

## הכשרות לעדות, החובה להעיד וראיות חסויות

מאת  
ד"ר נינה זלצמן

הערותי לתזכיר חוק הראיות, התשמ"ה – 1985, תתמקדנה בשלושה נושאים: הכשרות לעדות, החובה להעיד וראיות חסויות. שלושתם קשורים בתהליך מסירתה של עדות בבית-המשפט, כשהיסוד המשותף להם מתמצה בשאלה: האם חייב פלוני, העומד על דוכן העדים, ליתן עדות או למסור ראייה שברשותו?

החובה להעיד היא הכלל הבסיסי, המרכזי. יסודותיה נעוצים באינטרס עשיית הצדק. כדי שבית-המשפט יוכל להכריע בסכסוך המשפטי שהביאו בעלי-הדין לפניו, חייבת להיות מונחת לפניו תמונה מלאה של כל העובדות הרלבנטיות לאותו סכסוך. לפיכך, על כל אדם הנקרא ליתן עדות בבית-משפט מוטלת החובה להשיב לשאלותיו של כל אחד מבעלי הדין, או של בית-המשפט, ולמסור כל ראייה שברשותו<sup>1</sup>. הפרתה של חובה זו מהווה במשפט הישראלי בזיון בית משפט ועבירה פלילית של סירוב להעיד<sup>2</sup>.

אך לכלל האמור שני סייגים, המגבילים, כל אחד בדרכו, את היקף חלותה של החובה להעיד, הן ביחס לסוגי העדים שעליהם היא מוטלת והן ביחס לטיב הראיות שאת מסירתה היא כופה. הסייג האחד, הוא סייג הכשרות לעדות או, כפי שמקובל לכנותו: הפסולים לעדות. סייג זה מוציא, למעשה, מתחומו של כלל החובה להעיד קבוצות מסוימות של עדים, אשר שיטת המשפט הטביעה בהן חותם של פסלות. טעם הפסלות יכול שיהיה נעוץ בדיני הראיות. כך, למשל, לגבי עדותו של קטין או חולה-נפש. קיים החשש, כי בשל גילו הרך, או מצבו הנפשי אין הקטין או חולה-הנפש מסוגל למסור עדות אמת ולכן לא ניתן כלל להעידו<sup>3</sup>. אך טעם הפסלות יכול שיהיה נעוץ בשיקולים חברתיים-כלליים שמחוץ לדיני הראיות. לדוגמא: עדותם של בן-זוג, הורה או ילד במשפט הפלילי. החשש לפגיעה בחיי הנישואין או בתא המשפחתי, אם יהויב העד למסור עדות לחובת הגאשם בן-זוגו, ילדו או הורהו, הוא הסיבה הדומיננטית לפסלותו

- 1 א' הרנון, דיני ראיות (ירושלים, תש"ל) א, 61 – 62, J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at*; Common Law (McNaughton rev., 1961), vol. VIII §2192.
- 2 סעיף 5 לפקודת בזיון בית-המשפט, 1929 (חא"י א 332) וסעיף 241 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977 (ס"ח 226, 864). ראה בנושא זה ע"פ 217/59 היועץ המשפטי לממשלה נ' גבולסי, פ"ד יד 73; א' הרנון, בזיון בית-המשפט על ידי אי-ציות (ירושלים, תשכ"ה) 216 – 248; ש"ז פלר וא' הרנון, "הצעת החוק לתיקון פקודת העדות (מס' 6), תשכ"ז – 1967", הפרקליט כד 94, 101 – 105 (תשכ"ז).
- 3 ע"פ 89/57 יוסף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 1071, 1072 – 1073; ע"פ 591/79 אסיא נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 253, 260 – 261; ע"פ 507/62 בשארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 675, 679 – 682; וכן ראה הרנון (לעיל, הערה 1), 72 – 74, 77 – 79.

כעד תכיעה במשפט הפלילי<sup>4</sup>. בכל אחד מן המקרים הללו, מאחר שהעד איננו כשר למסור עדות, ממילא אף לא חלה עליו החובה להעיד.

הסייג השני פוטר את העד מן החובה להעיד או למסור ראייה שברשותו. הפטור יכול שיהיה כללי, באופן שלא ניתן כלל לכפות את העד למסור עדות. כך, למשל, סעיף 3 סיפא לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א – 1971<sup>5</sup> קובע, כי אין כופים את בן-הזוג להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם בן זוגו בכתב אישום אחד. הוא הדין בנאשם. אף שהינו כשר למסור עדות להגנתו, אין לכפותו לכך<sup>6</sup>. אך הפטור יכול שיהיה מוגבל, באופן שאין הוא משחרר את העד כאופן מוחלט מן החובה להעיד, אלא רק פוטר מן החובה להשיב לשאלה כלשהי במהלך חקירתו, או מן החובה להציג ראייה כלשהי שברשותו. פטור זה ידוע במינוחו המשפטי כחסיון.

הפטור מן הסוג הראשון – פטור ממתן עדות – צמוד למעמדו המסוים של העד, כגון כן-זוג, ילד, הורה או נאשם במשפט הפלילי. לעומתו הפטור מן הסוג השני – חסיון – מדגיש את טיב הראייה, אשר אותה נדרש העד לגלות בבית-המשפט. כך, למשל, "אדם איננו חייב למסור ראייה שיש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עלול להיות מואשם בה" (סעיף 47 (א) לפקודת הראיות) או "עורך דין איננו חייב למסור כראיה דברים ומסמכים שהוחלפו בינו לבין לקוחו...וכו" (סעיף 48 לפקודת הראיות).

עילות הפטור או החסיון קבועות בהוראות הדין בבחינת "רשימה סגורה" שטעמיה נעוצים בשיקוליים חברתיים, חוץ-ראייתיים, אשר אותם העריך המחוקק על-פני הצורך בגילוי האמת העובדתית בבית-המשפט. יחד עם זאת, מאחר שכל הוראה כזו, המשחררת את העד מחובתו הציבורית למסור עדות, מציבה, למעשה, מכשול על דרך בירורה העובדתית של המחלוקת ובכך מקשה על בתי-המשפט במלאכתם – חייבת להיקט זהירות מירכית וקפדנות יתירה בתהליך יצירתו של כל פטור או חסיון נוסף. זאת, לא רק ביחס לשאלה, אם אמנם נדרשת יצירתו אלא אף ביחס לקביעת היקפו וממדיו<sup>7</sup>.

הקדמה זו מובילה אותנו לגופם של דברים ולבחינת ההוראות הדנות בנושאים אלה במסגרת ההצעה של משרד-המשפטים.

סעיף 11 של ההצעה קובע כדלקמן: "הכל כשרים להעיד".

- 4 ע"פ 95/50 אריבא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה 1200, 1203; ע"פ 78/62 דרשני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1814, 1816; ע"פ 500/77 עומרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 681, 698. כן ראה פלר, הרנון (לעיל, הערה 2), 99 – 100; הרנון, (לעיל, הערה 1), 87 – 88.
- 5 דמ"י 18, 420 (להלן "פקודת הראיות"). וראה גם סעיף 4 סיפא לגבי הורה וילד.
- 6 סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב – 1982 (ס"ח 1043, 43) (להלן "חוק סדר הדין הפלילי"). אך הימנעותו של הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה או סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להם סיוע. ראה סעיף 162 לאותו חוק.
- 7 הרנון (לעיל, הערה 1), 62; א' הרנון, דיני ראיות (ירושלים, חשל"ז) ב 67, 123, Wigmores, supra; note 1, at §§2192, 2196 Cross on Evidence (London, 6th ed., by R. Cross and C. Tapper) 378–380; McCormick on evidence (st. Paul Minn., 3rd. ed. by E. W. Cleary, 1984) §72

הוראה ברורה המבטלת כל כלל של פסלות הנוהג כיום בדיני הראיות הישראלים. חריג אחד נקבע לה בהמשך, בסעיף 13 של ההצעה, ביחס לעד שאינו מסוגל להבחין בין אמת לבין שאינו אמת, ולהכיר בחובתו להעיד אמת. חריג זה מוצדק. כשהעד איננו מסוגל כלל להבחין בין אמת לבין שאינו אמת מה טעם יש לקבל את עדותו? סעיף 13 מאמץ, בעיקרו של דבר, את הרעיון העומד מאחורי כלל הפסלות שטבעה ההלכה הפסוקה ביחס לעדותו של קטין או חולה־נפש<sup>8</sup>; אך הוכנס בו השינוי המתחייב מביטול השבועה בחוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), תש"ם — 1980<sup>9</sup>. מאחר שאין משיביעים עוד את העד, אלא רק מזהירים אותו, ממילא אין מקום לבחון אם הוא מבין טיבה של שבועה, ודי בכך שאינו מסוגל להכיר בחובתו להעיד אמת, כשלכך מצטרף התנאי האחר, לאמור: שהעד איננו מסוגל להבחין בין אמת לבין שאינו אמת<sup>10</sup>. ההחלטה בדבר פסלות העדות מסורה לשיקול־דעתו של בית־המשפט, ואין היא חייבת להיעשות דווקא לפני שהוחל בגביית העדות, אלא יכול שתינתן גם לאחר שבית־המשפט שמע את העדות והתרשם מהתנהגות העד מעל דוכן העדים<sup>11</sup>. לא ארחיב עוד ביחס לחריג זה.

ברצוני להתייחס דווקא למה שלא נכלל בהסדר המוצע. אין כוונתי לעדות הקרובים: בן־זוג, הורה או ילד. אלה "הועברו" למסגרת הפרק הדין בראיות חסויות ולכך אתייחס בהמשך. כוונתי לעדות הנאשם במשפט הפלילי. הכלל הוא שאין הנאשם כשר לשמש עד תביעה במשפטו, ואף לא ניתן לכפותו למסור עדות להגנתו<sup>12</sup>. גם כאשר הואשמו מספר נאשמים באותו כתב אישום, והאחד מהם הודה בעובדות אשר יש בהן כדי הרשתו, לא יעיד נגד הנאשמים האחרים או להגנתם, כל עוד לא הורשע ונגזר דינו<sup>13</sup>. כע"פ 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל<sup>14</sup> קבע בית־המשפט העליון, כי גם כאשר הוגשו כתבי־אישום נפרדים נגד כל אחד מן הנאשמים, הפרקטיקה הנכונה צריכה להיות שאין להעיד נאשם אחד נגד הנאשם האחר, כל זמן שקיים החשש, כי העד עלול לצפות לטובת הנאה בענינו על־ידי המתקת דינו<sup>15</sup>. תנאי לכשרותו הוא כי נסתיימו או הופסקו ההליכים

- 8 לעיל הערה 3; וראה גם סעיף 5(א)(2) להצעה: בית־המשפט לא ירשיע נאשם במשפט פלילי על־סמך עדות יחידה של קטין שטרם מלאו לו 14 שנים, אלא אם־כן יש לה סיוע.
- 9 ס"ח 202,982. ראה בנושא זה א' אנקר, "עדות קטין בלא שבועה לאור החקיקה החדשה" משפטים יב (חשמ"ב) 358; וראה גם סעיף 12 להצעה.
- 10 נראה לי, כי אף שנבחר כאן ניסוח מיוחד המדגיש את כושרו של העד למסור עדות מן ההיבט של יכולתו להבחין בין המציאות לבין דמיון — למעשה מאמצת ההוראה האמורה את המבחן שנקבע בפסיקה, ואשר מבוסס על כושרו של העד לקלוט את פרטי האירוע, כושרו של העד לשמר פרטים אלה בזכרונו וכושרו למוסרם בבית־המשפט. ראה ע"פ 507/62 בשארי (לעיל, הערה 3), 679 — 682; ע"פ 591/79 אסיאס (לעיל, הערה 3), 261.
- 11 השווה לע"פ 507/62 בשארי, שם, בעמ' 681 — 682.
- 12 ראה הרנון (לעיל, הערה 1), 80 — 81; וכן סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי. כן ראה *Cross, supra*, note 7, at pp. 194—196.
- 13 סעיף 155 לחוק סדר הדין הפלילי. כן ראה הרנון, שם; *Cross, ibid.*
- 14 פ"ד (2) 477.
- 15 שם, בעמ' 480 — 482, 488 — 489.

המשפטיים נגדו בקשר לעבירה המיוחסת לו ולנאשם שבמשפטו נקרא להעיד כעד התביעה<sup>16</sup>.

לאחרונה שוב עלתה הלכת קינזי בבית המשפט העליון, אך מהיבט שונה: האם יוכל הנאשם האחד להעיד כעד הגנה במשפטו של הנאשם השני באותן נסיבות? כלומר: כאשר הופרדו כתבי האישום ומשפטו של כל אחד מן הנאשמים מתברר בנפרד. כוונתי לע"פ 330/84 שעשוע נ' מדינת ישראל<sup>17</sup>. מאחר שהשאלה הועלתה אגב אורחא בלבד, הוחלט ברוב דעות להשאיר בצריך עיון<sup>18</sup>.

והנה, נושא כה חשוב הנוגע לזכויותיו של הנאשם במשפט הפלילי לא נזכר כלל בהצעה שלפנינו. יש להניח, כי הוראות חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) המתייחסות לסוגיה תמשכנה לחול לצדו של חוק הראיות המוצע. אך מה יהא גורלה של ההלכה הפסוקה בעניין זה?

אפשר לטעון, כי לאור סעיף 59 להצעה, אין כל קושי למעשה, גם בעניין זה. סעיף זה קובע כדלקמן:

"59. בעניין הנוגע לראיות שאין עליו הוראה בחוק זה או בחיקוק אחר ינהג בית המשפט בהתאם להלכה הפסוקה, בין שנפסקה לפני תחילתו של חוק זה ובין אחריו, ובאין הלכה פסוקה ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשות צדק".

ניתן לטעון, אפוא, כי הלכת קינזי תמשיך לחול גם בעקבות סעיף 11, באופן שתסייג את כלל הכשרות, כדרך שהיא נוהגת ביחס לסעיף 2 לפקודת הראיות הקובע כלל דומה. אך הקושי הוא שיהיה עלינו לקבוע תחילה, אם בנושא שבו עסקינן אין הוראה בחוק הראיות המוצע, כדרישת סעיף 59, או שמא ישנה הוראה מפורשת בסעיף 11, שלפיה הכול כשרים להעיד, ושתיקת המחוקק לגבי הנאשם כעד תביעה והלכת קינזי היא "שתיקה רועמת". במלים אחרות: כלום לא נאמר, כי הלכה זו שיצרה סייג להוראה מפורשת שבפקודת הראיות מעתה לא תחול, שכן המחוקק גילה דעתו בחוק הראיות החדש, כי הכול כשרים להעיד, ובכלל זה הנאשם?

מכאן אעבור לכלל בדבר החובה להעיד וסיוגו באמצעות ההוראות בדבר ראיות חסויות — פרק ג של ההצעה.

16 כן, למשל, לאחר שהורשע ונגזר דינו או זוכה במשפטו וכך אף כאשר עוכבו ההליכים נגדו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בתוקף סמכותו על-פי סעיף 231 לחוק סדר הדין הפלילי, או כאשר הפך לעד מדינה וניתנה הצהרה מטעם התביעה, כי המשפט נגדו יבוטל עם תום מסירת עדותו. ראה בעניין זה ע"פ 194/75 קינזי, שם, בעמ' 482, 489 — 490; וכן 169/74 עובדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 398, 604; ע"פ 507/79 מדינת ישראל נ' אסרף, פ"ד לג(3) 620, 623; ע"פ 23/77 שרעבי נ' מדינת ישראל פ"ד לג(2) 815, 818. הלכה זו איננה חלה ביחס לשותף לעבירה החשוד בביצוע מעשה העבירה, אלא רק ביחס למי שהוא הנאשם בגין אותו מעשה, אשר ביחס אליו נקרא להעיד ואפילו בהליך פלילי נפרד. השווה לע"פ 44/81 מויאל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 505.

17 פ"ד לו(1) 505.

18 השופטים שטרסברג-כהן וברק. לעומתם היה השופט בן סבור, כי יש להגביל את הלכת קינזי בגבולותיה, דהיינו: רק למקרה שבו הנאשם האחד נקרא להעיד כעד מטעם התביעה. שם, בעמ' 88 — 90.

סעיף 39 קובע כדלקמן:

"39. הכל חייבים לפי דרישת בית המשפט להעיד בכל הידוע להם ולמסור לבית המשפט כל ראיה אחרת שברשותם והכל בנתון להוראות פרק זה".

הוראה זו תקבע לראשונה באורח מפורש עלי חוק את חובתו של כל אדם למסור עדות בבית-המשפט — חובה המעוגנת כיום בהלכה הפסוקה ומבוססת על השקפת היסוד בדבר אינטרס החברה בתהליך עשיית הצדק במשפט<sup>19</sup>. לצדה של ההוראה האמורה תמשכנה לחול הוראת סעיף 5 לפקודת בזיון בית משפט, 1929, וסעיפים 241, 246 ו-249 לחוק העונשין, תשל"ז — 1977, הקובעים כעבירה פלילית מעשה של סירוב להעיד, הרחה בעדות או הטרדת עד<sup>20</sup>.

שתי הערות כלליות לי ביחס לנוסח הסעיף המוצע:

האחת — ההוראה בלשונה מבחינה בין מסירת עדות לבין מסירת כל ראיה אחרת שברשות העד. מכאן שהמושג "ראיה" באותה הוראה רחב יותר מן המושג "עדות", באופן שהוא כולל גם ראיה חפצית ומסמך<sup>21</sup>. לכך תהא נפקות אף לצורך הוראות החסיון שבאותו פרק ג המסייגות, כאמור, את החובה למסור ראיות שבסעיף 239<sup>22</sup>. מעתה יהיה עלינו לומר, כי אף לעניין החסיון "ראיה" כוללת לא רק עדות ורבליית, אלא גם מסמך וראיה חפצית. כך, למשל, אם כיום מקובלת הגישה בעקבות ע"פ 648/72 קריב נ' מדינת ישראל<sup>23</sup>, כי החסיון מפני הפללה עצמית, הקבוע בסעיף 47(א) לפקודת הראיות, חל רק

19 ראה ע"פ 217/59 נבולטי (לעיל, הערה 2), 77. סעיף 1 לפקודת הראיות דן רק בסמכותו של בית-המשפט להזמין עדים, סמכות שיש לקוראה יחד עם ההוראות הרלבנטיות שבתוק בת" המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד — 1984 (ס"ח 1123, 198); חוק סדר הדין הפלילי ותקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד — 1984 (ק"ת 4685, 2220). אך ראה כג"צ 51/59 מרדכי (טוין) נ' השופט ב' כספי פ"ד יג 1225, 1226, שם למד השופט זילברג מסעיף 13 לפקודת העדות המנדטורית (כיום סעיף 1 לפקודת הראיות) על חובת העדות וכוחו של בית-המשפט לכפותה על העד. אפשר לטעון, כי מן ההוראה העונשית שבסעיף 241 לחוק העונשין, תשל"ז — 1977, הקובעת את העבירה בגין סירוב להעיד, ניתן ללמוד על קיומה של החובה להעיד. לכך יש להשיב בשניים: ראשית, מסעיף 241 נלמדת החובה שלא לסרב להעיד, המוטלת על כל מי שחייב להעיד או למסור ראיה בהליך שיפוטי; אך לא נלמדת החובה הראשונית, הכללית, למסור עדות. שנית, אפילו נאמר כי חובה זו אמנם נגזרת מסעיף 241 הנ"ל, ההצעה באה ומגבשת אותה בלשון מפורשת בהוראת החוק.

20 ראה גם לעיל, הערה 2.

21 וראה גם סעיף 1 להצעה המגדיר "עדות" כ"ראיה מפי עד בבית המשפט" ו"מסמך" כ"ראיה בכתב או ראיה בכתב או ראיה המשמרת ידיעה בדרך אחרת". מכאן ש"ראיה" היא מושג רחב החובק עדות, מסמך ואף ראיה חפצית. וראה גם סעיף 36 להצעה הקובעת את דרך הוכחתו של חפץ שאינו מסמך והוא מובא כראיה. למושג "ראיה" לא נתייחדה הגדרה, אך ניתן ללמוד מסעיף 3 להצעה הקובעת את עקרון הקבילות כי היא "כל דבר העשוי להביא לידי הוכחת נידון...".

22 פ"ד לב(2) 729.

23 פ"ד לו(2) 89.

ביחס לעדות ורבליית או עדות בדרך קומוניקטיבית אחרת, אך לא לגבי ראייה חפצית<sup>24</sup>, הרי שמעטה נאמר, כי "ראייה" בסעיף 43 להצעה, הדין בחסיון מפני הפללה עצמית, היא "כל דבר העשוי להביא להוכחת הנידון"<sup>25</sup>, ובכלל זה גם ראייה חפצית. השנייה — סיפת הסעיף מסייגת את הכלל שברישא "והכל בנתון להוראות פרק זה". הדברים ברורים ביחס להוראות החסיון השונות המפורטות בהמשך. אך מנוסח זה של הסיפא עלול להתעורר ספק לגבי המשך חלותן של הוראות החסיון הפזורות בהוראות דין ספציפיות. כך, למשל, ההוראות המתייחסות לנשיא המדינה ולחבר-כנסת, לרבות שר שאינו חבר כנסת<sup>26</sup>, או הוראות החסיון המיוחדות שבפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), תשכ"א — 1961<sup>27</sup>, או בחוקי מס אחרים<sup>28</sup>. אמנם סעיף 58 להצעה קובע, כי "נקבעה בחיקוק הוראה מיוחדת לענין שחוק זה דן בו, הוראת אותו חיקוק אחר עדיפה". על-כן יש להניח, שהוראות החסיון הקבועות בחיקוק זה או אחר תמשכנה לחול. אך מה דינה של הוראת החסיון שבפקודה כלשהי, דוגמת זו שבפקודת מס הכנסה? עדיף היה אילו נאמר בסיפת סעיף 39 "ל... והכול בכפוף להוראות החסיון הקבועות בדין"<sup>29</sup>. ההערה השלישית לסעיף 39 מתייחסת למיקומו של הסעיף בפרק ג של החוק המוצע ולשילובו, עקב כך, עם סעיף 51 שבאותו פרק. סעיף זה קבע, כי הוראות פרק ג תחולנה על מסירת ראיות בפני בית-משפט, בית-דין ורשות אחרת המוסמכת על-פי דין לגבות ראיות. צירוף שתי ההוראות הללו מוביל למסקנה כי הכול חייבים, לפי דרישת רשות מוסמכת על-פי דין לגבות ראיות, להעיד בכל הידוע להם ולמסור לרשות כל ראייה אחרת שברשותם, כאשר הסייג היחיד לכך הוא זה הקבוע בסיפת סעיף 39; לאמור, בנתון להוראות החסיון שבאותו פרק. האומנם ההצעה באה להרחיב את סמכותה של כל רשות חוקרת המוסמכת על-פי דין לגבות ראיות מעבר לקבוע בהוראות הדין המסמך, באופן שיהיה די בדרישת הרשות כדי לחייב אדם למסור כל ראייה שברשותו<sup>30</sup>? אמנם גם סעיף

24 אך השווה לע"פ 234/81 חרבון נ' מדינת ישראל פ"ד לו(1) 90, 94; וכן ראה בענין זה א' סטרשנוב, "צמצום החסיון מפני הפללה עצמית" הפרקליט לה (חשמ"ד) 243, 245 — 264; ד' ליבאי, "חקירת חשוד והחסיון מפני הפללה עצמית" הפרקליט כד (תשל"ד) 92, 104.

25 ראה לעיל, הערה 21.

26 ראה סעיף 13(ב) ר(ג) לחוק יסוד: נשיא המדינה, תשכ"ד — 1964 (ס"ח 428, 118); סעיפים 1(ב) ר(ג) ו-15 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א — 1951 (ס"ח 80, 228) וסעיף 17 לחוק יסוד: הכנסת, תשי"ח — 1958 (ס"ח 244, 69).

27 סעיפים 232 ו-234 וראה בג"צ 207/70 יהלומי נ' שר האוצר, פ"ד כה(1) 126.

28 סעיף 142 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו — 1975 (ס"ח 791, 52); סעיף 19 ב לחוק מס קניה, טובין ושירותים, תשי"ב — 1952 (ס"ח 110, 344). כן ראה בג"צ 253/68 טרופובר נ' שר האוצר, פ"ד יז(3) 225; בג"צ 174/83 שכנר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 225; בג"צ 527/82 שץ נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 76.

29 וראה סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א — 1981 (ס"ח 1030, 302), להגדרת המושגים "דין" ו"חיקוק". אם כי היה — לדעתי — מקום לעיין מחדש בהוראות החסיון הקבועות בדיני המסים השונים, לאמור: האמנם, יש הצדק מיוחד לקבוע דין שונה לחסיון הנשען על אינטרס הציבור בגביית מס אמת, לעומת טענת החסיון המבוססת על אינטרס הציבור בכטחון המדינה או ביחסי החוק שלה, או על אינטרס ציבורי חשוב אחר המוצאת את מקומה בסעיפים 44 — 46 לפקודת הראיות.

30 אף שהורחבה חלותו של סעיף 39 מכוח סעיף 51 גם על רשות המוסמכת על-פי דין לגבות ראיות, לא בוטלו אותן הוראות דין מיוחדות הקבועות את סמכותה של רשות זו או אחרת. לדוגמא: סעיף

52 לפקודת הראיות מרחיב את תחום הוראות הפרק שכמסגרתו נקבע על בית-דין, רשות, גוף או אדם המוסמכים על-פי דין לגבות ראיות. אולם מאחר שבפרק ג לפקודת הראיות אין הוראה כלשהי בדבר החובה להעיד, אלא מפורטות בו רק הוראות החסיון, ממילא לא עולה השאלה דלעיל במסגרת פקודת הראיות. סביר להניח, כי המלים "לפי דרישת רשות המוסמכת על פי דין לגבות ראיות" תפורשנה כדרישה שנעשתה במסגרת סמכותה כדין של הרשות<sup>31</sup>. אך כלום אין לומר, כי בכך החלתו של סעיף 51 המוצע גם על סעיף 39 הינה חסרת כל משמעות? לכן נראה כי למען הסר כל ספק אפשרי לגבי היקף חלותה של החובה להעיד מחוץ לבית-המשפט, מן הראוי היה להגביל את סעיף 51 שבאותו פרק להוראות החסיון בלבד, דוגמת ההסדר הקבוע כיום בפקודת הראיות. באשר להוראות החסיון שבפרק ג של החוק המוצע, בכוננתי להתייחס במסגרת זו לשלוש הוראות חדשות שהוספו על-ידי מנסחי ההצעה: שתיים מהן קובעות טענות חסיון חדשות בדיני הראיות הישראלים (סעיפים 48 ו-49 לחוק המוצע) והשלישית קובעת הוראה כללית בדבר ראיות חסיון שנתקבלו (סעיף 50 לחוק המוצע)<sup>32</sup>. אפתח בסעיף 49 של ההצעה הדין בחסיון לעדות בין בני משפחה. סעיף זה קובע כדלקמן:

49. (א) במשפט פלילי לא חייב אדם למסור ראיה נגד בן זוגו, הורוהו או ילדו, זולת אם נקרא להעיד מטעם הסניגוריה או שהאשמה היא בשל חבלת גוף, מעשה אלימות או עבירת מין.  
(ב) לענין סעיף זה 'הורה' ו'ילד' – לרבות הורה חורג, ילד חורג, מאמץ ומאומץ."

שילוב הסעיפים 11, 39 ו-49 של ההצעה מלמד על ביטול הכלל הפוסל עדות קרובים במשפט הפלילי<sup>33</sup> והמרתו בכלל של חסיון<sup>34</sup>. על כך יש לברך. שינוי זה הולם את

10 – 13 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט – 1969 (ס"ח 548, 28); סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מצער וחיפוש) (נוסח חדש), תשכ"ט – 1969 (דמ"י 12, 284); סעיף 2 ו-6 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) (חא"י, כרך א, 439) ותקנה 2 לתקנות הפרוצדורה הפלילית (זיהוי), 1929 (חא"י, כרך ג, 167).

31 תמיכה לכך ניתן למצוא בסעיף 58 של ההצעה הקובע, כי "נקבעה בחיקוק הוראה מיוחדת לענין שחוק זה דן בו, הוראת אותו חיקוק אחר עדיפה", אם כי עדיף היה אילו נאמר "דין" ולא "חיקוק" שהרי עדיין פזורות הוראות מיוחדות בפקודות.

32 במאמר מוסגר יש להצביע על השינוי שהכניסה הוועדה בנוסח ההצעה מ-1981 ביחס לחסיון מאינטרס הציבור ולערעור בשאלת החסיון (ראה הפרקליט (תשמ"א) 137). זאת בעקבות הוראותיו של הפרופ' א' הרנוך, "היש מקום למהפכה בדיני הראיות" משפטים יב (תשמ"ב) 575, 587 – 588. יחד עם זאת, בסעיף 40 של ההצעה הנוכחית הדין בחסיון לטובת המדינה הוסף ס"ק (ג) שלפיו, כאשר עלתה טענת החסיון – לפי אותו סעיף – לפני בית-המשפט העליון, ידון בה המותב שלפניו נטענה הטענה, חיקון זה הוסף, כנראה, בעקבות כג"צ 322/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד (1) 789; וראה גם כג"צ 541/83 עסלי נ' הממונה על מחוז ירושלים פ"ד (4) 837; כג"צ 415/81 איוב נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד (1) 750. כן ראה א' רטיג "העוקץ: ראיות חסיון, חובת ההנמקה וחופש הביטוי" משפטים יד (תשמ"ד) 108, 115 – 117.

33 סעיפים 3 – 6 ו-8 לפקודת הראיות.

34 מענין להשוות בענין זה לדין האנגלי. ראה Police and criminal evidence act, 1984, s. 80. שהאשה או הבעל כשרים לשמש כעדי הביעה במשפט הפלילי נגד הנאשם בן-זוגם, אך לא ניתן

המציאות, שכן כלל הפסלות שבפקודת הראיות נשען על תפישות חברתיות נושנות<sup>35</sup>. יש לשים לב, כי סעיף 49 איננו פוטר כליל את העד מן החובה להעיד כעד תביעה במשפט הפלילי נגד הנאשם בן-זוגו, הורה או ילדו<sup>36</sup>, אלא רק פוטר אותו מלמסור ראיה מפלילה<sup>37</sup>. הדגש הוא, אם כן, על טיב הראיה. אולם החסיון חל רק כאשר בן-הזוג, הילד או ההורה נקרא להעיד כעד התביעה. כאשר בן-זוגו, הורה או ילדו נקרא להעיד מטעם הנאשם, תחול עליו החובה הכללית שבסעיף 39, לאמור: ניתן לכפותו אף להשיב לשאלה, או למסור ראיה, אשר עשויה לשמש הוכחה לחובתו של הנאשם. כזה הוא גם הדין כיום, לאור סעיף 6 לפקודת הראיות<sup>38</sup>.

הקושי מתעורר לגבי מקרה שבו הואשם, למשל, אחד מבני-הזוג יחד עם נאשמים אחרים באותו כתב-אישום. כלום חייב בן-זוגו למסור עדות נגד הנאשמים האחרים? הוא הדין כאשר הואשם ההורה או הילד בצוותא עם נאשמים אחרים, האם ניתן לכפות את הילד או ההורה, לפי העניין, למסור עדות לחובת הנאשמים האחרים? לפי סעיף 3 סיפא, או 4 סיפא, לפקודת הראיות, אין כופים את העד במקרה המתואר. על-פי סעיף 49 המוצע יהיה ניתן לכפותו. ההוראה מתייחסת רק למקרה שבו נמסרת העדות נגד הנאשם בן-הזוג, ההורה או הילד, ואף לעניין זה אין היא, כאמור, פוטרת את העד מן החובה להעיד בכלל, אלא רק מן החובה למסור ראיה מסוימת<sup>39</sup>. אך כלום יהיה העד חייב

לכפותם להעיד כעדי תביעה למעט באחד המקרים המפורטים בס"ק (3) של אותו סעיף. כעדי הגנה לטובת הנאשם בן-הזוג, הבעל או האשה כשרים להעיד וניתן אף לכפותם לכך, ככפיפות לתנאי כי לא הואשמו יחדיו בכתב-אישום אחד, וכל עוד בן-הזוג הנקרא להעיד צפוי להרשעה בגין אותה עבירה. ההוראה האמורה איננה חלה על בני זוג שאינם נשואים בעת המשפט. ראה בנושא זה *Cross, supra note 7, at pp. 197–201*. לגבי הליך אזרחי קובע ה-14 Civil Evidence Act, 1984 s. הוראת חסיון שלפיה אדם איננו חייב לענות לשאלה או להציג ראיה, אם יש בכך כדי להפיל את בן-זוגו. ההוראה חלה רק על בני זוג-נשואים. אף במרבית המדינות של ארצות-הברית, ובכתבי המשפט הפדרליים, כלל חסיון דומה נוהג לגבי עדותו של בן-הזוג האחר נגד הנאשם בן-זוגו. אך כאן התנאי שהוא שכני-הזוג נשואים כדין בעת המשפט. ראה בנושא זה, *Wigmore, supra note 1, at §§2227–2239; McCormick, supra note 7, at §66; Note, "Developments in the Law — Privileged Communications" 98, Harv. L. Rev., (1985) 1450, 1563–1571*. ולד הוכר החסיון רק במספר קטן של מדינות ארצות-הברית *Note, ibid., at p. 1575*. ראה ע"פ 500/77 עומרי (לעיל, הערה 4), 698; וכך פלר, הרנון (לעיל, הערה 2), 98–99; הרנון (לעיל, הערה 4).

35 "ילד" כולל ילד חורג, ו"הורה" גם הורה חורג. האם גם לעניין הוראה זו נאמר רק בן-זוג הנשוי לנאשם בעת המשפט? ראה ע"פ 78/62 דרשני (לעיל, הערה 4), 1518; וראה הצעתם של פלר והרנון (לעיל, הערה 2), 100–101. בדין האנגלי ובדין האמריקני מוגבל החסיון רק לבני-זוג נשואים כדין. (ראה לעיל, הערה 34). נראה כי לאור סעיף 48 המוצע כדבר חסיון על חיי אישות, יוכל בן-זוג לשעבר לטעון לחסיון ביחס לרבו שבינו לבינה והוא מצנעת האישות. על כך ראה להלן. והשווה לחוק האנגלי (לעיל, הערה 34). כן השווה לסיפת סעיף 3 ו-4 לפקודת הראיות. כאן הפטור הוא מן החובה למסור עדות כעד התביעה.

36 והשווה לחוק האנגלי מ-1984 (לעיל, הערה 34).

37 והשווה לסעיף 80(3) של החוק האנגלי מ-1984 (לעיל, הערה 34), סעיף זה מתייחס במפורש לסיטואציה המתוארת. בן-הזוג יהיה חייב למסור עדות כעד תביעה נגד הנאשם עם בן-זוגו, או כעד-הגנה מטעמו, רק כאחד מן המקרים המפורטים באותו סעיף. למשל, כשהעבירה נשוא האישום כוללת תקיפה, פגיעה או איום לפגיעה בכך-הזוג או כאדם אשר היה באותה עת שבה אירעה



למסור גם ראייה המפלילה את הנאשם בן-זוגו, הורה או ילדו? אם נאמר כי אמנם יחוייב העד למסור במקרה כזה כל ראייה שברשותו ואפילו היא נגד הנאשם קרובו, כי אז מה טעם יש בהוראת החסיון. מן הצד האחר, אם נאמר שגם במצב דברים זה עומדת לעד טענת החסיון, משמע יינה מן החסיון אף הנאשם האחר<sup>40</sup>. ניתן להעלות פתרונות אפשריים לקושי המתואר, דוגמת הפרדתם של כתבי-האישום, או הפרדה בין חלקי העדות באופן שהדברים המפלילים את הנאשם, קרובו של העד, לא ישמשו ראייה לחובתו<sup>41</sup>. אך נראה, כי היה עדיף אילו נעשתה התייחסות מפורשת לסיטואציה זו במסגרת ההוראה עצמה, שהרי אין זו סיטואציה בלתי-שכיחה בכתב-המשפט.

קושי אחר יעלה כאשר נקרא בן-הזוג, הילד או ההורה להעיד להגנתו של הנאשם עם בן-זוגו, הורה או ילדו, וזאת דווקא משום שבערותו הוא עלול להפליל את הנאשם קרובו, ובכך לתמוך בגרסת ההגנה של הנאשם האחר. בסעיף 49 המוצע סויג החסיון למקרה שבו מורכבת הסניגוריה מנאשמים מספר. האם מכאן נאמר כי די שנקרא להעיד מטעם אחד הנאשמים — ואפילו אין זה בן-זוגו, הורה או ילדו — כדי שיחוייב העד למסור כל ראייה שברשותו, גם אם היא לחובת הנאשם קרובו? נראה לי, כי היה עדיף אילו נוסחה ההוראה ביתר בהירות כמו, למשל, "...זולת אם נקרא להעיד להגנתו..." באופן שאם הוזמן להעיד מטעם הנאשם האחר, יוכל העד לאחוז בטענת החסיון ביחס לכל ראייה העולה להפליל את הנאשם בן-זוגו, הורה או ילדו.

כאשר האשמה היא בשל חבלת גוף, מעשה אלימות<sup>42</sup> או עבירת מין, נסוג החסיון וחל הכלל בדבר החובה להעיד. אין הכרח שהמעשה בוצע דווקא כלפי העד. ייתכן שבוצע כלפי אחר. זה גם הדין כיום לאור סעיף 5 לפקודת הראיות, הקובע חריג לפסלות עדותם של קרובים על-פי סעיפים 3 ו-4 לאותה פקודה<sup>43</sup>. החידוש בסופת סעיף 49 המוצע מתבטא בשני שינויים עיקריים: ראשית, הוספה עבירת מין למסגרת הסייג; שנית, הושמט הניסיון ממסגרת הסייג. לגבי עבירת מין — בהעדר הגדרה של המושג או הפניה לחוק העונשין<sup>44</sup>, עולה השאלה, האם יתחשב כעבירת מין לצורך סעיף 49 הנ"ל

העבירה מתחת לגיל 16. בכל אחד מן המקרים המפורטים כאותו סעיף ניתן לכפות את בן הזוג להעיד אף לחובת הנאשם בן-זוגו Cross, *supra* note 7, at pp. 198–201.

40 ראה לעיל, הערה 39. בדין האנגלי לא תעלה השאלה שהצגנו למעלה, שכן בכל אחד מן המקרים המפורטים בסעיף 80(3) לאותו חוק ניתן לכפות את בן-הזוג להעיד גם כנגד הנאשם בן-זוגו.

41 והשווה לרברי השופט ש' לויץ בע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד (ה) 4, 85, 117–116. הדברים התייחסו אמנם לסעיף 3 סיפא של פקודת הראיות, אך לענייננו אפשר לומר, כי משום חובתו של העד למסור עדות מטעם התביעה נגד הנאשם האחר, אין לראות בהתנהגותו משום ויתור על זכות החסיון. והשווה בעניין זה לת"פ 949/68 מדינת ישראל נ' ראובן, פסקים ע"א 69, לעניין חסיון עדות עורך-דין, כאשר נתקיימה השיחה בינו לבין הלקוח כתא-המעצר בנוכחותו של שוטר. כן ראה 1569, *supra* note 34, at p. Note.

42 גם כנגד רכוש. ראה ע"פ 103/80 קרני נ' מדינת ישראל, (לא פורסם). אך לא איומים ע"פ 466/62 זכרי נ' מדינת ישראל, פ"ד יז 580, 583.

43 ראה ע"פ 500/77 עומרי (לעיל, הערה 4), 696; וכן ע"פ 396/84 פיאקה נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 533, 540.

44 והשווה לחוק לחיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו–1955 (ס"ח 184, 96), שם המחוקק מפנה בסעיף 1 לתוספת הראשונה של החוק המפרטת מהי "עבירה נגד המוסר" לצורך אותו חוק.

רק עבירה נגד המוסר, הנמנית בסימן ה של פרק י לחוק העונשין, או שמא גם עבירת זנות לפי אחד מן הסעיפים 199 – 208 לאותו חוק<sup>45</sup>? לגבי ניסיון – האם נעשתה ההשמטה במכוון, שהרי לאור לשונה של ההוראה: "...או שהאשמה היא בשל חבלת גוף, מעשה אלימות או עבירת מין" מתעורר הספק, אם ניסיון לבצע חבלת גוף או מעשה אלימות יכלל בהגדרה<sup>46</sup>.

באשר להיקף חלוקתה של הוראת החסיון הנדונה יש להעיר שתי הערות: האחת, נראה, כי החסיון הוא של העד ולא של הנאשם אשר במשפטו הוא נקרא ליתן עדות, ולכן הוא רשאי לוותר על זכותו ולמסור ראייה לחובת הנאשם בן-זוגו, הורהו או ילדו. השנייה, ההוראה תחול רק במשפט פלילי. לעניין זה עולה השאלה הבאה: אם הרעיון העומד מאחורי הוראת החסיון הנדונה הוא החשש לפגיעה בשלום בית ובשלימות התא המשפחתי, מדוע להגביל את החסיון רק למשפט פלילי ולא להחילו בכל הליך משפטי, כאשר נדרש העד למסור בבית-המשפט ראייה המפלילה בתוכנה את הנאשם בן-זוגו, הורהו או ילדו<sup>47</sup>? לאור ההגבלה המפורשת בסעיף 49, אף לא ניתן יהיה להיעזר בסעיף 51 להצעה, המחיל את הוראות פרק ג על מסירת ראיות בפני בית-המשפט, בית-דין או רשות אחרת המוסמכת על-פי דין לגבות ראיות. נתאר לעצמנו, כי נמסרה על-ידי אחד מבני-הזוג הודעה במשטרה, המפלילה בתוכנה את בן-הזוג האחר. אמנם אין בעוכרה זו כדי לפגום בזכות החסיון של בן-הזוג לפי סעיף 49, כאשר נקרא להעיד מטעם התביעה במשפטו של הנאשם בן-זוגו. אין לראות בכך ויתור על זכות החסיון<sup>48</sup>. אולם, אם יהיה ניתן לקבל כראיה את ההודעה שמסר העד במשטרה, לאור סעיף 17(ב) להצעה<sup>49</sup>, מה ערך יש לטענת החסיון בבית-המשפט? לכן נראה לי, כי יש מקום להביא בחשבון סיטואציה אפשרית מעין זו, כאשר באים לנסח את כלל החסיון כאמור. מכאן אעבור לסעיף 48: חסיון לעדות על חיי האישות. וזו לשון ההוראה:

45 לעניין זה יש להפנות את תשומת-לב הוועדה לסעיפים 183 ו-206 לחוק העונשין, הקובעים חריג לכלל הפסלות שבסעיף 3 לפקודת הראיות. מן הראוי לשנות הוראות אלה, או לבטלן, בהתאם לנסיבות.

46 ניתן לטעון שהביטוי "אשמה בשל חבלת גוף, מעשה אלימות" הינו רחב דיו כדי לכלול גם את העבירות הנגזרות מסוג הניסיון, שכן כוונתו של ביטוי זה לקטיגוריה הרחבה על עבירות חבלת הגוף או מעשה האלימות. מן הצד האחר, יתכן לפרש ביטוי זה בצורה מצומצמת, לאמור: שהיסוד העובדתי של חבלת גוף או מעשה אלימות הוא יסוד מיסודותיה של האשמה, והרי בעבירות הניסיון יסוד זה איננו הכרחי. השווה לדעתם של פלר והרנן (לעיל, הערה 1), 96 – 97 ביחס להצעת חוק לחיקוק פקודת העדות (מס' 6) תשכ"ז – 1967.

47 והשווה ל-14 s. 1968 Civil Evidence Act; וכן ראה Cross, *supra* note 7, at p. 384. שהרי החובה להשיב לשאלות החוקר מוטלת מכות הדין. ראה סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) (לעיל, הערה 30).

49 סעיף 17(ב) מכשיר קבילותה של עדות מפי השמועה מכלי ראשון אם נותן האמרה הוא עד במשפט. "עדות מפי השמועה מכלי ראשון" מוגדרת בסעיף 17(א) כ"עדות על אמרה שהעד שמע מפי אדם או שקיבל מידי אדם, שאמרתו נוגעת לנידון והיא מבוססת על מה שאותו אדם קלט בעצמו בחושו ביחס לאותו נידון". הוראה זו יש לקרוא יחד עם סעיף 54 להצעה, שלפיו לא יפסוק בית-המשפט על-סמך אמרה של אדם שלא העיד במהלך המשפט, אלא-אם-כן יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה. והשווה בעניין זה ל-2332 §, *supra* note 1, Wigmore.

48" (א) אדם איננו חייב למסור ראיה על דבר שבינו לבינה והוא מצנעת האישות, זולת אם מצא בית המשפט, כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית הצדק עדיף מן הענין שלא לגלותה.  
(ב) סעיף זה אינו כל במשפט שבין השניים".

החסיון שבסעיף 48 מרגיש את טיב הראיה — "דברים שבינו לבינה והם מצנעת האישות". הרעיון הוא זכותו של אדם לפרטיות ולצנעת חיי האישות. לפיכך, אף אם אין החסיון מוגבל לבני זוג נשואים דווקא<sup>50</sup>, או להליך משפטי מסוים, ממילא יוכל להעלותו במשפט פלילי גם בן-זוגו של הנאשם, כשנקרא להעיד מטעם ההגנה או אף כשנקרא להעיד מטעם התביעה בגין אשמה של חבלת גוף, מעשה אלימות או עבירת מין, כאמור בסופת סעיף 49 להצעה.

סיפת סעיף 48" (א) קובעת סייג לחסיון בדומה לזה הקיים ביחס לעדות רופא או פסיכולוג, על-פי סעיפים 49 ו-50 לפקודת הראיות וסעיפים 45 ו-46 להצעה הנדונה: "זולת אם מצא בית המשפט, כי הצורך לגלות את הראיה, לשם עשיית הצדק עדיף מן הענין שלא לגלותה". אך בהבדל מן ההוראות הנוגעות לעדותם של בעלי מקצוע חסרה כאן ההוראה בדבר דלתיים סגורות, הן לגבי הדיון בטענת החסיון והן לגבי שמיעת הראיה, לאחר שהחליט בית-המשפט כי אינטרס עשיית הצדק מחייב לגלותה<sup>51</sup>.

החסיון אינו חל במשפט שבין השניים: סעיף-קטן (ב) לסעיף 48. לענין זה, אין נפקא מינה אם המשפט הוא בענייני המעמד האישי, או נשואו הוא תביעה אזרחית שעילתה נזיקית או קניינית, ויכול שיהיה גם קובלנה פלילית פרטית. אך האם ייכלל במסגרת חריג זה משפט פלילי שבו מואשמים השניים בכחב-אישום אחד?

"השניים" לענין סעיף-קטן (ב) הם אותם שניים, אשר ביניהם הוחלפו דברים שהם מצנעת חיי האישות. אם נניח שמתנהל משפט בין בעל ואשתו, כגון תביעת מזונות, והראיה שמבקשים להביא מתייחסת לדברים שהוחלפו בין הבעל ובין פילגשו, חל סעיף-קטן (א) והדברים הינם חסויים<sup>52</sup>.

שאלה אחרת היא של מי החסיון ומי רשאי לוותר עליו. הסעיף קובע: "אדם אינו חייב למסור ראיה... וכו'". — משמע העד הוא שרשאי להעלות את טענת החסיון וממילא אף לוותר עליה. אך מאחר שהחסיון, על-פי אותו סעיף, תלוי בטיב הראיה הנוגעת

50 השווה לחסיון הנוהג במשפט האמריקני ביחס לדברים שהוחלפו בין בני-זוג בעת שהיו נשואים ומטבעם הם קונפידנציאליים. McCormick, *supra* note 7, at §2332—2341; Wigmore, *ibid.*, at §2332—2341; McCormick, *supra* note 34, at pp. 1555—1576, 1571—1574. Note, *supra* note 34, at pp. 1555—1576, 1571—1574.

51 והשווה לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד — 1984. סעיף 68(ב) (7) של החוק קובע, כי בית המשפט רשאי לדון בעניין מסוים, כולו או מקצתו, בדלתיים סגורות, אם הדיון הפומבי עלול להרחיע עד מלהעיד עדות חופשית או מלהעיד בכלל.

52 והשווה לענין זה לסעיף 3 של חוק האונת סתר, תשל"ט — 1979 (ס"ח 938, 118), הקובע, כי האונת-סתר לשיחת הזולת והקלטתה הינן אסורות אף שנעשו בהסכמתו של אחד מבעלי-השיחה, אם נעשו למטרת גילוי דברים שבינו לבינה והם מצנעת האישות. חריג לאיסור זה הוא כאשר נעשו ההאזנה לשיחה והקלטתה לצורך הליך משפטי בין בני-הזוג. כן השווה לחסיון האמור כמשפט האמריקני 84, at §2338; McCormick, *supra* note, at §2338; Wigmore, *supra* note 1.

בפרטיותם של השניים, כלום לא נדרשת אף הסכמתו של הצד שכנגד, השותף לחילופי הדברים<sup>53</sup>?

עד כה הנחנו כי הדברים אשר אותם העד מבקש לחסות, הוחלפו בינו לבין אחר. אך הסעיף מנוסח בלשון כללית: "אדם איננו חייב למסור ראייה על דבר שבינו לבינה...וכו.". כלום אין מכאן ללמוד, כי גם שלישי, חבר או יועץ לענייני נישואין איננו חייב למסור ראייה על דברים שנמסרו באמצעותו, או בנוכחותו, בין בני-זוג וכלבד שהם מסוג הדברים שבינו לבינה ותוכנם מתייחס לצנעת האישות<sup>54</sup>? אם אמנם כך יש לקרוא את ההוראה המוצעת, כי אז יש ליתן את הדעת לשתי השאלות הבאות: האחת, של מי החסיון ומי רשאי לוותר עליו — העד שבאמצעותו או בנוכחותו הוחלפו הדברים שבינו לבינה, או בני-הזוג? השנייה, כיצד מתיישבת ההוראה האמורה עם הוראות החסיון של בעלי מקצוע, ובפרט עם אלה המתייחסות לעדות עורך-דין או לעדות כהן דת, ואשר קובעות חסיון מוחלט?

ולבסוף — סעיף 50 לחוק המוצע. סעיף זה קובע הוראה כללית ביחס לראיות חסויות שנתקבלו, וזה לשונו:

"50. נמסרה ראייה שבית המשפט לא היה צריך לקבל או שעד לא היה חייב למסור לפי הוראות פרק זה, אין בכך כדי לפסול את הראייה, ואחת היא אם החסיון היה ידוע ואם לאו ואם טענת החסיון נטענה ואם לאו."

הוראה זו תמוהה בעיני. אם כוונתה לומר שהוראות החסיון אינן משפיעות בשאלת קבילותה או פסלותה של ראייה במשפט, הרי שהדברים ברורים מאליהם מעצם טיבו ומהותו של החסיון, ועל-כן ההוראה מיותרת. טענת החסיון אמנם משמשת מחסום המונע הבאתה של ראייה מסוימת בבית-המשפט, אולם אין היא קובעת כלל של פסלות בדיני הראיות. טעמיה מבוססים על ערכים חברתיים וטובת הכלל. לפיכך, כאשר מלכתחילה לא הועלתה טענת החסיון על-ידי העד או כאשר הועלתה ונדרתה על-ידי בית-המשפט, תוגש הראייה וקבילותה תוכרע על-פי כללי הראיות המקובלים.

אם כוונת ההוראה המוצעת לומר, שהחלטתו של בית-המשפט בדבר דחיית החסיון וחובתו של העד למסור את הראייה היא סופית ואין עליה ערעור, כי אז היה מקום לומר זאת בכירור ובלשון מפורשת. בהצעת החוק שפרסם משרד-המשפטים בשנת 1981<sup>55</sup>

53 השווה בעניין זה לחסיון עורך-דין, רופא ופסיכולוג. בסעיפים 48—50 לפקודת הראיות נאמר במפורש, כי הלקוח, או האדם שהדבר נוגע לו, רשאי לוותר על החסיון. במלים אחרות: החסיון הוא של הלקוח. לשאלה זו במשפט האמריקני ראה Wigmore, *ibid.*, at §2340; McCormick, *ibid.*, at p. 1571. Note, *supra* note 34, at p. 83.

54 במשפט האמריקני לא יחול החסיון האמור כאשר נמסרו הדברים בנוכחותו של שלישי, כשאז נסתרה הדרישה לאמון ולסודיות. ראה McCormick, *ibid.*, at §80; Wigmore, *ibid.*, at §2336; והשווה לחסיון האנגלי ביחס לדברים שהוחלפו בין בעל ואשה באמצעות שלישי במשא-ומתן לפשרה ביניהם, אלא ששם חל החסיון דווקא בהליכים המשפטיים בנוגע לנישואיהם. ראה Cross, *supra* note 7, at p. 409—410.

55 כפי שפורסמה בהפרקליט לד (תשמ"א) 137.

נקבעה הוראה דומה לזו שבסעיף 50 דלעיל (סעיף 49 להצעה מ' 1981) כשלצידה נקבעה הוראה מפורשת (סעיף 48 להצעה מ' 1981), שלפיה החלטת בית-המשפט לדחות טענת חסיון לפי פרק ג, נתונה לערעור כאמור בסעיף 132 ב של חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה – 1965 (כיום סעיף 147 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב)), וזאת גם אם נדחתה בהליך אזרחי. מכאן, שהרעיון המקורי של מנסחי הצעת חוק הראיות היה דווקא ליתן זכות ערעור בשאלת החסיון, אף כי לא נאמר באותה הוראה מי יהיה רשאי לערער על ההחלטה: האם כל אחד מבעלי-הדין או גם העד שחויב למסור את הראיה<sup>56</sup>. מן ההסדר הנוכחי מושמט סעיף הערעור. אך רקע "היסטורי" זה מלמדנו כי אין הכוונה בסעיף 50 המוצע לשנות מסדרי הערעור המקובלים בהליך פלילי או בהליך אזרחי. יחד עם זאת, ייתכן שהיה מקום דווקא לשקול שאלה נכבדה זו, כאשר באים לקבוע הסדר חדש בנושא הראיות החסיון. אם קיבל בית-המשפט את טענת החסיון ועקב כך נמנעה הבאתה של ראיה כלשהי, אין ספק, כי בעל-הדין, אשר ממנו נמנעה האפשרות להביא את הראיה, רשאי לראות עצמו נפגע מן ההחלטה ולערער עליה. אולם, האם זה צריך להיות הכלל גם במקרה ההפוך, כאשר דחה בית-המשפט את טענת החסיון והעד חויב למסור ראיה כלשהי שברשותו? האמנם נאמר, כי בעל הדין, אשר כנגדו הוגשה ראיה רלבנטית, נפגע עקב דחיית החסיון, או שמא כל "נזק" מתמצה בכך שיריבו במשפט הצליח לערער את גרסתו או להציג גרסה שכנגד, כשהנפגע למעשה מן ההחלטה הוא העד שטענתו נדחתה<sup>57</sup>.

לסיכום הדברים נראה, כי מגמת מנסחי חוק הראיות, תשמ"ה – 1985 היא לבטל, או לפחות לצמצם למינימום האפשרי, את רשימת פסולי העדות שבדיני הראיות הישראלים, מצד אחד, ולהרחיב את מסגרת הוראות החסיון המקובלת כיום, מצד שני. בכך תושג, ללא ספק, תוצאה רצויה: ככל שיתמעטו פסולי העדות, כך יורחב היקף חלוקתה של החובה להעיד ככלל משפטי מחייב. גישת מנסחי ההצעה שלא לפטור באופן מוחלט עד כלשהו מן החובה להעיד, אלא רק להעניק לו חסיון מלמסור ראיה מסוימת, אף היא מסמנת נטיה חיובית לקראת הרחבת גבולותיה של החובה להעיד בבית-המשפט, כחובה ציבורית המוטלת על הכול.

אך עדיין נותרה השאלה, אם רשימת החסיונות שההצעה החדשה מפרטת היא אמנם רשימה ממצה, ההולמת את המציאות החברתית ושינויי העתים. בהקשר זה מן הראוי להסב את תשומת-לבה של הוועדה להערות שהושמעו באחרונה בנושא החסיון המוחלט לעדות עורך-דין, מצד אחד, וכדבר הצורך להרחיב את המסגרת הנוכחית של החסיונות המוענקים לבעלי מקצוע, מצד שני, באופן שזו תכלול גם חסיון לעיתונאי או לבעלי מקצועות נוספים, שבהם האימוץ ושמירת הסודיות הם ביסוד היחסים שבין בעל-המקצוע ללקוחו<sup>58</sup>. נראה לי, כי בהזדמנות זו מן הראוי היה אף לבחון מחדש את

56 לביקורת אותה הוראה ראה הרנון (לעיל, הערה 32), 588 – 589 והערה 42, שם.  
 57 Wigmore, *supra* note 1, at §2196; McCormick, *supra* note 7, at §73.1; Cross, *supra* note 7, at p. 379. זאת להבדיל מן המקרה שבו בעל-הדין הוא שטוען לחסיון במסגרת ערונו במשפט.  
 58 ראה ש' נחיהו, "על החפחחיות בסוגיית החסיונות המקצועיים" ספר זוסמן (ירושלים, תשמ"ד) 297; א' הרנון (לעיל, הערה 32), 579 – 580; א' הרנון (לעיל, הערה 7), 123 – 128; י'

הוראות החסיון הפזורות בדברי חקיקה שונים, שמחוץ לפקודת הראיות, ולשקול אפשרות ביטולן או שילובן בפרק הראיות החסויות שבחוק הראיות.

רוטנשטריין, "מקור גילוי או מעיין חתום? — לשאלת מחויבותו של עתונאי לחשוף מקורות מידע" עיוני משפט ח (תשמ"ב) 253, 245; ש' הרשקוביץ, "חסיון עתונאי מגילוי מקורות מידע" מחקרי משפט א (תש"ם) 264, 251 — 265. להתפתחות שחלה בדין האנגלי ביחס לעדות עיתונאי ראה Cross, *ibid.*, at p. 407; כן ראה Contempt of court Act, 1981 s. 10.