

## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 3754-10-07

לפני: כב' השופטת הילה גרסטל, נשיאה

המבקשים:

1. ד"ר בני וגנר
2. אילנה שליט
3. ליונל קסטל
4. מכון וגנר לטיפול בילדים, נוער ומשפחה

נ ג ד

המשיבים:

1. ד"ר אריק כהן-אדד
2. דן כהן-אדד
3. פלוני (קטין)

### החלטה

לפני בקשה לדחייה על הסף של התובענה, בקשה המבוססת על טענות של פגיעה בעקרון סופיות הדיון, קיומו של מעשה בית דין (השתק פלוגתה), קיומה של חסינות והעדר יריבות (להלן: **"בקשת הסילוק"**).

1. רקע:

המשיב 1 (להלן: **"המשיב"**) הוא רופא כירורג במקצועו אשר החל משנת 2004 מצוי בהליכי גירושין מאשתו השנייה, אנני אסיאג (להלן: **"האם"**). ההליכים נוהלו במקביל בבית הדין הרבני האזורי בנתניה ובבית המשפט לענייני משפחה בכפר סבא (להלן: **"בית המשפט"**) בתמ"ש [15180/04](#). במסגרת ההליכים שנוהלו בבית המשפט נדונה גם שאלת המשמורת והסדרי ראייה של בתם הקטינה המשותפת של המשיב והאם (להלן: **"הקטינה"**), ובמסגרת זו מינתה כב' השופטת

(א)

מקייס ביום 1.11.04 את המבקש 1 (להלן: **"המבקש"**), פסיכיאטר במקצועו המתמחה בפסיכיאטריה של הילד, ובעליו של המבקש 4, כמומחה בתחום הפסיכיאטריה מטעם בית המשפט לצורך ביצוע אבחון מסוגלות הורית למשיב ולאם (להלן: **"האבחון"**).

המבקשים 2-3 הם פסיכולוגים קליניים המועסקים במבקש 4 שבצעו את האבחון, יחד עם המבקש. המשיבים 2-3 הם בניו של המשיב מנישואיו הראשונים.

(ב) במהלך ניהול הליכי הגירושין עברה האם ללא ידיעת המשיב להתגורר עם הקטינה בשכונה חרדית בירושלים, ולטענת המשיב, תוך שהיא מנתקת את הקטינה מאחיה, המשיבים 2-3, וממעטת במפגשים בינו לבין הקטינה.

בסופם של ההליכים בבית המשפט, ובהתבסס על חוות הדעת שהוגשה ביום 22.3.05 בה המליץ המבקש שהמשמורת על הקטינה תינתן לאם (להלן: **"חוות הדעת"**), אימצה כב' השופטת מקייס את מסקנות חוות הדעת וקבעה שהמשמורת על הקטינה תהא אכן נתונה לאם. ערעור שהוגש על ידי המשיב לבית המשפט המחוזי נדחה וכן גם בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון.

(ג) בעקבות פסק הדין הגישו המשיבים את תביעת הנזיקין דנן נגד המבקשים בגין נזקים שנגרמו להם, לטענתם, כתוצאה מחוות הדעת שמסקנותיה מתבססות, לשיטתם, על אבחונים רשלניים. המשיבים טוענים כי משאימץ בית המשפט את מסקנות חוות הדעת ונותק הקשר בין המשיבים לבין הקטינה נגרמה פגיעה הן במצבה הנפשי של הקטינה הן במצבו של המשיב שטוען גם לפגיעה גופנית העולה כדי נכות תפקודית צמיתה.

(ד) המבקשים הגישו כתב הגנה וכן הגישו בקשה לסילוק על הסף מטעמים שונים אליהם אתייחס בהמשך, ולבקשה זו הוגשו תשובות.

(ה) ניסיון הגישור שנעשה בין הצדדים נכשל, והגיעה העת ליתן החלטה בבקשה.

2. טענות הצדדים:

טענות המבקשים:

(א) המבקשים טוענים בבקשה שיש לדחות התובענה נגדם על הסף מהטעם שהתובענה מהווה ניסיון עקיפתו של עקרון סופיות הדיון, שהרי המשיבים מנסים לערער על פסק דין סופי וחלוט במסווה של תובענת נזיקין נפרדת וחדשה. במעשיהם אלו של המשיבים, טוענים המבקשים, נפגע עקרון סופיות הדיון, שכן אם תדחה בקשת הסילוק יוגשו אותן הראיות וישמעו אותן העדויות שהוצגו, נשמעו והוכרעו בהליך הקודם שהסתיים זה מכבר. המשיבים זכו ליומם בבית המשפט ודיון מחדש בתובענה עלול אף לגרום למצב של הכרעות סותרות באותן מחלוקות.

(ב) ממשיכים המבקשים וטוענים לקיומו של השתק פלוגתה המקים מחסום דיוני בפני המשיבים מהעלאת טענות שהוכרעו כבר בהליך המשפטי הקודם, בו ניתנה למשיבים האפשרות לשטוח טענותיהם בכל הנוגע לחוות הדעת. לאחר שביט המשפט אימץ את מסקנות חוות הדעת ודחה את טענות המשיבים נגדן, הרי שעסקינן בפלוגתה שהוכרעה, בין במפורשות בין מכללא, וההכרעה בה הייתה חיונית לתוצאה הסופית של ההליך, ואין להידרש לה עתה בשנית.

(ג) כמו כן טוענים המבקשים שמתוקף מינויים כעדים מומחים מטעם בית המשפט שמילאו כדין את חובותיהם, חלה עליהם החסינות הקבועה בסעיף 8 [לפקודת הנזיקין](#) [נוסח חדש] (להלן: "הפקודה") ומכוחה של ההלכה הפסוקה לא ניתן להגיש נגדם תובענה בגין עוולה שעשו בעת מילוי תפקידם המעין שיפוטי.

(ד) לבסוף טוענים המבקשים שבין נזקיהם הנטענים של המשיבים לבין חוות הדעת קיים "ריחוק תוצאתי" השולל קיומה של יריבות משפטית בין המבקשים למשיבים, שכן חוות הדעת אינה באה במקום שיקול הדעת וההכרעה השיפוטית. היינו, בפסק הדין, אף אם אומצו מסקנות חוות הדעת במלואן, נותק הקשר הסיבתי בין חוות הדעת לבין נזקיהם הנטענים של המשיבים.

### **טענות המשיבים:**

(ה) המשיבים גורסים שיש לדחות הבקשה על כל חלקיה ומציינים שלכתב התביעה צורפה חוות דעת שנערכה על ידי מומחית בתחום הפסיכיאטריה, פרופ' ברכה גאוני, וזו תומכת בעמדתם שחוות הדעת נערכה ברשלנות ומסקנותיה שגויות. עמדתם זו מתחזקת נוכח העובדה שלאחר שעברה האם עם הקטינה למקום מגוריהן החדש בירושלים נתבקש המבקש לשוב ולאבחן מחדש את מציאות המגורים החדשה, אך כשל לעשות כן.

(ו) לגופן של טענות המבקשים, עונים המשיבים שסעיף 35 לפקודה קובע את חובת הזהירות המושגית והקונקרטית על פי מבחן הציפיות. על פי מבחן הזהירות המושגית יחשב כנפגע כל מי שניתן לצפות את פגיעתו ממעשי המזיק, שעה שלמזיק חובה מוסרית-חברתית להביאו בחשבון כמי שעלול להיפגע ממעשיו. נוכח מבחן זה ניתן להסיק שלמומחה מטעם בית המשפט קיימת היכולת לצפות שאם יתרשל במלאכתו ואם לא ינקוט אמצעים המקובלים במקצועו בעת עריכת חוות הדעת, ייגרם נזק.

(ז) ממשיכים המשיבים וטוענים שאין תחולה במקרה דנן לסעיף 8 לפקודה שכן אם לא תוכר חובת הזהירות כלפיהם, כמתדיינים, ותינתן חסינות לעורכי חוות הדעת, קרי המבקשים, יפגע האינטרס הציבורי בהרתעה ובשמירה על עקרון תום הלב של המומחה המחויב במתן חוות דעת העומדת בסטנדרט הראוי. מצב זה יביא לתוצאה בה מומחה שהכין חוות דעת רשלנית, כלל בה עובדות שאינן נכונות ועקב כך נגרמה הטעייתו של בית המשפט, לא יחוב כל חבות אישית בגין מחדליו.

(ח) מוסיפים המשיבים שיש לראות במבקשים כבעלי מעמד של עובדי ציבור, מהטעם שהמבקש פנה למכרז ציבורי במטרה להיכלל במאגר המומחים של בית המשפט ומכוחו מונה על ידי ערכאה שיפוטית למלא תפקידו עבור השירות הציבורי. נוכח האמור יש להחיל על המבקשים דווקא את סעיף 7 לפקודה ולא את סעיף 8 לפקודה, כפי שנטען בבקשה. היינו, המבקשים אינם יכולים ליהנות מחסינות שעה שנתבעים הם בגין עוולת הרשלנות ואין הם יכולים להתגונן בטענה שפעלו בתחום סמכותם.

(ט) המשיבים טוענים גם שלמבקשים לא יכולה לעמוד חסינות מתוקף היותם "עדים" בהליך משפטי, שכן עדותם התבססה על מומחיותם המקצועית, קרי עדות סברה. בנוסף, יכולתם של בעלי הדין לערער על מסקנות המומחה, בעיקר שמדובר במומחה יחיד, מטבע הדברים מוגבלת. על כן המבקשים, בכובעם כמומחים מטעם בית המשפט, אינם זכאים לחסינות המוקנית לעדים בהליך משפטי.

(י) באשר לטענת המבקשים שאין כל יריבות בין המבקשים למשיבים, שכן פסק הדין הוא שגרם, כביכול, לנזק הנטען למשיבים בעוד חוות הדעת ניתנה אך ככלי עזר לבית המשפט ואין בה הכרעה לגופה של המחלוקת, טוענים המשיבים שהדברים נכונים שעה שלא הייתה התרשלות בהכנת חוות הדעת, אך אלו אינם פני הדברים בתובענה דנן. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף לנוכח העובדה שבית המשפט אינו בעל המומחיות בתחום, ועל כן הורה על הכנת חוות הדעת. בנוסף, מדובר בתחום

הפסיכיאטריה, שאינו תחום טכני אלא נתון לפרשנות סובייקטיבית נרחבת של המומחה ולבית המשפט אין כלים לדעת האם חוות הדעת הוכנה באופן פסול.

(יא) לעניין טענת המבקשים בדבר סופיות הדיון טוענים המשיבים, שעל תובענות בענייני משמורת והסדרי ראייה המתבררות לפני בית המשפט לענייני משפחה לא חל עיקרון סופיות הדיון מהטעם שעסקינן "בהליך מתמשך" מטבעו. כמו כן, אף אם תתקבל התובענה במלואה לא יהיה בכך כדי לערער על פסיקת בית המשפט לענייני המשמורת שכן הסעד המתבקש בתובענה דנן הוא פיצויים. ובמילים אחרות, עסקינן בתובענה הנסמכת על עילה נפרדת וחדשה נגד מי שלא היה בעל דין בהליך הקודם.

(יב) עוד טוענים המשיבים שבענייננו לא קם השתק פלוגתה שמתקיים רק בין יריבים לדין ואילו המבקשים כלל לא היו בעלי דין של המשיבים בהליך הקודם, אין התובענה דנן עוסקת באותה פלוגתה, לא התקיימה התדיינות באשר לטענות המשיבים לעניין רשלנות חוות הדעת ולא נקבעו ממצאים בפלוגתאות אלו העולות בתובענה דנן.

(יג) המשיבים סבורים שעל המבקש, כמומחה רפואי, חל בראש ובראשונה [חוק זכויות החולה](#), תשנ"ו-1996 המכתיב עקרונות אתיים מהם אינו יכול לסטות גם בעת מתן חוות דעת לבית המשפט. נכון הדבר גם לגבי מבקשים 2-3 הכפופים ל[חוק הפסיכולוגים](#), תשל"ז-1977. בנוסף, טוענים המשיבים שביניהם לבין המבקשים קיים חוזה מכללא מכוחו מצופה שהמומחה יפעל בהגינות תוך הפעלת שיקול דעת סביר.

(יד) נוכח האמור טוענים המשיבים שקבלת הבקשה טרם בירור המשפטי של טענותיהם היא סעד קיצוני וחמור, וזאת לאחר שהמשיבים הציגו, ולו אף לכאורה, תשתית ראייתית הנתמכת בחוות דעת מומחה לתמיכה בטענותיהם.

#### **תשובת המבקשים:**

(טו) המבקשים חוזרים על טענותיהם שהתובענה דנן הוגשה במסווה של תובענה נזיקית אך בפועל תגרום לדיון מחודש באותן טענות שלגביהן ניתן פסק דין סופי וחלוט. טענותיהם של המשיבים לעניין חוות הדעת התבררו לפני בית המשפט לענייני משפחה לאחר ששמע את עדויות הצדדים אודות חוות הדעת, לרבות חקירת

המבקשים בעניינה, וטענות אלו כאמור נדחו. נוכח האמור חל בענייננו השתק פלוגתה.

(יט) ממשיכים המבקשים וטוענים שהעובדה שלא היו צד להליך הקודם אינה רלוונטית שכן השתק פלוגתה קם גם במצב בו נקבע ממצא נגד בעל דין המנהל עתה הליך נוסף נגד בעל הדין שלא היה צד להליך הראשון. בנוסף, העדר היריבות בין הצדדים בהליך הקודם אין בה כדי לפגוע בהשתק פלוגתה בתובענה דן, שכן תנאי היריבות נדרש רק מקום שעולה טענת ההשתק בין מי שהיו צדדים משותפים להליך הקודם והופכים ליריבים בהליך הנוסף, סיטואציה שאינה מתקיימת בענייננו.

(יז) עוד טוענים המבקשים שעל פי ההלכה הפסוקה לא נדרשת הכרעה פוזיטיבית בפלוגתה וכדי שיקום השתק פלוגתה די בהכרעה העולה מכללא מפסק הדין הסופי בהליך הקודם. כמו כן אין להישמע לטענת המשיבים שפסק דין בהליכי משמורת מטבעו הוא פסק דין מתמשך שלא ניתן לטעון לגביו לפגיעה בעקרון סופיות הדין.

(יח) לבסוף טוענים המבקשים, שעל כל טענה או השגה לעניין חוות הדעת להתברר באותו הליך משפטי במסגרתו הוגשה חוות הדעת ואין לאפשר למשיבים, שאינם מרוצים מחוות הדעת, הגשת תביעת רשלנות נגד המומחים שערכו אותה. ואכן, בהליך המשפטי לפני בית המשפט לענייני משפחה השתמשו המשיבים בכלים המוקנים להם במסגרת אותו הליך והעלו בכתבי הטענות מטעמם את טענותיהם לעניין חוות הדעת, ניהלו חקירות למומחים, הציגו ראיות כדי לסתור את מסקנות חוות הדעת, ורק בתום ההליכים דחה בית המשפט את טענותיהם.

### 3. דין והכרעה:

לאחר שעיינתי בבקשת הדחייה, בתגובת המשיבים ובתגובת המבקשים לתגובה החלטתי לדחות את בקשת הסילוק.

(א) תקנה 101 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "התקנות"), מורה באילו מקרים תדחה תובענה על הסף.

הסעד של דחיית תובענה על הסף הוא סעד קשה וקיצוני שבית המשפט יזהר מלעשות בו שימוש תכוף. זאת, משום שדחייתה של תביעה על הסף מונע מתובע את זכותו להביא את ענייניו לפני בית המשפט. הלכה פסוקה היא שדחייה על הסף

היא אמצעי חמור שיש להפעילו בזהירות רבה (ע"א 124/63 אחוזת גוש 6212 נ' חסין, פ"ד יז (2) 1340 (1963)).

במילים אחרות, כאשר קיימת אפשרות, ולו קלושה, שעל פי העובדות המהוות את עילת התביעה יזכה התובע בסעד שהוא מבקש, אין מונעים ממנו להיכנס בשערי בית-משפט (ראו ע"א 642/89 עזבון המנוח שניידר ז"ל ואח' נגד עיריית חיפה ואח', פ"ד מו (1) 470, 476-477 (1992); ה"פ (מחוזי חי) 335/96 ויניק חברה לבנין בע"מ נ' סרביאן (לא פורסם, ניתן ביום 8.6.98); ע"א 35/83 חסין נ' פלדמן, פ"ד לז (4) 721 (1983); וכן י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, בעריכת ד"ר שלמה לוי, (תשנ"ה-1995) 387).

הטעם לזהירות הרבה בה נוקטים בתי המשפט בבקשות לדחייה על הסף נובע, בין היתר, מהעובדה שדחיית תובענה מהווה מעשה בית דין, ובעל הדין לא יוכל לשוב ולהגישה בעתיד. ולכן, ככלל, יעדיף בית המשפט, שסכסוכים בין בעלי הדין יוכרעו לגופו של עניין ולא יסתיימו בפתרון דיוני פורמליסטי (ראו ע"א 693/83 שמש נ' רשם המקרקעין ואח', פ"ד מ (2) 668, 671-672 (1986); ע"א 2452/01 אורן, עו"ד נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח (1) 577, 582 (2003)).

(ב) בענייננו, עותרים המבקשים לדחייתה על הסף של התובענה נגדם מנימוקים שונים: חסינותם של מומחים מטעם בית המשפט, שמירה על עקרון סופיות הדיון, קיומו של מעשה בית דין והיעדר יריבות בינם לבין המשיבים. אתיחס לטענות אלו אחת לאחת.

#### חסינות מומחה שמונה מטעם בית המשפט

(ג) סעיף 8 לפקודה מעניק הגנה מפני תביעה בנזיקין לכל "המבצע פעולת שיפוט" בגין עוולה שעשה במילוי "תפקידו השיפוטי", וזו לשונו:

#### **"8. רשות שופטת**

אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר - לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי".

מהוראת הסעיף ניכר שהחסינות נתונה לבעל משרה שיפוטית ובורר בכלל זה, לגבי כל עוולה שבוצעה במילוי התפקיד השיפוטי. הסעיף מקים מחסום דיוני בפני הגשת תביעה בנזיקין נגד בעל משרה שיפוטית ובורר. אין מדובר בהיעדר אחריות מהותית בנזיקין אלא במחסום דיוני לאכוף אחריות זו באמצעות תביעה (י' אנגלרד "יסודות האחריות בנזיקין" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, 142 (ג.טדסקי עורך, 1969)).

(ד) החסינות על-פי [פקודת הנזיקין](#) היא חסינות רחבה החלה במצבים של חריגה מסמכות במילוי התפקיד ומקיפה סיטואציות של פעולות רשלניות. מקור החסינות על-פי סעיף 8 לפקודה הוא הרצון לשמור על אי-התלות ועל העצמאות של נושאי משרה שיפוטית ובוררים מתוך אמון בסיסי ברמתם וביכולתם, וכן מתוך ההכרה שהמקרים של סטייה משורת הדין הם מעטים עד שאי-הצדק העלול להיגרם עקב החלת החסינות אינו שקול כנגד הנזק לאינטרס הציבורי העלול להיגרם מהתערבות בפעולת השופטים והבוררים (א. ברק "חסינות מאחריות או מתביעה: שלילת זכות הניזוק או שלילת תביעתו" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 392 (ג.טדסקי עורך, 1969); [רע"א 6830/00 אריה ברנוביץ נ' משה תאומים, פ"ד נז\(5\) 691 \(2003\) \(להלן: "עניין ברנוביץ"\)](#)).

(ה) כאמור, המבקשים טוענים שמאחר שמונו כמומחים מטעם בית המשפט למתן חוות דעת חל בעניינם סעיף 8 לפקודה שאינו מאפשר הגשת התובענה דנן נגדם בגין עוולה שביצעו, כביכול, במסגרת תפקידם. ובמילים אחרות, כמומחים מטעם בית המשפט ביצעו הם תפקיד "שיפוטי" או "מעין שיפוטי" ועל כן עומדת להם חסינות מפני תביעה הנזיקין דנן בדומה לחסינות העומדת לרשות השופטת או למוסד הבוררות. איני מקבלת טענה זו.

(ו) הפסיקה הכירה ב"פעולות שיפוטי" שבוצעו בידי אדם או גוף, שאינם בית משפט אך מבצעי פעולות שיפוטי, כראויים ליהנות מהחסינות מפני אחריות בנזיקין הנתונה לרשות השופטת אם מתקיימים שני אלה: האחד, הפעולה המבוצעת על ידי אותו אדם או גוף היא פונקציה שיפוטית מבחינת דיני הנזיקין, והשני, שההליך בו בוצעה הפעולה הוא הליך דמוי שיפוטי. סבורה אני שלא ניתן לראות במומחה מטעם בית המשפט, המכין חוות דעת עבור בית המשפט, כמקיים דרישות אלו ([ע"א 324/82 עיריית בני ברק נ' ברוך רוטברד, פ"ד מה\(4\) 102\(1991\)](#)).



(ז) בתי המשפט נזקקים, במקרים רבים, לצורך ייעול הדיון להכריע בפלוגתאות המצריכות חוות דעתם האובייקטיבית של מומחים רפואיים בכך ניתן למנוע התארכות הדיון תוך עינוי דין לצדדים ובזבוז זמנו של בית המשפט ([ע"א 521/77](#) **אשר ברוור נ' רשות הנמלים**, לב (2) 416 (1978)). כאשר מתמנה מומחה רפואי על-ידי בית המשפט, עליו להגיש את חוות-דעתו בכתב לבית המשפט שמינהו, וחוות-דעתו זו היא בגדר "עדות מומחה" לפי סימן ג' בפרק ב' [לפקודת הראיות](#) [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: "**פקודת הראיות**"). כידוע, הצדדים רשאים לדרוש מן המומחה הבהרות בקשר לחוות דעתו, ואף לחקור אותו בעל פה בבית המשפט בקשר לכך, כפי שעולה מתקנה 134(ג) לתקנות ומסעיף 26(א) [לפקודת הראיות](#) ([בג"צ 1199/92 אסתר לוסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז\(5\) 734 \(1993\)](#)). אמנם ניתן לראות את המומחה מטעם בית המשפט כזרועו הארוכה של בית המשפט הנסמך על חוות דעתו של המומחה ועל מסקנותיה המקצועיות, ואולם, סמכות ההכרעה אם לקבל את מסקנות חוות הדעת או לדחותן נתונה בידי בית המשפט. משכך, תפקיד המומחה הוא אך לחוות דעה מקצועית ובמידת הצורך להיחקר על מסקנותיו ואין הוא נדרש להכריע בסכסוך. נוכח האמור לא ניתן לגזור גזרה שווה מתפקיד הבורר (עניין ברנוביץ [לעיל](#)), לו נתונה החסינות השיפוטית, לתפקידו של המומחה, כפי שסברו המבקשים. משלא ניתן לראות בתפקיד המומחה כפונקציה שיפוטית מבחינת דיני הנזיקין, היינו, אין התפקיד עונה על התנאי הראשון לקיומה של חסינות לאדם שאינו בית המשפט, ועל אף שההליך במסגרתו מבוצע התפקיד הוא הליך משפטי, אין המומחה יכול ליהנות מהחסינות הנתונה לרשות השופטת ואין לראותו כממלא תפקיד "מעין שיפוטית".

(ח) לחילופין, טוענים המבקשים שאם לא תתקבל פרשנותם לעניין תחולת סעיף 8 לפקודה אזי מוקנית להם החסינות מעצם היותם עדים בהליך משפטי.

חסינות עדים השתרשה בהלכה הפסוקה, וראשיתה [בע"א 572/74 עו"ד מרדכי רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט\(2\) 5 \(1975\)](#), בדבריו של כב' השו"קיסטר:

"...הצורך בחסינות הוא רק כאשר קיימת הוראת כללית המטילה אחריות והמחוקק רוצה לשחרר סוג מסוים של אנשים מאותה אחריות. אילו היתה בחוק הוראה כללית הקובעת את אחריותו של אדם לכל דיבור כוזב היוצא מפיו והגורם נזק, היה צורך בהוראת חסינות לעדים, אך בהעדר הוראה כללית שכזו אין צורך בסעיף המקנה חסינות לעדים מפני תביעות אזרחיות... על-כן, מכך שבפקודת הנזיקין לא

נקבעה לעד חסינות באותו היקף כמו זו שניתנה לשופטים לפי סעיף 8 לפקודה, אין ללמוד שהעד אחראי בנזיקין לדברים שאמר בעדותו.

העולה מן האמור ביחס לחקיקה בארץ, שאין שום הוראה לפיה ניתן לתבוע עד בנזיקין בשל עדותו, ואין סיבה לסטות מן הפסיקה האנגלית בענין זה. טובת הציבור היא שלא לתת ביד נאשם כלי לרדוף ולהטריד את העדים על-ידי הגשת משפטים כדי שהם יסרבו לבוא להעיד. לפיכך כדי לקיים משפט הוגן בין אדם לחברו או במשפט פלילי, יש להגן על העדים שיתנו את עדותם באופן חפשי ללא פחד מפני התנכלות להם על-ידי סיבוכים במשפטים, מהם יהיו צפויים אף לכך שעדי שקר יעידו נגדם ויחייבום שלא כדיון. זאת ועוד, המדינה מחייבת כל עד היודע דבר עדות לבוא ולהעיד, והיא אף כופה אותו לכך על-ידי הטלת קנסות ומאסר, לכן על המדינה לנצור מכל משמר את החופש של העדים ולשחררם מכל לחץ ואיומים (הדגשות שלי-ה.ג.).

כאמור, אין הוראת חוק מכוחה ניתן לחייב עד בנזיקין בשל עדותו, עם זאת עדות מומחה מטעם בית המשפט אינה שקולה לעדות רגילה של עד המספר את שקלט באמצעות חושי. מומחה מוסר עדות שרובה היא עדות סברה המתבססת על ניתוח מקצועי של הנתונים העובדתיים המובאים לפניו. היינו, העד המומחה חובש שני כובעים: בכובעו האחד של המומחה והשני של העד. אין חולק שכובעו כמומחה הוא כובעו העיקרי ואילו כובעו כעד הוא תפקידו המשני והנלווה, ומשום כך, לדעתי, אין לראות את עדות המומחה כעדותו של עד רגיל ולהסיק שכפי שמוקנית חסינות לעד המעיד בהליך משפטי, כך יכול גם המומחה לחסות תחת צילה של חסינות זו באופן מוחלט.

מודעת אני לחשש מהיווצרותה של הרתעת יתר ממתן חוות דעת אם תוכר אחריות בנזיקין למומחים מטעם בית המשפט. הם עלולים להימנע ממתן חוות דעת והדבר עלול לגרום לעלויות משפט גבוהות מאחר שאותם מומחים ידרשו שכר גבוה למימון פוליסות האחריות המקצועית, כטענת המבקשים בבקשה. חרף האמור סבורה אני שיש ליתן משקל לשמירה על מערך הרתעתי שיביא ליתר מודעות, ליתר תשומת לב וליתר זהירות של המומחה המחייבים הכרה באחריותו במצבים קיצוניים בהם יוכח, שנהג ברשלנות רבתי.

ובענייננו, אין מקום לקבוע עתה, טרם שמיעת העדויות והגשת הראיות בתיק, שלא קיימת אחריות מושגית של עד מומחה מטעם בית המשפט כלפי הצדדים להליך המשפטי (בר"ע (י-ם) 2315/00 מדינת ישראל נ' אבי פרידמן (לא פורסם), ניתן ביום

(ט)

12.3.01; ע"א (מחוזי-חי) 1667/03 אינטרדקו בע"מ נ' אשר אסבן (לא פורסם, ניתן ביום 12.9.04).

(י) משקבעתי שאין להחיל על מומחה מטעם בית המשפט את החסינות מכוחו של סעיף 8 לפקודה איני נדרשת להכריע בטענות המשיבים בתגובתם שיש להחיל על מומחה מטעם בית המשפט את סעיף 7 לפקודה ולא את סעיף 8 לפקודה.

### סופיות הדיון

(יא) טענה נוספת שמעלים המבקשים עוסקת בפגיעה בסופיות הדיון. לשיטתם, המשיבים זכו ליומם בבית המשפט והדיון בתובענה דן מנוגד לעקרון סופיות הדיון, שכן ייפתחו מחדש אותן מחלוקות שהוכרעו זה מכבר וקיים אף חשש למתן הכרעות סותרות במחלוקות אלו. גם טענה זו דינה להידחות.

(יב) כידוע, כלל סופיות הדיון מיועד לשים קץ לדיונים משפטיים ומניעת הטרדתו של בעל דין באמצעות התדיינות חוזרת בעניין שכבר נפסק. בבסיסו של כלל זה עומד השיקול של טובת הציבור שיהיה סוף לדיונים המשפטיים וכן האינטרס החברתי של עשיית צדק עם בעל הדין שכנגד שלא יוטרדו הוא ומערכת המשפט פעם נוספת בגין אותה עילה או פלוגתה.

"...שינוי שיתחולל בקונספציה העקרונית לגבי היקף חלותו של כלל ההשתק, באופן שגם זר להליך הראשון יהא רשאי ליהנות ממעשה בית דין שיצא בהתדיינות בין בעל הדין יריבו לבין אחר, יחייב בחינה מחדש של המושג "היה יומו בבית המשפט", באופן שיהא הולם שינוי זה. במשפט הישראלי טרם התחולל השינוי..."

במילים אחרות, על מנת שיהיה ניתן להצדיק "חסימת טענותיו" של בעל הדין כלפי זר להליך, חייבת להשתנות התפישה הקונוונציונלית של המושג "היה לו יומו בבית המשפט". תפישה זו חייבת לקבל משמעות מיוחדת, שאינה מסתפקת רק בבחינת יכולתו האובייקטיבית של בעל הדין למצות את זכותו במלואה, אלא מתייחסת גם להיבט הסובייקטיבי: לאמור, לשיקולים המשקפים את המוטיווציה שהיתה לבעל הדין, כמתדיין באותו הליך קודם, להשקיע מאמץ, זמן ומשאבים בבירורה של הפלוגתה

אין מחלוקת שהמבקשים לא היו צד להליך שהתנהל בבית המשפט לענייני משפחה, ועל כן נדרשת הקפדה יתרה בבירור השאלה האם היה למשיבים יומם המלא בבית המשפט. כפי שאבהיר בהמשך, איני סבורה שבית המשפט לענייני משפחה הכריע בטענות המשיבים לעניין חוות הדעת ומשום כך ספק אם זכו ליומם המלא בבית המשפט.

(יג) למעלה מן הצורך אתייחס לטענת המשיבים שהליכי משמורת ילדים המתנהלים בבית המשפט לענייני משפחה הם הליכים בעלי "אופי מתמשך" מטבעם ועל כן לא ניתן להעלות נגדם את טענת סופיות הדיון.

איני מסכימה עם פרשנות זו.

אכן פסק דין בענייני משמורת ילדים או מזונות ניתן לשינוי עת שונו נסיבות המקרה, אך אין בכך שביצעו נמשך גם בעתיד כדי למנוע העלאת טענה של פגיעה בעקרון סופיות הדיון.

לעניינינו יפים דברי של כב' השופט כהן בביד"מ 1/60 אפרים וינטר נ' אלה מסיה בארי, פ"ד טו(2)1457, 1473-1472(1961):

"מה נשתנה עניין מזונות וכל עניין הקשור בשלומם ובטובתם של ילדים קטינים מכל עניין אחר – שמשפט בית משפט או בית דין בעניין אחר, נעשה "מעשה בית דין" ואין בעל דין רשאי לעורר אותו עניין שנית לא באותו בית משפט או בית דין שפסק בו לראשונה, ולא בבית משפט או בית דין אחר. מה שאין כן בענייני מזונות או בעניינים הנוגעים לילדים, שגם לאחר שפסק בהם בית משפט או בית דין מוסמך, אין מניעה שאותו בית משפט או בית דין אחר יחזרו וידונו ויפסקו בעניינים ההם שנית ושלישית ורביעית, ככל ששינוי העיתים והנסיבות יחייבו.

ברם טעות היא לחשוב שיש כאן סטייה כלשהי מן הכללים הידועים של מעשה בית דין" הנהוגים לגבי פסקי דין סופיים אחרים: באותן הנסיבות אשר בהן ניתן פסק דין למזונות או להחזקת ילדים, גם פסק דין כזה סופי הוא, והוא מונע, ככל פסק דין סופי אחר, כל אחד מבעלי הידן לעורר אותו עניין שנית, אם בבית המשפט שנתן את הפסק ואם בבית משפט אחר..."(הדגשות שלי- ה.ג.)

עניינינו רואות שאף לגבי הליכי מזונות ומשמורת ילדים המתנהלים בבית המשפט לענייני משפחה ניתן להעלות את טענת הפגיעה בעקרון סופיות הדיון ותחולת כלל מעשה בית דין. עם זאת, במקרה שלפנינו, עסקינן בצד שהוא זר להליך הראשון ושעה שלא הוכח שבית המשפט לענייני משפחה הכריע בטענות המשיבים לעניין הרשלנות הנטענת בעריכת חוות הדעת אני דוחה את טענת המבקשים שבירור התובענה דנן לגופה עלול לפגוע בעקרון סופיות הדיון.

### מעשה בית דין

(יד) המבקשים עותרים לדחיית התובענה על הסף גם מחמת מעשה בית דין בשל השתק פלוגתה המקים, לטענתם, מחסום דיוני לפני כל תביעה נוספת של המשיבים בשל אותה פלוגתה שנדונה בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה.

(טו) לכלל מעשה בית דין שני שיקולים עיקריים: האחד, מגלם את האינטרס הציבורי בסופיות הדיון המשפטי ומניעת העמסת-יתר על מערכת המשפט לקיים התדיינויות נוספות בעניינים שכבר הוכרעו מקום שחסימת דיון נוסף לא תפגע בעשיית הצדק, והשני, עניינו בבעלי הדין עצמם. לבעל הדין אינטרס מובהק שלא יוטד בשנית בשל עילה או פלוגתה בה התדיין בעבר בפני בית המשפט, כך, לא יצטרך בעל הדין לשמור על ראיותיו ולא לחשוש כי בעתיד נכון לו מאבק משפטי נוסף, המצריך השקעת משאבים רבים, בעניין זהה לזה שכבר הוכרע בעבר (ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון פ"ד מא(1) 68 (1997); ע"א 253/84 ספיר נ' ספיר פ"ד מב(3) 14 (1988); ע"א 4087/04 גורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 8.9.05); עניין ברנוביץ לעיל וכן זלצמן (15-12).

(זט) לכלל מעשה בית דין שני ענפים המבטאים את אותו הרעיון והמבוססים על אותם השיקולים - השתק עילה והשתק פלוגתה.

המבקשים כאמור עותרים לדחייה על הסף מחמת השתק פלוגתה. כלל השתק פלוגתה הוסבר עוד בפרשת ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני פ"מ כב(2) 561, 584 (1968) (להלן: "עניין קלוז'נר") מפי הנשיא אגרנט:

**"הכלל העיקרי האחר הוא: אם במשפט הראשון הועמדה במחלוקת שאלה עובדתית מסויימת, שהיתה חיונית לתוצאה**

הסופית, והיא הוכרעה שם, בפירוש או מכללא, כי אז יהיו אותם בעלי הדין וחליפיהם מושתקים מלהתדיין לגביה מחדש במשפט השני, חרף אי-הזיות בין העילות של שתי התביעות. העיקר הזה ידוע בשם הכלל של EADEM QUAESTIO ויש המכנים אותו בשם "השתק עקיף" (COLLATERAL ESTOPPEL) או "השתק הפלוגתה" (ISSUE ESTOPPEL).

... כדאי להבהיר כי לשם תחולת הכלל האחרון, דרוש לא רק שהנקודה העובדתית, שנטענה, הועמדה במחלוקת במשפט הקודם, אלא גם שפסק-הדין מבליט, במפורש או מכללא, שאמנם נפלה שם הכרעה לגביה. שאם לא כן, לא יהיה בפסק-הדין כדי להשתיק את העלאת הטענה העובדתית מחדש במשפט השני."

עינינו רואות שממצא שנקבע על ידי בית משפט בפלוגתה כלשהי בלא שהתקיימה לגביה התדיינות, אין בו כדי למנוע התדיינות נוספת באותה פלוגתה. עם זאת, התדיינות בפלוגתה כלשהי שהסתיימה בלא קביעת ממצא אין בכוחה להקים השתק פלוגתה, שהרי באין הכרעה אין ממצא שלא ניתן לסותרו. רק כשהפלוגתה העולה במסגרת ההליך השני היא אכן אותה הפלוגתה שנדונה והוכרעה במסגרת ההליך הראשון אפשר לומר שאכן מוצתה זכות ההתדיינות של בעל הדין במסגרת אותו הליך.

(יז) כדי שתקום תחולה לכלל השתק הפלוגתה יש לעמוד בארבעה תנאים עיקריים :

**התנאי הראשון** מחייב שהפלוגתה העולה בכל אחת מההתדיינויות היא אותה הפלוגתה, על רכיביה העובדתיים והמשפטיים.

**התנאי השני** עניינו קיומה של התדיינות בין אותם הצדדים באותה פלוגתה במסגרת ההתדיינות הראשונה, היינו שבעל הדין, שנגדו נטען השתק הפלוגתה זכה ליומו בבית המשפט בקשר לאותה הפלוגתה.

**התנאי השלישי** הוא שהתדיינות הסתיימה בהכרעה, מפורשת או מכללא, של בית המשפט באותה הפלוגתה בקביעת ממצא פוזיטיבי.

**התנאי הרביעי** הוא שההכרעה הייתה חיונית, להבדיל מהכרעה שולית או איזוטרית, לצורך פסק הדין שניתן בתובענה הראשונה (זלצמן, 140-143).

(יח) בעניינינו, תמוה בעיני כיצד לא צורף, בכתבי הטענות או בבקשה ובתגובותיה, פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה, לגביו נטען בבקשה שהוא מקים מחסום דיוני לפני המשיבים מלהעלות טענותיהם בתובענה דין.

לגופן של טענות המבקשים, בבחינת התנאים לתחולתו של השתק פלוגתה ניכר שבנסיבות העניין אין הוא מתקיים, כמפורט להלן:

(אא) על פי התנאי הראשון, זהות הפלוגתאות – כאמור, הפלוגתה שנדונה בבית המשפט לענייני משפחה עסקה בהסדרי המשמורת של הקטינה ובמסגרתם הוגשה חוות הדעת לגביה נטען בתובענה דין שנערכה ברשלנות. כשלעצמי, לא שוכנעתי שבית המשפט לענייני משפחה הכריע בפסק הדין גופו לעניין הרשלנות הנטענת, בין במפורש בין מכללא. ההליך שנוהל לפניו לא עסק בפלוגתה זו וממילא זו לא הוכרעה בו. משלא נקבעו אי אלו קביעות של בית המשפט לעניין חוות הדעת אין כל מניעה להעלותן עתה. הנה כי כן, כדי שיתקיים בעניינינו השתק פלוגתה על ארבעת התנאים להתקיים יחדיו, ומשלא מתקיים התנאי הראשון לא ניתן לטעון למעשה בית דין מחמת השתק פלוגתה. למעלה מן הצורך, אמשיך ואבחן את יתר השיקולים.

(בב) על פי התנאי השני, זהות הצדדים - אכן, מקובלת עלי טענת המבקשים שלפיה הדרישה של זהות הצדדים לצורך יצירת השתק פלוגתה נועדה לתת הזדמנות לכל בעל דין לומר את דברו לפני בית-משפט, ומצד שני לוודא, שמי ש"היה לו יומו" בבית המשפט לא ישמיע דברו פעם נוספת, למען יהיה סוף לדיונים. במקרה שלפנינו משהופנה השתק הפלוגתה נגד המשיבים, הצד המשותף לשתי התובענות, הרי שזכו ליומם בבית המשפט וכל הטענות שעמדו להם לעניין הרשלנות הנטענת בעריכת חוות הדעת יכלו להיטען על ידם בהליך הראשון ואילו דווקא המבקשים הם הצד שלא היה לו יומו בבית המשפט ושלא הייתה לו הזדמנות לטעון טענותיו. עם זאת, משלא ניתנה הכרעה באותה הפלוגתה הרי שגם המשיבים, שהיו בעלי דין בהליך הראשון לא זכו ליהנות מזכותם ליומם בבית המשפט ולא ניתן עתה להחיל את השתק הפלוגתה נגדם.

(גג) על פי התנאי השלישי, סיומה של ההתדיינות בהכרעה, מפורשת או מכללא – אין באימוצה של חוות הדעת על ידי בית המשפט לענייני משפחה כדי להעיד שטענות המשיבים לעניין הרשלנות, כביכול, בעריכת חוות הדעת

הוכרעו על ידה, לא מכללא וודאי שלא במפורש. משכך, גם השיקול השלישי לא מתקיים בעניינינו.

(דד) על פי התנאי הרביעי, חיוניות ההכרעה, אזי משכלל לא הוכרעו טענות המשיבים לעניין הרשלנות וודאי שלא ניתן לדון בחיוניותן (ע"א 258/88, משה פיכטנבוים נ' רשם המקרקעין פ"ד מד(2) 576(1990)).

(יט) נוכח המכלול האמור בנסיבות העניין, משלא התקיים ולו תנאי אחד להקמת תחולה לכלל השתק הפלוגתה, לא ניתן לטעון שהמשיבים מושתקים מלהעלות טענותיהם בתובענה דין. הווה אומר, שאין מתקיים בנסיבות דין השתק פלוגתה, דבר המחייב לדחות את הטענה של מעשה-בית-דין.

#### העדר יריבות

(כ) טענה אחרונה אותה טוענים המבקשים היא שבין נזקיהם הנטענים של המשיבים לבין חוות הדעת קיים "ריחוק מושגי" שאינו מאפשר קיומה של יריבות משפטית ביניהם. זאת מהטעם שחוות הדעת אינה באה במקום שיקול דעתו של בית המשפט, ומשנעשתה מלאכת ההכרעה אך בידי בית המשפט נותק הקשר הסיבתי בין חוות הדעת לנזקים הנטענים של המשיבים. מאידך גיסא, טוענים המשיבים שלמבקשים, כמומחים מטעם בית המשפט, קיימת חובת זהירות כלפיהם כבעלי יכולת ממשית לצפות שבמידה ויתרשלו בעריכת חוות הדעת ייגרם נזק למתדיינים הנסמכים על חוות דעתם.

(כא) חוות הדעת היא ראיה במשפט, שאינה מייצגת אינטרס של אחד הצדדים אלא מהווה נדבך מתוך מכלול הראיות ועל כן קיים "ריחוק" מושגי בין המומחה למתדיינים. כמו כן קיים מישור נוסף לגביו קיים ריחוק, זהו הריחוק שבין חוות הדעת לפסק הדין הקובע את תוצאות ההליך המשפטי אף אם אימץ את מסקנות חוות הדעת במלואן.

מסכימה אני שתרופתו של צד לו טענות לעניין חוות דעת המומחה מצויה במרחב התנהלות הדיון גופו, אולם על המדיניות המשפטית הראויה לאפשר לצד, המעלה טענות לרשלנות רבתי של עריכת חוות הדעת, הנתמכת בחוות דעת מומחה מטעמו, וכאשר לא הוכח, לטעמי, בבקשה דין שבית המשפט קמא קבע מסמרות לעניין הרשלנות הנטענת, היינו שהמשיבים לא זכו ליומם בבית המשפט בבירור סוגיה זו.



---

שלא כדעתם של המבקשים אני, כשלעצמי, סבורה שמבחינת תקנת הציבור יש דווקא לאפשר למשיבים לטעון טענותיהם בתובענה דן.

נוכח האמור נדחית גם טענת העדר היריבות בין המבקשים למשיבים כעילה לסילוקה על הסף של התובענה.

4. לפני סיום אעיר כי בפני המשיבים קיימת דרך ארוכה מאוד רצופת קשיים רבים להוכחת תביעתם וכלל לא ניתן להעריך אם קיימים סיכויים טובים להצלחה, אך לא ניתן לסלק התביעה על הסף מהנימוקים שפורטו לעיל.

#### 5. סוף דבר:

מכל האמור לעיל אני דוחה את הבקשה.

איני עושה צו להוצאות בבקשה זו, אך אתייחס להליך זה בעתיד.

**המזכירות תשלח עותק מהחלטה זו לב"כ הצדדים לבקשה בדואר רשום ותזמנם לקדם משפט ליום 9.9.09 שעה 8:00.**

לפני הילה גרסטל 54678313

**ניתנה היום, כ"ב סיוון תשס"ט (14 יוני 2009), בהעדר הצדדים.**

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה