

כלל הראיה הטובה ביותר

מאת

שלמה שרשבסקי

מבוא

חשיבותו של "כלל הראיה הטובה ביותר" עברה מעלות ומורדות. במאה השמונה עשרה היו שראו בו את הכלל היחיד שבדיני הראיות שכל דיני הראיות ממנו משתלשלים, בבחינת "ואידך זיל גמור". מאוחר יותר נתפרש ככלל עליון של קבילות אשר ראיה הנוגדת אותו תהא בלתי קבילה. אך עם התפתחות הפסיקה ירד כלל זה מגדולתו והיה לכלל של מהימנות שהפעלתו בתור דין של קבילות צומצמה למעשה להוכחת מסמכים בלבד. בתחום הוכחת המסמכים פועל הוא במלוא חומרתו כמחסום של קבילות. בשנת 1969 פורסמה הצעת החוק לתיקון פקודת העדות (מס' 8), תשכ"ט—1969, הבאה בין היתר לגבש את "כלל הראיה הטובה ביותר". לפי הסעיף הראשון להצעה "הסכם או התחייבות שנעשו במסמך יש להוכיחם בהגשת המסמך" ... בכפוף להריגים. במאמר זה נסקור את התפתחותו של הכלל, מהותו והריגיו, נבדוק היקף תחולתו במשפטנו אגב השוואה להצעת החוק ה"ג", ולסיום נציע נוסח לתיקון פקודת הראיות ובו נגבש את "כלל הראיה הטובה ביותר" כפי שיש לשנותו ולהחילו לדעתנו.

התפתחות

Gilbert, אותו רואים רבים כאבי הסיסטמטיקה בדיני ראיות, ציין את "כלל הראיה הטובה ביותר" בתור "הכלל היחיד והעליון בדיני ראיות, הכלל לפיו יש להביא את הראיה הטובה ביותר שאפשרי להביאה בקשר לעובדה אותה רוצים להוכיח. משמעות הדבר היא שאין להביא ראיה אשר מטבעה מצביעה על קיום ראיה טובה יותר בידי הצד. למשל, הבאת העתק של מסמך מעוררת מטבעה את השאלה מדוע אין הצד מביא את המקור"¹.

נראה² שלראשונה נוסח כלל זה בפסיקה האנגלית בשנת 1700 בענין *Ford v. Hopkins*³, אך התקדים המצוטט ביותר הוא *Omichund v. Barker* (1740)⁴ בו אמר Lord Hardwick:

- 1 Gilbert, *Evidence*, 1st ed., p. 4; Thayer, *Evidence*, p. 490
- 2 Phipson, *On Evidence*, 11th ed., p. 60. (להלן: Phipson).
- 3 Thayer, *ibid.*, p. 491.
- 4 22 Digest, p. 223 (S. 2116).

"The Judges and sages of the law have laid it down that there is put one rule of evidence, the best that the nature of the case will allow."

כלל זה נתפרש כקובע לא רק מהימנותן של ראיות אלא גם את קבילותן. כנפיו פרושות לשני עברים, מחד – מקום שיש ראייה טובה יותר, לא תותר ראייה פחות טובה⁵ ומאידך – מקום שאין ראייה טובה, תותר ראייה פחות טובה ואף ראייה גרועה⁶. משמעות הדבר היא הגבלה מחד והרחבה מאידך. הגבלה – מונעת ראייה שאינה הטובה ביותר האפשרית בנסיבות הענין. הרחבה – מאפשרת הבאת ראיה שהיתה בלתי קבילה אילולי הנסיבות המיוחדות של הענין אשר גורמות לכך שאותה ראייה היא הטובה ביותר באותן נסיבות.

בענין *Omichund v. Barker* הנ"ל הובאה עדות שנגבתה בהודו תחת שבועה שאינה נוצרית. נטען כי עדות כזו אינה קבילה הואיל וכל עדות חייבת להינתן בשבועה נוצרית דוקא. תשובת הלורד Hardwick היתה כי אף שעקרונות הטענה נכונה, הרי שבהעדר עדות טובה יותר, ניתן לקבל גם עדות כזו מאחר שתושבי הודו הם העדים הטובים ביותר לענין העיסקאות שנדונו באותו מקרה.

מניסוחו של הכלל כפי שנוסח על-ידי Gilbert וכפי שהופעל על-ידי לורד Hardwick בענין *Omichund v. Barker* ניתן להסיק כי ראייה שאינה קבילה במקרים רגילים, תתקבל כאשר היא הטובה ביותר בנסיבותיו של מקרה מסויים. כנגד גישה זו יצאו בהריפות חכמי המשפט. בשנת 1792 אמר פרופ' Christian⁷: "אין כלל משפטי המוזכר לעיתים קרובות יותר, ואשר טועים בו יותר, מאשר כלל זה. הכלל ודאי נכון כשמבינים אותו כראוי; אך הוא מאוד מוגבל בתחולתו ובהשפעתו. כל משמעותו היא שכאשר אין אפשרות להביא את הראייה הטובה ביותר מבחינה משפטית, ניתן להביא ראייה משנית לה מבחינה משפטית. ניתן לחלק ראיות לראשוניות ולמשניות; וראייה משנית גם היא מוגדרת בדיוק במשפט, כשם שמוגדרת הראייה הראשונית. אך באופן כללי העדר ראייה טובה יותר, לא האפשר לעולם קבלת עדות כמיעה, עדים אינטרסנטים, העתק של העתק וכו'. היוצאים מן הכלל מוכרים במשפט בדיוק כמו הכלל; וכאשר החוק קובע גבולות לכל מקרה העשוי לקרות, אין חשיבות לאבחנה בין הכלל לבין היוצא מן הכלל". כלומר, לדעת Christian, אין לחרוג מכללי המשפט הקובעים טיבן של ראיות, אף כשאין ראיות עדיפות עליהן. לפיכך לא תתקבל עדות כמיעה אף אם היא הטובה ביותר במצב נתון. על קביעה זו חוזרים המחברים השונים⁸. בהתאם לכך נקבע בענין *Stobart v. Dryden*⁹ בשנת 1836 כי אין לקבל עדות של אשה אשר יכלה להעיד בדבר אמרות ששמעה מאחיה טרם מותו, אף שהיתה זו הראייה הטובה ביותר האפשרית. המדובר היה בשטר משכנתא אשר נטען כי נעשה על-ידי הנתבע לטובת התובע. על השטר היו חתומים ראובן ושמעון. לטענת התובע זויף שטר המשכנתא על-ידי ראובן. שמעון העיד כי אינו זוכר אם חתם אי-פעם על השטר וכן אמר כי הינו מספק באמינות חתימתו וחתמת

5 Phipson, *ibid.*, loc. cit. על כך עמד כבר Gilbert והפסיקה חזרה רבות על כך.
6 Cross, *Evidence*, 3rd ed., p. 11
7 Thayer, p. 494
8 למשל, Cross, *ibid.*, p. 11
9 150 E.R. 581

ראובן. ראובן מת לפני הבירור ולפיכך הביא הנתבע את אחותו של ראובן שהעידה כי קודם מותו אמר ראובן שזייף את השטר. נפסק כי העדות בלתי קבילה, אף כי היתה הראיה הטובה ביותר לכך שהשטר מזוייף.

עיקר חשיבות הכלל לא היתה טמונה בהרחבת אפשרויות ההוכחה, אלא בצמצומן. הכלל נתבאר בשעתו כשולל לא רק את שלוש הקטגוריות של ראיות שנחשבו פסולות באותו זמן עקב היותן תחליף בלבד (Substitutionary) דהיינו: עדות שמיעה, עדות משנית והוכחה מסמך שלא באמצעות העדים החתומים עליו, אלא ראו בכלל גם איסור הוכחת צורתו של חפץ שלא על-ידי הבאת החפץ עצמו, כשניתן להביא את החפץ, שכן החפץ הוא ראיה מעולה יותר¹⁰. כן נאסרה במידה רבה הוכחה באמצעות ראיות נסיבתיות. אף לא הורשה להוכיח כתב ידו של אדם שלא באמצעות הכותב עצמו. אם היה הכותב בחו"ל לא הותר להביא עד המכיר את כתב היד אלא בית המשפט שלח נציג (Commission) לגביית עדותו בחו"ל, לאימות כתב היד¹¹. כזו היתה הגישה במאה השמונה עשרה ואף בתחילת המאה התשע עשרה. אולם עם תחילת המאה התשע עשרה החלה בסיגה מהפעלתו הנוקשה של הכלל וקמעה קמעה צומצמה השפעתו. כך נשתנתה ההלכה לגבי הוכחת הפצים ונקבע¹² שניתן להעיד אודות טבעת זולה שנמכרה כיקרה, במשפטו של הנאשם במכירה, ואין צורך להביא את הטבעת עצמה למרות שהנאשם דרש זאת. כן נשתנו ההגבלות בדבר ראיות נסיבתיות¹³ וכן הכלל המונע הוכחת כתב-יד או חתימה של אדם שלא מפי האדם עצמו, כשאותו אדם נמצא בחוץ-לארץ¹⁴.

על-ידי צמצום הכלל וקביעת חריגים וסייגים שונים, ירד הכלל ממעמדו בעבר לכלל שתחולתו מסוייגת כמעט¹⁵ אך ורק לכלל הדורש הוכחת מסמך באמצעות מקורו. על מגמה זו כבר עמד בשנת 1842 Greenleaf בספרו על ראיות, בהקדישו להוכחת מסמכים שלושה עשר מתוך ששה עשר סעיפי הפרק הדין ב-"Best Evidence. בדרך דומה הלך Best בספרו מ-1849¹⁶. בסוף המאה, בשנת 1896 אומר Thayer:

"...In truth, when we talk on specific rules of evidence, this one, which requires the production of the original document, seems to be about all there is left of the Best Evidence Rule."¹⁷

10 *Chenie v. Watson* (1797), 170 E.R. 217. בספרו של פרופ' הרנון, דיני ראיות, נתפרש פס"ד זה (בעמ' 147) כדורש המצאת החפץ משום שפרטיו המדוייקים של החפץ היו חיוניים לאותו משפט. אין פרופ' הרנון מציין פס"ד זה כאסמכתא לכך שבאותה עת ראו את כלל הראיה הטובה ביותר ככלל החל גם על הפצים, בניגוד למחברים הרבים המציינים פס"ד זה כאסמכתא לכך (למשל, Cross, בעמ' 11, כך גם Thayer, Phipson ורבים אחרים). מעניין שאין פרופ' הרנון מציין זאת, אף כי הוא חולק על הפרשנות שניתנה על-ידי המחברים לפס"ד זה.

11 Thayer, *op. cit.*, p. 493

12 *R. v. Francis* (1874), L.R. 2 C.C.R. 128

13 Cross, *op. cit.*, p. 12, Phipson, p. 62

14 ראה: *Barnes v. Tomprowsky* (1860); Thayer, *op. cit.*, p. 493

15 Cross, *ibid.*, p. 15

16 Thayer, p. 486-488

17 Thayer, p. 488

כלל הראיה הטובה ביותר

בגורלו זה של הכלל, מ"הכלל היחיד והעליון בדיני ראיות" אל מעמדו הנוכחי, רואה סיפסון אחד הקווים הדומיננטיים ביותר בהתפתחות דיני הראיות:
"...The actual decisions of the courts show that by far the most conspicuous feature of the modern law of evidence has been its persistent recession from the 'Best Evidence' principle."¹⁸

אין להוכיח מסמך אלא באמצעות מקורו

כפי שראינו מתמצה עיקרו של כלל הראיה הטובה ביותר באיסור הוכחת מסמך שלא באמצעות מקורו¹⁹. אולם בדיקת מקור האיסור מגלה שאין הוא צאצא של כלל הראיה הטובה ביותר, אלא הינו חי הנושא את עצמו ואף קדם בהרבה לכלל הראיה הטובה ביותר. לפני התפתחות דרכי ההוכחה על-ידי עדים היתה ההוכחה נעשית על-ידי המושבעים אשר היו הם עצמם הבקיאים בעובדות המקרה. לפני המושבעים יכלו הצדדים להביא מסמכים כחלק מן הטיעון, שכן המסמכים היו "האמת עצמה". לפיכך נדרש הצד להציג את המסמך עצמו. דרישה זו ידועה ככלל ה-"Profert". מאידך, לא הורשו הצדדים להביא עדים. עם המעבר אל דרכי ההוכחה באמצעות עדים, נראה שנתר שרד מתקופת ההוכחה באמצעות מסמכים בלבד ונקבע כי כאשר חפץ אדם להוכיח תוכנו של מסמך יחא עליו להביא את המסמך עצמו, ואינו רשאי להביא עדים על תוכנו²⁰ (דהיינו בניגוד לדרכי ההוכחה לכל ענין אחר, אותו ניתן להוכיח באמצעות עדים). את המסמך חייב היה הצד להביא יחד עם תביעתו. בזמן בו לא היו כתבי טענות, היה הטיעון בעל-פה. יחד עם הטיעון היה הצד מגיש את המסמך. עם התפתחות הטיעון בכתב נדרש הצד לטעון את המסמך בכתבי הטענות ולאפשר לצד שכנגד לעיין בו לפני המשפט²¹.

הנימוקים לכלל

הנימוקים אשר ניתנו להצדקת הכלל בפסיקה האנגלית, עיקרם שלושה²²:

- (1) כשאין אדם מגיש את הראיה הטובה ביותר, נראה שרצונו להסתיר דבר מה.
- (2) כשיראה השופט את המסמך עצמו, יכיר את הגדון טוב יותר מאשר באמצעות ראיות אחרות כלשהן.

¹⁸ Phipson, p. 61; Cross, p. 11.

¹⁹ כך נאמר גם על-ידי השופט זוסמן בע"פ 105/51 יוה"מ נ. פלד, י פד"י, 783: "תוכנו של מסמך בכתב אינו ניתן להוכחה אלא על-ידי הצגת המסמך בפני בית המשפט. עקרון זה, בדבר מסמכים, ידוע בשם עקרון 'הראיה הטובה ביותר'".

²⁰ Thayer, p. 504.

²¹ כלל ה-"Profert" היה מיוחד ל-"deeds" ו-"records" שנטענו בעניינים אזרחיים. כלל זה בוטל על-ידי סעיף 55 ל-"Common Law Procedure Act, 1852" (ראה Phipson, p. 739).

²² כיום נמצא זכר לכלל זה בתקנה 82 לתקנות סדר הדין האזרחי.

²² Thayer, p. 792.

(3) המסמך מציג את הנושא בשלמותו ולפיכך יש להמנע מראיה אחרת, העשויה להיות חלקית.

כפי שנראה להלן, אין כלל הראיה הטובה ביותר חל על הפצים. אולם הטעמים דלעיל מצדיקים דרישת החלת הכלל על הפצים לא פחות מאשר על מסמכים. לפיכך נוטים אנו לדעת ויגמור המוסיף נימוקים אלו²³:

(1) אם נתיר הבאת העתקו של מסמך במקום מקורו, קיים חשש לשוני בין המקור והעתק, שוני הנובע משגגה או ודון.

(2) במקור ניתן לגלות תכונות מיוחדות של כתב היד, הנייר וכו', אשר יכולות להיות בעלות ערך, ואינפורמציה זו לא תובא לידיעת בית המשפט באם רק העתק יוגש.

(3) מטירת תוכן המסמך עליידי עדים מעוררת חשש שמא שכחו העדים פרטים העשויים להיות חשובים.

כאן מדגיש ויגמור את חשיבות ההבדל בין הוכחת תוכן מסמך, אשר לגביו חל הכלל, לבין הוכחת מראהו או תוכנו של הפץ — שלגביו אין הכלל חל. כאילוטרציה מציין הוא כי נקל לזכור צבעו של סוס מאשר לנסח תניה בחוזה בדבר צבעו של הסוס, או מלזכור את תוכנו המדויק של חוזה לגביו. כך גם טעות במספר הבושלס (bushels) בטון חיטה, לא תביא לתוצאות קשות בדרך כלל, אולם זכירת שמו של Jones (המופיע במסמך) כאילו היה James, עשויה להביא לתוצאות חמורות ביותר.

הנימוקים הראשון והשלישי של ויגמור, אכן מצדיקים את ההבחנה בין הפצים ומסמכים. מאידך, הנימוק השני לא מספק. מצבו של הנייר ותכונותיו הצורניות של כתב היד (למשל הלחץ על הנייר וכו') הם האספקטים החפציים של המסמך. דומה שכך סובר גם השופט זוסמן בפס"ד היהומ"ש נ. פלד²⁴, בו נדון להלן, באמרו כי הכלל חל על תוכנו של המסמך, אך אינו חל כשמדובר ב"חומר עליו הוא כתוב".

המסמך והוכחתו — ראיה ראשונית וראיה משנית

ב־*R. v. Daye*²⁵ הוגדר מסמך כ"כל כתב או הדפס היכול לשמש כראיה, ואין חשיבות לחומר עליו נעשה הכתב או ההדפס". זו הגדרה רחבה למדי. רחבה ממנה היא הגדרת המסמך בהצעת חוק הראיות, תשי"ג—1952, בסעיף 1: "מסמך" פירושו — תעודה שבכתב, לרבות דבר דפוס, חיקוק, שרטוט, ציור וצילום". הגדרות אלו רחבות הינו, אך הכלל החל על מסמכים מתייחס בעיקרו דוקא למסמכים פרטיים, דהיינו מסמכים שאינם ציבוריים או שיפוטיים²⁶.

את המסמך הפרטי יש להוכיח באמצעות "ראיה ראשית" (או "ראיה ישירה" כלשון הצעת חוק הראיות, תשי"ג—1952) — Primary Evidence — דהיינו, בדרך כלל באמצעות האורגינל. לרוב לא יקשה לקבוע מהו מקור ומהו העתק. אך לא תמיד ברור הדבר. יש מקרים בהם יש להכריע מהו המקור ויש מקרים בהם יותר ממסמך אחד ייחשבו למקור. במקרים מסויימים תלויה ההכרעה בדבר מהות המסמך — ראיה ראשית או משנית —

²³ Wigmore, §§ 1179, 1181

²⁴ ע"פ 105/51, ו' פד"י, 783.

²⁵ 2 K.B. 333 [1908].

²⁶ ראה להלן. כן ראה: Phipson, p. 741.

כלל הראיה הטובה ביותר

במטרת ההליך שלגביו הוא מובא. כאשר אדם שולח מברק לחברו, הרי שלהוכחת תוכן המברק אשר שלח האדם, ישמש כתב היד אשר מסר לדואר כהוכחה הטובה ביותר. אך להוכחת תוכן המסמך שקיבל הנמען, ישמש המברק אשר נמסר על-ידי הדואר כהוכחה הטובה ביותר. מאידך, המברק אשר נמסר על-ידי הדואר לנמען ישמש רק כהוכחה משנית להוכחת תוכן המסמך ששלח השולח.²⁷

כפילות דומה תהא לענין הוכחת מסמכים שנעשו בדפוס. כאשר תתעורר שאלה בין בעל הדפוס לבין מומין המסמך שהודפס, בנוגע לתוכן המסמך המוזמן, ישמש המסמך שנמסר לדפוס על-ידי המומין כהוכחה טובה ביותר לתוכן, ואילו המסמך שהודפס ישמש רק הוכחה משנית. אך לבירור שאלת תוכן המסמך המודפס, למשל אם המסמך שהופץ על-ידי המדפיס מכיל דיבה, כאן ישמש כל עותק שהודפס, אף אם טרם הופץ, כראיה ראשונית, טובה ביותר. זאת משום שכל המסמכים זהים והודפסו מבסיס אחד באותה צורה ולפיכך נחשבים כולם אוריגינלים.²⁸

מובן מאליו שכאשר נעשו על-ידי הצדדים העתקים מספר של מסמך וכל עותק נחתם על-ידי שני הצדדים, ייחשבו כל העותקים כמקור.²⁹

ניתן לומר כי ראיה משנית היא כל ראיה שאינה ראיה ראשית, דהיינו שאינה המקור עצמו בדרך כלל. הראיה המשנית הבולטת ביותר היא העתק של מסמך.

במאה ה-17 נקבע שגם לגבי ראיה משנית יחול כלל הראיה הטובה ביותר, דהיינו: קיים דירוג בראיות המשניות וכאשר ניתן להביא ראיה משנית מטיב העולה על ראיה משנית אחרת, יש לקבל את הראיה הטובה ביותר ואילו האחרת תהא בלתי קבילה. כך אם קיים העתק אשר נבדק תוך השוואה לאוריגינל ואושר על-ידי אדם מוסמך (examined copy) לא הותר להביא עד שיעיד על תוכן המסמך בעדות בעל-פה בלבד. אולם מאוחר יותר נקבע שאין דרגות בעדות משנית וכאשר לא ניתן להוכיח בעדות ראשית ומותר להוכיח בעדות משנית (מכוח אחד החריגים בהם גידון להלן), ניתן להשתמש בכל דרך הוכחה חוקית בה בוחרים. הדבר נקבע ב-*Doed. Gilbert v. Ross*³⁰ (1840) בו נאמר שאין דרגות של ראיה משנית. הנימוק לכך שאין דרגות בהוכחה משנית ניתן ע"י הלורד Elderson האומר כי באם נקבע דרגות הרי שיהא עלינו לדרוש מהצד להראות כי כל הראיות המשניות טובות יותר אינן בנמצא תחת ידו. אך הרי יתכנו עשרות העתקים או ראיות משניות אחרות טובות יותר, ולא סביר להטיל נטל כזה על הצד, אשר יתכן שידוע לו רק על תוכן המקור ואין לו מושג כלשהו על שאר ההעתקים. אם יקבע דירוג, הרי כאשר צד יראה שאין ביכולתו להביא את המקור ויביא עדות על-פה, ישלוף לפתע הצד שכנגד העתק כלשהו וימנע הגשת הראיה שבעל-פה. לפיכך אין דירוג. אין הטעם האמור לעיל עולה בקנה אחד עם הנימוקים לכלל הראיה הטובה ביותר אשר נזכרו לעיל ועם הכלל כפי שנוסח ב-*Omichund v. Barker*³¹: "הראיות הטובות ביותר שאפשר שיהיו במסיבות הענין" ניסוח המתאים יותר לנימוקי הכלל. כך נאמר גם בענין זרקה "ההוכחה הטובה ביותר אשר — כך יש להניח מפאת טבע

R. v. Reagan (1887), 16 Cox.C.C. 203 27

R. v. Watson (1817) 14 Digest 456 28

Forbes v. Samuel [1913] 3 K.B. 706 29

7 M & W, 102 30 (על-פי Cross, *op. cit.*, p. 498 n. 4).

ראה הערה 4 לעיל. 31

הענין — הנה בנמצא³². כנגד הנמקותיו של הלורד Elderson יש לומר כי מקום שהצד לא יודע על ראייה משנית טובה יותר, לא ישמש הדבר כמחסום אם אין הוא מביא אותה. מאידך יש לקבוע כי מקום שהוכח כי בשליטת הצד מצויה ראייה משנית טובה יותר, למשל צילום שנעשה ממסמך או העתק אחר, לא יורשה אותו צד להביא ראייה משנית גרועה יותר, וזאת לאור נימוקי הכלל.

ראוי להדגיש כי אין זה מדויק לומר שבכל מקום בו מותרת ראייה משנית, אין זירוג בראיות. החריג המקיף ביותר לכלל הראייה הטובה הוא ההיתר להוכיח מסמכים ציבוריים ומעין ציבוריים בראיות משניות. אך במקרים אלה מוגבל סוג הראיות המשניות המותרות. כך מונה סעיף 32 לפקודת הראיות (ג"ח), תשל"א—1971, את סוג הראיות בהן מותר להוכיח תעודות ציבוריות, סעיף 41 לפקודה זו קובע חריג המתיר הוכחת מסמך באמצעות צילום בתנאים מסויימים וסעיף 37 קובע כיצד תוכח רשומה בנקאית על-ידי העתק ממנה.³³

על אף האבחנות האפשריות ניתן אולי להסתמך על כך שהמחוקק מצא לנכון לקבוע ספציפית מהן הראיות המשניות בהן מותר להשתמש במקרים מסויימים ולהקיש מכאן לשאר המקרים בהם מותר להוכיח בראיה משנית ולקבוע כי יש להעדיף ראייה משנית טובה על ראייה משנית פחות טובה.

השתקפות הכלל בפסיקה הישראלית

היקף הכלל ברור למדי בפסיקה האנגלית ובפסיקה הישראלית, כקובע כי ראייה שנועדה להוכיח תוכנו של מסמך, לא תהא קבילה ורק המסמך עצמו יוכל לשמש להוכחת תוכנו. פסקי הדין המנחים במשפט הישראלי הינם זרקא נ. היוהמ"ש³⁴ והיוהמ"ש נ. פלד³⁵. בענין זרקא נ. היוהמ"ש הורשע אדם ברצח וערער לביהמ"ש העליון. עיקר טיעונו בערעור היה כי הואיל ובגוף הגרצח נמצאו קליעים מהם ניתן להסיק אם גורו מאקדחו שלו, מן הדין היה לפי כלל הראייה הטובה ביותר שהתביעה תביא את הקליעים עצמם. מכיוון שלא הובאו הקליעים עצמם, נשלל הערך ההוכחתי שבכל הראיות נגדו. ביהמ"ש העליון דן ארוכות בסוגיית הראייה הטובה ביותר דחתה את הערעור משום שלא הוכח שהמשטרה אמנם ערכה בדיקה של הקליעים. אמנם ידוע כי המשטרה מסוגלת לערוך בדיקה כזו, אך אין היא חייבת ליצור ראיות טובות יותר כאשר יש לה ראיות מסוג אחר. הכלל אוסר רק הבאת ראיות מהן משתמע כי קיימות ראיות טובות יותר, שכן "כל מטרת הכלל היא למנוע רמאות, סיכול מזימה אפשרית כלשהי מטעם הצד שעליו הראייה להסתיר את האמת מעיני בית המשפט³⁶". אילו הוכח שהמשטרה אמנם בדקה את הקליעים ומסרבת להביאם, היה נשלל הרבה מערכן של יתר ההוכחות ויתכן שערכן היה נשלל לחלוטין. אך מאחר שאין שמץ של עדות שהמשטרה בדקה,

32 ע"פ 28/49 זרקא נ. היוהמ"ש, ד" פד"י, 504, 515.

33 והרי פקודת הראיות היא אנגלית במקורה.

34 ע"פ 28/49, ד" פד"י, 504.

35 ע"פ 105/51, ו' פד"י, 783.

36 ד" פד"י, 504, 515.

כלל הראייה הטובה ביותר

אין באי-הבאת הקליעים משום הפרת הכלל. ומאחר שמהראיות הנסיבתיות נובע כי הנאשם הרג את אחיו, הרי שמוצדקת הרשעתו ברצח, קובע ביהמ"ש. דברים אלה מחייבים מספר הערות. נוכחנו לעיל כי כלל הראייה הטובה ביותר הינו כלל של קבילות, לא של מהימנות. מקום שהכלל הל, אסור להביא ראיות משניות. בפס"ד זרקא ערבב השופט אגרנט את ענין המשקל של ראיה בסוגיית קבילות הראיה, כאשר אמר כי אילו היה מוכח שהמשטרה בדקה את הקליעים היה הכלל צריך לחול וערכן של הראיות האחרות היה נשלל במידה ניכרת או לחלוטין.

קיים אי-דיוק נוסף בפס"ד זה. סמוך לדברים המצוטטים לעיל אומר השופט אגרנט: "פירושו של הכלל האמור, לגבי סוג זה של ראיות, הוא, שאין להביא עדות שמתוכה משתמע שיש טובה יותר. אסור, למשל, להגיש עדות בע"פ במקום המסמך המכיל את ההסכם אשר העדות נועדה להוכיח את תוכנו; כמו-כן אין להמציא הצהרה בשבועה כשאפשר לקרוא לעד העשוי להעיד במשפט גופו על העובדות הכלולות באותה הצהרה וכו'". בדבריו אלה מתעלם השופט אגרנט מכך שכיום הכלל מוגבל דווקא למסמכים, והוא מזכיר את סוגיית המסמכים רק כ"משל". נוסף לכך, ענין ההעדה מפי עדים אינו נובע מכלל הראייה הטובה ביותר אלא קדם לו בהרבה והוא עקרון יסוד במשפט האנגלי. אדרבה, ההוכחה באמצעות מסמך היא חריג לכלל הדורש הוכחה באמצעות עדים, חריג שנוצר בתהליך היסטורי מסויים. במיוחד יש להעיר כי לפי המשתמע מדברי השופט אגרנט יחול הכלל גם על הוכחת חפצים. לפי זה אפשר גם להבין את הגימוק שלדעת השופט אגרנט הוא הגימוק היחיד העומד ביסודו של כלל הראייה הטובה ביותר – דהיינו החשש מפני רמאות, כאשר צד מסתמך על ראיה משנית בשעה שביכולתו להביא ראיה ראשית. אך כידוע אין הכלל חל על הוכחת חפצים. ואכן בפס"ד המאוחר יותר, הייהמ"ש נ. פלד, אומצה האבחנה בין הוכחת מסמכים והוכחת חפצים.

בענין הייהמ"ש נ. פלד הועמד אדם לדין באשמת פריצה. להוכחת אשמתו הובא תצלום חתום על-ידי המשטרה של טביעת אצבעותיו שנמצאה על שמשה בבנין שלתוכו התפרץ לטענת התביעה. הסניגור התנגד להגשת הראייה ובית המשפט קיבל את ההתנגדות והצילום לא היה הראייה הטובה ביותר. הוגש ערעור. בפס"ד שבערעור עומד השופט זוסמן על האבחנה בין מסמך וחפץ. מסמך הוא חומר כתוב אשר רוצים להוכיח את תוכנו הכתוב בו. רק על מסמך כזה יחול כלל הראייה הטובה ביותר. מאידך, אם אין רוצים להוכיח תוכנו של מסמך, אין כלל הראייה הטובה ביותר חל, אם כי אי-הגשת הראייה הטובה ביותר עשויה לפגוע במהימנות שאר הראיות. אך זה ענין למהימנות, בעוד שקבילות הראיות לא תיפגע.

יש לציין כי נראה שטעה ביהמ"ש לגבי עובדות מקרה פלד, אף שלא טעה בעקרונות שהזכיר בענין כלל הראייה הטובה ביותר. בענין פלד דובר על טביעת אצבעות, ונתעלמה מביהמ"ש הוראת ס' 6(3) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1936, שלשונה: "למרות כל הוראה מהוראות דיני הראיות, הרי כל מיני תעודות של טביעת אצבעות שנראה מגופם שהם מקויימים בתתימת ידו של מפקח בבית סוהר או של מפקח משטרה, שהוגשו לפני שופט שלום או בשפיטה של כל אדם שנאשם בעבירה, תתקבלנה כראיה נגד אותו אדם". יתר-על-כן, תמותה מה תועלת ראה בית המשפט בתבאת המקור של טביעת האצבעות

כאשר בין כה וכה אין בית המשפט מסוגל להבינה ללא עדות מומחה, עדות שהיא ראיה משנית.

זאת ועוד, טביעת אצבעות מיטמשת לשם זיהוי, לא לשם גילוי תוכן כלשהו. מבחינה זו אין טביעת אצבעות שונה מכל סימני זיהוי אחרים המצויים על כל חפץ אחר. מאחר והכלל הוא, כפי שנוכר בפס"ד פלד, שאין כלל הראיה הטובה ביותר חל על הוכחת חפצים, סבורנו שאין מקום להבחין בין זיהוי מסמך או אדם או חפץ על-פי טביעת אצבעות שנמצאה, או זיהוי חפץ על-פי סימן כלשהו. כאן יש לטביעת האצבעות אפקט חפצי ולא אפקט דוקומנטרי, במיוחד לא כאשר גוצרה שלא במתכוון (אך חושבנו שהוא הדין גם כשנוצרה במתכוון. אין כאן שאלה של העברת תוכן אינפורמטיבי, אלא שאלה של זיהוי על-פי סימנים). לפיכך אין להחיל את כלל הראיה הטובה ביותר על טביעת אצבעות. מענין לציין שבספרו דיני ראיות³⁷ דן פרופסור הרנון בסוגיה זו ומקבל את פסק-דין פלד כהלכה נכונה ללא ערעור. פרופ' הרנון ער לכך שטביעת אצבעות הינה סימן זיהוי ובכל זאת סבור שדינה כדין מסמך. נראה שלדעתו סימן הזיהוי הנקרא טביעת אצבעות שונה מסימני זיהוי רבים אחרים המופיעים על חפצים שונים, אשר לגביהם אין ספק שכלל הראיה הטובה ביותר אינו חל. אולם אין פרופ' הרנון מסביר את השוני.

מסתבר שכעבור זמן חלה הפסורה מסויימת בגישת בית המשפט העליון תוך נטיה להקל בהגשת טביעת אצבעות כראיה. במשפט היהמ"ש נ. וינברגר³⁸ ערער היוהמ"ש על כך שבית המשפט המחוזי פסל צילום טביעת אצבעות כראיה, בהסתמכו על פס"ד פלד אשר קבע שטביעת אצבעות יש להוכיח באמצעות המקור (ביהמ"ש המחוזי התעלם אף הוא מסעיף 36) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) שלא הובא לידיעתו, כפי שקרה בענין פלד). גם כאן נתעלם מביהמ"ש העליון סעיף 36) לפקודת הפרוצדורה הפלילית, אך הערעור נתקבל בנימוק שהואיל ולא היתה התנגדות להגשת המסמך, ולא עוד אלא שהסניגור חקר את המומחה המסטרתי בענין צילום טביעת האצבעות, לפיכך שונה הדבר מענין פלד והראיה היתה קבילה כי אי-השמעת התנגדות מהווה הסכמה מכללא³⁹. בית המשפט הוסיף נימוק נוסף, הראוי לתשומת לב רבה. ביהמ"ש הדגיש כי בטביעת אצבעות לא עצם טביעת האצבעות עצמה חשובה, אלא דוקא ההעתק שנעשה ממנה יחד עם עדות המומחה בדבר הזהות שבין ההעתק ובין המקור של טביעת האצבעות של האדם הנידון. למקור אין תועלת ללא עדות המומחה, אומר ביהמ"ש. אולם, אומר ביהמ"ש, למרות זאת יהול כלל הראיה הטובה ביותר על הוכחת טביעת אצבעות, אלא אם כן ויתרה ההגנה על הגשת המקור.

בעקבות פסק-דין זה ובעקבות הסעיף 36) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) נראה לנו כי יש לקבוע כלל לפיו בכל מקרה בו מדובר במסמך שפענוחו דורש מומחה מיוחד, אשר אינה מומחיות ששופט רגיל ניהן בה, תהא ראיה משנית ראיה

37 ירושלים, תש"ל, בעמ' 147-148.

38 ע"פ 39/53, ז' פד"י 1029. ראה גם ע"פ 491/69 מ.י. נ. אביריא, כ"ד פד"י (1), 162 וכן ע"פ 391/70 בן הרש נ. מ.י., כ"ה פד"י (1), 283, 285.

39 אין המקום לדיון בעבודה זו בשאלה עד היכן ניתן להסיק על "הסכמה מכללא" במקרה כזה. ראה ראיות בלתי קבילות, ובמיוחד מתי ניתן להסיק על "הסכמה מכללא" במקרה כזה. ראה לענין זה, פרופ' הרנון, דיני ראיות, עמ' 37.

כלל הראיה הטובה ביותר

קבילה. אין הצדקה לאי-קבלת ראיה משנית במקרה כזה. מובן שתמיד אפשר יהיה לפקפק במהימנות הראיה, כאשר יש חשש שהמקור לא הובא מתוך כוונה להעלים פרט כלשהו אותו ניתן היה לגלות מתוך המקור דוקא. אך זו שאלת מהימנות, לא קבילות. כך למשל אם מסמך מסויים כתוב בשפת סמלים בלתי ניתנת להבנה, כגון ד"ח הנפלט ממחשב אלקטרוני, ניתן הוא להביא רק את הפענוח של הדו"ח כשמומחה יעיד שאכן זה הפענוח האמיתי. כך גם כשמבקשים להוכיח כי קליע נורה מרובה מסויים, על-פי הסימנים שיצר קנה הרובה על הקליע בעת שנורה מהרובה. אם מגיחים אנו שטביעת אצבעות היא מסמך, אין סיבה שלא לומר שגם הריצים אלה שנוצרו על הקליע הופכים ל"מסמך", הואיל וכשם שטביעת אצבעות חשובה לבירור "במה הכתוב מדבר" (כלשון השופט זוסמן בפס"ד פלר) ולא רק להוכחת עצם קיומה דהיינו לשם זיהוי, כך גם סימנים אלה שעל הקליע חשובים להראות "במה הכתוב מדבר". ואמנם, בענין הליחל ג. מדינת ישראל⁴⁰ הורשע אדם ברצח כשהעדות היחידה נגדו היתה עדות של מומחה בליסטי שקישרה את הסימנים שנמצאו על הקליע שנמצא בגוף הנרצח, עם קנה האקדח של האדם שהורשע ברצח. המומחה הסתמך על צילומים של הקליעים, אך הביא עמו גם את הקליעים. בפסק הדין אומר השופט כהן: "פקחנו עינינו והסתכלנו בצילומים ובמוצגים (הקליעים – ש.ש.) הללו – ולא אעשה שקר בנפשי ואגיד שיש בכל אותם הקווים והסימנים השונים והמשונים, הנראים עליהם לעין, כדי להגית דעתי שכל מה שהסמל קרא מתוכם אמנם כתוב בהם: כתב מסתורין הוא, אשר עין הדיוט לא תפענחנו" (ההדגשות שלי – ש.ש.).

לא מצאנו באנגליה או בארה"ב כלל המתיר אי-הבאת ראיה ראשית כאשר לא ניתן להכין ממנה דבר ללא הסתייעות בראיה משנית (עדות מומחה וכדומה). מאידך אומר ביהמ"ש העליון בענין לפטיט ס.פ.א. מילנו ואח' ג. אמריקן סיאנמיר קומפני⁴¹ כי רשאי שופט להעדיף עדות מומחים על ראיות ריאליות שהובאו בפניו, כי "כשהמדובר בראיות ריאליות משטח מדעי מובהק, אשר אדם מן הישוב אינו מסוגל לפענחן ולהבין אלא בעזרת הדרכה ופירוש של מומחה, אין הראיה הריאלית עולה מבחינת משקלה על עדויות מומחים: בין כה וכה זקוק בית המשפט לעדויות מומחים כדי להעריך נכונה את טיבה ומשקלה של הראיה הריאלית".

החריגים לכלל

כאמור לעיל, קובע הכלל דין של קבילות ולא דין של מהימנות. מכיוון שבקבילות עסקינו, נוצרו מקרים קשים בהם הפסיד אדם בדינו כאשר לא הותר לו להביא ראיות שונות שהיו בידו, הואיל ובאותו ענין היו קיימים מסמכים אלא שנבצר ממנו להביאם. עצם קיום המסמכים הפעיל את כלל הראיה הטובה ביותר, במקרים בהם ניתן היה להסיק מהראיות על קיום המסמכים ובמקרים מסויימים אף כשלא ניתן להסיק על קיומם מעצם הראיות האחרות, ונשללה קבילות הראיות האחרות. כמו כן נוצרה הכבדה רבה בדרכי ההוכחה, כאשר הבאת הראיה הטובה ביותר היתה קשה במיוחד. עקב תקלות וקשיים

40 ע"פ 112/69, כ"ג פד"י (1), 419.
41 ע"א 25/65, כ"י פד"י (1), 495, 500.

אלה התפתחו במשך הזמן חריגים שונים שאיפשרו הוכחת תוכן מסמך ללא הבאת המסמך עצמו. כתוצאה מהתפתחות זו הולכים החריגים ומתרחבים ותופסים למעשה את מקום הכלל עצמו. הדיון העיקרי בספרי המחברים מוקדש לחריגים דווקא, ולא לעצם מהות הכלל.

החריגים הבולטים לכלל, מבוססים על הגישה לפיה כאשר אין אפשרות להביא ראיה ראשית לתוכנו של מסמך, תותר ראיה משנית. החשובים ביותר הם החריגים המתירים ראיה משנית כאשר המסמך העיקרי אבד או הושמד או כאשר נמצא המסמך בידי אדם שאי-אפשר לכפותו להביא את המסמך, או כאשר המסמך המקורי מצוי בידי היריב וזה מסרב להגישו למרות שנדרש לכך כדין, או כאשר קיימים קשיים טכניים להבאת המקור. עיקרם של חריגים אלה נזכר בסעיף 65 להצעת חוק הראיות, תשי"ג—1952, ומשתקף בצורה מסויימת בהצעת החוק לתיקון פקודת העדות (מס' 8), תשכ"ט—1969.

(א) כאשר המסמך אבד

כאשר אבד המסמך המקורי, ניתן להוכיחו על-ידי ראיה משנית. אך טרם שתורשה ראיה משנית יש להראות כי אמנם אבד ⁴² המסמך וכי אין למצוא אף בחיפושים מתאימים ⁴³. מהי מידת המאמץ שיש להשקיע בחיפושים אלה? על כך אמר השופט Best בישבו בדין בשנת 1820 בענין *Brewster v. Sewell*⁴⁴: "קשה לקבוע כלל לענין המאמץ שיש לעשותו כדי למצוא את המסמך. נראה שיש לבדוק כל מקרה לגופו. מידת החיפוש תהא פונקציה של מידת חשיבות המסמך. ככל שהמסמך חשוב יותר, יש להוכיח בצורה משכנעת יותר שאין אפשרות למצואו. ההגיון בכך הוא שקיימת הנחה כי ככל שהמסמך חשוב יותר הרי שהוא נשמר יותר ולפיכך פחות מסתבר שאבד. מאידך, ככל שערך המסמך פחות יותר, ניתן להניח שלא נשמר ואבד. לכך גם הוכחה קלת משקל תספיק כהוכחה שלא ניתן למצוא את המקור ולפיכך יש להתיר ראיה משנית". האמור כאן חל גם כשהמסמך היה אלא שנשרף ⁴⁵ או נגנב ⁴⁶.

(ב) כאשר אין אפשרות טכנית, או בשקיים קושי רב, בהבאת המסמך

כאשר הכתב מצוי על קיר או מצבה, תותר ראיה משנית. כלל זה המקובל גם במשפט האנגלי נזכר גם בפס"ד פלד (אשר נזכר לעיל) ובו אומר ביהמ"ש ⁴⁷: "במקרים בהם הצגת מקורו של מסמך כרוכה בקשיים מיוחדים או שאינה מעשית, יותר בית המשפט על הבאתו, אפילו כשהוא בנמצא; כך למשל, אין בעל-דין חייב להרוס קיר או מצבה בהם רשום ה"מסמך", ולפי אותם שיקולים היינו מרשים את קבלת הצילומים, לו נשארה טביעת האצבעות על השמשה אשר בבית".

42 *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 13, p. 648; וראה גם ע"א 48/49 האפוטר"י

פוס לנכסי נפקדים ג. סלשי, ג' פד"י, 67.

43 צד הטוען כי מסמך היה אמנם קיים ולא הוכח כי אבד, חייב לטעון טענה זו לפני שתותר הבאת הראיה המשנית. ראה ע"א 48/49, ש"ב.

106 E.R. 672 44

L.A. 68/26, 1 P.L.R. 104 45

L.A. 58/24, 1 P.L.R. 21 46

ע"א 105/51, ר' פד"י, 783, 788. 47

כלל הראיה הטובה ביותר

כאשר קיימת הוראת חוק המצווה כי מסמך חייב להשאר במקום מסויים דווקא, מותר להגיש העתק ממסמך זה. כך, למשל, דורשת פקודת הבטיחות בעבודה בסעיף 70(1) כי תמצית הפקודה תוצג בכניסה למפעל וסעיף 70(3) אוסר להסיר את התמצית. אם תתעורר שאלה בקשר לתוכן המסמך שהוצג בכניסה למפעל מסויים, ואותו מסמך הוא תמצית הפקודה, מותר יהא להביא ראיה משנית⁴⁸.

(ג) כאשר נמצא המסמך ברשות אדם זר

כאשר נמצא המסמך ברשות זר אשר ניתן לכפותו להביא את המסמך, לא תורשה הוכחה באמצעות ראיה משנית, כל עוד לא נדרש אותו זר להביא את המסמך subpoena. אולם גם אם נדרש הזר subpoena להביא את המסמך, אלא שלא ציית לצו, גם אז לא תותר הוכחת המסמך על-ידי ראיה משנית, אם כי ברור שהזר יהא כפוף להליכי בזיון בית המשפט. כך נקבע בענין *R. v. Llanfaethley* ב-1853⁴⁹. אמנם ביהמ"ש מציין כי התוצאה קשה עבור הצד הרוצה להוכיח, אך ביהמ"ש סבור כי הואיל והראיה הראשית קיימת, אין להרשות שלא להוכיח באמצעות דווקא⁵⁰. לא ירדנו לעומק ההגיון שבפס"ד זה. ההגיון דורש שהדין יהא כאמור בסעיף 16א להצעת התיקון לפקודת העדות (מס' 8), תשכ"ט—1969, לפיו תותר ראיה משנית כאשר "מי שהמסמך ברשותו לא הגישו על אף הזמנת ביהמ"ש".

כאשר מצוי המסמך בידי זר שלו יש חסיון מגילוי המסמך או מפני אכיפת הופעתו בביהמ"ש תותר הבאת ראיה משנית. כגון, אם נמצא המסמך בידי עורך-דין בנסיבות בהן חסיון עורך הדין מחובת גילוי המסמך, תותר ראיה משנית⁵¹. כך גם אם המסמך מצוי בידי דיפלומט, שהיגו חסיון כידוע, תותר ראיה משנית כאשר הוזמן העד וסירב להופיע.

(ד) כאשר מצוי המסמך בידי הצד שכנגד

כאשר מצוי המסמך בידי הצד שכנגד או בשליטתו, רשאי יהא הצד להוכיח באמצעות ראיה משנית ובלבד שדרש מהצד להציג את המסמך וזה לא נענה לדרישה. משלוח הדרישה אל הצד שכנגד היא תנאי חיוני והכרחי להיתר להוכיח בראיה משנית כשה-מסמך בידי הצד שכנגד, ובלעדי משלוח הדרישה לא תותר הוכחה בראיה משנית. כאן עלינו להתעכב ולדון בענין הדרישה להציג מסמכים.

הפרוצדורה של דרישה להציג מסמכים קבועה בתקנה 112 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, האומרת:

"כל בעל-דין רשאי, בהודעה ערוכה לפי טופס 8 שבתוספת הראשונה, לדרוש מבעל-דין אחר להציג מסמכים בעת הדיון; תצהיר של עורך-דין או של פקידו על המצאת הדרישה ועל זמנה בצירוף העתק ממנה, מותר לקבל כראיה מספקת להמצאה ולזמנה".

48 *Owner v. Stone* [1914] 1 K.B. 1913

49 118 E.R. 1018

50 Cross מציין כי במקרה בו סירוב העד להביא את המסמך גרם נזק לצד, יחוייב העד לשאת בנזקים שגרם.

51 *Mills v. Oddy*, 172 E.R. 1438

היריב אינו חייב להיענות לדרישה זו, אך אם אין הוא נענה, רשאי הצד להוכיח את תוכן המסמך על-ידי ראיה משנית. מאידך, אם הינו מעוניין דווקא במקור המצוי בידי היריב, כגון כסאין בידי הצד ראיה משנית, יהא עליו להזמין את היריב כעד להגשת מסמך, בסדר הדין הידוע כ-"subpoena duces tecum"⁵². הליך זה קיים דווקא במשפטים אזרחיים, אך לא בפלילים, שכן אין אפשרות לכפות נאשם להעיד במשפט פלילי.

לדעת המלומד Wigmore⁵³ אין הדרישה להצגת מסמך (שחייב צד לשלוח ליריבו המחזיק במקור, כשרצון הצד להגיש ראיה משנית) מיועדת להפנות את תשומת לב היריב לכך שהמסמך ישמש כראיה וכי עליו להתכונן באם רצונו להגיש ראיות נגדיות, אלא מטרת משלוח הדרישה היא להראות כי הצד עשה כל שבאפשרותו כדי להשיג את הראיה הטובה ביותר אולם יריבו מונע זאת ממנו. משום כך יש לשחרר את הצד במקרה כזה מתחולת הכלל, ולהתיר לו להגיש ראיה משנית, שכן אין בידו להביא את הראיה הראשית. במקרה כזה כאשר הותר לצד להגיש ראיה משנית עקב אי-הגשת המקור על-ידי היריב, לא יוכל אח"כ היריב לסתור את הראיה המשנית באמצעות המקור.

מאידך אם לא שלח הצד דרישה להצגת מסמכים ליריבו המחזיק במקור, לא יוכל להוכיחו בראיה משנית.

דומה שאין לקבל את טעמו של Wigmore כטעם הנכון לחיוב לשלוח דרישה להצגת מסמכים ליריב המחזיק במקור, כשרוצים להוכיח את תוכן המסמך על-ידי ראיה משנית. לדעתנו נכון יותר הנימוק שנתן Phipson⁵⁴ והוא: לאפשר ליריב להביא את המקור לביהמ"ש על מנת שיוכל להתנגד במקרה שירצה הצד להוכיח באמצעות ראיה משנית ויוכל להראות שבידו המסמך המקורי ורק באמצעותו ניתן להוכיח את תוכנו. אם נכונה גישתו של Wigmore אין מקום להיב להמציא את הדרישה להצגת מסמכים ליריב. הנימוק העיקרי לכלל הראיה הטובה ביותר הוא החשש מפני רמאות וזיוף, על-ידי אי-הגשת המקור. אולם כיצד יוכל צד לרמות על-ידי הגשת ראיה משנית כאשר המקור מצוי בידי יריבו אשר יוכל בכל רגע להוכיח את הרמאות, באם תהא רמאות? משום כך, אם נכון טעמו של Wigmore, סבורנו שיש לאפשר להגיש ראיה משנית כשהמקור של המסמך מצוי בידי היריב, אף ללא משלוח דרישה להצגת מסמכים אל אותו יריב. מאידך, אין טיעון זה עומד כלפי הנימוק שנתן Phipson לצורך במשלוח דרישה כזו אל היריב. ואמנם נקבע ב-"Dwyer v. Collins"⁵⁵ שכאשר המסמך נמצא עם היריב בבית המשפט, או נמצא בידי עורך-דינו של היריב בבית המשפט, אין צורך במשלוח דרישה מוקדמת אל היריב להצגת המסמך המקורי, כדי להתיר לצד להמציא ראיה משנית בדבר תוכנו. הטעם ברור – אם לא תחאים הראיה המשנית לאמת, יוכל מיד היריב להוכיח זאת. כלל זה משתלב יפה בנימוק בו נמק Phipson את הצורך לשלוח דרישה כזו, אך אינו עולה בקנה אחד עם הסברו של Wigmore לכך.

52 מעניין לציין כי מקור הליך זה אינו ברור, ראה: G. W. Bartholomeus, "The Mature of Blood Group Evidence," (1961) 24 M.L.R. 313, 330.

53 Wigmore, Evidence, s. 1202.

54 Phipson, 11th ed., p. 752.

55 21 L.J. Ex. 225.

לחנאי המונע הוכחה בראיה משנית כשהמסמך בידי היריב ולא הומצאה ליריב דרישה להמצאתו, התפתחו מספר חריגים שהתירו הגשת ראיה משנית כשהמקור מצוי בידי היריב, אף ללא משלוח הדרישה. נביא להלן את עיקרי אותם הכללים:

(א) כשהמסמך הנדון הוא עצם הדרישה שנשלחה לצד שכנגד להצגת מסמכים. תקנה 112 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, מאמצת כלל זה, וקובעת כי הצהיר של עורך-דין או פקידו בליווי העתק מהדרישה, ישמשו ראיה מספקת לכך שהומצאה דרישה. (ב) כאשר ברור לצד שכנגד, מעצם מהות המשפט, שהמסמך עשוי לשמש כראיה, כך כאשר נטען שהצד שכנגד גנב את המסמך ומתעוררת שאלת תוכן המסמך, או כאשר מואשם אדם בשבועת שקר, עבירה שנעשתה כאשר האדם הקריא את המסמך ונשבע שתוכן הקראתו הוא אמת⁵⁶, או כשאדם מואשם בנהיגה במהירות העולה על המותר לו לפי רשיונו והשאלה היא מה נאמר ברשיון⁵⁷, או כשאדם מואשם בנהיגת רכב כאשר פולסת הביטוח שכרשותו אינה מכסה אותו כדין⁵⁸.

(ג) כאשר היריב או בא-כוחו הכחיש את קיום המסמך הנדון. בענין גורביץ נ. היוהמיש⁵⁹ הואשם אדם בזיוף מסמך. המתלונן הגיש כראיה את צילום המסמך אך הנאשם התנגד להגשתו בטענה שיש להגיש את המקור. נפסק שהעדות קבילה הואיל והמתלונן העיד שמסר את המסמך המקורי לידי הנאשם ואילו הנאשם הכחיש כי המסמך נוצר אי-פעם.

(ד) כאשר היריב או בא-כוחו הודה שהמקור אבד.

(ה) כשהמקור הגיע לידי היריב במרמה מידי זר, והצד לא ידע שהמסמך מצוי בידי היריב אלא חשב שהוא בידי זר ואמנם הזמינו להביא את המסמך אך לפתע התברר שהמסמך כבר אינו אצל הזר אלא מצוי בידי היריב⁶⁰. במקרה זה התנגד היריב לעדות בדבר תוכנו של מכתב, וטען שאין להביא ראיה משנית הואיל והמסמך ברשותו אך לא הומצאה אליו דרישה להגשתו. טענתו נדחתה בהתאם לאמור בחריג זה.

בהעדר אחד מהחריגים, נראה שלא תותר ראיה משנית כאשר נמצא המקור בידי היריב ולא הומצאה לו דרישה. כך בענין מנהל מס עזבין נ. מנדלבלים⁶¹ התעוררה, לענין מס עזבון, השאלה מה היה השער שמוכר היה משרד האוצר לשלם תמורת דולרים שהוחזקו על-ידי מנדלבלים לפני מותו. ב"כ מנהל מס עזבון ניסה להוכיח את השער באמצעות העתק מכתב שנשלח למנדלבלים ובו הודיע האוצר למנדלבלים על גבולות לקנות את הדולרים לפי 1.80 ל"י לדולר. היורשים התנגדו להגשת ההעתק והתנגדותם נתקבלה וכתוצאה מכך גגבה מס העזבון לפי שער של 1. — ל"י לדולר, ל- \$36,500. מתוך פסק הדין מסתבר שבמקרה זה לא שלח מנהל מס עזבון דרישה לפי תקנה 112 אל היורשים לשם הצגת המקור ומשום כך לא היה ההעתק קביל. עקב טענה טכנית זו, הפסיד אוצר המדינה סכום ניכר ביותר.

משגי המקרים האחרונים שהוזכרו, אשר בראשון מהם נמנעה הפעלת הכלל רק עקב

⁵⁶ Phipson, p. 754.

⁵⁷ *Martin v. White* [1905] 1 K.B. 615.

⁵⁸ *Williams v. Russel* 149 L.T. 190.

⁵⁹ ע"פ 263/58, י"ג פד"י, 115.

⁶⁰ *Leeds v. Cook*, 170 E.R. 711.

⁶¹ ע"א 5/58, ט' פד"י, 506.

נסיבות מיוחדות, רואים אנו כי אי-משלוח דרישה על-ידי צד אחד עלול לשמש נשק חריף בידי הצד שכנגד, ובהעדר נסיבות מיוחדות היוצרות חריג, עלול להגרם נזק חמור ביותר לצד אשר מסיבה כלשהי (כולל רשלנות) לא שלח את הדרישה הפורמלית. הכלל מופעל בנוקשות רבה למדי. נראה לנו כי יש לקבוע כעקרון כללי כי בכל מקרה בו ברור שצד ידע שהצד שכנגד ירצה להוכיח את המסמך (כגון אם המסמך הוא מהותי ותוכנו צורך לכתב התביעה אלא שמסיבה כלשהי לא נשלחה דרישה, בעוד שלפי הדין כיום גם במקרה כזה אין פטור ממשלוח הדרישה) לא יוכל הצד להתנגד להוכחה בראיה משנית בטענה שלא היתה דרישה. במקרה כזה אין חשש לרמאות וכמו-כן אין הצד יכול להיות מופתע. אכן, החריגים אשר ציינו לעיל מראים כי הפסיקה האנגלית הולכת לקראת עקרון כמוצק כאן, אלא שעדיין לא התגבש עקרון כללי כזה.

כאן עלינו לציין כי Cross⁶² אכן קובע כהלכה כללית שמקום שצריך היריב לצפות מעצם ההליכים שתוכן המסמך יידון במשפט, אין צורך בדרישה, אך הדוגמאות והאס-מכתאות עליהן הוא מסתמך, אינן תומכות בקביעה גורפת כזו. מאידך Wigmore⁶³ קובע כך במפורש, ואומר כי כאשר ניתנה ליריב הודעה מכללא בכתבי הטענות, אין צורך בדרישה מיוחדת. דבריו נתמכים באסמכתאות מהמשפט האמריקני.

יתריע-לכן, נראה שיש מקום לקבוע גם כי כאשר ציין אדם את המסמכים עליהם מתכוון הוא להסתמך, כאמור בתקנה 15 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963 (או לפי תקנה 270 לתקנות הנ"ל, במקרה שההליך נפתח בסדר דין מקוצר) רשאי יהא להוכיח תוכן המסמכים בראיה משנית אף אם לא שלח דרישה אל הצד שכנגד, כשזה מתוּק במקור. אולם, לא מצאנו אסמכתא במשפטנו בה נקבע כי אכן פטור אדם ממשלוח דרישה במקרה כזה.

נוסף על כך, דומה שיש לקבוע כי כאשר הוכח שאמנם נמצא המקור בידי היריב, והצד מבקש להוכיח תוכן המסמך בראיה משנית אך משום מה לא שלח דרישה, גם אז יותר לצד להסתמך על הראיה המיידית, זאת בכפוף לכך שהיריב רשאי יהא להביא את המסמך המקורי, אף אם סיים פרשת הוכחותיו, אם טוען הוא שאין הראיה המשנית משקפת את האמת, ובלבד שסדר דין כזה לא יגרום עיוות דין ולא יעכב את הדיון יתר על המידה. גישה זו נובעת מהטעם לפגם שמעוררת שיטה השוללת אפשרות הוכחה מצד אשר מסיבה כלשהי, כולל רשלנות, לא מילא הוראה טכנית כאשר אי-קיומה אינו גורם עיוות דין. הגישה הנכונה היא זו שהובעה בענין שרעבי נ. קמרה⁶⁴: "שלא לתת לצד במשפט להנות מן ההפקר ולאפשר לו להפטר מחיוב הודות לשגיאה טכנית הנעשית על-ידי יריבו".

חריגים נוספים

ניתן להוכיח תוכנו של מסמך באמצעות הודאת הצד שכנגד בתוכן המסמך (ואת נתינת ההודאה אפשר להוכיח על-ידי עדים). הודאת הצד שכנגד היא ראיה ראשונית כנגד

⁶² Cross, *op. cit.*, p. 500
⁶³ Wigmore, *op. cit.*, S. 1205
⁶⁴ ע"א 35/59, י"ד פד"י, 1259, 1291.

הצד שכנגד. כך נקבע כבר במחצית הראשונה של המאה הקודמת בענין *Slatterie v. Pooley* (1840)⁶⁵, שם נקבע שניתן להביא עדות בע"פ על כך שהצד שכנגד הודה. במג'לה, בסעיפים 79, 1587, נקבע כי אדם נתפס על הודאתו, וסבורים אנו שהדבר חל גם כאשר בידי הצד (המסתמך על הודאת יריבו) מצוי מסמך בקשר לענין בו הוא מסתמך על הודאת היריב המודה, ואין הצד ממציא את המסמך. גם בסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומאני, הדורש מסמכים במקרים מסויימים, נקבע כי ניתן להוכיח על-פי הודאת היריב, במקום המסמך עצמו. הודאת היריב משמשת ראייה ראשונה לתוכנו של המסמך, ואין צורך במסמך עצמו.

כנגד הדעה שהודאת היריב מספקת במקום המסמך עצמו, מעורר Taylor בספרו על ראיות⁶⁶ טענות קשות. הוא מבקר חריפות את פסה"ד *Slatterie v. Pooley* וטוען כי כלל זה פותח אפשרויות גרורות לרמאות, אי-הבנות, עדות שקר ושאר סכנות הנובעות מקבלת עדות בע"פ (עדות בע"פ על הודאת היריב) במקום מסמך בכתב. חושבנו, שאכן מוצדקת ביקורתו של טיילור לענין הודאה שניתנה מחוץ לכתלי ביהמ"ש כמו בענין *Slatterie v. Pooley* שכן לפי הנימוקים שניתנו לכלל הראיה הטובה ביותר אין זה מוצדק לאפשר להביא עדים שיעידו שהיריב הודה כי תוכנו של מסמך הוא כזה וכזה. יש להביא את המסמך עצמו, אם הוא קיים. יש לציין כי בהצעת החוק לתיקון פקודת העדות (מס' 8), תשכ"ט—1969, נקבע בסעיף 16 כי "אין באמור בחלק זה כדי לגרוע מתקפה של הודאת בעל הדין".

כאשר הסכימו הצדדים כי ראיות משניות תהיינה קבילות מותר יהא להוכיח באמ-צעות. כך נפסק בענין שרונה נ. שיינברג⁶⁷ שכאשר תושב במושב שרונה חתם מראש הסכם בו הותנה כי חשבונות המושב ישמשו ראייה נגדו אף אם ההעתיקים בלבד יוגשו לביהמ"ש, כי אז רשאי המושב להוכיח את חובותיו כלפי המושב על-ידי הגשת העתקי ספרי החשבונות.

ספק הוא אם פסה"ד בענין שרונה נ. שיינברג מוצדק. הכלל המונע הגשת ראייה משנית מקום שקיימת ראייה ראשית הינו כלל של קבילות אשר נועד למנוע מרמה ואשר הגיונו מונח בהנחה כי אם אין כוונת מרמה אין סיבה להמנע מהגשת המקור כאשר המקור קיים. מה מקום יש אם כן, להכיר בתנאי כזה בהסכם מוקדם ולוותר על האמצעי הבדוק למניעת מרמה? יתר-על-כן, סבורנו שסעיף כזה מנוגד לטובת הציבור ואין לתת לו נפקות⁶⁸.

העתק נוטריוני נחשב לראיה טובה ביותר. המדובר הוא בנוטריון למסמכים יוצאי חוץ. בארץ אין דין הקובע כי העתק שאושר על-ידי הנוטריון הציבורי יחשב כראיה טובה ביותר⁶⁹.

65 10 L.J.Ex. 8

66 Taylor, *On Evidence*, 8th ed. (1881), s. 411

67 ע"א 127/60, י"ד פד"י, 2191.

68 כוונתנו כאן להסכם מוקדם המאלץ צד להסכים להוכחת מסמך בעתיד, שלא באמצעות המסמך עצמו, כאשר אינו יודע מה המסמכים ומה ההעתיקים שיווצרו בעתיד. מאידך, מובן מאליו שאין פגם בהסכמה הניתנת במהלך המשפט להוכחת מסמך על-ידי ראייה משנית, כאשר הצד יודע את אשר לפניו.

69 השווה הצעת חוק הנוטריונים, תשכ"ט—1969, סעיף 11(2) וסעיף 23.

בהמרצות מותרת ראייה משנית בדבר תוכנו של מסמך, כשם שמותרת ראייה בתצהיר "למיטב ידיעתי ואמונתו"^{70, 71}.

חריגים חשובים הם כללי הוכחת מסמכים רשמיים, ציבוריים, מעין רשמיים וכן מסמכים נוספים, אשר כללים המוסדרים בסעיפי חוק מפורשים מאפשרים הוכחתם בראיה משנית⁷². חריגים אלה מהווים תחום לעצמו ולפיכך אין מקום להרחיב כאן הדיבור אודותם. נצטמצם רק להערה בענין הוכחת פנקסי בנק, הואיל ולדעתנו טעה ביהמ"ש העליון בפירוש סוגיה זו.

בענין אביאל ג. בנק קרדיט⁷³ גזון חובו של אדם כלפי בנק, הבנק הוכיח את החוב בהסתמכו על העתק חשבונו של הנתבע אצל הבנק. לנתבע היו טענות שונות כלפי החשבונו, אך לא טען לענין קבילות ההעתיקים. מאידך הבנק לא מילא את כל התנאים המנויים בסעיף 14 לפקודת העדות, אלא שהנתבע לא התייחס לכך. בית המשפט אומר כאן: "יצויין כי קבלת העתק של רשימה בפנקסי בנק כעדות לכאורה במשפט כפופה לתנאים מסויימים המנויים בסעיף 14 או 14ד לפקודת העדות, והבנק לא מילא אחר התנאים האלה, אלא שהנתבעים לא עוררו גם את הטענה הזאת לא כאן ולא בערכאה הראשונה". הערעור נדחה. יושם לב כי כאן ער ביהמ"ש לקושי שבקבילות ההעתיקים, וגם ער לסעיף 14 (כיום סעיף 37 לפקודת הראיות (נ"ח)). אך טועה, עם כל הכבוד, בית המשפט כאשר מתייחס הוא לסעיף 14 לפקודת העדות היוצר חריג לענין הוכחת מסמכים הנמצאים בבנקים. החריג הקבוע בסעיף 14 לטובת בנקים, דומה עקרונית לחריג לגבי הוכחת מסמכים ציבוריים. הנימוקים לחריג זה, בין היתר, הם שאין להניח כי הבנק ישקר, הואיל ואין לו אינטרס בענין. אולם כל זה טוב ויפה כאשר אין הבנק צד להליכים. אך במקרה זה הבנק עצמו הוא שהיה התובע. לפיכך נראה שאין סעיף 14 לפקודת העדות חל על מקרה כגון זה ולא היה מקום להזכירו בהקשר זה. יש לומר כי כאשר הבנק עצמו הוא צד למשפט, דינו כדין כל צד אחר ואין הוא זכאי להקלה כלשהי בדיני הראיות. לא לכך נתכוון המחוקק.

משמך וחפץ

עד כאן דנו בכלל וחריגיה. כזכור, הכלל הוא כי אין להוכיח תוכנו של מסמך אלא באמצעות ראייה ראשית. מניסוח זה משתמע כי מקום שאין מחלוקת בדבר תוכנו של המסמך, ניתן להוכיחו בהוכחה משנית. כמו־כן כשאמרנו "מסמך" הוצאנו חפצים מהכלל. גזון בקיצור בשני עניינים אלה. כאשר אין תוכן המסמך מהווה גידן, אפשר להוכיח בהוכחה משנית את הגידן. כך למשל כאשר אפשר להוכיח את הגידן בהסתמך על שני מקורות ראייה אשר אחד מהם הוא מסמך והאחר אינו מסמך, ניתן להוכיח שלא באמצעות

70 *Spencer v. Bailey* (1892), 93 L.T. 223

71 השווה תקנה 377 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963.

72 ראה פקודת הראיות (נ"ח), תשל"א—1971, סעיפים 32, 36, 41. ראה גם סעיף 35 לחוק האגרו־דוח השיתופיות. מענין לציין כי לא קיים סעיף דומה בפקודת החברות. יצויין כי בעוד שמוצדק שלא להחיל חריג זה על הברה פרטית אין כנראה הצדקה לכך בחברה ציבורית. ראה גם סעיף 66(5) לפקודת החברות; סעיף 55 ללוח א' בפקודת החברות.

73 ע"א 141/67, כ"א פד"י (1), 480.

כלל הראיה הטובה ביותר

המסמך. בענין *Alderson v. Clay*⁷⁴ נידונה שאלת חברותו של קליי בחברה מסוימת. הדבר הוכח על-ידי עדים שהעידו כי השתתף בישיבות החברה ונהג כחבר החברה. עורך דינו טען שקיימים המסמכים שמכוחם געשו החברים בחברה לחברים, והינם מצויים בידי מזכיר החברה ולפיכך אין עדות בע"פ קבילה. ההתנגדות נדחתה משום שהצד כאן לא היה זקוק למסמך כדי להוכיח את חברות קליי בחברה. הוא יכול היה לבסס ראיותיו על מערכת ראיות נפרדת, מבלי להיזקק לכלל למסמך. לא תוכן המסמך היה הגידן. כך אם אדם העיד על ענין מסויים, פעם בכתב ופעם בע"פ, ומת לאחר מכן, מותר להביא עדות בדבר תוכן דבריו שאמר בע"פ, ואין צורך להביא את המסמך. זאת משום שקיימים שני מקורות אינפורמציה נפרדים ואין העד צריך להתייחס למסמך.⁷⁵

כאשר אין תוכן המסמך חשוב כדי לגלות "במה הכתוב מדבר" (כלשון השופט זוסמן בענין פלד) אלא רק לצורך זיהוי המסמך, דין המסמך כדיו חפץ.⁷⁶

לגבי חפצים הכלל הוא כי אי-הבאת הראיה הטובה ביותר עשויה להשפיע מאוד על שאלת המהימנות, אך אין בכך כדי לשלול את קבילות הראיה.⁷⁷ גם הצעת החוק לתיקון פקודת העדות (מס' 8) מדברת על מסמכים בלבד ולא על חפצים.

ההריגה מכלל הראיה הטובה ביותר לגבי חפצים, מובנת לפי הנימוקים שניתנו להחלת הכלל על מסמכים דווקא, נימוקים שנוכרו לעיל, וכן מחמת הקושי המעשי. וכך נאמר בענין *Hocking v. Ahlquist Bros.*⁷⁸ מקרה בו הואשם יצרן בהפרת תקנות להגבלת הייצור בעת המלחמה, וייצר בגדים עם מספר כיסים רב מהמותר. הבגדים לא הובאו לבית המשפט, אלא רק הובאו עדים שתיארו את הבגדים. נטען כי הראיות היו בלתי קבילות משום שלא היו הטובות ביותר. בית המשפט דחה את הטענה באומרו כי מאוחר מדי לטעון שהכלל חל גם על חפצים. "אם היינו מחייבים להביא את כל החפצים שעליהם יש פלוגתאות בבתי המשפט, נגלה מהר מאוד עד כמה בלתי הגיוני ובלתי אפשרי לקיים דרישות כאלה", אמר בית המשפט.

אולם לא נימוק זה ולא נימוקים אחרים הניתנים על-ידי המחברים לכלל, פרט לנימוקי ויגמור אשר אוזכרו לעיל, לא מסבירים מדוע יש להבדיל בין מסמך שתוכנו מצוי בפלוגתא למסמך שתוכנו חשוב רק לצורך זיהוי או שהוא עצמו נחשב כחפץ. אין המסמך יוצר קושי מיוחד בהבאתו כאשר תוכנו חשוב לצרכי זיהוי, מכאשר עצם תוכנו שגוי במחלוקת. מאידך, החשש לרמאות קיים גם כאן. אין סיבה להתיר הבאת ראיה משנית, כאשר בידי הצד להביא את המקור עצמו. לפיכך אין גם לקבל את דברי השופט זוסמן בענין פלד, אשר הבדיל בין הוכחת קיום המסמך להוכחת תוכנו. אם המסמך בידי הצד והוא מסרב להביאו, יש לחשוש בו בכוונת רמאות, בין אם הנידון הוא קיום המסמך ובין אם תוכנו.^{79, 80}

74 171 E.R. 511 (1816).

75 לאסמכתאות נוספות ראה: Taylor, 8th ed. (1885) S. 400.

76 Boyle v. Weisman (1885) 156 E.R. 870.

77 ע"פ 155/52 מזרחי נ. היהמ"י, ז' פד"י, 415, 419.

78 [1944] 1 K.B. 120, 123.

79 בהערה לפס"ד פלד שנכתבה על-ידי ד"ר פרלס בויפקליט, כרך ט', עמ' 125 מביא הכותב דוגמה לחשיבות הבאת חפץ לידיעת בית המשפט, ורואה זאת כחלק מהכלל. דומני כי כאן טעה הכותב ונתעלם ממנו שאין הכלל חל על חפצים.

80 Nokes, "Real Evidence," 65 L.Q.R. 57. בחלק השני של מאמרו מראה גוקס שכלל הי

לדעתנו יש להביא שינוי בהלכות אלה. הבאת החפץ לידיעת בית המשפט היא הדרך הטובה ביותר להוכחה. כשבית המשפט רואה בעצמו את הראיות ואינו שומע עליהן באמצעות "מתווכים", נמצא ביהמ"ש במצב הנוח ביותר להחליט⁸¹. אמנם, גכון הוא כי קיימים נימוקים כבדי משקל נגד חיוב בהבאת חפצים לבית המשפט, אך סבורנו שכאשר המדובר באספקט החפצי של מסמך אין נימוקים אלה קיימים, וגם כאשר לא מדובר בהוכחת תוכן המסמך יש ללכת על-פי כלל הראיה הטובה ביותר. אין קושי טכני בהבאת המסמך כשמדובר באספקט החפצי שלו יותר מכאשר נוקקים למסמך לשם הוכחת תוכנו, ומאידך החשש לאי-דיוק ולרמאות, שעומד ביסוד החלת הכלל על הוכחת תוכן מסמכים, קיים גם כשהמסמך נחשב לחפץ. לפיכך יש גם לבטל את החריג הקובע כי במקרה שקיימת מערכת ראיות המתבססת על מסמך ומערכת מקבילה שאינה מתבססת על מסמך, מותר שלא להסתמך על המסמך. גם במקרה זה מעוררת השתמטות מהבאת המסמך חשד של חוסר תום לב, רמאות, או אולי אי-דיוק שבתום לב. אם סבורים אנו כי כלל הראיה הטובה ביותר הינו כלל טוב של ראיות, מן הדין הוא להחילו בכל מקרה שקיימת אפשרות להוכיח באמצעות מסמכים, אף אם בידי הצד מצויות ראיות אחרות ואינו מוכרח להסתמך על מסמכים.

נראה להלן כי אכן קיימת נטיה כלשהי בבתי המשפט לראות את כלל הראיה הטובה ביותר כחל גם על חפצים, במקרים מסויימים, למרות שכאמור אין הכלל חל על חפצים. ייתכן שטעויות כאלה מעידות על כך שיש מקום להרחיב את תחולת הכלל גם לחפצים, לפחות במקרים מסויימים. בענין בדינת ישראל נ. בלמו ארביב ואח'⁸² הואשמו הנאשמים, בין היתר, בהחזקת סחורות השייכות לממשלה ובקניית חומרי נפץ ומכירתם, מאחר שנתפסו כשהם מובילים תרמילי פגזים ופגזים, זמן מה לאחר מלחמת ששת הימים. ס"כ התחמושת שהיתה ברשותם הגיע לששה טון בערך. להוכחת התחמושת שנתפסה, לקחה המשטרה תרמילים מספר מתוך התחמושת שנתפסה, והביאה אותם לבית המשפט. העדים העידו כי התרמילים נלקחו מתוך כלל התחמושת שנתפסה ברשות הנאשמים. הסניגוריה טענה כי לא הובאה הראיה הטובה ביותר ממנה ניתן להסיק ביחס לזהותה של הסחורה בשוא המשפט, וכי על-פי כלל הראיה הטובה ביותר צריכה היתה המשטרה להביא את כל הסחורה (ששה טון) לבית המשפט.

בית המשפט דוחה את הטענה בדבר כלל הראיה הטובה ביותר, בהסתמכו על... היוצאים מן הכלל. בית המשפט מציין כי אמנם גכון הוא שיש להגיש לבית המשפט את הראיה הטובה ביותר, אך קיים חריג כאשר קיים קושי מיוחד להביא את הראיה לבית המשפט "כמו במקרה בו אחד הצדדים במשפט רוצה להוכיח את תוכן הדברים

ראיה הטובה ביותר, החל בדרך כלל על מסמכים, חל גם על חפצים במקרים רבים. איי דרישת הבאת חפצים נובעת במקרים רבים מהקושי בהבאת החפץ (כמו לגבי מסמכים). כאשר אין מביאים את החפץ עצמו, נוטה בית המשפט לפקפק במהימנות העדות. לאור מצב זה סובר גוקס שאין צורך להחיל את הכלל על חפצים, הואיל ולמעשה הפרקטיקה כבר החילה אותו במקרים רבים (ראה סוף המאמר). בסוף מאמרו ממליץ גוקס על קודריפיקציה. דעתי היא כי יש ללכת בעקבות הגישה המשתמעת מדברי גוקס ולקבוע בחוק כי הכלל החל על מסמכים יחול גם על החפצים (בכפוף לחריגים).

81 ראה: Wigmore, S. 1151.

82 ת"פ 309/68, ע"א פס"מ 44.

כלל הראייה הטובה ביותר

שנרשמו על מצבה, ואין אפשרות להביא את המצבה, ביהמ"ש מקבל תצלום או עדות אחרת על תוכן הדברים; כך הדבר כאשר המדובר בשני משלוחים של תרמילים ממינים שונים, שמשקלם הכולל הוא בערך 6 טון...⁸³.

אין ביהמ"ש שם לב לכך שלמעשה הכלל אינו חל על חפצים. הדוגמה שמביא ביהמ"ש מדברת על מסמך – כלומר מצבה עליה כתוב דבר כלשהו. אילולי שסבר ביהמ"ש כי כלל הראייה הטובה ביותר חל גם על חפצים לא היה נזקק לחריגים לכלל. אף אם טעות היתה בידי בית המשפט מעיד הדבר על נטייה בכיוון האמור.

סיכום

אין צורך להאריך כאן בדברי סיכום, שכן את מסקנותינו הבענו במהלך מאמר זה. נדגיש שוב כי מסקנתנו היא שיש להרחיב את כלל הראייה הטובה ביותר, ובמיוחד לגבי כל מסמך, גם אם אופיו חפצי או אחר. כהצעת חוק, הצעתנו היא לקבל את עיקרי הצעת חוק הראיות, תשי"ג–1952, בענין מסמכים (סעיף 65 ואילך), בכפוף לשינויים. להלן הנוסח המוצע על ידינו. העתקנו את נוסח הצעת חוק הראיות, תשי"ג–1952, והדגשנו את השינויים וההוספות שערכנו בה.

הצעת חוק לתיקון פקודת העדות (ראיות שיש עליהן כתב)

1. בחוק זה "כתב" – תעודה שבכתב, לרבות דבר דפוס, חיקוק, שרטוט, ציור וצילום, ואין חשיבות לחומר עליו הכתב.
 2. (א) דבר שיש לגביו כתב יש להוכיחו על-ידי הגשת הכתב; ואולם מותר לקבל ראיה אחרת זולת הכתב, בכפוף לסדר העדיפויות האמור בסעיף קטן (ב), אם יוכח אחד מאלה:
 - (1) כי הכתב אינו עוד בנמצא והצד החייב בהוכחתו לא איבדו ולא השמידו ולא העלימו בכוונה כדי שלא יוכל לשמש ראיה במשפט;
 - (2) כי הכתב נמצא, או היה, ברשות מי שאינו חייב בהוכחתו, ולא הוגש לבית המשפט על אף צו בית המשפט לפי סעיף 37 (להצעת חוק הראיות, תשי"ג–1952), או שהכתב היה ברשות הצד שבנגד הלה ידע או צריך היה לדעת כי יריכו יסמוך על הכתב כראיה.
 - (3) כי מבחינה טכנית אין הגשת הכתב בגדר האפשרי או שהיא מכבידה ביותר.
- (ב) (1) צילום הכתב.
 - (2) העתק שאושר על-ידי רשות מוסמכת כדון, כי דינו מתאים למקור.
 - (3) העתק שנבדק ונמצא מתאים למקור.
 - (4) ראיה אחרת.

83 שם, בעמ' 48.

(ג) לא תגיש ראייה מהראיות המנויות בסעיף קטן (ב), אלא אם הוכח כי נתקיים אחד התנאים המנויים בסעיף קטן (א)(1-3) לגבי הראייה הקדיפה עליה לפי סעיף קטן (ב), או אם הודה היריב בכתב באמיתות תוכן הראייה המוגשת.

3. כתב שאדם בעל ידיעות רגילות אינו מסוגל להבינו ללא ראייה אחרת, ניתן להוכיחו באמצעות הראייה האחרת.

דברי הסבר

בסעיף 1 הוחלפה המלה "מסמך" המופיעה בסעיף 65 להצעת חוק הראיות, תשי"ג—1952, במלה "כתב". השתמשנו במונח "כתב" במקום המונח המקובל "מסמך" וכן השתמשנו במונח "דבר שיש לגביו כתב" במקום "דבר שנעשה במסמך", שכן, כפי שהראינו לעיל, גישתנו היא שיש להוכיח כל אשר נעשה בכתב, על-ידי הגשת הכתב, כולל מקרים בהם הגשת הכתב אינה מיועדת להראות את אופיו כמסמך דווקא. גם אם הכתב חשוב להוכחת תכונות הפציות או מעין תפציות של המסמך, כגון כאשר מתייחסים אל המלים שבמסמך לשם זיהוי, גם אז יש להגיש את הכתב עצמו. כמו-כן כולל ניסוח זה חובת ראייה בכתב גם כאשר קיימים שני מקורות אינפורמציה בלתי תלויים זה בזה ואחד מהם אינו בכתב. אף כאן לא יורשה הצד להסתמך על הכתב עצמו.

בניסוח זה נכללות גם ראיות הנחשבות כיום לתפציות, ובלבד שהן בכתב, שכן דעתנו היא שיש להחיל את הכלל גם על ראיות תפציות ובלבד שהן בכתב. מאידך אין להרחיב את הכלל על תפציות שאינם כתב. לפיכך, בכפוף לאמור בסעיף 1 להצעה ומה שנכלל בו, אין לקבל את סעיף 41 להצעת חוק הראיות, תשי"ג—1952, האומר: "דין תפציות שאינם מסמך, אך עלול לשמש ראיה בטשטש, כדין מסמך, והראיות הסעיפים 36 עד 39 חלות על הגשתו כראיה בשינויים המחוייבים לפי הענין".

שאר השינויים, התוספות וההיסורים המוצעים בנוסח דלעיל לעומת הנוסח שבהצעת חוק הראיות, תשי"ג—1952, מוסברים ישירות על-פי האמור בחיבור זה.