

עדויות מומחים לאחר תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשס"ה–2005: היבטים דיוניים ומהותיים

אורי גורן * ועופר דרורי **

א. פתח דבר; ב. חוות-דעת מומחה בעניין שאינו רפואי; 1. תקנה 129(א); 2. תקנה 129(ב); 3. הסדרים משלימים טכניים: תקנות 129(ד) ו-129(ה); 4. הסדרים משלימים מהותיים: תקנה 129(ג); ג. חוות-דעת מומחה בהליכי ביניים; ד. מומחה מטעם בית-המשפט; 1. מבוא; 2. האינטרסים הרלוונטיים; 3. ה"פנתולוגיה" של ההסדר הישן; 4. שיקולים לקראת ההסדר החדש; 5. ההסדר החדש ומאפייניו – אנטומיה של איזון בין אינטרסים; ה. אחרת דבר

א. פתח דבר

ביום 31.5.05 תוקנו תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), משפורסמו ברשומות תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשס"ה–2005 (להלן: תיקון מס' 3; או התיקון)¹. תיקון מס' 3 חולל שינוי עקרוני בסדרי-הדין הנוגעים לעדויות מומחים – עניין המעסיק את בתי-המשפט בדרגה ראשונה כדבר שבשגרה². התיקון עוסק בהגשת חוות-דעת מומחים מטעם הצדדים

* נשיא בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, ויו"ר הוועדה המייעצת לשר המשפטים לענייני סדר הדין האזרחי.

** עורך-דין, עוזר משפטי לנשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו.

1 ק"ת 6388, עמ' 658. דברי הסבר לתיקון, פרי עבודתה של הוועדה המייעצת לשר המשפטים לענייני סדר הדין האזרחי, פורסמו באתר האינטרנט של משרד המשפטים, בכתובת הבאה: (<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/YeutzVehakika/NosimMishpatim/TakanotAzrahi.htm>) (להלן: דברי ההסבר).

2 מלבד סוגיית המומחים, עוסק התיקון גם בתקנה 205 לתקנות סדר הדין האזרחי, שעניינה בבקשת רשות להתגונן בהליך של סדר דין מקוצר. בהקשר זה התיקון מסמיק את בית-המשפט

בעניין שאינו רפואי, בהגשת חוות-דעתו של מומחה שמונה מטעם בית-המשפט (בין בעניין רפואי ובין בעניין שאינו רפואי) ובשמיעת המומחים. התיקון קובע בהקשר זה את מועדי ההגשה של חוות-הדעת, את דרכי הגשתן ואת האופן בו ייחקרו המומחים מקום שבו מונה גם מומחה מטעם בית-המשפט. כמו כן נכללה בו הוראה שעניינה בחובת מתן הודעה על רצון לחקור מומחה שהגיש חוות-דעת. עניינים אלה מצויים, כאמור, בלב העשייה השיפוטית, ומכאן חשיבותו של העיין בתיקונים שנעשו בהקשרם ובשאלות הדיוניות השונות הכרוכות בהם. אלא שהעניין שמעורר תיקון מס' 3 בכל הקשור בסוגיית המומחים חורג מן ההקשר הדיוני גרידא. הוא נערץ בטעם נוסף, הקשור בשאלת היחס שבין הוראות התיקון לבין פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות)³ וכן בהיבטים החוקתיים של התיקון העלולים לעורר השגות⁴. על חלקן של השגות אלה ועל עיקר השאלות הדיוניות והמהותיות שמעורר תיקון מס' 3, נבקש להשיב במסגרת רשימה זו, המוקדשת לזכרו של השופט ד"ר עדי אזור ז"ל.

במהלך כהונתו כרשם בית-המשפט המחוזי, וקודם-לכן כשופט בית-משפט השלום, עסק השופט אזור במשך שנים רבות בסוגיות הנוגעות לעדויות מומחים. נושא זה אף מקיים זיקה ממשית לכתיבתו האקדמית של השופט אזור בתחום הדין האזרחי ובפרט בתחום דיני הניזקין, שבו יש לנושא המומחים חשיבות

או הרשם לקבל את הבקשה, או לדחותה בתנאים מסוימים, אף בלא לקיים בה דיון וממילא גם בלא חקירת המצהיר. חלק זה של התיקון חורג ממסגרתה של רשימה זו, ועל-כן לא נעסוק בו.

3 המתח העיקרי נוצר בנקודה זו סביב הוראת סעיף 26(א) לפקודת הראיות, שלפיה על בית-המשפט להתיר חקירתו של מומחה אם ביקש זאת בעל-דין.

4 הזיקה האפשרית בין נורמות דיוניות לבין המשפט החוקתי היא כיום סוד גלוי. הזכות הדיונית — חרף דימויה המסורתי כזכות פורמלית ומשנית — מסדירה את האופן בו תתבררנה ותמוסנה זכויות מהותיות הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי. בשל תפקידה זה, היא מהווה למעשה מכשיר להגשמתן של זכויות היסוד, ועליה ליתן ביטוי למשפט החוקתי (השור: בג"ץ 3914/92 לב ג' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 502 (1994)). זה האחרון מכיר במעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות, בפרט לאחר קבלתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו למשל: ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433 (2003); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (התשנ"ח)). אכן, שלילתה של הזכות הדיונית לפנות לבית-המשפט כמוה כשלילה בפועל של הזכות המהותית (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 363 (התשנ"ד)). הוא הדין לעניין הגבלתה של הזכות הדיונית, להבדיל משלילתה המוחלטת. על רקע זה, ניתן להשקיף על שאלת הזכות הדיונית במשקפיים חוקתיות (ראו למשל: דודי שוורץ סדר דין אזרחי — חידושים, תהליכים ומגמות 36-38, 101-131 (התשס"ז); שלמה לוי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451 (התשנ"ו); שלמה לוי תורת הפרוצדורה האזרחית — מבוא ועקרונות יסוד 21-44 (התשנ"ט); דורון מנשה "סדר-דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית", עיוני משפט כב 205 (התשנ"ט); וכן: רע"א 8420/96 מרגליות נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות, פ"ד נא(3) 789 (1997)).

ממעלה ראשונה. אכן, תחום דיני הניזקין מהווה חלק עיקרי מכלל התיקים שבהם נזקקים בתי המשפט לחוות-דעת של מומחים, בין שמדובר בנזקים רפואיים ובין שמדובר בנזקים שאינם רפואיים. תביעות מעין אלו (זולת תביעות בגין נזקי גוף שנגרמו בעקבות תאונת דרכים⁵), וכן תובענות אחרות שבהן נזקקים הצדדים או בית המשפט לחוות-דעת מומחה, נשלטות כיום על-ידי הוראות התיקון בעניין המומחים. נפנה אפוא לאותם סעיפים בתיקון הנוגעים לעניין זה.

ב. חוות-דעת מומחה בעניין שאינו רפואי

תיקון מס' 3 ערך רוויזיה בסוגיית חוות-דעת מומחים בראש ובראשונה בשאלת המועדים הנוגעים להגשת חוות-דעת בעניין שאינו רפואי. תקנה 129 לתקנות סדר-הדין האזרחי, במתכונתה הקודמת, קבעה כי בעל-דין החפץ להביא עדות בעניין שבמומחיות, שאינו עניין שברפואה, לכיסוס טענה מטענותיו, יגיש לבית המשפט חוות-דעת של המומחה לאותו עניין. מועדי ההגשה ואופן ההגשה של חוות-דעת בעניין שאינו רפואי לא נקבעו בתקנות סדר-הדין האזרחי, אלא היו מצויים בתקנות סדרי הדין (עדות מומחים), התשט"ו-1954 (להלן: תקנות המומחים)⁶. אלו קבעו, כי חוות-דעת מומחה תוגש לבית-המשפט ותימסר לבעל-הדין היריבים לא יאוחר מעשרים ימים לפני היום שנקבע לשמיעת הראיות (תקנה 2), וכי חוות-דעת נוגדת תוגש מטעם בעל-הדין היריב בתוך עשרה ימים מהיום בו נמסרה לו חוות-הדעת הראשונה (תקנה 3). לוח-זמנים זה שנקבע בתקנות המומחים זכה לביקורת נוקבת

5 הוראותיו של תיקון מס' 3 בעניין המומחים – בדומה להוראות בעניין זה שקדמו לו בתקנות סדר הדין האזרחי ובתקנות סדרי הדין (עדות מומחים), התשט"ו-1954 – אינן חלות על תובענה בגין נזקי גוף המוגשת על-פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן: חוק הפיצויים). זאת, מן הטעם שחוק הפיצויים קובע הסדר ממצה, שונה ונפרד בסוגיית המומחים (ראו: סעיף 6 לחוק הפיצויים; וכן: תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים), התשמ"ז-1986). לעומת זאת, על חוות-דעת מומחה בעניינים רפואיים כתובענות שאינן מוגשות על-פי חוק הפיצויים, חלות תקנות 127 ו-128 לתקנות סדר הדין האזרחי, מהן לא שינה התיקון מאומה. השפעת התיקון על סדרי-הדין בכל הקשור בחוות-דעת כאמור מתבטאת בתקנה 130 החדשה, הדנה במומחה שמונה מטעם בית-המשפט, וכן בתקנה 130א שהוספה לתקנות סדר הדין האזרחי מכוח התיקון, המחייבת בעל-דין המעוניין לחקור מומחה שהגיש חוות-דעת, להודיע על-כך לבית-המשפט ולשאר הצדדים שלושים ימים לפחות לפני המועד שנקבע לשמיעת ראיות או שבעה ימים מקבלת חוות-הדעת, לפי המאוחר.

6 אב, לעומת זאת, מטרתה של חוות-הדעת היא הוכחת עניין שברפואה, נדרש בעל-הדין המבקש להסתמך עליה לצרפה לכתב טענותיו, כמצוות תקנה 127, ממנה לא שינה תיקון מס' 3. טעם הדבר נעוץ בהנחה כי כתובענה שעניינה נזקים רפואיים חוות-דעתו של המומחה הרפואי משמשת כסיס לעילת התביעה, ומכאן שעליה להיות מצרפת לכתב-התביעה במועד הגשתו. עם זאת, על-פי תקנה 127, רשאי בית המשפט או הרשם לפטור בעל דין מצירוף חוות-הדעת לכתב הטענות מטעמים מיוחדים שיירשמו. על חוות-דעת בעניין שברפואה, שהוגשה לפי תקנה 127, חלה גם תקנה 128, העוסקת בבדיקה רפואית והגשת חוות-דעת מטעם בעל דין אחר. גם בתקנה זו לא עוסק תיקון מס' 3.

מצד בית המשפט העליון, אשר ציין כי הוא "בבחינת גזירה שאין לעמוד בה", ועל-כן "רק טבעי הוא שבית-המשפט, על-פי סמכותו, קובע סדר שונה בהתוותו את מהלך המשפט במסגרת קדם-המשפט"⁷. תיקן מס' 3 ביקש ליתן מענה לבעייתיות הזו, תוך התאמת הנורמה הדיונית לנורמה הפרקטית הנוהגת על-פי ההלכה הפסוקה. עם זאת, מאחר והשדה הנורמטיבי הטבעי יותר לקביעת מועדי ודרכי הגשתן של חוות-דעת מומחים הינו בתקנות סדר הדין האזרחי ולא בתקנות חיצוניות, נקט התיקן בדרך של קביעת ההסדרים החדשים בתקנה 129 לתקנות סדר הדין האזרחי עצמה, תוך ביטול ההוראות הרלוונטיות שבתקנות המומחים⁸.

1. תקנה 129(א)

נקודת המוצא של התיקון בהקשר זה הינה, כי חוות-דעת מומחה בעניין שאינו רפואי יש להגיש לא יאוחר מהמועד שנקבע להגשת תצהירי העדות הראשית. טעם הדבר הוא בכך, שבדומה לתצהיר עדות ראשית, גם חוות-דעת מומחה הינה ראיה המוגשת על דרך של עדות בכתב ומשמשת תחליף לחקירה ראשית⁹. לשיקול זה, המעוגן באופיים הראייתי הדומה של שני המסמכים, מצטרף שיקול נוסף שעניינו יעילות הדין. הגשת ראיות "בתשלומים" – תחילה תצהירי עדות ראשית, ורק לאחר מכן חוות-דעת מומחים – מסרבלת את הדין שלא לצורך. לעומת זאת, הגשת הראיות יחדיו "בהינף אחד", ככל האפשר, מחדדת בשלב מוקדם יותר את הפלוגתאות שבין הצדדים, וממילא גם מיעלת את בירור הסכסוך שנתגלע ביניהם. עם זאת, כלל בלא שסתום לחריג הוא כלל נוקשה, אשר אינו עולה בקנה אחד עם הגמישות המתבקשת בכל הקשור בשיקול-הדעת השיפוטי בדבר אופן ניהולו של ההליך. לפיכך, הטכניקה החקיקתית שבה נוקטת תקנה 129 החדשה מבוססת על כללים, שבצידם "סמכות שסתום". כך, תקנה 129(א) רישה קובעת כי בעל דין המבקש להביא עדות בעניין שבמומחיות שאינו עניין שברפואה לביסוס טענה מטענותיו, יגיש את חוות-הדעת לא יאוחר מהמועד שנקבע להגשת תצהירי עדות ראשית, "וזולת אם קבע בית המשפט או הרשם אחרת"¹⁰. התיקון אף צופה מצבים

7 השופט שטרסברג-כהן ברע"א 7431/96 יפת השמש חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' רחמים אלוני, פ"ד נא(2) 574, 576 (1997) (להלן: פרשת יפת השמש).

8 סעיף 3 לתיקון, לעיל ה"ש 1, ביטל את תקנות 2 עד 5 לתקנות המומחים. יתר הוראותיהן של תקנות המומחים, העוסקות, בין השאר, גם בחוות-דעת במשפטים פליליים, הושארו בתוקפן.

9 לא בכדי נכללות בפקודת הראיות ההוראות בעניין תצהירים ובעניין חוות-דעת מומחה תחת קורת-גג משותפת, היא פרק ב לפקודת הראיות, שכותרתו "עדות שבכתב" (סימנים א' ו-ג').

10 סמכות השסתום הנ"ל – "וזולת אם קבע בית המשפט או הרשם אחרת" – מופיעה בתקנה 129 במספר הקשרים (עליהם נעמוד בהמשך), והיא מחליפה את הוראת תקנה 4 לתקנות המומחים, שבוטלה במסגרת התיקון, ולפיה "רשאי בית המשפט להרשות סטיה מהוראות התקנות 2 ו-3, אם הוא סבור שהדבר יועיל לעשיית משפט צדק". בשונה מהוראת תקנה 4 לתקנות המומחים, על-פי ההסדר החדש סמכות השסתום הנ"ל מצויה גם בידי של רשם; אך ראו הטקסט הצמוד להלן לה"ש 25–26.

שבהם הצורך בהגשת חוות־דעת מומחה עולה טרם שניתנו הוראות בעניין הגשת עדויות בדרך של תצהירי עדות ראשית, כגון בשלבים מוקדמים של קדם־המשפט, או במצבים שבהם מבכר בית־המשפט לשמוע את העדויות בדרך המסורתית, קרי בדרך של חקירה ראשית, ועל־כן לא צפוי כלל להיקבע מועד להגשת תצהירים. במצבים מעין אלו קובעת התקנה החדשה, כי בעל־דין החפץ בהגשת חוות־דעת מומחה כאמור יגישה לא יאוחר מתשעים ימים לפני ישיבת ההוכחות הראשונה, זולת אם קבע בית המשפט או הרשם אחרת¹¹. סמכותם זו של בית־המשפט או הרשם "לקבוע אחרת", המופיעה בשתי החלופות הנ"ל, מאפשרת לגורמים השיפוטיים המופקדים על בירור ההליך לחייב את בעל־הדין להגיש חוות־דעת מומחה אף קודם למועדים שנקבעו בהסדר החדש כביריות מחדל. סמכות זו להורות על הקדמת הגשתה של חוות־הדעת נועדה ליעל את הדיון. היא מאפשרת לבית־המשפט לקבל, זמן רב טרם שלב ההוכחות, תמונה מדויקת יותר הן של גזרות המחלוקת בין בעלי הדין והן של פערי העמדות ביניהם. נוסף על כך, היא מאפשרת לצדדים עצמם לצמצם את גדרי המחלוקת ביניהם, ולמצער להגדירם, בשלב מוקדם יותר. כפועל יוצא מכך, היא משפרת גם את כושרו של בית־המשפט לסייע לצדדים בגיבוש פתרון לסכסוך על־דרך הפשרה, במקרים המתאימים לכך, או להתוות את המשך בירור המשפט בדרך יעילה יותר, במקרים האחרים.

2. תקנה 129(ב)

תקנה 129(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, שעל הסדריה עמדנו לעיל, עוסקת במקרים שבהם בעל־הדין מגיש חוות־דעת מומחה מיוזמתו שלו. מה הדין מקום שבו נמנע בתחילה בעל־דין מהגשת חוות־דעת מטעמו בעניין מסוים, אולם לאחר שקיבל לידיו חוות־דעת באותו עניין מטעם בעל־הדין היריב, הוא מבקש להגיב עליה באמצעות הגשת חוות־דעת נגדית? המענה לסיטואציה מעין זו מצוי במסגרת תקנה 129(ב). על־פיה, אם רצה בעל־דין שנמסרה לו חוות־דעת כאמור בתקנת־משנה (א) להגיש חוות־דעת נגדית מטעמו באותו עניין, אף עליו להגישה לא יאוחר מהמועד שנקבע להגשת תצהירי עדות ראשית, אולם גם כאן נקבעה "סמכות שסתום" המאפשרת לבית־המשפט או לרשם לקבוע אחרת¹². סמכות שסתום זו מקדמת מצבים שבהם חוות־הדעת שעליה מבקש לחלוק בעל־הדין, הוגשה על־ידי בעל־הדין שכנגד במועד אשר לא אפשר לבעל־הדין להגיב עליה

11 תקנה 129(א) סיפא לתקנות סדר הדין האזרחי. כפי שנראה להלן, פרק־הזמן של תשעים ימים מאפשר לבעל־הדין שכנגד, אם הוא חפץ בכך, להיערך זמן מספיק לפני מועד שמיעת הראיות לצורך הגשת חוות־דעת נגדית של מומחה מטעמו. בהתאם לתקנה 129(ב), אם לא ניתנו הוראות בדבר הגשת תצהירי עדות ראשית, חוות־הדעת הנגדית תוגש לא יאוחר משלושים ימים לפני המועד שנקבע לשמיעת הראיות. זאת, על־מנת שיהא סיפק בידי בעל הדין שהגיש את חוות־הדעת הראשונה להתכונן כרבעי לחקירת המומחה שהגיש את חוות־הדעת הנגדית באותו עניין.

12 תקנה 129(ב) רישא לתקנות סדר הדין האזרחי.

בזמן. זה עשוי להיות המצב, למשל, כאשר מכוח תקנה 143(5) לתקנות סדר הדין האזרחי נקבע מועד אחד להגשת תצהירי עדות ראשית על-ידי כלל הצדדים בתיק — תובע ונתבע כאחד¹³ — והעניין שבגיננו הוגשה חוות-הדעת הראשונה לא היה קודם לכן מוקד עצמאי למחלוקת בין בעלי-הדין¹⁴.

שונים הם פני הדברים כאשר העניין שבגיננו הוגשה חוות-הדעת הראשונה היווה חלק מחזית המחלוקת בין הצדדים, כפי שזו עולה מכתבי-בי-הדין¹⁵. במקרה כזה, מתעוררת השאלה כלום בעל-הדין שנמנע מלזוּם הגשת חוות-הדעת באותו עניין בהתאם לתקנת-משנה (א), יהא רשאי להגיש את חוות-הדעת, כ"מקצה שיפורים", באמצעות ההסדר שנקבע בתקנת-משנה (ב)? פשיטא, שאם בעל-הדין שבו מדובר הוא הנתבע, ונקבעו מועדים מדורגים להגשת תצהירי עדות ראשית מטעם התובע ומטעם הנתבע, יוכל הנתבע להגיש את חוות-הדעת הנגדית במועד שנקבע לכך ללא כל קושי, ובלא צורך להיזקק לסמכות השסתום הנ"ל. אולם מה הדין מקום שבעל-הדין שנמנע בתחילה מהגשת חוות-הדעת הנו התובע דווקא? במצב עניינים

13 זאת בניגוד להמלצה הכללית, שלפיה, חרף הסמכות הקיימת בידי שופט בקדם-משפט על-פי תקנה 143(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, מן ראוי שבית-המשפט יימנע מלקבוע מועד הגשה אחד, אלא יקבע, כי התצהירים מטעם הנתבע יימסרו לאחר הגשתם של התצהירים של עדי התובע, דהיינו באופן מדורג. ראו: רע"א 3312/04 אשורנס גנרל דה פרנס נ' הכונס הרשמי בתפקידו כמפקח בנק צפון אמריקה בע"מ (טרם פורסם, 26.10.05), פסקה 9 לפסק דינו של השופט גרוניס (להלן: פרשת אשורנס גנרל); והשוו: רע"א 6283/93 ד. דני חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מח(1) 639, 643 (1994).

14 טלו מקרה שבו מתוּרן מקרקעין מגיש תביעה להשלים דמי תיווך כנגד הצדדים לעסקת המכר בטענה כי אלו נקבו בהסכם המכר בתמורה הנמוכה מזו שהועברה ביניהם בפועל, וזאת על-מנת להקטין את עלות דמי התיווך שבהם ישאו (הנקבעים כאחוז משווי המכירה). על התובע ימנע, אין מוטלת כל חובה שבדין להגיש חוות-דעת שמאית המעידה על שווי השוק של הנכס, וייתכן שנקודה זו אינה נתפסת על-ידי הצדדים כשנויה במחלוקת. עם זאת, ברי שבהעדר חוות-דעת שכזו מטעם התובע (ובהנחה שאין ברשותו עדים לצורך נקודה זו) יקשה עליו לבסס את עילת התביעה. אם חרג בית-המשפט מההמלצה הכללית שניתנה בפרשת אשורנס גנרל, שם, וקבע מועד אחד משותף להגשת תצהירי עדות ראשית וחוות-דעת מומחה מטעם כלל הצדדים בתיק, רשאים הנתבעים להמתין ולראות אם ישכיל התובע להגיש חוות-דעת שמאית, אם לאו. היה ולא חצורף חוות-דעת כאמור — יוכלו הנתבעים לטעון כי עילת התביעה לא הוכחה; לעומת זאת, אם אכן יגיש התובע יחד עם תצהירי העדות הראשית מטעמו גם חוות-דעת שמאית, אין כל הצדקה לשלול מהנתבעים את האפשרות להגיש עתה חוות-דעת נגדית של שמאי מטעמים, שלפיה התמורה הנקובה בהסכם המכר הנה סבירה ביחס לשווי השוק של הנכס, וזאת חרף העובדה שמועד הגשת חוות-הדעת חלף. המקור המשפטי לכך מצוי, כאמור, בסמכות-השסתום שבתקנה 129(ב) רישא ("אלא אם כן קבע בית המשפט או הרשם אחרת").

15 דוגמא לכך היא מקרה שבו מוגשת תביעה לתגמולי ביטוח בגין נזקי רכוש, על רקע סירובה של חברת הביטוח לשלם לתובע את נזקיו, בטענה כי על-פי חוות-הדעת מומחה לעניין — שהוצגה לתובע ערב הגשת התביעה — התובע הצית את רכושו בזדון. במקרה כזה, נראה כי על התובע להגיש חוות-הדעת מטעמו באותו עניין במועד שנקבע להגשת תצהירי עדות ראשית, כעולה מתקנה 129(א). זאת, גם אם נקבע לעניין זה מועד אחד המשותף לכלל הצדדים במשפט, ומבלי להמתין קודם לכן להגשתה של חוות-הדעת מטעם חברת הביטוח.

זה ההנחה היא שמועד הגשת חוות-הדעת מטעמו חלף כבר בעת שקיבל לידי את חוות-הדעת הראשונה – וזאת, בין שנקבע מועד אחד משותף להגשת התצהירים, ובין שנקבעו מועדים מדורגים. הוא הדין מקום שמדובר בנתבע, ונקבע מועד אחד משותף להגשת התצהירים¹⁶. האם תותר הגשת חוות-הדעת באיחור, מכוח "סמכות השסתום" שבתקנה 129(ב) רישא? השיקולים בעניין זה מושכים לכיוונים נוגדים: מחד גיסא, כאשר העניין שבגיניו הוגשה חוות-הדעת הראשונה היווה חלק מובהק מחזית המחלוקת בין הצדדים, הימנעות מהגשת חוות-הדעת באותו עניין על-ידי בעל-הדין עולה כרי מחדל מטעמו, והתרת הגשתה באיחור תסרבל את ההליך ותאריכו. שיקול זה פועל כמובן כנגד קבלת חוות-הדעת. מאידך גיסא, מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות¹⁷ (ככל שמדובר בתובע), האינטרס שלא לפגוע בזכות להליך הוגן¹⁸ (ככל שמדובר בנתבע) ותכליתם של סדרי-הדין לאפשר לבית-המשפט לרדת לחקר האמת ולא למנוע את בירוה באמתלות פרוצדוראליות – כל אלו הם שיקולים התומכים בקבלת חוות-הדעת, אף אם בעל-הדין המבקש להגישה איחר את המועד לכך. מהו, אפוא, הפתרון הראוי? נראה, כי הפתרון המתבקש ימצא באיזון בין האינטרסים השונים, תוך מתן משקל רב יותר לשיקולים החוקתיים שצוינו לעיל (אשר למעשה "צרובים" כבר בהסדר החדש בעצם קיומה של סמכות השסתום), בד-בבד עם פסיקת "פיצוי" מסוים בדמות הוצאות לטובת הצד שכנגד בגין העיכוב שנגרם לו¹⁹. במילים אחרות, ככלל (וכל עוד לא הסתיים

16 למשל, נתבע בתביעה כספית להחזרת כספי הלוואה, המעלה בכתב הגנתו טענה לפיה החתימה על-גבי הסכם הלוואה הנחזית כחתימתו היא מזויפת, אך נמנע מלהגיש ביומתו חוות-הדעת גרפולוג, וחפץ להגישה רק לאחר שהתובע, מצידו, צירף חוות-דעת באותו עניין, לפיה החתימה היא אותנטית. זאת, הגם שהנטל להוכחת טענת זיוף מוטל מלכתחילה על הטוען אותה. במקרה שנדון לאחרונה תמכו דווקא הנתבעים את טענת הזיוף בחוות-הדעת גרפולוג שהוגשה ביחד עם תצהירי העדות הראשית מטעמם. כשיבת קדם משפט שהתקיימה לפני תחילת שלב ההוכחות ביקשה התובעת להגיש חוות-דעת נגדית של גרפולוג מטעמה, הגם ששלב הגשת התצהירים כבר הסתיים. בית-משפט השלום דחה את בקשתה, אולם בבית-המשפט המחוזי נקבע, כי שלילת הזכות להגיש חוות-דעת נגדית מהווה פגיעה מהותית בבעל-הדין, ואין לה הצדקה כאשר שמיעת הראיות טרם החלה ועילת התביעה, כשלעצמה, אינה מבוססת על חוות-הדעת. ראו: בר"ע (מחוזי חי") 681/06 אחים רויכמן שומרון תשתיות 1993 בע"מ ג' מפעל בטון המשולש בע"מ (טרם פורסם, 12.11.06) השופט י' עמית.

17 לעניין השיקול בדבר זכות הגישה לערכאות ראו: לעיל ה"ש 4.

18 להיבטים שונים של שיקול זה ראו: להלן ה"ש 42.

19 ראו: רע"א 1794/91 סהר חברה לביטוח בע"מ ג' עבראל כרים עומרי, תק-על (3)91 2571 (1991), אם כי שם נפסקו ההוצאות לטובת אוצר המדינה, מכוח תקנה 514 לתקנות סדר הדין האזרחי; והשוו: רע"א 6265/04 כסיף ג' רובין, פ"ד נט(3) 913 (2004), שם נקבע, לעניין כתב הגנה שהוגש באיחור, כי בית-המשפט מחוייב לבחון אם קיימים אמצעים תלופיים שירפאו את הנזק שנגרם על-ידי הפגם הדיוני, אשר פגיעתם בזכות הגישה לערכאות ובחשיבות שבניהול ההליך המשפטי במעמד שני הצדדים לא תעלה על הנדרש. על רקע זה נקבע, כי אין להתעלם מכתב ההגנה שהוגש באיחור (ובלברד שלא הוגש לאחר מועד הדיון בבקשה לקבלת פסק-דין בהיעדר הגנה), וכי תרופתו של התובע תהא בחיוב הנתבע בהוצאות. תוצאה זו תשקף את הנזק שנגרם על-ידי הצד המפר, אך בהיבט תאפשר לו להמשיך ולנהל את

כמובן שלב שמיעת הראיות) ראוי שמחדלו של בעל-הדין לא יימנע ממנו להגיש את חוות-הדעת באיחור, אולם השימוש בסמכות השסתום של בית-המשפט או הרשם ייעשה במקרה זה תוך חיובו של אותו בעל-דין בהוצאות.²⁰

בדומה להסדר העוסק בהגשת חוות-הדעת הראשונה על-פי תקנה 129(א), גם כאשר לחוות-הדעת הנגדית, המוגשת על-פי תקנה 129(ב), קובע התיקון חלופה המתייחסת למקרה שבו לא ניתנו הוראות בעניין מועדי הגשת הצהירי עדות ראשית אך נקבע מועד לשמיעת ראיות. במקרה כזה על בעל-הדין להגיש את חוות-הדעת הנגדית לא יאוחר משלושים ימים לפני ישיבת ההוכחות הראשונה, זולת אם קבע בית המשפט או הרשם אחרת.²¹ פרק-הזמן הנ"ל מאפשר לבעל-הדין היריב להתכונן כדבעי לחקירת המומחה, וזאת בניגוד להסדר הקודם שנקבע בתקנות המומחים, אשר קצב לצורך זה פרק-זמן של עשרה ימים בלבד.

ודוק: כפי שצוין בדברי ההסבר לתיקון²², ההסדר החדש שבתקנה 129 לתקנות סדר-הדין האזרחי נמנע במפורש מלנקוט בשמות-התואר "תובע" או "נתבע", והוא עושה שימוש מכון במונח הכללי יותר "בעל-דין". בנקודה זו שומר ההסדר החדש על ניסוחה הקודם של תקנה 129. ניסוח זה מתאים למקרים שכיחים שבהם מגיש חוות-הדעת הראשונה הוא דווקא הנתבע, ואלמלא עשה כן לא היה צריך התובע להגיש חוות-דעת נגדית מטעמו. ההסדר מאפשר איפוא גם לתובע להגיש חוות-דעת נגדית במקרה שהנתבע היה הראשון שהגיש חוות-דעת באותו עניין. עם זאת, תנאי לכך (העולה מלשונה של תקנה 129(ב) רישא) הוא, כאמור, שמדובר בחוות-דעת באותו עניין. על-כן, מקום שבו חפץ בעל-דין להגיש חוות-דעת בעניין אחר מזה שבגיננו הוגשה חוות-הדעת של היריב, לא יוכל הוא לעשות כן במסגרת לוח הזמנים ה"נוח" יותר שמתווה תקנת-משנה (ב) סיפא לתקנה 129 החדשה, אלא יהא עליו לעמוד בלוח הזמנים ה"מחמיר" יותר שנקבע בתקנת-משנה (א) סיפא

ההליך ולמצות את יומו בבית-המשפט. ראו גם: רע"א 1958/00 נרב נ' סלון מרכזי למכונות מכיסה וטלוויזיה בבית אל על, פ"ד נה(5) 43, 47-48 (2001); וכן רע"א 8743/01 אריעד מבנים בע"מ נ' אבי את אריק הנדסת חשמל בע"מ, פ"ד נו(4) 61, 65 (2002).

20 עם זאת, נשאלת השאלה מה היחס בין סמכות השסתום בתקנה 129 החדשה, אשר אינה מותנית בקיום "טעמים מיוחדים שיירשמו", לבין תקנה 137(ג), הקובעת: "בעל דין שלא עשה כאמור בתקנה 129, לא ישמע בית המשפט עדות של מומחה מטעם בעל הדין, אלא אם כן ראה לנכון לעשות כן מטעמים מיוחדים שיירשמו". נראה לנו, כי במקרה כזה ידה של תקנה 129 החדשה תהא על העליונה, וזאת לנוכח כללי הפרשנות שלפיהם הוראה מאוחרת וספציפית גוברת על הוראה מוקדמת וכללית. על-פי פרשנות זו, הדרישה בדבר "טעמים מיוחדים שיירשמו", שבה מְתָה תקנה 137(ג) סטייה מהוראות תקנה 129, תישמר לאותם מקרים שבהם הופעלה סמכות השסתום של תקנה 129, אולם בעל-הדין לא פעל בתוך המועד החדש שנקצב לו מכתחה.

21 תקנה 129(ב) סיפא לתקנות סדר הדין האזרחי. גם כאן, בדומה לתקנה 129(א) סיפא, מאפשרת הסיומת "זולת אם קבע בית המשפט או הרשם אחרת" להורות על הגשת חוות-דעת מומחה אף אם טרם נקבע מועד לשמיעת הראיות.

22 ראו לעיל ה"ש 1.

לתקנה 129. במילים אחרות, היא עליו להגיש את חוות-הדעת לא יאוחר מתשעים יום טרם המועד שנקבע לשמיעת הראיות.

3. הסדרים משלימים טכניים: תקנות 129(ד) ו-129(ה)

בעוד שתקנות-המשנה (א) ו-(ב) לתקנה 129 קובעות את לוחות-הזמנים לצורך הגשת חוות-הדעת מומחה בעניין שאינו רפואי, שאר תקנות-המשנה לתקנה 129 קובעות הסדרים "משלימים" לעניין חוות-הדעת, שהם בחלקם טכניים, ובחלקם האחר מהותיים. בין ההסדרים ה"טכניים" ניתן למנות את תקנות-משנה (ד) ו-(ה). תקנת-משנה (ד) מבקשת למנוע ניסיון מצד בעל-דין להפתיע את בעל-הדין היריב או להכביד עליו. היא קובעת כי הגשתה של חוות-הדעת בהתאם להסדר הקבוע בתקנות-משנה (א) ו-(ב) מחייבת את בעל-הדין המגיש להמציא עותקים מחוות-הדעת לכל יתר בעלי הדין, וזאת במועד שבו הוא מגיש את חוות-הדעת לבית-המשפט. התפישה העומדת ביסוד הוראה זו רואה את בעל-הדין שכנגד נמנען של חוות-הדעת לא פחות מאשר בית-המשפט. במקרים רבים הגשתה של חוות-הדעת מומחה בידי אחד מבעלי-הדין מחייבת את בעל-הדין שכנגד להגיב לחוות-הדעת כחוות-הדעת נגדית, ולמצער להיערך לחקירתו של המומחה בשלב ההוכחות. על-כן, ולנוכח לוחות-הזמנים שמכתיבות תקנות משנה (א) ו-(ב), מן הראוי שחוות-הדעת תומצא לבית-המשפט ולבעלי-הדין שכנגד בעת ובעונה אחת. תקנת-משנה (ד) אמנם אינה קובעת סנקציה במקרה של הפרתה, אולם בשתיקתה אין לראות משום הסדר שלילי. סדרי הדין האזרחי בשיטה האדוורסרית בנויים על משיכת חבל הדדית בין בעלי-הדין בתנאים של שוויון ושקיפות, ולא בתנאים של תחבולות וחשכה העומדים בניגוד לעיקרון תום הלב²³. הדעת נותנת, אם כן, שבמקרים הראויים תיפסקנה הוצאות הולמות כנגד בעל-הדין שהשהה את המצאת חוות-הדעת ליריבו מתוך מטרה להכביד עליו או למנוע ממנו את האפשרות להיערך כיאות לקראת הגשת חוות-הדעת נגדית או לקראת חקירתו של המומחה במהלך שמיעת הראיות. יש להניח, כמובן, כי במקרה שבו היה בהתנהלותו הפגומה של בעל-דין כדי להכשיל את הגשת חוות-הדעת הנגדית מטעם בעל-הדין שכנגד

23 חובת תום הלב, שהוגדרה לא פעם כ"עיקרון מלכותי", משתרעת על כלל הפעולות המשפטיות, והיא חלה גם על התנהלותם הדיונית של צדדים להליך, ולא רק על הפעלת זכויותיהם המהותיות. ראו בהקשר זה: סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; דברי השופט (כתוארו אז) ברק ברע"א 305/80 שילה נ' רצ'קובסקי, פ"ד לה(3) 449, 461-462 (1981); דברי השופטת (כתוארה אז) ביניש ברע"א 2919/01 אושרוביץ נ' ליפה (פריד), פ"ד נה(5) 592, 597-598 (2001); דברי השופטת פרוקצ'יה ברע"א 1415/04 סרביאן נ' סרביאן, פ"ד נט(2) 440, 444-445 (2004); דברי השופט (כתוארו אז) ריבלין ברע"א 9542/04 רותם חברה לביטוח בע"מ נ' נחום (טרם פורסם, 2.1.06). בפסקה 8; דברי הנשיאה ביניש בבש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ (טרם פורסם, 15.1.07). בפסקה 4 ואילך; דודי שורון "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295 (התשנ"ח); שורון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 47-99.

במועדים שנקבעו לכך על-פי תקנה 129(ב) – יאריך בית-המשפט או הרשם את המועד להגשת חוות-הדעת הנגדית, ולא יסתפק אך בחיובו של הצד המכשיל בהוצאות.

עניין טכני נוסף מוסדר בתקנת-משנה (ה). זו קובעת, כי אין באמור בתקנה 129 כולה כדי לגרוע מסמכותו של שופט בקדם-משפט לפי תקנה 143 לתקנות סדר הדין האזרחי. קביעה זו, המצהירה למעשה על המובן מאליו, באה למנוע טענה לפיה ההסדרים הפרטניים שנקבעו במסגרת תקנה 129 החדשה לעניין חוות-דעת מומחים הם הסדרים ממצים או בלעדיים. הקישור שנעשה לתקנה 143 מבהיר, אפוא, כי סמכויותיו הכלליות של שופט בשלב קדם-המשפט – אותו השלב שבו ניתנות, על-פי רוב, הוראות שונות בעניין אופן הגשת הראיות – הן שרירות וקיימות גם בכל הקשור בהגשת חוות-דעת מומחים. הצהרה זו משתלבת עם התפישה הרואה בשלב קדם-המשפט כזה שבו מעורבותו של השופט היא בעלת סממנים אינקוויזיטוריים, לצורך קידום התיק²⁴. מתפישה זו לא בא התיקון לגרוע. אלא שמעמדו המיוחד של שלב קדם-המשפט בהקשר זה מבליט גם שוני מסוים בין שופט לבין רשם שאינו שופט²⁵ לעניין חוות-דעת מומחים: שימור המטרייה הנורמטיבית של תקנה 143 מעל להסדר הפרטני לעניין מומחים שנקבע בתקנה 129, מקנה לבית-המשפט (להבדיל מרשם שאינו שופט) שיקול-דעת רחב, מעבר לזה שממילא מוקנה לו (ולרשם) בתקנה 129 מכוח סמכות השסתום המוזכרת בתקנה בכמה הקשרים ("אלא אם כן קבע בית-המשפט או הרשם אחרת"). פירושו של דבר הוא, כי בעוד שלצורך מתן היתר להגשת חוות-דעת מומחה באיחור – לאחר שכבר נקבע מועד להגשת תצהירי עדות ראשית או נקבע מועד לשמיעת ראיות – די יהא בהחלטת רשם מכוח סמכותו בתקנה 129, הרי שהחלטה הניתנת במסגרת קדם-משפט אשר מראש קובעת סדרי הגשה החורגים מברירות המחדל של תקנה 129 הינה בסמכותו של שופט בלבד, והוא הדין לגבי כל הוראה הקשורה בחוות-דעת מומחה הניתנת על-פי תקנה 143, ככל שאינה בסמכותו של רשם שאינו שופט²⁶.

24 ראו לעניין זה: פרשת אשורנס גנרל, לעיל ה"ש 13, בפסקה 7; רע"א 2565/07 טלנית תעשיות סחר נדל"ן ופיננסים בע"מ נ' נציגות הבית המשותף ברח' לוי אשכול 108 בת"א (טרם פורסם, 25.3.07) מפי השופט רובינשטיין בפסקה ד; וכן: עדי אור קדם המשפט 142 (התשנ"ט).

25 על-פי הוראת תקנה 140 לתקנות סדר הדין האזרחי, רשם שאינו שופט אינו מוסמך לקיים קדמי-משפט. ודוק: לאבחנה זו בין רשם לבין שופט אין משמעות אופרטיבית כשמדובר בהליך המתנהל בבית-המשפט המחוזי, שבו הרשמים הינם שופטי בית-משפט השלום. זאת, בשונה מהליך המתנהל בבית-משפט השלום, שבו הרשמים אינם שופטים מן המניין. ראו: אור, שם, בעמ' 103.

26 כגון, למשל, החלטה בדבר כשרותה של חוות-הדעת כראיה במשפט, הניתנת בהתאם לתקנה 143(6) לתקנות סדר הדין האזרחי, או הוראה בדבר גביית עדות מומחה מחוץ לתחום השיפוט הניתנת אף היא מכוח אותה תקנה.

4. הסדרים משלימים מהותיים: תקנה 129(ג)

בשונה מההסדרים המשלימים שנקבעו בתקנות-משנה (ד) ו-(ה), ההסדר המשלים שנקבע בתקנות-משנה (ג) הוא בעל אופי מהותי. הוא קובע, כי "חוות דעת מומחה, זולת חוות הדעת לפי תקנות משנה (א) ו-(ב), לא יוגשו מטעם בעלי הדין, אלא באישור בית המשפט". משמעותה של הוראה זו היא, כי לאחר שהצדדים מיצו את זכויותיהם בעניין הגשת חוות-דעת מומחים, שוב לא יוכלו הם להגיש חוות-דעת נוספות — בין שמדובר באותם עניינים שלגביהם כבר הונחו בפני בית המשפט חוות-דעת ובין שמדובר בעניינים אחרים. גם כאן התפישה המונחת ביסוד "מחסום" זה הינה תפישה של איוון מידתי בין אינטרסים שונים: מחד גיסא, ההסדר מעמיד בידי בעלי-הדין — תובע ונתבע — לוחות-זמנים סבירים לצורך הגשת חוות-דעת מומחים מטעמם לשם ביסוס טענותיהם. בכך מגשים ההסדר את האינטרסים הנעוצים במעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות והזכות להליך הוגן; מאידך גיסא, ההסדר מבטא גם את האינטרס הציבורי ביעילות הדיון. בכך אין ההסדר מגשים רק אינטרס "צר" של בתי-המשפט בהתמודדות עם עומס העבודה הרב המוטל עליהם, אלא הוא מגשים גם את האינטרסים של בעלי-הדין עצמם — הן של כלל בעלי-הדין, אשר עניינם ממתין אף הוא להכרעה; והן של בעלי-הדין בתיק הספציפי, הזכאים לקבל הכרעה שיפוטית בעניינם בתוך פרק-זמן סביר.

כפועל יוצא מכך, העיקרון הוא כי בהיעדר הצדקה לקבוע אחרת בנסיבות מיוחדות, אין לבעל-דין זכות קנויה להמשיך ולהגיש חוות-דעת נוספות, לאחר שכבר הוגשה מטעמו חוות-דעת אחת באותו עניין; בנוסף, בדומה לתצהירי עדות ראשית, גם לעניין חוות-דעת מומחים אין בידי בעל-הדין זכות קנויה להגיש חוות-דעת מומחה בעניינים אחרים, לאחר שחלפו המועדים שנקבעו לכך על-פי תקנה 129. ככל שקיימת הצדקה לחרוג מן העיקרון הנ"ל, יימצא הפתרון לכך בסמכות השסתום שנקבעה גם בתקנות-משנה (ג), אלא שהפעם מוגבלת סמכות זו לבית-המשפט בלבד, ואין היא מצויה בידי של רשם שאינו שופט²⁷.

ג. חוות-דעת מומחה בהליכי ביניים

תיקון מס' 3 ביטל, כאמור, חלק מתקנות המומחים. בכלל זה בוטלה הוראת תקנה 5 לתקנות המומחים, שקבעה כי "כל אימת שמותר לצרף הצהרה בשבועה להודעה על בקשה בדרך המרצה או לכתב בקשה אחר, מותר לצרף להם חוות

27 גם בהקשר זה מתעוררת השאלה באשר להוראה המקבילה הקיימת בתקנה 137(ג), המתירה שמיעת מומחה מטעם "בעל דין שלא עשה כאמור בתקנה 129" רק בהתקיים טעמים מיוחדים שיירשמו (השוו: לעיל ה"ש 20). גם כאן נראה שתקנה 137(ג), על-פי לשונה, תחול רק במקרה שבעל-הדין נמנע מלהגיש את חוות-הדעת במועד האחר שנקצב לו מכוחה של סמכות השסתום שבתקנה 129. במצב עניינים כזה, שמיעת עדותו של המומחה הנוסף מטעמו תונהג ב"טעמים מיוחדים שיירשמו", כמצוות תקנה 137(ג), אפילו אין בעל-הדין שכנגד מתנגד לכך.

דעת או תעודת רופא"²⁸. בעקבות ביטול התקנה התעוררה השאלה, מה מעמדה של חוות-דעת מומחה אשר בעל-דין מבקש להגישה שלא במסגרת התיק העיקרי, אלא לשם הוכחת עניין הדרוש לו במסגרת בקשת-ביניים המוגשת כיום בדרך של בקשה בכתב²⁹? הושמעה הטענה, כי ההסדר החדש שנוצר מכוח תיקון מס' 3 אינו מתייחס כלל למצב כזה, כאשר תקנה 129 החדשה קובעת את מועדי הגשתן של חוות-הדעת כפונקציה של מועדי הגשת תצהירי עדות ראשית בתיק העיקרי או של מועד שמיעת הראיות בתיק העיקרי. על-כן הובע החשש, כי התיקון יצר חסר שאף עלול להתפרש כהסדר שלילי המונע הגשתן של חוות-דעת מומחים במצורף לבקשות ביניים³⁰.

לחשש זה איננו שותפים, וזאת משני טעמים עיקריים: ראשית, ההסדר החדש אינו מונע בעל-דין מלצרף חוות-דעת מומחה לבקשה בכתב או לתשובה לבקשה בכתב. הזכות להגיש חוות-דעת מומחה הינה חלק מהזכות להביא ראיות בכלל, הנחשבת, על-פי פסיקת בית-המשפט העליון, לזכות יסוד³¹. היא מעוגנת בסעיף 20 לפקודת הראיות (בכפוף לשיקול דעתו של בית-המשפט), אשר אינו מבדיל לעניין זה בין ההליך העיקרי לבין הליכי ביניים³². תקנה 129 אינה מתנה, ונוכח מעמדה הנורמטיבי אף אינה יכולה להתנות, על זכות זו המעוגנת בחקיקה ראשית,

28 לנוכח ההסדר שבתקנה 5 הנ"ל נקבע בתקנה 2(ד) לתקנות המומחים, כי תקנה 2 – שהתייחסה להגשת חוות-דעת מומחים במסגרת התיק העיקרי – לא תחול "על בקשות בדרך המרצה" וכן "על משפטים בדיון דחוף" (קרי: הליכים של סדר-דין מקוצר). כאמור, גם תקנה 2 לתקנות המומחים בוטלה במסגרת התיקון.

29 תקנה 5 לתקנות המומחים התייחסה ל"בקשה בדרך של המרצה", הליך ביניים שהוחלף בשנת תשנ"ז בהליך המכונה "בקשה בכתב". ראו: תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשנ"ז–1997; ק"ת 5855 בעמ' 1262. תקנות המומחים לא הותאמו לאחר אותו תיקון לכינוי החדש.

30 החשש כי תיקון מס' 3 יצר לאקונה בנושא זה הועלה במסגרת פנייה של ועדת-משנה של ועדת סדר דין וראיות (אזרחי) שליד הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין אל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), מחודש אוגוסט 2005; וכן במסגרת נייר עמדה שהוכן במשותף על-ידי ועדות סדר-דין אזרחי, רפואה ומשפט ופורום הנויקין של לשכת עורכי-הדין, אף הוא מחודש אוגוסט 2005.

31 פרשת יפת השמש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 576.

32 בין ההליך העיקרי לבין הליכי ביניים עולה באופן מובהק מרע"א 2508/98 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, פ"ד נגנ(3) 26 (1998) (להלן: פרשת מתן). באותו מקרה דחה בית-המשפט המחוזי את בקשתה של המבקשת להתיר לה לחקור את המצהיר ואת המומחה מטעם המשיבות במסגרת הליך ביניים של בקשה למתן צר-מניעה זמני. בית-המשפט העליון, מפי המשנה לנשיא ש' לוי, קיבל את הערעור ופסק, כי זכותו של בעל דין לחקור בחקירה שכנגד את יריבו, הקבועה בסעיף 17(x) לפקודת הראיות, חלה בין שמדובר בהליך העיקרי ובין שמדובר בהליכי ביניים. עם זאת הודגש באותו מקרה, כי "כשהמדובר בהליכי ביניים נותר שיקול-דעת בידי בית-המשפט להגביל את היקף החקירה ואין להפוך את החקירה שכנגד בהליכים אלה לחזרה כללית לקראת המשפט" (פרשת מתן, שם, בעמ' 34; ההדגשה במקור).

וכל שהיא קובעת הוא את אופן מימושה של הזכות, מהיבט המועדים. בד בבד, ביטולה של תקנה 5 לתקנות המומחים אף הוא אינו יכול להתפרש כביטולה של הזכות, שהרי זו, כאמור, מצויה בדבר חקיקה ראשי, הוא פקודת הראיות; שנית, תקנה 129 החדשה קובעת, כאמור, כי המועד להגשת חוות-הדעת הוא מועד הגשת תצהירי העדות הראשית, ואם טרם נקבע מועד כזה — תשעים (או שלושים) יום לפני המועד שנקבע לשמיעת הראיות. כידוע, בקשות בכתב מוגשות על-פי רוב לפני מועדים אלה, ומכאן שנוסח התקנה — הקובע מועדים אלה כ"מועדי-גג" — אינו משנה מהפרקטיקה הרווחת כיום בעניין זה.

הנה כי כן, תיקון מס' 3 אינו שולל, ואף לא התיימר לשלול, את האפשרות לצרף לבקשה בכתב, או לתשובה לבקשה בכתב, חוות-דעת מומחה, מקום שהדבר דרוש. עם זאת, במטרה למנוע פרשנות דחוקה כאילו יש בו משום שלילה כאמור, החליטה הוועדה המייעצת לשר המשפטים לענייני סדר הדין האזרחי להמליץ בפני השר להבהיר את הדבר ברחל בתך הקטנה. הבהרה זו מן הראוי שתיעשה במסגרת תיקון של סימן א' לפרק כ' לתקנות סדר הדין האזרחי, העוסק במוסד ה"בקשה בכתב", ולא במסגרת תיקון נוסף של פרק י"א לתקנות, העוסק במומחים. התקנה הרלוונטית לעניין זה בפרק כ' לתקנות סדר הדין האזרחי היא כמוכן תקנה 241, וביתר פירוט: תקנת-משנה (א) לתקנה 241, העוסקת בבקשה בכתב, ותקנת-משנה (ג) לתקנה 241, העוסקת בתשובה לבקשה בכתב. בתקנות-משנה אלה מן הראוי יהא לקבוע — וכך אמנם בדעת הוועדה להמליץ — כי מלבד התצהיר שיצורף לבקשה יוכל בעל-הדין לצרף גם חוות-דעת מומחה, אם יש בה צורך³³. כן יהא ראוי לקבוע, בדומה להוראה הקיימת בנוגע לתצהיר שלא צורף, כי חוות-דעת שלא צורפה לבקשה או לתשובה לבקשה, לא תצורף לה אלא ברשות בית-המשפט.

ד. מומחה מטעם בית-המשפט

1. מבוא

שינוי בולט נוסף שחולל תיקון מס' 3 עניינו בהסדרים החלים שעה שלצד חוות-הדעת שהניחו המומחים מטעם הצדדים — ולעיתים במקומן — הוגשה גם חוות-דעת עצמאית של מומחה אשר מונה על-ידי בית-משפט (להלן: מומחה מטעם בית-המשפט). במצב עניינים זה עלולה להתעורר שאלת היחס בין חוות-דעתם של המומחים מטעם הצדדים לבין חוות-דעתו של המומחה מטעם בית-המשפט. עיקר המתח בהקשר זה נעוץ בשאלת השפעתו של מינוי מומחה מטעם בית-המשפט על היקף חקירתם של המומחים מטעם הצדדים. בכך, בין היתר, עוסקת תקנה

33 בקביעה זו יהיה גם כדי למנוע פרשנות אפשרית אחרת — אף היא שגויה, לטעמנו — שלפיה ככל שמדובר בבקשה בכתב המוגשת לאחר מועדי ברית-המחדל שנקבעו בתקנה 129, על בעל-דין המבקש לצרף לבקשה חוות-דעת מומחה, להיזקק תחילה לאישורו של "בית המשפט או הרשם" במסגרת סמכות השסתום שבתקנה 129.

130 החדשה. אולם בטרם נדרש להוראותיו ולגדריו של התיקון בהקשר זה, מן הראוי לעמוד בקצרה על חשיבותו של המוסד המשפטי הקרוי "מומחה מטעם בית-המשפט".

מינויו של מומחה מטעם בית-המשפט הינו פעמים רבות הכרח בלייגונה. הניסיון מלמד, כי בתובענות שבהן רשאים הצדדים להביא מומחים מטעמם – קרי בתובענות המוגשות שלא במסגרת חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975 – מונחות בפני בית-המשפט לפחות שתי חוות-דעת מומחים אשר הפער ביניהן הוא ניכר עד תהומי. אין פירושו של דבר בהכרח שהמומחים מטעם הצדדים אינם עושים מלאכתם נאמנה, אולם התוצאה המעשית ברבים מן המקרים הינה, כי חוות-הדעת שמוגשות מטעם בעלי-הדין מציגות, מטבע הדברים, עמדה המתיישבת עם עמדת הצד אשר הזמין את חוות-הדעת, ועמדה זו היא על-פי רוב קוטבית במסגרותיה ביחס לאמור בחוות-הדעת שמגיש המומחה מטעם הצד היריב³⁴. יתרה מכך, שעה שהמשפט הנדון מעורר סוגיות שבמומחיות במספר תחומים, ומערב יותר משני צדדים, חזון נפרץ הוא שבפני בית המשפט מונחות שלל חוות-דעת של מומחים מטעם כל המעורבים ובכל הסוגיות שבמחלוקת, וההכרעה בין הגרסאות הרבות והשונות, כמו גם הסינתזה ביניהן, הופכות ממילא לסבוכות ומורכבות עוד יותר. במקרים אלה, נזקקים כתי-המשפט לסמכות העקרונית שהייתה ועודנה קנויה בידם מכוח תקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, וממנים מומחה או מומחים מטעם בית-המשפט לעניינים שבמחלוקת, המוחזקים כנטולי פניות ביריבות שבין בעלי-הדין³⁵. תקנה 130 אינה מבחינה בין מומחה בעניין רפואי

34 על קושי זה עמדה הוועדה לבדיקת מבנה כתי-המשפט בראשותו של השופט ת' אור, בהתייחסה לעדיפות ההסדר המיוחד (והשונה) לעניין מינוי מומחים שנקבע בחוק הפיצויים, שלפיו אין הצדדים רשאים לצרף חוות-דעת רפואיות לכתבי הטענות וכתי-המשפט הוא זה אשר ממנה את המומחה: "הסדר זה נקבע בהסתמך על הניסיון, המלמד כי חוות דעת של מומחים מטעם הצדדים נוטות, בדרך כלל, לטובת הצד המזמין את חוות הדעת. לרוב מצריך הדבר, בלאו הכי, מינוי של מומחה מטעם בית המשפט. כך גם נמנעות הוצאות מיותרות על חוות דעת רפואיות מטעם בעלי הדין" (דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה כתי המשפט הרגילים בישראל 110, וכן בעמ' 141 (התשנ"ז)). קושי אחר ושונה מתעורר כאשר השאלות שביחס אליהן נדרשים המומחים מטעם הצדדים ליתן את חוות-דעתם הן שאלות מורכבות בתחומי מדע מתפתחים החורגים מענייני המדע והרפואה המסורתיים שלגביהם פיתחו כתי-המשפט היכרות מעשית, כגון שאלת הראיות המדעיות לעניין הוכחת קשר סיבתי בנוזקין בין חשיפה לתומרים רעילים לבין גילוייה של מחלה פלוגית (השוו: ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004); דנ"א 5707/04 מדינת ישראל נ' קרישוב, תק-על 2005(1) 79 (2005)), או שאלת הראיות המדעיות בתחום הדנ"א לעניין זיהוי עבריון על-פי התאמה הסתברותית ל"פרופיל הגנטי" שלו (השוו: ע"פ 9724/02 מוראד אבריחמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71 (2003); דנ"פ 9903/03 מוראד אבריחמאד נ' מדינת ישראל, תק-על 2004(4) 2811 (2004)). הדיון בקושי זה, ובשאלה אם יש במינוי מומחה אחד מטעם בית-המשפט כדי להקל במקרים אלה על ההתמודדות עמו, או שמה עדיף דווקא כי תשמענה דעות מקצועיות מגוונות של מספר מומחים בדבר, חורג ממסגרתה של רשימה זו.

35 ראו: אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 227 (מהדורה תשיעית, 2007). מינוי כאמור מתנה במתן זכות טיעון לצדדים, כפי שנקבע בתקנה 130 עוד לפני התיקון: "בית המשפט או הרשם

לבין מומחה בעניין שאינו רפואי, וסמכותו של בית-המשפט למנות מוכחה מומחה מטעמו חלה בכל התחומים, זולת, כאמור, בתובענות שלפי חוק הפיצויים. ודוק: במינוי מומחה מטעם בית-המשפט אין בית-המשפט מתפרק מסמכותו, כשם שאין הוא מתפרק מסמכותו שעה שמוגשות לו חוות-דעת של מומחים מטעם הצדדים. סמכות ההכרעה – גם בשאלות של מומחיות – נשארת תמיד בידי של השופט היושב לדין, ואף אם היא נעשית בהתבסס על האמור בחוות-הדעת, הרי שהשופט הוא הגורם המוסמך להכריע בין הגרסאות העובדתיות ולהחליט אם לקבל את חוות-הדעת או לדחותה לעניין השאלות שבמומחיות³⁶. עם זאת, כאשר מתמנה מומחה מטעם בית-המשפט, ובפרט אם מדובר במומחה מוסכם על הצדדים, אך טבעי הוא שבית-המשפט יאמץ את ממצאיו המקצועיים וייתן להם את מלוא משקלם, בהיעדר קיומה של סיבה כבדת משקל שתחייב מסקנה אחרת³⁷.

2. האינטרסים הרלוונטיים

ההלכה הפסוקה עורדה את השימוש בסמכותו של בית-המשפט למנות מומחה מטעמו, וזאת כבר בשלב קדם-המשפט, עוד טרם שהצדדים המציאו חוות-דעת מומחים מטעמם³⁸. לצד זה, היא הצביעה באהדה על היתרונות הטמונים בהסכמת הצדדים למינוי מומחה מטעם בית-המשפט תוך ויתור על הגשת חוות-דעת מומחים פרטניות מטעמם. השיקולים העומדים ביסוד הגישה המצדדת במינוי מומחה מוסכם כאמור הם שיקולים מגוונים, שעיקרם ייעול הדין, מניעת התארכותו

רשאי, בכל עת ולאחר שנתן לבעלי הדין הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיהם, למנות מומחה או מומחים, לענין שבמחלוקת בין בעלי הדין". הוראה זו נשארה על כנה גם לאחר התיקון, והיא מאכלסת כיום את תקנה 130(א), הכוללת בסופה גם את ההגדרה "מומחה מטעם בית המשפט".

36 ראו והשוו למשל: ע"א 16/68 רמת-סיב בע"מ נ' דרזי, פ"ד כב(2) 164, 167–168 (1968); ע"א 402/85 מרקוביץ נ' עיריית ראשון לציון, פ"ד מא(1) 133, 139 (1987); ע"א 558/96 חברת שיכון עובדים בע"מ נ' רוזנטל, פ"ד נב(4) 563, 570 (1998); ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 237 (השופטת נאור, שהיתה אמנם כמיעוט, אך לא בנקודה זו); אליהו הרנון דיני ראיות 305 (כרך ב, התשל"ז); כן ראו, לעניין מומחה

כתביעה על-פי חוק הפיצויים (אך הדברים יפים גם בכל הקשור במומחה מטעם בית-המשפט בתובענות אחרות): ע"א 2160/90 רז נ' לאץ, פ"ד מז(5) 170, 174 (1993); וכן: ע"א 1156/92 סגל נ' סגל (לא פורסם, 7.3.95) בפסקה 3.

37 פרשת רמת-סיב, שם, בעמ' 168; פרשת סגל, שם, שם; פרשת רוזנטל, שם, בעמ' 570; ע"א 3134/02 עיריית רחובות נ' ברטנרו אחזקה ופיתוח (1992) בע"מ, תק-על 2003(2) 4019 (2003) בפסקה 8; והשוו, לעניין הערעור: ע"א 9418/04 צוות ברוקביץ-מאגרי בניה בע"מ נ' דמארי, תק-על 2006(2) 162 (2006) בפסקאות יב ויז.

38 פרשת יפת השמש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 575; והשוו: ע"א 157/66 אפיריון נ' כהן, פ"ד כ(3) 628, בעמ' 632–633 (1966). ההנחה המובלעת בגישה זו הינה, כי מינוי מומחה מטעם בית-המשפט בשלב מקדמי זה של ההליך – טרם שהובאו גרסאות-מומחים חלוקות – עשוי ליתר את הצורך במינוי מומחים מטעם בעלי-הדין, ובכך למנוע את סרבולו של הדין והארכתו שלא לצורך.

תוך עינוי דין לצדדים ובזכו זמנו של בית-המשפט, וכן יצירת אפשרות לקבלת חוות-דעת אובייקטיבית³⁹. ואכן, כאשר מומחה מטעם בית-המשפט התמנה לפי בקשת כל בעלי-הדין או בהסכמתם, קבעה בעבר תקנה 130(ב) שהייתה אז בתוקף, כי בעלי-הדין "לא יהיו רשאים [...] להביא עדות נוספת של מומחה לענין הנדון, אלא ברשות בית המשפט מטעמים שיירשמו". על-יסוד זה נקבע, כי משהסכימו בעלי-הדין על מינוי מומחה מטעם בית-המשפט, מתפרשת הסכמתם כוויתור על הבאת ראיות של מומחים מטעמם לצורך אותו עניין שלשמו מונה המומחה מטעם בית-המשפט⁴⁰. במקרים אלו, עדות המומחה מטעם בית-המשפט באה במקום עדויות המומחים מטעם הצדדים, באופן שיש בו כדי להגשים את היתרונות שעליהם עמדה הפסיקה, ברוח השיקולים שהוזכרו לעיל.

אלא שהחתימה להגשמת יתרונות אלו נתקלת בשני עקרונות מרכזיים, המבוססים על שיקולים-שכנגד, אף הם כבדי-משקל: הראשון שביניהם נוגע בזכותו העקרונית של בעל-דין להביא ראיות. זכות זו נחשבת כזכות יסוד בשיטתנו המשפטית⁴¹, וייתכן אף שניתן להשקיף עליה כמקרה פרטי של הזכות ל"הליך הוגן" או ל"הליך נאות"⁴². מכאן נובע, כי בהיעדר הסכמה מצד כל בעלי-הדין למינוי של מומחה

39 ראו, בהקשר של מינוי מומחה רפואי מטעם בית-המשפט: פרשת רמת-סיב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 167; ע"א 521/77 ברורר נ' רשות הנמלים, פ"ד לב(1) 416, 418-419 (1978); בג"ץ 1199/92 לוסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(5) 740, 734 (1993); כן ראו, בהקשרים אחרים ועל-דרך הכלל: פרשת יפת השמש, שם, בעמ' 576 (מינוי מומחה מטעם בית-המשפט כתובענה בגין ליקויי בנייה); וכן: ע"א 323/85 מדינת ישראל נ' מזרחי, פ"ד לט(4) 185, 189 (1985) (מינוי שמאי מומחה מטעם בית-המשפט לצורך הערכת היקף הפיצויים בגין הפקעה).

40 רע"א 3112/93 עיזבון המנחים וולף נ' מושב גן השומרון, פ"ד מח(5) 397, 401 (1994) (להלן: פרשת וולף).

41 פרשת יפת השמש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 576; וכן: רע"א 1647/06 אברהמי נ' פורים (טרם פורסם, 25.4.06) בפסקה ד(3).

42 לעיקרון לפיו אין לפגוע בזכותו של אדם ללא הליך נאות ניתן למצוא עיגון במסגרת מושג ה"כבוד" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (התשנ"ד)). הרלוונטיות של הזכות להליך משפטי הוגן בולטת כמוכח במסגרת המשפט הפלילי (ראו למשל: מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 375-376 (2002); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4.5.06) בפסקאות 65-68 לפסק-דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש; ברק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 432). עם זאת, חשיבותו של ערך זה הוכרה גם במסגרת המשפט האזרחי לעניין זכותם של בעלי-הדין להביא את מלוא ראיותיהם, אם כי מבלי שהדברים נקשרו בהכרח לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו והשוו למשל: בש"א 723/97 בניזמן נ' שר הביטחון, פ"ד נא(1) 364, 371 (1997); ע"א 2629/98 השר לביטחון פנים נ' וולפא, פ"ד נו(1) 786, 793-794 (2001); רע"א 4708/03 חן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 7.11.05) בפסקאות 17-18). על רקע זה, ניתן איפוא לומר כי הגבלת בעל-דין בהגשת חוות-דעת מומחה מטעמו במסגרת משפט אזרחי שבסופו עלולה זכותו להיפגע, פוגעת בזכותו להליך הוגן. בהנחה שניתן למצוא עיגון לזכות זו בחוק היסוד, הרי שפגיעה בה בדרך של חקיקה — ועל אחת כמה וכמה בדרך של חקיקת-משנה — חייבת לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה.

מטעם בית-המשפט, אין מנוס מלקבל גם את עדויותיהם של המומחים מטעם הצדדים – אם הצדדים עומדים על כך – ולא ניתן למנוע בעל-דין מלהגיש חוות-דעת של מומחה מטעמו, אפילו מונה מומחה מטעם בית-המשפט.⁴³

העיקרון השני עניינו בזכות לחקירה שכנגד. מעל ההסדר שבתקנות סדר הדין האזרחי העוסק במינוי מומחים ניצבת הוראה בעלת מעמד נורמטיבי גבוה יותר, היא הוראת סעיף 26(א) לפקודת הראיות, המכירה במעמדה המיוחד של הזכות לחקירה נגדית. סעיף 26(א) לפקודה קובע בלשון מנדטורית, כי הוראות הסימן בפקודה העוסק בעדות מומחים "אינן גורעות מכוחו של בית המשפט לצוות כי מומחה או רופא [...] יחקרו בבית המשפט, ובית המשפט ייעתר לבקשתו של בעל דין לצוות על כך"⁴⁴. לנוכח הוראה מפורשת זו, ולנוכח החשיבות שייחסו בתי-המשפט להליך החקירה הנגדית כדרך המיטיבית לבירור האמת,⁴⁵ הרי שבהיעדר הסכמת כל הצדדים למינוי מומחה מטעם בית-המשפט (וכפועל יוצא מכך גם ויתורם על חקירות יתר המומחים או אף על עצם הגשתן של חוות-דעת מומחים מטעמם), אין בית-המשפט רשאי לסרב לבקשת בעל-דין לחקור בחקירה נגדית מומחה שהגיש חוות-דעת, כל עוד מדובר בחקירה רלוונטית שאינה בגדר שימוש לרעה בהליכי משפט⁴⁶. יתרה מכך, בהיעדר הסכמה של כלל בעלי-הדין, בית-המשפט אינו רשאי לשלול את הזכות לחקור את המומחים בחקירה נגדית אף לא ממי מבין בעלי-הדין שנתן בתחילה את הסכמתו למינוי המומחה מטעם בית-המשפט.⁴⁷

43 ראו, לעניין ההסדר הישן בתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963: פרשת בוורר, לעיל ה"ש 39, בעמ' 419; פרשת רמת-סיב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 167; וכן, לעניין ההסדר בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984: פרשת וולף, לעיל ה"ש 40, בעמ' 401-402; פרשת יפת השמש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 576. אך ראו, מנגד: ע"א 2688/95 פנחס נ' כרם מהנדסים, פ"ד (נ5) 742, 745 (1997), שם נקבע כי אותו בעל-דין שהסכים למינויו של מומחה מטעם בית-המשפט, מנוע מלטעון שהוא רשאי להביא עדויות נוספות של מומחים בהסתמך על כך שהמומחה מונה בלא הסכמת הצדדים שכנגד, מה גם שהסכמתם של אלה ניתנה מאוחר יותר.

44 הוראה זו היא חליפתו של סעיף 30(א) לפקודת העדות. הוראה מקבילה קיימת, לעניין חקירת מצהיר, בסעיף 17(א) לפקודת הראיות. ראו בהקשר זה: פרשת מתן, לעיל ה"ש 32; וכן תקנה 522 לתקנות סדר הדין האזרחי. בשני המקרים רשאי בית-המשפט להטיל על מבקש החקירה את הוצאותיה, אם ראה שבקשתו "כאה לשם קנטור או מתוך קלות דעת" (סעיפים 26(ב) ו-17(ב)) לפקודת הראיות, בהתאמה. עם זאת, בשונה מההוראה החלה על חקירת מצהיר, שם מוסמך בית המשפט לפסול את התצהיר מלמש כראיה מקום שהמצהיר לא התייצב לחקירתו (סעיף 17(א) סיפא לפקודת הראיות), אין בסעיף 26 לפקודת הראיות הוראה מקבילה לעניין מומחה.

45 בג"ץ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פ"ד 5, יג 23 (1958).

46 ראו: פרשת וולף, לעיל ה"ש 40, בעמ' 401-402; פרשת לוסקי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 741; פרשת מתן, לעיל ה"ש 32, בעמ' 34-36. אותו הכלל חל, כאמור, גם לעניין חקירת מצהיר שאינו מומחה. ראו: לעיל ה"ש 44; וכן ע"א 217/63 רביאון נ' הולצמן, פ"ד יז 2717, 2727 (1963).

47 פרשת וולף, לעיל ה"ש 40, בעמ' 401-402. עם זאת, ייתכן שהזכות לחקירה נגדית של

3. ה"פתולוגיה" של ההסדר הישן

אף שהחובה לשמוע את מומחי הצדדים מקום שהמומחה מטעם בית-המשפט מונה שלא בהסכמת כל בעלי-הדין השתמעה מתקנה 130(ב) כתוקפה בעבר⁴⁸, היא עלתה כאמור במפורש מסעיף 26(א) לפקודת הראיות. במצב עניינים זה, לא היה למעשה צורך בתקנה 130(ב) והיא בוטלה בשנת תשנ"ה⁴⁹. ביטולה של תקנה 130(ב) הוליד גישות שונות בדבר משמעותו של הביטול. על-פי הגישה האחת, לא חל כל שינוי במצב המשפטי ששרר קודם לביטול התקנה. מכאן, שכאשר מונה מומחה מטעם בית-המשפט שלא בהסכמת כל הצדדים, זכאים בעלי-הדין החפצים בכך לעמוד על קיום חקירות נגדיות של כל המומחים מטעם הצדדים. על-פי הגישה השנייה, ביטולה של תקנה 130(ב) מהווה הסדר שלילי. במילים אחרות, גם במצב שבו מינויו של המומחה מטעם בית-המשפט נעשה שלא על דעת כלל הצדדים, יהיו בעלי-הדין מנועים מלהעיד את המומחים מטעמם ומלחקור אותם. הגישה השנייה נדחתה על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת יפת השמש⁵⁰. נקבע, כי הזכות להביא ראיות (ובכלל זה עדות מומחה) הינה זכות יסוד שאין ניתן לשלול אותה אלא בצורה מפורשת בחוק, ומכאן שביטולה של תקנה 130(ב) לא חולל כל שינוי במצב המשפטי שנהג עד אותה עת.

פסיקה זו המחישה היטב, כי הגבלת האפשרות לשלול הבאתם של מומחים מטעם הצדדים או לשלול את חקירותיהם הנגדיות, אינה רק נחלת השופט היושב בדיון. נוכח מעמדה של הזכות להביא ראיות ומאחר שהזכות לחקירה שכנגד מעוגנת, כאמור, בהוראה המצויה בחקיקה הראשית, הרי שגם מחוקק-המשנה אינו חופשי לשלול זכויות אלה על דרך של התקנת תקנות⁵¹. בה בעת, עומדת

מומחי הצדדים-שכנגד תישלל — על יסוד כללים של מניעות — מבעל-דין אשר הסכים למינויו של המומחה מטעם בית-המשפט, וזאת במקום שהצדדים-שכנגד נתנו את הסכמתם למינוי מומחה מטעם בית-המשפט מאוחר יותר. השור: פרשת פנחס, לעיל ה"ש 43, שם נקבעה מניעות לעניין עצם הבאת עדויות מומחים נוספות מטעם בעל-דין שכזה. נוכח הדמיון בין שני המצבים — הבאת עדות מומחה מזה, וחקירת המומחה שחוות-דעתו הוגשה כבר מזה — ייתכן שניתן להקיש מקיומה של מניעות במקרה האחד לקיומה במקרה האחר.

48 ראו לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 40.

49 תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשנ"ה-1995 (ק"ת 5683, בעמ' 1495).

50 פרשת יפת השמש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 576.

51 ראו והשוו גם: פרשת אפיריון, לעיל ה"ש 38, בעמ' 631; ופרשת מתן, לעיל ה"ש 32, בעמ' 36. שונים הם, כאמור, פני הדברים לעניין תובענות המוגשות לפי חוק הפיצויים (ראו לעיל ה"ש 5): הוראת סעיף 6א לאותו חוק כוללת הסמכה מפורשת, שמכוחה הותקנו תקנות פיצויים לנפגעי תאונות הדרכים (מומחים), התשמ"ז-1986. תקנות אלו שוללות מן הצדדים את האפשרות להביא חוות-דעת מטעמם להוכחת עניינים רפואיים שבמחלוקת, ולו גם בפני המומחה שמונה מטעם בית-המשפט (תקנה 8(א)). העובדה כי פגיעה זו בזכותם של הצדדים להביא ראיות מעוגנת בהסמכה מפורשת בחקיקה ראשית, הובילה כפי הנראה לגישה הרואה פגיעה זו כחיונית לצורך הגשמת האינטרס של ייעול הכירור הן במישור הדיוני והן במישור העלויות (ראו: רע"א 2339/96 "אררט" חברה לביטוח בע"מ נ' דלל, פ"ד (4) 529, 532-533 (1996)).

בעינה הבעיה שהוזכרה לעיל, בדבר הסרבול ובזבוז הזמן השיפוטי הכרוכים בריבוי חוות־דעת מומחים מטעם הצדדים הנוקטות בעמדות קוטביות (ובצורך לקיים את חקירותיהם) – כאשר לצדן קיימת ממילא חוות־דעת מומחה מטעם בית־המשפט, המוחזקת כנטולת פניות ביריבות שבין הצדדים. פסק־הדין בפרשת יפת השמש, ועמו פסקי־דין נוספים, נמנעו מליתן מענה של ממש לבעיה זו, וזלת המלצה עקרונית לצדדים להסכים למינוי של מומחה מטעם בית־המשפט ובכך לייתר את העדת יתר המומחים. חולשתה של המלצה זו נעוצה בעצם מעמדה כהמלצה בלבד לצדדים, שהרי "אם אין הם מסכימים לכך ובוחרים בדרך הארוכה והקשה, יש לאפשר להם להמציא חוות־דעת מטעמם אם ימצאו לנכון לעשות כן"⁵².

ההשלכה של עמדה זו על ברירת־המחלל הדיונית שמאמצים לעצמם בעלי־הדין בשאלת ההסכמה למינוי מומחה מטעם בית־המשפט, היא בלתי־נמנעת. כך, לעתים קרובות מבכרים בעלי־הדין שלא ליתן הסכמתם למינוי מומחה מטעם בית־המשפט, מחשש שהסכמה כאמור תפגע בזכותם לחקור את מומחי הצדדים על חוות־הדעת שהוגשו, בעוד שהיעדר הסכמה אמנם לא תמנע מינוי מומחה מטעם בית־המשפט אך לפחות תותיר בידיהם את האפשרות להביא מומחים מטעמם ולחקור את מומחי הצד שכנגד בחקירה נגדית.

4. שיקולים לקראת ההסדר החדש

ההסדר הנורמטיבי בסוגיית המומחים אשר היה בתוקף ערב תיקון מס' 3 יצר אפוא תמריץ בקרב הצדדים למשפט לסרב למינויו של מומחה מטעם בית־המשפט, אף שתורמתו האפשרית של מומחה מוסכם לייעול הדיון, לחסכון בזמן שיפוטי ולהגשמת האינטרסים של הצדדים עצמם אינה שנויה במחלוקת. למותר לציין, כי פרקטיקה זו אינה תורמת לבירורו הצודק והיעיל של הסכסוך – מטרתם המשותפת של הצדדים הקונקרטיים לדיון, של ציבור המתדיינים בכלל ושל בית־המשפט. אדרבה, היא עלולה לסרבול אותו, ולעתים אף להביא לסיכולו. חסרון נוסף הגלום בפרקטיקה זו נעוץ בכך שהסכמת הצדדים או סירובם למינוי המומחה מטעם בית־המשפט הופכים בעטיה לגורם המכתיב בפועל את התנהלותו הדיונית של התיק כולו.

בכך הופקעה מידי בית־המשפט השליטה על ההליך דווקא בנושאים שבהם אמורה להישמר הפררוגטיבה המקצועית של בית־המשפט כ"מנהל הסכסוך", המתווה את הדרך הראויה לבירורו הצודק ולגילוי האמת⁵³. דרך זו אינה

52 פרשת יפת השמש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 576.

53 הבעייתיות הגלומה בשיטה משפטית שבה שמורה לצדדים אוטונומיה רחבה בכל הקשור בעדויות המומחים, והצורך בהעתקת מרכז הכובד של שיטת המומחים מידי בעלי־הדין אל בית־המשפט, עומדים גם ביסוד המלצות דין־וחשבון שפירסם באנגליה הלורד וולף בשנת 1996 (ראו: LORD WOOLF, ACCESS TO JUSTICE: FINAL REPORT TO THE LORD CHANCELLOR ON ; THE CIVIL JUSTICE SYSTEM IN ENGLAND AND WALES, Section III Chapter 13 (July, 1996)

כמובן דרך עלומה "ללא מפה". היא כפופה להוראות סדר-הדין, לדיני הראיות ובמיוחד לעקרונות החוקתיים בדבר זכויות היסוד של הצדדים להליך. אלא שבעוד שהאוטונומיה הרבה ממנה נהנו בעלי-הדין בכל הקשור בהבאת עדויות מומחים מטעמם ראויה ומוצדקת כל עוד בית-המשפט אינו רואה צורך להיעזר במומחה אובייקטיבי הממונה מטעמו, הרי שאין כן הדבר מקום שמונה מומחה מטעם בית-המשפט. במצב העניינים האחרון משתנה המאזן הדינוני. אמנם, זכויות היסוד של בעלי-הדין בדבר הבאת ראיות, בדבר הליך נאות ובדבר זכות הגישה לערכאות – המהוות את מ-ההתהום של השיטה הדינונית שלנו – עומדות בעינן. על-כן, במינוי מומחה מטעם בית-המשפט אין כדי לשלול מהצדדים, בהיעדר הסכמתם, את הזכות להגיש חוות-דעת מומחים מטעמם⁵⁴ או את הזכות לחקור את המומחים מטעמם מקום שהוגשו חוות-דעת של מומחים כאמור. בזכויות אלה מחוקק-המשנה אינו רשאי לפגוע. עם זאת, היקף חקירתם של מומחי הצדדים – להבדיל מעצם הזכות להבאת עדות מומחה או לחקירה שכנגד – אינו צריך להיות עוד בשליטתם המלאה והבלעדית של הצדדים, שעה שמונה מומחה מטעם בית-המשפט. אכן, לבעלי-הדין אין זכות קנויה – אף לא לפי פקודת הראיות – לחקור את המומחים מטעמם כאוות-נפשם, וספק אם עצם הזכות לחקירה שכנגד הינה חלק הכרחי ובלתי-נפרד מהזכות להליך שיפוטי ראוי⁵⁵. כך או אחרת, היקף

פורסם גם ברשת האינטרנט ככתובת הבאה: [<http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>], וכן ביסוד כללי סדר-הדין האזרחי שהתקבלו לאחר מכן בשנת 1998, אשר אימצו חלק מהמלצותיו (ראו: Civil Procedure Rules 1998, Part 35). בין המלצותיו של הלורד וולף בדו"ח הנ"ל, ובדו"ח ביניים שקדם לו, בולטות בהקשר זה במיוחד: ההמלצה להפקיד את סמכות מינוי המומחים בידי של בית-המשפט באופן בלעדי, דהיינו שלא ניתן יהא להגיש חוות-דעת מומחה בלא אישורו של בית-המשפט; ההמלצה להעדרת מינוי מומחה אחד על-פני מספר מומחים, וזאת בין שמדובר במומחה מטעם בית-המשפט ובין שמדובר במומחה עליו הסכימו הצדדים עצמם ("Single Joint Expert"); וכן ההדרגה כי חובתו של המומחה לייצג ולעזור לבית-המשפט גוברת על חובותיו כלפי בעלי-הדין הנושאים בשכרו. המלצות אלה מבטאות שטייה מהכללים המסורתיים של השיטה האדוורסרית, שכן הן מכרסמות באוטונומיה הרחבה ממנה נהנו בעבר הצדדים בכל הקשור בהבאת הראיות מטעמם. כרסום זה הוצדק בדו"ח לאור המגרעות הרבות שהיו מנת חלקה של השיטה שנהגה עד אותה עת בכל הקשור בעדויות מומחים, בהיותה יקרה, מקשה על מימוש זכות הגישה לערכאות ובלתי יעילה.

54 באנגליה, לעומת זאת, הושמעה הדעה כי הגבלת זכותם של הצדדים להגיש חוות-דעת מומחה מטעמם בלא אישור בית-המשפט דווקא מתבקשת מן הצורך בהגשמת זכות הגישה לערכאות. הטעם לכך נעוץ בעלויות העצומות הכרוכות בהעדת מומחים שם, המקשות על הנגישות לצדק של אותם אלה אשר ידם אינה משגת לשכור מומחה בכלל, ומומחה בעל-שם בפרט. במצב עניינים זה, פערי הכוחות והמשאבים בין בעלי-הדין עלולים לקבל ביטוי גם במסגרת ההליך המשפטי – תוצאה שהשלכותיה הקשות ברורות מאליהן (דו"ח וולף, שם, בפסקאות 6-7 לפרק 13).

55 ראו: שלמה לויץ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451, 456 (התשנ"ו), המדגיש כי בשיטה הקונטיננטלית אין החקירה הנגדית מקובלת והדיון מתנהל על-פי רוב על דרך של ראיות בכתב (שם, בה"ש 27); כן ראו: אהרן ברק "כבוד

החקירה הינו נושא המסור במובהק לשיקול-הדעת השיפוטי של השופט היושב בדין⁵⁶.

ואכן, כפי שנראה להלן נקודת המוצא של תיקון מס' 3 הינה כי מעת שמונה מומחה מטעם בית-המשפט, הרי שניתן ואף ראוי לצמצם במידה מסוימת את מידת האוטונומיה לה זכו בעלי-הדין עד כה בכל הקשור בחקירת המומחים מטעמם. נעמוד להלן על פרטי הקונקרטיים של ההסדר החדש שבתקנה 130.

5. ההסדר החדש ומאפייניו – אנטומיה של איזון בין אינטרסים תקנה 130(א) פותחת בהצהרה על סמכות בית-המשפט או הרשם למנות בכל עת מומחה או מומחים מטעמו לעניין שבמחלוקת בין בעלי-הדין, ובלבד שנתן לבעלי הדין הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיהם בעניין. בדברים אלה אין כל חידוש, שהרי הם אינם אלא חזרה על הוראותיה של תקנה 130 כפי שהיתה בתוקף ערב התיקון. החידוש מצוי בשאר תקנות-המשנה לתקנה 130 החדשה. אלה עוסקות, למעשה, בהסדרת המתח שבין זכויותיהם החוקתיות והדינאיות של הצדדים, מחד גיסא, לבין השיקולים של ייעול ההליך המשפטי לטובת הגשמת התכליות העומדות ביסוד סדרי-הדין, מאידך גיסא⁵⁷. כאמור, מתח זה עלול להתעורר שעה שלצד חוות-הדעת שהגישו המומחים

האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 285 (התשנ"ד), המציין, כי הזכות לחקירה נגדית אינה חלק מכבוד האדם על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; והשור: פרשת לוסקי, לעיל ה"ש 39, שם הכיר בית-המשפט העליון בתוקפה של הנחיה המונעת או מגבילה חקירה שכנגד בבית-הדין לעבודה, וציין כי הוראת סעיף 26 לפקודת הראיות, המענגת את הזכות לחקירה נגדית במצוות המחוקק, אינה חלה על בתי-הדין לעבודה.

השור: פרשת מתן, לעיל ה"ש 32, שם הודגש, כי "כשהמדובר בהליכי ביניים נותר שיקול-דעת בידי בית-המשפט להגביל את החקירה ואין להפוך את החקירה שכנגד בהליכים אלה לחזרה כללית לקראת המשפט" (שם, בעמ' 34). אף שדברים אלו נסבו, כאמור, על החקירה הנגדית בהליכי ביניים, נראה כי אין עוררין על סמכותו הטבועה של בית-המשפט להתוות את היקף החקירה הנגדית גם במהלך שמיעת הראיות בתיק העיקרי. נדמה שלא יהא מי שיחלוק על כך, כי אפילו בשיטה אדוורסרית אין בית-המשפט צריך להיות כבול בעניין זה לרצונם הפרטי – או לגחמותיהם – של הצדדים ופרקליטיהם, והוא רשאי – ואף חייב – להפעיל שיקול-דעת עצמאי בעניין אופן ניהול התיק. אכן, האחריות לניהולו של המשפט מוטלת על בית-המשפט. השור: ע"א 2668/96 וינברג-דורון ושות', ע"ד נ' הרב רבינוביץ, תק"ע 96(2) 63 (1996), בפסקה 4; וע"א 10412/06 כוחי נ' רשות שדות התעופה בישראל (טרם פורסם, 23.4.07), בפסקה 7.

57 ודוק: היחס בין השניים אינו חייב תמיד להיות יחס של ניגוד. אדרבה, אחת התכליות העומדות ביסוד סדרי-הדין הינה לקבוע את הדרך היעילה ביותר להגשמת זכויותיהם של בעלי הדין. ראו: בש"א 4459/94 סלמונוב נ' שרבני, פ"ד מט(3) 479, 482 (1994). תכלית אחרת הינה התווית "כללי משוק" הוגנים לצורך הכרעה יעילה וצודקת בסכסוך שבין בעלי-הדין, וגילוי האמת. מובן, כי גם תכלית זו תלויה במידה רבה בשמירה על זכויותיהם של הצדדים. הנה כי כן, נכון יותר להגדיר את היחס בין זכויות הצדדים לבין תכלית סדרי-הדין כיחס של השלמה או חפיפה, ולא יחס של ניגוד. עם זאת, אין מדובר בחפיפה מלאה, ועל רקע זה משרטטות הוראותיה של תקנה 130 החדשה את נוסחת האיזון הראויה בין שני הערכים.

מטעם הצדדים (תהיינה אלה חוות־דעת בעניין רפואי או שאינו רפואי), מינה בית־המשפט גם מומחה מטעמו לעניין שבמחלוקת וזה הגיש חוות־דעת עצמאית. במקרה כזה, כך קובעת תקנה 130(ב) רישא, לא ייחקרו המומחים מטעם בעלי־הדין, אלא אם כן הודיע מי מבעלי־הדין על רצונו לחקור את מומחי הצדדים, כולם או מקצתם. הוראה זו מכירה בזכותו של בעל־דין לחקור בחקירה שכנגד את המומחה מטעם הצד היריב, כמצוות סעיף 26(א) לפקודת הראיות. בכך מבטא ההסדר את חשיבותה של החקירה נגדית לצורך גילוי האמת ואת עליונותה הנורמטיבית של ההוראה המעגנת אותה במשפט הישראלי. עם זאת, מימוש הזכות לחקירה נגדית כפוף כאמור למתן הודעה מצד בעל־הדין החפץ בקיום החקירה, וזאת בהתאם ללוח־הזמנים ולדרך המותווים בתקנה 130א, שהוספה אף היא לתקנות סדר הדין האזרחי במסגרת תיקון מס' 583.

ניתנה הודעה כאמור, אין בעל־הדין קונה אלא את עצם הזכות לחקור את מומחי הצד שכנגד בחקירה נגדית בעת שמיעת הראיות. אופן מימושה של הזכות לחקירה נגדית, לעומת זאת, הינו, כפי שראינו, נושא המסור לשיקול־דעת בית־המשפט. בנושא זה עוסקת תקנה 130(ב) סיפא, הקובעת, כי החקירה תקיים "באופן ובהיקף כפי שיקבע בית המשפט בהתחשב בנסיבות הענין, ובשים לב לחוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט ולעדויותו". ההנחה המובלעת בהוראה זו הינה, כי במצב הדברים שתואר, המומחה מטעם בית־המשפט ייחקר ראשון, כך שחקירתו זו תוכל לשמש שיקול, בין יתר השיקולים, להכרעה בעניין אופן חקירת מומחי הצדדים והיקפה. אפשר שלאחר חקירת המומחה מטעם בית־המשפט תתבהר התמונה גם ביחס לעמדותיהם של הצדדים כפי שמצאו ביטוי בחוות־דעת המומחים מטעמם.⁵⁹

58 תקנה 130א, שכותרתה "הודעה על רצון לחקור מומחה שהגיש חוות דעת", קובעת כדלקמן: "ביקש מי מבעלי הדין לחקור מומחה שהגיש חוות דעת, יודיע על כך לבית המשפט ולשאר הצדדים שלושים ימים לפחות לפני המועד שנקבע לשמיעת ראיות או בתוך שבעה ימים מקבלת חוות הדעת, לפי המאוחר". מטרתה של תקנה 130א משתלבת היטב בתכלית הכוללת של תיקון מס' 3, שהינה לייעל את הדין, למנוע בזבוז זמן שיפוטי יקר ולטייב את ניהול הסכסוך בין הצדדים תוך שמירה על זכויותיהם הדיניות והחוקתיות. קביעה נורמטיבית המחייבת את בעלי־הדין להודיע באופן ברור ומראש על האופן בו ככוונתם לקיים את זכותם לחקור חקירה שכנגד הינה הכרחית לצורך השגת מטרות אלה, ובנסיבות העניין היא נראית על־פניה כמיתית וסבירה. ודוק: כפי שצוין בדברי ההסבר לתיקון (לעיל ה"ש 1), לוח־הזמנים שקובעת תקנה 130א אינו עומד כסתירה להוראות תקנה 129 החדשה, אלא אדרבה הוא מתיישב עמן. הטעם לכך הוא שבמקרה שחוות־הדעת הנגדית הוגשה, כמצוות תקנה 129, לא יאוחר משלושים ימים לפני מועד הדין, יותרו עדיין לבעל־הדין שקיבלה, המבקש לחקור את המומחה שנתנה, שבעה ימים נוספים להודיע על רצונו לחקור. לבסוף יצוין בהקשר זה, כי תקנה 130א חלה גם על מומחה מטעם בית־המשפט.

59 אפשרות זו עשויה להתקיים בין באמצעות שאלות המעמדות את המומחה מטעם בית־המשפט עם חוות־דעת המומחים מטעם הצדדים, ובין מכוח ההסדר המצוי בתקנה 132 לתקנות סדר הדין האזרחי, המכיר במכותו — ובמצבים מסוימים אף בחובתו — של המומחה מטעם בית־המשפט לעיין בחוות־דעת רפואיות של מומחים שברקו את הצדדים וברשותם רפואיות הנוגעות אליהם.

אכן, לעיתים מוסר המומחה מטעם בית־המשפט את חוות־דעתו לאחר שהומצאו לו חוות־הדעת מטעם הצדדים⁶⁰. באופן טבעי מולידה פרקטיקה זו התייחסות אפולוגטית או אחרת של המומחה מטעם בית־המשפט לאמור בחוות־הדעת של מומחי הצדדים, כך שנושאים אלה עולים ממילא במסגרת חקירתו. כך או אחרת, ברי כי לאחר חקירתו של המומחה מטעם בית־המשפט אין פני הדברים כשהיו קודם לכן בכל הקשור בשאלות שבמומחיות העומדות במחלוקת. ייתכן שחלק מגדרי המחלוקת התייתר או התבהר, וגם אם אין כן הדבר, לכל הפחות יש בחקירת המומחה מטעם בית־המשפט כדי למקד טוב יותר את הצדדים בכל הקשור בחקירת יתר המומחים. במצב עניינים זה, קיום חקירות נגדיות של מומחי הצדדים במוכן האדוורסרי הגורף של הדבר וללא כל הגבלה — משל לא היתה ולא נבראה חוות־דעתו של המומחה מטעם בית־המשפט — אינו תורם לבירור הסכסוך, אלא אדרבה, הוא עלול לסרבלו ולהכביד עליו. מכאן הצורך בהגבלת היקף החקירה הנגדית של מומחי הצדדים, להבדיל משלילת עצם הזכות לחקירה, אשר כאמור אינה בסמכות בית־המשפט או מחוקק־המשנה⁶¹.

ודוק: הפחתה זו במידת האוטונומיה של הצדדים באשר להיקף חקירת המומחים מטעמם מקום שמונה מומחה מטעם בית־המשפט, אינה פוגעת בזכותם להליך נאות או בכל זכות אחרת הקנויה בידם. אדרבה, ניתן אף לומר כי זכותם של הצדדים להליך נאות זוכה למימד אינטנסיבי יותר שעה שמונה גם מומחה מטעם בית־המשפט, שכן היא מוגשמת במצב זה לא רק באמצעות מומחי הצדדים, אלא באמצעות גורם נוסף הנחשב כפקיד בית־משפט. יתר על־כן, במקרה כזה, תקנות סדר הדין האזרחי מעמידות לצדדים מספר כלים דינאיים שאינם מצויים בידם ברגיל. בין אלה ניתן למנות את הזכות לתקן את כתבי טענותיהם לאחר קבלת חוות־דעת המומחה מטעם בית־המשפט בלא צורך בנטילת רשות לכך⁶²; את יכולתם של הצדדים להפנות למומחה מטעם בית־המשפט, באמצעות בית־המשפט, שאלות הבהרה⁶³; ואת יכולתם, אם מדובר במומחה רפואי, לעתור לבית־המשפט בבקשה כי יורה למומחה לבדוק בדיקה נוספת מי שטעון בדיקה ולהגיש חוות־דעת נוספת, או להעמיד מי שטעון בדיקה כאמור לבדיקה נוספת בידי מומחה רפואי

60 כפרשת יפת השמש, לעיל ה"ש 7, קבע בית־המשפט העליון כי כך אמנם ראוי שיעשה (שם, בעמ' 576).

61 בכך גם טמון המענה לדעה שהושמעה, לפיה יש בתקנה 130 כדי לעקוף כביכול את הוראת סעיף 26 לפקודת הראיות. ראו: אברהם סהר "תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005 — עדות מומחים והוכחת עניין שברפואה בבית המשפט" רפואה ומשפט 33, 171 (2005). לדעה זו, כאמור, אין כל יסוד.

62 תקנה 136 לתקנות סדר הדין האזרחי. זכות זו אינה קמה, כנראה, כשוות־הדעת שהוגשה היא של מומחה מטעם הצדדים, ובכל מקרה היא אינה חלה על חוות־דעת ש"המציא" צד לעצמו. ראו: רע"א 9615/06 קריפלובסקי נ' ישיבת נזר ישראל מוסדות תורה (טרם פורסם, 4.2.07) פסק דינו של השופט רובינשטיין.

63 תקנה 134(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי.

אחר⁶⁴. כנגד העצמת כוחם של הצדדים במישור זה, נראית ה"פגיעה" בזכותם לקיים חקירה בלתי-מוגבלת של מומחי הצדדים – ככל שישנה פגיעה כזו – כמידתית וסבירה. יתרונותיה בכל הקשור בייעול הדיון ברורים ומובהקים, ולא זו בלבד שאין היא פוגעת בזכויותיהם המוקנות של הצדדים, היא אף עולה עמן בקנה אחד. האינטרס בדבר ייעול ההליכים – תוך שמירה כמובן על זכויות יסוד – הוא אינטרס ציבורי הפועל לטובת מערכת הצדק בכללותה והפחתת העומס המוטל עליה⁶⁵, אולם בה-בעת הוא גם אינטרס "פרטי" הפועל לטובת בעלי הדין עצמם. הוא מונע הנחת מכשולים בלתי ראויים על דרכי ניהול המשפט⁶⁶. כפועל יוצא מכך, הוא מזרז את בירונו של הסכסוך. ולבסוף, הוא מקדם את פתרוננו הצודק של הסכסוך בעצם העובדה שהוא ממקד את בחינת השאלות שבמומחיות בחקירתו של המומחה מטעם בית-המשפט, המוחזק כנטול פניות ביריבות שבין הצדדים, ואינו נותן יד להפיכתו של ההליך לספינה המיטלטלת באופן בינארי בין גליהן הסוערים של שתי עמדות קוטביות, פרי משיכת החבל ההדדית המאפיינת את השיטה האדוורסרית במובנה הגורף.

האמור עד כה אינו חל מקום שמינוי המומחה מטעם בית-המשפט נעשה בהסכמת הצדדים. מקרה כזה מוסדר בתקנה 130(ג), החוזרת למעשה על העיקרון שנקבע בהלכה הפסוקה, ולפיו משהסכימו הצדדים על מינוי מומחה מטעם בית-המשפט מתפרשת הסכמתם כויתור על הבאת ראיות של מומחים מטעמם לצורך אותו עניין שלשמו מונה המומחה מטעם בית-המשפט⁶⁷. ואכן, התקנה קובעת כי יראו הסכמה זו כהסדר דיוני בין הצדדים, שלפיו לא יוגשו חוות-דעת מומחה מטעם בעלי-הדין; ואם הוגשו כבר חוות-דעת מומחים מטעם הצדדים קודם למינוי המומחה מטעם בית-המשפט, כי אז יראו אותן כאילו לא נתקבלו

64 תקנה 135 לתקנות סדר הדין האזרחי.

65 שיקולים הנוגעים לייעילותו של ההליך הינם שיקולים מוכרים ולגיטימיים בהקשר המערכתי, אף אם הם שורטים לעתים בזכויות דיוניות, ובלבד שיישומם כפועל מאזנם אל מול זכויות חוקתיות ואינו חורג מעיקרון המידתיות. השוו: בג"ץ 3349/05 מזדיקוב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (טרם פורסם, 19.5.05), שם נדחתה עתירה כנגד חוקתיותה של תקנה 204 לתקנות סדר הדין האזרחי, השוללת מנתבע בסדר דין מקוצר את האפשרות להתגונן אלא אם כן ביקש וקיבל רשות מאת בית-המשפט או מאת הרשם. נקבע, מפי השופט רובינשטיין, כי "מטרת התקנות העוסקות בסדר דין מקוצר היא לייעל את ההליכים, לטובת האינטרס הציבורי בהפחתת העומס על בתי המשפט, וזאת בתנאים המנויים בתקנה 202, אשר מטרתם להבטיח כי זכויותו של התובע בתביעתו לא תיעשה בשרירות ובלא בסיס מוצק להסתמך עליו [...] הסדרים אלה שנקבעו על ידי מחוקק המשנה ופורשו על ידי הפסיקה, משקפים איזון ראוי בין האינטרס הציבורי לבין זכות הגישה של הנתבע לבית המשפט, ואין מקום לומר כי הוא אינו מידתי" (שם, בפסקה ו(2) לפסק-הדין). כן ראו: פרשת לב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 502, שם צויין כי יעילות הדיון הינה שיקול מרכזי של הצדק הדיוני.

66 לאינטרס הציבורי שמשפטים יתקיימו בייעילות בלי שיונחו מכשולים בלתי ראויים על דרכי ניהולם, ראו: רע"א 83/01 וייס נ' מרדכי, פ"ד נה(3) 730, 732 (2001).

67 ראו לעיל ה"ש 40, והטקסט הצמוד אליה.

כראיה. לצד זאת נקבע בתקנה 130(ד) כי אין בתקנה 130 בכללותה כדי לגרוע מכוחם של בעלי-הדין להסכים שלא לחקור את המומחה מטעם בית-המשפט, וזאת בין אם מונה בהסכמה ובין אם לאו, ובמקרה כזה לא ייחקר המומחה מטעם בית-המשפט. עם זאת, כדי לאפשר גמישות דינונית במקרים בהם מתקשה בית-המשפט להכריע בשאלה שבמומחיות המצויה במחלוקת בלא חקירה שכנגד, מקנה התקנה שיקול-דעת לבית-המשפט להורות על חקירה כאמור "אם ראה [...] צורך בכך לשם בירור המחלוקת שבפניו".

ה. אחרית דבר

חוות-דעת מומחה אינה "an ordinary guess in evening clothes", כפי שהכתירה אותה מימרה שיפוטית מפורסמת⁶⁸. היא אמורה לבסס הערכה מקצועית ורצינית בעניין שבמומחיות אשר לבית-המשפט אין כלים או ידע לבצעה בעצמו. במובן זה, אין היא ניחוש של חול המסווה עצמו ב"לבוש של ערב". על כן, אין לראות בחוות-דעת מומחה אחות חורגת ביחס לשאר הראיות המובאות במשפט. חשיבותה הרבה של חוות-דעת מומחה נעוצה בכך שהיא מסייעת במימוש מטרותיו של ההליך המשפטי – קרי: הכרעה צודקת ויעילה בסכסוך על-ידי בית-המשפט – מקום שנתגלעה בין הצדדים מחלוקת בעניין שבמומחיות. הגשת חוות-דעת מומחה מטעם בעל-דין מבטאת את זכותו היסודית להבאת ראיות לצורך ביסוס טענותיו במשפט, ובמובן הרחב יותר היא מגשימה את זכות הגישה לערכאות ואת הזכות להליך נאות. הגשת חוות-דעת מומחה מטעם בית-המשפט מבטאת פן אחר של מימוש מטרותיו של ההליך השיפוטי. היא מסייעת הן לבית-המשפט והן לצדדים להגיע לפתרון הסכסוך באופן יעיל יותר, ובפרט אמורים הדברים מקום שניתנת הסכמת הצדדים למינוי מומחה מטעם בית-המשפט. במובן זה, היא מבטאת את האינטרס בדבר יעילותו של הדיון. עיצובם של כללים דינוניים בכל הקשור בעדויות מומחים – בין שמדובר במומחה מטעם בעלי-הדין ובין שמדובר במומחה מטעם בית-המשפט – חייב שיעשה תוך עירנות למכלול האינטרסים ולזכויות החוקתיות עליהם עמדנו לעיל, וכן בשים לב לזכויות החוקיות המצויות אף הן במעמד נורמטיבי גבוה מזה של תקנות סדר הדין האזרחי. תיקון מס' 3 לתקנות סדר הדין האזרחי מבקש לייעל את הדיון בעניין עדויות מומחים ולהתוות את הדרך לפתרון צודק של הסכסוך בין בעלי הדין מקום שהסוגיות העומדות על הפרק מערבות עניינים שבמומחיות. כל זאת, תוך קיום וכיבוד זכויותיהם הדינוניות והמהותיות של הצדדים להליך המשפטי. המגנגונים הדינוניים שנקבעו במסגרתו מבקשים לשרטט נוסחת איזון בין האינטרסים המושכים לצדדים, תוך

68 ראו: Earl M. Kerstetter, Inc. v. Commonwealth of Pennsylvania, 404 Pa 168, 173 (1961);
הובא אצל: M. Frances McNamara, 2,000 FAMOUS LEGAL QUOTATIONS 570 (1967).

ניסיון ליצור הסדר מידתי המאפשר, מחד גיסא, את מימוש הזכות להבאת ראיות והזכות לחקירה נגדית, ומאידך גיסא, את ייעול הדיון ומניעת בזבז זמן שיפוטי יקר והוצאות מיותרות. במאמר זה ביקשנו להצביע על השיקולים העומדים ביסוד התיקון, ולעמוד על מקצת מן השאלות שהתיקון עשוי לעורר. השאלה אם התיקון הגשים את יעדיו, היא שאלה נפרדת, אשר יהא עליה להתברר עם חלוף השנים.