



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

החלטה

1. לאחרונה הודיעה המאשימה כי החליטה להעיד מטעמה את ראש צוות החקירה במח"ש, מר דובי שרצר (הרשום כעד תביעה מס' 1 בכתב האישום המתוקן בשלישית), וכי בדעתה לערוך לעד ראיון בפרקליטות אשר במסגרתו יוצגו בפניו המסמכים המצויים בתיק החקירה, וכן טענות הצפויים לעלות בחקירתו הנגדית על ידי צוות ההגנה בקשר לאופן ניהול החקירה במח"ש. ההגנה מתנגדת לכך שבמסגרת הראיון ייחשף העד לטענות שהעלו הסנגורים בעניין תקינות מהלכי החקירה, לרבות טענות כאלה שעלו בעת החקירות הנגדיות של עדי התביעה הקודמים. ב"כ המאשימה הבהירה כי בדעתה להקפיד בעת עריכת הראיון על הנחיית פרקליט המדינה מס' 7.13 - "ראיון עד" (להלן: הנחיית פרקליט המדינה), בה נקבע כי בראיון "ניתן לעמת את העד עם גרסת הנאשם וההגנה כפי שהיא עולה מחומר החקירה או שעלתה או עשויה לעלות בבית המשפט, מבלי לציין שזו גרסה שמסר הנאשם או עד הגנה... תובע המראין עד רשאי לקיים עמו מעין 'סימולציה' של חקירה נגדית, ובכלל זאת גם רשאי לעמתו עם טענות הצפויים לעלות בחקירה" (סעיפים 16 ו-18 להנחיה).

2. המחלוקת בין הצדדים חושפת את המתח המובנה המתקיים בין שני אינטרסים לגיטימיים הפועלים בסוגיה זאת.

מצד אחד, על דרך הכלל ראיון עד "אינו חלק מן החקירה, שהרי החקירה כבר נסתיימה, והראיון לא נועד לאסוף ראיות, אלא הוא, כמו ראיון שסנגור עורך עם עד הגנה, מתבסס על החקירה לצורך ניהול המשפט" (בש"פ 687/00 מסיקה נ' מדינת ישראל (3.2.2000)). היות שלא נגבתה ממר שרצר הודעה על ידי הרשות החוקרת, ממילא חשיפתו במהלך ראיון העד לטענות שהעלתה ההגנה תוך כדי ניהול המשפט באשר לתקינות מהלכי החקירה, עשויה לחרוג ממטרתו הבסיסית של הראיון לשקף את החקירה (במקרה זה חקירת מח"ש) ולא להרחיבה לנושאים שלגביהם לא



התבקשה התייחסות העד במהלך החקירה. יתר על כן, הצגת טענות הצפויות לעלות בחקירה הנגדית של העד כבר בעת הראיון המקדים את חקירתו הראשית, עלולה לפגוע באחד ממאפייניה של החקירה הנגדית, המאפשר לבית המשפט להתרשם מן האופן שבו העד משיב לשאלות שמציג בפניו הצד שכנגד מבלי שהעד התכונן לכך מראש. התרשמות זו היא אחד הכלים המסייעים בהערכת משקל העדות, כפי שהוסבר לדוגמה בע"פ 685/81 אהרוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 673, 690 (1983): "מסקנות אלה מוסקות, בין היתר, מתגובותיו של העד, ובתוך זה במידה לא מועטה מתשובות, הניתנות על אתר לשאלות המוצגות לו... וביניהן גם אלו שהן בלתי צפויות".

מצד שני, מר שרצר איננו עד תביעה "רגיל" הצפוי להתייחס במהלך עדותו למידת אמיתותן של העובדות המפורטות בכתב האישום. החלק בעדות של מר שרצר אשר לגביו נטושה המחלוקת, נדרש לצורך בירור שאלות שעניינן אופן ביצוע חקירת מח"ש שהובילה לגיבוש כתב האישום. המאשימה לא סברה כי נדרשת התייחסותו של מר שרצר לשאלות אלו עד שההגנה לא העלתה טענות לגביהן במהלך ניהול המשפט. ממילא, חסימת דרכה של התביעה מהכנת מר שרצר לפרק זה של עדותו, העוסק באופן ניהול החקירה, רק בשל כך שלא נגבתה ממר שרצר הודעה בנדון טרם הגשת כתב האישום, תעמיד את התביעה במצב בלתי אפשרי, ובכל מקרה בנסיבות המתוארות לא יהיה זה הוגן כלפי התביעה לעשות כן. נמצא אפוא, כי בסיטואציה ייחודית זו, בה עסקינן בעדות של ראש צוות חקירה על מהלכי החקירה עצמה, להבדיל מעדות של עד ראיה או עד שמיעה להתרחשויות נושא כתב האישום, ההכנה המתבקשת על ידי התביעה במסגרת הראיון עם מר שרצר חיונית להגשמת אחת מתכליותיו של ראיון העד, שהיא לאפשר לתובע למלא את חובתו המקצועית כראוי. על כך נאמר עוד בימים ראשונים על ידי מ"מ הנשיא ש' ז' חשין, בפסק הדין שבו הוכרה הלגיטימיות של הליך הראיון עד בעקבות המשפט האנגלי שהכיר בכך מקדמת דנא:

"זכותו של כל פרקליט - גדולה מזו: חובתו היא - לייצב מבעוד מועד את מערכת מלחמתו ולהכין כהלכה את חומר הראיות שבו ישתמש בעת המשפט. תמים ומשולל כל חוש מציאות הוא האדם הסבור, כי יש לכנוס עדים מכל הבא ביד, עדי ראיה ועדי שמיעה, ולהעמידם על דוכן העדים, בלי לדעת קודם לכן מה עדות יגידו וכיצד ישמיעו את דבריהם. ה'מה' וה'איך' יש להם חשיבות רבה במשפט והם בעלי משקל במערכת ההוכחות; אך כל בר-בירב יבין כי ההשפעה הנודעת להם אין לעמוד עליה אלא אם ראה הפרקליט את העד קודם למשפט ושמע את דבריו" (ע"פ 226/54 אלופי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 1345, 1348 (1955)).

אף שההגנה ניסתה להטיל ספק בדבר, לדעתי לא יתכן למנוע מהתביעה את הזכות לבקש מראש צוות החקירה המתייצב מטעמה על דוכן העדים, להציג את התייחסותו גם לטענות שהעלתה ההגנה חזור ונשנה במהלך המשפט לגבי מחדלים ופגמים שנפלו בחקירה. הפרקטיקה של העדת ראש צוות חקירה כעד תביעה מוכרת ומקובלת, במיוחד במשפטים מורכבים. במקרים כאלה מתייחסת העדות כדבר שבשגרה גם למהלכי החקירה. מימוש זכות זאת של התביעה, מבלי שניתנה לתובע הזדמנות מקדימה לשמוע את גרסת העד לטענות שהעלתה ההגנה נגד תקינות החקירה - כמובן בגבולות האסור והמותר במסגרת ראיון עד - לא תאפשר לתובע למלא את חובתו המקצועית כהלכה (ראו גם ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 845 (2005); בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל, פסקאות 11-13 (13.9.2009)).

3. ההכרעה בין אינטרסים נוגדים אלו, שכל אחד מהם חשוב בפני עצמו, אינה קלה. היא דורשת, כפי שהסביר בית



המשפט העליון בסוגיה קרובה הנוגעת לראיון עד, הכרה בכך ש"האינטרסים העומדים משני צדי המתנס חשבים ורגישים הם ועל כן יש להכריע בסוגיה בדיוקנות של אומל מנתחים... שיקול אחד יכול שיקבל משקל משמעותי במקרה אחד ומשקל פחות באחר. המידה בה שיקול מסוים משפיע על הגנת הנאשם היא המפתח לקביעת משקלו, בשים לב להשפעה על מלאכת התביעה. את מקבץ השיקולים יש להעמיד על כף המאזניים בין האינטרסים הנוגדים ולבחון לאן נוטה ההכרעה. בעת עריכת האיון עלינו לשוב לעיקרון העומד בבסיס... - זכותו של נאשם לנהל משפט הוגן" (בש"פ 3221/12 פלוני נ' מדינת ישראל פסקה 6 (1.7.2012)).

במקרה הנוכחי הודיעה ב"כ המאשימה כי אם לא יתאפשר לה למלא את חובתה המקצועית להכין את מר שרצר לעדותו כך שבמסגרת הראיון יוצגו לו, בגבולות המתווים בהנחיית פרקליט המדינה, גם טענות ההגנה נגד תקינות החקירה, כי אז היא תוותר על הזמנתו של מר שרצר לעדות מטעם התביעה. כידוע, במצב כזה חל סעיף 178 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, המתיר לבית המשפט "להרשות לנאשם לחקור את העד בחקירה ראשית כאילו הייתה חקירה שכנגד ולקבוע סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים". עמדת המאשימה מאפשרת אפוא גמישות שיש בה לשמר בידי ההגנה את יכולת הצגתן של שאלות "מפתיעות" בחקירתו הנגדית של מר שרצר. אמנם, מהלך זה יקנה לתביעה יתרון מסוים, שלא יעמוד לה אם מר שרצר יובא כעד מטעמה, וזאת לנוכח האפשרות של התביעה בנסיבות של תחולת סעיף 178 לבקש לחקור גם היא את העד בחקירה נגדית (ראו ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל פסקה 26 (26.7.2012); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1023/04 מדינת ישראל נ' אלזם, פסקה 46 (8.11.2005)). אולם גם בהנחה שהתביעה תבקש זאת ובית המשפט יעתר לבקשתה - הנחה שלעת עתה אין לי צורך לנקוט בה עמדה ולכן אותירה לעת מצוא - עדיין מכיוון שהחקירה הנגדית של מר שרצר על ידי ההגנה (אם תתבקש ותותר) תבוא קודם לחקירתו על ידי התביעה, הרי ההפתעה תישמר, והפגיעה שתיגרם, אם בכלל, למהלכי ההגנה של הנאשמים, תהיה מתונה ומידתית באופן שיבטיח כראוי, לצד השמירה על האינטרס של ההגנה שמר שרצר לא יתכונן לעדותו, מניעת פגיעה מעבר לנדרש בתביעה ובחובתו המקצועית של צוות התביעה לדעת מה הוא תוכן חקירתו הראשית הצפויה של עד הנקרא על ידי התביעה. לא למותר לשוב ולהזכיר כי "קיום ראיון עד אינו רק בגדר זכותה אלא חובתה של התביעה, בהיותה גוף הפועל למען הגשת אינטרסים ציבוריים של קיום משפט תקין והוגן וירידה לחקר האמת" (בש"פ 6740/13 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 11 (21.1.2014)).

אוסף עוד, כי בכל הנוגע למר שרצר לא מתקיים החשש הנוסף שהוצג על ידי הסנגוריה תוך כדי הדיונים לגבי מצב בו התביעה נמנעת מהבאתו לעדות של עד תביעה הרשום בכתב האישום. החשש שהוצג הוא, שבשל הכללת העד ברשימת עדי התביעה, נמנע מההגנה ליצור קשר עם העד במהלך פרשת התביעה והכנת החקירות הנגדיות של עדי התביעה. כמדומה, כי הטענה הגורסת שחשוב להגנה שמר שרצר יגיע למתן עדותו בבית המשפט ללא ידיעה מראש של השאלות שהסנגורים מתכננים להציג בפניו, אינה עולה בקנה אחד עם טענה שלפיה אלמלא היה מר שרצר נכלל ברשימת עדי התביעה, היו הסנגורים יוצרים עמו קשר טרם הגעתו לעדות בבית המשפט.

יחד עם זאת, בשים לב לכך ששיקול-העל הוא שמירה על זכותם של הנאשמים להליך הוגן, יש להותיר את המילה האחרונה בידי הנאשמים ולאפשר להם להחליט איזו דרך מבין השתיים עדיפה מבחינתם. לשון אחרת: בגדרי איון האינטרסים האמור, יוכלו הנאשמים לבחור האם לזמן את מר שרצר כעד הגנה - ואז לא תערוך לו התביעה ראיון כלל - או לאפשר את העדתו כעד מטעם התביעה, לאחר שיערך לו ראיון בו יישמרו כל הוראות הדין והפסיקה, לרבות אלו שפורטו לעיל. למותר לציין כי אם תאומץ האפשרות האחרונה, הרי ככל שיתעורר בדיעבד חשש כלשהו לפגיעה בתקינות



הראיון שנערך למר שרצר, תוכל ההגנה להציג את טענותיה עקב כך בהמשך הדרך, שהרי "לא ניתן לקבוע לעניין זה כללים נוקשים, והדרך לעמוד על כך שהגבולות נשמרו היא באמצעות החקירה הנגדית של העד" (בג"ץ 841/19 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב, פסקה 18 (8.4.2019)). כמו כן, פגם באופן קיום הראיון עשוי להשפיע על המשקל שניתן לעדות (ע"פ 226/54 הנ"ל, בעמ' 1348; ע"פ 840/79 גבריאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 371, 376 (1981)).

4. כפי שניתן להיווכח, החלטתי מתבססת על הוראות החוק ועל פסקי הדין בהם הוגדרו ותוחמו תכליותיו וגבולותיו של מוסד ראיון העדים. ממילא, אין בדעתי להכריע במחלוקת שנתגלתה בין ב"כ הצדדים בשאלת היחס בין הכללים לניהול ראיון עד הקבועים בסעיפים 8-20 להנחיית פרקליט המדינה, ובין הוראת סעיף 42 להנחיה בדבר ראיון עם שוטר ששימש אחראי על החקירה. כפי שהוסבר בבג"ץ 841/19 הנ"ל בנוגע להנחיית פרקליט המדינה: "המדובר בהנחיה מפורטת המנחה את התובעים בהתאם לעקרונות והכללים שנקבעו על ידי בית משפט זה באשר להיבטים השונים הנוגעים לראיונות עדים" (שם, בפסקה 21). ועוד נאמר שם: "הסוגיה דנן, של ראיונות עדים על ידי התביעה לקראת עדותם במשפט, אמנם לא הוסדרה בחקיקה, אך היא אינה כאמור בגדר 'לוח חלק' (Tabula rasa). היא זכתה לדיון ולמענה בפסיקתו של בית משפט זה בפסקי דין לא מעטים כמפורט לעיל, אשר קבעו את גבולות המותר והאסור בסוגיה זו" (שם, בפסקה 25). התשתית הנורמטיבית שעל פיה בוחן בית המשפט את הסוגיה, הונחה אפוא בפסקי הדין בהם נקבעו כללי ראיון העד. הנחיית פרקליט המדינה עשויה אמנם לשמש, במקרים מתאימים, כלי עזר בידי בית המשפט ביישום הדין, אך במקרה הנוכחי לא נזקקתי לכך, לנוכח מה שנקבע בהלכה הפסוקה, כמפורט לעיל.

באותה דרך הלך גם בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו (הרכב השופטים ג' רביד, י' לוי ו-ש' יניב) בתפ"ח (מחוזי ת"א) 24984-07-15 מדינת ישראל נ' אברג'ל (החלטה מיום 13.2.2018). בהליך הנזכר נדחתה בקשה שהגישה ההגנה לקבוע כי ההכנה לעדות שערכה התביעה לעדי מדינה חרגה מהכללים שנקבעו בחוק, בפסיקה ובהנחיית פרקליט המדינה, באופן הפוגע בתקינות ההליך המשפטי ומצדיק את פסילת העדות כולה או חלקה. בנוסף, התבקש שם בית המשפט להורות על פסילת הוראות שאינן חוקתיות בהנחיית פרקליט המדינה. טענת הנאשמים שם כוונה נגד עריכת מעין סימולציה של חקירה נגדית לעדי המדינה במסגרת ראיונות ההכנה עמם, ובכלל זה קבלת התייחסותם למסמכים ולטענות שהוצגו בפניהם לראשונה בראיון. בדחותו את הבקשה, קבע בית המשפט המחוזי כי "בית המשפט העליון נמנע מלהתוות כללים נוקשים לגבי האופן והשיטה שלגביהם יש לבצע את הליך 'הריענון', תוך שהוא מותיר שיקול דעת רחב לתובע בעניין זה, כפונקציה של הנסיבות הספציפיות.. על פי הפסיקה, הרציונל שבהותרת מרווח גדול של שיקול דעת לתובע ואי קביעת כללים נוקשים, טמון בעיקר בעובדה שלא ניתן לגזור גזירה שווה לגבי כל העדים וכל התיקים... אין דומה ראיון עם ראש צוות חקירה לשוטר שגבה אמרת נאשם... הניסיון להציב כללים ו/או הנחיות נוקשות עלול להחטיא את המטרות והתכליות של ריענון העדים" (שם, בפסקה 1.1). משכך, הוסיף ואמר בית המשפט, אין מקום לקביעה קטגורית בדבר פגם אינהרנטי בעריכת סימולציה של חקירה נגדית לעד, כל עוד לא מוכנסות מילים לפיו (שם, בפסקה 1.2). כפועל יוצא, אין מקום לפסילת עדות עד המדינה טרם חקירתו הנגדית, אשר רק לאחריה תוכל להימצא בפני בית המשפט תשתית ראייתית מספקת לבירור טענת ההגנה בדבר הליקוי המשמעותי שנפל בהתנהלות התביעה במהלך הריענון (שם, פסקאות 1, 3). בכל מקרה, הוסיף בית המשפט, גם אם יימצא שהמאשימה חרגה מהדין ומההנחיות אגב הכנת העד לעדות, לא יהיה בכך כדי לפסול את עדותו אלא לכל היותר להביא להפחתת המשקל שניתן יהיה להעניק לדבריו בבוא היום (שם, פסקה 2). הבקשה להורות על פסילת הוראות בלתי-חוקתיות בהנחיית פרקליט המדינה, נדחתה מן הטעם שתקיפה ישירה של הנחיית פרקליט המדינה ניתנת להיעשות רק בבג"ץ (שם, בפסקה 3).



בהקשר זה יוזכר גם בג"ץ 6165/14 פלוני נ' פרקליט המדינה (2.1.2015), בו נדחתה על הסף עתירה שהגיש נאשם בהליך פלילי נגד מדיניותה של פרקליטות מחוז ירושלים להציג בפני עדים שהיא מביאה לבית המשפט גם טענות הגנה, וזאת כדי לברר את תגובת העדים לטענות אלו, ותוך נקיטת הזהירות הראויה על מנת שלא לשבש את העדות. דחיית העתירה על הסף נומקה בכך שהמקום לבירור הטענות בעניין תקינות הראיון הוא ההליך הפלילי. בית המשפט העליון הוסיף כי פגם בראיון העד אינו מוביל בהכרח למחיקת כתב האישום, אלא עשוי להיות רלוונטי להמשך ההליך הפלילי במסגרת החקירה הנגדית שתיערך לעד בפרשת ההגנה. כמו כן, בית המשפט רשם לפניו את הודעת פרקליטות המדינה "לפיה נערכת בימים אלה עבודת מטה בפרקליטות המדינה בעניין הנדון" (שם, פסקה 14). כשלוש שנים לאחר מתן פסק הדין, ביום 31.12.2017, עודכנה הנחיית פרקליט המדינה בנושא זה.

5. לאור כל האמור, אני דוחה את בקשת ההגנה להורות לתביעה להימנע מלהציג בפני מר שרצר במסגרת ראיון העד עמו טענות שלפי הערכת צוות התביעה צפויות לעלות בחקירתו הנגדית בקשר לאופן ניהול החקירה שהתקיימה במח"ש. זאת, כמובן, מבלי לגרוע מחובתה של התביעה לעמוד בכל הכללים וההוראות החלים עליה בנוגע לעריכת ראיון עד. לצד זה, היה וההגנה תודיע עד ליום 25.2.2020 כי לנוכח החלטה זו היא מבקשת שמר שרצר לא יוזמן לעדות כעד תביעה, תוך שמירת זכותה להזמין כעד הגנה, כי אז לא ייקרא מר שרצר לעדות מטעם התביעה ולא ייערך עמו ראיון עד.

ניתנה היום, כ"ג שבט תש"פ, 18 פברואר 2020, במעמד

הצדדים.