

הערות אופטימיות על הגנת ההסתמכות בעקבות פסקי הדין תנובה וטגר

מאת

נוית נגב, עו"ד^{1, 2}

א. פתח דבר

שני פסקי הדין של בית המשפט העליון שפורסמו בעת האחרונה, בעניין **תנובה**³ ו**טגר**,⁴ העוסקים בסוגייה של הסתמכות על חוות דעת מקצועית של עורך-דין, עוררו עניין רב ואף סערה בקרב המגזר העסקי ובקרב עורכי הדין העוסקים ביעוץ יומיומי ללקוחות.

נשמעו הערות וביקורות על פסקי הדין מנקודות מבט שונות. הועלו טענות על קיומה של סתירה בין שני פסקי הדין, ועל כך שהמצב המשפטי בעקבותיהם אינו ברור. יש שטענו, כי מדובר בצמצום מהותי של האפשרות להסתמך על עצת עורך-דין, ושמדובר בהלכה המנותקת מן המציאות העסקית, בבחינת "תקנה שאין הציבור יכול לעמוד בה".

כמו כן, התעוררו תהיות בקרב עורכי הדין והלקוחות, לגבי דרך ההתנהלות הנכונה מבחינתם לאור פסקי הדין: האם מכאן ואילך התייעצות עם עורך-דין צריכה להיות בכתב? האם עורכי-דין יוכלו ליעץ רק בתחומים בהם הם נחשבים ברי סמכא ומומחים מן השורה הראשונה? האם קיימת חובה לפנות מראש ולקבל את עמדת הרשות הרלוונטית בכל עניין (פרה-רולינג)? עד כמה ניתן להטיל על עורכי הדין אחריות בגין יעוץ מוטעה שנתנו ללקוחותיהם?

הביקורות והשאלות משקפות תחושה של חוסר ודאות וחוסר בהירות לגבי 'מוסד' ההתייעצות עם עורך-דין.

במאמר זה אתייחס להשלכות במשפט הפלילי של הסתמכות לקוח על עצת עורך-דין, וזאת מנקודת המבט של סניגורית, העוסקת בהיבטים פליליים של תחומים עסקיים

1. עורכת-דין, שותפה במשרד שינמן-נגב.

2. תודות מקרב לב לשותפי, מורי ורבי עו"ד דן שינמן, שהתיזה בדבר הצורך בהרחבת ההגנות אל מול התרחבות העבירות היא שלו, ולעו"ד גל הררי גולדמן, שסייעה רבות, בחוכמתה ובמרצה, לכתבת מאמר זה.

3. ע"פ 845/02 **מדינת ישראל נ' תנובה ואח'**, תק-על 2007(4), 129 וראה גם **תאגידים ד/4**, 585 (להלן: "תנובה").

4. ע"פ 5679/05, 5672 **טגר ואח' נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007(4), 395 וראה גם **תאגידים ד/4**, 627 (להלן: "טגר").

כגון: עבירות מרמה, מיסים, ניירות ערך והגבלים עסקיים. אנסה להבהיר את ההקשר המשפטי שבו ניתנו שני פסקי הדין, ושעל פיו יש להבינם. לדעתי, פסקי הדין אינם באים לשנות את המציאות הנוהגת לגבי סיטואציות של התייעצות לקוחות עם עורכי-דין, כיוון שהם עוסקים בתחום מוגבל וספציפי של הגנת הטעות במצב משפטי.⁵

להסתמכות על ייעוץ משפטי של עורך-דין יש, לדעתי, משמעות רחבה הרבה יותר, ויש בה כדי לשלול קיומה של אחריות פלילית, בעיקר משום שהיא יכולה להצביע על העדר יסוד נפשי.

להערכתי, בניגוד לרושם שאולי נוצר מפסקי הדין, כאילו הגנת ההסתמכות צומצמה והוגבלה, נראה בעתיד מגמה של הרחבת ההגנות מפני אחריות פלילית, ובכלל זה גם הגנת ההסתמכות. זאת, בשל המציאות המשפטית והעסקית המורכבת, המחייבת, לדעתי, את הרחבת ההגנות מפני אחריות פלילית.

ב. הסתמכות על ייעוץ עורך-דין משליכה על האחריות הפלילית

להבנתי, פסקי הדין **תנובה וטגר**, לא רק שלא סתמו את הגולל על ההסתמכות על עזת עורך-דין כטענה השוללת אחריות פלילית, אלא שבמידה רבה יש בהם כדי להחיות את "הגנת ההסתמכות".

במושג 'הסתמכות' נעשים שימושים שונים, על ידי אנשים שונים בסיטואציות שונות. אשתמש בביטוי זה כשם כולל למגוון סיטואציות בהן לקוח פועל בהתאם לעצת עורך-דין.

בפרקטיקה, קיימות סיטואציות רבות ושונות של הסתמכות על עצת עורך-דין. הסיטואציה הקלאסית, בה לקוח פונה לעורך-דין לקבלת חוות דעת משפטית בסוגייה ספציפית - אם מעשה מסוים מהווה עבירה אם לאו - נשמעת "סטריילית" ובלתי מציאותית. במציאות קיימות סיטואציות רבות ודינמיות של התייעצות עם עורך-דין המקימה הסתמכות, כגון: עורך-דין המלווה עסקה, מגבש ועיתים בונה אותה, יועץ משפטי של חברה המצוי בכל עניינה, או התייעצות עם עורך-דין בסוגייה אזרחית, שעשויות להיות לה השלכות פליליות.

לטעמי, כל הסיטואציות הללו הן סיטואציות של הסתמכות. יש להן נפקות במשפט הפלילי, ומדובר בנפקות רחבה יותר מן ההגנה המצומצמת והספציפית של "טעות במצב משפטי", שנדונה בפסקי הדין **תנובה וטגר**. מובן, שהשאלה, אם בסופו של דבר תביא ההסתמכות לשלילת אחריות פלילית, או תהווה הגנה מפני אחריות פלילית, תהיה תלויה בעובדות ובנסיבות הספציפיות של העניין.

5. לפי סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

ג. העבירה הפלילית והסייגים לה - עקרונות כלליים

כידוע, כדי להקים אחריות פלילית, על התביעה מוטל להוכיח, מעבר לספק סביר, כי נתקיימו יסודות העבירות - היסוד העובדתי והיסוד הנפשי.⁶

ככלל, היסוד הנפשי הנדרש בעבירות פליליות הינו יסוד נפשי של מחשבה פלילית, שמשמעותו מודעות לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה.

כאמור, לדעתי, פעולה המסתמכת על עצת עורך-דין יכולה ללמד על תום לב ולשלול קיומה של מודעות לרכיבי העבירה, היינו - לשלול קיומו של יסוד נפשי. הדבר נכון בעיקר כאשר מדובר בעבירות בתחום העסקי-כלכלי (מיסים, ניירות ערך, הגבלים עסקיים ועוד), שם האיסורים הפלילים מורכבים ואינם מובהקים.

בתחום זה, של היסוד הנפשי, אני רואה את החשיבות המרכזית של ההסתמכות.

במשפט הפלילי, גם מקום בו נתקיימו יסודות העבירה, עדיין עשויים להתקיים סייגים לאחריות הפלילית המכונים גם 'הגנות'.⁷ בניגוד לנטל של הוכחת יסודות העבירה מעבר לספק סביר, המוטל על כתפי התביעה, הרי הנטל להוכיח התקיימותה של הגנה מוטל על כתפי הנאשם, אם כי לשם כך די לו לעורר ספק.⁸ ההגנות הרלוונטיות לענייננו הן ההגנה של טעות במצב משפטי (סעיף 34 לחוק העונשין), אשר עמדה במרכז פסקי הדין **תנובה וטגר**, וההגנה של טעות במצב דברים (סעיף 34 לחוק העונשין) אשר נזכרה גם היא בפסקי הדין.

גם מקום בו הוכח קיומם של היסוד העובדתי והיסוד הנפשי בעבירה, יכולה ההסתמכות להקים אחת משתי ההגנות האלה.

ד. הסתמכות יכולה להקים הגנה מפני אחריות פלילית בשל טעות במצב המשפטי - פרשות תנובה וטגר

כדי להבין את השלכותיהם של שני פסקי הדין **תנובה וטגר**, חשוב מאוד לבחון את ההקשר שבו נדונה בהם הגנת ההסתמכות. בפרשות **תנובה וטגר** הדיון בהסתמכות התקיים באספקלריה של ההגנה של טעות במצב משפטי.

בשני פסקי הדין נדונו עבירות של עשיית הסדר כובל לפי חוק ההגבלים העסקיים. בשני המקרים נקבע, כי נתקיימו הן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי של העבירה ולפיכך נקבע, כי הנאשמים עברו עבירה פלילית. השאלה שעמדה לדיון היתה, אם קמה להם, בנסיבות העניין, **הגנה מפני אחריות פלילית**, בשל העובדה שטעו בהבנת הדין הפלילי, בהסתמך על עצת עורכי-דין לפיה אין מדובר במעשה עבירה.

6. סעיפים 18-21 לחוק העונשין.

7. סעיפים 34-ה-34כ לחוק העונשין.

8. סעיפים 34כב(ב) לחוק העונשין.

הנחת היסוד לדיון היתה איפוא, כי העצה שנתנו עורכי הדין, עליה הסתמכו הנאשמים, היתה שגויה.

בפסקי הדין נדונה ההגנה של "טעות במצב משפטי", לפי סעיף 34 ל חוק העונשין. סעיף זה קובע:

"לעניין 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."

הכלל הידוע במשפט הפלילי בהקשר זה הוא, כי אי ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות פלילית.⁹

ההגנה של טעות במצב משפטי הינה, איפוא, חריג לכלל האמור, ובתור שכזו, ברור כי יש ליישמה באופן מצומצם ביותר. גם לשונו של סעיף 34 ל חוק העונשין מלמדת, כי הכלל הוא, שמוטלת אחריות פלילית, אף במצב בו אדם סבר בטעות שמעשהו אינו אסור, והחריג הוא מצב שבו הטעות היתה "בלתי נמנעת באורח סביר". המבחן לצורך התקיימות ההגנה הוא מבחן **אובייקטיבי**, מבחן של סבירות.

על רקע זה - כאשר מדובר בהגנה מפני אחריות פלילית, שהיא מטבע הדברים מצומצמת, ובנוסף מדובר בחריג לכלל יסודי של המשפט הפלילי, המחייב פרשנות מצומצמת, וכאשר המבחן להתקיימות ההגנה הוא מבחן אובייקטיבי שדרישותיו מחמירות - ברי, כי התנאים לתחולת ההגנה, כפי שנקבעו בפסקי הדין, הם מצמצמים ומחמירים.

על רקע הפרשנות המצמצמת ובשל סיבותיה, יש להבין את הדיון בהגנת ההסתמכות בפסקי הדין ואת התנאים שנקבעו לתחולתה של ההגנה. אציג להלן את התנאים העיקריים שנקבעו בשני פסקי הדין לתחולתה של ההגנה של טעות במצב משפטי:¹⁰

א. נדרש, כי יהיה מדובר בטעות - זהו **רכיב סובייקטיבי**, הדורש, כי יהיה מדובר בטעות כנה ובתום לב של הנאשם. הטעות יכולה להיות הן באשר לעצם קיומו של איסור פלילי במקרה מסוים, והן באשר להבנתו של האיסור.

ב. נדרש, כי הטעות תהיה בלתי נמנעת באורח סביר - זהו רכיב הקובע סטנדרט אובייקטיבי. טענת ההסתמכות על ייעוץ מקצועי צריכה להיות סבירה כשלעצמה. ככל שהשאלה המשפטית הנדונה מורכבת יותר - כך תהא ההסתמכות סבירה יותר, ולהיפך - ככל שמדובר בעבירה מובהקת פחות (mala prohibita להבדיל מ-mala per se), כך תהא ההסתמכות סבירה יותר.

9. הרציונלים העומדים מאחורי כלל זה פורטו בפסק הדין **תנובה**, בפסקאות 26-28 לפסק הדין (עמ' 147).

10. התנאים המפורטים הם אלה המשותפים לשני פסקי הדין. בפסק הדין **טגר** התקיים, בנוסף, דיון נרחב בשאלת המידע המוצג בפני עורך-הדין לצורך קבלת חוות-דעתו, וכן בשאלת האפשרות להסתמך על עצת עורך-דין לגבי דפוס פעולה.

בהקשר זה יש משמעות גם למעמדו ולניסיונו המקצועי של האדם המבקש להסתמך על עצת עורך-הדין. ככל שעמדנו של הנאשם מקצועית יותר והוא בעל ניסיון רב יותר - הסתמכות "עיוורת" שלו על עצת עורך-דין תהיה סבירה פחות.

ג. נדרש, שהפנייה תהיה לעורך-דין בעל מומחיות בתחום. עם זאת, פנייה לעורך-דין שלכאורה אינו בעל המומחיות המיוחדת, כשלעצמה, אין בה כדי לשלול את תוקף ההגנה, והכל תלוי בתום לבו של הפונה.

ד. נדרש, כי תוצג מלוא התשתית העובדתית בפני המומחה - לא רק המידע הנחוץ להחלטה, אלא כלל המידע. כן ייבחן האופן שבו הוצגו הדברים בפני עורך-הדין, במבחני סבירות ותום לב.

ה. נדרש, שהעצה משפטית תהיה רצינית על פניה, ובדרך כלל, כדי למלא אחר תנאי זה, עליה להיות בכתב.

ו. קבלת חוות דעת משפטית תהיה בעלת ערך ומשקל, רק אם אמצעי זה ננקט בהיעדר אמצעים אחרים מתאימים יותר - כגון: פרה-רולינג של הרשות המוסמכת, פסק דין קודם, נהלים או הנחיה רשמית.

שאלה מרכזית בה דנו שני פסקי הדין היתה השאלה, האם התייעצות עם עורך דין פרטי והסתמכות על עצתו המשפטית השגויה יכולה בכלל להקים מצב שבו הטעות היא "בלתי נמנעת באורח סביר". קיימות דעות של מלומדים¹¹ לפיהן הסתמכות על עצת עורך-דין פרטי כלל אינה צריכה להיכנס בגדר הסעיף, וטעות "בלתי נמנעת באורח סביר" תתקיים רק במצבים שבהם היתה הסתמכות על גורם רשמי כלשהו - כגון הסתמכות על פסק דין ששונה לאחר מכן, או הסתמכות על עמדה של גורם רשמי לגבי החוק.

העמדה העקרונית המשותפת לשני פסקי הדין בשאלה זו היתה, כי **הסתמכות על עצת עורך-דין פרטי יכולה להקים את ההגנה**. לדעתי, יש להבין עמדה זו דווקא כהרחבה משמעותית של תחומי ההגנה.

עוד קביעה משותפת לשני פסקי הדין, שיש בה משום הרחבה של ההגנה, היא הקביעה לפיה אין חובה כי הנאשם ינקוט בכל האמצעים האפשריים העומדים לרשותו לבידור הדין, ודי אם נקט באמצעים סבירים.

בפסק הדין טגר, שפורסם זמן קצר לאחר פסק הדין בעניין תנובה, נאמר באופן מפורש, כי העמדה שנקבעה בו לעניין פרשנות ההגנה עולה בקנה אחד עם העמדה העקרונית שהוצגה בפסק הדין תנובה.

11. ראו למשל, מ. גור אריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך דין - האם פוטרת מאחריות פלילית" עלי משפט ב 33.

יחד עם זאת, בעניין **טגר** נדונו שאלות נוספות וניתנו הבהרות, שיש בהן לדעתי כדי להרחיב את תחומי ההגנה של טעות במצב המשפטי. כך נקבע, כי פנייה לעורך-דין לצורך ליווי משפטי **כללי** לחוזה או לפעולה אחרת, כוללת ציפייה כי עורך-הדין יתייחס לכל ההיבטים הפליליים, ואין לדרוש מן הפונה כי יגדיר מראש את המוקשים המשפטיים האפשריים. קביעה זו מרחיבה בעיני את מגוון הסיטואציות של הסתמכות על ייעוץ משפטי, שתהיה להן נפקות במשפט הפלילי.

לכן, גם באספקלריה המצומצמת והמגבילה של ההגנה של טעות במצב משפטי, לא ניתן, לדעתי, להגדיר את גישתם של שני פסקי הדין כגישה מצמצמת. במונחים מסויימים, ניתן לראות בגישה האמורה, דווקא תחילתה של מגמה מרחיבה.¹²

התנאים שנקבעו בפסקי הדין בעניין **טגר ותנובה**, נקבעו לגבי אותו תחום מצומצם וצר של הגנת הטעות במצב משפטי. דיון זה אינו שולל, לטעמי, את האפשרות להשתמש בהסתמכות כהגנה רחבה יותר במשפט הפלילי, אם במסגרת ההגנה של טעות במצב דברים, ואם כאלמנט השולל את התקיימות היסוד הנפשי בעבירה.

ה. הסתמכות יכולה להקים הגנה מפני אחריות פלילית בשל טעות במצב דברים

ההגנה של "טעות במצב דברים" מצויה בסעיף 34(א) לחוק העונשין:

"העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו."

הסיטואציה של הסתמכות יכולה, לדעתי, להקים גם הגנה של טעות במצב דברים לפי סעיף 34 לחוק העונשין. שכן, על פי הפסיקה, טעות כזו מתייחסת לא רק לטעות בעובדה אלא גם לטעות בדין לבר-פלילי.

ההגנה של טעות במצב דברים היא רחבה יותר מן ההגנה של טעות במצב משפטי שנדונה בפסקי הדין **טגר ותנובה**, כיוון שהמבחן להוכחתה הוא מבחן **סובייקטיבי בלבד**. השאלה הנבחנת היא, האם האדם עצמו טעה ואם טעותו היתה כנה. זאת, בשונה מן המבחן להוכחת ההגנה של טעות במצב משפטי, שהוא מבחן אובייקטיבי, הכולל רכיב סובייקטיבי - ולפיו נדרש שתהיה טעות כנה, אך עליה לעמוד בתנאים של **סבירות**.

כפי שנאמר בפסק הדין **טגר**, ייתכנו מקרים בהם הטלת אחריות פלילית על מי שהסתמך על עצה שגויה של עורך-דין תעורר תחושה של חוסר צדק. במקרים אלה, הכלל לפיו 'אי ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות פלילית' יעמוד בסתירה לעיקרון חשוב אחר של המשפט הפלילי - עקרון האשם. הדבר יהיה נכון במיוחד כאשר מדובר בעבירות שאינן עוסקות באיסורים הפליליים המובהקים, עבירות מסוג mala

12. עוד יש לציין, כי בפסק הדין **תנובה** נאמר במפורש, כי אמות המידה שפורטו בו לא מהוות רשימה סגורה.

prohibita, להבדיל מעבירות מסוג mala per se. על רקע זה נתפתחה בפסיקה ההבחנה בין דין פלילי לדין לבר-פלילי, תוך ראיית טעות בדין לבר-פלילי כטעות בעובדה (או טעות במצב דברים) המקימה הגנה.¹³

כאשר מדובר על התייעצות עם עורך-דין לגבי דין לבר-פלילי (ובעניין זה יש ויכוח נרחב בפסיקה לגבי קו הגבול שבין טעות בדין פלילי לטעות בדין לבר-פלילי),¹⁴ יכול הדבר להקים את ההגנה לפי סעיף 34 לחוק העונשין. הגנה זו היא, כאמור, רחבה יותר מן ההגנה של טעות במצב משפטי, הן בשל היות המבחן להתקיימותה מבחן סובייקטיבי, והן בשל קו הגבול העמום בין דין פלילי לדין לבר-פלילי.

בעיני, פסק הדין **טגר** גילה גישה מרחיבה גם לגבי תחולת ההגנה של טעות במצב דברים. בפסק הדין נאמר במפורש, כי ההגנה של טעות במצב דברים תמשך לחול על טעות בדין לבר-פלילי, גם לאחר חקיקת תיקון 39 לחוק העונשין. בעניין זה, הפסיקה עד כה סברה אחרת (בפסקי הדין **בורוביץ**¹⁵ ו**תנובה**).¹⁶ זהו סממן נוסף המצביע, לדעתי, על גישה של הרחבת ההגנות מפני אחריות פלילית הבאה לידי ביטוי בפסק הדין **טגר**.

1. הלכת פרומדיקו¹⁷ לאור הלכות תנובה וטגר - ההסתמכות יכולה לשלול את היסוד הנפשי בעבירה

לדעתי, הנפקות המרכזית של התייעצות עם עורך-דין והסתמכות על עצתו היא ביחס לשלילת קיומו של יסוד נפשי בעבירה. זאת, כיוון שהסתמכות יכולה לתמוך בתום לבו של המתיעץ. כאמור, הוכחת היסוד הנפשי בעבירה היא נטל המוטל על התביעה, ואם יראה הנאשם כי פנה לעורך-דין לקבל ייעוץ בתום לב, הרי אף אם לא עמד בתנאים שנקבעו בהלכות **תנובה** ו**טגר** - עשוי הדבר לשלול את התקיימות היסוד הנפשי לגביו.

פסק דין **פרומדיקו** נחשב כפסק הדין המרכזי בסוגיית ההסתמכות. שם נדונה הגנת ההסתמכות באוביטר דיקטום, אך **הרציו** של פסק הדין היה **זיכוי מחמת היעדר יסוד נפשי**.

בשל מורכבות השאלה המיסויית באותו עניין נקבע, כי לא ברור שהיתה חובה לשלם מס, ובנסיבות אלה - גם לא נתקיים היסוד הנפשי של כוונה להתחמק מתשלום מס,

13. פסק הדין **טגר** בפסקה 58.

14. ראו: ע"פ 389/91 מ"י נ' **ויסמרק**, פ"ד מט(5), 705; וכן ההפניות למלומדים בפסק הדין בעניין **טגר** בסעיף 58 לפסק הדין (עמ' 414).

15. בע"פ 4855/02 מ"י נ' **בורוביץ**, פ"ד נט(6), 776, נקבע כי לאור תיקון 39 לחוק העונשין, אין עוד מקום להידרש להבחנה בין טעות בדין פלילי לטעות בדין לבר-פלילי. בפסק דין **תנובה** נדחתה הטענה של טעות במצב דברים בהתאם לקביעה בפסק דין **בורוביץ**.

16. לגופו של עניין נקבע בפסק דין **טגר**, כי הגנת הטעות במצב דברים אינה חלה.

17. ע"פ 1182/99, 1483, 2606 הורביץ נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נד(4), 1 (להלן: "**פרומדיקו**").

שהוא יסוד נפשי של כוונה מיוחדת, הנדרש בעבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה.

נשמעו דעות כאילו לפי פסק דין פרומדיקו, הגנת ההסתמכות יכולה לחול רק על עבירות של כוונה מיוחדת.¹⁸ לדעתי, סיטואציה של הסתמכות יכולה להעיד על תום לב ולשלול יסוד נפשי, לא רק בעבירות הדורשות כוונה מיוחדת כמו העבירה הנ"ל, אלא גם בעבירות הדורשות מחשבה פלילית "רגילה".¹⁹

גם על הלכת פרומדיקו נשמעה ביקורת רבה, והיתה תחושה מסויימת כאילו ההלכה "מתה" ואינה קיימת עוד. פסק הדין טגר מצטט את פסק דין פרומדיקו, ובמידה רבה מתבסס ומסתמך עליו, כדי לנמק את החלת ההגנה של טעות במצב משפטי גם על התייעצות עם עורך-דין פרטי. ניתן לראות, לטעמי, בפסק הדין טגר קבלה ואף "החיאה" של הלכת פרומדיקו גם בהקשר של שלילת היסוד הנפשי בעבירה. לטעמי, גם בכך יש כדי להצביע על גישה מרחיבה כלפי קבלת טענת ההסתמכות, הבאה לידי ביטוי בפסק דין טגר.

2. סוף דבר - יש בסיס לאופטימיות

לתפיסתי, בהסתכלות של סניגורית, פסקי הדין תנובה וטגר נושאים עימם מסר אופטימי. לטעמי, לא רק שלא נסתם הגולל על הגנת ההסתמכות, אלא שבמידה רבה נפתח פתח רחב יותר להחלתה במקרים המתאימים לכך.

ניתן לדמות את המשמעויות של ההסתמכות בהקשר המשפט הפלילי למשפך דמוי פירמידה הפוכה. הפתח הרחב ביותר הוא ההסתמכות, שיש בה כדי לשלול את היסוד הנפשי בעבירה. הפתח הוא רחב ביותר כיוון שמדובר בשלילת יסוד מיסודות העבירה, יסוד שנטל הוכחתו מוטל על כתפי התביעה. הפתח הצר יותר (אך עדיין רחב), הוא ההסתמכות המקימה הגנה של טעות במצב דברים בשל טעות בדין לבר-פלילי. פתח זה צר יותר, כיוון שמדובר במצב בו נתקיימו יסודות העבירה, אך עדיין הנאשם יכול לעורר ספק, שמא קמה לו הגנה. הפתח עדיין רחב, כיוון שדי לנאשם להראות, כי הוא טעה, באופן סובייקטיבי, בהבנת דין לבר-פלילי. הפתח הצר ביותר הוא הסתמכות המקימה הגנה של טעות במצב משפטי, לפי סעיף 34 יט לחוק העונשין. זהו הפתח הצר ביותר, כיוון שמדובר בהגנה, שנטל הוכחתה על הנאשם, וכן כיוון שכדי לעמוד בתנאיה, עליו להראות כי טעה טעות "בלתי נמנעת באורח סביר" בהבנת הדין.

אין זה מקרי, לדעתי, ששני פסקי הדין בעניין טגר ותנובה עסקו בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים. העבירות לפי חוק זה הן עבירות רחבות, הכוללות בתוכן חזקות חלוטות, ובתי המשפט מחפשים, במקרים המתאימים, "פתחי מילוט" מפני תחולתן הגורפת של עבירות אלה.

18. ראו: מ. גור אריה, לעיל, ה"ש 12.

19. כך נקבע בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין תנובה, ת"פ 149/96 מדינת ישראל נ' תנובה, תק-מח 2001(4) 20987, בפסקאות 110-105 (עמ' 21046-21044).

בעבירות של הסדר כובל, לפי חוק ההגבלים העסקיים, כמעט בלתי אפשרי לטעון להיעדר יסוד נפשי, ואף הטענה של טעות בדין לבר-פלילי היא מוגבלת. אך בתחומים אחרים, ובעיקר בתחומים הכלכליים המורכבים, כגון עבירות מיסים, עבירות ניירות ערך ועבירות מרמה, יש בהחלט מקום ל"הגנת ההסתמכות" כשוללת יסוד נפשי או כמקימה הגנה של טעות במצב דברים, בנוסף להגנה של טעות במצב משפטי.

בניגוד לרושם הראשוני שנתקבל מפסקי הדין בעניין תנובה וטגר, כאילו צומצמה והוגבלה הגנת ההסתמכות, ניתן, לדעתי, לראות בפסקי דין אלה דווקא ניצנים של מגמה הפוכה, מגמה המרחיבה את תחולת טענות ההגנה מפני אחריות פלילית. מחד, המציאות הכלכלית, העסקית והחברתית מחייבת הרחבה של תחולת העבירות וגמישות בהגדרתן. כך, במידה רבה, נוהגים בתי המשפט בפועל. מנגד, קביעת גבולות העבירה והיקף תחולתה בדיעבד, מנוגדת לעקרון האשם ולחלק ממטרות המשפט הפלילי, ומעוררת תחושה של חוסר צדק. לכן, מתחייבת במקביל גם הרחבה של טענות ההגנה במשפט הפלילי. כיום, השאלה אם מעשה מסוים מהווה עבירה אם לאו, בעיקר בתחומים העסקיים, עשויה להיות מורכבת ביותר. בסיטואציות האלה, יש מקום לעודד פנייה של אנשים להתייעצות מקצועית עם עורכי-דין, ומן הראוי, במקרים המתאימים, להגן על המתיעצים מפני אחריות פלילית. במציאות המשפטית המורכבת של ימינו, כאשר העבירות הפליליות הנוגעות בתחומים עסקיים אינן חדות ומובהקות, אני סבורה כי מגמה של הרחבה בהגנות היא ראויה, מבורכת ואף חיונית.²⁰

20 אוסיף, כי נושא ההסתמכות יוצר בעיה לא פשוטה לעורכי-דין ולרואי-חשבון בחיי היום-יום. לעיתים, צופות רשויות החקירה מראש, כי עלולה להיטען טענת הסתמכות, ודואגות לזמן לחקירה גם את היועצים וגם את הלקוחות. בסיטואציה כזו נוצרים ניגודי עניינים בין הלקוחות לבין היועצים, ויש נטייה טבעית להטיל את האשם ואת הידיעה והמעורבות זה על שכמו של זה, באופן שהיכולת לטעון טענת הסתמכות נשללת מראש.

בהקשר זה אפנה למאמר שכתבתי: "החשיפה הפלילית של יועצים חיצוניים לתאגיד", תאגידים ד/2, מאי 2007, עמ' 74 (המאמר נכתב בטרם ניתנו פסקי הדין בעניין תנובה וטגר).