|  |  |
| --- | --- |
| **המבקשים - התובעים** | **נציגות הבית המשותף ברח' אבא הלל 154 רמת גן ואח' ע"י עו"ד שמעון לביא** |
| **נגד** | |
| **המשיבה - הנתבעת** | **מודיסופט בע"מ  ע"י עו"ד אורי טבח** |
| **החלטה** | |

**האם יש להורות על החלפת המומחה שמונה ע"י בית המשפט לצורך הכנת חוות דעת?**

**א. רקע עובדתי**

1. המבקשים – נציגות הבית המשותף של בניין רב קומות בר"ג וחלק מדיירי הבניין - הגישו תביעה כספית כנגד המשיבה - שהיא חברה קבלנית שבנתה את הבניין - בטענה כי חיפוי האבן של הבניין נבנה באופן שאינו תקין. לטענתם, עוגני הברזל "המחזיקים" את חיפוי האבן בבניין, מחלידים ונחלשים וקיים חשש כי הם יתנתקו מהבניין וייגרמו לאסון.

2. המשיבה טוענת כי אין בסיס לתביעה וככל שיש ליקויים מועטים, ניתן לתקנם בדרך שהוצעה ע"י מומחה מטעמם.

3. שני הצדדים הגישו חוות דעת מטעם מומחים מטעמם.

4. בדיון ק.מ. שהתקיים ביום 28.11.17, מיניתי את המהנדס מר עמוס שירן למומחה מטעם בית המשפט, על מנת שיחווה דעתו בדבר הליקויים הנטענים ובדבר הדרך לתיקון הליקויים ועלותה. המינוי נעשה למרות התנגדות המשיבה למינוי מומחה מטעם בית המשפט.

5. שני הצדדים הסכימו על זהות המומחה שהוצע, מר שירן, והצהירו כי אין להם קירבה אליו (להלן: "**המומחה**").

6. המומחה ביקש מהצדדים להעביר אליו מסמכים וביום 31.1.18 הושלמה העברת המסמכים למומחה.

7. ביום 31.1.18 שלח המומחה מכתב לב"כ הצדדים ובו ביקש כי: "**הנתבעת תטפל בביצוע הבדיקות, בביצוע הבדיקות בשטח ובנטילת המדגמים יהיה נוכח ב"כ התובעים והח"מ".**

8. ביום 2.2.18 שלח המומחה מכתב לב"כ הצדדים ובו פירט הנחיות "**לביצוע בדיקות ומשטחים** **לדוגמא ע"י הנתבעת**". המומחה ציין כי: "**קוטר הווים והרכבם ייבדק ע"י מעבדה מוסמכת**" וכי: "**כל העבודות בבניין יבוצעו בתיאום מראש עם ב"כ התובעים והח"מ**".

9. ביום 6.2.18 שלח ב"כ המבקשים מכתב למומחה. במכתב נאמר בין היתר כי: "**מרשיי מתנגדים באופן הנמרץ ביותר לביצוע בדיקה כלשהי ע"י הנתבעת. בכל הכבוד הראוי, הבדיקות צריכות להיעשות על ידך, באמצעותך ובפיקוחך ועל ידי מעבדות אובייקטיביות שימונו על ידך...בדיקת העוגנים תעשה ע"י מעבדה בפיקוחך, הנחייתך והשגחתך על פי הוראותיך ולא ע"י הנתבעת".**

10. ביום 8.2.16 שלח ב"כ המשיבה מכתב למומחה וביקש כי הבדיקות: "**ייעשו על ידך כמהנדס ו/או בפיקוחך בשטח. זאת, לנוכח היחסים המורכבים עם התובעת וב"כ ועל מנת למנוע חיכוך כלשהו בין הצדדים וב"כ ועל מנת למנוע פרשנויות שונות לגבי אופן ביצוען של הבדיקות. זאת, למניעת מחלוקות משפטיות ועובדתיות רבות לגבי עצם ביצוע הבדיקות ונחיצותן, מועדיהן, דרך ביצוען, זהות מבצען, בחירת האבנים או העוגנים לבדיקה, בחירת המכון הבודק, בחירת הגוף הנוטל את הבדיקות...".**

11. ביום 12.2.18 שלח המומחה מכתב לב"כ הצדדים בו קבע בין היתר כי: "**החקירות יבוצעו ע"י מר רביב שילר בהנחייתי הישירה, ידוע לתובעים כי לנתבעת הכרות מוקדמת עם מר שילר. נציגי הדיירים יהיו נוכחים לכל אורך החקירות".**

12. ביום 13.2.18 שלח ב"כ המבקשים למומחה מכתב ובו טען כי לא ידוע לו על הכרות קודמת עם מר שילר עם המשיבה וכי מרשיו מעולם לא הסכימה להעסקתו. המומחה התבקש לפרט מי הוא מר שילר ומה טיב ההכרות שלו עם המשיבה.

13. ביום 14.2.18 השיב המומחה כי מר שילר "**ביצע עבור הנתבעת את דוגמאות ביטול העוגנים**" בבניין וכי הוא "**ביצע עבורה את הדוגמאות בשטח**".

14. בו ביום, שלח ב"כ המבקשים מכתב למומחה ובו ציין כי לאור העובדה שמר שילר ביצע בדיקות עבור המשיבה, הרי שהוא בעל עניין והוא מתנגד למינויו. הוא ציין כי מעולם גם לא הסכים למינויו.

15. לאור זאת, שלח המומחה ביום 18.2.18 מכתב שבו ציין כי מר שילר לא יבצע את הבדיקות אלא קבלן אחר, מר ירושלמי. בנוסף, כתב המומחה כי: "**הנתבעת יכולה לבצע קיר לדוגמא בהנחיית המומחה מטעמה, ע"י כל קבלן שיבחר על ידה ובלבד שיבוצע בתאום עמי מראש**".

16. ביום 21.2.18 שלח ב"כ המבקשים מכתב למומחה ובו ביקש לברר בין היתר, מי יעביר למעבדה את החומרים ומי ינחה את המעבדה אילו בדיקות לבצע.

17. ביום 26.2.18 השיב המומחה כי: "**לנתבעת יוקצה בתיאום עמך קיר לדוגמא לצורך הצגת הפתרון המוצע על ידה, תחת הנחיותיו של המומחה מטעמה. הנתבעת אינה חייבת לבצע את הקיר לדוגמא, אולם אני רואה לנכון לתת לה את האפשרות להציג את יכולתה – מבלי להתחייב למסקנה כזאת או אחרת מראש... המדגמים למעבדה יועברו על ידי**".

18. המבקשים הגישו בקשה למתן הוראות למומחה, שבו ביקשו בין היתר, כי בהמ"ש יורה שכל הבדיקות יבוצעו על ידו בלבד ולא באמצעות מי מטעם המשיבה. לאחר שהוגשה תגובת המומחה והמשיבה, טענה המבקשת בתשובה לתגובה, כי היא עותרת להחלפתו של המומחה.

19. דיון בבקשה התקיים ביום 9.4.18 שבמסגרתו טענו הצדדים בנושא הבקשה להחלפת המומחה והמומחה אף נחקר ע"י באי כוח הצדדים והציג את עמדתו.

**ב. תמצית טענות המבקשים**

1. יש להחליף את המומחה מאחר שהם איבדו את האמון בו מנימוקים אלו:

א. עד היום, המומחה נמנע מלהיפגש עם הצדדים ובאי כוחם.

ב. המומחה הטיל על המשיבה את המשימה לאסוף את הממצאים לצורך הכנת חוות הדעת ולאחר מכן, רק בעקבות התנגדותם, הוא מינה אדם שעבד עם המשיבה – מר שילר – לצורך ביצוע איסוף הנתונים.

ג. המומחה לא דווח אמת, שעה שכתב כי ידוע למבקשים כי למר שילר היכרות עם המשיבה. הדבר לא היה ידוע להם והם מעולם לא הסכימו כי הוא יפעל מטעם המומחה.

ד. לא יעלה על הדעת שהמומחה יאפשר למשיבה לבצע בדיקה ביחס לשיטה שהיא מציע לפתרון הבעיה בעצמה ולא באמצעות המומחה.

ה. המומחה ביצע סיורים חשאיים באתר מבלי ליידע את הצדדים.

2. ב"כ המבקשים טען בדיון, כי רק לאחר שקיבל את תגובת המומחה לבקשתו, הוא נוכח לדעת כי אין מנוס מהחלפתו של המומחה ולכן בקשתו להחלפת המומחה הועלתה רק בתשובה לתגובה ולא בבקשה העיקרית, שעסקה במתן הוראות בלבד.

**ג. תמצית טענות המשיבה**

1. יש לדחות את הבקשה להחלפת המומחה על הסף, שעה שבקשה זו הועלתה רק בתשובה לתגובה. היה על המבקשים להגיש בקשה זו כבקשה עצמאית. מאחר שהבקשה להחלפת המומחה התבקשה רק בתשובה לתגובה, נפגעה זכותה של המשיבה להשיב לבקשה זו ולטעון טענותיה בנושא זה.

2. מטרת הגשת הבקשה היא להטיל אימה על המומחה. המבקשים לא מעוניינים בתיקון הליקויים אלא בקבלת כסף והם זועמים על כך שהמומחה אפשר לה להציג בפניו את הצעתה לתיקון הליקויים.

3. אין לה כל קשר עם המומחה או היכרות מוקדמת עמו ואין כל עילה לפסילתו. המבקשים מחבלים בעבודתו של המומחה ואין כל שיתוף פעולה פסול בינה לבין המומחה. המומחה החליף את מר שילר במר ירושלמי ולכן אין למבקשת כל עילה להחלפתו.

**ד. תמצית טענות המומחה**

1. יש לאפשר למשיבה להציג בפניו את המלצות המומחה מטעמה, על מנת שהוא יוכל לחוות את דעתו המקצועית "על מוצר מוגמר ולא על מוצר תיאורטי".

2. לא היתה כל מניעה למנות לצורך איסוף הנתונים מהשטח, גורם הקשור במשיבה. מדובר בפעולה טכנית בלבד והדבר נעשה לצורך צמצום בעלויות בלבד. בסופו של דבר, לאור התנגדות המבקשים, הוא החליף את הגורם שיאסוף את הממצאים בשטח ומינה קבלן שלא קשור לצדדים.

3. אין כל חשיבות לשאלה מי בוחר את המעבדה שתבצע את הבדיקות של הממצאים שיילקטו מהבניין. מספיק שהיא תהיה מעבדה מוסמכת ולכן אין מניעה שהמשיבה תבחר את המעבדה.

4. המומחה ציין כי: "במידה ויוחלט לסיים את מינויי כמומחה, יוחזר התשלום לצדדים" וזאת בניכוי ההוצאות שהוצאו והשעות שהושקעו בתיק.

**ה. דיון והכרעה**

1. בפתח הדברים יש לציין, כי למרות שהבקשה להחלפת המומחה אוזכרה רק בתשובה לבקשה למתן הוראות מטעם המבקשים, בדיון שהתקיים, התאפשר לב"כ המשיבה להתייחס בהרחבה לבקשה זו והוא טען באריכות את טענותיו ואת הנימוקים להתנגדותו להחלפת המומחה. כמו כן, התאפשר לב"כ המשיבה לחקור את המומחה והוא אף חקר אותו בקצרה. לפיכך, לא נפגעה כל זכות של המשיבה והתאפשר לה לפרוש את מלוא טענותיה ביחס לבקשה זו.

2. כפי שציין ב"כ המבקשים בתשובה לתגובה (סעיף 16), "פסילת מומחה נעשית במקרים נדירים מאוד בהם עלול להיגרם לאחד הצדדים עיוות דין או במקרים שבהם פעל המומחה בחוסר תום לב (רע"א 337/02 **רונית מזרחי נ' כלל חברה לביטוח**). כדי לפסול מומחה, יש צורך בקיומו של חשש ממשי כי זכויותיו של אחד מבעלי הדין תפגענה נוכח העובדות בבסיס הבקשה לפסילה (רע"א 334/99 **טרקלין חשמל בע"מ נ' רוז'ה חלפון**, רע"א 2600/04 **בנא ג'וני** **נ' אררט חברה לביטוח בע"מ**)".

3. ברם, יש לאבחן בין מצב שבו כבר ניתנה חוות הדעת של המומחה, שאז רק במקרים נדירים ייפסל המומחה, לבין מקרה בו חוות הדעת טרם ניתנה והליך הבדיקה של המומחה רק בראשיתו. כפי שקבע כב' השופט עמית ברע"א 3329/08 **איבון זיו נ' רעות זיו** (5.6.08):

"**אכן, לא מתקיימת עילה "קלאסית" להחלפת המומחה, על פי ההלכה הפסוקה ואף בהמ"ש קמא היה ער לכך. עם זאת, דומה שהחלטת בית המשפט קמא משקפת נוהג, רצוי לטעמי, לפיה יש לשאוף לכך שזהות המומחה תהיה מקובלת ככל שניתן על שני הצדדים, על מנת ליתן לכל צד את ההרגשה שקיבל את יומו בבית המשפט"**.

4. זאת ועוד: כפי שציינה כב' השופטת גרסטל ברע"א 1134/04 **דגן יעקב נ' שמעוני אסף** (19.5.04):

"**ככלל, קיים יתרון רב במינוי מומחה שזהותו מוסכמת על הצדדים. עמידה על זהות המומחה שמונה על ידי בית המשפט קמא, מסיטה את המחלוקת בין הצדדים מהעיקר והחשוב בתיקים נזיקיים, קרי, הגעה להכרעה עניינית מהר ככל האפשר. כמו כן, מחלוקות בדבר זהות המומחה אינן מסתיימות בבקשה אחת אלא נמשכות הן בדרך של בקשות המוגשות חדשות לבקרים בגין כל מעשה או מחדל של המומחה. כך נפגעים, בראש ובראשונה, הצדדים עצמם בשל עלויות התנהלות ההליכים ודחיית המועד בו יגיע ההליך לסופו. כלל ידוע הוא, כי מינוי מומחה השנוי במחלוקת בין צדדים מתדיינים ו/או באי כוחם יביא למשקעים רבים ויגרור התדיינויות רבות"**.

5. בעניינינו, יש לדחות בשתי ידיים את טענות המבקשים כי המומחה מנסה "להטות משפט וליצור עיוות דין", וכי "רקמו הנתבעת והמומחה תוכנית לחילוץ הנתבעת מכשליה לטשטש את מחדליה, לזרות חול בעיני בית המשפט למסך בעשן את המציאות העובדתית" (סעיפים 8 ו – 40 לתשובה לתגובה). מדובר בטענות שאין להן כל בסיס. לא הוכחה כל קנוניה בין המומחה למשיבה ומוטב היה שטענות אלו לא יועלו כלל.

6. יחד עם זאת, התנהלות המומחה בכל הקשור להטלת מטלות ביצוע על המשיבה או מי מטעמה, לא היתה ראויה. נראה כי אף כיום, המומחה לא מקפיד על ביצוע המשימה על ידו בלבד. במה דברים אמורים:

7. המומחה הטיל בתחילה את ביצוע נטילת הדוגמאות מהבניין על המשיבה. הנחייה זו לא היתה במקומה. כל פעולה הקשורה בבדיקות, צריכה להיעשות ע"י המומחה או ע"י גורם אובייקטיבי מטעמו, אלא אם כן, שני הצדדים הסכימו במפורש כי אחד מהם יבצע זאת. אכן, בצדק רב, אף ב"כ המשיבה ביקש מהמומחה כי הוא זה שידאג לבצע בעצמו או ע"י מי מטעמו את נטילת הממצאים ולא יטיל זאת על המשיבה. הוא טען בצדק, כי הדבר יביא למחלוקות מיותרות.

8. זאת ועוד: לאחר קבלת התנגדות הצדדים להנחיתו הנ"ל, מינה המומחה את מר שילר לתפקיד, למרות שמר שילר עבד מטעם המשיבה וסייע לה בהכנת חוות הדעת מטעמה. אין למנות איש מקצוע שהיה קשור למי מהצדדים, ללא הסכמה מפורשת שלהם. הסכמה כזו מעולם לא ניתנה.

9. המומחה כתב כי: "ידוע לתובעים כי לנתבעת הכרות מוקדמת עם מר שילר". אולם, המבקשת הכחישה זאת נמרצות ולמומחה לא היתה כל אסמכתא לטענתו זו. הוא אף הודה בחקירתו, כי הוא לא הזכיר בשיחתו עם ב"כ המבקשים את מר שילר (עמ' 9 שורות 25-26).

10. יתר על כן: המומחה העיד כי הוא סבור שאין מניעה שהמשיבה תבחר את המעבדה שתבצע את הבדיקה ביחס לשיטה שהיא הציע לתיקון, כל עוד מדובר במעבדה מורשית (עמ' 8 שורות 18-31 ועמ' 11 שורה 15). אין בידי לקבל עמדה זו. אין לאפשר למי מהצדדים לבחור את המעבדה. אין צורך להכביר מילים על חשיבות תוצאות בדיקות המעבדה ואין לאפשר למי מהצדדים לבחור את זהותה. בהחלט ייתכן כי צד מסוים מצוי בקשרי עבודה עם מעבדה מסוימת והעובדה שהמעבדה בעלת הרשאה ורישיון כדין, לא גורעת מכך שזהות המעבדה צריכה להיקבע רק ע"י המומחה.

11. התנהלות זו של המומחה, הביאה למצב בו למבקשים אין יותר אמון במומחה. תחושה זו של המבקשים נסמכת על התנהלות המומחה עד כה כמפורט לעיל ויש לה כאמור בסיס.

12. יודגש, כי אין באמור בכדי לקבוע דבר ביחס למומחיותו של המומחה בתחום עיסוקו. הידע המקצועי שלו ומומחיותו כלל לא עלו לדיון. הביקורת היא אך ורק ביחס להתנהלותו בכל הקשור למתן אפשרות לצד אחד לבצע בעצמו את הבדיקות ולבחור את המעבדה. אין בהחלפתו משום קביעת עמדה כלשהיא ביחס לכישוריו המקצועיים בתחום עיסוקו.

13. גם בדיקת הצעת המשיבה לפתרון הבעיה בהתאם לחוות דעת המומחה מטעמה, צריכה להיעשות ע"י המומחה או מי מטעמו, אשר יבדוק האם המלצות המומחה מטעם המשיבה טובות ומספקות. אין לאפשר למשיבה לערוך לבדה את הבדיקה "**על ידי כל קבלן שיבחר על** **ידה**" כפי שקבע המומחה. התיאום של הקבלן עם המומחה אינו מספיק. יש לוודא כי גם מי שמבצע את הבדיקה הוא גורם מטעם המומחה ולא רק גורם שפועל "בתיאום מראש".

14. משהמומחה טרם החל בעבודתו וטרם ניטלו דגימות מהשטח, ועל מנת למנוע המשך ההתנצחות בין הצדדים – אשר הביאה כבר להגשת תלונה במשטרה ע"י המבקשים - אני סבור כי יש להחליף את המומחה. כמפורט לעיל, לצורך קידום ההליך, יש צורך כי לשני הצדדים יהיה אמון במומחה ובהתנהלותו.

15. כמו כן, קיימת חשיבות להכרעה מהירה בתיק זה, מאחר שאם יתברר כי טענות המבקשים נכונות וקיימת סכנה כי אריחי חיפוי ייפלו, מדובר ב"פיקוח נפש" ויש לבצע תיקונים מוקדם ככל האפשר. לאור חוסר האימון המוחלט של המבקשים במומחה, השארתו בתפקיד עלולה להביא לריבוי בקשות ולעיכוב בסיום ההליך.

16. באי כוח הצדדים יגישו בתוך 10 ימים שמות של מומחים מוסכמים חילופיים. בהעדר הסכמה המומחה ימונה על ידי.

17. לאור בקשת ב"כ המשיבה בסיום הדיון, כי ככל שהבקשה להחלפת המומחה תתקבל, הוא מבקש לעכב את ביצועה לאור רצונו להגיש בקשת רשות ערעור, אני מעכב את ביצוע ההחלטה למשך 45 יום.

18. המומחה לא העביר תחשיב ביחס לשכר הטרחה שמגיע לו בגין עבודתו, למרות שהתחייב להמציא אותו בסיום הדיון. לפיכך, לאחר שהמומחה יגיש את תחשיבו והצדדים יגיבו לבקשתו, תינתן החלטה ביחס לשכר הטרחה המגיע לו בגין עבודתו עד היום.

19. בנסיבות העניין ועל מנת שלא להחריף עוד יותר את הסכסוך בין הצדדים, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, כ"ז ניסן תשע"ח, 12 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.

