.

⁴³ לכאורה נגד הטעם האמור אפשר שתעלה טענת הנגד הזאת: לא תמיד תהיה לנאשם מוטיבציה לערוך בדיקות נוספות של עובדות קונטינגנטיות, מחשש שיתגלו עובדות ההופכות את המעשה שאותו הוא מבקש לעשות לעברה. התשובה לטענה זאת היא שכל עוד אין לנאשם חשד סובייקטיבי באשר למעשה ספציפי שהוא מתכנן לעשות (או באשר לקטגוריה 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 ייתקל בהם מעתה ולהבא. הוא אולי יכול לאמץ מדיניות כללית של הימנעות מבדיקות עובדתיות בכל מצב שהוא, אבל ברור שהמשמעות המעשית של הדבר כבדה מדי. אם לעומת זאת יש בלבו חשד סובייקטיבי או (מה שהוא למעשה אותו הדבר) שהוא מודע לנתונים המאבחנים בעיניו את המעשה הספציפי ומסווגים אותו כמעשה שבו ההסתברות לביצוע עברה גדולה יותר, אפשר ממילא לפתור זאת על ידי דוקטרינות קיימות כגון עצימת עיניים.

ד. גזירת קו הגבול מתוך הרציונלים להבחנה בין טעות בדין לטעות בעובדה

כאשר אנו מצוידים בשלושת הטעמים להחמרה עם הטועה בדין, הבה נשוב לעיין בבעיית קו הגבול בין טעות בעובדה לבין טעות בדין, ונבחן כיצד יש בטעמים אלה כדי לסייע לנו בהתוויית קו הגבול.

את המבחן שנתאר להלן נוכל לתאר כבר כעת כמורכב משני שלבים:

1. זיהויו של האיסור הפלילי – על פי המבחן שנציע האיסור הפלילי הוא הנורמה הנובעת מכלל הסימנים (בין לשוניים ובין שלא), ש⁴⁴ (1) עיקר תכלית עשייתם או יצירתם הוא במילוי פונקצייה במסגרת מוסד המשפט ר⁴⁴ (2) אינם רכיבי משמעות יחידאיים כגון שמות פרטיים (proper names), הצבעה, תיאורים מיידעים יחידאיים וכיו"ב.

2. על יסוד האיסור הפלילי כפי שזוהה בשלב (1) ההבחנה בין טעות בדין לטעות בעובדה היא זאת: (א) טעות בדין היא המחדל להסיק כי האיסור הפלילי חל על סט נתון של עובדות אם תחולה זאת נובעת ממובנו של האיסור הפלילי, כפי שזוהה לעיל; (ב) טעות בעובדה היא טעות באשר לקיומו (או חוסר מודעות באשר לקיומו)⁴⁴ של סט עובדות כאמור ב⁴⁴(2)(א).

חשוב להדגיש כי חלקו הראשון של המבחן מאפשר ניסוח מדויק של רמת ההכללה של האיסור הפלילי. באופן זה המבחן המוצע הוא שיפור ממשי לעומת התפיסה המקובלת, ואינו לוקה בעמימות. נעבור כעת להסביר את המבחן וכיצד הוא נובע מהטעמים לעצם ההבחנה.

1. זיהויו של האיסור הפלילי

בפרק ב הצגנו קושי ניכר בתפיסה המקובלת, הנובע מהאפשרות שטעות בדין תנבע לכאורה גם מטעויות באשר לעובדות מוחשיות. על קושי זה הערנו כי לו הייתה בידינו הגדרה ברורה של רמת ההכללה של האיסור הפלילי הרלוונטי, היינו יכולים לקבוע בפשטות שכל טעות באשר לקיומו של האיסור הפלילי (ברמת ההכללה האמורה) או באשר למובנו של האיסור הפלילי, היא מקורן של טעויות אלה אשר יהא, היא טעות בדין.

דא עקא, שטרם נוסח מבחן לרמת ההכללה של האיסור הפלילי שטעות בעניינו דינה כטעות בדין. נקודה זאת חשובה, ולכן נפרט מעט בעניינה: כאמור, הפרופוזיציה המשפטית החלה על מקרה נתון, ואשר בעניינה עלול הנאשם לטעות, ניתנת לניסוח ברמות שונות של הכללה (וכך גם העובדה המשפטית שמכוחה הפרופוזיציה המשפטית

44 כאמור בשל היעדר נפקות ממשית להבחנה בין טעות להיעדר מודעות איננו מבחינים ביניהן לצורך המבחן האמור.

נכונה או מוטעית). ברמה הנמוכה ביותר מצויה פרופוזיציה מעין זו: "מעשה זה אסור בפלילים/הוא עברה שעונשה כך וכך". אך ודאי שאי אפשר לומר שכל טעות באשר לפרופוזיציה משפטית ברמה זו היא טעות בדין לצורכנו, קרי לצורך היחס השונה לטענת הטעות בדין. וכל כך למה? משום שלמעשה כל טעות רלוונטית היא גם טעות באשר לפרופוזיציה משפטית ברמה זו. טול למשל את ראובן ההורג אדם אחר כאשר הוא מאמין בטעות כי "מעשה זה אינו אסור" (קרי, מעשה ההרג הספציפי). טעותו של ראובן עשויה לנבוע ממקורות שונים בתכלית: בקצה האחד ייתכן שהוא סבור למשל בטעות כי האדם האחר (שעליו, נגיד, ירה ממרחק) הוא צבי, ואילו בקצה השני ייתכן שהוא סבור כי הפרלמנט בשיטת המשפט הרלוונטית חוקק חוק המתיר ירי לעבר מסיגי גבול (אף על פי שבפועל למשל חוק זה עדיין לא עבר את כל תהליכי החקיקה הנדרשים). עם זאת ברור כי במקרה הראשון נרצה לראות מקרה פרדיגמטי של טעות בעובדה, ואילו במקרה השני נרצה לראות מקרה פרדיגמטי של טעות בדין.

הפתרון לבעיה זאת הוא בטעמים להחמרה עם טעות בדין. אלה יכולים להורות לנו את הדרך בקביעת המבחן לרמת ההכללה של האיסור הפלילי.

(א) הצדקת חלקו הראשון של המבחן: "סימנים שעיקר תכלית עשייתם במילוי פונקצייה במסגרת המשפט"

הטעם הראשון שנבחן הוא הטעם של קיומן של מוטיבציות חיצוניות. כאמור, לבני אדם מוטיבציות חיצוניות לדין לחקור ולברר באשר לעובדות גולמיות (או באשר להכללות על עובדות גולמיות – כגון חוקי טבע בסיסיים). זאת משום שקיומן של עובדות אלה הוא מטרה או שהן עשויות לסייע בהשגת מטרות החשובות להם או לסכל השגת מטרות אלה. קיומן של מוטיבציות אלה מייתר בדרך כלל את הצורך להטיל סטנדרט מחמיר יותר על הטועה בעובדה.

על בסיס רציונל זה ברור מדוע יש להתייחס לעובדה כגון היותו של בעל חיים מסוים אדם ולא צבי אחרת מאשר לעובדה כגון נוסח הצעת החוק שהוצגה לחברי הפרלמנט לצורך הצבעה. העובדה האחרונה כל תכליתה (או למצער התכלית העיקרית שכל יתר התכליות טפלות לה) היא במילוי פונקצייה במסגרת מוסד המשפט. ודוק, הקביעה כי מדובר בתכלית העיקרית אינה עניין של דרגה: ללא מוסד המשפט, שמכונן מוסדות כגון הרשות המחוקקת, הליך הצבעה על חוקים וכיו"ב, היו הפעולות הפיזיות של הגשת הצעת החוק וההצבעה עליה מאבדות את ההיגיון לעשייתן. כל תכלית אחרת שבעשיית המעשים רק נטפלת לפונקצייה זו ותלויה בה. טלו למשל מחוקק פלוני הבוחר להצביע בעד חוק מסוים כדי לזכות בפופולריות. הסיבה שאותו מחוקק יזכה בפופולריות היא דווקא משום שהצבעתו יוצרת חוק. אם למשל היה עושה את אותן הפעולות הפיזיות של הצבעה בד' אמות ביתו, פעולה שאינה בעלת אותו אפקט, לא היה זוכה בפופולריות

ציבורית בשל כך. במובן זה התכלית של השגת הפופולריות תלויה בתכלית של יצירת החוק.

מעובדה זאת – שהתכלית העיקרית של מעשים אלה (שכל יתר התכליות טפלות לה) היא בהשלכות המשפטיות שיש להם – נובע שבדרך כלל גם המוטיבציה לביורורם היא פנימית למשפט ולא חיצונית לו. כלומר, המוטיבציה לביורורם תהיה הרצון ליהנות, או לחלופין להימנע, מההשלכות המשפטיות של מעשים אלה. והלוא זה בדיוק אחד הטעמים שעמדו ביסוד ההחמרה עם טעות בדין, כלומר שאין מוטיבציה חיצונית למשפט להימנעות ממנה.⁴⁵ כדי להבהיר עוד את הדברים נשוב לדוגמת תמרוך התנועה. עיקר תכלית הצבתו של תמרוך התנועה הוא קביעת הדין. אלמלי מילא התמרוך פונקצייה במסגרת מוסד המשפט הוא היה חסר תכלית. לפיכך המוטיבציה שיש לאזרחים לשים לבם לתמרוכים (אם מזניחים מוטיבציות שוליות כגון הרצון להימנע מהיתקלות בתמרוך) היא מוטיבציה פנים-משפטית, כלומר הרצון להימנע מההשלכות המשפטיות של קיום התמרוך.

מבין האירועים והדברים שעיקר תכלית עשייתם במילוי פונקצייה במסגרת מוסד המשפט, הסימנים⁴⁶ הם המביעים את האיסור הפלילי ברמת הכללה הראויה לצרכינו. התמקדות ברמת הכללה זאת דווקא היא תואמת את הרציונל שביסוד ההחמרה עם טעות בדין.

סיכומו של דבר, מהדיון האמור נובע הנדבך הראשון של המבחן: האיסור הפלילי הוא הנורמה הנובעת מכלל הסימנים ש⁽¹⁾ עיקר תכלית עשייתם במילוי פונקצייה במסגרת מוסד המשפט.

חשוב לשים לב שהנדבך הראשון בשלב זיהוי האיסור הפלילי אינו מוציא מן הכלל אובייקטים כגון תמרוך (וכך גם לא עצם התקיימותו הפיזית של טקס נישואין, קיומו הפיזי של רישיון נהיגה וכיו"ב). ולדעתנו, כך גם ראוי שיהיה: אין טעם להבחין בין מצב שבו הטכניקה שנבחרה היא שימוש בתמרוכים לבין מצב שבו סעיף העברה מפרט פשוטו כמשמעו בגוף הסעיף (או בתוספת לחוק) את כל המקומות שבהם אסורה למשל הנהיגה במהירות העולה על 50 קמ"ש על ידי ציון הקוארדינטות. הטיפול בשתי

45 עם זאת חשוב לשים לב שגם בקרב המוטיבציות הפנים-משפטיות אפשר להבחין בין החשש מענישה לבין מוטיבציות פנים-משפטיות אחרות, למשל האפשרות לרתום את מערכת המשפט למימוש מטרותיו. ההבחנה הזאת בין סוגי המוטיבציות הפנים-משפטיות היא לדעתנו הבסיס להתוויית קו הגבול בהבחנה אחרת בין טעות בדין הפלילי לטעות בדין הלב-פלילי. במקום אחר הראינו כיצד ראוי להתוות את קו הגבול בין שני סוגי טעויות משפטיות אלה על בסיס אותן תובנות שנקטנו במאמר זה (ראו: אוצרי (לעיל, ה"ש 13) בעמ' 122–134). במסגרת מאמר זה, כפי שהבהרנו במבוא, הגבלנו את היקף הדיון להבחנה בין טעות בדין לבין טעות בעובדה, כשתחת הכותרת טעות בדין אנו כוללים הן טעות בדין הפלילי והן טעות בדין הלב-פלילי.

46 סימן הוא כל דבר בעל משמעות, או ליתר דיוק בעל משמעות לא טבעית, כלשונו של גרייס ראו: Herbert Paul Grice, "Meaning", 66 *The Philosophical Review* (1957) 377.

האפשרויות השונות לחוקק את אותו איסור צריך להיות אפוא זהה, וזה ייעשה במסגרת הנדבך השני המחריג רכיבים יחידאיים.

אמנם היו שטענו כי טעות באשר לקיומו של תמרור היא מקרה פשוט של טעות בעובדה.⁴⁷ לידם אין המסיח דעתו מתמרור שונה מנהג הרואה ילדים בצדי הדרכים, עובדה הרלוונטית למשל כתנאי לקיומה של חובת הזהירות המוגברת. לגישתם, כשם שאי אפשר לומר על הילדים המהלכים בצדי הדרכים שהם הם הדין מאחר שב"אקט הפיזי" של הליכה בצדי הדרכים "נקבע הדין", ונהג המסיח את דעתו מהם נחשב למסיח את דעתו מן הדין, כך לטענתם אי אפשר לומר זאת על הסחת הדעת מתמרור.

אלא שהיקש זה אינו כה משכנע. ההבדל ברור כבר מדברינו לעיל. קיים הבדל מהותי בין הימצאותם של ילדים בצדי הכביש לבין תמרור: קיומם של ילדים הוא עצמאי ותכליתו אינה לקבוע את הדין – תוצאותיו הנורמטיביות הן תוצאות לוואי בלבד. כך היה גם המצב אם למשל היה הנהג טועה בדבר קיומו של בית ספר בסביבה, המחיל על הנהג חובה לנהוג באטיות. גם כאן לבית הספר תכלית עצמאית והוא אינו מוקם אך ורק כדי לחייב את הנהג לנהוג לאט. לא כך הוא באשר לתמרורים – אלה אינם עצמאיים ותכליתם העיקרית היא במילוי הפונקציה במסגרת המשפט. נראה אפוא כי האינטואיציה הבסיסית שבנטייה לסווג תמרורים כמקרה פשוט של טעות בעובדה מקורה בהיותם אובייקט פיזי מוחשי. אלא שבאשר לאינטואיציה זאת כבר הראינו, בבקרנו את התפיסה המקובלת, כי הניסיון להבחין בין טעות בדין לטעות בעובדה על בסיס זה עשויה להביא לתוצאה פרדוקסלית: הלוא גם ההצבעה בפרלמנט ופרסום חוק ברשומות הם אירועים פיזיים מוחשיים.

(ב) הצדקת הסייג סימנים ש"אינם רכיבי המשמעות היחידאיים"

שני הטעמים הנוספים שהובאו להחמרה עם הטועה בדין הם אלה: (1) הנטל שבהטלת חובת בירור עובדתי הוא נטל כבד מדי; (2) הטועה בדין נוטל לעצמו מרחב חירות גדול מזה של מי שטועה בעובדה.

שני טעמים אלה מכוונים למעשה למאפיין אחד: כלליות של הדין. אמנם, כפי שהראינו, גם טעות בעובדה עלולה להיות כללית. לא היה אפוא בשני טעמים אלה כדי להצדיק בכוחות עצמם את היחס השונה לכל המקרים של טעות בעובדה, אך אין מניעה, אם מקבלים את תקפותם של הטעמים הללו, להשתמש בהם בשילוב עם טעם המוטיבציה החוץ-משפטית כדי להוסיף נדבך של דרישת כלליות.

על בסיס טעמים אלה אפשר אפוא להבחין בין מקרים שבהם הסימנים הם בעלי משמעות כללית לבין מצבים שבהם נעשה שימוש ברכיבים יחידאיים כגון שימוש בשמות פרטיים, בהצבעה או בתארים מיידעים יחידאיים.

47 בן ציון להב (לעיל, הערה 16), בעמ' 169–170. והשוו גם את הדוגמה המתוארת בעניין.

נדבך זה הוא אשר מאפשר להוציא מכלל הסימנים שזוהו בנדבך הראשון אקטים כגון הצבת תמרור (וכך גם טקס נישואין, רישיון נהיגה וכיו"ב). זאת משום שבהתייחס להיבט של סימון המקום, תמרור הוא למעשה אקט של הצבעה, וככזה הוא יחידאי: הוא מצביע על המקום שבו חל האיסור הפלילי הרלוונטי.

עוד ראוי לציין כי מבחן זה יביא לתוצאה דומה גם אם יבחר המחוקק לנסח את החוק באופן שהוא מונה את כלל המקומות שבהם חל האיסור על ידי שימוש בקואורדינטות או מפה (או נוקב בשמות האנשים המורשים לנהוג וכיו"ב). זאת משום שגם במקרה זה מדובר ברכיבי משמעות יחידאיים.

סיכומו של דבר, מהאמור לעיל נובע הנדבך השני של שלב זיהוי האיסור הפלילי: הנדבך המוציא את רכיבי המשמעות היחידאיים.

2. הגדרת הטעות בדין והטעות בעובדה

משזיהינו את רמת ההכללה שבה יש לנסח את האיסור הפלילי, נראה כי הגדרת הטעות בדין והטעות בעובדה היא מלאכה פשוטה יחסית:

(א) טעות בדין היא המחדל להסיק כי האיסור הפלילי חל על סט נתון של עובדות, אם תחולה זאת נובעת ממובנו של האיסור הפלילי, כפי שזוהה לעיל;⁴⁸ (ב) טעות בעובדה היא טעות באשר לקיומו (או חוסר מודעות באשר לקיומו) של סט עובדות כאמור ב-(א).

חשוב להדגיש כי הגדרות אלה אינן עשויות לעמוד בכוחות עצמן אלמלא זיהינו תחילה את רמת ההכללה שבה יש לנסח את האיסור הפלילי. רמת הכללה שונה למשל הייתה כמובן משנה את היקפם של המקרים שבעניינם נאמר כי התקיים מחדל בהסקת תחולתו של האיסור הפלילי כאמור ב-(א), וגם הייתה משנה את היקפו של סט העובדות כאמור ב-(ב). זהו גם הטעם שהגדרה דומה, כגון זו של ג'רלד לאונרד (Gerald Leonard) (מלבד הביקורת שנמתח להלן על חלקים אחרים של מבחנו), חסרה בעינינו בהיעדר הגדרה ברורה של רמת ההכללה של האיסור הפלילי.

עוד חשוב להדגיש כי מקורן של כל אחת מהטעויות הללו אינו מעלה ואינו מוריד לעניין אופן סיווגן. טול למשל את הדוגמה שהבאנו לעיל שבה ראובן הורג אדם אחר משום שהוא סבור כי הפרלמנט בשיטת המשפט הרלוונטית חוקק חוק המתיר ירי לעבר

48 אמנם מקובל להבחין במושג הטעות בדין בין טעות באשר לקיומו של האיסור הפלילי לבין טעות באשר למובנו של האיסור הפלילי. לדעתנו ייתכן שמבחינה עיונית טהורה אפשר לוותר על הבחנה זאת ולטעון כי כל טעות בהבנת האיסור הפלילי היא ממילא טעות באשר לקיומו של האיסור הפלילי. לפי גישה זאת, מי שטעה באשר למובנו של האיסור הפלילי טעה מניה וביה וסבר שהאיסור הפלילי כפי שהוא קיים בפועל אינו קיים, ותחת זאת סבר כי קיים איסור פלילי אחר. בין כך ובין כך, כיוון שאין נפקות להבחנה, וכיוון שאפשר להגדיר טעות בדין בצורה הכוללת את שניהם, בחרנו בדרך זו, ולו מטעמים של פשטות.

מסיגי גבול. במקרה זה מקורה של הטעות (והעובדה כי היא לכאורה טעות באשר להתרחשות אירוע מוחשי) אינה משנה את העובדה כי יש בפנינו מחדל להסיק את תחולתה של עברת הרצח על המקרה הנתון מכוח מובנו של האיסור הפלילי כפי שהוא בפועל. עוד ברור כי במקרה זה אין לפנינו טעות בעובדה, שכן ראובן מודע לקיומו של סט עובדות שעליו חל האיסור הפלילי כפי שהוא בפועל.

למעשה היינו רשאים להפסיק בנקודה זאת אלמלא ראינו שיש כותבים המזניחים את חשיבותו של התנאי החשוב שציינו לעיל בהגדרת הטעות בדין: מחדל באשר לתחולת האיסור הפלילי הוא טעות בדין רק כאשר תחולה זאת נובעת ממובנו של האיסור הפלילי. כך למשל לאונרד מתעלם מהבחנה חשובה זאת (וזאת נוסף על חסרון הנדבך שבהגדרת האיסור הפלילי) במאמרו⁴⁹ ומציע לנסח את ההבחנה בין טעות בדין לבין טעות בעובדה כך:

Whenever a court determines that the *defendant's experience* of the world at the time of the offence conduct (from the defendant's perspective) *would entail an inference by the fact finder that a specified statutory term had been satisfied* – that is, the defendant's experience world instantiate the meaning of the statutory term – then any claim by the defendant that she nevertheless fail to draw that inference (whether at the time of the conduct or later) is a claim of ML. On the other hand, whenever a court determines that the defendant's experience of the world at the time of the offence conduct would *not*, if accurate, entail an inference by the factfinder that a specified statutory term had been satisfied – that is, would not instantiate the meaning of the statutory term – then, of course, the defendant's belief that the statutory term has *not* been satisfied in the case cannot be an ML; if the defendant has made a mistake somewhere, then it must be in one of the underlying beliefs held by the defendants at the time of the offense and must be an MF.⁵⁰
(ההדגשה הוספו – ד"מ וש"א)

להגדרה של לאונרד מסקנות מרחיקות לכת. מהגדרתו מתחייב, והלה אף מציין זאת במפורש, כי טעות בעובדה לעולם אינה יכולה להיות בלתי סבירה. טעות בלתי סבירה חייבת להיות טעות בדין, שכן קובע העובדות היה יכול להסיק מהעובדות הידועות

Gerald Leonard, "Rape, murder, and formalism : What happens if we define mistake 49 of law", 72 *U. Colo. L. Rev.* (2001) 507

שם, בעמ' 528.

לנאשם כי מושג סטטוטורי מסוים התקיים.⁵¹ מסקנה זאת מחייבת שינוי כה עמוק בהבחנות היסוד של הדין הפוזיטיבי, דבר שכשלעצמו הוא טעם חשוב נגד גישה זאת. לאונרד אף מדגים במאמרו את תוצאותיה של גישתו בהתבסס על נסיבות פסק דינו המפורסם של בית הלורדים באנגליה בעניין Morgan.⁵² באותו העניין נדונה השאלה אם גם טעות בלתי סבירה באשר להסכמתה של אישה לקיום יחסי מין יש בה כדי להביא לזיכוי של נאשם מעברת אינוס. הנחת בית המשפט הייתה כמובן כי טעות באשר להסכמת האישה היא טעות בעובדה. לעומת זאת לדידו של לאונרד, אם לא סביר להסיק מהתנהגות המתלוננת כי היא הסכימה, אז התנהגות כגון זו של המתלוננת איננה כלולה במובנו של המושג "הסכמה" (לצורך עברת האינוס), ולפיכך הטעות של הנאשם היא טעות בדין. ניכר כי לגישתו של לאונרד מובנו של המושג הוא הנתונים החושיים (אשר מהם קובע העובדות מסיק כי אישה פלונית אינה מסכימה ליחסי המין) ולא עובדה מנטלית כלשהי המהווה את ההסכמה.

הלכי רוח דומים לגישתו של לאונרד, גם אם לא נוסחו בצורת גישה עקיבה כשלו, אפשר למצוא בדיון בספרות בסוגיית האנס הגברתן שדמותו הוצגה במשפט בעניין בארי.⁵³ בדבר האנס הגברתן כותב ש"ז פלר במאמרו:⁵⁴

נניח שגבר, כמתואר בדוגמת הנשיא שמגר, קיים מגע מיני עם אשה ללא הסכמתה. האירוע הוקלט במצלמת וידיאו. במהלך החקירה הוקרן האירוע בפני ה'מאצ'י הפסיכופט' – האחראי כמובן בפלילים – ואולי אף פעמים מספר, ואז נשאל האם היה מודע ל'מצב הדברים', כפי שהוא רואה ושומע אותו, על כל פרטיו – מבחינת התנהגות הנערה והתנהגותו הוא, עובר לקיום המגע המיני, בשעתו ומיד אחריו. תשובתו, לפי ההנחה, לא היתה יכולה להיות אלא בחיוב. ואז, באה השאלה הנוספת – היכן היתה טעותך שטוענים למענך? והתשובה היתה: סברתי כי אני רשאי לפעול לפי תפיסות החיים שלי ומושגי שלי לגבי יחסים בין גבר ואשה, לפיהם נשים לעולם אינן מסרבות לי ואינן רשאיות לסרב לי, ותו לא; בסרט אין כל דבר שלא הייתי מודע לו. (ההדגשות שלנו – ד"מ וש"א).

דוגמה זו הלוא דומה להפליא לאופן שבו לאונרד מציג את ההבחנה בין טעות בדין לבין טעות בעובדה. דא עקא, כל עוד המובן שניתן להסכמה במסגרת עברת האינוס הוא של עובדה מנטלית כלשהי, הרי שהביטויים החיצוניים שלה, או של היעדרה, אינם אלא

51 שם, בעמ' 564–575.

52 *DPP v. Morgan* [1976] A.C. 182.

53 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302.

54 ראו: 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 (תשנ"ה), בעמ' 16.

אינדיקציה אמפירית לקיומה של עובדה זאת.⁵⁵ הטועה בהסקת המסקנה המתחייבת באשר להיעדרה של הסכמה אינו אלא טועה בעובדה. בנקודה זאת עשוי מאן דהוא לטעון כי ההבחנה בין היסקים אמפיריים לבין היסקים שנכונותם היא מכוח המובן בלבד היא הבחנה בעייתית. אותו אדם אף עשוי למצוא תמיכה לעמדתו בעמדתו של הפילוסוף קוואין (Quine). הלה דחה את ההבחנה בין משפטים סינתטיים למשפטים אנליטיים וציידד בהוליוזם סמנטי.⁵⁶ אם נאמץ את עמדתו נראה אפוא שאי אפשר יהיה להבחין בין היסקים אמפיריים לבין היסקים שהם נכונים מכוח המובן בלבד. לפי גישה זאת יהא עלינו לומר שאדם הטועה באשר לתחולתו של החוק בשל הבנה מוטעית של חוקי הפיזיקה (למשל בענייננו אפשר לחשוב על טעות בחוקי האופטיקה) טועה למעשה בשאלה הנוגעת למובנו של החוק.

55 עם זאת אין מניעה כמובן לתת לביטוי "הסכמה" מובן שונה במסגרת פרשנות עברת האינוס. השוו לעניין זה Lucinda Vandervort, "Mistake of Law and Sexual Assault Consent and Mens Rea", 2 *Can. J. Women & L.* (1987-1988) 233, p. 267. המציעה להבנות את ההסכמה ליחסי מין כ –

... act of communication between persons in the social world, and not the thoughts and mental state of the person who gives consent.

56 ראו למשל באחד הניסוחים הידועים שלו לגישה זאת, במאמרו, Willard Van Orman Quine, "Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism", 60 *The Philosophical Review* (1951) 20, pp. 39-40

The totality of our so-called knowledge or beliefs, from the most casual matters of geography and history to the profoundest laws of atomic physics or even of pure mathematics and logic, is a man-made fabric which impinges on experience only along the edges. Or, to change the figure, total science is like a field of force whose boundary conditions are experience. A conflict with experience at the periphery occasions readjustments in the interior of the field. Truth values have to be redistributed over some of our statements. Re-evaluation of some statements entails re-evaluation of others, because of their logical interconnections -- the logical laws being in turn simply certain further statements of the system, certain further elements of the field. Having re-evaluated one statement we must re-evaluate some others, whether they be statements logically connected with the first or whether they be the statements of logical connections themselves. But the total field is so undetermined by its boundary conditions, experience, that there is much latitude of choice as to what statements to re-evaluate in the light of any single contrary experience. **No particular experiences are linked with any particular statements in the interior of the field, except indirectly through considerations of equilibrium affecting the field as a whole.** (ההדגשה שלנו – ד.מ. ו.ש.א.).

וראו גם ביקורתם החשובה על מאמר זה של Paul Grice & Peter F. Strawson, "In Defence of a Dogma", 65 *The Philosophical Review* (1956) 141

אפשר שגישה מעין זו של קוואין, אשר שולל כאמור את ההבחנה בין משפטים אנליטיים לסינתטיים, היא שעמדה, למצער אינטואיטיבית, ביסוד גישתו של לאונרד, אף שהוא עצמו אינו מתייחס למחלוקת הפילוסופית האמורה. גישה זו אינה מותרת בפניו את האפשרות להבחין בין מסקנה שהיא אמפירית (דהיינו סינתטית) למסקנה סטיפולטיבית שנכונה מכוח מובנה של הפרופוזיציה (דהיינו מסקנה אנליטית).⁵⁷ קצרה יריעת מאמר זה מלהכריע במחלוקת הפילוסופית המורכבת באשר לקיומה של ההבחנה בין משפטים אנליטיים לסינתטיים. נציין רק כי אנו מניחים כי הבחנה זאת היא אכן בת קיימא. כאמור הבחנה זאת היא כה מושרשת בתוך השיח המשפטי, ויותר עליה מחייב שינוי כה עמוק, עד שאלה כשלעצמם טעם נגד המבחן המוצע על ידי לאונרד. מה גם שאיננו רואים כל טעם המחייב שינוי כאמור. עם זאת ראוי לציין כי לגישתנו השאלה אילו היסקים, אשר מובילים למסקנה כי התקיים האיסור הפלילי, יהיו אנליטיים (דהיינו נכונים מכוח מובנו של האיסור) ואילו יהיו סינתטיים/אמפיריים, עשויה להשתנות על פי ההקשר. גמישות זאת אינה מעוררת לדעתנו קושי מיוחד, ותכונה זאת נובעת מעצם עמימותה של הלשון. כך, כשם שאנו מקבלים ללא קושי את העמימות במישור האקסטנציה של מושג מסוים (דהיינו העמימות בהיקף תחולתו – או האקסטנציה – של ביטוי על דברים בעולם. למשל, השאלה אם קורקינט נחשב כלי רכב בהקשר מסוים), כך אין זה מפתיע כי קיימת עמימות גם במישור האנכי, דהיינו בשאלה אילו מן ההיסקים המובילים למסקנה כי פרופוזיציה מסוימת היא אמיתית, נובע מעצם מובנה של הפרופוזיציה באותו הקשר ואילו הם עניין אמפירי גרידא. בשני המקרים על עמימות זאת להיות מוכרעת על פי ההקשר. צמצומה של העמדה הפילוסופית שלה אנו מחויבים למחויבות מצומצמת זאת מסיר במידה רבה את הקושי שבהבחנה בין משפטים אנליטיים לסינתטיים.

ה. סיכום

במאמר זה ביקשנו להראות כי אפשר לנסח מבחן ברור ולא שרירותי להבחנה בין טעות בדין לטעות בעובדה בהגנות המשפט הפלילי. תחילה הראינו את הבעייתיות בתפיסה המקובלת של ההבחנה בין טעות בדין לטעות בעובדה, אשר מבחינה בין השניים על סמך השאלה אם מדובר בטעות בעניין דבר שאפשר לתפסו בחושים. ציינו שתפיסה זאת בעייתית משום שמקרים פרדיגמטיים של טעות בדין יכולים לנבוע גם הם

57 השו: Lech Morawski, "Law, Fact and Legal Language", 18 *Law & Philosophy* (1999) 461, p. 467 פליליים. לא

מטעות באשר לדברים מוחשיים, ומנגד טעות באשר לעובדות מוסדיות הנחשבות לא אחת טעויות בעובדה אי אפשר לתפסן בחושים.

תחת התפיסה המקובלת הצענו לגזור את המבחן מהרציונלים להחמרה עם טועה בדין. עמדנו על כך שהרציונל היחיד העומד בפני ביקורת מבין הרציונלים המסורתיים להחמרה עם הטועה בדין הוא רציונל עידוד הציות לדין, אלא שהדין וחשבון הניתן באשר לאופן שבו רציונל זה מצדיק את ההחמרה הוא חסר. כדי להשלים את ההסבר עמדנו על השוני שבין מקרים פרדיגמטיים של טעות בעובדה לבין מקרים פרדיגמטיים של טעות בדין, ועל כך שבמקרי הטעות בעובדה מתקיימות מוטיבציות חיצוניות למשפט לבידור המצב לאשורו.

על יסוד הרציונלים להחמרה עם הטועה בעובדה הצענו מבחן המורכב משני שלבים: 1. זיהוי של האיסור הפלילי – האיסור הפלילי הוא הנורמה הנובעת מכלל הסימנים (אם לשוניים ואם לאו) ש(1) עיקר תכלית עשייתם הוא במילוי פונקצייה במסגרת מוסד המשפט, ו(2) אינם רכיבי המשמעות היחידאיים כגון שמות פרטיים (proper names), הצבעה, תיאורים מיידעים יחידאיים וכיו"ב.

2. הגדרת טעות בדין וטעות בעובדה – (א) טעות בדין היא המחדל להסיק כי האיסור הפלילי חל על סט נתון של עובדות, אם תחולה זאת נובעת ממובנו של האיסור הפלילי, כפי שזוהה לעיל; (ב) טעות בעובדה היא טעות באשר לקיומו (או חוסר מודעות באשר לקיומו) של סט העובדות כאמור.