ת"א 43792-01-20 בן ארי, פיש, סבן ושות' -עורכי דין ונוטריונים ואח' נ' קוזלי ואח'

תיק חיצוני:

לפני כבוד השופט סארי ג'יוסי

המבקש:	**סלאח מחמוד ג'בארין ת"ז 057635021** **ע"י ב"כ עוה"ד ו. בן חיים ואח'**
	נגד
הנתבעים/המשיבים:	**1. רחל בן ארי (בר רב האי), עו"ד ת.ז. 054148176.** **2. גילת סבן, עו"ד ת.ז. 0555767748.** **3. מוחמד לוטפי מחאג'נה ת"ז 059336008** **ע"י ב"כ עוה"ד י. אדלר ואח'** **4. איברהים קוזלי ת"ז 026511493** **5. חאדר קוזלי ת"ז 300341427** **6. סובחי אבראהים קוזלי ת"ז 058591140** **ע"י ב"כ עוה"ד ו. כעבייה**

<u>החלטה</u>

לפני בקשת המבקש, מיום 25.01.2022, במסגרתה עתר לפסילת תמלולי ההקלטות, שהוגשו מטעם הנתבעים שכנגד מס' 4-6 (להלן: "**הנתבעים**").

בקליפת אגוז יצוין, כי המבקש טען שבדיון שהתקיים ביום 11.10.2021, הועלתה טענתו בנוגע לכשרות תמלולי ההקלטות, אשר הוגשו מטעמם של הנתבעים, וכי נוכח האמור לעיל נקבע, כי על הנתבעים להגיש תצהיר משלים, אשר יתן מענה לפגמים שהועלו.

נטען, כי מעיון בתצהיר המשלים, אשר הוגש מטעמם של הנתבעים עולה, שהפגמים הנטענים לא רופאו שעה שמהצהרת חברת "חבר תרגומים" (להלן: "**החברה**"), שערכה את

התמלולים, עולים מספר פגמים. היה על החברה להצהיר ולהוכיח, כך נטען, כי נבדק שההקלטה שהתקבלה היא העותק המקורי, כי החברה העתיקה בעצמה מן המקור את התקליטור שנשלח לצדדים, וכי ההקלטה שלמה ואין בה מקטעים חסרים. הצהרת החברה, כך אליבא דמבקש, אינה מתייחסת ספציפית לתמלולים שצורפו, ואף אינה כוללת את שמו של המאזין, הבודק והמתמלל של כל אחד מן התמלולים.

עוד נטען, כי נוכח האמור, ובשים-לב לפגמים שנפלו בהצהרות החברה, לרבות העדר תצהיר מאומת שהייתה זו היא שיצרה את העותק שחייב להיות נאמן למקור, וכי מבצע ההקלטות בעצמו אינו מגלה בתצהירו את המועדים בהם בוצעו ההקלטות, התמלולים פסולים מבחינה ראייתית, ואינם קבילים להגשה לבית המשפט.

הנתבעים, מנגד, טענו, כי יש לדחות את בקשת המבקש הואיל והמבקש קיבל לידיו העתק "קולי" של ההקלטות, שלמרביתן הוא היה שותף, והיה לו די והותר זמן, כך נטען, לשמוע את ההקלטות ולהעבירן למומחים מטעמו על-מנת שאלה יבחנו אותן, וזאת אף בשים-לב לעובדה, כי המבקש אינו מעלה כל טענה בדבר תוכן ההקלטות.

עוד נטען, כי הלכה למעשה, ההקלטות הן הדבר המוחשי היחיד, מלבד ההסכמים והטיוטות, שבעזרתן יוכל בית המשפט להגיע לחקר האמת, ורצונות הצדדים במועדים הרלוונטיים. תזמון הבקשה, כך נטען, זמן רב לאחר הגשת תצהירו של הנתבע מס' 5, מעיד על העדר תום-לב, ומוכיח, כי למבקש יש מה להסתיר מבית המשפט.

עוד ובנוסף נטען, כי המבקש הוא התובע, וכי עליו מוטל נטל הבאת הראיות. הנתבעים, כך נטען, הגישו תצהיר מפורט, אשר עומד בכל התנאים להגשת תמלילי הקלטה כראייה לבית המשפט, והפניותיו של המבקש לפסיקה משנת 1981, אינן מתיישבות עם הטכנולוגיות הקיימות בשנת 2022.

לאחר שנתתי דעתי לטענות הצדדים, מסקנתי היא שדין הבקשה להידחות.

אכן, פסיקת בית המשפט העליון קבעה לפני מספר עשורים תנאים לקבלת הקלטה או תמלול כראיה בבית המשפט.

אפנה לדבריו של כב' הנשיא מ. שמגר ז"ל ב-ע"פ 869/81 **מוחמד שניר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(4) 169, פסקה 13:

> "**קבילותה של הקלטה, בתור שכזאת, נבחנת על-ידי בית המשפט שלנו מאז ע"פ 28/59 [1] לפי שורה של כללים, השאובים מן המשפט של ארצותהברית, ואשר עניינם קביעת מבחנים לאמינות ההקלטה ככזאת. הווה אומר, ההקלטה מביאה לנו דברים, שיכלו להיקלט על-ידי מי שנוכח במקום השמעתם בופן גלוי, תוך האזנה ישירה ורגילה ובלתי אמצעית. דא עקא, שמי שמעיד על ההקלטה הסמויה לא נוכח במקום באופן גלוי או אינו מקליט את הדברים באופן גלוי אלא מביא עמו את הדברים המוקלטים כדי להשמיעם לפני בית המשפט במועד מאוחר ממועד השמעתם המקורית ומחוץ למקום בו הושמעו במקורם.**
>
> **המכשיר המקליט הוא אמצעי טכני, החוצץ בין המקור שהשמיע את הקול לבין האוזן הקולטת את דברי המקור. הווה אומר, המדובר על נסיבות, בהן אין שמיעה בלתי אמצעית של מה שנאמר. על-כן דרושים כללים, הבוחנים, אם האמצעי הטכני אכן שב ומביא את הדברים כהווייתם וכהשמעתם לראשונה, וכי אינו מעוות אותם בשל מעשה שגגה או בשל מעשה זדון.**
>
> **אלה הכללים, כלשונם, כפי שהם מובאים בפסק-דיננו האמור:**
>
> **..."כדי שיהיה בידו של בית-המשפט להחליט על קבלת סרט ההקלטה, או התקליט, יש להוכיח או להראות תחילה קיומם של כמה תנאים מוקדמים, היינו: (1) כי המכשיר, או האמצעי האחר ששימש להקלטה, פועל כהלכה ועשוי לקלוט או להקליט דברים**

נאמרו; (2) שהאדם אשר טיפל בהקלטה ידע את מלאכתו; (3) שההסרטה או ההקלטה מהימנים ונכונים; (4) שלא נעשו בסרט שינויים בצורת הוספות או השמטות; (5) זיהוים של המדברים שקולותיהם נקלטו; (6) שהדברים נאמרו והעדות הוגדה מרצונו הטוב של המדבר ללא כפיה וללא פיתוי" (שם, בעמ' 1209מול אות השוליים א) (ההדגשות שלי - מ' ש'".

יחד עם זאת, ברבות השנים החלה להסתמן במשפט הישראלי מגמה ברורה של מעבר מכללים של קבילות למבחני משקל ומהימנות, גם בסוגיות של הקלטות ותמלולים.

אפנה לדבריה של כב' נשיאת בית המשפט העליון השופטת א. חיות ב-ע"א 3038/05 **מוחמד מתקאל זידאן נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון** (09.08.2006), פסקה 5:

"מסקנה זו אינה משתנה גם נוכח הטענות שהעלה המערער לעניין קבילות התמלילים. ראשית, מסתמנת מגמה ברורה מבחינת דיני הראיות של מעבר מכללים נוקשים של קבילות למבחנים גמישים של משקל ומהימנות, תוך העדפת השיטה הבוחנת את הראיה לגופה (ראו למשל: ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה ורד סילוורמן ז"ל, פ"ד לז (4) 281, 286-287 (1983)); ע"א 6205/98 אונגר נ' עופר, פ"ד נה(5) 71, 85-86 (2001)); ע"פ 5339/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נו(3) 769, 775-776 (1999)); יעקב קדמי, על הראיות חלק ראשון 580 (2003)). החלטתו של בית משפט קמא לקבל את התמלילים כראיה בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון ובהינתן הקושי של המשיבים לגרום להתייצבות העדים שהינם תושבי האזור וכן בהינתן העובדה כי מדובר בבני משפחתו ובבני כפרו של המערער, משתלבת היטב במגמה זו. שנית, נראה כי מסקנתו של בית משפט

קמא לפיה הוכיחו המשיבים פוזיטיבית את גרסתם באשר לנסיבות פגיעתו של המערער, אינה קמה ונופלת על אותם תמלילים ובצדק טענו המשיבים כי די בכל יתר הראיות שהוצגו על מנת לבסס מסקנה זו. (ההדגשה אינה במקור).

מגמה נוספת, אשר עולה מפסיקות בתי המשפט מדגישה, ברחל בתך הקטנה, את חשיבות חשיפת האמת ועשיית צדק, עת מוענק מעמד בכורה לאינטרס גילוי האמת על-פני ערכים אחרים.

אפנה ל-ע"א (חי') 2322/04 **סאוסן אסדי (קטינה) נ' מועצה מקומית דיר אל אסד**, פ"מ תשס"ד (1) 481 (04.01.2005), נקבע בפסקה 8:

"אין חולק כי בישראל לא התקבל הכלל הראייתי המוכר במשפט האמריקני (The Exclusionary Rule) בדבר פסילת קבילותן של ראיות שהושגו באמצעים פסולים (כלומר פסילת "פירותיו הבאושים של ה'עץ המורעל'" ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל [1], בעמ' 261)... בישראל התקבל העיקרון בדבר קבילותן של ראיות, גם אם הושגו באמצעים פסולים תוך התרת שיקול־הדעת לגבי משקלן לבית־המשפט הדן בתיק. עם זאת נקבעו בחקיקה הוראות פסילה חריגות בשני עניינים; סעיף 13 לחוק האזנת סתר וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. יש להזכיר כי סעיף 13 לחוק האזנת סתר קובע כלל פסילה מחמיר המונע קבלת כל ראיה שהתקבלה בניגוד להוראות החוק (ראה ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילוז [2], בעמ' 305 לאחר מתן פסק־דין זה תוקן החוק ובמצבים מוגדרים ומצומצמים ניתן לקבל כראיה גם דברים שנקלטו בהאזנת סתר). לעומת זאת מותיר סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות שיקול־דעת לבית־המשפט לקבל

ראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות "מטעמים שירשמו" או "אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה" (ראה ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין (להלן – פרשת ועקנין [3]), בעמ' 872; בש"פ 901/89 בן חמו נ' מדינת ישראל [4], בעמ' 526)...דיני הקבילות הנהוגים בישראל משקפים תפיסה משפטית שלפיה ככלל, למעט מקרים חריגים, יש להעדיף את גילוי האמת על פני ערכים נוגדים. כידוע במשפט האזרחי בירור האמת הינה הדרך הראויה לפתרון הסכסוך שבין בעלי־הדין ולסיומו (ראה למשל הדברים שנאמרו בע"א 61/84 ביאזי נ' לוי [5], בעמ' 476)...החריגים לעיקרון הכללי נועדו להדגיש את עמדת המחוקק כי בנסיבות מיוחדות וחריגות קיימים ערכים העדיפים על פני גילוי האמת (ע"פ 115/82 הנ"ל [1], בעמ' 260-256; ופרשת ועקנין [3])...עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והכרה בזכות לכבוד ובזכות לפרטיות כזכויות חוקתיות, היו מי שסברו כי הגיעה העת לבחון מחדש את דיני הקבילות של ראיות שהושגו באמצעים פסולים. כך נמצאו מספר מקרים בהם סברו בתי־משפט כי ניתן לפסול הודאת נאשם אם לא נמסרה לו אזהרה כנדרש, נפגעה זכות השתיקה של הנאשם או אם נפגעה זכותו להיוועצות בעורך־דין (ראה למשל ת"פ (י-ם) 108/98 מדינת ישראל נ' אסקין [14]; ת"פ (נצ') 511/97 מדינת ישראל נ' עודה [15]; ראה הערות השופטת ביניש בע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל [6], בעמ' 546, מאמרו של פרופ' א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין, האם השתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?" [18])...עם זאת לא נקבע מעולם בפסיקה כי יש מקום לשנות מדיני הראיות המוכרים ולהחיל באופן גורף את כלל הפסילה של ראיות שהושגו באמצעים פסולים. גם אם ניתן לשקול במקרים המתאימים,

שבהם עומדים על הכף ערכים כבדי משקל, הרחבת החריגים המאפשרים פסילת ראיות, ברי כי לא מדובר בפתיחת פתח גורף לפסילתן של ראיות ממין אלה".

סבור אני, כי בענייננו לא בשלה העת לפסול את התמלולים שהוגשו על-ידי הנתבעים, ולקבוע, כי הם אינם קבילים.

גם אם לא מתקיימים, בענייננו, כלל התנאים שנקבעו בפסיקה – ואיני קובע כך, בשלב זה, טענות המבקש, גם בסוגיה זו, תבחנה באופן מעמיק, יסודי ומפורט בעת ההכרעה במחלוקת מושא התביעה, כחלק מן התשתית הראייתית ובאופן הראוי על מנת להגיע לחקר האמת. פסילת התמלולים, בשלב זה, בשים-לב, בין היתר, לתשתית הראייתית שהונחה בפני, לרבות הצהרת החברה, חוטאת למגמות המשפט הישראלי ולתכליות המצויות בבסיסה.

על יסוד האמור לעיל, הבקשה נדחית.

בנסיבות העניין, אין צן להוצאות.

ניתנה היום, י"ז אדר ב' תשפ"ב, 20 מרץ 2022, בהעדר הצדדים.

ת"א 43792-01-20 בן ארי, פיש, סבן ושות' -עורכי דין ונוטריונים ואח' נ' קוזלי ואח'

תיק חיצוני:



1
2