

עבודה 2 בדיני עונשין, סמסטר ב' (ציון באזור 90)

העבירה בה נשקלת האשמת הנאשמת ציונה ע"י הגנזך (התביעה) היא עבירה מוחץ לחוק העונשין¹, המצויה בחוק הארכיונים². היא נקבעה בחוק ולכן חלה, לפי סעי' 1 לחוק. אחווה דעתי על המצב המשפטי.

לעבירה בסעי' 15(א) לחוק הארכיונים יסוד עובדתי (השואב, בחלקו, מסעי' 14 לאותו חוק), אותו אפרט לפי מבנה סעי' 18 לחוק, כדלקמן: ההתנהגות, המעשה המבער (משמיד); הפרטים- נסיבות: חומר ארכיוני, שלא בהתאם לחוק זה, תוצאה³: השמדת החומר. היסוד העובדתי מתקיים: התנהגות ציונה, בה הושמד המכתב, קיימה את המעשה. הנסיבה "חומר ארכיוני" גם היא התקיימה כאן - לפי סעי' לחוק הארכיונים מוגדר חומר ארכיוני כך: "כל כתב על גבי נייר... (2) המצויים בכל מקום שהוא ושיש בהם עניין לחקר העבר, העם..."- אין ספק - במכתב תיאור אירוע חשוב בתולדות העם: השבתו של חלק מהעם היהודי לארצו, במבצע עליו מסופר בתולדות ימי ישראל. המשמעות למכתב רבה אף יותר משום שהוא בעל אופי "ממלכתי" דיו לטלוויזיה הלימודית ומשרד החינוך, וכן בכך שהוא מתאר תיאור מדויק של האירוע מפי אחד הטייסים. בקשר לזה, תוכל לטעון התביעה כי בהגדרות סעי' 1 לחוק הארכיונים כתוב "...ערך של מקור" - למקורות המסמך חשיבות, גם הנסיבה "שלא בהתאם לחוק זה" קמה - בסעי' 14 לחוק הארכיונים ביעור החומר ברשות הפרטית ללא היתר הגנו אסור. בנוסף, כשעבירה זו מסווגת כתוצאתית (השמדה), נצרך קשר סיבתי, לו שני מבחנים, שנענים בחיוב: המבחן העובדתי ("מבחן האלמלא") - לולא פעולת ציונה המכתב היה שלם, ולא היה מושמד; מבחן הצפיות - ברי כי הנאשמת צפתה תוצאת הביעור, הכילוי הבלתי הפיך של המכתב, ברי שכך היה צופה אדם מן הישוב, בנסיבות העניין.

באשר ליסוד הנפשי חל סעי' 19 לחוק, החל על גבי כל סעי' פלילי שלא קובע אחרת, ומביא לכך שנדרשת בעבירה זו מחשבה פלילית, דהיינו, לפי סעי' 20(א) לחוק: מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה (ולעניין התוצאות לפחות פזיזות⁴).

יצוין, כי ברובד זה של בחינת המחשבה פלילית הנצרכת בעבירה, בעבירת סעי' 15(א) כתוב "ביודעין" - לפי סעי' 90א (3) לחוק, הכוונה היא למודעות כבסעי' 20(א). כאשר אין מודעות סובייקטיבית לנאשם, לאחד מהדברים שפורטו לעיל, אין להטיל עליו אחריות פלילית (למעט במקרים של עבירות מסוג רשלנות או אחריות קפידה).

האם התקיימה מודעות בענייננו? על פניו, ציונה הייתה מודעת לטיב המעשה של ביעור המכתב. אך ישנה שאלה העולה בנושא בנוגע למודעות לנסיבות. ההגנה תטען בנושא זה כי ציונה לא הייתה מודעת לנסיבות היות המכתב "חומר ארכיוני", היא חשבה שהכול כעת מתועד בסדרת הטלוויזיה ואין עוד צורך במסמך זה. התביעה תטען כי ככלל, בסעי' 20(ג)(1) לחוק נקבע כי חשד שלא ברור הוא מודעות, וכשציונה, ביחד עם הדרישות שלבטח דרשו ארכיונים שמהם היא הביאה את החומר, שלא להשמידו או לפגוע בו (וייתכן שאף צורפו אזהרות מפורשות ממוזיאונים וכו') שפגיעה בחומר היא עבירה על החוק, העלתה בדבריה את המחשבה שכעת היא לא נצרכת לחומר זה, על אף חשיבותו, דווקא בגלל שהוא מופיע בתוכנית טלוויזיה (כלומר, יש לו חשיבות, אך היא הניחה שהחשיבות "עברה" מן המכתב לסרט) אפשר לראות בכך קיומו של חשד שהתעורר. שלא לדבר על כך שנערכה ישיבה מיוחדת בנוגע לגורל החומרים הארכיוניים במשרדי הטלוויזיה, בה נכחו אנשי משרד החינוך שהורו לה במיוחד להשיב את החומר.

מצידה, ההגנה תטען שציונה לא חשדה. ואם הנושא עלה בישיבה, הרי לאחר הוראת המנהל, סובייקטיבית, נגולה מליבה אבן החשד.

¹ חוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - "החוק").

² חוק הארכיונים, תשט"ו-1955 (להלן - "חוק הארכיונים").

³ עבירה זו אפשר לחשוב שהיא התנהגותית, אך מבדיקה מדוקדקת של התיבה "מבער", הבנתי כי מדובר בכילוי החומר הארכיוני, חיסולו, ולכן מדובר בעבירה תוצאתית.

⁴ באשר ליסוד החפצי לא ארחיב, אך אעלה כאן את הטענה, כי לבטח, בהנחה שציונה מודעת (ובכך אדון), ציונה הייתה לפחות קלת-דעת, כלומר, פעלה ונעשה המעשה למרות שקיוותה שלא יקרו התוצאות האסורות על פי חוק בעניין הקונקרטי.

לצורך זאת תצרף ההגנה את קביעת ביהמ"ש בפ"ד הורוביץ⁵, שם הסתמכו על דעת מומחה כשוללת מחשבה פלילית ומודעות לקיום הנסיבה - זאת כשמדובר בתחום הדורש התמחות כשלאדם מן הישוב אין ידע בנושא - וכאן המנהל, שהיה במגע עם משרד החינוך ולבטח מנוסה יותר מציונה, היה למומחה ממנו יכלה ציונה ללמוד כי היא יכולה "לזרוק" המכתב. תמשיך ההגנה לגבי עניין החשד: בסעי' העבירה המדובר קיים הביטוי "ביודעין": אכן, כאמור, כתוב בסעי' 90א(3) כי "ביודעין" כמוהו כמודעות, ולפי סעי' 20 (ג)1 חשד כמוהו כמודעות. אולם, הביטוי "ביודעין", כמו בפ"ד הר-שפי⁶, למעשה מביא לכך שעבירה זו היא מסוג העבירות שמטיבן דורשות ידיעה מסוימת, ולא די בהן בחשד. בפ"ד הר-שפי הסיבה לכך היא שהוראת החוק הכללית בסעי' 20 (ג)1 מסיגה עצמה מפני ההוראה המיוחדת, כיוון שכאן מרכיב הידיעה מהותי כיסוד מיוחדות העבירה, והוא מאפיין מיוחד בעבירה: הרכיב המקים חובה לא להשמיד את החומר הארכיוני. מקומו זה המיוחד של יסוד הידיעה על ביעור החומר הארכיוני מצמצמו לידיעה, פשוטה כמשמעה. כמו"כ מובאת סברת ד"ר קנאי⁷, שלא על כל דבר קטן יש לגשת למשטרה, או, לצורך העניין בו עסקינן, לגנו, ואין זה הגיוני שעל כל מכתב אישי, של אב לביתו הנערה, גם כזה שכולל מידע היסטורי, על אדם לשרך רגליו למשרדי הגנוז.

התביעה לא תקבל זאת: ציונה הייתה תחקירנית שעבדה עם ארכיונים למען סדרה של תוכניות - אף לא תוכנית אחת! - שוב ושוב היא ביצעה פרוצדורות שונות להשגת חומר, תוך הבנת ערכו, ולבטח מצאה חומרים דומים למכתבה, ועמדה על עובדת היותם מוגנים, ולכל הפחות אמורה להידלק אצלה נורה אדומה, המאותתת לה לבדוק את מעמד מסמך מסוג זה בחוק. כמו"כ בפרשת טייב⁸, וביתר שאת בפ"ד בארי⁹, לא נדרש חשד כלשהו ברמה גבוהה - די לצורך סעי' 20(ג)1 חשד ממש. יתר על כן, נקבע שם גם כי קיימת דוקטרינת "עצימת העיניים"¹⁰, שמעוגנת בסעי' 20 (ג)1 - וזו מתפרשת גם על "חלל תודעתי", על אדישות לשאלת קיום הנסיבה, תוך נטילת סיכון מחושב לכך שהנסיבה קיימת. ציונה נהגה כך שנראה כי היא לא הקדישה מחשבה רבה מדיי למהות המכתב, וביעורו של המכתב ללא בירור מצביע על נטילת סיכון זה. אף אם ציונה חשדה, ושמעה מן המנהל דבר מה בנושא, היא לא ביררה באורח אמיתי: לא שאלה את הגנו אם מדובר בחומר ארכיוני. באשר למנהל: בפ"ד הורוביץ נקבע שחוות הדעת לשם טענת הסתמכות צריכה להינתן ע"י אדם בעל ידע רב (שם דובר על עו"ד ורואי-חשבון), ונגעה לטעות במצב משפטי (אזון בכך בהמשך). המנהל אינו סמכות בעניין, ודבריו אינם משום "הסרת ערפלי" מעל החשד, מה גם שלא כוונו ישירות למכתבה שברשות ציונה, ולא היו חד משמעיים.

לגבי הטענה על הניסוח "ביודעין", ייטען כי בפרשת הר-שפי לא דרשו בירור חשד, שכן העבירה שם מחדלית, ויש לה אופי מיוחד ודוחק: ולא הרי העבירה בפרשת הר-שפי כהרי העבירה כאן, שהיא אקטיבית, ובידי ציונה היו שהות ואפשרות להפריך את החשד. מכאן, נכון לומר שציונה יכלה והצטרחה לפנות לגנו לבירור אם היא חשדה, וסעי' 20(ג)1 לחוק כן חל. מול זאת ההגנה תביא טענה של טעות בשני מישורים חלופיים: 1. טעות שעובדה 2. טעות שבדין.

1. ההגנה תנסה לעורר הסייג (הדורש ספק סביר) לעניין הטעות שעובדה לפי סעי' 34"ח לחוק¹¹: הסייג מתייחס למצב העובדתי בעיני הנאשם, סובייקטיבית. לפני תיקון 39 נדרשה טעות "כנה וסבירה". בפ"ד משולם¹² השופט מצא קובע שהלשון "בדמותו" דורשת כיום כנות, ואילו הסבירות מתלווה כמבחן לאמיתות הכנות. טענת ההגנה: הטעות הייתה כנה ויש בה סבירות לאור תוכנית הטלוויזיה בה תועד המכתב ודברי המנהל.

⁵ ע"פ 1182/99, הורוביץ נ' מ"י, תק-על 2000 (2), 1150. (להלן - "הורוביץ").

⁶ ע"פ 3417/99, הר-שפי נ' מ"י, תק-על 01 (1), 904. (להלן - "הר-שפי").

⁷ ר' קנאי, "האומנם תמיד דין אחד לחושד וליודעי?", מחקרי משפט יב (תשנ"ו-1995), 433, 437-440.

⁸ ע"פ 115/00, טייב נ' מ"י, תק-על 2000 (2), 670. (להלן - "טייב").

⁹ ע"פ 5612/92, מ"י נ' בארי ואח', פ"ד מח (1), 347 (להלן - "בארי").

¹⁰ השופט חשין, בפרשת הר-שפי, מציין כי "חשד" ו"עצימת-עיניים" ממש חלופיים זה לזה. הוא אינו מקפיד בהבדל זה (הר-שפי, סעי' 29 לדברי מ' חשין).
¹¹ ע"פ 4188/93, מרדכי לוי נ' מ"י, פ"ד מט (1), 539 (השופט גולדברג): עניין המודעות עלול להיות מוסב על היסוד העובדתי, וממנו לטעות שעובדה. הדבר עלה בפ"ד לוי: טענת הטעות יכולה שלא להיות סייג לפליליות המעשה אלא להוות שלילת התקיימות יסודות העבירה.

¹² דני"פ 1294/96, משולם נ' מ"י, פ"ד נב (5), 1 (להלן - "משולם").

לפי פ"ד ויסמרק¹³, טעות בדין לבר-פלילי, דין חיצוני לעבירה הפלילית, מביאה לחוסר מודעות ליסוד העובדתי שבעבירה. כאן, טעות הנאשמת הייתה למעשה באשר לטיב החומר הארכיוני, המוגדר שלא בסעי' 15(א) העונשי, אלא בסעי' ההגדרות לחוק הארכיונים: אכן, הביעור אסור - אך "חומר ארכיוני" מהו? כבמקרה ויסמרק, חלה טעות במהות המסמך. מאידך, התביעה תתמקד מעט יותר בעניין הסבירות: אדם, תחקירן, מן הישוב היה יודע שמכתב זה מהווה חומר ארכיוני, ולכל הפחות, מוודא זאת אם בליבו חשד. מלבד זאת, התביעה תוכל להזכיר דבר שנאמר כבר בהקשר קודם, בפ"ד טייב, בעניין עצימת העיניים, שכמוהו כמודעות, ואין אפשרות לטעות שעובדה, שהרי בעצימת העיניים, אין מודעות, אלא "חלל תודעתי". באשר לטעות בדין לבר-פלילי, התביעה תטען כי סעי' ההגדרות בחוק הארכיונים, כמו גם סעי' 14 לחוק זה, הוא חלק מהגדרת העבירה, ולא נצפה שבכל עבירה יפורטו מחדש דברים שהוגדרו קודם. מעבר לזאת – הנסיבה "שלא בהתאם לחוק" עומדת ככל החוק כולו, ומייצגת את סעי' 14 וסעי' 1 כחלק מן העבירה הפלילית.

ההגנה תטען על כך כי מעבר לאמור לעיל, התקיימה טעות במישור הנורמטיבי שיפוטי, של הקביעה מהו "חומר ארכיוני" בהגדרת העבירה. על נושא זה כתבה ד"ר קנאי¹⁴, והציעה שלוש דרכים להתייחס ליסוד עובדתי שיש בו מקום לפרשנות נורמטיבית: א. לקבוע כי נדרשת מודעות גם לערך הנורמטיבי של היסודות הפיסיים; ב. בדיקת מניעי הנאשם. קביעה בדין, המניע יהיה חלק מהגדרת העבירה¹⁵; ג. דרישה מפורשת שהנאשם ידע שהתנהגותו אינה כדן¹⁶.

לפיכך, הנסיבה "שלא בהתאם לחוק זה" תשקף, לחילופין, כל אחת מהאפשרויות, ובכל אחת ציונה תהא נקייה מאחריות, הן כיוון שהיא לא הייתה מודעת לצורך הפניה לגנו לפני השמדת המסמך, הן כיוון שהמניע שלה לא היה פסול (הרי המכתב היה מאביה, והיא חשבה שהוא פשוט מתועד במקום אחר, וראתה במכתב בסה"כ עותק מיותר) והן כיוון שהיא לבטח לא רצתה לעבור על החוק, ולא הייתה מודעת לכך שהיא מתנהגת שלא כדן. התביעה תטען כי הנסיבה "שלא בהתאם לחוק" לא משקפת זאת כלל, אלא משקפת את דרישת הפניה לגנו, וכן, כפי שצויין לעיל, משקפת את הגדרות החוק, ובכל מקרה, לא נקבע מעולם בבית המשפט כי סעי' 15(א) אכן דורש אחת משלוש הדרישות להרשעה.

2. הגנת הטעות במצב המשפטי לפי סעי' 34 י"ט לחוק. סעי' זה קובע כי אי-ידיעת-הדין אינה פוטרת אלא אם כן הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר. לפי מאמרה של ד"ר קנאי, טעות שבדין¹⁷ תחול: א. כאשר המחוקק לא מספק הדרכה לדרך ההתנהגות הראויה; ב. כשהנאשם נשען על עצה או פרשנות מוטעית של החוק. כאן תעלה ההגנה טענה חלופית לטענות לעיל, בעלת שני ראשים: הראשון לפי פ"ד ויסמרק, שם נדון תוכן סיפא דסעי' 34 י"ט על טעות באשר למסמך לאחר ייעוץ וביורר החוק, כי ציונה הייתה מודעת לכך שהתחום הוסדר ע"י חוק, אך ההגדרה לא ברורה מספיק בחוק וציונה הסתמכה על דברי המנהל, שהובילו לטעות שלה באשר לאיסור ביעורו של חומר ארכיוני, וכי הדבר הוביל לטעות בדין, שהייתה בלתי נמנעת באורח סביר. את השני, בצירוף לטענה זו, תביא ההגנה דברי שופט המיעוט בפ"ד טל סופרמרקט¹⁸ כי לנאשם אין מודעות, כשהוא טועה בתום-לב ביישום החוק לעניין המקרה הספציפי, ותטען כי ציונה טענה בתום לב, ולא התכוונה להשמיד חומר ארכיוני רב ערך. התביעה, כמובן, תטען כי דעת הרוב סברה כי דבר מעין זה מרוקן את החוק ממשמעותו. לבסוף, היא תטען כי לנאשמת מודעות לכל העובדות, ואין טעותה אלא טעות במצב משפטי, אשר אינה פוטרת מאחריות כיוון שהיא הייתה נמנעת באורח סביר: בדיקה קלה בגנוך הייתה מונעת את הטעות בדין, שהובילה לביעור המסמך. דברי המנהל אין בהם להוות עצת מומחה או גורם מוסמך.

¹³ ע"פ 389/91, מ"י נ' ויסמרק ואח', פ"ד מט (5) 705 (דעת השופט בך) (להלן - "ויסמרק").

¹⁴ ר' קנאי, "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב המשפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה" מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית. (א' לדרמן, עורך), (תל-אביב, 2001), 203. (להלן - "מאמרה של ד"ר קנאי").

¹⁵ שימוש במניע כחלק מהגדרת העבירה בא לצורך ההתגברות על כך שהעבירה אינה מוגדרת מספיק ועל הקושי לאבחן בין התנהגות פלילית להתנהגות שאינה פלילית - מניע פסול מהווה בסיס לאשמה.

¹⁶ דרך זו שומרת על הבחנה בין טעות במצב משפטי לבין העדר מודעות. טעות של הנאשם יוצרת מצב של היעדר מודעות, והדבר ימנע בעיה הידרשות להערכה נורמטיבית.

¹⁷ השוללת אשמה (להבדיל משוללת מודעות).

¹⁸ ע"פ 172/78, טל סופרמרקט בע"מ נ' מ"י, פ"ד לב (3) 635 (שופט המיעוט - אשר, שופטי הרוב - בכור וכהן) (להלן - "טל סופרמרקט").