בית המשפט העליון
<u>בשבתו כבית משפט גבוה לצדק</u>

<u>בג"ץ 26-11</u>

מדינת ישראל
על-ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
שד' וולפסון 2, ירושלים
טלפון: 073-3925590; פקס: 02-6467011

<u>העותרת</u>

נ ג ד

1. **בית המשפט המחוזי בירושלים**
2. **בנימין נתניהו**

באמצעות עו"ד עמית חדד, עו"ד נועה מילשטיין ועו"ד ישראל וולנרמן
מרחוב ויצמן 2 (בית אמות) תל אביב 6423902
טל. 03-5333313 פקס. 03-5333314

3. **שאול אלוביץ, ת.ז. 042089367**
4. **איריס אלוביץ, ת.ז. 056381353**

שניהם באמצעות עו"ד ז'ק חן ואח'
מרחוב ויצמן 2 (בית אמות) תל אביב 6423902
טל. 03-6932077 פקס. 03-6932082

5. **ארנון מוזס, ת.ז. 051659159**
באמצעות ב"כ עו"ד שרון קליינמן ואח'
רחוב תובל 40 (מגדל ספיר), רמת גן, 5252247
טלפון: 03-6120011; פקס 03-6121100

<u>המשיבים</u>

6. **פרופ' אביחי מנדלבליט**

<u>משיב פורמלי</u>

<u>עתירה למתן צו על תנאי ובקשה למתן צו ביניים</u>

1. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו על תנאי שיורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

(א) מדוע לא תבוטל החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (סגנית הנשיא כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן, כב' השופט מ' בר-עם, כב' השופט ע' שחם) מיום 2.11.2026 בת"פ 67104-01-20, בה נקבע כי "**חקירת מר מנדלבליט על-ידי המדינה תיעשה במתכונת של חקירה חוזרת. אם וככל שבעניין נקודתי תבקש המדינה לחקור במתכונת אחרת, נידרש לכך**" (להלן: **ההחלטה**), ומדוע לא יקבע בית המשפט הנכבד, כי התביעה רשאית לחקור את פרופ' מנדלבליט במתכונת של חקירה נגדית, כקבוע בהוראת סעיף 174 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: **החסד"פ**);

(ב) מדוע לא יקבע בית המשפט הנכבד, כי מקום בו מוזמן עד להעיד מטעם ההגנה רשאית התביעה לחקור אותו בחקירה נגדית – זאת בין אם היה רשום ברשימת עדי התביעה אם לאו וללא קשר לשאלה אם הוא "מזוהה עם התביעה", ובית המשפט אינו מוסמך למנוע אופן חקירה זה;

2. כן יתבקש בית המשפט הנכבד, לאחר דיון בעתירה, להפוך את הצו על תנאי לצו מוחלט ולבטל את החלטת בית המשפט המחוזי מושא עתירה זו, ולקבוע כי התביעה רשאית לחקור את פרופ׳ מנדלבליט בחקירה נגדית, וכן לחקור את עדי ההגנה בחקירה נגדית, גם מקום שנכללו ברשימת עדי התביעה בכתב האישום ולא זומנו על ידה, או שנטען שהם ״מזוהים עם התביעה״.

3. עוד מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים, לפיו לא ייחקרו עדי הגנה על ידי התביעה במתכונת של חקירה ראשית או חוזרת, עד להכרעה בעתירה זו.

בעניין זה, תטען המדינה כי **מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת מתן צו הביניים המבוקש**, באשר חקירת עדי ההגנה על ידי התביעה בחקירה ראשית או חוזרת תגרום לנזק משמעותי ובלתי הפיך ליכולת לרדת לחקר האמת במסגרת ההליך הפלילי המתנהל. חיוב התביעה להמשיך ולחקור עדי הגנה בדרך של חקירה ראשית או חוזרת בלבד עד לקבלת הכרעה בעתירה – מתכונת חקירה שהיא מטיבה מוגבלת ומצומצמת מאוד ואינה מאפשרת להתעמת עם העדים, להציג להם תזות או מסמכים רלוונטיים, יפגע באופן בלתי הפיך ביכולת לברר ולהציג תמונה עובדתית מלאה, וככל שעמדת המדינה תתקבל, הנזק לחקירה כבר נגרם. מטעם זה מבוקש להשהות את חקירת העדים הללו על-ידי התביעה, ככל שזו אינה במתכונת של חקירה נגדית, עד אשר יוכרע בדבר מתכונת החקירה אשר רשאית היא לחקור.

מנגד, לא ייגרם נזק אם חקירתם של חלק מהעדים תושהה עד להכרעה בסוגיות הרלוונטיות, בעת שיוסיפו להישמע עדי הגנה אחרים, אשר סוגיות אלה אינן מתעוררות בעניינם. בפועל, עדותם של מספר עדים במסגרת הליך זה נקטעו מסיבות שונות, כך שחקירתם הראשית נשמעה, וחקירתם הנגדית טרם נקבעה. אף עדותו של פרופ׳ מנדלבליט עצמו נקטעה לצורך בקשת ההגנה לקבלת חומרים נוספים מתוך תיעוד הישיבות הפנימיות שהתקיימו בלשכת היועץ המשפטי לממשלה דאז בעניין החקירות הנוגעות למשיב 2.

כן נראה להלן, כי **סיכויי העתירה להתקבל גבוהים ביותר**. כפי שנראה, בית המשפט המחוזי אינו מוסמך להגביל את מתכונת חקירתם של עדי הגנה על-ידי התביעה, בניגוד להוראתו המפורשת של המחוקק בנושא, והחלטות בית המשפט המחוזי בנושא זה חרגו מן הדין ומן הפסיקה הנוהגת בנושא, הן אינן משרתות את תכליתו של סדר הדין הפלילי ופוגעות ביכולתה של התביעה להציג לבית המשפט את התמונה העובדתית במלואה למען הגעה לחקר האמת.

4. בית המשפט מתבקש אף להורות כי העתירה תיקבע **לדיון בהקדם האפשרי** לפי יומנו של בית המשפט הנכבד, נוכח השלכות ההחלטה על התיק הייחודי בו ניתנה, תיק רחב היקף ומרובה עדים, המתנהל מזה כמעט שבע שנים כנגד ראש ממשלת ישראל ונאשמים נוספים, כמו גם נוכח השלכות רוחביות על תיקים אחרים בסוגיות עקרוניות יסודיות של חקירת עדים.

באופן קונקרטי יצוין בהקשר לוח הזמנים, כי ב״כ הנאשם כמעט והשלים את חקירתו של פרופ׳ מנדלבליט, אשר נמשכה עד כה 11 ישיבות, ונראה כי נדרשות ישיבות נוספות להשלמת החקירה. חקירת התביעה צפויה להתקיים מיד בסיומה של חקירת ההגנה.

כן יצוין, כי חקירתו של פרופ׳ מנדלבליט עוסקת בעיקרה בסוגיות הנוגעות לאישורי היועץ המשפטי לממשלה להליכי בדיקה וחקירה בעניינו של ראש הממשלה ולהגשת כתב האישום על ידו כנדרש בסעיף 17 לחוק יסוד: הממשלה. נוכח חקירת העד עד כה, בשים לב לכך שמדובר בעדות על אודות פעולות שבוצעו לפני כעשר שנים, ואשר העד לא עבר ראיון עד לקראת עדותו אודותיהן, ובשים לב לכך שהעד כלל לא נחקר בחקירה ראשית וחקירתו על ידי ב״כ הנאשם נעשתה במתכונת של חקירה נגדית, קיום החקירה בדרך של חקירה חוזרת ולא בדרך של חקירה נגדית, כפי שהורה בית המשפט המחוזי, לא יאפשר להשלים את בירור התמונה העובדתית הדרושה להכרעה, להניח בפני העד מסמכים רלוונטיים, וללבן באופן אפקטיבי את המחלוקות, הפערים והסתירות, ויפגע באופן ממשי וקשה ביכולת להגיע לחקר האמת.

<u>א. פתח דבר</u>

5. בית המשפט המחוזי בירושלים (סגנית הנשיא כב׳ השופטת ר׳ פרידמן-פלדמן, כב׳ השופט מ׳ בר-עם, כב׳ השופט ע׳ שחם), לפניו מתנהל ת״פ 67104-01-20 כנגד ראש ממשלת ישראל ונאשמים נוספים, הגביל את התביעה באופן חקירת עדים שזימן הנאשם, המשיב 2, בהם עדי תביעה שלא זומנו לעדות על-ידי התביעה או עדי הגנה שנטען כי הם ״מזוהים עם התביעה״, ושלל ממנה את אפשרות חקירתם הנגדית, תוך שתחולת ההגבלה התרחבה בהתקדם ההליך.

תחילה הגביל בית המשפט המחוזי את חקירתם של עדי הגנה שנכללו ברשימת עדי התביעה ולא זומנו על-ידה, וקבע כי התביעה תחקור אותם בחקירה חוזרת במקום חקירה נגדית, מהטעם שהם ׳מזוהים עם התביעה׳ (חוקרים במשטרת ישראל או במחלקת חקירות, מודיעין ובקרת מסחר ברשות ניירות ערך).

בשלב השני, הגביל בית המשפט את חקירתה של עדת הגנה (גב׳ אילנית פילבר) שנכללה ברשימת עדי התביעה אך ״אינה מזוהה עימה״, ואף נקבע על ידי בית המשפט כי עדותה של העדה לעומתית, והורה כי התביעה תהיה רשאית לחקור את העדה בחקירה נגדית רק בנושאים עליהם נחקרה על ידי ב״כ המשיב 2. בהמשך לכך, הגביל בית המשפט את חקירתו של עד הגנה שנכלל ברשימת עדי התביעה אך ״אינו מזוהה עמה״ (מר איתן כבל), וקבע כי ייחקר בחקירה ראשית, למעט בסוגיה קונקרטית, ולא בחקירה נגדית כהוראת המחוקק.

בשלב שלישי, הגביל בית המשפט גם את חקירתו של עד שכלל לא נכלל ברשימת עדי התביעה, היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, פרופ׳ מנדלבליט, שעצם העדתו בהליך היא חסרת תקדים, וקבע כי ייחקר בחקירה חוזרת.

עמדת המדינה היא, כי החלטות אלה מנוגדות להוראה הברורה והמפורשת שקבע המחוקק בסעיף 174 לחסד״פ, לפיו בעל דין רשאי לחקור את העדים מטעם בעל הדין שכנגד בחקירה נגדית. זאת, מבלי לסייג פרוצדורה זו ביחס לזיהוי של העד עם מי מהצדדים, או ביחס לעדים שנכללו ברשימת עדי התביעה אך לא זומנו על-ידה. להלן נפרט ונראה, כי הוראת סעיף 178 לחסד״פ, המסמיכה את בית המשפט להתיר לנאשם לחקור בחקירה נגדית עדי תביעה שלא זומנו על-ידה, אינה מסמיכה אותו להגביל את התביעה באופן חקירת עדים אלה. כן נראה, כי אף בנימוקים נוספים שהועלו, אין כדי לבסס שינוי מן ההסדר הברור שקבע המחוקק בסעיף 174 לחסד״פ.

בהתאם לכך תטען המדינה, כי היא רשאית לחקור את פרופ' מנדלבליט בחקירה נגדית, בה יתאפשר לה להציג לו מסמכים ולרענן את זכרונו באשר לעובדות שאינו זוכר בחלוף שנים ארוכות, וכי אין בטענה כי הוא "מזוהה עם התביעה", כדי לבסס סמכות להגביל את חקירתו על-ידי התביעה לחקירה חוזרת, בניגוד להוראתו הברורה של המחוקק ולתכלית החקירה הנגדית.

כך הוא גם לעניין עדים שנכללו ברשימת עדי התביעה וזומנו על-ידי הנאשם כעדי הגנה, בין אם הם חוקרי משטרה לגביהם נטען כי הם מזוהים עם המדינה ובין אם לאו. בית המשפט לא הוסמך על-ידי המחוקק לשלול מן התביעה את הכלי המרכזי לבירור האמת, ולהגבילה לחקירה ראשית או חוזרת באשר לעדים שלא זומנו לעדות על ידה.

6. יובהר לעניין זה, כי המדינה אינה מבקשת בעתירה זו להורות לבית המשפט המחוזי להתיר לה לחקור בחקירה נגדית עדים שחקירתם על-ידה כבר הסתיימה. זאת, אף שלעמדתה ההחלטות שהגבילו את מתכונת חקירתם של עדים אלה גרמו לנזק דיוני ומהותי. נוכח חריגות תקיפתן של החלטות ביניים בהליך פלילי נהגה התביעה איפוק תחילה, אך מששיקול הדעת שקבע לעצמו בית המשפט המחוזי הורחב כפי שתואר, ומשיישומו בפועל מצמצם את מרחב פעולתה של התביעה בתפקידה בבירור האמת בתיק זה, ועלול להוסיף ולפגוע במילוי תפקידה בעדים נוספים אשר עשויה ההגנה לזמן במסגרת ההליך, בצירוף החשש כי אף ערכאות דיוניות נוספות יאמצו את החלטות בית המשפט המחוזי בהליך דנן גם בתיקים אחרים - הוחלט לעתור לבית המשפט הנכבד על מנת להעמיד הלכה על מכונה.

7. **העתירה מוגשת על דעת היועצת המשפטית לממשלה ופרקליט המדינה. זאת, לא בכדי.** המדינה ערה כמובן לכלל לפיו לא ניתן להשיג על החלטות ביניים שניתנו על ידי הערכאה הדיונית בהליכים פליליים, אלא במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי, וכי בית משפט נכבד זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, אינו נוהג, ככלל, להידרש לעתירות נגד החלטות ביניים שניתנו על ידי הערכאה הדיונית בהליכים פליליים, על מנת שלא ליצור מסלול ערר העוקף את ההסדר שקבע המחוקק, למעט במקרים חריגים.

עמדת המדינה היא, כי המקרה דנן נכנס במובהק לגדר המקרים החריגים שנקבעו בפסיקת בית המשפט הנכבד, שבהם נדרשת התערבותו הדחופה של בית משפט נכבד זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, עוד במהלך ההליך הפלילי, לצורך מניעת נזק חמור ובלתי הפיך להליך הפלילי וכפועל היוצא מכך לאינטרס הציבורי, ולשם גילוי האמת ומניעת השלכות רוחב שליליות שייגרמו להליכים נוספים עקב ההחלטה.

<u>ראשית</u>, הצורך בהתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטה דנן נובע בראש ובראשונה מכך שהחלטת בית המשפט המחוזי ניתנה בחריגה מסמכות ובניגוד להוראת חוק מפורשת. כפי שנפרט, החלטת בית המשפט מאיינת זכות סטטוטורית שהוענקה לתביעה בהוראה מפורשת בחוק, וזאת בלא מקור סמכות בדין.

<u>שנית</u>, ההתערבות דרושה גם בשל כך שחריגתו של בית המשפט המחוזי מסמכותו ומהוראות הדין, מובילה לנזק כבד ולפגיעה בלתי הפיכה ביכולת לרדת לחקר האמת בהליך הפלילי. זאת נוכח השלילה או למצער צמצום משמעותי, של יכולתה של המדינה לעשות שימוש בכלי החקירה הנגדית במהלך פרשת ההגנה ביחס לעדים רבים. אין מדובר בהחלטה דיונית נקודתית בדבר ניהול שוטף של ההליך הפלילי, אלא בשלילה עקרונית ורחבת היקף של זכות התביעה לחקור נגדית עדים המוזמנים לעדות בפרשת ההגנה ולעשות שימוש בכלי המרכזי והיעיל ביותר לבירור האמת. שלילה זו פוגעת באופן ממשי וקשה ביכולתה של התביעה לאתגר באופן אפקטיבי את התזות שהניח הנאשם בחקירתו את העד, וכפועל יוצא מכך פוגעת באופן ממשי וקשה ביכולת לברר את האמת, ומובילה לנזק כבד ובלתי הפיך להליך הפלילי.

<u>שלישית</u>, נוכח מהות ההחלטה ונזקה, ונוכח נסיבות ההליך הקונקרטי דנן, דחיית ההכרעה לשלב הערעור עומדת בסתירה חזיתית לאינטרס הציבורי ותסב נזק שלא ניתן יהיה לתיקון. ההליך הפלילי מושא העתירה הוא הליך פלילי רחב היקף ומרובה עדים, המתנהל מזה כמעט שבע שנים, וקיים אינטרס ציבורי ומערכתי ראשון במעלה להביאו לידי סיום תקין ומהיר ככל האפשר. ככל שיתקבלו הטענות בשלב הערעור, יחייב הדבר החזרת התיק לבית המשפט המחוזי לשלב שמיעת הראיות, וספק אם חקירה נגדית בשלב זה, לאחר שניתנה כבר הכרעת דין על יסוד הראיות, תאפשר להשלים את הבירור העובדתי באופן אפקטיבי. מכל מקום, השבת התיק לשמיעת ראיות נוספות לאחר שלב הערעור תוביל להתמשכות בלתי סבירה של ההליך ולפגיעה קשה באינטרס הציבורי.

<u>רביעית</u>, מעבר לנזק להליך הפלילי הקונקרטי מושא עניינו, להחלטת בית המשפט המחוזי עשויות להיות השלכות רוחב ניכרות על הליכים פליליים אחרים. הותרת ההחלטה על כנה משמעותה מתן הכשר לערכאות הדיוניות ליצור מתווה חקירה העוקף את הוראותיו המפורשות של החסד"פ ושולל מבעל דין את זכות החקירה הנגדית הקבועה בסעיף 174 ; כן יש בה כדי ליצור ריבוי הליכי ביניים והתדיינויות רבות נוספות במהלכם של הליכים פליליים לעניין סיווגם של עדים ומתכונת החקירה הניתנת לתביעה ביחס לעדי הגנה שונים. לקביעה זו השלכות רוחב משמעותיות על עבודת בתי המשפט, התביעה הכללית ועל ניהולם של הליכים פליליים בכלל, שיפורטו להלן.

8. נוכח כל המפורט, עמדת המדינה היא כי נדרשת התערבותו המיידית של בית המשפט הנכבד בהחלטה לצורך מניעת נזק חמור ובלתי הפיך להליך הפלילי, ולשם מניעת השלכות רוחב שליליות שייגרמו להליכים נוספים עקב ההחלטה, אשר ניתנה בניגוד להוראות הדין ותוך חריגה מסמכות.

<u>ב. עיקר העובדות הצריכות לעניין</u>

9. ביום 28.1.20 הוגש נגד המשיבים 2-5 כתב אישום, אשר תוקן ביום 3.1.21. כתב האישום המתוקן מייחס למשיב 2 עבירות של לקיחת שוחד, מרמה והפרת אמונים. למשיבים 3-4 יוחסו עבירות של מתן שוחד, שיבוש מהלכי משפט והדחה בחקירה. למשיב 3 יוחסו גם עבירות של פעולה ברכוש אסור וגרימת פרט מטעה בדיווח מיידי כדי להטעות משקיע סביר. למשיב 5 יוחסה עבירה של הצעת שוחד והבטחת שוחד.

10. ביום 24.5.20 נפתח המשפט. במסגרת ההליך, פנו הנאשמים בבקשה לקבלת חומרי חקירה בהתאם לסעיף 74 לחסד"פ, לגביה ניתנה ביום 1.12.20 החלטת בית המשפט המחוזי אשר הורתה על מסירת מסמכים שנמצא כי הם רלוונטיים להגנת הנאשמים, ועל אי מסירתם של מסמכים אחרים, מטעמים שונים. בהמשך לכך, ביום 2.12.20 הגישו הנאשמים בקשות למתן החלטה משלימה לעיון ולקבלת חומרי חקירה נוספים. במסגרת בקשה זו, עתרו הנאשמים בין היתר לקבל את אישורי היועץ המשפטי לממשלה דאז, המשיב 6, בדבר פתיחה בחקירה נגד הנאשם 1 (הוא המשיב 2 לעתירה זו).

ביום 29.12.20 קיבל בית המשפט את בקשת הנאשמים ביחס לאישורי היועץ המשפטי לממשלה דאז, והורה כי התביעה תמסור להגנה את האישורים, בפורמט הקיים לגבי כל אחד מהם, בתוך 7 ימים.

החלטת בית המשפט המחוזי מיום 29.12.20 מצורף ומסומן **<u>מש/1</u>**.

11. ביום 5.1.2021 הגישה התביעה הודעה ובקשת הבהרה. בהודעה זו חזרה התביעה והבהירה כי הסכמת היועץ המשפטי לממשלה דאז לפעולות חקירה ובדיקה, נמסרה בעל פה בישיבות שהתקיימו בראשותו באופן רציף, וכי התיעוד לכך מצוי בתרשומות פנימיות ובפרוטוקולים המנוהלים בלשכת היועץ לצרכים פנימיים. משכך, על מנת לקיים את החלטת בית המשפט, ערך היועץ המשפטי לממשלה דאז, פרופ' מנדלבליט, מזכר בחתימתו המפרט את ההסכמות שניתנו על ידו לביצוע פעולות בדיקה וחקירה במסגרת תיק זה. מזכר זה נמסר להגנה וצורף כנספח להודעת התביעה.

הודעת התביעה מיום 5.1.21 מצורפת ומסומנת **<u>מש/2</u>**.
מזכרו של היועץ המשפטי לממשלה דאז מיום 5.1.21 מצורף ומסומן **<u>מש/3</u>**.

12. ביום 6.1.21 קבע בית המשפט כי החלטתו ביחס למסירת האישורים בפורמט הקיים על ידי התביעה עומדת בעינה, גם לאחר עיון בהודעת ההבהרה מטעמה וב"עמדת היועץ המצורפת לה" (כך בהחלטה), והורה על מסירת חלקי המסמכים בהם מצויה ההסכמה הנדרשת. בהתאם לכך, ביום 7.1.21 הועברו למשיבים, באופן חריג ביותר, מקטעים מתוך תרשומות פנימיות, תכתובות מייל ופרוטוקולים של ישיבות אצל היועץ המשפטי לממשלה, בהם באו לידי ביטוי הסכמות היועץ המשפטי לממשלה לפתיחה בבדיקה ובחקירה.

13. ביום 5.4.21 החלה שמיעת פרשת התביעה, אשר הסתיימה ביום 7.8.24. ביום 10.12.24 החלה שמיעת פרשת ההגנה. במסגרת פרשת ההגנה זומנו לעדות בין היתר גם עדים שהיו רשומים ברשימת עדי התביעה בכתב האישום אולם לא זומנו לעדות במסגרת פרשת התביעה, וזאת מטעמים ענייניים הקשורים בניהול ההליך ועל יסוד בחינת נחיצות העדים בהתאם להתקדמותו, כמקובל בהליכים פליליים. אחת מהעדות הללו היתה רפ"ק רינת סבן, חוקרת במשטרת ישראל.

14. במהלך הדיון ביום 11.3.25, במהלך שמיעת עדותה של רפ"ק סבן, העלה הרכב בית המשפט המחוזי ספקות באשר לכוונת התביעה לחקור את העדה בחקירה נגדית. בין היתר, נשאל ב"כ התביעה האם העובדה שהעדה היתה רשומה ברשימת עדי התביעה איננה נתון רלוונטי, והשיב כי **מדובר בנתון רלוונטי, שהמחוקק נתן לו מענה בכך שסעיף 178 לחסד"פ מאפשר להגנה לבקש לחקור את העדה בחקירה נגדית**.

בהמשך לשיח זה, הורה בית המשפט המחוזי כי לגבי אופי חקירת המדינה את העדה – המדינה תגיש טיעוניה בכתב, וההגנה תגיש טיעוניה בכתב למחרת היום.

יצוין, כי פרוטוקולי הדיונים בבית המשפט המחוזי אוחזים מאות עמודים, לפיכך מצורפים לעתירה זו עמודים הפרוטוקול הרלוונטיים לענייננו. עמודי הפרוטוקול הרלוונטיים והחלטת בית המשפט מיום 11.3.25 מצורפים ומסומנים **<u>מש/4</u>**.

15. לאור האמור, ביום 16.3.25 הגישה התביעה בקשה לחקור את העדה רפ"ק רינת סבן בחקירה נגדית. בבקשה זו טענה התביעה כי כאשר מדובר בעד שזומן לעדות מטעם ההגנה, רשאית התביעה לחקור את העד בחקירה נגדית, בהתאם להוראות סעיף 174 לחסד"פ, הקובע כדלקמן:

> "עד נחקר תחילה בידי בעל הדין שביקש את שמיעת עדותו; אחריו רשאי בעל הדין שכנגד לחקור את העד חקירה שכנגד, ואחריו רשאי בעל הדין שביקש את שמיעת העד לחזור ולחקרו חקירה חוזרת; בית המשפט רשאי להרשות לבעל הדין להציג לעד שאלה נוספת גם בתום חקירתו כאמור."

עוד טענה התביעה, כי סעיף 178 לחסד"פ כלל אינו מסייג את ההוראה הקבועה בסעיף 174 לפיה בעל הדין שלא זימן את העד לעדות רשאי לחקור את העד חקירה שכנגד. סעיף זה קובע הסדר לפיו על הנאשם, ולא על התביעה, לבקש את רשות בית המשפט לחקור בחקירה נגדית עד שזומן על ידי ההגנה, אם הוא נכלל ברשימת עדי התביעה ולא זומן למתן עדות על ידי התביעה (כבעניינה של רפ"ק סבן). משניתנה רשות כזו, מוסמך בית המשפט לקבוע את **<u>סדר</u>** חקירת העד – להבדיל ממתכונת חקירתו – על ידי בעלי הדין האחרים. וכך קובע סעיף 178:

> "לא קרא התובע לעד שצויין כעד התביעה בכתב האישום, והנאשם קרא לעד להעיד, רשאי בית המשפט להרשות לנאשם לחקור את העד בחקירה ראשית כאילו היתה חקירה שכנגד ולקבוע **<u>סדר</u>** חקירתו בידי בעלי הדין האחרים."
> [ההדגשה הוספה]

בהקשר זה, הפנתה התביעה לדבריו של המלומד קדמי בספרו על סדר הדין בפלילים (יעקב קדמי, **על סדר הדין בפלילים, הליכים שלאחר כתב אישום**, חלק שני, עמ' 1568 (מהדורה מעודכנת, 2009). (להלן: **קדמי**)), שם נכתב כך:

> "משקראה ההגנה לעד, שהיה עד תביעה ולא נקרא להעיד מטעמה, רשאית ההגנה לקראו לעדות מטעמה ולחקור אותו בחקירה ראשית כאילו היתה

חקירה נגדית [סעיף 178]; **<u>אין בכך – כדי למנוע מהתביעה לחקור עד כזה בחקירה נגדית</u>**".

16. עוד טענה התביעה, כי עמדתה זו נתמכת אף בפסיקה. כך, בע"פ 7653/11 **ידען נ' מדינת ישראל** (26.07.12) (להלן: **עניין ידען**), שם נדון ערעור על הליך במסגרתו הביאה ההגנה לעדות עד שנכלל ברשימת עדי התביעה ולא זומן על ידי התביעה. בית המשפט המחוזי שם הביע בעל פה עמדה לפיה לתביעה לא עומדת זכות לחקירה נגדית, ובעקבות זאת, הוגשה הודעת העד בהסכמה. **בפסק דינו בערעור הבהיר בית המשפט הנכבד כי התביעה היתה רשאית לחקור את העד בחקירה נגדית**, וכי היה על באי כוחה לעמוד על זכות זו:

> "ואכן, בא כוחו של המערער עשה שימוש בזכותו המוזכרת לעיל, אלא שבמקום העלאתו של שימי [העד] על דוכן העדים וחקירתו בחקירה ראשית, הגיע להסכמה עם המאשימה להגיש את אמרתו במשטרה בהסכמה. **במצב דברים זה, סבורני, כי רשאית הייתה המשיבה לחקור את העד בחקירה נגדית, אילו רצתה בכך, והיה על באת כוח המשיבה לעמוד על זכותה זו. המשיבה לא היתה חייבת להסכים להגשת הודעתו של שימי [העד] ללא חקירתו הנגדית, וככל שבית המשפט הביע דעתו שלא עומדת לה זכות זו, ניתן היה לנסות לשכנעו לשנות דתו, תוך הפנייה להוראת סעיף 178 לחוק סדר הדין הפלילי.**"

התביעה אף הפנתה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתפ"ח (מחוזי ת"א) 1023/04 **מדינת ישראל נ' אלזם**, (8.11.05), פסקה 46 (להלן: **עניין אלזם**). התביעה הוסיפה וטענה כי הדין העניק לצד שכנגד את הכלי האפקטיבי של חקירה נגדית, מתוך מטרה לפרוש בפני בית המשפט את התמונה העובדתית המלאה ביותר האפשרית על מנת להביא לגילוי האמת; וכי פרשנות אחרת תביא לתוצאה אבסורדית אשר אינה מתיישבת עם הגיונו של הדין.

כן טענה התביעה כי הלכה למעשה, באופן שגרתי, התביעה חוקרת בחקירה נגדית עדים שנרשמו ברשימת עדי התביעה, לא העידו בפרשת התביעה ולבסוף זומנו להעיד מטעם ההגנה.

לגופו של מקרה, הוסיפה התביעה כי מתכונת של חקירה נגדית היא נחוצה והכרחית. זאת, בשים לב לכך שרפ"ק סבן היא חוקרת משטרה ומטבע הדברים לא נגבתה ממנה גרסה, היא לא זומנה לעדות ולא עברה ראיון עד על ידי התביעה לרענון זכרונה, וזאת כאשר ההודעות שגבתה משתרעות על פני אלפי עמודים.

בקשת התביעה מיום 16.3.25 מצורפת ומסומנת **<u>מש/5</u>**.

17. ביום 18.3.25 הגישו ב"כ המשיב 2 את תגובתם לבקשת התביעה. ב"כ המשיב 2 טענו כי הפסיקה עליה מבוססת בקשת התביעה אינה פסיקה עדכנית, והפנו את בית המשפט המחוזי לפסק הדין שניתן על ידי בית משפט נכבד זה בהליך אזרחי, ברע"א 7143/21 **בוריסי נ' קרטין** (4.12.22) (להלן: **עניין בוריסי**). בתיאור ההלכה שנקבעה בפסק הדין טענו ב"כ המשיב 2, וזאת בניגוד להלכה שנקבעה בפועל, כי "**בית המשפט העליון בעניין בוריסי התייחס מפורשות לדרך החקירה**

אותה מבקשת המאשימה לקיים – מצב שבו עד ייחקר בחקירה נגדית על ידי צד אחד ולאחר מכן, העד ייחקר שוב **בנגדית** על ידי הצד המזוהה עימו – ודחה אותה (שם, פסקה 45 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג). יצוין כי כבוד השופט סולברג וכבוד השופט כשר היו חלוקים בשאלה האם בעל הדין שהעד המזוהה עימו זומן על ידי הצד שכנגד ייחקר לאחר מכן בחקירה חוזרת או ראשית – ואולם לא הייתה מחלוקת ביניהם שעד שכזה לא ייחקר על ידו בחקירה נגדית. כבוד השופט עמית לא הכריע במחלוקת זו ביניהם, וקבע כי אופן החקירה של עד המזוהה עם בעל הדין שכנגד ייקבע על ידי הערכאה הדיונית בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של המקרה" (סעיפים 9-10 לתגובת ב"כ המשיב 2; ההדגשה במקור).

יובהר כבר עתה, כי תיאור זה של פסק הדין הוא שגוי. בעניין **בוריסי** נקבע כי בעל דין המזמין לעדות את בעל-הדין שכנגד או עד "המזוהה עימו", כעד מטעמו, רשאי לחקור אותו בחקירה נגדית. בעוד שעמדת כב' השופט סולברג הייתה כי לאחר מכן יוכל בעל-הדין שעמו העד מזוהה לחוקרו רק בחקירה חוזרת; לדעת כב' השופט עמית, שאליה הצטרף – מטעמים מעשיים – כב' השופט כשר (אשר סבר כי בעל הדין שכנגד יוכל לחקור את העד בנסיבות אלו בחקירה <u>נגדית</u>), יש להותיר את ההחלטה בעניין זה לערכאה הדיונית בהתאם לנסיבות העניין.

ב"כ המשיב 2 טענו כי יש ליישם את ההלכה שנקבעה בעניין **בוריסי** גם בהליכים פליליים ומנו שורה של טעמים המצדיקים זאת. בכלל זאת נטען, כי היעתרות לבקשת התביעה תהווה תמריץ שלילי שידרבן את התביעה לכלול ברשימת עדי התביעה גורמים רבים, ולאחר מכן לוותר על מרביתם בפרשת התביעה, וזאת בשים לב לפררוגטיבה הרחבה של התביעה באופן ניסוח כתב האישום וקביעת רשימת עדי התביעה. צוין כי הדברים נכונים כאשר עדי התביעה עליהם ויתרה התביעה הם גורמי אכיפה, אשר מזוהים לעמדת ב"כ המשיב 2 עם התביעה באופן מלא. כן נטען כי הגבלת אופן חקירתה של התביעה תייעל את ניהול ההליך המשפטי. עוד נטען כי מתן אפשרות לתביעה לחקור עד אשר על עדותו היא ויתרה תיצור לתביעה יתרון דיוני פסול, ונטען כי הגבלת התביעה גובה "מחיר" על ויתור על העדת עדי תביעה שנכללו בכתב האישום, כאשר יוחסו בהקשר זה לתביעה מניעים של ויתור על עדותם במטרה "להסתיר" חלק מהתמונה העובדתית מפני בית המשפט.

באשר לסעיף 178 לחסד"פ, אשר מסדיר מקרים בהם עד שצוין בכתב האישום לא זומן לעדות על-ידי התובע וזומן לעדות על ידי ההגנה, נטען כי הסעיף מסדיר את אופן חקירה העד על ידי ההגנה ואילו השאלה כיצד ייחקר עד שכזה על ידי התביעה לא נקבעה בחוק. כן נטען כי הפסיקה שהובאה על ידי התביעה בבקשתה אינה רלוונטית לסוגיה זו, וכן כי פסיקה זו מוקדמת לפסק הדין בעניין **בוריסי**.

נוכח כל האמור, טענו ב"כ המשיב 2 כי יש לאפשר לתביעה לחקור את רפ"ק סבן רק בדרך של חקירה חוזרת.

תגובת ב"כ המשיב 2 מיום 18.3.26 מצורפת ומסומנת **<u>מש/6</u>**.

תגובת המשיב 2 לא הועברה לתגובת התביעה, ולא ניתנה לה אפשרות להגיב ולהתייחס לטענות, ובכלל זה לתיאור השגוי של פסק הדין בעניין **בוריסי** והטענה החריגה בדבר תחולתו של פסק הדין שניתן בהליך האזרחי בהליכים פליליים.

18. ביום 18.3.25 דחה בית המשפט המחוזי את בקשת התביעה לחקור את העדה רפ"ק רינת סבן בחקירה נגדית. בית המשפט קבע כי מקום בו מעיד לראשונה מטעם ההגנה מי שהיה ברשימת עדי התביעה, נתון לבית המשפט שיקול דעת רחב באשר לאופן החקירה על ידי המדינה, וכי לעניין זה יינתן משקל בין היתר לשיקולים שעלו בעניין **בוריסי**, ובכלל זה פסקה 9 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו דאז) י' עמית.

בית המשפט הוסיף וקבע כי רפ"ק סבן היא קצינת משטרה בכירה, וככזו, באופן מהותי היא מזוהה עם התביעה. לפיכך, קבע בית המשפט כי כנקודת מוצא, חקירתה על ידי המדינה בתום חקירות ההגנה, תהיה חקירה חוזרת, שמטרתה הסרת אי בהירויות שעלו בחקירות הסנגורים. עוד קבע בית המשפט כי ככל שבמהלך החקירה תבקש המדינה בעניין כזה או אחר להציג שאלה בחקירה נגדית, הדבר יישקל לגופו.

החלטת בית המשפט המחוזי מיום 18.3.25 מצורפת ומסומנת **<u>מש/7</u>**.

19. נוסף לעדותה של רפ"ק סבן, נשמעה עדותם של 15 חוקרי משטרה נוספים אשר היו רשומים ברשימת עדי התביעה ולא זומנו על ידי התביעה להעיד. בהתאם להחלטת בית המשפט בעניין עדותה של רפ"ק סבן, נחקרו 14 מן העדים הללו על ידי התביעה בחקירה חוזרת בלבד, ולא בחקירה נגדית. כן יוער, כי הוזמנו על ידי ההגנה לעדות גם חוקרי משטרה אשר לא היו רשומים ברשימת עדי התביעה, ואלו נחקרו בחקירה נגדית – הן על ידי ההגנה והן על ידי התביעה.

20. כן זימן הנאשם חמישה עדים שאינם שוטרים, אשר היו רשומים ברשימת עדי התביעה ולא זומנו לעדות על ידה. עדים אלה נחקרו על ידי התביעה בחקירה נגדית, למעט העדים שיפורטו להלן.

21. ביום 20.4.26 נשמעה עדותה של גב' אילנית פילבר, אשר הייתה רשומה ברשימת עדי התביעה ולא זומנה לעדות על ידה. לאחר סיום חקירתה של העדה על ידי ב"כ המשיב 2, ובפתח חקירתה של התביעה, ביקשה ב"כ התביעה לחקור את העדה במתכונת של חקירה נגדית. ב"כ התביעה הסבירה כי בניגוד להחלטת בית המשפט בעניינה של רפ"ק סבן, עדותה של גב' פילבר לעומתית לתביעה ולרשויות האכיפה בכלל ולא ניתן לראותה כעדה "המזוהה עם התביעה". ב"כ המשיב 2 התנגד וטען כי היה על התביעה לזמן את העדה במסגרת פרשת התביעה, ותוך הסתמכות על פסק הדין בעניין **בוריסי** נטען כי אין ליתן לתביעה "יתרון טקטי" ולאפשר לה לחקור את העדה בדרך של חקירה נגדית. בהמשך טיעונו הסכים ב"כ המשיב 2 לכך שתתבצע חקירה חוזרת בדרך של חקירה נגדית. ב"כ התביעה חידדה כי בקשתה היא לחקירה נגדית בהתאם לדין, ללא מגבלה, והדגישה כי בעדותה עלו דברים שלא באו לידי ביטוי בהודעה שמסרה במשטרה ועל כן כדי להציג תמונה מלאה יש לאפשר את החקירה כסדרה במתכונת של חקירה נגדית.

22. לאחר שמיעת טענות הצדדים, קבע בית המשפט כי חקירת העדה על ידי התביעה תהיה "**במתכונת של חקירה נגדית וזאת נוכח האופי הלעומתי של עדות העדה. עם זאת, הואיל ומדובר**

בעדות אשר אינה סבה בעיקרה על ליבת ההתדיינות, אנו מתירים ככלל שאלות הממוקדות בעניינים שעלו בחקירה ההגנה״.

עמודי פרוטוקול הדיון הרלוונטיים מיום 20.4.26 מצורפים ומסומנים **<u>מש/8</u>** [ר׳ עמ׳ 55729-55705].

23. מגמה זו המשיכה בדיון שנערך ביום 5.10.26 בו נשמעה עדותו של מר איתן כבל, אשר היה רשום ברשימת עדי התביעה ולא זומן לעדות על ידה. תחילה נחקר העד על ידי ההגנה בחקירה נגדית. בפתח חקירתו על-ידי התביעה, ביקש ב״כ התביעה לחקור את העד בחקירה נגדית. בטענותיו הבהיר ב״כ התביעה כי באופן מובהק, לא מדובר בעד המזוהה עם התביעה – פרמטר שנקבע בעניין **בוריסי** וצוין בהחלטת בית המשפט המחוזי בעניין רפ״ק סבן. ההיפך הוא הנכון – מדובר בעד שנחקר באזהרה. ב״כ התביעה הבהיר כי אל מול דברי העד בחקירתו על ידי ב״כ משיב 2, ישנו צורך להציג לעד דברים ולעמתו איתם. ב״כ התביעה הוסיף כי עניין **בוריסי** הוא פסק דין בעניין הליך אזרחי, ואילו במשפט הפלילי המסגרת הנורמטיבית שונה - סעיף 174 לחסד״פ מסדיר את מתכונת החקירה, וסעיף 178, המתייחס לחריג בו עד שנכלל ברשימת עדי התביעה מוזמן לבסוף לעדות כעד מטעם ההגנה, מסדיר את אופן העדתו על ידי הנאשם שזימן אותו.

באי כוח הנאשמים התנגדו לבקשה, וטענו כי מדובר בעד תביעה רלוונטי, וכי התביעה צריכה היתה להביאו לעדות, ואז היתה מוגבלת לחקירתו בחקירה ראשית. בנסיבות אלה, טענו באי כוח הנאשמים כי מתן אפשרות לתביעה לחקור את העד בחקירה נגדית תיתן לתביעה יתרון טקטי דיוני פסול. עוד טענו באי כוח הנאשמים כי הגישו את הודעותיו של העד במשטרה.

כב׳ השופט שחם ציין בדיון, כי המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לבחינת הסוגייה היא הסיפא של סעיף 178 לחסד״פ, בו נקבע כי בית המשפט יקבע את סדר חקירת העד על ידי בעלי הדין האחרים (בעמ׳ 59667 לפרוטוקול). יוער, כי עד מועד זה בית המשפט לא פירט את משנתו המשפטית ביחס למסגרת הנורמטיבית החלה על הסוגייה.

24. לאחר שיצאו השופטים להתייעצות, הם הורו כי התביעה תהיה רשאית לחקור את העד על דרך של חקירה ראשית בנושאים אשר בכתב האישום, ואילו בנושאים הנוגעים לטענות בדבר אכיפה בררנית התיר בית המשפט חקירה נגדית.

25. לאחר החלטה זו של בית המשפט המחוזי, ביקשה התביעה שהות של 10 ימים על מנת לשקול את צעדיה, ולבחון אפשרות להגיש עתירה לבית המשפט הנכבד. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה, והורה כי התביעה תחקור את העד על אתר. התביעה שבה וביקשה כי בית המשפט ישקול את עמדתו פעם נוספת, שכן ההחלטה להורות לתביעה לחקור את העד מייד מאיינת את האפשרות לתקוף משפטית את ההחלטה שהתקבלה, אולם בית המשפט שב ודחה את הבקשה, תוך שציין כי ככל שהתביעה תבקש לתקוף משפטית את ההחלטה ועמדתה תתקבל, יוכל העד לשוב להשלמת עדותו. בהמשך לכך, התביעה חקרה את העד במתכונת בה הורה בית המשפט.

עמודי פרוטוקול הדיון הרלוונטיים מיום 5.10.26 מצורפים ומסומנים **<u>מש/9</u>** [ר׳ עמ׳ 59664-59670].

26. ביום 11.10.26 החלה שמיעת עדותו של עד ההגנה פרופ׳ אביחי מנדלבליט, בעבר היועץ המשפטי לממשלה. עד זה לא נכלל ברשימת עדי התביעה, כמקובל בהליכים פליליים, בהם גורמי התביעה – ובפרט ראש התביעה הכללית, אשר קיבלו החלטות בשלבי החקירה וההעמדה לדין, אינם משמשים כעדים בהליך. כאמור, חקירתו של ב״כ משיב 2 את פרופ׳ מנדלבליט נמשכה 11 ישיבות, והיא טרם הסתיימה.

בדיון הראשון בו החלה שמיעת עדותו של העד, ב״כ המשיב 2, אשר ביקש את זימונו של העד החל בחקירתו על דרך של חקירה נגדית. ב״כ התביעה חזרה והתנגדה בטענה שאין מדובר בעד שנכלל ברשימת עדי התביעה, כי הוא עד הגנה ודרך חקירתו צריכה להיות בחקירה ראשית; ואילו ב״כ המשיב 2 טען כי זו חקירה נגדית מובהקת (ראו בעמ׳ 59797-59796; 59789). בית המשפט לא נתן החלטה בעניין, אך בפועל ב״כ המשיב 2 חקר את פרופ׳ מנדלבליט על דרך של חקירה נגדית.

פרוטוקול הדיון מיום 11.10.26 מצורף ומסומן **<u>מש/10</u>**.

בהמשך חקירתו של פרופ׳ מנדלבליט, הציג ב״כ המשיב 2 את עמדתו מדוע הוא רשאי לחקור את העד נגדית. כך, בדיון מיום 22.10.26 אמר ב״כ המשיב 2: ״זו חקירה נגדית מול ראש התביעה הכללית, הוא עד מטעמם, **הוא הגיש תצהיר מטעמם**, בכל זאת אני רשאי״. ב״כ התביעה הבהיר כי העד הוזמן על ידי ההגנה וכי לא הוגש כל תצהיר מטעמו המאפשר חקירה במתכונת של חקירה נגדית.

עמוד פרוטוקול הדיון הרלוונטי מיום 22.10.26 מצורף ומסומן **<u>מש/11</u>** [ר׳ בעמ׳ 60133].

27. ביום 2.11.26 התבקשה התביעה להתייחס לאפשרות שעד זה ייחקר על ידה בחקירה חוזרת בלבד. ב״כ התביעה הבהירה כי עד זה אינו רשום ברשימת עדי התביעה, וכי בנסיבות אלה, החוק – קרי סעיפים 174 ו-178 לחסד״פ – ברור ואינו מקנה שיקול דעת לבית המשפט להורות כי התביעה אינה רשאית לחקור את העד בחקירה נגדית, שכן סעיף 178 לחסד״פ בוודאי שאינו חל בעניינו של עד שזומן על-ידי הנאשם שאינו רשום ברשימת עדי התביעה, וכי מכל מקום סעיף 178 סיפא מדבר על סדר חקירת העדים ולא על אופן חקירתם. עוד נטען על ידי ב״כ התביעה, לעניין טענות ב״כ המשיב 2 לפיהן העד מזוהה במובהק עם התביעה, כי בהתאם לסדר הדין הפלילי עד תביעה הוא עד המנוי ברשימת עדי התביעה, והסיווג בין ״עדי תביעה״ ל״עדי הגנה״ נובע מהשאלה מטעם איזה בעל דין זומן העד לעדות. אשר לטענה כי עד זה הגיש תצהיר (הכוונה למזכר מיום 5.1.21, נספח מש/3 לעיל), הבהירה ב״כ התביעה, כי מדובר בהליך פלילי ולא בהליך אזרחי, וכי בדין הפלילי לא מוכרת אפשרות להגשת תצהיר במסגרת שמיעת הראיות, וכי ממילא הגשת תצהיר איננה תחליף לעדות. עוד הבהירה ב״כ התביעה, כי ברמה המהותית והצורנית המזכר שהוגש לבית המשפט אינו תצהיר, בפרט הוא לא כלל אזהרה וגם לא נערך או הוגש כתצהיר. עוד טענה ב״כ התביעה כי בית המשפט לא הסתפק במזכר זה, וביקש הפניות לחומר הגלם עצמו. התביעה הוסיפה וטענה, כי חקירה נגדית של פרופ׳ מנדלבליט נועדה להביא לבירור האמת, וכי בלא חקירה נגדית ונוכח המגבלות החלות בחקירה חוזרת לא יהיו בידי התביעה

כלים להציג לעד את הדברים שלא זכר ולרענן את זכרונו, בחלוף שנים ארוכות ממועד התרחשותם. כן צוין, כי העד אף העיד כי אינו זוכר דברים מסוימים. עוד הבהירה ב"כ התביעה כי אין כוונה לחקור את העד על נושאים עליהם לא נחקר על ידי ההגנה.

ב"כ המשיב 2 טען כי באופן מהותי העד הוא עד תביעה, וכי העובדה שהוא אינו מופיע ברשימת עדי התביעה אינה משנה זאת. ב"כ המשיב 2 טען כי מדובר בעד המזוהה עם התביעה, בדומה לקביעת בית המשפט המחוזי בעניין רפ"ק סבן. עוד ביקש ב"כ המשיב 2 להיבנות שוב מפסק הדין בעניין **בוריסי**, ומן הטענה שהוגש, לשיטתו, תצהיר מטעמו של העד בו נמסרה גרסתו. כן טען ב"כ המשיב 2 כי אין בכך שהעד אינו זוכר דברים כדי להצדיק את חקירתו במתכונת של חקירה נגדית.

עמודי פרוטוקול הדיון הרלוונטיים מיום 2.11.26 מצורפים ומסומנים **<u>מש/12</u>** [ר' בעמ' 60459- 60449].

28. בהמשך לדיון דלעיל, ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי לפיה: **"חקירת מר מנדלבליט על ידי המדינה, תיעשה במתכונת של חקירה חוזרת. אם וככל שבעניין נקודתי תבקש המדינה לחקור במתכונת אחרת, נידרש לכך."**

החלטת בית המשפט המחוזי מיום 2.11.26 מצורפת ומסומנת **<u>מש/13</u>**.

29. מכאן העתירה.

<u>ג. הטיעון המשפטי</u>

30. הראינו עד כה, כי בית המשפט המחוזי הגביל את התביעה באופן חקירת עדים שזימן הנאשם, בהם עדים שהופיעו ברשימת עדי התביעה שלא זומנו על-ידה או עדים המזוהים עמה (או שניהם), ושלל ממנה את אפשרות חקירתם בחקירה נגדית, תוך שתחולת ההגבלה התרחבה בהתקדם ההליך.

תחילה הגביל בית המשפט המחוזי הנכבד חקירת עדי הגנה, שנכללו ברשימת עדי התביעה ולא זומנו על-ידה, לחקירה חוזרת, בציינו שהם 'מזוהים עם התביעה' (חוקרים), תוך הפניה לעניין **בוריסי**.

בשלב שני הגביל בית המשפט המחוזי הנכבד חקירת עדי הגנה, שנכללו ברשימת עדי התביעה אך אינם מזוהים עמה - את חקירת גב' אילנית פילבר הגביל לחקירה נגדית אך בנושאים מוגדרים וזאת בשל אופיה הלעומתי של עדותה; ואת חקירת מר איתן כבל הגביל לחקירה ראשית למעט בסוגיה קונקרטית, בהחלטה שלא נומקה, אולם בדיון הוזכרה הסיפא לסעיף 178 לחסד"פ בדבר סמכות 'לקבוע את סדר החקירה' של עד תביעה שהנאשם זימן.

בשלב שלישי, הגביל בית המשפט המחוזי הנכבד את חקירתו של עד שלא נכלל ברשימת עדי התביעה, היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, פרופ׳ מנדלבליט, לחקירה חוזרת. ההחלטה לא נומקה, אך מנימוקי ב״כ הנאשמים שעמדתם התקבלה על ידי בית המשפט, נראה שאף כאן ניתן משקל מכריע להיותו ׳מזוהה עם התביעה׳.

המכלול המתקבל הוא, כי בית המשפט המחוזי סבר כי בידו שיקול דעת רחב להחליט בדבר אופן החקירה של עדי תביעה שלא זומנו על-ידה, או עדים המזוהים עמה גם אם לא נמנו ברשימת עדי התביעה, ולהגבילה לחקירה ראשית או חוזרת, או לאפשר חקירה נגדית מוגבלת בנושאים תחומים וממוקדים.

בכך הגביל בית המשפט את התביעה בחקירת עדים אלה לשאלות הבהרה פתוחות בעניינים שנובעים מהחקירה הנגדית בלבד (חקירה חוזרת) ופעם אחת לשאלות פתוחות בלבד (חקירה ראשית) ולחקירה נגדית במתכונת מצומצמת ותחומה, ושלל ממנה את האפשרות לשאול את העד שזימן הנאשם כעד מטעמו שאלות בהן יעמת אותו עם מסמכים, עדויות ותזות על מנת להעמיק את הבירור העובדתי באשר למחלוקות ולסתירות בעדותו, וכן שאלות בעניינים שלא נכללו בחקירת הנאשם ורלוונטיים לתמונה העובדתית.

31. המדינה תטען, כי מכלול הקביעות האמורות אינן יכולות לעמוד.

עמדת המדינה היא כי בהתאם להוראתו הברורה של סעיף 174 לחסד״פ רשאית התביעה לחקור עדים אשר זומנו לעדות על ידי ההגנה בחקירה נגדית, לרבות עדים ״המזוהים עם התביעה״ או עדים שנכללו ברשימת עדי התביעה אך לא זומנו על-ידה, וכי אין בנימוקים שהועלו כדי לבסס לבית המשפט סמכות לשנות את ההסדר הברור שקבע המחוקק בסעיף 174 לחסד״פ.

בהתאם לאמור תטען המדינה, כי היא רשאית לחקור את פרופ׳ מנדלבליט בחקירה נגדית, בה יתאפשר לה להציג לו מסמכים ולרענן את זכרונו באשר לעובדות שאינו זוכר בחלוף שנים, וכי אין בהיותו ״מזוהה עם התביעה״ כדי לבסס לבית המשפט סמכות להגביל את חקירתו על-ידי התביעה לחקירה חוזרת, בניגוד להוראתו הברורה והמפורשת של המחוקק ולתכלית החקירה הנגדית. כך הוא גם לעניין עדים שנכללו ברשימת עדי התביעה וזומנו על-ידי הנאשם, בין אם הם חוקרי משטרה ו/או מזוהים עם המדינה ובין אם לאו. בית המשפט לא הוסמך על-ידי המחוקק לשלול מן התביעה את חקירתם בחקירה נגדית ולהגבילה לחקירה ראשית או חוזרת.

32. החלטת בית המשפט המחוזי בדבר הגבלת חקירתו של פרופ׳ מנדלבליט לחקירה חוזרת אינה מנומקת. כל אשר נקבע הוא כי **״חקירת מר מנדלבליט על-ידי המדינה תיעשה במתכונת של חקירה חוזרת. אם וככל שבעניין נקודתי תבקש המדינה לחקור במתכונת אחרת, נידרש לכך״**.

לפיכך, תוצג להלן המסגרת הנורמטיבית ממנה עולה ברורות, כי התביעה רשאית לחקור את פרופ׳ מנדלבליט בחקירה נגדית, וכי המחוקק לא הקנה לבית המשפט סמכות ולא שיקול דעת להגביל אותה לאופן חקירה אחר. בתוך כך נתייחס אף לנימוקים שעלו בהחלטת בית המשפט המחוזי בעניין רפ״ק רינת סבן, ובנימוקים המשתמעים להחלטת בית המשפט המחוזי כעולה

מפרוטוקול הדיון בעניין איתן כבל, עליהם ייסד בית המשפט המחוזי את מסקנתו כי נתון לו שיקול דעת לקבוע את אופן החקירה על-ידי התביעה מקום שמדובר בעדי תביעה שזומנו על-ידי הנאשם, שיקול דעת אשר אותו, כך נראה, הרחיב גם לעדים "המזוהים" עם התביעה אף שאינם ברשימת העדים בכתב האישום. כפי שנראה, נימוקים אלה שגויים, ואין בהם לבסס שיקול דעת כאמור, לא לעניין חקירת העדים הקודמים, וודאי לא לחקירת העד דנן.

הכלל – סעיף 174 לחסד"פ

33. המחוקק הראשי קבע בסימן ו' לחסד"פ הסדר שלם לעניין חקירת העדים בהליך הפלילי, במסגרתו קבע כלל בדבר אופן החקירה על-ידי בעלי הדין, ובצדו הסדיר הוראות לעניין מקרים מיוחדים.

34. סעיף 174 לחסד"פ קובע את הכלל: עד ייחקר בשלושה שלבים, ולכל שלב נקבע אופי החקירה: החקירה הראשית תיערך על-ידי בעל הדין שזימן אותו, לאחר מכן רשאי בעל הדין שכנגד לחקור אותו חקירה נגדית, ובעל הדין שזימן אותו רשאי לחקור אותו חקירה חוזרת:

> "174. **<u>חקירת עד בידי בעלי הדין</u>**
> **עד נחקר תחילה בידי בעל הדין שביקש את שמיעת עדותו; אחריו רשאי בעל הדין שכנגד לחקור את העד חקירה שכנגד, ואחריו רשאי בעל הדין שביקש את שמיעת העד לחזור ולחקרו חקירה חוזרת; בית המשפט רשאי להרשות לבעל הדין להציג לעד שאלה נוספת גם בתום חקירתו כאמור."**

35. בהתאם להוראתו זו של המחוקק, **עד שמזמנת ההגנה** נחקר תחילה על-ידי הנאשם בחקירה ראשית, ולאחר מכן רשאית התביעה לחקור אותו חקירה נגדית, והנאשם רשאי לחקור אותו חקירה חוזרת.

36. חשיבתו של סעיף 174 נובעת מהכללים השונים החלים על שלבי החקירה של עדים בבית המשפט, ונעמוד עליהם בקצרה.

בחקירה ראשית, מוגבל בעל הדין שזימן את העד לשאלות "פתוחות" בלבד, הוא אינו יכול לשאול שאלות מדריכות המסמנות לעד את התשובה אותה החוקר מבקש לשמוע; **בחקירה נגדית**, אין החוקר מוגבל לשאלות "פתוחות" והוא יכול לעמת את העד עם מסמכים, עדויות ותזות המנוגדות לעדותו; **בחקירה חוזרת** החוקר מוגבל במגבלותיה של החקירה הראשית, וכן מוגבל בשאלותיו אך לעניינים הנובעים מהחקירה הנגדית ולמצב בו נותרה אי-בהירות בעקבות התשובות שניתנו בה (ראו: יעקב קדמי, **על הראיות**, בעמ' 1933, 1941, 1961 (2009) עניין **בוריסי**, פסקה 18 לפסק דינו של כב' השופט כשר).

ההסדר בעניין חקירת עד תביעה המעיד כעד הגנה – סעיף 178 לחסד"פ

37. בסעיף 178 לחסד"פ קבע המחוקק הסדר קונקרטי לעניין מקרים בהם הנאשם מזמן לעדות עד שצוין כעד תביעה בכתב האישום ולא זומן על-ידי התביעה להעיד. כפי שיוסבר, ההוראה

מרחיבה את אופן החקירה הנתון לנאשם בחקירת עדים אלה, אולם אינה משנה את זכותה של התביעה לחקור את עדי ההגנה חקירה נגדית. וזו לשון הסעיף:

> "178. **<u>עד תביעה שלא נקרא להעיד</u>**
>
> לא קרא התובע לעד שצויין כעד התביעה בכתב האישום, והנאשם קרא לעד להעיד, רשאי בית המשפט להרשות לנאשם לחקור את העד בחקירה ראשית כאילו היתה חקירה שכנגד ולקבוע סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים."

38. סעיף 178 מסמיך, אם כן, את בית המשפט להתיר לנאשם לחקור את העד אשר נכלל ברשימת עדי התביעה בחקירה שכנגד אף אם זומן על-ידו כעד הגנה, "**כדי להשוות את מצבה של הסניגוריה לזה בו היתה נמצאת לו היה העד מוזמן כעד מטעם התביעה והיה נחקר תחילה חקירה ראשית על ידי התובע**" (ע"פ 666/86 **סוכנות בר"ש בע"מ נ' מדינת ישראל** (31.12.1986) (להלן: **עניין בר"ש**)).

39. אולם, בצד הסמכת בית המשפט להתיר שינוי באופן החקירה שיערוך הנאשם, **אין הסעיף מסמיך את בית המשפט לשנות את אופן החקירה על-ידי יתר בעלי הדין, כי אם את סדר החקירה בלבד**. כך עולה מלשון הסעיף ותכליתו.

40. **<u>הלשון</u>** – כל אשר קבע המחוקק לעניין סמכות בית המשפט באשר לחקירת יתר בעלי הדין, הוא "**לקבוע את סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים**". הלשון של "סדר החקירה" עניינה, לפי מובנן הרגיל של המילים, בשאלת **הסדר** בו יחקרו בעלי הדין את העד, ולא בשינוי מהותי של **אופן** חקירתם – מחקירה נגדית לחקירה ראשית או לחקירה חוזרת, כפי שנקבע במפורש לעניין חקירת העד על-ידי הנאשם.

41. אף אם נניח, כי מבחינה לשונית המונח "סדר החקירה" יכול להתפרש גם לעניין האופן בו תיעשה החקירה, ולא אך הסדר בו יחקרו בעלי הדין את העד, הרי עיון בהוראות נוספות באותו סימן בחוק מלמד כי בסיפא של סעיף 178 עסקינן בסדר החקירות ולא באופן החקירות.

כך, בסעיף 177 לחסד"פ, סעיף אחד לפני הסעיף העומד במוקד עניינו, קבע המחוקק ברירת מחדל לעניין סדר חקירות העדים מקום שבכתב האישום מספר נאשמים. מלשון הסעיף ברור כי מדובר בהוראה באשר לסדר העדויות ולא לאופן החקירה:

> "177. **<u>עדים במשפט של נאשמים אחדים</u>**
> נאשמו כמה נאשמים בכתב אישום אחד ולא הורה בית המשפט, לבקשת בעל דין, על **סדר אחר**, יהא **סדר חקירת העדים** כזה:
> (1) היה העד עד תביעה – יחקרוהו הנאשמים חקירה שכנגד **לפי הסדר שבו הם רשומים** בכתב האישום;

(2) היה העד עד סניגוריה – יחקרוהו חקירה ראשית **תחילה הנאשם שביקש שמיעת עדותו ואחר כך יתר הנאשמים לפי הסדר שבו הם רשומים בכתב האישום**, ובחקירה חוזרת – **בהיפוך הסדר** האמור."

זאת ועוד, מסקנה זו מתחזקת בשים לב להסדר שקבע המחוקק במקרים מיוחדים נוספים. ראו סעיף 179 לחסד"פ בעניין חקירת עד עוין, וסעיף 181 בעניין חקירת עד שזומן ביוזמת בית המשפט, הנוקטים לשון דומה בענין סמכות בית המשפט לקבוע את **סדר החקירה**. בשלושה סוגי מקרים הסמיך המחוקק את בית המשפט להתיר לבעל דין לחקור את העד חקירה נגדית, ובצד זאת הסמיך אותו לקבוע את **סדר החקירה** על-ידי יתר בעלי הדין, ולא קבע סמכות להגביל את **אופן החקירה** על-ידם. אין מקום לקרוא לתוך הסעיפים הללו הגבלה שלא נקבעה בהם במפורש.

179. **<u>עד עויין</u>**
קבע בית המשפט כי עד שקרא לו בעל דין הוא עד עויין לאותו בעל דין – בין מפני שמסר בבית המשפט עדות הסותרת את עדותו בחקירת המשטרה ובין מטעם אחר – רשאי הוא להרשות לבעל הדין לחקור את העד בחקירה הראשית כאילו היתה חקירה שכנגד **ולקבוע סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים.**

181. **<u>עדות מטעם בית המשפט</u>**
נקרא עד להעיד מיזמת בית המשפט לפי סעיף 167 יתן בית המשפט לבעלי הדין הזדמנות לחקרו חקירה שכנגד **בסדר שיקבע**.

42. סעיף 181 קובע במפורש את **אופן החקירה** על ידי בעלי הדין – חקירה שכנגד – אולם מותיר לבית המשפט את שיקול הדעת לקבוע את **סדר החקירה**. מכך ניתן ללמוד בבירור כי סמכות לקבוע את סדר החקירה אינה כוללת את הסמכות לקבוע את אופן החקירה.

אף בסעיף 179 לחסד"פ, בצד ההסמכה להתיר חקירה נגדית של העד העוין, הוסמך בית המשפט "לקבוע את סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים" - **בעלי דין ולא התביעה לבדה**. משמדובר בתיבה לשונית זהה בסעיפים 178 ו-179, הרי לו היינו מפרשים את המילים 'סדר החקירה' כסמכות להתערב באופן החקירה לעניין סעיף 178 לחוק, משמעות הדבר הייתה הסמכת בית המשפט להגביל את אופן חקירת העד גם על-ידי הנאשמים במקרה בו מדובר בעד עוין של התביעה, ולשלול מהם את האפשרות לחקור את העד נגדית במסגרת סעיף 179 לחוק. זוהי פרשנות מרחיקת לכת לפיה התכוון המחוקק ליתן לבית המשפט אפשרות לשלול מן הנאשם את הזכות הדיונית הראשונה במעלה לחקור נגדית. ברי, כי פרשנות זו תוביל לתוצאה אבסורדית.

43. לכך יוסַף, כי לא בכדי הגדיר המחוקק בסעיף 178 את החקירה שניתן להתיר לנאשם לערוך לעד תביעה שזימן בלשון "חקירה ראשית כאילו היתה חקירה שכנגד", ולא קבע כי הנאשם יוכל לחקור את העד חקירה נגדית בלשון ישירה. **בסעיף 178 בחר המחוקק להרחיב את סוג השאלות שיוכל הנאשם לשאול בחקירה של עד שנרשם בכתב האישום ברשימת עדי התביעה אולם לא זומן על-ידה, וזאת מבלי לשנות את סיווגה של החקירה כחקירה ראשית בהתאם לכלל שקבע בסעיף 174 לחסד"פ**. משכך, החקירה שיערוך הנאשם היא חקירה ראשית (אשר ככל שבית המשפט יתיר זאת ניתן יהיה לערוך אותה כאילו הייתה חקירה נגדית), ובהתאם החקירה

שתערוך התביעה היא חקירה נגדית, וחקירת הנאשם לאחר מכן היא חקירה חוזרת, לפי הכלל הקבוע בסעיף 174 לחסד"פ.

44. **המחוקק קבע בסעיף 178 הסמכה מפורשת לבית המשפט לשנות את אופן החקירה על-ידי הנאשם שביקש את שמיעת עדות העד שנרשם בכתב האישום ברשימת עדי התביעה אולם לא זומן על-ידה, ולא קבע בצדה הסמכה דומה לעניין אופן החקירה על-ידי בעל הדין שכנגד - התביעה**. בית המשפט אינו מוסמך לעשות כן גם לעניין בעלי דין אחרים בלא הוראה מפורשת מאת המחוקק. סעיף 178 לחסד"פ כולל קביעה בדבר שיקול דעת לבית המשפט להתיר לנאשם לחקור את העד נגדית, אולם אין בו קביעה כי התביעה תחקור את העד בחקירה חוזרת, ואף לא קביעה בדבר מתן שיקול דעת לבית המשפט להתיר או לשלול מן התביעה אפשרות לחקור את העד נגדית. סעיף 178 כולל שינוי מן הכלל הקבוע בסעיף 174 לחסד"פ רק לעניין אופן חקירת עד על-ידי הנאשם, ויתר חוליותיו של הכלל הקבוע בסעיף 174 בעניין אופן חקירת עדים נותרו בעינן. לפיכך, חל בעניין החקירה על-ידי התביעה, כמו גם על-ידי יתר בעלי הדין, הכלל הרגיל הקבוע בסעיף 174 לחסד"פ, לפיו התביעה רשאית לחקור את עדי ההגנה חקירה נגדית.

בהתאם לאמור, ונוכח הלשון הברורה של רישת סעיף 178 לחסד"פ, הקובעת במפורש סמכות לבית המשפט לסטות בבירור מהכלל הקבוע בסעיף 174 לחסד"פ באשר לאופן החקירה, ישנו קושי בקריאת סיפת הסעיף הקובעת כי בית המשפט רשאי "**לקבוע סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים**" ככזו המסמיכה גם היא את בית המשפט לשנות את <u>מתכונת</u> החקירה של יתר בעלי הדין בלשון בלתי מפורשת, אשר מובנה הרגיל הוא אחר.

ויודגש, "**קביעת סדרי שמיעת העדים, עשויה אמנם להשפיע על זכויות הצדדים, אולם סוף כל סוף בהחלטה דיונית עסקינן. לעומת זאת, קביעה כוללנית, שלפיה העד יֵחקר רק בחקירה ראשית, אינה קביעה 'דיונית' במהותה. כפי שארחיב להלן, החלטות מסוג זה, הן החלטות בעלות משמעות רבה על זכויות הצדדים. בהחלטה מסוג זה, פוטנציאל הפגיעה בזכויות הצדדים – כפול ומכופל.**" (עניין **בוריסי**, פסקה 17 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) סולברג). כלומר: אף בעניין **בוריסי** הבחין בית המשפט הנכבד בין החלטה בדבר מתכונת חקירת העד, שהיא החלטה מהותית שלה השלכות כבדות משקל על זכויות הצדדים ופוטנציאל ממשי לפגיעה בהן, לבין החלטה בדבר סדר שמיעת העדים, שהיא החלטה דיונית.

משפוטנציאל הפגיעה בזכויות בעלי הדין כה משמעותי, נדרשת הסמכה מפורשת וברורה של המחוקק לשנות ולהגביל את אופי החקירה הקבוע בסעיף 174 לחסד"פ. הסמכה ברורה לשנות את אופי החקירה ישנה ברישא של הסעיף, באשר לחקירה שיערוך הנאשם לעד תביעה שנכלל בכתב האישום שזומן על ידו. הסיפא אינה כוללת הסמכה מפורשת וברורה לשנות את אופי החקירה, ומובנה הרגיל הוא קביעת סדר החקירות, כעניין נלווה לכך שהותר לבעל דין לחקור חקירה נגדית במקום ראשית.

45. ויודגש, לפנינו הסדר מפורט ושלם שקבע המחוקק, הן באשר לאופן וסדר החקירות והן באשר לסמכויות בית המשפט במקרים מיוחדים. משקבע המחוקק הסדר מפורש – יחולו הוראותיו ואין בית המשפט מוסמך להורות אחרת מהן.

ראו בהקשר זה גם את סעיף 3 לחסד"פ, המורה כי "בכל ענין של סדר הדין **שאין עליו הוראה בחיקוק**, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק." סעיף זה מסמיך את בית המשפט לפעול לפי שיקול דעתו בענייני סדר דין שאין עליהם הוראה בחיקוק. בענייננו נקבעה הוראה מפורשת בחיקוק - סעיף 174 לחסד"פ, לפיו התביעה רשאית לחקור נגדית עדים שזומנו על ידי הנאשם – ולפיכך הסמכות שניתנה לבית המשפט בסעיף 3 איננה חלה בענייננו, ובית המשפט אינו מוסמך להחיל על חקירת התביעה הסדר שונה מזה שנקבע בסעיף 174 האמור.

46. **<u>התכלית</u>** – תכליתו של ההליך הפלילי היא בירור האמת, והחקירה הנגדית היא האמצעי המרכזי והיעיל ביותר להשגתה. ההסדר שנקבע בסעיף 178 לחסד"פ, המסמיך את בית המשפט להתיר לנאשם לחקור נגדית את עד התביעה שזימן, ומותיר את הכלל בעינו לגבי יתר בעלי הדין, נועד לתת בידי הנאשם, ולהותיר בידי יתר בעלי הדין, כלים לקדם את התכלית של בירור האמת.

כך נקבע למשל: "**בית משפט זה עמד לא אחת על חשיבותה של החקירה הנגדית כמכשיר יעיל לגילוי האמת וכערובה חיונית לבדיקת מהימנות**" (עניין **ידען**, פסקה 28 לפסק דינו של כבוד השופט זילברטל).

"בשיטתנו המשפטית נחשבת החקירה הנגדית ל**אמצעי הדיוני ראייתי החשוב ביותר (ולערובה המוכרת הטובה ביותר) לגילוי האמת**" (דנ"פ (ירושלים) 4390-91 **מדינת ישראל נ' חג' יחיא**, פ"ד מז(3) 661 (5.7.93)).

"החקירה שכנגד רואים אותה **כמכשיר היעיל ביותר שהומצא עד היום** והמשמש בידי בעל דין **לשם גילוי האמת במשפט**" (בג"ץ 58-124 **היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת ואח'**, פ"ד יג 5 (2.1.59)).

וכל זאת למה? החקירה שכנגד היא הכלי שנתון בידי הצד שכנגד "לחדד את השנוי במחלוקת ולהעמיד את העד על כך שאין נותנים אמון בדבריו באותה נקודה [...] להוציא מפי העד עובדות שלא סיפר עליהן בחקירה הראשית, אך שהן עשויות לתמוך בגרסתו של החוקר [...] לערער את העדות שנמסרה בחקירה הראשית, על מנת לאפשר לבית המשפט להתרשם מן הצורה שבה העד "מגן" על גרסתו, ולאפשר לבית המשפט לקבוע עמדה נכונה באשר למשקלה הראייתי" (עניין **ידען**, פסקה 28).

כל אלה יפים ונכונים גם במקרה בו הנאשם בחר לזמן עד שנכתב ברשימת עדי התביעה והתביעה החליטה לבסוף לא לזמנו, ומבקש לבסס באמצעותו עובדות או קו הגנה. גם בחקירת עדים אלה, עשויה התביעה להידרש להשלים את התמונה העובדתית בחלקים שלא עלו מחקירת הנאשם, ולחדד ולהעמיק במקומות השנויים במחלוקת. הדרך לעשות זאת היא בחקירה נגדית של התביעה שנערכת על מנת להעמיד את קו ההגנה הנטען במבחן האמת, מקום שלשיטתה חקירת העד בידי ההגנה הותירה פערים ונקודות הטעונות ליבון. **העובדה כי מדובר בעד שנכלל ברשימת העדים בכתב האישום אינה גורעת מכך שהנאשם, אשר בחר לזמנו מטעמו, יכוון את חקירתו לצורך ביסוס הגנתו באופן שייווצרו פערים הטעונים השלמה ומחלוקות הטעונות ליבון. במצב דברים זה תידרש התביעה להציג לעד שאלות בעניינים שלא נשאל בחקירה הנגדית, ולחדד את אזורי המחלוקת והסתירות באמצעות שאלות מדריכות והצגת מסמכים, עדויות ותזות, על**

מנת לחשוף לפני בית המשפט תמונה עובדתית שלמה ככל הניתן לצורך הכרעתו. כל אלה אסורים כידוע בחקירה חוזרת.

47. ויודגש, החקירה החוזרת היא ככלל מוגבלת יותר מהחקירה הנגדית במתכונת השאלות, ומוגבלת אף מן החקירה הראשית ומתמקדת בעניינים הנובעים מהחקירה הנגדית. מקום שנוצרו פערים בין חקירתו הראשית של העד לחקירתו הנגדית, ניתן להציג לו במסגרת החקירה החוזרת שאלות שנועדו להניעו לחזור לגרסתו הראשונה או להסביר את הרקע לפער, עד כדי הכרזה עליו כעד עוין בנסיבות מסוימות (ע"פ 697/79 **כהן נ' מדינת ישראל**, לד(3) 347 (1980)). אולם, כאשר עד זומן לעדות על ידי ההגנה, ובפרט כאשר בית המשפט מאפשר חקירתו על ידי הנאשם בדרך של חקירה נגדית – הרי שעד זה כלל לא נחקר בעדות ראשית. במקרה זה, הגבלת התביעה לחקירה חוזרת מותירה בידה מרחב מצומצם מאוד של שאלות מותרות אם בכלל, שכן אין בנמצא פערים בין עדותו הראשית, שלא נשמעה, לעדותו בחקירה הנגדית; וייתכן שהעד מסר עדות שנפלו בה שגגות או אי-דיוקים, ולתביעה לא תתאפשר ההזדמנות להציג זאת בפני בית המשפט.

קושי זה מתחדד אף יותר בעד דוגמת פרופ' מנדלבליט, אשר בשונה מעדי תביעה אחרים אין בתיק החקירה הודעות שנגבו ממנו או זכ"דים שערך, **ומשלא העיד עדות ראשית אין כל עוגן המאפשר לקיים חקירה אפקטיבית בעניינו במתכונת המוגבלת של חקירה חוזרת. מקרה זה מחדד עד כמה מוקשית היא הגבלת התביעה למתכונת של חקירה חוזרת, מקום שהעד לא מסר עדות ראשית ונחקר על-ידי הנאשם בלבד.**

נוכח כל האמור נחוצים לתביעה הכלים המתאפשרים בחקירה נגדית, ובלעדיהם ייפגע בירור האמת.

48. מסקנה זו מתחזקת בשים לב לכך **שמשעה שהתביעה לא העידה את העד, הרי גם לא נערך לו ראיון עד לקראת עדותו** והוא לא מסר עדות סדורה בחקירה ראשית. במצב דברים זה, התמונה המוצגת לבית המשפט באמצעות עד התביעה שבחר הנאשם עצמו לזמן היא חסרה באופן מובנה, ומשהוצגה - על התביעה להשלימה בחקירה מטעמה, ומתבקש ליתן בידה את הכלים הניתנים בחקירה נגדית, בהתאם לכלל הדיוני שקבע המחוקק שתכליתו בירור האמת.

49. עוד נחדד, כי הגבלת התביעה לחקירה חוזרת של עד כאמור תפגע בבירור האמת גם במקרה בו הנאשם חקר את העד בחקירה ראשית בלבד (ככל שבית המשפט לא התיר לו לחקור את העד בחקירה נגדית). גם במקרה זה עשויה להידרש לתביעה חקירה נגדית לצורך בחינת תזת ההגנה באופן אפקטיבי הנדרש לבירור האמת כהלכה. בחקירתו הראשית פועל הנאשם להציג באמצעות העד עובדות התומכות בעמדתו ובקו הגנתו. החקירה הנגדית היא הכלי המרכזי להפרכת קו הגנה שנוי במחלוקת ולתיקון התמונה העובדתית שנוצרה בחקירה הראשית, וממילא שלילת החקירה הנגדית על-ידי התביעה במקרה כזה פוגעת בבירור אפקטיבי של האמת.

50. כאן גם נחדד, כי התוצאה בה הנאשם והתביעה יחקרו שניהם את העד בחקירה נגדית, כל אחד בתורו, המתקבלת מן הפרשנות שהצגנו, אינה תוצאה חריגה והיא אומצה על-ידי המחוקק בנסיבות שיש להן דמיון לענייננו.

סעיף 179 לחסד"פ מורה כאמור כי מקום שעד יוכרז 'עד עוין', בית המשפט רשאי להתיר לבעל הדין שהזמין אותו לחקור אותו נגדית. במצב זה נדרש לשני בעלי הדין הכלי של חקירה נגדית - בעל הדין שהזמין את העד נוכח הסתירות והסטייה מהעדות במשטרה, ובעל הדין שכנגד על מנת להעמיד למבחן את התזה שהוצגה לפי הכלל הדיוני הרגיל. בדומה למקרה של 'עד עוין', אף במקרה של עד תביעה המוזמן על-ידי הנאשם, לפנינו העדת עד שאינו "מטעמו" של בעל הדין שזימן אותו בהיבט התמיכה בו, ועל כן בשניהם ייתכן שיידרש לבעל הדין הכלי של חקירה נגדית. וכשם שאחר חקירתו הנגדית של עד עוין חוקר אותו אף בעל הדין שכנגד חקירה נגדית, כך גם לאחר חקירתו הנגדית של עד התביעה על-ידי הנאשם חוקרת אותו התביעה חקירה נגדית, ובשני המקרים נחוץ הדבר על מנת להתמודד עם התזה שהוצגה ועם המחלוקות שהיא מעוררת, וזאת על יסוד הכלל הרגיל וההצדקה הרגילה לחקירה נגדית על-ידי בעל דין שכנגד.

51. באשר לחשש שמא ויתור על עדי תביעה וחקירתם במסגרת פרשת ההגנה בחקירה נגדית ייצור לתביעה יתרון דיוני, הרי שלסוגיה זו ממש ביקש המחוקק ליתן פתרון במסגרת סעיף 178 לחסד"פ, בהסמכת בית המשפט לאפשר לנאשם לחקור את העד במתכונת של חקירה נגדית. כך נותרת בידי הנאשם האפשרות לחקור עד מרשימת עדי התביעה בחקירה נגדית, גם מקום בו התביעה בחרה שלא לזמנו לעדות. משכך, עמדת המדינה היא כי העובדה שעד ההגנה כלול ברשימת עדי התביעה או "מזוהה עם התביעה" (ועל כך בהמשך) רלוונטית לשאלת ההצדקה לאפשר לנאשם לחקור אותו חקירה נגדית במקום חקירה ראשית, ובכך להשוות את מצבו לאשר היה אילו הייתה התביעה מזמנת את העד לעדות. אולם סוגיה זו אינה רלוונטית לשאלת אופן חקירתו על-ידי התביעה לאחר מכן, ואינה מקנה סמכות לפגוע בזכויותיה הדיוניות של התביעה לחקור עד שלא זומן על ידה בחקירה נגדית.

סעיף 178 מסווג את העדים ואת הרשות לחקירתם על פי קטגוריה טכנית: הצד שזימן את העד. הוא אינו מותיר פתח לסיווג תוכני של עדים, על פי תוכן עדותם או קרבתם לאחד מבעלי הדין.

בהקשר זה יוער כי התביעה זימנה לעדות גם עדים המזוהים במובהק עם הנאשמים. לא היה בכך כדי להשפיע על אופן חקירתם של עדים אלה, אשר נעשה בהתאם להוראות סעיף 174: העדים נחקרים בחקירה ראשית על ידי הצד שזימן אותם לעדות, ובחקירה נגדית על ידי הצד שכנגד.

52. ויודגש: רשימת עדי התביעה נכתבת עם הגשת כתב האישום, עובר למענה הנאשם לכתב האישום וגידור המחלוקת בהליך. לפיכך, ניסוח רשימת עדי התביעה נעשה באופן מרחיב, שבאפשרותו לתת מענה למספר קווי הגנה אפשריים. לעיתים מזומנות, הצורך בהבאת חלק מהעדים שנרשמו ברשימת עדי התביעה מתייתר עם חידוד המחלוקות בהליך. מתוך הבנת מנגנון נוהג זה, לא קבע המחוקק בסעיף 178 זכות אוטומטית לנאשם לחקור בדרך של חקירה נגדית עדים שנכתבו ברשימת עדי התביעה ולא זומנו לעדות על ידי התביעה, אלא תחת זאת - הקנה

לבית המשפט שיקול דעת לאפשר לנאשם לחקור עדים אלה בחקירה נגדית במקרים המתאימים.

יוער, כי קביעות בית המשפט המחוזי לגבי עדים שנכללו ברשימת עדי התביעה ולא זומנו על ידה, כמו גם לגבי עדים ש"מזוהים" עמה ולא נכללו ברשימת העדים, עשויות להשליך הן על ניסוח רשימת עדי התביעה, והן על נכונותה של התביעה לוותר על עדותם של עדים המופיעים ברשימה זו, נוכח האפשרות העולה מהחלטות בית המשפט המחוזי לפיה שככל שהעד יוזמן לבסוף על ידי ההגנה, תיגרע אפשרותה של התביעה לחקור אותו בחקירה נגדית ולעמתו עם עובדות ומסמכים, וזאת מבלי שרוענן זכרונו של העד עובר לעדותו, ויתכן שהיא אף תוגבל לחקירתו בחקירה חוזרת בלבד.

53. נחזור ונדגיש, ההצדקה לחקירה נגדית של כל עד שזימן הנאשם, לרבות עד שנכלל ברשימת התביעה ולרבות עד ה"מזוהה" עימה, עולה מכך שחקירה על-ידי צד אחד ממוקדת מעצם טיבה בקו הטיעון שלו, ועשויה להתמקד אך בחלק מהתמונה או לעורר מחלוקות וסתירות אל מול מסמכים. כך, מניעת החקירה הנגדית, עשויה לפגום באפשרות הצד שכנגד להביא בפני בית המשפט את מלוא התמונה, באמצעות הכלים הניתנים במסגרת החקירה הנגדית המאפשרים, בין השאר, הצגת מסמכים רלוונטיים הדרושים לריענון זכרונו של העד והצגת שאלות ממוקדות לחידוד סתירות שנוצרו.

54. המדינה תטען, כי בהליך המשפטי על הפרוצדורה לשרת את תכליתו המהותית של ההליך, שהיא גילוי האמת העובדתית תוך שמירת זכויות הנאשם. ככל שעדותו של עד, פרופ' מנדלבליט במקרה זה, לוקה בפרטים שנשכחו בחלוף שנים ומעוגנים בראיות מובהקות מזמן אמת, הרי אין כל הצדקה מהותית למנוע מהתביעה להציגן לעד באופן שיאפשר לו למסור את גרסתו על בסיס חומרים אובייקטיביים ולבית המשפט לקבוע ממצאי עובדה על בסיס תשתית רחבה. לעומת זאת, בשעה שעד נחקר בפועל רק על ידי צד אחד בלבד, עלולות להשתרש טעויות או אי דיוקים ולמצוא את עצמן בקביעות בית המשפט באופן שחוטא לתכלית ההליך ולאינטרס הציבורי.

55. יודגש, כי בירור מיטבי של האמת הוא אינטרס ציבורי ראשון במעלה, הן לטובת עשיית דין צדק עם הנאשם והן לטובת ההגנה על קורבנות העבירה ועל הציבור כולו מפני מעשי העבירה, ולרבות במובן הרחב של שלטון החוק ואמון הציבור בהליך הפלילי. מתן כלים לתביעה למצות את הבאת התמונה העובדתית המלאה והמדויקת הולם את התפיסה לפיה ההליך הפלילי אינו משחק שחמט ותכליתו לברר את האמת: "פרוצידורה פלילית טובה צריכה בוודאי לתת לנאשם את מלוא ההגנה, כדי למנוע עיוות-דין, אבל **הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק. תפקיד הדיון הפלילי – להוציא כאור משפט.**" (ע"פ 1/48 **סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, א 5 (1948)).

56. אחר שהצגנו את פרשנות הסעיף, נשוב ונפנה לאסמכתאות אליהן הפנתה התביעה בבקשתה לעניין חקירתה של רינת סבן, לכך שהתביעה רשאית לחקור נגדית גם עד שנכלל ברשימת העדים בכתב האישום אך לא זומן על-ידה אלא על-ידי הנאשם:

כך, בעניין **ידען** הבהיר בית המשפט העליון לעניין חקירת עד כאמור, בניגוד לעמדת בית המשפט המחוזי בהליך שם, כי "**רשאית היתה המשיבה לחקור את העד בחקירה נגדית, אילו רצתה בכך, והיה על באת-כוח המשיבה לעמוד על זכותה זו ... וככל שבית המשפט הביע דעתו שלא עומדת לה זכות זו, ניתן היה לנסות לשכנעו, תוך הפנייה להוראת סעיף 178 לחוק סדר הדין הפלילי**".

בנוסף, בעניין **אלזם** דחה בית המשפט המחוזי בתל אביב את טענת ב"כ הנאשם לפיה בהתאם לסעיף 178 אין לתביעה זכות לחקור עדת תביעה אשר לא זומנה על-ידה והנאשם הוא שזימן אותה לעדות, ואִפשר לתביעה לחקור את העדה בחקירה נגדית.

כן ראו דברי השופט קדמי בספרו, אשר נזכר לעיל, בהם ציין כי לפי סעיף 178 לחסד"פ מקום שההגנה מזמנת עד תביעה שלא זומן להעיד, תוכל היא לחקור אותו בחקירה ראשית כאילו היתה חקירה נגדית, אולם "**אין בכך – כדי למנוע מהתביעה לחקור עד כזה בחקירה נגדית**".

57. עוגן נוסף לאמור ראו בדיון שהתקיים בהליך החקיקה שקדם לחקיקת חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ג-1965, אשר כלל הוראות דומות לסעיפים 174 ו-178 בנוסח החוק דהיום (סעיפים 152 ו-156 להצעת חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ג-1963). אגב דיון בשאלה אם לקבוע לנאשם אפשרות לחקור את עד התביעה שזימן כעד הגנה חקירה נגדית ללא צורך בקבלת רשות בית המשפט, התייחס חה"כ קושניר לכך ש-**"הקטיגור יחקור את העד חקירה שכנגד"**, וחה"כ ידין הציע לנסח כי בית המשפט מוסמך **"לקבוע סדר <u>חקירתו הנגדית</u> והחוזרת על-ידי בעלי הדין האחרים"**. מהדברים עולה כי כוונת חברי הכנסת היתה, כי לאחר החקירה הראשית בדרך של חקירה נגדית שיערוך הנאשם, יחקרו יתר בעלי הדין את העד בחקירה נגדית (עמ' 4 לפרוטוקול הדיון בוועדת המשנה של ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת מיום 21.6.64).

58. **<u>הנה כי כן</u>**, עמדת המדינה היא כי התשתית הנורמטיבית הרלוונטית לענייננו, המבוססת על סעיפים 174 ו-178 לחסד"פ, אינה מקנה לבית המשפט סמכות להגביל את מתכונת חקירתה של התביעה ולשלול ממנה את האפשרות לחקור עד שזומן על ידי הנאשם בחקירה נגדית.

<u>"עד מזוהה" – פסק הדין ברע"א 7143/21</u>

59. על אף קיומו של הסדר בדין הפלילי בנושא זימון עדי תביעה על-ידי הנאשם, סמך בית המשפט המחוזי את החלטתו הראשונה בנושא על פסק דין שניתן בהליך אזרחי בעניין **בוריסי**.

בהחלטתו מיום 18.3.25 קבע בית המשפט המחוזי כי "מקום בו מעיד לראשונה, מטעם ההגנה, מי שהיה ברשימת עדי התביעה, נתון לבית המשפט שיקול דעת רחב באשר לאופן החקירה על ידי המדינה". בית המשפט ציין כי קביעתו זו נעשתה "בשים לב להוראות החוק ולפסיקה שהוצגה", אולם לא פירט את הוראות החוק עליהן הסתמך, וציין כי ניתן משקל לשיקולים שעלו בעניין **בוריסי**, ובכלל זה לפסקה 9 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) עמית. בית המשפט אף לא נימק מדוע ביסס החלטתו על פסק דין שניתן בהליך אזרחי, מקום שסדר הדין הפלילי כולל הסדר חקוק מפורש בנושא זה ממש.

בהמשך לכך וביחס לעדה רפ"ק רינת סבן, קבע בית המשפט כי מדובר בקצינת משטרה בכירה "**וככזו, באופן מהותי, היא מזוהה עם התביעה**". לפיכך, נקבע כי חקירתה על ידי המדינה תהיה חקירה חוזרת, וככל שבמהלך החקירה תבקש המדינה בעניין כזה או אחר להציג שאלה בחקירה נגדית, הדבר יישקל לגופו.

60. טרם נעמוד על השגגה שנפלה ב"ייבוא" ההלכה בעניין **בוריסי** אל הדין הפלילי, נתאר בקצרה את אשר נקבע בפסק הדין. בעניין **בוריסי** דן בית המשפט הנכבד בבקשת רשות ערעור אזרחית, שנסבה על כללי הפרוצדורה האזרחית ועל ניסיון של נתבע בתביעה אזרחית "למשוך" את תצהיר עדותו הראשית כדי לחמוק מחקירה נגדית. באותו עניין נפסק פה אחד כי בעל-דין המזמין לעדות מטעמו את בעל-הדין שכנגד, רשאי לחקור אותו בחקירה נגדית. בדעת רוב של השופט סולברג, אליו הצטרף השופט כשר, נקבע כי הלכה זו תחול לא רק לגבי בעל-הדין עצמו, אלא גם לגבי עדים ה"מזוהים" עם בעל-הדין שנמנע מלהעיד אותם מטעמו – וזאת מקום בו נזקף לחובת אותו בעל-דין היעדר זימונו לעדות.

אשר להמשך חקירת העד: בעוד שלדעת השופט סולברג, יוכל בא-כוחו של בעל הדין שעמו הוא מזוהה לחקרו לאחר מכן בחקירה חוזרת בלבד; לדעת השופט עמית, שאליה הצטרף השופט כשר, יש להותיר את ההחלטה בעניין זה לערכאה הדיונית בהתאם לנסיבות העניין. יצוין, כי השופט כשר הצטרף לעמדת השופט (כתוארו דאז) עמית לעניין זה מטעמים מעשיים בלבד וכדי שתצא תחת בית המשפט הלכה מחייבת, שעה שעמדתו העקרונית – המובאת בהרחבה בפסק הדין – היא כי נוכח חשיבותה של החקירה הנגדית ההסדר המשפטי העדיף הוא לאפשר גם לאותו בעל דין לחקור את העד בחקירה נגדית.

61. המדינה תבקש לפרוט עמדתה מדוע שגה בית המשפט המחוזי עת הסתמך, במסגרת ההליך הפלילי, על פסק דין שניתן על ידי בית המשפט הנכבד **בעניין אזרחי**, על אף שבבסיסו תשתית נורמטיבית אחרת, ועל אף השוני המהותי בין הדין הפלילי לדין האזרחי בהקשרים אלו.

62. ראשית, תטען המדינה כי התשתית הנורמטיבית המסדירה את אופן חקירת העדים במשפט הפלילי לעומת המשפט האזרחי היא תשתית נורמטיבית שונה.

כך, בסדרי הדין החלים על הליכים אזרחיים לא נקבע הסדר ישיר וקונקרטי למקרים בהם בעל דין מזמין לעדות עד אשר בעל הדין האחר ויתר על עדותו, והקווים המנחים לסוגיה זו נקבעו בעניין **בוריסי** (ראו תקנה 67 (ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018). בדין הפלילי, לעומת זאת, מצא המחוקק לנכון לקבוע בסעיף 178 לחסד"פ הסדר ישיר ומפורש בנושא קונקרטי זה, וזאת ברמה נורמטיבית של חקיקה ראשית.

63. כאמור, בדין הפלילי סעיף 174 לחסד"פ קובע את הכלל הבסיסי לפיו עד נחקר תחילה בידי בעל הדין שביקש את עדותו ו"אחריו רשאי בעל הדין שכנגד לחקור את העד חקירה שכנגד", ולאחר מכן רשאי בעל הדין שביקש את שמיעת העד לחקור בחקירה חוזרת. לצד כלל יסוד זה, נקבעה בסימן ו' לחסד"פ **רשימה סגורה וממצה של חריגים** שבהם רשאי בית המשפט להתיר לבעל

הדין שזימן את העד לחקור אותו בחקירה ראשית "כאילו הייתה חקירה שכנגד", בהם סעיף 178 לחסד"פ הרלוונטי לענייננו, וכן סעיף 179 בו קבע המחוקק הסדר מפורש לענין עד שהוא עויין לבעל הדין שזימן אותו, והסמיך את בית המשפט להתיר גם בענייננו חקירה נגדית לבעל הדין שזימן אותו. המחוקק נתן אפוא דעתו במפורש למצב שבו התביעה נמנעת מלהעיד עד וההגנה מזמנת אותו מטעמה, ולמעשה למכלול המקרים בהם העד אינו תומך בגרסת בעל הדין שזימן אותו. **המחוקק, קבע אם כן, הסדר ממצה לכל המקרים של עד שאינו תומך בגרסת בעל הדין שזימן אותו, ואין להוסיף עליו סמכויות שלא נקבעו בו במפורש,** כאמור לעיל. לפיכך לא קנויה לבית המשפט המחוזי סמכות ליצור "חריג שיפוטי" נוסף בדמות "עד המזוהה עם התביעה", אשר מאיין את זכותה הקנויה של התביעה לחקירה שכנגד לפי סעיף 174 לחסד"פ.

הבדלים אלו ורבים אחרים, כמו גם העובדה שבהליך האזרחי מוגשים לרוב תצהירי עדות חלף עדות ראשית – פרקטיקה שאינה קיימת בהליך הפלילי, די בהם כדי להצביע על כך שלא ניתן להחיל כלל שמתאים למתכונת העדת העדים בהליך האזרחי על ההליך הפלילי, וכל מגרש דיוני מתנהל לפי הכללים המתאימים לו ונגזרים ממארג מאפייניו והוראותיו.

64. זאת ועוד, מבחן "העד המזוהה" שנקבע בעניין **בוריסי** אינו מתאים לענייננו גם משום שהוא מתעלם מן ההבדל בין בעל דין בהליך אזרחי לבין תפקידה ומעמדה של התביעה הכללית בהליך הפלילי.

בעניין **בוריסי** נקבע בדעת הרוב (כב' המשנה לנשיא סולברג וכב' השופט כשר) כי ניתן לראות עד כעד המזוהה עם צד להליך **"כל מקום שבו אי-זימונו של עד יזקף לחובתו של בעל דין מסוים, משמע – אותו עד הוא בעל 'זיקה' אליו"** (פסקה 42 לפסק דינו של כב' השופט סולברג ופסקה 10-12 לפסק דינו של כב' השופט כשר). כאן יוער תחילה כי מעיון בהנמקה הקצרה בהחלטה שניתנה בעניין רפ"ק רינת סבן עולה כי בית המשפט המחוזי לא יישם את המבחן שנקבע בעניין **בוריסי** כלשונו. בית המשפט הסתפק בשיוך הארגוני ומצא כי די בכך שהעדה היא קצינת משטרה בכירה כדי לזהותה עם התביעה, ולא בחן האם היה על התביעה לזמנה במסגרת פרשת התביעה והאם יש לזקוף לחובתה את העובדה שלא עשתה כן. בהמשך יישם בית המשפט המחוזי את ההחלטה בעניין סבן לגבי 15 עדים נוספים, חוקרים במשטרת ישראל אשר הופיעו ברשימת עדי התביעה ולא זומנו לעדות בפרשת התביעה. אף לגבי עדים אלה, לא נבחנו הדברים בהתאם למבחן שנקבע בעניין **בוריסי**.

מכל מקום, המדינה תטען כי **אימוץ מבחן "העד המזוהה" בעניין בוריסי להליכים פליליים מתעלם מן ההבדל בין בעל דין בהליך אזרחי לבין המדינה כבעלת דין בהליך הפלילי**. התביעה אינה בעל דין פרטי המחזיק ב"עדים המזוהים עימו" אשר עשויים להיות בעלי אינטרס אישי בתוצאות המשפט, אלא רשות ציבורית האמונה על בירור האמת, ואשר רבים מעדיה הם עובדי ציבור המוסרים עדות על אירועים במילוי תפקידם. זאת ועוד, האינטרס שעל הכף בהליך הפלילי אינו אינטרס של בעל דין פלוני כי אם האינטרס הציבורי, ומיצוי בירור האמת נועד להגן על הנאשם, על קורבנות העבירה ועל הציבור כולו. לפיכך המסקנה שיש לגזור מאי העדת העד לעניין המגבלות על אופי החקירה שונה היא, בשים לב לכלים המתחייבים למיצוי ההגעה לחקר האמת, פן יורשע חף מפשע על כל המשתמע מכך, או יזוכה עבריין ויוסיף לפגוע בציבור.

65. כן תטען המדינה, כי קושי נוסף בהחלת המבחן שנקבע בעניין **בוריסי** בהליך הפלילי עולה מעצם זקיפת אי-זימונם של עדים במסגרת פרשת התביעה לחובת התביעה.

בבסיס פסק הדין בעניין **בוריסי** עמד החשש שמא בהליך אזרחי שיקולים טקטיים יעמדו בבסיס ההחלטה שלא לזמן לעדות עד המזוהה עם בעל דין. ואולם, בהליכים פליליים כוללת התביעה בכתב האישום את כל העדים שעשויים להידרש בגישה מרחיבה, והצורך בהם נבחן "תוך כדי תנועה" במהלך פרשת התביעה, בהתאם להתקדמות המשפט, מארג הראיות הנאסף והולך וגדר המחלוקת. לא אחת עשויה התביעה לוותר על עדים אשר בהתקדם ההליך – ובפרט: לאחר תשובת הנאשם לכתב האישום המגדרת את הסוגיות שבמחלוקת – בידה לבחון את התועלת מעדותם, ובמקרים המתאימים לוותר על העדות לטובת יעילות ההליך וחיסכון בזמן שיפוטי. לפיכך, הוויתור על עדים הוא מובנה באופן ניהול ההליך הפלילי ומושתת על שיקולים מקצועיים ומערכתיים שונים, בהם: מניעת כפילות ומיקוד יריעת המחלוקת; חיסכון בזמן שיפוטי וייעול ההליך הפלילי וכן הערכת משקל העדות ותרומתה להוכחת האישום. יצוין, כי במצבים אלה, אי-זימונו של עד על ידי התביעה אינו מלמד על "זיהוי" עימו, אלא דווקא מלמד שהתביעה אינה רואה בו נדבך דרוש להוכחת האשמה. "**אין ... לראות פגם בכך אם שמו של העד מוזכר בכתב אישום ליתר בטחון בשלב בו התביעה טרם גיבשה דעתה באופן סופי, אם היא אכן מתכוונת להזמין את העד**" (עניין **בר"ש**, פסקה 6).

זאת ועוד, דווקא זימונו של העד על ידי ההגנה, לאחר שבחנה את חומר החקירה והעריכה כי עדותו תשרת את קו ההגנה, סותרת את ההנחה שהעד "שייך" לתביעה או "עוין" את ההגנה.

אימוץ המבחן של זקיפת אי זימון העד לחובת מי שוויתר עליו גם לעניין ויתור על עדי תביעה בהליך הפלילי, מנוגד, אם כן, לאמור בפסק הדין בעניין **בר"ש**, ולציפייה הכללית מן התביעה לנהל את פרשת התביעה ביעילות בהתאם לנדרש לבירור יריעת המחלוקת שמתבררת מן התשובה לאישום וממארג הראיות הנרקם והולך במהלך פרשת התביעה, ולחסוך בזמן שיפוטי. תוצאתו של אימוץ מבחן זה בהליכים הפליליים תהא, אם כן, פגיעה ביעילות ההליך הפלילי עקב הצורך להעיד בפרשת התביעה גם עדים שאינם נחוצים עוד בשים לב ליריעת המחלוקת ולמארג הראיות הנאספות במהלך פרשת התביעה, רק מפאת האפשרות, שהיא תיאורטית בשלב פרשת התביעה, שהנאשם יחליט להזמין עדים אלה מטעמו, והתביעה תוגבל לחקירתם במתכונת של חקירה חוזרת, אחר שלא מסרו עדות ראשית, ולכן לא תוכל לחקור אותם באופן אפקטיבי על מנת לקעקע את קו ההגנה שביקש הנאשם לבסס באמצעותם.

מכל מקום, המענה שנתן המחוקק לטענה בדבר שיקולים טקטיים של התביעה בוויתור על עדים ניתן בסעיף 178 לחסד"פ, אשר מאפשר לבית המשפט להתיר להגנה לחקור את העד בחקירה נגדית, כשם שהיה נעשה אילו היתה התביעה מזמנת אותו לעדות. ראו דברי בית המשפט הנכבד בעניין **בר"ש** באשר להוראת סעיף 178 לחסד"פ: "**זו גם המגמה המונחת ביסוד ההוראה הנ"ל שבסדרי הדין הפליליים, הבאה למנוע מן התביעה רכישת יתרון בלתי הוגן על ידי קביעה מלאכותית של פלוני כעד תביעה כביכול, כאשר אין כוונה כנה לעשות כן.**"

בהקשר זה יש עוד להדגיש, כי התביעה כללה ברשימת עדי התביעה אף עדים שבנקודת הזמן של ראשית ההליך, טרם שניתן מענה הנאשמים לכתב האישום, לא ידוע אם תזדקק להם, וויתרה על שמיעת עדים בפרשת התביעה מקום שנמצא כי הבאתם לעדות איננה הכרחית בהתאם ליריעת המחלוקת, כנעשה בהליכים פליליים. בעת שעשתה כן חל הכלל לפיו ככל שיבחר הנאשם לזמן את מי מהעדים עליהם ויתרה כעדי הגנה - תהא היא רשאית לחקור אותם בחקירה נגדית ככל שיידרש, וזאת נוכח הוראתו הברורה של המחוקק בסעיף 174 לחסד"פ, ובהתאם לנהוג בהליכים פליליים. החלטת בית המשפט המחוזי במהלך פרשת ההגנה להגביל אותה בכך היא שינוי כללי המשחק לאחר שהתחיל המשחק, היינו לאחר שנוסחה רשימת עדי התביעה ולאחר שנעשה הוויתור על העדים והסתיימה פרשת התביעה, והדבר יוצר יתרון דווקא לנאשם תוך פגיעה ביכולתה של התביעה לחשוף את האמת לפני בית המשפט, וזאת אין לקבל.

66. לבסוף, תטען המדינה כי קושי נוסף ב"ייבוא" ההלכה שנקבעה בעניין **בוריסי** אל הדין הפלילי נעוץ בכך שההלכה ביחס לאופן חקירת "העד המזוהה" על ידי בעל הדין עימו הוא מזוהה, לאחר חקירתו הנגדית, <u>נקבעה מטעמים מעשיים בלבד</u>, תוך שכב' השופט כשר מנמק בהרחבה בחוות דעתו על הקשיים העולים משלילת האפשרות לחקירה נגדית נוכח חשיבותה להגעה לחקר האמת (ראו סעיפים 17-29 לחוות דעתו). כאמור, מטעמים מעשיים בלבד, הצטרף כב' השופט כשר לעמדת כב' השופט (כתוארו אז) עמית ונקבע **ביחס לדין האזרחי**, כי יש להותיר סוגיה זו לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית. נוכח תכלית הדין הפלילי וההשלכות על הנאשמים והציבור גם יחד בגין הפגיעה בבירור האמת, ספק רב אם זו ההלכה שהייתה נקבעת תחת ידי בית המשפט הנכבד לו הייתה השאלה נדונה ביחס לדין הפלילי, וזאת בשימנו בצד את התשתית הנורמטיבית השונה לחלוטין עליה עמדנו לעיל, אשר לעמדת המדינה כלל אינה מאפשרת יצירת "חריג שיפוטי" מעבר לחריגים שקבועים במפורש בחסד"פ.

<u>סיכום ביניים - עדי הגנה שנכללו ברשימת עדי התביעה</u>

67. נוכח כל המפורט לעיל, עמדת המדינה היא כי שגה בית המשפט המחוזי עת הגביל את יכולתה של התביעה לחקור בחקירה נגדית עדים שזומנו על ידי הנאשם, אשר נכללו ברשימת עדי התביעה. נוכח חריגות תקיפתן של החלטות ביניים בהליך פלילי נהגה התביעה איפוק תחילה, אך משיקול הדעת שקבע לעצמו בית המשפט המחוזי הורחב כפי שתואר, ומשיישומו בפועל מצמצם את מרחב פעולתה של התביעה בתפקידה בבירור האמת בתיק זה, תוך חשש כי אף ערכאות דיוניות נוספות יאמצו את החלטות בית המשפט המחוזי בהליך דנן גם בתיקים אחרים, הוחלט לעתור לבית המשפט הנכבד על מנת להבהיר הלכה על מכונה. ויובהר: בהמשך פרשת ההגנה צפויה עדותם של עדים נוספים אשר נכללו ברשימת עדי התביעה ולא זומנו על ידה או עדים אשר ייטען לגביהם שהם "מזוהים עם התביעה".

מסקנה זו נסמכת על הוראתו הפשוטה של סעיף 174 לחסד"פ, שכן, כאמור לעיל, סעיף 178 אינו משנה ממנה לענין זכות התביעה ויתר הנאשמים לחקירה נגדית, אלא כל אשר נקבע בו הוא הסמכת בית המשפט להתיר לנאשם לחקור את העד נגדית, ולקבוע את סדר החקירות, אך אין בו הסמכה לבית המשפט להגביל או לשנות את אופן החקירה שתקיים התביעה לעדי הנאשם.

68. בהתאם לכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי מקום שהנאשם מזמן לעדות עד אשר צוין ברשימת העדים בכתב האישום, אך התובע לא קרא לו לעדות, רשאית התביעה לחקור אותו בדרך של חקירה נגדית, ובית המשפט אינו מוסמך למנוע אופן חקירה זה.

69. ומכאן חזרה להחלטת בית המשפט המחוזי מיום 2.11.26 בעניינו של פרופ' מנדלבליט.

<u>הגבלת חקירתם של עדי הגנה שלא נכללו ברשימת עדי התביעה</u>

70. כאמור, בהחלטת בית המשפט המחוזי מושא עתירה זו בעניין עדותו של פרופ' מנדלבליט, לא ניתנה הנמקה. על כן, אין אלא להישען על הנמקותיו של בית המשפט ביחס לעדים אחרים שזומנו על ידי ההגנה ובעניינם הוגבלה יכולתה של התביעה לחקור בחקירה נגדית. לאור הנימוק שניתן בעניינה של רפ"ק סבן, וכן בשים לב לטענות ב"כ המשיב 2, יש להניח כי בית המשפט המחוזי הביא בחשבון בין שיקוליו את הנימוקים שעלו בעניין **בוריסי** לעניין פרופ' מנדלבליט ומצא כי הוא עד "המזוהה עם התביעה".

71. **גם בעניין זה תטען המדינה כי החלטת בית המשפט המחוזי ניתנה בהעדר סמכות**. כאמור, סעיף 174 לחסד"פ קובע את סדר חקירת העדים במשפט הפלילי, ולפיו **התביעה רשאית לחקור את עדי ההגנה חקירה נגדית**. על-פני הדברים, **סעיף 178 לחסד"פ כלל אינו רלוונטי לעד זה**, משום שמדובר מלכתחילה בעד שלא נכלל ברשימת עדי התביעה, ועל כן גם פרשנות – אשר המדינה כאמור מתנגדת לה מכל וכל – לפיה סיפת סעיף 178 לחסד"פ מאפשרת לבית המשפט להגביל את מתכונת חקירת התביעה, **אינה רלוונטית כלל** לעניינו של פרופ' מנדלבליט.

ראו פסק הדין בע"פ 6522/10 **רחל זהבי נקר** נ' מדינת ישראל (2.5.2013): "**אומנם, כאשר תובע בוחר שלא לקרוא לעד שננקב כעד תביעה בכתב האישום, רשאי בית המשפט להרשות לנאשם לחקור את העד בחקירה ראשית כאילו הייתה חקירה שכנגד** (סעיף 178 לחוק סדר הדין הפלילי [...] ע"פ 666/86 סוכנות בר"ש בע"מ נ' מדינת ישראל, פיסקה 6(א) (8.2.1987)). **עם זאת, בענייננו לא חל סעיף 178 לחוק סדר הדין הפלילי, שכן כהן לא נמנה עם עדי התביעה בכתב האישום**".

ויודגש, זוהי הוראת המחוקק ואין בית המשפט מוסמך לסטות ממנה, ולשלול מן התביעה את הזכות שניתנה לה בחקיקה ראשית לחקירה נגדית. בהקשר זה נשוב ונפנה לסעיף 3 לחסד"פ, המורה כי "**בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק.**" כאן מדובר בעניין שיש עליו הוראה מפורשת בחיקוק, ובהתאם חלה הוראת סעיף 174 לחסד"פ ומורה כי התביעה תחקור נגדית את עדי הנאשם.

בהתאם, התביעה רשאית לחקור נגדית את העד פרופ' מנדלבליט, אשר לא נכלל ברשימת עדי התביעה, וזומן לעדות על-ידי הנאשם, ולחדד בחקירתו פערים שנוצרו בחקירתו על-ידי הנאשם, ולהציג לו מסמכים, על מנת להניח לפני בית המשפט את התמונה העובדתית המלאה להכרעתו.

72. כן יובהר, כי **משלא נכלל פרופ׳ מנדלבליט ברשימת עדי התביעה, לא ניתן היה לראותו כעד תביעה, גם לא על יסוד המזכר שהוגש בחתימתו** בהתאם להחלטת בית המשפט, ולא היה מקום לאפשר לנאשם לחקור אותו נגדית.

כפי שפורט לעיל, הגם שפרופ׳ מנדלבליט זומן על ידי ב״כ הנאשם, הוא נחקר על דרך של חקירה נגדית ובניגוד להוראות סעיף 174 לחסד״פ. ב״כ המשיב 2 ציין בפני בית המשפט המחוזי כי יש לראות בעד כעד תביעה, מאחר שהוגש ״תצהיר״ מטעמו (כאשר הכוונה היא למזכר שהוגש ביום 5.1.21 (נספח מש/3 לעיל)). כאמור, בית המשפט המחוזי לא נתן החלטה בעניין, אך בפועל חקירתו של ב״כ המשיב 2 המשיכה בדרך של חקירה נגדית.

בעניין זה יובהר, כי לא ניתן לראות את המזכר מיום 5.1.21 כתצהיר שהוגש מטעם התביעה המחליף עדות ראשית, אשר מאפשר לראות את פרופ׳ מנדלבליט כעד תביעה: מזכר זה אינו ערוך כתצהיר; פרופ׳ מנדלבליט לא הוזהר טרם חתימה עליו כנעשה בתצהירים; והן ההגנה והן בית המשפט המחוזי כלל לא הסתפקו במזכר זה, ובהמשך הועברו אליהם קטעים רלוונטיים מתוך פרוטוקולים של ישיבות שנערכו בראשות היועץ המשפטי לממשלה דאז. בית המשפט המחוזי אף התייחס למסמך זה בהחלטתו מיום 6.1.21, וכינה אותו ״עמדת היועץ״, להבדיל מתצהיר. וחשוב מכך - הגשת תצהירים חלף עדות ראשית אינה פרקטיקה קיימת בדין הפלילי.

כן יצוין, כי מעדותו של פרופ׳ מנדלבליט עולה כי ב״כ הנאשם 2 ביקש להיפגש עימו עובר לעדותו על מנת לרענן את זכרונו לקראת עדותו, ופרופ׳ מנדלבליט סירב לכך. מכך ניתן להבין בבירור כי ההגנה ראתה עד זה כעד הגנה מטעמה, שאם לא כן, מנועה היתה מליזום פגישה עימו כאמור (ראו עמ׳ 29 לפרוטוקול חקירתו של פרופ׳ מנדלבליט מיום 11.10.26, נספח מש/10 לעיל).

בדין הפלילי בישראל, בשונה מהפרקטיקה הנהוגה בהליך האזרחי (לפי תקנה 67 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע״ט-2018 המאפשרת שמיעת עדויות ראשיות בעל פה או בכתב), אין מנגנון המאפשר הגשת תצהירים בכתב חלף חקירה ראשית. ״**במשפט הפלילי העדים אמורים להעיד מזכרונם, ולא ניתן להגיש תצהירים חלף עדות ראשית.** הכלל המקובל הוא, שמי שמזמין עד אינו רשאי בדרך כלל להציג לפני בית המשפט ראיה שלפיה העד כבר מסר גרסה זו בהזדמנויות קודמות, ולעדים אין אפשרות להגיש מסמכים עם גרסאות שמסרו בעבר ולהפנות אליהם״ (אורנה אליגון דר **יסודות בדיני ראיות**, 88 (נבו, 2024)). הגשת הודעות במשטרה ומסמכים אחרים שלא באמצעות העד המתאים מתאפשרת רק במקרים שבהם קיימת הסכמה דיונית מפורשת של הצדדים לפי סעיף 144 לחוק סדר הדין הפלילי (ראו גם בג״ץ 4318/95 **מדינת ישראל נ׳ בינקין**, מט(3) 702 (1995)).

73. יצוין כי לימים, ביקשה ההגנה לראות במזכר מיום 5.1.21 – אשר לא נערך כתצהיר ולא התיימר להיות תצהיר – משום תצהיר המחליף עדות ראשית של פרופ׳ מנדלבליט כעד מטעם התביעה (זאת אף שלא נרשם ברשימת עדי התביעה, ועל בסיס היותו היועץ המשפטי לממשלה בשעתו). על פי תזה זו של ההגנה, היה על ההגנה להעלות טענה זו לאחר שהוגש המזכר, ולבקש לחקור את פרופ׳ מנדלבליט על אודותיו; וזאת במהלך פרשת התביעה, היא השלב בו נשמעת עדותם של עדי התביעה, וזאת לאחר שהללו רואיינו והעידו בעדות ראשית באופן סדור. חלף זאת, בחרה ההגנה להמתין עם בקשתה זו כמעט שש שנים, ולהעלותה בשלב פרשת ההגנה.

74. זאת ועוד. כפי שפורט לעיל, עמדת המדינה היא כי לא ניתן ליצור בדין הפלילי חריג בדמות "עד מזוהה עם התביעה" ולייבא לשם כך את ההלכה שנקבעה בהליכים אזרחיים בעניין **בוריסי**, בין אם עד זה נכלל ברשימת עדי התביעה אם לאו. יחד עם זאת, ולמען הזהירות, יצוין כי המבחן בעניין **בוריסי** יושם באופן שגוי לעניין פרופ' מנדלבליט. הגם שאין ספק כי פרופ' מנדלבליט, היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, השתייך בשעתו מבחינה ארגונית לתביעה, המבחן שנקבע בעניין **בוריסי** הוא אחר: האם יש לזקוף לחובת בעל הדין את אי-העדתו של העד המזוהה עימו. בענייננו, לא היה כל מקום לזקוף לחובת התביעה את אי-זימונו של פרופ' מנדלבליט לעדות במסגרת פרשת התביעה, שעה שפרופ' מנדלבליט כלל לא נכלל ברשימת עדי התביעה, אין פרקטיקה סבירה או מקובלת כי תובעים, וודאי שלא היועץ המשפטי לממשלה, יעידו בהליכים פלילים אותם הגישו, ועדותו כשלעצמה, גם כעד הגנה, מהווה אירוע חריג ובלתי שגרתי.

עוד יודגש כי חקירתו של פרופ' מנדלבליט על ידי התביעה בחקירה חוזרת כפי שהורה בית המשפט המחוזי, מבלי שנחקר כלל בחקירה ראשית, לא תאפשר את בירור התמונה העובדתית הדרושה להכרעה: בהעדר חקירה ראשית, אין אפשרות להצביע על פערים בין הדברים שמסר העד בחקירתו הראשית לבין דבריו בחקירתו הנגדית. חוסרים בעדות הנובעים מחלוף הזמן מאז האירועים מושא העדות, לא יגיעו לידי בירור בהעדר אפשרות להצגת עובדות ומסמכים בחקירתו של העד, והדבר יפגע ביכולת להגיע לחקר האמת.

75. נוכח כל האמור, המדינה תטען כי החלטת בית המשפט המחוזי לפיה חקירתו של פרופ' מנדלבליט על ידי התביעה תיעשה, ככלל, במתכונת של חקירה חוזרת התקבלה בחוסר סמכות, ובניגוד להוראתו המפורשת של סעיף 174 לחסד"פ.

76. יצוין בהקשר זה, כי אין בהחלטה לאפשר למדינה לבקש לחקור במתכונת אחרת בעניין נקודתי כדי לרפא את השגגה שבהחלטה. כאמור, סעיף 174 לחסד"פ מקנה לתביעה זכות סטטוטורית לחקירה נגדית של עדים שזומנו על ידי ההגנה. החלטת בית המשפט הופכת את היוצרות. חלף הכלל לפיו התביעה רשאית לחקור חקירה נגדית מלאה, הועמדה החקירה על מתכונת של "חקירה חוזרת" בלבד, תוך הותרת פתח עמום שלפיו באופן נקודתי ולבקשת התביעה ישקול בית המשפט חקירה בדרך אחרת. ואולם, מקום בו שלילת זכות החקירה הנגדית נעשתה בחוסר סמכות ובניגוד להוראות החוק, נכונותו של בית המשפט לשקול נקודתית להשיב לתביעה שבריר מהזכות שנשללה ממנה אינה מרפאת את הפגם שנפל בהחלטה.

<u>ד. דיון בטענות המדינה במסגרת עתירה לבג"ץ</u>

77. הדין הפלילי במדינת ישראל אינו קובע נתיב להשגה על החלטות ביניים שניתנו על ידי הערכאה הדיונית בהליכים פליליים, זאת למעט הסדרים ייחודיים, כגון ערעור על סירובו של שופט לפסול את עצמו לדון באותו משפט או ערר לפי סעיף 74 לחסד"פ. טענות אלה מקומן להישמע, ככלל, במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי. בית משפט נכבד זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, אינו נוהג, ככלל, להידרש לעתירות נגד החלטות ביניים שניתנו על ידי הערכאה הדיונית בהליכים פליליים, על מנת שלא ליצור מסלול ערר העוקף את ההסדר שקבע המחוקק (בג"ץ 398/83 **אביטן נ' הרכב שלושה שופטים**, פ"ד לז(3) 467, 470-471 (1983)).

78. בצד זאת, נקבעו מקרים חריגים שבהם יתערב בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות ביניים הניתנות בהליך הפלילי. כאלה הן עתירות המעוררות טענת פגם קיצוני בהליך או טענת העדר סמכות או עתירות שמעלות נושא עקרוני אשר עשויות להיות לו השלכות רוחב או שדחיית בירורו עלולה לגרום נזק בלתי הפיך. ראו למשל פסק הדין בבג"ץ 841/19 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב** (8.4.2019):

> "14. אכן, לבית המשפט הגבוה לצדק מסורה הסמכות לדון גם בהחלטות של בתי משפט וזאת בגדר סמכותו לדון "בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק" (סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה). ואולם, מקדמת דנא הבהיר בית משפט זה כי עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק אינה יכולה לשמש "נתיב חלופי" לתקיפת החלטת ביניים בהליך פלילי לשם עקיפת הכלל השולל ערעור על החלטות ביניים בהליך פלילי (ענין ברמלי, בפסקה 16 והאסמכתאות שם).
>
> **<u>לצד זאת נקבע כי בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ידון בעתירה נגד החלטת ביניים של בית משפט במסגרת הליך פלילי במקרים חריגים "כאשר מדובר בשאלה שבסמכות (עניינית) היורדת לשורשו של ענין, או כשמדובר בענין מהותי ועקרוני אשר הכרעה מאוחרת בו עלולה להסב נזק בלתי הפיך"</u>** (בג"ץ 179/17 ביטון נ' בית המשפט המחוזי בירושלים, פסקה 7 (9.1.2017) ענין ברמלי, פסקה 17)".

כן ראו את שנקבע בבג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע** (8.10.2006), אשר עסק אף הוא, כבעניינו, בסוגיה שבקביעת סדרי הדין בהליך הפלילי על ידי הערכאה הדיונית:

> "התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות הניתנות אגב ההליך הפלילי, תסייג עצמה אך ורק למקרים נדירים, ובהם מקום שמתעוררת **<u>טענה של העדר סמכות</u>**, או אם מתגלה תופעה קיצונית של שרירות בתחום שהוא מנהלי טהור (בג"ץ 583/87 הנ"ל, בעמ' 702). **<u>ועוד נקבע, כי התערבות כאמור תיתכן גם במצב שבו העתירה מעלה לדיון נושא עקרוני, בעל השלכות רחבות טווח, ובנסיבות בהן דחייתה של העתירה תגרום להיווצרותו של נזק בלתי הפיך, שלא יהא ניתן לתיקון באמצעות ערעור על פסק הדין הסופי</u>** (בג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא נ' בית-המשפט לעניינים מקומיים פ"ד מג(3) 728, 732 ואילך; בג"צ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נז(4) 625, 631; בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית-משפט השלום בירושלים, טרם פורסם, 6.6.05)".

79. **עמדת המדינה היא כי המקרה דנן נכנס במובהק לגדר המקרים החריגים שבהם נדרשת התערבותו הדחופה של בית משפט נכבד זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, עוד במהלך ההליך הפלילי, וזאת מכוח הצטברותם של מספר טעמים כבדי משקל.**

80. **<u>בראש ובראשונה</u>, הצורך בהתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטה מושא עניינו נובע מכך שהחלטת בית המשפט המחוזי ניתנה תוך חריגה מסמכות ובניגוד להוראת חוק מפורשת**. כפי שהוסבר לעיל, סעיף 174 לחסד"פ קובע הסדר חקיקתי ברור ומנדטורי באשר לסדר ואופן חקירת העדים. בהתאם לסעיף זה, התביעה רשאית לחקור את עדי ההגנה במתכונת של חקירה נגדית, ואילו החלטת בית המשפט המחוזי מגבילה את חקירת התביעה למתכונת של חקירה חוזרת. בכך, החלטת בית המשפט מאיינת זכות סטטוטורית שהוענקה לבעל הדין שכנגד בחוק, וזאת בלא כל מקור סמכות בדין.

ויובהר, כי להסדר הקבוע בסעיף 174 נקבעו חריגים מפורשים בסעיפים 178-181 לחסד"פ, אשר עדותו של פרופ' מנדלבליט אינה נופלת באף אחד מהם. ודוק, גם פרשנותו של בית המשפט המחוזי את סמכותו לקבוע את מתכונת חקירת התביעה לעדי הגנה שנכללו בכתב האישום בהתאם לפרשנותו את סעיף 178 לחסד"פ, <u>פרשנות אשר המדינה כאמור חולקת עליה</u>, אינה מקנה לבית המשפט סמכות להורות על מתכונת חקירה שונה מהקבוע בדין ביחס לעד הגנה שלא נכלל ברשימת עדי התביעה.

גם פסק הדין בעניין **בוריסי**, אשר צוין כנימוק להחלטתו של בית המשפט המחוזי בהחלטה בעניין רפ"ק סבן וככל הנראה בא בשיקוליו של בית המשפט המחוזי גם לעניין פרופ' מנדלבליט, אינו מהווה מקור סמכות לסטייה מהוראות החסד"פ. כאמור, עניין **בוריסי** הוא עניין אזרחי שנחקק על בסיס תשתית נורמטיבית שונה, בעוד שביחס לדין הפלילי קבע המחוקק הסדר ממצה וסגור של חריגים לכלל הקבוע בסעיף 174 לחסד"פ. ייבוא דוקטרינה אזרחית לדין הפלילי ויצירת חריג שיפוטי חדש של "עד המזוהה עם התביעה" יש מאין בהליך הפלילי, מהווה גם הוא חריגה מובהקת מסמכות המצדיקה את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

81. **<u>שנית</u>, התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטה מושא עניינו דרושה גם בשל כך שחריגתו של בית המשפט מסמכותו ומהוראות הדין מובילה לנזק כבד ופגיעה בלתי הפיכה ביכולת לרדת לחקר האמת בהליך הפלילי**. זאת נוכח השלילה או למצער צמצום משמעותי של יכולתה של המדינה לעשות שימוש בכלי החקירה הנגדית במהלך פרשת ההגנה, אשר החלה עם שלילת יכולתה של המדינה לחקור בחקירה נגדית עדי הגנה שנכללו ברשימת עדי התביעה, והמשיכה עם שלילה או למצער צמצום יכולתה של המדינה לחקור בחקירה נגדית עד הגנה אשר לא נכלל ברשימת עדי התביעה, וצפויים עדים נוספים כאלה, כאמור לעיל.

ההחלטה מושא העתירה אינה בגדר החלטה דיונית גרידא בדבר ניהול שוטף של ההליך הפלילי או תיחום נקודתי של שאלות במהלך עדות, אלא שלילה עקרונית וכמעט גורפת של זכות התביעה לחקירה נגדית של עדים המוזמנים לעדות בפרשת ההגנה. כפי שפורט בהרחבה לעיל, החקירה הנגדית אינה רק שלב טכני בסדר הבאת הראיות. היא מאפשרת לבעל הדין שכנגד להשלים את התמונה העובדתית בחלקים בהם העד כלל לא נשאל בחקירת בעל הדין, להציג לו מסמכים,

עדויות וגרסאות אחרות על מנת לרענן את זכרונו או לחשוף סתירות ולבחון את מהימנותו, כל עדות בהתאם לנדרש לגביה בנסיבות העניין. בהתאם, כלי החקירה הנגדית הוא בעל משמעות רבה עבור התביעה לשם הצגת התמונה העובדתית במלואה לבית המשפט. הדבר נכון ביתר שאת מקום בו התביעה לא ערכה לעד הכנה או רענון עובר לעדותו. על כן, הגבלת התביעה לחקירה בדרך של חקירה חוזרת בלבד, האוסרת על הצגת חומרים רלוונטיים לעד, אוסרת על שאלות מנחות ומוגבלת לשאלות הבהרה פתוחות בנושאים עליהם העד נחקר בלבד, מסכלת מן היסוד את האפשרות לאתגר באופן אפקטיבי את התזות שהניח הנאשם בחקירתו את העד, וממילא פוגעת ממשית ביכולת לברר את האמת ומובילה לנזק כבד ובלתי הפיך להליך הפלילי.

82. זאת ועוד, החלטות בית המשפט המחוזי בעניין מתכונת החקירה מהוות "שינוי של כללי המשחק תוך כדי המשחק" בעניין יסודי העומד בבסיס הגשת כתב האישום וכללי היסוד בניהול ההליך הפלילי, וכל זאת כאשר "כללי המשחק" קבועים בהוראת חוק מפורשת, שלא השתנתה. עת הגישה התביעה את כתב האישום כלכלה צעדיה וגיבשה את רשימת עדי התביעה בהסתמך על הוראות החסד"פ, לפיהן עד שאינו נכלל ברשימת עדי התביעה ויזומן כעד הגנה ייחקר על ידה בחקירה נגדית מלאה, בהתאם להוראות סעיף 174 לחסד"פ. באופן דומה, החליטה התביעה לוותר על העדת חלק מעדי התביעה על ידה, משנמצא כי העדתם אינה הכרחית בשים לב ליריעת המחלוקת שהתחדדה במהלך ההליך. זאת בידיעה שככל שההגנה תבחר לזמן עדים אלו לעדות מטעמה, התביעה לא תוכל לערוך להם ראיון עד עובר לעדותם (דבר הנחוץ במיוחד ביחס לאירועים שהתרחשו לפני שנים), כפי שניתן היה לעשות לו היו מוזמנים כעדי תביעה, אולם תחת זאת תוכל לחקור אותם בחקירה נגדית, ובמידת הצורך לעמת אותם עם מסמכים שירעננו את זכרונם. לו היו ידועים מראש הכללים שהניח כעת בית המשפט המחוזי בהחלטותיו, עשויה הייתה התביעה לכלכל צעדיה באופן שונה – בין אם באמצעות הכללת עדים נוספים ברשימת העדים בכתב האישום או צמצום הוויתור על עדי התביעה במהלך פרשת התביעה. שינוי הכללים בדבר מתכונת החקירה <u>בעיצומה של פרשת ההגנה</u> פוגעת אפוא פגיעה קשה בהסתמכות הדיונית של התביעה בהליך זה, ועשויה כאמור להוביל לפגיעה קשה ביכולת לרדת לחקר האמת ולהציג לבית המשפט את התמונה העובדתית במלואה.

83. **<u>שלישית</u>, אין כל אפשרות לרפא את הנזק שייגרם להליך הפלילי על דרך של הגשת ערעור על פסק הדין הסופי בהליך**.

דחיית ההכרעה לשלב הערעור עומדת בסתירה חזיתית לאינטרס הציבורי ותסב נזק ראייתי שלא ניתן יהיה לתיקון. ההליך הפלילי מושא העתירה הוא הליך פלילי רחב היקף, המתנהל מזה קרוב ל-7 שנים, ובו קיים אינטרס ציבורי ומערכתי ראשון במעלה להביאו לידי סיום תקין ומהיר ככל האפשר. דחיית בירור הסוגיה המועלית בעתירה זו לשלב הערעור על פסק הדין תוביל לכך שככל שערכאת הערעור תסבור כי נפל פגם מהותי בהחלטה, הדבר יחייב החזרת התיק לבית המשפט המחוזי לשלב שמיעת הראיות – תוצאה שתוביל להתמשכות בלתי סבירה של ההליך ולפגיעה קשה באינטרס הציבורי. ויוזכר, כי עדותו של היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, פרופ' מנדלבליט, עסקה בהיבטים הנוגעים לעצם אישור החקירה וכתב האישום, ומשכך נדרש מיצוי בירור האמת בעניינה כבר כעת ולא ניתן להותיר זאת לשלב הערעור, אשר עשוי להסתיים בהשבת ההליך לבית המשפט המחוזי.

זאת ועוד, ספק רב אם יהא בכוחה של החלטה מאוחרת שתינתן על ידי ערכאת הערעור לאחר שניתן פסק הדין כדי לרפא את הנזק שנוצר כתוצאה מההחלטה מושא העתירה. אם ייקבע כי יש לשמוע שוב את עדותו של העד במתכונת שונה מזו שעליה הורתה הערכאה הדיונית, עדותו עשויה להיות מושפעת מהתקדמות המשפט – הגשת סיכומי הצדדים ומפסק הדין שניתן עובר להחלטת ערכאת הערעור, באופן שישליך על היכולת לקיים חקירה נגדית אותנטית ואפקטיבית. משכך, התערבותו של בית משפט נכבד זה בעת הזו נועדה כדי למנוע נזק בלתי הפיך.

ראו והשוו: עניין **בוריסי**, פסקה 19 לפסק דינו של כב' השופט סולברג. אחר שקבע כי החלטה בדבר אופן חקירת העד, בשונה מסדר שמיעת העדים היא "**בעלת משמעות רבה על זכויות הצדדים**" וכי בהחלטה כזו "**פוטנציאל הפגיעה בזכויות הצדדים – כפול ומכופל**", התייחס לאי היכולת לרפא את הנזק ככל שיתברר בערעור שההחלטה שגויה:

> "השפעתה המכרעת של החלטה מסוג זה, תוביל במקרים רבים **לניהול "הליך** [...] בדרך **שגויה". יתירה מזאת, לעיתים מזומנות לא יהא בכוחה של החלטה מאוחרת, שניתנה על-ידי ערכאת הערעור לאחר שניתן פסק הדין, כדי לרפא את הנזק שנוצר מחמת אותה החלטה שגויה. גם אם יקבע כי יש לשמוע שוב את עדותו של העד במתכונת שונה מזו שעליו הורתה הערכאה הדיונית, עשויה עדותו להיות מושפעת** מתוכן עדויותיהם של עדים שהעידו לאחר מתן עדותו הראשונה, מסיכומי הצדדים, ומפסק הדין שניתן עובר להחלטת ערכאת הערעור."

84. **<u>רביעית</u>, מעבר לנזק הכבד והבלתי הפיך הצפוי להליך הפלילי הקונקרטי מושא עניינו, להחלטת בית המשפט המחוזי עשויות להיות השלכות רוחב ניכרות על הליכים פליליים אחרים**. הותרת ההחלטה על כנה משמעותה מתן הכשר לערכאות הדיוניות ליצור מתווה חקירה המנוגד להוראות החסד"פ, ושולל מבעל דין את זכות החקירה הנגדית הקבועה בסעיף 174 הן לגבי עדים שנכללו ברשימת עדי התביעה שהתביעה החליטה לא לזמנם לעדות, הן לגבי עדים שאינם נכללים ברשימת עדי התביעה וייטען כי הם "מזוהים עם התביעה".

לקביעות בית המשפט המחוזי השלכות רוחב משמעותיות על עבודת התביעה הכללית ועל ניהולם של הליכים פליליים בכלל, הן בהליכים התלויים זה מכבר, הן בהליכים שיוגשו וינוהלו בהמשך ופגיעה משמעותית ביכולת של בית המשפט להגיע לחקר האמת. בעת גיבוש רשימת עדי התביעה בכתב האישום, פועלת התביעה על יסוד ההנחה החוקית כי נחקרים שלא יזומנו על ידה כעדי תביעה – משום שנמצא כי אין הכרח בהבאתם לעדות לצורך הוכחת האשמה ובשים לב ליריעת המחלוקת שהתחדדה בעת המענה לאישום – ויוזמנו בהמשך כעדי הגנה, יהיו כפופים לחקירה נגדית מלאה. אם תישלל ודאות בסיסית זו, תיאלץ התביעה בתיקים רבים לכלול מלכתחילה ברשימת עדי התביעה כל עד פוטנציאלי לפי המבחן הרחב של היותו "מזוהה" עמה, שהחיל בית המשפט המחוזי, וכן תפחת יכולתה של התביעה לוותר על העדת עדי תביעה המנויים בכתב האישום, אך ורק מתוך חשש שמא תיחסם דרכה לחקור עדים אלו בחקירה נגדית ככל שיזומנו להעיד בפרשת ההגנה, וזאת מבלי שנערך לעדים אלה ראיון לקראת עדותם, כפי שהיה נעשה לו היו מוזמנים לעדות בפרשת התביעה. תוצאה זו תוביל לניפוח מלאכותי של רשימות עדי התביעה, להתארכות מיותרת של הליכים פליליים בגין שמיעת עדים שניתן היה לוותר על עדותם לולא היו לכך השלכות שליליות על האפשרות להציג תמונה מלאה באם יזומנו לעדות

מטעם ההגנה, ולעומס כבד על מערכת המשפט. כמו כן, הסטייה מהוראותיו של הדין ויצירת "חריג שיפוטי" לסעיף 174 לחסד"פ עלולה להוביל להתדיינויות רבות במהלך ההליך הפלילי, ריבוי הליכי ביניים והתדיינויות באופן שיקשה גם על עבודת בתי המשפט בדבר סיווגם של עדים והאם יש מקום בעניינם להגביל את מתכונת חקירתה של התביעה, באופן שיסרבל ויאריך ניהולם של הליכים פליליים. גם מטעם מערכתי זה, מתחייבת התערבותו של בית משפט נכבד זה כבר בשלב הנוכחי.

85. יצוין כי הטיעון בדבר השלכות הרוחב הפוטנציאליות אינו טיעון תיאורטי, אלא טענות ברוח החלטות בית המשפט המחוזי מושא עתירה זו כבר מועלות בהליכים פליליים מתנהלים שונים, בהם מבקשת ההגנה להיבנות מהחלטות בית המשפט המחוזי בעניינו, ולהורות כי עדים שהיו רשומים ברשימת עדי התביעה ולא הובאו לעדות בפרשת התביעה ייחקרו על ידי התביעה בחקירה חוזרת בלבד, וכי תישלל מהתביעה האפשרות לחקרם בחקירה נגדית.

כך, ביום 24.9.26 בת"פ 21212-08-21 **מדינת ישראל נ' ביטן ואח'** (מחוזי מרכז-לוד), התנגדה ההגנה כי התביעה תחקור בחקירה נגדית עד שהופיע ברשימת עדי התביעה וזומן לעדות על ידי ההגנה.

באותו מקרה, קיבל בית המשפט המחוזי מרכז (כב' השופטת ה' מרשק) את עמדת התביעה, לפיה סעיף 178 לחסד"פ מתייחס לזכותה של ההגנה, בכפוף לרשות בית המשפט, לחקור עד שהיה עד תביעה וזומן כעד הגנה בדרך של חקירה נגדית, וכן לקבוע סדר חקירה אחר. בית המשפט קבע כי סעיף 178 לחסד"פ אינו מתייחס לאופן החקירה על ידי ב"כ המדינה, כך שחל ההסדר הכללי הקבוע בסעיף 174 לחסד"פ, לפיו העד ייחקר בדרך של חקירה נגדית על ידי הצד שכנגד.

עמודי פרוטוקול הדיון הרלוונטיים וההחלטה בת"פ 21212-08-21 מצורפים ומסומנים **<u>מש/14</u>**.

86. דוגמה נוספת ניתן לראות בדיון בת"פ 23861-06-21 **מדינת ישראל נ' תורג'מן ואח'**, מיום 21.5.25. אף כאן, ביקש ב"כ ההגנה למנוע מהתביעה לחקור בחקירה נגדית עד אשר הופיע ברשימת עדי התביעה, אולם זומן לעדות בידי ההגנה. בית המשפט (כב' השופט א' גורדון) ביקש מהתביעה להבהיר מדוע נדרשת חקירה נגדית, ובסופו של יום קבע כי בהתאם לסעיף 178 לחסד"פ הוא מוסמך להכריע בסדרי חקירתו של עד, כי הוא אינו רואה טעם למנוע מהתביעה לחקור את העד בחקירה נגדית, אולם התביעה תחקור בשלב הראשון וההגנה בשלב שני.

עמודי פרוטוקול הדיון הרלוונטיים בת"פ 23861-06-21 מצורפים ומסומנים **<u>מש/15</u>** [ראו החלטה בעמ' 1749-1750 לפרוטוקול].

87. עינינו הרואות, אם כן, כי בערכאות השונות כבר נעשה שימוש בהחלטות בית המשפט המחוזי הנכבד מושא עתירה זו, ויש להעריך כי שימוש זה יילך ויתרחב, יוסיף אדוות להשלכות הרוחב להחלטות מוקשות אלה, ומשמדובר בסוגיה יסודית ובעלת פוטנציאל פגיעה משמעותי בבירור האמת מתבקש כי בית המשפט הנכבד ייתן הכרעה מנחה לכלל הערכאות הדיוניות.

88. **נוכח כל המפורט, עמדת המדינה היא כי נדרשת התערבותו המיידית של בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לצורך מניעת נזק חמור ובלתי הפיך להליך הפלילי, ולשם מניעת השלכות רוחב שליליות שייגרמו להליכים נוספים עקב ההחלטה, אשר ניתנה בניגוד להוראות הדין ותוך חריגה מסמכות.**

ה. סיכום

89. על יסוד כל אשר פורט בהרחבה לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כי העתירה תיקבע לדיון בהקדם האפשרי; להוציא את הצווים על תנאי שהתבקשו בפתח העתירה, לקבל את העתירה ולהפוך את הצווים על תנאי לצווים מוחלטים.

90. העובדות המפורטות בעתירה זו נתמכות בתצהירו של עו"ד יהונתן תדמור, המשנה לפרקליט המדינה (אכיפה כלכלית).

היום, ו' בכסלו תשפ"ז
16 בנובמבר 2026

שוש שמואלי, עו"ד	**מיטל בוכמן-שינהל, עו"ד**	**ענת גולדשטיין, עו"ד**
סגנית מנהל מחלקת הבג"צים	**ממונה במחלקת הבג"צים**	**סגנית בכירה א' במחלקת הבג"צים**
בפרקליטות המדינה	**פרקליטות המדינה**	**בפרקליטות המדינה**