



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 41389-07-18 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

מספר בקשה: 42

לפני כבוד השופט רונן אילן

המבקשות: **1. FACEBOOK INC.**
2. FACEBOOK IRELAND LTD.

נגד

המשיב: **בן ציון גופשטיין**

החלטה

לפני בקשה למחיקת חוות דעת מומחה שהוגשה מטעמו של המשיב (התובע) כחלק מראיותיו, ובטענה שזו, למעשה, איננה חוות דעת אלא ניסיון "להגנבת" ראיות בלתי קבילות לביסוס טענות עובדתיות. במוקד הבקשה עומדת השאלה אם יש לחייב בעל דין המתבסס על חוות דעתו של מומחה, לראות שכל מסמך עליו מתבסס המומחה יוגש כראיה בדרך המלך לביסוס אמיתות העובדות שבאותה הראיה; או שמא יש מקום להקל בדרישות אלו ממומחה המציג תשתית עובדתית לביסוס מסקנותיו. שאלה נוספת העולה מבקשה זו מתייחסת לאפשרות שיש בידי מומחה לעשות שימוש בנתונים מתוך דוחו"ת של מבקר המדינה כתשתית עובדתית, ובשים לב להוראה בדין השוללת הצגת דוחו"ת של מבקר המדינה כראיה בהליך משפטי.

הרקע לבקשה

1. בתיק זה מתבררת תובענה אשר הגיש המשיב (התובע), ובה הוא עותר לחיוב המבקשות (הנתבעות) לבטל את האיסור שהוציאו על פעילותו ברשת החברתית "פייסבוק", ולחייב המבקשות בתשלום פיצויים בסך של 250,000 ₪ על הנזקים שגרמו לו, לטענתו, בגין הגבלת פעילותו ברשת "פייסבוק".

2. בתמצית, לפי הנתען בכתב התביעה, מחקו המבקשות את פרופיל המשיב ב"פייסבוק" והן מונעות ממנו פתיחתו של פרופיל חדש, והכל בשל זאת שדעותיו והשקפת עולמו היו לצנינים בעיני המבקשות.

המשיב מציג עצמו כ"פעיל ימין קיצוני" אשר דעותיו "שנויות במחלוקת". כחלק מפעילותו הציבורית והפצת דעותיו ומשנתו, הקים המשיב לפני מספר שנים ברשת "פייסבוק" פרופיל פרטי ועמוד עסקי בשם "הקרן להצלת עם ישראל". באלו עשה המשיב שימוש לקידום פעילותו בכלל, ולשם קבלת פניות מהציבור בפרט.

המשיב מציג את הרשת החברתית "פייסבוק", אותה מפעילות המבקשות, כמי שחורגת בהרבה מלהיות פלטפורמה גרידא, מקום המאפשר טיפוח קשרים חברתיים. לפי טענת המשיב בכתב התביעה, "פייסבוק" היא לא פחות מעולם וירטואלי, ערוץ תקשורת בעל עוצמה המשמש "כמעט כל גוף מסחרי", אמצעי שלא ניתן כיום בלעדיו לקדם פעילות חברתית, מסחרית, עסקית, ציבורית וכיו"ב.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 41389-07-18 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

על בסיס טענה זו, מייחס המשיב למבקשות, כמי שמסדירות ושולטות ב"פייסבוק", את הכוח לקבוע ואף להגביל את אופי ומידת השימוש ב"פייסבוק", בין היתר כך שהשימוש ייעשה בהתאמה לתפיסות שהן מבקשות לקדם.

על רקע זה, טוען המשיב כי המבקשות חסמו את פעילותו ב"פייסבוק". תחילה עשו כן מעת לעת ולתקופות מוגבלות, עד שלבסוף חסמו אותו לצמיתות, והדירו אותו לחלוטין מ"פייסבוק".

המשיב טוען שיש לבחון את פעילות המבקשות לפי כללי המשפט הציבורי ועקרונות היסוד של המשפט בישראל, וזאת נוכח עוצמתן ושליטתן על משאב שהוא לא פחות מ"שירות חיוני". ובהתאם לעקרון זה, טוען המשיב, אסור למבקשות לפגוע בחפש הביטוי שלו, ודאי שאל להן לעשות כן בצורה גורפת, וודאי וודאי שאסור להן לעשות כן בלי הליך הוגן של שימוע והידברות טרם החלטה על פגיעה בזכות היסוד שלו. המבקשות, כך המשיב, הפרו עקרונות יסוד אלו ביחסן אליו ולכן יש לצוות עליהן לחדול מפגיעה בזכותו להמשיך ולעשות שימוש ב"פייסבוק" וכן לחייב אותן בפיצוי על נזק שנגרם לו ועל בסיס אומדנה.

לטענות אלו אשר נראה שעומדות בליבת כתב התביעה, מוסיף המשיב גם טענות לפגיעה בזכות היוצרים שלו, להפרת חבות המבקשות לפי דיני השומרים, וטענות לניסיון המבקשות להתבסס על תניות מקפחות בחוזה אחיד.

3. המבקשות, בכתבי ההגנה מטעמן, מכחישות את טענות המשיב, אף שבכל הנוגע לטענה העובדתית לחסימה גורפת של המשיב מפעילות ב"פייסבוק" – ההכחות בכתבי ההגנה מובאות בהתבסס על: חוסר ידיעה".

בתמצית, המשיבות מציגות עצמן בכתבי ההגנה כמי שמפעילות מספר מוצרים תחת המותג "פייסבוק", אשר מיועדים לבנות קהילה ולטפח קשרים ברחבי העולם. הפעילות ברשת "פייסבוק" נעשית על בסיס תקנון, מדיניות פנימית שעצבו המבקשות תחת הכותרת "כללי קהילה", אשר מפרטים את המותר והאסור למשתמשים ב"פייסבוק". ובאלו, כך המבקשות, כללים המבקשים לקדם שיתוף ויצירת קשר, החלפת רעיונות גם בנושאים השנויים במחלוקת ואף בסוגיות פוליטיות ודתיות. ומאידך, כך שיטת המבקשות, החלפת הרעיונות השיתוף נעשים תחת כאלו כללים השוללים ומיועדים למנוע ניסיונות להפצת רעיונות המבקשים לתקוף "מאפיינים מוגנים", ובאלו גזע, מוצא אתני, מוצא לאומי, שיוך דתי, נטייה מינית, זהות מגדרית וכיו"ב. תוכן שכזה עומד בסתירה לעקרונות פעילות "פייסבוק" ולכן יוסר ממנה.

המבקשות מקדישות חלק נרחב בכתב ההגנה לסקירת פעילותו ומשנתו של המשיב, בהצגתו כמי שעוסק כל כולו בהפצת רעיונות גזעניים ובהתקפות שנאה כלפי מיעוטים דווקא על בסיס של גזע, לאום, דת, ונטייה מינית. על בסיס סקירה זו של פעילות המשיב, טוענות המבקשות כי לא זו בלבד שחסימתו מפעילות ב"פייסבוק" מוצדקת, אלא שניסיון המשיב לטעון שאינו מודע לסיבה בגינה נחסם יותר מהיתממות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 41389-07-18 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

המבקשות כופרות בטענה שיש להחיל עליהן כללים מתחום המשפט הציבורי, או לראותן כמי שמופקדות על הספקת "שירות חיוני" לציבור, וממילא גם כופרות בטענה שלמשיב עומדת הזכות לכפות עליהן, תחת עקרון "חפש הביטוי", לאפשר לו להמשיך ולעשות ב"פייסבוק" שימוש להפצת דעותיו.

הבקשה ותמצית הטענות

4. לתמיכה בטענותיו הגיש המשיב "חוות דעת מומחה" (להלן: "חוות הדעת") של מר יונתן חסידים (להלן "המומחה").

במסגרת חוות הדעת, בוחן המומחה סוגיות שונות המתייחסות למאפייני פעילותה של רשת "פייסבוק" בישראל, בהתייחס לשאלות אלו עליהן נתבקשה חוות דעתו מטעם המשיב:

- מה היקף השימוש ב"פייסבוק" בישראל?
- אילו סוגי תקשורת אנושיים מתבצעים ב"פייסבוק"?
- אילו רשויות וגופים מתקשרים באמצעות "פייסבוק" ומאפשרים ליצור איתם קשר?
- מה השפעה של "פייסבוק" על החלפת רעיונות, אידאולוגיה ופוליטיקה בישראל?
- האם "פייסבוק" נותנת שירותי מדינה, קהילה?
- האם "פייסבוק" היא שירות חיוני בחיי אזרח במדינת ישראל?

המומחה בוחן סוגיות אלו ובסיכומה של חוות הדעת מביע את דעתו, שלפיה "פייסבוק" הינה שירות חיוני" לאזרח בישראל. כי הדרתו של אדם משימוש ב"פייסבוק" משמעותה פגיעה אנושה ביכולת התקשורת שלו עם הסביבה, ביכולת שלו להפיץ דעותיו, ביכולת שלו לצרוך מידע, ביכולת שלו להתקבל לעבודה, או לייצר תקשורת עסקית". המומחה נמנע מהבעת דעה ביחס לסכנה הנובעת מהפצת משנתו של המשיב באמצעות "פייסבוק", אך טוען שאפילו יש בזו סכנה, באפשרות המבקשות לפעול "באמצעים פחות פוגעניים", למשל בהקטנת חשיפת התכנים שמפיץ המשיב.

5. לטענת המבקשות, יש למחוק את חוות הדעת, לחילופין להוציא ממנה את כל נספחיה,

ולחילופי חילופין להוציא ממנה את מרבית נספחיה ולמחוק סעיפים שונים הימנה. לפי עמדת המבקשות, כל שיש בחוות הדעת אלו נתונים עובדתיים, ובלי כל ניסיון להציג ניתוח מקצועי ולהציע מסקנות של כזה ניתוח מקצועי על יסוד אותם נתונים עובדתיים. אותם נתונים עובדתיים שיש בחוות הדעת על נספחיה, מבטאים למעשה את תכליתה האמתית של חוות הדעת – הגשת ראיות לא קבילות, בדרך לא דרך, בניגוד לדיני הראיות.

עוד טוענות המבקשות, כי בין אותם נתונים עובדתיים שמתיימר המשיב להגיש כראיה באמצעות חוות הדעת, גם קטע המהווה חלק מדו"ח של מבקר המדינה, אשר לפי דין איננו יכול להוות ראיה ואיננו קביל.

ולבסוף, טוענות המבקשות כי המשיב לא גילה בהליך גילוי המסמכים אף לא אחת מאותן ראיות שהוא מבקש כעת להגיש כנספחים לחוות הדעת. אף במחדל זה רואות המבקשות בסיס לדחיית הניסיון להגשת נספחיה של חוות הדעת.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 41389-07-18 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

6. המשיב טוען בתגובתו שיש לדחות את הבקשה. לפי טענת המשיב, חוות הדעת מתייחסת לסוג חוות הדעת המתייחסות "לשאלות שבמחקר", המהוות חלק מסוגי חוות הדעת שמתירים דיני הראיות. בכאלו חוות דעת, טוען המשיב, מציג המומחה את פירות אותו "מחקר" שערך, ועל בסיסן את מסקנותיו. כך גם בחוות הדעת. המומחה מציג את ממצאי המחקר שערך בקשר עם השימוש ב"פייסבוק" בישראל ועל יסוד ממצאים אלו את מסקנתו שלפיה "פייסבוק" מהווה "שירות חיוני". המשיב טוען כי אפילו נספחיה של חוות הדעת מהווים עדות מפי השמועה, אין יסוד לטענה כי יש להוציאן מחוות הדעת שכן הנטייה הגוברת בהלכה הפסוקה הינה להעדיף את בחינת משקל הראיה על פני קביעה שאיננה קבילה כלל. ובכלל, טוען המשיב, הרי כל אותו מסד נתונים שמביא המומחה לביסוס מסקנותיו מצוי בידיעתה המלאה של "פייסבוק" ובאפשרותה, אם תרצה, להציג את גרסתה שלה לנתונים שמציג המומחה. המשיב טוען כי רק במקרים קיצוניים וחריגים תתקבל טענה לפסילת מומחה, ובכלל אין בתקנות הוראה המאפשרת מחיקת חלקים מחוות דעת או הוצאת חלק מנספחיה. גם במחדל דיוני זה, אליבא המשיב, טעם לדחיית הבקשה. אשר לטענה המתייחסת לשילוב מידע מדו"ח של מבקר המדינה בחוות הדעת, טוען המשיב כי חדשות לבקרים נעשה שימוש בנתונים טכניים שנאספים ומוצגים בדו"ח מבקר המדינה, ואין בשימוש שכזה כדי לסתור את תכלית ההוראה המבקשת לשלול חשש מעדים המוסרים מידע למבקר המדינה, שמא ינקטו נגדם הליכים משפטיים.

דיון

7. בהתאם לתקנה 129 (א) בתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (אשר בינתיים הוחלפה בתקנה 87 (ה) בתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018), רשאי בעל דין להגיש מטעמו חוות דעת של מומחה לביסוס טענה מטענותיו.

8. חוות דעתו של מומחה נדרשת כאשר השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין, חורגות מגדר ההבנה והידיעה הכללית של בית המשפט, בהשתייכותה לתחום מדעי ומקצועי שאיננו בידי מי שלא רכש ידע בתחום זה.

הסמכות להתיר הגשת חוות דעת מומחה מוסדרת בסעיף 20 בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, כך:

"בית המשפט רשאי, אם אין הוא רואה חשש לעיוות דין, לקבל כראיה, בכתב, חוות דעתו של מומחה בשאלה שבמדע, שבמחקר, שבאמנות או שבידיעה מקצועית (להלן - חוות דעת), ותעודה של רופא על מצב בריאותו של אדם (להלן - תעודת רופא)".
הוראה זו מבטאת חריגה מהכלל הפוסל הגשת עדויות סברה, ומאפשרת מתן עדות על מסקנות.

"בישראל, כחריג לכלל הפוסל עדות סברה מותר למומחה להעיד על מסקנות מקום שללא מומחיות אדם רגיל לא היה מסוגל "לקלוט" מסקנות אלו מהעובדות הפרוסות בפניו (י' קדמי על הראיות (כרך ב) [66], בעמ' 557; כרמי בספרו הנ"ל [65], בעמ' 630-631). בית-





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-07-41389 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

המשפט מתיר למומחה להעיד על מסקנות מקום שהוא זקוק לכך שיגלה לו את ה"צופן" להבנת העובדות. (ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח (5) 215, 237) אותה חוות דעת אשר הוגשה מטעמו של המשיב כחלק מהראיות מטעמו, הוגשה על יסוד הזכות הדיונית הקבועה בתקנות, ועל יסוד אותו חריג המתיר הגשת "עדות סברה" בעניינים הכרוכים במומחיות.

9. המבקשות טוענות שאין לקבל את חוות הדעת כבר בשלב מקדמי זה, ובטרם נבחן אם בכלל יש מקום ליתן לה משקל בהכרעה בין הטענות. לפי טענת המבקשות, אותו מוסמך שהוגש מטעם המשיב רק נחזה להיות חוות דעת, אך הוא למעשה איננו כזה.

המשיב בתגובתו, טוען שדווקא את הטענה שמעלות המבקשות יש לדחות על הסף, שכן אין בתקנות סדרי הדין האזרחי הוראה המתירה מחיקת חלקים מחוות דעת או סילוק חלק מנספחיה. טענה זו לא ניתן לקבל. אותה אפשרות שנתונה למשיב, ככל בעל דין, להציג "עדות סברה" בחרגה מהכלל האוסר זאת, מתייחסת אך ורק להגשתה בצורה של "חוות דעת מומחה" ובאותם עניינים המוגדרים בדיני הראיות כאמור.

מצב בו מתברר לכתחילה שאותו מסמך שהוצג איננו כזו "חוות דעת מומחה", הרי שלא ניתן להגישו כלל, ולבית המשפט הסמכות להורות על החרגתו מכלל הראיות. כך ביחס למסמך בכללותו וכך ביחס לחלקים הימנו. מקום שנמצא כי חלקים מאותו מסמך, אותה חוות דעת, אינם כאלו שניתן להגיש בחוות דעת (למשל: מסקנות בעניינים משפטיים), מוסמך בית המשפט למחוק את אותם הקטעים מחוות הדעת על נספחיה. אם מוסמך בית המשפט להורות על סילוק חוות הדעת בכללותה, קל וחומר שבסמכותו לנקוט בסעד הפחות קיצוני של מחיקת חלקים הימנה.

ואם ימצא שלא ניתן למחוק רק חלקים מחוות הדעת, שלא ניתן לעשות את ההפרדה הברורה בין החלקים שניתן להגיש לאלו שלא, כי אז אפשר ולא יהיה מנוס ממחיקתה כולה. ולפיכך, טענת המשיב שלפיה אין אפשרות למחוק חלקים מחוות הדעת, או לסלק אילו מנספחיה – נדחית.

10. הטענה הראשונה אשר מעלות המבקשות ביחס לחוות הדעת הינה כי למעשה אין זו חוות דעת.

לפי גרסת המבקשות, חוות הדעת בכללותה מבטאת ניסיון להציג טענות עובדתיות בדרך לא דרך, בניגוד לדיני הראיות, אך בלי כל ניסיון להציג ניתוח מקצועי או הסקת מסקנות מאותן עובדות. על יסוד טענה זו עותרות המבקשות לסילוק חוות הדעת כולה.

עיון בחוות הדעת מלמד כי המומחה נתבקש לבצע מחקר על מאפייני השימוש ב"פייסבוק" בישראל (היקף השימוש; זהות המשתמשים; התכנים וכיו"ב), ועל בסיס אותו מחקר, גם להציג את עמדתו ביחס למידת החיוניות של השימוש ב"פייסבוק" בחיי האזרח בישראל.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 41389-07-18 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

המומחה סוקר בחוות הדעת מאפיינים שונים של השימוש ב"פייסבוק", ובסיכום חוות הדעת, כשהוא מתבסס על פירות אותו "מחקר" שערך והציג, גם את המסקנה. את דעתו האישית כ"מומחה". הדעה שלפיה הדרת אדם משימוש ב"פייסבוק" משמעותה פגיעה קשה, אפשר אנושה, ביכולתו לפעול במגוון תחומים חיוניים (הפצת דעות, צריכת מידע, תעסוקה וכיו"ב). אף שלמותר מלציין את זכותן המלאה של המבקשות לכפור במסקנות אלו, אין אפשרות לקבל את הטענה שאין מדובר במסקנות כלל. המומחה מציג בחוות הדעת את עמדתו, סברתו, המתבססת על אותן פירות של המחקר שערך והציג בחוות הדעת.

הטענה שלפיה יש לסלק את חוות הדעת בכללותה שכן אין זו כלל חוות דעת מומחה – נדחית. לטענת המבקשות, יש לסלק מחוות הדעת את כל נספחיה (ולמצער – את רובם) ולמחוק את כול המובאות מאותם הנספחים מגוף חוות הדעת.

המבקשות טוענות למחדל דיוני של המשיב שמצדיק את סילוק הנספחים. לטענת המבקשות, הנספחים שצורפו לחוות הדעת לא גולו על ידי המשיב במסגרת הליך גילוי המסמכים, ולכן לא ניתן להגישם. טענה זו איננה ברורה. אותם הנספחים צורפו על ידי המומחה לחוות הדעת שערך. לא נטען כלל שאלו הומצאו לו בידי המשיב וממילא, כפי שיפורט בהמשך, אלו מסמכים שמוציגים כבסיס לחוות הדעת ולא כאלו שמוגשים כראיה לאמיתות תוכנם. חובתו של בעל דין לגילוי מסמכים המצויים בחזקתו איננה חלה על כאלו מסמכים שעליהם עשוי להתבסס מומחה מטעמו. טענת המבקשות לסילוק הנספחים לחוות הדעת מן הטעם שלא גולו בהליכי גילוי המסמכים – נדחית.

לצד אותה טענה דיונית, מביאות המבקשות טעם נוסף לסילוק הנספחים. לפי גרסת המבקשות, אסף המומחה שלל נתונים, רובם ככולם עדויות מפי השמועה, והמשיב מתיימר להגיש את אותם הנתונים בכסות חוות הדעת, ובהתעלמות מאותו עקרון יסוד של דיני הראיות – העיקרון האוסר הגשת עדות מפי השמועה. המבקשות סוקרות את אותם הנספחים שמצורפים לחוות הדעת (44 במספר) ומצוטטים בחוות הדעת, ומבקשות להראות כי אלו ברובם אינם קבילים (בפרט כתבות מגופי תקשורת שונים וצילומי מסך מאתרי מרשתת שונים) ובחלקם אינם רלוונטיים (כגון התייחסות ליישומון חלופת המסרים – WhatsApp).

בבחינת טענה זו, יש לזכור את ההבדל בין הגשת ראיות לביסוס טענה עובדתית, לבין הצגת תשתית עובדתית כבסיס לחוות דעתו של מומחה.

האפשרות הנתונה בידי בעלי הדין לתמוך טענותיהם בחוות דעת מומחה, כזו שהיא כולה סברה, מחדדת את האבחנה בין עדותו של מומחה לעדות רגילה. בעוד זו הרגילה מיועדת להצגת עובדות מהן בהמשך יוכל בית המשפט להסיק את המסקנות, בעדות שהיא חוות דעת מומחה אין כוונה לבסס את העובדות שעליהן היא מתבססת, אלא רק את המסקנה הנלמדת מהן. חוות דעת מומחה איננה כלי לביסוס עובדות. בעל דין המבקש להציג עובדות שישמשו תשתית להוכחת טענותיו, חייב לעשות כן בדרך המלך – בהגשת הראיות לפי דיני הראיות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 41389-07-18 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

מאידך, מומחה המבקש להציג את אותה תשתית עובדתית עליה מתבססות מסקנותיו, סברותיו, איננו חייב להסתמך אך ורק על אותן עובדות שהוכחו במהלך בירור הטענות במשפט.

כך נפסק:

"לעתים קרובות נוכל למצוא בעדותו (או בחוות דעתו) של עד מומחה (לפחות) שני רבדים: רובד עובדתי ורובד של מסקנות המוסקות, כעניין שבמומחיות, מן הרובד הראשון; אף כי ההבחנה בין שני רבדים אלה אינה תמיד ברורה, הרי שנודעת לה חשיבות רבה: לפי הגישה הקלאסית, שהייתה מקובלת בדין האנגלי, יש להוכיח את העובדות "החיצוניות" שבבסיס חוות הדעת באופן עצמאי ונפרד כמו כל עובדה אחרת הטעונה הוכחה במשפט; (ראה: (R. May, criminal evidence (1990), London, 148) אך ניסיון החיים והאסמכתאות הנוגעות בדבר מלמדים שאין מדובר כבר בכלל גורף ונוקשה, ואנו מוצאים בפסיקה ובספרות מקרים בהם נתקבלה עדות מומחה שסמך על עדות שמיעה, בין שראו בכך דבר המובן מאליו ובין שראו זאת כחריג המוגבל לתחום מסוים. בעיקר אפשר למצוא אמירות לפיהן אפשר לכלול בגדרה של עדות מומחה נתונים עובדתיים מכלי שני בדבר תוצאות של ניסויים שנערכו." (ע"פ 566/89 מאיר מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 539, 545)

בית המשפט אף מציין דוגמאות למצבים בהם מביא מומחה בחוות דעתו נתונים עובדתיים "מכלי שני". כך התבססות על "אינפורמציה סטטיסטית שנאספה על-ידי המוסד המרכזי למחקר של משרד הפנים". כך "טבלאות נתונים" שמוצגות בחוות דעתו של מהנדס או גיאולוג. כך גם "תוצאות מחקרים" בתחום המומחיות של המומחה אף שלא הוא זה שערך אותם (שם. עמ' 546 – 547). בכל אותן דוגמאות, מבסס מומחה את מסקנותיו על עובדות אותן הוא איננו יודע מידיעה אישית. עובדות עליהן הוא למד "מכלי שני". ממחקרים ובחינות שעשו אחרים.

זו ההלכה והגינה ברור. לא ניתן לצפות מבעל דין שיבוא ויוכיח כל נתון עליו מתבסס המומחה מטעמו כדרך בה הוא נדרש להוכיח את העובדות עליהן הוא מבקש להתבסס בטיעונו. כשם שחוות דעת מומחה מהווה חריג לכלל האוסר עדות סברה, אותה חוות דעת מומחה מהווה חריג גם לכלל המאפשר הצגת עובדות רק כשאלו בידעתו האישית של העד.

לטענת המבקשות, חריג זה יש לצמצם רק לספרות מקצועית, ולהבדיל מאותם "נתוני הבסיס" של המקרה הספציפי. טענה זו איננה ברורה. בחירת אותה תשתית עובדתית עליה הוא מתבסס, נתונה לשיקול דעתו של המומחה. אין יסוד לניסיון לאבחן מקור כזה מאחר, לראות במקור אחד "לגיטימי" ובאחר "לא לגיטימי". ניסיון שכזה איננו מבוסס על ההלכה הפסוקה כאמור, וקשה לראות מה הגיון יש בו.

הקושי בקבלת ניסיון זה של המבקשות לסייג את האפשרות להתבסס על מקורות חיצוניים מכלי שני, מתחדד נוכח זכותן האלמנטרית של המבקשות לסתור את אותן עובדות עליהן מתבסס המומחה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-07-41389 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

והרי כשם שבאפשרות בעל הדין שכנגד לבקש ולסתור את מסקנות המומחה, בין בחוות דעת נגדית ובין בדרך אחרת, עומדת לו גם הזכות לסתור את אותה תשתית עובדתית עליה מתבססת חוות דעת המומחה.

"ברוב המכריע של המקרים, אם לא בכולם, מביא המומחה לפני בית המשפט מערכת של נתונים עובדתיים שעל יסודם הוא מבקש להסיק מסקנה מסוימת, ומערכת נתונים זו ניתנת לבדיקה ולחקירה, כפי שניתנת לבדיקה ולחקירה אף עצם הבחירה של הנתונים, שהביאו למסקנתו של המומחה; בדיקת הנתונים ודרך בחירתם - באמצעות המסננת השיפוטית של מידת המהימנות שיש לייחס לעד היא המביאה לקביעתם של הממצאים והמסקנות על-ידי בית המשפט..." (ע"פ 889/79 משה חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 479, 498)

וכך, באפשרות המומחה להביא את מערכת הנתונים העובדתיים עליהם הוא מתבסס, אפילו מערכת עובדתית זו הינה מכלי שני, ובאפשרות הצד שכנגד לנסות ולקעקע את אותה תשתית עובדתית ובכך לטעון שאין לקבל את מסקנותיו של המומחה. כך גם במקרה דנא. המומחה מבקש לבסס את מסקנותיו על מידע שהוא אסף ממקורות שונים ובהם ידיעות בכלי התקשורת, מידע מאתרים במרשתת, ואף סקרים שפורסמו. אם סבורות המבקשות שאלו, או מי מהם, אינם יותר ממשענת קנה רצוף – אדרבה ואדרבה. שיתכבדו ויציגו את גרסתן. זכות זו שמורה להן אך הזכות למחוק את אותם נתונים שאסף המומחה רק היותם עדות שמועה – איננה נתונה להם.

ורק להשלמת התמונה, יש להדגיש כי כאשר עסקינן בתשתית עובדתית עליה מתבסס המומחה ומובאת מכלי שני, ברי הדבר שאין באפשרות בעל הדין שעדות המומחה הוגשה מטעמו, גם להסתמך על אותה תשתית עובדתית עליה התבסס המומחה, משל זו הוכחה ככל טענה עובדתית אחרת.

אותה תשתית עובדתית עליה מתבסס המומחה כוחה יפה אך ורק לביסוס מסקנותיו של המומחה, אך לא לביסוס טענות עובדתיות של בעל הדין. כדי שיוכל בעל דין להתבסס על העובדות שמביא המומחה בחוות דעתו, עליו להגישן כדרך בה מגישים כל ראיה "רגילה". לא ניתן לראות בחוות דעת מומחה אמצעי לעקיפת דיני הראיות וביסוס תשתית עובדתית בדרך עקיפה. אף המשיב בתגובתו איננו טוען אחרת.

14. לא מצאתי ממש גם בטענה שחלקים מחוות הדעת או מנספחיה אינם רלוונטיים למחלוקות העומדות להכרעה, אף לא לשאלות עליהן נתבקשה חוות הדעת מהמומחה. אפשרות זו דינה להתברר במהלך ההתדיינות ואין בה כדי לבסס טענה למחיקת חלקים מחוות הדעת.

15. ונוכח כל זאת, על יסוד ההלכה המתירה למומחה לבסס את מסקנותיו בתחום המומחיות לשמה נתבקשה ממנו חוות דעת גם על תשתית שהוא מביא מכלי שני ובחריגה מהכלל האוסר הגשת עדויות מפי השמועה – הטענה שיש למחוק את חוות הדעת או חלקים הימנה, והטענה שיש לסלק מחוות הדעת נספחים כלשהם בשל אי הגשתם לפי דיני הראיות – נדחית.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-07-41389 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

16. לטענת המבקשות, יש למחוק מחוות הדעת ולהוציא מנספחיה ציטוטים ומובאות מתוך דו"ח מבקר המדינה.

בהתאם להוראת סעיף 30 (א) בחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 (להלן: "חוק המבקר"): "דו"חות, חוות דעת או כל מסמך אחר שהוציא או הכין המבקר במילוי תפקידיו לא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי או משמעותי".

תכליתה של הוראה זו הבטחת יכולתו של מבקר המדינה לאסוף מידע הנדרש לו, בלי כל יסוד לחשש של מי ממקורות המידע שמא זה ישמש כראיה בבית המשפט. הגשמת תכלית זו באה לכדי ביטוי בלשונה הרחבה של ההגבלה בחוק המבקר.

על יסוד הוראה זו איפוא, לא ניתן להגיש כראיה בהליך משפטי מסמך שהוציא מלפניו מבקר המדינה. לא מסמך שכזה בשלמותו, אף לא חלקים הימנו. "יש לראות בדו"ח מקשה אחת שכולו, על כרעיו ועל קרביו, אינו קביל כראיה" (ע"א 2906/01 עירית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ [פורסם בנבו], 25.5.06 פסקה 14).

כפי שהודגש לעיל, הנתונים העובדתיים המובאים בחוות הדעת של המומחה הובאו כעדות מכלי שני, בחריגה מהכלל האוסר הצגת עדויות מפי השמועה, ובאופן המאפשר למומחה להתבסס עליהם בחוות הדעת, אך לא לבעל הדין מטעמו הוגשה חוות הדעת כעובדות שהוכחו. על אף אבחנה זו, אפילו אותם נתונים מדו"ח מבקר המדינה הוצגו כתשתית עובדתית לחוות הדעת, לא ניתן להגישן בדרך זו ולא ניתן לבסס עליהם את מסקנות המומחה. אפשרות זו נשללה במפורש בפסיקת בית המשפט העליון בהתייחס לנתונים מתוך דו"ח מבקר המדינה שהובאו כחלק מחוות דעת מומחה (ע"א 2906/01 לעיל). אותו איסור גורף על שימוש בנתונים מתוך דו"ח מבקר המדינה מבסס את פסילת האפשרות לעשות כן אפילו מובאים הנתונים מהדו"ח ככלי שני וכחלק מאותה תשתית עובדתית עליה מתבסס המומחה. עם זאת, כאשר לא לשם הוכחת אמיתות הנתונים נעשית ההפניה לדו"ח מבקר המדינה, אלא ברקע הדברים בלבד, כי אז ניתן לאפשר זאת ואין בכך חריגה מהאיסור הגורף האמור.

יוער כי חלק מן הנתונים לקוחים מדוח מבקר המדינה – שאמנם אינו קביל כראיה בהליכים משפטיים, לפי סעיף 30(א) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב] – אך בענייננו האמור בדוח מובא ברקע הדברים בלבד, ולא כראיה לאמיתות תוכנו. (ע"א 8146/13 ד"ר סולימאן ג'ושה נ' בית החולים אלדג'אני (בפירוק) [פורסם בנבו], 21.7.16, פסקה 16 בפסק הדין של השופטת ענת ברון)

ולפיכך, הכלל הינו שלא ניתן להגיש כראיה בהליך משפטי דו"ח של מבקר המדינה, בין בשלמותו ובין חלקים הימנו. לא ניתן לעשות כן במישרין, ולא ניתן לעשות כן בעקיפין וכחלק מחוות דעת מומחה. כחריג לכלל זה, ניתן להתיר מובאות מדו"ח של מבקר המדינה רק כאשר אלו מוצגות ברקע הדברים ולא מתוך ניסיון להתבסס על נתוני דו"ח המבקר כראיה לאמיתות תוכנם.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 41389-07-18 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

17. דו"ח מבקר המדינה מוזכר בסעיף 10 בחוות הדעת. המומחה מציג תרשים אשר כותרתו "שיעור השימוש ברשתות החברתיות העיקריות בישראל, בהשוואה עולמית 2018", ומקורו דו"ח של מבקר המדינה. המומחה איננו מביא כל התייחסות ספציפית לאותו תרשים ונראה שבחר להציגו כרקע בלבד. אין לפיכך הצדקה למחיקת התרשים מהדו"ח. בהמשך חוות הדעת (סעיפים 36 ואילך) שב המומחה ומתייחס לאותו דו"ח של מבקר המדינה (דוחו"ת על ביקורת בשלטון המקומי 2020, שימוש הרשויות המקומיות ונבחריהן ברשתות החברתיות – נספח ט"ז לחוות הדעת). לטענת המשיב, מובאות אלו אינן אלא "מידע טכני גרידא", אך די לעיין בחוות הדעת כדי להיווכח שלא כן הוא. המומחה מביא מתוך דו"ח המבקר ציטוטים נרחבים ומציג את דו"ח המבקר כמקור לשלל עובדות המובאות בחוות הדעת. המומחה אף מביא "המלצות" של מבקר המדינה כחלק מההשתתף העובדתית. מובאות אלו עומדות בסתירה ברורה להוראות חוק המבקר וניסיון להציג ממצאים ומסקנות של מבקר המדינה, מתוך דו"ח המבקר, כראיה לאמיתות תוכנו. לכך אין הצדקה. בחוות הדעת (סעיף 47) הפנייה לנספח נוסף (נספח כ"ו) כמקור לטענה ביחס לשימוש ברשתות החברתיות לצורך תעמולת בחירות. אותו נספח מהווה קטע מדו"ח מבקר המדינה מספר 72 א מיום 4.8.21. אף צירוף נספח זה מנוגד להוראה האוסרת הצגת דו"ח מבקר המדינה כראיה. ולפיכך – סעיפים 36 – 43 בחוות הדעת וכן נספחים ט"ז ו- כ"ו של חוות הדעת ימחקו ולא יהיו חלק מחוות הדעת.

סיכום

18. כך ניתן לסכם:

- המבקשות עותרות למחיקת חוות הדעת שהוגשה מטעמו של המשיב בשלמותה, ולמצער למחיקת חלקים הימנה וסילוק רבים מנספחיה.
- המשיב טען שיש לדחות הבקשה על הסף, שכן אין בתקנות הוראה המאפשרת מחיקת חלקים מחוות דעת מומחה. טענה זו נדחתה. כשם שבית המשפט מוסמך לפסול ולסלק חוות דעת בשלמותה, למשל אם נמצא שאיננה כזו, הרי שהוא מוסמך לסעד הפחות דרקוני של מחיקת חלקים הימנה.
- המבקשות טוענות שיש למחוק את חוות הדעת בשלמותה, שכן אין בה כלל הסקת מסקנות אלא רק הצגת נתונים עובדתיים. בבחינת חוות הדעת נמצא שהיא דווקא כוללת הסקת מסקנות מצידו של המומחה – מסקנותיו בכל הנוגע לראיית השימוש ב"פייסבוק" כשירות חיוני אשר הדרה ממנו גורמת לפגיעה קשה, ולפיכך טענה זו – נדחתה.
- המבקשות טוענות שיש לסלק את כל נספחיה של חוות הדעת, שכן אלו לא גולו על ידי המשיב בהליכי גילוי המסמכים. טענה זו נדחתה, שכן אין מדובר במסמכים שהיו בחזקת המשיב ואין מדובר במסמכים שמבקש המשיב להגיש כראיה מטעמו לאמיתות תוכנם.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 41389-07-18 גופשטיין נ' FACEBOOK INC. ואח'

- המבקשות טוענות שיש למחוק את חוות הדעת שכן הנתונים העובדתיים הכלולים בה, שעליהם מתבסס המומחה במסקנותיו, לא הוכחו ולא הוצגו לפי דיני הראיות. נוכח טענה זו הודגשה האבחנה בין הצגת עובדות על ידי בעל דין להצגת עובדות כתשתית למסקנותיו של מומחה. בעוד עובדות עליהן מתבסס בעל דין יש להציג לפי דיני הראיות, לא כך עובדות או נתונים עליהם מתבסס מומחה בחוות הדעת כבסס למסקנותיו. כאלו באפשרותו להציג בסטייה מדיני הראיות הרגילים, גם אם למד עליהן ככלי שני. באפשרות הצד שכנגד לסתור את התשתית העובדתית עליה מתבסס המומחה, אך אין באפשרותו להתנגד להצגתה רק משום שלא הוגשה לפי דיני הראיות. ולפיכך – טענה זו של המבקשות נדחת.
- המבקשות טוענות שיש למחוק מחוות הדעת את הסעיפים בהן מובאות מתוך דוחו"ת של מבקר המדינה ולסלק את הנספחים שהם קטעים מדו"ח מבקר המדינה. טענה זו התקבלה. חוק המבקר שולל כל ניסיון להצגת דוחו"ת של מבקר המדינה כראיה בהליך משפטי. הוראה זו חלה הן ביחס לניסיון להצגת דו"ח מבקר המדינה בשלמותו והן בניסיון להצגת קטעים ממנו. הוראה זו חלה הן ביחס לניסיון להגשת דו"ח המבקר על ידי בעל דין כראיה מטעמו, והן כאשר כך נעשה בעקיפין ובצירוף לחוות דעת מומחה.

19. לא מצאתי ממש ביתר טענות הצדדים.

20. ואשר על כן, אני מקבל את הבקשה בחלקה, ומורה על מחיקת סעיפים 36 – 43 של חוות הדעת, וסילוק נספחים ט"ז ו- כ"ו של חוות הדעת. כל יתר הטענות – נדחות. נוכח תוצאה זו אין צו להוצאות בגין בקשה זו.

ניתנה היום, כ"ג ניסן תשפ"ב, 24 אפריל 2022, בהעדר הצדדים.

רון אילן, שופט

