

בבית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 1274/00

בפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בעניין:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עוה"ד

מזור מצקביץ' וציפי גז

המאשימה

נ ג ד

4. ישראל מנדלסון, הספקה טכנית והנדסית

5. סמי לוי (בן יוסף)

נאשמים 4-5 ע"י עוה"ד ניב זקלר ורוית ארבל

10. ח.ג.י. – חברה לשיווק והספקה לבנין בע"מ

12. רוזנברג משה

13. חודרלנד מרדכי

נאשמים 12-13 ע"י ב"כ עוה"ד ראובן בכר ותמר

תורג'מן

הנאשמים

החלטה

המחלוקת

1. החלטה זו עוסקת בטענה מקדמית שהועלתה על ידי נאשמים 4 ו-5, 10, 12 ו-13 (להלן: 'הנאשמים'), לפיה יש להורות על מחיקת האישום השמיני מכתב האישום, המייחס להם עבירות בשל אי דיווח, בניגוד לסעיף 36 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: 'חוק ניירות ערך'). לפי טענה זו, עומד לנאשמים חסיון מפני הפללה עצמית מאחר שהדיווח הנדרש על פי חוק ניירות ערך, ושבשל העדרו יוחסה להם עבירה כאמור, היה בו כדי להפלים בעבירות על חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: 'חוק ההגבלים העסקיים'). עבירות על חוק ההגבלים העסקיים יוחסו לנאשמים באישומים אחרים בכתב האישום, וזאת באשר להתקשרויות לגבי ייצור אביזרי יציקת ברזל חשילה לחיבור צינורות, להלן: (פיטינגים) התקשרויות שתוארו בכתב האישום כ"הסדר כובל".
- נאשמות 4 ו-10 הן חברות ציבוריות, שניירות הערך שלהן נסחרות בבורסה. בתקופה הרלבנטית שימשו יתר הנאשמים כמנהליהם: נאשם 5 כמנכ"ל

נאשמת 4, נאשם 12 כמנכ"ל נאשמת 10, ונאשם 13 כיו"ר הדירקטוריון וכבעלים בה.

2. כתב האישום מופנה כלפי שורת תאגידים ומנהליהם, ובכללם הנאשמים מגישי הבקשה שבפני. שלושה מהתאגידים מתוארים כחברות ציבוריות שניירות הערך שלהן הוצעו לציבור על פי תשקיף ובכל התקופה הרלבנטית לכתב האישום נמצאו בידי הציבור ונסחרו בבורסה. הבקשה שלפניי הוגשה על ידי שתיים מהחברות הציבוריות ומנהליהן.

על פי כתב האישום, התאגידים ששמותיהם פורטו בו (ובכללן החברות הנאשמות 4 ו-10), בתקופה שבין 1.9.94 ועד ליום 30.12.96, באמצעות מנהליהן (ובכללם הנאשמים 5, 12 ו-13), החלו להיוועד באורח קבוע ובפגישות אלו ומחוץ להן, גיבשו הסדרים כובלים להם היו צד, ובכללם תיאום מחירי פיטינגים כלפי הצרכנים, והגבלת כמות הפיטינגים המיוצרת והמשווקת על ידם.

כן נאמר בכתב האישום, כי על פי חוק ניירות ערך ותקנותיו היה על התאגידים הציבוריים להגיש לרשות לניירות ערך, לרשם החברות ולבורסה דו"חות כספיים שנתיים ודו"חות דירקטוריון שנתיים (המצורפים לדו"חות תקופתיים), וכן דו"חות דירקטוריון לתקופת ביניים (המצורפים לדו"חות כספיים ביניים), כולם ערוכים על פי דרישות **חוק ניירות ערך** ותקנותיו. בתקופה הרלבנטית הגישה נאשמת 4 דו"חות דירקטוריון כספיים שנתיים ודו"חות דירקטוריון שנתיים לשנים 1995 ו-1996, ונאשמת 10 הגישה דו"חות כאמור לשנים 1994-1995, וכן הגישה הנאשמת 4 דו"חות דירקטוריון לתקופת ביניים לתאריכים 31.3.95, 30.6.95, 30.9.95, 31.3.96, 30.6.96, 30.9.96, ונאשמת 10 הגישה דו"חות כאמור לתאריכים 31.3.95, 30.6.95, 30.9.95, 31.3.96, 30.6.96 ו-30.9.96. בדו"חות האמורים לא גילו הנאשמים את דבר ההסדרים הכובלים המיוחסים להם בכתב האישום.

סעיף 36 לחוק ניירות ערך, שעניינו "**חובת דיווח של תאגידים**", קובע חובת דיווח לרשויות ניירות ערך ולרשם החברות, ולגבי תאגיד שניירות

הערך שלו נסחרים בבורסה או רשומים בה למסחר – גם לבורסה. סעיף זה קובע בין השאר את סמכות שר האוצר להתקין תקנות בדבר הדיווח. בתקנה 37 לתקנות **ניירות ערך (עריכת דו"חות כספיים שנתיים)**, **התשנ"ג-1993**, נקבעה חובת התאגיד שניירות הערך שלו נסחרים בבורסה לכלול בדו"חות הכספיים פרטים לגבי "התקשרויות מיוחדות". תקנה זו קובעת כי בדו"חות הכספיים:

"יובאו פרטים בדבר התקשרויות מיוחדות בשל אחד מאלה:

- 1. היקפיה של ההתקשרות;**
- 2. משך תקופה קיומה של ההתקשרות;**
- 3. חשיבותה של ההתקשרות;**
- 4. עובדת היותה של ההתקשרות חורגת מהמקובל בתאגיד בדרך עסקיו הרגילה".**

הוראה זו מתייחסת לדו"חות הכספיים השנתיים.

בתקנות 10 ו-48 לתקנות **ניירות ערך (דו"חות תקופתיים ומיידים)**, **תש"ל-1970**, נקבעה חובה לפרט בדו"חות הדירקטוריון את "סביבתו העסקית" של התאגיד (בתקנה 10 לגבי דו"ח הדירקטוריון השנתי המצורף לדו"ח התקופתי, ובתקנה 48 לגבי דו"ח הדירקטוריון לתקופת הביניים המצורף לדו"חות כספיים ביניים).

התקשרויות המפחיתות את התחרות בענפים בהם פועל התאגיד – וכאלו הן ההתקשרויות שתוארו בכתב האישום – הן התקשרויות הנוגעות לסביבתו העסקית, ולכן לכאורה חלה עליהן חובת הדיווח. גם באי כוח הנאשמים אינם חולקים על כך, כי חוק ניירות ערך מחייב העברת מידע הנוגע לסוג ההתקשרויות שיוחסו לנאשמים באישומים אחרים (על ידי הכללתו בדו"חות).

3. לשיטת הנאשמים, הדיווח הנדרש מכוח חוק ניירות הערך, משמעותו למעשה, דרישה להפליל עצמם, ככל שמדובר במידע שמשמעותו ביצוע עבירות על חוק ההגבלים העסקיים. במצב דברים זה, יש מקום, לטענתם, לבצע איזון בין ערכים או זכויות מתנגשים, דהיינו, בין הערך הגלום

בקביעת חובת הדיווח (דהיינו זכות ציבור המשקיעים לדעת), מול הערך הגלום בחסיון מפני הפללה עצמית. על פי טענת הנאשמים, איזון כזה, אילו נערך כהלכה, היה מוביל למסקנה, שחובת הדיווח נסוגה בשל התגברות הזכות מפני הפללה עצמית. לעניין תהליך האיזון הרלבנטי, מדגישים הנאשמים את העובדה שיוחסה להם עבירה על פי סעיף 53(ג)(8) לחוק ניירות ערך, שהיא עבירה קלה יחסית על פי חוק זה ועונשה הוא קנס בלבד, שגובהו המירבי 21,000 ₪. הפן האחר של טענה אחרונה זו הוא, שלא יוחסה לנאשמים עבירה שבה גלום יסוד של **הטעיית המשקיע הסביר**, אלא עבירה "טכנית" בעיקרה.

הוראות החוק הנוגעות לחסיון

4. הוראות החוק העיקריות שבהן ניטעה זכות החסינות מהפללה עצמית הן שלוש במספר: האחת מהן היא הוראת **סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)**, המתייחסת לשלב של החקירה במשטרה והקובעת כי הנחקר חייב להשיב נכונה על כל השאלות שיציג לו קצין המשטרה "חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית". בזכותו של אדם להימנע מהפללה עצמית בהליכים משפטיים עוסק **סעיף 47 לפקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א-1971** (להלן: 'פקודת הראיות'), שנוסחו כדלקמן:

- "א. אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.**
- ב. ביקש אדם להימנע ממסירת ראיה מחמת שהיא עשויה להפלילו כאמור בסעיף קטן (א) ובית המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך.**

ג. "...".

הזכות הקנויה בסעיף 47 לאדם שלא להפליל עצמו חלה, כהוראת סעיף 52 לפקודת הראיות, לא רק בהליך משפטי כאמור אלא על כל הליך בו מוסר אדם "ראיות בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות".

סעיף 52 קובע:

"הוראות פרק זה יחולו הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות, ובמקום שמדובר בפרק זה ב"בית משפט" – גם בית דין, גוף או אדם כאמור במשמע".

הוראת סעיף 52 היא המרחיבה את תחולת הוראת סעיף 47 לפקודת הראיות על מצבים שאינם קשורים ישירות לחקירת המשטרה, או לעדות בבית משפט, ויש בה כדי לשמש עוגן לטענה, לפיה מתן הדיווח הנדרש על פי חוק ניירות ערך, נכנס במקרה זה לגדר החסיון.

תוזכר בהקשר זה גם הוראת סעיף 161(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (להלן: 'חוק סדר הדין הפלילי'), ולפיו קונה נאשם במשפטו זכות "להימנע מהעיד". ברם, על פי סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי "שתיקת הנאשם" עשויה לשמש, במקרים המתאימים, חיזוק או סיוע לראיות המאשימה. אשוב להוראות אלו בהמשך הדברים. על הקשר בין זכות השתיקה והזכות לחסיון מפני הפללה עצמית נאמר ברע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ ואח' נ' משה אריאל, פ"ד מו(3) 378, מפי כב' השופט א' מצא:

"זכות השתיקה הנה הביטוי המובהק ביותר לחסיון מפני הפללה עצמית. בצורתה ה'מוחלטת' – שלא לפצות פה ולא לומר דבר – הוענקה זכות השתיקה על ידי המחוקק, במפורש, רק לנאשם במסגרת משפטו (סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982). החסיון מפני הפללה עצמית, במסגרתה של חקירה, מקנה אך זכות שתיקה 'יחסית', דהיינו

זכות שלא להשיב על שאלות מפלילות. ... מחוץ למסגרת המשפט הפלילי המסוים ומחוץ למסגרת החקירה המשטרתית המסוימת, דין הנאשם והחשוד כדין כל אדם. עומדת להם הזכות לחסיון מפני הפללה עצמית, אך אין עומדת להם זכות השתיקה (שם, עמ' 381).

דיון בטענת החסיון כטענה מקדמית

5. קבלת טענת הנאשמים, לפיה אי הדיווח נכנס לגדר החסיון ועמה הטענה כי יש להעדיף את הזכות הגלומה בחסיון על דרישת הדיווח, משמעותה הכרה בפטור מאחריות פלילית לעניין אי הדיווח. זה פועלו של החסיון מהפללה עצמית: נותן הוא לזכאים לו פטור מאחריות פלילית בשל הסירוב להעיד או בשל אי מתן התשובה ובענייננו, כנטען, בשל אי הצגת המידע הנדרש בדו"חות התאגיד. זו גם משמעות הפטור מאחריות פלילית הניתן על פי הדין האמריקאי והדין האנגלי לזכאים לחסיון מפני הפללה עצמית.

לטענת באי-כוח הנאשמים, טענתם לעניין זה היא טענה מקדמית, שיש מקום להכריע לגבי קבלתה או דחייתה כבר עתה. המסגרת המשפטית לטענה זו היא סעיף 149(4) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982, מכוחו יש ביד בית המשפט לבטל אישום עוד בטרם החל המשפט, אם עובדותיו "אינן מהוות עבירה". אליבא דנאשמים, גם אם תוכיח המאשימה את כל המיוחס להם בכתב האישום, לא יהא בכך כדי להביא להרשעתם באישום השמיני, משום שבהתקיים התשתית העובדתית המתוארת בכתב האישום, חובת הדיווח ע"פ סעיף 36 לחוק ניירות ערך נסוגה מפני חסיון ההפללה העצמית.

המאשימה לא טענה מנגד שאין המדובר בטענה מקדמית, הנכנסת לגדר סעיף 149(4) לחוק סדר הדין הפלילי. ברם, ניתן לטעון, כי אין מדובר בטענה מקדמית (לפיה עובדות כתב האישום אינן מהוות עבירה), אלא בטענת הגנה בשל פטור, שיש מקום לבחנה כבחון טענות פטור. ברם,

משלא הועלתה הטענה שאין המדובר בטענה מקדמית – ראיתי לנכון לבחנה כטענה כזו.

טענות המאשימה

א. טענת אחיזת החבל משני קצותיו

6. אקדים ואתייחס למספר טענות שהעלתה המאשימה שאין בהן די, לדידי, כדי להביא להכרעה מהירה בסוגייה שעלתה בפניי, ובשלב השני אבחן שני מסלולים שונים לשאלת תחולת החסיון.

אחת מטענות המאשימה היא, שיש בטענת הנאשמים לעניין תחולת החסיון סתירה פנימית. לפי טענה זו, אין הנאשמים יכולים לטעון בנשימה אחת כי לא ביצעו עבירות על חוק ההגבלים העסקיים וגם כי עומד להם החסיון מפני הפללה עצמית, לגבי אי דיווח כנדרש בחוק ניירות ערך, לגבי התקשרויות שהן עבירות כאלו. המאשימה מטעימה כי אם הנאשמים, כטענתם, לא ביצעו עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, ואם גם לא ידעו כי יש במעשיהם משום עבירה על חוק זה, הרי שאין להם צורך בחסיון מפני הפללה עצמית. כן טוענת המאשימה, כי גם אם יש לקבל טענת הנאשמים בדבר תחולת החסיון, רק ביצוע מודע ומכוון של העבירות על חוק ההגבלים העסקיים, יכול היה להקימו.

מקובלת עלי תשובת הנאשמים לטענה זו. טענתם מניחה את קיום עובדות כתב האישום לצורך הטיעון, כמקובל בטענות סף ובשלב הטענות המקדמיות. במסגרת טיעון היפותטי כזה, אין בטענה כזו כל פגם. אפשר שלאחר התשובה לאישום היה בהכחשת העבירות על פי חוק ההגבלים העסקיים, יחד עם העלאת טענת החסיון, משום סתירה פנימית. ואולם, לא בשלב זה מצויים אנו עתה. אוסיף, כי לשיטתי, גם אילו היינו מצויים בשלב התשובה לאישום, והנאשמים היו מכחישים את ביצוע העבירות על פי חוק ההגבלים העסקיים, עדיין היה בידם לטעון כי גם אם סבורה המאשימה או אם יוכח כי ביצעו עבירות על חוק זה – דבר שהם מכחישים

כאמור - עומד להם פטור בכל הנוגע לדיווח הנדרש על פי חוק ניירות
ערך. הוא הדין כמובן במצב שבו היו הנאשמים מודים בביצוע העבירות על
פי חוק ההגבלים העסקיים. אין מדובר בטענת עובדה חלופית, אלא בטענה
משפטית, כאשר עובדת אי הדיווח עצמה אינה מוכחשת.
בהמשך לדברים אלה אציין למען הזהירות, כי ככל שאתייחס להלן אל
הנאשמים כמי שביצעו עבירה על הוראות חוק ההגבלים העסקיים, אעשה
זאת על דרך ההנחה בלבד, כדי למצות את הדיון בטענת החסיון.

ב. הטענה כי הדיווח הנדרש אינו דיווח על עבירות

7. המאשימה מוסיפה וטוענת, כי חובת הדיווח בחוק ניירות ערך אין
משמעותה שגוף נדרש לדווח על עבירות שביצע, אלא כל שעליו לעשות הוא
לפרט אודות ההתקשרויות העסקיות שבהן הוא נוטל חלק.
מול אבחנה זו עומדת טענת הנאשמים, כי אילו היו מדווחים על
ההתקשרויות גופן, היה בכך כדי לעורר סיבה לחקירה בגין עבירות על
חוק ההגבלים העסקיים, ובהיפתח חקירה כזו, אף כדי לשמש "ראיה"
להתקשרות המנוגדת לחוק זה. אכן, דיווח על התקשרות מעין זו, שאליה
מתייחס כתב האישום, הנו מניה וביה משום דיווח על עבירה המנוגדת
ל**חוק ההגבלים העסקיים**, גם אם הדבר אינו עולה מפורשות מלשון
הדיווח. ההתקשרויות שבהן עוסק כתב האישום נכנסות לגדרו של סעיף
2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, מאחר שהן בגדר "הסדר" בעניינים שפורטו
בו, כאשר על פי כתב האישום, לא ניתן לגביהן אישור בית הדין להגבלים
עסקיים או פטור מהממונה. לכן, לא ניתן לדחות את טענת הנאשמים
לחסיון מהטעם שלא נדרש כלל דיווח על **עבירות**, אלא יש להיזקק לשאלת
עצם תחולת החסיון במצב כזה.

ג. הטענה לפיה החסיון נטען בדיעבד

8. המאשימה מוסיפה, כי לא ניתן לטעון **בדיעבד** – דהיינו שלא עובר לדיווח - לחסיון מפני הפללה עצמית. טענה זו מקובלת עלי. ואולם, יש מקום לבססה בהנמקה הולמת. את שאלת תחולת החסיון יש לבחון לאור הוראות החוק הרלבנטיות ועל פי תכליתן. אם אמנם החסיון חל מכוח הוראות אלו גם במצבים של תחולה "בדיעבד", אזי ניתן לטעון לחלותו בדיעבד. להלן אגיע למסקנה זו תוך בחינת מסגרת תחולת החסיון בדין הישראלי.

ד. הטענה כי החוטא יוצא נשכר פעמיים

9. עוד טוענת המאשימה, כי הטענה לפיה הנאשמים פטורים מדיווח על ההתקשרויות המיוחדות שתכנן הגבלת התחרות בשוק **הפיטינגים**, פן יפלילו עצמם, יוצרת מצב אבסורדי, לפיו אדם שדיווח דיווח מטעה או חסר יזכה ל"פרס", אך מן הטעם שדיווח אמיתי יסיר את המסך מעל מעשים בלתי חוקיים אחרים שלו. המאשימה מוסיפה, כי על האבסורד בטענה זו ניתן ללמוד מדמיונה לטענת נאשם בעבירת העלמת מס, שהוא פטור מלשלם מס על ההכנסה הכרוכה בה, בשל העובדה כי מקור הכנסתו הוא בלתי חוקי.

באות כוח המאשימה תמהות על טענה המביאה לתוצאה כזו, שתוארה על ידן במלים אלו:

"חברות ציבוריות שמבצעות עבירות על חוק ההגבלים העסקיים לא מחויבות בדרישות חוק ניירות ערך ויכולות להסתיר מציבור המשקיעים פרטים מסוימים על הסביבה העסקית בה הן פועלות ועל מידת התחרות בה, או לדווח דיווח מטעה בנוגע לנושאים אלה, והכל באיצטלה של הזכות לחסיון מפני הפללה עצמית" (סעיף 72 לתגובת המאשימה).

על טענה זו אומר, כי אם אמנם עומדת לנאשמים טענת החיסיון, הרי שאכן עומד להם פטור מאחריות פלילית בגין אי דיווח. לשון אחר, התרעומת בדבר ה"פרס" הניתן למי שעבר עבירה פלילית היא תרעומת על

עצם פעלו של החיסיון, שהרי השימוש בחסיון נעשה בדרך כלל באופן נלווה לטענה כי בוצעה עבירה פלילית. תרעומת זו אפוא אין בה, כשלעצמה, כדי לעמוד מול טענת הנאשמים בדבר תחולת החסיון.

אשר להלכה שנקבעה בפסיקה, לפיה גם הכנסה בלתי חוקית חייבת במס – הלכה זו אכן מלמדת כי בתי המשפט לא ראו לנכון לגרוע מההכנסה החייבת במס הכנסה כזו, בין השאר כדי לא ליתן לעברייני "פרס". כך בת"פ (תל אביב) 2307/85 מ"י נ' כוכבי, פס"מ תשמ"ו(1) 22, ששני הצדדים הפנו אליו, ציין בית המשפט כי אין העברייני "נעלה על אדם העובד לפרנסתו בפרך ומשלם את מיסיו כדין", ותמה האם בכך שיבוא ויאמר "אני עוסק בעיסוק בלתי חוקי – וחוקיכם אינם חלים עליי – יוציא עצמו מן הכלל ויזכה ליתרון הכפול על פני האזרח שומר החוק?". ואולם, שאלת תחולתו של החיסיון, שנבחנה באותו עניין, היא כדברי בית המשפט בעניין כוכבי עצמו – "שאלה אחרת". כמו כן, בחוקי המסים עצמם, כפי שצינו ב"כ הנאשמים, וכפי שאוסיף ואציין להלן, מצויות הוראות בדבר סודיות, שיש בהן כדי למנוע עשיית שימוש במידע הרלוונטי לפעילות הבלתי חוקית להפלתו של אדם. משמע, גם בתחום העלמת המס אין לומר כי לחסיון אין נפקות.

לפיכך, אם אכן חל החסיון במקרה דנן, ואם אמנם גובר הוא על הערך שחוק ניירות הערך בא להגשימו – וב"מלחמת הנורמות" אדון להלן – יש להשלים עם תוצאה זו כתוצאה הכרחית של החסיון, דהיינו כתוצאה של נורמה שיש לה טעמים טובים משלה. אוסיף, כי בסופו של דבר, הבאת החברות הציבוריות לדין בשל העבירות על חוק ההגבלים העסקיים אינה מותירה חברות אלו פטורות בלא כלום, זאת גם אם תימחקנה מכתב האישום העבירות על חוק ניירות הערך.

ה. טענת ההיקש מדוקטרינת הכניסה למצב דברים פסול

10. תשובה דומה יש להשיב על טענת המאשימה, כי אין ביד הנאשמים להיאחז בחסיון לאור הדוקטרינה של כניסה למצב פסול של עשיית עבירות

(סעיף 34"ד לחוק העונשין, התשל"ז-1977), לאור יכולתם קודם לכן להימנע מביצוע העבירות על חוק ההגבלים העסקיים. המאשימה מצביעה גם על אפשרויות נוספות, ובכללן יציאה ממסחר בבורסה ומעבר למסגרת של חברות לא ציבוריות, עליהן לא מוטל עול הדיווח. דא-עקא, במקרה הרגיל עומדת טענת החסיון למי שנטען כלפיו כי ביצע עבירה, ועל כן ברי כי מקום שעומדת היא לטוען לה, אין היא ניגפת בשל עצם כניסתו למצב דברים פסול מעין זה.

היקף החסיון בישראל

11. אעבור עתה לבחינת היקפו של החסיון מפני הפללה עצמית תוך בחינת הוראות החוק הרלבנטיות והפסיקה העוסקת בהם. כאמור, זהו אחד המסלולים – מתוך שניים – שבהם תבחן תחולת החסיון בהקשר הנדון. טיעון הנאשמים לגבי תחולת החסיון מבוסס על ההנחה שלחסיון תחולה אף לגבי דיווח הנדרש מכוח חוק, שלא במסגרת מתן תשובה בהליכי חקירה או הליכי משפט ומבלי שהחסיון נתבע מפורשות בזמן אמת. כאמור, הנאשמים טוענים לחלות החסיון בעת שהיה עליהם לדווח – במסגרת דו"חות התאגידים - על ההתקשרויות המנוגדות לחוק ההגבלים העסקיים, זאת בטרם נפתחה חקירה כלשהי. ההנחה האמורה אינה משקפת, לשיטתי, את הגישה בישראל.

סעיף 52 לפקודת הראיות מבהיר מהו תחום התחולה של הוראות הפרק בפקודת הראיות הכולל את סעיף 47 ("פרק ג: ראיות חסויות") שבו עוגן החסיון. סעיף 52 מתייחס **לכלל** מצבי התחולה (ראו נוסח סעיף 52 לעיל), ונובע ממנו כי החסיון חל בהליכים משפטיים שבמסגרתם נמסרות ראיות בפני בית משפט ובית דין, וגם על מסירתן של ראיות בפני גופים אחרים **"המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות"**. משמע – בכל הנוגע להליכים שאינם מתנהלים בפני בית המשפט - מדובר אך ורק בהליכי גביית ראיות הננקטים על ידי הרשות. מסגרת זו להוראות החסיון עולה למשל מספרו

של הרנון, דיני ראיות, חלק שני (האוניברסיטה העברית, 1977), שבו, בהתייחסו להוראת סעיף 47, כותב הרנון:

"בשנת 1968 הוכנסה לראשונה הוראת חוק כללית המכירה בחסיון מפני הפללה עצמית בבתי המשפט. זוהי ההוראה המופיעה כיום בסעיף 47 לנוסח החדש של פקודת הראיות, אשר חל הן במשפטים פליליים והן במשפטים אזרחיים. בנוסף להוראה זו, מוכר החסיון בחוקים שונים המחייבים אדם למסור ראיה, למשל: בחקירה המשטרתית, במסגרת עדות בפני ועדת חקירה, בבדיקה הנערכת בצבא קודם להעמדת אדם לדין בפני בית דין צבאי, בחקירה בפני נציב תלונות הציבור שלפי חוק מבקש המדינה, ועוד" (שם, עמ' 89).

מדברים אלה עולה, כי את רוחבו של הצוהר שנפתח לתחולת החסיון יש ללמוד מהמסגרת החקיקתית כפי שנקבעה בישראל, המתייחסת לתחולתו במשפטים פליליים ואזרחיים ובהליכי חקירה למיניהם. כאמור, סעיף 2(2) **לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)** מתייחס לחקירה המשטרתית, ולא בחקירה כזו עסקינן.

בענייננו מדובר בדיווח שאינו קשור להליכי חקירה כלשהם. בזמן הרלבנטי לדיווח לא נדרשה "ראיה" כלשהי על ידי הרשות, מאחר שלא התקיים הליך חקירתי-משפטי כלשהו. אכן, כבר נאמר לעיל כי יש מקום להניח שהמידע המפליל יהא בו כדי לשמש "ראיה" בחקירה שקרוב לוודאי תיפתח. ואולם, גם כך, עובדה היא, שהדיווח האמור אינו נכנס למסגרת שקבע המחוקק לתחולת החסיון.

בהקשר זה יודגש כי בענייננו אין עסקינן בדיווח הניתן בתנאים של לחץ חקירתי. לשון אחר, אין מדובר בהליך בעל אופי אינקוויזטורי. יש הרואים ב"נטילת העוקץ של השיטה האינקוויזטורית, מחשש פן זו, בהיותה חסרת מעצורים, תתנכל לחיי הפרט ולכבודו" נימוק עיקרי לחסיון, ראו מאמרו של ד' ליבאי, "חקירת חשוד והחסיון מהפללה עצמית", הפרקליט כרך כט תשל"ה (1974-75), עמ' 92, וראו גם דבריו של פרופ' הרנון בספרו **דיני ראיות** (כרך ב') לפיהם החסיון בא בתגובה לדרכים האינקוויזטוריות

ושיטות העינויים שהיו נהוגות בעבר בחקירות חשודים (שם, עמ' 93-94).
מהיבט זה החסיון בא כדי לרסן את כוחה של המדינה ולגרום לכיבוד
האוטונומיה של הפרט ע"י שמירת מתחת אוטונומי שרשויות החקירה
אינן יכולות לחדור אליו. להלן אתמקד בנימוק אחר לחסיון, הבוחן בעיקר
את הדילמה שבה מצוי הנחקר בסיטואציה כזו. ואולם כאן אציין, כי ניתן
למצוא בהנמקה מעין זו לחסיון תמיכה לתיחום תחולת החסיון למסגרת
שבה הנחקר עומד מול רשות חוקרת. במקרה בו עסקינן, מדובר בדרישת
דיווח מכוח החוק גרידא.

12. יתר על כן, גם אם ניתן "לוותר" על המסגרת החקירתית-משפטית, לא
יהא די בכך, וזאת מאחר שהנאשמים לא תבעו את חלותו של החסיון עובר
לדרישת המידע. משמע, מדובר בנטילת חסיון על ידי שתיקה, האם די
בשתיקה כזו?

אם תמצי לומר כי די בשתיקת הנאשמים בעת שהיה עליהם לדווח על
ההתקשרויות המנוגדות לחוק ההגבלים העסקיים – בהנחת קיומן - כדי
לבטא את רצונם לתבוע את הזכות להימנע מהפללה, ויש לשוות מול
העיניים את סירובם כאילו הועלה בזמן אמת מול דרישת הדיווח -
נתקלת הטענה בקושי אחר. לפי **סעיף 47 לפקודת הראיות**, וככל שמדובר
בהליך המשפטי, ההכרעה אם יש ביד הטוען לחסיון למנוע את המידע
הנדרש ממנו, מסורה בידי בית המשפט. גם כאשר אדם נחקר והוא מסרב
לענות על שאלה – ובמסגרת כזו עוסק **סעיף 52 לפקודת הראיות** המרחיב
את התחולה מעבר להליך המשפטי, וגם **סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה
הפלילית (עדות)** – ברורה למצער העובדה שהוא נשען על זכות, מכוחה
הוא מסרב לספק מידע. במקרה דנן, מדובר במחדל טהור, שתיקה שאין
עמה דרישה או תביעה לתחולת החסיון.

במאמרו הנזכר של **ד' ליבאי**, בעמ' 100, נאמר לעניין תביעת הזכות:

**"מלשון סעיפי החוק המקנים לעד חסיון נראה שעל העד מוטל
לבקש את הפעלת החסיון, אם רצונו בכך. עליו להתנהג באופן**

שיבהיר לחוקר כי הוא תובע את זכות השתיקה משום חשש להפללתו".

משמע, על העד להוציא מהכוח אל הפועל את **דבר סירובו לתת את המידע, משום חשש ההפללה**, כך בחקירה וכך בבית המשפט. עצם מתן הסמכות לבית המשפט להכריע בנושא הפעלת החסיון – ככל שמדובר בהליך המשפטי – מלמד כי על העד לחשוף את תביעתו לחסיון בעת שהוא מבקש להשתמש בו. לכאורה, היה ביד הנאשמים במועד הרלבנטי לדיווח הנדרש על פי חוק ניירות הערך – אם אמנם היו צד להסדרים כובלים – לדווח כי הם צד להתקשרויות שאת פרטיהן אין הם מגלים, מכוח החסיון למניעת הפללה עצמית. היה בידם, לכאורה, גם לבקש אישור הרשות לניירות ערך להימנע ממסירת המידע בשל החסיון האמור. מצב כזה היה מאפשר, למצער, בחינת תחולת החסיון **בזמן אמת**, בהליכים מתאימים. במצב בו מועלית הטענה **בדיעבד**, הותירו הנאשמים את שאלת ההכרעה בתחולת החסיון על עצם הגילוי בידם הם. לא ניתן להסיר כיום את התקלה שעמדה בפני ציבור המשקיעים, שהאמת נעלמה מהם.

אוסף בתמיכה לטיעון זה, כי אמירת דברים מפלילים, כשלעצמה, אינה מוגנת על ידי החסיון. כך, כאשר אדם מוסר במהלך חקירתו את המידע, הרי הוא בבחינת מי שמוותר על החסיון. בע"פ 242/63 **מיכאל קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יח(3) 477, המערער הוזמן כדי למסור הצהרת הון בפני פקיד השומה ונתן הצהרה. טענתו היתה שהצהרתו ניתנה שלא מרצון. כב' השופט ב' הלוי ציין, כי מדובר ב"**כפייה על ידי החוק**", ובחן את הנושא במסגרת עקרון החסיון מפני הפללה עצמית, בהדגישו:

"את החסיון יש לתבוע לפני מתן תשובה שיש בה כדי להפליל בעל חסיון שהשיב ללא התנגדות על שאלה אף כי התשובה עלולה להפלילו – ויתר על החסיון, ותשובתו קבילה כראיה נגדו בכל משפט אזרחי ופלילי... רק אם הנחקר סרב, בהסתמכו על חסיונו, להשיב על שאלה והוכרח להשיב עליה שלא כדין, תיפסל התשובה המפלילה כראיה כנגדו בכל משפט... לפיכך אין לטעון את החסיון ואין לבחון את שאלת

**חלותו במקרה מסוים אלא על ידי סירוב להשיב על השאלה
שהוצגה או להמציא את המסמך שנדרש" (שם, עמ' 499-498)
(ההדגשות אינן במקור).**

מדברים אלה עולה, כי על הנחקר **לסרב** לענות תשובה, כדי שתיפסל התשובה המפלילה. בענייננו, כאמור, במידה שהיה סירוב, היה זה סירוב "שותק" שלא נודע עליו לציבור המשקיעים בשוק ניירות הערך. היבט זה מחזק את הטענה כי לא זו בלבד שעל הטוען לחסיון לתבוע אותו בזמן אמת, אלא שאם לא עשה כן, **החמיץ את המועד** להעלותו. שיקולים אלה מקשים על קבלת טענת הנאשמים כי עומד לזכותם החסיון, אף כי בזמן אמת לא העלו כל תביעה לגביו. כאמור, במצב כזה, הדעת נותנת שהיה על הנאשמים לגלות למצער את עצם טענת החסיון, עובר לנטילת החסיון, חלף נטילתו בהסתר.

13. הגישה שבוטאה כאן נשענת אפוא קודם כל על המסגרת בה עוסקות ההוראות הרלבנטיות, כפי שהדבר עולה מתכנון. בגדרה של מסגרת זו טענת החסיון עולה ונחשפת בזמן השימוש בה. פירוש זה הולם תכלית שבגדרה תחולת החסיון מצומצמת למתחם **מבוקר**, שבו הנחקר או הנשאל מתמודד עם חשש ההפללה מול הרשות, או מול בית המשפט, ובה למצער ידוע כי לא נמסרים פרטים רלבנטיים בשל החסיון. במסגרת כזו, נשמר איזון ראוי בין זכותו של אדם שלא להפליל עצמו ובין חקר האמת. איזון כזה הולם את הסוגייה. בבג"צ 6319/95 **חכמי נ' שופטת בית המשפט השלום בתל אביב ואח'**, פ"ד נ"א(3) 750, ציינה כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן, כי **"ההסדר הקבוע בסעיף 47 מגלם איזון בין האינטרסים השונים המעורבים באופן שיקודם חקר האמת תוך פגיעה מינימלית של אדם שלא למסור ראיה העשויה להפלילו"** (שם, עמ' 764). הפגיעה המינימלית ב"חקר האמת" או בידעתה מושגת על ידי חשיפת הידיעה כי לא כל האמת נמסרה בשל החסיון.

בכל הנוגע לחקר האמת, החסיון מפני הפללה עצמית וגם זכות השתיקה, מדרבנים את רשויות אכיפת החוק שלא להישען על דברים המוצלים מפי

חשוד, אלא להתאמץ ולגלות ראיות חיצוניות. איזון הולם בין האינטרסים השונים מושג בהקשר כזה כאשר עובדת השימוש בחסיון גלויה וידועה בזמן אמת (בזמן שבו נתבע החסיון) לחוקר או לבית המשפט, ועל כן פונה הוא לדרך של השגת ראיות אחרות. כאשר עובדת השימוש בחסיון אינה ידועה, גם לא ניתן לדעת כי נחשף רק חלק מהמידע.

ויוטעם, במקרים רבים הדיווח החלקי הוא דיווח כוזב, ודיווח כזה הוא לכאורה (וראו לעניין זה להלן) דיווח שאינו כולל את המידע על ההתקשרויות הנוגדות את חוק ההגבלים העסקיים. המרחק בין דיווח חלקי, או דיווח שנעדר ממנו פרט מהותי לדיווח שיש בו מצג שווא, אינו

גדול, וראו לנושא זה בדין האמריקאי **L. Loss, Fundamentals of**

Securities Regulation, 2nd ed (1988) p. 960. במקרה דנן, לא זו

בלבד שהחסיון לא נתבע או נדרש בזמן אמת, אלא ניתן לציבור המשקיעים להאמין שכל המידע לגבי נייר הערך נמצא בידו. כאמור, כאשר נתבעת הזכות בזמן אמת, יודעים הנוגעים בדבר כי לא כל המידע נמסר. כאשר לא נעשה הדבר כך, הדיווח יהיה במקרים רבים כוזב, ולו בשל כך שהוא מסתיר את עובדת אי הגילוי.

14. הקביעה כי תכלית הוראות החסיון היא לקבוע מתחם מבוקר של תחולת

החסיון עולה בקנה אחד עם הפסיקה שעסקה בחסיון בישראל. לא מצאתי בפסיקה בישראל קביעה, לפיה החסיון עומד לזכאי לו במצב שבו טענת החסיון אינה מועלית ומתגלית עובר לשימוש בו. כל פסקי הדין המוזכרים בהחלטה זו, ושהתייחסות מפורטת יותר לגבי חלק מהם תבוא להלן (כגון: ע"פ 196/85 זילברברג נ' מ"י; ע"פ 927/92 קלקודה ואח' נ' הרשות לפיתוח חלקאי; בג"צ 6319/95 רע"פ 6836/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום ואח'), בחנו סיטואציות בהן נתבע החסיון עובר למצב שבו הטוען לו נדרש להשיב על שאלות, בין במסגרת חקירת הרשות ובין במסגרת דיון משפטי.

15. הנאשמים מפנים לפסיקה אמריקאית שבה זוכו נאשמים מדיווח כוזב

במצבים בהם נחשפו לחשש הפללה עצמית. כך בעניין פליקס

טיילור, United States of America v. Felix Tailor, 907 F.2d, 801;1990 U.S. App. LEXIS 11224 פדתה הנאשמת המחאת החזר מס פעמיים, וכשנחקרה בעניין זה על ידי פקיד האוצר, שיקרה והכחישה את העובדה שפדתה את ההמחאה המקורית. כתב האישום שהוגש נגדה התייחס בין היתר להצגת מצג כוזב בפני חוקר האוצר. בית המשפט זיכה את הנאשמת מאישום זה וקבע, כי מצג כוזב לא יהווה עבירה כאשר מתקיימים מספר תנאים, שאחד מהם הוא מצב שבו תשובת אמת היה בה כדי להפליל. הנאשמים הפנו גם לפרשת **אלפרדו חורז** United States of America, Plaintiff-Appellee, v. ALFREDO EQUIHUA-JUAREZ, No. 87-5205; 851 F.2d 1222; 1988 U.S. App. LEXIS 9619. בעניין זה הצהיר **חורז** על שם בדוי בעת מילוי מסמכים במעבר הגבול מחשש לגלות את שמו האמיתי, מאחר שהואשם פעמים אחדות קודם לכן בכניסה בלתי חוקית לארה"ב. בית המשפט הבחין בין עבירת מסירת המידע הכוזב והעבירה של כניסה בלתי חוקית למדינה, וזיכה את **חורז** מאשמה בעניין מידע כוזב בהבהירו, שהפללה היא כל חשיפה שעשויה לשמש את הממשל בתביעה פלילית. הנאשמים הפנו גם לפסק הדין בעניין **רוברט סטיל** United States of America, Plaintiff-Appellee, v. ROBERT L. STEELE No. 87-4083896 F.2d 998; 1990 U.S. App. LEXIS 2087. בעניין זה הואשם רואה חשבון בזיוף מחיר העסקה והסתרת הכנסה, וגם במילוי פרטים כוזבים בהצהרת ההכנסה, ובערעור זוכה ממתן הצהרה כוזבת ביודעין למס הכנסה מהטעם, שהצהרתו הכוזבת חסתה תחת החסיון מפני הפללה עצמית.

אכן, פסיקה זו מלמדת לכאורה כי ע"פ הדין האמריקאי, ניתן להישען על החסיון גם אם אין הוא נתבע בזמן אמת, ואף כי לא זו בלבד שהוסתרה האמת, אלא הוסתרה **עצם הסתרת האמת**, מאחר שהחסיון לא הועלה אלא **בדיעבד**. דא עקא, הגישה שם אין בה כדי להוביל את ההלכה כאן. הוראות החוק בישראל אינן מבוססות על התיקון החמישי לחוקה האמריקאית, והדיון בישראל בנושא החסיון לא יונק מעקרונות הגישה האמריקאית ולא

נעשה לאורה. השוני בגישות המשפטיות כאן ושם, ובכלל זה לגבי זכות השתיקה והנובע ממנה, צוין לא פעם בפסיקה ובספרות המשפטיות. **"בישראל אין בחסיון אלא מה שהחוקים קובעים שיש בו, וקיומו תלוי ברצון המחוקק"**, כותב ד' ליבאי במאמרו הנ"ל, עמ' 105, תוך התייחסות לאחד ההיבטים של השוני.

בנוסף יצוין, כי הפסיקה בישראל נקטה גישה שונה לעניין הודאה כוזבת. בע"פ 96/58 **עלי אל-היב נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יב 911, קבע בית המשפט העליון כי משמעותה של הוראת החסיון בסעיף 2(2) **לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)** היא, שרשאי אדם שלא להשיב על שאלות העלולות להפלילו, ולשתוק אך משבחר לתת עדות במשטרה, עליו לתת עדות של אמת ולהשיב תשובות של אמת (שם, 912). יוטעם, כי בפסיקה האמריקאית שצוינה לא מדובר על שתיקה גרידא, אלא במתן תשובות מטעות. תוצאה כזו היא מרחיקת לכת, ואיני מוצאת לה תימוכין בדיון בארץ.

בחינת טענת הנאשמים בהנחת חלותו של החסיון

א. השיקול הנוגע למהות הזכות כזכות יסוד

16. מהאמור לעיל נובע כי מדעיקרא אין ביד הנאשמים להישען על החסיון עתה, כאשר לא תבעו אותו בזמן אמת. מסקנה זו בוססה, כאמור, על תוכנן של הוראות החוק הרלבנטיות, ועל תכליתן ויוצאת מנקודת מוצא שאת תחום החסיון על פי הוראות אלו אין מקום לקבוע על פי הגישה בדיון האמריקאי.

יחד עם זאת, אבחן את טענות הצדדים גם בהנחה שהחסיון חל עקרונית בסיטואציה דנן, שבה מדובר באי דיווח בניגוד לדרישת החוק, שלא במסגרת הליכי חקירה או משפט ומבלי שהזכות נתבעה במועד הרלבנטי לדיווח הנדרש.

שני הצדדים אוחזים בטענותיהם בפני בפסק הדין של בית המשפט העליון בע"פ 925/97 **קלקודה ואח' נ' הרשות לפיקוח חקלאי**, פ"ד נ"ב(1) 749. בפסק דין זה, בחן בית המשפט העליון, על ידי כב' השופט **מ' חשין**, את האיזון בין זכות החסיון מפני הפללה עצמית ובין הערכים שגולמו **בחוק הרשות לפיקוח חקלאי, התשמ"ח-1988**, שנועד להבטיח פיקוח על מתחמי חקלאות. בסופו של דיון, לאחר שדחה את טענת הנאשמים לחסיון מפני הפללה עצמית, חייב בית המשפט את יצרני החלב להמציא לרשות לפיקוח חקלאי מסמכים שונים: ספרי חשבוניות, חשבוניות מס, ספרי תקבולים ותשלומים, קבלות וכיוצא בהם, שהיה בהם כדי להעיד על תנועות החלב במשקיהם.

לעניין מהות החסינות מפני הפללה עצמית, אומר כב' השופט **מ' חשין** שם כי הנה "זכות עתיקת-יומין", שיש מדינות – כארצות הברית של אמריקה, בתיקון החמישי לחוקה – אשר חרתו אותה בחוקתן כ"**זכות יסוד**", ובמשפט הישראלי, יש הסוברים – וכך סבור כב' הנשיא **ברק**, בספרו **פרשנות במשפט**, (תשנ"ד – 1994, כרך שלישי) 433 – כי זכות זו נגזרת מכבוד האדם, **שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** (שם, עמ' 761-760). בכל מקרה, מטעים כב' השופט **חשין**, כי "**אם אין היא זכות יסוד – או בלשון המהדרים: זכות חוקתית – הנה זכות נעלה היא**" (שם, 762).

גם ברע"פ 4574/99 **מ"י נ' לגזיאל** פ"ד נד(2), 289 ציינה השופטת **שטרסברג-כהן** בפסק דינה, כי "**הזכות לחסיון מפני הפללה עצמית הנה זכות יסוד המעוגנת בתפיסת היסוד של שיטתנו המשפטית**" (שם, עמ' 293).

מעמד זה של הזכות הגלומה בחסיון הוא בעל משמעות בתהליך האיזון שיש לבצע – כדי לברר איזו נורמה תגבר – מול הערכים שגולמו **בחוק ניירות ערך**. כאמור, לטענת הנאשמים, באיזון האמור גובר במקרה דנן החסיון דווקא.

בעניין **קלקודה** היתה ידו של החסיון על התחתונה ב"מלחמת הנורמות", כלשונו של השופט **חשין** (שם, עמ' 760). תוצאה זו כמובן אינה הכרחית גם בענייננו, באשר מדובר בתהליך איזון המבוצע בהקשר הספציפי. יש

מקום להחיל פסיקה קודמת לגבי תוצאת האיזון בעניין אחד לגבי עניין אחר אך ורק אם אכן מדובר במטריה ובנסיבות זהות. מכל מקום, עניין לנו באיזון אנכי, דהיינו איזון שבו אחת הנורמות **גוברת** על האחרת, ראו **ברק, פרשנות במשפט חלק ב'**, עמ' 688. אחד השיקולים באיזון כזה הוא מעמדה המיוחד של הזכות. בכל איזון כזה מובנית ראיית זכויות היסוד כזכויות יחסיות, וראו ליחסיות זו **ברק**, שם, חלק ג', עמ' 369.

ב. השיקול המתייחס לטעמי החסיון

17. היקף תחולת החסיון קשור בטבור לטעמיו. אחד הטעמים המרכזיים, שבו אווזים הנאשמים קשור לדילמה שבה מצוי אדם הנדרש לבחור בין הפללה עצמית, על ידי הודאת אמת בעבירה שביצע, לבין ביצוע עבירה חדשה, בשל הסירוב למלא אחר חובתו להעיד. בפני אותו אדם עומדות למעשה שלוש אפשרויות: האפשרות שידבר ויפליל עצמו, האפשרות שיתן גרסת שקר ויועמד לדין בגין עדות שקר, והאפשרות שישתוק ויפעלו עליו דיני סרבנות העדים. ברירה זו היא כמובן "אכזרית", במיוחד אם אמנם מדובר במי שביצע את העבירה. לגבי טעם זה אמר כב' השופט **ב' הלוי** בע"פ 242/63 **מיכאל קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, הנזכר לעיל, בעמ' 498:

"החסיון מהפללה עצמית אינו מבוסס על חשש לחוסר מהימנותה של העדות המפלילה. טעמו של החסיון (או אחד הטעמים החשובים) הוא, כי לא מן המידה – או אף "בלתי אנושי" הוא להעמיד אדם בפני "דילמה משפטית" זו: או להפליל עצמו על ידי הודאת אמת בעבירה שביצע, או לבצע עבירה חדשה על ידי סירוב להעיד או מתן עדות שקר".

וכן ראו לגבי ה"טרילמה" בה מצוי אדם במצב כזה דברי כב' השופט **ט' שטרסברג-כהן** בבג"ץ 6319/95 **חכמי נ' שופטת בית משפט השלום**, שם, עמ' 765.

גם בע"פ 196/85 **ישראל זילברברג נ' מ"י פ"ד מד(4) 485**, נבחנה הדילמה או הטרילמה שבה מצוי היה הנאשם בעד שסירב לענות על שאלות כנקודת

מוצא לדיון בנושא החסיון. בעניין זה טען הנאשם, כי במתן תשובה לשאלות שנשאל מכוח **חוק הפיקוח על המטבע, תש"ל-1978**, יעבור עבירה על פי חוקי שווייץ. כב' השופט ד' לוי התייחס לברירה שעמדה בפני הנאשם כ"טרילמה", שבמסגרתה על הנחקר לבחור בין אחת מהאפשרויות הבאות: להיענש על השתיקה, להיענש על מסירת עדות שקר, להיענש על העבירה עליה הוא נחקר, אם ייתן הודאת אמת (שם, עמ' 502-501). השופט **בך** תיאר באותו עניין את הדילמה שהשתקפה בנסיבות שבפניו, כדלקמן:

"הדילמה היא בכך שעל ידי שלילת החסיון ממנו ייאלץ העד על ידי תגובתו לשאלות שנשאל לעבור עבירה פלילית. הדילמה תהיה רק איזו עבירה עליו לעבור! אם ישתוק הרי יעבור עבירה לפי סעיף 17(ב)(2) לחוק הפיקוח, ואז צפוי הוא לעונש מירבי של שנה אחת מאסר, ואם ישיב תשובות כנות על השאלות, כפי שנדרש, אז צפוי הוא ל-20 שנות מאסר על פי החוק השווייצרי" (שם, 525).

השופט **בך** הבהיר, כי הדילמה במקרה שבפניו היתה חמורה במיוחד מאחר שבאותו מקרה היתה כרוכה **"באילוץ מצד המדינה שהעד יעבור עבירה פלילית"** (שם, לפי חוקי שווייץ). יוטעם, כי דילמה זו שונה מהדילמה – או הטרילמה – שבה עומד עד במקרה הרגיל, שבגדרה עצם מתן המידע אין בו משום עבירה כלשהי.

בהקשר זה של טעמי החסיון יצוין, כי בעניין **קלקודה** ראה בית המשפט העליון את הוראת סעיף 47 כרחבה דיה גם לחול על מסירת מסמכים קיימים, בבססן גישה זו על לשונו של סעיף 47, המדבר על **מסירת ראיה** ("אין אדם חייב למסור ראיה") ואינו מתייחס דווקא לאמירה בעל פה. ברע"פ 4574/99 מ"י נ' **לגזיאל הנ"ל** נקטה כב' השופטת **שטרסברג-כהן** גישה דומה – לגבי חומר חקירה שצולם על ידי המשיב – בצינה כי בע"פ 663/81 **חורי נ' מ"י**, פ"ד ל"ו(2) 85, קבע השופט **שמגר** (כתוארו אז), באמרת אגב, כי **"זכות זו מתייחסת גם לדרישה להצגתם של מסמכים ומטלטלים אחרים"** (לגזיאל, שם, עמ' 294).

בנקטם גישה המחילה על מסמכים קיימים את החסיון, לא קשרו שופטי בית המשפט העליון בין הטעם העומד בבסיס החסיון ובין תוצאת יישומו לגבי מסמכים. בשולי הדברים אציין, כי לאור הרציונל האמור לחסיון מתבקשת המסקנה, כי החלת החסיון גם על מסירת מסמכים קיימים, היא בגדר הרחבתו מעבר לטעם העומד מאחוריו. מסמכים קיימים הם בגדר ראייה חפצית קיימת, שאדם אינו נדרש לייצרם עובר לדרישת הגילוי ועל כן במסירתם אין הוא מתמודד כלל עם אותה טרילמה. אין ספק שהרחבה זו יש בה כדי להקשות על תהליכי החיפוש המשטרתיים, שהם אמצעי חקירתי מקובל, באופן מרחיק לכת (בקורת זו מושמעת על ידי פרופ' א' שטיין בהרצאותיו). מבחינה זו ניתן לומר, כי הלכת **קלקודה** מרחיבה את החסיון, ברם גם זאת בהסתמך על לשונו של סעיף 47

כך או כך, לענייננו, יש להדגיש כי דרישת הדיווח בה עסקינן נמצאת **בלב** הדילמה (או הטרילמה). דהיינו, במסגרתה נדרש אדם, עובר לדיווח, **לייצר במו פיו את הראיה המפלילה אותו**. שיקול זה מדגיש את אי הנוחות או את הקושי המוטבעים במצבו של הנדרש לדווח – ולו מכוח החוק – במצב שבו הדיווח חושף את העבירה ומבסס טענה, כי גם אם הנאשמים לא היו נתונים בהליך חקירתי, אין להתעלם מכך שהתמודדו עם הדילמה – אם אמנם היו צד להתקשרויות המתוארות בכתב האישום – בזמן הרלבנטי לדרישת הדיווח.

ג. השיקול המתייחס לאפשרות השימוש בראיה המפלילה

18. היבט נוסף הנקשר גם הוא לפסק דין **קלקודה** נוגע לעובדה, שלנגד עיניי בית המשפט שם עמדה הבטחה או התחייבות של הרשות כלפי המערערים, כי כל מסמך אשר יימסר לה, לא יוגש כראיה נגדם, אלא, אם בכלל, כנגד זולתו. בית המשפט לא ביסס את החלטתו על התחייבות זו, ואולם ציין **"רשמנו לפנינו התחייבות זו ודומה שגם בה יש כדי לפתור למערערים את בעייתם"** (שם, עמ' 768).

משמעות התחייבות זו היא למעשה נטילת עוקץ ההפללה וככזו, הרי היא משיגה תוצאה דומה לזו הקבועה בסעיף 47(ב) לפקודת הראיות, דהיינו, אי שימוש באותה ראיה שיש בה כדי להפליל את מוסרה. תוצאה זו נבחרה על ידי המחוקק (בסעיף 47) כתוצאה ההולמת מצב שבו חרף החסיון, **נדרש** אדם להפליל עצמו. תוצאה דומה מושגת בחוקי המסים, שבהם, כדי להביא לתשלום מס אמת, נדרש אדם לדווח על הכנסה בלתי חוקית. בחוקי המסים מצויה הוראת **סודיות** המונעת שימוש במידע לצורך הפללה, ראו סעיפים 232-235 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; סעיף 19(ב) לחוק מס קנייה (טובין ושירותים) התשי"ב-1952; סעיפים 142 ו-143 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1976.

תוצאה מרוככת זו, היא למעשה בגדר מתן **נפקות לחיסיון**, מפני שאין היא מאפשרת הבאתו לדין של בעל החיסיון, תוך שימוש בראיה הנשענת על דבריו, וניתן לראותה כשקולה לתחולת החסיון. לעניין שקילות החסיון מפני שימוש בראיה לחסיון מפני הפללה עצמית, ראו גם מאמרו הנזכר של **ד' ליבאי, חקירת חשוד והחסיון להפללה עצמית**, שם, עמ' 105, שבו בוחן המחבר שני פירושים אפשריים לסעיף 47(ב) לפקודת הראיות ומציין:

"...לפי הפירוש השני, חסיון השימוש הוא שווה ערך לחסיון מהפללה עצמית ומכך נובע שסעיף 47(ב) בא להטיל חובה על כל נחקר שבקשתו ליהנות מהחסיון נדחתה, להשיב לכל שאלות חוקריו... בישראל אין בחסיון אלא מה שהחוקים קובעים שיש בו, וקיומו תלוי ברצון המחוקק. החוק הישראלי קובע שהחסיון ניתן לביטול חד צדדי במחיר חסינות השימוש. לפיכך, יש לדעתנו לפרש את סעיף 47(ב) באופן שאין הוא מכיר בפער שבין מודל כלשהו של החסיון מהפללה עצמית לבין 'חיסוי הראיה' אלא כקובע שאיסור השימוש בראיה מבטיח את המטרה שמבקש להשיג החסיון מהפללה עצמית".

יוטעם, כי לעניין זה מדגיש **ליבאי** את השוני בין הדין בישראל לבין הדין האמריקאי.

בענייננו, אין ספק כי מילוי אחר דרישת הדיווח לא היה מותר מקום לאפשרות אי השימוש בראיה.

**ד. השיקול המתייחס לחשיבות הדיווח לאור תכלית דרישת הדיווח
בחוק ניירות ערך.**

18. לאחר שהתייחסתי לגישת הפסיקה באשר למהות החסיון, ראוי שארחיב דברים גם על מערכת השיקולים הנוגדת, היא זו הקשורה לחשיבות הדיווח על פי חוק ניירות ערך.

תכליתו של חוק זה היא שמירת אינטרס ציבור המשקיעים בניירות ערך. הדרך שננקטה על ידי המחוקק, בעקבות דו"ח ועדת ידון, היא נקיטת עקרון הגילוי הנאות. בבסיסה של דרך זו מונח חיוב בגילוי מידע מלא אודות הגוף המנפיק, ראה י' גרוס, **דיני ניירות ערך ובורסה, התשנ"ג-1993**, עמ' 27 ואילך. גישה זו מיישמת את עיקרון הגילוי כדי להגן על רוכשי ניירות ערך, כשמנגד לה, בקצה האחר, מצויה התפיסה של "יזהר הקונה". הגישה שננקטה – והיא עולה בקנה אחד עם הגישה האמריקאית במישור הפדרלי, כפי שגובשה ב- Securities Act 1933, וגם עם הגישה האנגלית שהתקדמה בעקבותיה – היא הישענות על **עצם הגילוי** להגנת המשקיעים, ללא צורך במדיניות פיקוחית מתערבת יותר בכל הנוגע לאיכות נייר הערך. על הגישה שננקטה באמריקה השפיע השופט **לואיס ברנדייס**, שבספרו Other People's Money (1914) העלה את הטענה כי "אור השמש" הוא האמצעי הטוב ביותר להגנה כזו, וראו להתפתחות ההסטורית לגבי גישת הגילוי Loss בספרו הנזכר, עמ' 1-5 וכן **גרוס** בספרו הנזכר, עמ' 39. בספרו של א' פרוקצ'יה, **דיני חברות חדשים לישראל (המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר, 1989)** נאמר לעניין זה:

"ראוי לציין כי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, סובב כולו סביב הדרישה הקוגנטית לגילוי אינטנסיבי בנוגע לכל מנפיק שניירות הערך שלו נסחרים בציבור. מעבר לדרישה זו החוק נוקט במדיניות ליברלית, כלומר, הוא מתיר הנפקה ומסחר בניירות ערך שאיכותם הלכאורית נמוכה, אם אך נחשפו כל הפרטים הרלבנטיים להנפקה ולמנפיק" (עמ' 22 ה"ש 41).

וראו ההפניה שם גם למאמר של הכלכלן סטיגלר (Stigler). סטיגלר, חתן פרס נובל בכלכלה, סבר כי יש לצמצם את היקף חובת הגילוי, אך גישתו לא התקבלה בקונגרס האמריקאי.

19. על תכליות עיקרון הגילוי נאמר בע"פ 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' הרשות לניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, בעמ' 830–831 :

”חובת הגילוי המוטל על החברות אשר ניירות הערך שלהן נסחרות בבורסה, עיקרה בחשיפתם של הנתונים הרלבנטיים למשקיע ובמניעת הטעייתו, ואין מטרתה לכוון דרכיו של המשקיע או להמליץ בפניו בבחירת השקעותיו. ... מטרת חוקי ניירות הערך לא הייתה ליטול מן האזרח את זכותו הבסיסית 'להשתטות' (ראה גם האמור בסעיף 21(ב) לחוק) אלא היא נועדה – אם בדרך של מניעת פעולה (למשל, גילוי מטעה שיש בו תרמית) ואם בדרך מניעת המשכה של התנהגות במחדל (אי גילוי עובדה שהעדרה עלול להטעות את המשקיע הסביר) – למנוע מאחרים להפוך את המשקיע לנטול תבונה (ראה גם ההגדרה בסעיף 1 לחוק של 'פרט מטעה'). זאת ועוד, לא ניתן לנהל שוק הון הוגן ללא פומביות הגונה, שכן מניפולציה והתנהגות לא הגונה בשוק ההון משגשגות בתנאי מסתורין וסודיות. ...

עיקרו של דבר, מקובל לראות פעלו של הגילוי בשניים: האחד – הספקתו של בסיס מידע נאות למשקיעים, באופן המאפשר קבלת החלטות רציונאליות בנוגע להשקעותיהם; השני – הרתעתם של בעלי הכוח בחברות ציבוריות מתרמית והתנהגות מניפולטיבית, תוך אפשרות פיקוח על פעולותיהם. ... מובן כי קיימת זיקה הדוקה בין הגילוי המלא לבין קיומו של שוק יעיל לניירות ערך, שכן בעזרת החשיפה של מידע רלבנטי יש לשוק יכולת להגיב בזריזות לשינויים הנוגעים למצב של החברה ...”.

דברים אלה מצביעים על שלוש תכליות עיקריות לחובת הדיווח בענייננו, שהיא השתקפות עקרון הגילוי: האחת – מסירת מידע מעודכן ומדויק לציבור המשקיעים במגמה לאפשר להם קבלת החלטות רציונאליות בנוגע

להשקעותיהם ולמנוע הטעייתם; השניה – הרתעת בעלי כוח בחברה מפני התנהגות חריגה ומפני ניצול לרעה של מידע פנים לתועלתם האישית, זאת תוך הבטחת אפשרות פיקוח על פעולותיהם; השלישית – הבטחת שוק יעיל לניירות ערך. תכליות אלו, כמובן, קשורות זו בזו והריהן כמקשה אחת. ראו לעניין השיקולים הרלבנטיים גם ע"א 1928/93 **רשות ניירות ערך נ' גיבור סברניה**, פ"ד מט(3) 177, עמ' 186-188, ולפעלו של הגילוי גם מאמרו של W.H.Beaver, "The Nature Of Mandated Disclosure", *Economics Of Corporation Law And Securities Regulation*, by Richard A. Posner, Kenneth E. Scott, P.317.

לגבי השלכת המידע על השוק אטעים, כי גילוי מידע בעל חשיבות הוא חיוני לכך שניירות הערך ישקפו את שווים האמיתי. גיוס הון חיוני לפיתוח המשק ולצמיחה כלכלית. שוק ההון מבוסס על אמון הציבור. העלמת פרטים רלבנטיים, עלולה לפגוע באמון זה. פגיעה כזו יש בה כדי להביא להתרחקות ציבור המשקיעים אלא אם יקבל תשואה גבוהה יותר להשקעתו, שתפצה אותו על הסיכון המוגבר, דבר שמשמעותו התייקרות גיוס ההון.

20. השלכת מניעת המידע מהמשקיעים על השוק נובעת כמובן ממהותו של המידע הרלבנטי. המידע בו עסקינן – מידע על הסביבה העסקית של התאגידים המעורבים – הוא מידע מהותי. כב' השופט **שמגר** (כתוארו אז) בעניין **ברנוביץ ציין**, כי **"מגמת החוק היא לשאוף לגילוי מושלם... של כל הפרטים הרלוונטיים"**, ואולם גם הוסיף **"יש להימנע מקביעת אמת מידה רחבה מדי של מהותיות"** (שם, עמ' 837). לעניין היקף הגילוי שנקבע בפסק דין זה ראו גם ד"ר **חביב סגל**, **ספר השנה של המשפט בישראל**, תשנ"ב תשנ"ג, עמ' 77 בעמ' 82. דברים אלו מובאים כדי להטעים שענייננו כאן לא נמצא בשולי אמת המידה של המהותיות. מדובר בעובדות מהותיות לפי כל מבחן אפשרי. מידע על התקשרויות עסקיות – ואפשר כי דווקא התקשרויות המגלמות עבירה על החוק – הוא **מידע מהותי**, מידע שהדעת נותנת שהמשקיע הסביר מייחס לו חשיבות, ויש בו כדי להשפיע על

מחיר נייר הערך. כך, מידע כזה הוא מעצם טיבו מידע מהותי ע"פ מבחן **המהותיות** הנקוט במשפט האמריקאי, וגם במשפט האנגלי. ראוי גם לציין לעניין המהותיות, כי אף כי לכאורה, התקשרויות קרטליות, יש בהן כדי להגדיל את רווחיהם של הגופים הנוטלים בהן חלק, יש בצד תועלת זו גם לשקול את האפשרות שהעבירות יתגלו בסופו של דבר ואז תתלווה לפגיעה בשם הטוב של הגוף הנוטל חלק בהן גם פגיעה עונשית, העוקרת לעיתים את הרווח, מכוח המגמה העונשית לשלול את כדאיות ביצוע עבירות מעין אלו. מידע על התקשרויות כאלו הוא אפוא מידע מהותי שהמשקיע הסביר מטבע העניין **זכאי** לקבלו. עסקינן כאמור בדיווח תקופתי. לעניין חשיבות המידע שבדיווח התקופתי נאמר בספרו של **גרוס**, שם, עמ' 235 :

"לדיווח התקופתי לבעלי המניות ולציבור חשיבות רבה לצורך שמירת המידע שבידי בעלי המניות הקיימים וכן לרוכשים חדשים החפצים לרכוש את ניירות הערך של החברה".

21. חשוב להדגיש בהקשר זה גם כי למשקיעים ניתנה זכות עצמאית בחוק ניירות ערך, ועל כן בחינת הנושא דרך עדשת ההיבט הפלילי אינה ממצה את העניין.

חוק ניירות ערך קובע אחריות אזרחית רחבה בשל הפרת הוראותיו, הקיימת בגין כל נזק שנגרם למחזיק בנייר הערך מכך **"שהמנפיק הפר הוראה של חוק זה או תקנות לפיו"** (ראו סעיף 52(יא) לחוק). לעניין זה יודגש, כי מערכת היחסים שבין המנפיק לרוכשי ניירות הערך היא מערכת חוזית, שבגדרה זכאי הרוכש למידע הרלוונטי בגדר חובת תום הלב החוזית. ציבור המשקיעים מסתמך על המידע ובאי מסירתו יש כדי לפגוע בו. הדעת נותנת על כן, שבחינת אי הדיווח אך ורק על פי הוראות העונשין שבחוק ניירות ערך – היא בחינת חלק מהתמונה בלבד.

ה. השיקול הנוגע ל"יחסיות" עקרון הגילוי הנאות

22. שיקול נוסף שיש לקבצו למאגר השיקולים השייכים לתהליך האיזון, כהדגשת באי כוח הנאשמים, נעוץ בעובדה שדרישת הדיווח על פי **חוק ניירות הערך** אינה מוחלטת, אלא עקרון גילוי הנאות אפשר שיידחה – על פי החלטת הרשות לניירות ערך או על פי החלטת בית המשפט המחוזי – מפני סודות מסחריים, בטחון המדינה, כלכלת המדינה, או מפני דרישות חקירה המתנהלת על פי כל דין (על פי סעיף 36 לחוק ניירות ערך). ב"כ הנאשמים מפנים גם לדברי כב' הנשיא **שמגר** בע"א 5320/90 **א.צ. ברנוביץ**, שהוסיף לאחר שציין כי חובת הגילוי תחול לגבי **"כל מידע שהנו מהותי למשקיע הסביר"**, הוסיף סייג: **"ואשר אין מגבלה חוקית או מגבלה שבסבירות המצדיקה מניעת גילוי"** (שם, עמ' 837).

ו. דרך האיזון בין הנורמות על פי הפסיקה

23. אעבור עתה מהשיקולים הרלבנטיים לתהליך האיזון עצמו. בעניין **קלקודה**, לאחר שביהמ"ש העליון בחן את הנורמות המעורבות, ובסופו של תהליך האיזון, הגיע למסקנה, כי החסיון מפני הפללה עצמית נדחה מפני שיקולים אחרים. אותם שיקולים הצדיקו כאמור באותו עניין את מסירת המסמכים לרשות כדרישתה. להפקת לקח מתהליך האיזון שבוצע שם, אפנה למהלכיו.

במסגרת תהליך האיזון בחן בית המשפט שם, מצד אחד, את הוראות החוק הספציפי, **חוק הרשות לפיקוח חקלאי תשמ"ח-1988** (להלן: 'חוק הרשות לפיקוח חקלאי'), בכל הנוגע לסמכויות הפיקוח או החקירה של הרשות. בכלל זה בדק בית המשפט את נוסח החוק. על פי הוראות אותו חוק, למפקח נתונה סמכות חקירה עליה חלות הוראות סעיפים 2 ו-3 **לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)**. יחד עם זאת, קיימת בחוק האמור הוראה (סעיף 21 לחוק), המחייבת אדם למסור למפקח, לפי דרישתו **"ידיעות, דוגמאות, פנקסים ושאר תעודות, שלדעת המפקח יש במסירתם כדי להבטיח ביצועו של הפיקוח החקלאי"**. בית המשפט ציין, כי העמדת שתי

ההוראות האמורות זו מול זו, מלמדת על ההסדר שהחוק ביקש להורות עליו לגבי מסמכים. בעוד אשר הוראת סעיף 20(ג) לחוק הרשות לפיקוח חקלאי מכירה בחסינות מהפללה עצמית שנחקר על פה זכאי לה – חסינות המתירה לאדם שלא להשיב לשאלות בחקירה שמא יפליל את עצמו – קבועה ועומדת בסעיף 21 לאותו חוק חובתו להמציא מסמכים לרשות ככל שיידרש, חובה שהמחוקק לא קבע בצידה כל סייג. מכלל ה'ה' למד שם בית המשפט את ה'לאו' (שם, עמ' 764).

מהנמקה זו עולה לכאורה, כי אלמלא ההוראה המיוחדת שבסעיף 21 לחוק הרשות לפיקוח חקלאי העוסקת ישירות בדרישה להמציא מסמכים, ואינה קובעת סייג בצד חובת מסירת המסמכים, אפשר שתוצאת תהליך האיזון לגבי מסירת המסמכים היתה שונה, דהיינו, החסיון היה מועדף. שיקול זה נשען אפוא על לשון ההוראה המיוחדת ועל תוכנה, ביחס להוראות אחרות בחוק. בענייננו, החוק הספציפי אינו מתייחס לדרך השגת המידע חרף רצונו של התאגיד, ואין בו אמירה השוללת את תחולת החסיון, או אמירה המובילה להעדפתו.

בנוסף הדגיש בית המשפט בעניין **קלקודה** את חשיבותו של פיקוח חקלאי הדוק וצמוד, כדי להבטיח אספקה סבירה ושוטפת של מוצרי חקלאות ואת תלותו במידע נרחב ככל הניתן לגבי היצור והשיווק של החלב. שיקול זה – הנזקק לתכלית החוק הספציפי ופועל כנגד החסיון – קיים גם בענייננו, כפי שפורט לעיל.

שיקול נוסף שציין בית המשפט בעניין **קלקודה** הוא, כי רוב המסמכים שהרשות לפיקוח חקלאי דרשה כי יוצגו לפניה, הינם מסמכים שהנחקר חייב לעורכם על פי דין ואינם מסמכים פרטיים ואישיים, שהמערער כתב לעצמו "משל היו יומנו האישי". לגבי מסמכים מהסוג האחרון, ציין בית המשפט כי אילו בכאלה דובר, ניתן היה לדמות את דרישת מסירתם לתשובות על שאלות בחקירה בעל-פה.

אציין, כי הנאשמים טוענים בפניי שהמידע שנדרש מהם בעת הדיווח היה בבחינת מידע אישי, מעין הצגת יומני הפגישות של המעורבים בהתקשרויות. אין בידי לקבל טענה זו. מדובר במידע על ההתקשרויות

העסקיות, בלי קשר להיבטים האישיים שלהם, מידע שדיווח לגביו נדרש
במפורש על פי דין, כאמור לעיל. עם זאת נכון להדגיש, וגם על כך עמדו
הנאשמים, כי בעוד **שבקלקודה** דובר במסמכים קיימים, כאן עסקינן
ביצור המסמך – דהיינו הכללת הדיווח הרלבנטי - כדי לאפשר את הדיווח.

24. מול השיקולים הנוגעים לחוק הספציפי ולמטרה הספציפית, נשקלה בעניין
קלקודה כאמור חשיבות "זכות היסוד" הגלומה בחסיון. כב' השופט **חשין**
הבהיר – כפי שצוין גם לעיל - כי אף שבלשון המהדרים מדובר בזכות
חוקתית נעלה, המבטאת עקרון מקובל ומושרש מימים ימימה, אין מקום
לטענה כי לא ניתן לפרש דבר חוק כשולל אותה או כמצמצם אותה, אלא
אם כן ייאמר בו כך מפורשות. כדבריו, אין מקום לקבוע כי "**פירוש**
מכללא לא יצלח ולא יספק" (שם, 762). להפרכת הטענה בדבר הצורך
בשלילה מפורשת למד כב' השופט **חשין** היקש מחוקי היסוד, תוך שהדגיש
שהזכויות המעוגנות בהם אינם ערכים וזכויות מוחלטים. בהיותם ערכים
וזכויות יחסיים, כתב כב' השופט **חשין**, כל אחד מהם כערכו וכעוצמתו,
מתירים הם לכרסם בשוליהם ובלבד שהדבר ייעשה בחוק ההולם את ערכיה
של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או
לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו, כאמור סעיף 8 לחוק כבוד האדם
וחירותו ובסעיף 4 לחוק חופש העיסוק. הוראות אלו מלמדות, כפי שהדגיש,
כי ניתן לפגוע אף מכללא בזכויות יסוד, ובלבד שהדבר ייעשה בחוק הולם.
כדבריו:

**"חוק יכול שיפגע בזכויות יסוד של האדם, ואין צורך באמירת
הסתייגות מפורשת בו מחוקי היסוד. בחינת חוקיות החוק
תהא בחינת תוכן ובחינת תכלית. עמוד על אמירה מפורשת –
כך מורים אותנו חוקי היסוד – אם נעשית הפגיעה בחקיקת
מישנה; רק כאן נתבע הסמכה מפורשות לפגוע בזכויות היסוד.
ואילו, אם הפגיעה נעשית בחוק גופו, אין הכרח שייאמר בו
מפורשות כי דברו בא 'על-אף' האמור בחוק היסוד" (שם, עמ'
762).**

על דרך קל וחומר אפוא הגיע בית המשפט בעניין **קלקודה** למסקנה שאין מקום לכלל פרשנות הדורש שלילה מפורשת של חסינות מהפללה כדי שתתקבל מסקנה בדבר דחיית החסיון. ואולם, קבע יחד עם זאת, כי דחיית החסיון תוכל להיעשות רק במקרה שבו כפות המאזניים לגבי הערכים המתנגשים מאויינות:

”אם כך בחוקי יסוד ובפגיעה בערכים ובזכויות יסוד – שמותרת אף פגיעה מכללא בהם ובלבד שיקוימו דה-פקטו ערכי יסוד מסוימים – בענייננו לא כן ייעשה? אכן, בכל עניין ועניין נחויב לעשות בחינה לגופם של דברים. נערוך בדיקה לבירור, האם הערך שהחוק מבקש להגן עליו ולקדם אותו, שקול כנגד שלילת החסינות או צמצומה? רק משנגיע לכלל מסקנה כי יש אמנם שקילות בין הערכים, נהא רשאים לפרש את החוק כחוק שבא לשלול את החסינות או לצמצמה (ההדגשה אינה במקור). הבחינה תהא קפדנית. הבדיקה תהא מדוקדקת. אך לא נקבל עלינו כלל פרשנות הקובע כי נידרש לשלילה או לצימצום מפורשים דווקא של חסינות מהפללה, כי לא נהא רשאים ללמוד על שלילתה או על צימצומה של חסינות מהפללה על דרך של פירוש מכללא, בלימוד תכליתו של החוק ודרכו להשתלבות בקורפוס הנורמות הכללי” (שם, 763).

25. רושם שונה לגבי המשקל שיש לייחס להעדר הוראה מפורשת בחוק הספציפי המלמדת על שלילת תחולת החסיון, עולה לכאורה מפסק דינו של בית המשפט העליון בדנ”פ 3898/90 **ישראל זילברברג נ’ מ”י פ”ד מו(2)**, 24. גם בעניין זה נבחנו שיקולים מנוגדים, אלו מול אלו, בתהליך האיזון. הרכב בית המשפט העליון בדיון הנוסף, סמך ידו, ברוב דעות, על החלטת כב’ השופט ג’ **בך** בע”פ 196/85 הנזכר לעיל, אשר הכיר בחסיון מפני הפללה עצמית כפוטר את המבקש (בדיון הנוסף), מלענות על שאלות שהוצגו לו לגבי כספים של אזרחים ישראלים המוחזקים בשוויץ. כתב האישום באותו עניין ייחס למבקש עבירות על **חוק הפיקוח על המטבע, תשל”ח-1978** (להלן: ‘חוק הפיקוח’), בכך שסירב למסור ידיעות שהיו ברשותו בנושא האמור. המבקש טען, כי במתן תשובות על השאלות בנושא זה הוא עלול להסתבך בביצוע עבירה חמורה על פי החוק השוויצרי.

בע"פ 196/85 בחן כב' השופט **בך** את נוסח חוק הפיקוח ואת כוונת המחוקק שגולמה בו על רקע ההסטוריה החקיקתית שלו, ומסקנתו היתה כי לא נדחית בגדרו של חוק זה זכות החסיון מפני הפללה עצמית. השופט **בך** הפנה לדבריו של כב' השופט **הלוי** בעניין **קריתי הנ"ל**, ולמד מהם כי בהעדר הוראה מפורשת, שאלת דחיית החסיון היא **"שאלה של פרשנות חוקים"**, ובהמשך אמר:

"אלא שגם פרשנות החוק צריכה לעלות בקנה אחד עם מושכלות ראשוניים של השיטה המשפטית. לדעתי זכות השתיקה של נחקר באשר לשאלות העלולות להפלילו הנה זכות יסודית, שאין מקום לשלול אותה אלא במקרים בהם עולה במפורש וללא ספק שזו הפרשנות הסבירה היחידה של החוק הספציפי הנוגע בדבר" (ע"פ 196/85 זילברברג, עמ' 521) (ההדגשה אינה במקור).

בדיון הנוסף ציין כב' השופט **ת' אור**, כי המשיבה הודיעה שמקובל עליה – לאור ההנמקות שהובאו בפסק דינו של כב' השופט **בך** – כי עומדת לנחקר לפי חוק הפיקוח הזכות לסרב להשיב לשאלות, מאחר שהתשובות עלולות לסבכו באישום פלילי על אותו חוק, מבלי שהסירוב יהווה עבירה על החוק. כב' השופט **אור** הוסיף, כי נראית לו מבין הדעות שהובעו בערעור דעתו של כב' השופט **בך**, **"אשר פרט בפסק דינו את הטעמים הקשורים בהסטוריה החקיקתית, כוונת החוק, נוסח החוק ושיקולי מדיניות שהביאוהו למסקנתו"** (שם, עמ' 32).

בדיון הנוסף הצטרפו לדעת השופטים **אור ובך**, גם השופטים **מלץ ומצא**. אוסיף, כי כב' השופט **בך** לא ראה לנכון להשוות את המצב שבו במתן המידע יש משום חשש הפללה בעבירה לפני דינה של מדינה זרה, למצב שבו מדובר בחשש הפללה בעבירה בישראל, בציינו בהקשר זה כי אין מקום להעדיף אינטרס של מדינה זרה (שם, עמ' 529-530). דבר זה מלמד כי לא בכל מקרה עוצמת הטרילמה כשלעצמה יש בה כדי להצדיק תחולת

החסיון, שהרי מבחינת הנחקר או הנשאל, החושש פן יובא לדיון במדינה אחרת, מדובר בדילמה – או בטרילמה – שאינה פחותה בהכרח בעוצמתה. בכל הנוגע ללמידת השיקולים הרלבנטיים לתהליך האיזון מעניין **זילברברג**, ראוי להדגיש שוב את ייחוד ה"טרילמה" בה עסק בית המשפט באותו מקרה. לעניין זה ציין השופט **בך** :

"יש הבדל מהותי בין "הפללה עצמית" בה מוסר העד דברים העשויים להתפרש כהודיה בעבירה שבוצעה בעבר ובה הוא מואשם או עלול להיות מואשם ובין "הפללה עצמית" המתבטאת בכך שבעצם מסירתן של תשובות כנות לשאלות המוצגות בפניו עובר הנחקר עבירה פלילית" (שם, עמ' 530).

בעניין **זילברברג** כאמור, עצם מתן התשובות היה בו משום עבירה (על חוקי שווייץ). בענייננו המצב שונה, כפי שאדגיש להלן. יש מקום גם לציין, כי בסופו של דבר, הדיון לעניין החסיון לא היה דרוש בעניין **זילברברג**, מאחר שנקבע בו גם כי למעשה לא הופנתה לנחקר "דרישה" על פי חוק הפיקוח למסור את המידע (נאמר לו בעת שנשאל כי אינו חייב לומר דבר) ואם כך, ממילא לא עבר עבירה (בשל אי קיום יסוד מיסודותיה).

26. השוואת הגישה בעניין **זילברברג** לזו שבעניין **קלקודה** מעוררת במבט ראשון את הרושם, כי הגישה ב**זילברברג** נוטה יותר כלפי החסיון, לנוכח הקביעה כי תחולתו תידחה אך ורק "במקרים בהם עולה במפורש וללא ספק שזו הפרשנות הסבירה היחידה של החוק הספציפי הנוגע בדבר". ואולם, מאחר שהן על פי גישת השופט **חשין בקלקודה**, והן על פי גישת השופט **בך בזילברברג**, אין מדובר בבחינה "טכנית" הנאחזת בלשון ההוראה בלבד, אלא בבחינת מכלול שיקולים (לשון החוק, כוונת המחוקק, שיקולי מדיניות), הקובעים יחדיו את משמעות החוק הספציפי ואת דבר תחולת החסיון בהקשרו - בסופו של דבר אין מדובר בשוני של ממש. כך, יישום שתי הגישות יכול שיוביל לתוצאה כי הפרשנות הנאותה של הוראה

זו מביאה לדחיית תחולת החסיון, אף על פי שהדבר לא נאמר במפורש בלשון ההוראה.

אציין, כי במאמרו של א' שטרסנוב, "צמצום החסיון בפני הפללה עצמית", הפרקליט לה (תשמ"ג-1983), עמ' 243, 251, הובעה גישה לפיה כל עוד שריר וקיים סעיף 47 לפקודת הראיות, וכאשר מדובר בעקרון כה בסיסי ויסודי בשיטת המשפט בארץ, מן הראוי שצמצום תחולת העקרון לא ייעשה על דרך פרשנות משפטית גרידא – בהבדל מהבעת רצון מפורשת של המחוקק.

גישה כזו אינה מאפיינת את הדין היום. כאמור, הפרשנות המשפטית יש בה על פי הפסיקה כדי להביא לשלילת תחולת החסיון, גם אם אין הדבר מפורש בחוק הספציפי, שערכיו עומדים מול החסיון.

27. בסופה של דרך הפרשנות האמורה, כאשר כפות המאזניים הנושאות את הערכים המתנגשים **מאויינות**, האם יש לאמץ את הכלל לפיו החסיון יגבר? זו לדעתי הגישה המתבקשת מקבלת **חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו**. מטבע העניין, **חוק היסוד** מחזק את זכות ההגנה מפני הפללה עצמית, מאחר שבמוקדה מונח כבודו של האדם – או הגוף – הנחקר או הנדרש להפליל עצמו מול הרשות. אכן, לגבי הוראות חוק שקדמו לחוק היסוד, חל כלל "שמירת הדינים" מכוח חוק היסוד האמור גופו, ואולם אין בכך כדי למנוע את השראתו הפרשנית של חוק היסוד על החוקים שקדמו לו, כעולה מסעיף 10 לחוק היסוד. השראה זו מביאה לחיזוק יחסי של זכות היסוד, וראו לגבי ההשלכה הפרשנית האמורה בג"ץ 6319/95, 6836/95 **חכמי נ' שופטת בית משפט השלום**, שם עמ' 764, וכן בש"פ 537/95 **עימאד גנימאת נ' מ"י**, פ"ד מט(3) 355, 410-411.

גישה כזו עולה בקנה אחד עם הגישה שננקטה ב**זילברברג**. ואולם, אפשר שהיא שונה מהגישה שננקטה על ידי כב' השופט **חשין** בעניין **קלקודה**. מדבריו של כב' השופט **חשין** עלה, כי במצב של שקילות הערכים ניתן להסיק גם את דבר שלילת החסיון. ואולם, דבריו שם לא ביארו על פי

אילו שיקולים – במצב שבו נבחנו כלל השיקולים המנוגדים, וכפות המאזניים מאויינות – תיטה הכף לכאן או לכאן.

28. יש מקום לציין בהקשר הפרשני האמור, כי שורת הוראות הקובעות חובת מסירת מידע על פי דרישה נתפסה כשוללת את החסיון, אף כי לא נקבע בהן הדבר במפורש. סעיפים 59-60(א) **לפקודת פשיטת רגל** (נוסח חדש), התש"ס-1980, וסעיף 298 **לפקודת החברות** (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 (שלא בוטל בחוק החברות החדש), קובעים, שבפשיטת רגל או בפירוק חברה, כאשר לנאמן, למפרק או לכונס דרוש מידע על נכסי החייב, יש לספקו. בסעיפים אלה לא נקבע במפורש שהם דוחים את החסיון אך זו פרשנותם מקובלת, ראו **קדמי, על הראיות, הדין בראי הפסיקה**, חלק שני, עמ' 761-765, וכן ראו ע"א 1211/96 **עו"ד יורם כהן, מפרק אדאקום טכנולוגיות נ' נשיונל קונסלטנטס (נטקונסלט) בע"מ**, פ"ד נב(1) 481, לעניין סמכויות מפרק בחקירה פומבית; ע"א 3322/92 **פלוק נ' זינגל, עו"ד**, תקדין עליון כרך 94(4) 180, 183. ראו גם ע"פ 524/72 **מ"י נ' פוקה הירש פ"ד כז(2) 776**, לאופן שבו נתפרשה תקנה 11 **לתקנות ההגנה (כספים) 1941**, כדוחה את תחולת החסיון לאור קביעה בחוק, שעל הנחקר להיענות לדרישת המצאת הידיעות. הוראות מנדטוריות על פניהן, בדבר המצאת מידע, מצויות בין השאר גם בסעיף 41 לחוק **מבקר המדינה התשי"ח-1958** [נוסח משולב] ובחוק **ועדות חקירה תשכ"ט-1968**, סעיף 10.

הנוסח ההחלטי של הוראות מעין אלו, יש בו לכאורה כדי להוביל למסקנה בדבר דחיית החסיון בהקשרו. ואולם בסופו של דבר, וזאת ברצוני להדגיש כאן, שאלת תחולת החסיון כעניין של פרשנות חוקים, אינה מתמצה בבדיקת לשון הוראת החוק הספציפי, ככל שהיא מלמדת על כך במישרין או בעקיפין, ועל-כן גם אין מקום להסיק מהלשון המנדטורית כשלעצמה שהחסיון חל בכל מקום שלשון החוק אחרת.

ז. **האיזון בין השיקולים השונים במקרה שבפני**

29. קודם שאקבץ את השיקולים שפירטתי לעיל לתהליך האיזון הקונקרטי, ובהקשרו, אתייחס לטענה מרכזית נוספת של הנאשמים, שעניינה חומרת העבירה שיוחסה להם. טענה זו מצביעה על כך שמדובר בעבירה לפי סעיף 53(ג)(8) לחוק ניירות ערך, שאינה עוסקת באי גילוי שמגמתו להטעות משקיע סביר. גם אין המדובר בעבירה שהעונש הקבוע בצדה הוא מאסר. עונשה המירבי הוא **"קנס פי שלושה מן הקנס האמור בסעיף 61(א)(1) לחוק העונשין"**. על פי טענה זו, יש ללמוד מכלל הן את הלאו: לא יוחסה לנאשמים **עבירה לפי סעיף 53(א)** לחוק ניירות ערך, העוסקת באי גילוי שנעשה **"כדי להטעות משקיע סביר"**, שבצדה עונש מאסר ל-3 שנים. נטען גם, כי במסגרת שימוע הובהר למאשימה שנתח המכירות של **פיטינגים** מכלל מחזור המכירות של נאשמת 4 בתקופה הרלבנטית עמד על כ-7 אחוזים, ומכאן שבכל מקרה, המידע שלא גילתה, לשיטת המאשימה, הוא בעל השפעה זניחה, אם בכלל, על פעילותה, ביצועה ומכירותיה.

המאשימה לא פירטה טעמי הבחירה בעבירה על פי סעיף 53(ג)(8). סעיף זה מדבר באופן כללי על מי ש"**לא קיים את הוראות סעיפים 36, 336 או 37 או תקנות לפיהם**". הוראה זו היא כללית ביותר, ואולם ההשוואה לעבירות האחרות שנכללו בסעיף 53(א) אכן מלמדת כי לגדרה נכנסים המקרים הקלים. אכן, ניתן להביא בחשבון את האפשרות ששיקולי המאשימה לעניין אי יחוס העבירה העוסקת ישירות בנושא ההטעה לקחו בחשבון את נושא הוכחת המחשבה הפלילית, כפי שהוגדרה בסעיף הרלבנטי (כך בסעיף 53(א) מוגדר היסוד הנפשי **"כדי להטעות משקיע סביר"**). ברם, במצב כזה יש טעם בטענת הנאשמים, שלעומת השיקולים המצדיקים את אי הפללתם באמצעות הדיווח, לא העמידה המאשימה אינטרסים וערכים כבדי משקל, המאפיינים את העבירות החמורות יותר במדרג החומרה שבחוק ניירות הערך. בהוראות העונשין של חוק ניירות הערך ארבע דרגות חומרה, והעבירה שבס"ק (ג) היא הפחותה שבהן.

מול שיקול זה יש מקום להדגיש, כי אם אמנם התאגידים המעורבים התקשרו בהסדרים כובלים, כטענת המאשימה, הדעת נותנת שיש בכך כדי להשפיע על שוויו של נייר הערך, ועל-כן הסתרת ההתקשרות מהציבור, על פניה, היה בה כדי להטעותו. אי הדיווח נכנס אפוא לגדר **לב תכליתו** של חוק ניירות ערך, למנוע הטעיית המשקיעים. המאשימה הפנתה בהקשר זה לת"פ 3594/91 (ת"א) **מ"י נ' נ.ח.ל. שירותי מימון בע"מ** (לא פורסם) שבו דחתה כב' השופטת **ב' אופיר** את הטענה כי העבירה על פי סעיף 53(ג)(8) היא "טכנית" בלבד, בכנותה אותה טענה שאינה מתיישבת עם עקרונות חוק ניירות ערך ש"**לב לבו**" הוא עקרון הגילוי הנאות. קביעה כזו לענייננו אינה נזקקת לנתונים מיוחדים המצויים בידיעת המאשימה דווקא, אלא היא בגדר מסקנה הגיונית הנובעת מהעובדות שפרטה המאשימה בכתב האישום. ויוטעם, אין בכך כדי להביע עמדה שהיה מקום לייחס לנאשמים עבירה אחרת מזו שיוחסה להם. בכל הנוגע למסגרת הפלילית, יש לראות את העבירה שיוחסה לנאשמים כהולמת את הראיות שבידי המאשימה. הדברים מכוונים להיבט האזרחי בלבד, שבגדרו, עצם אי הדיווח (או הפרת כללי הדיווח) מקנה עילה למחזיק בנייר הערך כלפי המנפיק, אם נגרם לו נזק, ובהקשר זה קל לזהות את פוטנציאל ההטעיה בשל אי הדיווח, גם אם המחדל לא לוה בכוונה להטעות. בנסיבות אלו, אין זה הכרחי לראות את גישת המאשימה כממצה את המשקל שיש לייחס לפגיעה בעניינו של ציבור המשקיעים בניירות ערך במהלך "מלחמת הנורמות". כאמור, לציבור זה עומדות זכויות עצמאיות לפיצוי בשל נזק שנגרם לו בשל אי מסירת מידע מהותי. אכן, המסגרת לדיון כאן היא פלילית, ואולם השיקולים הרלבנטיים נשאבים מכלל תחומי המשפט.

יחד עם זאת, אין מקום להתעלם מהאופן שבו רואה המאשימה, כמייצגת אינטרס הציבור, את **העבירה** הרלבנטית. לכן, מקובלת עלי טענת הנאשמים כי יש לייחס לשיקול זה משקל של ממש.

30. מהדיון דלעיל עולה, כי לתהליך האיזון בין הערכים המתנגשים מתקבצים מחד ערכי טובת הציבור הגלומים בגילוי, ומאידך ערכי טובת הציבור הגלומים בחסיון. על חשיבותם של ערכים אלה עמדתי לעיל.

בהקשר הספציפי, אין בפנינו הוראה **מפורשת** השוללת תחולת החסיון מפני הפללה עצמית. כאמור, אין בכך כדי למנוע את הפירוש הקובע, כי החסיון נדחה במידה ופירוש זה הוא פירושו הסביר של החוק הנוגע בדבר. כך עלה מפסקי הדין בעניין **זילברברג** ובעניין **קלקודה** בהם דנתי בראשית מהלכי. לעיל גם ציינתי כי, לשיטתי, אם בחינת כלל השיקולים תגלה כי עסקינן במקרה שבו כפות המאזניים מאויינות, יהא מקום להעדיף את החסיון.

שיקול נוסף נובע מהעובדה, שאילו עמדו הנאשמים בדרישת הדיווח על פי חוק ניירות ערך - אם אמנם ביצעו את העבירות המיוחסות להם על פי חוק ההגבלים העסקיים - היו מייצרים "ראיה" עצמאית שבכוחה היה להפלים מבלי שניתן היה לרכך את התוצאה על ידי מניעת השימוש בה, כפי שהדבר נעשה במסגרת סעיף 47 לפקודת הראיות. כאמור, בעניין **קלקודה** - שבו נדחה החסיון - בסופו של דבר הובהר לבית המשפט כי לא ייעשה שימוש בראייה מפלילה כזו וגם בחוקי המסים מובטח הדבר באמצעות הוראות השומרות על סודיות המידע המפליל. כמו כן בעניין **קלקודה** דובר במסמכים **קיימים** ולא בייצור ראיה מפלילה. לעומת זאת, בענייננו טענת החסיון יונקת ישירות מהרציונל של החסיון מההפללה העצמית, ככל שהוא מבוסס על טרילמת ההפללה. יתר על כן, העבירה שבה היו הנאשמים מפלילים עצמם - אם ביצעו עבירות על חוק ההגבלים העסקיים - היא עבירה חמורה, שהענישה המקובלת עליה כוללת מאסר וקנסות גבוהים. שיקול זה מעצים את הטרילמה המדוברת. כאמור, מפסק דין **זילברברג** עלתה חשיבות שיקול מעין זה לתהליך האיזון. ברם, יש גם לזכור, כי ההשוואה לסיטואציה שבה עסק פס"ד **זילברברג** מלמדת כי הטרילמה שבה הועמד הנאשם באותו עניין שונה במהותה. כאמור, השופט

בך הדגיש כי הדיווח שנדרש מהנאשם שם, היה הוא עצמו עבירה חמורה על חוקי שווייץ (שעונשה היה 20 שנות מאסר). בענייננו, אין מדובר בדיווח שהוא **עבירה**. נהפוך הוא, דווקא אי הדיווח הוא אשר מהווה עבירה.

ולבסוף, בגדר השיקולים התומכים בחסיון, אזכיר שוב את השיקול הנובע מהעובדה שלא יוחסה לנאשמים עבירת חוק ניירות ערך חמורה. כאמור, אין ספק כי מניעת המידע פוגעת בתכליות חוק ניירות ערך, ואולם, מיוחסת לנאשמים הקלה מבין העבירות שפורטו בסעיף העונשין בחוק זה.

31. השיקולים שקובצו עד כה, ככל שהם מחזקים את החסיון, אין בהם כדי להביא למסקנה שבתהליך האיזון הקונקרטי מתבקשת העדפת החסיון. ואלה טעמי קביעתי זו:

החסיון במקרה דנן אינו עומד אך ורק אל מול האינטרס של גילוי האמת לשם הבאה לדין בגין עבירות שבוצעו בעבר, אלא עומד נגד אינטרס המשקיעים, לדעת על קיום התקשרויות אשר עשויות להשליך על ערכו של נייר הערך. מדובר בהתקשרויות, אשר על פי כתב האישום היו בתוקף **במועד** הרלבנטי לדיווח, ועל כן העלמתן מהדיווח, בחסות טענת החסיון, משמעותה שימוש בחסיון **תוך כדי** ביצוע עבירה על פי חוק ההגבלים העסקיים, ובמגמה להמשיך ולדבוק בה. לשון אחר, אי הדיווח על ההתקשרויות, ככל שהוא מוגן על ידי החסיון, גורם בו בזמן לנזק לציבור המשקיעים, בפגעו ישירות בערך המוגן ע"י דרישת הדיווח. אין מדובר אך ורק באי מתן תשובות לשאלות המיועדות לגלות עבירה שבוצעה בעבר, אלא במצב בו אי הדיווח עצמו מהווה עבירה "עצמאית". בנסיבות אלו, המשקל שיש ליתן לאינטרס המשקיעים אינו פחות מזה שיש ליתן לאינטרס של מונע הדיווח, החוסה בצל החסיון.

משנה תוקף אתן לטעם זה על רקע העבירות הספציפיות. במידה והנאשמים ביצעו אותן התקשרויות שהן עבירה על **חוק ההגבלים**

העסקיים, לא זו בלבד שבמועד הרלבנטי למסירת המידע על פי חוק ניירות ערך, לא היו הם נתונים כלל בצבת חקירה כלשהי (וראו לעניין זה הדיון דלעיל בשאלת עצם תחולת החסיון), אלא שאז נמנעו מלדווח על התקשרויות, אשר נטלו בהן חלק באותה עת. במועד הרלבנטי האמור עמדה בפניהם גם האפשרות למשוך ידם מהעבירה ולבטל אותן התקשרויות המנוגדות לחוק ההגבלים העסקיים. ביסוד גישת הנאשמים, הטוענת כי פטורים היו - אילו היו צד להתקשרויות המנוגדות לחוק ההגבלים העסקיים - מדיווח עליהן, מונחת למעשה הטענה שיש בידם להמשיך ולהיות צד להתקשרויות כאלה - דהיינו להמשיך ולבצע עבירה זו - ובה בעת לטעון לחלות החסיון, כאילו היה החסיון "עיר מקלט" לעבירות בעת ביצוען. ויוטעם, העבירות על חוק ההגבלים העסקיים שיוחסו לנאשמים בכתב האישום הן עבירות **נמשכות**.

העובדה שמדובר באי דיווח תוך ביצוע עבירה, רלבנטית גם מהיבט ערך שמירת כבודו של האדם, אשר הוא אחד השיקולים המבססים את החסיון. לאורה של עובדה זו לא נראית מצוקת הנאשמים במסגרת הטרילמה שנדונה לעיל - בהנחה שביצעו את העבירות ע"פ חוק ההגבלים העסקיים - כ"בלתי אנושית" כלל, שהרי בדרישת הדיווח עצמה היה כדי לאפשר להם הרהור שני והימנעות מהמשך ביצוע העבירה, זאת - כך יש מקום להניח - בטרם התגלה ביצועה של העבירה על חוק ההגבלים העסקיים ומבלי שהיו נתונים בחקירה. אילו "השתחררו" אותה עת מהעבירות על ידי ביטול ההתקשרויות, לא היה עליהם להתמודד עם הטרילמה האמורה מאחר שלא היה עליהם לדווח על המשך קיום אותן התקשרויות. קשה להלום קביעה שהחסיון, ככל שהוא בא לשמור על כבוד האדם, נועד להגן על המתמודד עם טרילמה כזו מרצונו, שעה שיש בידו להשתחרר ממנה, או למצער להפחית את עוצמתה.

שיקול נוסף הוא, שאי הדיווח על ההתקשרויות נעשה תוך הסתרת עצם השימוש בחסיון. כפי שהרחבתי ואמרתי לעיל, תביעת החסיון היא עצמה

מגלה את העובדה שלא נמסר כל המידע. כאן, לא היה ביד המשקיעים לדעת כי קיים מידע רלבנטי שלא הועמד בפניהם. בשל כך, בדיווח החסר היה כדי להטעות את המשקיעים.

מטעמים אלו באתי למסקנה שבפני לא מתקיים שוויון במשקל השיקולים התומכים בערכים המנוגדים – אלו התומכים בחסיון ואלו התומכים בדיווח – וכי על כן בנסיבות האמורות, פירושן הסביר של הוראות חוק ניירות ערך, אינו מניח מקום לחסיון. בסופה של הדרך אפוא אין בידי לקבל את טענת הנאשמים כי הפגיעה בעקרון הגילוי הנאות שולית וזניחה במקרה זה, ואילו הפגיעה בזכות החסיון מפני הפללה עצמית היא קיצונית וקשה.

גם העובדה שהמאשימה בחרה לייחס לנאשמים עבירה קלה, אשר אינה מתייחסת ישירות להטעיית המשקיע הסביר, אין בה כדי להטות מסקנה זו. ראשית, כבר נאמר לעיל כי חומרת העבירה שניתן לייחס לנאשמים אינה ממצה בהכרח את המשקל שיש לייחס באיזון האמור לאינטרס המשקיעים שנפגע. בכל מקרה, גם בהתחשב בעובדה זו, משקל שורת השיקולים המצדיקים דחיית החסיון רב יותר מאלו המצדיקים את תחולתו.

סיכום

33. בדיון דלעיל בחנתי את טענת הנאשמים, שיש למחוק מכתב האישום את האישום השמיני, שעניינו עבירות על פי חוק ניירות ערך, בשתי דרכים חלופיות. שתי הדרכים הובילו לדחיית הטענה. הדרך האחת עסקה בהיקפו של החסיון, ולפיה, על פי ההוראות הקובעות את תחולת החסיון בארץ, משהנאשמים – אם אמנם נטלו חלק בהתקשרויות המנוגדות לחוק ההגבלים העסקיים – לא היו נתונים במסגרת חקירתית בעת שהיה עליהם

לדווח על התקשרויות אלו, ומאחר שהחסיון לא נתבע כראוי בזמן אמת, אין בידם להישען עליו.

הדרך האחרת נבחנה בהנחה שמסקנותיי לגבי היקף תחולתו של החסיון היו שגויות. אף בדרך זו נוכחתי כי תוצאת איזון הערכים המנוגדים מביאה לידי המסקנה של דחיית החסיון, לפי שהשיקולים שעניינם הגנה על המשקיעים בשוק ניירות הערך, גוברים על השיקולים התומכים בתחולתו.

לאור האמור, הבקשה נדחית.

ניתנה היום י"א באייר, תשס"ב (23 באפריל 2002) בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

מרים מזרחי, שופטת