

דיון נוסף פלילי 5852/10

א	מדינת ישראל נגד
	1. מאיר שמש
	2. סורין שיוביץ
ב	3. אוקסנה טפליצקי
	4. גרגורי כצמן
	5. שמואל קורליץ
	6. ארקדי רבינוביץ
	7. איליה וולקוב
ג	8. רעיה טמיר
	9. אלי הכהן
	10. דובי גולדפינגר
	11. יצחק לופו
ד	12. רכבת ישראל בע"מ

בבית המשפט העליון

[9.1.2012, 20.2.2011]

ה לפני הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין, השופט (בדימ') א' א' לוי והשופטים מ' נאור, ע' ארבל, א' רובינשטיין, י' דנציגר

ל בעקבות תאונות רכבת קשות שהתרחשו בשנת 2005, הוקמו ועדות חקירה פנימיות אצל המשיבה 12 (להלן: רכבת ישראל או הרכבת) שחקרו את האירועים. עובדי הרכבת העידו לפני הוועדות שעה שלא הוזהרו בטרם מסרו הודעותיהם כי דבריהם עשויים לשמש נגדם בהליך פלילי. כמו כן, עדויות עובדי הרכבת נמסרו לאחר שהובטחה להם סודיות, בהתאם לנוהל פנימי של הרכבת. משטרת ישראל עתרה לפני הערכאות מכוח סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי, או הפקודה), לאפשר לה לעיין, בין היתר, בהודעות העובדים שנמסרו לוועדות הבדיקה. ברע"פ 851/09 [1] נפסק, ברוב דעות, כי אין

לאפשר למשטרה לעיין בהודעות העובדים, שכן עיון זה אינו עולה בקנה אחד עם הזכות להליך הוגן, הוא סותר את חובת ההגינות המוטלת על רכבת ישראל כלפי עובדיה ואפשר שיגרורם ל"אפקט מצנן" שלפיו יימנעו עובדים מלשתף פעולה עם ועדות בדיקה פנימיות מחשש שמא עדויותיהם יחשפו אותם להעמדה לדין פלילי. א

מכאן העתירה לדיון נוסף. הדיון הנוסף נסב על השאלה אם אפשר להחיל את דוקטרינת הפסלות הפסיקתית לפני שהוגש כתב אישום, תוך מתן פירוש מתאים לסעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי.

בית המשפט העליון (מפני הנשיאה ד' ביניש) פסק:

ב

א. (1) בבוא בית המשפט לבחון את אופן השימוש במידע שנמסר לרשויות החקירה במהלך ההליך הפלילי שומה עליו להבחין בין סוגים שונים של מידע ושל ראיות, כמו גם בין השלבים השונים של ההליך הפלילי – החקירה, ההעמדה לדין והמשפט. 386ג

ג

(2) בית המשפט נדרש, בהליך לפי סעיף 43 לפקודה, להתחשב במהות החומר המבוקש, בקיומן של הוראות בחוק או בפסיקה המגבילות את האפשרות להשתמש בחומר זה ובמידת הקשר הענייני שבין החומר המבוקש לבין החקירה. 388ה

(3) לאור מהות ההליך שבו מדובר, שאלת קבילות החומר כשלעצמה אינה אמורה להתעורר בגדר ההליך לפי סעיף 43 לפקודה. 388ה-ו

ד

(4) המבחנים התוכניים למסירת החומר בהליך לפי סעיף 43 לפקודה אינם מחמירים במיוחד. ככלל, בהיעדר הוראה בדין המונעת מרשויות החקירה את העיון בחומר זה או אחר, לא תהא מניעה ממסירת החומר למשטרה כל עוד קיים קשר ענייני בינו לבין החקירה. 388ו-ז

ה

ב. (1) מאפיין חשוב ויסודי של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאומצה במשפט הארץ הוא שמדובר בדוקטרינה יחסית שלפיה נתון לבית המשפט שיקול דעת בפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו. 389ז

(2) בגדרי שיקול דעתו נדרש בית המשפט לערוך איזון בין הצורך בהגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו לבין ערכים ואינטרסים נוגדים ובהם – ערך גילוי האמת, לחימה בפשע והגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה. 389ז-ט

ו

(3) (דעת מיעוט – השופט י' דנציגר): עת מדובר בהפרה חמורה ובוטה של הזכות להליך הוגן, לא יהיה כלל צורך במלאכת האיזון האמורה, שכן שיקול זה צריך שיגבר על כל שיקול אחר. 425ג-ד

ז

ג. (1) ראייה שהושגה שלא כדין תיפסל רק בנסיבות שבהן קבלתה במשפט תגרור לפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שאינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה בחוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו. 390א

(2) ההגנה הניתנת בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית לזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן נוגעת לכל שלביו של ההליך הפלילי, ובכלל זה – לשלב החקירה המשטרית. על כן, פגמים שנפלו בשלב החקירה של המשטרה עשויים להשליך על הגינות ההליך הפלילי בכללותו ולהשפיע על ההכרעה במשפט עצמו. 1391ד

א

(3) לאור אופייה הגמיש והיחסי של הדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית במשפטנו ובהתחשב בכך שהמודל העיוני שאומץ הוא "מודל מניעתי" שתכליתו העיקרית היא שמירה על הגינות ההליך הפלילי ועל טוהרו, הרי – ככלל – מן הראוי לערוך את הבירור השיפוטי בעניין שאלת קבילותן של הראיות, שנטען כי הושגו שלא כדין, בעת ההליך המשפטי העיקרי. 1391ה-ו

(4) עת מדובר בראיה שהושגה תוך כדי הפרה חמורה ובוטה של הזכות להליך הוגן יידרשו שיקולים כבדי משקל במיוחד כדי להצדיק את הפגיעה בזכות ולהכשיר את קבלת הראיה. אולם, גם בנסיבות מעין אלה תידרש עריכת איזון בין השיקולים השונים, ואין לקבוע באופן א-פריורי כי הזכות להליך הוגן נהנית מעדיפות מוחלטת. 1405ה-ו

ב

ג

ד. (1) לרשויות התביעה נתון שיקול דעת נרחב בדבר הראיות שאותן הן מבקשות להציג לפני בית המשפט בהליך הפלילי. 1392ג

(2) כאשר אי קבילות של ראיה מסוימת ברורה על פניה, הרי שאין מקום, ככלל, להביאה לפני בית המשפט, ועל ה"סינון" של הראיות הבלתי קבילות להיעשות על ידי רשויות התביעה עוד בטרם הגשת כתב האישום. 1392ג-ד

(3) במהלך הערכת קבילותן של הראיות ועוצמתן נדרשות רשויות התביעה, האמונות על האינטרס הציבורי, לבחון גם את מידת הפגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן שתגרום כתוצאה משימוש בחומר מסוים כראיה. 1392ד

(4) בנסיבות דגן, הטענות הנוגעות למעמדה הציבורי של הרכבת, למעמדה הסטוטורי של ועדות החקירה הפנימיות ולהסתמכות העובדים על הוראות הנהלה הפנימי של הרכבת, חייבות להיבחן תחילה על ידי רשויות התביעה. 1397ב-ג

ד

ה

(5) (דעת מיעוט – השופט י' דנציגר): חובתן של רשויות התביעה לשקול את הפגיעה בזכות להליך הוגן שנגרמה במהלך החקירה המשטרית אין בה כשלעצמה כדי לגרוע מזכותו של המחזיק, ושל צד שלישי בנסיבות המתאימות, להתנגד למסירת הראיה. זכות ההתנגדות למסירת ראיה מכוח סעיף 43 לפקודה עומדת בפני עצמה והיא נפרדת מתהליך קבלת ההחלטות על ידי רשויות התביעה. 1440ב-ג

ו

ה. (1) ההכרעה בשאלת איסוף הראיות בהתקיים חקירה פלילית שונה מהשאלה בדבר קבילות הראיות שנתונה להכרעת בית המשפט הדין בהליך הפלילי. 1393

ז

- (2) קביעה שיפוטית מוקדמת בהליך לפי סעיף 43 לפקודה בדבר אי קבילות של ראייה מסוימת, משום שברור כביכול לבית המשפט כי הראיה לא תוכל להתקבל במשפט עצמו, אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות שהונחו בפסיקה. 394ב
- א (3) בית המשפט הדן בהליך העיקרי, להבדיל מבית המשפט שדן בבקשה מקדמית, הוא בעל האפשרות הטובה ביותר להעריך – על סמך מכלול הנתונים הרלוונטיים המובאים לפניו – את מידת הפגיעה האפשרית בהגניות אותו הליך כתוצאה מקבלת ראייה מסוימת. 394ג
- ב (4) הכרעה בשאלת קבילותה של ראייה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ככלל, אינה אמורה להיעשות בהליך משפטי מקדמי בשלב שבו מתנהלת חקירה במשטרה אלא בנסיבות מסוימות בתום החקירה, בשלב שבו נבחנת אפשרות ההעמדה לדין, או בנסיבות מתאימות בשלב המשפט. 396ב
1. (1) שאלת החיסיון על מקור מידע היא נפרדת משאלת הקבילות של אותו מידע כראיה במשפט. 395א
- ג (2) העובדה שייתכן כי מידע מסוים יהיה בלתי קביל במשפט מפני שהושג שלא כדין אין משמעה בהכרח כי על אותו מידע יוטל חיסיון המונע מהמשטרה להשתמש בו לצורכי חקירה. 395ה
- (3) האיזון בין זכותו של הנאשם להליך הוגן לבין ערכים שונים העשויים להצדיק את אי קבילותה של ראייה צריך שיעשה תחילה על ידי רשויות התביעה בהחלטתן בדבר העמדה לדין, ולאחר מכן – על ידי בית המשפט שדן במשפטו של הנאשם. 395ה-ו
- ד (4) יצירתו של חיסיון פוגעת בערך בדבר בירור האמת וביעילות ההליך. לפיכך, נקודת המוצא היא של גילוי מירבי של הראיות הרלוונטיות, כאשר החיסיון הוא חריג ומי שטוען לחיסיון עליו הנטל להוכיח את קיומו של שיקול רם ונכבד יותר שבטובת הכלל, המצדיק את החלתו. 400 – 401א
- ה (5) בנסיבות דנן, אין מקום להכיר בחיסיון הלכתי על הפרוטוקולים של ועדות החקירה הפנימיות ברכבת, ובכלל זה – על הודעות העובדים לפני הוועדות. אכן, האינטרס הציבורי שבבירור האמת ובהטלת האחריות על האחראים לתאונות רכבת אינו פחות מהאינטרס הציבורי שבקיום דיון חופשי ופתוח בוועדות החקירה הפנימיות ברכבת. 403 – 404
- ו (6) (דעת מיעוט – השופט י' דנציגר): החיסיון – לכל הפחות – צריך שיכלול אפיק פרוצדורלי המאפשר לעובד לנסות ולהגן על זכותו להליך הוגן עוד לפני הגשת כתב אישום. 443ב
2. (אליבא דשופטת ע' ארבל):
- ז (1) דוקטרינת הפסילה החוקתית מיועדת לשלב קבילות הראיות ואין היא מיועדת למנוע מגורמי החקירה לבחון חומר ראיות קיים. 410א

- (2) בנסיבות דנן, מדובר בהודעות שנגבו בלי שנותניהן הוזהרו כי הדברים שיימסרו עשויים לשמש נגדם בהליכים פליליים ובלי שהיו מיוצגים או שהועמדו על זכותם לייצוג משפטי. רשויות החקירה והתביעה מחויבות להביא שיקול זה בחשבון בטרם הגשת כתב אישום. 410ג
- (3) ה"אפקט מצנן" עיקרו בכך שעובדים יימנעו מלשתף פעולה עם ועדות החקירה הפנימיות, או שלא יעשו כן באופן מלא, אם יידעו כי הודעותיהם תועברנה למשטרה והן עשויות להביא להעמדתם לדין, בסופו של דבר. מדובר בשיקול שאין להקל בו ראש, אך – בה בעת – אין להפריז גם במשקל הניתן לו. 410ה
- (4) גם אם נראה כי אפשרות ההעמדה לדין פלילי נושאת עימה סיכון כבד יותר, עדיין לא ניתן לומר שהאפקט המצנן נוצר אך מעצם העברת החומר למשטרה. הוא טבוע כבר בהופעה לפני ועדת הבדיקה. על כן, אין ליתן משקל מכריע לחשש מפני האפקט המצנן האמור. 411ו
- (5) (דעת מיעוט – השופט י' דנציגר): ככל שמערכת המשפט מבקשת לתמרץ עובדים לשתף פעולה עם ועדות בדיקה פנימיות עליה להכיר, בראש ובראשונה, בקיומו של האפקט המצנן האמור וליתן לו מענה ראוי. מענה זה אינו צריך שיהא בהכרח בדמות יצירת חיסיון גורף על דברים שנמסרים לפני ועדות בדיקה פנימיות. 443א-ב
- ח. (1) (אליבא דשופטת ע' ארבל): בנסיבות דנן, ככל שנהיר וברור האינטרס של שמירה על התבטאות חופשית לפני ועדה פנימית, קיים קושי בהנחיה הגורסת כי גוף ציבורי יטיל, מכוח עצמו, חיסיון על מידע שנאסף אצלו בביצוע תפקידו הציבורי וימנע את נגישותה של זרוע שלטונית אחרת – המשטרה – לחומר זה, בהיעדר בסיס לכך בדין. 412ז – 413ח
- (2) (אליבא דשופטת מ' נאור): אין מקום לכך שגוף פנימי יחקור עניינים פליליים. הכרה בחיסיון פסיקתי, יש בה כדי להעצים את כוחן של ועדות בדיקה פנימיות לעסוק גם בעניינים פליליים, בשעה שעליהן למשוך ידן מחקירות כאלה. 468ה
- ט. (דעת מיעוט – השופט י' דנציגר):
- (1) ההכרה בזכות להליך הוגן כזכות חוקתית מחייבת תוצאה משפטית שלפיה ניתן למנוע, בנסיבות המתאימות, העברת מסמכים וראיות חפציות לעיון המשטרה גם בשלב שלפני הגשת כתב אישום, מכוח דוקטרינת הפסלות הפסיקתית. 1413ז-ז
- (2) בנסיבות דנן, גם אם יש ממש בהנמקה שלפיה מניעת המשטרה מלהיחשף למלוא הראיות בשלב החקירה תפגע ביכולתה לחשוף ראיות רלוונטיות, בפוגעה באינטרס הציבורי שבהעמדת האשמים לדין, ואין אלה פני הדברים, הרי שהנמקה זו אין בה כדי להצדיק פגיעה בזכות להליך הוגן. 416ז

- (3) האינטרס הציבורי במלחמה בפשיעה אינו יכול שיאיין את הסעד שזכאי לו הנפגע כתוצאה מהפרת זכותו להליך הוגן. התניית מתן סעד אופרטיבי בגין הפרת הזכות להליך הוגן בשיקולי האינטרס הציבורי, נפקותה ריקון זכות זו מתוכן ממשי. 431ב
- (4) כיוון שההלכה הפסוקה בעניין פסילת ראייה שהושגה שלא כדין אינה מקנה סעד הולם לנחקרים ולחשודים, יש להקנות לחשודים כלים אפקטיביים להגנת זכותם להליך הוגן, זאת – בין היתר – באמצעות מתן זכות להעלאת טענה מכוח דוקטרינת הפסלות הפסיקתית לפני הגשת כתב אישום בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי. 1431 – 432א
- (5) בנסיבות דנן, באמצעות היחשפות להודעותיהם הגולמיות של עובדי הרכבת, ביקשה המשטרה להשיג ראיות מפלילות אחרות תוך כדי קיפוח זכויותיהם של עובדי הרכבת כנחקרים וכחשודים. תוצאה זו אין לאפשר, וניתן למנוע אותה רק על ידי מתן סעד א־פריורי האוסר על המשטרה לעיין בהודעותיהם הגולמיות של העובדים. 432ד-ה, ז
- ג. י. (דעת מיעוט – השופט י' דנציגר):
- (1) הבחנה בין שלב החקירה המשטרתית, אשר אפשר כי תתקיים במהלכה פגיעה בזכות להליך הוגן, לבין ההליך המשפטי בין כותלי בית המשפט, יש בה כדי לגרום לנתק מלאכותי בין חוליותיו השונות של ההליך הפלילי, אשר עלול להוביל לפגיעה באמון הציבור בבית המשפט. 435א
- (2) גישה מצמצמת הדבקה במודל המניעתי הקלסי מבטאת הלך רוח של מזעור סמכויותיו הטבועות של בית המשפט, דווקא מקום שבו נדרשת הרחבה מידתית. אל לו לבית המשפט לפרוק מעליו סמכות כה חשובה שהיא אחד מביטויי הקונקרטיים של עקרון האיוונים והבלמים בגדרי המשפט הפלילי, עיקרון שהוא אבן הראשה של המבנה החוקתי במשפט הארץ. 436ג-ד
- (3) (אליבא דשופט א' רובינשטיין): אמון הציבור בבית המשפט הוא תוצר של ההבנה כי בית המשפט מבקש לשקלל את כלל הגורמים הרלוונטיים בלב פתוח ובנפש חפצה. קביעה מראש בדבר עליונותו של שיקול זה או אחר דווקא היא העלולה לחתור – בלא משים, כמובן – תחת אמון זה. 467ד-ה
- יא. (דעת מיעוט – השופט י' דנציגר):
- (1) אין כל קושי לראות בסעיף 43 לפקודה את מקור הסמכות הסטטוטורי המעניק לבית המשפט סמכות לדון בטענות הנוגעות לזכות להליך הוגן אף לפני הגשת כתב אישום. סמכות זו נובעת מזכותו של המחזיק בחפץ להתנגד למתן הצו. 1438
- (2) פרשנותו התכליתית של סעיף 43 לפקודה, בשים לב לשינוי שחל במעמדה הנורמטיבי של הזכות להליך הוגן לאחר חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם

וחירותו, כמו גם לאור השינוי בנקודת האיוון לעניין הגנת הזכות להליך הוגן כפי שהוטעם בעניין יששכרוב [2], מחייבת הכרה באפשרות להחיל את הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית גם לפני הגשת כתב אישום. 440 – 439

(3) ההסמכה החוקית המעוגנת בסעיף 43 לפקודה, מאפשרת, במקרים המתאימים, זכות טיעון גם לצדדים שלישיים ולא רק ל"מחזיק". סעיף 43 לפקודה נחקק לפני כניסתו לתוקף של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך גם דברי חקיקה מעין אלה מתפרשים ברוח חוקי היסוד ולאורם. 440

(4) (אליבא דנשיאה ד' ביניש): בנסיבות דנן, אין מתעוררת טענה בדבר אי חוקיותה של פעילות המשטרה, ואף העמדת השאלה לביורור שיפוטי בטרם הגשת כתב אישום בהליך לפי סעיף 43 לפקודה אינה שכיחה – בלשון המעטה. לכן אין לבלבל בין השלבים השונים של ההליך הפלילי, ובפרט בין שלב השגת הראיות לשלב ההכרעה בקבילותן. 405 – 404

יב. (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין):

(1) בנסיבות דנן, בין השיקולים הרלוונטיים היה על בית המשפט להעניק משקל מכריע לחובת ההגיונות של הרכבת כלפי עובדיה, כפי שזו התגבשה בנסיבות הקונקרטיות והייחודיות של תיק זה, ולהימנע מחיובה למסור את ההודעות שמסרו עובדיה בהליכי החקירה הפנימית. 459

(2) היושר וההגיונות טבועים בצופן הגנטי של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ושל עם ישראל. יש להזכיר דברים אלה גם אם הם בחינת מושכלות יסוד. 461-בג

יג. (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין):

(1) בנסיבות דנן, אף שהרכבת היא גוף המאוגד במשפט הפרטי, נושאת פעילותה אופי ציבורי של ממש. וגם אם אין הכרח בבעלות ציבורית כשלעצמה כדי להחיל על גוף שכזה את נורמות המשפט הציבורי, הנה בהצטרף טיב תפקידה הציבורי, מהות השירות שהיא מספקת וחיוניותו, באה הרכבת בשערי המשפט הציבורי, ובמובהק. 460 – 459

(2) בנסיבות שבהן ניתנו העדויות המדוברות כנגד התחייבות מפורשת של רשות ממלכתית, שאדם מן היישוב היה מקבל את דיברתה, ועל התחייבות זו הסתמכו העובדים ומסרו עדותם, יש מקום להגן על ציפיותם זו. 465 – 464

(3) בהקשר של מידת ההסתמכות הראויה להגנה, הסתמכות עובד על הבטחתו של גוף דו-מהותי ראויה מטבעה בנסיבות מסוימות להגנה יותר מהסתמכותו על הבטחתו של גוף פרטי. 465-א-ב

(4) תוצאה אחרת חושפת את העובדים אל מעבר להבטחה שניתנה להם, ושעליה השליכו יהבם, על פני הדברים בתום לב. 467

(5) (דעת מיעוט – השופט י' דנציגר): חובת ההגיונות היא ערך יסוד אשר צריך לחול בכל מערכת יחסים שבין עובד למעביד. ואולם, בנסיבות העניין אין

הכרח להכריע בנדון בשל החובות החלות על הרכבת כלפי עובדיה בשים לב להיותה גוף דו-מהותי. 445ב

- (6) (אליבא דנשיאה ד' ביניש): בנסיבות דנן, המחלוקת כלל אינה נסבה על השאלה בדבר הפרתה של חובת ההגינות כלפי העובדים, אלא על שאלת העיתוי המתאים ביותר של ההליך הפלילי לבחינת שאלות ההגינות והקבילות. 407ד

חוקי יסוד שאוזכרו:

- ב — חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 1, 8, 11.
- חוק יסוד: חופש העיסוק, סעיף 1.

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- ג — פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, סעיף 43.
- פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, סעיפים 12, 46, 47, 48.
- חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, סעיף 32.
- ד — חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, סעיף 13.
- חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, סעיפים 14, 22.
- חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, סעיף 10.
- חוק המשטרה (דין משמעתי, ביורר קבילות שוטרים והוראות שונות), התשס"ו-2006, סעיף 102.
- ה — חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, סעיף 539א.
- חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, סעיפים 21, 21(ד).
- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה — מעצרים), התשנ"ו-1996, סעיפים 12, 13, 13(3).
- ו — חוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958, סעיף 9.
- חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, סעיף 1.
- חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיפים 12, 39, 61(ב).

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- ז [1] רע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל, פ"ד (סד) 288 (2010).

- [2] ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא (1) 461 (2006).
- [3] ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה (1) 626 (2011).
- [4] ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (4) 9 (2004).
- [5] בש"פ 9305/08 פלוני נ' בית ספר אל מאמוניה לבנות (לא פורסם, ניתן ביום 3.12.2008).
- [6] בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485 (1990).
- [7] בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראשעיריית בארשבע, פ"ד נג (3) 289 (1999).
- [8] בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, ניתן ביום 12.7.2010).
- [9] רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 2.1.2011).
- [10] רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט (4) 55 (1995).
- [11] רע"א 8943/06 יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ, פ"ד סג (3) 88 (2009).
- [12] ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תלאביב, פ"ד מא (2) 337 (1987).
- [13] רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז (5) 764 (1993).
- [14] רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עיככרם נ' גלעד, פ"ד מט (2) 516 (1995).
- [15] בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פ"ד סב (4) 167 (2008).
- [16] רע"א 637/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' אברת – סוכנות ביטוח בע"מ, פ"ד נה (3) 661 (2001).
- [17] בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד (3) 1 (2011).
- [18] עע"ם 6013/04 משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס (4) 60 (2006).
- [19] ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 221 (1996).
- [20] בג"ץ 9197/06 יחיא נ' ראש המטה הכללי-צבא הגנה לישראל (לא פורסם, ניתן ביום 10.12.2007).

- [21] בג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הכללי בצה"ל (לא פורסם, ניתן ביום 29.6.2008).
- א [22] רע"א 4708/03 חן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד ס (3) 274 (2005).
- [23] בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 13.9.2009).
- [24] ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 466 (1981).
- ב [25] ע"פ 497/92 נחום (קנדי) נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 24.10.1995).
- [26] ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 4.6.2006).
- ג [27] בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 133 (1996).
- [28] בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (4) 449 (1982).
- [29] ע"פ 1242/06 צור נ' מדינת ישראל, פ"ד סב (2) 271 (2007).
- [30] בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס (2) 477 (2005).
- ד [31] בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999).
- [32] ע"פ 183/78 אבו מידג'ס נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (4) 533 (1980).
- [33] רע"א 2534/02 שמשון נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נו (5) 193 (2002).
- ה [34] רע"א 2616/03 ישרכארט בע"מ נ' רייט, פ"ד נט (5) 701 (2005).
- [35] רע"א 11126/08 לבייב נ' רפאלי (לא פורסם, ניתן ביום 7.5.2009).
- [36] בש"פ 9086/01 רביב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 163 (2002).
- [37] בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 376 (2000).
- [38] בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 23.2.2009).
- ו [39] ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 23.11.2011).
- [40] דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721 (2000).
- ז [41] בג"ץ 4289/00 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 10.12.2009).

- [42] בג"ץ 4485/08 אלישע נ' אוניברסיטת תל-אביב (לא פורסם, ניתן ביום 5.10.2009).
- [43] ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 22.6.2009). א
- [44] בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355 (1995).
- [45] בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא (3) 93 (2006).
- [46] בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא (1) 619 (2006). ב
- [47] בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94 (1995).
- [48] בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (לא פורסם, ניתן ביום 6.2.2011).
- [49] רע"פ 3152/06 צדוק נ' גינת (לא פורסם, ניתן ביום 27.11.2006). ג
- [50] ע"פ 725/97 קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי, פ"ד נב (1) 749 (1998).
- [51] רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח (1) 748 (2003).
- [52] רע"פ 201/07 חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 24.1.2007). ד
- [53] ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464 (1992).
- [54] בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יטודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, פ"ד מז (2) 661 (1993). ה
- [55] בר"ם 1106/04 ועדה מקומית לתכנון ובנייה – חיפה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 13.12.2006).
- [56] ע"א 8414/08 טל נ' פריד (לא פורסם, ניתן ביום 28.10.2008).
- [57] עע"ם 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ) (לא פורסם, ניתן ביום 11.2.2008). ו
- [58] ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה (4) 28 (2001).
- [59] בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב (1) 289 (1998). ז

- [60] רע"א 470/08 כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר (לא פורסם, ניתן ביום 4.3.2010).
- א [61] בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז (4) 702 (1993).
- [62] ע"א 1842/97 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, פ"ד נד (5) 15 (2000).
- ב [63] בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג (2) 545 (2009).

פסקי דין אוסטרליים שאוזכרו:

- [64] TKWJ v. The Queen (2002) 212 C.L.R. 124.

ג פסקי דין אמריקניים שאוזכרו:

- [65] Giordenello v. U. S., 357 U.S. 480 (1958).

פסקי דין דרום-אפריקניים שאוזכרו:

- ד [66] Key v. Att'y Gen., Cape Provincial Division, 1996 (6) B.C.L.R. 788.

פסקי דין קנדיים שאוזכרו:

- ה [67] R. v. Hynes, [2001] 3 S.C.R. 623.
- [68] R. v. Grant, [2009] 2 S.C.R. 353; 2009 S.C.C. 32.
- [69] R. v. Côté, [2011] 3 S.C.R. 215; 2011 S.C.C. 46.
- [70] R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265.

ו ספרים ישראליים שאוזכרו:

- ז [71] יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון (מהדורה משולבת ומעודכנת, (2009).
- [72] פרידריך ניטשה מעבר לטוב ולרוע – לגניאלוגיה של המוסר (1967).
- [73] אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).
- ט [74] יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים (מהדורה מעודכנת, (2008).

- [75] אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה (1993).
- [76] דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב (2010).
- [77] יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).
- [78] אסף הראל גופים דרמהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008).
- [79] יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב – ההליך המינהלי (מהדורה שנייה מורחבת, 2011).
- א
- ב
- מאמרים ישראליים שאוזכרו:
- [80] יובל מרין, רינת קיטאיסנג'רו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים 429 (2007).
- ג
- [81] אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים 11 (1996).
- [82] בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" משפט וצבא יט 67 (2007).
- ד
- [83] אליקים רובינשטיין "כי תעשה הטוב והישר בעיני ה' אֵלֶיךָ – הישר כערך" פרשת השבוע 39 (פרשת ראה, התשס"א).
- ה
- ספרים זרים שאוזכרו:
- [84] ARCHBOLD: CRIMINAL PLEADING, EVIDENCE AND PRACTICE (P. J. Richardson ed., 2010).
- [85] STEPHEN ODGERS, UNIFORM EVIDENCE LAW (8th ed., 2009).
- ו
- מאמרים זרים שאוזכרו:
- [86] Abraham S. Goldstein, *The Search Warrant, The Magistrate and Judicial Review*, 62 N.Y.U. L. REV. 1173 (1987).
- [87] Binyamin Blum, 'Exclude Evidence, You Exclude Justice'? A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule After *Issacharov*, 16 SW. J. INT'L L. 385 (2010).
- ז

- א [88] Don Stuart, *Welcome Flexibility and Better Criteria from the Supreme Court of Canada for Exclusion of Evidence Obtained in Violation of the Canadian Charter of Rights and Freedom*, 16 SW. J. INT'L L. 313 (2010).

שונות:

- ב [89] הוראה פנימית של רכבת ישראל 41-02-03 "הוראת נוהל ועדות חקירה", סעיף 10.8.
- [90] "ועדות בירור פנימיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.2301 (התשס"ג) (עודכנה התשע"ג), סעיף ב.
- [91] הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.
- ג [92] הרב אביגדר נבנצל "ועשית הישר והטוב" (שיחה לפרשת ויצא, התשע"ב).
- [93] אהרן ליכטנשטיין "שמרנות וחידוש בנס חנוכה" (שיחה במסגרת בית המדרש הווירטואלי, ישיבת הר עציון, כ"ט בכסלו התש"ס).

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- ד [א] דברים ו 18.
- [ב] דברים יב 28.
- [ג] תהלים לו 37.
- [ד] תהלים קיא 1.
- ה [ה] תהלים קיא 7-8.
- [ו] משלי ד 11.
- [ז] מסילת ישרים לר' חיים משה לוצאטו.
- [ח] משלי טז 17.
- ו [ט] איוב ו 25.
- [י] ישעיהו כו 7.
- [יא] הושע יד 10.
- [יב] תלמוד בבלי, שבת לא, ע"א.
- [יג] תלמוד בבלי, עבודה זרה כה, ע"א.
- ז [יד] העמק דבר לר' נפתלי צבי יהודה ברלין, פתיחה לספר בראשית.

- א
- [טו] משנה תורה, הלכות דעות, פרק ב, הלכה ו.
 [טז] משנה תורה, הלכות שכנים, פרק יד, הלכה ה.
 [יז] מגיד משנה, הלכות שכנים, פרק יד, הלכה ה.
 [יח] אגרת הרמב"ן.
 [יט] נתיבות אור לר' יצחק בלאזער.
 [כ] מסילת ישרים לר' חיים משה לוצאטו, הקדמת הרב המחבר.
 [כא] שולחן ערוך, חושן משפט.
 [כב] תלמוד בבלי, שבת לא, ע"א.
 [כג] צפניה ג 13.
 [כד] תלמוד בבלי, בבא מציעא מד, ע"א.
 [כה] טור, חושן משפט, הלכות מקח וממכר, סימן רד.
- ג
- עתירה לדיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון ברע"פ 851/09 [1] מיום 22.7.2010 (השופטים א' לוי, א' רובינשטיין ו' דנציגר). העתירה התקבלה ברוב דעות, נגד דעתם החולקת של השופטים י' דנציגר וא' רובינשטיין.
- ד
- נעמי גרנות – בשם העותרת;
 חדוה באום, עודד מורנו – בשם המשיבים.

פסק דין

ה

הנשיאה ד' ביניש:

1. לפנינו עתירה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון מיום 22.7.2010 ברע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל [1]. בפסק הדין האמור נקבע כי מכוח זכותם של המשיבים 1–11 (להלן: העובדים), שהם עובדיה של המשיבה 12 (להלן: הרכבת) להליך הוגן, ומכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנגזרת ממנה, אין להעביר למשטרה את ההודעות שנגבו מהעובדים על ידי ועדות בדיקה פנימיות של הרכבת. ועדות אלה מונו כדי לחקור שתי תאונות דרכים קשות שבהן היו מעורבות רכבות בשנת 2005. בשתי התאונות נהרגו שמונה בני
- ן
- ט

- אדם ורבים אחרים נפצעו. בקשת המשטרה לקבלת ההודעות האמורות נעשתה על פי הליך של הזמנה להציג חפץ לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי, או הפקודה), כחלק מהחקירה הפלילית של שתי התאונות ולפני הגשת כתבי האישום בגינן. בהתאם להחלטתי מיום 2.11.2010 נועד דיון נוסף זה לבחון את שלב ההכרעה השיפוטית בשאלת תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי [2] (להלן: עניין יששכרוב) – ובענייננו, בשלב תפיסת המסמכים לצורכי חקירה, ובמיוחד בנוגע לפרוטוקולים של ועדות חקירה פנימיות, ועדויות שנמסרו לפנייהן בפרט.

רקע עובדתי והשתלשלות ההליכים

2. שתי תאונות הרכבת מושא ההליך שלפנינו התרחשו בחודשים יוני ויולי 2005. משטרת ישראל פתחה בחקירה פלילית של התאונות שבמהלכה זומנו העובדים לחקירה. במקביל לחקירה הפלילית מינתה הרכבת ועדות חקירה פנימיות לשם בירור נסיבות התרחשותן של התאונות. ועדות אלה גבו עדויות מהעובדים ומגורמים נוספים. לבקשת המשטרה העבירה הרכבת מסמכים רבים לעיון המשטרה ובהם הדו"חות שנערכו על ידי ועדות החקירה הפנימיות. בחודש יוני 2006, לאחר שתיקי החקירה הוחזרו למשטרה על ידי הפרקליטות לשם השלמת חקירה, פנה החוקר שטיפל בחקירת שתי התאונות לבית המשפט לתעבורה באשדוד בבקשה למתן צו להמצאת מסמכים לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי, שקובע כדלקמן:

- ה"הזמנה 43. ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי להציג חפץ חקירה או משפט, רשאי הוא להזמין כל אדם, שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו, להתייצב ולהציג את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה".

- בהליך שהתקיים בבית המשפט לתעבורה הסכימו הרכבת והעותרת (להלן: המדינה) (בהסכמה שקיבלה תוקף של החלטה) כי המסמכים הרלוונטיים לחקירת התאונות יעברו לידי המשטרה, למעט חומר שיש לגביו טענה של חיסיון מפני הפללה עצמית, אשר יוכנס למעטפה סגורה שתופקד בכספת של

בית המשפט. החומר שלגביו הועלתה טענת החיסיון מפני הפללה עצמית ושאכן הופקד בכספת של בית המשפט הוא הודעות העובדים לפני ועדות החקירה הפנימיות, שאותן התנגדה הרכבת להעביר לעיון המשטרה. בהקשר זה יצוין כי הרכבת הודיעה שהיא מוותרת על החיסיון הנתון לה מפני הפללה עצמית ככובעה כתאגיד, אך טענה כי אין בידה לוותר על החיסיון מפני הפללה עצמית שעומד לעובדיה. לאחר קיום הליכים נוספים, שאין צורך לפרטם, דחה בית המשפט לתעבורה את טענותיה של הרכבת וקבע כי משעה שהרכבת ויתרה על החיסיון שלה מפני הפללה עצמית אין היא יכולה לטעון בשם זכותם של העובדים לחיסיון זה, שכן החיסיון מפני הפללה עצמית הוא זכות אישית בלבד. בכל הנוגע לטענת הרכבת בדבר פגיעה בזכותם של העובדים להליך הוגן, קבע בית המשפט לתעבורה כי העובדים יורשו להעלות טענות באשר לקבילות הודעותיהם ובאשר לקבילותן במשפטם שלהם. בית המשפט המחוזי שאליו ערערו המשיבים לא ראה להתערב בהחלטתו של בית המשפט לתעבורה ואישר את החלטתו להעביר את ההודעות לעיון המשטרה. בקשת רשות הערעור שהגישו המשיבים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי נתקבלה בפסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף שלפנינו. עוד יצוין כי, בד בבד עם ההליכים המתוארים לעיל, הוגש בחודש ספטמבר 2008 לבית משפט השלום באשקלון כתב אישום בנוגע לשתי תאונות הרכבת (שהדיון בו הועבר מאוחר יותר לבית משפט השלום בבאר-שבע). הרכבת והמשיבים 2 ו-7 נמנים עם הנאשמים בהליך האמור.

3. חוות הדעת העיקרית בפסק הדין מושא העתירה ניתנה מפי חברי השופט י' דנציגר. בפסק דינו קבע השופט דנציגר כי על אף שהרכבת אינה רשאית למנוע את העברת הודעות העובדים לפני ועדות החקירה הפנימיות למשטרה מכוח החיסיון העומד לעובדים מפני הפללה עצמית, שכן חיסיון זה הוא חיסיון אישי בלבד, הרי שיש למנוע את העברת ההודעות למשטרה בשל הפגיעה שתיגרם כתוצאה מכך בזכותם של העובדים להליך הוגן. פגיעה זו, בהתאם לקביעתו של השופט דנציגר, מקורה בכך שבהתאם לציפיותיהם הסבירות של העובדים, שהתבססו על הוראות הנוהל הפנימי של הרכבת, הודעותיהם אמורות היו להישאר חסויות וסודיות ולא לשמש נגדם לצורך הליך פלילי. בהקשר זה ציין חברי בפסק דינו כי לפי הנוהל הפנימי של הרכבת העובד אינו מיוצג בעת מסירת הודעתו לפני ועדת הבדיקה הפנימית, והעובדים לא הוזהרו כי הדברים שנאמרו על ידיהם

עשויים להימסר למשטרה ולשמש לחובתם בהליך פלילי. עוד יצוין כי בפסק דינו קבע השופט דנציגר כי לעובדים עומדת זכות טיעון עצמאית שעל פיה הם רשאים לטעון נגד העברת הודעותיהם למשטרה בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי, על אף שהצו לפי סעיף 43 הנ"ל היה מופנה לרכבת בלבד. זכות זו גזר השופט דנציגר, בראש ובראשונה, מזכות הטיעון העומדת לאדם בהתאם לכללי הצדק הטבעי לפני קבלת החלטה על ידי רשות שלטונית המשנה את מצבו לרעה. כן נקבע בפסק הדין כי זכות הטיעון של העובדים בהליך לפי סעיף 43 לפקודה נגזרת מהזכות להליך הוגן, מזכות הגישה לערכאות ומהמגמה להרחיב את זכות העמידה של צדדים שלישיים בהליך הפלילי.

קביעה נוספת בפסק הדין מושא העתירה היא כי בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהוכרה בעניין יששכרוב [2] ניתן למנוע – עוד בטרם הגשת כתב אישום – את העברתם למשטרה של מסמכים, אם הדבר יגרום לפגיעה בהגנות ההליך. בהקשר זה ציין השופט דנציגר כי הזכות להליך הוגן חלה בכל שלביו של ההליך הפלילי, ובכלל זה – בשלב החקירה במשטרה. לגישתו, הכרעה בעניין קבילותה של ראיה עוד בשלב מקדמי, בהליך לפי סעיף 43 לפקודה, עשויה למנוע במקרים מתאימים את העמדתו לדין של חשוד כשאין די ראיות לכך. שיקול נוסף שאליו התייחס השופט דנציגר הוא שלעתים מניעת העברתה של ראיה לעיון המשטרה לפני הגשת כתב אישום תורמת להגשמת אינטרסים חברתיים חיוניים שהם חיצוניים להליך הפלילי. כך, בכל הנוגע לפרשה שלפנינו, נקבע כי מסירת הודעות של עובדים לפני ועדות חקירה פנימיות למשטרה, באופן שיחשוף את העובדים לסיכון של העמדה לדין, עלולה ליצור "אפקט מצנן" באשר לשיתוף פעולה של עובדים עם ועדות חקירה פנימיות. אפקט מצנן זה עלול לפגוע, כך לפי השופט דנציגר, באפקטיביות של ועדות חקירה אלה ובאינטרס הציבורי. באשר לאופן יישומה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, בכל הנוגע למניעת העברתם של מסמכים לעיון המשטרה לפני הגשת כתב אישום, ציין עוד השופט דנציגר כי דוקטרינה זו תיושם באופן דומה לאופן שבו היא מיושמת לאחר הגשת כתב אישום – בהתאם לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה לגופו.

בנסיבות המקרה דנן קבע, כאמור, השופט דנציגר כי בשל ציפיותיהם הסבירות של העובדים לחיסיון ולסודיות הודעותיהם לפני ועדות החקירה

הפנימיות, וכן אי ייצוגם של העובדים בוועדות ואי אזהרתם כי דבריהם עשויים להימסר בעתיד למשטרה ולשמש לחובתם בהליך פלילי, יש למנוע את מסירת הודעותיהם של העובדים למשטרה. עוד הוסיף השופט דנציגר כי לנוכח העובדה שכתבי אישום בפרשה הוגשו גם בלא שהמשטרה עיינה בהודעות ובהתחשב בטענת המדינה כי אין בכוונתה להגיש את ההודעות בבית המשפט (טענה שהמדינה חולקת עליה בעתירתה לדיון נוסף), הרי שגם אם מדובר בראיות חשובות, אין הן חיוניות. לפיכך, הגיע השופט דנציגר למסקנה כי יש לבטל את הצווים שניתנו על ידי בית המשפט לתעבורה בהתאם לסעיף 43 לפקודה.

4. חברי השופט א' רובינשטיין הצטרף לתוצאה שאליה הגיע השופט דנציגר. לגישתו, הטעם העיקרי למניעת העברתן של הודעות העובדים לידי המשטרה הוא חובת ההגינות כלפי העובדים שמסרו את הודעותיהם והציפייה שנוצרה אצלם בעקבות הבטחה שנתנה להם הרכבת, בנוהל ספציפי, שלא לחשוף את החומר. בהקשר זה הוסיף השופט רובינשטיין כי יש לייחס משקל להיותה של הרכבת, שהייתה בעבר חלק מרשויות המדינה, גוף דו־מהותי. על כן, מבחינת העובדים, כך לפי השופט רובינשטיין, הייתה הבטחת הרכבת לאי חשיפת החומר מעין התחייבות של רשויות המדינה. עוד הוסיף השופט רובינשטיין כי, בנסיבות העניין, יש לאפשר לרכבת לחזור בה מהוויתור על החיסיון מפני הפללה עצמית ולקבל בחזרה את המסמכים שהופקדו בכספת של בית המשפט, אם תבחר לעשות כן.

5. שלא כחבריי השופטים י' דנציגר וא' רובינשטיין, הגיע חברי השופט א' לוי למסקנה כי אין למנוע את העברת הודעותיהם של העובדים בוועדות החקירה הפנימיות למשטרה. בפסק דינו הדגיש השופט לוי כי עניינו של פסק הדין בעניין יששכרוב [2] הוא בקבילותן של ראיות בהליך לבירור אשמה, והוא לא התכוון למנוע מהרשות החוקרת לעשות שימוש בחומר ראייתי קיים. בהקשר זה עמד השופט לוי על ההבחנה בין קבילות לחיסיון, ועל כך שיתכן כי מסמך שאינו נהנה מחיסיון לא יהיה קביל בהליך משפטי. עוד הוסיף השופט לוי כי דוקטרינת הפסילה החוקתית שעוצבה בעניין יששכרוב [2] היא דוקטרינת פסילה יחסית שלפיה החלטה על פסילת ראיה אינה מתקבלת באופן אוטומטי, אלא נתונה לשיקול דעתה של הערכאה היושבת לדין. השיקולים שעל אותה ערכאה לשקול, ובהם גם שיקולים הנוגעים לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם

ולחשיבות הראיה, יכול – לגישתו של השופט לוי – שיובאו בחשבון רק על ידי ערכאה הדנה באישום קונקרטי לאחר הגשת כתב האישום, ולא קודם לכן. לפיכך, הגיע השופט לוי למסקנה כי את טענות העובדים בנוגע לפגיעה בזכותם להליך הוגן כתוצאה מהעברת הודעותיהם למשטרה עליהם להעלות בהליך בגדרי ההליך העיקרי. כן ציין השופט לוי כי שאלת העיון במסמכיהן של ועדות חקירה פנימיות התעוררה בעבר בפסיקת בית משפט זה, אולם עד כה לא נמצאה הצדקה להורות על חסיונם של מסמכים אלה בדרך הלכתית.

א

ב

טענות הצדדים

6. לטענת המדינה בפסק הדין מושא העתירה [1] נקבעה הלכה חדשה שלפיה מן הראוי להרחיב את תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שנקבעה בעניין יששכרוב [2], גם לשלב של טרם הגשת כתב האישום. המדינה טוענת כי הלכה חדשה זו קובעת, למעשה, מעין חיסיון פסיקתי חדש המונע מהמשטרה לעיין בראיות רלוונטיות ולאוספן, וזאת – לעומת הלכת יששכרוב [2] שעניינה הוא בשיקולי קבילות ראיות. לשיטת המדינה, בכך מסיטה ההלכה החדשה את נקודת האזיון שנקבעה בעניין יששכרוב [2] בין האינטרסים של חשיפת האמת ולחיימה בפשע לבין זכויות הנאשם והגינות ההליך הפלילי. המדינה מוסיפה וטוענת כי הלכת יששכרוב [2] מבוססת על תורת האזיונים ועל ההכרה ביחסיותן של הזכויות. בהקשר זה יש להתחשב, בין היתר, בחומרת העבירה המיוחסת לנאשם ובחשיבות הראיה להוכחת האשמה. אולם, כך ממשיכה המדינה וטוענת, איזון זה יכול שייעשה רק על ידי בית המשפט שדן בכתב האישום ושלפניו פרושה מלוא התמונה העובדתית והראייתית ואין ניתן לערוך את האזיון הנדרש בשלב החקירה. בהקשר זה גורסת המדינה כי ההלכה החדשה אינה מידתית, שכן היא מסיגה שלא לצורך את ערך גילוי האמת מפני הערך של הזכות להליך הוגן, בעוד שניתן לערוך את האזיון הנדרש בין שני הערכים במשפט עצמו. כן מציינת המדינה כי גם בשיטות משפט אחרות נבחנת השאלה של פסילת ראיות, שנטען כי הושגו שלא כדין, בשלב המשפט עצמו ולא בשלב החקירה. המדינה מוסיפה עוד כי העברת עיתוי השקילה של פסילת הראיות לשלב החקירה המשטרית עלולה בעצמה לפגוע בזכות להליך הוגן, משום שיתכן כי דווקא בראיה שנפסלה במהלך החקירה המשטרית יהיה טמון מידע שיהיה בו כדי להועיל למי מן הנאשמים על פי כתב האישום שגיובש

ג

ד

ה

ו

ז

בסופה של החקירה. כן טוענת המדינה כי הענקת זכות טיעון לכל מי שנפגע מצו שניתן במהלך חקירה פלילית תביא להעברת החקירה הפלילית אל בית המשפט, ואף לסיכולה.

א

בכל הנוגע למעמדן של ועדות חקירה פנימיות טוענת המדינה כי קיומם של הסדרים סטטוטוריים ספציפיים המעניקים חיסיון לתחקירים פנימיים מסוגים שונים אינו מלמד על קיום חיסיון מעין זה במקרים אחרים. לטענת המדינה, דווקא קיומם של הסדרים פרטניים מעין אלה מלמד כי המחוקק בחר להעניק חיסיון זה לגופים מסוימים ולא לגופים אחרים, שלגביהם הערך בדבר קידום חקר האמת בחקירה הפלילית גובר על טענות חיסיון למיניהן. בכל הנוגע לנסיבות המקרה שלפנינו, טוענת המדינה, לא היה זה סביר להחיל את הלכת יששכרוב [2]. זאת, כך טוענת המדינה, משום ששתיים מבין שלוש קבוצות השיקולים שנמנו בעניין יששכרוב [2] לצורך בחינת השאלה אם ראוי לפסול ראייה – קיומו של פסול בהתנהגות הרשות החוקרת ומידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה – כלל אינן רלוונטיות במקרה דנן. עוד טוענת המדינה כי אין ניתן להעריך את חיוניות הראיות שנפסלו ולערוך את האיזון הנדרש לפי הלכת יששכרוב [2] (לפי קבוצת השיקולים השלישית שנמנתה בעניין יששכרוב [2] ונוגעת לבחינת הנזק מול התועלת החברתית בפסילת הראייה) בלי לבחון את הראייה שפסילתה מתבקשת על רקע מכלול הראיות.

ב

ג

ד

7. המשיבים טוענים כי פסק הדין מושא העתירה [1] אינו אלא פיתוח ויישום של הלכת יששכרוב [2] והוא מבוסס על עקרונות דומים לאור מעמדה החוקתי של הזכות לחירות ולאור השפעת המהפכה החוקתית על זכויותיהם של חשודים ושל נאשמים בפלילים. כן מדגישים המשיבים את מעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן, כפי שהוכרה בעניין יששכרוב [2]. בהקשר זה מציינים המשיבים כי זכות זו והזכויות הנגזרות ממנה (כגון זכות השתיקה והזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית) חלות גם בשלב החקירה, טרם הגשת כתב האישום. לטענתם, אין זה סביר ואין זה מידתי כי בית משפט שדן במקרה כלשהו בשלב החקירה יימנע ממתן ההגנה הנדרשת לזכות להליך הוגן ולזכויות הנגזרות ממנה, אף אם מדובר בדיון הנערך בשלב שלפני הגשת כתב האישום. זאת, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. בהקשר זה, ממשיכים המשיבים

ה

ו

ז

וטוענים כי אין מניעה שבמקרים המתאימים יזהה בית המשפט את עוצמת הפגמים שנפלו בהליך כבר בשלב החקירה. המשיבים מוסיפים עוד כי אם ניתן להכריע בשאלת קבילותה של הראיה בשלב החקירה וכך למנוע את הגשת כתב האישום (כאשר מדובר, למשל, בראיה היחידה שעליה ניתן לבסס את האישום), מן הראוי לעשות כן ולמנוע מהחשוד את עינוי הדין הכרוך בקיום ההליך המשפטי. בכל הנוגע לטענת המדינה בדבר האפשרות לבחון את חשיבות הראיה רק בשלב המשפט עצמו טוענים המשיבים כי העובדה שהמדינה הגישה כתב אישום ללא קבלת הודעותיהם של העובדים מצביעה על כך כי, במקרה דנן, אין מדובר בראיות חשובות ומכריעות. זאת, במיוחד, בהתחשב בכך שכל החומר האחר של ועדות החקירה – לרבות חלק מההודעות – נמסר למשטרה. לפיכך, לשיטתם, אינטרס גילוי האמת אינו נפגע כתוצאה מפסק הדין מושא העתירה [1].

כך טוענים המשיבים כי בהלכת יששכרוב [2] עצמה לא נקבעו מסמרות בנוגע לפרמטר של חשיבות הראיה, ואף צוין שם כי מדובר בפרמטר שאינו נקי מקשיים. כאשר לחיסיון של ההודעות שנמסרו בוועדת החקירה הפנימית טוענים המשיבים כי בהיות הרכבת חברה ממשלתית, יש מקום לתת מעמד מיוחד לסמכויותיה מול עובדיה. המשיבים מוסיפים וטוענים בהקשר זה כי עובדי הרכבת נדרשים על פי נוהל ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת [89] לשתף פעולה עם ועדות החקירה הפנימיות לשם שיפור הבטיחות ברכבת, כאשר הנוהל [89] מבטיח לעובדים את שמירת הסודיות והחיסיון של הדברים שנאמרו על ידיהם במהלך העדות. בהקשר זה מציינים המשיבים כי עובד שאינו מצייט לנוהל ואינו משתף פעולה עם הוועדה, נחשף לפגיעה ממשית במעמדו כעובד עד כדי פיטורים. כן מציינים המשיבים כי במהלך מסירת עדותו של העובד לפני ועדת החקירה הפנימית אין נשמרות הזכויות השונות העומדות לו בעת חקירה על ידי המשטרה, ובהן הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, זכות השתיקה והזכות להיוועץ עם עורך דין. המשיבים מדגישים עוד כי תוכן הדברים שנמסרו על ידי הנחקרים נכלל ממילא בדו"חותיהן של ועדות החקירה שנמסרו למשטרה וכי התנגדותם היא רק למסירת האמרות בכתב של העובדים, שנחקרו בלי שנשמרו זכויותיהם והם עלולים לעמוד לדין. כן מבקשים המשיבים לאפשר לרכבת לשקול מחדש את הוויתור על החיסיון מפני הפללה עצמית, היה וניטה לקבל את העתירה דנן.

דיון

א 8. שתי שאלות עיקריות ניצבות לפנינו בדיון נוסף זה. השאלה האחת נוגעת לשלב בהליך הפלילי שבו ניתן להכריע בטענה בדבר אי קבילות ראיות שהושגו שלא כדין ותוך כדי פגיעה בזכות להליך הוגן, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [2]. בנסיבות העניין שלפנינו, השאלה היא אם טענה מעין זו יכול שתתברר לפני בית המשפט בהליך לפי סעיף 43 לפקודה בשלב החקירה של המשטרה עוד בטרם הגשת כתב אישום, או שמא טענה כזו יכול שתתברר רק בשלב מאוחר יותר – כאשר רשויות התביעה מפעילות את שיקול דעתן בדבר העמדה לדיון, או בהליך העיקרי עצמו לאחר שהוגש כתב אישום. השאלה האחרת היא אם, בנסיבות העניין, ובהנחה שנמצא כי אין להכריע בשאלת קבילותן של הראיות בהליך מקדמי לפי סעיף 43 לפקודה, יש טעם אחר שעשוי להצדיק את אי מסירתן של הודעות העובדים לפני ועדות הבדיקה הפנימיות למשטרה.

האם ניתן להכריע בשאלה בדבר דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בהליך לתפיסת מסמכים לפי סעיף 43 לפקודה?

ד 9. בבואנו לבחון את שאלת אופן יישומה של הלכת יששכרוב [2] בשלב החקירה המשטרתית עלינו לזכור כי דנים אנו בהלכה חדשה שעיקרה מתן שיקול דעת לבית המשפט לפסול ראיה. היקף תחולתה בנסיבות מסוימות והיחס בינה לבין כללים אחרים הנוגעים לקבילות ראיות, טרם התגבשו במלואם – ולא בכדי. הכללים המנחים להפעלת שיקול דעת שיפוטי מחייבים צעידה של עקב בצד אגודל לשם פיתוחם בנסיבות המתאימות. זה כוחה של דוקטרינה פסיקתית שהיא גמישה ומסגרתה מאפשרת פיתוח ממקרה למקרה. חשוב להבהיר עוד כי הדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [2] מעצם טיבה אינה מקיפה כל מצב שבו מתעוררת שאלה הנוגעת לקבילות ראיות או לאופן התנהלותן של רשויות החקירה. ככלל, מיועדת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית להליך השיפוטי העיקרי והיא באה להנחות את אופן הפעלת שיקול הדעת על ידי בית המשפט. אפשר גם לקבוע כי דוקטרינה זו אף אינה באה תחת כל הכללים האחרים שנקבעו בחקיקה או בפסיקה בנושאים של קבילות ראיות או המגבלות המוטלות על רשויות החקירה, אלא מתווספת עליהם. זאת ועוד, הדיון

באופן יישומה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מחייב הקפדה על ההבחנה בין השלבים השונים של ההליך הפלילי לבין השאלות המתעוררות בכל שלב. כך, למשל, ברי כי בשלב החקירה מותר לרשויות החקירה לא אחת לעשות שימוש במידע שייתכן כי רשויות התביעה לא תוכלנה להגישו כראיה קבילה במשפט (כגון עדות שמיעה או דברים שנמסרו מפי מי שאינו כשיר להעיד). עם זאת, בהתאם להוראות חוק שונות ולפסיקת בית משפט זה, יש סוגים שונים של מידע ושל ראיות, שגם המשטרה ורשויות החקירה אינן רשאיות להיחשף להם, וייתכן שאף לא לעשות בהם שימוש אם בכל זאת נחשפו. זאת, בין מטעמי חיסיון ובין מטעמים אחרים (ראו והשוו ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל [3]).

10. בבואנו לבחון את אופן השימוש במידע שנמסר לרשויות החקירה במהלך ההליך הפלילי שומה עלינו אפוא להבחין בין סוגים שונים של מידע ושל ראיות, כמו גם בין השלבים השונים של ההליך הפלילי – החקירה, ההעמדה לדין והמשפט. אכן, אפשר שמידע שניתן לעשות בו שימוש בשלב מסוים של ההליך הפלילי לא ניתן יהיה להשתמש בו (או שיטלו מגבלות שונות על השימוש בו) בשלב אחר של ההליך. השיקולים המנחים את הרשויות השונות המעורבות בהליך הפלילי – רשויות החקירה, רשויות התביעה ובית המשפט שדן בהליך עצמו – שונים זה מזה וכרוכים באופיו של ההליך. לפיכך, ככל שבית המשפט מעורב בדרך כלשהי בהליך הפלילי לפני תחילת המשפט (כגון בהליכי מעצר וחיפוש או בביקורת שיפוטית על החלטותיהן של רשויות התביעה בדבר העמדה לדין) עליו להפעיל את שיקול דעתו השיפוטי באופן המותאם לשלב שבו מצוי ההליך הפלילי באותה עת ולאופיו של האמצעי שמתבקש לעשות בו שימוש. על רקע זה מתעוררת השאלה העומדת במוקד הדיון הנוסף שלפנינו והיא מהו השלב הדיוני המתאים להכרעה בטענה של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין. השאלה האמורה לא הוכרעה בפסק הדין בעניין יששכרוב [2] (ראו שם [2], בעמ' 569). התשובה באשר לצורך בבירור הטענה עשויה להשתנות גם בהתאם להליכים השונים המתקיימים בעת החקירה. לפיכך, בבואנו להכריע בשאלה אם ראוי וניתן לברר טענה מעין זו בשלב החקירה שעורכת המשטרה ובטרם הגשת כתב האישום עלינו לבחון הן את מהות ההליך, שבגדרו מתעוררת השאלה האמורה, והן את העקרונות העומדים בבסיס הדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [2].

בענייננו, השאלה הניצבת לפנינו נוגעת להכרעה בשאלת הפסילה בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי.

א מהותו של הליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי

11. ההליך הקבוע בסעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי מסמיך את בית המשפט להורות לאדם שברשותו מצוי חפץ, שהצגתו "נחוצה או רצויה" לצורכי החקירה או המשפט, והוא המחזיק בחפץ זה, להתייצב ולהציג או להמציא את החפץ. הליך זה מיועד למצבים שבהם ההליך הרגיל של חיפוש ותפיסה אינו ההליך היעיל ביותר לתפיסת החפץ המבוקש ותכליתו היא לקדם את צורכי החקירה או המשפט (ראו: ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל [4], בעמ' 17, להלן: עניין שרון; בש"פ 9305/08 פלוני נ' בית ספר אל מאמוניה לבנות [5], בפסקה 8 להחלטתה של השופטת ע' ארבל). חשוב לציין עוד כי, בשל הנטל שהליך לפי סעיף 43 לפקודה מטיל על הפרט, נקבע בפסיקת בית משפט זה כי אין להשתמש בו על דרך שגרה. כך ציין בהקשר זה המשנה לנשיא ת' אור:

"אכן, שימוש שיגרתי בסעיף אינו ראוי. כשקיימות למשטרה דרכים להגיע בכוחותיה אל מסמכים הדרושים לה, אין הצדקה שהמלאכה או הטרחה בהמצאתם תוטל על הפרט בין שהוא חשוד ובין שלא. אין לשכוח כי הוצאתו של צו מכוח סעיף 43 גוררת חובה למסור חפצים אשר עלולה לגזול, לעתים, מאמץ וזמן, ואף להיות כרוכה בהוצאות כספיות ובהשקעות ובמשאבים אחרים. פגיעה כזו תהיה מוצדקת רק באותם המקרים שבהם הוצאתו של צו כנגד אותו האדם, או קבוצת בני-אדם אשר הוא משתייך אליה, הינה האפשרות הסבירה להתחקות אחר החפצים הדרושים לצורכי חקירה או משפט. בהפעילו את שיקול-דעתו אם להוציא את הצו להמצאת מסמכים, ייתן בית-המשפט משקל גם למידת המאמץ, להוצאה הכספית ולהשקעת הזמן הכרוכות במילוי הצו מצד האדם הנדרש לבצעו. בהתאם, ייתכנו נסיבות שיהיה די בהן כדי שלא תוצדק הוצאת הצו למסור חפצים מכוח סעיף 43. יכולה להיות חשיבות גם למידת הנגישות של האדם שנגדו מתבקש הצו למסירת חפץ, לעומת נגישותם של אחרים, כגון מקרה שיש לאדם – עד או חשוד – יתרון

בשליטה בחפץ הדרוש לצורכי החקירה או בנגישות אליו. כעיקרון, רק כשהדרישה המופנית אל אדם להמצאה של חפץ היא סבירה מבחינת נגישותו אליו ומבחינת המאמץ וההוצאה הנדרשים ממנו, יהיה מקום להוציא נגדו צו לפי סעיף 43.

א

נזכיר כי ייתכנו מקרים שבהם תיתכנה חלופות אחרות להוצאת הצו, אשר פגיעתן באוטונומיה של החשוד הינה קטנה יותר, ואם יסכים להן החשוד, יהא על בית המשפט, ככלל, להעדיף על פני הוצאתו של צו" (ראו עניין שרון [4], בעמ' 15–16).

ב

הביקורת השיפוטית בהליך לפי סעיף 43 לפקודה תורמת אפוא למניעת פגיעה שאינה הכרחית בזכויות המחזיק בחפץ. אולם, כפי שהבהרנו לעיל, בקביעת אופן הפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי יש להתחשב בשלב בהליך הפלילי שבו מגיע העניין לפתחו של בית המשפט. לשון אחר, שיקוליו של בית המשפט המתבקש לצוות על המצאת חומר הדרוש לחקירה – לפי סעיף 43 לפקודה – שונים משיקולי בית המשפט הדן בהליך הפלילי לגופו. בשלב המסירה של חומר ראיתי הדרוש לחקירה, על בית המשפט ליתן דעתו לקשר הענייני שבין החומר המתבקש לבין צורכי החקירה ולמידת הרלוונטיות של חומר זה. לעתים, בית המשפט יידרש בהליך זה ליתן דעתו גם לזכויותיו של המחזיק בחומר המבוקש להימנע מלמסור אותו, כגון בנסיבות שבהן מועלית על ידיו טענת חיסיון או טענה אחרת לפגיעה בזכויותיו כתוצאה ממסירת החומר. לפיכך, יידרש בית המשפט בהליך לפי סעיף 43 לפקודה להתחשב במהות החומר המבוקש, בקיומן של הוראות בחוק או בפסיקה המגבילות את האפשרות להשתמש בחומר זה ובמידת הקשר הענייני שבין החומר המבוקש לבין החקירה. עם זאת, לאור מהות ההליך שבו מדובר, שאלת קבילות החומר כשלעצמה אינה אמורה להתעורר בגדר ההליך לפי סעיף 43 לפקודה. שאלה זו מסורה לבית המשפט שידון, בתום השלבים השונים של החקירה, בהליך הפלילי העיקרי – והמשקל הנתון לה, אם בכלל, בשלב החקירה המשטרית הוא מועט ביותר. בנסיבות אלה, המבחנים התוכניים למסירת החומר בהליך לפי סעיף 43 לפקודה אינם מחמירים במיוחד. ככלל, בהיעדר הוראה בדין המונעת מרשויות החקירה את העיון בחומר זה או אחר, לא תהא מניעה ממסירת החומר למשטרה כל עוד קיים קשר ענייני בינו לבין החקירה.

ג

ד

ה

ו

ז

12. שאלה שעשויה להתעורר בהקשר זה היא מה דינה של ראייה (כגון הודאה) שנוצרה מלכתחילה תוך כדי הפרה ברורה ומובהקת של החוק ואם הפרת החוק שהייתה כרוכה ביצירת הראייה היא בגדר שיקול שבית המשפט נדרש להפעיל כשהוא נותן צו לפי סעיף 43. כיוון שבית המשפט, ככלל, אינו נותן ידו לעידוד מעשה בלתי חוקי, אפשר שבנסיבות מתאימות יהיה גם על בית המשפט הדן בהליך לפי סעיף 43 לפקודה להתחשב בכך שהראייה שרשויות החקירה מבקשות כי תימסר להן נוצרה תוך כדי הפרת חוק ברורה ומובהקת. שאלה זו אינה פשוטה, היא טעונה הכרעה בהתאם לאופייה של אי החוקיות ומכלול הנסיבות, ומביאה בחשבון גם את העובדה שהדוקטרינה בדבר "פירות העץ המורעל" לא אומצה בשיטתנו. אולם, איני רואה צורך להכריע בשאלה זו בפרשה שלפנינו וניתן להותירה לעתיד לבוא. זאת, משום שבמקרה דנן הכול מסכימים כי לא נפל פגם בעצם גבייתן של עדויות העובדים על ידי ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת, והטענה של פגיעה בזכות להליך הוגן מופנית כלפי מסירת עדויות אלה למשטרה ולא כלפי עצם גבייתן.

ודוקו, יש להבחין בין רשותו – ולעתים חובתו – של מעביד, שהוא גוף ציבורי, לברר לצרכיו המקצועיים את הנסיבות שבהן אירע אירוע שעלול להצביע על כשל מקצועי ומחייב הסקת מסקנות אופרטיביות לבין קבילותו של החומר שנאסף כראייה במשפט פלילי. משעמדנו על מהותו ועל תכליתו של ההליך הקבוע בסעיף 43 לפקודה נפנה עתה לבחון את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ואת השאלה אם טענות המבוססות על דוקטרינה זו עשויות להתברר בהליך לפי סעיף 43 הנ"ל.

העקרונות שבבסיס הדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית

13. מאפיין חשוב ויסודי של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאומצה במשפטנו הוא שמדובר בדוקטרינה יחסית שלפיה נתון לבית המשפט שיקול דעת בפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו (ראו עניין יששכרוב [2], בעמ' 562). בגדרי שיקול דעת זה נדרש בית המשפט לערוך איזון בין הצורך בהגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו לבין ערכים ואינטרסים נוגדים ובהם – ערך גילוי האמת, לחימה בפשע והגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה (ראו עניין יששכרוב [2], בעמ' 562).

566). לפיכך, קבענו בעניין יששכרוב [2] כי ראייה שהושגה שלא כדין תיפסל רק בנסיבות שבהן קבלתה במשפט תגרום לפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שאינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה בחוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו (ראו עניין יששכרוב [2], בעמ' 561). כך ציינתי בהקשר זה:

א "נוסחת האיזון העקרונית בין מכלול האינטרסים והערכים האמורים היא זו שעליה עמדנו, ולפיה ראייה שהושגה שלא כדין תיפסל רק אם נוכח בית המשפט לדעת כי קבלתה במשפט תוביל לפגיעה משמעותית, שלא לתכלית ראויה ובמידה שעולה על הנדרש בזכות להליך פלילי הוגן. יישומה של נוסחת האיזון האמורה ייעשה על פי שיקול דעתו של בית המשפט, בהתחשב בנסיבותיו הייחודיות של המקרה הבא לפניו" (עניין יששכרוב [2], בעמ' 562).

ב כאשר עורך בית המשפט את האיזון הנדרש לצורך הכרעה בשאלה בדבר פסילת קבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין על פי הלכת יששכרוב [2] עליו לשקול, כך נקבע שם, שלוש קבוצות עיקריות של שיקולים רלוונטיים (ראו עניין יששכרוב [2], בעמ' 562–566). קבוצת השיקולים הראשונה נוגעת לאופייה ולחומרתה של אי החוקיות או של אי ההגינות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה. בהקשר זה יש לבחון, בין היתר, את מאפייניה של ההתנהגות הפסולה של רשויות החקירה ואת מידת הפגיעה שלה, אם בכלל, בזכויות הנחקר.

ג קבוצת השיקולים השנייה נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה. בהקשר זה, נבחנת המידה שבה אי החוקיות או אי ההגינות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראייה. כן נבחנת השאלה אם קיום הראייה שהושגה שלא כדין הוא נפרד ועצמאי מאי החוקיות או מאי ההגינות שהייתה כרוכה בהשגתה. בהקשר זה עשויה להיות חשיבות רבה לאופייה של הראייה הנדונה, ובנסיבות מתאימות – ניתן להבחין בין ראייה מילולית לבין ראייה חפצית או אחרת.

ד קבוצת השיקולים השלישית שעשויה להיבחן בכל הנוגע לקבילות ראייה שהושגה שלא כדין נוגעת להשפעה של פסילת הראייה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. בהקשר זה עומדת על הפרק השאלה אם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראייה גבוה מן התועלת החברתית שתצמח מכך. הפרמטרים העיקריים

שלפיהם נבחנת שאלה זו הם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. חשוב לציין, עם זאת, כי – כפי שצינתי בעניין יששכרוב [2] – ההתחשבות בפרמטרים אלה של חשיבות הראיה וחומרת העבירה אינה נקייה מקשיים, והשאלה באיזו מידה יש להתחשב בהם לא הוכרעה בעניין יששכרוב [2] ואף היא – במידה רבה – תלויה נסיבות, שכן זה אופיו של שיקול דעת שיפוטי (עניין יששכרוב [2], בעמ' 566).

א

14. עוד חשוב להדגיש כי, מבחינה עיונית, המודל לפסילת הראיות שאומץ בשיטתנו הוא "המודל המניעתי". בהתאם למודל זה, פסילת הראיה שהושגה שלא כדין היא סעד שנועד למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן כתוצאה מקבלתה במשפט של הראיה שהושגה שלא כדין. פסילת הראיה אינה נחשבת בשיטתנו המשפטית לסעד מתקן בגין הפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה עם השגת הראיה. הערך העיקרי שעליו מגינה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בהתאם ל"מודל המניעתי" הוא הערך של הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, ואילו התכלית שעניינה הרתעתן של רשויות החקירה מפני שימוש באמצעי חקירה פסולים היא בעלת חשיבות משנית על פי מודל זה (עניין יששכרוב [2], בעמ' 554–555). עוד יצוין כי ההגנה הניתנת בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית לזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן נוגעת לכל שלביו של ההליך הפלילי, ובכלל זה – לשלב החקירה המשטרית. על כן, פגמים שנפלו בשלב החקירה של המשטרה עשויים להשליך על הגינות ההליך הפלילי בכללותו ולהשפיע על ההכרעה במשפט עצמו (עניין יששכרוב [2], בעמ' 559).

ב

ג

ד

15. לאור אופייה הגמיש והיחסי של הדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית במשפטנו ובהתחשב בכך שהמודל העיוני שאומץ על ידינו הוא "מודל מניעתי" שתכליתו העיקרית היא שמירה על הגינות ההליך הפלילי ועל טוהרו, הרי – ככלל – מן הראוי לערוך את הבירור השיפוטי בעניין שאלת קבילותן של הראיות, שנטען כי הושגו שלא כדין, בעת ההליך המשפטי העיקרי. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [2] מחייבת את בית המשפט שלפניו מועלית טענת אי הקבילות לבחון את חומרת הפגמים הנטענים באופן השגת הראיה. כן נדרש בית המשפט לערוך איזון בהתאם להוראותיה של פסקת ההגבלה בין זכותו של הנאשם להליך הוגן לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים, שעשויים להצדיק את קבלת הראיה על אף הפגם שנפל בהשגתה. בהתאם לאיזון

ה

ו

ז

א זה נדרש בית המשפט לשקול, כאמור בפסקה 13 לעיל, את אופי אי החוקיות או אי ההגינות שבהשגת הראיה, את השפעתה האפשרית של אי החוקיות או אי ההגינות על מהימנות הראיה וייתכן שאף את חשיבות הראיה ואת חומרת העבירה. איזון מורכב זה מן הראוי שייעשה על ידי בית המשפט שדן בהליך העיקרי, שכן לפניו ניצבות התמונה העובדתית והתמונה המשפטית המלאות ביותר בנוגע למקרה הנדון לפניו.

ב יישום הדוקטרינה בדבר הפטילה הפסיקתית בהליך לפי סעיף 43 לפקודה

16. בד בבד עם ההכרה בתפקיד הנתון לבית המשפט שדן בהליך העיקרי, חשוב להבהיר כי מתן אפשרות למשטרה לעיין בחומר שייתכן כי לא יהיה קביל במשפט ולהיעזר בחומר זה לצורכי החקירה, אין משמעו בהכרח כי אותו חומר יובא להכרעה שיפוטית בדבר קבילותו. לרשויות התביעה נתון שיקול דעת נרחב בדבר הראיות שאותן הן מבקשות להציג לפני בית המשפט בהליך הפלילי. כאשר אי הקבילות של ראיה מסוימת ברורה על פניה, הרי שאין מקום, ככלל, להביאה לפני בית המשפט, ועל ה"סינון" של הראיות הבלתי קבילות להיעשות על ידי רשויות התביעה עוד בטרם הגשת כתב האישום. במהלך הערכת קבילותן של הראיות ועוצמתן נדרשות רשויות התביעה, האמונות על האינטרס הציבורי, לבחון גם את מידת הפגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן שתגרום כתוצאה משימוש בחומר מסוים כראיה. היינו, על רשויות התביעה עצמן – בהיותן רשויות שלטוניות הכפופות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו סעיף 11 לחוק היסוד) ולכללי המשפט המינהלי – להשתמש בתום לב ובהגינות בראיות שלפניהן ולפעול לשם הגנה על זכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן (ראו והשוו: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה [6], בעמ' 512–513; בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע [7], בעמ' 307; בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה [8], בפסקה 17 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן).

ל החובה של התביעה לנהוג בתום לב, לכבד את הזכות להליך הוגן ולשקול את שאלת קבילות הראיות שברשותה בטרם תבקש לעשות בהן שימוש במשפט, אינה מבוססת על הלכת יששכרוב [2] בלבד. אך מובן הוא שבהחלטה על ההעמדה לדין על התביעה לבחון, ככל יכולתה בשלב זה, את קבילות הראיות שבירה. כך, למשל, ייתכן שבנסיבות שבהן נחקר, שביקש להימנע מהפללה

א
ב
ג
ד
ה

עצמית ולקיים את זכותו לשתוק בחקירה, חויב בידי איש מרות או מעביד להשיב על שאלות מפלילות – או שניתנה לו הבטחה שלא ייעשה שימוש בהודעה שמסר – תהפוך הודאתו בנסיבות מסוימות להודאה שאינה קבילה בהתאם להוראת סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). דוגמה בולטת למסקנה כזו קמה במצב שבו נדרש עובד להעיד לפני ועדת חקירה פנימית במקום עבודתו. זאת, בנסיבות שבהן לא הייתה לו הבחירה שלא לשתף עימה פעולה בשל איום בפיטורים ולא עמדה לו הזכות שלא להשיב על שאלות מפלילות, ולהימנע מהפללה עצמית או הזכות להיוועץ בעורך דין. בנסיבות מסוימות אפשר שהודעה מעין זו בוועדת חקירה פנימית לא תעמוד במבחני הקבילות הקבועים בסעיף 12 לפקודת הראיות, שלפיהם על ההודאה להיות "חפשית ומרצון". הדבר יקרה כאשר בחינה של כלל נסיבות העניין תביא למסקנה כי נגרמה פגיעה ממשית וחמורה באוטונומיה של הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו (עניין יששכרוב [2], בעמ' 522). אם רשויות התביעה יגיעו לכלל מסקנה כי ההודעה לפני ועדת החקירה הפנימית אינה קבילה על פניה, הרי שלא יהיה מקום להגיש לבית המשפט ולא יהיה צורך בהכרעה שיפוטית בדבר קבילותה. לרשויות התביעה נתון, כמובן, שיקול דעת באשר להגשתה של ראיה מטעמן בבית המשפט. לאור קיום שיקול הדעת האמור, לא בהכרח בית המשפט הוא שיהא חייב להכריע בשאלת קבילות הראיות ויש להניח שתתמנע הגשתן לבית המשפט של ראיות שעל פניהן אינן קבילות בבירור. אך הכוח – ולעתים החובה – של רשויות התביעה להימנע מהגשת ראיות שהן על פניהן בלתי קבילות אינם מצדיקים, כשלעצמם, למנוע מהמשרה לבחון ראיות כאלה לצורכי החקירה. זאת, בין היתר, כדי להגיע לחקר האמת ולמצוא ראיות אחרות שיהיו קבילות לפני בית המשפט.

17. מכל מקום, ההכרעה בשאלת איסוף הראיות בהתקיים חקירה פלילית שונה מהשאלה בדבר קבילות הראיות שנתונה להכרעת בית המשפט הדן בהליך הפלילי. היה ומוגש כתב אישום, ורשויות התביעה מבקשות להגיש ראיה מסוימת שנטען כי הושגה שלא כדין, יש לבית המשפט שלפניו מתנהל ההליך המשפטי העיקרי יכולת טובה יותר מזו של בית המשפט שדן בבקשה לתפיסת חומר בשלב החקירה המשטרית, להכריע בדבר קבילותה על פי מכלול נסיבות המקרה. כפי שהבהרנו בפסקה 11 לעיל, השיקולים המנחים את בית המשפט בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי שונים מהשיקולים המנחים אותו

בבואו להכריע בשאלות של קבילות ראיות במשפט עצמו. בית המשפט הדן בבקשה זו או אחרת בשלב החקירה של המשטרה נחשף, בדרך כלל, אך למקטע מסוים ומוגבל של הפרשה, שתתברר מאוחר יותר בהליך המשפטי העיקרי. לפיכך, יש הכרעות שמן הראוי להשאירן לשלב שבו ייבחנו על פי כלל דיני הראיות ובהן על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. חשוב להדגיש בהקשר זה כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שעוצבה בעניין יששכרוב [2], היא במהותה דוקטרינה גמישה ותלוית נסיבות. לפיכך, קביעה שיפוטית מוקדמת בהליך לפי סעיף 43 לפקודה בדבר אי קבילות של ראיה מסוימת משום שברור כביכול לבית המשפט כי הראיה לא תוכל להתקבל במשפט עצמו, אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות שהונחו בהלכת יששכרוב [2]. בית המשפט הדן בהליך העיקרי, להבדיל מבית המשפט שדן בבקשה מקדמית, הוא בעל האפשרות הטובה ביותר להעריך – על סמך מכלול הנתונים הרלוונטיים המובאים לפניו – את מידת הפגיעה האפשרית בהגינות אותו הליך כתוצאה מקבלת ראיה מסוימת.

18. לאור מאפייניה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שנקבעה בעניין יששכרוב [2], איני סבורה כי עמדתם של שופטי הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף [1] יכולה לעמוד. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה להגן על הגינותו ועל טוהרו של ההליך המתנהל בבית המשפט ולא למנוע מראש את השימוש של המשטרה בראיות שאינן קבילות במשפט, במהלך חקירתה ולצורכי החקירה. לפיכך, אם אמנם ראיה מסוימת הושגה שלא כדין ובאופן הגורם לפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן, תיפסל אותה ראיה על ידי בית המשפט שידון במשפטו של הנאשם. אולם, העובדה שמידע מסוים לא יהיה קביל, בסופו של דבר, בהליך המשפטי אינה מונעת, כשלעצמה, את השימוש באותו מידע על ידי המשטרה במהלך חקירתה. חשוב להדגיש כי אין בגישה זו, התומכת בחשיפת חומר הדרוש לחקירה לפני המשטרה, כדי לקבוע באופן גורף כי המשטרה רשאית לעשות שימוש לצורכי החקירה בכל מידע שבא לפניה, גם אם נמסר תוך כדי הפרה ברורה של החוק. בהקשר זה הותרנו, כזכור, בפסקה 12 לעיל בצריך עיון את האפשרות כי בית המשפט – גם בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי – יוכל להתחשב באי חוקיות ברורה ומובהקת שנפלה באופן יצירת הראיה.

זאת ועוד, ייתכן גם שעל מידע מסוים יוטל חיסיון שימנע את חשיפתו לא רק לפני בית המשפט אלא גם לפני המשטרה, כגון בנסיבות שבהן ברור שחל

החיסיון שבין עורך דין ללקוח שנקבע בסעיף 48 לפקודת הראיות, או חיסיון אחר. יוער כי שאלת החיסיון כשלעצמה לא בהכרח היא ברורה תמיד מאליה, ולעתים היא טעונה הכרעה שיפוטית נפרדת (ראו רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל [9]). אולם, בית משפט זה כבר עמד לא אחת על כך ששאלת החיסיון על מקור מידע היא נפרדת משאלת הקבילות של אותו מידע כראיה במשפט. בהקשר זה ציין המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק כי:

"[...] אייִקבילות לחוד וחיסיון לחוד. אייִקבילותו של מסמך כראיה אינו מונע גילוי של המסמך [...] אייִקבילות נועדה למנוע מבית המשפט לבסס מימצא על אותה ראיה. אייִגילוי בשל חיסיון נועד למנוע מבעל דין לעיין במסמך. לעתים יש ערך רב לצד לעיין במסמך, גם אם אין הוא רשאי להגישו בשל אייִקבילותו. על־כן, הגישה המקובלת הינה כי אייִקבילותו של מסמך אין בה, כשלעצמה, כדי לחסנו מפני גילוי" (רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי [10], בעמ' 64, להלן: עניין בנק איגוד).

כן ראו רע"א 8943/06 יוחנן נ' טלקום ישראל בע"מ [11].

בהקשר זה מקובלת עליי אפוא עמדתו של חברי השופט לוי בפסק הדין מושא דיון נוסף זה [1], ולפיה השימוש בהלכת יששכרוב [2], לבחינת השאלה של שימוש הרשות החוקרת בחומר ראיתי קיים, היא בבחינת עירוב מין בשאינו מינו. אכן, העובדה שיתכן כי מידע מסוים יהיה בלתי קביל במשפט מפני שהושג שלא כדין בהתאם להלכת יששכרוב [2] או מכל טעם אחר, אין משמעה בהכרח כי על אותו מידע יוטל חיסיון המונע מהמשטרה להשתמש בו לצורכי חקירה. האיזון בין זכותו של הנאשם להליך הוגן לבין ערכים שונים העשויים להצדיק את אי קבילותה של ראיה צריך שיעשה תחילה על ידי רשויות התביעה בהחלטתן בדבר העמדה לדין, ולאחר מכן – על ידי בית המשפט שדן במשפטו של הנאשם. אולם, ככלל ובכפיפות לחריגים מהסוג שהוזכר לעיל, אין למנוע מראש את בחינת הראיה על ידי המשטרה בשלב החקירה. לפיכך, מקובלת עליי טענת המדינה כי נפקותה המעשית של עמדת שופטי הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף היא יצירת חיסיון הלכתי חדש, המונע מהמשטרה לעיין במסמכים שעשויים להיות רלוונטיים לצורכי החקירה. שאלת הצורך ביצירת חיסיון מעין

זה, בכל הנוגע להודעות שנמסרו לפני ועדות חקירה פנימיות, תידון בהמשך חוות דעתי. אולם, שאלה זו אינה מוכרעת או נגזרת משאלת קבילותן של ראיות בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

א

19. המסקנה המתבקשת מן המקובץ היא כי הכרעה בשאלת קבילותה של ראיה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ככלל, אינה אמורה להיעשות בהליך משפטי מקדמי בשלב שבו מתנהלת חקירה במשטרה אלא בנסיבות מסוימות בתום החקירה, בשלב שבו נבחנת אפשרות ההעמדה לדין, או בנסיבות מתאימות בשלב המשפט. מסקנה זו מתיישבת עם הכלל הנוהג במשפטנו ולפיו בית המשפט שדן בהליך מסוים הוא שמכריע בשאלת קבילותן של הראיות שהצדדים מבקשים להביא לפניו, וזאת – אלא אם כן קבע המחוקק במפורש הליך אחר ונפרד בנוגע לסוג ראיות מסוים (כגון ההליך של עתירה לגילוי ראיה חסויה לפי סעיף 46 לפקודת הראיות).

ג

דוגמה מובהקת לכך היא ההליך של משפט זוטא, שנועד לבחון את קבילות הודאתו של נאשם לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. הליך זה הוא חלק מהמשפט עצמו ומתנהל רק לאחר הגשת כתב האישום (ראו יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון [71], בעמ' 120–121). מטבע הדברים, גם יתר ההכרעות הנוגעות לטענות של קבילות ראיות נעשות על ידי בית המשפט הדן במשפט עצמו ולא בהליך מקדמי כלשהו. מכל מקום, כך הדבר בוודאי בהליך לפי סעיף 43 לפקודה שעל אופיו ועל תכליותיו עמדנו לעיל. המשיבים לא הצביעו בטיעוניהם לפנינו על נימוק משכנע לסטייה מכלל נוהג זה, דווקא בכל הנוגע לטענות אי קבילות המבוססות על דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ואף לא הביאו כל דוגמה למצב שבו הוכרעו טענות אי קבילות במשפט הישראלי על ידי בית המשפט בטרם הגשת כתב האישום. בהקשר זה יצוין כי גם ההכרעה בשאלת אי קבילות ראיות שהושגו שלא כדין לפי הוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, או לפי סעיף 13 לחוק האונת סתר, התשל"ט-1979, נעשית על ידי בית המשפט שלפניו מתבקשת הגשתן של ראיות אלה, ולא בהליך מקדמי כלשהו. כן יצוין כי בהיעדר נגישות של המדינה לתוכן ההודעות אין ניתן לדעת דבר על אודות חשיבותן הראייתית, ולפיכך אין אנו נזקקים לשאלת חשיבותו של החומר להשלמת החקירה בתיק. המשיבים טענו כי העובדה שהוגש כבר כתב אישום בנוגע לשתי תאונות הרכבת נושא ההליך שלפנינו מלמדת כי הודעות העובדים

T

ה

I

T

אין להן כל חשיבות או תרומה לבירור העובדות. אפשר שכך הוא ובוודאי לאחר חלוף הזמן מאז שהוגש כתב האישום, אולם ענייננו בהליך זה הוא בשאלה העקרונית ולא בשאלה הפרטנית הנוגעת לראיות הקונקרטיות בתיק.

א

אשר על כן, מצטרפת אני לדעה שנותרה כדעת מיעוט בפסק הדין מושא דיון נוסף זה [1], כי המועד להכרעה בטענות המבוססות על דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [2] אינו בשלב החקירה המשטרתית. כמוסבר בחוות דעתי לעיל, השאלה בדבר אפשרות השימוש בהודעות שנמסרו לפני ועדת החקירה צריך שתתקבל על ידי התביעה בשלב ההעמדה לדין או במהלך המשפט המתנהל בעקבות החקירה. הטענות הנוגעות למעמדה הציבורי של הרכבת, למעמדן הסטוטורי של ועדות החקירה הפנימיות ולהסתמכות העובדים על הוראות הנוהל הפנימי של הרכבת חייבות, אם כן, להיבחן תחילה על ידי רשויות התביעה. אפשר אמנם שדיני הראיות וההגנות הנדרשת מגורמי התביעה חוסמים את התביעה מלהגיש הודעות אלה במשפט הפלילי. אם – בכל זאת – תבקש התביעה להגיש את הודעות המשיבים לפני ועדת החקירה כראיות, תוכרענה הטענות הנזכרות על ידי בית המשפט שדן בהליך העיקרי. אולם, אין להכריע בטענות אלה בהליך מקדמי של הזמנה להציג חפץ לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי.

ב

ג

ד

20. המסקנה שאליה הגענו – ולפיה מקומה של ההכרעה השיפוטית בשאלת אפשרות השימוש בראיות במשפט, להבדיל מהשימוש בהן בחקירה – עולה בקנה אחד עם ההתייחסות לשאלה זו בשיטות המשפט השונות הדומות לשיטתנו, בהיבט של קבילות ראיות או פסילתן בשל פגיעה בזכות להליך הוגן. בשיטות המשפט שבהן התקבלה הדוקטרינה של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין, נערך הדיון בשאלת קבילות הראיות לאחר הגשת כתב האישום, בשלבים שונים של ההליך המשפטי. כך, למשל, באנגליה ניתן להכריע בשאלת קבילותה של ראיה שנטען כי הושגה שלא כדין, על סמך טיעונים בכתב או בהליך של מעין משפט זוטא בלא נוכחות המושבעים. הליך זה מתקיים, בדרך כלל, בסמוך לפני הגשת הראיה במשפט (ראו ARCHBOLD: CRIMINAL PLEADING, [84], at pp. 1775–1776 EVIDENCE AND PRACTICE). בקנדה קבע בית המשפט העליון כי טענות לפסילת ראיות המבוססות על הפרת הוראות הצ'רטר הקנדי משנת 1982, הנוגעות לזכות החוקתית להליך הוגן, צריך שתתבררנה לפני בית

ה

ו

ז

- המשפט הדן בהליך העיקרי ולא בהליך משפטי מקדמי, לפני שהוגש כתב האישום (ראו [67] R. v. Hynes). בדרום-אפריקה קבע בית המשפט החוקתי כי טענות בדבר אי קבילות ראיות בשל פגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן צריך שתהיינה מוכרעות על ידי בית המשפט שדן בהליך הפלילי עצמו, ולא בהליך משפטי נפרד (ראו [66] Key v. Att'y Gen., Cape Provincial Division). באוסטרליה נתון לבית המשפט שיקול דעת לקבל הכרעה מקדמית בשאלת קבילותן של ראיות לפני שהן מוגשות במשפט; אולם, גם שם מדובר בהליך שמתקיים לאחר הגשת כתב האישום (ראו STEPHEN ODGERS, UNIFORM EVIDENCE LAW [85], at pp. 873–875). ארבע שיטות המשפט הנזכרות מבוססות על עקרונות דומים לאלה שבשיטתנו המשפטית, במובן זה שדוקטרינת פסילת הראיות שבהן מבוססת על "מודל מניעת", שעיקרו הוא בשמירה על הגינות ההליך הפלילי ועל כך שמוקנה לבית המשפט שיקול דעת בכל הנוגע לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין (ראו עניין יששכרוב [2], בעמ' 550–553, וההפניות שם). עוד יוער, כי בארצות-הברית, שבה נוהג "המודל המתקן" לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, שמבוסס על הרתעתן של רשויות החקירה מפני שימוש שלא כדין בסמכויותיהן ועל מתן סעד למי שנפגעו זכויותיו החוקתיות, מתעוררות שאלות שונות הנוגעות לחוקתיות צו החיפוש המבוקש כבר בשלב הוצאת הצו (ראו Abraham S. Goldstein, *The Search Warrant, The Magistrate and Judicial Review* [86], at pp. 1178–1197). עם זאת, גם בארצות-הברית, כאשר מועלית טענה בנוגע לאי קבילות ראיות היא מוכרעת בהליך מקדמי שנערך על ידי בית המשפט שדן במשפט עצמו, ולא קודם לכן (ראו [65] Giordenello v. U. S., at p. 484).

האם יש להכיר בחיסיון הלכתי של הודעות העובדים לפני ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת?

21. משמצאנו כי אין להכריע בשאלת קבילות הודעותיהם של המשיבים לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בשלב החקירה המשטרתית, נותרה לפנינו השאלה אם בנסיבות אלה יש מקום למנוע מהמשטרה את העיון בהודעות אלה לצורך חקירתה, בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי. בטרם נידרש לעניין זה נזכיר כי בפסק הדין מושא דיון נוסף זה [1] קבע השופט דנציגר כי לרכבת אין עומדת זכות לטעון נגד מסירת מסמכים מכוח החיסיון מפני הפללה

עצמית של העובדים לפי סעיף 47 לפקודת הראיות. זאת, משום שהצווים לפי סעיף 43 לפקודה במקרה שלפנינו הופנו כלפי הרכבת שהחזיקה במסמכים המבוקשים ולא כלפי העובדים עצמם. לפיכך, ובהיותו של החיסיון מפני הפללה עצמית זכות אישית, נקבע כי אין בחיסיון מפני הפללה עצמית כדי למנוע את מסירתן של הודעות העובדים לפני ועדות החקירה על ידי הרכבת. קביעה זו, שנתקבלה גם על דעת יתר חברי המותב בפסק הדין מושא ההליך דנן, אינה עומדת לבירור לפנינו. עם זאת, נקבע בדעת הרוב כי לעובדים עומדת זכות טיעון בהליך לפי סעיף 43 לפקודה, על אף שהצווים מושא ההליך מופנים כלפי הרכבת בלבד, בשל הפגיעה האפשרית בזכויותיהם ובאינטרסים הפרטיים שלהם כתוצאה מממתן הצווים. לצורך ההכרעה בדיון הנוסף שלפנינו מוכנה אני להניח, בלי לקבוע מסמרות בעניין, כי עומדת לעובדים זכות טיעון בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי על אף שהצווים מופנים נגד הרכבת ולא נגדם. לפיכך, נבחן לגופן את הטענות נגד מסירתן למשטרה של הודעות העובדים לפני ועדות החקירה הפנימיות.

22. טענות המשיבים בהקשר זה מבוססות על הסתמכותם של העובדים על הנוהל הפנימי של הרכבת בנוגע להליכי עבודתן של ועדות חקירה לבדיקת תאונות [89]. בהתאם לנוהל האמור, חויבו העובדים לשתף פעולה באופן מלא עם ועדות החקירה ולא הייתה להם אפשרות לשמור על זכות השתיקה או להיות מיוצגים על ידי עורכי דין לפני ועדות החקירה. כן לא הוזהרו העובדים כי הודעותיהם לפני ועדות החקירה עלולות לשמש נגדם בהליך פלילי. עוד יצוין כי סעיף 10.8 לנוהל ועדות החקירה של הרכבת [89] קבע, במועד הרלוונטי לענייננו, הוראה בדבר סודיות בזו הלשון:

"המידע אשר נצבר ו/או נוצר אגב ובעקבות עבודת הוועדה, לרבות דו"חות חקירה וכל מסמך אחר אשר שימש את הוועדה בחקירתה, מהווים מידע חסוי וסודי, ואין להעביר כל מידע כאמור לכל גורם חוץ-רכבתי, לרבות לחברות ביטוח וכל בא-כוח אחר של מי שהיה מעורב בתאונה תפעולית, אלא באישור היועמ"ש של הרכבת".

ניכר בה בהוראת נוהל זו כי היא מיועדת להגן על הרכבת מפני חשיפת נתונים שעלולים לפגוע בה עקב תביעות שיופנו נגדה. מטעם זה קובעת ההוראה

אפשרות לקבל אישור לחשיפת החומר שניתן על ידי היועץ המשפטי של הרכבת.

- א לטענת המשיבים, שנתקבלה על ידי שופטי הרוב בפסק הדין מושא דיון נוסף זה [1], לאור הוראות הנוהל [89] ובהתחשב במהות ההליך לפני ועדות החקירה הפנימיות, נוצרה אצל העובדים ציפייה לגיטימית שהודעותיהם לא יועברו לעיון המשטרה. פגיעה בציפייה לגיטימית זו, כך טוענים המשיבים, גורמת לפגיעה בלתי מוצדקת בהגינות ההליך, שיש בה כדי להצדיק, לשיטתם, את אי העברת הודעותיהם לעיון המשטרה.
- ב

23. חשוב להבהיר כי נפקותה המעשית של קבלת עמדתם של המשיבים היא כי יש ליצור חיסיון הלכתי חדש בכל הנוגע להודעותיהם לפני ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת. אין חולק – כי בית משפט זה מוסמך להורות על יצירתו של חיסיון הלכתי חדש בנוגע לחומר ראיתי שאין אליו התייחסות מפורשת בפקודת הראיות, כגון חיסיון עיתונאי (ראו ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב [12]), או חיסיון ביחסי בנק-לקוח (ראו רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי [13]). עם זאת, נקודת המוצא לבחינתן של טענות המשיבים היא כי מטרתו העיקרית של ההליך המשפטי היא חשיפת האמת, שכן זו משרתת הן את האינטרס של הפרט המתדיין והן את האינטרס של הציבור. חשיפת האמת היא גם מטרתם העיקרית של דיני הראיות (ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עירכרם נ' גלעד [14], בעמ' 522, להלן: עניין גלעד). אולם, הערך של גילוי האמת אינו הערך היחיד העומד ביסוד ההליך המשפטי, ושיטת המשפט בישראל אינה דוגלת בערך של גילוי האמת בכל מחיר. לפיכך, ייתכנו מצבים שבהם אינטרסים וערכים בעלי חשיבות לזכויות הפרט או לאינטרס הציבורי יתחרו בערך של גילוי האמת ואף יועדפו על פניו (ראו בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז [15], להלן: עניין עוז, בפסקה 10 לפסק דינה של השופטת א' חיות). ההכרה בחיסיון ראיתי – בין שהיא נעשית על ידי המחוקק ובין שהיא נעשית בפסיקת בתי המשפט – מבטאת את החשיבות המיוחדת לאותם ערכים נוגדים. אולם, חשוב להדגיש כי השימוש בסמכות זו מוגבל למקרים מיוחדים וחריגים, שכן יצירתו של חיסיון פוגעת בערך בדבר בירור האמת וביעילות ההליך (ראו: רע"א 637/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' אברת – סוכנות ביטוח בע"מ [16], בעמ' 664; בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן
- ג
- ד
- ה
- ו
- ז
- ח

נ' בית הדין הארצי לעבודה [17], בפסקה 13 לפסק דיני. לפיכך, נקודת המוצא היא של גילוי מירבי של הראיות הרלוונטיות, כאשר החיסיון הוא חריג ומי שטוען לחיסיון עליו הנטל להוכיח את קיומו של "שיקול רם ונכבד יותר שבטובת הכלל", המצדיק את החלתו (ראו: בג"ץ 7793/05 [17], שס; עניין בנק איגוד [10], בעמ' 62).

א

24. השאלה המתעוררת במקרה שלפנינו היא אפוא אם עלה בידי המשיבים לעמוד בנטל המוטל עליהם להראות כי יש אינטרס ציבורי ממשי בהטלת חיסיון על ההודעות שנמסרו לפני ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת. טענת המשיבים בהקשר זה היא כי החיסיון על הודעות אלה נחוץ לשם הבטחת שיתוף הפעולה של העובדים עם ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת ולקידום האינטרס הציבורי של שמירה על הבטיחות ברכבת ומניעת הישנותן של תאונות דומות בעתיד. על פי הטענה, העברת הודעות העובדים לידי המשטרה עלולה ליצור "אפקט מצנן" שיפגע בשיתוף הפעולה העתידי של העובדים עם ועדות החקירה. בטענות אלה אין די כדי להצדיק הכרה בחיסיון המבוקש על ידי המשיבים. זאת, במיוחד על רקע הגישה המצמצמת הנוהגת במשפטנו בנוגע להכרה בחסיונות ראייתיים חדשים ועל רקע פסיקתו של בית משפט זה, שבה נדחו טענות דומות בדבר יצירת "אפקט מצנן".

ב

ג

ד

המשיבים לא הצליחו לשכנענו כי קיים חשש ממשי מפני פגיעה בחקירת העתידית של תאונות רכבת, היה והודעות העובדים לפני ועדות החקירה הפנימיות ייחשפו בפני המשטרה. לרכבת ולעובדיה יש עניין ממשי ועצמאי לחקור את אופן התרחשותן של תאונות ולמנוע את הישנותן של תאונות רכבת. הרכבת – כגוף המפעיל שירות תחבורה חיוני – מעוניינת, מטבע הדברים, לצמצם ככל הניתן את הנזקים החמורים, האנושיים והכלכליים הנגרמים על ידי תאונות רכבת. יש להניח כי מטרה זו חולקים גם עובדי הרכבת עצמם, מטעמים אנושיים ומקצועיים כאחד. חשוב לציין עוד כי, כעולה מהטיעונים לפנינו, עומדת לרכבת האפשרות להטיל סנקציות חמורות שונות על עובדים המסרבים לשותף פעולה כנדרש עם ועדות החקירה הפנימיות. בנסיבות אלה, אין ביסוס של ממש לחשש שהעלו המשיבים מפני פגיעה בשיתוף הפעולה של עובדי הרכבת עם ועדות החקירה הפנימיות. זאת, בשל האינטרס הציבורי החשוב הטמון בבירור האמת בנוגע לאופן התרחשותן של תאונות דרכים (לרבות תאונות

ה

ו

ז

רכבת) ובהטלת אחריות (פלילית, משמעתית או אזרחית) על האחראים לתאונות אלה.

א עם זאת, ייאמר כי, כשלעצמי, אני סבורה כי יש ספק אם ניתן לעשות שימוש בהודעות שנגבו בתנאים אלה על ידי ועדת החקירה במשפט הפלילי עצמו. שאלה זו טעונה בחינה על פי דיני הראיות המתייחסים לקבילות הודעות שנגבו מכוח חובה למסור עדות וללא כיבוד הזכות להימנע מהפללה עצמית.

ב 25. נוסף עוד כי בפסיקת בית משפט זה נדונו בעבר טענות בדבר הצורך ביצירת חיסיון הלכתי בהתייחס להודעות שנמסרו לפני גופי חקירה פנימיים שונים. טענות אלה, שהתבססו על החשש מפני "אפקט מצנן" ומפני מניעת שיתוף פעולה של הנחקרים עם גופי החקירה הפנימיים, נדחו בפסיקתו של בית משפט זה לא אחת. כך, למשל, נדחתה הטענה בדבר חיסיון דו"ח בדיקה פנימית שנערכה בבית חולים עקב התאבדותו של מטופל (ראו עניין גלעד [14], בעמ' 526–527). כן נקבע כי אין להטיל חיסיון על דו"חות פנימיים שנערכו במהלך חקירה של תקריות ותאונות אוויריות בישראל, ובהקשר זה נדחתה הטענה בדבר חשש מפני אי שיתוף פעולה של העובדים בשל פרסום הדו"חות בציבור (ראו עמ' 6013/04 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ [18], בעמ' 86–87). דוגמה נוספת לגישה שיפוטית זו היא הקביעה כי אין להטיל חיסיון על הפרוטוקולים של הדיונים שנערכו בוועדת בדיקה אוניברסיטאית שמונתה לשם בדיקת ההתנהלות בחוג מסוים ועל מסמכים נוספים שהובאו לפני אותה ועדה, גם אם הדבר יביא ל"אפקט מצנן" בנוגע למופיעים לפני ועדות בדיקה אוניברסיטאיות (עניין עוז [15]). כן יצוין כי גם במקרים שבהם נקבע בחוק במפורש כי חומר ראיתי מסוים ששימש גופי בדיקה פנימיים אינו קביל בהליכים משפטיים, נקבע בפסיקת בית משפט זה כי אין מוטל חיסיון על חומר זה המונע את העיון בו. כך, למשל, קובעים סעיפים 14 ו-22 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, כי עדות שנמסרה לפני ועדת חקירה, שהוקמה מכוח החוק, לא תשמש ראיה בהליך משפטי (חוץ ממשפט פלילי בשל מסירת אותה עדות) וכי דו"ח ועדת החקירה לא ישמש ראיה בכל הליך משפטי. בית משפט זה קבע כי אין בהוראות אלה כדי למנוע את עיון המשטרה בעדויות הנחקרים לפני ועדת חקירה ממלכתית (ראו ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל [19], בעמ' 305–307). כן נקבע כי סעיף 10 לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, האוסר על

קבלתם של דו"חות המבקר הפנימי ושל ההודעות לפניו כראיות בהליך משפטי, אינו מביא להטלת חיסיון לגבי מידע זה (ראו עניין בנק איגוד [10], בעמ' 64–65).

א

26. חשוב להבהיר עוד כי כאשר המחוקק סבר כי מן הראוי לקבוע איזון שונה בין האינטרסים והערכים השונים הנוגעים בדבר, וכי יש להעדיף את ההגנה על הצורך בקיום דיון חופשי וגלוי בגוף מסוים על פני האינטרס של גילוי האמת בהליך המשפטי, הוא קבע זאת במפורש. כך, למשל, קובעים סעיף 102 לחוק המשטרה (דין משמעתי, בירור קבילות שוטרים והוראות שונות), התשס"ו-2006, וסעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, כי יוטל חיסיון על חומר שנאסף בתחקירים פנימיים במשטרה או בצבא וכי החומר לא יועבר לגופים חוקרים בהליכים פליליים (בכל הנוגע לחיסיון תחקירים צבאיים ראו: בג"ץ 9197/06 יחיא נ' ראש המטה הכללי-צבא הגנה לישראל [20]; בג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הכללי בצה"ל [21]).

ב

ג

דוגמה נוספת לאיזון שקבע המחוקק בין הערך של גילוי האמת בהליך המשפטי לבין ערכים נוגדים ומתחרים מצויה בהוראת סעיף 21 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה), המסדיר את אופן פעולתן של ועדות בדיקה לבדיקת תלונות מטופלים או אירועים חריגים הנוגעים למתן טיפול רפואי. הוראות סעיף 21 לחוק זכויות החולה מבחינות בין ממצאה של ועדת הבדיקה ומסקנותיה, שאותם רשאי המטופל לקבל, לבין הפרוטוקול של הדיונים בוועדת הבדיקה שאותו, ככלל, אין המטופל רשאי לקבל, אלא אם כן בית המשפט "מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו" (ראו סעיף 21(ד) לחוק זכויות החולה, כן ראו רע"א 4708/03 חן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות [22]).

ד

ה

27. מן האמור לעיל עולה כי אין מקום להכיר במקרה שלפנינו בחיסיון הלכתי על הפרוטוקולים של ועדות החקירה הפנימיות ברכבת, ובכלל זה – על הודעות העובדים לפני הוועדות. אכן, האינטרס הציבורי שבבירור האמת ובהטלת האחריות על האחראים לתאונות רכבת אינו פחות מהאינטרס הציבורי שבקיום דיון חופשי ופתוח בוועדות החקירה הפנימיות ברכבת. לפיכך, אין הצדקה בנסיבות העניין להכיר בחיסיון המבוקש על ידי המשיבים ולמנוע את

ו

ז

העברתן של הודעות אלה למשטרה לצורך חקירתה. בהקשר זה יצוין כי לבירור האמת על אודות הגורמים להתרחשות התאונות בחקירה המשטרתית יש תועלת לא רק במובן העונשי אלא גם במובן החינוכי-הרתעתי בכל הנוגע למניעתן בעתיד של תאונות רכבת. עם זאת, אין לי אלא לשוב ולהבהיר כי אין בגישה האמורה, המחייבת חשיפת החומר לצורכי חקירה, כדי להכריע בשאלת קבילותן של ההודעות שנמסרו במהלך החקירה הפנימית שניהלה הרכבת.

28. לפיכך, אציע לחבריי לקבל את העתירה לדיון נוסף ולהורות לרכבת להעביר למשטרה, בהתאם להוראת סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי, את ההודעות שנגבו מהעובדים על ידי ועדות החקירה הפנימיות. עוד יוער כי משהודיעה הרכבת על כך שהיא מוותרת על החיסיון הנתון לה מפני הפללה עצמית בכל הנוגע למסירת המסמכים האמורים, איני רואה הצדקה כלשהי בנסיבות העניין לאפשר לרכבת לחזור בה מוויתור זה. עם זאת, יובהר כי טענות המשיבים נגד קבילות הודעותיהם במשפט עצמו, המבוססות על הפגיעה הנטענת בזכות השתיקה והזכות להליך הוגן, שמורות להם ואין באמור בפסק דין זה כדי להכריע בשאלת קבילותן של ההודעות.

לאחר הדברים האלה

29. לאחר כתיבת הדברים שלעיל הובאו לעיוני חוות הדעת של חבריי השופטים דנציגר ורובינשטיין. חבריי נותרו בעמדה שהביעו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף [1], שלפיה אין מניעה לשקול שיקולים הנוגעים לפגיעה בזכות להליך הוגן ולהכריע בשאלת קבילותן של ראיות, שנטען כי הושגו תוך כדי פגיעה בזכות זו, עוד בשלב המקדמי בטרם הגשת כתב האישום. עם זאת, בחוות דעתו בהליך דנן מרחיב השופט דנציגר את היריעה ויוצא נגד העקרונות שנקבעו בעניין יששכרוב [2] באשר לאופן בחינתן של טענות נגד קבילות ראיות שהושגו תוך כדי פגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן.

30. הדיון שעורך חברי השופט דנציגר בחוות דעתו חורג באורח ניכר מנסיבותיו של המקרה הקונקרטי, שהוא בבירור מקרה שאינו טיפוסי. שהרי אין מתעוררת לפנינו טענה בדבר אי חוקיותה של פעילות המשטרה, ואף העמדת השאלה לבירור שיפוטי בטרם הגשת כתב אישום בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי אינה שכיחה – בלשון המעטה. אכן, דומה כי בחוות דעתו של

השופט דנציגר חל בלבול בין השלבים השונים של ההליך הפלילי, ובפרט בין שלב השגת הראיות לשלב ההכרעה בקבילותן. אין מחלוקת כי זכותו של אדם להליך הוגן עומדת לו גם בעת חקירתו במשטרה, ועל כן בנסיבות שבהן זכות זו נפגעת כאשר המשטרה פועלת שלא כדין (כפי שאירע, למשל, בעניין יששכרוב [2 עצמו]), הרי ההתנהלות הפסולה עלולה להביא, בסופו של דבר, לפסילת הראיה במשפט עצמו (עניין יששכרוב [2], בעמ' 559). כמו כן, עשויה התנהלות מעין זו, כפי שהבהרתי בפסקה 16 לחוות דעתי, להביא לכך שלא יהיה שימוש בראיה מלכתחילה על ידי התביעה. זאת ועוד, בהמשך לעמדתו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף [1] לא התייחס חברי השופט דנציגר גם בהליך הזה להבחנה הבסיסית הנוהגת בסדר הדין הפלילי במשפטנו בין השאלה בדבר חסיון הראיה בשלב החקירה המשטרתית לבין השאלה בדבר קבילות הראיה במשפט עצמו. עם זאת, אין חולק כי מבחינת סדר הבאת הראיות במשפט ניתן בהחלט לדון בשאלת קבילותה של ראיה מסוימת מיד לאחר פתיחת המשפט. אולם, שאלה זו כלל אינה מתעוררת במקרה שלפנינו, ולפיכך לא נידרש לה.

31. חשוב להבהיר עוד כי עמדתו של השופט דנציגר, שלפיה עת מדובר בהפרה חמורה ובוטה של הזכות להליך הוגן לא יהיה כלל צורך לאזן בין זכות זו לבין שיקולים אחרים, חורגת מהתפישה בדבר האיזונים שנקבעה בעניין יששכרוב [2] והיא נותנת עדיפות מוחלטת לזכות זו על פני כל השיקולים העומדים מנגד. תפישה זו מנוגדת למושכלות יסוד של משפטנו החוקתי, שלפיהן שום זכות של אדם, יהא מעמדה אשר יהא, אינה מוחלטת ויש למצוא איזון בינה לבין השיקולים השונים העשויים להצדיק פגיעה בזכות. ודוקו: אף אני שותפה לדעה כי עת מדובר בראיה שהושגה תוך כדי הפרה חמורה ובוטה של הזכות להליך הוגן יידרשו שיקולים כבדי משקל במיוחד כדי להצדיק את הפגיעה בזכות ולהכשיר את קבלת הראיה. אולם, גם בנסיבות מעין אלה תידרש עריכת איזון בין השיקולים השונים, ואין לקבוע באופן א-פריורי כי הזכות להליך הוגן נהנית מעדיפות מוחלטת.

32. נוסף לאמור לעיל, מתקשה אני להבין מהו הדופי שראה חברי השופט דנציגר להטיל בהלכת יששכרוב [2]. לשיטתו, הלכת יששכרוב [2] אינה מספקת את ההגנה הנדרשת לזכויותיהם של נחקרים, חשודים ונאשמים. הדגשנו – ונדגיש – כי אותה הלכה עצמה כלל אינה מבקשת להעמיד עצמה ככלי אחד,

יחיד וממצה, להגנה על כל זכויותיהם של נחקרים, חשודים ונאשמים. היא מבטאת את המעמד המיוחד והחשוב של הזכות להליך הוגן בשיטתנו, כמקובל במתקנות שבשיטות הקרובות לנו בכל הנוגע להליך הפלילי. בהלכת יששכרוב [2] צעדנו ראשיתה של דרך בהנחלת הדוקטרינה בדבר פסילה פסיקתית של ראיות שהושגו שלא כדין. דוקטרינה זו תתפתח, כמו דוקטרינות אחרות במשפטנו שהן יצירות הפסיקה, ממקרה למקרה בהתאם לנסיבותיו. מידת ההגנה של הלכת יששכרוב [2] על זכויות נחקרים, חשודים ונאשמים תיבחן על ידי האופן שבו היא תיושם בפועל בפסיקת בתי המשפט בערכאות השונות. רואה אני עוד להזכיר כי חברי אף נתפס לכלל טעות בסוברו שבעניין יששכרוב [2] אימצנו את ההלכה הקנדית בנוגע לפסילת ראיות כפי שהיא. המשפט בקנדה הובא על ידינו כמודל השוואתי בלבד לצורכי השראה בגלל הקירבה לשיטתנו המשפטית. מאליו מובן כי אין אנו מחויבים לדין הנוהג בקנדה. עם זאת, אם וככל שנתייחס לדין הנוהג בקנדה, לא למותר לציין כי הפסיקה בקנדה עוסקת בסעיף חוקתי מפורש בצ'רטר הקנדי (סעיף 24(2)), המתייחס לפסילת ראיות שהושגו תוך כדי הפרתן של זכויות חוקתיות ולאופן יישומו של סעיף חוקתי זה. לעומת זאת, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במשפטנו היא דוקטרינה שטרם עוגנה במפורש בחקיקת הכנסת.

מכל מקום, חברי השופט דנציגר אף לא דק פורתא בתיאור המצב המשפטי הנוהג בקנדה, שכן מאז שפורסם מאמרם של המלומדים יובל מרין ורינת קיטאיסנג'רו ("Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" [80]), שעליו מסתמך חברי בכל הנוגע לתיאור המשפט הנוהג בקנדה, שונתה ההלכה בקנדה בכל הנוגע לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. בית המשפט העליון של קנדה שב לתפישה המקורית שאליה התייחסנו בפרשת יששכרוב [2]. כך, בפסק הדין בעניין R. v. Grant [68], ציין בית המשפט העליון מפי השופטות Charron ו-McLachlin כי:

"In all cases, it is the task of the trial judge to weigh the various indications. No overarching rule governs how the balance is to be struck. Mathematical precision is obviously not possible" ([68], at para. 86).

בפסק הדין האמור קבע אפוא בית המשפט העליון של קנדה כי בית המשפט הדין בהליך הפלילי נדרש לאזן בין השיקולים השונים בהתאם לכלל נסיבות המקרה, ואין בנמצא כלל חד משמעי החולש על האופן שבו ייערך האיוון (לעניין זה ראו גם את פסק דינו המאוחר של יותר של בית המשפט העליון של קנדה בעניין [R. v. Côté [69]]. בכך שב בית המשפט העליון של קנדה ואשר את התפישה של מערך איוונים שעליה עמדנו בפסק דין יששכרוב [2] (ראו שם [2], בעמ' 555–556).

33. לסיום, רואה אני להעיר כי בכל הנוגע לחובת ההגינות, שאליה התייחס בהרחבה חברי השופט א' רובינשטיין בפסק דינו, הרי שלגבי ידיד מאליו מובן כי חובת ההגינות עומדת ביסוד דוקטרינת הפסילה הפסיקתית והיא חלה גם על העניין שלפנינו בכל הנוגע לחובתה של הרכבת כמעבדה כלפי עובדיה. חובת ההגינות היא אכן עיקרית בשיטתנו המשפטית ועל פי תפישתי היא חלה אף על גופים שאינם גופים דומהותיים. ברי, אם כן, כי כל התחייבות של מעסיק לעובדיו בנסיבות דוגמת המקרה שלפנינו חייבת להישקל בעת בחינתה של שאלת הקבילות. אולם, המחלוקת שלפנינו כלל אינה נסבה על שאלה זו או על השאלה בדבר הפרתה של חובת ההגינות כלפי העובדים, אלא על שאלת העיתוי המתאים ביותר של ההליך הפלילי לבחינת שאלות ההגינות והקבילות.

לפיכך, אם דעתי תישמע, דין העתירה להתקבל כאמור בפסקה 28 לעיל.

השופטת ע' ארבל:

במחלוקת שהועמדה לבירור בדיון נוסף זה בחרתי לצרף קולי לחוות דעתה של חברתי הנשיאה, ד' ביניש, כמו גם לחוות דעתו של חברי, השופט א' א' לוי, בפסק הדין מושא הדיון הנוסף [1], ומטעמיהם. אם ראיתי להוסיף משלי, הרי זה אך בעניינים אחדים.

1. ענייננו הוא בשאלת היקף פרישתה של דוקטרינת הפסילה החוקתית שהותוותה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי [2] (להלן: עניין יששכרוב), על המקרה הקונקרטי של מסמכים שנאספו על ידי ועדות חקירה פנימיות, בדגש על עדויות שנמסרו לפני ועדות אלה ועל הפרוטוקולים שהן מנהלות. שתיים הן נקודות המוצא לדיון, והן אשר יוצרות את המתח המובנה

בגדרה של ההכרעה: האחת, כי תכליתה של חקירת המשטרה לאסוף ראיות [...] עד כדי השלמת ה'פאזל' הראייתי וחשיפת האמת העובדתית במלואה" (בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל [23], בפסקה 13. כן ראו: ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל [24], בעמ' 472; ע"פ 497/92 נחום (קנדי) נ' מדינת ישראל [25], בפסקה 24; ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל [26]). נקודת המוצא השנייה עניינה בחשיבות פעילותן של ועדות חקירה פנימיות ככלי מערכתי רב-חשיבות לשם הפקת לקחים במישור המקצועי, לתיקון מהיר של ליקויים וכך להביא לשיפור ההגנה על חיי אדם ושלמות הגוף, כאשר שאלת האחריות לקרות האירוע התאונתי או הליקוי שהתגלה אינה נבחנת, על פי רוב, על ידי ועדת בדיקה פנימית. השגת תכליות אלה של ועדת בדיקה פנימית מותנית, בראש ובראשונה, בכך שהמלצותיה תינתנה על בסיס מסד נתונים מלא ונכון ככל הניתן (והשוו: רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עירכרם נ' גלעד [14]; בג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הכללי בצה"ל [21]).

אני רואה חשיבות רבה בהדגשת ההבחנה הברורה, המתבקשת, לטעמי, ואף מתחייבת, בין שלב החקירה לשלב בירור האשמה, כפי שעשו חבריי. שלב החקירה עניינו באיסוף חומר הראיות הגולמי, לצורך קבלת תמונה עובדתית מלאה ככל הניתן וחשיפת האמת העובדתית באשר למקרה נתון. שלב בירור האשמה, לעומת זאת, מיועד להעביר את החומר שנאסף דרך "כור ההיתוך של ההליך הפלילי" (בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל [27], בעמ' 146) – מבעד למסננות הקבילות, הרלוונטיות, ובשיאו של הליך להעמדת חומר הראיות במבחן החקירה הנגדית ובחינתו אל מול המכלול הראייתי שהוצג. שלב זה עניינו בבירור עובדתי שמטרתו קביעת האמת המשפטית בהתאם לנורמות הנוהגות ולכללי הפרוצדורה של השיטה המשפטית, והגעה להכרעה שיפוטית נכונה וראויה (על היחס בין האמת המשפטית לאמת העובדתית ראו: בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל [28]; ע"פ 1242/06 צור נ' מדינת ישראל [29], בפסקה 18).

אם כן, שלב החקירה נבדל משלב ניהול ההליך באופיו ובמטרותיו. מהבדלים אלה נגזרת גם האפשרות לעשות שימוש בדוקטרינת הפסילה החוקתית בכל אחד מן השלבים. בשלב של איסוף הראיות וניהול החקירה חשוב הוא כי לגורמי החקירה תהיה גישה לראיות שהם סבורים כי נחוצות להם לצורך ניהול החקירה, כדי להאיר את עיניהם, לסייע בידם ולכוון אותם בדרכי החקירה

ונתיבותיה. יכולת זו חשובה ומהותית גם במצב שבו מדובר בחומר שלא יוכל לשמש כראיה במשפט הפלילי עצמו, אך יש בו כדי לקדם את השגת התכלית של חשיפת האמת בחקירת המשטרה. במובן זה, אין שונה החומר שבו עסקינן במקרה הנוכחי מעיונם של חוקרי המשטרה בגיליון הרישום הפלילי של חשוד או בבדיקת פוליגרף שנערכה לו. מדובר אמנם בראיות שלא ניתן לעשות בהן שימוש בשלב בירור האשמה. עם זאת, הן עשויות לספק בידי חוקרי המשטרה אינדיקציות חשובות או להצביע על כיוון חקירה שרצוי לבדקו. שלב אחר ונפרד הוא שלב בירור האשמה. בשלב זה, הנשלט על ידי סדרי הדין ודיני הראיות, נפרשת לפני בית המשפט תמונה עובדתית מלאה, כשלפניו גרסת המאשימה וראיותיה ולמולה – גרסת הנאשם וראיותיו.

סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, מתקיים בספירה של טרום הגשת כתב האישום. קרי, בשלב החקירה (עוד בעניין סעיף זה ראו החלטתי בבש"פ 9305/08 פלוני נ' בית ספר אל מאמוניה לבנות [5]). בשלב זה, כפי שמציינת הנשיאה, הבחינה הנערכת על ידי בית המשפט היא ממוקדת ונגזרת מכך שמדובר בשלב החקירה. לפיכך, עיקר הבדיקה הנערכת בשלב זה עניינה בטיבו של החומר שתפיסתו מתבקשת, אם הוא רלוונטי לחקירת החשדות, מדוע נעשה שימוש באמצעי של סעיף 43 אשר על פי הפסיקה ככלל, יש לעשות בו שימוש זהיר ובמשורה (ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל [4], בעמ' 15-16), בנסיבות בכללותן וכן בשאלות אם יש במסירת החומר משום פגיעה בזכויותיו של המחזיק בו ומה טיבה של פגיעה זו.

כפי שצוין, דוקטרינת הפסילה שגובשה בעניין יששכרוב [2] היא דוקטרינה יחסית. אין מדובר בערך אובייקטיבי ומוחלט של הפגיעה בזכות, אלא בערכה היחסי. מטבע הדברים, בשלביו המקדמיים של ההליך, בטרם הוגש כתב אישום, אין בידי בית המשפט, ככלל, די מידע כדי להכריע בשאלה אם מדובר בראיה קבילה, מה מידת פגיעתה בזכותו של אדם להליך הוגן ומהן הנפקויות שיש ליתן לפגיעה זו. למעלה מכך, ייתכן שראיה שאינה קבילה תסייע בקידום החקירה אך תוביל להחלטה שלא להגיש כתב אישום, שאז אין השאלה מתעוררת כלל.

לאור האמור, אני מסכימה כי השלב הטבעי והנכון לבירור טענות בדבר השגתן של ראיות שלא כדין או בדבר הפגיעה בזכות להליך הוגן שתיגרם אם

תתקבלנה, הוא ההליך העיקרי שבו עוברות ראיות התביעה בירור קפדני ושבו יש באפשרות ההגנה להתנגד לקבילותן. מענה מאוזן ונכון לשאלת הקבילות והרלוונטיות של ראיה, כמו גם לשאלות אם מדובר בפגיעה בזכויות הנאשם, מה היקפה של פגיעה זו ומהן נפקויותיה, יכול שיינתן באופן המיטבי על ידי בית המשפט שלפניו נפרשות העובדות והראיות במלואן. לאור האמור, גם עליי מקובל כי דוקטרינת הפסילה החוקתית מיועדת לשלב קבילות הראיות ואין היא מיועדת למנוע מגורמי החקירה לבחון חומר ראיות קיים.

בנקודה זו ראוי להדגיש כי איני קובעת בשלב זה מסמרות באשר לשאלה, המעניינת בפני עצמה, אם ניתן יהיה לעשות שימוש בהודעות שנגבו מעובדים במהלך ההליך לפני ועדת הבדיקה הפנימית של הרכבת. כפי שפורט, מדובר בהודעות שנגבו בלי שנותניהן הוזהרו כי הדברים שיימסרו עשויים לשמש נגדם בהליכים פליליים ובלי שהיו מיוצגים או שהועמדו על זכותם לייצוג משפטי. הקושי הטמון במצב זה – גלוי. כאמור, שאלה זו לא הועמדה במרכז ההכרעה בענייננו, ומשכך לא נדרשתי להביע בה עמדה, אך אני סבורה כי רשויות החקירה והתביעה מחויבות להביא שיקול זה בחשבון בטרם הגשת כתב אישום.

2. הערה שנייה נוגעת לחשש שהועלה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף [1], מפני "אפקט מצנן" שעיקרו בכך שעובדים יימנעו מלשתף פעולה עם ועדות החקירה הפנימיות, או שלא יעשו כן באופן מלא, אם יידעו כי הודעותיהם תועברנה למשטרה והן עשויות להביא להעמדתם לדין, בסופו של דבר. ברי לכל כי מצב זה אינו רצוי באשר הוא פוגע באינטרסים ציבוריים חשובים שפעילות ועדות הבדיקה הפנימיות מבקשת להבטיח. מדובר בשיקול שאין להקל בו ראש, אך – בה בעת – אין להפריז גם במשקל הניתן לו.

ראשית, גם בהינתן חשיבות פעילותן של ועדות הבדיקה הפנימיות עדיין נותר בעינו העיקרון, שעליו עמדו גם חבריי, כי ייעודו של ההליך המשפטי לרדת לחקר האמת. זו תכליתו ואין בלתה:

"האמצעי של המשפט להשגת הצדק הוא חיפוש אחר האמת. המשפט עומד על האמת. ההליך השיפוטי מבוסס על מציאת האמת. בלא אמת אין צדק. בלא אמת אין משפט. האמת – אותה שואף

ההליך השיפוטי לחשוף – היא המציאות כמות שהיא" (אהרן ברק
 "על משפט, שיפוט ואמת" [81], בעמ' 11).

אכן, יש שנמצא כי בסוגיות נקודתיות וחריגות ייסוג ערך זה מפני אינטרסים
 אחרים שיש לחברה או לדין רצון בעיגונם או בהבטחתם. כך יהא, למשל, מקום
 שמוכרת תחולתו של חיסיון. ואולם, בכך אין כדי לשנות את הכלל, והפועל
 היוצא מכך הוא הפרשנות המצמצמת שיש ליתן לאותם חריגים, כמו גם
 לאפשרות ליצור חסיונות הלכתיים. מהטעמים שפורטו בחוות הדעת של השופט
 לוי ושל הנשיאה איני סבורה כי זהו המקרה החריג שיצדיק סטייה מעיקרון זה.

זאת ועוד, עצם מניעת העברתו של החומר מתוך החשש כי עובדיו של גוף
 המספק שירות לציבור, לא כל שכן שירות שמאפיין עיקרי שלו הוא נושא
 הביטחון והבטיחות, ימאנו לשתף פעולה בסוגיה שעומדת בלב ליבו של
 תפקידם, על היבטיו הציבוריים, נושאת עימה מסר שיש בו מעין איום סמוי
 ושקשה לקבלו על רקע תפישתנו הערכית את תפקידו של המשפט. נוסף לכך,
 דומה כי שיקול זה מעצים חשש הטבוע ממילא בפעילותן של ועדות הבדיקה
 הפנימיות. גם אם תפקידן של ועדות אלה הוא לשפר את תפקודן ואת פעילותן
 של הגוף שבקרבן הן פועלות, ולהבטיח בכך אינטרסים ציבוריים כבדי משקל,
 ברי כי מקום שוועדת בדיקה נוכחה כי מאן דהוא מבין העובדים שלפניה חרג
 באורח ניכר מהנהלים המחייבים או פעל באופן רשלני, באופן המעיד על אי
 כשירותו לשמש בתפקיד, סביר כי היא לא תעלים מכך עין ותסתפק אך בהפקת
 לקחים מקצועיים. במצב זה, אך מתבקש הוא כי – לפחות לגבי עובד מבין
 העובדים – תהיה למסקנות הוועדה השלכות, ולו בעקיפין, על התפקיד שבו
 יישא או על המשך העסקתו. מכאן, גם בלי שהיינו דנים בהעברת החומר לידי
 המשטרה, עצם ההופעה לפני ועדת בדיקה פנימית טומן בחובו סיכון בעבור
 העובד. גם אם נראה כי אפשרות ההעמדה לדין פלילי נושאת עימה סיכון כבד
 יותר, עדיין איני סבורה כי ניתן לומר שהאפקט המצנן נוצר אך מעצם העברת
 החומר למשטרה, אלא הוא טבוע כבר בהופעה לפני ועדת הבדיקה. איני סבורה
 על כן כי יש ליתן משקל מכריע לחשש מפני האפקט המצנן האמור.

3. עניין נוסף שאני רואה להעיר עליו בקצרה נוגע לסעיף 10.8 לנוהל של
 רכבת ישראל המסדיר את עבודתן של ועדות החקירה (הוראת נוהל 41-02-03

[89], אשר בהתבסס עליה, בין היתר, נקבע בפסק הדין מושא הדיון הנוסף [1] כי לעובדי רכבת ישראל הייתה ציפייה סבירה, עת מסרו את הודעותיהם לוועדת החקירה הפנימית, כי אלה לא תועברנה לעיונו של אף גורם. סעיף 10.8 קובע כי:

א

"המידע אשר נצבר ו/או נוצר אגב ובעקבות עבודת הוועדה, לרבות דו"חות חקירה וכל מסמך אחר אשר שימש את הוועדה בחקירתה, מהווים מידע חסוי וסודי, ואין להעביר כל מידע כאמור לכל גורם חוץ-רכבתי [...] אלא באישור היועמ"ש של הרכבת".

ב

ראשית, גם אם כפי שצוין בחוות הדעת של השופטים י' דנציגר וא' רובינשטיין בפסק הדין מושא הדיון הנוסף [1], בהוראה זו יש בסיס להנחתם או לציפיתם של העובדים כי הודעותיהם לא תימסרנה לכל גורם מחוץ לרכבת, אין מדובר בהוראה הקובעת איסור גורף, שהרי ההוראה מציינת במפורש כי הדבר אפשרי באישורו של היועץ המשפטי לרכבת ישראל.

ג

מכל מקום, העיקר הדרוש הדגשה, לטעמי, הוא כי בנסיבות שבהן מתנהל, במקביל לחקירה פלילית, גם הליך לפני ועדת בדיקה פנימית, הן נסיבות מורכבות המעוררות שאלות שונות. הגם שדובר בענייננו ב"ועדת בדיקה פנימית", דומה שלא רב המרחק בינה לבין הוועדות שבהן עוסקת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה שמספרה 4.2301 "ועדות בירור פנימיות", מיום 20.7.2003 [90]. דומני שאין מקום לספק כי היא מחייבת גם את היועץ המשפטי לרכבת ישראל. המעיין בהנחיה זו ימצא כי היא מעניקה עדיפות ברורה לחקירה הפלילית. בהתאם להנחיה זו (סעיף ב), "לחקירה הפלילית עדיפות וכל צעד מינהלי צריך להיות כזה שלא ישבש הליכי חקירה", וכאשר נוכחת ועדת הבירור הפנימית לדעת כי מתעורר חשד לפלילים, שומה עליה להעביר את העניין לידיעת גופי החקירה והם שיטפלו בו. יתר על כן, ההנחיה מורה כי מקום שוועדת בירור החלה בפעילותה ונתעורר חשד לפלילים במהלך בדיקתה, יובא העניין לידיעת היועץ המשפטי לממשלה, וככלל – תופסק הבדיקה עד לסיום חקירת המשטרה כדי להימנע משיבושה. מכאן, ככל שנהיר וברור האינטרס של שמירה על התבטאות חופשית לפני ועדה פנימית, קיים קושי בהנחיה הגורסת כי גוף ציבורי יטיל, מכוח עצמו, חיסיון על מידע שנאסף אצלו בביצוע תפקידו

ד

ה

ו

דנ"פ 5852/10
 פ"ד סה(2) 363
 השופטת ע' ארבל, המשנה לנשיאה א' ריבלין, השופט
 (בדימ') א' א' לוי, השופט י' דנציגר
 הציבורי וימנע את נגישותה של זרוע שלטונית אחרת – המשטרה – לחומר זה,
 בהיעדר בסיס לכך בדין.

א כאמור, אני מצטרפת לפסק דינה של חברתי הנשיאה ד' ביניש.

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

ב מצטרף אני לפסק דינה המקיף של חברתי הנשיאה ולהערותיה החשובות של
 חברתי השופטת ארבל.

השופט (בדימ') א' א' לוי:

ג את דעתי בסוגיות שעלו בדיון הנוסף הבעתי בפסק הדין ברע"פ 851/09 [1],
 וממנה לא שיניתי.

השופט י' דנציגר:

ד עניין לנו באפשרות להחיל את דוקטרינת הפסלות הפסיקתית לפני שהוגש
 כתב אישום, תוך מתן פירוש מתאים לסעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר
 וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה).

ה 1. לאחר שעיינתי בחוות דעתה המלומדת של הנשיאה ד' ביניש
 ובהערותיה של השופטת ע' ארבל, הגעתי לכלל מסקנה כי לא אוכל לצרף דעתי
 לדעתן. לאחר שנשמעו לפנינו טיעוני הצדדים בדיון הנוסף, ולאחר ששקלתי
 בכובד ראש את עמדת המדינה, נותרתי בדעתי, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק
 הדין שניתן ברע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל [1] (להלן: פסק הדין), ובפרט
 בשאלה אם בשלב שלפני הגשת כתב אישום ניתן להעלות טענה מכוח דוקטרינת
 הפסלות הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב [2], בהליך לפי סעיף 43 לפקודה.
 סברתי ועורני סבור כי ההכרה בזכות להליך הוגן כזכות חוקתית מחייבת תוצאה
 משפטית שלפיה ניתן למנוע, בנסיבות המתאימות, העברת מסמכים וראיות
 חפציות לעיון המשטרה גם בשלב שלפני הגשת כתב אישום, מכוח דוקטרינת
 הפסלות הפסיקתית. זאת, מהטעמים שפורטו בחוות דעתי בפסק הדין [1].
 ז נימוקים אלה עומדים בתוקפם ואיני סבור כי טיעוני המדינה בדיון הנוסף מגלים

א הצדקה כלשהי לשנות מפסק הדין [1]. להלן אבקש להתמודד עם טענותיה של המדינה בדיון הנוסף ועם הנימוקים המפורטים בחוות דעתה של הנשיאה ביניש ובהערותיה של השופטת ארבל, המצדיקים – לטעמן – להפוך את תוצאתו של פסק הדין [1] בנוגע לשלב הראוי בהליך הפלילי להעלאת טענת פסלות נגד ראיה בגדרי הליך לפי סעיף 43 לפקודה.

ב 2. המדינה גורסת כי השימוש בזכות להליך הוגן ובדוקטרינת הפסלות הפסיקתית בשלב שלפני הגשת כתב אישום חורג מגדריה של הלכת יששכרוב [2]. טענה זו אינה מדויקת. שאלת השלב הראוי בהליך הפלילי להעלאת טענה מכוח דוקטרינת הפסלות הפסיקתית כלל לא נדונה בעניין יששכרוב [2] והיא הושארה בצריך עיון. בהקשר זה, ציינה השופטת (כתוארה אז) ביניש בעניין יששכרוב [2] את הדברים הבאים:

ג "יוער כי פסק דיננו מניח תשתית לאימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, אולם אין בדברינו משום מענה מלא למכלול השאלות הכרוכות באימוצה של דוקטרינה כאמור. כך למשל, אין בפסק דיננו התייחסות לשאלה אם בקשה לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין שמורה לנאשם בלבד או שמא גם התביעה יכולה להעלותה, או למשל: על מי הנטל להוכיח את המישור הראייתי הכרוך בבקשה לפסילה כאמור ומהו השלב המתאים להעלותה. שאלות אלה יזכו בוודאי למענה בעתיד – אם בדרך של חקיקה שתהא תואמת להוראותיו של חוק היסוד, ואם בפסיקתו של בית המשפט בדרך של צעידה זהירה ממקרה למקרה" (שם [2], בעמ' 569–570, ההדגשה הוספה – י' ד').

הנה כי כן, לא יכולה להישמע הטענה שלפיה העמדה הנורמטיבית שהוצגה על ידי בפסק הדין [1] עומדת בסתירה להלכה הפסוקה שנקבעה בידי בית משפט זה. יתר על כן, בפסק הדין הדגשתי כי:

ז "יישומה של הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית במקרה של מניעת העברתם של מסמכים לעיון המשטרה לפני הגשת כתב אישום ייעשה באופן דומה לאופן שבו היא מיושמת בשלב שלאחר הגשת כתב אישום" (שם [1], בעמ' 311).

3. טענה נוספת של המדינה שהתקבלה בחוות דעתה של הנשיאה בדיון הנוסף היא כי מניעת העברתן של ראיות למשטרה במהלך החקירה תפגע במלאכת עשיית הצדק ובאינטרס הציבורי של גילוי האמת ומיצוי הדין עם האשמים. איני סבור כי הטענה וההנמקה הנ"ל הן רלוונטיות לנסיבותיה של הפרשה דנן. משום כך, לא היה כל מקום להידרש להן. עצם העובדה שעניינו של הדיון הנוסף מתמקד במישור העקרוני ובשאלה המשפטית, ולא בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה דנן, כך כפי שעולה אף מגישת הנשיאה, אינו מצדיק, לטעמי, לקבוע תוצאה משפטית המנותקת מנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. כפי שהדגישה לא אחת השופטת מ' נאור בדיונים שנערכו לפני בית משפט זה "הדין נגזר מן העובדות". אמירה זו היא בבחינת מושכלות ראשונים של המלאכה השיפוטית הנשענת על העיקרון המושרש *ex facto jus oritur* (ראו בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל [30], בעמ' 525). השאיפה לקבוע כלל משפטי מסוים אינה יכולה להיעשות בהתעלם מהמסד העובדתי של המקרה שעל בסיסו מתגבש הכלל. סבורני כי, בנסיבות המקרה דנן, אימוצה של הטענה הנ"ל שבפי המדינה היא עירוב מין בשאינו מינו. במה דברים אמורים? כפי שהצבעתי על כך עוד בפסק הדין [1], אם המשטרה הייתה מעוניינת לדעת מה בפיהם של עובדי הרכבת שהעידו בוועדות הבדיקה הפנימיות, הרי שלא הייתה כל מניעה כי המשטרה תזמן את העובדים ותחקור אותם בהתאם לכללים הסטטוטוריים והפסיקטיים המסדירים את הליכי החקירה. משכך, מלכתחילה לא ניתן לומר בנסיבותיה של פרשה זו כי מניעת היחשפות המשטרה להודעותיהם של העובדים תשבש את מלאכת החקירה ותמנע מהמשטרה לחשוף ראיות רלוונטיות. בהקשר זה יפים הדברים שהוטעמו בעניין יששכרוב [2] ולפיהם:

"[...] יש לבחון באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי. ככל שהשגת הראיה בדרכים כשרות הייתה אפשרית וקלה, כך ההפרה של כללי החקירה התקינה עשויה להיחשב חמורה יותר [...]" (שם [2], בעמ' 564).

הנה כי כן, משעה שלרשות המשטרה עמדה חלופה חוקית להשגת הודעותיהם של העובדים, היה עליה להעדיפה על פני דרישה לעיין בהודעותיהם הגולמיות של עובדי הרכבת שנמסרו לפני ועדות הבדיקה הפנימיות ללא שהוסברו לעובדים זכויותיהם; בלי שהתאפשר לעובדים להיות מיוצגים על ידי

עורך דין; משהעובדים חויבו להעיד לפני ועדות הבדיקה; משהובטח לעובדים כי הודעותיהם לא תועברנה לגורם חיצוני.

א בהקשר זה עולה מחוות דעתה של הנשיאה כי גם אם יהיה נכון, בסופו של דבר, לפסול ראיות עקב עיון המשטרה בהודעותיהם הגולמיות של עובדי הרכבת, הרי שפסילת הראיות צריך שתתבצע על ידי בית המשפט לאחר הגשת כתב אישום ולא במהלך החקירה המשטרתית.

ב בהערותיי שלהלן אצביע על כך שנימוק זה משקף גישה נורמטיבית מצמצמת שאינה נותנת משקל הולם לנזקים בלתי הפיכים שעלולים להיגרם לנחקר ולחשוד אם לא יינתן בידיהם סעד אפקטיבי בזמן אמת. כן אצביע על כך שגישה זו אינה מעניקה, לטעמי, את התוקף המשפטי הראוי לזכות להליך הוגן. עוד אצביע על כך שאימוץ הגישה הנ"ל עלול לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט ובלגיטימיות המוסרית של ההכרעה השיפוטית.

4. גם אם יש ממש בהנמקה שלפיה מניעת המשטרה מלהיחשף למלוא הראיות בשלב החקירה תפגע ביכולתה לחשוף ראיות רלוונטיות בפוגעה באינטרס הציבורי שבהעמדת האשמים לדין, ואיני סבור כי אלה הם פני הדברים בנסיבותיה של הפרשה דנן, הרי שהנמקה זו אין בה כדי להצדיק פגיעה בזכות להליך הוגן. שומה עלינו להקפיד כי צירוף המילים "אינטרס ציבורי" לא יהפוך ל"קוד" המאמין במחיי יד את הזכות להליך הוגן והופך אותה לסיסמה רטורית שאין מאחוריה תוכן ממשי בר הגנה כאשר עומדת להתרחש פגיעה בזכות להליך הוגן במהלך החקירה המשטרתית. גם אם תכליתו של הדין הפלילי היא מיצוי הדין עם האשמים, אין לשאוף להגשים תכלית זו בכל מחיר, ודאי שלא במחיר פגיעה בעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. מדינה דמוקרטית, שחרטה על דגלה אף את הצורך בהגנת זכויות החשוד והנאשם להליך הוגן, אינה רשאית להשלים עם דרכי חקירה שנועדו לעקוף את זכויות החשוד והנאשם להליך הוגן ולרוקנן מתוכן ממשי. בהקשר זה מן הראוי להפנות לדבריו של הנשיא א' ברק בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל [31], ולפיהם:

ז "בגיבוש כללי החקירה, מתנגשים שני ערכים או אינטרסים. מחד גיסא, הרצון לחשוף את האמת, ובכך להגשים את אינטרס הציבור

בגילוי עבירות ובמניעתן. מאידך גיסא, הרצון להגן על כבוד האדם של הנחקר ועל חירותו [...] חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על-מנת לחשוף את האמת. [...] דרכי החקירה המשטרית הנהוגה במשטר פלוני' – ציין השופט לנדוי – 'הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו' (ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי [...], בעמ' 232) (שם [31], בעמ' 835, הדגשות הוסרו – י' ד').

א

ב דברים ברוח דומה נאמרו על ידי השופט ח' כהן בע"פ 183/78 אבו מידג'ס נ' מדינת ישראל [32], בעמ' 546.

ב

ג 5. יובהר, איני מקל ראש בצורך להיאבק בפשיעה ולמגרה, וברי כי לשם כך יש לאפשר למשטרה לנקוט דרכים יצירתיות ותחבולות חקירה לגיטימיות. ואולם, חקירת המשטרה צריך שתיעשה באופן שיעלה בקנה אחד עם שלטון החוק ועם זכויות הנחקר והחשוד. לסוגיה זו נדרשתי, בין היתר, בע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל [3] (להלן: עניין פרחי), שם הדגשתי כי:

ג

ד "מדיניות שיפוטית ראויה אינה יכולה להשלים עם ראיות שהן פרי תחבולות חקירה הפוגעת באוטונומיה של הרצון החופשי. ברי כי הרשות החוקרת אמונה על חשיפת האמת אך זו צריך שתתבצע במגבלות החוק ובלי לנקוט תחבולות נפסדות שיש בהן משום פגיעה בזכויות יסוד. לצד האינטרס הציבורי כבד המשקל שבהעמדת האשמים לדין שומה על רשויות אכיפת החוק לכבד את זכויותיהם של החשוד ושל הנאשם, ובפרט את זכותם להימנע מהפללה עצמית" (שם [3], בעמ' 678).

ד

ה

ו 6. אחד הנימוקים שעומד בבסיס טיעוני המדינה ועובר כחוט השני בחוות דעתה של הנשיאה הוא שהלכת יששכרוב [2] מבוססת על תורת האזונים, על גמישותן ועל יחסיותן של זכויות, ומשכך – על פי הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית יש לאזן בין שיקולים שונים. מצד אחד, בין היתר, יש לשקול אם מדובר בראיה קבילה ומה תהא מידת פגיעת השגתה בזכות להליך הוגן. מן הצד השני, בין היתר, יש לשקול את חשיבות הראיה להוכחת האשמה ולמלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. ואולם איוון זה, כך קובעות הנשיאה והשופטת

ו

ז

ארבל, יכול שייעשה רק על ידי בית המשפט שדן בכתב האישום לאחר שהושלמה החקירה המשטרתית, שכן רק אז פרושה לפני בית המשפט התמונה הראייתית במלואה המאפשרת לו לקבל החלטה מושכלת.

א

(א) באשר לשאלות אם ראייה תהא קבילה ומה מידת הפגיעה בזכות להליך הוגן הכרוכה בהשגתה ובעיון בה, סבורני כי אין כל קושי מעשי להכריע בשאלות אלה בהליך מקדמי לפני הגשת כתב אישום. לצורך החלטה בשאלות אלה אין לבית המשפט צורך מעשי לעיין במארג הראייתי הכולל שעה שמבוקש להורות על מניעת עיון בראייה ספציפית. לראיות אחרות אין כל רלוונטיות ולא אמורה להיות להן כל נגיעה לשאלות ראשוניות, כגון אם השגת ראייה פלונית ועיון בה עומדים בסתירה לכללי קבילות סטטוטוריים או סותרים את הזכות להליך הוגן בהתאם להלכה הפסוקה, ומה תהיה מידת הפגיעה בנחקר כתוצאה מהשגתה ומהעיון בה. בדרך כלל, עסקינן בראייה עצמאית העומדת על רגליים משלה. נוסף לכך, אין הצדקה למנוע הכרעה בשאלות אלה, בהליך מקדמי, לפני הגשת כתב אישום, שהוא מעין משפט זוטא שבו יישמעו טענות הצדדים בנוגע למניעת העברתה של ראייה קונקרטיית לידי המשטרה ועיון בה, גם אם נדרש לשמוע לצורך כך עדים.

ד

כפי שאצביע על כך בהמשך, הרעיון של קיום הליך מקדמי לצורך הכרעה בעניין קבילותה של ראייה מסוימת, לאחר הגשת כתב אישום אך בטרם החלו דיוני הוכחות בהליך העיקרי, אינו זר למשפט המקובל. לטעמי, אין הצדקה להירתע ממימושו גם בשלב שלפני הגשת כתב אישום. לא זאת אף זאת, זרם פסיקתי בבית המשפט העליון הקנדי וההיסטוריה החקיקתית של הסדר דומה במשפט האוסטרלי, מעלים כי דווקא הקדשת זמן שיפוטי מצומצם באופן יחסי בהליך מקדמי המכריע בשאלת קבילותה של ראייה, עשויה לחסוך זמן שיפוטי רב ואף לפנות את משאבי המאשימה לטפל במספר תיקים גבוה יותר. הכרעה בשאלת הקבילות לפני הגשת כתב אישום עשויה לייתר את המשך ההליכים המשפטיים, למשל בשל הימנעות מהגשת כתב אישום, ולחלופין – לצמצם את היקפם לאור היווצרותם של תמריצים לסיום ההליך בהסדר טיעון.

ה

ו

(ב) אכן, כפי שעמדה על כך הנשיאה, על פי ההלכה הפסוקה בעניין יששכרוב [2], נוסף על ההכרעה בשאלות הנ"ל נדרש בית המשפט ליתן דעתו גם לחיוניותה

ז

של הראיה לעשיית הצדק במובנה הרחב. דוקטרינת הפסלות הפסיקתית לא אימצה את תורת "פירות העץ המורעל", ולכן נקבע בהלכת יששכרוב [2] ששיקולים רלוונטיים לאי פסילת הראיה הם מידת חיוניותה להוכחת האשמה ותרומתה למלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב (שם [2], בפסקה 72). אלא שאיני מסכים עם העמדה שלפיה ניתן לבחון את חיוניות הראיה להוכחת האשמה אך ורק לאחר הגשת כתב אישום ופתיחת ההליך הפלילי.

א

קיימים מקרים שבהם ניתן לקבוע – בלי להמתין להגשת כתב אישום ולפתיחת ההליך הפלילי – כי אין מדובר בראיה שהיא חיונית להוכחת האשמה. להלן שתי קטגוריות המשמשות דוגמאות לכך.

ב

הקטגוריה הראשונה שניתן להעלות על הדעת היא כאשר הזיקה הנטענת בין הראיה שבה מבקשת המשטרה לעיין לבין העבירה הנחקרת היא חלשה או מופרכת ומדובר, לכל היותר, ב"מסע דיג" שלא יועיל לבירור האמת העובדתית אך, מאידך גיסא, עלול לפגוע באופן בלתי מידתי בנחקרים או בצדדים שלישיים. כך, למשל, ועל אף השוני בין תחומי המשפט, פוסקים שופטים במשפט האזרחי כעניין שבשגרה בבקשות לגילוי מסמכים ולעיון במסמכים ודוחים לאלתר גילוי ועיון, עוד לפני שנפרשה לפנייהם התשתית הראייתית המלאה בתיק. זאת, בנימוק שמדובר ב"מסע דיג" פוגעני שאינו מועיל לפתרון הסכסוך (ראו, למשל: החלטתה של השופטת ד' דורנר ברע"א 2534/02 שמשון נ' בנק הפועלים בע"מ [33], בעמ' 197, להלן: עניין שמשון; פסק הדין ברע"א 2616/03 ישרכארט בע"מ נ' רייס [34], בעמ' 716; החלטתו של השופט א' גרוניס ברע"א 11126/08 לבייב נ' רפאלי [35], בפסקה 5). הפסיקה הטעימה כי חרף האינטרס החשוב של ניהול ההליך "בקלפים פתוחים" הרי ש"עקרון הגילוי אינו עומד לבדו. כנגדו ניצבים ערכים אחרים, ובהם יעילות ההליך המשפטי; הגנה על אינטרסים לגיטימיים של הצד המגלה ומניעת פגיעה באינטרסים של צדדים שלישיים" (עניין שמשון [33], בעמ' 195–196). עיקרון זה אף ייושם בגדרי המשפט הפלילי בשאלת זכות העיון בחומרי חקירה (ראו והשוו: החלטתו של השופט י' טירקל בבש"פ 9086/01 רביב נ' מדינת ישראל [36], בעמ' 173; החלטתה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בבש"פ 9322/99 מטארווה נ' מדינת ישראל [37], בעמ' 383; החלטתו של השופט ח' מלצר בבש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל [38], בפסקה 9). הגם שיישום זה של העיקרון נעשה בבקשת הנאשם

ג

ד

ה

ו

ז

לעיין בחומרי החקירה שברשות המאשימה, בהתחשב בהכרח לקיים את ההליך הפלילי בהגינות, אני רואה מניעה מלהחיל את העיקרון בשינויים המתחייבים גם בסוגיה שבנדון, תוך כדי יישומו בהתחשב בנסיבות המקרה הקונקרטי.

א

קטגוריה נוספת המהווה דוגמה לנסיבות שבהן ניתן לקבוע לאלתר כי הראיה אינה חיונית להוכחת האשמה בלי להמתין לסיום החקירה המשטרתית ולהגשת כתב אישום היא מצב דברים שבו קיימת חלופה חוקית להשגת הראיה ולעיון בה, כמו למשל במקרה דנן. בהינתן האפשרות לזמן את עובדי הרכבת לחקירה כדין, לא ניתן לומר שההודעות הגולמיות שמסרו העובדים לפני ועדות הבדיקה הפנימיות הן חיוניות ולא ניתן יהיה להביא למיצוי הדין בלעדיו. בכך אף תומכת העובדה כי גם בלי שהמשטרה עיינה בהודעות הגולמיות, הוגשו זה מכבר כתבי אישום. דברים אלה הודגשו על ידי בפסק הדין [1] ובו הטעמתי כי:

ג

"במקרה דנן, לא ניתן לומר כי הודעותיהם של עובדי הרכבת מהוות ראיות חיוניות, שאם לא כן, יש להניח שלא היו מוגשים כתבי אישום עד היום. ואולם, כתבי אישום אכן הוגשו בלא שהמשטרה עיינה בהודעות שבנדון. נוסף לכך, המשיבה טוענת כי אין בכוונתה להגיש את ההודעות בבית המשפט, ומכך נובעת המסקנה הישירה כי גם אם מדובר בראיות חשובות – אין הן חיוניות" (שם [1], בעמ' 318).

ד

הנה כי כן, עולה כי עשויים להיות מקרים שבהם ניתן לבחון את חיוניות הראיה להוכחת האשמה בטרם הסתיימה החקירה של המשטרה ובטרם הוגש כתב אישום. משכך, סבורני כי אין מקום לקביעה עקרונית שלפיה לא ניתן לעשות שימוש בדוקטרינת הפסלות הפסיקתית עוד לפני שהוגש כתב אישום. דרך המלך שמוטב היה לפסוע בה היא הימנעות מקביעה שכזו תוך הותרת שיקול הדעת לשופט היושב לדין בכל מקרה לגופו של עניין ועל פי נסיבותיו הקונקרטיות. במובן זה, שהשופט שלפניו הובאה בקשה רלוונטית לפני הגשת כתב אישום יחליט אם הנסיבות הן נסיבות מתאימות לדון בבקשה למניעת העברתן של ראיות לעיון המשטרה מכוח הזכות להליך הוגן. ער אני לעובדה כי, לכאורה, בפסקה 12 לחוות דעתה הותירה הנשיאה פתח מסוים לאפשרות כי שופט הדין בבקשה לפי סעיף 43 לפקודה יתחשב בכך שהראיה שרשויות החקירה מבקשות כי תימסר להן נוצרה תוך כדי הפרה ברורה ומובהקת של

ה

ו

החוק. אלא שהרוח העקרונית והכללית שעולה הן מחוות דעתה של הנשיאה והן מהערותיה של השופטת ארבל בדיון הנוסף היא כי, ככלל, אין זה ראוי ואין זה אפשרי להחיל את דוקטרינת הפסלות הפסיקתית לפני הגשת כתב האישום.

א

7. ודוק, אצביע להלן על מגמה המצודדת בהקדמת המועד לדיון בשאלות הנוגעות להוגנות ההליך, בין מטעמי ייעול ההליך המשפטי ובין מטעמים מהותיים הנעוצים בעליית קרנן של זכויות החשוד והנאשם.

במה דברים אמורים? כידוע, גם המודל האוסטרלי לפסילת ראיות שהושגו תוך כדי הפרת הזכות להליך הוגן נבדל מתורת "פירות העץ המורעל" שאומצה בארה"ב. בדומה לדוקטרינת הפסלות הפסיקתית שאומצה בשיטת המשפט הישראלית, גם הדוקטרינה האוסטרלית לפסילת ראיות מבוססת על איזונים ועל יחסיות של הזכויות (עניין יששכרוב [2], בפסקאות 50, 55, 57, 72). ודוק, המחוקק האוסטרלי קבע בסעיף 192A של ה-Evidence Act 1995, ובניגוד להלכה הפסוקה שחלה עד לאותה העת (TKWJ v. The Queen [64]) כי בית המשפט מוסמך לפסוק בדבר קבילות הראיה עובר להגשתה במשפט:

ב

ג

"Advance rulings and findings

ד

Where a question arises in any proceedings, being a question about:

(a) the admissibility or use of evidence proposed to be adduced; or

ה

(b) the operation of a provision of this Act or another law in relation to evidence proposed to be adduced; or

(c) the giving of leave, permission or direction under section 192;

ו

the court may, if it considers it to be appropriate to do so, give a ruling or make a finding in relation to the question before the evidence is adduced in the proceedings".

ז

אמנם, כפי שציינה הנשיאה בסעיף 20 לחוות דעתה, החלטה מקדמית של בית המשפט האוסטרלי תיעשה לאחר הגשת כתב אישום. ברם, החלטה כאמור ניתנת בהליך מקדמי, מעין משפט זוטא, המתנהל בטרם החל שלב ההוכחות. דומני כי בהקשר זה צעד המחוקק הישראלי בעקבות המחוקק האוסטרלי באופן המסמן, לדידי, תחילתה של מגמה במשפט המקובל שעניינה הקדמת מועד הבירור של טענות הנוגעות להוגנות ההליך הפלילי. על ראשיתה של מגמה זו עמדתי בחוות דעתי בפסק הדין [1] שבה הדגשתי את הדברים הבאים:

ב "אף המחוקק הכיר בצורך להקדים את הדיון בטענות שעניינן פגיעה בהגינות ההליך הפלילי כבר לשלב המקדמי של ההליך המשפטי. כך, בחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007, נקבע בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, כי אחת הטענות המקדמיות שאותן רשאי הנאשם לטעון היא כי 'הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית'. בהקשר זה צוין בדברי ההסבר שבהצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007, כי:

ה'מוצע לתקן את חוק סדר הדין הפלילי ולכלול בו, במפורש, את טענת ההגנה מן הצדק במסגרת הטענות המקדמיות המנויות בסעיף 149 שבו. סעיף זה מונה רשימה של טענות מקדמיות שעשויות לעמוד לרשותו של נאשם בפלילים בפתח הדיון במשפטו. מדובר בטענות שהן על פי טיבן ואופיין מוקדמות ומקדימות ומקומן הטבעי לפני תחילת הבירור בענינו של האישום, משום שקבלתן כרוכה, עקרונית, בביטול כתב האישום, בתיקונו או בהעברתו לבית משפט אחר. כל אלה, ראוי שיעשו מוקדם ככל האפשר [...] (ראו: ה"ח-הכנסת מס' 143, התשס"ז [...]).

אכן, המחוקק קבע כי הטענות שעניינן פגיעה בהגינותו של ההליך הפלילי תתבררנה בשלב המקדמי של המשפט ולא קודם להגשתו של כתב אישום, אולם, סבור אני כי כוונת המחוקק, כפי שהיא באה לידי

ביטוי בדברי ההסבר שלעיל, עולה בקנה אחד עם גישתי שלפיה ראוי לבחון את הפגיעה בהגינותו של ההליך, ככל שהדבר נוגע למסירת מסמכים למשטרה, עוד לפני הגשתו של כתב האישום, תוך כדי בחינת נסיבותיו של כל מקרה לגופו" (שם [1], בעמ' 309–310, ההדגשות הוסרו – י' ד').

א

למגמה שעליה הצבעתי לעיל יש אחיזה גם בגישתם של כמה מבין שופטי בית המשפט העליון הקנדי. אף שבקנדה קבעה ההלכה הפסוקה כי הסמכות לפסילת ראיות מוקנית למותב הדן בהליך העיקרי, קיימת ביקורת בקרב כמה משופטי בית המשפט העליון הקנדי כלפי ההלכה הנוהגת, בהדגישם את הצורך להקדים ככל הניתן את מועד ההכרעה בעניין קבילות הראיות. בפרשת R. v. Hynes [67] (להלן: עניין Hynes), הועמדה לדיון השאלה אם ניתן לפסול ראיה מכוח הזכות להליך הוגן בהליך מקדמי המכונה Preliminary inquiry. בהתאם לחוק הקנדי, מקום שהוגש כתב אישום רשאי הנאשם לעתור לבית המשפט ולטעון כי אין די ראיות להעמדתו לדין ואף לטעון נגד הראיות שהושגו על ידי הרשויות החוקרות. הליך זה מתנהל כמעין משפט זוטא בטרם החל המשפט גופו. ארבעה מתוך תשעה שופטי המותב שדנו בסוגיה בעניין Hynes [67] התנגדו לקביעה שלפיה אין בית המשפט מוסמך בהליך מקדמי לדון בטענה המבוססת על הזכות להליך הוגן. השופט Major, שכתב את חוות הדעת בשם המבקרים את הגישה הרווחת, הדגיש כי יש לאפשר לחשוד ולנאשם להגן על הזכות להליך הוגן במועד המוקדם ביותר האפשרי בהליך הפלילי, בהטעימו כי:

ב

ג

ד

ה

"Obviously, if an accused has a *Charter* right, it should be recognized at the earliest stage. There are many rights for the accused at a preliminary inquiry. The most obvious is the right to a fair and unbiased proceeding, and the acceptance of only legally admissible evidence" ([67], at para. 54).

ו

השופט Major עמד בחוות דעתו על כמה מבין היתרונות הגלויים בהכרעה מוקדמת בשאלת קבילותה של ראיה, בהטעימו את הדברים הבאים:

"89. If preliminary inquiry justices do not have the power to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, fewer

ז

discharges will result. Accused people will be needlessly committed to trial on the strength of evidence that will be excluded at trial. Conversely, if preliminary inquiry justices are given the power to exclude evidence, more accused people will be discharged. If such discharges are proper, that can hardly be a bad thing. However, if an accused is improperly discharged, the Crown can always prefer a direct indictment pursuant to s. 577 of the *Code* and proceed to trial regardless of the preliminary inquiry justice's decision.

90. Equally, the power to exclude evidence could be of some benefit to the Crown in certain cases. By permitting a preliminary inquiry justice to determine the *Charter* issue, the justice could refuse to grant the remedy the accused seeks. By having the *Charter* question determined and rejected, an accused would be more likely to plead guilty and avoid a trial. As Gold and Presser, *supra*, state (albeit in the course of addressing a higher test for committal): '[a] more stringent test of committal would [...] relieve pressure on the trial courts by screening out unmeritorious cases, and *by creating a situation in which the guilty accused is more likely to plead, having seen the strength of the Crown's case and that a judge thinks he or she is likely to be convicted*' (p. 170 (emphasis added)) ([67], at paras. 89–90).

8. כאמור, השיקול הנכבד המצדיק, לגישתה של הנשיאה, את דחיית המועד לדיון בטענות מכוח הזכות להליך הוגן לאחר הגשת כתב האישום, הוא הצורך לאזן בין אינטרסים מתנגשים, איזון הנדרש בשם האינטרס הציבורי בגילוי האמת, בהעמדה לדיון ובהרשעת האשמים. ברם, סבורני כי עמדה זו מבכרת ערכים אלה בלי ליתן משקל הולם ומתחייב לפגיעות שעלולות להיגרם לנחקר ולחשוד אם לא יתאפשר להם להעלות טענות בדבר הפגיעה בזכות להליך הוגן בהזדמנות הראשונה, פגיעות שבחלקן עלולות להיות בלתי הפיכות

גם אם, בסופו של דבר, תיפסל הראיה תוך כדי ניהול המשפט. בנסיבות אלה, יהיה מדובר בסעד שהוא בבחינת מעט מדי ומאוחר מדי. בשלב זה כבר הוכתם שמו של הנאשם בשל עצם הגשת כתב האישום נגדו. יתר על כן, הגשת כתב אישום עלולה לפגוע בכיסו ובמטה לחמו של הנאשם. רוצה לומר, צדק מאוחר – אינו צדק. לעומת זאת, אם תתקבל הכרעה מקדמית בדבר קבילות הראיה, עוד בשלב החקירה המשטרתית, ניתן יהיה להפחית – ואולי אף לאיין – חלק מהתוצאות הנלוות להגשת כתב אישום.

א

ב

גם אם יש להביא בחשבון, לצורך הכרעה בטענות המבוססות על פגיעה בזכות להליך הוגן, שיקולים הנוגעים לגילוי האמת ולמיצוי הדין עם האשמים, הרי שאין בכך כדי להצדיק באופן גורף את דחיית המועד להכרעה בטענות עד לאחר הגשת כתב אישום. אני סבור כי הפגיעה בזכות להליך הוגן אינה שקולה בחומרתה ובמשקל שיש לייחס לה לחיוניות הראיה למלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב ואף לא לשיקולים אחרים. כך, למשל, עת מדובר בהפרה חמורה ובוטה של הזכות להליך הוגן, לא יהיה כלל צורך במלאכת האיוון האמורה, שכן שיקול זה צריך שיגבר על כל שיקול אחר. לכן אף מתאיין הצורך בדחיית המועד לדיון בטענות המבוססות על פגיעה בזכות להליך הוגן. קביעתי זו מבוססת על ההתפתחות הפסיקתית שחלה בפסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי לאחר שניתן פסק הדין בעניין *R. v. Collins* [70] (להלן: עניין *Collins*).

ג

ד

דוקטרינת הפסלות הפסיקתית שאומצה בעניין יששכרוב [2] ייבאה, למעשה, אל המשפט הישראלי את דוקטרינת הפסילה שגובשה בפסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי על בסיס פרשנותו של סעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי. עמדו על כך יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'ור "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" [80] (להלן: מרין וקיטאי-סנג'ור):

ה

"[...] דוקטרינת הפסילה שאומצה, על מרבית מאפייניה, היא בגדר וריאציה של המודל הקנדי לפסילת ראיות, ומלומדים שונים שעסקו בסוגיה בעשור האחרון המליצו זה מכבר על אימוצה בישראל" (שם [80], בעמ' 460).

ו

ז

בהמשך מטעמים מרין וקיטאי-סנג'רו כי:

א [...] תפקידו של המשפט המשווה בפרשת יששכרוב היה מכריע, הן מבחינת ההצדקה וההשראה לאימוץ כלל פסילה בישראל והן מבחינת תכניו ומאפייניו של כלל הפסילה שאומץ. אף שבית המשפט אינו מחויב לאמץ דווקא תובנות מן הדין הקנדי או מדין זר כלשהו, הרי שנוסחת הפסילה שבחר לאמץ דומה עד מאוד לכלל הפסילה שבסעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי, ומרבית אמות-המידה להפעלת שיקול הדעת במסגרתו דומות מאוד לאלו שנקבעו בפרשת Collins" (שם [80], בעמ' 461).

ב

ג הביקורת שמותחים מרין וקיטאי-סנג'רו [80] על האופן שבו אומצה דוקטרינת הפסילה בעניין יששכרוב [2] מהמשפט הקנדי, היא שבית משפט זה לא נתן דעתו להתפתחות הפסיקתית שחלה במשפט הקנדי לאחר שניתן פסק דין Collins [70] בשנת 1997. מרין וקיטאי-סנג'רו [80] מדגישים כי:

ד [...] בעניין יששכרוב, משעה שבית המשפט – שלא היה מחויב לשאוב השראה דווקא מהשיטה הקנדית או משיטת משפט זרה כלשהי – בחר לאמץ את המודל הקנדי לפסילת ראיות (ואת מרבית אמות-המידה להפעלת שיקול הדעת במסגרתו) – שומה היה עליו להסתמך על הניסיון שנצבר בקנדה במשך שני העשורים שחלפו מאז פרשת Collins, שבמהלכן הוחלפו חלק מאמות-המידה ואחרות נוסחו מחדש בצורה ראויה ומדויקת יותר, ולא להסתפק באימוץ הקריטריונים ליישום הכלל כפי שנוסחו בראשיתו" (שם [80], בעמ' 467).

ה

ו מרין וקיטאי-סנג'רו [80] מבהירים כי בעניין Collins [70] נדרש לראשונה בית המשפט העליון הקנדי לצקת תוכן לסעיף 24(2) לצ'רטר. לכן, הסתמכות על פסק דין זה, ללא התבוננות רחבה על התמורות שחלו במשפט הקנדי, היא בעייתית. התבוננות כזו אינה משקפת את העובדה שבמשפט הקנדי נקבעה לאחר פסק הדין בעניין Collins [70] היררכיה ברורה בין השיקולים המשפיעים על פסילת ראיה שהושגה באופן הפוגע בזכות להליך הוגן:

ז

"[...] בית המשפט קבע [בעניין יששכרוב – י' ד'] כי אף אחד מהשיקולים הרלבנטיים לשאלת הפסילה אינו בעל מעמד בלעדי או מכריע, וכי אין לקבוע עמדה בשאלת משקלם היחסי – שכן משקל זה ייקבע 'בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו'. קביעה זו נותנת לבתי המשפט הכשר מלא לפסוק ככל העולה על רוחם.

א

בעניין זה הדין בקנדה שונה. בעניין יששכרוב נהג בית המשפט, ככל הנראה, בעקבות בית המשפט בעניין Collins, שאף הוא נמנע מלדון במשקלם היחסי של השיקולים השונים וביחסי הגומלין בין שלוש קבוצות השיקולים, והסתפק בכמה הערות קצרות ובלתי־ממצות בעניין זה. עם זאת, בפסיקה מאוחרת יותר נדרש בית המשפט העליון של קנדה לדיון מפורש ומעמיק בסוגיה. במשך העשור שלאחר פרשת Collins הגדיר בית המשפט העליון של קנדה מחדש את אמות־המידה שנקבעו בה, ובתוך כך התווה הנחיות הנוגעות לאופן יישומו של המבחן המשולש. בקנדה – בניגוד לקביעת בית המשפט בעניין יששכרוב – נפסק שכדי להכריע בשאלת הפגיעה במוניטין של מערכת הצדק, על פי מכלול השיקולים שנמנו בפרשת Collins ולאחריה, אין לערוך איזון בין כלל השיקולים הרלבנטיים לשאלת פסילת הראיה בכל מקרה לפי נסיבותיו. נקבע כי קיימת היררכיה בין קבוצות השיקולים השונות, היררכיה המשליכה על משקלם היחסי של הקריטריונים השונים" (מרין וקיטאי-סנג'רו [80], בעמ' 489–490, ההדגשות במקור – י' ד'; כן ראו המשך הדברים בעמ' 490–491).

ב

ג

ד

ה

בהמשך מדגישים מרין וקיטאי-סנג'רו [80] כי בהתאם להתפתחות פסיקתית זו, כאשר במשפט הקנדי נעשית קביעה שלפיה השגת הראיה כרוכה בהפרת הזכות להליך הוגן, לא ניתן יהיה להכשיר את הראיה בשם האינטרס הציבורי שבמיצוי הדין עם האשמים:

ו

"[...] משעה שנמצא כי יש לפסול את הראיה לפי המבחן הראשון שצוין בעניין Collins, לא ניתן להסתמך על שיקולים המנויים במבחן השני או השלישי לשם 'הצלת' הראיה מפני פסילה. כך,

ז

למשל, אם נקבע כי ראוי לפסול ראייה מסוימת משום שיש באופן השגתה כדי להביא לפגיעה בהוגנות המשפט, הרי שלא ניתן יהיה לקבלה במשפט גם אם יוכח כי המשטרה נהגה בתום לב ו/או מתוך דחיפות או צורך, וגם אם מדובר בראייה חיונית ובעבירה חמורה; באופן דומה, אם נקבע כי הראייה הושגה תוך הפרה חמורה של זכויות הנאשם, לא ניתן יהיה לקבלה במשפט גם אם מדובר בראייה חפצית שיש לה קיום נפרד ועצמאי. אם כן, כלל השיקולים הרלבנטיים לחומרת ההפרה, ובכללם תום הלב של המשטרה, הם שיקולים שיש להתחשב בהם רק אם נמצא שקבלת הראייה אינה פוגעת בהוגנות המשפט" (שם [80], בעמ' 491; כן ראו הדברים המפורטים בהמשך בעמ' 491–492).

מאז שנפסקה הלכת יששכרוב [2] חלף פרק זמן לא־קצר המאפשר לנו לבחון את מידת ההגנה שהיא מספקת לזכויותיהם של נחקרים, חשודים ונאשמים. לטעמי, הלכה זו אינה מספקת את ההגנה הנדרשת. סבורני כי טוב נעשה אם נדע להתאים את הדוקטרינה שיובאה מהמשפט הקנדי להתפתחויות המאוחרות שחלו במשפט הקנדי באשר לאותה הדוקטרינה, גם אם שינויים אלה אינם מחייבים באופן פורמלי את מערכת המשפט הישראלית. לגישתי, הטמעתם של שינויים אלה היא מחויבת המציאות, שכן קיימות פגיעות בזכות להליך הוגן שלא ניתן לעבור עליהן לסדר היום בשם "האינטרס הציבורי", גם אם עסקינן בעבירה חמורה וגם שעה שהראייה חיונית להוכחת האשמה. בהקשר זה יפים דבריו של השופט לוי בעניין פרחי [3]:

"נמצא כי קבוצת שיקולים זו משמשת, למעשה, כחרב פיפיות – בעוד שהדעת אינה סובלת את זיכויו של מי שביצע מעשים כה חמורים, החשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ובשמירה על זכויות הנאשם מתגברת דווקא במקרים אלה. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים. קבלת הראייה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון וליצור תחושה כי האדם הוא כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי עת הפגיעה בהוגנות ההליך – כפי שהיא משתקפת ממכלול

השיקולים והנסיבות – היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף מקום שהעבירות המיוחסות לנאשם הן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת" (שם [3], בעמ' 663).

א

כן ראו ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל [39] (להלן: עניין אל עוקה), בפסקה 12 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל ובפסקאות 5 ו-6 להערותיי (שם).

בהמשך לתמורות שחלו במשפט הקנדי כאמור, בהינתן היררכיה בין השיקולים המשפיעים על פסילת ראיה, קיימים מקרים שבהם הצורך באיזון בין האינטרסים המתנגשים אינו קיים עוד. במקרים אלה נשמטת ההצדקה לדחיית מועד קבלתה של ההכרעה בשאלות הנוגעות לפגיעה בזכות להליך הוגן.

ב

9. התערבות שיפוטית בדיעבד עשויה להיות מעט מדי ומאוחר מדי, גם במובן זה שייתכן כי לא ניתן יהיה לפסול את הראיה חרף העובדה שהשגתה הייתה כרוכה באי חוקיות שפגעה בזכות להליך הוגן. במה דברים אמורים? כאמור, לפי הלכת יששכרוב [2], גם אם החקירה המשטרית פגעה בזכות להליך הוגן, בית המשפט רשאי שלא לפסול את הראיה אם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מכך – למשל, כאשר מדובר בפשע חמור והראיה חיונית להוכחת האשמה (שם [2], בפסקה 72). מצב דברים זה מוקשה בעיניי היות שהוא מאפשר לבית המשפט, הלכה למעשה, ליתן משקל אפסי לפגיעה בזכות להליך הוגן בשם "האינטרס הציבורי". עמדו על כך מרין וקייטאי-סנג'רו במבוא למאמרם [80] בהדגישם כי:

ג

ד

ה

"באשר לדוקטרינה הפסיקתית של כלל פסלות הראיות טוען המאמר כי בחירתו של בית המשפט להסתמך על המודל הקנדי לפסילת ראיות אמנם ראויה ככלל, אולם האופנים שבהם בחר בית המשפט לסטות ממודל זה עשויים להביא לצמצום בלתי־ראוי בהיקף תחולתו של כלל הפסילה, צמצום שאינו נובע מהצורך להתאימו לצורכי המציאות המשפטית בישראל. חרף התוצאה המבורכת שבאימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות, מבקש המאמר להראות כי כלל הפסילה נוסח בצמצום מופרז, וכי באופן התווייתו של אמות־המידה להפעלתו יש בכירור כדי להטות את האיזון לעבר הערך שבגילוי

ו

ז

האמת, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תכליתו המוצהרת של הכלל. אמנם, בפרשת יששכרוב נותר בידי בתי המשפט שיקול דעת רחב ביותר (ולמעשה, בלתי־מוגבל) בדבר אופן החלת הכלל, אך בה בעת, הקביעה כי מהימנות הראיה, אופן סיווגה, חיוניותה וחומרת העבירה משמשים שיקולים רלבנטיים כל אימת שבית המשפט נדרש לשקול פסילתה של ראייה שהושגה שלא כדין, מבלי לנקוט עמדה בדבר משקלם היחסי, עלולה להביא לצמצום בלתי־ראוי בהיקף תחולתו של כלל הפסילה" (שם [80], בעמ' 429–430).

רוצה לומר, כמעט תמיד ניתן יהיה להצדיק – מבחינה רטורית – את קיומו של אינטרס ציבורי בנסיבותיו של כל תיק, שכן גילוי האמת והעמדה לדין של האשמים הם שיקולים תקפים ונכונים לגבי כל תיק ותיק. עוד בעניין יששכרוב [2] הביעה השופטת (כתוארה אז) ביניש את הקושי הטמון בהתחשבות בחיוניותה של הראיה להוכחת האשמה, בהדגישה כי:

"[...] לא נעלם מעיניי כי מתן משקל לחשיבות הראיה ולחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת ההכרעה בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, אינו נקי מקשיים. ההתחשבות בשיקולים האמורים עלולה להוביל לידי כך שדווקא בחקירות של פשעים חמורים בהן זכותו החוקתית של הנאשם לכבוד ולחירות ראויה להגנה משמעותית, תפחת ההקפדה על הכללים לניהול חקירה הוגנת ותקינה" (שם [2], בעמ' 566).

בהקשר זה הטעים בועז סנג'רו במאמרו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" [82] (להלן: סנג'רו): כי:

"במילים אחרות ובראייה מעט שונה של הדברים: ככל שהעבירה שמייחסת התביעה לנאשם חמורה יותר, כך יבליג בית המשפט על הפרות גסות יותר של זכויות החשוד. אם כך – ספק אם יש טעם בכלל הפסילה. במציאות, ניתן להניח כי עיקר הפרות החוק החמורות מצד חוקרי המשטרה מבוצעות נוכח חשד בעבירות חמורות. על מי יגן כלל הפסילה? על חשודים בעבירות חניה?"

בעצם מדובר בפרדוקס: הרי עד כה מקובל היה שכל שהעבירה המיוחסת לנאשם חמורה יותר – שאז צפוי הוא לשלילת חירות גדולה יותר – כך יש להקפיד יותר על שמירת הערובות הפרוצדורליות הנתונות לו" (שם [82], בעמ' 109).

א

סבורני כי האינטרס הציבורי במלחמה בפשיעה אינו יכול שיאיין את הסעד שזכאי לו הנפגע כתוצאה מהפרת זכותו להליך הוגן. התניית מתן סעד אופרטיבי בגין הפרת הזכות להליך הוגן בשיקולי האינטרס הציבורי, נפקותה ריקון זכות זו מתוכן ממשי.

ב

לא זאת אף זאת, אלא שבקנדה, אשר דוקטרינת הפסלות הנהוגה בה שימשה כאב טיפוס לעיצובה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית בעניין יששכרוב [2] (ראו מרין וקיסאי-סנג'רו [80], בעמ' 459, 461), נוהגים בתי המשפט ליתן לשיקול האמור משקל נמוך ביותר. הם אינם מתחשבים בו בכואם להכריע בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו בניגוד לסעיף 24(2) לצ'רטר (עניין יששכרוב [2], בפסקה 73).

ג

נוסף לכך, גם אם תיפסל הראיה בדיעבד, הרי שעיון בה עלול להוביל את המשטרה לאיתור "ראיות נגזרות" שעשויות, בנסיבות מסוימות, להתקבל במשפט. משכך – אין בפסילתה של "ראיית המקור" בדיעבד כדי ליתן סעד אפקטיבי שיגן על הזכות להליך הוגן. כאשר רשויות החקירה מודעות לכך שיתכן כי ראיית המקור תיפסל אך בו בזמן ייתכן גם כי ראיות נגזרות עשויות להתקבל במשפט, אין להן תמריץ ממשי להקפיד על הגנת הזכות להליך הוגן (ראו והשוו סנג'רו [82], בעמ' 91). יוער כי על אף שהוכרע בעניין פרחי [3] שבנסיבות מסוימות ייפסלו ראיות נגזרות שקבלתן תפגע בזכות להליך הוגן, ואף הדגשתי בעניין פרחי [3] כי ניתן-גם-ניתן להביא לפסילתן של ראיות נגזרות חפציות ואובייקטיביות, הרי שפסילת ראיה נגזרת היא עניין מורכב. משכך, גם אם ראיית המקור תיפסל בדיעבד, עסקינן בסעד חלקי בלבד שאין בו כדי ליתן מענה הולם וראוי לפגיעה בזכות להליך הוגן.

ד

ה

ו

לטעמי, כיוון שההלכה הפסוקה בעניין פסילת ראיה שהושגה שלא כדין אינה מקנה סעד הולם לנחקרים ולחשודים, יש להקנות להם כלים אפקטיביים להגנת זכותם להליך הוגן, זאת – בין היתר – באמצעות מתן זכות להעלאת

ז

טענה מכוח דוקטרינת הפסלות הפסיקתית לפני הגשת כתב אישום בהליך לפי סעיף 43 לפקודה.

- א 10. יטען הטוען כי השקפה זו נוגדת את האינטרס הציבורי שבלחימה בפשע ובמיגורו. ברם, לצד האינטרס הציבורי שבמיגור הפשע, קיים כאמור אינטרס ציבורי, לא פחות חזק, שעניינו להבטיח כי גופי חקירה יפעלו לפי חוק ובהתאם לאמות מידה של הגינות שלטונית מתחייבת, לצד גמישות המאפשרת תחבולות חקירה לגיטימיות. מקום שגופי חקירה מבקשים למלא את תפקידם באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הזכות להליך הוגן קיים אינטרס ציבורי ראשון במעלה למנוע זאת, ולא רק בדיעבד. משכך, תמוהה בעיני טענת המדינה שלפיה פסק הדין [1] עומד בסתירה לאינטרס הציבורי. גם אם עמדתי הנורמטיבית משנה את נקודת האזון באופן הנוטה לעבר הגנת זכויותיהם של נחקרים, הרי שתזוזה זו מתחייבת מכוח המהפכה החוקתית והמשקל המיוחד שניתן על פיה לזכויות האדם (ראו והשוו עניין יששכרוב [2], בפסקה 46; כן ראו: מרין וקיסאי-סנג'רו [80], בעמ' 456–457; סנג'רו [82], בעמ' 95–98). מובן הוא כי מיצוי הדין עם האשמים הוא הכרחי אך לא בכל מחיר, אלא בכלים ראויים ההולמים מדינת חוק שעייגנה בחוק יסוד את הזכות לכבוד האדם ולחירות.

- ז 11. זאת ועוד, באמצעות היחשפות להודעותיהם הגולמיות של עובדי הרכבת, ביקשה המשטרה להשיג ראיות מפלילות אחרות תוך כדי קיפוח זכויותיהם של עובדי הרכבת כנחקרים וכחשודים. בהקשר זה הדגשתי בפסק הדין [1] כי:

- ה "מסירת ההודעות, שניתנו על ידי העובדים, למשטרה שלא כחלק מחקירה, שבה מחויבת המשטרה בכיבוד מלוא זכויותיו של החשוד, תעמיד לרשות המשטרה 'מסלול עוקף חקירה' שעלול לרוקן מתוכן את חובותיה כלפי חשודים. הדברים יפים, לטעמי, אף אם ההודעות לא תשמשנה כראיות בבית המשפט בהליך הפלילי שיתנהל נגד העובדים, כולם או מקצתם" (שם [1], בעמ' 314).

- ך תוצאה זו אין לאפשר, וניתן למנוע אותה רק על ידי מתן סעד א-פריורי האוסר על המשטרה לעיין בהודעותיהם הגולמיות של העובדים.

ז

12. אחד הדגשים העולים מחוות דעתה של הנשיאה הוא כי פסילת ראייה מכוח הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית נועדה למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן עקב קבלת הראייה במשפט – פגיעה שהיא מובחנת ונפרדת מהפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה בעת השגת הראייה (ראו עניין יששכרוב [2], בפסקה 63). ברוח זו הצביעה הנשיאה על כך ש"העובדה שמידע מסוים לא יהיה קביל, בסופו של דבר, בהליך המשפטי אינה מונעת, כשלעצמה, את השימוש באותו מידע על ידי המשטרה במהלך חקירתה" (פסקה 18), ומשכך – אין לדוקטרינת הפסלות הפסיקתית, ככלל, נפקות אופרטיבית בשלב שלפני הגשת כתב אישום.

אני יכול לקבל עמדה זו הן משום שמחזיק אני בעמדה נורמטיבית שונה ולפיה יש להעניק לנחקר ולחשוד סעד אפקטיבי בזמן אמת אף בטרם נפגעה זכותו להליך הוגן, והן משום שעמדה זו אינה משרתת, לטעמי, את האינטרס הציבורי.

כידוע, הזכות להליך הוגן אינה מתמצית בהליך המשפטי המתקיים לאחר הגשת כתב האישום. זכותו של אדם להליך הוגן מתחילה בשלב מוקדם הרבה יותר, עובר להגשת כתב אישום, שכן אין חולק כי חקירת המשטרה צריך שתבצע בהתאם להוראות החוק, כפוף לכללים שנקבעו בפסיקה ועליה לעלות בקנה אחד עם נורמות של הוגנות. דברים אלה הם בבחינת מושכלות ראשוניות והודגשו אף בחוות דעתה של הנשיאה שהטעימה כי: "ההגנה הניתנת בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית לזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן נוגעת לכל שלביו של ההליך הפלילי, ובכלל זה – לשלב החקירה המשטרית" (הסיפא לפסקה 14). קביעה נורמטיבית שלפיה קמה לנחקר הזכות להגן על תקינות ההליך בעניינו ועל הוגנותו רק לאחר הגשת כתב אישום נפקותה, הלכה למעשה, עיקור מתוכן ממשי של הזכות המהותית להליך הוגן בשלב החקירה במשטרה. זאת, לנוכח העובדה כי במהלך החקירה המשטרית עלולים להיגרם לנחקר נזקים כבדים ובלתי הפיכים אשר התערבות שיפוטית בדיעבד לא תוכל לפצות על אי מניעתם מראש ובוודאי לא להשיב את המצב לקדמותו, גם אם, בסופו של דבר, יושיט בית המשפט סעד של פסילת ראייה. יתר על כן, התערבות שיפוטית בדיעבד תוביל לפגיעה באמון הציבור במערכת השיפוט כמובהר להלן.

13. גישה שיפוטית המאפשרת החלטה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית רק לאחר הגשת כתב אישום מאפשרת למעשה את התרחשות הפגיעה עקב אי מניעתה מבעוד מועד. גישה זו מציבה את בית המשפט במעמד של משקיף מן הצד שעה שמתרחשת לנגד עיניו פגיעה בזכות להליך הוגן. התנהלות בעייתית זו מוצאת ביטוי בכתבי ניטשה שצוטטו ברשימתו של סנג'ר [82]:

א "כי אל לנו לזלזל בחלק הרב שיש לעצם המראה של ההליכים המשפטיים והביצועיים, המונע מהפושע להרגיש באופי הנפשע שבסוג פעולתו מצד עצמה: כי הנה עיניו הרואות סוג מעשים זה עצמו המבוצע בשירות הצדק, במיטב המצפון ובהלל 'כי טוב', כגון: ריגול, הערמה, שוחד, מארב, כל מלאכת התחבולות והמלכודות של המשטרה והתביעה, ולאחר מכן שורת המעשים מטעמים עקרוניים ואף ללא צידוק של 'פעולה מתוך ריגשה', הלא הם גזל, אלימות, השמצה, שבי, עינויים, רצח. בכל מה שמוטבע בסוגים שונים של הענשה, וכל אלה מעשים שאין השופטים דוחים ומגנים אותם מצד עצמם, כי אם רק בנסיבות מסוימות ומבחינות מסוימות" (שם [82], בעמ' 92–93; פרידריך ניטשה מעבר לטוב ולרוע – לגניאלוגיה של המוסר [72], בעמ' 286).

ב אדישותו של בית המשפט כלפי הפגיעה בזכות להליך הוגן "בזמן אמת" עלולה לגרום לכך שהציבור יסבור כי בית המשפט מוטה לטובת גופי החקירה. לכן, האמון שנותן הציבור בבית המשפט עלול להיפגע. ודוקו, פגיעה זו מוטב למנוע, שכן "אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו זהו אמון הציבור בו" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית [73], בעמ' 51). אין לזלזל בשיקול זה כלל ועיקר, במיוחד לא בעידן הנוכחי שבו מתגברת מחאה אזרחית המביעה באופן נחרץ מורת רוח ותסכול מפני אופן התנהלותן של רשויות השלטון. יש להדגיש כי בסעיף 24(2) לצ'ארטר הקנדי, מקור ההסמכה החוקי לפסילת ראיות מחמת הפגיעה בזכות להליך הוגן, מהווה מבחן "[ה]מוניטין של מערכת עשיית הצדק" קריטריון סטטוטורי מפורש לפסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין (מדין וקייטאי-סנג'ר [80], בעמ' 464).

ז

עשיית הבחנה בין שלב החקירה המשטרית, אשר אפשר כי תתקיים במהלכה פגיעה בזכות להליך הוגן, לבין ההליך המשפטי בין כותלי בית המשפט, יש בה כדי לגרום לנתק מלאכותי בין חוליותיו השונות של ההליך הפלילי, אשר עלול להוביל לפגיעה באמון הציבור בבית המשפט.

א

ממה נפשך? האמון שהציבור רוחש לבית המשפט נובע, בין היתר, מהעובדה שבית המשפט נתפש בעיני הציבור כגורם מפקח ומבקר בהתייחס לפעולות חקירה נפסדות. האמון מושתת על הנחת הציבור שלפיה בית המשפט לא יאפשר ניצול לרעה של כוח המופקד בידי רשויות החקירה, בין היתר – באמצעות שימוש בכלי הרתעה, ויש להקפיד לבל יאבד אמון זה.

ב

14. את אפקט ההרתעה ניתן להשיג בין באמצעות פסילתן של ראיות בדעבד ובין באמצעות מניעתו של העיון בהן מראש. ודוק, ההלכה הפסוקה שהתגבשה בעניין יששכרוב [2] באשר לפסילת ראיות בשלב המשפט דחתה את "המודל המתקן" המייחס חשיבות לחינוך גורמי החקירה ולהרתעתם. הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית התעצבה סביב "המודל המניעתי" שהוא מודל גמיש ויחסי שאינו מביא בין שיקוליו את האינטרס הציבורי שבהרתעתם של גורמי החקירה. עמד על כך סנג'רו [82] בצינו כי:

ג

ד

"מבחינת ההלכה שנקבעה בפסק הדין, הרי שהרציונל לכלל הפסילה שאותו בחר בית המשפט הוא מוגבל מדי; 'המודל' ('המניעתי') שבו בחר בית המשפט הוא מצמצם מדי (ויחסר לנו 'המודל המתקן'); כלל הפסילה שנקבע הוא מסובך מדי וחלש מדי; שיקול הדעת שמאפשר הכלל לבית המשפט הוא רחב מאוד ומדי; חלק מן השיקולים שנקבעו לשם הפעלת שיקול הדעת הוא בעייתי (חלקם אפילו בעייתי מאוד) [...]" (שם [82], בעמ' 99, כן ראו בהקשר זה את האמור בעמ' 114–115).

ה

ו

זאת ועוד, גם אם תיפסל, בסופו של דבר, ראייה מכוח הזכות להליך הוגן הרי שאין הכרח כי ראייה נגזרת שהושגה באמצעותה ובעקבותיה תיפסל אף היא, שכן אף שניתן בהתאם להלכה הפסוקה להביא לפסילתה של ראייה נגזרת (ראו עניין פרחי [3], בפסקה 11 לחוות דעתי), המבחינים הנוהגים בעניין פסילתה של ראייה נגזרת מציבים רף מחמיר ומכביד באשר לחשודים ולנאשמים.

ז

בשים לב לאמור לעיל ובשל מוגבלותה של הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית שגובשה בעניין יששכרוב [2], סבורני כי כדי להגשים את התכלית העומדת בבסיס תפקידה ההרתעתי של מערכת המשפט, יש למנוע מהמשטרה להשיג ראיות ולעניין בהן אם כרוכה בכך הפרת הזכות להליך הוגן. גישה זו תתמרץ את רשויות החקירה להשקיע משאבים ומאמצים באיתור ראיות שהשגתן אינה כרוכה בהפרת הזכות להליך הוגן.

15. בניגוד לתפישה זו בדבר הפונקציה ההרתעית שעל מערכת המשפט למלא (ראו סנג'רו [82], בעמ' 91), מדגישה הנשיאה בחוות דעתה כי "המודל המתקן", נדחה בהלכת יששכרוב [2] ותחתיו אומץ "מודל המניעה". סבורני כי ההכרח להקפיד שרשויות החקירה יפעילו נורמות חקירה הוגנות הוא חלק אינהרנטי מסמכויותיו של בית המשפט, ואף עולה כדי חובתו המקצועית והמוסרית. גישה מצמצמת הדבקה במודל המניעתי הקלסי מבטאת, לטעמי, הלך רוח של מזעור סמכויותיו הטבועות של בית המשפט, דווקא מקום שבו נדרשת הרחבה מידתית. לדידי, אל לו לבית המשפט לפרוק מעליו סמכות כה חשובה שהיא אחד מביטוייו הקונקרטיים של עקרון האיזונים והבלמים בגדרי המשפט הפלילי, עיקרון שהוא אבן הראשה של המבנה החוקתי בשיטתנו המשפטית.

על הקושי הטמון בויתור על הרכיב "המתקן" בדוקטרינת הפסלות הפסיקתית עמד סנג'רו [82] בהדגישו כי:

"מחלקים אחרים בפסק הדין [עניין יששכרוב – י' ד'] ברור כי מקומו של רציונל חינוך חוקרי המשטרה והרתעתם נפקד שלא במקרה, שהרי הוא נדחה במפורש על-ידי בית המשפט. כפי שניסיתי לשכנע, הוויתור על רציונל חשוב זה הוא מצער [...] לדעתי, כל שלוש המטרות המרכזיות [...] שהוצעו: הן חינוך והרתעת המשטרה; הן ההגנה על זכויות הנחקר; והן השמירה על התוקף המוסרי של ההכרעה השיפוטית – שלושתן מטרות טובות, ראויות, חשובות, שאסור לוותר על אף לא אחת מהן. כלל הפסילה צריך להישען על כולן: ניתן וצריך יהיה לפסול ראיות על בסיס כל אחת ואחת מהן – אפילו כשהיא מתקיימת לבדה. אין לוותר על הכוונת המשטרה; אין לוותר על זכויותיו של הנאשם; ואין לוותר על הלגיטימיות של פסק

הדין. הדבר מחייב כמובן כלל פסילה רחב וחזק יותר, ולטעמי – גם ראוי יותר" (שם [82], בעמ' 100–101).

א ובהמשך מטעים סנג'רו כי:

"בסופם של ארבעה 'טעמים' נגד 'המודל המתקן', הטעם הנותר בפה מפסילתו הוא מר, וההתלהבות שבפסק הדין מן 'המודל המניעת' אינה ממתיקה אותו, שכן, לדעתי, כשם שלא רצוי לזנוח אף אחד משלושת הרציונלים של כלל הפסילה שנדונו לעיל ואף לא אחת משלוש המטרות שהם מציבים, כך גם מפסידה שיטת משפט ומפסידה חברה המוותרות על 'המודל המתקן'" (שם [82], בעמ' 103).

ג 16. לא זאת אף זאת, לדידי, גם אם פסילת ראיות במהלך המשפט (בדיעבד) עשויה להגשים את הפונקציה ההרתעתית של מערכת המשפט, אין בה כדי למנוע את הפגיעה באמון הציבור בבתי המשפט. אמון זה יובטח רק באמצעות מניעה מראש של פגיעה בזכות להליך הוגן. במה דברים אמורים? בעיני אדם מן היישוב בית המשפט הוא המעוז האובייקטיבי ונטול הפניות האחרון שאליו הוא יכול לפנות בזמן אמת כדי שיגן עליו מפני שרירות ומפני התנהגות עוולתית של הרשות החוקרת. נעילת דלתותיו של בית המשפט בפני הציבור בזמן אמת תביא בהכרח לפגיעה באמון הציבור ביכולתה של מערכת המשפט להושיט סעד אפקטיבי, שכן מתן הסעד בדיעבד להתרחשות הפגיעה עלול להיות במקרים מסוימים חסר ערך ממשי, כמפורט בסעיפים 8–9 לעיל. נעילת דלתותיו של בית המשפט בפני המליץ על אי נאותות ההליך עת נפגעה זכותו להליך הוגן תעורר היווצרותם של רגשות תסכול ותגרום להתפתחותה של תחושת חוסר אמון כלפי מסוגלותו של בית המשפט למלא את תפקידו כהלכה ובזמן אמת.

ד 17. זאת ועוד, כפי שהדגשתי בפסק הדין [1], גישה המגבילה את ההתערבות השיפוטית כלפי הפגיעה בהליך הוגן רק לאחר הגשת כתב אישום סותרת, לטעמי, את המודל המניעתי במובנו הרחב. רוצה לומר, כדי למנוע את התממשות הפגיעה בזכות להליך הוגן אין די במניעת קבלתה של הראיה במשפט אלא יש ליתן סעד א־פריורי לנפגע בזמן אמת שימנע את התרחשות הפגיעה. לגישתי, אין מקום להסתפק בהתמודדות עם תוצאות הפגיעה בדיעבד,

בהתעלם מהיווצרות העוול בזמן אמת. דומני כי, דווקא בנסיבות הפרשה דנן, הרציונל המניעתי מדגיש ביתר שאת את הצורך לעשות שימוש בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית עובר להגשת כתב אישום.

א

כאמור, התעקשותה של המשטרה לשים ידה על ההודעות הגולמיות של עובדי הרכבת שנמסרו לפני ועדות הבדיקה הפנימיות, על אף שהיה ביכולתה של המשטרה לזמן את העובדים לחקירה כדין, עשויה לכאורה להצביע על המניע העומד מאחורי בקשתה של המשטרה. ככל הנראה, באמצעות הודעות אלה מבקשת המשטרה לאתר ראיות מפלילות אחרות שיוגשו במשפט בלי להתמודד עם המגבלות שניצבות בפניה המונעות ממנה התנהלות הפוגעת שלא כדין בזכות הנחקר להליך הוגן. לדידי, בית המשפט אינו רשאי לעצום עיניו אל מול חקירה של המשטרה המבקשת לרוקן מתוכן את זכויות הנחקר, במיוחד מקום שעומדת לרשות המשטרה דרך חוקית להשיג את הראיות שהיא חפצה בהן.

ג

18. עוד אבקש להידרש למקור ההסמכה החוקי המאפשר מניעת עיון של המשטרה במסמכים ובראיות חפציות אחרות, וביתר דיוק – לשאלת ההסמכה שבדין להחלת הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית עובר להגשת כתב אישום. בסעיף 12 לחוות דעתה גורסת הנשיאה כי אין צורך להכריע בשאלה זו בנסיבות העניין, מהטעם שבמקרה דנן לא התבקש צו נגד עצם גביית ההודעות אלא נגד מסירתן לעיון המשטרה. איני מסכים עם קביעתה זו של הנשיאה, שכן – כפי שהטעמתי לעיל – גם מסירת ההודעות לעיון המשטרה עלולה לפגוע בזכותם של עובדי הרכבת להליך הוגן.

ה

השאלה אם טענות הנוגעות לעצם קבילות הראיה עשויות לבסס הצדקה לאי מתן צו לפי סעיף 43 לפקודה טרם הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה (ראו יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים [74], בעמ' 753, להלן: קדמי). אף על פי כן, לטעמי, אין כל קושי לראות בסעיף 43 לפקודה את מקור הסמכות הסטטוטורי המעניק לבית המשפט סמכות לדון בטענות הנוגעות לזכות להליך הוגן אף לפני הגשת כתב אישום. סמכות זו נובעת מזכותו של המחזיק בחפץ להתנגד למתן הצו:

ך

ז

”במסגרת דיון, שבו לוקחים חלק גם המבקש וגם המחזיק, ניתן לקיים הבירור הדרוש בשאלת קיומו של חיסיון לו טוען המחזיק וכו’

ליתן את הדעת לחששותיו של המחזיק שמא ינוק עקב הצגת החפץ"
(קדמי [74], בעמ' 754, ההדגשה הוספה – י' ד').

אכן, במקרה דנן, אלה שהעלו את הטענה המבוססת על הזכות להליך הוגן הם העובדים ולא המחזיק, קרי – הרכבת. ודוקו, כפי שעמדתי על כך בהרחבה בחוות דעתי בפסק הדין [1], קיימים שיקולי מדיניות כבדי משקל המצדיקים הרחבתה של זכות הטיעון מכוח סעיף 43 לפקודה, בנסיבות המתאימות ובהתאם לשיקולים שהותוו על ידיי, גם בהתייחס לצד שלישי כגון עובדי הרכבת. מתן משקל הולם לשיקולי המדיניות שנדונו על ידיי בפסק הדין [1] מגשים, לטעמי, את תכליתו של סעיף 43 לפקודה באופן הטוב ביותר.

מושכלות ראשונים בתחום פרשנות החקיקה מורים אותנו כי:

ג"כ כאשר הנורמה המתפרשת היא דבר חקיקה, מטרתם של כללי הפרשנות היא להעניק לדבר החקיקה את המשמעות המגשימה בצורה הטובה ביותר את תכליתו" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה [75], בעמ' 143).

ד עוד הוטעם בהקשר זה כי:

ה"תכלית החקיקה הן המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים אשר דבר חקיקה נועד להגשים. תכלית החקיקה הינה מושג נורמטיבי. היא מורכבת מתכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה ומתכליתו האובייקטיבית. תכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה היא תכלית אשר יוצר החוק ביקש להגשים בשעת חקיקתו. זו 'כוונת המחוקק'. תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה היא התכלית שדבר החקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית מודרנית. זו 'מטרת החקיקה'" (שם [75], בעמ' 144).

דומני כי פרשנות התכליתית של סעיף 43 לפקודה, בשים לב לשינוי שחל במעמדה הנורמטיבי של הזכות להליך הוגן לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם לאור השינוי בנקודת האיוון לעניין הגנת הזכות להליך הוגן כפי שהוטעם בעניין יששכרוב [2], מחייבת, לטעמי, הכרה באפשרות להחיל את

הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית גם לפני הגשת כתב אישום. זאת, על יסוד ההסמכה החוקית המעוגנת בסעיף 43 לפקודה, המאפשרת, לדידי, במקרים המתאימים, זכות טיעון גם לצדדים שלישיים ולא רק ל"מחזיק". אכן, סעיף 43 לפקודה נחקק לפני כניסתו לתוקף של חוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו, אך גם דברי חקיקה מעין אלה מתפרשים ברוח חוקי היסוד ולאורם (ראו, למשל, דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון [40], בעמ' 742).

19. כמו כן, בסעיף 16 לחוות דעתה קבעה הנשיאה כי על רשויות התביעה להביא שיקולים הנוגעים לזכות להליך הוגן בעת גיבוש החלטתן אם להגיש כתב אישום, ומשכך – ייתכן כי בית המשפט אף לא יידרש להכריע בשאלות אלה. לדידי, חובתן של רשויות התביעה לשקול את הפגיעה בזכות להליך הוגן שנגרמה במהלך החקירה המשטרתית אין בה כשלעצמה כדי לגרוע מזכותו של המחזיק, ושל צד שלישי בנסיבות המתאימות כאמור, להתנגד למסירת הראיה. זכות ההתנגדות למסירת ראיה מכוח סעיף 43 לפקודה עומדת, לטעמי, בפני עצמה והיא נפרדת מתהליך קבלת ההחלטות על ידי רשויות התביעה.

20. מטיעוני המדינה עולה החשש כי התערבות בית המשפט, עובר להגשת כתב אישום, תעביר את מרכז הכובד של ניהול החקירה לבית המשפט ותסכל את החקירה. דומני כי מוטב לא לראות צל הרים כהרים. מעורבות שיפוטית בשלב החקירה אינו זר למערכת המשפט. כך, למשל, רשאי בית המשפט להיעתר או לסרב להוציא מלפניו צו מעצר (ראו סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, להלן: חוק סדר הדין הפלילי), ובדרך זו הוא משפיע כבר בשלב המקדמי של החקירה על אופן ניהולה, וכפועל יוצא – אף על יכולתה של המשטרה להשיג ראיות. כמו כן, בשלב מעצר הימים בית המשפט הוא שמכריע בדבר הארכת מעצרו של חשוד (ראו סעיף 13 לחוק סדר הדין הפלילי), ואף בכך יש בידו להשפיע על משך פעולות החקירה, על טיבן ועל היקפן. הדברים נכונים ביתר שאת עת עסקינן בהחלטתו של בית משפט על פי סעיף 13(3) לחוק סדר הדין הפלילי – מעצר לצורכי חקירה – שאז בית המשפט מעביר תחת שבט ביקורתו את שיקול דעתה המקצועי של המשטרה בנוגע לצורך לבצע פעולת חקירה מסוימת ואף מגביל את המשטרה בפרק זמן מוגדר לביצוע הפעולה הנטענת. אני סמוך ובטוח כי בתי המשפט יידעו לנהוג באחריות ובריסון שיפוטית וימנעו מהתערבות מיותרת בהליכי החקירה, אך בו

בזמן יידעו להפעיל את סמכותם באותם מקרים שבהם פוגעת התנהלותה של המשטרה בזכות הנחקר להליך הוגן.

א 21. שיקול נוסף שהביאני לקבוע בפסק הדין כי אין להעביר את הודעותיהם הגולמיות של עובדי הרכבת לעיון המשטרה נגע ל"אפקט המצנן" שעיון זה ייצור, במובן זה שעובדים יימנעו בעתיד מלשתף פעולה עם ועדות בדיקה פנימיות מחשש שדברים שנמסרו על ידיהם ישמשו בסיס להעמדתם לדין (שם [1], בפסקה 45). בכך יינזק האינטרס הציבורי, שכן ועדות הבדיקה הפנימיות נועדו להפיק לקחים לשם מניעת טעויות ותאונות הגורמות לפגיעות גוף חמורות – ולעתים אף למוות. כך לגבי ועדות בדיקה פנימיות בבתי חולים וכך לגבי ועדות הבדיקה של הרכבת שאמורות להפיק לקחים לעתיד בתחום הבטיחות לשם מניעת קיפוחם של חיי אדם. הנשיאה והשופטת ארבל מבקשות לדחות טיעון זה, בראש ובראשונה, מהטעם שקיומו, לדעתן, של האפקט המצנן לא הוכח. ואולם, הקושי בהוכחתו של טיעון זה אינו מצדיק התעלמות ממנו והפחתה ממשקלו.

ט ט טיעון זה מבוסס על עיקרון של שכל ישר שלפיו "אין אדם משים עצמו רשע". טבעו של אדם שלא ימסור דברים העלולים לסייע בהפללתו. אדם הוא יצור רציונלי הפועל להשאת תועלתו ורווחתו האישית. מאפיין זה בפעילות האנושית הוא בבחינת מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה ועיקרון יסודי בגישת הניתוח הכלכלי של המשפט. עיקרון זה הוא שעומד גם בבסיס ההכרה בזכות השתיקה של חשוד בחקירתו ובזכותו של עד להימנע מהפללה עצמית. משכך, סבורני כי לא ניתן לחלוק על הקביעה כי חשיפת הודעותיהם של העובדים אכן תיצור אפקט מצנן.

22. השופטת ארבל הדגישה בהערותיה כי ממילא ברור לעובד שתוצאותיהן של ועדות הבדיקה הפנימיות ישפיעו על קידומו במקום העבודה ואף על האפשרות כי יפוטר, ומשכך – לדעתה – לא ניתן לומר שהאפקט המצנן נוצר אך מעצם העברת החומר למשטרה. ראשית, סבורני כי לא ניתן להשוות בין האפקט המצנן הנגרם כתוצאה מחששו של העובד באשר לקידומו המקצועי או ביטחונו התעסוקתי לבין חשש הנובע מפני העמדה לדין. כאשר על החשש הנובע מדאגה לעתידו המקצועי של העובד מתווסף החשש מפני העמדה לדין, ברי כי האפקט

המצנן גובר לאין שיעור. שנית, כפי שעמדתי על כך בחוות דעתי בפסק הדין [1], כאשר עובד מופיע לפני ועדת בדיקה פנימית עליו להיות מוזהר תחילה מפני הפללה עצמית. כמו כן, יש לאפשר לו להיות מיוצג בידי עורך דין, להזמין עדים ולחקור אותם (שם [1], בפסקאות 43–44). בהתקיים רכיבים אלה ניתן להפחית במידה רבה את חששותיו של העובד ולגרום לו לשתף פעולה עם ועדת הבדיקה על אף חששותיו לגבי עתידו המקצועי. ודוקו, לא זה המצב במקרה דנן שבו עובדי הרכבת לא הוזהרו בדבר זכויותיהם, חויבו להופיע לפני הוועדות ולא הותר להם להיות מיוצגים בידי עורכי דין. כן לא היה באפשרותם להזמין עדים ולחקור אותם. בנסיבות אלה, התמריץ הממשי שיש לעובד לשתף פעולה עם ועדת בדיקה פנימית הוא ההבטחה שדבריו לא יועברו לגורם חיצוני באופן שיגרום להעמדתו לדין. בהיעדר העמדת "בטוחה" מינימלית זו, ברי כי לא יימצא עובד סביר שישכים לשתף פעולה באופן שיביא להפללתו.

23. הנסיאה מאזכרת בחוות דעתה שורה של פסקי דין שבהם ניתן ביטוי לגישה משפטית שאינה נוטה להכיר בקיומו של אפקט מצנן. נראה כי הערותיה של השופטת ארבל מבהירות את הטעם שעומד מאחורי גישה זו. השופטת ארבל מטעימה כי:

"עצם מניעת העברת החומר מתוך החשש כי עובדיו של גוף המספק שירות לציבור, לא כל שכן שירות שמאפיין עיקרי שלו הוא נושא הביטחון והבטיחות, ימאנו לשתף פעולה בסוגיה שעומדת בלב לבו של תפקידם, על היבטיו הציבוריים, נושאת עימה מסר שיש בו מעין איום סמוי ושקשה לקבלו על רקע תפישתנו הערכית את תפקידו של המשפט".

עולה אפוא מדבריה של השופטת ארבל כי הטעם המכריע לאי ההכרה בהלכה הפסוקה בקיומו של אפקט מצנן אינו נעוץ בהיעדרו בעולם המעשה אלא במדיניות שיפוטית. סבורני כי, בכל הכבוד לשיקולים שבמדיניות שיפוטית שעניינם הכוונת התנהגות רצויה, מערכת המשפט אינה יכולה להרשות לעצמה "לעצום עיניה" כאשר נהיר שאפקט מצנן קיים-גם-קיים. התעלמות מקיומו של אפקט מצנן זה ודאי שלא תקדם את הביטחון ואת הבטיחות של המשתמשים בשירות ציבורי חיוני כמו שירותיה של רכבת ישראל. מדיניות שיפוטית שכזו

א אינה נותנת מענה לחשש הבסיסי המקנן אצל עובדים בכוח ובפועל שלפיו שיתוף פעולה מצידם עם ועדות בדיקה פנימיות עלול להוביל, בסופו של דבר, להגשת כתב אישום נגדם. חשש זה הוא שמניח בסיס לחשד סביר כי העובדים יימנעו לשתף פעולה עם ועדות בדיקה פנימיות. ככל שמערכת המשפט מבקשת לתמרץ עובדים לשתף פעולה עם ועדות בדיקה פנימיות עליה להכיר, בראש ובראשונה, בקיומו של האפקט המצנן האמור וליתן לו מענה ראוי. מענה זה אינו צריך שיהא בהכרח בדמות יצירת חיסיון גורף על דברים שנמסרים לפני ועדות בדיקה פנימיות (ראו והשוו דבריו של השופט א' רובינשטיין, שאני מסכים להם, בפסק הדין [1], בפסקה ו'), חיסיון שלגביו הביעה הנשיאה את חששותיה, אך – לכל הפחות – צריך שיכלול אפיק פרוצדורלי המאפשר לעובד לנסות ולהגן על זכותו להליך הוגן עוד לפני הגשת כתב אישום.

ג 24. לבסוף, אבקש להפנות להנמקתו של השופט רובינשטיין בפסק הדין [1]. לעמדתו המלומדת אני מסכים, כנימוק נוסף על הצורך בהקניית הגנה אופרטיבית לזכות להליך הוגן במהלך החקירה המשטרתית. השופט רובינשטיין הצטרף בפסק הדין [1] לתוצאה שאליה הגעתי וקבע כי אין לאפשר למשטרה לעיין בהודעותיהם הגולמיות של העובדים. הנמקתו של השופט רובינשטיין הושתתה על נסיבותיו של המקרה דנן – דהיינו, על מערכת היחסים בין הרכבת לבין עובדיה, להבדיל ממערכת היחסים בין העובדים לבין המשטרה שעמדה בבסיס הניתוח המשפטי בחוות דעתי. השופט רובינשטיין קבע כי על הרכבת חל איסור להעביר את הודעותיהם של העובדים למשטרה מכוח חובת ההגיונות החלה עליה כמעביד המאפיין כגוף דו־מהותי. זאת – משום שהרכבת הבטיחה לעובדיה בנוהל ספציפי שלא לחשוף את הודעותיהם לגורמים חיצוניים. השופט רובינשטיין הדגיש את הדברים הבאים:

י "לטעמי, העיקר לצורך ההכרעה הוא חובת ההגיונות כלפי העובדים שמסרו הודעותיהם והציפייה שנוצרה אצלם בעקבות הבטחה שנתנה להם הרכבת, בנוהל ספציפי [...], שלא לחשוף את החומר. הרכבת היא גוף מאוגד במשפט הפרטי, אך חלות עליה במובהק גם נורמות של המשפט הציבורי, אחר שזה לא כבר הייתה חלק מרשויות המדינה – כרשות סטטוטורית כחלק מרשות הנמלים והרכבות, ובעבר כמחלקה ממשלתית – והיא נותנת שירות לציבור. על כן היא

א דו מהותית (ראו אסף הראל גופים דומהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי [...], בעמ' 41) נדמה לי כי במקרה דנא יש לייחס לשיקול זה חשיבות מיוחדת. לדידם של העובדים, לא הייתה זו התחייבות בעלמא שאין לה כיסוי, כמו אילו נתנה חברה פרטית – או אולי חברה ממשלתית 'גרידא' – לעובד הבטחה מעין זו בהליך תחקור. הבטחתה של הרכבת הייתה מעין התחייבות של רשויות המדינה.

ב גישתי ביסודה היא כי יש להביט אל הנושא במבט רחב, ו'מקום שהמדובר בהתנהגות הממשלה ושלוחותיה [...] עליהן להיות למופת בהגינות' (רע"א 470/08 כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר [...], בדעת מיעוט באותו תיק). והרי מדובר עתה בהליך פלילי, אשר מעמיד בסיכון את זכותו הבסיסית ביותר של אדם באשר הוא אדם – את הזכות החוקתית לחירות. ודוק: דברים אלה נאמרים בסיטואציה ייחודית זו שלפנינו, שבה חברה – שהיא יישות ציבורית במהותה – מפעילה כלפי העובדים נוהל (03-02-41 [...]), שלפיו אל מול ועדת חקירה אין העובד המעיד מיוצג, נוכחים בעת מתן עדותו חברי ועדת חקירה ונציג ועד העובדים בלבד ואין ניתנת לו כל אזהרה" (שם [1], בעמ' 326–327).

ה אני סומך את שתי ידיי על דברים אלה כנימוק נוסף כאמור למניעת עיון המשטרה בהודעותיהם של העובדים. "חובת ההגינות של הרשות נחשבת לחובה הראשונה במעלה שמוטלת עליה, ושממנה נגזרות חובות ספציפיות רבות אחרות" (ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב [76], בעמ' 630). ודוק, כפי שהצביע על כך השופט רובינשטיין, פסיקתו של בית משפט זה הדגישה לא אחת כי חובת ההגינות המוגברת אינה חלה רק על רשות שלטונית אלא גם על גופים דומהותיים (ראו, למשל, חוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 4289/00 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל [41], בפסקה 35, והאסמכתאות הנזכרות שם. כן ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי [77], בעמ' 531). זאת ועוד, בית משפט זה הטעים כי תחולתן של חובות ההגינות ותום הלב בהתנהלותם של גופים דומהותיים תקפה אף במערך היחסים של עובד ומעביד (ראו, למשל, חוות דעתה של השופטת ע' ארבל בבג"ץ 4485/08 אלישע נ')

אוניברסיטת תל-אביב [42], בפסקה 18). עולה אפוא כי על הרכבת, שהיא גוף דו-מהותי, חלה חובת הגינות כלפי עובדיה שהעידו לפני ועדות הבדיקה הפנימיות. חובה זו מצדיקה, בנסיבות העניין, תוצאה שלפיה לא תפר הרכבת הבטחה שנתנה לעובדיה כי הודעותיהם הגולמיות לא יימסרו לגורמים חיצוניים באופן שיעמידם בסכנת העמדה לדין.

א

ב כפי שצינתי בפסק הדין [1], איני סבור כי חובת ההגינות צריך שתחול אך ורק על מעביד שהוא חברה ממשלתית או על מעסיק "בעל אופי ממלכתי הנותן שירות ציבורי". חובת ההגינות היא ערך יסוד אשר צריך לחול, לטעמי, בכל מערכת יחסים שבין עובד למעביד. ואולם, בנסיבות העניין אין הכרח להכריע בנדון בשל החובות החלות על הרכבת כלפי עובדיה בשים לב להיותה גוף דו-מהותי.

ב

ג "לאחר הדברים האלה" – התייחסות

ג

25. לאחר שהשלמתי את כתיבת חוות דעתי הונחה על שולחני התייחסותה של הנשיאה בפסקאות 29–33 לחוות דעתה, שאליהן אבקש להידרש להלן.

26. בפסקה 30 לחוות דעתה מציננה הנשיאה כי "הדיון שעורך חברי השופט דנציגר בחוות דעתו חורג באורח ניכר מנסיבותיו של המקרה הקונקרטי [...] שהרי אין מתעוררת לפנינו טענה בדבר אי חוקיותה של פעילות המשטרה [...]".

ד

ה איני מסכים עם קביעתה זו של הנשיאה. הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית אינה עוסקת אך במימד הצר של אי חוקיות שדבקה בחקירת המשטרה כתוצאה מהפרתה של הוראת חוק קונקרטית. תכליתה של דוקטרינה זו היא להבטיח את הגינותו של ההליך הפלילי, ובכלל זה – אף להתמודד עם ניסיונה של המשטרה להשיג ראיות באופן בלתי הוגן גם אם ניסיון זה אינו עולה כדי הפרתה של הוראת חוק קונקרטית. ברוח זו נקבע בעניין יששכרוב [2] כי פגיעה בזכות להליך הוגן עלולה להתרחש באמצעות הפרה של הוראת חוק, של תקנות או של נוהל, אולם ייתכן כי תתרחש גם מקום שההרעה הושגה באמצעים בלתי הוגנים (שם [2], בעמ' 557), ולטעמי – אף כאשר נעשה ניסיון להשיג את הראיה באופן בלתי הוגן. בע"פ 1301/06 עובדון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל [43] (להלן: עניין אלזם), פסל בית משפט זה הודאות שנמסרו באוזני

ה

ו

ז

מדובב. זאת, בעיקר, בשל הפעלתו באופן החותר תחת מושכלות ראשונים של הגינות שלטונית, שהתבטא, בין היתר, ב"הסגת גבול אסורה ל'מתחם מוגן' אליו אל להם לחוקרים, לסוכנים או למדוכבים להיכנס" בכל הקשור למערכת היחסים שבין חשוד לבין עורך דינו (ראו בפסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות ובפסקאות 3–4 ו-7 לחוות דעתי שם). יוצא אפוא כי ערך ההגינות הוא מאבני הבסיס של הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית, ומשכך – רשאי בית המשפט לפסול ראיה גם אם לא ניתן להצביע על הפרתה של הוראת חוק קונקרטית כאשר מתקיימת "זיקה בין הפעלתם של אמצעי החקירה הבלתי כשרים לבין השגת הראיה" (ראו עניין יששכרוב [2], בעמ' 558). עוד הוטעם בהקשר זה כי "על בית המשפט להשתכנע כי רשויות אכיפת החוק השיגו את הראיה בדרך בלתי חוקית, בלתי הוגנת או תוך כדי פגיעה שלא כדין בזכות אדם מוגנת" (שם [2], שם, ההדגשה הוספה – י' ד').

בנסיבות המקרה דנן, אמנם אין מדובר בהפעלת אמצעי חקירה בלתי כשרים, אולם ללא ספק מתעוררת שאלת הגינותה של החקירה המשטרתית במלוא עוצמתה כפי שעמדתי על כך לעיל וכפי שהיטיב לבטא זאת, גם אם מטעמים אחרים, חברי השופט רובינשטיין בחוות דעתו. משכך, ברי כי הדיון שערכתי לעיל בדבר האפשרות לדון בטענות הנוגעות להגינות ההליך הפלילי בטרם הוגש כתב אישום, הוא דיון הנגזר באופן ישיר מנסיבות המקרה ואין הוא חורג מגדרי הדיון המתחייבים.

27. כן מציינת הנשיאה בפסקה 30 לחוות דעתה כי המקרה דנן "[...] הוא בבירור מקרה שאינו טיפוסי [...] ואף העמדת השאלה לבירור שיפוטי בטרם הגשת כתב אישום בהליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי אינה שכיחה – בלשון המעטה".

אף אם אכן מדובר במקרה הראשון שבו נבחנות בבית משפט זה נסיבות שבהן נדרשות הערכאות הדיוניות להכריע בקשר להוגנות החקירה המשטרתית בטרם הוגש כתב אישום, ואף אם אין מדובר במקרה שכיח, איני סבור כי יש בטעמים אלה כדי להצדיק הימנעות מדיון לגופו של עניין, במקרים מסוג זה, ולהחלתה של הדוקטרינה בדבר הפסלות הפסיקתית עליהם במקרים המתאימים. לא ניתן להתעלם מכך שדוקטרינת הפסלות הפסיקתית היא מנגנון משפטי צעיר

באופן יחסי בשיטת המשפט הישראלית, ומשכך – אין להתפלא על שבית משפט זה טרם נדרש לדיון בהחלטה על מקרים מן הסוג דנן. ברי כי אם ייתן בית משפט זה גושפנקה לאפשרות להעלות טענות מכוח הזכות להליך הוגן, טרם הגשת כתב אישום, ישובו נסיבות אלה ויגיעו לפתחן של הערכאות הדיוניות בתדירות הולכת וגוברת, ומן הראוי שכך אכן יהיה.

א

28. זאת ועוד, הנשיאה סבורה כי חוות דעתי לוקה ב"בלבול". כך, בפסקה 30 לחוות דעתה מציינת הנשיאה כי "אכן, דומה כי בחוות דעתו של השופט דנציגר חל בלבול בין השלבים השונים של ההליך הפלילי, ובפרט בין שלב השגת הראיות לשלב ההכרעה בקבילותן".

ב

איני סבור כי חל בלבול כלשהו בחוות דעתי. כפי שפירטתי לעיל, אני קורא לאימוץ מדיניות שיפוטית ברורה שלפיה על בית המשפט להושיט סעד לנחקר בזמן אמת. אין הצדקה – לטעמי – לדרוש מהנחקר שימתין עד שיוגש נגדו כתב אישום כדי שיוכל להלין על הפגיעה בזכותו להליך הוגן במהלך החקירה שהתנהלה בעניינו או על פגיעה כאמור שעתידיה להתממש אם יותר למשטרה לתפוס או לעיין בראיה. גישתי זו מבוססת על נימוקים שונים וביניהם שיקולי מדיניות כבדי משקל שעליהם עמדתי לעיל, אשר אף אם ניתן לחלוק עליהם לגופו של עניין, אין זה ראוי, לעניות דעתי, לדחותם מן הטעם המצוטט לעיל.

ג

ד

שאלת ההכרה בזכותו של נחקר לקבל סעד מבית המשפט בזמן אמת כדי למנוע את הפגיעה בהוגנות החקירה המשטרית מבעוד מועד, היא שעומדת במרכז הדיון הנוסף. המחלוקת שנפלה ביני לבין הנשיאה נעוצה בהשקפות שיפוטיות שונות המאזנות באופן אחר בין הערכים המתנגשים. גישתי מבקשת להביא למימוש בזמן אמת של זכות הנחקר להליך הוגן. זאת, לאור ההשפעות הקשות – ולעתים הבלתי הפיכות – שיש לחקירה בלתי הוגנת שעורכת המשטרה, בלי להתעלם מהאינטרס הציבורי כבד המשקל שבחשיפת האמת ובמיצוי הדין עם האשמים, כפי שעמדתי על כך לעיל.

ה

ו

29. בפסקה 31 קובעת הנשיאה כי עמדתי – שלפיה מקום שבו מדובר בהפרה חמורה ובוטה של הזכות להליך הוגן אין מקום ליתן משקל ממשי לשיקולים כגון חשיבות הראיה לחשיפת האמת וחומרת העבירה – "מנוגדת למושכלות יסוד של משפטנו החוקתי, שלפיהן שום זכות של אדם, יהא מעמדה

ז

אשר יהא, אינה מוחלטת ויש למצוא איזון בינה לבין השיקולים השונים העשויים להצדיק פגיעה בזכותו".

- א לטעמי, הגישה שהצגתי לעיל אינה מנוגדת למושכלות יסוד של משפטנו החוקתי והיא אף זכתה לתמיכה בפסק דינו של השופט א' א' לוי בעניין פרחי [3] ובפסק דינו של השופט נ' הנדל בעניין אל עוקה [39], שאליהם הפניתי בפסקה 8 לעיל, אשר ניתנו לאחר שנפסקה הלכת יששכרוב [2]. בית משפט זה קבע בהם, כפי שכבר ציטטתי לעיל, כי:

ב

"[...] עת הפגיעה בהוגנות ההליך – כפי שהיא משתקפת ממכלול השיקולים והנסיבות – היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראייה אף מקום שהעבירות המיוחסות לנאשם הן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת" (חוות דעתו של השופט א' א' לוי בעניין פרחי [3], בעמ' 663).

ג

כן ראו עניין אל עוקה [39], בפסקה 12 לחוות דעתו של השופט הנדל, ובפסקה 6 להערותיי שם.

ד

נוסף לקביעה העקרונית הנ"ל יודגש כי בעניין פרחי [3] פסל בית משפט זה ראיית DNA, אשר מטיבה היא ראייה מהימנה, על אף שהיה בה כדי לסייע באופן ממשי בהרשעת המערער בביצוע עבירות מין שונות ובגדרן אף מעשי אינוס קשים. זאת ועוד, בעניין אל עוקה [39], פסל בית משפט זה הודעה שנמסרה בחקירת המשטרה על ידי עד, הגם שהיה בה כדי לסייע באופן ניכר בהרשעת המערער ברצח, זאת – מן הטעם שהשגתה הייתה כרוכה בהפעלה בלתי הוגנת של מדובב.

ה

ו

שני פסקי דין אלה משקפים, לטעמי, גישה שיפוטית נכונה וראויה – שאותה אני מציע לאמץ – ולפיה אמנם זכויות הנחקר הן יחסיות, אך לכל יחסיות יש גבול. קרי, יש הפרות חמורות של הזכות להליך הוגן אשר לא ניתן להתגבר עליהן בשם האיזון עם אינטרסים מתנגשים אחרים.

ז

א ברי כי איני מחזיק בתפישה חוקתית של זכויות מוחלטות. אף אני סבור כי זכויות הנחקר אינן חזות הכול וכי יש לאזן אל מול האינטרסים של חשיפת האמת ומיצוי הדין. ודוקו, כאשר מדובר בהפרה בוטה וחמורה של הזכות להליך הוגן, האיזון בין הערכים המתנגשים צריך שייטה לעבר האינטרס של שמירת הגינותו וטוהרו של ההליך הפלילי, שכן – כפי שהטעימה השופטת א' חיות בחוות דעתה בעניין אלזם [43] – "אין מדובר במאזני שקילה שיש לעיינם בכל מקרה [...]" (שם [43], בפסקה 2). בהקשר זה דעתי כדעתה של השופטת חיות שלפיה "מלחמה נחושה בפשיעה – כן, מלחמה בכל מחיר תוך הקרבת ערכי יסוד דמוקרטיים – לא ולא" (שם [43], שם).

ג 30. לא זאת אף זאת, גישתי באשר לנקודת האיזון המתחייבת אף עולה בקנה אחד עם גישתה של הנשיאה כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסק הדין בעניין יששכרוב [2] שבו היא צידדה בדבריו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל [44], בעמ' 414:

ד "החידוש שהתחדש עם חקיקתם של חוקי היסוד אינו [...] בעצם ההכרה בזכויות האדם ובצורך לקיים איזון בינו לבין צורכי הכלל. החידוש שהתחדש עם חוקי היסוד הוא בהעלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות האדם לרמה חוקתית על-חוקית ובקביעת המרכיבים של האיזון הראוי [...] נמצא, כי החידוש בחוקי היסוד אינו בעצם קיומו של איזון. החידוש הוא במיקומה של נקודת האיזון. העלאת מעמדן של זכויות האדם מחד גיסא, וצמצום היקף השיקולים העשוי לפגוע בהן מאידך גיסא, יוצרים מעצם טבעם יחסי גומלין חדשים ונקודות איזון חדשות בין זכויות האדם לבין הפגיעה בהן" (עניין יששכרוב [2], בעמ' 535, ההדגשות הוספו על ידי השופטת (כתוארה אז) ביניש).

ז ודוקו, כפי שהצביעו על כך סנג'רו [82] וכן מרין וקיטאי-סנג'רו [80] במאמריהם שאליהם הפנתי לעיל, הלכת יששכרוב [2] אינה מאמצת במלואו את השינוי שחל בנקודת האיזון ביחס להגנה על הזכות להליך הוגן לאחר חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפי גישה ביקורתית זו, הלכת יששכרוב [2] היא

א בעייתית היות שהיא הופכת את תורת האיוונים לחזות הכול ויוצרת אווירה שלפיה גם כאשר עסקינן בפגיעה קשה ובוטה בזכות להליך הוגן יש מקום לתת לאינטרס שבחשיפת האמת ומיצוי הדין משקל שווה ערך לזה הניתן לפגיעה בזכותו של הנחקר להליך הוגן. סבורני כי אין להסתפק במודל האיוונים שנקבע בהלכת יששכרוב [2], המאפשר לאזן כל פגיעה בזכות להליך הוגן, לרבות פגיעה חמורה, עם שיקולים מתנגשים אחרים שעלולים להכשירה.

ב מעניין לציין, בהקשר זה, כי יישומה של תורת האיוונים שנקבעה בעניין יששכרוב [2] על ידי הערכאות הדיוניות נבחן לאחרונה במחקר אמפירי שערך ד"ר בנימין בלום, שמסקנתו היא כי הלכת יששכרוב [2] מספקת הגנה חלקית ומוגבלת בלבד לזכויותיהם של נחקרים ונאשמים. זאת, בין היתר, משום שבתי המשפט נוטים להעדיף לקבל את הראיה במשפט חרף הפגיעה בזכות להליך הוגן מנימוקים הנוגעים לחומרת העבירה ולמהימנות הראיה:

ט “But notwithstanding its flaws and inconsistencies, *Issacharov* still had the potential to set the Israeli legal system on a different course, one that would take defendants' rights more seriously. In the following section we take a closer look at the trends that have emerged since *Issacharov*. These point to troubling phenomena: *despite the formal introduction of an exclusionary rule, its application has remained extremely limited*. Furthermore, in many ways *Issacharov's* problematic application appears to have exceeded its critics' worst predictions” (Binyamin Blum, ‘*Exclude Evidence, You Exclude Justice*’? *A Critical Evaluation of Israel’s Exclusionary Rule After Issacharov* [87], at pp. 401–402).

(ההדגשות הוספו – י' ד').

ט בחוות דעתי ביקשתי להצביע על כך שהלכת יששכרוב [2] היא הלכה מוצדקת ונכונה המהווה צעד בכיוון הנכון. ואולם, לטעמי, יש לפתח הלכה זו באופן שיבטיח את זכותם של נחקרים ונאשמים להליך הוגן לצד האינטרס

הציבורי שבחשיפת האמת ומיצוי הדין. אחד מנדבכיו של פיתוח כאמור הוא הקניית הגנה בזמן אמת לזכות להליך הוגן, אף אם טרם הוגש כתב אישום.

א 31. בפסקה 32 לחוות דעתה הנשיאה את קריאתי, המסתמכת על מאמרם של מדין וקייטאי-סנג'רו [80], ללמוד מההתפתחויות שחלו בפסיקה הקנדית לאחר שניתן פסק הדין בעניין *Collins* [70], זאת משלושה נימוקים:

ב ראשית, קובעת הנשיאה בפסקה 32 לחוות דעתה כי "חברי אף נתפס לכלל טעות בסוברו שבעניין יששכרוב [2] אימצו את ההלכה הקנדית בנוגע לפסילת ראיות כפי שהיא".

ג איני סבור כי קביעתי באשר לאימוץ הדוקטרינה הקנדית בעניין יששכרוב [2] לוקה בטעות. התרשמותי היא שבהלכת יששכרוב [2] אומצה נוסחה דומה לדוקטרינת הפסלות שהתגבשה בפסק דינו של בית המשפט העליון הקנדי בעניין *Collins* [70], ועל כך עמדו מדין וקייטאי-סנג'רו [80] במאמרם שאליו הפניתי ומתוכו ציטטתי בפסקה 8 לעיל. משכך, סבורני כי לא ניתן להתעלם מההתפתחות הפסיקה בדין הקנדי שעליה הצבעתי לעיל כפי שהתגבשה לאחר פסק הדין בעניין *Collins* [70], ומההתפתחויות נוספות שעליהן הצביעה הנשיאה בפסקה 32 לחוות דעתה ושאליהן אדרש בהמשך. יש באלה, לטעמי, כדי לתמוך במדיניות השיפוטית שבה אני אווז ולפיה הגם שזכויות נחקרים ונאשמים הן יחסיות וניתנות לאיזון, יש לשים גבול ברור ליחסיות זו.

ה שנית, קובעת הנשיאה בפסקה 32 לחוות דעתה כי לא ניתן להקיש מההתפתחות הפסיקתית בקנדה, שכן הזכות להליך הוגן בקנדה מעוגנת בסעיף חוקתי מפורש בצ'רטר, בעוד שבשיטת המשפט הישראלי מדובר בדוקטרינה פרי הפסיקה שטרם עוגנה בחוק.

ו בכל הכבוד הראוי, סבורני כי קביעתה זו של הנשיאה אינה מעלה ואינה מורידה מהאפשרות להקיש לענייננו מההתפתחות בפסיקה הקנדית. ממה נפשך? סבורני כי קשה לחלוק על השינוי שחל במעמדה הנורמטיבי של הזכות להליך הוגן בשיטתנו המשפטית לאחר שנקבע בעניין יששכרוב [2] כי "הזכות החוקתית לכבוד ולחירות הינה בעלת תוכן ערכי מגוון, ודומה כי זיקתה לזכויות החשוד,

העצור והנאשם בפלילים, אמיצה" (שם [2], בעמ' 503). אכן, בפסיקה הישראלית טרם נקבע באופן נחרץ וחד משמעי כי הזכות להליך הוגן היא זכות חוקתית, אך נדמה כי ספק אם יש מי שיחלוק על דבריו של השופט א' לוי בבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע [45], ולפיהם:

א [...] "מאז ומתמיד נהנתה הזכות ממעמד רם, ועם חקיקתם של חוקי-היסוד הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת, לשיטתם של אחדים, מן הזכות לכבוד (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית [...], בעמ' 431–432), ולשיטתם של אחרים – מן הזכות לחירות (ראו עמנואל גרוס 'הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו' [...], בעמ' 169–170) (שם [45], בעמ' 156).

ב המאפיין את התפתחותן של זכויות האדם בשיטתנו המשפטית, לאור העיכוב בהשלמת מפעל חוקי היסוד בהתאם להחלטת הררי מיום 13.6.1950, הוא היעדר חוקה כתובה. בנסיבות אלה, לא נותר לבית המשפט אלא לקבוע את הסעדים בגין הפרתן של זכויות האדם ולפרש את חוקי היסוד באשר להיקף הזכויות המוגן בהם, כפי שהטעימה בסוגיה זו, בהקשר הקונקרטי של הזכות להליך הוגן, השופטת (כתוארה אז) ביניש בעניין יששכרוב [2]:

ה "חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם קובעים כל הוראה בדבר תרופות או סעדים בגין פגיעה בזכויות המוגנות בהם. את שתיקתו של חוק היסוד בעניין זה אין לפרש כהסדר שלילי. כידוע, סעיף 1א לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי תכליתו של חוק היסוד הינה 'להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקי-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. בלא סעדים בגין הפרת הזכויות המוגנות במסגרת חוק היסוד, תתרוקן ממשמעותה התכלית שעניינה הגנה על זכויות אלה. אכן, התפקיד של גיבוש הסעדים בגין הפרתן של זכויות חוקתיות מוטל, בראש ובראשונה, על כנסת ישראל. בידיה הכלים הראויים ליצירת הסדר כולל שיוביל להתאמה בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין הסעד בגין כך. עם זאת,

בהעדר קביעה סטטוטורית בעניין זה, מוסמך בית המשפט לעצב סעדים מתאימים בגין הפרת הזכויות המוגנות בחוקי היסוד. זאת, מכוח חובתו הפוזיטיבית להגן על זכויות אלה ובהתאם לתפישה הכללית של שיטתנו המשפטית כי במקום שבו הזכות – שם התרופה (*ubi ius ibi remedium*) [...]” (שם [2], בעמ' 544).

א

אכן, יש הסבורים כי קיימת הבחנה לעניין היקף ההגנה החוקתית בין זכויות המנויות במפורש בחוקי היסוד לבין זכויות שלא פורטו בחוקי היסוד (ראו הדיון בפסקה 20 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בעניין יששכרוב [2]). לצד המחזיקים בגישה הנ"ל, יש זרם פסיקתי המחזיק במדיניות שיפוטית שונה בכל הנוגע לזכויות הנגזרות מהגרעין הקשה של "כבוד האדם וחירותו". דוגמה מובהקת לכך היא מידת ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון בשיטתנו המשפטית כפרי פיתוח פסיקתי (ראו למשל בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל [46], בעמ' 675–676), הגם שההיסטוריה החקיקתית מצביעה על כך שבדיונים שנערכו בכנסת הושמטה זכות זו מחוק היסוד, ולא במקרה (ראו חוות דעתה של השופטת ד' דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון [47], בעמ' 131–132). ביטוי נוסף למדיניות חוקתית זו בפסיקה נוגעת לזכות לחינוך, אשר הגם שאין הסכמה מוחלטת בדבר מעמדה החוקתי נקבע כי היא נמנית עם "הגרעין הקשה" של כבוד האדם, שבלעדיו ערך הכבוד האישי נפגם פגיעה מהותית וקשה (ראו, למשל, בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך [48], בפסקאות 24–26 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה, ובנוגע לזכות לשוויון בחינוך ראו בפסקאות 29–33).

ב

ג

ד

ה

משכך – ולאור אופי התפתחותן הפסיקתית של זכויות האדם בשיטתנו המשפטית – סבורני כי אין מתעורר קושי של ממש להקנות הגנה חוקתית ניכרת לזכות הנחקר להליך הוגן, הקשורה בזיקה הדוקה לאוטונומיה של הרצון החופשי והנגזרת מכבוד האדם וחירותו. בין היתר, באופן שיאפשר לנחקר להליך על פגיעה בזכותו להליך הוגן אף לפני שהוגש נגדו כתב אישום.

ו

שלישית, בפסקה 32 לחוות דעתה קובעת הנשיאה כי "חברי השופט דנציגר אף לא דק פורתא בתיאור המצב המשפטי הנוהג בקנדה". בהקשר זה, קובעת

ז

הנשיאה כי מסקנותיהם של מרין וקיטאי-סנג'רו [80] אינן רלוונטיות לאחר פסק הדין שניתן בעניין *Grant* (R. v. Grant [68]) על ידי בית המשפט העליון הקנדי, ואשר – לדידה של הנשיאה – "אישר את התפישה של מערך איזונים שעליה עמדנו בפסק דין יששכרוב".

בכל הכבוד, איני סבור כי פסק הדין בעניין *Grant* [68] פוגם באופן כלשהו בתוקף מסקנותיהם של מרין וקיטאי-סנג'רו [80], כפי שאבהיר להלן. עוד אצביע על כך שהגם שבפסק הדין בעניין *Grant* [68] אישר בית המשפט העליון הקנדי תפישה של מערך איזונים, הרי ש"שיווי המשקל" שנקבע במודל הקנדי שונה באופן מהותי מזה שאומץ בעניין יששכרוב [2]. סבורני כי אימוץ מודל "שיווי המשקל" הקנדי אל תוך שיטת המשפט הישראלית יתרום תרומה ניכרת להבטחה מירבית של זכות הנחקר להליך הוגן בלי לפגוע באינטרס הציבורי שבחשיפת האמת ומיצוי הדין.

הביקורת העיקרית שעלתה במאמרם של מרין וקיטאי-סנג'רו [80] גרסה כי הלכת יששכרוב [2] לוקה בכך שהיא מציבה את מכלול הערכים המתנגשים על מישור אחד בלי להנחות את הערכאות הדיוניות באשר להיררכיה בין הקריטריונים השונים, באופן שגם כאשר מדובר בהפרה חמורה של הזכות להליך הוגן עדיין ניתן להקנות משקל ממשי לשיקולים, כגון חומרת העבירה וחיוניות הראיה להוכחת האשמה. דומני כי פסק הדין בעניין *Grant* [68] שאליו מפנה הנשיאה מאשש את הביקורת של מרין וקיטאי-סנג'רו [80], שכן פסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי בעניין *Grant* [68] קבעה כי הגם שיש להביא בחשבון את מכלול השיקולים והנסיבות ולאזן ביניהם, וכן כי אין לקבוע כללי פסלות נוקשים, הרי שנקבע כי הדגש צריך שיהא מושם על חומרת ההפרה. לכן, כאשר מדובר בהפרה חמורה לא יהיה במהימנות הראיה או בחומרת העבירה כדי להכשיר את קבלת הראיה. כך, למשל, קבע בית המשפט בעניין *Grant* [68] בהקשר לראיות פיסיות, בחוות דעת משותפת שנכתבה על ידי הנשיאה McLachlin והשופט Charron, כי:

"While each case must be considered on its own facts, it may be ventured in general that where an intrusion on bodily

integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused's privacy, bodily integrity and dignity is high, bodily evidence will be excluded, notwithstanding its relevance and reliability" ([68], at para. 111).

א

בהקשר זה הודגש בעניין *Grant* [68], על ידי הנשיאה McLachlin והשופטת Charron, כי כאשר הפגיעה בזכות להליך הוגן היא קשה וחמורה ייטה בית המשפט לפסול את הראיה:

ב

"The more serious the impact on the accused's protected interests, the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights, however high-sounding, are of little actual avail to the citizen, breeding public cynicism and bringing the administration of justice into disrepute" ([68], at para. 76).

ג

ובהמשך הוטעם כי:

ד

"The concern for truth-seeking is only one of the considerations under a s. 24(2) application. The view that reliable evidence is admissible regardless of how it was obtained [...] is inconsistent with the *Charter's* affirmation of rights. More specifically, it is inconsistent with the wording of s. 24(2), which mandates a broad inquiry into all the circumstances, not just the reliability of the evidence" ([68], at para. 80).

ה

פרופ' Don Stuart מ־Queen's University, ב־Kingston, Ontario, Canada, סקר את פסק דינו של בית המשפט העליון הקנדי בעניין *Grant* [68] והטעים בהקשר זה כי על אף הרוויזיה שערך בית המשפט בדוקטרינת הפסלות, עדיין שמה הפסיקה הקנדית את הדגש בחומרת הפגיעה בזכות להליך הוגן ולא במהימנות הראיה או בחומרת העבירה:

ו

א "In *Grant* [...] The Court has arrived at a revised discretionary approach to section 24(2) free of rigid rules, instead placing special emphasis on the seriousness of the breach rather than the seriousness of the offence or the reliability of the evidence" (Don Stuart, *Welcome Flexibility and Better Criteria from the Supreme Court of Canada for Exclusion of Evidence Obtained in Violation of the Canadian Charter of Rights and Freedom* [88], at pp. 314, 317–318).

ב

בהמשך מדגיש פרופ' Stuart, באשר ליחסי הגומלין בין השיקולים שיש לאזן ביניהם, כי בית המשפט העליון הקנדי בעניין *Grant* [68] לא ביטל את הבכורה שניתנה לעוצמת ההפרה כאשר עסקינן בהפרה חמורה:

ג "The Court has clearly decided that evidence can no longer be excluded simply because it was conscripted – which may well result in less exclusion [...] However, favouring exclusion is the Court's important ruling that the seriousness of the Charter violation is the key consideration no matter how serious the offence" ([88], at p. 326).

ד

ה פרופ' Stuart מצדיק את נכונותו של בית המשפט העליון הקנדי לתת בכורה לשיקול בדבר עוצמת ההפרה על פני שיקולים של חומרת העבירה ושל מהימנות הראיה, מקום שהוכח קיומה של הפרה חמורה, ואף משבח את הימנעותו של בית המשפט מאימוץ גישת "היחסיות" – להבדיל ממנגנון איזונים – שכן אחרת עלולה להתעורר ביקורת ציבורית על יושרתה של המערכת לאכיפת החוק:

ו "There were indeed dangers in softening the exclusion remedy by adopting a test of 'proportionality' between the seriousness of the violation and the seriousness of the offence. A criminal trial under a system of entrenched Charter rights for an accused has to concern itself with the truth of police abuse and disregard of Charter standards, not just the truth of the

ז

accused's guilt. Without the remedy of exclusion in cases where the court considers the seriousness of the crime, there would be a large number of criminal trials where the Charter will cease to provide protection. This could create public cynicism regarding the integrity of our system of law enforcement. There cannot be a de facto two-tier system where one zone is Charter-free and the police ends always justify the means. There must be a real risk of exclusion for serious Charter breaches even in cases of serious crimes, as the Supreme Court has now emphatically determined" ([88], at pp. 326–327).

א

ב

פרופ' Stuart מדגיש כי גם לאחר פסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי בעניין *Grant* [68], הגם שיש לאזן בין שיקולים שונים, הרי שכאשר מדובר בהפרה חמורה של הזכות להליך הוגן כי אז חיוניות הראיה להוכחת האשמה לא תהווה הצדקה להכשרת הראיה:

ג

"Exclusion is also favoured by the Court's determination that while reliability of evidence and whether the evidence is essential to the Crown's case are relevant considerations, they do not trump [...] There must be a sanction for serious Charter breaches even if the evidence is reliable and crucial to the Crown's case" ([88], at p. 327).

ד

ה

עולה אפוא כי גם לאור ההתפתחות שחלה במשפט הקנדי לאחר פרסום מאמרו של מרין וקיטאי-סנג'ר [80], והגם שבית המשפט העליון הקנדי ריכך את מאפייניה של הדוקטרינה בדבר פסילת הראיות וקבע מנגנון של איזונים, הוא נמנע מאימוצה של גישת "היחסיות". בית המשפט העליון הקנדי קבע את יחסי הגומלין בין השיקולים השונים באופן שלצד ההנחיה לשקול את כל הנסיבות הרלוונטיות נקבע גם עיקרון מנחה שלפיו עת עסקינן בהפרה חמורה ובוטת של הזכות להליך הוגן לא יהיה בחומרת העבירה או במהימנות הראיה – ואף לא בחיוניותה להוכחת האשמה – כדי להכשירה. זאת, בדומה לפסיקתו של בית משפט זה בעניין אלזם [43], בעניין פרחי [3] ובעניין אל עוקה [39] הנזכרים לעיל.

ו

לא זאת אף זאת, בית המשפט העליון הקנדי הגדיל לעשות בעניין *Grant* [68] בקובעו הבחנות בין קטגוריות שונות של ראיות לצורך בחינת פסילתן: הודעות והודאות, ראיות פיסיות, ראיות חפציות, ראיות נגזרות. בית המשפט העליון הקנדי קבע כללי פסילה קונקרטיים לגבי כל קטגוריה, לצד ההנחיה הכללית בדבר הצורך בקיום איזון בין מכלול השיקולים המתנגשים. דרך זו עולה בקנה אחד עם המלצתם של מרין וקיטאי-סנג'רו [80] בדבר הצורך להתוות כללים קונקרטיים לגבי אופן עריכת האיזון בין השיקולים המתנגשים, המלצה הראויה – לטעמי – להתייחסות מעמיקה של בית משפט זה.

ב

32. אשר על כן, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מותירים את תוצאת פסק הדין [1] על כנה.

ג

השופט א' רובינשטיין:

ד

א. לאחר עיון בחוות דעתה המקיפה של הנשיאה ובהערותיה של השופטת ארבל, נותרתי בדעתי כפי שנפרשה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף [1] (להלן: פסק הדין המקורי), ואני מצרף את קולי לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט דנציגר, אף אם טעמינו אינם זהים במלואם.

ה

ב. כפי שציינו הנשיאה והשופט דנציגר, עמדתי הושתתה בראש ובראשונה על חובת ההגינות כלפי העובדים. אבקש להרחיב במקצת בעניין זה, תוך שאטעים כי אני מקל ראש כל עיקר בטעמי הנשיאה והשופטת ארבל, וכמובן השופט לוי בפסק הדין המקורי [1], לעניין חקר האמת וחשיבותו, ואני רוצה לטעת מסמרות לגבי הסוגיה המורכבת של הרחבתה של הפסילה הפסיקתית לפי הלכת ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי [2], גם לשלב החקירה, שכן לטעמי אין הדבר נחוץ להכרעה בתיק זה.

ו

ז

ג. עניינו של תיק זה הוא בצו שהוציא בית המשפט לתעבורה לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, שעניינו מתן הרשות לבית המשפט, בראותו ש"הצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט", להורות על המצאת חפץ. הנחת המוצא היא כי:

"הוצאת צווים מכוח סעיף 43 כפופה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. בית-המשפט 'רשאי' להוציא את הצו, אך אינו חייב" (ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל [4], בעמ' 14 – המשנה לנשיא (בדימ') אור, להלן עניין שרון).

א

בבואו להפעיל את שיקול הדעת המוקנה לו, על בית המשפט להתחשב בשורה ארוכה של גורמים, ובכלל אלה גם "בסבירות האפשרות להתחקות אחר החפצים הדרושים לצורכי המשפט, לאור השקעת המשאבים והמאמצים הנדרשים לשם המצאתם" (רע"פ 3152/06 צדוק נ' גינת [49], השופט ג'ובראן). השיקולים אינם מוגבלים רק לעניינים "טכניים" של טרחה ומאמץ, ובית המשפט מחויב לשקול גם שיקולים ערכיים הנוגעים להוגנות ההליך (ראו לדוגמה: ע"פ 725/97 קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי [50]; רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון [51]; רע"פ 201/07 חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' מדינת ישראל [52]). בין היתר, נקבע כי בית המשפט חייב לבחון אם קיימות "חלופות אחרות להוצאת הצו, אשר פגיעתן באוטונומיה של החשוד הינה קטנה יותר" (עניין שרון [4], בעמ' 15).

ב

ג

ד

בענייננו, סבורני כי בין השיקולים הרלוונטיים היה על בית המשפט להעניק משקל מכריע לחובת ההגנות של רכבת ישראל כלפי עובדיה, כפי שזו התגבשה בנסיבות הקונקרטיות והייחודיות של תיק זה, ולהימנע מחיובת למסור את ההודעות שמסרו עובדיה בהליכי החקירה הפנימית.

ה

עיקרי הדברים

ד. אכן, הטעם העיקרי לעמדתי, כפי שהוסבר בחוות דעתי בפסק הדין המקורי [1], ושמח אני כי התקבל על דעת חברי השופט דנציגר, נעוץ בחובת ההגנות כלפי העובדים שמסרו את עדויותיהם, ובציפייה שנוצרה אצלם בעקבות הבטחה שנתנה להם הרכבת, בנוהל ספציפי, שלא לחשוף את החומר. ראיתי זאת כסיטואציה ייחודית – ולדידי, טעונה היא גם הפקת לקחים. כאמור שם, אף שהרכבת היא גוף המאוגד במשפט הפרטי, נושאת פעילותה אופי ציבורי של ממש. השירות שהיא מספקת משתרע על כלל שטח המדינה והוא ניתן לציבור הרחב (אסף הראל גופים דרמהוטיים – גופים פרטיים במשפט

ז

המינהלי [78], בעמ' 109). מדובר בחברה ממשלתית (ועד לא מזמן – רשות מרשויות המדינה). וגם אם אין הכרח בבעלות ציבורית כשלעצמה כדי להחיל על גוף שכזה את נורמות המשפט הציבורי, הנה בהצטרף טיב תפקידה הציבורי, מהות השירות שהיא מספקת וחיוניותו, באה הרכבת בשערי המשפט הציבורי, ובמובנהק.

ה. יתרה מכך, הרכבת היא גוף מבוקר כמשמעו בסעיף 9 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958. מדובר אפוא בגוף דו-מהותי ככל משפטו וחוקתו, וככזה חלות עליו, בצד עקרונות המשפט הפרטי, גם נורמות מתחום המשפט הציבורי האמורות לתחום את דרך פעולתו למסגרת של אמות מידה ראויות (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום [53], בעמ' 492; בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל [54]; בר"ס 1106/04 ועדה מקומית לתכנון ובנייה – חיפה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ [55]; ע"א 8414/08 טל נ' פריד [56]; עע"ס 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ) [57]). עם אלה נמנים סבירות, היעדר משוא פנים ושוויון, והעיקר בנדון דידן, לדידי, הוא חובת ההגינות:

ד "חובת ההגינות המחייבת רשות בפעולותיה עם האזרח מכוח המשפט הציבורי הינה קודמת, רחבה יותר ומחמירה יותר מחובת תום-הלב הנובעת מדין החוזים, והיא חלה על הרשות בכל מגוון פעולותיה הן בתחום המשפט הפרטי והן בתחום הציבורי" (ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל [58], בעמ' 45, השופטת פרוקצ'יה).

ה "חובת ההגינות החלה על הרשות כלפי האזרח היא המקור הרעיוני של כללים שונים המסדירים את היחסים שבין הרשות לבין האזרח" (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ [59], בעמ' 319, השופט זמיר).

ו כן ראו דבריו של השופט זמיר בספרו הסמכות המינהלית כרך ב – ההליך המינהלי [79], בעמ' 997. עוד ראו דבריי ברע"א 470/08 כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר [60], בפסקה ט' (להלן: פרשת כרמל התפלה).

ו. את גישתי תיארתי במובאות מחוות דעתי (במיעוט) בפרשת כרמל התפלה [60]: "חובת המדינה להגינות יתרה [...] בכל דרכיה ברורה לידי כשמש בצהרי היום" (בפסקה ט', הדגשות הוסרו – א' ר'); "מקום שהמדובר בהתנהגות הממשלה ושלוחותיה [...] עליהן להיות למופת בהגינות" (שם [60], בפסקה י"ב). כך, מקל וחומר, בהליך פלילי כבענייננו שבו מוטלת בכף להלכה הזכות החוקתית לחירות.

א

על היושר במורשת ישראל ובמשפט העברי

ב

ז. היושר וההגינות טבועים בצופן הגנטי של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ושל עם ישראל. ראוי להזכיר דברים אלה גם אם הם בחינת מושכלות יסוד. ראוי כי יכתבו גם בפסק דין של בית המשפט העליון של ישראל, שהריהם מורשת חיה מימי המקרא שבו השורש י. ש. ר. לנגזרותיו מופיע מעל 100 פעמים. התורה מתנה את גאולת העם ביושר – "וְעֲשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב, בְּעֵינֵי יְהוָה לְמַעַן, וַיְטַב לָךְ, וַיָּבֹאֲךָ וַיְרַשֶּׁתְּ אֶת-הָאָרֶץ הַטֹּבָה, אֲשֶׁר-נָשַׁבַּע יְהוָה לְאַבְרָהָם" (דברים ו 18 [א]). ראו גם דברים יב 28 [ב]. משורר התהלים אומר "שְׁמִרְתָּם, וַיָּאֵה יֵשׁוּ: כִּי-אַחֲרִית לְאִישׁ שְׁלוֹם" (תהלים לו 37 [ג]). פרק קי"א בתהלים, הפותח "אוֹדָה יְהוָה, בְּכָל-לַיְלָה; בְּסוּד יִשְׂרָאֵל וְעֲדָה" (תהלים קיא 1 [ד], ההדגשה הוספה – א' ר'), אומר "מַעֲשֵׂי יְדִיו, אֲמַת וּמִשְׁפָּט; נִצָּנְנִים, כָּל-פְּקוּדָיו. סְמוּכִים לְעַד לְעוֹלָם; עֲשׂוּיִם, בְּאֲמַת יֵשׁוּ" (תהלים קיא 7–8 [ה]). כך גם בספרות החכמה, המוסר היהודי: במשלי (ד 11 [ו]) "בְּדֶרֶךְ חֲכָמָה, הָרִיתִיךָ; הִדְרִכְתִּיךָ, בְּמַעֲגָלֵי-יֵשׁוּ". ספר המוסר הנודע מסילת ישרים [ז] מן המאה הי"ח נטל את שמו מן הפסוק במשלי (טז 17 [ח]), "מְסִלַת יֵשָׁרִים, סוֹר מִרָע; שֹׁמֵר נַפְשׁוֹ, נֹצֵר דְּרָכּוֹ", והפסוק באיוב (ו 25 [ט]) אומר "מִה-נִמְרָצוּ אֲמָרֵי-יֵשׁוּ".

ג

ד

ה

ח. הכרזת העצמאות [91] היא מקור פרשני לפי חוקי היסוד של הזכויות. סעיף 1 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 1 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק קובעים כי זכויות היסוד "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". פסקת העקרונות בהכרזה [91], שהיא "תפריט הזכויות", קובעת כי המדינה "תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של

ו

ז

נביאי ישראל", וראו סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, בדבר "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". נזכיר מנביאי ישראל, שאליהם מפנה הכרזת העצמאות [91], כי הנביא ישעיהו אומר (כו 7 [י']) "אֲרַח לְצִדִּיק, מִיִּשְׂרָאֵל: יֵשֶׁר, מַעֲגָל צִדִּיק תִּפְלֹס"; הנביא הושע (יד 10 [יא]) אומר "כִּי־יֵשְׁרִים דֶּרֶךְ יְהוָה [...]". ואכן, אומר התלמוד (תלמוד בבלי, שבת לא, ע"א [יב]), כי "בשעה שמכניסין אדם לדין [בישיבה של מעלה – א' ר'] אומרים לו, נשאת ונתת באמונה [...]". המונח "יושר" חוזר בתלמוד בנגזרות שונות כדי להפנימו בתודעה. אבות האומה אברהם, יצחק ויעקב נקראים "ישרים" וספר בראשית קרוי על שמם ספר הישר (תלמוד בבלי, עבודה זרה כה, ע"א [יג]), ויש מיחסים זאת לספר דברים או לספר שופטים). בהסבר לכינוי האבות "ישרים" אומר הנצי"ב (רבי נפתלי צבי יהודה ברלין, ראש ישיבת וולוז'ין, רוסיה, המאה ה"ט) בפירושו לתורה העמק דבר [יד], בפתחה לספר בראשית, "[...] שמלבד שהיו [האבות – א' ר'] צדיקים וחסידיים ואוהבי ה' באופן היותר אפשר, עוד היו ישרים, היינו שהתנהגו עם עוה"א [אומות העולם – א' ר'] [...] מ"מ [=מכל מקום – א' ר'] היו עמם באהבה וחשו לטובתם באשר היא קיום הבריאה". על כך ראו גם בשיחת הרב אביגדור נבנצל (ויצא התשע"ב), "ועשית הישר והטוב" [92].

ט. הרמב"ם, עמוד תוון במשפט העברי, אומר (הלכות דעות, פרק ב, הלכה ו [טז]) "אסור לאדם להנהיג עצמו בדברי חלקות ופיתוי, ולא יהיה אחד בפה ואחד בלב, אלא תוכו כברו והעניין שבלב הוא הדבר שבפה [...] ואפילו מלה אחת של פיתוי ושל גניבת דעת אסור, אלא שפת אמת ורוח נכון ולב טהור מכל עמל והוות". ועוד ראו דבריו בעניין "הטוב והישר" (שכנים, פרק יד, הלכה ה [טז]) ודברי המגיד משנה (ר' וידל די טילושא, פרשן הרמב"ם, ספרד, המאה ה"ד), האומר "וכן אמרה [התורה – א' ר'] ועשית הישר והטוב והכוונה שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם, ולא היה מן הראוי בכל זה לצוות פרטים, לפי שמצות התורה הם בכל עת ובכל זמן ובכל ענין, ובהכרח חייב לעשות כן, ומדות האדם והנהגתו מתחלפת לפי הזמן והאיש [...]" (הלכות שכנים, פרק יד, הלכה ה [יז]). רוצה לומר, את העקרונות הנצחיים יש לפרש לפי נסיבות זמן ומקום. ראו גם הרב אהרן ליכטנשטיין "שמרנות וחידוש בנס חנוכה" [93], אתר ישיבת הר עציון. ונזכיר כי הרמב"ן – ר' משה בן נחמן – מגדולי אישי הרוח

בימי הביניים, כותב באיגרתו הנודעת כי הכנת הלב לעבודת האל מביאה לכך ש" [...] יהיו דבריך ומעשיך ומחשבותיך ישרים" (אגרת הרמב"ן [יח], ההדגשה הוספה – א' ר').

א

י. כבר הזכרנו את ספר המוסר הנודע מסילת ישרים [ז] מאת ר' משה חיים לוצאטו (איטליה-הולנד-ארץ ישראל, המאה הי"ח), שעליו כתב ר' חיים מוולוז'ין (מייסד ישיבת וולוז'ין ברוסיה במאה הי"ט) "כל ספרי מוסר טוב ללמוד, אך ספר מסילת ישרים הוא יהיה מנהלך" (נתיבות אור לר' יצחק בלאזער על ר' ישראל סלנטר [יט]). שמו של הספר מעיד עליו, והמחבר אומר בהקדמתו כי ההליכה בדרכי הקדוש ברוך הוא " [...] כולל כל ענין ישר המדות ותקונם [...] וכלל כל זה, ש'נהג האדם כל מדותיו וכל מיני פעולותיו על פי הישר והמוסר" (מסילת ישרים, הקדמת הרב המחבר [כ], ההדגשות הוספו – א' ר'). ר' ישראל סלנטר, אבי תנועת המוסר בליטא במאה הי"ט, הנחה ללמוד את חלק חשן המשפט בשולחן ערוך [כא], העוסק בדיני ממונות, כדי לנהוג ביושר.

ב

ג

יא. רעיון כללי, בעיניי, שביסוד הדברים הוא "ואהבת לרעך כמוך", שנתפרש מפי התנא הלל הזקן (תלמוד בבלי, שבת לא, ע"א [כב]) "דעלך סני, לחברך לא תעביד", מה שעליך שנא, אל תעשה לחברך. על האדם, ובוודאי על הרשות הציבורית, לשוות לנגד עיניהם בכל עת כיצד היו רוצים שינהגו בהם אילו עמדו הם באותו מצב. ועל כן, יסוד וליבת השירות הציבורי, כממלא תפקיד על פי דין, הוא היותו מבוסס על אדני הגינות, יושר ויושרה. תובנת הכרח היא לשירות הציבורי, וכדברי הנביא צפניה (ג 13 [כג]) "שְׁאֲרִית יִשְׂרָאֵל לֹא-יַעֲשׂוּ עֹלָה, וְלֹא-יִדְבְּרוּ כָזָב, וְלֹא-יִמָּצֵא בְּפִיהֶם, לָשׁוֹן תְּרֻמִּית".

ד

ה

יב. ברשימתי "כי תעשה הטוב והישר בעיני ה' א-להיך – היושר כדרך" [83], ציינתי כי "המונח יושר הוא מעין מנגינה ערבה לאוזני איש המשפט, כי הוא משמיענו דרך סלולה, לא אורחות עקלקלות", וראו שם על היושר כעיקרון במשפט הישראלי. משפטנו מכיר בתום הלב כב"הוראה 'מלכותית' רבת פנים" (הנשיא ברק בבג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים [61], בעמ' 708), וכוונתו להוראת תום הלב בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, שהחוק מחיל אותה בסעיף 61(ב) על כלל

ו

ז

המשפט האזרחי, וראו גם דברי השופט (כתוארו אז) מ' חשין בע"א 1842/97 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת-גן בע"מ [62], כי:

א [...] "בית־משפט אין הוא כמכונה שנועדה למיצוי מיץ־גזר מגזר, מכונה שבצדה האחד יידחק הגזר ובצדה האחר ייזול מיץ־גזר. בית־משפט היה כרקמה חיה ונושמת, רקמה רוויה במיצים – ביניהם מיצים של צדק ושל יושר, של תוס־לב ושל שכל ישר – ובהזיננו אותה בנתונים הבאים מן־החוץ, מעכלת ומעבדת הרקמה, עלידי המיצים שבה, אותם נתונים הבאים אליה מן החוץ, ולאחר אותו עיכול ועיבוד מייצרת היא את המוצר שהיא מייצרת" (שם [62], בעמ' 43).

ג על כל אלה, כדברים שכתבתי ברשימה הנזכרת [83], "אכן, אם אין יושר, אין צדק, לכן, היושר הוא מצפן ערכי שאין כמותו, אידאל שראוי לכל מערכת משפט ולכל אדם לשאוף אליו". נשים אל לב לדברי השופט מ' חשין הכורך צדק, יושר ותום לב יחדיו, ועימם השכל הישר, בעיניי חבר כבוד במועדון.

ט ג. חכמינו הטעימו גם את עניין העמידה בדיבור. אומר ר' שמעון (תלמוד בבלי, בבא מציעא מד, ע"א [כד]) [...] "מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים בים, הוא עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו [...] והחוזר בו – אין רוח חכמים נוחה הימנו". ואומר הטור (ר' יעקב בעל הטורים, ספרד המאה הי"ד) חושן משפט ר"ד [כה], שעל החוזר בו מהתחייבות לקבל עליו אותו "מי שפרע" – בחינת חשש מעונש משמים – ומביא בשם אביו החכם רבינו אשר כי אף במקומות שאין כן, "מ"מ [=מכל מקום – א' ר'] ראוי לאדם לעמוד בדיבורו [...] וכל החוזר בו [...] הרי זה ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו". הדברים מובאים כמובן על דרך ההיקש.

ובנידון דידן

ט יד. נשוב לענייננו. חובת הגינות חלה על הכול, וביתר שאת – על הממשלה ועל גופי הציבור. חבריי, ללא ספק, מסכימים לכך. לדידי, בנסיבות שבהן ניתנו

העדויות המדוברות כנגד התחייבות מפורשת של רשות ממלכתית, שאדם מן היישוב היה מקבל את דיברתה, ועל התחייבות זו הסתמכו העובדים ומסרו עדותם, יש מקום להגן על ציפייתם זו. ובהקשר זה, של מידת ההסתמכות הראויה להגנה, עשוי משקל התחייבותו של גוף דרמהוטי כלפי עובדו להיות שונה מהתחייבותו של גוף פרטי לגמרי, אשר גם הוא עשוי לבקש לנהוג בהגינות עם עובדיו בנסיבות דומות (לשון אחר, הסתמכות עובד על הבטחתו של גוף דרמהוטי ראויה מטבעה בנסיבות מסוימות להגנה יותר מהסתמכותו על הבטחתו של גוף פרטי, שהרי רשאי היה העובד לראותה לכאורה, בוודאי בענייננו, בהתחשב בתולדות הרכבת כגוף ממלכתי, כמחייבת. לא כן בהכרח בגוף פרטי). העובדים, כפי שהוטעם בפסק הדין המקורי [1], לא הוזהרו בעת מסירת העדויות כי הדברים עלולים לשמש נגדם בהליך הפלילי, לא הייתה להם אפשרות להיוועץ בעורך דין ולשקול את צעדיהם. על פי הנטען, עובד שסירב לשאת פעולה ולהשיב לשאלות שנשאל, הסתכן בנקיטת הליכים משמעתיים נגדו. אדם מן היישוב, המתבקש למסור עדות בהליך חקירתי, ואשר ביומיום מתמצה שיחו עם הרשויות בצריכת שירותיהן, והנה בא הוא לפני גוף ציבורי, והובטח לו ב"רחל בתך הקטנה" ואף הועלה על הכתב, כי המידע הנמסר על ידיו יהא חסוי ולא יועבר לכל גורם אחר – האם לא ישים מבטחו במבטיחים? ואשר להנחיה 4.2301 של היועץ המשפטי לממשלה לעניין ועדות בירור פנימיות [90], יש כמובן מקום לעמוד על קיומה ולרענן תדיר את ההתייחסות אליה, לרבות שמירה על הזכות לאי הפללה עצמית, ככתוב בהנחיה. לא כך אירע כאן, מכל מקום. לסיכום, אחזור אפוא על דברים שאמרתי בפסק הדין המקורי:

"הבטחתה של הרכבת הייתה מעין התחייבות של רשויות המדינה.

גישתי ביסודה היא כי יש להביט אל הנושא במבט רחב, ו'מקום שהמדובר בהתנהגות הממשלה ושלוחותיה [...] עליהן להיות למופת בהגינות' (רע"א 470/08 כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר [...], בדעת מיעוט באותו תיק). והרי מדובר עתה בהליך פלילי, אשר מעמיד בסיכון את זכותו הבסיסית ביותר של אדם באשר הוא אדם – את הזכות החוקתית לחירות. ודוק: דברים אלה נאמרים בסיטואציה ייחודית זו שלפנינו, שבה חברה – שהיא יישות ציבורית

במהותה – מפעילה כלפי העובדים נוהל (41-02-03 [...]), שלפיו אל מול ועדת חקירה אין העובד המעיד מיוצג, נוכחים בעת מתן עדותו חברי ועדת חקירה ונציג ועד העובדים בלבד ואין ניתנת לו כל אזהרה. נביא כאן את סעיף 10.8 לנוהל [...]:

10.8' המידע אשר נצבר ו/או נוצר אגב ובעקבות עבודת הוועדה, לרבות דו"חות חקירה וכל מסמך אחר אשר שימש את הוועדה בחקירתה, מהווים מידע חסוי וסודי, ואין להעביר כל מידע כאמור לכל גורם חוץ-רכבתי, לרבות לחברות ביטוח וכל באיכוח אחר של מי שהיה מעורב בתאונה תפעולית, אלא באישור היועמ"ש של הרכבת'.

הניסוח בסעיף הוא גורף – איסור העברה 'לכל גורם חוץ-רכבתי [...] אף שנזכרות חברות ביטוח ואין נזכרת המשטרה, למשל, עשוי קורא הנוהל להבין כי 'הכול כלול', אמנם בסייג של העברה באישור היועץ המשפטי של הרכבת, אך אין משתמעת מן הכתוב אפשרות של פגיעה בזכויות העובדים" (שם [1], בעמ' 326–327).

טו. ער אני לכך שחברותיי, הנשיאה והשופטת ארבל, הטעימו כי אין במסירת החומר כדי לחתום את עניין הקבילות, אשר ייבחן במשפט אם יוגש כתב אישום, וייתכן אפוא כי אף יוכרז כבלתי קביל ולא יימסר לבית המשפט בתיק העיקרי. הן הטעימו את חקר האמת, ומי יכול להסתייג הימנו? (וראו דברי הנשיא ברק בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל [31], בעמ' 835, לעניין האיוון בין האינטרסים). בענייננו, כמות שצינתי בפסק הדין המקורי:

"לדידי, מקום שאין מדובר ב'תחבולות חקירה' לגיטימיות במהלך חקירה 'רגילה', אלא בנסיבות שבהן ניתנו ההודעות אל מול הבטחה מפורשת של חברה ממשלתית שזה לא כבר הייתה רשות סטטוטורית – ובעבר, הממשלה עצמה – ועל כך הסתמכו העובדים ומסרו הודעתם, יש מקום להגן על ציפייתם זו" (שם [1], בעמ' 328).

תוצאה אחרת חושפת את העובדים אל מעבר להבטחה שניתנה להם, ושעליה השליכו יהבם, על פני הדברים בתום לב.

א. טז. לבסוף, אבקש להעיר באשר לדברי חברי השופט דנציגר בדבר האיוון בין הזכות להליך הוגן לבין חיוניות הראיה המתבקשת למלאכת עשייתו של הצדק ולאינטרס הציבור. מלאכת האיוון היא קשה ומורכבת, ולא אוכל להצטרף באופן חד ערכי – בכל הכבוד – לעמדה הגורפת שמביע חברי כי "עת מדובר בהפרה חמורה ובוטה של הזכות להליך הוגן, לא יהיה כלל צורך במלאכת האיוון האמורה, שכן שיקול זה צריך שיגבר על כל שיקול אחר" (פסקה 8).

ב. אכן, האינטרס בחשיפת האמת והאינטרס של הציבור בגילוי עבירות ובמניעתן הם שיקול רב חשיבות ועוצמה, ואחרון אני שאקל בו ראש, כדי שלא יהיו חוטאים נשכרים. אך גם אין הם חזות הכול עד כדי איוון הכול, ויש להקפיד הקפדה יתרה על זכויות הנחקר, על כבודו ועל חירותו. עולמנו מורכב – הוא אינו שחור או לבן – ולא ניתן לומר מראש כי שיקול מסוג אחד יגבר בהכרח על שיקול מסוג אחר. על כן, נדרשים אנו למלאכת איוון, מלאכה שאינה פשוטה ושתוצאתה אינה ידועה מראש, תוך כדי מתן משקל לכלל השיקולים שעל כפות המאזניים. כך איוון לטובת אינטרס הציבור אין משמעו כי בית המשפט יצטייר כמוטה לטובת גופי החקירה, כפי שמזהיר חברי. אמון הציבור בבית המשפט הוא תוצר של ההבנה כי בית המשפט מבקש לשקלל את כלל הגורמים הרלוונטיים בלב פתוח ובנפש חפצה. דומה כי קביעה מראש בדבר עליונותו של שיקול זה או אחר דווקא היא העלולה לחתור – בלא משים, כמובן – תחת אמון זה. הדברים ייבחנו בכל מקרה, ועניינו, לטעמי, יש בו ייחוד לאור אותה הבטחה ודרישת ההגינות.

ג. יז. להערת חברתי הנשיאה אציין כי, לטעמי, חובת ההגינות במקרה דנא מופרת עם מסירת החומר למשטרה, ועל כן – לדידי – אין זו שאלה של עיתוי בלבד.

ד. יח. לדידי, פתרון הולם והוגן למצב המורכב שלפנינו היה – ועודנו כאמור – כי נאפשר לרכבת לחזור בה מן הוויתור על החיסיון מפני הפללה עצמית.

השופטת מ' נאור:

- א 1. בשאלה הראשונה, שהציגה חברתי הנשיאה ד' ביניש, דעתי כדעתה. השאלה בדבר קבילות החומר אינה צריכה להתעורר בההליך לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969. לעניין זה, אין לי מה להוסיף על דברי חברתי.
- ב 2. אין אני מחווה כל דעה בשאלה אם בהליך הפלילי יהיו המסמכים קבילים.
- ג 3. גם לדעתי, אין להכיר בחיסיון הלכתי של הודעות העובדים לפני ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת. אני סבורה שיש אינטרס ציבורי שלא להכיר בחיסיון כזה. כשלעצמי, אני מקילה ראש ב"אפקט המצנן" (וראו עמדתי בבג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז [15]). ואולם, יש בעיניי שיקול מכריע שלא לאפשר חיסיון כזה. בדומה לחברתי השופטת ע' ארבל (סעיף 3 לחוות דעתה), סבורה אני כי יש קושי בקביעה שלפיה גוף ציבורי יוכל להטיל מכוח עצמו חיסיון על מידע שנאסף אצלו במילוי תפקידו הציבורי, ולמנוע את נגישותה של המשטרה לחומר זה בהיעדר בסיס לכך בדין. זהו תפקידה של המשטרה לחקור עבירות פליליות (ולצורך העניין, מתעלמת אני מגופים סטטוטוריים אחרים בעלי סמכויות חקירה כמו הרשות לניירות ערך). אין מקום לכך שגוף פנימי יחקור עניינים פליליים. חברתי השופטת ע' ארבל הפנתה לעניין זה להנחיית היועץ המשפטי לממשלה שמספרה 4.2301 בעניין "ועדות בירור פנימיות" [90].
- ה הכרה בחיסיון פסיקתי, יש בה – לדעתי – כדי להעצים את כוחן של ועדות בדיקה פנימיות לעסוק גם בעניינים פליליים, בשעה שעליהן למשוך ידן מחקירות כאלה. באופן דומה, קבענו בעניין הפרטת בתי הסוהר כי אין לתת לגורם פרטי כוח מרות שלטוני ממש. ציינתי בחוות דעתי שם כי "הסמכות שהועברה בדבר ניהול הכליאה – הפעלת המרות, הכוח והמשמעת – צבועה בצבע עז של ריבונות המדינה ושל שיקול דעת בהפעלת הסמכות" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר [63], בעמ' 685, ההדגשה במקור – מ' נ'). שיקול ציבורי זה, קרי: מניעה מגוף פרטי מלחקור עניינים פליליים, גובר בעיניי על כל השיקולים האחרים.
- ז

4. ובשורה התחתונה: אני מצטרפת לדעתה של הנשיאה ביניש כי דין העתירה להתקבל כאמור בסעיף 28 לפסק דינה.

א

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, י"ד בטבת התשע"ב (9.1.2012).

ב

ג

ד

ה

ו

ז