

אהוד אולמרט

ע"י ב"כ עו"ד א. זוהר ו/או ר.
בלכה ו/או ה. ברקוביץ ממשרד
מ. זליגמן ושות'
וכן עו"ד נ. תל-צור ו/או י.
ליפסס, ו/או א. כפרי ממשרד
כספי ושות'
דרך מנחם בגין 23 תל-אביב,
66184
טל' 03-7101616
פקס 03-7101617

שולה זקן

ע"י ב"כ עו"ד מ. פטמן
רח' לילינבלום 44, תל אביב
טל' 03-5604731
פקס 03-5601140

המעוררים

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

תגובת המשיבה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט ג'ובראן) מיום 15.5.08 מוגשת בזאת תגובת המשיבה
לערעורים.

טיבו של ההליך:

1. יש להקדים ולהבהיר כי המשיבה לא תבקש לדחות את הערעורים על הסף מטעמים הנוגעים לטיבו של ההליך ולהעדרה של זכות ערעור על החלטה נשוא הערעורים. עם זאת ראוי לציין כי המשיבה חולקת על טענות המערערים לפיהן ניתן לערער על החלטת בית המשפט המחוזי הנכבד לאור **הלכת חסן** ובהיותה החלטה המכריעה סופית בעניין ועל כן בגדר "פסק דין".

עמדת המשיבה היא כי החלטה המתירה גבית עדות מוקדמת לפי סעיף 117 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החוק), היא **החלטת ביניים** בהליך פלילי, אשר יש לערער עליה רק במסגרת פסק הדין הסופי.

2. יצוין בתמצית כי בניגוד לנטען בבקשה, גם לאחר שנתנה הלכת חסן, דבק בית משפט נכבד זה בעמדה לפיה החלטה המורה על גביית עדות מוקדמת היא החלטת ביניים בהליך פלילי שאין עליה ערעור, ואף אין אפשרות לעתור בגינה לבג"צ. כך אף הוחלט בימים אלו על ידי בית משפט נכבד זה:

"הלכה היא כי אין לעקוף את הכלל לפיו אין זכות ערעור על החלטות ביניים בהליך הפלילי בדרך של הגשת עתירה לבית משפט זה. משכך, אין זה מדרכו של בית המשפט להתערב בהחלטות מסוג זה אלא במקרים נדירים בהם עולה טענה ממשית בדבר חוסר סמכות או כאשר מתגלית תופעה קיצונית של שרירות הנוגעת לתחום המינהלי של ההליך (ראו: בג"ץ 583/87 הלפרין נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 683 (1987); בג"ץ 2564/96 נחום זינגר (בן צבי) נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב (לא פורסם, 8.4.1996); בג"ץ 2484/04 ניסנביץ נ' הרכב בימ"ש מחוזי בראשות השופט צבי סגל (לא פורסם, 14.3.2004); בג"ץ 2029/07 וינברג נ' סגן נשיא בית משפט השלום בעכו כבוד השופט רחמים צמה (לא פורסם, 4.3.2007))"

(בג"צ 3570/08 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם))

3. עמדת המשיבה היא כי אין לאבחן לעניין זה בין החלטה הניתנת במסגרת בקשה לגביית עדות עוד במהלך החקירה, לבין החלטה העוסקת בבקשה המוגשת לאחר הגשת כתב האישום. בניגוד לנטען על ידי המערערים אין לאבחנה זו יסוד כלשהו בהוראות החוק ואף אין לכך עיגון בפסיקה. יש להדגיש כי משמעותה של קבלת טענת המערערים לעניין זה היא, למעשה, כי **בכל תיק** שבו מורה בית המשפט על גביית עדות מוקדמת **בשלב החקירה**, תוקנה לחשוד **זכות** ערעור דבר שיהיה בו כדי לסכל את יעילותו של כלי חשוב זה.

4. אכן, במידה ולא יוגש כתב אישום, תהיה ההחלטה בעניין גביית העדות החלטה סופית לכאורה, אולם בה במידה, אם יוחלט שלא להגיש כתב אישום בתיק לא תגרם בגין גביית העדות בדרך זו פגיעה בחשוד המצדיקה מתן זכות ערעור ודינה של העדות ומשמעותה לא יהיה שונה מכל חומר החקירה שנאסף בתיק.

5. יצוין עוד כי אין למצוא בסיס לאבחנה זו אף בהחלטות בית משפט נכבד זה. כך, בעניין בג"צ 3570/08 שהוזכר לעיל ואף בבג"צ 11872/05 ג'בארין נ' בית המשפט המחוזי חיפה (לא פורסם), מדובר היה בהחלטות שניתנו בשלב החקירה ולפני הגשת כתב אישום. על אף זאת, ראה בית המשפט בשני המקרים את ההחלטה על גביית העדות כהחלטת ביניים שאין לגביה זכות ערעור או אפשרות לעתור לבית המשפט הגבוה לצדק.

6. המשיבה חולקת, אם כן, על טענות המערערים לעניין הזכות לערער על ההחלטה בתיק זה. עם זאת לאור נסיבותיו המיוחדות ויוצאות הדופן של העניין ורגישותו הציבורית, מסכימה המשיבה לראות בהחלטה את אחד המקרים הנדירים המאפשרים דיון בה בפני בית המשפט נכבד זה במסגרת עתירה לבג"צ.

7. המשיבה תטען עם זאת כי מדובר בהכרעה המסורה ככלל בידי הערכאה הדיונית, כי נדירים המקרים שבהם ימצא בית המשפט הנכבד מקום להתערב בה ובשיקולי בית המשפט קמא וכי המקרה שבפנינו אינו אחד מאלה.

עמדת המשיבה היא כי בנסיבות המקרה שבפנינו לא נפל כל פגם בהכרעת בית המשפט קמא המצדיק התערבותה של ערכאה זו. בית המשפט שקל כהלכה את השיקולים השונים החלים במקרה זה, והחלטתו בדבר גביית עדות מוקדמת מהווה איזון הולם וראוי בין השיקולים הללו.

לגופו של עניין

8. תיאור הפרשה הנחקרת, עיקרי החשדות הנחקרים ועיקרי גרסתו של העד, הוצגו לבית המשפט קמא על ידי פרקליט המדינה והם מפורטים בפרוטוקול הדיון אשר חלקים ממנו אסורים לפרסום. המשיבה מפנה את בית המשפט הנכבד לתיאור האמור ובמיוחד לעמודים 16-12 לפרוטוקול.

9. סעיף 117 לחוק מסמך את בית המשפט, לבקשת בעל דין, לגבות עדות מוקדמת לאחר שנפתחה חקירה, וזאת בתנאי שבית המשפט השתכנע כי:

א. העדות חשובה לבירור האשמה

ב. יש יסוד סביר להניח שאי אפשר יהיה לגבותה במהלך המשפט

לגבי התקיימותו של התנאי הראשון, דהיינו, חשיבותה וחיוניותה של העדות המבוקשת לבירור האשמה, לא היתה מחלוקת בין הצדדים. מחומר החקירה שנאסף עד כה עולה כי עדותו של מר טלנסקי היא עדות מרכזית וחיונית בפרשה הנחקרת.

המחלוקת בין הצדדים התגלעה בשאלה, האם מתקיים בענייננו יסוד סביר להנחה שלא ניתן יהיה לגבות את עדותו של העד במהלך המשפט, אם יוגש כתב אישום. בעניין זה קיבל בית המשפט קמא את עמדת המשיבה ומכאן הערעור שבפנינו.

10. בית המשפט קמא בחן את נסיבות המקרה, הביא בחשבון את טענות המשיבה והמערערים וקבע כי "ניתן להניח לאור הנסיבות שפורטו, כי קיים סיכוי סביר שהעד לא ירצה לחזור לישראל למסירת עדות אם יוגש כתב אישום".

המשיבה תטען כי קביעה זו מעוגנת היטב בנסיבות אותן הציגה לבית המשפט קמא ואין מקום להתערב בה.

ביסודה של קביעה זו עומדת בראש ובראשונה העובדה שאינה שנויה במחלוקת כי העד, מר טלנסקי, הוא תושב ארצות הברית, אשר מרכז חייו שם ובדעתו לעזוב את ישראל ולשוב לביתו מייד לכשיתאפשר לו הדבר. מרגע שיעזוב את גבולות מדינת ישראל לא תוכל מערכת אכיפת החוק להפעיל נגדו את האמצעים המסורים בידה על מנת לזמנו למתן עדות אם לא יחליט לשוב לישראל מרצונו.

יודגש, ככל שיש צורך בכך, כי גביית עדות מוקדמת של עד חיוני, בנסיבות כאלה, היא דבר שבשגרה, ואיננה בגדר הליך חריג ויוצא-דופן הננקט רק בעניינם של המערערים. בפני בית המשפט קמא הוצגו מקרים הממחישים טענה זו כגון: תפ"ח (ב"ש) 1061/07 מ"י נ. אלכסנדר זוזוליה (שם), הצהיר העד כי בכונתו לחזור לארץ תוך מספר חודשים), ב"ש (י-ם) 2228/98 מ"י נ. פלוני, פח (ת"א) 1201/02 ואחרים.

11. בפני בית המשפט המחוזי הציגה המשיבה את הנימוקים המבססים יסוד סביר לאפשרות כי העד, מר טלנסקי, **לא ישוב לישראל** לשם למתן עדות במשפט נגד המערערים, אם יוחלט לקיימו ובית המשפט השתכנע כי חשש זה הוא ממשי.

החשש נובע מן ההנחה כי הגעתו לישראל כעד תביעה במשפט פלילי נגד המערער תגרום לו לאי נוחות רבה כאשר מדובר במתן עדות במשפט פלילי נגד אדם שהייתה לו עם העד במשך כחמש עשרה שנים, מערכת קשרים חיובית. יש חשש סביר כי העד יירתע מכך אף בשל ההשלכות הנלוות לעדותו והעובדה כי מדובר בעדות נגד ראש ממשלה, על כל המשתמע מכך.

בית המשפט קמא הביא בחשבון שיקוליו אף את העובדה כי מר טלנסקי לא פנה למשטרה ביוזמתו למסור את גרסתו. לא זו בלבד שמר טלנסקי אינו בגדר מתלונן בתיק זה, אשר ניתן להניח כי הוא מעוניין לעשות כל מאמץ כדי למסור עדות נגד מי שפגע בו אלא הוא עצמו חשוד בביצוע עבירות במסגרת הפרשה הנחקרת, דבר שיהיה אף בו כדי להשפיע על נכונותו לחזור לישראל בה הוא עומד בסיכון בגין עובדה זו. המשיבה מפנה אף לאמור בעמוד 18 לפרוטוקול הדיון כבסיס נוסף לחשש מפני אי חזרת העד לעדות.

12. המשיבה הרי פתחה את הדיון בבקשתה בפני ביהמ"ש קמא בהצגת עמדת המוצא שלה לפיה למר טלנסקי קשר הדוק לישראל, הן בשל בני משפחה קרובים המתגוררים בישראל, והן בשל זיקתו הקרובה לישראל כציוני ולפיה הוא נוהג לבקר רבות בישראל. המשיבה אף ציינה בפני בית המשפט את העובדה כי מר טלנסקי הביע נכונות לחזור ולהעיד ככל שיידרש לכך. כך תיארה המשיבה את הדברים ובית המשפט קמא הרי לא התעלם מהם בהחלטתו.

13. על אף כל אלה, עמדת המשיבה, שהתקבלה על ידי בית המשפט הנכבד קמא, היא כי אין בכל אלה כדי להפיג את החשש העולה מהנסיבות שפורטו לעיל ולהצדיק את לקיחת הסיכון כי לא תימסר עדות מטעם עד זה.

באשר לקשריו המשפחתיים של מר טלנסקי, הרי שאין לומר כי במידה וימנע מלהגיע לישראל ינותקו קשרים אלו שכן בני משפחתו יוכלו כמובן להגיע אליו. ובכל אופן, ניתוק זה, אם יתרחש, צפוי להיות זמני בלבד.

באשר לנכונות שהביע מר טלנסקי להגיע למתן עדות, הרי שתהיה זו טעות לתת לנכונות זו משקל כה מכריע וסופי כפי שלמעשה מבקשים המערערים, ולהתעלם ממכלול הנסיבות שפורטו בפני בית המשפט קמא.

גם בהנחה לעת הזו, ובשעה שמעמדו כיום הוא בחזקת חשוד המבקש לשוב לביתו שבחוו"ל, כי מר טלנסקי אכן מביע כעת נכונות כנה לשוב לישראל לצורך מתן עדות, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי נכונות זו עשויה להשתנות בעתיד מטעמים שונים שעליהם הצביעו באי כוח המשיבה בדיון בפני הערכאה קמא.

טעמים אלו עשויים לנבוע מנסיבות אובייקטיביות, אשר עשויות למנוע ממנו את הנסיעה הארוכה לישראל ואשר נעוצות בגילו (75 כיום), באמור בסעיף 18 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, או בכל אירוע אחר העשוי בעתיד להקשות עליו לנסוע מארה"ב לישראל. בנוסף, יש להביא בחשבון גם אפשרות של שינוי לבבות הנובע מרצון שיתגבש בעתיד להימנע מסיטואציה קשה של מתן עדות נגד אדם עמו היה במערכת קשרים חיובית במהלך השנים, על כל המשתמע מכך.

14. המשיבה הציגה בפני בית המשפט קמא מזכר מ/1 המשקף את דברי העד, שהועלו מיוזמתו, בדבר חששותיו. יודגש כי המשיבה לא טענה כי לעד אכן צפויה פגיעה כלשהי מטעם המערערים, אולם המסמך הוצג על מנת שבית המשפט יוכל להתרשם מהלך נפשו של העד בשלב זה.

המשיבה תטען כי צדק בית המשפט קמא בקבעו בנסיבות אלו כי קיים סיכוי סביר שהעד לא ירצה לחזור לישראל למסירת עדות אם יוגש כתב אישום.

אם יתרחש שינוי לבבות זה לאחר עזיבת העד את שערי הארץ, לא יהיו עוד בידי הרשויות בישראל אמצעי אכיפה ממשיים ואפקטיביים להביאו לעדות בפני בית משפט בישראל במידה ויוגש כתב אישום נגד המערערים.

15. בנסיבות אלו, לאור חיוניותה המסתמנת של עדותו לניהול התיק, עמדת המשיבה היא כי יש לעשות כל שניתן, כעת, כדי למנוע את הסיכון כי לאחר הגשת כתב אישום, ובמיוחד כתב אישום נגד ראש ממשלה, על כל התוצאות הציבוריות המשמעותיות שינבעו מכך, יתברר כי למעשה עדות מרכזית בתיק לא יכולה להישמע.

המשיבה תטען עוד כי ככל שמדובר בעדות שחיוניותה לתיק רבה יותר ומעמדה הצפוי בתיק אם יתנהל מרכזי יותר, יש בכך כדי להשפיע על מידת הסיכון אותו יש לקחת באשר לאפשרות כי העד ימנע מלהתייצב. במילים אחרות, ככל שהתנאי הראשון בדבר חשיבות העדות מתקיים בצורה מובהקת יותר, יש בכך כדי להשליך על מידת השכנוע הנדרשת לשם עמידה בתנאי השני שבהוראת סעיף 117 לחוק.

אמצעים חלופיים לגביית עדותו של עד בחו"ל

16. בית המשפט קמא בחן את טענת המערערים לפיה גם אם יעזוב העד את ישראל, ולא ישוב אליה, ניתן יהיה לגבות את עדותו ולהציגה בפני בית המשפט, באמצעים חלופיים הניתנים במסגרת עזרה משפטית בין מדינות, כגון בדרך של חיקור דין. בית המשפט לא חלק על קיומם של אמצעים אלו אך קבע כי אין מקום להסתפק באפשרות תיאורטית זו, הן לאור העובדה כי גם אפשרות זו מבוססת במידה רבה על שיתוף הפעולה של העד, והן לאור העובדה כי בתיק שבו עשויה ההכרעה להתבסס על קביעות מהימנות, יש להעדיף גביית עדות בפני בית המשפט, באופן המאפשר התרשמות ישירה מן העד, על פני גבייתה על ידי ערכאה זרה.

המשיבה תטען כי אין מקום להתערב בקביעה זו.

17. ראשית, יש להדגיש, ונראה כי המערערים אינם חולקים על כך, כי לא ניתן להביא בכפיה עד, מארץ אחרת, לשם מתן עדות בישראל. ההליכים שאותם מזכירים המערערים עניינם אך ורק בגביית עדותו של עד זה בחו"ל.

אכן, בעלי דין ורשויות התביעה עושים שימוש לעתים במסגרת עזרה משפטית בין מדינות בהליך של חיקור דין. עם זאת, טיבם של הליכים אלו והניסיון המצטבר מלמד כי הם תלויים בשיתוף הפעולה של העד במדינה הזרה, כמו גם של רשויות אותה מדינה ואינם בשליטתם המלאה של הרשויות בישראל.

עד המעוניין להעיד, ישתף פעולה עם הפניה, ויקל על גביית העדות בחו"ל. אולם הבקשה מטעם המשיבה הוגשה **לאור החשש מפני שינוי טעמו של העד בעתיד** מן הטעמים שפורטו לעיל ועל כן לא ניתן לצאת מתוך הנחה כי שיתוף הפעולה יתקיים לצורך גביית עדותו בחו"ל. יש להביא בחשבון את האפשרות הסבירה כי העד ישנה את טעמו ויכביד על ההליך בהעלאת התנגדויות שונות. אם כך יקרה, תהיינה הרשויות בישראל תלויות בחסדי ההכרעה אשר תתקבל על ידי ערכאות זרות ואשר לא תהיה בשליטתן.

יש להזכיר עוד כי הטענה שניתן יהיה לנקוט בהליכים אלו בארה"ב מבוססת על ההנחה כי העד יישאר בארץ זו, הנחה שאף היא עשויה להתבדות.

18. המשיבה תטען עוד כי צדק בית המשפט קמא בקבעו כי עדות הנגבית בדרך של חיקור דין בפני הרשויות בחו"ל, אינה זהה לעדות הנשמעת בפני בית המשפט במהלך ניהול תיק וכי גם בה טמונים קשיים בשל הדרך בה היא נגבית. עדות זו נגבית בפני שופט של ערכאה זרה, התייעוד בכתב הוא אשר מועבר לישראל וההתרשמות מן העד אינה לפי מראה עיניים, ובאופן בלתי אמצעי על ידי השופטים אשר עתידים להכריע את הדין.

אכן, הטכנולוגיה מאפשרת קיום חקירה באמצעות "ועידת וידאו", העשויה להקל על ההתרשמות, אולם הפעלת אמצעי זה תלויה ברצונו הטוב של העד ואין ודאות כי החקירה בענייננו אכן תבצע בדרך זו.

19. המשיבה תטען כי ראוי להעדיף גביית עדות מרכזית בתיק בישראל, לפי כללי הפרוצדורה הישראלים ובפני בית המשפט שעתיד לדון בכתב האישום, אם יוגש. זוהי למעשה מטרתו של סעיף 117 לחוק. לשם כך אף נקבע בענייננו **הרכב** של שופטים שישמע את העדות המוקדמת. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בעד כה מרכזי בפרשה. אין ספק כי על אף הקשיים, דרך זו עולה באיכותה הראייתית לאין ערוך על פני הדרכים החלופיות המוצעות על ידי המערערים.

רק אם יתברר כי אין מנוס מכך, יש לפנות ולנקוט באחת מן הדרכים החלופיות, בהן טמונים לדעת המשיבה קשיים רבים יותר מאשר בהליך של גביית עדות מוקדמת.

פגיעה בזכויות המערערים

20. לטענת המערערים המפורטת בהרחבה בהודעת הערעור, גביית עדות מוקדמת תפגע קשות בזכויותיהם.

המשיבה אינה חולקת על כך שבהליך של גביית עדות מוקדמת, ובודאי בשלב שבו עדיין מתנהלת החקירה, טמונים קשיים ושהדבר ישפיע אף על איכות החקירה הנגדית מטעם המערערים. עם זאת, עמדת המשיבה היא כי אין מדובר בענייננו בפגיעה מהותית מעבר לזו המתחייבת מטיבו של ההליך המבטא את עמדת המחוקק באשר לאיזונים הראויים בין השיקולים השונים בעניין זה. עמדת המשיבה היא וכי אין בטענה זו כדי להביא לדחיית בקשתה לגביית העדות המוקדמת, דחייה

משמעותה נטילת סיכון כי במהלך ניהול משפט בעל השלכות ציבוריות משמעותיות יתברר כי עדות מרכזית בתיק לא תשמע.

21. המערערים אכן פירטו בהודעת הערעור מטעמים את כל הפגמים העשויים להימצא בעדות שתגבה ממר טלנסקי, בשל השלב המוקדם בו היא נגבית, בעיצומה של החקירה, בטרם הגשת כתב אישום, כאשר חומר החקירה המלא אינו מצוי בידם, וכאשר החשדות נגדם טרם התגבשו סופית.

עמדת המשיבה היא כי פגמים אלו אינהרנטיים להליך של עדות מוקדמת ועל אף זאת, המחוקק מצא כי יש להשלים עמם בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף. לא זו בלבד, אלא שהמחוקק איפשר לגבות עדות מוקדמת אף בתנאים גרועים עוד יותר לחשוד/נאשם מאלו הנטענים על ידי המערערים. כך, ניתן לגבות עדות מוקדמת אף בהעדר סניגור מטעם החשוד, בהעדרו של החשוד או הנאשם עצמו ובהעדר חקירה נגדית מטעמים שונים. על אף זאת, בשל הצורך בלחימה בפשיעה, איפשר המחוקק נקיטה בהליך זה, על כל פגמיו.

22. המשיבה תטען כי ככל שימצאו פגמים בעדות שתגבה, משקלם ומשמעותם יישקלו הרי על ידי בית המשפט שידון בתיק לגופו, אם יתנהל. שקילת הפגמים אשר עשויים ליפול בעדות אינה חלק מהשיקולים שעל בית המשפט לשקול בשלב בו מתבקשת גביית העדות ובודאי שאינה יכולה להוות שיקול מכריע המהווה מחסום מפני גבייתה. השיקולים שעל בית המשפט לשקול מפורטים בסעיף 117 והם חשיבותה של העדות, והסיכוי כי לא תשמע במשפט. תנאים אלו מתקיימים בענייננו ודי בכך כדי להביא לקבלת הבקשה.

שקילת העדות לגופה וקביעת משקלה לאור פגמים הנובעים מהשלב בו נגבתה, תהיה מסורה לבית המשפט השומע את התיק והעדות תבחן בעתיד ככל שיהיה בכך צורך.

23. אכן, יתכן, שבשל פגמים וקשיים אלו, יפגע בסופו של דבר משקלה של עדות מוקדמת, ובכך הרי לוקחת התביעה בעיקר על עצמה את הסיכון בנקיטה בהליך לפי סעיף 117 לחוק. אולם אין בטעם זה, המתקיים במקרים רבים בהם מתבקשת גביית עדות מוקדמת, כדי למנוע מלכתחילה את גבייתה. קבלת טענותיהם של המערערים לעניין זה תמנע למעשה גבייתה של עדות מוקדמת במקרים רבים בהם ניתן לגבותה לפי סעיף 117 ותרוקן אותו מתוכן.

24. יפים לעניינו דברי בית המשפט הנכבד בע"פ 632/83 הרוש נ' מדינת ישראל פ"ד לט(1) 253:

אכן, "חקירת-שתי-וערב של עד התביעה על-ידי הנאשם או סניגורו היא מזכויות היסוד של נאשם להבטחת משפט הוגן" (ע"פ 107/74[6], בעמ' 306). כן מוצאים אנו בסעיף 126 לחוק הוראה, כי "באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו", וסעיף 95 לחוק קובע, כי על בית המשפט להמציא לנאשם הזמנה בכתב על מועד המשפט, וכן "יודיע בית המשפט על המועד בכתב גם

לסניגור". כל זאת כדי לתת לנאשם הזדמנות להיות נוכח במשפט ולהגן על עצמו כדבעי, ובכלל זה לחקור את עדי התביעה. אולם ככל שהדבר נוגע לשלב, בו נגבית העדות המוקדמת, לא דקדק המחוקק בעקרונות יסוד אלה, וזאת כהכרח בל-יגונה ובהעדפת טובת הציבור נוכח האלימות המתגברת של החברה העבריינית. כך רשאי בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, אף לגבות עדות אשר כזאת שלא בפני הנאשם או מי שעשוי להיות נאשם. את האיזון לסטייה זו מוצאים אנו בשלב שאחרי גביית העדות. לפיכך הורה בסעיף 121 לחוק, כי בית המשפט ירשה להזמין את העד לעדות נוספת, אם ניתן להביא את העד לבית המשפט, ואם נתקיים אחד מאלה:

"1) לא היתה לנאשם הזדמנות לחקור את העד;

2) לא ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה למנות לעצמו סניגור כדי שיהיה נוכח בעת גביית העדות וחקור את העד, או לא מונה לו סניגור שהיתה חובה למנותו;

3) בית המשפט סבור, מטעמים שיירשמו, שהדבר דרוש לבירור האמת או לעשיית הצדק."

והיה ו"נתקבלה עדות ... ולא היתה לבעל דין הזדמנות לחקור את העד, יביא בית המשפט עובדה זו בחשבון בשקלו את העדות", כאמור בסעיף 122 לחוק.

דברים אלו אומצו בהסכמה גם בע"פ 10545/04 **מדינת ישראל נ' אלדנקו** ובית המשפט חזר ועמד על כך גם בבג"צ 3570/08 לעיל:

"כפי שציין בית המשפט המחוזי, יוכלו העותרים להעלות את טענותיהם בכל הנוגע לקושי שבניהול החקירה הנגדית של המתלוננות בשלב מוקדם זה וטענות אלה תילקחנה בחשבון לעניין משקל העדויות, כהוראת סעיף 122 לחוק. זאת ועוד, סעיף 121 לחוק מאפשר את זימון העד או העדה שעדותם נגבתה לפי סעיף 117 לעדות נוספת בהתקיים התנאים הקבועים באותו סעיף".

25. אף בענייננו, יוכלו המערערים בעתיד, אם יראו צורך בבירור נוסף ובמיצוי החקירה, ליזום ולנקוט בהליכים אשר לטענתם ניתן יהיה לבצע בעניין עדות זו אף לאחר עזיבתו של העד את ישראל. כך, אם תתבדה הנחתה של המשיבה ומר טלנסקי יפתיע וישוב לישראל, יוכלו לבקש להעידו בהתאם להוראת סעיף 121(א) לחוק ואם ימנע מכך, יוכלו לבקש לגבות את עדותו בדרכים חלופיות תוך קבלת סיוע מטעם הרשויות בארצות הברית, הכל, כמפורט על ידם בהרחבה בהודעת הערעור.

ממה נפשך, אם כטענת המערערים אין חשש של ממש כי העד לא ישוב לארץ, ואם אין כל קושי בנקיטה באחד מההליכים החלופיים העומדים לרשות בעלי דין במסגרת עזרה משפטית בחו"ל, הרי שלא יהיה גם קושי לממש את האפשרות המתוארת בהוראות סעיף 121 לחוק המאפשרות למצות חקירת עד שנחקר בעדות מוקדמת.

המשיבה תטען, אם כן, כי בנסיבות אלו הפגיעה במערערים אינה כה רבה וסופית כנטען על ידם וכי אין בה כדי להצדיק את הסיכון שבאי גביית עדות מוקדמת בתיק זה.

26. מעבר לנדרש, תתייחס המשיבה גם לגופן של חלק מן הטענות שמעלים המערערים באשר לפגמים ולקשיים בגביית עדות בשלב זה. כך, טוענים המערערים לקושי מהותי בגביית עדותו של מר טלנסקי בעת שהוא מצוי בחקירה וחשוד בעצמו בביצוע עבירות. המערערים מפנים להלכת קינזי, אשר על אף שבוטלה, נקבע כי בית המשפט יוכל במקרים חריגים להפעילה ולטענתם המקרה שבפנינו הוא אחד ממקרים חריגים אלו.

יש להשיב על כך כי אין כל פסול בכך שאדם המצוי בחקירה, מעיד נגד מעורבים אחרים בפרשה, **בטרם הוגש נגדו כתב אישום**. מצב זה אף נתפס כחריג להלכת קינזי עוד בטרם ביטולה ובודאי שהוא אפשרי אף לאחר ביטולה. וראה לעניין זה ע"פ 579/88 סוויסה נ. מ"י פ"ד מד(1) 529. כמובן שבית המשפט רשאי יהיה לשקול עובדה זו בהערכת עדותו של עד זה.

27. המערערים טוענים כי אינם יודעים את טיב העבירות בהם יואשמו ועל כן אין באפשרותם לקיים חקירה של העד בשלב זה.

יש להשיב על כך כי בפרוטוקול הדיון בפני בית המשפט המחוזי, ובמיוחד בין העמודים 12-14, פורט טווח החשדות האפשרי נגד המערערים, כמו גם העבירות הרלבנטיות העולות מחשדות אלו. די בכך, ובעיון בחומר החקירה העומד לרשותם של המערערים כדי לאפשר חקירה הולמת של העד, גם אם טרם התקבלה החלטה סופית בדבר העבירות המיוחסות למערערים.

28. באשר לטענה בדבר היקף חומר החקירה המצוי בידי התביעה והקושי להתכונן לחקירת העד בלוח הזמנים שנקבע, יצוין כי החלטת בית המשפט קמא הועברה לצדדים עוד ביום ו' בצהריים (9.5.08). המשיבה הודיעה לבאי כוח המערערים על נכונותה לספק את מרבית חומר החקירה כבר ביום ו' בערב! **על אף זאת, ההגנה לא פעלה לקבלת החומר, עד לרגע זה, מטעמיה שלה.**

יש לציין עוד כי על אף שבימ"ש המחוזי עשה כל שניתן על מנת ליתן החלטה בבקשה במהירות המתבקשת מטיבו של ההליך הדחוף, הן בכך שהדיון בבקשה נקבע בדחיפות והן בכך שהחלטתו נתנה עוד ביום 9.5.08, ולמחרת יום העצמאות, המתנינו באי כוח המערערים **ששה ימים** עד להגשת הערעור ביום 15.5.08.

למערערים אין, אם כן, אלא להלין על עצמם על כך שהשתהו וצמצמו את מספר הימים העומד לרשותם לצורך הכנת חקירת העד.

טענות נוספות שהועלו על ידי המערערים:

29. המערערים טוענים אף לפגיעה הנובעת מעצם גביית עדות מוקדמת, שיש בה כדי להפוך את המערער ל"מעין נאשם". יש להשיב על כך כי למעשה הליך של גביית עדות מוקדמת אינו משקף אלא את העובדה כי עד חיוני לחקירה עומד לעזוב את הארץ, ועל כן אין לתלות בהליך משמעות מעבר לכך. לעניין זה יש להזכיר כי המשיבה בקשה כי בית המשפט קמא יגבה את העדות בדלתיים סגורות, אולם בקשתה נדחתה.
30. המערערים טוענים כי המשיבה אינה מבהירה כהלכה את מעמדו של מר טלנסקי, האם חשוד הוא או עד בלבד. יש להשיב על כך כי מר טלנסקי הוא עדיין בגדר חשוד בביצוע עבירות בפרשה ומעמדו הסופי טרם התברר. עם זאת ניתן לומר כי החשדות העולים בשלב זה מחומר החקירה אינם חמורים עד כדי הצדקת עיכוב יציאתו מן הארץ. על מר טלנסקי מוטלים כעת תנאים מגבילים (צו עיכוב יציאה מן הארץ והפקדת ערבות בנקאית). עם זאת, יש לציין כי לא ניתן יהיה לעשות שימוש בערבויות שיוטלו עליו בשל היותו **חשוד** בעבירות, לשם כפיית שובו לארץ **כעד**.
31. המערערים טוענים כי ניתן להטיל על מר טלנסקי ערבויות משמעותיות לפני צאתו מן הארץ, אשר יבטיחו את שובו למתן עדות. אכן, מר טלנסקי נדרש להפקיד ערבות בנקאית משמעותית בטרם צאתו מן הארץ, אולם כידוע, הנסיון מלמד אין באמצעים אלה בהכרח כדי להבטיח התייצבותו של עד למתן עדות ובודאי כך כאשר עד נמצא מחוץ לתחומי השיפוט.
32. המשיבה תטען כי צדק בית המשפט קמא בדחותו את הטענה כי אין לגבות עדות מוקדמת במקרה זה, לאור חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951. אכן כפי שקבע בית המשפט הנכבד, המניעה הקיימת בחוק היא מפני **הגשת כתב אישום** נגד חבר כנסת, ולא מפני הליכים שקודמים לשלב זה. בשולי הדברים יש להזכיר כי כיום, לאחר תיקון החוק, החסינות אינה מוענקת עוד באופן אוטומטי לחבר כנסת (סעיף 4(3) לחוק החסינות).

מענה לערעורה של שולה זקן

33. המערערת הצטרפה לטיעוני המערער, ועל כן, המענה לטענותיה מצוי לעיל. עם זאת, הוסיפה המערערת מספר נימוקים נפרדים אשר המשיבה תשיב להם בזאת:
- המערערת טוענת כי עיקר הנימוקים שהועלו באשר לחשש כי מר טלנסקי לא ישוב לישראל, נוגעים לעדותו נגד המערער ולא נגדה, ועל כן אין מקום לגרום לה לפגיעה מטעם זה. יש להשיב על כך כי אין כל מקום להבחין לעניין זה בין המערערים. יהיו אשר יהיו הטעמים המבססים את החשש כי העד לא ישוב, יש בהם כדי להשליך כמובן על עדותו **נגד שני המערערים**, ואף אם חלק מהטעמים (ולא כולם כמפורט לעיל) נובע מקשריו עם המערער דווקא, הרי ככל שאלה

ישפיעו על עצם החלטתו אם לשוב לישראל, הם ישפיעו בהכרח על מתן העדות גם בעניינה של המערערת. יש להזכיר כי גביית עדות מוקדמת אינה מהווה "ענישה" של חשוד על התנהגותו ועל כן אין זה משנה אם הטעמים המבססים את החשש כי העד לא יגיע למתן עדות, קשורים לנחקר אם לאו.

34. המערערת מוסיפה וטוענת כי בשל בחירתה בזכות השתיקה, יקשה עליה לקיים חקירה נגדית של מר טלנסקי.

יש להשיב על כך כי הקשיים האינהרנטיים בהליך של עדות מוקדמת ידועים ומוכרים, והמשיבה התייחסה להם לעיל. בחירתה של המערערת בזכות השתיקה אינה יכולה להוביל כמובן להימנעות מנקיטה בהליך האמור, אשר המחוקק איפשר לנקוט בו אף בשלב החקירה.

35. בשולי הדברים תבקש המשיבה להתייחס לפסקי הדין מבתי המשפט בארצות הברית אליהם מפנים המערערים, ואשר צורפו להודעת הערעור.

עיון בפסקי דין אלה מלמד כי אין בהם כדי לתמוך בטענות המערערים. בחלקם, (נספחים 2 ו-3) עוסקים פסקי הדין בהליך של **חיקור דין** של עדים אשר **כבר עזבו** את גבולות ארצות הברית, ובשיקולים האם לנקוט בהליך זה הנתפס כבעייתי ובלתי רצוי בשל העדר ההתרשמות הישירה מן העד, אם לאו. לעניין זה, ניתן משקל גם להצהרת העד כי הוא מוכן להגיע לארצות הברית לשם מתן עדות.

פסקי דין נוספים (נספחים 4 ו-5) אליהם מפנים המערערים ואשר עוסקים במצב הדומה להליך של עדות מוקדמת **אינם עוסקים בשלב של ההחלטה על גביית העדות** ובשיקולים לכך, אלא בשאלת קבילותה ומשקלה בהליך העיקרי, בשל פגמים שנפלו בה ועל כן, אינם לענייננו בשלב זה.

36. אשר על כן, ולאור כל האמור לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הערעורים ולאשר את החלטתו של בית המשפט הנכבד קמא לגבות מהעד טלנסקי, עדות מוקדמת.

תמר בורנשטיין
ממונה על עניינים פליליים
בפרקליטות המדינה

אלי אברבנאל
פרקליט מחוז ירושלים

משה לדור
פרקליט המדינה