

הפרק ליט

מושך על ידי לשכת עורכי הדין בישראל

כרך ל', חוברת ג' ספטמבר 1963

האם ניתן לכפות מומחה להעיד בעין שבמומחיות?

מאת: משה י' קמד

1. מבוא

במשפטים רבים, הן בתחום האזרחי והן בתחום הפלילי, ניצבים הצדדים לא אחת לפני הגזורה להוכחת שאלה מסוונת, הטוענה הסתייעות בעדות מומחים.¹ צורך זה מעורר את השאלה, האם ניתן לכפות על מומחה להתייצב בפני בית המשפט ולחוות את דעתו המקצועית.

בשורש סוגיה זו עומדים שני אינטראסים, שלעיתים נמצאים בינו לבין זה: האינטראס האחד הוא האינטראס הציבורי, המחייב את כל מי שיש בידו לסייע לבית המשפט להגיע להקח הראמת ולעשות צדק, להתייצב בפניו וליתן עדות; השני הוא האינטראס של הפרט, העד, המסרב מטעמים שוננים להתייצב בבית המשפט וליתן עדות.

אשר לעדות בשאלות שבובודה, מעודפים בתי המשפט, לגבי כלל העדים, את האינטראס הציבורי, והם כופים את התהייצבותם למתן עדות.² נשאלת השאלה, האם גם לגבי עדות בשאלות שבמומחיות יש להעדיף את האינטראס הציבורי, או שמא יש לתת עדיפות לאינטראס של הפרט, המומחה, המסרב להתייצב בפני בית המשפט וליתן עדות.

סוגיה זו פנים לכך: מהrecht גיסא, מה הצורך לכפות מומחה, שלא היה צד לענין נשוא הדיוון בבית המשפט, להתייצב ולמסור עדותו, אך ורק בשל העובדה בעל ידע ומומחיות בתחום זה? ועוד: אם ניתן לכפות מומחה להעיד, לא תהיה מניעה להפוך אדם בעל מומחיות בשיטה מסוימת למומחה של בתי המשפט, שייזמן חדשות לבקרים, נגד דצונג, להעיד במשפטים רבים, שהרי כולם ירצו להסתיע בשירותיו הטובים. בכך היא גורלו שוננה מגורלו של כל עד רגיל, הנקרוא באופן חד-פעמי להעיד לגבי מאורע שהיה עד לו. מאייד גיסא, יכול להיזכר קושי אובייקטיבי בהוכחת שאלה שבמומחיות, כאשר מספר המומחים באותו שתה הינו מוצאים וכולם מסרבים להעיד; אם לא ניתן יהיה לכפותם להעיד בבית המשפט, יצא הצד הנזק לשירותם וידיו על ראשו, שכן לא יוכל להרים את נטל ההוכחה המוטל על כתפיו.

ברם נבחן סוגיה זו, יש לעמוד על מניעי טרוכום של המומחים להתייצב בפני בתי המשפט, מגיעים החופפים בחלקים את אלה המתקיים גם بعد רגיל:

א. בליבם של מומחים רבים, ובפרט רופאים, מוקן החשש שהסוווע המבוקש מהם, בדרך של הזנות המערכית השיפוטית במידע מקצועי, יפגע בהם בכואו היום, בכך שתוטל עליהם אחריות מוגברת ועקב כך יוגשו תביעות רכבות נגדם.³ כמו כן, מעוניינים הם להגן על עמיהם הנ忝בע לדין, מתוך הכרה שהgalgal עלול להתחperf ויום אחד עלול אותו עמית להיות מזמן כעד נגדם; התנהגות זו יוצרת "קשר שתיקה".

ב. הופעה בפני בית-משפט כרוכה במתה רב, ולעתים אף בעוגמת-נפש, שכן יש פעמים שהצד שכנגד מטייל זופי במימוניהם ובמהימנותם של העדים המומחים, מתוך מגמה לערער את עדותם.

1. עדות מומחה יכולה להיות בשאלת שבדעת, שבמחקר, שבאוננות או שבידיעה מקצועית (סעיף 20 לפקודת הראות [נוסח חדש], ח"ל"א-1971, נ"ח: 421; תיק 168 לתקנות סדר הדין האזרחי, ח"כ"ג-1963), ק"ת 1869 כפי שתוקנה בק"ת תש"ט 796, להלן: תקנות סדר הדין האזרחי. "התחומים הם איפוא רחבים ביותר, אך ניתן לומר שקיים מגבלה כללית זאת: הנושא אשר עליו מעיד המומחה צריך להיות כזה, שהכחישות להוות עזה עליו לנוכח עלי"ד התחום מיהו, לימודי או בסיסון מעשי", א' הרנון, דיני ראיות (הდפוס האקדמי, 1977) חלק ב' 295. ראה גם: א' כרמי, הרופא החולח והחוק, (ספרית מעריב, 1977) 166.

2. הרנון, שם, חלק א, בע' 62; א' הרנון, "סירובו של עד לחחקר" מהקרי משפט לזכור רוזנטל (הוצאה מאגנס, תשכ"ד) 181, 184. הוא הדין בבית-משפט העברי, ראה: תיק כ"א/5637, פ"ד' ה 132, 138.

3. כרמי, שם, בע' 173.

יתר-על-כן, על-פי-ירוב דעתך בית המשפט לשיקול את עדויותיהם של מומחים שני הצדדים, זו כמובן וו, לחווות דעתך באשר לכישורייהם ואופן הופעתם בפנינו ולפרט את נימוקיו בפסק הדין. מומחים רבים אינם מוכנים לעמוד בכך.⁴

ג. עדות מומחה אינה ניתנת כלאחר-ידי, אלא היא מחייבת הכנה מסויימת קו⁵. לכן, בסוד הדין הנוהגים בכתב המשפט מחייבים, לעיתים, את המתנתם של העדים מוחוץ לאורם המשפטים מראש שנות ארוכות עד להזמנתם לעלות על דוכן העדים. יתר-על-כן, לא פעם קורה שעד המתניתן לתרורו משך הימים כלו מתחבש לחזר ולהופיע בישיבת התביעה, מאחר שלא היה סיפק בידי בית המשפט לגבות את עדותו. השתחות נספת זו גורמת למומחה נזק כספי.⁶ לעומת זאת, השכר הנפק עלי-ידי בת המשפט הינו, ברוב המקרים, נמוך, ואינו עולה בקנה אחד עם השכר שיכול היה אותו מומחה להרוויח אלמלא נאלץ ליתן עדות.

סירובו של המומחה להעיד בפני בית המשפט יכול להתפרש באחד מחמשת המקרים העיקריים האלה:

א. המומחה נקרא להעיד רק בעניין שבמומחיות, ולא לגבי שאלות עובדות, והוא מסרב ליתן עדות;

ב. המומחה מעיד לגבי שאלות עובדות יידועות לו, אולם רוצhim לחקור גם לגבי שאלות שבמומחיות, אך הוא אינו מוכן לחתן עדות לגבי שאלות אלה;

ג. המומחה נתן חוות-ידע בכתב בעניין שבמומחיות, אך מסרב להחקור עלייה בפני בית-משפט;

ד. המומחה מוכן לחתן עדות בעניין שבמומחיות אך ורק בעקבות גבוי;

ה. המומחה מוכן לחתן עדות בעניין שבמומחיות אך ורק מטעם צד אחד, ומסרב להתייצב על-פי

הונמותו של הצד שכגנו.

בהקשר זה יצוין, כי אין חילוק על כך, שעד מומחה הנקרא להעיד בשאלות שבעובדות – כגון רופא הנקרא להעיד אודוט טיפול שנותן, להבדיל מעדות לגבי הטיפול שצරיך היה להינתן – חייב לעשות כן, ככל צד אחר, ובית המשפט יכול לכופר להעדי עד כל כך. היטיב לסכם את המצב המשפטי בנקודה זו בית משפט לעורורים של מדינת ניו-ג'רזי, באומרו:

"It is quite clear, and no argument is required to demonstrate, that all knowledge which one has of the actual facts of a litigation, whether the witnesses to those facts be professional or lay, is available and such witnesses thereof amenable to subpoena and compellable to give evidence of such facts"⁷.

והלורד דנינג אומר על כך:

"...Any witness who has seen the facts or who knows the facts can be compelled to assist the court and should assist the court by giving that evidence"⁸.

4. דוגמה להטלת זופי בימינותו ובמיינותו של מומחה ראה בפסק דיןו של בית המשפט המחויז בנסיבות ב'ת'פ' (נץ') 1/72 מדינת ישראל נ' קויל, (לא פורסם), כפי שאזכיר בפסק דין של בית המשפט שלערעור ב'ע'פ' 72/410 מדינת ישראל נ' קויל, פ'ז כח(1) 256, ב'ע'פ' 352/71 טל נ' מדינת ישראל, פ'ז כו(2) 107 נאמר (בעמ'): "...ולגביו עדים-מומחים מצטרפת הסקנה הנוספת של חוות-ידע לבעל-דין שהזמין את המומחה ומשלם לו את שכרו". סכמה זו קיימת גם, במקרים בתרשאת, לגביו עד רגיל הבא להעדי מרצוונו מטעם צד הצדדים. ביקורת על טענה זו, ראה: Stanton Rushmore v. A. 169 721, 722 (1934) שצוטטו לעיל, מוכיחת את רתיעותם של מומחים רבים להתייצב בפני בית המשפט ולהעמיד את מימוניהם ומהימנותם ב מבחון הביקורת.

5. כרמי, שם, בע' 175.

6. אולם, בית המשפט מוסמך לפ██ק לעד מומחה שכר ככל שייראה בעיניו, למעט שכר המשולם מאוצר המדינה (תקנה 211 לתקנות סדר הדין האזרחי, ותקנה 7 לתקנות סדר הדין הפלילי, תשל'יד-1974, ק'ת 1200).

7. עניין פטנטוון, עליל העשרה, 4, שם.

Ha-tony Shipping Co. v. Davis (1979) 3 All E.R. 177 .8

בטרם נבחן סוגיה זו יש להבחין בין שני מושגיים-סוד הקשורים בה: הקשרות להעид (competence) והחוובה להעיד (compellability). כיוון, העקרון המנחה בארצות המשפט המקובל הוא, שכל אדם כשר לעדות. השאלה המתעוררת בעקבות עקרון הקשרות הכללי היא, האם כל מי שכשר לחת עדות, חייב לעשות כן. במאמר זה נתרכו רק בשאלת מצומצמת יותר, והיא, האם מומחה, הכשר לחת עדות, בעניין שבמומחיות, חייב גם לעשות כן.

2. המשפט האנגלי

סוגיות כפיהו של מומחה להעיד בפני בית-משפט נדונה במשפט האנגלי במקרים ספורים בלבד, ואין היא ברורה די צרכה.

פסק הדין הראשון בו עשה בית משפט אנגלי את הבדיקה בין מומחה לבין כל עד אחר ניתן בשנת 1843 בפרשת Webb.⁹ השאלה שעמדה לדין בפני בית המשפט באותו עניין הייתה, האם מומחה וכייא לשוכר بعد עדותו. בית המשפט קבע שם, כי יש להבחן בין עד רגיל לעד מומחה, שרק לגבי הראשון מחייבת תקנות הציגור או מתן עדותו. בשל כך, קבע בית המשפט, יש לשלם למומחה שכר بعد עדותו. יזויין, כי בפסק דין זה לא נדונה שאלת טירובו של המומחה להעיד, אלא רק השאלת, האם הוא זכאי לשוכר بعد עדותו, בהבדל מעד רגיל שלא היה זכאי באוטה תקופת לשוכר.

חלפו עוד 130 שנה בטרם נדונה שאלה זו בשנית בפני בית-משפט אנגלי, בפסקת Seyfang.¹⁰ בעניין זה הגישה המhiba בארצות-הברית תביעה נגד יצורני תרופות. במקביל היא בקשה לגבות עדותanganlia מאת שני מומחים שהיו בזעםם שחיים בזעםם בזעםם שחקרה את ניירות העבודה התרופות ושירסמו מאמרם ביחס לממצאיםיהם. כמו כן בקשה המhiba את ניירות העבודה בעזרתם הגיעו לממצאים שקבעו. המומחים טירבו להעיד, בטענה שנויות העבודה והוחזו לרשותם שמננו אותם, וכן שחקל מן המידע שנמסר להם היה חסוי. בית המשפט קיבל את טיעוניהם, בקובעו, כי דין של עד מומחה שווה לדינו של כל אדם אחר בכל הנוגע לעובחות, ובית המשפט יכפה עליו ליתן עדות ביחס לעובחות נשוא המשפט המצויה בזעםם. אולם, ככל, בית המשפט לא יכפה מומחה להעיד בשאלות שבמומחיותו, נגד רצונו, במידה שאין לו קשר עם עובדות המקורה. וכך אמר שם בית המשפט: –

“...The English courts will generally oblige a witness of fact to testify to a fact which is in issue. On the other hand, the English courts will not as a general rule require an expert to give expert evidence against his wishes in a case where he has no connection with the facts or the history of the matter in issue.”

העקרון כפי שצוטט לעיל מותיר מקום לשאלת, האם ניתן לכפות מומחה ליתן עדות בשאלות שבמומחיות, מקום שהיתה לו מעורבות ב;zakha נושא המשפט והוא נקרא להעיד באופןו המקורי ביחס לעובחות; האם במרקחה כוה יצווה בית המשפט על המומחה, תוך כדי מתן עדותו בשאלות שבובחה, ליתן תשובה גם בשאלות שבמומחיות?

הלכת Seyfang זו אומצה בפסקת Lively.¹² באותו עניין פנה בארכ'ת התובעים לבנק של אנגליה וביקש פרטימן אוזות שער' הדולר והילישט'. הבנק נתן לו בראון את המידע המבוקש. מידע זה היה מידע עובדתי בתחום שבמומחיות, אך לא היה בזעםתו הבלעדית של הבנק, אלא היה ידוע גם לגורמים אחרים. לאחר שהוגשה התביעה פנו התובעים בשנית אל הבנק וביקשו שיוראה לאחד מעובדיו ליתן עדות ביחס למידע האמור. הבנק סירב. בית המשפט אישר את עמדתו של הבנק, תוך שחרור ואימץ את הלכת Seyfang. ואלה דברי בית המשפט שם:

9. Webb v. Page (1843) 174 E.R. 695 .

. Seyfang v. Searle & Co. (1973) 1 All E.R. 290 .10

. Ibid., at p. 293 .11

Lively Ltd. v. City of Munich (1977) 1 Lloyd's Law Reports 418 .12

"...There are many reasons why experts should generally not be compelled to appear as witnesses in proceedings against their wishes if the evidence can be obtained elsewhere and if they have not been concerned with the 13. matter professionally or in any other way"

הນקתו של בית המשפט הנה בפולה: בית המשפט לא יכלה על מומחה להעיד כאשר ניתן להציג את העדות המבוקשת ממקור אחר והעד המומחה לא תהיה מעורב במקור עצמו, ככלומר, כאשר אין הוא יכול לבצע ביחס לעובדות המקירה. הנקמה זו עלולה ליזור מגל קסמים: טoil מקרה, שמספר המומחים היכולים להעיד לגבי קטן, וכל אחד מהם מסרב להעיד. כאשר בית המשפט יבוא לבחון, האם לכפותו אחד מהם להעיד, יטען הלה, כי איןנו מעורב בעניין וכי ניתן להציג עדות מומחה אחר. כשיבואו בית המשפט לבחון, האם לכפותו על אותו אחר ליתן עדות שבמומחיות, יטען הוענו אחר אותן הטענות שטען הראשון, ויפנה את בית המשפט לאגבות מהראשון עדות מומחה, וכך חורף הליל.

אגב אורחא צוין, כי במקרה זה טעה בית המשפט בישום ההלכה שקבע: פקיד הבנק לא אמרו היה להיעיד בשאלות שבמומחיות, אלא בשאלות שבעובדה, ועודות כזו חייב היה ליתן, ולא היה, איפוא, מקום לפטור אותו מכך.

לא עברו מים רבים, ובו בית המשפט לעורורים שינוי הולכה זו בפסק דין בעניין Harmony Shipping.¹⁴ השאלה העיקרית שעמדה לדין באותו מושפט נסובה סביב האוטוניות של מסך מסוים. התובעים טענו, כי המסך אוטוני ולכן תומך בטיעוניהם, ואילו הנתבעם טוענו, כי הוא מווייף. בשל ציורוף מקרים התיצזו שני הצדדים באותו מומחה לכתבי-יד, ודעתו של המומחה היה, כי המסך מווייף. בעקבות עמדתו זו נמנעו התובעים מלhalbיאו לעדות מטעם והתגנד עדותם מטעם הנתבעם. גם המומחה סירבל להיעיד, מן הטעם שהנתבעים מסרו לו מידע חסוי. בית המשפט בערוכה ראשונה ציווה על המומחה להתייצב ולהיעיד מטעם הנתבעים. בערעור אישר בית המשפט לעוררים את החלטת הביניים האמורה, בקובעו, כי דין של מומחה כדי כל עד אחר. וכך אמר שם הלורד דנינג:

"...It seems to me that an expert witness falls into the same position as a witness of fact. The court is entitled, in order to ascertain the truth, to have the actual facts which he has observed adduced before it and to have his independent opinion on those facts..."¹⁵.

והלורד ואלר הויסיף ואמר:

"...The general principle must be that no party has any property in a witness; and the argument before us has partly involved a discussion whether there is a difference between a witness of fact and an expert. In my view, there is no difference between those two kinds of witnesses as a matter of general rule..."¹⁶.

השופט השלישי שি�יך באותו הרכב, הלורד קאמינג-ברוס, הסתייג מקביעה הולכה רחבה זו, כאמור, שבאותו מקרה, בשל נסיבותיו יוצאות הדופן במיוחד, אך לא היה מקום לכפות על המומחה להיעיד, אך מקרה זה אין להסיק הולכה כללית לגבי כפיה מתן עדותם של מומחים. וכך אמר שם:

"It is not necessary for the determination of this appeal to consider the situation of any other kind of expert in any other kind of situation; and this court decides only the obligations that arise from the very peculiar facts that have been described in the evidence in this case"¹⁷.

. Ibid., at p. 419 .13

. supra note 8 .14

. Ibid., at p. 181 .15

. Ibid., at p. 182 .16

. Ibid., at p. 184 .17

ישוין, כי בהחלתו האמורה לא התייחס בית המשפט כלל לפסקי הדין שניתנו בפרשנות Lively ו- Seyfang.

הסתירה לכואורה בין פסקי הדין האמורים יושבה במחודשת הודהה של הולסברי. בהסתמך על הלכת Harmony Shipping, נאמר שם, כי ניתן לזמן לבית המשפט באמצעות צו'הבא מומחה שיען לאחד הצדדים כדי שיחווו דעתו על המקרה. אולם – מוסיף המחבר ואומר בהסתמכו על הלכת Seyfang – בית המשפט לא יכפה מומחה להעיד ב涅יגוד לבצונו מקום שאין הוא מעיד על העובדות נשוא המשפט או מקום שהוא לא נטל בעבר חלק באותו עניין. וכך נאמר שם: "Provided he does not breach any legal professional privilege, an expert witness who has been consulted by one side and given his opinion to that side may thereafter be consulted and if necessary subpoenaed by the other side to give his opinion on the facts of the case, but the court will not require an expert to give expert evidence against his wishes in a case where he has had no connection with the facts or the history of the matter in issue".¹⁹

נראה, איפוא, כי הלכת Seyfang ובעקובותיה הלכת Lively, לפיהן אין לכפות מומחה ליתן עדות בגין דבצונו בשאלות של מומחיות, מקום שלא היה מעורב במקורו נשוא המשפט, משקפת את ההלכה האנגלית, ואילו הדברים שנאמרו על-ידי הלורד דננג' והלורד ואולד בפסק הדין בעניין Harmony Shipping אינם אלא אימרות-אגב, שלא היו דורשות להכרעה בעניין שנדון שם.

3. המשפט האמריקיקאי

במשפט האמריקיקאי קיימות שתי גישות לסוגיה זו: האחת, הגורסת שאין לכפות מומחה ליתן עדות בעניין שבמומחיות בגין דבצונו, והשנייה, שלפיה ניתן לכוף עד מומחה להעיד בעניין שבמומחיות, אך חקירתו צטמצם רק לעניינים שעליהם הוא יכול לעמוד שיצטרך קודם לממוד את עובדות המקהלה או לעשות הכנות אחרות.²⁰

בסקירה זו נביא רק פסקי דין בודדים לשם המראה, ואין אנו מתימרים להקיף ולכסות את הפסיקה הרובה בנושא זה.

א. הגישה לפיה לא ניתן לכפות מומחה להעיד לפי ההחלטה הראשונה, שמצאה ביטוי בפסק הדין של מדינות ניו-יורק, אינדיانا, ניו-ג'רזי, פנסילבניה, אוהיו ואחרות, ניתן לכפות מומחה להעיד על עניינים שכובדיה, ככל עד אחר, אך לא ניתן לחייבו להעיד בעניינים שבמומחיות. הנימוק העובר כחוט השנוי בפסק דין אלי הוא, כי מומחיותו של העד מהוות נס בידיו, ברוצתו מוכרו למropa במחיר, וברוצתו משאירו בידיו, ואין לכוף אותו למכוון אלא למי שירצה.

פסק הדין המשמש כאחת מאבני היסודות לפסקי הדין התומכים בגישה זו הינו פסק דיןו של בית המשפט העליון של מדינת פנסילבניה בעניין Pennsylvania Co.²¹. באותו עניין הגיעו הטעבות בתביעה לפיצויים بعد הפקעת מקרען. במהלך המשפט הזמין הנתבעת לעוזות באמצעות בית המשפט שני שמאים, שהיכינו קודם לכן חוותה אחותם כעדים מטעמה מכיוון שבוחות משפטיות נתנהו נקבעו בסכומים נמוכים מלאה שקבעו מומחים אחרים של התובעת. המומחים והතובעת התנגדו לממן העוזות מטעם הנתבעת. בית המשפט בערכאה ראשונה קיבל את

18. Halsbury's Laws of England (London, (4th ed., 1982) para. 461 .

19. יש בעיר, כי חלק גדול מהסתירה האמריקיקאית התפתחה, או תחילת להתקפתה, על רקע השאלה, האם מומחה זכאי לשכר גדול יותר מעוד רגילה בעקבות. שהתקפתה הפסיקה בנושא זה, עשו בה שימוש גם בהקשרים אחרים בהם התעוררה, כגון מקום שהמומחה מסרב בחאלטיות להעיד, גם בעקבות מוגדל.

20. Pennsylvania Co. For Insurances On Lives v. City of Philadelphia 105 A. 630 (1918).

ההתנדבות וסירב לחייב את המומחים להעיד. בית המשפט לערעורים קיבל עמדה זו, בקובעו, כי אין לחייב מומחה ליתן עדות בעניין שבמומחיות, שכן מומחיותו הינה נכס כל אחר ואין:

לחייב אדם למסור מנכיסיו, אלא מרצונו בסגירת עיטה. וכך אומר שם בית המשפט:
“...But the private litigant has no more right to compel a citizen to give up the product of his brain that he has to compel the giving up of material things. In each case it is a matter of a bargain, which, as ever, it makes two to make, and to make unconstrained...”²¹.

בית המשפט קבע שם, איפוא, כי בהיות החוזה בין התובעת למומחים בתוקף, הרי שכפייתם להעיד מטעם הצד שכנגד היהת מביבה לידי הפרת החוזה, דבר שבית המשפט לא יתנו ידו לו. פסק הדין וראשון במדינת ניו-יורק, שקבע כי מומחה איינו חייב ליתן עדות בעניין שבמומחיות, ניתן עליידי בית המשפט לערעורים שם בפרשת סטנטון.²² באותו עניין הוגשה תביעה בידי רופא לתשלום השכר שהוסכם עליו בינו לבין הנتابע בעד עדות נתנהו הרופא במשפט אחר מטעם הנتابע. השאלה שערמה שם לדין הייתה, האם החוזה האמור היהبطل מהוועדים שבתקנת הציבור. הנמקתו הייתה, שמיומנותו של המומחה, שנרכשה אחריו שנות عمل, להעיד בעניין שבמומחיות. ההחלטה הייתה, שזכות תקנת הציבור אינה אוסרים על המומחה למכור את רכושו זה כראות עיניו ובשכר ראוי, ואין בית המשפט יכול לכפות עליו לעשות כן.²³

בפרשת Hull²⁴ נפגע בינו של המערער בתפקידו. הוא הועבר לבית החולים וקיבל טיפול מיידי שני הרופאים המשיבים, אך עברו חצי שנה נפטר ממחלה. אביהם, המערער, הגיע תביעה נגד הרופאים על טיפול רשלני. המערער לא הביא עדות מומחה לשאלות הרשות, אך זימן כד' מטעמו את אחד הרופאים הנتابעים. אותו רופא העיד אודות הטיפול נתנו לו, אך סירב להעיד בשאלות שבמומחיות. בית המשפט בערכאה ראשונה ובית המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק אישר את סירובו, בקובעם, כי אין לכפות על מומחה להעיד בעניין שבמומחיות, אפילו הוא הנتابע. אומר על כד בית המשפט לערעורים, בהסתמכו על פסק הדין בעניין סטנטון: “...One of the established rules as to examination and cross-examination of witnesses is that one may not be called and compelled to give expert testimony unless he shall have voluntarily contracted so to do...”²⁵.

הלכה זו נוהגת גם בbatis המשפט של מדינת ניו-יורק, והם פוסקים באופן עקבי, כי אין לכפות על מומחה להעיד בעניין שבמומחיות. פסק הדין המנחה בסוגיה זו ניתן שם עליידי בית המשפט לערעורים בפרשת Thorpe²⁶. באוטו עניין בקשר המערער, בנסיבות ערורר מם, להבaya שמא' שהעריך את הנכס נשוא הערעור עברו הבעלים הקודמים. השמא' סירב להעיד גם בעד שוכר, כאמור, שאין הוא מעוניין ליטול חלק באוטו משפט. בית המשפט בערכאה ראשונה קבע, כי העד חייב היה להעיד רק אודות מה שראו עניינו במרקען, אולם, עמדה לו הזכות לסרב להעיד בשאלות הנוגעות למומחיות ולשיקול דעתו כמומחה לנכסים דלא-ניידי. בערעור על החלטה זו

.21 Ibid.

.22 לעיל הערה 4.

.23 וכך אמר שם בית המשפט:

“When the experience, training and skill acquired by years of study and practice in a given profession or calling exists, such knowledge and skill are not the property of litigants. It Belongs to the professional man in his chosen occupation. Neither justice nor public policy in our view forbids that the expert shall retain such knowledge and skill free from divulgement except by his voluntary acquisition, whether it be sought for compensation in the exercise of his skill, in the expression of his professional judgement privately, or when he is called for that purpose into a court of justice”.

. Hull v. Plume 37 A. 2d 53 (1944) .24

. Ibid., at p. 56 .25

. People ex rel. Kraushaar Bros. & Co. Inc. v. Thorpe 72 N.E. 2d 165 (1947) .26

ניהם בית המשפט לעורורים של מדינת ניו-יורק בהרבה את שתי הגישות לבעה הניל', לאור פסיקתן של המדיניות השונות, והגע למסקנה, כי הגישה הרצויה היא זו שהולמת קיומה של חוכה להעיד בשאלת שבמומחיות. וכך פסק שם בית המשפט:

"We think the better rule is not to compel a witness to give his opinion as an expert against his will" ²⁷.

הלבנה זו נוגגת גם במשפט הפלילי. בפרשן Vitello ²⁸ הוועוד המערירים לדין פלילי בעבירות לפי חוקי הימורם. בהליכים שלפני המשפט העיד מומחה אוזות השיטה התיאורית לויהן קולות מסלילי הקלטה, מבלי שבפועל ביצע את זיהוי קולות הדוברים שהוקלטו על סלילי הקלטה נשוא אותו משפט. המערירים ביקשו לזמנו להעיד מטעם בגין אמיןותו של אותה שיטה. המומחה לא התיעצ' בעדות, ובית המשפט סייר להוציא צו הבאה נגדו. בית המשפט העילון של מדינת מסצ'וסטס אישר קביעה זו, באומרו:

"...Nevertheless, in similar circumstances, we have ruled that a party may not by summons compel the involuntary testimony of an expert witness solely for the expertise he may bring to the trial, and in the absence of any personal knowledge on his part related to the issue before the judge and the jury..." ²⁹.

ב. הגישה לפיה ניתן לכפות מומחה להעיד הגישה השנייה, אשר מזכה ביטויו בפסק הדין של מדיניות ארקנסו, קליפורניה, קולורדו, אילינוי, אורגון ואחרות, גורסת, כי ניתן לכפות מומחה להעיד גם בשאלות שבמומיות, בהגבלה אחת – شيئا לחייבו להתכוון לעדות, לא בדרך של בדיקה מקצועית של שאלות שבעובדת שהתעוררו במשפט, ולא בדרך של הבנת חומר מקצועי. גישה זו מנומתק בכך, שאין להבדיל בין עד רגיל עד מומחה, וכשם שהאינטראקציוני מציק כפיה עדותן של עד רגיל לשם עשיות צדק, כך מחייב הוא גם את כפיפותו של המומחה ליתן עדות. אמר על כך בית המשפט העילון של מדינת ארגון בפרשן Mount ³⁰:

"...A professional witness, such as a physician and surgeon, like other people, may be compelled to attend court in obedience to a subpoena, and may be required to testify to what he knows, for the same statutory fees as those paid to other witnesses. As to any fact within the knowledge of a professional witness, he stands upon an equality with every other witness. But it is well settled that a physician and surgeon meets the requirements of a subpoena when he appears in court and gives impromptu answers to such questions as may be put to him. He cannot be required, as such physician and surgeon, to examine into the case and use his skill and knowledge so as to form an opinion..." ³¹.

ובפסק דין מהוויל חדש תומצתה הגישה האמורה כדלקמן:

... פסק דין זה משמש אסמכתא לפסק דין רבים אחרים במדינת ניו-יורק; ראה לדוגמא: Ibid., at p. 166 .²⁷ NcDermott v. Manhattan Eye Hospital 228 N.Y.S. 2d 143, 147 (1962); Reda v. The State of New York 308 N.Y.S. 2d 558, 561 (1970); Hessek v. Roman Cath. Church 363 N.Y.S. 2d 297, 299 (1975); Fish On New York Evidence (2nd ed., 1977), para. 412, p. 262 . Commonwealth v. Vitello 327 N.E. 2d 819 (1975) .²⁸ Ibid. , at p. 327 .²⁹

Pennsylvania Co. For Management of the Hospitalization Fund v. Insurances On Lives v. City of Philadelphia 105 A. 630 (1918) .³⁰ שם אמר בית המשפט, כי הילת משקפת אל-ינקו את ההלכה גם أنها חלה ממשפטים פליליים. ברם, נראה לנו, כי הילת משקפת אל-ינקו את ההלכה גם במקרים פליליים.

. Mount v. Welsh 247 P. 816 () .³¹ Ibid. at p. 821 .³¹

"An Expert does not testify to occurrence which he has witnessed, but only as to his opinion based upon knowledge self-acquired from experience and tests. While an expert may under certain circumstances be required to testify at a trial, he cannot be compelled to make examinations or experiments, or otherwise acquire knowledge upon which an opinion may be based..."³². על גישה זו נמתחה ביקורת נוקבת בפסק דין של בית המשפט עלערורים במדינת ניויורק בפרשת Thorpe³³. תמציתה של ביקורת זו היא, שברוב המקרים טעונה עדותה של המומחה בבית משפט הינה מוקדמת, ומעטם הם המומחים היכולים להופיע ללא הינה. וכך אמר שם בית המשפט:

"The latter rule is quite unsatisfactory. In the realms of medicine, law, science, and many other callings where highly specialized knowledge is essential, only the most eminent are competent to answer ex tempore and defend impromptu opiniens upon cross-examination, but none, without reflection upon his professional ability, may confess ignorance"³⁴.

4. המשפט הישראלי

במשפט הישראלי – כבמשפט האנגלו-אמריקאי – "הכל כשרים להעיד בכל משפט", על-פי הוראותו של סעיף 2 לפקודת הראות [נוסח חדש], תש"א-1971. נסאלת השאלה, האם כל מי שכשר להעיד ניתן גם לחייב לשוחות כן, ובענינו – האם ניתן לכפות מומחה להעיד לגבי שאלה שבמומיות.

החקיקה הישראלית בנושא זה הינה ברורה, והיא קובעת באופן חד-משמעי, כי ניתן לכפות מומחה להעיד גם בעניין שבמומיות.

סעיף 1 לפקודת הראות קובע:

"(א) מותר להזמין כל אדם ליתן עדות שהוא קבילה ושיכת לעניין; והוא, כאשרין הוראה אחרת בפקודה זו.

(ב) בית המשפט רשאי, לפי שיקול דעתו, לסרב להוציאי הזמנה אם אין בה צורך או אם ראה שנתקaska למטרה שאינה גילוי האמת".
סעיף זה מחייב את המומחה למסור עדותה לבעל-דין כל אדם, ובכלל זה מומחה, ליתן עדות בבית המשפט, בלבד שהעדות קבילה ושיכת לעניין³⁵. זכות זו מוגבלת רק בסמכותו של בית המשפט לעשות שימוש בשיקול דעתו ולסרב להוציאי הזמנה לעד בשני מקרים: "אם אין בה צורך" או "אם ראה שנתקaska למטרה שאינה גילוי האמת".

הוראה דומה מצויה בסעיף 106(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982³⁶, הקובע:

"בית המשפט יזמין, בבקשת בעל דין, כל אדם להעיד בבית המשפט, זולת אם היה סבור שאין בהזמנת אותו אדם להועיל לבירור שאלה הנוגעת למשפט; וכן רשאי בית המשפט להזמין עד מטעםיו".

הוראה ספציפית לגבי מומחה מצויה בסעיף 26(א) לפקודת הראות, הקובע:
"הוראות סימן וזה אין גורעות מכוחו של בית המשפט לצלות כי מומחה או... ייחקרו בבית המשפט, ובית המשפט ייעתר לבקשתו של בעל דין לצלות על כך".

³². United States v. 284,392 Square Feet of Floor Space etc. 203 F. Supp. 75, 77 (1962).

³³. supra note 27.

³⁴. Ibid., at p. 166.

³⁵. אך, ראה: כרמי, שם, עמ' 176, היוצא מנקודת הנחה, כי לא ניתן לכפות מומחה רפואי ליתן עדות.

³⁶. ס"ח, 43, להלן: חוק סדר הדין הפלילי.

הורהה זו מצוייה בסימן ג' לפקודת הראיות, המרשה לבית המשפט לקבל, בתנאים מסוימים, חוות-דעת של מומחה שנערכה בכתב. מטרתו של סעיף זה היא למונע את הטענה, שהכנת חוות-דעת בכתב פוטרת את המומחה מהפעה בבית המשפט ושולחת במקביל את זכותו של בעל הדין לחקורו בכתב המשפט על חוות דעתו. אולם, ניתן גם לראות את הסעיף הזה בהקשר רחב יותר, המעיד על גישתו של המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי בסעיף 1 לפקודת הראיות, להתייר הזמנת מומחה לחקירה אףלו לא נתן חוות-דעת בכתב.

הרף השיבותה של שאלה זו, לא מזמן דין והכרעה בה בפסקה הישראלית, למעט החלטת בגיןם בפרשת רזין.³⁷ באותו עניין הוגשה תביעה נגד רופאים על רשלנות רפואי שגרמה נזקים לתובעת. בהליך קדם המשפט הגישו הצדדים הוגשה תביעה נגד המשפט, עד מטעמה, את אחד הסדר האורחית. כشنפה המשפט הזמין התובעת, כאמור בית המשפט, עד הופיע הרופאים שחוות-דעתו הוגשה כאמור מטעם הנתקבעים ושםור היה להופיע עד מטעם. הנתקבעים ומומחה התנגדו להזמנתו של המומחה עד התביעה. בית המשפט דוחה את התנגדותם והיבט את המומחה להעדי, בניגוד לדעונו, מטעם התובעת. בהחלטתו זו הסתמך בית המשפט על הוראות סעיף 1 לפקודת הראיות.

באשר לעדות בשאלות שבמומחיות, מצוי פתרון-מה לבעה של סירוב מומחים להעדי במשפטים אורחיים בהוראותיהם של תקנה 172 לתקנות סדר הדין האורחית, המسمיכה את בית המשפט למנות בכל משפט מומחה לעניין שבמחלוקת בין בעלי הדין, ותקנה 173 המסמיכה את תקנות המומחה לתנאיו של המומחה מטעם בית המשפט יכול לחסוך לבעלי הדין את הצורך להזמין מומחה רפואי. מינויו של המומחה מטעם תקנה 173 יכול לחסוך לבעלי הדין מצטמצם רק למשפטים אורחיים, ואינו חל על משפטי פליליים. שנייה, גם במקרים אורחיים אין הוא יכול להביא, במקרים רבים, את בעלי הדין הזקנים למומחה – על סיפוקם, שכן על מנת לעילע את בעודתו של המומחה מטעם בית המשפט, שומה על הצדדים לספק לו את החומר העובדתי והמקצועי התומך בטענותיהם, ולא רצוי כי יתלו יהבם על המומחה מטעם בית המשפט שישלים את אשר החסרו.

5. הפתרון הרצוי

נראה כי הפתרון הרצוי לבעה של סירוב עדים מומחים להעדי בשאלות שבמומחיות צריך להיות כדלקמן:

- העקרון הכללי יהיה, שאין לכפות על מומחה ליתן עדות בבית המשפט בעניין שבמומחיות.
- על רקען זה יהיו מספר חריגים:³⁸
 - מומחה שהוא בעלי-דין במשפט אורחית, יכול בעלי-דין שכנגד להזמין כעד מטעמו ולדרוש ממנו להעדי גם בשאלות שבמומחיות.
 - מומחה שערכ חוות-דעת בכתב לצורך הגשתה באותו משפט, אףלו לא הוגשה³⁹, ניתן

.37. ת"א (ת"א) 78 / 1555 רזון נ' מהרשך, (לא פורסם).

.38. כרמי, שם, מטיל ספק בתועלת שיש בהטלת סנקציה על מומחה המסרב להעדי, מן הטעם, שהמומחה "יכול לעקור את מימוש הורהה על ידי שיטען שאין לו דעה במקרא הנדוין, או שאין לו דעה אחידה במקרא כזו, או כיוצא בה הטענות". ניתן לחלק על הנמקה זו: בעיה דומה קיימת גם לגבי עדים סרבניים, הממאנים להעדי בשאלות שבובאה, אך על-פי רוב – הסנקציות הקבועות בחוק, וכן חקירה נאותה, יש בהם כדי לומר, לאותם עדים להחוות בהם מסירות ולטסור עדות חדש.

.39. מושגתה חוות הדעת לבית המשפט כראיה – מורה סעיף 26(א) לפקודת הראיות – כמה לפחות שכנגד הזכות לחקור את המומחה על חוות דעתו, ראה: ע"א 66/157 אפרילו נ' כהן, ואח, פ"ד כ (3) 628.

לכפותו להעדי לגבייה בכיתת המשפט⁴⁰.

(3) מומחה המעד במשפט לגבי שאלות עובדותיות מסוימות, ניתן לחקור אותו גם בעניינים שבמומיות, המתיחסים לאוthon שאלות עובדותיות.

(4) בנוסף, בית המשפט יאה רשי, מטעמים מוחדים שיירשו, לכפות מומחה להעדי⁴¹.
הגישה האמורה מהוות דרך בניינים, המפרשת בין האינטראס הציבורי לבין האינטראס של הפרט. מחד גיסא, מעדרפה היא את האינטראס של אותו פרט, המומחה, שהינו ור לחוטין להליך המשפט בו מתקבשת עדותו, לבחור האם להלך את מומחותו עם הצדדים ובית המשפט, ובכך להעמיד את מימונתו ומהימנותו במבחן הקירות, ואידך גיסא, מעדרפה גישה זו את האינטראס הציבורי, כאשר מדובר באותו שיש להם גנואה מסוימת באורו משפט, בהטלת חובה להעדי בפני בית המשפט גם בשאלות שבמומיות. באופן זה, כאשר מדובר במומחה שהוא בעל-דין במשפט אורי, גובר האינטראס הציבורי, המחייב השימוש כל עדות שיש בה כדי לאפשר לבית המשפט לעשות צדק, ואפיילו היא עדות בשאלת שבמומיות. אין מדובר באדם זו להליכים, שאנו מעוניין להיות מעורב בהם, אלא Kami שכבר מעורב בהם, אם ירצה ואם לאו, ועל כן האינטראס הציבורי מחייב שיתן עדות גם בשאלת שבמומיות. לפיכך, יכול בעל הדין שכנגד לו מונע עד מטעמו גם לגבי שאלות שבמומיות. אין חריג זה חל לגבי מושפט פלילי, שכן שם עומדת למומחה שהוא הנאם זכות השזקה, שמכוחה אין לחיבו ליתן עדות אפילו בשאלות שבמומיות, אך רק במקרה החriger השלישי שלהן, שכן בכך דין כל עד מומחה אחר.

מומחה שעריך חוות-דעת ככתב לצורך הגשתה באורו משפט, גילה בכך דעתו, כי נכון הוא להיות מעורב באותו הליך, ואין הוא יכול בשלב מאוחר יותר לסגת מכך ולטרב להתייצב בפני בית משפט, או להתנוט את מתן עדותו בתביעותיו עד מטעם צד אחד ולא מטעם מישנהו. כיווץ באלה, עד מומחה שנקרה להעדי בשאלות עובדותיות. בכך נעה הוא מעורב באותו משפט, וניתן לדריש ממנו לזרות דעתו בשאלות שבמומיות, הנובעות ישירות מהעובדות שהיא עד להן. אולם, אין לגבי שאלות שבמומיות שמתעוררות באותו משפט ואשר לא היה עד לצד העובדי הרביעי, מטרתו היא למנוע מכך של עיוות-דין, אשר כל כל הקיצין, במיוחד לגבי הנאם במשפט פלילי, ואין כל אפשרות להשיג עדות בשאלת שבמומיות, כיון שככל המומחים מסרבים להעדי. במקרה כזה, הצד מחייב, שהאינטראס הציבורי שהשעת העדות יגבר על האינטראס של המומחה, שאנו מוכן לעלות על דוכן העדים.

40. אומנם, הلقה פסוקה היא שמסמך שבאותם לערום לצורך הליכים משפטיים שהיה אותה שעה תלויים וועודים, או אפיילו רק צפויים, הינו חסוי. הטעם לכך הוא, שיש לאפשר לאדם המוצרך להבע, או להתגונן מפני תביעה, לאסוף בגין מפריע את החומר הדורש לשם ניהול המשפט, ללא חשש שזובייז תיגליל ליריבבו: ע"א 73 / 407 גאנשטיין' ב' חברת החשמל לישראל בעמ', ואח, פ"ד סט (1) 171, 169 (1). אך חסינו וזה קיימים רק בנסיבות שבין בעלי הדין לאוthon משפט, ולכן אין צד יכול לכפות על משנהו לאפשר לו לעיין בחוות-דעת של מומחה שהוכנה לצורך המשפט. אולם, במקרה שקייםה של חוות הדעת האמורה נתגלה לצד השני, ובטעם ערכיתה לצרכי המשפט גילה המומחה לנוגנות להיות מעורב באותו אי-יבים משפטיים, לא נראה, שצריכה להזיה מניעה מכליפות את המומחה להעדי.

41. הסמכות לכפות מומחה להעדי יוצרת בעיה טכנית, שכן הן על-פי סדר הדין האורי והן על-פי סדר הדין הפלילי, תנאי מוקדם להשמעת עדות מומחה הינו הגשת חוות-דעת בכתב מטעמו (תקנה 170 לתקנות סדר הדין האורי, לגבי מומחה במשפט אורי בעניין שברופואה; תקנה 171 לא לתקנות הנ"ל לגבי כל מומחה אחר; סעיף 77 לחוק סדר הדין הפלילי לגבי מומחה במשפט פלילי מטעם התביעה; וסעיפים 83 ו-84 לחוק הנ"ל, לגבי מומחה מטעם הסניגוריה). אפיילו נינן היה לכפות את המומחה להתייצב בבית המשפט ולהעדי נגד רצונו בשאלת שבמומיות, הרוי לא ניתן לכפות להגיש לבית המשפט חוות-דעת בכתב שווייך עלייזו, כאמור, ללא הגשת חוות-דעת לא ניתן להציג את העדות.

מכל מקום, גם כאשר מצויה בבית המשפט על המומחה להתייצב בפנוי ולהעיד לגבי שאלה שבמומיות, אין הוא יכול לחיבר להתכוון לעודות, לא בדרך של בדיקה מקצועית של שאלות שבעובדה שתתעורררו במשפט, ולא בדרך של הכנה חומר מקצועי. פרטן זה הולך בתלים שהיתנו אותו בתם בית המשפט בארצות-הברית הנוקטים בגישה המוחמירה, שלפייה כופים מומחה ליתן עדות גם בשאלות שבמומיות; גם לפיה גישה מחמירה זו, אין מיטלים על המומחה, כפי שאין מיטלים על כל עד אחר, להתכונן לעודות. מצב זה עלול לעיתים לגרום לכך, שעדותו של המומחה לא תוכל לשיע בידי בית המשפט, שכן לפחות לא הינה אין המומחה יכול לחת עדות ראייה, אך כאמור אין בכוחו של בית המשפט לכפות אדם להתכונן לעודות, כי אם רק להתייצב בפנוי ולהעיד. נראה, כי רצוי שהמשפט הישראלי יאמץ פתרונות אלה, אם בדרך של שינוי החוקיקה הקיימת, ואם על דרך החקיקה השיפוטית.

פתרון מה קיים רק לגבי מומחה רפואי: הסיפה לחקנה 170 מקנה סמכות לבית המשפט לפטור בעל-דין מצירוף חוות-דעת "מתועמים מיוחדים שיירשו". הוראה דומה אינה קיימת במשפט האזרחי לגבי כל מומחה אחר. גם בחוק סדר הדין הפלילי אין הוראה הפותרת מהגשת חוות-דעת. נראה, כי גם לא ניתן להסתייע לצורך כך בהוראותיו של סעיף 3 לחוק זה, שכן הוא עוסק בעניינים שאין עליהם הוראה בחקוק, ואילו לשונם של הסעיפים 77 ו-84 לחוק הינה ברורה ומגדולה, והוא קובעת סייג מפורש להבאת דעתות במתן חוות-דעת מוקדמת בכתב.