

## ת"ד 2206/05/20 - מדינת ישראל נגד שירלי מלמד

בית משפט השלום לתעבורה בבאר שבע

ת"ד 2206-05-20 מדינת ישראל נ' מלמד

תיק חיצוני: 358434/2019

לפני כבוד השופטת איילת גרבי

המבקשת מדינת ישראל

נגד

המשיבה שירלי מלמד

### החלטה

1. החלטתה זו ניתנת בהמשך להחלטותיי מיום 12.3.24 ומיום 28.3.24 ולאחר שהמבקשת הגישה ביום 5.5.24 את המסמכים הרפואיים הרלוונטיים ביחס לבוחן ארז אביגור יעקובובסקי. (להלן: "הבוחן").

2. החלטה זו היא בקשר לבקשת המבקשת שעניינה החלת החריג: "אמרת נפטר במילוי תפקידו" ביחס לבוחן, ובשל מצבו הרפואי וחוסר יכולתו להעיד בבית המשפט.

### טענות הצדדים

3. בהתאם לבקשת המבקשת והמסמכים שהוגשו אך לאחרונה באשר למצבו הנפשי והרפואי של הבוחן, יש להחיל בענייניו את החריג לעדות מפי השמועה ביחס ל"אמרת נפטר במילוי תפקידו", כאשר לטענתה חריג זה חל גם ביחס למקרה בו לא ניתן להעיד ממלא תפקיד רשמי, לרבות בוחן משטרה, אודות מסמכים אשר ערך במסגרת תפקידו הרשמי וזאת מסיבה אובייקטיבית ובכלל זה מחלה המונעת ממנו להתייצב למתן עדותו.

המבקשת הפנתה לפסיקה הרלוונטית בעניין זה וציינה כי באשר למסמכים שערך הבוחן שעניינן עובדות בבחינת "ממצאים" שנמצאו על ידו בזירת התאונה, ניתן להגישן לבית המשפט ובאשר למסקנות הנובעות מאותם ממצאים, תבקש להגיש חוות דעת נוספת אשר תערך על ידי רס"ב שרון סולומון, המשמש כרכז בוחנים באת"ן נגב.

4. המשיבה התנגדה לבקשה וציינה כי הגשת חוות דעת כפופה לזכות היריב לחקירה נגדית, בהתאם לסעיף 26 לפקודת הראיות ומדובר בזכות מוחלטת כאשר עדותו של הבוחן, במקרה זה הכרחי לשם הבנת משמעויות ודרכי החקירה של תאונת הדרכים.

5. עוד ציינה המשיבה, כי על פי סעיף 23 לפקודת הראיות, יכולה המבקשת להגיש את חומר הראיות על ידי רמת"ד נגב בלבד שהוא האחראי ליחידה בה שירת הבוחן. כמו כן ציין כי בוחן אחר אינו יכול להיכנס בנעלי הבוחן ואינו יכול להכשיר פעולה של איסוף ראיות או מסמכים כאשר לא היה שותף לו.

### דין והכרעה

עמוד 1

6. בקשת המבקשת היא למעשה בקשה להחיל חריג לעדות מפי השמועה ביחס לבוחן ואשר הוכר בפסיקה ביחס לאמרות של נפטרים.

הבוחן בענייננו ערך חוות דעת באשר לאופן התרחשות התאונה, אסף ממצאים וקבע מסקנות באשר לגורם לתאונת הדרכים, כפי שהדבר נעשה בחקירת תאונת דרכים, וזה אמור להיחקר אודות חוות דעתו בבית המשפט במסגרת פרשת התביעה, ככל שהנאשם מכחיש את אחריותו לתאונת הדרכים ואת האופן בו ארעה התאונה.

בעניינו כאמור בקשת המבקשת היא להחיל חריג לעדות מפי השמועה, ביחס לקבלת החלק העובדתי בחוות דעתו של הבוחן, אשר נבצרה ממנו האפשרות להעיד בבית המשפט ולהגיש באמצעותו את דוח הבוחן ולהיחקר עליה.

7. בספרו של פרופ' גבריאל הלוי, **תורת דיני הראיות**, חלק ב', מבהיר את הכלל הפוסל עדות מפי השמועה ומציין כך:

**"הכלל הפוסל עדות מפי השמועה נחשב לאחד מכללי הקבילות בדיני הראיות. עיקרו הוא בפסילתן של ראיות שאינן מכלי ראשון כראיה לאמיתות תוכנן... עם זאת, כחלק ממגמת ההתאינות של דיני הראיות המודרניים, אשר נדונה לעיל, נשחק כלל פורמלי זה בדרך של יצירת חריגים רבים ורחבים המעניקים לבית המשפט שיקול דעת שיפוטי באשר להערכת משקלן של הראיות תחת פסילתן הגורפת."** (עמ' 553).

8. בהמשך מציין פרופ' הלוי, כי צמצום תחולתו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה, עשוי למצוא את ביטויו בהרחבתם ובהעמקתם של החריגים לכלל, בהגבלת תחולתו בתחומים מסוימים או אף בביטולו הגורף.

9. אחד החריגים לכלל האמור הוא קבילות הודעות נפקדים.

בספרו מפרש פרופ' הלוי, כי הודעות נפקדים הן אמרותיהם של גורמים שלא ניתן להעידם בבית המשפט מטעמים אובייקטיביים. קבילותן של עדויות על הודעות נפקדים הוכרה כלגיטימית בשל הצורך לחשוף את בית המשפט לעובדות אשר אין אפשרות אובייקטיבית להציגן במסגרת עדות מכלי ראשון, ובין היתר אמרות במהלך ביצוע תפקיד. במסגרת קבוצת הנפקדים כלולים נפטרים, חסרי כושר העדה מן הבחינה הגופנית, **חסרי כושר העדה מהבחינה הנפשית**, נעדרים וכיוצא בזה. (עמ' 637).

**כלפי אלה לא קיימת אפשרות אובייקטיבית של תפקוד כעדים ועל כן לא ניתן להציג את עדותם בבית המשפט כעדות מכלי ראשון.**

10. בענייננו ראוי לציין כי בהתאם למסמכים הרפואיים שהגישה המבקשת ביום 5.5.24 באשר לבוחן, הבוחן נעדר כושר העדה מהבחינה הנפשית, שכן בהתאם לאמור במסמכים אלה יש למנוע באופן מוחלט חשיפתו של הבוחן לכל

חומר העוסק בתאונות דרכים, שכן הוא עלול לגרום להחמרה במצבו הבריאותי.

קביעה זו מגובה בחוות דעתם של הרופאים במשטרת ישראל וכן של המרכז לבריאות הנפש. בשל צנעת הפרט אין מקום לפרט בהחלטה זו את כלל הפרטים המופיעים בחוות הדעת הרפואיות בעניינו של הבוחן, אך די לומר, כי הקביעה באשר להעדר כשרות נפשית להעיד בענייני תאונות דרכים ובהמשך שירותו של הבוחן במשטרת ישראל, מבוססת היטב במסמכים אלה.

### **לפיכך, אין מחלוקת כי הבוחן נעדר כושר העדה מן הבחינה הנפשית.**

11. עוד מציין פרופ' הלוי, כי העובדה שאדם אשר היה עד ישיר לאירוע העובדתי, אינו מסוגל להעיד בפני בית המשפט, עדיין אין בה כשלעצמה כדי להכשיר עדות מפי השמועה כראיה לאמיתות תוכנה וכפועל יוצא, יצירתו של החריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה ביחס לאמרות נפקדים נעשתה תוך הקפדה על דרישת התקיימותם של אמצעי הביטחון למניעת עיוות חקר האמת.

12. באשר לחריג הספציפי החל בעניינו - **אמרות במהלך ביצוע תפקיד**, מפרט בספרו בעמ' 647 ואילך, את הרציונל היסודי לחריג זה בשני היבטים, האחד, כי אין דרך להביא בפני בית המשפט את המידע העובדתי הכלול באמרה באמצעות עדות ישירה, שכן אומר האמרה נפקד (טעם תפקודי - פונקציונלי), והשני, כי תוכן אמרתו של אדם במהלך ביצוע תפקיד הנו בדרך כלל מהימון, שכן בדרך כלל אין אותו אדם מבצע את תפקידו מתוך אינטרס אישי או מתוך אינטרס לעוות את המציאות העובדתית, בחינתו של היבט זה נעשית ביחס למועד אמירתה של האמרה.

13. עם התקיימם של חמישה תנאים מרכזיים במצטבר, עשויות להיות האמרות (שנמסרו בעל פה או בכתב) להיות קבילות כראיה לאמיתות תוכנן, ואלה הם התנאים:

א. בעת המשפט אומר האמרה נפקד.

ב. בעת אמירת האמרה היתה על האומר חובה לפעול ולדווח במסגרת מילוי תפקידו.

ג. בעת אמירתה התייחסה האמרה לפעולה שבוצעה בפועל.

ד. האמירה נאמרה בסמוך לאחר התקיימותה של הפעולה המדווחת.

ה. בעת אמירתה לא היה לאומר האמרה כל מניע לאמור אמירה כוזבת.

14. באשר **לתנאי הראשון** ועם הרחבת הכלל כאמור וכפי שנקבע בע"א 703/86 **אברהם ברנשטיין נ. היועץ המשפטי לממשלה**, קבע בית המשפט כי יש להחיל את החריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה בדבר קבילותה של אמרה בכתב שנעשתה על ידי ממלא תפקיד במסגרת מילוי תפקידו, לא רק במקרה שממלא התפקיד נפטר, אלא גם כאשר מדובר בממלא תפקיד שלא ניתן להעידו מטעם אחר. (שם בעמ' 532 בפסק הדין).

באשר **לתנאי השני**, הרציונל הוא כי כאשר אדם פועל מכח תפקידו ולא מתוך מניעים אישיים, קיים סיכוי גבוה יותר, כי פעולותיו תשאנה אופי אובייקטיבי, לרבות הדיווח הכלול באמרה.

באשר **לתנאי השלישי**, אין מחלוקת כי חוות דעתו של הבוחן נעשתה ביחס לאירוע התאונה שהתרחש בפועל, ובאשר **לתנאי הרביעי**, אין ספק בדבר התקיימותו, שכן חוות הדעת נערכה לאחר אירוע תאונת הדרכים, ובסמוך לה.

באשר **לתנאי החמישי**, ההנחה בבסיס אמצעי ביטחון זה הוא כי לא היה לאומר האמרה כל מניע לאמור אמירה כוזבת, כך למשל, העובדה שמדובר באמרה במסגרת מילוי תפקידו מרחיקה את האומר מעניין אישי בתוכנה של האמירה. יחד עם זאת, לא מן הנמנע כי המידע בדבר עניינו האישי של אומר האמרה יובא לידיעת בית המשפט באמצעות בעל הדין היריב במסגרת התנגדות לקבילותה של הראיה.

### **בתגובת המשיבה לבקשה לא הובא כל מידע מסוג זה.**

יחד עם זאת, אף אם יובא מידע אודות מניעיו של אומר האמרה, הרי שזה ישקל במסגרת שיקולי הערכת משקל להבדיל מפסלות קבילותה של העדות באופן גורף. (שם בעמ' 654).

15. עם התקיימותם של חמשת התנאים שלעיל הרי שהעדות על האמרה תהא קבילה לאמיתות תוכן האמרה, וכן:

**"כאשר האמרה מפנה לראיות חפציות, לרבות מסמכים, כחלק אינהרנטי הימנה, כי אז יש בכך גם כדי להוות בסיס לקבילותן של ראיות אלה. במסגרת זו התקבלו בישראל כראיות קבילות ראיות חפציות (במסגרת העדות על האמרות) שהן רישומים של בעלי תפקידים רשמיים ברשויות אכיפה כחוק, ושל אחרים... בהקשר זה, ראיות שהן חלק אינהרנטי מן האמרה הן ראיות תוכן האמרה מסתמך עליהן, ואשר יש קושי בהבנת האמרה בהעדרן של אותן ראיות."** (שם בעמ' 654-655).

באשר לקבלתו של **דוח בוחן** בהקשר לכלל האמור לעיל ובמסגרת החריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, ראה המ' 79/55 **שטוצ'ינר נ. פומרנצ'יק**.

16. בתגובת המשיבה לבקשה, ציינה כי בהתאם לסעיף 23 לפקודת הראיות, יכולה המבקשת להגיש את החומר שנערך על ידי הבוחן בק באמצעות רמת"ד נגב - אחראי היחידה בה שרת הבוחן.

### **דין טענה זו להידחות.**

חוות דעתו של בוחן תנועה (בין מטעמה של המאשימה ובין מטעמו של נאשם), היא חוות דעתו של מומחה כאמור

בסעיף 20 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א - 1971, שכן מדובר בחוות דעתו של מומחה בשאלה שבידיעתו המקצועית וזאת להבדיל מתעודת עובד ציבור האמורה בסעיף 23 לפקודת הראיות.

**בוחן תנועה משטרתי אינו עובד ציבור שביצע רישום במסמך רשמי אלא מומחה שערך חוות דעת מקצועית בעניינים שבידיעתו המקצועית.**

בנסיבות אלה רשאית המבקשת להגיש חוות דעתו של בוחן אחר ולא כפי שציינה המשיבה בתגובתה - של רמת"ד נגב בלבד.

17. באשר לטענתה הנוספת של המשיבה באשר לתחולת סעיף 26 לפקודת הראיות בדבר חוסר אפשרותו של היריב לחקור בחקירה נגדית את מוסר חוות הדעת, הרי שכבר בע"א 95/54 **חיה סקינדר נ. אלן שוורץ**, קבע בית המשפט כך:

"משום כך נראה לי כפי שאמר הנשיא המלומד, שהשופט יהיה רשאי להשתמש בדו"ח הבוחן כראיה, לאחר שישקול את מידת המהימנות אשר יש לייחס לדברי הבוחן הנפטר, רק במידה שהבוחן רשם בו עובדות ועל השופט יהיה להתעלם מתוכן הדו"ח, במידה שהבוחן רק חיווה בו את דעתו."

18. בע"פ 416/71 **סמיר עווד נ. מ"י**, נקבע בעניין זה:

"... וגם סעיף 26 המאפשר את חקירתו בעל פה של נותן התעודה לא בא להחמיר עם התביעה לעומת הדין הקודם ולבטל את החריג שהיה קיים מאז ומתמיד, המתיר הוכחת עובדות בהודעתו בכתב של עד אשר נפטר, אם הוא מסר את ההודעה במילוי תפקידו. חריג זה מוסיף להתקיים ואת הסעיף 26 יש לפרש בהתאם לכך, באופן שאין הוא חל על מומחה או רופא אשר לא ניתן לחקרו בבית המשפט מחמת פטירתו." (ההדגשה אינה במקור - א.ג.)

בת"א (ב"ש) 347/81 **עווד כהן נ. "ירדניה" חברה לביטוח בע"מ**, צוין גם:

"... יש לפסוק, כי חלקה העובדתי של חוות הדעת ישאר בעינו כראייה, הגם שבית המשפט יהיה עד לעובדה שהעדות לא נבדקה בחקירה שכנגד, ואילו החלק של חוות הדעת שהוא בגדר סברתו של המומחה הרפואי לא ישמש עדות, במשמעותו הרגילה של מונח זה, ואלה נימוקי: נאמר על עדות שלא הושלמה, ככלל, כי "עקרונית ניתן לומר שצריך להתעלם מכל עדות שלא עברה את מבחן החקירה שכנגד, אך הנטייה המקובלת היא להעדיף פתרון גמיש יותר, לפי שיקול דעתה של הערכאה הראשונה"

... סיכום זה, מן הראוי שיחול גם על עדות שבכתב (קרי במקרה דנן: חוות דעת של מומחה רפואי), שכן אין להעלות על הדעת כי סעיף 26(א) לפקודת הראיות שבא להבטיח לבעל דין זכות החקירה הנגדית שיש לו לגבי עד רגיל, תוצאתו, בהעדר האפשרות לחקור בעל חוות דעת שנפטר תהא מרחיקת לכת מעבר לתוצאה החלה על עדות עד רגיל בנסיבות דומות, ואין לומר כי בנסיבות אלה נפסלת חוות הדעת מניה וביה"

19. בע"א 506/82 **שמעון זונטג נ. עזבון המנוח מנדלסון דוד ז"ל**, חזר בית המשפט על הלכה זו ובסופו של יום ציין כי רשאי היה בית המשפט קמא להסיק מסקנות לקבוע ממצאים על סמך שילוב הדוח של הרופא המנוח עם חוות הדעת וההסברים שנמסרו על ידי הרופא האחר מעל דוכן העדים. (שם בעמ' 126).

20. בנסיבות אלה ונוכח כל האמור לעיל, אני מתירה הגשת חוות דעתו של הבוחן באשר לחלק העובדתי שבה ובכלל זה המסמכים שנערכו עם חוות הדעת כאמור, וזאת בעת שתשמענה הראיות במסגרת פרשת התביעה.

המבקשת תמציא לעיונו של ב"כ המשיבה חוות דעתו המשלימה של הבוחן שרון סולומון וזאת בתוך 7 ימים.

21. בהמשך לכפירת המשיבה בעובדות כתב האישום, **קובעת לשמיעת ראיות ליום 4.7.24 בשעה 13:00**.

המזכירות תזמן את עדי המבקשת המופיעים בכתב האישום והמבקשת תוודא התייצבותם עד 7 ימים לפני מועד הדיון.

**נוכח מועד ביצוע העבירה וחלוף הזמן הרב, מובהר כי לא תאושרנה בקשות לדחיית המועד הדיון או הגשת חוות הדעת.**

ההחלטה תשלח לצדדים.

ניתנה היום, ז' אייר תשפ"ד, 15 מאי 2024, בהעדר הצדדים.