

## **בבית המשפט המחוזי בירושלים**

ת"פ 417/97

**בפני כבוד השופט דוד חשין**

**בעניין: מדינת ישראל**

ע"י ב"כ עו"ד דולן ואח'

**המאשימה**

■ נ ג ד -

1. הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ

2. איתמר בן אברהם בורוביץ

שניהם ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר גולדנברג ואח'

3. איילון חברה לביטוח בע"מ

4. לוי רחמני

5. נגה בן לוי רחמני

שלושתם ע"י ב"כ עו"ד מלצר ואח'

**הנאשמים**

## **החלטה**

### **מהות ההליך**

1. לפני מונחת בקשת הסנגוריה לבטל את כתב האישום שהוגש כנגד חמשת הנאשמים בתיק זה, בנימוק שהליכי החקירה שקדמה להגשתו הינם בטלים ונפסדים. בבקשתה, שהוגשה ביום 21.9.99, טוענת הסנגוריה כי החקירה נוהלה ללא סמכות, תוך ניגוד עניינים ממשי ואגב חריגה בוטה מכללי חקירה תקינים שתוצאתה פגמים חמורים באיסוף חומר הראיות. על יסוד כל אלה טוענת הסנגוריה כי החקירה הינה בטלה, לאו חקירה היא, מה שמחייב את ביטול כתב האישום המבוסס על ממצאיה. זאת מכח הטענה המקדמית של "פגם או פסול בכתב האישום" לפי סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 (להלן - **החסד"פ**) או מכח סמכותו הטבועה של בית המשפט. לחלופין טוענת הסנגוריה, כי הראיות שהושגו בחקירה אינן קבילות משום שהושגו שלא כדין, מה שמבסס לנאשמים את הטענה המקדמית "**העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה**" על-פי סעיף 149(4) לחסד"פ, משום שללא חומר ראיות קביל אין לכתב האישום על מה שיסמוך. לחלופי חלופין טוענת הסנגוריה, כי יש לבטל את האישומים בגין העבירות שהתגבשו לכאורה עד

ליום 2.6.92 מחמת התיישנות, בנימוק שחקירה שאינה כדין אינה מפסיקה את מירון ההתיישנות.

2. את הטיועונים המפורטים בכתב לבקשה (המחזיקה 148 עמודים) הגישו ב"כ הנאשמים 3 - 5, ואילו ב"כ הנאשמים 1 - 2 הצטרפו לבקשה בהודעה בכתב לבית המשפט כמו גם בטיעונים בעל-פה שהושמעו במהלך הדיון שהוקדש לה ביום 18.10.99. על כן, ראיתי לנכון להתייחס לבקשה דיון כאל בקשת הסנגוריה.

### רקע עובדתי ודיוני

3. כתב האישום בתיק זה, שהוגש בחודש יוני 1997, מייחס לחמשת הנאשמים (שתי חברות ביטוח, שני מנכ"לים וסמנכ"ל) עבירות של עשיית הסדר כובל בענפי ביטוח שונים, בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן - **חוק ההגבלים העסקיים**). על פי הנטען בכתב האישום, העבירות בוצעו ע"י הנאשמים ביחד עם אחרים במהלך השנים 91 - 93. התיק נמצא היום בשלב שלאחר תום פרשת התביעה.

4. סעיף 45 לחוק ההגבלים העסקיים קובע, בין היתר:

"45. (א) הממונה, או מי שהוא הסמך לכך, רשאי, אם יש לו יסוד סביר להניח

שהדבר דרוש כדי להבטיח את ביצועו של חוק זה או למנוע עבירה על הוראותיו -

(1) להיכנס לכל מקום שבו מתנהל עסק ולערוך בו חיפוש; ... הוראות סעיפים 26

עד 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט - 1969,

יחולו, בשינויים המחוייבים, על חיפוש לפי פסקה זו;

(2) לתפוס כל חפץ, כהגדרתו בפקודה האמורה, שיש לו יסוד סביר להניח כי הוא

עשוי לשמש ראיה במשפט על עבירה כאמור.

..."

סעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים מוסיף וקובע, בין היתר:

"46. (א) הממונה, או מי שהוא הסמך לכך, רשאי לחקור כל אדם בשל עבירה לפי

חוק זה; על החקירה יחולו הוראות סעיפים 2 ו-31 לפקודת הפרוצדורה הפלילית

(עדות).

(ב) כל אדם חייב, לפי דרישתו של הממונה, או מי שהוא הסמך לכך, למסור לו

את הידיעות, המסמכים, הפנקסים, ושאר התעודות שלדעת הממונה יש בהם כדי

להבטיח או להקל את ביצועו של חוק זה.

..."

5. במהלך שנת 1992 יצר הממונה על ההגבלים העסקיים דאז, ד"ר יורם טורבוביץ (להלן -

**הממונה**), קשר עם שני חוקרים פרטיים: מישל גוויסר ואריה שגיא (להן - **גוויסר ו - שגיא**),

שניהם קציני משטרה בעבר, יוצאי היחידה הארצית לחקירות הונאה ובעלי רשיון לעסוק

בחקירות פרטיות. את הקשר בין הממונה לחוקרים הפרטיים יצר מקורב לממונה בשם

אברהם (רמי) שבילי (להלן - **שבילי**), לשעבר בכיר במערכת הבטחון ובעת ההיא חוקר פרטי

בעצמו, אשר חתם בשלב מסוים על חוזה ההעסקה עם הממונה (סומן ת557). לאחר ששבילי

יצר את הקשר בין גוויסר ושגיא לממונה, החלו גוויסר ושגיא לעבוד עבור הממונה, ובשלב

מסוים קיבלו ממנו כתבי הסמכה כחוקרי היחידה להגבלים עסקיים (כתב ההסמכה של גוויסר סומן ת556/; כתב ההסמכה של שגיא סומן ת597/). עפ"י עדותו של גוויסר (עמ' 16,302 שורות 17 - 18), בסמוך לתחילת שנת 1993 נכרת חוזה העסקה בינו ובין שגיא לבין הממונה (ת580/).

6. המועד המדויק בו החלו החוקרים הפרטיים לעבוד עבור הממונה אינו ידוע, ואולם על יסוד הנתונים הבאים ניתן להסיק כי לכאורה מדובר במחציתה השנייה של שנת 1992:

א. במכתב ששלח הממונה לחוקרים הפרטיים ביום 11.10.94 נכתב כי העסקתם של החוקרים הפרטיים בשירות הממונה החלה במחצית שנת 1992 (ת/560);  
ב. גוויסר העיד כי החל לעבוד עבור הממונה "**בסביבות שנת 1992**" (עמ' 16,294 לפרוטוקול שורה 8), וכי החזיק בכתב הסמכה מטעם הממונה עוד בשנת 1992 (עמ' 16,296 שורה 13; ראו גם עמ' 16,362 שורה 9);

ג. גוויסר העיד כי החקירה הגלויה בתיק זה החלה ביום 17 בינואר 1993, ואילו **מספר מצומצם** של ימים לפני כן הוא פעל במסגרת טרום-חקירתית, שבמהלכה צבר מידע מודיעיני על הפרשה (עמ' 16,298 שורות 10 - 11; ראו גם עמ' 16,304 שורות 2 - 3; עמ' 16,369 שורה 22). מכאן, שהחקירה בפרשה זו החלה, קרוב לוודאי, רק בינואר 1993. נתון זה יש לבחון על רקע עדותם של שני החוקרים הפרטיים כי החקירה נשוא כתב אישום זה לא היתה החקירה הראשונה שביצעו עבור הממונה, למרות שעדותם בעניין זה לא חפפה: גוויסר העיד כי לפני הפרשיה דן חקר שתי פרשיות נוספות בנושא של הגבלים עסקיים, בענף העץ ובענף המעליות (עמ' 16,298 שורות 20 - 23); ואילו שגיא העיד שהחקירה בענף הביטוח היתה החקירה השנייה בה עסקו עבור הממונה, כאשר הראשונה היתה בנושא המעליות והשלישית היתה בענף העץ (עמ' 16,977 שורות 11 - 15; עמ' 17,173 שורות 10 - 17).

7. מכל מקום, דומה כי אין מחלוקת בין הצדדים שהחוקרים הפרטיים לא הוסמכו ע"י הממונה במיוחד לשם חקירת החשדות להסדרים כובלים בתחום הביטוח דווקא, כעולה גם מעדותו של גוויסר:

**"... לא ידענו שחתמנו על החוזה, וגם ציינתי את זה בפגישה הקודמת, שחברות הביטוח כל אוכלוסיית חברות הביטוח, הלקוח מספר אחד של נושא חקירות בכל מדינת ישראל, הם יהיו נושא לחקירה שלי ... אף אחד לא חשב, לא ידע, לא העלה על דעתו, שחברות הביטוח כגוש, יהיו נשוא לחקירה שלנו"** (עמ' 16,445 שורות 11 - 18).

8. הממונה, שבימים ההם תיפקד כנושא משרה במסגרת משרד התעשייה והמסחר, בטרם הוקמה הרשות להגבלים עסקיים, שרוי היה אותה עת במצוקה מבחינת כוח האדם שעמד לרשותו לצרכי חקירה: ממכתב ששלח הממונה ביום 9.1.93 לפרקליטת המדינה דאז, גבי דורית ביניש, ושעניינו העסקת חוקרים פרטיים במסגרת יחידת ההגבלים העסקיים (ת561/), עולה כי באותה עת עדיין לא נכללו תקנים לחוקרים במסגרת מצבת כוח האדם של יחידת ההגבלים העסקיים, שנמצאה אז "**בשלבי קימום וגיבוש**", כלשונו, ובפועל, הועסקו כשיגרה

על ידי הממונה חוקרים לא-אורגניים על בסיס חוזה קבלני; הנה כך כתב הממונה לפרקליטת המדינה:

**"עד כה, לא כלל תקן היחידה תקני כוח אדם לחוקרים, כאשר בפועל הועסקו**

**חוקרים על בסיס חוזה קבלני" (עמ' 1 למכתב).**

הממונה הוסיף במכתבו, כי לפי שעה נדחתה בקשתו לקבל תקנים לחוקרים, וכי משטרת ישראל אינה נכונה לחקור חשדות בנושא ההגבלים העסקיים או לסייע בחקירות שכאלה. **"בנסיבות הללו", המשיך וכתב הממונה לפרקליטת המדינה, "הכרח בל יגונה הוא להעסיק חוקרים פרטיים על מנת למלא חובתנו על פי דין לחקור עבירות על פי חוק ההגבלים העסקיים, ובלבד שהדבר ייעשה במסגרת נאותה ואגב פיקוח הדוק" (עמ' 1 למכתב).**

9. במכתבו הנ"ל ביקש הממונה את הסכמתה של פרקליטת המדינה להעסקת שישה חוקרים פרטיים: שלושה חוקרים פרטיים אשר נוגעים לענייננו (גויסר, שגיא ושבילי), ושלושה נוספים אשר אינם רלוונטיים להליך זה. כן עמד הממונה במכתבו על היכרות אישית-מקצועית קודמת עם גויסר, שגיא ושבילי:

**"צוות החוקרים נושא מכתבי זה הם מר רמי שבילי, מר אריה שגיא ומר**

**מישל גויסר... צוות זה הוכיח את עצמו בעבודה יעילה, מסורה ובאיכות**

**גבוהה" (עמ' 2 למכתב).**

ביום 23.2.93 שלחה פרקליטת המדינה מכתב תשובה לממונה, ובו אישרה את בקשתו להעסיק את החוקרים הפרטיים שזכרו במכתבו בהסתמך על הנחיה מס' 21.563 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה (ת/ 561; הנחיית היועץ עצמה סומנה ת/ 562).

10. יצויין בהקשר זה, כי ב"כ המאשימה טען שהממונה לא ביקש במכתבו הנ"ל אלא את ברכתה וגיבויה - להבדיל מהסכמתה - של פרקליטת המדינה להעסקת החוקרים הפרטיים (סעיף 16 לתגובתו בכתב), ואולם טענתו זו אינה נקיה מספקות, בין היתר לאור האמור בסיפא למכתבו הנ"ל **"(אודה על הסכמתך להעסקתם של החוקרים...)"**. מכל מקום, ב"כ המאשימה הבהיר בטיעונו - והבהרה זו מקובלת עלי - כי מקור הסמכות לפעולתם של החוקרים הפרטיים לא היה הסכמתה, או ברכתה, של פרקליטת המדינה, אלא הסמכתם ע"י הממונה מכח סעיפים 45 - 46 לחוק ההגבלים העסקיים (סעיף 17 לתגובת המאשימה). לנוכח הבהרה זו, לא ראיתי עוד צורך לדון בהנחיה האמורה של היועץ המשפטי לממשלה ובאישור שניתן על-פיה להעסקת החוקרים הפרטיים ע"י הממונה.

11. חלק משמעותי מהחקירה שקדמה להגשת כתב האישום בתיק זה נוהל ע"י החוקרים הפרטיים גויסר ושגיא, כאשר שבילי ממלא תפקיד פסיבי יחסית לשני הראשונים (נקודה אחרונה זו נתמכת בעדות שני עמיתיו: ראו עדות גויסר בעמ' 16,379 שורה 11 - עמ' 16,380 שורה 3; וכן עדות שגיא בעמ' 17,021 שורה 2 - 17,024 שורה 13); לשם השלמת התמונה ייאמר, כי לסניגוריה גם השגות באשר למהות והיקף התפקיד שמילא שבילי בחקירה.

12. לקראת סוף שנת 1993 חדלו החוקרים הפרטיים לחקור את החשדות לעבירות בענף הביטוח (עדות גויסר בעמ' 16,437 שורות 17 - 18; עמ' 16,438 שורה 17; עמ' 16,455 שורות 9 - 11), ובסביבות חודש פברואר 1994 סיימו גויסר ושגיא את ההתקשרות בינם לבין הממונה,

לאחר כניסתו לתפקיד של אוריאל שטרית כראש מחלקת החקירות האורגנית של הרשות להגבלים עסקיים (עדות גוויסר בעמ' 16,438 שורות 1 - 5). לאחר תום חקירתם של החוקרים הפרטיים בפרשה המשיכו חוקרי הרשות לחקור בה תחת שרביטו של שטרית, כאשר הצדדים חלוקים ביניהם בשאלה מה היה שיעורה של החקירה שניהלו החוקרים הפרטיים מתוך חקירת הפרשה כולה: ב"כ המאשימה, עו"ד דולן, טען בבית המשפט שכמחצית מחומר החקירה נאסף ע"י חוקרי הרשות עצמה (עמ' 17,496 שורות 3 - 6; עמ' 17,515 שורות 11 - 12), ואילו לטענת ב"כ הנאשמים 3 - 5, עו"ד מלצר, היה חלקה של חקירת הרשות קטן ושולי ביחס לחלקם של החוקרים הפרטיים (עמ' 17,572 שורות 3 - 4; סעיפים 24, 77.56 - 77.57 לטיעוניו בכתב), וככל שהדבר נוגע לראיות לכאורה כנגד הנאשמים 3 - 5, השיגו החוקרים הפרטיים למעלה מ- 90% מחומר החקירה (עמ' 17,573 שורות 16 - 21).

### **תמצית טענות הסנגוריה בהליך זה**

13. הסנגוריה, אשר אמרה דברה בעיקר באמצעות עו"ד מלצר, העלתה **ארבע** טענות עיקריות: הטענה הראשונה והעיקרית, המבוססת על ההנחה שקיומה של חקירה כדין הוא תנאי הכרחי להגשת כתב אישום, היא שהחוקרים הפרטיים חקרו את הפרשה ללא כל סמכות חוקית, משום שהממונה מעולם לא היה רשאי להסמיך **חוקרים פרטיים** לנהל חקירה פלילית במסגרת ממלכתית. לטענת הסנגוריה, סמכותו של הממונה מכח סעיפים 45 - 46 לחוק ההגבלים העסקיים מוגבלת להסמכת עובדי הרשות להגבלים עסקיים, או לכל היותר עובדי מדינה אחרים. מכאן נובע, לשיטת הסנגוריה, שהחקירה נערכה שלא כדין, היא **בטלה מדעיקרא**, ויש לקבוע כי כתב האישום לוקה בפגם או פסול, כאמור בסעיף 149(3) לחסד"פ, וכי על בית המשפט לבטלו מכח סמכותו לפי סעיף 150 לחסד"פ. הסנגוריה מציעה עילה חלופית להכרזה על בטלותה של החקירה, והיא, שהסמכת החוקרים הפרטיים עמדה בניגוד להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הטענה השנייה של הסנגוריה היא, שהפגמים שנפלו בחקירתם של החוקרים הפרטיים מחייבים גם הם, באופן עצמאי, את ביטולו של כתב האישום. הטענה השלישית היא, שיש לקבוע כי הראיות שנאספו ע"י החוקרים הפרטיים אינן קבילות משום שנאספו ללא סמכות, ומכיוון שללא חומר חקירה קביל אין בידי התביעה להוכיח את האמור בכתב האישום, הרי שמתגבשת לנאשמים טענה מקדמית הקבועה בסעיף 149(4) לחסד"פ - "**העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה**". הטענה הרביעית היא, שעל בית המשפט לבטל את האישומים בגין העבירות שהתגבשו לכאורה עד ליום 2.6.92, משום שחקירה שלא כדין, כמו זו שנערכה, כנטען, בענייננו, אינה מפסיקה את מירוץ ההתיישנות.

### **תמצית תגובת המאשימה לטענות הסנגוריה**

14. במסגרת תגובתה בכתב לבית המשפט הגישה המאשימה בקשה לדחות את טענות הסנגוריה על הסף, "**לאור מעמדה המשפטי של תורת 'פרי העץ המורעל' כפי שאושרה בפסיקה העקבית של ביהמ"ש העליון**" (סעיף 2 לבקשה לדחיה על הסף). כמו-כן טענה המאשימה, כי ב"כ הנאשמים **השתהו ארוכות** בהעלאת הטענה בדבר הסמכת החוקרים למרות שיכלו להעלותה בשלב מוקדם יותר במשפט, מה ש"**פועל לרעת הנאשמים, לפחות בכל הנוגע**

**לאמונתם בטענותיהם** (סעיף 66 לתגובת המאשימה בכתב). בפתח הדיון ביום 18.10.99 החלטתי שלא להיעתר לבקשת המאשימה לדחות את טענות הסנגוריה על הסף. הנימוק שנתתי לכך על אתר היה כי "לאחר שעברנו כברת דרך כה ארוכה אינני סבור שיש מקום עכשיו לבדוד את הטענה הזאת ולהחליט על הסף" (עמ' 17,370). כתוספת להנמקה תמציתית זו אוסיף ואומר כאן, כי לא היה מקום להעתר לבקשת המאשימה הן משום שאין די בהלכה הישראלית בעניין דחיית דוקטרינת "פירות העץ המורעל" כדי ליישב את כל הטענות שהעלתה הסנגוריה, והן משום שטענת השיהוי שהיא העלתה אינה מקובלת עלי לאור העובדה שב"כ הנאשמים 3 - 5, עו"ד מלצר, חזר והצהיר לאורך פרשת התביעה על כוונתו לטעון את הטענה בדבר הסמכת החוקרים הפרטיים, ואף הצהיר שביקש כי הם יובאו בהקדם לעדות לפני בית המשפט, כאשר בית המשפט ציין לפרוטוקול כי שמורה לעו"ד מלצר הזכות לטעון את טענתו זו (וראו לדוגמא עמ' 2,464 - 2,467 לפרוטוקול, אותם צירף עו"ד מלצר - לפי בקשתי - בהודעה שהגיש לבית המשפט לאחר הדיון בעל-פה).

#### 15. **ומכאן - לטענות המאשימה לגוף הדברים:**

כנגד הטענה הראשונה והעיקרית של הסנגוריה, שעניינה **חקירה ללא סמכות**, טען ב"כ המאשימה כי הסמכת החוקרים הפרטיים נעשתה כדין ובמסגרת החוק, משום שסעיפים 45 - 46 לחוק ההגבלים העסקיים אינם מגבילים את הממונה באופן לו טוענת הסנגוריה, וכי מכל מקום, הממונה קיים פיקוח ומעקב על ניהול החקירה ע"י החוקרים הפרטיים. טענה נוספת שהעלה ב"כ המאשימה בעניין זה היא ש"חקירה כדין" אינה תנאי להגשת כתב אישום. בעניין טענתה השניה של הסנגוריה - **פגמים בחקירה שתוצאתם ביטול כתב האישום** - טען ב"כ המאשימה כי החקירה היתה תקינה וראויה, כי הסנגוריה לא הצביעה על "נזק חקירתי" כלשהוא שנגרם לנאשמים וכי גם אם תמצא לומר שנפלו פגמים בחקירה, הרי שאין בכך כדי להביא לסעד אותו מבקשת הסנגוריה - ביטול כתב האישום. כנגד טענתה השלישית של הסנגוריה, בנושא **אי-קבילות הראיות שנאספו**, טען ב"כ המאשימה כי טענות אלה רלוונטיות לכל היותר לעניין מהימנות ומשקל הראיות, ולא לקבילותן. בתשובתו לטענה הרביעית - היא טענת **ההתיישנות** - טען ב"כ המאשימה כי לעמדת הסנגוריה בעניין זה אין על מה שתסמוך, משום שלקראת סוף 1993 נטלה לידיה מחלקת החקירות של הרשות להגבלים עסקיים את רסן החקירה, ועל כן, גם בהנחה שהחקירה שנערכה קודם לכן ע"י החוקרים הפרטיים היתה שלא כדין, הרי שפעולת חוקרי הרשות להגבלים עסקיים עצמה היא לגיטימית, גם אם מדובר בהשלמת חקירה בלבד וגם אם היא נתבססה על חומר הנובע מחקירה פסולה. טענה נוספת שהעלה ב"כ המאשימה בהקשר זה היא שעבירות התיאום המנויות בכתב האישום אינן עבירות הנושאות אופי רגעי, וכי פעולות מקדימות של תכנון ופעולות מאוחרות של "שיטור" ההסדר הכובל הנתענות ע"י המאשימה בכתב האישום מהוות כולן יחדיו חלק מהתיאום האסור לפי חוק ההגבלים העסקיים.

#### **הכרעת בית המשפט**

16. לאחר שקילת טענות הצדדים, באתי למסקנה כי יש לדחות את בקשת הסנגוריה לבטל את כתב האישום, וזאת חרף מסקנתי כי הממונה לא יכול היה להסמיך את החוקרים הפרטיים כחוקרי היחידה להגבלים עסקיים באמצעות חוזה קבלני.

17. בטרם אנמק החלטתי זו, אעמוד בקיצור נמרץ על האבחנה המשפטית בין ארבע הטענות שהעלתה הסנגוריה:

**הטענה הראשונה**, שעניינה חקירה ללא סמכות ותוצאותיה, היא טענה "**בגצ"ית**" באופיה, משום שהיא מתמקדת במסגרת המנהלית בה נערכה החקירה, וליתר דיוק בקיומה של חקירה ללא סמכות והתוצאות הנובעות מכך לעניין סמכות המדינה להגיש כתב אישום, במובחן מתוכן החקירה הפלילית שנערכה ע"י החוקרים הפרטיים. זו, אם כן, טענה מובהקת מתחום המשפט המינהלי, כפי שמקובל גם על הסנגוריה (ראו דברי עו"ד מלצר בעמ' 17,452 שורה 21 - 17,453 שורה 3; עמ' 17,458 שורות 3 - 4; דברי עו"ד סופר, ב"כ הנאשמים 1 - 2, בעמ' 17,558 שורות 11 - 18). גם הטענה **השנייה** היא טענה "בג"צית", באשר עיקרה בכך שלאור פגמים שנפלו בחקירה על בית המשפט לבטל את הפעולה המינהלית של הגשת כתב האישום, להבדיל מהתוצאה ה"**סד"פית**" של זיכוי הנאשמים בתום המשפט - לאחר שקילת הראיות לגופן והערכת הפגיעה שפגעו הפגמים הנטענים ביכולתם של הנאשמים להתגונן מפני האישומים. במלים אחרות: טענה זו מבוססת על משמעות הפגמים שנפלו בחקירה במישור המינהלי של ההליך הפלילי - סמכות המאשימה להגיש כתב האישום - במובחן ממיקומם במישור הדיוני של ההליך הפלילי, שביטוי בבירור אשמת הנאשמים לגופה. הטענה **השלישית** של הסנגוריה היא טענת כלאיים, "ראייתית-סד"פית", שהרי תמציתה בכך שחומר הראיות שנאסף אינו קביל, מה שמבסס טענה מקדמית מתחום סדר הדין הפלילי - "**העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה**". הטענה **הרביעית** - טענת ההתיישנות - היא טענה סד"פית צרופה.

להלן אדון בטענות הסנגוריה לפי סיווג זה וככל שהן משתלבות זו בזו, ואולם כאמור לעיל, לא מצאתי באף אחת מהן הצדקה לקבל את בקשת הסנגוריה לבטל את כתב האישום.

### **הגשת כתב אישום על יסוד חומר חקירה שנאסף ללא סמכות**

18. כאמור, הטענה הראשונה והעיקרית הנטענת ע"י הסנגוריה מתמקדת בתקפותה המינהלית של החקירה שניהלו בענייננו החוקרים הפרטיים, והיא נסמכת על שני האדנים הבאים: **הראשון** הוא שתנאי הכרחי להגשת כתב אישום הינו קיומה של "חקירה כדין"; **השני** הוא שבענייננו נוהלה החקירה שלא כדין, משום שסעיפים 45 - 46 לחוק ההגבלים העסקיים אינם מקנים לממונה את הסמכות להסמיך גופים פרטיים לחקור מטעמו חשדות לעבירה פלילית על החוק הזה. תוצאת שני אלה, לשיטת הסנגוריה, היא שהמאשימה לא היתה רשאית להגיש את כתב האישום, וכי הוא נגוע **בפגם או פסול** בהיותו מבוסס על חקירה בטלה. למען יישמר סדר, ראיתי לנכון לפרק את טענת הסנגוריה לגורמיה במסגרת הנמקת בית המשפט.

א. חקירה כדין כתנאי להגשת כתב אישום

19. הנחת היסוד של טענת הסנגוריה היא שתנאי הכרחי להגשת כתב אישום הוא קיומה של "חקירה כדין" (סעיף 26 לטיעוני ב"כ הנאשמים 3 - 5). מסקנה זו, כך נטען ע"י הסנגוריה,

עולה ממבנה ההליך הפלילי בישראל כפי שהוא מוסדר בפרק ד' לחסד"פ ובמיוחד מסעיף 62 בו, וכן מפסיקת בתי המשפט (פרק ב' לטיעוני ב"כ הנאשמים 3 - 5). בעניין זה מפנה עו"ד מלצר, בין היתר, לפסקי הדין שניתנו בבית המשפט העליון בבג"צ 6972/96 **התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'**, פ"ד נא(2) 757, ו - בג"צ 5100/94 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'** (טרם פורסם), כמו גם להחלטה שניתנה בבית המשפט המחוזי בתל אביב בת"פ 217/95 **מדינת ישראל נ' גנות ואח'** (תקדין מחוזי). עו"ד מלצר מדגיש, כי **"רשויות התביעה אינן יכולות לשקול העמדתו לדין של אדם מבלי שיש בידיהן חומר חקירה, אשר הועבר אליהן מהרשות החוקרת"** (סעיף 31 לטיעוניו בכתב, ההדגשה במקור), וכי **"ההליך הפלילי אינו יכול להתחיל ללא שנתקימה 'חקירה', כמשמעה בחוק סדר הדין הפלילי"** (סעיף 39 לטיעוניו בכתב).

לעומתו טען ב"כ המאשימה, כי חקירה אינה תנאי להגשת כתב אישום, כעולה גם מפסק דינו של בית משפט זה בע"פ (י-ם) 149/95 **מוצטפא חליל עלא אבו אל-ת'ן נ' מדינת ישראל** (סעיף 84 לטיעוניו).

20. בעניין זה מצאתי להעדיף את עמדת המאשימה: אין כל אסמכתא לכך ש"חקירה כדין" היא תנאי בל יעבור להגשת כתב אישום, ואינני סבור כי כלל שכזה נלמד ממבנה פרק ד' לחסד"פ או מלשון סעיף 62 בו. אמנם, מקובל גם עלי כי רצוי וראוי שתתקיים חקירה עובר להגשת כתב אישום, וכי זהו הסדר הטוב והנכון של הדברים; ואולם, אינני מקבל את טענת הסנגוריה שללא קיומה של חקירה אין בידי המאשימה סמכות להגיש כתב אישום. בעניין זה אחזור על דברים שנאמרו כבר במותב שלושה של בית משפט זה:

**"... גם אנו איננו חולקים על כך שסדר הדברים הנכון הוא עריכת חקירה בטרם הגשת כתב אישום, אך אין לומר, כי מהוראות החסד"פ עולה כי תנאי בל יעבור להגשת כתב אישום הוא קיום חקירה קודם לכן (בין ע"י המשטרה ובין ע"י רשות חוקרת אחרת שהוסמכה לכך בחוק)"** (ראו ע"פ אל ת'ן לעיל, עמ' 5 - 6).

עו"ד מלצר טען כי ניתן לאבחן את פסק דין **אל ת'ן**, משום שלהבדיל מעניינינו, כנטען, בפרשת **אל ת'ן** מדובר היה בחקירה פשוטה, הנאשמים הודו במיוחס להם והרשות התובעת תיפקדה שם כ"ששתום בטחון" (סעיף 73.12 לטיעוניו). יגעתי, אך לא מצאתי בפרמטרים אלה דבר אשר יסיט אותי ממסקנתי כי בדין הישראלי קיומה של חקירה כדין אינו תנאי הכרחי להגשת כתב אישום.

מסקנתי זו זוכה לחיזוק משמעותי מפסק דין שניתן בחודש שעבר (4.10.99) בבית המשפט העליון, בעל"ע 4045/98 **עו"ד שמחה ניר נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב** (טרם פורסם): מעשה שהיה כך היה, שעורך דין הורשע בשני פרטי אישום של עבירות משמעותיות בבית הדין המשמעתי האיזורי של לשכת עורכי הדין בת"א-יפו. התיק הגיע עד לבית המשפט העליון, ואחת הטענות שהעלה שם עורך הדין היתה כי לא ניתנה לו אפשרות להגיב לתלונה שהוגשה נגדו קודם שהוגשה נגדו הקובלנה לבית הדין. ואכן, זכותו של עורך



הדין להגיב על התלונה נגדו מעוגנת **בהוראות הדין המפורשות** הקבועות בסעיפים 1 ו- 2 לכללי לשכת עורכי הדין (סדרי דין בבתי הדין המשמעתיים), תשכ"ב - 1962 :

"1. הוגשה לקובל תלונה על עבירת-משמעת של עורך-דין, והוא סבור שיש מקום להגיש קובלנה על פיה, ימצא העתק התלונה לעורך-הדין, ויתן לו הזדמנות להשיב בכתב על התלונה; הגיעה לקובל ידיעה על עבירת-משמעת שלא בדרך תלונה, והוא סבור שיש מקום להגיש קובלנה על פיה, יודיע על כך, בכתב, לעורך-הדין ויתן לו הזדמנות להשיב בכתב.

2. הומצא לעורך-דין העתק התלונה או ההודעה כאמור בסעיף 1, ישיב עליה תוך 14 יום מיום ההמצאה או תוך תקופה ארוכה יותר שקבע הקובל או הסכים לה לפי בקשת עורך-הדין; משעברה תקופה זו, רשאי הקובל להגיש קובלנה אף אם לא השיב עורך-הדין".

הסתבר, שהמכתב אשר נשלח לעורך הדין ובו התלונה לא הגיע לתעודתו, והוועד המחוזי סבר שעורך הדין בחר שלא להגיב על התלונה ועל כן הגיש נגדו את הקובלנה, **עוד בטרם** חלפה התקופה הקבועה בסעיף 2 לכללים. עם זאת, במהלך הדיון עצמו ניתנה לעורך הדין הזדמנות מלאה להתגונן ולהעלות את מלוא טענותיו. עורך הדין ביקש לפסול את ההליך כולו, ועל כך כתב כבוד השופט אור, בהסכמת עמיתיו כבוד השופטים אנגלרד וזמיר :

"על פי האמור בסעיפים אלה, לא היה מוצדק להגיש את הקובלנה נגד המערער קודם שקיבל את כתב התלונה לתגובתו, ולפני שחלף הזמן האמור בסעיף 2. אך עדיין שאלה היא, אם על אף זאת, יש לפסול את ההליך שננקט נגדו. בפני בית הדין מסר המערער את גירסתו וניתנה לו אפשרות מלאה להתגונן. האם בנסיבות אלה יהיה מוצדק לפסול את הדיון כולו בפרט האישום השני?

נראה לנו, כי יש להשיב על כך בשלילה. במהלך הדיון ניתנה, כאמור, למערער הזדמנות מלאה להעלות את מלוא טענותיו ואין ספק שלא נגרם לו עוות דין... ניתן לקבוע שכשמוגשת קובלנה והנאשם מורשע על פיה, הרי אף אם עקב טעות לא נתקבלה קודם התלונה על ידי הנאשם, ההליך כולו אינו פגום, ובלבד שניתנה לנאשם אפשרות מלאה להתגונן, ולא נגרם לו כל עוות דין" (פסקה 6 לפסק הדין).

עינינו הרואות, כי למרות שהקובלנה הוגשה בטרם התקיימו התנאים הקבועים בדין להגשתה, ובית המשפט העליון סבר כי לא היה מוצדק להגישה, קבע בית המשפט העליון כי אין להכריז על בטלותו של ההליך כולו, והמבחן שיש להפעיל הוא **מבחן עוות הדין** שנגרם לנאשם. עובדות פרשה זו מקרינות על ענייננו, שהרי ממה נפשך: אם פסיקה זו ניתנה בסיטואציה בה לא קוימו הוראות דין מפורשות, הרי מקל וחומר שיש ליישמה מקום בו לא

הופרה הוראה שכזו, וכאמור לעיל, בשום מקום בחסד"פ לא נאמר שתנאי להגשת כתב אישום הינו "חקירה כדין". לא נעלם ממני, כי פסק דין זה עוסק בהליך משמעותי להבדיל מהליך פלילי, ואולם גם הוא יכול להוות חיזוק של ממש למסקנתי דלעיל, בשים לב לכך שבית הדין המשמעותי של לשכת עורכי הדין מצויד בכלים עונשיים משמעותיים ביותר, ובין היתר מוסמך הוא להטיל על עורך דין עונש חמור ביותר של הוצאה מן הלשכה (סעיף 68(5) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א - 1961), קרי - שלילה לצמיתות של הזכות לעסוק בעריכת דין.

21. גם פסקי הדין אליהם הפנתה הסנגוריה בעניין זה אינם מסייעים לה, ואף אחד מהם אינו מבסס את טענתה כי תנאי הכרחי להגשת כתב אישום הוא קיומה של חקירה : בבג"צ **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל** (בג"צ "השב"כ") נאמר אמנם כי אין סמכות לקיים חקירה ללא הסמכה חוקית לכך, ואולם מבחינה זו אין בדברים אלה משום חידוש והם הלכה ידועה מקדמת דנא, מכח עקרון היסוד של חוקיות המינהל שלפיו אין לרשות סמכות לפעול אלא מקום שהקנה לה המחוקק סמכות כזו במפורש. בבג"צ **התנועה לאיכות השלטון** עמד כבוד השופט גולדברג על האבחנה המסורתית בין שלב החקירה המתבצע ע"י **הרשות החוקרת**, לבין שלב ההעמדה לדין, המסור בידי **רשויות התביעה**, ואולם לא מצאתי מדוע דברים אלה מהווים תמיכה בתיזה המוצעת ע"י הסנגוריה לעניין פרשנות סעיף 62 לחסד"פ, שהרי אין הסנגוריה טוענת שפרקליטות המדינה היא שחקרה את החשדות כנגד הנאשמים. מטעם אחרון זה יש גם לדחות את נסיונות הסנגוריה להסתמך על החלטתו של בית המשפט המחוזי בת"א בעניין **גנות** : עניינה של ההחלטה שם היה בקבילות מסמך שהיווה השלמה לדו"ח חקירה שערך רואה חשבון שחקר עניין מסויים לאחר שהוסמך לכך ע"י רשם האגודות השיתופיות. לאחר שהחשודים בפרשה נחקרו במשטרה, פנתה ב"כ המאשימה ישירות לרואה החשבון, בבקשה לקבל את התייחסותו למסמכים שלא היו בידיו בעת שערך את הדו"ח שהגיש לרשם, לשם הבהרת אותו דו"ח. בית המשפט ראה בפנייתה הישירה של ב"כ המאשימה לרואה החשבון מהלך לא תקין, וקבע כי היה על הפרקליטות לפנות למשטרה לשם קבלת התייחסותו של רואה החשבון (פסקה 8 להחלטה). גם בהחלטה זו אין ביסוס לתיזה שעל פיה אין להגיש כתב אישום ללא חקירה קודם לכן (וכשלעצמי הייתי משאיר בצריך עיון את ההלכה שנפסקה בבית המשפט המחוזי בת"א בפרשת **גנות**).

22. לאחר שדחיתי את טענת הסנגוריה שאין להגיש כתב אישום ללא חקירה כדין, נשט הבסיס לטענתה כי כתב האישום הוגש ללא כל סמכות חוקית. ואולם, עדיין נותר להכריע בטענת הסנגוריה כי כתב האישום לוקה **בפגם או פסול** לאור העובדה שנתח משמעותי מחומר החקירה שעליו הוא נסמך נאסף בידי חוקרים שלא הוסמכו כדין לנהלה. נושא זה זכה לעיקר הדיון בטענות הצדדים בכתב כמו גם בדיון בבית המשפט.

ב. האם מוסמך היה הממונה להסמך חוקרים פרטיים לחקור בפרשה

#### **טענות הסנגוריה**

23. כאמור, טענתה המרכזית של הסנגוריה היא שבענייננו נוהלה החקירה שלא כדין, משום שסעיפים 45 - 46 לחוק ההגבלים העסקיים אינם מקנים לממונה את הסמכות להסמך

גופים פרטיים לחקור מטעמו בפרשה (סעיף 64 לטיעוני עו"ד מלצר). לטענת עו"ד מלצר, הסעיפים הנ"ל מאפשרים לממונה להסמיק למטרת חקירה את **עובדי הרשות להגבלים עסקיים בלבד**, ולכל היותר **עובד מדינה אחר** (סעיף 64 לטיעוניו בכתב). עו"ד מלצר ער לכך כי בלשון סעיפים 45 - 46 לחוק אין למצוא מגבלה שכזו המכוונת כלפי הממונה, ואולם לטענתו, מסקנה זו מתחייבת מהכללים שגובשו בפסיקה הרלוונטית של בית המשפט העליון, שראשיתה ועיקרה בבג"צ 39/82 **הנפלינג ואח' נ' ראש עיריית אשדוד ואח'**, פ"ד לו(2) 537 (להלן - **פרשת הנפלינג**), כמו גם מעקרונות חוקתיים השוללים האצלת סמכות חקירה פלילית לגופים פרטיים. כן טוען עו"ד מלצר בעניין זה, כי הסמכת חוקרים פרטיים לחקור חקירה פלילית עומדת בניגוד להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואינה מתגברת על פסקת ההגבלה הקבועה בו בסעיף 8, בהסתמכו לעניין זה על דבריו של כבוד הנשיא ברק בבג"צ **השב"כ** (סעיף 67 לטיעוניו). עו"ד מלצר מצביע על כך שבסעיף 10(א) לחוזה ההעסקה שנכרת בין החוקרים הפרטיים לממונה הוסכם שהחוקרים הפרטיים לא יהיו עובדי מדינה כמשמעותם בתחום דיני העבודה, ובסעיף 10(ב) לחוזה הוסכם כי משרד התעשייה והמסחר לא יהיה אחראי לנזקים שיגרמו החוקרים הפרטיים, למעט פעולות שביצעו בתום לב ובהתאם להנחיות הממונה. לטענת עו"ד מלצר, הואצלו לחוקרים הפרטיים סמכויות חקירה סטטוטוריות מבלי להכפיפם לחובות המוטלות על עובדים בשירות הציבורי.

24. טענה חלופית של עו"ד מלצר בסוגיה זו היא, כי גם בהנחה **שניתן** להאציל סמכויות חקירה לגופים פרטיים במקרים חריגים ובנסיבות מיוחדות, הרי שעדיין אין בכך כדי לשנות את המסקנה **שההאצלה בענייננו היתה פסולה**: ראשית, ממכתבו של הממונה לפרקליטת המדינה (ת/ 561) עולה כי הטעם להאצלה היה ביורוקרטי גרידא (מצוקת כוח אדם), ומצב זה אינו עולה כדי "נסיבות מיוחדות" (סעיף 64.11.18 לטיעוניו). שנית, אצילת סמכויות חקירה ממלכתית לחוקרים פרטיים דווקא הינה בכל מקרה פסולה, משום שקיים שוני מהותי הקבוע בדין בין העיסוק כחוקר פרטי לבין תפקידיה של הרשות החוקרת הממלכתית, וכי המחוקק ביקש ליצור הבחנה ברורה בין עבודת החוקר הפרטי ועבודת הרשות החוקרת הממלכתית לשם מניעת חוסר ודאות בשאלה איזו מערכת כללים חלה על החוקר - האם זו של רשות חוקרת ממלכתית או זו של חוקרים פרטיים (סעיף 65 לטיעוניו בכתב). בעניין זה מפנה עו"ד מלצר, בין היתר, לע"א 762/90 **מדינת ישראל נ' סלוק**, פ"ד מה(5) 807. שלישית, החוקרים הפרטיים בענייננו היו נגועים באופן ספציפי בניגוד עניינים ממשי שאינו ניתן לריפוי, וזאת מכח שלוש אופציות שונות שמציג עו"ד מלצר: על פי **הראשונה**, הם רצו לשאת חן בעיני **הממונה**, והעובדה שהם לא היו עובדים קבועים של היחידה להגבלים עסקיים המריצה אותם להביא ראיות מפלילות "בכל מחיר" כדי להבטיח את המשך ההתקשרות הקבלנית עם הממונה; על פי **האפשרות השניה**, הם היו מעוניינים להצטייר כחוקרים יעילים בפני **חברות הביטוח** דווקא, מתוך ציפיה לקבל מהן עבודה בעתיד; קיימת גם אפשרות **שלישית**, ועל פיה החוקרים הפרטיים נהגו בסלחנות עם חברות ביטוח אליהן היו קשורים בקשרי עבודה בעבר וכן במהלך החקירה, מתוך ציפיה לקבל מהן עבודה בעתיד. בעניין זה טען גם עו"ד גולדנברג בבית המשפט כי **"אי אפשר לדעת איך ניגוד העניינים**

**השפיע בפועל על החוקרים בניהול חקירתם** (עמ' 17,392 שורות 11 - 13), ואף הוסיף כי הפקדת הליכי החקירה בידי גופים פרטיים, כפי שאירע בעניינו, פוגעת בתדמית מערכת הצדק, ללא קשר לשאלה האם היטו החוקרים הפרטיים את הליכי החקירה אם לאו (עמ' 17,391 שורות 15 - 18; וראו גם דברי עו"ד מלצר בעמ' 17,408 - 17,409). בהקשר זה העלה עו"ד מלצר את האפשרות שהעובדה שחברת הביטוח **"איתן"** לא נחקרה ע"י החוקרים הפרטיים היא תוצאת **"קרבתה" לחוקרים שניהלו את החקירה** (סעיף 66.5.4 לטיעוניו). עוד הוא טען בהקשר זה, כי החוקרים הפרטיים פנו לחברות ביטוח לאחר תום החקירה בבקשות עבודה, וכל זאת מבלי שקיבלו אישור בכתב (כנדרש בסעיף 12 לחוזה ההעסקה) להפר את תקופת הצינון המוסכמת של 18 חודש לאחר תום ההתקשרות עם הממונה (סעיף 66.8.7 לטיעוניו).

25. למען הסר ספק, מבהיר עו"ד מלצר שטענתו בדבר **בטלות החקירה** - וביטול כתב האישום בעקבותיה - מתחייבת גם תחת משטר התורה המינהלית של **הבטלות היחסית**, שעל פיה תוקפה של פעולה מינהלית פגומה נקבע על פי מהות הפגם שנתגלה והערכת הנזק שהוא גרם, מזה, והנזק שייגרם לאינטרס הציבורי כתוצאה מהכרזה על בטלות פעולת הרשות, מזה: עו"ד מלצר טוען, כי הפגם שדבק בהסמכת החוקרים הפרטיים הוא פגם של חריגה מסמכות פונקציונלית, וכי במישור הפלילי אין מקום להבחין בין פגם מהותי ושאינו מהותי (טכני), וכל פגם מינהלי, קל כחמור, גורר אחריו את בטלות המעשה המינהלי (סעיף 73 לטיעוניו). עו"ד מלצר מסכם, כי על יסוד כל אלה יש לקבוע שהסמכת החוקרים הפרטיים בטלה, בין לשיטת הבטלות המוחלטת ובין לשיטת הבטלות היחסית, הן במישור המינהלי והן במישור הפלילי (ראו גם דברי ב"כ הנאשמים 1-2, עו"ד גולדנברג, בעמ' 17,387 שורות 11 - 15).

#### **תשובת המאשימה**

26. מנגד טען ב"כ המאשימה, עו"ד דולן, כי טענת הסנגוריה שחוקר בשירות ממלכתי אינו יכול להיות חוקר פרטי אינה נתמכת באף אחד מפסקי הדין שהובאו על ידה, ובכל המקרים בהם מתח בית המשפט ביקורת על הענקת סמכות לגופים פרטיים, כמו בפרשת **הנפלינג**, מדובר היה בהענקת סמכות ללא כל חובות או יכולת פיקוח בניגוד מפורש לחוק מכוחו בוצעה ההסמכה (סעיף 35 לגובת המאשימה). מכאן גם האבחון שעושה ב"כ המאשימה מפרשת **הנפלינג** לעניינו: אנו: לטענתו, חוזה ההעסקה דידן כלל רכיבי פיקוח רבים, אשר גם מצאו ביטוי במציאות כאשר הממונה פיקח על החוקרים הפרטיים והינחה אותם בעבודתם (סעיפים 11, 51 - 56 לתגובת המאשימה). ב"כ המאשימה גם הפנה בעניין זה לבג"צ 119/75 **פיטלוביץ נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'**, פ"ד כט(2) 122, שלשיטתו מלמד כי **"אין פגם בשימוש בחוקרים הפרטיים ואין פסול בראיות שהושגו ע"י אותם חוקרים פרטיים"** (סעיף 37 לתגובת המאשימה).

27. עוד טען ב"כ המאשימה, כי מעמדם של החוקרים היה מעמד של **"עובד ציבור"** לצורך חוק העונשין, תשל"ז 1977-, כעולה מן המבוא לחוזה ההעסקה בין החוקרים הפרטיים לממונה, הקובע כי **"החוקרים ימונו לבצע תפקידי חקירה על פי חיקוק"** וכן מסעיף 14 לחוזה ההעסקה, הקובע:

**“החוקרים מצהירים בזה כי ידוע להם, מבלי לגרוע מהוראות כל דין, שהפרת התחייבות מהתחייבויותיהם לפי הסכם זה עשויה להוות גם עבירה לפי חוק העונשין, תשל”ז - 1977”.**

28. בעניין זה הדגיש ב”כ המאשימה, כי במבחן המהותי והרלוונטי לתכלית העסקתם היו החוקרים הפרטיים בגדר **“עובדי ציבור”**, וכי אחריותם בפלילים היתה כשל עובדי ציבור למרות שלעניין יחסי העבודה הם לא היו במעמד של עובדי מדינה (סעיפים 27 - 34 לתגובת המאשימה). בעניין זה הפנה ב”כ המאשימה לדג”צ 4601/95 **סרוסי נ’ בית הדין הארצי לעבודה ואח’ (דינים עליון)**.

29. ב”כ המאשימה מסכם נקודה זו באומרו כי הסמכת החוקרים הפרטיים נעשתה לאחר הפעלת שיקול דעת ראוי מטעם הממונה, ותוך איזון בין מצוקת כוח האדם בה היה נתון לבין האינטרס הציבורי בחקר החשדות בענף הביטוח, שהינו ענף מרכזי במשק הישראלי. יתרה מזאת, ב”כ המאשימה הדגיש כי הממונה - שעליו החובה לאכוף את הוראות חוק ההגבלים העסקיים - היה חוטא לתפקידו לו נמנע היה מלחקור את החשדות בפרשה מחמת האילוץ שאליהם נקלע, במיוחד על רקע מרכזיותו של ענף הביטוח במשק הישראלי (סעיפים 5 - 6, 13 - 14, 43 - 45, 50 לתגובת המאשימה). לטענתו, ב”כ הנאשמים תוקפים את שיקול הדעת שהפעיל הממונה **“בהתעלם מהאיזון הראוי הנדרש כדי למלא את חובתו על פי חוק בנסיבות העניין”** (סעיף 12 לתגובת המאשימה), ועמדתו היא ש**“כורח המציאות אותה עת חייב הסמכה אשר תגשים את תכלית תפקידו של הממונה, היינו, חקירה ומיצוי דין אפקטיביים”** (סעיף 33 לתגובת המאשימה). ב”כ המאשימה גם הוסיף בהקשר זה כי הממונה הסמך חוקרים מנוסים ואיכותיים, מה שהבטיח כי תבוצע חקירה ראויה ויעילה בנושא הסבך (סעיפים 9 - 10, 47 - 48 לתגובת המאשימה), וכי טוב עשה כאשר בחר להעסיקם על **בסיס אישי** ולא בחר להתקשר עם משרד חקירות שעשוי היה לחקור בפרשה באמצעות חוקרים לא קבועים שעלולים היו להתחלף במהלך החקירה (סעיפים 23 - 26 לתגובת המאשימה).

30. עוד טען ב”כ המאשימה, כי טענת הסנגוריה בדבר ניגוד העניינים בו היו שרויים החוקרים הפרטיים לא הוכחה (סעיפים 67, 70, 74 לתגובת המאשימה), כי לא הוכח **“נזק חקירתי”** כלשהוא שנגרם לנאשמים (סעיף 75 לתגובת המאשימה) וכי ההגיון הבריא נותן שהיה זה דווקא **הממונה** שאמור היה לחשוש מניגוד העניינים המתואר ע”י הסנגוריה, שהרי דאגה לעתיד הפרנסה עשויה היה לפתות את החוקרים הפרטיים להימנע מלהתאמץ בחקר החשדות נגד חברות ביטוח, מתוך רצון להמשיך ולעבוד עבורן בעתיד (סעיפים 72 - 73 לתגובת המאשימה). ב”כ המאשימה הוסיף, כי ההחלטה בדבר ההעמדה לדין לא היתה של החוקרים הפרטיים אלא של הפרקליטות (סעיפים 68, 76 - 77 לתגובת המאשימה), וכי טענות הסנגוריה בעניין זה מהוות למעשה מיחזור של טענת האפליה שהעלו הנאשמים 3 - 5 בראשית המשפט במסגרת טענת **“ההגנה מן הצדק”**.

**הכרעת בית המשפט**

31. בסוגיה זו מסקנתי היא, לנוכח פסיקת בית המשפט העליון, שבהסמכת החוקרים הפרטיים חרג הממונה מסמכותו, כטענת הסנגוריה. בעניין זה יש לדחות מניה וביה את טענת המאשימה כי הסנגוריה לא המציאה פסיקה המבססת את טיעוניה, כמו גם את טענתה שסעיפים 45 - 46 לחוק ההגבלים העסקיים אינם מטילים על הממונה מגבלה להסמכת חוקרים מתוך השירות הציבורי דווקא. עם זאת, בניגוד לדעת הסנגוריה אינני סבור כי משמעות קביעתי זו היא שהחקירה בטלה מדעיקרא, משל היתה כלא היתה, וכי החומר שנאסף ע"י החוקרים הפרטיים אינו בגדר **"חומר חקירה"** ואינו יכול לכן לשמש בסיס ראיתי כדין להגשת כתב אישום. מסקנה אחרונה זו היא תוצאת יישומה של תורת **הבטלות היחסית** על נסיבות המקרה דידן. אנמק.

#### הלכת הנפליג

32. בפרשת **הנפליג** נדון, בין היתר, עניינו של אדם בשם ברוכין שמונה ע"י עיריית אשדוד כמפקח שלא בשכר לשם אכיפת חוק עזר לאשדוד (פתיחת בתי עסק וסגירתם), תשל"ו - 1976. ברוכין דן היה נציגם של אחרים, תושבי אשדוד אשר להם **"ענין מיוחד בשמירת השבת"** כדברי כבוד השופט (כתוארו אז) שמגר (עמ' 538 מול ד'). בשלב מסוים בוטל מינויו של ברוכין כמפקח, והוא הצטרף לעתירתם של חבריו כנגד עיריית אשדוד והעומד בראשה, ובפיו הטענה כי מינויו בוטל שלא כדין. הסעיף הרלוונטי בחוק העזר העירוני הגדיר **"מפקח"** כ - **"אדם שראש העיריה מינהו בכתב למלא תפקיד של מפקח לענין חוק עזר זה"**. לעניין פרשנותו של סעיף זה, היה השופט שמגר בדעה כי :

**"ההגדרה האמורה נוקטת לשון 'אדם', מבלי לחייב לכאורה תנאים או כשירויות נוספים, אך מהקשרו של הענין ומאופיו של המינוי מתחייב, לדעתי, כי מפקח כאמור יהיה עובד, הנתון למרותה של העירייה, אשר במסגרתה הוא פועל ואשר מטעמה הוא מבקש לאכוף את החוק..."** (עמ' 540 מול א').

השופט שמגר עמד בהחלטתו על הטעמים למסקנתו :

**"לא למותר להזכיר בהקשר זה, כי הדין המשמעותי מוטל על עובדי הרשות לא רק למען השגתה של התוצאה הישירה, היינו, לשם השלטת המרות בהירארכיה הפקידותית, אלא בעיקר למען הגנתו של הציבור הרחב. הוזה אומר, קביעת הסאנקציות המשמעותיות באה להגן על הציבור הרחב מפני השימוש לרעה בסמכויות על-ידי אלה שהופקדו על-ידי הציבור על תחום פעולה אשר לכל אזרח עניין בו. הענקת הסמכויות לעובדי ציבור נעשית למען ביצוע תפקידים לטובתו של הכלל, וזו הסיבה, המצדיקה קביעת סאנקציות, שאינן חלות על אדם רגיל, הפועל בענייניו שלו ולמענו" (שם, מול ג' ד') ;**

וכן :

**"מי שעובד בשירות העיריה רואים אותו לענין כל דין פלילי כאדם העובד בשירות הציבור..." (שם, מול ו').**

השופט שמגר קבע, כי נקודת המוצא היא שאין להקנות לאדם פרטי סמכויות סטטוטוריות, אלא אם כן נאמר אחרת בחוק:

**"... אין זה מתקבל על הדעת, כי סמכויות סטטוטוריות יוענקו לאדם פרטי, שאיננו משרת במערכת שכוננה על פי דין או שאינו חלק ממערכת שלטונית מוגדרת, ואשר מעמדו, חובותיו וזכויותיו מתמצים אך ורק בכך שנמסרו לידי סמכויות ביצוע, כפי שהן עולות, למשל, מחוק העזר; והוא, כמובן, כל עוד לא קבע המחוקק מפורשות אחרת... דומה הדבר לכך, לו הוענקו סמכויות של שוטר לידי מי שאיננו חלק מחיל-המשטרה ואף איננו משרת במסגרת ארגונית דומה, הנתונה למרות השלטונות, ותופעה כגון זו איננה מתקבלת על הדעת ואף נוגדת את עקרונותיו של שלטון החוק ושל כללי המינהל התקין אשר, כאמור לעיל, חייבים להיות פועל יוצא ממנו." (עמ' 554, מול ג'-ה').**

וכן:

**"סיכומו של דבר, אינני סבור כי ניתן להעניק סמכויות של מפקח או סמכויות של שוטר למי שאינו נתון על פי דין למרותה של הרשות המעניקה לו את הסמכויות הסטטוטוריות" (עמ' 542 מול ד').**

בהידרשו להלכה זו אמר פרופ' זמיר, בספרו **הסמכות המינהלית** (התשנ"ו - 1996): **"אכן, יש סמכויות שאין להפקיד אותן בידי אדם פרטי. השופט שמגר דיבר על מפקח, שהוענקה לו סמכות כניסה לרשות היחיד, ועל שוטר" (עמ' 305).**

ההלכה שנפסקה בעניין הנפלינג חזרה ונזכרה בפסיקת בית המשפט העליון; הנה כך כתב כבוד השופט זמיר בפרשת **עורקבי** ביחס לפרשנות סעיף 238א(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה - 1965, בהסתמך על הלכת הנפלינג:

**"סעיף 238א(א) מסמיך את מהנדס הוועדה המקומית להסמיך מהנדס אחר לצורך חתימה על תצהירים לפי סעיף זה. מהנדס זה אינו חייב להיות מהנדס רשוי. עם זאת עליו להיות עובד הרשות המקומית או הוועדה המקומית לתכנון ולבניה. ראה בג"צ 39/82 הנפלינג..." (רע"פ 5635/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב-יפו נ' עורקבי, פ"ד מח(2) 397, 406 מול ג').**

33. מספר אינטרסים מוגנים עומדים ביסוד הלכת הנפלינג, כפי שעמד עליהם עו"ד מלצר בכשרון רב ובטוב טעם ודעת. הטעם החשוב ביותר בעיניי הוא הצורך הציבורי המהותי בדבר פיקוח הדוק מטעם רשות המדינה על האדם שהוסמך לפעול בשמה, וכפיפותו של האחרון

לדין המשמעותי ולכללי האתיקה המיוחדים השמורים לשירות הציבורי המאורגן. עקרון זה בא להבטיח את תקינותה ואיכותה של הפעולה המינהלית. כמו עו"ד מלצר, אף אני בדעה כי אין דומה נושא משרה אורגני וקבוע בשירות הממלכתי לאדם פרטי, היוצר זיקה זמנית ונקודתית לשירות הציבורי באמצעות התקשרות שאופיה מתן שירות מקצועי תמורת שכר. מסקנה זו תקפה הן לעניין עוצמת המחויבות של בעל ההסמכה למטרות השירות הציבורי, והן לעניין היכרותו עם כללי האתיקה וטוהר המידות המיוחדים לשירות הציבורי ומחויבותו אליהם. אמנם, יתכנו לא מעט מקרים שבהם החשש לקיפוח אינטרסים ציבוריים ע"י הסמכת גורמים פרטיים לפעול בשם המדינה יהיה קלוש, והתועלת בהסמכה שכזו תהיה רבה: סיטואציות כגון אלה צפויות בעיקר בזירה האזרחית-סוציאלית של פעילויות המדינה, כגון בשירותי סעד ובריאות. ואולם, לא יכולה להיות מחלוקת כי הנחה זו אינה תקפה ככל שמדובר בסמכויות המדינה בתחום העדין של אכיפת החוק הפלילי, כגון סמכותו של שוטר לעכב חשוד, לחקרו או לחפש בכליו ולתפוש חפציו. במקרים אלה פוגעת המדינה בזכויותיהם החוקתיות של תושביה, ולא מקרה הוא שדווקא בתחום רגיש זה של סמכויותיה מצויה הרשות המבצעת תחת פיקוח הדוק במיוחד של הרשות המחוקקת והרשות השופטת.

34. בפרשת הנפלינג דובר באדם פרטי, מר ברוכין, שנעדר היה חובה כלשהיא כלפי הרשות ושהרשות לא יכלה לפקח על מעשיו:

**"... מדובר באדם פרטי, שהתנדב למלא במשך שעות מסוימות בשבוע תפקידי פיקוח שלטוניים, ואשר לו הוענקה, לשם ביצוע תפקידו, זכות הכניסה וסמכויות פיקוח נוספות, כאשר כל זיקתו אל הרשות היא כתב המינוי שבידו, מבלי שהוא חב חובה כלשהי כלפי הרשות, ומבלי שזו יכולה להפעיל כלפיו את מרותה" (541 מול ד);**

ב"כ המאשימה טען, כי ניתן לאבחן את הלכת הנפלינג על רקע העובדה שבענייננו נחתם חוזה בין הממונה לבין החוקרים הפרטיים שכלל רכיבי פיקוח רבים, אשר גם הוצאו אל הפועל הלכה למעשה כאשר הממונה פיקח על החוקרים הפרטיים והינחה אותם בעבודתם (סעיפים 11, 51 - 56 לתגובת המאשימה). בעניין זה הפנה ב"כ המאשימה לסעיפים 4 ו- 7 בחוזה ההעסקה הקובעים את חובת הדיווח של החוקרים הפרטיים לממונה ואת כפיפותם להנחיותיו, כמו גם לסעיפים בחוזה שמכפיפים את החוקרים הפרטיים לחוק העונשין, מגדירים להם נוהלי עבודה ואוסרים עליהם להימצא בניגוד עניינים (סעיף 11 לטעונו). ואכן, בעניין זה יש לקבל את טענת המאשימה כי **לכאורה** קיים שוני ממשי בין העובדות המתוארות בפרשת הנפלינג לבין ענייננו אנו, ואולם, למרות שנתונים אלה רלוונטים לשם גיבוש המסקנה בעניין תוקפה **בדיעבד** של החקירה על-פי תורת הבטלות היחסית, הרי שהם אינם גורעים ממסקנתי שהממונה היה מנוע **מלכתחילה** להסמיך את החוקרים הפרטיים לחקור חשדות לעבירות על חוק ההגבלים העסקיים, וכי חרג מסמכותו בעשותו כן.



35. לסיכום נקודה זו: כמו עו"ד מלצר, גם אני סבור שהממונה לא היה מוסמך לבחור בפתרון של הסמכת חוקרים פרטיים לחקור חשדות לעבירות על חוק ההגבלים העסקיים, חרף מצוקת כוח האדם בה היה נתון. על רקע מסקנתי זו, אין עוד טעם לדון בטענותיה החלופיות של הסנגוריה בעניין הסמכת החוקרים הפרטיים, כגון הטענה שהסמכת חוקרים פרטיים הינה פסולה בכל מקרה לאור השוני המהותי בין עיסוקו של חוקר פרטי לפעולת הרשויות הממלכתיות (פסק דין **סלוק**), וכיו"ב.

ג. תוצאת חריגת הממונה מסמכותו - תורת הבטלות היחסית

36. לאחר שקבעתי כי הממונה חרג מסמכותו עת מינה את החוקרים הפרטיים, נותר עדיין להכריע בשאלה האם משמעות חריגה מסמכות זו היא שהחקירה **בטלה מדעיקרא**, לאו חקירה היא, וכי החומר שנאסף ע"י החוקרים הפרטיים אינו מהווה "**חומר חקירה**". כאמור לעיל, תשובתי לשאלה זו הינה בשלילה, והיא תוצאת יישום **תורת הבטלות היחסית** על עובדות המקרה דנן.

37. על טיבה של תורת הבטלות היחסית עמד כבוד השופט זמיר בפרשת **סוסן**:

"אכן, הפסיקה הישנה של בית משפט זה, שהלכה בעקבות הפסיקה הישנה של בית המשפט באנגליה, ציירה את חוסר הסמכות ואת הבטלות המוחלטת כאילו הם שניים שהיו לאחד, ויותר אין לנתק ביניהם. אך זה שנים שהפסיקה, בישראל ובאנגליה, התפתחה והשתנתה. במקום ההבחנה החדה שבין בטלות (VOID) שהיא פועל יוצא של חוסר סמכות, לבין נפסדות (VOIDABLE) שהיא פועל יוצא של טעות בתחום הסמכות, בא לעולם המבחן של בטלות יחסית. לפי מבחן זה יש להבדיל בין הפגם לבין הנפקות. הכלל הקובע מה מותר ומה אסור נמצא במישור אחד, ואילו הסעד על הפרת הכלל נמצא במישור אחר. בכל מישור פועלת מערכת שיקולים מיוחדת התואמת את הצרכים והמטרות באותו מישור. לכן אין לשלול את האפשרות שחוסר סמכות לא יוביל בהכרח לבטלות מוחלטת. חוסר סמכות ובטלות מוחלטת אינם תאומי סיאם. ואם היו כך בעבר, אין הכרח שיהיו כך כיום. כיום ניתן להפריד גם בין תאומי סיאם. כך הוא הדין לגבי החלטות מינהליות...

ואם יטען מי שיטען כי תורה זאת תופסת רק לגבי פגם שאינו מסווג כחריגה מסמכות, אשיב ואומר כי אין הכרח בכך ואף אין הגיון בכך. להפך, תורת הבטלות היחסית התפתחה בעיקר כדי לפרק את המשוואה האומרת כי חוסר סמכות שווה לבטלות מוחלטת, לאחר שהתברר כי נזקה של משוואה זאת עולה על תועלתה" (ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793, 816 מול ג' -ז').

ההלכה נשנתה ויושמה בפרשת **רומיאו**, מפי השופט זמיר (דעת הרוב):

"כיום הפסיקה מבחינה בין הכלל המחייב רשות מינהלית לנהוג בדרך מסוימת, לבין התוצאה הנובעת מהפרת הכלל. התוצאה הנובעת מהפרת הכלל תלויה בנסיבות המקרה: מהות הכלל שהופר; הנזק שנגרם כתוצאה מהפרת הכלל והנזק שייגרם כתוצאה מביטול ההחלטה המינהלית ... זוהי, על רגל אחת, תורת הבטלות היחסית. תורה זאת מבקשת לשקלל את הגורמים הנוגעים לעניין, כדי להגיע לתוצאה שיש בה איזון ראוי של גורמים אלה. לעתים התוצאה היא שההחלטה המינהלית בטלה מעיקרה; לעתים ההחלטה תהא בטלה רק כלפי אדם מסוים, בהליכים מסוימים, ולא תהא בטלה כלפי אנשים אחרים; לעתים ההחלטה תהא ניתנת לביטול ממועד מסוים; לעתים היא תעמוד בתוקפה על אף הפגם שנפל בה; ועוד, לפי נסיבות העניין" (בג"צ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל ואח', פ"ד נ(2) 177, 194 - 195).

וראו גם פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"צ 7505/98 קורנאלדי נ' לשכת עורכי הדין בישראל (דינים עליון).

38. מן המקובץ עולה אפוא, כי בשיטתנו המשפטית פגם של חוסר סמכות או חריגה מסמכות אינו גורר אחריו בטלות אוטומטית של הפעולה המינהלית: על בית המשפט לבחון את מהות הפגם על רקע נסיבות העניין, ותוך שקילת משמעות ההכרזה שהפעולה המינהלית הינה בטלה ומבוטלת. בעת עריכת האיזון האמור - ונקודה זו טעונה הדגשה - חייב בית המשפט להביא בחשבון שיקוליו גם את שני אלה: את האינטרס הציבורי הרלוונטי, וליתר דיוק, את ההשלכות הציבוריות של הקביעה שפעולת הרשות היתה כלא היתה בעקבות הפגם, כמו גם את המניע שהביא את הרשות לחרוג מסמכותה:

"האיזון הראוי בין היעילות לבין ההגינות משתקף גם בנפקות המשפטית של הפרת הכללים המסדירים את ההליך המינהלי. מה הדין כאשר רשות מינהלית מקבלת החלטה תוך הפרת כלל מכללים אלה? יישום קפדני של עקרון חוקיות המינהל היה דורש לבטל החלטה כזאת. אולם אין להתעלם מן הסיבות להפרת הכללים ומן התוצאות של ביטול ההחלטות. אכן, הפרת הכללים נובעת לעתים מסדרי עבודה פגומים של הרשות, או אפילו מרשלנות של עובד הציבור. אך לא פעם היא נגרמת משום שהכללים מורכבים או נוקשים יתר על המידה, או בגלל עומס עבודה כבד ומחסור בכוח אדם או במשאבים אחרים. סיבות אלה עלולות לגרום אפילו לרשות סבירה ויעילה, הפועלת בכוונה טובה, שלא תקיים את סדרי ההליך באופן מדויק בכל מקרה. זאת ועוד. ביטול החלטה מינהלית בגלל פגם בסדרי ההליך המינהלי עלול לא פעם לפגוע בטובת הציבור... התבונה אומרת לבדוק בכל מקרה את חומרת הפגם; לשאול אם ההחלטה עשויה היתה להיות שונה לולא הפגם; לברר אם הפגם גרר נזק או עוול; ולשקול את הפגיעה שתגרם לאינטרס

**הציבורי אם ההחלטה המינהלית תבוטל בשל הפגם. התוצאה הנובעת מן הפגם צריכה לבטא את האיזון הראוי בין שיקולים אלה** (י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (תשנ"ו, כרך ב'), 679 - 680; ההדגשות שלי - ד' ח').

ודומה, כי דברים אלו כמו נכתבו במיוחד לענייננו.

ומן הכלל אל הפרט

**על המניע שעמד ביסוד החלטת ההסמכה של הממונה**

39. מן הנתונים שהובאו בפני עולה, לפחות ברמה הלכאורית הנדרשת לשם הכרעה בהליך זה, כי בתקופה הרלוונטית עמד הממונה על ההגבלים העסקיים בפני שוקת שבורה: יחידת ההגבלים העסקיים היתה אז בשלב של קימום וגיבוש, לרשות הממונה לא עמדו תקנים לחוקרים אורגניים אותם יכל לאייש, ומשטרת ישראל לא היתה נכונה לסייע לו בחקירת חשדות בתחום ההגבלים העסקיים. הממונה עמד, למעשה, במצב בלתי אפשרי מבחינתו: **"תבן אין ניתן לעבדיך ולבנים אומרים לנו עשו"** (שמות, ה', ט"ז).

הממונה, ער לחובתו על פי דין לאכוף את חוק ההגבלים העסקיים (כמו גם לכך שזולתו לא יחקור איש את החשדות הנ"ל), בחר - כאופציה אחרונה וכפתרון דחוק מבחינתו - להסמך חוקרים פרטיים לשם חקירת חשדות לעבירות על החוק. הממונה גם היה ער לבעייתיות שבהעסקת חוקרים פרטיים ולחיוניות הפיקוח עליהם, כעולה מתוכן מכתבו לפרקליטת המדינה:

**"לפי שעה, בקשתנו לקבלת תקני כוח אדם לחוקרים מיומנים הושבה ריקם... משטרת ישראל איננה נכונה לבצע חקירות בתחום ההגבלים, וכעיקרון אף אינה נכונה לסייע שיטתית בחקירות כאלו. בנסיבות הללו, הכרח בל יגונה הוא להעסיק חוקרים פרטיים על מנת למלא חובתנו על פי דין לחקור עבירות על פי חוק ההגבלים העסקיים, ובלבד שהדבר ייעשה במסגרת נאותה ואגב פיקוח הדוק. בהמשך, אנו מבקשים להקים מערך חקירות עצמאי המורכב מאנשי יחידת הממונה"** (עמ' 1 למכתב; ההדגשה שלי - ד' ח').

40. דברים אלה שופכים אור על נסיבות הסמכת החוקרים הפרטיים, ועל שיקולי הממונה בעת שהחליט להסמיכם: המסקנה המצטיירת היא, שהשיקול העיקרי שעמד ביסוד ההסמכה היה **רצונו העז של הממונה למלא את חובתו על-פי דין**, ומתוך הכרה בכך שהסמכת החוקרים הפרטיים היא פתרון מאולץ - אך היחיד, באותה שעה, שיאפשר לו לצקת בתפקידו תוכן ממשי. מסקנה זו חשובה היא, באשר היא דוחקת ליתן **תוקף בדיעבד** להסמכת החוקרים הפרטיים לאור האינטרס הציבורי החשוב הגלום בבירור חשדות לעבירות על חוק ההגבלים העסקיים. אמנם, קיומו של מניע חיובי ביסוד חריגת רשות מסמכותה אינו יכול להצדיקו מלכתחילה, ועל הרשות להימנע מכך. ואולם, אין לחדד כי בנסיבות אלה מתייחס בית המשפט ביתר הבנה לפגם שנפל בפעולת הרשות המינהלית: ברי, כי לו היה בית המשפט

מגבש מסקנה שהממונה הסמיך את החוקרים הפרטיים מתוך שרירות, חוסר תום לב או שיקולים הזרים לחובתו על פי דין, היתה ההסמכה נבחנת באור אחר לגמרי. ואולם, אין להסיק מסקנה שכזו, ואף הסנגוריה אינה טוענת זאת.

41. עו"ד מלצר טען בבית המשפט כי **"צרכים מעשיים לוחצים, צוק העתים זה לא סיבה לפגיעה בזכויות הפרט"** (עמ' 17,408 שורות 3 - 4), וביקש להסתמך בעניין זה על פסק דין שניתן באחרונה בבית המשפט העליון בבג"צ 6055/95 **צמח נ' שר הבטחון ואח'** (טרם פורסם), בו נדחתה טענת המדינה כי היא זקוקה לזמן ומשאבים כדי להיערך לקיצור התקופה המירבית (96 שעות) שבה ניתן להחזיק חייל במעצר על פי סעיף 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955 (פסקאות 39 - 40 לפסק הדין). בפרשה ההיא קבע בית המשפט העליון שסעיף 237א(א) הנ"ל עומד בניגוד לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ולכן הינו בטל (פסקה 40).

42. מבלי להיכנס לעובי הקורה בעניין זה אעיר, כי אין ללמוד מפרשת **צמח** לעניינו, הן בהתייחס למהות הזכות החוקתית הנפגעת ע"י החוק והן ביחס לגודלה של קבוצת האנשים הנפגעים. בנוסף, גם בפרשת **צמח** הכיר בית המשפט באפשרות העקרונית שחוסר משאבים ימנעו באופן מעשי את הסעד החוקתי, וכי מדובר במבחן יחסי של איזון בין אינטרסים מתנגשים:

**"באופן עקרוני, אין לשלול את האפשרות שהיקף המשאבים הנדרשים ימנע, באופן מעשי, את קיצור התקופה... יש להעמיד את סדר הגודל של המשאבים הנדרשים (אפילו אם לא ניתן לצמצם אותם) כנגד סדר הגודל של הפגיעה בחירות האישית של החיילים: כ - 10,000 חיילים הנעצרים מדי שנה... מה מכריע את הכף? התשובה תלויה בעיקר במשקל היחסי של החירות כנגד המשאבים"** (פסקה 39 לפסק הדין; ההדגשה שלי - ד' ח').

יתרה מזאת, והיא העיקר: האיזון שנעשה ע"י בג"צ בעניין **צמח** הינו צופה פני עתיד, ומטרתו להנחות ולכוון את פעולת הרשויות מכאן ולהבא; ואילו בעניינו דן בית המשפט בתוקפה של פעולת מינהלית שנערכה בעבר, ובמשמעות הכרזתה כבטלה מדעיקרא. בהיבט זה - **ההבדל שבין מראש לבין בדיעבד** - מתחדדת האבחנה בין שתי הפרשות, והרי זו, בקליפת אגוז, כל הפילוסופיה המונחת ביסוד תורת הבטלות היחסית.

#### **מידת חריגה מהסמכות**

43. אין דומה חריגה מסמכות הנעשית בתוך זירת הפעולה שבה מוסמכת הרשות המינהלית לפעול, קרי - ב"סיבתה הטבעית", לחריגה מסמכות הפורצת לתחום שבו אין לגוף המינהלי כל סמכות חוקית לפעול: לדוגמא, לו היתה הרשות להגבלים עסקיים נוטלת יוזמה ופותחת בחקירה פלילית בעניין שכלל אינו מצוי בתחום סמכותה, כמו עבירת שוד, היתה עומדת בפני בית המשפט מערכת שיקולים אחרת. ואולם, בעניינו אנו לא יכולה להיות מחלוקת כי הממונה עצמו מוסמך היה לחקור את החשדות, וכי חקירת החוקרים הפרטיים לא חרגה מתחום ההגבלים העסקיים.

44. לא זו אף זו, מן הנתונים שמצויים בפני ניתן להגיע למסקנה, ברמה הלכאורית הנדרשת בשלב זה, כי הממונה עשה כמיטב יכולתו לצמצם את ההשלכות הנובעות ממינוי חוקרים פרטיים לשמש כחוקרים ממלכתיים ואת החשש כי אלה יפעלו ללא פיקוח ובניגוד עניינים. בעניין זה מקובלת עלי עמדת המאשימה כי עובדות העניין דידן אינן זהות לעובדות פרשת **הנפלינג**: **ראשית**, חוזה ההעסקה בין הממונה לבין החוקרים הפרטיים כלל הוראות בדבר פיקוח והנחיה של הממונה על החוקרים הפרטיים; כפי שיבואר להלן, השאלה **האם יושמו** הוראות הפיקוח עד תומן אינה עומדת בפני בית המשפט בשלב זה, ואולם מעדותם של החוקרים הפרטיים בבית המשפט עולה לכאורה כי הממונה היה מעורב בחקירה והנחה אותם בעבודתם. לדוגמא, גוויסר העיד בבית המשפט כי:

**"...היינו משנים יעדים או מחליטים להעמיק באיזה שהוא נושא. כאשר באופן כללי עוד פעם ברמה הכללית היתה דרישה, בקשה וגם בוצע שדר' טרובוביץ היה בתמונה עד לרמה של העברת מסמכים והודעות בעלות חשיבות על ידי שליחים, ברמה היומית" (עמ' 16,338 שורות 5 - 8).**

וכן:

**"ש. אתם, כשאתם זכור לך שאתם עדכנתם את דר' טרובוביץ לגבי פריצת הדרך בחקירה של מר צורני?**  
**ת. אינני זוכר גם דבר כזה, בהחלט היה דיווח שוטף, לא על תקן שהנה חדשות, מדי יום הייתי חוזר בתום יום די מפרך של עבודה למשרד, מצלם את המסמכים, מכין לו חלקים הרלבנטיים וגם מדבר איתו וגם דואג להבהיר לו" (עמ' 16,557 שורות 21 - 26).**

**שנית**, מעמדם של החוקרים היה, לכאורה, מעמד של **"עובד ציבור"** לצורך חוק העונשין: סימן ד' לפרק ט' של חוק העונשין, שעניינו עבירות בשירות הציבור וכלפיו, נוקט במונח **"עובד ציבור"** במסגרת העבירות המנויות בו, והגדרת מושג זה מצויה בסעיף 34כד לחוק העונשין; החלופה הרלוונטית לענייננו קבועה בסעיף קטן 10:

**"עובד הציבור" -**

...

**(10) נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק, בין במינוי, בין בבחירה**  
**ובין בהסכם, אף אם אינו אחד מעובדי הציבור המנויים בפיסקאות**  
**(1) עד (9);**

חוזה ההעסקה בין הממונה לבין החוקרים הפרטיים גם הבהיר זאת במפורש, על כל המשתמע מכך לעניין מודעותם של החוקרים הפרטיים למסגרת העסקתם והחובות הנגזרות ממנה; במבוא לחוזה נאמר כי **"החוקרים ימונו לבצע תפקידי חקירה על פי חיקוק"**, ובסעיף 14 נאמר כי:

**"החוקרים מצהירים בזה כי ידוע להם, מבלי לגרוע מהוראות כל דין, שהפרת התחייבות מהתחייבויותיהם לפי הסכם זה עשויה להוות גם עבירה לפי חוק העונשין, תשל"ז - 1977".**

שלישית, החוקרים הפרטיים העידו כי החקירה לא הושפעה מניגוד עניינים שמפניה הוזהרו "להתרחק כמו מאש" (עדות גוויסר בעמ' 16,341 שורות 25 - 26) וכי המטרה שעמדה ביסודה היתה חקר האמת (ראו לדוגמא עדותו של גוויסר בעמ' 16,337 שורות 25 - 26). אמנם, יש טעם לפגם בכך שהחוקרים הפרטיים עבדו עובר לחקירה עבור חברות ביטוח כאלה ואחרות, ואולם בעניין זה יש להביא בחשבון שהחוקרים הפרטיים לא נשכרו במיוחד לחקור את פרשת ענף הביטוח אלא עבדו בשירות הממונה עוד קודם לכן, ואליבא דממונה במכתבו לפרקליטת המדינה, הוכיחו עצמם כחוקרים יעילים ומסורים. החוקרים הפרטיים גם העידו, כי הממונה העמידם על הבעייתיות הכרוכה בהעסקת חוקרים פרטיים במסגרת ממלכתית:

**"עוד לפני הנושא של חקירה של חברות הביטוח שד"ר טרובוביץ היה מאד עד לרגישות של נושא של העסקת חוקרים פרטיים ..."** (עמ' 16,308 שורות 9 - 11).

וכן:

**"ד"ר טרובוביץ שיתף אותי לא בתאריך הזה, גם הרבה לפני כן, ברגישות שיש בהעסקת חוקר פרטי, או חוקרים פרטיים, הנושא הזה לא עלה לראשונה אז..."** (עמ' 16,363 שורות 1 - 3).

החוקרים הפרטיים גם סיפקו הסברים המניחים לכאורה את הדעת כנגד טענת ניגוד העניינים שהוטחה כלפיהם: לדוגמא, בעניין טענת הסנגוריה כי ייתכן שחברת הביטוח **"איתן"** לא נחקרה ע"י החוקרים הפרטיים מחמת **"קרבתה" לחוקרים שניהלו את החקירה** (סעיף 66.5.4 לטיעוני עו"ד מלצר), הרי שהחוקר שגיבא סיפר בעדותו כי חברת איתן לא נחקרה בעקבות הנחיה שהגיעה מהממונה:

**"ת. איתן לא נחקרו, אני חושב שהם היחידים שלא נחקרו,**

...

**ש. למה הם היחידים שלא נחקרו?**

**ת. מכיוון שבאיזה שהוא מקום הצטבר כל כך הרבה חומר, שכבר מהממונה הגיע הנחיה, מספיק עד כאן, הם לא מספיק חשובים כדי שימשיכו -**

**ש. אז אם -**

**ת. לא, הם למעשה קבוצה, בקבוצה של חברת כלל, הם למעשה החברה הקטנה ביותר, אז היה את כלל, היה את אריה, את אררט, מישהו ויתר עליהם, זה לא שיקול דעת, זה לא שיקול דעת שלי"** (עמ' 17,105 שורות 2 -

17).

ועוד: החוקרים הפרטיים העידו כי עבדו עובר לחקירה גם עם חברות ביטוח **שנחקרו והורשעו** במסגרת אותה פרשה - דוגמת חברת "**המגן**" (ראו עדות שגיא בעמ' 16,998 שורה 3). נקודה זו מפחיתה גם היא את החשש הלכאורי לניגוד העניינים עליו הצביעה הסנגוריה. ועל כל דא יש להוסיף, שיש ליתן משקל לא מבוטל לעמדת המאשימה שהיה זה דווקא **הממונה** שאמור היה לחשוש מניגוד העניינים הנטען ע"י הסנגוריה, בשל שאיפה אפשרית של החוקרים הפרטיים לשאת חן בעיני חברות הביטוח מתוך ציפיה לפרנסה עתידית מקופתן, וכפי שהיטיב עו"ד דולן להתנסח בעניין זה בבית המשפט: "**לא צריך להתגרש מהשכל הישר**" (עמ' 17,523 שורות 13 - 14).

ועל כל האמור לעיל יש להוסיף, כי כשנה לאחר תחילת החקירה הוקמה יחידת החוקרים האורגנית של הרשות להגבלים עסקיים, אשר "אימצה אל חיקה" את חומר החקירה והמשיכה לחקור את הפרשה. גם עובדה זו מיתווספת לכף הזכות בעת עריכת האיזון במסגרת יישום תורת הבטלות היחסית, באשר אין לקבוע כי יש להרתיע את אותה רשות מלפעול באופן דומה בעתיד. תיקנה הרשות דרכיה. בהיבט זה, אין נפקא מינה מה היה שיעורה של החקירה שניהלו החוקרים הפרטיים מתוך חקר הפרשה כולה.

45. אין בכוונתי לקבוע בהחלטה זו כי חקירת החוקרים הפרטיים היתה תקינה, או כי יש ליתן אמון בעדותם בהקשר הפלילי של המשפט. עניין זה ייבחן בשלב הכרעת הדין, בה ישקול בית המשפט את עדותם ויעריך את מהימנותם על רקע חומר הראיות כולו. ואולם, ככל שניתן להסתייע בעדותם בהיבט המינהלי של הבקשה העומדת בפני, הרי שיש לכאורה בכוח עדויותיהם להראות כי לחריגת הממונה מסמכותו לא היו תוצאות חמורות, לפחות בכל הנוגע לאותם אינטרסים מוגנים שעמדו ביסוד הלכת ה**נפלינג**.

#### **האינטרס הציבורי הרלוונטי**

46. עו"ד מלצר טען בבית המשפט, כי "המחיר הציבורי" של הכרזה שהחקירה בטלה מדעיקרא אינו גבוה בענייננו, מה שצריך להישקל במסגרת האיזון אותו עורך בית המשפט ביישמו את תורת הבטלות היחסית:

**"...תמיד גם יש שאלה מה הוא המחיר, והמחיר בסך הכל הוא השחרור שני גופים על מנהליהם להעמדה לדין. כי לפעמים גם זהו שיקול בבטלות יחסית. והמחיר הוא מחיר, המחיר החינוכי והמשפטי הנדרש הוא מחיר פעוט בהשוואה לקובץ של הסוגיה המשפטית שעומדת על הפרק"** (עמ' 17,418 שורות 6 - 10).

ובטיעוניו בכתב כתב:

**"החברה מוכנה 'להקריב' תוצאה ספציפית של הליך משפטי אחד כדי להגן על עשרות מקרים שלא יגיעו לעולם לבית המשפט"** (סעיף 77.42).

47. כמו עו"ד מלצר, גם אני מסכים כי בעת עריכת האיזון האמור שומה על בית המשפט להביא בחשבון את ההשלכות הציבוריות של הכרזה כי פעולה מינהלית הינה בטלה. ואולם, שלא כדעתו, אינני סבור כי האינטרס הציבורי יצא נשכר מהכרזה כי החקירה בטלה וכי יש לבטל

את כתב האישום, אלא ההיפך הוא הנכון: בענייננו, האינטרס הציבורי העיקרי מחייב לברר את השאלה האם עברו הנאשמים את העבירות המיוחסות להם בכתב האישום, שהינן לכאורה עבירות כלכליות רחבות היקף הנוגעות לכיסו של הציבור הרחב; בעניין זה סומך אני על דברי ב"כ המאשימה, עו"ד דולן, בסעיף 5 לתגובתו בכתב:

"שוק הביטוח הינו אחד הענפים המרכזיים במשק ובעל חשיבות ציבורית ממדרגה ראשונה. חברות הביטוח הינן חברות בעלות עצמה כלכלית במשק הישראלי, הן לאור היקף פעילותן הכספית והן לאור תלותו של הרוב המכריע בציבור הישראלי בשירותיהן. ניתן לומר כי אין כמעט בית בישראל אשר אינו משתמש בשירותיהן ואשר אינו תלוי בהן בענפי הביטוח השונים".

48. הנה כי כן, ארבעת הפרמטרים המונחים על כף המאזניים האחת הם אלה: **טיבו של המניע** שעמד ביסוד הסמכת החוקרים הפרטיים; **העובדה שהחריגה מסמכות מצויה היתה ב - "סביבתה הטבעית" של פעילות הרשות להגבלים עסקיים** והמסקנה הלכאורית כי הממונה לא חרג חריגה בוטה מכללי המינהל התקינים; **האינטרס הציבורי** בחשיפת האמת והעובדה **שיחידת החקירות האורגנית של הרשות להגבלים עסקיים אימצה את חומר החקירה** שהשיגו החוקרים הפרטיים, ונטלה את רסן החקירה.

#### **הנזק שגרמה ההסמכה הלקויה**

49. על כף המאזניים השניה מונחות טענות הסנגוריה כי מינוי החוקרים הפרטיים גרם לנאשמים שני ראשי נזק, שלצורך החלטה זו יש להבחין ביניהם היטב: נזק "**חוקתי**", שמקורו בפגיעה ללא הסמכה בזכויותיהם החוקתיות, ונזק "**ראייתי**", הנובע מקיומם של פגמים לכאוריים בחקירה עצמה. לשני אלה מצטרפת טענת הסנגוריה כי הפקדת הליכי החקירה בידי גופים פרטיים פוגעת בתדמית מערכת הצדק בעיני הציבור.

50. בענין הפגיעה החוקתית, טענה הסנגוריה כי אצילת סמכויות החקירה לחוקרים הפרטיים היא מהלך מינהלי העומד בניגוד לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (סעיף 75 לטיעוני עו"ד מלצר), וזאת משום שהסמכת אנשים פרטיים מחוץ לשירות הציבורי לערוך חיפוש ברשות היחיד ולחקרו פוגעת בכבודו של האחרון, ולכן אינה חוקתית (סעיף 67.11 לטיעוניו). בעניין זה טענה הסנגוריה שיש לפסול לא רק את חומר החקירה שנאסף ע"י החוקרים הפרטיים, אלא גם את כל ההודעות והמסמכים שנתפסו כפועל יוצא של חקירתם, קרי - את הראיות שהושגו ע"י חוקרי הרשות להגבלים עסקיים עצמה וכן את העדויות שנשמעו בבית המשפט (סעיפים 77.54 - 77.60 לטיעוני עו"ד מלצר). בעניין זה הפנה עו"ד מלצר לפסיקה האמריקאית שגיבשה את דוקטרינת "פירות העץ המורעל" ושאחד משיאייה בפרשת **מירנדה נ' אריזונה** המפורסמת (Miranda v. Arizona 384 US 436 (1966)), לדין משווה מאנגליה וקנדה וכן להחלטתו של בית המשפט המחוזי בנצרת בת"פ 511/97 **מדינת ישראל נ' עודה**. בעניין זה מדגיש עו"ד מלצר את השלכות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על זכויות הנאשם ועל המשמעות שיש ליתן להפרת זכויות אלו, ומבהיר כי מתחייבת "**בחינה מחודשת של ההלכות לעניין קבילות ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות היסוד של הנחקרים**" (סעיף 77.5 לטיעוניו). עו"ד מלצר הוסיף, כי "**מהפכה חוקתית אינה יכולה להיות מהפכה רטורית בלבד**"



(סעיף 77.17 לטיעוניו), וכי "זכויות האדם בהליך הפלילי מקבלות משקל עדיף על פני חקר האמת. בהתנגשות שבין חקר האמת לזכויות האדם לא יכול חקר האמת לגבור בכל תנאי. באיזון שבין השניים מקבלות זכויות האדם מעמד עליון, מעמד עדיף" (סעיף 77.30 לטיעוניו).

#### **איזון האינטרסים המתנגשים**

51. טענת הנזק **הראייתי** מקומה במישור הדיוני-פלילי של ההליך ולא במישור החיצוני-מינהלי שלו, ואין לה מקום במסגרת איזון האינטרסים המתנגשים. על כך אעמוד להלן בנפרד. ואולם, ככל שהדבר נוגע לנזק שנגרם לנאשמים **במישור החוקתי**, הרי שאין ספק בליבי שנוק זה, ככל שהוא קיים באופן עצמאי כנזק חוקתי גרידא, נסוג מפני ארבעת הנימוקים הדוחקים להכיר בדיעבד בתוקפה של החקירה שניהלו החוקרים הפרטיים. יתרה מזאת, במישור הפלילי אין מקום לנתק לחלוטין בין פגיעה חוקתית לבין נזק ראייתי, וחוליית הקישור בין השניים היא זכותו של הנאשם להליך הוגן: אם קופחה יכולתו של נאשם להתגונן מפני האישומים כנגדו בשל חקירה פסולה, הרי שבכך פגעת בזכותו החוקתית להליך הוגן, ומנגד, אם, חרף קיומם של פגמים בחקירה משתכנע בית המשפט - לאחר בחינת מהות הפגמים ומשמעותם - כי אין חשש לעיוות דין או לקיפוח הגנת הנאשם, הרי שגם אין לומר שנפגעה זכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן. על הנושא מקרינה ההלכה הישראלית בדבר דחיית דוקטרינת "פירות העץ המורעל": העובדה שראיות שהושגו תוך הפרת זכויות הנאשם אינן נפסלות אלא נבחנות ע"י בית המשפט בשים לב לעצם הפגיעה בזכות, קושרת למעשה בין הפגיעה החוקתית לנזק הראייתי, ולמותר לציין כי הסנגוריה לא המציאה לבית המשפט אסמכתא מחייבת שבה נפסל הליך פלילי בישראל בשל פגיעה חוקתית גרידא. גם אם אקבל את טענת הסנגוריה כי תדמית מערכת הצדק נפגעה בשל הפקדת החקירה בידי חוקרים פרטיים, הרי שגם בכך אין כדי להטות את הכף לעבר הכרזה על ביטול הליכי החקירה. רק אעיר, כי לגם למטבע זו יש שני צדדים.

52. לאור כל האמור לעיל, באתי למסקנה כי אין להכריז על בטלותם של הליכי החקירה וכתב האישום שהוגש בעקבותם, על אף החריגה מהסמכות שבעצם הסמכת החוקרים הפרטיים לחקור בעבירות נשוא כתב אישום זה. מסקנתי זו היא תוצאת יישומה של תורת הבטלות היחסית על נסיבות המקרה שבפניי תוך איזון בין האינטרסים המתנגשים. אכן, כפי שהכתיר עו"ד מלצר את סיכומיו: "**שבשתא - כיוון דעל על**" (וראו כדוגמא תלמוד בבלי, בבא בתרא, כ"א, ב'). והמבין יבין.

#### **פגמים בחקירה כעילה לביטול כתב אישום - נזק ראייתי**

53. כזכור, טענתה השניה של הסנגוריה היא שהחוקרים הפרטיים ניהלו את החקירה בניגוד לכללי חקירה ראויים כפי שהותוו בדין ובפסיקה, על אף שאלה היו ידועים להם היטב בתור קציני משטרה בדימוס (פרק ו' לטיעונים בכתב של עו"ד מלצר). בין הפגמים בחקירה שמנה עו"ד מלצר: החוקרים הפרטיים פעלו באופן עצמאי, ללא פיקוח שוטף והנחיה מצד הממונה וללא קיומה של מערכת היררכית (סעיף 81 לטיעוניו); לא נוהל יומן חקירה (סעיף 82 לטיעוניו); החשודים לא הוזהרו כדיון, עובדה שמתבלטת על רקע האזהרות התקינות

שהוזהרו נחקרים עת שנחקרו ע"י חוקריה האורגניים של הרשות להגבלים עסקיים בשלב השני של חקר הפרשה (סעיף 83 לטיעוניו); דברי הנחקרים לא נרשמו במדויק אלא באופן סלקטיבי (סעיף 84 לטיעוניו); הנחקרים לא נשאלו שאלות רלוונטיות וחשובות, כגון בנושא החרם נגד איילון (הנאשמת 3), ובכך סוכלה אפשרות ממשית בה היתה התביעה נמנעת מלהעמיד לדין את איילון ומנהליה (סעיף 85.8 לטיעוניו); החוקרים הפרטיים לא הקפידו על רישום זכרונות דברים המתעדים את כל מהלכי החקירה, וחלק מהנחקרים נחקרו מבלי שנרשמה הודעתם (סעיף 86 לטיעוניו); חלקו של שבילי בכל הפרשה אינו ברור, ושמו גם אינו מופיע בהודעות שבגבייתן נכח (סעיף 88 לטיעוניו), וסטודנטית שהועסקה בין היתר ברישום חלק מהודעות הנחקרים ובסימון מסמכים שנתפסו לא היתה חוקרת פרטית ולא צד לחוזה ההעסקה עם הממונה (סעיף 89 לטיעוניו). לשיטת הסנגוריה, הפגמים הללו הם תוצאה ההסמכה הלקויה של החוקרים הפרטיים, ולטענתה, קיומם של פגמים שכאלה בחקירה מהווים עילה עצמאית לביטול כתב האישום (סעיף 91 לטיעוני עו"ד מלצר).

54. גם בענין זה מצאתי לדחות את טענת הסנגוריה: לקיומם של פגמים בחקירה עשויה להיות נפקות בשלב הכרעת הדין, בעת הערכת מהימנותן של הראיות ומשקלן, ואולם אין בקיומם להקים סעד של ביטול כתב האישום. הנה כך כתב כבוד השופט קדמי בע"פ 725/95 **מנדלברוט נ' מדינת ישראל** (דינים עליון):

"על פי הגישה המשפטית הנוהגת אצלנו, פגמים בתקינותם של הליכי חקירה - 'חוסר הגינות' בלשונו של ב"כ המערער - אינם מהווים, כשלעצמם, עילה עצמאית לפסילתם של הליכים משפטיים הננקטים על פיהם. ככלל, מתמקדת השלכתם של פגמים כאמור בשאלת קבילותן ומשקלן הראייתי של הראיות המושגות באמצעותם של אותם הליכים; ובמקום שיש בכוחם של פגמים אלה כדי לקפח את הנאשם בהגנתו - מובאת השלכתם בהקשר זה בחשבון שעה שנבחנת עמדת ההגנה" (פרק ג' לפסק הדין; ההדגשה שלי - ד' ח').

על הלכה זו חזרה כבוד השופטת ביניש בפסק דין שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון:

"הליקויים שנתגלו בחקירה במקרה שלפנינו חייבו בדיקה פרטנית של הנסיבות בהן הושגו הראיות; כידוע לפי השיטה הנוהגת אצלנו כיום, הפגמים בניהול החקירה אינם יורדים בהכרח לשורש ההליכים המשפטיים הננקטים על פיהם, ונוהגים אנו לבדוק את קבילותה ומשקלה של כל ראיה שהושגה בחקירה, תוך הבאה בחשבון של הפגמים הקשורים בה" (ע"פ 5390/96 **מדיעם נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), בפסקה 8 לפסק הדין; ההדגשה שלי - ד' ח').

55. הנה כי כן, אין בקיומם של פגמים בחקירה כדי להקים סעד של ביטול כתב האישום - להבדיל מעילה לזיכוי נאשם בתום ההליך הפלילי מכח מסקנה בדבר קיפוח מהותי של יכולתו להתגונן מפני האישומים כנגדו; השופטת ביניש עמדה על כך בפסק דין **מדיעם**:

"על הגורמים המופקדים על החקירה לתת דעתם לכך, כי פגמים חמורים באופן השגת הראיות, עלולים לפגוע בזכויות הנאשם ובאפשרותו לנהל הגנה

**ראוייה, ואם כך יהיה הדבר, עלולה חקירה כזו להביא לזיכויו של נאשם"**

(פסקה 8 לפסק הדין; ההדגשה שלי - ד' ח').

56. כספיה לעניין זה אציין, כי בדיון שהתקיים בבית המשפט ביום 1.11.99 בעניין תיק החקירה הנוסף ב"מטריה דומה" שריכוז לכאורה את חומר החקירה שנאסף בחקירה קודמת שנוהלה בשנים 1990 - 1991, ואשר הומצא לסניגוריה רק לקראת סוף פרשת התביעה (נ/ 588), טען עו"ד מלצר כי אי-העמדתו של תיק חקירה זה לעיון הסניגוריה מעיד אף הוא על פגם בחקירה שיש ליתן לו משקל בהחלטה הנוכחית. מאחר שתק החקירה הומצא כאמור לעיונה של הסניגוריה, ואף הוגש כמוצג לבית המשפט וסומן נ/ 588, הרי שגם טענה דיונית-פלילית זו מקומה להתברר בשעת הכרעת הדין.

### **פגמים בחקירה כבסיס לטענה מקדמית שכתב האישום אינו מגלה עבירה**

57. כזכור, טענתה השלישית של הסניגוריה היא שיש לקבוע כי הראיות שנאספו ע"י החוקרים הפרטיים אֵינן קבילות משום שנאספו ללא סמכות, ומאחר שללא חומר חקירה קביל אין בידי התביעה להוכיח את האמור בכתב האישום, הרי שמתגבשת לנאשמים טענה מקדמית הקבועה בסעיף 149(4) לחסד"פ - "העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה" (סעיף 77.73 לטיעוני עו"ד מלצר). עלי להודות כי לא ירדתי לסוף דעתו של עו"ד מלצר בטענה זו, שהרי השאלה אם העובדות המתוארות בכתב האישום מגלות עבירה אם לאו נחתכת על פי הנטען בכתב האישום עצמו, מתוכו ובו, במנותק מחומר החקירה והראיות שביסוד הגשתו:

"תמציתה של הטענה הנדונה כאן היא: שגם אם יודה הנאשם בכל העובדות המפורטות בכתב האישום, לא יהיה בכך בסיס נאות להרשעותו בעבירה המיוחסת לו (או בעבירה אחרת מאותו סוג);" (י' קדמי, על סדר הדין בפלילים (תשנ"ח - 1998), חלק שני בעמ' 803).

על כל פנים, גם לטענה זו של הסניגוריה אין על מה לסמוך: הפסיקה העקבית של בית המשפט העליון דחתה את דוקטרינת "פירות העץ המורעל", והסיטה את קיומם של פגמים בחקירה מתחום הקבילות לתחום המשקל:

"בישראל לא נתקבלה תורת 'הפרי המורעל' - או 'פרי העץ המורעל' - הנוהגת בארה"ב, לפיה: ראיה שהושגה בדרך פסולה - אינה כשרה כראיה. הכלל הנוהג אצלנו אומר, שיש להבדיל בין הדרך שבה הושגה הראיה, לבין כשרותה של הראיה כשלעצמה..." (י' קדמי, על הראיות (תשנ"ט - 1999), בעמ' 613).

זו ההלכה בדין הישראלי, וברור כי בית משפט זה לא יוכל להורות הלכה העומדת בסתירה חזיתית לעקרונות השיטה כפי שהם מותווים ע"י בית המשפט העליון.

### **חקירה שאינה כדן ומירוץ ההתיישנות**

58. כזכור, הסנגוריה טענה שעל בית המשפט לבטל את האישומים בגין העבירות שהתגבשו לכאורה עד ליום 2.6.92, וזאת משום שחקירה שלא כדין, כמו זו שנערכה בענייננו, אינה מפסיקה את מירוץ ההתיישנות.

ואולם, לאחר שהחלטתי להכיר בתוקפה של החקירה שניהלו החוקרים הפרטיים, הרי שאין עוד צורך להכריע בטענה זו. עם זאת, מצאתי לנכון להוסיף כי עבירות התיאום המנויות בכתב האישום אינן עבירות הנושאות אופי רגעי, כפי שמנתח אותן עו"ד מלצר (פרק ח' לטיעוניו). בפסיקת בית המשפט העליון כבר נתקבלה ההלכה שעבירת ההסדר הכובל הינה עבירת סטטוס, הנמשכת כל עוד מהווה האדם או התאגיד צד להסדר האסור:

**"כאמור, עמדת המדינה היא, כי על פי לשונה, מהווה העבירה הקבועה בסעיף 4 לחוק החדש עבירת 'סטטוס'; והיא 'נמשכת' כל עוד ה'סטטוס' עומד בעינו. עמדה זו מקובלת עלי. אפיה זה של העבירה האמורה, משמיט את הבסיס מתחת לטענת ההתיישנות שהעלו ב"כ המערערים. בבסיס הטענה האמורה עמדה ההנחה: שהעבירה טומנת בחובה יסוד של עשיית מעשה ליישום ההסדר הכובל; ושמיים עשיית המעשה האחרון חלפה תקופת ההתיישנות. ברם, משנקבע כי הגדרת העבירה אינה דורשת עשיית מעשה של הסדר כובל ודי לעניינה בעצם היותו של הנאשם 'צד' להסדר כובל, אין נפקות לעשיית מעשה של הסדר כובל ולמועד עשייתו" (ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (דינים עליון), בפסקה 6(ד) לפסק הדין).**

### **הערת נעילה**

59. בטרם נעילה וחתימה, וכדי למנוע כל ספק, אני מבהיר בזה כי אינני קובע בהחלטה זו דבר וחצי דבר בשאלת מהימנות או משקל של ראיות כלשהן, והדבר אמור כמובן גם לגבי עדותם של החוקרים הפרטיים לפני. כל אלה ייקבעו רק בהכרעת הדין, לאחר שכל חומר הראיות וכל טענות ב"כ הצדדים יהיו מונחות במלואן ובשלמותן בפני בית המשפט. כמו כן, אני מוצא לנכון להוסיף ולהבהיר כי אין באמירות עובדתיות כאלה ואחרות שהובאו בגוף ההחלטה לעיל משום ממצא עובדתי סופי, וכי האמירות הללו הן בבחינת לכאורה וכוחן יפה אך ורק לצורך החלטה זו, שהינה החלטת ביניים שאינה קובעת ממצאים עובדתיים באופן סופי.

### **סוף דבר**

60. אני דוחה את בקשת הסנגוריה לבטל את כתב האישום.

ניתנה בלשכתי היום, כ"ח חשוון, תש"ס (7.11.99), בהיעדר הצדדים.