



ת"פ 28759/05/15 - מדינת ישראל נגד ערן מלכה, רונאל פישר, רות דוד, יאיר ביטון, שי (ישעיהו) ברס, יוסף נחמיאס, אביב נחמיאס

בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני כב' סגן הנשיא משה סובל

ת"פ 28759-05-15

המאשימה

מדינת ישראל

נגד

הנאשמים

1. ערן מלכה
2. רונאל פישר
3. רות דוד
4. יאיר ביטון
5. שי (ישעיהו) ברס
6. יוסף נחמיאס
7. אביב נחמיאס (עניינו הסתיים)

החלטה

1. בדיון שהתקיים ביום 1.9.22 נשמעו טענות הצדדים בבקשתו של נאשם 2 כי התובעת עו"ד קרן אלטמן לא תהיה נוכחת באותו חלק מתוך השלמת החקירה הנגדית של מר ערן מלכה שבו תישמע עדותו בנוגע להליך המתנהל נגדו בבית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז מרכז. כפי שציין ב"כ נאשם 2 בדיון, מדובר הלכה למעשה בבקשה של המאשימה למתן החלטה המסיימת את תוקף ההחלטה מיום 27.4.22 שבה נקבע כי "היות שעו"ד קרן אלטמן, ב"כ המאשימה, זומנה למתן עדות בבית הדין, החומרים שיועברו כאמור לעיל לא ייחשפו בפניה עד לסיום עדותה ומתן החלטה של בית משפט זה".

2. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים ועיינתי באסמכתאות שהציגו בפניי, אינני רואה מקום לבסס את דחיית בקשתו של נאשם 2 (או, בהסתכלות ההפוכה, את קבלת בקשת המאשימה למתן החלטה בדבר פקיעת ההחלטה מיום 27.4.22) על הנימוק שנטען על ידי המאשימה ושלפיו לא קיימת היתכנות לכך שעו"ד אלטמן תיקרא להעיד על ידי ההגנה. אמנם זימונו של תובע במשפט פלילי לעדות הוא בבחינת תוצאה ש"אינה רצויה" (בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (13.9.09)) שברגיל אף "עשויה לעורר תמיהה" (ע"פ 7497/11 מדינת ישראל נ' אלקובי, פסקה 8 (14.11.11)). אלא שעדיין אין מדובר במהלך בלתי אפשרי; וכבר היו דברים מעולם, שתובע זומן למתן עדות כאשר לא היה מנוס מצעד לא שגרתי זה (ראו למשל רע"א 3202/03 מדינת ישראל נ' יוסף, פ"ד נח(3) 541 (2004); ת"א (מחוזי חי') 210/07 קרשי נ' לב (14.8.08); ת"פ (שלום י-ם) 1395/06 מדינת ישראל נ' בן גביר (27.6.11)). זימונו לעדות של תובע המנהל את ההליך הפלילי שמור ל"מצבים יוצאי דופן בלבד... בהם מתברר למשל, שעדות עורך הדין חסרת תחליף היא, בעניין הנדון, וויתור עליה עשוי לגרור טעות בהחלטה או פגיעה במי מן הצדדים" (תפ"ח (מחוזי ת"א) 1027/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 7 (7.6.07)). בהתאם לכך, ובהתחשב ב"צורך העקרוני להימנע, ככל האפשר, מהעדת פרקליטים בקשר לעבודתם", הוחלט באחת הפרשות לדרוש מנאשם שביקש לזמן פרקליטה לעדות "להבהיר לבית המשפט לשם מה הוא דורש את העדה לחקירה, ואיזו רלוונטיות הוא צופה שתהיה לדבריה במחלוקת



הספציפית" (הציטוט מתוך החלטת נשיאת בית המשפט העליון שדחתה טענה לפסלות השופטת שקבעה כך: ע"פ 882/07 פלד נ' מדינת ישראל (1.3.07)).

במקרה דנן נשמעה עדותה של עו"ד אלטמן בפני בית הדין המשמעתי, אשר לא נעתר לבקשתה לפטור אותה ממתן העדות. השלמת החקירה הנגדית של מר מלכה בפני בית משפט זה בנוגע להליך המתנהל נגדו בבית הדין המשמעתי, טרם התקיימה, כך שלא ניתן בשלב זה לדעת האם הדברים שיימסרו על ידי מר מלכה בעדותו בעניין שיחותיו עם עו"ד אלטמן יכניסו מקרה זה לגדרי אותם מצבים יוצאי דופן שבהם עדותה של הפרקליטה בפני בית המשפט - לאחר שכבר העידה בבית הדין המשמעתי - תהיה רלבנטית לבירור המחלוקות בהליך הפלילי ובלעדיה הגנת הנאשמים עלולה להימצא נפגעת. בהקשר זה ראוי לזכור כי ההסתייגות מהזמנת פרקליט לעדות נעוצה בעיקר מהחשש ליצירת "הרתעה מפני מילוי תפקידו באופן מקצועי וחסר פניות", וההשקפה המונחת בבסיסה היא ש"אין זה ראוי ככלל להפוך ההליך המשפטי לבמה לצורך ביקורת על שיקולי התביעה והשגות על פעולתו של הגוף התובע" (תו"ב (בית-שאן) 53306-09-17 ועדה מקומית לתכנון טבריה העליון נ' מזרחי (27.10.18) והאסמכתאות שם). לעומת זאת, בענייננו הבהירה ההגנה כי בכל מקרה עו"ד אלטמן לא תיקרא על ידה לעדות בעניין שיקולי התביעה בהחלטות שאותן קיבלה במסגרת הליך זה, וכי האפשרות היחידה היא שעו"ד אלטמן תוזמן להעיד על אמיתות הגרסאות שמר מלכה ימסור בעדותו המשלימה לגבי דברים שעלו בשיחותיו עם עו"ד אלטמן.

3. אם בכל זאת החלטתי שלא להיעתר לבקשתו של נאשם 2 בעניין נוכחותה של עו"ד אלטמן בזמן שמר מלכה יחקר בנוגע להליך המשמעתי נגדו, הרי זה בהיותה של עו"ד אלטמן נמנית על צוות התביעה בהליך הפלילי שלפניי. המעמד המיוחד המוקנה לתובע בהליך פלילי (ראו מ' קרמניצר, "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה (תשנ"ו) 173) מתבטא לא רק בזהירות יוצאת הדופן הננקטת טרם הזמנת תובע לעדות, אלא גם בהתייחסות מיוחדת אל התובע בכל הנוגע לתחולת סעיף 172 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן - החסד"פ), המורה כי "עד שטרם העיד - פרט לנאשם - לא יהא נוכח בגביית עדותו של עד אחר, אולם עד ששמע עדותו של עד אחר, אינו נפסל לעדות בשל כך בלבד". להוראה זו ניתנה בפסיקה פרשנות תכליתית התואמת את מטרתה לצמצום האפשרות של "זיהום" העדויות ושל השפעה על עד פלוני מעדותו של קודמו (א' הרנון, דיני ראיות (חלק ראשון - תש"ל) עמ' 58; ג' הלוי, תורת הדין הפלילי (כרך ב - 2011) עמ' 767). בהתאם לכך נקבע כי אין מניעה שמומחה מטעמו של בעל דין יהיה נוכח בעת גביית עדותו של בעל הדין שכנגד או של מומחה מטעמו, שכן החשש מפני ההשפעה על העדויות "קיים בעיקר כאשר מדובר בעדים 'עובדתיים', ובמיוחד כשיש משמעות רבה להתרשמות בית המשפט ממהימנותם... מנגד, כאשר מדובר בעדים מומחים, פוחתים עד למאוד החששות האמורים, עד כדי איונם בדרך כלל" (רע"א 1238/13 יושיע נ' רז, פסקה 10 (20.3.13)). חריג זה מקובל גם בהליכים פליליים (י' קדמי, על סדר הדין בפלילים (חלק שני - 2009) עמ' 1554).

עו"ד אלטמן חתומה על כתב האישום. למאשימה לא הייתה כוונה לזמנה לעדות בעת הגשת כתב האישום, ואף כיום אין למאשימה כל כוונה כזאת. נהפוך הוא, כאמור לעיל, המאשימה מתנגדת לזימונה של עו"ד אלטמן כעדה במשפט. האפשרות שמעלה ההגנה לפיה היא זו שתקרא לעו"ד אלטמן כעדת הגנה, אינה מקימה במישור האתי כל מניעה לכך שעו"ד אלטמן תוסיף לייצג את המאשימה בכל שלבי המשפט, לרבות במהלך השלמת החקירה הנגדית של מר מלכה (כלל 36(ב) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986). מניעת הנוכחות של עו"ד אלטמן בחלק מגביית עדותו המשלימה של מר מלכה תפגע אפוא במילוי המשימה המוטלת עליה לייצג את המאשימה באופן מיטבי.



מנגד, פגיעה כזאת לא תשרת בדרך כלשהי את התכלית שעליה נועד להגן סעיף 172 לחסד"פ, שכן איש אינו מטיל ספק במהימנותה של עו"ד אלטמן, ואם ההגנה תחליט לבקש את זימונה לעדות לא יהיה זה אלא על מנת להוכיח באמצעות עדותה את חוסר מהימנות גרסתו של מר מלכה לדידה של ההגנה.

בהעדר חשש לכך שהנוכחות של עו"ד אלטמן במהלך השלמת החקירה הנגדית של מר מלכה תיצור השפעה פסולה על עדותה שלה בעניינים הנוגעים להליך המשמעותי המתנהל נגד מר מלכה - ככל שהעדתה תתבקש ותאושר - גוברים האינטרסים של המאשימה במיצוי ההסתייעות בעו"ד אלטמן במסגרת "כובעה" הוודאי כמייצגת המדינה בהליך, על פני "הכובע" הנוסף, האפשרי והלא ודאי, של עו"ד אלטמן כעדת הגנה בהמשכו של ההליך. וכפי שנאמר באחד המקרים שבו התבקש זימון באי-כוח המאשימה כעדי הגנה על רקע תרעומת באשר לאופן ניהול הראיונות עם עדי התביעה: "יצוין כי נוכחותם במהלך העדויות אינה מונעת כשלעצמה את אפשרות העדתם בשלב מאוחר יותר, ככל שיעלה צורך ממשי לעשות כן, לאור הסיפא של סעיף 172 לחסד"פ" (ת"פ (ראשל"צ) 2335/05 מדינת ישראל נ' ענבר (15.4.07)).

ודוק: ההחלטה מיום 27.4.22 נומקה בכך שעו"ד אלטמן "זומנה למתן עדות בבית הדין". אכן, בבית הדין המשמעותי מעמדה של עו"ד אלטמן היה של עדה גרידא. לא כן בהליך הנוכחי, שבו עו"ד אלטמן (גם מנקודת ההנחה שהיא תיקרא לעדות) משמשת בעיקר מייצגת של אחד הצדדים בהליך.

4. תוצאה זו תואמת את המצב המשפטי הנוהג מעבר לים. בארצות-הברית קובעות תקנות 615(b) ו-615(c) ל-Federal Rules of Evidence כי הכלל המחייב להיעתר לבקשה של בעל דין להוציא מאולם בית המשפט עד שטרם העיד, מוחרג לא רק לגבי בעל הדין שכנגד בעצמו אלא גם לגבי "an officer or employee of a party that is not a natural person, after being designated as the party's representative by its attorney" וכן לגבי "a person whose presence a party shows to be essential to presenting the party's claim or defense". בהערות הוועדה המייעצת לניסוח הכללים הפדרליים נאמר בהקשר זה:

"As the equivalent of the right of a natural-person party to be present, a party which is not a natural person is entitled to have a representative present. Most of the cases have involved allowing a police officer who has been in charge of an investigation to remain in court despite the fact that he will be a witness."

הוא הדין, ואף מקל-וחומר, שעה שמדובר בפרקליט עצמו ולא בשוטר הנלווה אל הפרקליט בעת ניהול ההליך הפלילי. על כך נאמר ב-1976 (4th edition, Vol. 6 - 1976) Wigmore on Evidence עמ' 476: "In the United States, where the functions of attorney and counsel are not separated, the rule for counsel would of course apply, and a counsel of record in the cause should be permitted as of right to remain".

גם באנגליה מוכרים חריגים לכלל האוסר נוכחות של עד שטרם העיד במהלך גביית הראיות, וזאת במצבים שבהם קיימת נחיצות בהישארותו של העד העתידי באולם בית המשפט (שם, עמ' 473-475).



5. מהטעם שבואר, החלטתי שלא למנוע את הנוכחות של עו"ד אלטמן במהלך השלמת החקירה הנגדית של מר מלכה.

המזכירות תשלח את ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, ט' אלול תשפ"ב, 05 ספטמבר 2022, בהעדר
הצדדים.