



בבית המשפט העליון

רע"א 7143/21

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט י' כשר

המבקש: אריה בוריס

נגד

המשיבים: 1. יחזקאל קרטין
2. שמואל קרטין
3. הדסה ויזל

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מיום 10.6.2021 בת"א 7592-12-16 שניתנה על ידי כבוד השופט י' פרסקי

בשם המבקש: עו"ד אלי כהן

בשם המשיב 1: עו"ד ברוך כצמן; עו"ד נדב יריב

בשם המשיב 2: עו"ד מאיר כהן

בשם המשיבה 3: עו"ד אלעד סטופל; עו"ד יהודה שטרן

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. בקשת רשות לערער על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, מיום 10.6.2021, בת"א 7592-12-16 (השופט י' פרסקי), שבה נקבע כי נתבע שבחר שלא להעיד, וזומן להעיד על-ידי התובע, יחקר בחקירה ראשית בלבד; לא בחקירה נגדית.

רקע עובדתי

2. עסקינן בתביעה שהגיש המבקש, אריה בוריס, נגד המשיבים. אריה טוען כי בשנת 1986, בעודו קטין, רכש עבורו אביו, אברהם בוריס, נכס מקרקעין באזור התעשייה באשדוד. אריה הגיש תצהיר עדות ראשית, וכן תצהיר של אביו, אברהם. המשיבים, הגישו אף הם כל אחד את תצהירו הוא. ביום 10.6.2021 התקיים דיון הוכחות

בתיק. בחלקו הראשון, נחקרו אריה ואברהם; הן בחקירה ראשית על-ידי בא-כוחם, הן בחקירה נגדית על-ידי באי-כוח המשיבים. משהסתיימה פרשת התביעה, הגיע תורם של עדי המשיבים. בשלב זה הודיע ב"כ המשיב 1, יחזקאל קרטין, כי הוא 'מושך' את תצהיר העדות הראשית של מרשו, שהוגש זה מכבר, וכי הוא מוותר על עדותו במסגרת פרשת ההגנה. בא-כוחו של אריה התנגד לכך, ולאחר דין ודברים ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי. נקבע, ללא הנמקה, כי יחזקאל אכן רשאי 'למשוך' את תצהירו, אך מנגד יוכל אריה לזמן את יחזקאל לעדות מטעמו. ברם, ב"כ של אריה יוכל לחקור את יחזקאל רק בחקירה ראשית; לא בחקירה נגדית.

מכאן בקשת הרשות לערער שלפני.

תמצית טענות הצדדים

3. תחילה טוען אריה, כי שגה בית המשפט המחוזי, בכך שלא התיר לחקור את יחזקאל בחקירה נגדית, ובכך נפגעה יכולתו של אריה להוכיח את תביעתו. אריה מוסיף וטוען, כי "אין ספק שיחזקאל בעל אינטרס מנוגד לאינטרס [שלון], וכי הוא לא יטה לתמוך [בגרסתו], ולא ישתף פעולה באופן וולונטרי, באופן השומט את היסוד תחת רלבנטיות חקירתו של עד בחקירה ראשית, ומדגיש את הצורך בחקירתו על דרך של חקירה נגדית". כחיזוק לדבריו, מפנה אריה להחלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בת"א (מחוזי ת"א) 1029-09 קד-קו בניין פיתוח וכבישים (1990) בע"מ נ' מבני גאיה יזום והשקעות בע"מ (15.1.2013; השופט י' אטדגי) (להלן: עניין קד-קו): "כאשר בעל דין מזמין בעל דין שכנגד כעד, הוא רשאי לחקור אותו כדרך שנערכת חקירה שכנגד, גם אם על פי סדר השמעת העד, זוהי חקירתו 'הראשית'".

4. באמתחתו של יחזקאל, מנגד, כמה וכמה טענות; מהן מקדמיות, מהן לגופו של עניין. תחילה טוען יחזקאל, כי בקשת הרשות לערער הוגשה לאחר חלוף המועד להגשתה. עוד טוען יחזקאל, כי החלטת בית המשפט המחוזי באה בגדרו של צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009 (להלן: צו בתי המשפט). יחזקאל מוסיף וטוען, כי אריה הגיש בקשות דחיה להגשת הסיכומים מטעמו, תחילה בשל 'טיול משפחתי' ובהמשך בשל 'הליכי מו"מ', מבלי להודיע ליחזקאל כי בכוונתו להגיש בקשת רשות לערער. נטען אפוא, כי התנהגותו זו של אריה עולה כדי 'שימוש לרעה בהליכי משפט'.

5. לגופו של עניין טוען יחזקאל, כי אריה מעולם לא ביקש לחקור בחקירה נגדית. עוד טוען יחזקאל, כי אף אם היתה מתבקשת חקירתו בחקירה נגדית, לא היה מקום לעשות כן. לשיטתו, חקירה נגדית של בעל דין שמוזמן לעדות על-ידי הצד שכנגד,

תתאפשר רק מקום שבו מגיע בית המשפט למסקנה כי מדובר ב'עד עוין'. לפיכך, צדק בית המשפט המחוזי, בכך שלא איפשר לחוקרו בחקירה נגדית, כל עוד לא נקבע כי הוא 'עד עוין'. באשר להחלטה בעניין קד-קו, טוען יחזקאל, כי באותו עניין עלה חשש כי מדובר ב'עד עוין', ורק מן הטעם הזה הותרה חקירתו של העד בחקירה נגדית; ואילו בענייננו, כך יחזקאל, אין סיבה לחשוש כי יסרב לשתף פעולה, וממילא אין מקום לחקירתו במתכונת של חקירה נגדית. לחלופין, מפנה יחזקאל למספר פסקי דין של בית משפט מחוזיים, שבהם הובעה עמדה שונה מזו שבעניין קד-קו, והם תומכים דווקא בעמדתו-שלו.

6. המשיב 2, שמואל קרטין, חוזר על טענותיו של יחזקאל, ומוסיף וטוען, כי "עיון בחקירתו של יחזקאל על ידי ב"כ [של אריה] מוכיח שחקירה זו משתרעת על לא פחות מ-40 עמודי פרוטוקול [...] ב"כ [של אריה] קיבל הזדמנות מלאה ומרחב גדול לחקור את יחזקאל גם על דברים בלתי רלבנטיים, וקשה להאמין שנותרו עוד שאלות שהוא לא שאל". המשיבה 3, הדסה ויזל, מחרה-מחזיקה גם היא אחר יחזקאל ושמואל, בהתבסס על נימוקיהם.

7. בתגובתו של אריה לתשובות המשיבים נטען, כי הפרשנות שאותה מבקש יחזקאל לצקת להחלטה בעניין קד-קו, אינה מתיישבת עם האמור בה. לטענתו, "הנטייה של נחקר שהוא בעל דין שכנגד שלא לתמוך בגרסתו של בעל דינו, אינה רנטית לעדותו ונוגדת כשלעצמה את הרציונל בבסיס החקירה הראשית". עוד טוען אריה, כי בניגוד לטענת המשיבים, שלפיה לא נפגעה זכותו לחקירת המשיב-הנתבע, הרי שעיון בפרוטוקול הדיון מלמד על 12 פעמים שבהן נקטעה חקירתו של יחזקאל – הן על-ידי השופט, הן על-ידי ב"כ של שמואל – תוך שנקבע כי השאלה אינה מתאימה לחקירה ראשית. באשר לטענה כי חלף המועד להגשת בקשת הרשות לערער, טוען אריה כי פרוטוקול הדיון המודפס – המכיל בתוכו את ההחלטה מושא בקשת הרשות לערער, שניתנה בעל-פה, הוקלטה, ושוקלטה לפרוטוקול מודפס – הומצא לצדדים רק ביום 27.8.2021, ומשכך, בקשת הרשות לערער הוגשה במועדה. לבסוף טוען אריה, כי לא נפל פגם בבקשות הארכה להגשת הסיכומים, שהתבקשו על-ידו בבית המשפט המחוזי. לטענתו, די בכך שנוהל משא ומתן בין הצדדים, בניסיון להגיע להסכמות, כדי להצדיק את הגשתה של בקשת הארכה להגשת הסיכומים, אף אם במקביל נוצלה אותה ארכה גם להגשת בקשת רשות לערער.

דיון והכרעה

8. לאחר שעיינתי בהחלטת בית המשפט המחוזי, בבקשת הרשות לערער, בתשובות לבקשה, בתגובה לתשובות, בנספחים הרבים שצורפו להן, ובפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, החלטתי, בהתאם לסמכותי שלפי תקנה 149(2)(ב) לתקנות סדר הדין

האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות), לדון בבקשת הרשות לערער כאילו ניתנה רשות, והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. לאחר עיון בטענות הצדדים מזה ומזה, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור – להתקבל.

מניין הימים להגשת בקשת הרשות לערער

9. אפתח בהתייחסות לטענותיהם המקדמיות של המשיבים. תחילה אציין, כי הטענה שלפיה בקשת הרשות לערער הוגשה באיחור – מעוררת שאלה עקרונית, החורגת מגבולות ההליך שלפני. ההחלטה מושא בקשת הרשות לערער, ניתנה בעל-פה, במהלך הדיון. פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי נערך באמצעות הקלטה; זו שוקלטה בהמשך לפרוטוקול מודפס, על-ידי חברה חיצונית, הכולל בתוכו את ההחלטה הנדונה. דא עקא, רק ביום 5.7.2021 ניתנה החלטה נוספת של בית המשפט המחוזי, שבה הופנתה תשומת לב הצדדים להודעה מטעם חברת ההקלטה, שלפיה שקלוט ההקלטה, והמרתה לפרוטוקול מודפס – הסתיימו זה מכבר, והעברתו של הפרוטוקול המודפס לצדדים, מתעכבת אך בשל כך שאחד הצדדים טרם שילם את שכרה של חברת ההקלטה. סוף דבר, הפרוטוקול המודפס – ובו ההחלטה מושא הבקשה – הומצא לאריה רק ביום 17.8.2021. בנסיבות אלו, עולה שאלה מאימתי יש למנות את מניין הימים להגשת הליך ערעורי? האם יש למנותם כבר מן המועד שבו ניתנה ההחלטה בעל-פה, הווי אומר, מועד הדיון שהתקיים ביום 10.6.2021? או שמא, יחל מניין הימים רק מן המועד שבו הומצא לאריה עותק מודפס של ההחלטה, הוא יום 17.8.2021.

10. נפנה מבטנו לתקנות. תקנה 179(א) קובעת, כי "המועד הקובע לתחילת מניין הימים לפרק הזמן שנקבע הוא יום המצאת המסמך כמפורט בתקנות אלה; אם ניתנה החלטה במעמד בעלי הדין, יימנה המועד ממועד הדיון". קריאה פשטנית של התקנה, יכולה להוביל למסקנה מוטעית, שלפיה הצדק עם המשיבים: ההחלטה מושא בקשת הרשות לערער, ניתנה במעמד בעלי הדין, ואם כך – יש למנות את 60 הימים להגשת הבקשה, החל ממועד הדיון. כך, המועד האחרון להגשת הבקשה הוא יום 4.10.2021. לפיכך, בקשת הרשות לערער שלפני, שהוגשה רק ביום 25.10.2021 – הוגשה לכאורה באיחור, ודינה להימחק.

11. ברם, קריאה פשטנית זו – אי אפשר להולמה. כאמור, החלטת בית המשפט המחוזי, ניתנה על-פה. הפעם הראשונה שבה הועלתה אותה החלטה על הכתב, ונמסרה לצדדים כהחלטה כתובה, היתה ביום 17.8.2021. הווי אומר, עד לאותו מועד, דרכו של אריה להגשת בקשת רשות לערער – היתה סגורה ומסוגרת. תקנה 134(ב)(1) לתקנות קובעת, כי על המערער מוטלת חובה לצרף את "העתק ההחלטה שעליה מערערים". אילו

חפץ אריה להגיש בקשת רשות לערער בעת ההיא, הרי שלא היה ביכולתו לצרף את "הענתק ההחלטה", ובקשתו היתה נדחית כלעומת שבאה. השכל הישר מורה אפוא, כי לא לכך כיוון מתקין התקנות. תקנה 179(א) סיפא לתקנות, עוסקת במצב הדברים הרגיל, שבו בד בבד עם שימוע ההחלטה בעל-פה, יכולים הצדדים לקבל עותק מודפס של ההחלטה. גם במקרים שבהם מופעל 'חריג הידיעה' (ראו: החלטת הרשם ר' גולדשטיין ברע"א 6648/20 גבעון נ' ון-אמדן, פסקה 8 והאסמכתאות שם (21.12.2020)), אזי סוף כל סוף, מעת שנודע לבעל הדין על ההחלטה, אף שזו טרם הומצאה לו, ביכולתו לפעול לקבלת עותק מודפס הימנה. ממילא, ככל שלא עשה זאת, אין לו להלין אלא על עצמו. שונים הם פני הדברים, בנדון דידן. אריה לא יכול היה להניח ידו על עותק מודפס של ההחלטה, עד לאותו יום שבו הומצא לו פרוטוקול הדיון המודפס. עיון ב'נט המשפט' מלמד, כי גם כעת, אין עותק מודפס של ההחלטה, לבד מאותו שקלוט של ההחלטה, המשולב בפרוטוקול הדיון המודפס. במקרים מעין אלו, סבורני כי אין לראות את ההחלטה ככזו שניתנה במועד שבו הוקראה לצדדים, כל עוד אין באפשרותו של בעל הדין לקבלה כמסמך כתוב, המאפשר לו להשיג עליה לפני ערכאת הערעור. ממילא, משלא ניתנה ההחלטה "במעמד בעלי הדין", מצויים אנו בגדרה של תקנה 179(א) רישא, שלפיה "המועד הקובע [...] הוא יום המצאת המסמך" – 17.8.2021, כך שהמועד האחרון להגשה חל ביום 14.11.2021 (ראו בעניין דומה: רע"א 2623/14 מיטרי נ' דוברונסקי, פסקה 3 (7.5.2014)). מסקנתי היא אפוא, כי בקשת הרשות לערער, שהוגשה, כאמור, ביום 25.10.2021 – הוגשה במועדה.

צו בתי המשפט

12. טענה מקדמית נוספת בפיהם של המשיבים, ולפיה – החלטת בית המשפט המחוזי באה בגדרו של צו בתי המשפט. לשיטתם, סעיף 1(5) לצו בתי המשפט מכליל בגדרו של הצו, החלטה שעניינה "שאלות המוצגות לעדים", וסעיף 1(6) לצו בתי המשפט מוסיף גם החלטה בעניין "אופן הגשת עדויות". המשיבים סבורים, כי ההחלטה מושא הבקשה, עניינה הן ב"שאלות המוצגות לעדים" הן ב"אופן הגשת עדויות", ועל כן לא ניתן כלל להשיג עליה בדרך של בקשת רשות לערער. המשיבים לא הביאו כל תימוכין לעמדתם, אך דומה כי ישנה החלטה שניתנה בבית משפט זה, על-ידי דן יחיד, התומכת בעמדתם. בהחלטה קצרצרה שניתנה ברע"א 1959/13 עיריית רמת השרון נ' התעשייה הצבאית לישראל בע"מ (7.4.2013), נדחתה על הסף בקשת רשות לערער, שעניינה זהה לענייננו. זאת, אך בשל כך שההחלטה מושא הבקשה חוסה בצלו של צו בתי המשפט: "החלטת בית המשפט במקרה דנן באה בגדר כל אחת משתי חלופות אלה בין אם תחת התיבה הנוגעת ל'שאלות המוצגות לעדים' ובין אם תחת התיבה הנוגעת ל'אופן הגשת העדויות'". ברם, דעתי-שלי – שונה. סבורני, כי פרשנות נכונה של הוראות צו בתי המשפט, מחייבת

את המסקנה שלפיה החלטות בדומה להחלטה מושא בקשת הרשות לערער דנן, כלל אינן באות בגדרו של הצו.

13. כידוע, בבואנו לבחון את שאלת תחולתו של צו בתי המשפט לגבי החלטה כלשהי, עלינו לבחון האם לשון הצו ותכליתו תומכים בהחלתו על החלטות מסוגה של אותה החלטה: "כאשר מתעוררת שאלה פרשנית לגבי תחולת הצו על סוגים מסוימים של החלטות, יש לבחון את לשון הצו ותכליתו, כפי שבוחנים כל דבר חקיקה, ולהכריע בשאלה אם פרשנות ראויה של הצו כוללת החלטות מסוג זה או לא. כאמור לעיל, השאלה אם מדובר בהחלטה המאופיינת כהחלטה דיונית או מהותית עשויה להיות רלבנטית לצורך מלאכת הפרשנות. ברם, בניגוד לכך, עיון פרטני בהחלטה מסוימת וניסיון לאבחן אותה מהחלטות מסוג דומה, בטענה כי זאת הפעם מדובר בהחלטה מהותית ולא בהחלטה טכנית, פוגע פגיעה של ממש בתכליתו של הצו ובאפקטיביות שלו ככלי לקידום היעילות הדיונית. אין לדבר הזה אחיזה בלשון הצו, וברי כי הדבר מנוגד גם לתכליתו" (רע"א 6801/15 ברנשטיין נ' נכסים ח.ו.מ.ג בע"מ, פסקה 19 (24.7.2016) (להלן: עניין ברנשטיין)). נבחן אפוא, האם סוג ההחלטות הקובעות את אופיה של חקירת עד – אם כחקירה ראשית, או כחקירה נגדית – נופל בגדרו של הצו.

14. נפתח בסעיף 1(6) לצו בתי המשפט, המכליל בגדרי הצו "החלטה בעניין סדר הבאת עדויות ואופן הגשת עדויות, למעט החלטה בעניין מתן עדות מחוץ לכתלי בית המשפט, ובכלל זה בהיוועדות חזותית". בניגוד לטענת המשיבים, סבורני כי החלטות לגבי "אופן הגשת עדויות", אינן כוללות החלטות המתייחסות להיבט התוכני של העדות, דוגמת ההחלטה שבה עסקינן. עניינו של סעיף 1(6) לצו מתמצה בהחלטות לגבי ההיבט הצורני שאותו תישא העדות, כמו למשל, נוכחותם של בעלי הדין בעת מתן העדות (ראו: רע"א 581/15 שאבי נ' עגיב (כחלון), פסקה 10 (3.2.2015)). זאת ניתן להסיק, מבחירתו של מחוקק-המשנה במונח "אופן הגשת עדויות", שמשמעותו המילולית היא 'צורת' הבאת הראיות; "תְּפֹתֵי זָהָב בְּמַשְׁפִּיזוֹת כֶּסֶף דָּבָר דָּבָר עַל אֶפְנֵי" (משלי כה, יא). החריג לכלל, מעיד גם הוא על הכלל: החריג המעוגן בסעיף 1(6) לצו, עניינו – מתן עדות מחוץ לכתלי בית המשפט; חריג צורני, לא תוכני. סעיף 1(6) לצו, אינו מענייננו אפוא, ואינו חוסם את דרכו של אריה מלערער.

15. נפנה כעת לסעיף 1(5) לצו: "החלטה בעניין הזמנת עדים, סדר שמיעת עדים, ושאלות המוצגות לעדים לרבות קבלה או דחייה של התנגדות בעניין זה, למעט החלטה על דחיית בקשה לזמן עד או להגיש ראיה, או החלטה בעניין בקשה לעדות מוקדמת". קריאה פשטנית של הסעיף, מגלה פנים לכאן ולכאן. ניתן לטעון, כי החלטה שלפיה תערך חקירה רק בדרך של חקירה ראשית, משפיעה בעקיפין על שאלות שיישאל העד, ועל כן נכללת ב"שאלות המוצגות לעדים". מנגד, יטען הטוען, כי עניינה של החלטה בדבר אופי

החקירה, אינה החלטה בעניין "שאלות המוצגות לעדים". החלטה מסוג זה תשפיע כמובן על השאלות שיוצגו בהמשך, אך היא אינה מכריעה אד-הוק בשאלה כזו או אחרת, ועל כן אינה באה בגדרו של הצו.

16. משאין בכוחה של הלשון כדי להכריע, נפנה אל התכלית. על תכליתו של צו בתי המשפט עמדתי בעבר בעניין ברנשטיין: "הרציונל שבגיניו נקבעו סוגי ההחלטות שבצו הוא כפול: ראשית, מדובר בהחלטות שמטבען ממעטת ערכאת הערעור להתערב בהן בלאו הכי, בשל היותן החלטות בעלות אופי דיוני הקשורות לניהול ההליך; שנית, מדובר בהחלטות שברגיל אינן צולחות את אמות המידה הקבועות בסעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט, קרי – ערעור עליהן בסיומו של המשפט לא יביא לפגיעה בצדדים או לניהול הליך מיותר. היחס בין שני היבטים אלו משתנה בהתאם להוראות השונות של כל סעיף וסעיף בצו, ועם זאת נדמה כי במבט כולל ההיבט הראשון הוא הדומיננטי. [...] למעשה, מרבית ההחלטות מן הסוגים המנויים בצו בתי המשפט עשויות, בנסיבות המתאימות, להיות בעלות השפעה של ממש על זכויות הצדדים; אולם מכיוון שלרוב הן אינן כאלו, ומכיוון שבלאו-הכי מדובר בהחלטות דיוניות שערכאת הערעור תמעט מלהתערב בהן, נקבע על-ידי מחוקק-המשנה כי במצב זה עדיפה היעילות והרציפות הדיונית על פני מתן אפשרות להתערב בכל החלטה והחלטה תוך כדי ההליך; סופה של היעילות, במצבים אלו, לקדם את עשיית הצדק ולהגבירו, ולא לבוא על חשבוננו" (שם, פסקה 15).

17. קביעת סדרי שמיעת העדים, עשויה אמנם להשפיע על זכויות הצדדים, אולם סוף כל סוף בהחלטה דיונית עסקינן. לעומת זאת, קביעה כוללנית, שלפיה העד יחקר 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. הותרת ההחלטה על כנה, מבלי יכולת להעבירה תחת שבט הביקורת הערעורית, יכולה 'לסרס' את עדותו של העד, ולרוקן אותה מתוכן. מטבע הדברים, ניתן להניח, כי אותו עד ה'מזוהה' עם הצד השני, וסביב אופייה של חקירתו מתגוששים הצדדים, אינו שש, בלשון המעטה, לסייע לבעל הדין שהזמינו להעיד. ממילא, חקירתו בחקירה ראשית בלבד – לא בחקירה נגדית – היא בעלת משמעות רבה.

18. אוסיף, כי בניגוד להכרזה על עד כ'עד עוין', המתבססת במידה רבה על התרשמותה הבלתי-אמצעית של הערכאה הדיונית, ועל כן לא בנקל יתערב בה בית משפט שלערעור (ע"א 263/63 שורצבאום נ' נציץ, פ"ד יח(1) 202, 206 (1964) (להלן: עניין שורצבאום)), הרי שהחלטה מסוגה של ההחלטה שלפנינו, היא החלטה מקדמית בדבר האופי שאותו תישא חקירתו של העד. ברי, כי החלטה מעין זו, הניתנת בטרם עלה אותו עד על דוכן העדים, אינה מבססת עצמה על שיקול דעת שיפוטי, או על התרשמות בלתי-

אמצעות של הערכאה הדיונית, כי אם על יְשׁוּם כללים משפטיים נתונים. ממילא, 'מרחב התמרון' של הערכאה הדיונית מצומצם יותר, והפתח להתערבותה של ערכאת הערעור – גדל בהתאם. בראי התכלית האמורה, אין הצדקה להכללת החלטות מסוג זה במסגרת הצו.

19. הרציונל השני בבסיסו של צו בתי המשפט – תומך אף הוא באי-החלתו על החלטות מסוג זה. 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. ניתן אפוא להניח, כי עסקינן ב'החלטות שברגיל צולחות את אמות המידה הקבועות בסעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט', כך שגם רציונל זה מוליך לאי-החלת הצו על סוג החלטות זה. מסקנתי היא אם כן, כי השפעתה הרבה של ההחלטה, יחד עם גדרי התערבות רחבים יותר, תומכים שניהם בהותרת החלטות מסוג זה מחוץ לגבולותיו של צו בתי המשפט.

20. אמנם, מחוקק-המשנה קבע בסיפא של סעיף 1(5) מספר חריגים, והחלטות מסוג זה שבו עסקינן – לא בא זכרון במסגרת החריגים, אך לטעמי הדבר נובע מ'לקונה'; אין זה הסדר שלילי. כפי שאציין בהמשך, השאלה גופה, האם נתבע שמוזמן להעיד מטעם התובע יחקר בחקירה ראשית, או בחקירה נגדית, הושארה בעבר בצריך עיון, וטרם הוכרעה בפסיקת בית משפט זה. תהא זו הנחה בלתי-סבירה, כי הקדים מחוקק-המשנה, ונקט עמדה לגבי המועד שבו ניתן יהא להשיג על סוג החלטות מסוים, שעדיין לא הוכרע כיצד יש לנהוג בהן מבחינה מהותית. לא ניתן אפוא להסיק לענייננו מאי-הכללת החלטות מסוג זה במסגרת החריגים שעוגנו בסעיף (ראו, לגבי עניין אחר: רע"א 4880/21 זילכה נ' קלדרון, פסקה 24 (7.10.2021)); רע"א 4813/22 תאגיד – טקרינטק (2004) בע"מ נ' תאגיד – כפר המכביה בע"מ, פסקה 13 (15.8.2022)). אדרבה, ניתן לטעון, כי החלטה המורה כי עדותו של נתבע תישמע רק בדרך של חקירה ראשית, ללא יכולת לתובע לחוקרו בחקירה נגדית, דומה יותר במהותה לחריג שעניינו "דחיית בקשה לזימון עד", מאשר להחלטה אד-הוקית, לגבי שאלה כזו או אחרת המוצגת לעדים, הבאה בגדרו של הכלל. ממילא, בהעדר התייחסות מפורשת של מחוקק-המשנה, ומשבאתי לכלל מסקנה, כי תכלית הצו תומכת באי-החלתו על מקרים כגון דא, הרי שלעמדתי, צו בתי המשפט אינו חוסם את דרכו של אריה מלהשיג על ההחלטה.

21. אוסיף, כי הפרשנות המוצעת – אינה חדשה עמנו. פרשנות דומה לסעיף 1(5) לצו, ננקטה בעבר על-ידי השופט נ' הנדל: "נראה שיש לפרש בדרך מהותית את לשון סעיף 1(5) לצו, ולקבוע כי הוא עוסק בהחלטות שעניינן למשל דחייה או קבלה של שאלות קונקרטיות המוצגות לעדים. ברם, במקרה שלפנינו, החלטת בית המשפט המחוזי איננה עוסקת בשאלה ספציפית שהוצגה למי מן העדים. במקום זאת, בית המשפט המחוזי החליט להעניק לפלוני מעין 'זכות עמידה' במובן זה שהוא זכאי לחקור עדים. ישנו הבדל ברור בין החלטה מעין זו – שאיננה מתייחסת לעד ספציפי או לשאלה ספציפית, לבין החלטה אחרת – שעניינה פסילה או אישור של שאלה קונקרטית המוצגת לעד מסוים. אשר על כן, על החלטה כעין זו שלפנינו לא חל סעיף 1(5) לצו בתי המשפט" (רע"א 4104/12 מטרת מיזוג חברות בע"מ נ' גולדשטיין, פסקה 5 (19.6.2012)).

22. לסיום חלק זה, אדגיש, כי קביעתי שלפיה החלטות מסוג זה אינן נכללות בגדרי הצו, אין משמעה מתן זכות ערעור מוכנית, כל אימת שתינתן החלטה מעין זו שלפנינו. גם בקשת רשות לערער שאינה באה בגדרי הצו, נדרשת לעמוד בהוראתו הכללית של המחוקק, המעוגנת בסעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט, שלפיו "רשות [...] תינתן אם שוכנע בית המשפט כי אם הערעור על ההחלטה יידון במסגרת הערעור על פסק הדין ולא באופן מיידי, יהיה בכך כדי להשפיע באופן ממשי על זכויות הצדדים או שעלול להיגרם לצד להליך נזק של ממש, או שעלול להתנהל הליך מיותר או בדרך שגויה". עם זאת, בעניין שלפנינו, כאמור, דחיית ההכרעה עד לערעור על פסק הדין הסופי, עשויה אכן להוביל לניהול הליך מיותר או בדרך שגויה, ועל כן יש מקום ליתן רשות לערער.

טענות מקדמיות נוספות

23. טענה מקדמית נוספת בפי המשיבים, ולפיה – פעולותיו של אריה עובר להגשת בקשת הרשות לערער, עולות כדי 'שימוש לרעה בהליכי משפט'. לפי הנטען, הגיש אריה בקשות דחיה להגשת הסיכומים מטעמו, בהליך בבית המשפט המחוזי, מנימוק של 'טיוול משפחתי', ובשל 'הליכי מו"מ', וזאת, מבלי שהודיע למשיבים כי בכוונתו להגיש בקשת רשות לערער. התנהגות זו, כך נטען, עולה כדי 'שימוש לרעה בהליכי משפט'. טענה זו – אינה עניין להליך שלפני, ואינני מוצא לנכון להידרש לה. אין חולק על כך שבבקשת הרשות לערער, אין משום שימוש לרעה בהליכי משפט. איש גם לא יחלוק על כך שמשעה שהוגשה בקשת הרשות לערער, נכון היה לעכב את ההליך עד למתן הכרעה בבקשה, שכן זו עשויה להוביל לכך שאת עדותו של יחזקאל יהיה צורך לשמוע פעם נוספת, במתכונת של חקירה נגדית. טענת המשיבים מופנית, למעשה, רק כלפי בקשות דחייה להגשת הסיכומים, שהתבקשו במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי, עובר להגשת בקשת הרשות לערער. התנהלות זו, חורגת מגדרי ההליך הנוכחי, ולא מצאתי לנכון לנקוט לגביה עמדה,

לכאן או לכאן. ככל שהמשיבים חפצו להשיג על התנהלותו של אריה, סביב מועדי הגשת הסיכומים, יכלו לפנות סמוך לאחר מכן, לבית המשפט המחוזי, ולשטוח את טענותיהם בעניין. כך או כך, להתנהלותו המוקדמת של אריה אין השפעה על ההליך הנוכחי.

24. יחזקאל מוסיף וטוען, כי ב"כ של אריה מעולם לא ביקש לחוקרו בחקירה נגדית. שמואל מחרה-מחזיק אחריו, וטוען כי "עיון בחקירתו של יחזקאל על ידי ב"כ [של אריה] מוכיח שחקירה זו משתרעת על לא פחות מ-40 עמודי פרוטוקול [...] ב"כ [של אריה] קיבל הזדמנות מלאה ומרחב גדול לחקור את יחזקאל גם על דברים בלתי רלבנטיים, וקשה להאמין שנותרו עוד שאלות שהוא לא שאל". דא עקא, עיון בפרוטוקול הדיון, מעלה תמונה שונה בתכלית. למעלה מ-10 פעמים נקטע ב"כ של אריה במהלך חקירתו של יחזקאל; הן על-ידי השופט, הן על-ידי ב"כ של שמואל. שאלות ב"כ של אריה נותרו ללא מענה, תוך שהובהר לו שוב ושוב, כי על השאלות המוצגות ליחזקאל לשאת אופי התואם חקירה ראשית בלבד; לא חקירה נגדית.

אופי חקירתו של עד המזוהה עם הצד שכנגד

25. עד כה הילכנו בפרוזודור הטענות המקדמיות. משהסרנו אותן מדרכנו, באה העת להיכנס בטרקלין, ולהכריע בשאלה גופה: האם נתבע שסרב להעיד מטעמו, וזומן לעדות על-ידי התובע, יחקר על-ידי ב"כ התובע בחקירה נגדית, או שמא רק בחקירה ראשית? השאלה שלפנינו – אינה חדשה. שאלה זו עלתה ובאה על שולחנו של בית משפט זה בשנת 2006, ברע"א 4197/06 שירותי בריאות כללית נ' משה, פ"ד סא (1) 834, 839-840 (2006). ברם, מפאת מורכבותה של השאלה, הוחלט אז שלא להכריע בה: "נתאר לעצמנו שתובע קורא לעדות את הנתבע (או שנתבע מזמן לעדות את התובע, לאחר שהתברר כי הלה לא הובא לעדות כעד תביעה). כיצד תתנהל חקירתו של בעל הדין היריב? האם פרקליט התובע רשאי להציג לנתבע אך ורק שאלות המתאימות לחקירה ראשית או שמא רשאי הוא אף לחקור את העד בחקירה נגדית? האם עורך דינו של התובע רשאי לתקוף את מהימנותו של הנתבע, שהינו עד שזומן על ידו? כיצד תתנהל חקירתו של הנתבע על ידי פרקליטו הוא? האם הפרקליט רשאי לחקור את שולחו בחקירה נגדית ולהציג לו שאלות מדריכות? האם קיימת זכות להגנה לשוב ולהעלות על דוכן העדים את הנתבע שכבר העיד כעד תביעה? שאלות דומות ניתן להציג לגבי החקירה החוזרת. אין בכוננתנו ליתן תשובות לשאלות שהצגנו זה עתה. הפסיקה בארצות ה-Common Law מלמדת כי בתי המשפט התלבטו מאוד שעה שנדרשו להשיב לשאלה מהו אופייה של החקירה במצבים הנזכרים [...]. תשובה אחידה וברורה – אין".

26. עיון בפסיקתן של הערכאות הדיוניות, מאז שנת 2006 ועד עתה, מלמד כי בפסיקה שוררת בוקה ומבולקה. אותן פסיקות עשויות גם ללמד, כי אין מדובר בשאלה

בינארית. שאלת חקירתו של עד בעל זיקה לצד שכנגד, עשויה להתעורר במשרעת רחבה של מקרים, והתשובה עשויה להשתנות בהתאם לנסיבות.

27. עוד עולה מפסיקתן של הערכאות הדיוניות, כי גם במישור הסעד, ההכרעה אינה רק בין חקירה במתכונת של חקירה ראשית, לבין מתכונת של חקירה נגדית. יש כמה פתרונות אפשריים. במספר רב של מקרים הוכרע כי חקירתו של העד תעשה רק במתכונת של חקירה ראשית (ת"א (שלום חי') 07-20169-א.י.מ. מצולות פרוייקטים ויזמות בע"מ נ' חברת בטוח שידביט, פסקאות 9-10 (23.6.2010; השופט א' רובס); ת"א (מחוזי מרכז) 07-5462-08-08 עיריית רמת השרון נ' התעשייה הצבאית לישראל בע"מ (1.3.2013; השופט א' סטולד); תא"מ (שלום רמ') 12-24068-06-06 קרדן רכב בע"מ נ' שמואל, פסקה 2 (22.05.2013; הרשמת הבכירה צ' גרדשטיין פפקין); תא"מ (שלום הרצ') 13-04-8816-ש. שלמה רכב בע"מ נ' סולומון (20.5.2015; הרשם הבכיר צ' אלמוג); ת"א (שלום הרצ') 15-05-8785 שמעוני נ' רביב, פסקאות 43-45 (23.1.2017; השופט ג' הס); ת"א (שלום נצ') 13-10-43574 זעארתה נ' באבא, פסקה 8 (18.4.2017; השופט ד' קירס); ת"א (מחוזי נצ') 16-08-53902 שניר נ' בית ספר לסייעוד צפת, במרכז רפואי זיו, פסקאות 7-9 (9.12.2018; השופט ש' אטרש); (המפקח על המקרקעין, פתח תקוה) 11-455/17 עמל 11 ניהול מבנים בע"מ נ' נציגות הבית המשותף ברחוב עמל 11, ראש העין (2.8.2020; המפקחת א' ארפי מוראי); תא"מ (שלום ת"א) 19-01-4225 קשר רנט א קאר בע"מ נ' טיולי האוקיאנוס השקט בע"מ, פסקאות 12-15 (19.8.2020; הרשם הבכיר ק' נאשף); ת"א (שלום קריות) 16-10-2587 פלוני נ' מנחת הארץ מ.א. (2012) בע"מ (9.5.2021; השופט ש' מ' ארדמן); ת"א (מחוזי ת"א) 17-07-10423 ט.פ.פ.נ' שופרסל שלי (14.11.2021; השופטת ש' יעקובוביץ); תא"מ (שלום נצ') 20-03-25140 עבאס נ' זידאן, פסקה 8 (31.5.2022; השופט ד' קירס)).

28. בת"צ (מחוזי מרכז) 10-04-11008 רשף נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (14.02.2011; השופטת מ' נד"ב), הוסיף וציין בית המשפט המחוזי, כי כ'תמונת מראה' לחקירתו של העד אך בחקירה ראשית, על-ידי ב"כ של מי שזימנו לעדות, ב"כ הצד שכנגד – שעשוי אף להיות ב"כ של אותו עד עצמו, ככל שעסקינן בבעל הדין עצמו שנקרא להעיד ליריבו – יהיה רשאי לחוקרו בחקירה נגדית, כפי שהוא זכאי לחקור בחקירה נגדית כל עד שזומן על-ידי הצד השני.

29. מנגד, נשמעה דעה שונה, שלפיה חקירתו של העד תחל בחקירה נגדית על-ידי ב"כ של הצד שזימנו לעדות, ובהמשך יהיה רשאי ב"כ הצד שכנגד, שאיתו 'מזוהה' העד, לחקור גם הוא את העד בחקירה נגדית (עניין קד-קו, פסקאות 4-12; ת"א (מחוזי י-ם) 11-05-4460 מאקלין נ' הרשברג, פסקה 26 (17.3.2013; השופט ר' יעקובי); תא"מ (שלום

ת"א) 43508-02-14 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' נעים (18.4.2016); הרשם הבכיר א' כהן); (המפקח על המקרקעין, פתח תקוה) 795/20 באום נ' הופן ויגודה, פסקאות 22-26 (13.12.2021); (המפקח מ' פורת).

30. גישה נוספת, שלישית, עולה מפסק הדין בתא"מ (שלום רמ') 10457-05-17 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' דז (3.7.2018); השופטת ר' גלט). באותו עניין, שעסק בעדותו של נתבע שזומן לעדות על-ידי התובעת, נקבע, כי תחילה יחקר העד בחקירה ראשית על-ידי בא-כוחו, בהמשך יחקר נגדית בידי ב"כ התובעת, ואז יחקר שוב בחקירה נגדית בידי בא-כוחו.

31. גישת ביניים, רביעית במספר, הובעה בהחלטת בית הדין האזורי לעבודה, בסע"ש (אזורי ת"א) 58766-10-15 לוי נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פסקה 20 (10.11.2016); סגן הנשיא ש' טננבוים; בקשה לעיון חוזר נדחתה בהחלטה מיום 20.11.2016 (פסקאות 5-6)). שם נקבע, כי בעל דין שסרב להעיד וזומן לעדות בידי יריבו, יחקר נגדית גם על-ידי ב"כ של הצד שזימנו לעדות, כפי שנקבע בעניין קד-קו. מנגד, אם מדובר בעד שכל 'חטאו' הוא בכך שהוא 'מזוהה' עם הצד שכנגד, יחקר אותו עד בחקירה ראשית בלבד. זאת, אף אם הצד השני זימן תחילה אותו עד לעדות וחזר בו מכוונתו זו בהמשך.

32. פסיקתן של הערכאות הדיוניות אינה אחידה אפוא. זה אומר בכה וזה אומר בכה; "שני כתובים המכחישים זה את זה עד שיבוא הכתוב השלישי ויכריע ביניהם" (ספרא, ברייתא דרבי ישמעאל). לאחר ששקלתי בדבר, מסקנתי היא לא כדברי זה ולא כדברי זה. לשיטתי, הן שיקולי 'אקס-פוסט', הן שיקולי 'אקס-אנטה', תומכים בכך שעד המזוהה עם צד אחד ונקרא להעיד על-ידי יריבו, יחקר תחילה בחקירה נגדית על-ידי בא-כוחו של מי שזימנו לעדות, ובהמשך יחקר בחקירה חוזרת, במתכונת של חקירה ראשית בלבד, על-ידי בא-כוחו של הצד שעמו הוא מזוהה. עתה אנמק.

33. כידוע, שיטתנו המשפטית מושתתת במידה ידועה על השיטה האדברסרית, גם אם במעלה הדרך, אימצנו אי-אלו הנהגות בעלות ניחוח אינקוויזיטורי. בשיטה האדברסרית, עדותו של העד נשמעת על דרך של שאלות ותשובות. "הדוגלים בשיטה זו גם אינם מתירים לעד, בדרך כלל, לספר את הידוע לו בצורה ספונטנית וחופשית – כפי שמקובל בקונטיננט – אלא מגבילים את העד במסגרת של שאלה ותשובה. ההנחה היא שהאמת על הרקע העובדתי תצא לאור בצורה הטובה ביותר כאשר כל עד יחקר על-ידי הצדדים בשלושה שלבים: חקירה ראשית, חקירה שכנגד וחקירה חוזרת" (אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 92 (1970) (להלן: הרנון); וראו: תקנה 67(ג) לתקנות). תחילה נחקר

העד בחקירה ראשית, על-ידי ב"כ הצד שזימנו לעדות. בהמשך, נחקר העד בחקירה נגדית, על-ידי ב"כ בעל הדין היריב, ולבסוף, נחקר העד שנית, בחקירה חוזרת, על-ידי ב"כ הצד שזימנו לעדות.

34. אופייה של החקירה הראשית שנעשית, כאמור, על-ידי ב"כ בעל הדין שזימן את העד, נקבע מתוך הנחה כי העד צפוי לתמוך בגרסתו של בעל הדין המזמן. משכך, וכדי לנסות ולהגיע לחקר האמת, בא-כוחו של בעל הדין המזמן, אינו רשאי לשאול 'שאלות מדריכות', במסגרת החקירה הראשית. "ההדרכה אסורה מחשש של סוגסטייה, היינו שהשאלה המדריכה תשפיע על עד להסכים לגרסת השואל, אף אם התרשמות העד מן האירוע היתה שונה" (הרנון בעמ' 93). לעומת זאת, חקירה נגדית נעשית על-ידי בא-כוח הצד שכנגד, והנחת המוצא שבבסיסה – הפוכה. ההנחה היא כי גרסתו של העד, כפי שנשמעה בחקירתו הראשית, מזיקה לבעל הדין שכנגד. מטרתה של החקירה הנגדית, אם כן, היא לנסות לקעקע את עדותו הראשית של העד, או למצער להקטין את משקלה הראיית.

35. על חשיבותה של החקירה הנגדית נשתברו קולמוסים רבים. כבר בימי בראשית, העלה השופט ש' אגרנט על נס, אותו עיקרון "המחייב שלכל בעל דין תהא האפשרות לבקר את העדות, שאדם פלוני השמיע לגבי ענינו, על ידי חקרו אותו עליה חקירה שכנגד". העיקרון האמור "מקנה זכות – במובן של כוח – שהיא בעלת ערך רב עד מאד ושמתייחסים אליה כאל אחת הזכויות החשובות – אם לא הזכות החשובה ביותר – המוקנות לבעל דין לשם הגנה על האינטרסים שלו בדיון השיפוטי הנערך לגביו". בהמשך דבריו, הוסיף השופט אגרנט וציין, כי "החקירה שכנגד רואים אותה כמכשיר היעיל ביותר שהומצא עד היום והמשמש בידי בעל דין לשם גילוי האמת במשפט, ולדעת ויגמור מהווה אמצעי זה – ולא המוסד של חבר המושבעים – התרומה העולה בחשיבותה ובערכה על כל תרומה אחרת שהרימה היווריספרודנציה האנגלו-אמריקנית לשיפור סדרי הדין [...]. בהצטרפו לדעה זו, מציין גלנוויל וויליאמס [...], כי במשפט נירנברג עורר השימוש שנעשה אז באמצעי של החקירה שכנגד אף את התפעלותם של עורכי הדין הקונטיננטליים" (בג"ץ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פ"ד יג 5, 17 ו-23 (1959); ההדגשה הוספה – נ' ס'; ראו גם: ע"פ 6001/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 והאסמכתאות שם ((12.5.2013)).

36. כך הוא על דרך הכלל, אך כידוע, לכלל כלל יש יוצא מן הכלל. מקום שבו מגיע בית המשפט לכלל מסקנה כי העד שלפניו 'עוין' את בעל הדין שזימנו לעדות, הרי שרשאי הוא להכריז עליו כ'עד עוין'. להכרזה על עד כ'עד עוין', ישנן כמה תוצאות. המפורסמת שבהן, הרלבנטית רק במשפט הפלילי, היא היכולת להגיש את הודעותיו של העד במשטרה, כראיה במשפט (ראו: סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-

(1971). משמעות נוספת, היא הוראתו של סעיף 179 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שלפיה "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". אמנם, הוראה זו מעוגנת גם היא בסדר הדין הפלילי, ואין לה מקבילה בדין האזרחי החרות, אך הוראה דומה הוחלה מאז ומקדם גם בתחומי המשפט האזרחי, מכוחה של ההלכה הפסוקה (ראו: דבריו של מ"מ הנשיא ש' אגרנט בעניין שורצבאום, עמ' 211; ע"א 391/89 וייסנר נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(1) 837, 857 (1993); ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ, פ"ד סא(3) 18, 26 (2006)).

37. פשוט וברור, אם כן, כי למשמע תשובותיו של העד, וככל שאכן יתברר שהוא 'עויין', הרי שניתן יהיה להכריז עליו כ'עד עויין', ולחקור אותו בחקירה נגדית. השאלה המונחת לפתחנו, וזקוקה להכרעתנו, מתמצית בזאת: מהו כלל ברירת המחדל הנכון והראוי. האם נקודת המוצא היא הגדרתו ה'פורמלית' של העד, ולפיה משעה שאותו עד הוזמן על-ידי יריבו, אזי אותו מזמין מנוע מלחקור את העד בחקירה נגדית, כל עוד לא יוכרז אותו עד כ'עד עויין'; או שמא, עלינו לבחון את העד שלפנינו בחינה 'מהותית'.

38. המבקשים להיצמד להגדרתו ה'פורמלית' של העד, מבקשים להיתלות ביכולת להכריז על עד כ'עד עויין', כזו שתפתור את הקושי שנוצר מכך שמדובר בעד המזוהה עם הצד שכנגד. אמנם, אותו בעל דין שכנגד, או מי שמזוהה עמו, ונקרא להעיד ליריבו, לא צפוי לעשות 'חיים קלים' לבעל הדין שזימנו לעדות, אך ככל שאותו בעל דין ימסור תשובות 'עוינות', ניתן יהיה להכריז עליו כ'עד עויין'. כך, ממועד ההכרזה ואילך תהפוך חקירתו הראשית לחקירה במתכונת של חקירה נגדית, שתאפשר להגיע לחקר האמת. סברה זו, היא אשר הובילה, ככל הנראה, חלק ניכר משופטי הערכאות הדיוניות לקבוע כי החקירה תערך במתכונת של חקירה ראשית, תוך הנחה כי די בשוט בדמות הכרזה על 'עד עויין', המרחף כל העת ברקע. דא עקא, סבורני כי בכך אין די.

39. הסברה האמורה טומנת בחובה הנחת מוצא שגויה, שלפיה בידי בית המשפט מצויים 'כלי עבודה', שיסייעו בידו לעמוד על טיבו של כל עד ועד, אם עוד עויין הוא, אם לאו. ברם, בל נשכח, שופטים בשר ודם אנו. לא תמיד נוכל לזהות בוודאות אותו עד עויין שיתייצב לפנינו. יתירה מזאת, כאמור, חקירה במתכונת של חקירה ראשית, מתאפיינת ב'שאלות פתוחות'; לא מדריכות. האיסור על הצגת 'שאלות מדריכות', מקשה על עצם היכולת של בעל הדין להוכיח כי ב'עד עויין' עסקינן, שכן הסתמכות על היכולת להכריז בהמשך על העד כ'עד עויין', עשויה ליצור 'מעגל שוטה': בהעדר חקירה נגדית,

יתקשה בעל הדין להוכיח כי 'עד עוין' לפנינו, וכל עוד לא הוכרו העד כ'עד עוין', לא ניתן יהיה לחוקרו בחקירה נגדית. אותו 'מעגל שוטה' שעליו הצבעתי, מתעורר ביתר שאת בהליך האזרחי. המשפט הפלילי אינו נפתח כ'לוח חלק' (Tabula rasa). בידי התביעה ישנן הודעות, שאותן מסר העד בחקירותיו במשטרה, עובר להגשת כתב האישום. כך ניתן להצביע על סתירות בין עדותו של העד במשפט המתנהל, לבין הודעותיו במשטרה, שעשויות להוות בסיס להכרזה על העד כ'עד עוין'. לא כן במשפט האזרחי, שבו מוסר העד את גרסתו על דוכן העדים לראשונה, ואין בנמצא גרסה מוקדמת, שתוכל לשמש בסיס להשוואה.

40. מן הראוי לציין, כי חשש דומה הועלה כבר בראשית ימיה של מערכת המשפט הישראלית, על-ידי כותב אנונימי תחת שם העט "המשוטט", במדור "משוטט בפסקים", בכתב העת 'הפרקליט': "טכסיס כזה של הנתבע הוא בגדר מעשים בכל יום. יודע הנתבע בעצמו שאם יעלה על דוכן העדים ויחקר חקירה נגדית חריפה ומפורטת, יתגלו כמה נקודות [לדעתו], והוא מעדיף לשתוק, סייג לחכמה שתיקה [...] לתובע אין כל דרך להילחם בטכסיס כזה. זכאי הוא אמנם להזמין את הנתבע בתור עד שלו, אבל בדרך זו אין לו תקווה רצינית להציל מפי הנתבע את האמת הדרושה לו, כי סיכויו בנויים על פי רוב בשיטת החקירה והדרישה, הנעשית על ידי צורת החקירה נגדית. בחקירה ראשית אינו יכול לקוות לגילוי האמת, והוא מסכן את עצמו על ידי קבלת אחריות לדברי עד מתנגד ועוין, והעלול להזיק" (המשוטט "על טכסיסי המתדיינים" הפרקליט ז' 609, 609-610 (1950)). אמנם, בימים ההם, עוצמתו של ה'טכסיס' היתה רבה יותר, שכן על-פי המצב המשפטי ששרר אז, לא ניתן היה לפסוק על סמך עדות יחידה ללא סיוע; אך לוז הטיעון בעינו עומד.

41. נוכח החשש האמור, לא נוכל להשליך יהבנו על מנגנון המאפשר להכריז על העד כ'עד עוין'. חלף מנגנון של 'בחינה קזואיסטית', הבוחנת כל מקרה לגופו, וקובעת האם מדובר ב'עד עוין', עלינו לעצב כלל ברירת מחדל נכון ויעיל, שיסייע בידינו להגיע לחקר האמת. כלל ברירת מחדל שכזה, הוא כלל המנסה 'לנחש' מבעוד מועד, עוד טרם עלה העד על דוכן העדים, האם אותו עד צפוי להיות 'עד עוין', אם לאו. ככל שנגיע למסקנה כי מרבית הסיכויים שאותו עד צפוי להיות 'עוין', הרי שמוטב לקבוע זאת כבר מלכתחילה. בנוסף לחשש שהובע לעיל, מפני המכשולים שעומדים בדרכנו לצוד ברשתנו אותם 'עדים עוינים', הרי שבכך אף נחסוך את הצורך בהתדיינות סביב מעמדו של העד, ואת ההתכתשות סביב השאלה האם להכריז על העד כ'עד עוין', אשר מסיטה את הצדדים מן העיקר אל הטפל. מכלול טעמים אלו, הם שהובילונו למסקנה כי הכלל הנכון, אותו יש לאמץ, הוא כי עד המזוהה עם בעל דין, וזומן לעדות בידי בעל הדין שכנגד, וצפוי להיות 'עוין' לאותו בעל דין שזימנו לעדות, יחקר בחקירה נגדית תיכף ומיד. זאת, ללא צורך בהכרזה עליו כ'עד עוין'.

42. עם זאת, הפעלתו של כלל 'מוכני' שכזה – יכולה לעורר קושי מסוג אחר. משקבענו כי עדים 'מזוהים' עם הצד שכנגד יחקרו בחקירה נגדית, נשאלת השאלה, מהי דרגת הקרבה הנדרשת מאותו עד, על מנת להיות 'מזוהה' עם בעל הדין שכנגד? כפי שניתן להיווכח מסקירת פסיקתן של הערכאות הדיוניות, ישנם מצבים שונים ומשונים שבהם עולה טענה לקיומה של זיקה לבעל הדין היריב, תוך שקיים פער ניכר בעוצמתה של אותה זיקה, בין מקרה למקרה. עולה אפוא חשש, כי הפעלתו של כלל מסוג זה, עשויה לייצר זירת התדיינות מקדמית חדשה, סביב השאלה האם העד שלפנינו אכן 'מזוהה' עם הצד השני, ו-"אם כן מה הועילו חכמים בתקנתם" (בבלי, כתובות י, ע"א). ברם, סבורני, כי ניתן להפיג את החשש האמור, בקלות יחסית. תחת הכרעה פרטנית לגבי כל מקרה ומקרה, ניתן לקבוע כלל אחיד, שישמש עבורנו כ'מצפן' לכל אורך הדרך. כלל זה – נקוט הוא בידינו זה מכבר, ושופטי הערכאות הדיוניות מורגלים היטב בהפעלתו. כידוע, "אי-הבאתו של עד רלוואנטי מעוררת, מדרך הטבע, את החשד, כי יש דברים בגו וכי בעל הדין, שנמנע מהבאתו, חושש מעדותו ומחשיפתו לחקירה שכנגד" (ע"א 465/88 הבנק למימון ולסחר בע"מ נ' מתתיהו, פ"ד מה(4) 651, 658 (1991)). ניתן אפוא ליישם את הכלל האמור גם על ענייננו-אנו: כל מקום שבו אי-זימונו של עד יזקף לחובתו של בעל דין מסוים, משמע – אותו עד הוא בעל 'זיקה' אליו. ממילא, ככל שבעל הדין היריב יבחר להעיד אותו עד מטעמו-הוא, הרי שקיימת חזקה, שלפיה אותו עד עוין את בעל הדין היריב שזימונו לעדות; כפועל יוצא, יוכל בא-כוחו לחקור את העד במתכונת של חקירה נגדית.

43. נימוקים דומים, הם שהביאוני למסקנה, כי גם במסגרת החקירה החוזרת, יש להמשיך ולראות את העד, כעד ה'שייך' לצד שכנגד מבחינה מהותית. כך יוכל ב"כ הצד שכנגד לחקור אותו עד בחקירה חוזרת 'סטנדרטית' בלבד; חקירה המתנהלת בדומה לחקירה ראשית, וגם בה חל איסור על הצגת 'שאלות מדריכות'. הטעם לכך ברור: בדיוק באותה מידה שבה אין אנו מאפשרים בדרך כלל לחקור חקירה חוזרת במתכונת של חקירה נגדית, כך גם אין לאפשר לב"כ הצד שכנגד, שעמו מזוהה העד, לחקור אותו עד בחקירה נגדית, ובכך להקנות לו יתרון בלתי הוגן.

44. בית המשפט המחוזי בעניין קד-קו, סבר אמנם, כי "יש להתיר גם לבא כוחו של בעל הדין שנקרא להעיד על ידי יריבו לחקור אותו בדרך של חקירה שכנגד (לאחר חקירתו על ידי ב"כ בעל הדין שכנגד). זאת, משום שכללי הפרוצדורה האזרחית ודיני הראיות בהליכים אזרחיים אינם אמורים להעניק יתרון מקדמי לאחד מבעלי הדין ועליהם להתייחס באופן שווה לתובע ולנתבע [...]. אם תוגבל דרך חקירתו על ידי בא כוחו לחקירה חוזרת בלבד, יימצא שהוא העיד על דברים שהצד שכנגד חקר אותו עליהם בלבד ונמנעה ממנו ההזדמנות לשטוח את גרסתו גם על דברים נוספים, העשויים לשפוך אור שונה על הדברים עליהם העיד בחקירתו הראשונה. נמצא, שחקירתו על ידי בא כוחו בדרך של חקירה שכנגד

תהלוך יותר את השוויון המתבקש בין שני הצדדים ותתרום יותר לבירור האמת". דא עקא, סבורני כי בכך בא בית המשפט המחוזי לכלל טעות.

45. ראשית, טעמו ונימוקו של בית המשפט המחוזי כשלעצמו, יש בו, לכל היותר, כדי להצדיק חקירה חוזרת במתכונת של חקירה ראשית, כך שתתאפשר התייחסות גם לנקודות שלא עלו במהלך החקירה הנגדית. עם זאת, אין בכך כדי להצדיק מתן 'פריבילגיה' נוספת, ולאפשר עריכת חקירה חוזרת במתכונת של חקירה נגדית, שבמסגרתה ניתן יהיה לשאול 'שאלות מדריכות'. גם לגוף הדברים, התקשיתי לרדת לעומק דעתו של בית המשפט המחוזי. למעשה, כל עד 'סטנדרטי' – נחקר בצורה 'בלתי-שוויונית' כביכול. בא-כוחו של בעל-הדין שזימנו לעדות, רשאי לחקור בחקירה ראשית וחוזרת בלבד; לא בחקירה נגדית. מנגד, בעל הדין שכנגד, יכול לחקור את העד בחקירה נגדית. אלא שבכך אין כל פסול. אדרבה, אותו חוסר שוויון 'פורמלי', הוא הוא המאפשר להשיג שוויון 'מהותי' בין בעלי-הדין, ומסייע להוציא את הצדק לאור. שיטת המשפט האדברסרית מבססת עצמה על ההנחה, כי רק כך ניתן יהיה לחשוף את האמת באופן מיטבי. משעה שוויתר בעל-הדין שאיתו מזוהה העד על עדותו, ויתר הוא על זכותו לחקור אותו עד בחקירה ראשית. ממילא, אין כל פגיעה בשוויון, בכך שאין אנו מאפשרים לו עתה לחקור את העד המזוהה עמו; לא בחקירה ראשית, שעליה ויתר בבחירתו שלא להעיד אותו עד, וודאי לא בחקירה נגדית, שעה שמדובר בעד ה'מזוהה' עמו. מובן שאין בכך כדי למנוע מאותו בעל דין לחקור את העד המזוהה בחקירה חוזרת 'סטנדרטית', שבה יוכל בא-כוחו להתייחס אך ורק לעניינים שעלו במסגרת החקירה הנגדית שערך הצד שכנגד.

46. אמנם, מקום שבו עד מוכרז כ'עד עויין', הרי שבהתאם לכללים הנוהגים, רשאים הצדדים כולם לחקור בחקירה נגדית (ראו: קדמי, בעמ' 475), אך אין להקיש מהתם להכא; ישנו שוני מהותי בין המקרים. 'עד עויין', פשוטו כמשמעו, הוא עד שהתגלה כעוין את הצד שזימנו לעדות. יחד עם זאת, אין משמעות הדברים כי אותו עד התמסר כל-כולו ל'נרטיב' של הצד שכנגד. ניתן לחשוב על עד המתייצב על דוכן העדים, ו'יורה בו-זמנית לשני הכיוונים'. חלק מסוים מעדותו יכול לגרום נזק לצד שזימנו לעדות, ואילו היבט נוסף של עדותו יכול לפגוע דווקא בצד שכנגד. לפיכך, אין די בהכרזה על עד כ'עד עויין', כדי לשלול מבעל הדין שכנגד את זכותו לחקור גם הוא אותו עד בחקירה נגדית. שונים הם פני הדברים בנדון דידן. משבאנו לכלל מסקנה כי בעד המזוהה עם בעל הדין שכנגד עסקינן, הרי שהנחת המוצא היא כי אותו עד עשוי לשרת את עניינו של אותו בעל דין. משכך, אין מקום להעניק 'פרס' לאותו בעל דין שכנגד, ולאפשר לבא-כוחו לחקור גם הוא בחקירה נגדית אותו עד המזוהה עמו, ובכך לפגוע ביכולת גילוי האמת. בדיוק

מאותה סיבה שבגינה איננו מאפשרים לעד המוזמן לעדות מטעם צד מסוים, להחקר נגדית בידי אותו צד, כך גם עד המזוהה עם צד מסוים, אך בשל 'תרגיל' דיוני נאלץ הצד השני לזמנו, אין לאפשר את חקירתו הנגדית על-ידי הצד שעמו הוא 'מזוהה'.

47. עד כאן עמדנו על שיקולי 'אקס פוסט' הרלבנטיים לענייננו. עתה אפנה לבחון את מערך השיקולים מנקודת מבט תמריצית; 'אקס אנטה'. מהם התמריצים הנכונים שאותם יש ליצור, כדי לסייע בידינו להגיע לחקר האמת. הבה נתבונן על המקרה שלפנינו, כדוגמה מייצגת: בא-כוחו של יחזקאל, אחד המשיבים, בחר לוותר על עדותו. זאת, אף שהיה מודע לכך שאותה הימנעות עשויה לפעול לחובתו, ולגבות ממנו 'מחיר' ראייתי. הוא אף הוזהר על כך במפורש, בידי בית המשפט המחוזי. משמע, שיקולי עלות-תועלת הביאוהו לכלל מסקנה כי עדותו של יחזקאל עלולה לגרום לו נזק גדול יותר מהנזק שייגרם כתוצאה מאי-העדתו. לא זו אף זו, ב"כ של יחזקאל, היה מודע לכך שב"כ של אריה, המבקש, יוכל לזמן את יחזקאל לעדות מטעמו-הוא, כפי שאכן אירע. ה'רווח' היחיד שאותו הפיק ב"כ של יחזקאל מ'התרגיל' הדיוני שבו נקט, הוא בכך שאילו היה יחזקאל מעיד מטעמו-הוא הרי שהיה נחקר בחקירה ראשית בידי בא-כוחו, ואילו ב"כ של אריה היה רשאי לחוקרו בחקירה נגדית. עתה, בעקבות ה'תרגיל' הדיוני, נאלץ אריה לזמן את יחזקאל כעד מטעמו, ובכך 'סוכלה' חקירתו הנגדית של יחזקאל על-ידי ב"כ של אריה. אם כך, שיקולי עלות-תועלת מדויקים יותר, מלמדים על כך שב"כ של יחזקאל סבר, כי התועלת השולית מסיכול חקירתו הנגדית של יחזקאל בידי ב"כ של אריה, עולה על ה'נזק' שייגרם כתוצאה מהמשקל שיינתן לכך שיחזקאל נמנע מהלעיד מטעמו הוא.

48. לא תמיד יודעים אנו, השופטים, מלכתחילה, מיהו אותו עד שעשוי להתברר כ'עד מפתח', שהשפעתו על ההליך צפויה להיות דרמטית, ומיהו עד שעדותו לא 'תזיז' את המחט'. לעומת זאת, הצדדים עצמם יודעים בדרך כלל, מהי גרסתם של העדים המזוהים עמם; מהי יכולתם 'לשרוד' חקירה נגדית מבלי 'להישבר'; והאם הם עלולים לסדוק אותו 'נרטיב' המשרת את עניינם. לפיכך, בעל דין אשר נמנע מלהעיד, או נמנע מלזמן עד מטעמו, כמו מכריז בקול רם: עצור! 'עד מפתח' לפניך. בעל דין המוכן ומזומן 'לספוג' את הסנקציה המושגת על מי שנמנע מלהעיד עדים רלבנטיים, ובלבד שלא להעמיד את עצמו, או את העד המזוהה עמו, בחקירה נגדית, רק 'מגביר את התיאבון' להעיד אותו עד. בשלב זה, אילו נדרשים היינו לבחור עד אחד ויחיד שאותו יש לזמן לעדות, הרי שסביר להניח כי היינו מצביעים על אותו עד, שבעל הדין שעמו הוא 'מזוהה', מנסה להחביאו. משאלו הם פני הדברים, הרי שגם במבט צופה פני עתיד, עלינו לקבוע כלל שמטרתו לתמרץ את הצדדים לנהוג באופן שיוביל לגילוי האמת. עלינו למנוע כל

תמריץ שלילי, בדמות חלוקת הטבות כאלו ואחרות למי שנמנע מלהעיד עדים המזוהים עמו.

49. נפנה אפוא שוב את מבטינו לעברם של הפתרונות שהוצעו עד כה בפסיקה, זה עתה מנקודת מבט 'אקס-אנטה', ונבדוק האם מערך התמריצים שאותו הם מייצרים, מעודד התנהגות המסייעת בגילוי האמת, או שמא דווקא להיפך. הסתמכות על האפשרות להכריז על העד כ'עד עוין', גורמת לכך שבעל דין עשוי לשפר את מצבו כתוצאה מהימנעותו מלהעיד, או מאי-זימון עדיו. אילו היה בוחר אותו בעל דין להעיד, הרי שהיה נחקר בחקירה נגדית בידי בא-כוח הצד השני, וזאת ללא צורך בהכרזות כאלו ואחרות. לעומת זאת, עתה, משבחר שלא להעיד, הרי שב"כ של בעל הדין שכנגד, נאלץ להסתפק בחקירה ראשית בלבד, כל עוד לא יוכח כי 'עד עוין' לפנינו. אמנם, אותו עד עשוי להיות מוכרז בהמשך כ'עד עוין', ולהחקר נגדית, ובכך יסוכל אותו 'רווח' מצופה – אך בכך אין די. די בקיומה של הסתברות כלשהי להפקת 'רווח' טקטי, כתוצאה מהימנעות מלהעיד, כדי לתמרץ את בעל הדין להימנע מלהעיד. זאת, כל עוד תוחלת ה'נזק' שהוא צופה כתוצאה מההימנעות מלהעיד, קטנה מתוחלת ה'רווח' ככל שיעלה בידו לשטות בבית המשפט, לא לחשוף את היותו 'עד עוין', ובכך למנוע את חקירתו הנגדית. אין מקום אפוא לקבוע כלל המתמרץ להימנע מלהעיד, דווקא אותם אנשים שלעדותם אנו זקוקים.

50. קביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין קד-קו, שלפיה בא-כוחו של בעל הדין המזוהה עם העד, יוכל לחוקרו בחקירה חוזרת במתכונת של חקירה נגדית – מייצרת גם היא, במקרים מסוימים, תמריץ שלילי, המדרבן את בעל הדין שלא להעיד או שלא לזמן את עדיו. אם נאמץ את האמור בעניין קד-קו, בא-כוחו של בעל דין ימנע מלהעידו כעד מטעמו, ככל שיגיע למסקנה כי תוחלת התועלת השולית שאותה יפיק כתוצאה מכך שיוכל לחקור את מרשו בחקירה נגדית, ולא רק בחקירה ראשית, גדולה יותר מתוחלת ה'נזק' בדמות המשקל השלילי שיינתן לכך שבעל הדין נמנע מלהעיד מטעמו.

51. לעומת זאת, כלל הקובע כי בעל דין, או עד המזוהה עמו, שנמנע מלהעיד, וזומן לעדות בידי יריבו, יחקר בחקירה נגדית, ואילו בא-כוחו של העד או בא-כוחו של בעל הדין המזוהה עמו, יוכל לחקרו בחקירה חוזרת 'סטנדרטית' בלבד – מאיין אותם תמריצים שליליים. אם נפעיל את הכלל האמור, הרי שבכך נמצאנו מאיינים את התמריץ שלא להעיד מלכתחילה. אם יבחר בעל דין שלא להעיד, הרי שקרוב לוודאי כי יוזמן בידי יריבו, שיוכל לחוקרו גם עתה בחקירה נגדית כבתחילה. אדרבה, אותו בעל דין שנמנע מלהעיד, יצא וידיו על ראשו. מחד גיסא, הוא איבד את היכולת של ב"כ לחוקרו בחקירה

ראשית, ומאידך גיסא לא יפיק כל תועלת מהימנעותו מלהעיד, שכן כך או כך הוא יחקר נגדית בידי ב"כ הצד שכנגד.

52. למעשה, אם נצליח במשימתנו, ולא נאפשר לבעל דין להפיק 'רווחים טקטיים' כתוצאה מאי העדת עדים המזוהים עמו, הרי שהתוצאה תהא, כי בעל דין הפועל בצורה רציונלית לא ימנע מלמסור עדות, או מלהעיד עדים המזוהים עמו. בודעו, כי לא יפיק מכך כל רווח. כפועל יוצא, הדיון העומד במוקד פסק דין זה, והוא – האם ניתן יהיה לחקור בחקירה נגדית, עד שהצד שכנגד נמנע מלהביאו – יהפוך תיאורטי. בהעדר תמריצים שליליים, איש לא ימנע מלזמן עדים רלבנטיים. בכך, כמובן, אין כל פסול; כך נאה וכך יאה. אם בעקבות פסק דין זה, שוב לא ימנעו בעלי דין מהבאת עדים רלבנטיים, אשר עשויים לשפוך אור על עובדות המקרה – והיה זה שכרנו.

53. אסכם אפוא את האמור עד כה: מכל הטעמים שהתבארו, יש לקבוע כי עד שזומן לעדות בידי בעל דין, אך 'משתייך' לצד שכנגד – יהא זה בעל הדין שכנגד, או עד ה'מזוהה' עמו – יוכל בעל הדין שזימנו לעדות לחקרו בחקירה נגדית. לאחר מכן, יוכל בא-כוחו של אותו עד, או של הצד שעמו הוא מזוהה, לחקרו בחקירה חוזרת בלבד, שבמסגרתה לא ניתן יהיה להתייחס לעניינים שזכרם לא בא במסגרת החקירה הנגדית, וכן לא ניתן יהיה להציג לעד 'שאלות מדריכות'.

54. מן הכלל אל הפרט: בית המשפט המחוזי קבע, מבלי לנמק, כי יחזקאל, ש'משך' את תצהיר העדות הראשית מטעמו, וזומן לעדות בידי אריה, יחקר בחקירה ראשית בלבד. ב"כ של אריה ניסה שוב ושוב להציג ליחזקאל שאלות משאלות שונות, אך בית המשפט המחוזי לא איפשר הצגתן של אותן שאלות, משום שנשאו אופי של חקירה נגדית. משבאנו לכלל מסקנה כי יש לאפשר לב"כ של אריה לחקור את יחזקאל בחקירה נגדית, הרי שהחלטתו של בית המשפט המחוזי – אינה יכולה לעמוד. אמנם, עדותו של יחזקאל תמה ונשלמה, אך מן המפורסמות הן, כי "אין חקר לתבונת סניגור מוכשר" (השופט י' אולשן, בע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 429, 434 (1950)). אין לדעת אפוא מהי התועלת שאותה היה מפיך בא-כוחו של אריה, אילו התאפשר לו לחקור את יחזקאל בחקירה נגדית. משעומד אריה על זכותו של בא-כוחו לחקור את יחזקאל בחקירה נגדית, אין מנוס מלסוב לאחור, לחזור לשלב ההוכחות, ולאפשר לב"כ של אריה לחזור ולחקור את יחזקאל בחקירה נגדית, כטוב בעיניו.

55. אציע אפוא לחברי, כי ערעורו של אריה – יתקבל, במובן זה שהתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי, שיקבע מועד לדיון הוכחות, שבו יתאפשר לב"כ של אריה לחקור את

יחזקאל בחקירה נגדית. לאחר מכן יוכל בא-כוחו של יחזקאל, ככל שיחפוץ בכך, לחוקרו בחקירה חוזרת.

עוד אציע, כי המשיבים ישאו בהוצאותיו של אריה בסך כולל של 15,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

חברי, השופט נ' סולברג בחן שלושה נושאים בפסק דינו. אקדים ואומר כי אני מסכים עם קביעתו כי השאלה מושא דיוננו אינה נופלת בגדרו של צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009 (להלן: הצו), ואני מסכים עם קביעתו העקרונית כי בעל דין המזמין לעדות את בעל הדין שכנגד כעד מטעמו, רשאי לחקור אותו בחקירה נגדית. עם זאת, אני חולק על חברי לגבי מניין הימים להגשת בקשת הרשות לערער ואפתח בנושא זה.

מניין הימים

1. תקנה 179(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות) קובעת כלהלן:

מניין הימים

179. (א) המועד הקובע לתחילת מניין הימים לפרק הזמן שנקבע הוא יום המצאת המסמך כמפורט בתקנות אלה; אם ניתנה החלטה במעמד בעלי הדין, יימנה המועד ממועד הדיון.

חברי אוחז ברישא של הסעיף ולשיטתו, כל עוד לא הומצא הפרוטוקול המודפס לצדדים, מניין הימים טרם החל. דעתי שונה. לטעמי, המקרה שלפנינו נופל לסיפא של הסעיף, באשר ההחלטה ניתנה במעמד בעלי הדין, ואין להמתין עד להמצאת הפרוטוקול המודפס לצדדים.

2. תקנה 179(א) נכללת בפרק כ' של התקנות שכותרתו "הוראות כלליות" בסימן ג שכותרתו "שונות". התקנה נועדה להבחין בין מצב שבו ההחלטה ניתנת שלא במעמד הצדדים – ולכן נקט מחוקק המשנה בביטוי "המצאת המסמך" – לבין מצב שבו ההחלטה ניתנת במעמד הצדדים בדיון עצמו.

הפרוטוקול אינו "המסמך" שאליו התכוון מחוקק המשנה בתקנה 179(א). הסוגיה של אופן רישום הפרוטוקול היא סוגיה נפרדת וטכנית, ובעניין זה אפנה להוראת סעיף 68א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) הקובעת כלהלן:

ניהול פרוטוקול
 68א. (א) בדיון בבית משפט ינוהל פרוטוקול שישקף את כל הנאמר והמתרחש בדיון והנוגע למשפט [...] בית המשפט יקבע את דרך רישום הפרוטוקול [...]
 (ב)
 (ג) בעל דין זכאי לקבל, בתום הדיון או בסמוך לאחר מכן, עותק של הפרוטוקול.
 (ד) בית משפט רשאי, לפי בקשת בעל דין ולאחר שנתן לשאר בעלי הדין הזדמנות לטעון את טענותיהם, לתקן רישום בפרוטוקול כדי להעמידו על דיוקו; בעל דין רשאי להגיש בקשה לתקן רישום בפרוטוקול בתוך עשרה ימים מיום שהומצא לו הפרוטוקול.
 (ה)
 (ו)

(וראו גם הוראת סעיף 68ב שעניינה ב"הקלטה פרטית" שנעשית על חשבון בעל דין ולצרכיו של בעל הדין. במקרה כאמור, ההקלטה או התמלול שלה אינם נחשבים לפרוטוקול – ראו החלטתי ברע"א 2623/14 מיטרי נ' דוברונסקי, פסקה 3 סיפא (7.5.2014) (להלן: עניין מיטרי)).

3. העובדה שבמצב הדברים הרגיל בעל דין מקבל את הפרוטוקול בתום הדיון או "בסמוך לאחר מכן", והסמכות של בית המשפט להורות כי רישום הפרוטוקול ייעשה על דרך של הקלטה – בכל אלה אין כדי לדחות את מירוץ מניין הימים מקום שבו ההחלטה ניתנה במעמד הצדדים. שאם לא תאמר כך, נמצאנו מאריכים עד מאוד את המועד להגשת בקשת רשות ערעור, מה שעלול לעכב את התקדמות הדיון בתיק העיקרי. אזכיר כי על פי סעיף 68א(ד) לחוק בתי המשפט, כמצוטט לעיל, רשאי בעל דין לעתור תוך עשרה ימים לתיקון הפרוטוקול. יכול הטוען לטעון כי מירוץ מניין הימים יתחיל רק בתום עשרה ימים מהמצאת הפרוטוקול המודפס או ההחלטה בבקשה לתיקון פרוטוקול – וכך נמצאנו מאריכים עוד יותר את המועד להגשת בקשת רשות ערעור.

4. מועד מתן ההחלטה באולם לחוד ומועד הטמעת הפרוטוקול המתומלל ב"נט המשפט" לחוד, וראו על דרך ההיקש החלטתי בעניין מיטרי, שם נאמר כי "יש להבחין בין מועד עליית הפרוטוקול למערכת 'נט המשפט', לבין המועד בו נשמעו הסיכומים". לדידי, מועד קבלת הפרוטוקול על ידי הצדדים אינו מעלה ואינו מוריד לצורך מירוץ

מניין הימים, מקום שבו ההחלטה התקבלה בדיון במעמד הצדדים. ובכלל, הקלטת דיון היא עניין נפוץ במקומותינו, במיוחד בחקירות מומחים ובמיוחד בחקירות מומחים רפואיים. במקרה דנן, הפרוטוקול המתומלל הגיע לצדדים למעלה מחודשיים לאחר הדיון. אך על פי רוב, הפרוטוקול מתומלל תוך זמן קצר יחסית של כשבוע ימים, במיוחד מקום שבו חברת ההקלטה מתבקשת לעשות כן על ידי מי מהצדדים, שדואג במקביל גם להסדרת התשלום באופן מיידי. ואכן, כמפורט בסעיף 9 לפסק דינו של חברי, גם במקרה דנן, הפרוטוקול תומלל תוך זמן קצר לאחר הדיון, כפי שעולה מהודעת חברת ההקלטה מיום 5.7.2021 כי הפרוטוקול המודפס מוכן זה מכבר והעברתו מתעכבת אך בשל כך שאחד הצדדים טרם שילם את שכרה של חברת ההקלטה. איני רואה כל סיבה בגינה יש להעניק "פרס" בדמות השהיית מירוח מניין הימים, אך ורק מאחר שהצדדים לא הסדירו את נושא התשלום לחברת ההקלטה.

מכל מקום, בחיי המעשה, יש שופטים שבתום הדיון המוקלט מוציאים החלטה בכתב הכוללת את ההוראות האופרטיביות שניתנו לצדדים במהלך הדיון או בסיומו, כמו המועדים להגשת סיכומים. טוב יעשה שופט הערכאה הדיונית אם יכלול באותה החלטה, גם החלטה מהותית שניתנה על ידו במהלך הדיון (להבדיל למשל מהחלטות לקבלת או דחיית התנגדויות במהלך שמיעת הראיות). במקרה פתולוגי כמו זה שלפנינו, על מנת להתגבר על הוראת תקנה 134(ב)(1) המחייבת בעל דין לצרף את "העתק ההחלטה שעליה מערערים", יכול בעל הדין לפנות בבקשה לבית המשפט להעלות את ההחלטה על הכתב, או להגיש בקשה לקבלת ארכה להגשת בקשת רשות ערעור עד לקבלת הפרוטוקול או החלטת בית המשפט.

חקירה נגדית של בעל הדין שכנגד

5. לא בכדי בחרתי בכותרת דלעיל. חברי בחר להרחיב את היריעה גם על כל עד ה'מזוהה' עם הצד שכנגד. כשלעצמי, הייתי נזהר מלהרחיב את האפשרות לחקור חקירה נגדית על כל "עד שזומן לעדות בידי בעל דין, אך 'משתייך' לצד שכנגד" כאמור בפסקה 53 לפסק דינו של חברי, ואף איני נדרש למבחן הזקיפה לחובת בעל דין שלא הזמין עד, כפי שהציע חברי בפסקאות 42 ו-48 לפסק דינו. זאת, על מנת למנוע מחלוקות בשאלה אם עד פלוני שזומן מלכתחילה על ידי אחד מבעלי הדין, אכן "משתייך" לאותו בעל דין. אף ייתכנו מקרים שבהם צד יקבל החלטה עניינית לוותר על עד מסוים, מבלי שמאחורי החלטה זו מסתתר שיקול טקטי של אי חשיפת העד לחקירה נגדית. לדידי, יש להותיר את ההחלטה לשיקול דעתו של בית המשפט בכל מקרה ומקרה.

ככלל, לערכאה הדיונית מסור שיקול דעת רחב בכל הנוגע לסדרי הדין ולאופן ניהול ההליך המשפטי, לרבות החלטות על סדר העדים ואופן החקירה. השאלה אם להתיר לחקור עד בחקירה נגדית או בחקירה ראשית, היא עניין המסור לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בהתאם לנסיבות של כל תיק. כך, לדוגמה, ייתכן מצב שבו מספר נתבעים נמצאים באותה עמדה ובאותה חזית מתואמת אל מול התובע. במצב דברים זה, ייתכן שהערכאה הדיונית תמצא כי ראוי שלא לאפשר לבא כוחו של נתבע מס' 2, לחקור את נתבע מס' 1 בחקירה נגדית, אלא בחקירה ראשית בלבד.

6. אני שותף למסקנתו של חברי ולפיה היה על בית משפט קמא להתיר למבקש לחקור את הנתבע בחקירה נגדית, ואוסיף מילים מספר בעניין זה.

ידוע הכלל לפיו "הדין הראייתי הולך אחר הדין המהותי", כלל שמכוחו על בעל דין להוכיח טענה המקדמת את עניינו (ראו, מביין רבים, ע"א 1334/14 מיטרי נ' דוברונסקי, פסקה 23 והאסמכתאות שם (28.7.2015)). כלל זה מבטא את הרעיון לפיו דיני הראיות הם כלי שנועד לתכלית של חשיפת האמת, שהיא תכלית כל התכליות של המשפט האזרחי והפלילי:

"המשפט עומד על האמת. ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת [...] מטרת ההליך השיפוטי כולו הינה – כלשונו של הנשיא זמורה – 'להוציא כאור משפט' [...] תפקידו של ההליך השיפוטי - האזרחי, הפלילי והמינהלי - הינו 'לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית' [...] תפקידו של השופט, הוא 'התפקיד לעשות כדי שהאמת תצא לאור העולם' (רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניות הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 522 (1995); יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי במשפט האזרחי והפלילי 33-34 (2021) (להלן: עמית חסיונות ואינטרסים).

התכלית של חקר האמת מצאה מקומה בתקנה 1 לתקנות:

מטרות התקנות

1. מטרת תקנות סדר הדין האזרחי הן לקבוע סדר דין לניהול ההליכים האזרחיים בבית המשפט, ליצור ודאות דיונית, למנוע שרירותיות ולהגשים את העקרונות החוקתיים העומדים ביסודו של הליך שיפוטי ראוי והוגן, כדי להגיע לחקר האמת, ולהשיג תוצאה נכונה ופתרון צודק של הסכסוך.

7. חברי הרחוב על אודות החקירה הנגדית ככלי לחקר האמת ולא אחזור על הדברים. גם כאשר מדובר בעד "ניטרלי" כמו מומחה מטעם בית המשפט, נקבע בפסיקה כי כל אחד מהצדדים רשאי לחקור אותו בחקירה נגדית וכי "הסמכות לאסור על חקירה נגדית של עד אמנם קיימת, אך השימוש בה נדיר וצריך להיעשות בזהירות" (ראו, בהרחבה, החלטתי בבש"פ 7845/21 לוגסי נ' מדינת ישראל והאסמכתאות שם (14.12.2021); החלטתי ברע"א 3149/14 זרפ.ד.י (2000) בע"מ נ' פ,פ, פסקה 8 (1.6.2014)).

על רקע התכלית של חקר האמת, אני תמים דעים עם חברי כי לשם הגשמת תכלית זו, נכון יותר לאפשר לבעל דין לחקור בחקירה נגדית את בעל הדין שכנגד, גם אם הדבר כרוך בסטייה מסדר החקירה הנוהג. בדומה, ועל דרך ההיקש, בשל האינטרס של חקר האמת, בית המשפט מאפשר לעיתים לבעל דין לדחות את מועד גילוי הראיה שברשותו. זאת, תוך סטייה מסדר הדברים הנוהג בהליכי גילוי מסמכים, מקום שבו בית המשפט משתכנע כי הדחייה תשרת את התכלית של חקר האמת (רע"א 4249/98 סוויסה נ' הכשרת הישוב-חברה לביטוח, פ"ד נה(1) 515 (1999); עמית חסיונות ואינטרסים, עמ' 527-544).

8. כאמור, אני מצטרף לדעתו של חברי לגבי אי-תחולת הצו במקרה דנן.

9. לאחר הדברים האלה, קראתי את חוות דעתו של חברי, השופט י' כשר, אשר חולק על חברי, השופט נ' סולברג, באשר להמשך חקירתו של בעל הדין שכנגד (ולשיטתם, גם העד המזוהה עמו), לאחר חקירתו הנגדית על ידי מי שהזמינו לעדות.

איני יכול לצרף דעתי לאף אחת משתי הדעות של חבריי. לדידי, אין לקבוע מסמרות בשאלת טיב ואופי החקירה שתבוא לאחר החקירה שכנגד, ויש להותיר את ההחלטה לערכאה הדיונית בכל מקרה ומקרה. לא עד אחד כמשנהו. יש עד מתחמק, יש עד מתחכם, יש עד מתפתל, יש עד שעונה בשאלה, יש עד המכביר בפרטים, יש עד המקפיד על קוצה של י' באמירת האמת, יש עד שעונה ישירות לעניין – כל עד וסגנונו, כל עד והאינטרסים שמאחוריו, כל עד ותרומתו החיובית או השלילית לחקר האמת. שופט הערכאה הדיונית, המכיר את הנפשות הפועלות ויכול להתרשם ישירות מהדרך בה השיב בעל הדין (ולשיטתם של חברי, העד המזוהה עמו) הוא שיכול לקבוע, על פי הדינמיקה של החקירה הנגדית שהתנהלה זה עתה בפניו, באיזו דרך לאפשר את החקירה שלאחר החקירה הנגדית ואם וכיצד יש להגבילה.

שׁוֹפֵט

השופט י' כשר :

1. קראתי בעניין רב את חוות הדעת של חבריי השופטים נ' סולברג ו-י' עמית. שני חבריי פרסו את משנתם באשר לשאלות העומדות במרכזו של ההליך דנן, אשר לדידי הן שאלות בעלות חשיבות לציבור המתדיינים בישראל. לגבי חלק מהנושאים הסכימו חבריי, ולגבי חלקם האחר נפלה ביניהם מחלוקת. בנסיבות אלו, דומה ש- "נגזר עליי להכניס ראשי בין הרים אלה" (כלשונו הציורית של השופט מ' חשין בע"פ 1289/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 158, 171 (1994)), ולפרט גם את דעתי שלי.

2. בחוות דעתם התייחסו חבריי לשלושה נושאים: מניין הימים להגשת בקשה למתן רשות לערער; תחולתו של צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), תשס"ט-2009 (להלן: צו בתי המשפט) על האופי שאותו תישא חקירתו של עד; ואופי חקירתו של עד ה-"מזוהה" עד הצד שכנגד (כאשר תחת נושא זה, הוא הנושא המרכזי בענייננו, נכללים מספר תתי נושאים).

כפי שנהגו חבריי, אף אני אתייחס לשלושת הנושאים דנן:

מניין הימים להגשת בקשה למתן רשות לערער

3. בתמצית, השאלה העומדת לדיון הינה מהו מועד תחילת מנין הימים, לצרכי הגשתה של בקשה למתן רשות לערער, כאשר החלטתו של בית המשפט בערכאה שעל החלטה מבקשים לערער ניתנת במהלך הדיון, ופרוטוקול הדיון הוא פרוטוקול המוקלט ולאחר מכן מתומלל?

עמדתו של חברי, השופט סולברג, הינה שתחילת מניין הימים, בנסיבות כאמור, הינה במועד בו הומצא לצדדים תמליל הפרוטוקול. חברי, השופט עמית, סובר, לעומת זאת, כי המועד הוא מועד מתן ההחלטה (קרי – מועד הדיון).

4. בסוגיה האמורה אבקש לצרף את דעתי לדעתו של חברי השופט עמית, ומטעמיו. אוסיף על כן רק מעט משל עצמי, בבחינת אותם הדברים ומעט אחרת: לשיטתי, מעבר לרצון שלא להאריך את פרקי הזמן להגשת בקשת הרשות לערער (עליו עמד חברי השופט

עמית (בחוות דעתו), המועד להגשתה של בקשת רשות לערער הינו מועד שקיים טעם טוב שלכל אחד מהצדדים המתדיינים, כל צד והאינטרס שלו בנסיבות נתונות, לא תהיה יכולת להשפיע עליו באופן חד-צדדי.

המועד המוצע בפסק דינו של חברי השופט סולברג – מועד המצאת תמליל הפרוטוקול לידי הצדדים – איננו כזה. כך, החברה המעניקה את שירותי ההקלטה והתמלול (להלן: החברה) אינה "משחררת" את התמליל אלא לאחר ששולם לה שכרה על ידי הצדדים. והתוצאה – מועד מסירת הפרוטוקול לצדדים יכול להיות מושפע בשל מחדלו של אחד מבעלי הדין (בין במתכוון ובין שלא במתכוון) מלשלם את שכרה של החברה. אין מדובר בחשש תאורטי שהרי כך בדיוק אירע בנסיבות העניין מושא הערעור דנן: בית המשפט נאלץ להפנות את תשומת לב הצדדים, כחודש לאחר הדיון, לכך שתמליל הפרוטוקול טרם הומצא בשל אי תשלום שכרה של החברה וחלף עוד כחודש וחצי מהחלטה ועד להמצאת הפרוטוקול.

יתר על כן, אי תשלום שכרה של החברה על ידי אחד הצדדים מקנה מעין אופציה לצד השני, בהתאם לאינטרס ולמידת הרגישות לנשיאה בתשלום, לבצע את התשלום במקומו (ולהקדים בכך את המצאת הפרוטוקול) או שלא לעשות כן ובדרך זו להשפיע על מרוץ הזמן להגשת בקשת הרשות לערער. כמובן שהתמונה נעשית מורכבת יותר ככל שלדיון יותר צדדים שאינם בעלי אותו אינטרס.

5. לא נעלם מעיני הקושי, עליו עמד חברי השופט סולברג, בהגשת בקשת רשות לערער על החלטה שאינה מצויה בפני בעל הדין המבקש לערער עליה. מצטרף אני בהקשר זה להמלצותיו של חברי השופט עמית (וראו הפסקה המסיימת את סעיף 4 לחוות דעתו) לעניין העלאת החלטות מהותיות, על ידי בית המשפט, על הכתב, גם כאשר פרוטוקול הדיון מוקלט, וכן לעניין פנייה של בעל דין בבקשה שכך ייעשה ו/או בבקשה לקבלת ארכה להגשת בקשת רשות לערער. ניתן גם להניח שבנסיבות המתאימות, ידו של בית המשפט לא תהיה קפוצה במתן ארכות שתתבקשנה.

6. לאור האמור, אין מנוס מלקבוע כי בקשת הרשות לערער דנן הוגשה באיחור. אלא שסבורני כי נוכח הנסיבות הייחודיות של המקרה דנן, בהן עצם השאלה האם חלף המועד להגשת בקשת הרשות לערער עמדה להכרעתנו, ובפרט בשים לב לכך שדעותינו שלנו נחלקו בסוגיה זו, נכון שנעשה שימוש בסמכותנו לפי תקנה 176(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), ונורה על הארכת המועד הגשת בקשת הרשות לערער.

תחולתו של צו בתי המשפט על האופי שאותו תישא חקירתו של עד

7. בעניין זה לא מצאתי להרחיב את דיבור. אני מסכים לקביעתו של חברי השופט סולברג כי העניין מושא בקשת הרשות לערער דנן אינו בא בגדרו של צו בתי המשפט.

אופי חקירתו של עד ה- "מזוהה" עד הצד שכנגד

8. בחוות דעתו, הגדיר חברי השופט סולברג את השאלה המהותית העומדת לדיון והכרעה בעניין שלפנינו, כדלקמן: "האם נתבע סורב להעיד מטעמו, וזומן לעדות על-ידי התובע, יחקר על-ידי ב"כ התובע בחקירה נגדית, או שמא רק בחקירה ראשית?" (בסעיף 25 לחוות דעתו).

אין חולק כי זוהי אכן השאלה הישירה העומדת לדיון, לאור החלטתו של בית המשפט קמא.

עדיין, בכואם של חבריי לנסח כותרת המציגה את הסוגיה שבמחלוקת, אמצו הם, כל אחד, הגדרה שונה: לפי הגדרתו של חברי השופט סולברג הסוגיה עניינה ב-"אופי חקירתו של עד ה-'מזוהה' עם הצד שכנגד", ואילו לפי הגדרתו של חברי השופט עמית הסוגיה העומדת לדיון הינה ב-"חקירה נגדית של בעל הדין שכנגד".

ההגדרה השונה מקורה (כפי שהבהיר חברי השופט עמית בחוות דעתו) בהשקפה שונה באשר לתוכן של התשובה שיש ליתן לשאלה העומדת לדיון, וכן, כפי שאפרט להלן, בהשקפה שונה לגבי צמצום התשובה אך ורק לשאלה, כפי שהוגדרה. נוכח העובדה ששותף אני לדעתו של חברי השופט סולברג באשר לתוכן השאלה הדורשת מענה בענייננו, אימצתי אף אני את כותרתו שלו.

"עד המזוהה עם הצד שכנגד" או "בעל הדין שכנגד"?

9. ההחלטה נושא בקשת הרשות לערער דנן, התייחסה למצב בו בעל דין אינו מעיד מטעם עצמו ומשכך בעל הדין שכנגד מזמינו כעד מטעמו.

ברם, חברי השופט סולברג סובר כי אין לגדור את התשובה כמתייחסת רק לנסיבות מדויקות אלו, קרי – כאשר העד בו עסקינן הינו בעל הדין עצמו – אלא גם לעדים שאמנם אינם בעלי דין, אך הם "מזוהים" עם הצד שנמנע מלהעיד אותם מטעמו.

לעומתו, חברי השופט עמית, ביקש לא להרחיב את היריעה אל מעבר לנסיבות המתייחסות להעדתו של בעל הדין שכנגד, תוך שצייין כי: "זאת, על מנת למנוע מחלוקות בשאלה אם עד פלוני שזומן מלכתחילה על ידי אחד מבעלי הדין, אכן 'משתייך' לאותו בעל דין" (בפסקה 5 לחוות דעתו).

10. מבקש אני לצרף את דעתי, בעניין דלעיל, לדעתו של חברי השופט סולברג (וזאת בצד הסכמתי גם לנימוק בו השתמש חברי השופט עמית ואשר צוטט לעיל. נימוק זה ישפיע על עמדתי, בסוגיה אחרת, בהמשך חוות דעתי).

הטעם לכך הוא שלהשקפתי אותו ההיגיון החל על המצב בו העד בו עסקינן הינו בעל הדין שבחר לא להעיד נכון גם למצב בו עסקינן בעד המזוהה עמו.

אסתפק בשתי דוגמאות עקרוניות להמחשת האמור לעיל:

הראשונה – בעל הדין הינו תאגיד. במקרה כזה (שאינו נדיר) השאלה מי הוא המזוהה כ-"אני האחר" של התאגיד בהקשר הרלבנטי (ולכן ניתן לראות בו כ-"בעל הדין"), הינה שאלה שיכולה בהחלט להיות שנויה במחלוקת (ויכול אף שיהיה מדובר ביותר מאדם אחד). עדיין, דומה כי לא תתכן מחלוקת על כך שההימנעות מלהעיד את אותו אדם על ידי בעל הדין שהינו תאגיד אינה שונה, מהותית, ממצב בו בעל דין, בשר ודם, נמנע מלהעיד במשפטו הוא.

השנייה – לעיתים קרובות, האדם בעל הקרבה המובהקת ביותר (וגם הידיעה הרחבה ביותר), לעניין שבמחלוקת, מ-"הצד" של בעל הדין, הינו דווקא אדם אחר. יכול זה להיות לעיתים נציגו, שלוחו, עורך-דינו, מנהל עסקיו וכיו"ב. במקרים אלו, הטעמים לקביעת כלל לעניין חקירתו של עד שלא העיד והוזמן על ידי הצד שכנגד, יפים לענייניו של אותו נציג, שלוח, עורך-דין, מנהל עסקים וכו', אף יותר מאשר לענייניו של בעל הדין עצמו.

11. אין ספק שהדברים דלעיל היו מוכרים גם לחברי השופט עמית, אלא שלדידו יש לצמצם את ההתייחסות לבעל הדין בלבד וזאת, כפי שנימק בחוות דעתו, כדי להימנע מהכרעה, בכל מקרה ומקרה, בשאלה האמנם העד בו מדובר מזוהה דיו עם הצד שכנגד.

כאשר מדובר בבעלי הדין עצמו, אותו זיהוי הינו כמובן טריוויאלי. ברם, כפי שביקשתי להדגים לעיל, גם כאשר מאמצים הגדרה מצומצמת המתייחסת רק לבעל דין,

יכול ויהיה צורך להכריע במחלוקות (וראה לעיל ההתייחסות למצב בו בעל הדין הינו תאגיד).

וחשוב מכך: כפי שצינו חבריי, התכלית העיקרית בכל ההקשרים הנדונים בפסק דין זה (ותהיינה הדעות וההשקפות לעניין הפתרון הנכון אשר תהיינה), הינה תכלית גילוי האמת. בהקשר קידומה של תכלית זו אין לדעתי הבדל בין מצב בו בעל דין אינו מעיד בעצמו; לבין מצב בו, לדוגמה, האיש שניהל מטעמו ועבורו את המו"מ המסחרי הינו מנהל עסקיו, מתגלית מחלוקת מה דובר, הוצג או הוסכם במו"מ, ובעל הדין אינו מעיד את אותו מנהל עסקים

12. מסכים אני גם למבחן שהציע חברי השופט סולברג, לפיו: "כל מקום שבו אי-זימונו של עד יזקף לחובתו של בעל דין מסוים, משמע – אותו עד הוא בעל 'זיקה' אליו" (בסעיף 42 לחוות דעתו).

קל להסכים למבחן זה שכן הינו מבחן המבקש להשיב על אותה השאלה הניצבת בהקשר דנן: מתי ניתן לומר שהימנעותו של בעל דין להעיד מטעמו עד מסוים מצדיקה, בנסיבות העניין, הסקת מסקנות, במישור הראייתי, כנגד אותו בעל הדין.

עם זאת, אקדים ואציין, כי יישומו של מבחן זה מצריך הכרעה עובדתית שלעיתים (אשר בוודאי שאינן נדירות) הינה מורכבת למדי ורחוקה מלהיות ברורה.

כיצד ייחקר עד המזוהה עם הצד שכנגד?

13. כידוע, מותר החקירה הנגדית מן החקירה הראשית, בין היתר, בכך שבעוד שהחוקר בחקירה ראשית מוגבל לשאלת שאלות "פתוחות" בלבד; לחוקר בחקירה נגדית נתון החופש לשאול שאלות מנחות ולעמת את הנחקר עם מסמכים, עדויות וכל תזה העומדים לכאורה בניגוד לעדותו (וראו לעניין זה יעקב קדמי, על הראיות 1941 (2009) (להלן: קדמי)).

14. על חשיבותה של החקירה הנגדית ככלי לגילוי האמת במשפט עמד חברי השופט סולברג בחוות דעתו (ראו שם, בסעיף 35). אבקש להוסיף לאמור שם עוד היבט: החקירה הנגדית משמשת לא רק לצורך התעמתות עם עדותו הראשית של העד אלא גם לחקירה בעניינים שהעד לא העיד עליהם כלל במסגרת החקירה הראשית, שהרי במסגרת החקירה הנגדית אין החוקר מוגבל לעניינים לגביו העיד העד בחקירה הראשית ויכול הוא לשאול

לגבי כל עניין הרלבנטי למשפט (קדמי, בעמ' 1941). אפשרות זו הינה לעיתים קרובות לא פחות חשובה, שכן עד (ובמיוחד עד שמבקש לסייע לבעל הדין שקרא לו לעדות, מחד גיסא, אולם מבקש הוא להקפיד על עדות אמת, מאידך גיסא), יכול פשוט שלא להעיד על עניינים שהינם רלבנטיים אולם עדותו בהקשרם מנוגדת לאינטרס של בעל הדין המעיד אותו, למשל במקרים בהם הוא לא נשאל על כך בחקירה הראשית.

15. כאשר לתשובה לשאלה המרכזית הישירה המוצגת בעניין דנן – "האם נתבע שטרב להעיד מטעמו, וזומן לעדות על-ידי התובע, יחקר על-ידי ב"כ התובע בחקירה נגדית, או שמא רק בחקירה ראשית?" – מצטרף אני בלא היסוס לדעתם של חבריי כי התובע (ואפשר שיהיה זה גם הנתבע כאשר התובע בחר שלא להעיד), יכול לחקור את בעל הדין שכנגד בחקירה נגדית ואין הוא מוגבל במגבלותיה של החקירה הראשית.

יתר על כן, ומהטעמים שהובהרו לעיל, מסכים אני עם חברי השופט סולברג כי התשובה לשאלה דלעיל נכונה לא רק למצב בו עסקינן בבעל דין שבחר לא להעיד מטעמו הוא, אלא גם לגבי עד המזוהה עם אחד מבעלי הדין ולא זומן כעד מטעמו של אותו בעל דין.

כך, מחדלו של בעל דין מלהעיד עד המזוהה עמו (ולרבות, כמובן, כאשר עסקינן בבעל הדין עצמו), לא ראוי הוא שיביא לכך שדווקא אותה עדות, שהצד שכנגד סבור שהינה כה חשובה עד שמזמן הוא את הצד שכנגד או את העד המזוהה עם הצד שכנגד, כעד מטעמו, לא תעמוד במבחן החקירה הנגדית.

מעבר לכל היבט של שיקולים טקטיים ורצון לכוון שיקולים מסוג זה לתוצאה הראויה, קביעתם של חבריי חשובה לקידומה של התכלית המרכזית עליה עמדנו לעיל – חשיפת האמת, שעליה נאמר כי: "חשיפת האמת היא נשמת אפן של ההליך השיפוטי" (רע"א 7114/05 מדינת ישראל נ' חיזי, פסקה 5 (11.12.2007)), וכן צוין כי: "חשיפת האמת היא תנאי לעשיית הצדק" (רע"א 5806/06 עיזבון המנוח נמירובסקי מיכאל ז"ל נ' שימקו, פסקה 6 (13.6.2007)).

קביעת כלל לפיו בנסיבות בהן בעל הדין או עד המזוהה עמו, מוזמנים להעיד על ידי הצד שכנגד (הואיל ולא העידו עבור עצמם או בעבור הצד המזוהה עמם), יחקרו בחקירה ראשית, יביא לכך שעדותם לא תבחן במסגרת חקירה נגדית - הכלי שמקובל ככלי המרכזי לבחינת אמינותה של העדות – אינה מתיישבת עם אינטרס חשיפת האמת.

לא כך אם מאמצים כלל לפיו בנסיבות כאמור יוכל בעל הדין שזימן את העד לחוקרו בחקירה נגדית, כפי שהציעו חבריי.

המשך חקירתו של בעל הדין או העד המזוהה עמו, לאחר חקירתם הנגדית על-ידי הצד שזימן אותם

16. חברי השופט סולברג אינו מסתפק במתן התשובה לשאלה הישירה העומדת לדיון וממשיך וקובע את האופן בו יחקר בעל הדין או עד המזוהה עמו, לאחר שנסתיימה חקירתם (בהתאם לקביעתו, עמה אני מסכים, בחקירה נגדית) על ידי בעל הדין שזימן אותם לעדות.

אכן, עניין זה חורג מהשאלה הישירה הטעונה הכרעה במסגרת בקשת הרשות לערער דנן (ודומה שבשל כך לא התייחס לכך חברי השופט עמית בחוות דעתו), אולם מסכים אני עם חברי השופט סולברג שמלאכתנו לא תהיה שלמה בלא התייחסות להמשך חקירתו של בעל הדין או העד המזוהה עמו.

17. השקפתו של חברי השופט סולברג הינה שאותו עד יחקר על ידי הצד שלא זימן אותו בחקירה חוזרת בלבד, ובכך תסתיים עדותו.

בעניין זה הנני מבקש לחלוק על עמדתו של חברי, מהטעמים המפורטים להלן.

18. כדי להבהיר את עמדתי, אבקש להזכיר מספר כללים בסיסיים לעניין שלבי חקירתו של עד בבית המשפט.

ככלל, עדותו של עד נשמעת בשלושה שלבים ולפי הסדר הבא: חקירה ראשית – היא השלב בו נחקר העד על ידי הצד שזימן אותו לעדות (ויכול והדבר ייעשה באמצעות הגשת תצהיר עדות ראשית חלף חקירה ראשית); חקירה נגדית – היא השלב בו נחקר העד על ידי הצד שכנגד; חקירה חוזרת – היא השלב בו נחקר העד, בשנית, על ידי הצד שזימן אותו (קדמי, בעמ' 1541).

ומכאן לכללים החלים על שלבי החקירה דלעיל, בהקשר הרלבנטי לענייננו, והטעמים המרכזיים שבבסיסם:

בחקירה ראשית – מוגבל בעל הדין שזימן את העד לשאלות "פתוחות" בלבד, ואין הוא יכול לשאול שאלות מדריכות ה-"מציעות" לעד את התשובה שהחוקר מבקש לשמוע (שם, בעמ' 1933). כפי שהסביר חברי השופט סולברג בחוות דעתו, הטעם העיקרי לכך טמון בחשש שהעד יאשר את המבוקש בשאלה שנשאל כדי לסייע לעצמו (אם מדובר בבעל הדין) או לבעל הדין שזימן אותו ואשר ביקרו הוא חפץ.

בחקירה נגדית – אין החוקר מוגבל לשאלות "פתוחות" ויכול הוא לעמת את העד עם מסמכים, עדויות ותזות המנוגדות לעדותו של העד או לאינטרס של בעל הדין שזימן אותו לעדות (שם, בעמ' 1941). עימות שכזה קשה (ולעיתים אף קשה ביותר) לבצע על דרך הצגת שאלות "פתוחות" בלבד. מתן החופש לשאול שאלות שאינן "פתוחות" הינו על כן חיוני לקידום תכלית חשיפת האמת, ואילו החשש שהעד "יתאים" את עדותו לרצונו של השואל מועט שהרי מדובר בעדותו של מי שהתבקש להעיד על ידי הצד שכנגד דווקא.

בחקירה חוזרת – החוקר מוגבל במגבלותיה של החקירה הראשית ומעבר לכך הינו מוגבל בשאלותיו אך ורק לעניינים הנובעים מהחקירה הנגדית ולמצב בו נותרה אי בהירות בעקבות התשובות שניתנו בחקירה הנגדית (שם, בעמ' 1961; וראה גם תקנה 67(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי). הטעם למגבלות אלו טמון בכך שמדובר בחקירה על ידי בעל הדין שזימן את העד (ומכאן ההגבלה המחייבת לשאול שאלות "פתוחות" בלבד), וכן שמדובר בחקירה המסיימת את עדותו של העד, כך שאם יתאפשר לעד להעיד על עניינים שלא עלו בחקירה הנגדית, יימצא שבאותם עניינים לא נבחנה עדותו במסגרת החקירה הנגדית ותכלית חשיפת האמת תפגע.

19. אם נדרג את שלבי החקירה השונים לאור מידת המגבלות המוטלות על החוקר נמצא כי החקירה הנגדית היא החקירה שמגבלותיה הפחותות ביותר. החוקר אינו מוגבל לעניינים שעלו בחקירה הראשית ואין הוא מוגבל לשאלות "פתוחות" בלבד. החוקר יכול לשאול כל שאלה שהינה רלבנטית לעניין הנדון. לעומת זאת, החקירה הראשית מוגבלת בהשוואה לחקירה הנגדית, בכך שהחוקר מוגבל לשאלות "פתוחות" בלבד. החקירה החוזרת מוגבלת במגבלותיה של החקירה הראשית לעניין אופן הצגת השאלות, ובנוסף לכך מוגבלת היא גם בעניינים שאפשר לשאול לגביהם (אך ורק עניינים עליהם העיד העד בחקירה הנגדית וכאשר נותרה אי בהירות בתשובות שניתנו לגביהם).

20. עתה אבקש לעמוד על שלושה שיקולים מרכזיים שהשפיעו על עמדתי בחלק זה של פסק הדין:

21. הראשון – ענייני בצורך בהכרעות עובדתיות לצורך המסקנה לפיה העד בו מדובר "מזוהה" עם בעל הדין שכנגד (אשר נמנע מלהעיד אותו מטעמו). אזכיר כי זה היה הטעם שבבסיס עמדתו של חברי השופט עמית להקנות את הזכות לבעל הדין שזימן את העד, לחקור בחקירה נגדית, רק כאשר עסקינן בבעל הדין שכנגד בכבודו ובעצמו. צרפתי לעיל, בעניין זה, את דעתי לדעתו המרחיבה יותר של חברי השופט סולברג אולם זאת בצד הערה לפיה לגישתי יש מקום ליתן משקל לטעם שהביא את חברי השופט עמית לקביעת עמדתו דלעיל.

חברי השופט סולברג הציע מבחן שישרת את בית המשפט בכואו לקבוע האם העד אכן "מזוהה" דיו עם בעל הדין שבחר לא להעידו. המבחן שהוצע ואומץ גם על ידי לעיל, הינו המבחן בו עושים בתי המשפט שימוש בכואו להחליט האם לזקוף את אי העדתו של עד כנגד מי מבעלי הדין. המבחן אכן מוכר, אולם אין הדבר אומר שהינו קל ליישום. בפועל, השאלה האם עד פלוני מזוהה או לא מזוהה עם אחד מבעלי הדין (ולכן, משבחר אותו בעל דין לא להעידו, פועל הדבר כנגדו), הינה שאלה עובדתית ומשפטית שהלכה למעשה צדדים מתדיינים נאבקים על ההכרעה בה הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי.

כך, גם במקרים המובהקים יחסית, שהובאו על ידי בחלק קודם של פסק דין זה - נציג, שלוח, עורך-דין, מנהל עסקים – יכול ותהא מחלוקת עובדתית האמנם היו כאלו במועדים ובהקשרים מושא ההליך המשפטי.

בנוסף, יכול ותהא מחלוקת עובדתית לעניין קיומו של הסבר משכנע מדוע נמנע בעל הדין להעיד את מי שנראה כמזוהה עמו, אפילו אם בזמן האירועים עצמם היה הוא מנהל עסקיו של בעל הדין (לדוגמא), וזאת בשל אירועים מאוחרים יותר (לדוגמא, סכסוך חריף שנתגלע ביניהם לאחר האירועים וקודם להליך המשפטי ולמועד שמיעת הראיות או ניגוד אינטרסים שנוצר בין בעל הדין לבין העד, בנוגע לתוצאות המשפט, מכל טעם אחר).

לאמור לעיל יכול ותתווסף מחלוקת משפטית לעניין הצד שעליו הוטל נטל הבאת הראיות בעניין הנדון.

22. השני – עניינו במועד ובאופן קבלת ההחלטה על ידי בית המשפט. ההחלטה כיצד ייחקר העד, הינה החלטה שבית המשפט יקבל, בדרך כלל, במהלך הדיון ולאחר טיעון קצר בעל-פה ולא מעבר לכך. אף אם מניחים שהשאלה מתעוררת שלא במהלך הדיון (למשל, עובר להחלטה על זימונו של העד), דומה כי לא תהיה מחלוקת שיהיה זה לא סביר ולא יעיל לקיים הליך, מעין "משפט זוטא", לשמיעת טיעונים מלאים (ואולי אף שמיעתן של ראיות), במחלוקות עובדתיות ומשפטיות לעניין זיהויו של העד עם בעל הדין שלא זימן אותו להעיד. בהקשר זה ניתן לצפות כי ככל שההשלכות של ההכרעה לעניין "זיהויו" של העד תהיינה מרחיקות לכת יותר, כך תגבר הנטייה להרחבת המאבק המשפטי בין הצדדים עובר למתן ההחלטה בעניין זה וכך גם תגבר ההצדקה לאפשר מאבק שכזה קודם לקבלת ההחלטה.

התוצאה היא שמידת הוודאות ביישום המבחן לעניין זיהויו של העד עם בעל הדין שלא זימן אותו לעדות, כאשר אין מדובר בבעל הדין עצמו, הינה מוגבלת, כדרכן של החלטות דיוניות הניתנות במהלך הדיון ושלא על בסיס בחינה ראייתית ושמיעה מלאה של טיעונים.

23. השלישי – עניינו ב-"מחיר" קבלת החלטה מוטעית בעניין "זיהויו" העד, במישור תכלית חשיפת האמת. האפשרות לטעות, לכל כיוון (לזהות או שלא לזהות את העד עם בעלי הדין שנמנע מלהעיד אותו), הינה זהה. לא כך, להשקפתי, השלכותיה האפשריות. כך, אם תוקנה לבעל דין זכות לחקירה נגדית, בשל טעות בקבלת ההחלטה, התוצאה היא שהחוקר יוכל לשאול שאלות מדריכות, בעת שלולא הטעות (ולולא ההסדר המשפטי המוצע) הוא לא היה רשאי לעשות כן. המשמעות היא שקיים חשש שהתשובות ניתנו מתוך רצון "לעזור" לשואל. יש בכך, לכל היותר, כדי לפגוע במידת מה באמינותה של התשובה. ברם, פגיעה שכזו אינה קשה יחסית ודי להזכיר שזהו המצב בכל אותם מקרים בהם העדות בחקירה ראשית נעשית על דרך הגשת תצהיר (וכאשר במרבית המכרעת של המקרים התצהיר מוכן בסיועו של עורך הדין המייצג בתיק). "מחירה" של טעות כזו דומה אפוא להפרש, במישור האמינות והמשקל, בין עדות של עד הנמסרת בתצהיר עדות ראשית לבין עדות הנשמעת בחקירה ראשית בעל-פה.

לעומת זאת, טעות (בין בשל קביעת הסדר משפטי שונה ובין בשל טעות ביישומו) בכיוון ההפוך, קרי – שלילת הזכות לחקירה נגדית והגבלת החקירה לשאלות "פתוחות" בלבד מבעל דין שזכאי לחקור בחקירה נגדית, משמעה פגיעה מהותית בכלי שלדעת הכל חשיבותו לחשיפת האמת הינה מרובה, כלי החקירה הנגדית.

ה-"מחיר" כבד עוד יותר, לעניין טעות בהחלטה המגבילה את החקירה למידותיה של חקירה חוזרת: בנוסף לנטילת הכלי המרכזי לעימותה של העדות (בשל המגבלה, בחקירה חוזרת, לשאול שאלות "פתוחות" בלבד), נחסמת עקב כך הדלת לשמיעת העדות בנושאים שהינם רלבנטיים למשפט, אולם לא נשאלו לגביהם שאלות במסגרת החקירה הנגדית. ה-"מחיר" של טעות בהטלת מגבלה שכזו הינו כבד במיוחד – על שולחנו של בית המשפט לא תונח כלל ראייה, בנושא רלבנטי, שיכולה להיות רבת משקל ואולי אף מכריעה.

24. התמונה המתקבלת הינה שמחיר הטעות עומד בהתאם למדרג המגבלות עליו עמדנו לעיל: הטעות שמחירה הקל ביותר הינה טעות במתן זכות לחקירה נגדית לחוקר שאינו זכאי לכך; הטעות שמחירה כבד יותר הינה הגבלתו של החוקר לחקירה ראשית כאשר הינו זכאי לחקירה נגדית; הטעות בעלת המחיר הכבד ביותר הינה בהגבלת החוקר לחקירה חוזרת, כאשר לא היה מקום להטיל עליו מגבלה שכזו.

זאת ועוד: הואיל ומדובר בהחלטה הניתנת קודם לשמיעתה של העדות (להבדיל מהחלטה הניתנת בעת מתן פסק הדין), תיקון הטעות (לרבות על ידי ערכאת הערעור) הינו קשה, וכרוך בחקירתו מחדש של העד.

סבור אני שיש להעדיף הסדר משפטי, בהקשר דנן, שמחיר הטעות בעת יישומו הינו הנמוך יותר ומכאן עמדתי אשר להלן.

25. נחזור ונבחן את הקביעה שכבר קבענו לעיל, לעניין מתן הזכות לחקור בחקירה נגדית במצב בו בעל דין אינו מעיד בעצמו או אינו מעיד עד המזוהה עמו.

טעות במתן החלטה המזוהה את העד עם בעל הדין שכנגד, על פי ההסדר המוצע, לעומת הסדר לפיו בכל מקרה מי שהזמין את העד חייב לחוקרו בחקירה ראשית ולא נגדית, משמעה מתן הזכות לחקירה נגדית בלא שהיה מקום לכך. מחיר זה נמוך ממחיר שלילת הזכות לחקירה נגדית כאשר מוצדק שתוקנה זכות שכזו (ברם מאומץ הסדר משפטי השולל זכות זו בכל מקרה).

מכאן שהקביעה המשותפת לחבריי ולי, לעניין חקירתו של בעל הדין או העד המזוהה עימו, שהוזמן על ידי הצד שכנגד, בחקירה נגדית, עומדת יפה בשיקולים שהצגתי לעיל.

26. נבחן עתה את הצעתו של חברי השופט סולברג, לגבי המשך חקירתו של העד המזוהה עם בעל דין אחד, שנמנע מלהעיד אותו, ומשכך זומן לעדות על ידי הצד שכנגד: לפי הצעה זו, לאחר שהחליט בית המשפט לזהות את העד עם הצד שכנגד, יחקר העד, על-ידי הצד שזימן אותו לעדות, בחקירה נגדית. הסתיימה החקירה הנגדית, תתקיים רק חקירה אחת נוספת, של בעל הדין עמו מזוהה העד, וזאת בחקירה חוזרת בלבד.

אימוץ גישה זו משמעה שהעד לא יישמע כלל אלא בעניינים שבהם בחר הצד שהזמין אותו לשאול לגביהם (וראה בעניין זה את פסק הדין בת"א (ת"א) 1029-09 קד-קו בניין פיתוח וכבישים (1990) בע"מ נגד מבני גאיה יזום והשקעות בע"מ (15.1.2013)).

חברי השופט סולברג סובר שתוצאה זו הינה צודקת וראויה שכן היא נובעת מהחלטתו הטקטית של בעל הדין שאותו עד מזוהה עמו, שלא להעידו.

אלא שלהשקפתי עמדה זו מניחה שתי הנחות שיכול ותהיינה לא נכונות. האחת – שמדובר בהחלטה טקטית מודעת של בעל הדין (ולא בשל טעות למשל), והשנייה והעיקרית – שבית המשפט לא טעה בעת שזיהה את העד עם בעל הדין שלא העיד אותו. "מחירה" של הטעות, באם מאמצים את ההסדר המוצע על ידי חברי ובית המשפט טועה ביישום הספציפי לגבי זיהוי העד בו עסקינן, הינו, כפי שכבר עמדתי לעיל, כבד במיוחד.

27. נוסף ונשאל, בהנחה שאין מגבילים את בעל הדין שלא העיד את עצמו או עד המזוהה עמו למידותיה של חקירה חוזרת, האם יש להגבילו על פי כללי חקירה ראשית או לאפשר אף לו לחקור בחקירה נגדית?

בין שתי אפשרויות אלו הנני מעדיף הסדר משפטי הקובע כי אותו בעל דין יהיה רשאי אף הוא לחקור בחקירה נגדית.

כך, אם נאמץ הסדר המגביל את בעל הדין שלא העיד את העד לחקירה ראשית בלבד ובית המשפט יטעה בזיהויו של העד עם בעל הדין שכנגד, נמצא שוללים את כלי החקירה שכנגד ממי שהיה בעל זכות להשתמש בו. לעומת זאת, אם נאמץ הסדר המאפשר חקירה נגדית בנסיבות כאמור ובית המשפט טעה בהחלטתו לעניין זיהויו של העד, התוצאה היא שניתנה זכות לחקירה שכנגד למי שאינו זכאי לכך. משכך, עדיף בעיני ההסדר השני (המקנה זכות לחקירה נגדית לבעל הדין שלא העיד את העד).

28. מתן הזכות לבעל הדין שהעד מזוהה עמו ואשר נמנע מלהעיד אותו, לחקרו בחקירה נגדית, טעונה איזון. זאת משום שבלא איזון שכזה, יימצא שהעד יוכל להרחיב את עדותו בנושאים עליהם לא נשאל כלל וכן להעיד במגמה לסייע לצד שהינו מזוהה עמו, בלא עימות העדות במסגרת החקירה הנגדית. גם התוצאה לפיה "המילה האחרונה" ניתנת דווקא לצד שנמנע מלהעיד עד המזוהה עימו, הינה בלתי רצויה.

הפתרון לכך הינו לא רק בכיבוד הזכות של בעל הדין שהזמין את העד לחקרו בחקירה חוזרת אלא גם להסיר מחקירה חוזרת זו את עיקר המגבלות המוטלות בדרך כלל בחקירה חוזרת ולאפשר את חקירת העד, בכל עניין עליו נשאל בחקירה הנגדית (ולאו דווקא כאשר התשובות שנתן העד אינן ברורות דיין), וכחקירה נגדית (ולאו דווקא על דרך שאלת שאלות "פתוחות" בלבד). יחד עם זאת, מטעמי יעילות, החקירה תוגבל לנושאים עליהם התבקש העד להשיב במסגרת החקירה הנגדית.

29. ההסדר המוצע על ידי, משרת, להשקפתי, באופן המיטבי את תכלית חשיפת האמת, במיוחד בהתחשב באפשרות שבית המשפט עלול לטעות בעת שיישם את ההסדר על הנסיבות שבפניו.

כמו כן, לשיטתי ההסדר המוצע על ידי משרת גם את התכלית שביקש חברי השופט סולברג לקדם בהסדר המוצע על ידו – השפעה על שיקוליו הטקטיים של בעל הדין בבואו להחליט האם להעיד את העד המזוהה עמו או לא – אם כי במידה פחותה יותר. זאת, משום שגם ההסדר המוצע על ידי מביא את אותו בעל דין למצב טוב פחות לעומת המצב בו היה עומד לו היה מחליט להעיד את העד המזוהה עמו: הוא מאבד את הזכות לחקירה חוזרת ואילו יריבו זוכה בהזדמנות כפולה לחקירה נגדית.

סיכומם של דברים

30. להשקפתי את מניין הימים להגשת בקשת רשות לערער, כאשר ההחלטה ניתנת במהלך דיון ופרוטוקול הדיון הוא פרוטוקול המוקלט ולאחר מכן מתומלל, יש להתחיל לספור במועד מתן ההחלטה (מועד הדיון) ולא במועד המצאת תמליל הפרוטוקול.

31. העניין מושא בקשת הרשות לערער דנן אינו בא בגדרו של צו בתי המשפט.

32. כאשר בעל דין אינו מעיד מטעם עצמו או שאינו מעיד עד המזוהה עמו, ובעל הדין (או אותו עד) מוזמן להעיד על ידי בעל הדין שכנגד, ייחקר בעל הדין או העד המזוהה עמו, תחילה על ידי בעל הדין שהזמינו, בחקירה נגדית; לאחר מכן ייחקר בעל הדין או העד המזוהה עמו, בחקירה נגדית; לבסוף, ייחקר העד על ידי בעל הדין שהזמינו, בחקירה חוזרת, אולם זאת תעשה, לעניין אופן ביצוע החקירה, כחקירה נגדית, ולעניין נושא החקירה תוגבל לעניינים עליהם נחקר העד במסגרת החקירה הנגדית.

לאחר שעיינתי בהשלמה של חברי, השופט י' עמית לחוות דעתו, מטעמים מעשיים וכדי שתצא תחת ידינו, בפסק דין זה, הלכה, הנני מצרף את דעתי לדעתו לעניין האופן בו ימשיך להיחקר בעל הדין שכנגד או עד המזוהה עמו, לאחר שייחקר בחקירה נגדית על ידי בעל הדין שזימנו להעיד.

33. בהתאם לאמור הנני מסכים כי דין הערעור להתקבל.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נ' סולברג, פה אחד, כי צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009, אינו חל בעניין דנן.

מניין הימים להגשת בקשת רשות ערעור לגבי החלטה שניתנה במהלך הדיון כשפרוטוקול הדיון מוקלט, יחל, לדעת השופט י' עמית והשופט י' כשר, במועד הדיון שבו ניתנה ההחלטה; זאת, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג, שלפיה יחל מניין הימים ביום המצאת תמליל הפרוטוקול לבעלי-הדין.

לגוף העניין הוחלט, פה אחד, כאמור בפסק הדין של השופט נ' סולברג, כי בעל-דין המזמין לעדות את בעל-הדין שכנגד, כעד מטעמו, רשאי לחקור אותו בחקירה נגדית.

לדעת השופט נ' סולברג, שלדעתו הצטרף גם השופט י' כשר, תחול הלכה זו לא רק לגבי בעל-הדין עצמו, אלא גם לגבי עדים שאינם בעלי-דין, אך 'מזוהים' עם בעל-הדין שנמנע מלהעיד אותם מטעמו. לדעתו של השופט י' עמית, יש להותיר את ההחלטה לשיקול דעתו של בית המשפט בכל מקרה ומקרה.

לדעת השופט נ' סולברג, יוכל בא-כוחו של אותו עד, או של בעל-הדין שעמו הוא מזוהה, לחוקרו לאחר מכן בחקירה חוזרת בלבד; לדעת השופט י' עמית, שאליה הצטרף – מטעמים מעשיים – השופט י' כשר, יש להותיר את ההחלטה בעניין זה לערכאה הדיונית בהתאם לנסיבות העניין.

הערעור מתקבל אפוא כמובן זה שהתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי, אשר יקבע מועד לדיון הוכחות, שבו יתאפשר לב"כ של אריה לחקור את יחזקאל בחקירה נגדית. לאחר מכן יוכל בא-כוחו של יחזקאל, ככל שיחפוץ בכך, לחוקרו בחקירה נגדית, או בחקירה ראשית, או בחקירה חוזרת, כפי שיורה בית המשפט המחוזי.

המשיבים ישאו בהוצאותיו של אריה בסך כולל של 15,000 ₪.

ניתן היום, י' בכסלו התשפ"ג (4.12.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט