

מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

דניאל מור*

בשנים האחרונות מסתמן שינוי דרמטי באופן ניהולן של תביעות לפיצוי בגין נזקי תאונות רפואיות. יותר ויותר מומחים רפואיים מתמנים מטעם בית-המשפט, וזאת לא רק לצורך קביעת היקף הנזק שנגרם לתובעים, אלא גם לצורך בחינת אחריותם המקצועית של הנתבעים. פרקטיקה זאת מתפתחת ללא שקלא וטריא, ומבלי שנבחנו כלל הלגיטימיות והנאותות שלה. במשפט הפוזיטיבי הישראלי ניתנה גושפנקה לפרקטיקה זאת באמצעות תיקון תקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

במאמר זה, בצד ניתוח התקנה האמורה ובחינת המשפט הישראלי הפוזיטיבי בתחום של הוכחת תביעות נזיקין בגין תאונות רפואיות, נבחנות גם הלגיטימיות והנאותות של השימוש במומחים רפואיים מטעם בית-המשפט להוכחת האחריות בתביעות בגין תאונות רפואיות.

המאמר מונה את הטענות בעד ונגד השימוש בפרקטיקה האמורה, ומתחבר ביקורת בעיקר על מינוי מומחים רפואיים עוד בשלב קדם-המשפט. המחבר סבור כי אין למנות כעניין שבשגרה מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות, וכי מכל מקום אין למנות מומחים כאלה בשלבים הראשונים של ההתדיינות.

לדעת המחבר, יש לשנות את אופן ניהולם של תיקי תאונות רפואיות כך שבשלב הראשון תידון שאלת התשתית העובדתית לתאונה הרפואית. רק לאחר שייקבעו ממצאים עובדתיים לגבי אותה תאונה, ורק אם יתברר כי אי-אפשר לגשר בין הצדדים והמומחים מטעמם, יוכל בית-המשפט אשר זקוק לעזרה בתחום הרפואי, חרף עדויותיהם של המומחים מטעם בעלי-הדין, להיוזק לחוות-דעת של מומחים מטעמו.

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. המאמר מוקדש לזכרו של ד"ר עדי אור ז"ל, תלמידי וידידי, אשר תרם תרומה איכותית חשובה למשפט הישראלי בכלל ולנושא המאמר בפרט. תודתי נתונה לד"ר גיא זיידמן, אשר ללא נחישותו לא היה מאמר זה רואה אור, לפורום רפואה ומשפט בלשכת עורכי-הדין, וכן לפרופ' אריאל פורת, לפרופ' דן שניט, לפרופ' אברהם סהר, לעו"ד אלימלך זוהר, לעו"ד שירלי דגן, למור ואזנה ולגלעד מור על הערותיהם החשובות, ולחברי מערכת כתב העת: צ"ה אגדי, יואב פויזנר ונועה קוורטין על עבודתם המסורה.

מבוא

פרק א:

עיקרי ההסדר הנוהג בישראל בניהול תביעות בגין תאונות רפואיות

פרק ב:

האם יש הצדקה למינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות?

1. הנימוקים בעד מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות

בגין תאונות רפואיות

(א) מומחה רפואי כתנא דמסייע לבית-המשפט

(ב) החיוניות של קבלת חוות-דעת אובייקטיבית וניטרלית

(ג) יעילות וחסכון בהוצאות מנהליות

(ד) הפחתת אי-השוויון שבין בעלי-הדין לעניין חוות-הדעת

(ה) התחשבות באינטרסים של צדדים שלישיים

(ו) מיתון ועידון של חוות-הדעת מטעם המומחים הרפואיים של בעלי-הדין

(ז) הקטנת החיכוך שבין אנשי הרפואה לאנשי המשפט

(ח) המומחה מטעם בית-המשפט כשומר-סף למניעת חוות-דעת לא-

ראויות מבחינה מדעית

2. הנימוקים נגד מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין

תאונות רפואיות

(א) בית-המשפט אינו זקוק למומחה רפואי מטעמו על-מנת לפסוק

בתביעות בגין תאונות רפואיות

(ב) האם מומחה מטעם בעל-דין בהכרח אינו אובייקטיבי בעוד מומחה

מטעם בית-המשפט בהכרח אובייקטיבי?

(ג) כלום יש חיסכון כלכלי בשימוש במומחים מטעם בית-המשפט

בתביעות בגין תאונות רפואיות?

(ד) החשש להסגת גבולו של בית-המשפט על-ידי המומחה הרפואי

מטעמו בתיקי תאונות רפואיות

(ה) מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתיקי תאונות רפואיות

מפחית את האמון של ציבור המתדיינים בבית-המשפט

(ו) קשיי תקשורת בשיח בין משפטנים לבין מומחים רפואיים בתיקי

תאונות רפואיות

פרק ג: עיתוי מינויים של המומחים מטעם בית-המשפט

פרק ד: תובנות מהמשפט המשווה וחלופות להסדר הנוהג

פרק ה: סיכום והמלצות

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

מבוא

תביעות נזיקין¹ נגד הממסד הרפואי² הן חיזיון נפרץ בישראל בשנים האחרונות. דומה שבשנים אלה גדל מספר התביעות בגין תאונות רפואיות, וגדלו גם הסכומים המשולמים לנפגעים ולבני משפחותיהם בגין נזיקיהן של תאונות כאלה. כפועל יוצא מכך עלו דמי ביטוח האחריות המקצועית בתחומי העיסוק הרפואי. הצורך להקצות כספים לפיצויים לנפגעי תאונות רפואיות מכביד מאוד על המוסדות הרפואיים. כדי להתמודד עימו, קמו שלוש ועדות ציבוריות ובין-משרדיות שתררו אחר דרכים להקטין את העלויות הכרוכות בתביעות ממין זה.³

1 אפשר להשתית כמעט כל תביעת פיצויים נגד הממסד הרפואי בגין תאונה רפואית גם על עילה חוזית. הליכה בתלם החוזי יכולה במקרים מסוימים לאפשר לבית-המשפט לעקוף אבני-נגף בעילה הנזיקית, לטשטש את טיבו האמיתי של פסק-הדין ולהקטין בכך את החיכוך בין שופטים, פרקליטים ורופאים. עילה אפשרית נוספת היא הפרת יחסי אמון. אולם דיון בעילות אלה חורג מגדר מאמר זה.

2 תביעות הנזיקין מוגשות ברובן נגד בעלי המוסדות הרפואיים שבהם נעשתה הפרוצדורה הרפואית מושא התביעה ונגדם בלבד, והצוות הרפואי שהיה אחראי ישירות למעשה הנזיקין אינו נכלל לרוב בתביעה. דומה שפרקטיקה זאת נובעת מרצונו של התובע לא להצטייר כמי שרודף רופא פלוני אשר יש להניח כי שגה בתום-לב ולכן אין זה מוצדק להוקיעו בראש חוצות. היא גם מקילה על התובע להשיג חוות-דעת ממומחה רפואי. נוסף על כך, ברגיל, אפילו נתבע הרופא באופן אישי, הוא לא היה משלם פיצויים, ויש להניח כי היה נלחם כארי על כבודו ומגלה מעורבות רבה יותר מזאת שמגלים רופאים אשר אינם נתבעים באופן אישי.

3 הוועדה הראשונה הייתה ועדת קלינג, אשר פרסמה את המלצותיה בשנת 1999. ראו משרד הבריאות דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי (התשנ"ט-1999) (להלן: דוח ועדת קלינג). ועדה זו דנה, בין היתר, בהצעה להמיר את בסיס האחריות במקרים של תאונות רפואיות בהסדר אחר, אשר לא יושתת על עקרון האשמה, אלא על אחריות חמורה או מוחלטת. הצעה זו נדחתה על-ידי הוועדה. הוועדה השנייה הייתה הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה, אשר פרסמה את מסקנותיה בשנת 2002. הוועדה עסקה ברשלנות רפואית בתחום הציבורי, ותמכה באימוץ המלצותיה של ועדת קלינג. הוועדה השלישית הייתה הוועדה הבין-משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית, בראשות עו"ד שפניץ, אשר פרסמה את מסקנותיה בשנת 2005. הוועדה חיפשה דרכים להקטנת עלויות, לרבות קביעת תקרות לפיצויים, הפחתת שכר-הטרח של עורכי-הדין בתביעות מסוג זה ועוד. רוב ההצעות נדחו – ובצדק. חוששני כי במקום להשקיע את עיקר המאמץ בהקטנת הוצאות התאונות ובשיפור הרפואה, הרשויות מנסות לצמצם דווקא את הפיצויים המשולמים. כמו-כן מושקעים משאבים רבים ברפואה מתגוננת – בעיניי ללא כל הצדקה עניינית או משפטית – ומושקע ממון רב במאבקים משפטיים שמטרתם להביא לידי דחיית התביעה או פסיקת פיצוי נמוך בגינה גם כאשר הדבר אינו מוצדק. על התמורות במשפט הישראלי בנושא זה ראו תמר קלהורה "תביעות רשלנות רפואית: בין צרכיה של

בין הסיבות לגידול במספר התביעות הללו ניתן למנות את הגידול באוכלוסייה ואת העלייה המתמשכת והגוברת ברמת הציפיות של הציבור מהרופאים, מהטכנולוגיה הרפואית ומפירות המחקר הרפואי. ככל שרמת הציפיות הללו עולה, כך מתעצמת האכזבה לנוכח אי-יכולת במקרים פרטניים להציל חיים או תפקוד של איברים, ומטבעה של אכזבה שהיא עלולה להיות קרקע פורייה להגשת תביעות. רמת הציפיות הושפעה ומושפעת מאמצעי התקשורת ההמונית, אשר לעיתים נוטעים תקוות לא-מציאותיות בציבור המטופלים ובני משפחותיהם.

ככל שהרפואה מתקדמת כן מייחסים לה כתרם שאולי אין לה ואולי אף לא יהיו לה לעולם. גם בהצלחותיו של מדע הרפואה טמון זרע של הגדלת מספר התביעות ויצירת סוגים חדשים של תביעות. טלו, למשל, את השיפור שחל בטיפול בפגים, שבזכותו פגים רבים שבעבר לא היו שורדים זוכים כיום לגדול ולהתפתח. שיפור זה הגדיל גם את אוכלוסיית התובעים-בכוח. פג כזה, שמטבע הדברים מצוי בסיכון גבוה, חשוף יותר לפגיעות. תביעות שמוגשות כיום בשל פגיעות כאלה לא היו מוגשות כלל בעבר, משום שלא ציפו אז מהרופאים שיצליחו בכלל להחזיק פגים כאלה בחיים, ורוב התובעים-בכוח הללו ממילא לא שרדו. הצלת חיים והארכת חיים גורמות לפעמים נזקים, ואלה מצמיחים לעיתים תביעות - בין מוצדקות ובין לא-מוצדקות - בשל חיים עם פגם.

דומה שגם קשיי תקשורת בין רופאים לחולים עלולים להוביל להתדיינות משפטיות רבות יותר מבעבר. בעבר היה קשר אישי בין הרופא למטופל; היה אמון הדדי, עד כדי ראיית הרופא כחבר או כמכר קרוב. כאשר רואים מישהו באור כזה, אין מהירים לתובעו. כיום נוצר מצב שבו במקרים רבים הרופא אינו מכיר את המטופלים, ולעיתים הטיפול בהם נתפס כמקצוע גרידא, ולא דווקא כשליחות. הרופאים המטפלים מתחלפים כל העת, וגם אם הצוות הרפואי מעוניין להתייחס באופן אישי למטופל, עומס העבודה וריבוי המטופלים מקשים זאת מאוד. לא-פעם אותו חוסר יחס אישי מצמיח גם חוסר רגישות למצוקת המטופל ולכבודו. נוצר ניכור בין השניים, ומטופל אשר מאוכזב מן הטיפול הרפואי בו, בצדק או לא בצדק, מגלה נכונות רבה יותר לתבוע את המוסד הרפואי.

אנו חיים בעידן צרכני. הציבור מצפה לשירות טוב ומסור. הוא מודע לזכויותיו, לרבות טיפול רפואי מיומן, וכאשר הוא חש כי זכויותיו נפגעו, גוברת נכונותו להגיש תביעה למימושן. אמצעי התקשורת ההמונית מקדישים זמן רב לנושא הרשלנות הרפואית, ומגדילים את המודעות לנושא זה.

ריבוי עורכי-דין מנווט אחדים מהם לתחום הרשלנות הרפואית. ביניהם בולטים בעלי נטייה טבעית להתמחות בתחום זה, כגון אותם רופאים שעשו בשנים האחרונות הסבה מקצועית לעריכת-דין או אלה שנמשכים למקצוע הרפואה משום שבן משפחה קרוב הוא רופא והנושא ריתק אותם תמיד. נוסף עליהם יש כמובן גם כאלה שהפיתוי הטמון בקבלת

מערכת הבריאות לבין השבת מצבו של הניזוק לקדמותו, באספקלריה של דוח ועדת שפניץ" משפט ועסקים ו 389 (2007); נעם שר "רשלנות לעומת אחריות מוחלטת: ההבדלים ביניהם והשלכותיהם על הרפורמה הנדרשת בישראל בתחום הרשלנות הרפואית" משפט ועסקים ו 333 (2007).

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

שכר-טרחה באחוזים, בתביעות שלעיתים הן גבוהות במיוחד, מושך אותם לתחום זה ומעודד אותם ליוזם הגשת תביעות בנסיבות אשר בעבר אולי לא היו מגיעות להתדיינות משפטית. חלק ניכר מפסקי-הדין בדיני נזיקין עוסקים כיום בתביעות בגין תאונות רפואיות. זהו כמובן רק קצה הקרחון, שכן רוב בניינן ורוב מניינן של התביעות בתחום זה מסתיימות בפשרה, לעיתים קרובות אפילו לפני פתיחת שלב ההוכחות במשפט.⁴

חלק גדול מההלכות החשובות בדיני נזיקין בשנים האחרונות ניתנו בפסקי-דין שעסקו בתביעות בגין רשלנות או תקיפה רפואית. התמורות המופלגות ביותר אירעו בנקודת המפגש שבין דיני נזיקין לבין דיני ראיות. גבולות הכלל "הדבר מעיד על עצמו" עוצבו מחדש, ופותרה ושוכללה דוקטרינת הנוק הראייתי,⁵ בעיקר בפן הראייתי שלה,⁶ להבדיל מהפן המהותי.⁸ התפתחות נוספת קשורה לשינויים דרמטיים למדי שחלו בדיני הסיבתיות בישראל, החל בנכונות להכיר בנסיבות מסוימות בקשר סיבתי סטטיסטי,⁹ המשך בפיצוי

4 יש לציין כי אף שבתיקים בגין תאונות רפואיות שמושגות על אָשָם, ואשר הצדדים בהם חלוקים בשאלות של אחריות, קשר סיבתי ופיצויים, קשה יותר להגיע להסדר מוסכם מאשר בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234 – אשר מושתת על אחריות מוחלטת ואשר מרחב התמרון בו לגבי גובה הפיצויים קטן יותר – רבים מתיקים אלה מסתיימים בכל-זאת בפשרה.

5 ראו, למשל, ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ, פ"ד מז(3) 805 (1993); (להלן: פרשת רז) ע"א 1146/99 קופת חולים כללית נ' מוטי סולן, פ"ד נה(4) 898 (2001) (להלן: פרשת סולן); ע"א 1/01 שי שמעון נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נו(5) 502 (2002); ע"א 8151/98 ביאטריס שטרנברג נ' ד"ר אהרון צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539 (2002); גיא שני "כלל 'הדבר מעיד על עצמו' בדיני נזיקין – בחינה מחודשת" משפטים לה 81, 82 (2005); ARIEL PORAT & ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY 84–100 (Oxford University Press, 2001).

6 ראו, למשל, אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנוק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998); ע"א 754/05 לבנה לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פדאור 19107 583, פס" 9 (2007); ע"א 8279/02 זאב גולן נ' עזבון המנוח דר מנחם אלברט, פדאור 33(3) 340 (2006). התפתחות חשובה זאת עודדה ומעודדת רשויות רפואה לנהל רישומים רפואיים מפורטים ומדויקים – לא רק כדי להתגונן מפני תביעות עתידיות ולא רק כדי להרתיע מפני העלמת מסמכים או אי-רישום אירועים שחובה לרושםם, אלא גם בגין חיוניותם לתפקוד הרופאים בזמן-אמת וכן לצורכי לימוד רפואי והסקת מסקנות.

7 ע"א 82/58 משה קנטור נ' ד"ר שלום מוסיב, פ"ד לט(3) 253 (1985); ע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה(1) 720 (1980) (להלן: פרשת פאר); ע"א 2989/95 מרים קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר – בית חולים "מאיר", פ"ד נא(4) 687 (1997) (להלן: קורנץ); ע"א 5373/02 גיא נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נו(5) 35, 44 (2003).

8 ראו, למשל, ע"א 6768/01 רגב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 625 (2004); ע"א 9328/02 לאה מאיר נ' ד"ר דן לאור, פ"ד נח(5) 54 (2004).

9 ראו באופן כללי ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' יצחק קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004) (להלן: פרשת צבי); דנ"א 5707/04 מדינת ישראל נ' קרישוב, פדאור 1(1) 284 (2005).

בגין אובדן סיכוי רפואי וסיכויי החלמה,¹⁰ וכלה בנושא של סיבתיות עמומה.¹¹ הדין בנושאים אלה אינו מגובש עדיין באופן סופי, וייתכן שיחולו בו תמורות נוספות.¹² בתחום הדין המהותי הורחבה תפיסת ההסכמה מדעת לטיפול רפואי,¹³ וחוקה ההגנה על זכותו של אדם להגדרה עצמית ולרביבונות על גופו – הגנה אשר פגיעה בה מזכה אותו בפיצוי, אפילו אם כתוצאה מהפגיעה שופר מצבו.¹⁴ כמו כן צומצמו גבולותיה של הגנת הנוהג הרפואי.¹⁵ מאמר זה יתמקד בהתפתחות דרמטית נוספת הנוגעת באופן ניהול המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל. התפתחות זאת היא פועל יוצא הן מהעמקת הפעפוע החקרני (האינקוויזטורי) לשיטת הדיון הלעומתית (האדוורסרית) הנוהגת אצלנו מימים ימימה¹⁶ והן

- 10 ראו, למשל, ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' פאתח, פ"ד מב(3)312, 319 (1988); ע"א 6643/95 יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680 (1999); ע"א 2509/98 תרצה גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נד(2) 38 (2000); ע"א 9656/03 עיזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז"ל ואח' נ' ד"ר זינגר יהורם, פדאור 8(8)05 (2005); בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים 177 (2007).
- 11 ראו, למשל, ע"א 7375/02 בית חולים כרמל – חיפה נ' עדן מלול, פדאור 14(14)05 (2005) (להלן: מלול); ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן, פדאור 9(9)05, 663 פס' 12 (2005); ע"א 9418/04 צוות ברקוביץ – מאגרי בניה בע"מ נ' ויקטור דמארי, פדאור 9(9)06 67 (2006) (להלן: ברקוביץ); ע"א 2299/03 מדינת ישראל נ' יפה טרלובסקי, פדאור 2(2)07 702 (2007); יונתן דייזיס "ראייתיות עמומה ועמימות סיבתית בתביעות רשלנות רפואית" רפואה ומשפט 32, 165 (2005).
- 12 כיום תלוי ועומד דיון נוסף בפרשת מלול, שם.
- 13 ראו, למשל, ע"א 434/94 שי ברמן נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 214 (1997); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים כרמל חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570–582 (1999) (להלן: דעקה); ע"א 522/04 מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ נ' מחמד דיראוי, פדאור 15(15)05 800 (2005) (להלן: דיראוי); ע"א 4960/04 ערן סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פדאור 29(29)05 462 (2005); דנ"א 461/06 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' ערן סידי, פדאור 18(18)06 824 (2006). ראו גם אברהם סהר "הסכמה מדעת – תהיות והרהורים" רפואה ומשפט 33, 48 (2005); ערן שמיר "המידע הדרוש לצורך הסכמה מדעת לטיפול רפואי – זכות המטופל מול חובת המטפל" רפואה ומשפט 36, 51 (2007); נילי קרקו-אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת" – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181 (2006); צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187 (2007); נילי קרקו-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה" המשפט יא 267 (2007).
- 14 ראו פרשת דעקה, שם.
- 15 דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נו(4) 721 (2003); ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרהבת האחיות בנויקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" משפטים לד 385 (2004); רונן פרי "הכל צפוי והרשות נתונה" משפטים לה 359 (2005).
- 16 דיון מפורט בסוגיה זאת חורג מגדר מאמר זה, אולם על רגל אחת ניתן לומר כי זה כבר חדרו

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

מההיזקקות למומחים רפואיים בתביעות בגין תאונות רפואיות.

אין כיום התנהלות אחידה של בתי-המשפט בניהול תביעות ממין זה. כל שופט הינו בן-חורין לנהוג לפי נטיית-ליבו, מידת שליטתו בחומר הרפואי ונכונותו לצלול למעמקיו, ושופטים נוהגים בצורה שונה זה מזה.

בעבר מיעטו שופטים בתיקי תאונות רפואיות למנות מומחים רפואיים מטעמם, והסתפקו בבחינת עדויותיהם של המומחים הרפואיים מטעם הצדדים. הם השוו ביניהן, ניתחו אותן במאזני ההיגיון הצרוף, הממצאים העובדתיים והשכל הישר, והכריעו ביניהן. אולם כיום קיימת בערכאות הדיוניות מגמה הולכת וגוברת למנות מומחים רפואיים בתביעות פליליות ואזרחיות בגין רשלנות רפואית, על-מנת שיסייעו בהכרעה לא רק בשאלת דרגת הנכות הרפואית של הנפגע, אלא גם בשאלת קיומה או העדרה של התרשלנות רפואית וכן בשאלת קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלנות בתחום הרפואי לבין הנזק העומד במוקד התובענה.

תקפותה של פרקטיקה זאת, אשר בעבר הרחוק נאסרה במפורש על-ידי מחוקק-המשנה,¹⁷ לא נבחנה כמעט על-ידי הפסיקה. בתי-המשפט, לרבות בית-המשפט העליון, הכשירו אותה למעשה בשתיקה, ובשנים האחרונות אף באמירות מפורשות, אך מבלי להיכנס לעובי הקורה ומבלי לדון בסוגיה לעומקה.¹⁸ אכן, בשנים האחרונות ניתן להצביע על מינוי הולך וגובר של מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתיקי תאונות רפואיות, אפילו כעניין שבשגרה, תוך אי-מודעות לעיתים להבדל הגדול שבין מינוי מומחה רפואי מטעם בית-המשפט לצורך

יסודות אינקוויזיטוריים לשיטת סדר הדין שלנו. לשופט בהליכים המקדמיים ניתנו סמכויות רבות ויכולת לנהל את המשפט באופן פעיל. מְעַבְר לשיטת תצהירים, ביטול ההמרצות הרגילות, הנהגת סדר דין מהיר ושינויים מופלגים רבים אחרים מבטאים מגמה זאת, אשר שורשיהם של חלק מחידושיה מצויים בדוח של ועדת וולף האנגלית, להלן, ה"ש 73.

17 תק' 181(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963, ק"ת 1477, קבעה כי "תקנות סימן זה לא יחולו על משפטי נזיקין שעילתם היא רשלנות במתן טיפול רפואי". ראו ע"א 437/73 אמירה עאיק (קטינה) נ' ד"ר סלומון רוזמרין, פ"ד כט(2) 225 (1975) (להלן: עאיק). תקנה זאת עברה מן העולם בשנת 1979. עם זאת, אין להסיק מכך שהרציונל לקיומה עבר גם הוא מן העולם.

18 ברע"א 2417/00 ראיפה נ' מדינת ישראל, פדאור (2)00 606 (2000), נדחתה בקשה למתן רשות ערעור על החלטה למנות מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט גם בשאלת האחריות. המבקשים טענו, ללא הצלחה, כי הקלות הבלתי-נסבלת במינוי מומחים מטעם בית-המשפט אינה מתיישבת עם השיטה הלעומתית, שכן בית-המשפט עלול להתפרק מהתפקיד השמור לו עצמו, דהיינו, פסיקה בכל השאלות שבמחלוקת, לרבות בשאלות הרפואיות. בקשה דומה נדחתה גם ברע"א 8414/99 עוז נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, תק-על (2)2000 941 (2000). ראו גם רע"א 5269/00 כהן נ' ד"ר גדג', תק-על (3)2000 361 (2000) (להלן: פרשת גדג'), והשוו ע"א 5502/06 חלאיקה נ' ד"ר חוסייני, פדאור (21)06 575 (2006); רע"א 8900/06 לינצקי נ' קופחת חולים של הסתדרות הכללית, נבו (2007); רע"א 751/01 ליאור כהן נ' מדינת ישראל – המרכז הרפואי, נבו (2001); רע"א 8414/99 עוז נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, תק-על (2)2000 941 (2000); ת"א (י"ם) 2153/98 יוסף שגיא נ' מרכז רפואי ממשלתי – אסף הרופא, נבו (2001) (להלן: פרשת שגיא). ראו גם יונתן דייזיס ואברהם סהר "חוות דעת מומחים רפואיים בתביעות רשלנות רפואית" רפואה ומשפט 27, 130 (2002).

קביעת דרגת נכות צמיתה לבין מינוי מומחה מטעם בית המשפט לצורך בירור שאלת קיומה או העדרה של רשלנות רפואית. פרקטיקה חדשה זאת קיבלה לאחרונה, לכאורה, גם גושפנקה תחיקתית בתקנה 130 המתוקנת.¹⁹ מקום שהמינוי נעשה בהסכמת הצדדים,²⁰ אין מקום להליך על כך, אולם אין כן כאשר הוא נכפה על אחד הצדדים, קל וחומר על שניהם. להלן אנתח את התיקון לתקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984,²¹ אשר עוסקת, בין היתר, גם בסוגיה זו. בפרק א אתהה על קנקנם של הדין המצוי ושל הפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט כיום. בפרק ב אבחן את ההצדקות השונות למינוי מומחים מטעם בית המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות, ואת הטיעונים השוללים מינויים כאלה. בפרק ג אדרש לשאלת עיתוי מינויים של המומחים מטעם בית המשפט, תוך התייחסות להשפעתה של שאלה זו על הצדקת המינוי. בפרק ד אדרש לדין המשווה, תוך הצגת חלופות להסדר הנוהג. פרק הסיכום יכול להמליץ על עניין זה.

פרק א: עיקרי ההסדר הנוהג בישראל בניהול תביעות בגין תאונות רפואיות

נושא המומחים הרפואיים, לרבות אלה שבתיה המשפט ממנים – ובכלל זה גם המומחים הרפואיים בתביעות בגין תאונות רפואיות – זכה בדיון נרחב בספרות המשפטית.²² לפיכך במסגרת זו אתמקד רק בכמה סוגיות בדין המצוי.

- 19 תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), תשס"ה-2005, ק"ת 6490.
- 20 למשל, בת"א (חי') 786/95 שולמית עדי נ' ד"ר בן-דוד, נבו (2000) (להלן: פרשת עדי); ת"א (שלום ת"א) 52686/94 שולה שמיע נ' ד"ר חזי חייט, נבו (2001) (להלן: פרשת שמיע); ת"א (י"ם) 767/95 חיה יוספוף (קטינה) נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, נבו (2000) (להלן: פרשת יוספוף).
- 21 תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 4685 (להלן: התקנות).
- 22 רק לאחרונה ראו אור שני ספרים חשובים בתחום זה: שירלי דגן מומחים בראי פסיקת בית המשפט בהליך האזרחי (2006); (להלן: דגן) אברהם סהר דיני עדות מומחים: עיקרים, סדרי דין ואתיקה (2003) (להלן: סהר דיני עדות מומחים). מבין המאמרים הרבים שפורסמו בנושא זה, בעיקר בכתב-העת רפואה ומשפט, ניתן להזכיר את יונתן הלוי "הרופא כעד מומחה" רפואה ומשפט 26, 9 (2002); יחזקאל קישון "חוות דעת רפואית מנקודת ראות הרופא" רפואה ומשפט 27, 125 (2002); דייוויד וסטר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 130; אברהם סהר "תיקון תקנה 130 – עדות מומחים הוכחת עניין שברפואה בבית-משפט" רפואה ומשפט 33, 171 (תשס"ה) (להלן: סהר "תקנה 130"); יונתן דייוויד "חידושי פסיקה – סוגיית המומחה הרפואי מטעם בית המשפט בתביעות רשלנות רפואית" רפואה ומשפט 36, 180 (2007); אברהם סהר "מומחה מטעם בית המשפט במינוי ראשוני" רפואה ומשפט 37, 108 (2007).

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

אחריות לתאונות במשפט הישראלי מושתתת על עקרון האשמה. שומה על מי שתובע מוסד רפואי או בעל מקצוע רפואי בשל מעשה נזיקין להצביע על מעשה או מחדל נזיקי שאותו בעל-מקצוע או מוסד ביצעו או נמנעו לא-כדין מלבצע, ולהוכיח את הקשר הסיבתי בין מעשה זה או מחדל זה לבין הנזק מושא התובענה. הוכחת האשמה נעשית ברגיל בעזרת חוות-דעתו של מומחה רפואי.

מצוותן של תקנות סדר הדין האזרחי היא שקביעת ממצא עובדתי בעניין שברפואה תיעשה בעזרת חוות-דעת של מומחה או תעודת רופא, אשר יצורפו לכתב-הטענות.²³ כך גם לגבי קביעת קשר סיבתי עובדתי בין מעשה או מחדל רפואי לבין הנזק הנטען.²⁴ בסיפא של תקנה 127 לתקנות נקבע חריג שלפיו בית-המשפט רשאי לפטור בעל-דין מצירוף חוות-דעת, מטעמים מיוחדים שיירשמו. בתביעות אחרות שמצריכות עדויות מומחים, אין בעל-הדין נדרש לצרף לכתב-הטענות שלו חוות-דעת מומחה.²⁵ ספק אם מוצדק לקבוע דין דיוני שונה בהתאם לנושא של חוות-הדעת, דהיינו, דין מיוחד לתביעה בעניין רפואי, להבדיל מעניין אחר.

דומה שדווקא בתביעה בגין תאונה רפואית, אשר המידע ביחס לנסיבותיה מצוי ברגיל באופן בלעדי כמעט בחזקת הנתבעים, מן הראוי להעביר את נטל הראיה ביחס להוכחת נסיבות התאונה לידי הנתבעים, ולפטור את התובע מהחובה לצרף לכתב-התביעה חוות-דעת מומחה. חוות-דעת כזאת, המוגשת בשלב כה מוקדם של ההליך השיפוטי, מושתתת מטבע הדברים על תשתית עובדתית שטרם התבררה. ייתכן שיסתבר בהמשך ההליך כי חוות-הדעת הזאת חסרת ערך שכן היא מושתתת על אדנים עובדתיים מוטעים.²⁶ סביר יותר לדרוש מהתובע, אם בכלל, להגיש חוות-דעת רפואית בשלב מאוחר יותר – לאחר סיומו

23 תק' 125-137 לתקנות. על תעודת הרופא להיערך לפי ס' 24 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, דיני מדינת ישראל 18, 421 (להלן: הראיות). בהעדר ראיה כאמור, ואם לא ניתן פטור על-ידי בית-המשפט או הרשם, לא ייזקק בית-המשפט להוכחה של עניין שברפואה מטעם התובע לעניין הנידון (תק' 137(א) לתקנות). ראו גם אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 247 (מהדורה שמינית, 2005); פרשת סולן, לעיל ה"ש 5.

24 ראו ע"א 4744/05 פלונית נ' שירותי בריאות כללית, נבו (2006).

25 לפי תק' 129 לתקנות, אין חובה להגיש את חוות-הדעת של המומחה בצוותא חדא עם כתב-התביעה. אם לא ניתנו הוראות בדבר הגשת עדויות בדרך של תצהירי עדות ראשית ונקבע מועד לשמיעת ראיות, תוגש חוות-הדעת לא יאוחר מתשעים יום לפני ישיבת ההוכחות הראשונה, זולת אם בית-המשפט או הרשם קבעו אחרת. אין מגישים חוות-דעת רפואית כלל בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות-דרכים, בתביעות בענייני משפחה לפי תק' 258 יב לתקנות סדר הדין האזרחי, התשס"ה 2005, ק"ת 6490 (תיקון מס' 3), ובתביעות בבית-דין לעבודה ובבית-דין לתביעות קטנות.

26 מצב כזה לא רק יגרום להארכת הדיון עקב הצורך להגיש חוות-דעת מתוקנת, מעודכנת או משלימה, אלא גם יחייב את התובע – אשר לעיתים קרובות מתקשה מאוד לממן אפילו חוות-דעת אחת – לממן חוות-דעת נוספת, ואם מדובר בכמה מומחים רפואיים, ייתכן שמשמית המימון של חוות-הדעת הנוספות תהא בלתי-אפשרית לגביו.

של שלב קדם-המשפט,²⁷ ואפילו, כפי שאטען בפרק ג, לאחר הליך שבעקבותיו ייקבעו ממצאים עובדתיים על-ידי בית-המשפט.

הדרישה מנפגע תאונה רפואית לצרף חוות-דעת רפואית לכתב-התביעה היא בעייתית למדי גם מטעמים חוקתיים. לתובע כזה, כמו לכל תובע אחר, יש זכות חוקתית לאפשרות גישה לבית-משפט.²⁸ הדרישה האמורה מכרסמת בזכות חוקתית זו, שכן היא קובעת תנאי-סף מכביד במיוחד להגשת תביעה. נפגעי תאונות רפואיות מצויים לעיתים במשך תקופה ארוכה במצב גופני ונפשי קשה, ובעטיו גם במצב כלכלי קשה. לעיתים אין הם יודעים כלל שנפגעו בתאונה רפואית, וחלק מאלה שיודעים כי אכן הייתה תאונה רפואית – או שנודע להם על כך לאחר פרק-זמן – אינם יודעים שתאונה כזאת קרתה באשמתו של מאן דהוא. יתר על כן, לא כל אלה שמתחוויר להם כי נזקיהם הם תולדה של רשלנות או תקיפה רפואית יגישו בהכרח תביעות נזיקין.²⁹ במצב נתון זה, אף אם מטופל פלוני מגיע למסקנה שראוי לברר את נסיבות התאונה ומשקיע סכום ראשוני במימון של צילום התיק ובדיקתו על-ידי פרקליט ומומחה רפואי, אשר ממליצים לפניו להגיש תביעה, ההוצאה הגדולה למימון חוות-דעת רפואית כבר בשלב זה, כתנאי-סף להגשת התביעה, עלולה להביא לידי כך שהתביעה לא תוגש כלל. בחלק מהמקרים יהיה התובע נתון בסד של זמן בגין שיקולי התיישנות – היא עליו לאתר בעוד מועד מומחה רפואי שיהיה מוכן לכתוב בעבורו חוות-דעת, לגייס את הממון הדרוש כדי לממן חוות-דעת כזאת ולהמתין לכתבתה. מאחר שגם שאלת מהותו והיקפו של הנזק הגופני או הנפשי שנגרם לנפגע, לרבות הערכת דרגת נכותו הצמיתה, הם עניין שברפואה אשר הוכחתו טעונה חוות-דעת מומחה, היא על התובע לשאת גם בעלות של חוות-דעת כזאת, אשר שומה עליו לצרפה לכתב-התביעה.³⁰

ההסבר המקובל להצדקת הדרישה לצירוף חוות-דעת מומחה לכתב-התביעה בתביעות בגין תאונות רפואיות הוא הרצון למנוע תביעות-סרק נגד אנשי סגל רפואי ומוסדות

27 לנוכח חילוקי-הדעות שקיימים ברוב התביעות בגין תאונות רפואיות בשאלת האחריות, ועוד יותר מכך בשאלות ההתרשלות והקשר הסיבתי, ראוי לדחות את המועד שבו יידרש התובע להוכיח את נזקיו באמצעות חוות-דעת. לנוכח הזמן הרב שחולף מיום פתיחתו של הליך ועד לסיומו, ממילא, לכשיגיע הדיון לשלב הנזק, אם יגיע בכלל, חוות-הדעת בעניין זה שהוגשה עם הגשת התביעה לא תהא מעודכנת.

28 ראו, למשל, ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 591 (1997); ע"א 4980/01 עו"ד שלום כהן, כונס נכסים נ' צוריאל גלאם, פ"ד נח(5) 625 (2004); שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית 22-26 (1999); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה 217 (2000).

29 לעובדה זאת יכולות להיות סיבות רבות, כגון חשש מעימות עם הממסד הרפואי, רצון לא להרע לרופא המטפל, חוסר מסוגלות נפשית להתמודד עם כל הכרוך בתביעה כזאת או חוסר אפשרות כלכלית לממן את התביעה.

30 גם כאן יש מקום לדחות את המועד להגשת חוות-דעת. ברוב התביעות בגין תאונות רפואיות יש מחלוקת עזה בשאלת האחריות. ממילא, אם תידחה התביעה, העלות של חוות-הדעת הרפואית לעניין הנזק תימצא מיותרת לחלוטין, ואילו אם תתקבל התביעה שנים מספר לאחר הגשתה, תימצא חוות-הדעת הזאת בלתי-מעודכנת, והתובע יאלץ לצרף חוות-דעת נוספת.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

רפואיים. צירוף חוות-דעת לכתב-התביעה מעיד שלפחות בר-סמכא אחד מצא כי יש דברים בגו, ולכן התביעה אינה מופרכת על פניה. מבחינה זאת, חוות-הדעת משמשת מעין "מסננת" המרחיקה מלכתחילה תביעות לא-ראויות. דא עקא שדרכן של מסננות כאלה שהן עלולות לסלק גם תביעות ראויות – למשל, של תובעים שאין ידם משגת לשלם למומחה רפואי, ואשר עקב דרישה זאת לא יוכלו לממש את זכותם החוקתית לאפשרות גישה לערכאות, או של תובעים שלא הצליחו לשכנע מומחה רפואי מבין המומחים באותו תחום רפואי לבוא ולהעיד על התרשלות של עמית למקצוע משום קשר השתיקה,³¹ אשר גם אם תש כוחו, ממשיך עדיין להכביד לעיתים על תובעים בכואם להשיג חוות-דעת של מומחה רפואי. ייתכן שקשיים דומים היו מונעים מהתובעים השגת חוות-דעת של מומחה רפואי גם בשלבים מאוחרים יותר, אפילו הייתה דרכם סלולה להגיש תביעה ללא צורך בחוות-דעת רפואית התומכת בה. אולם במקרה כזה, עצם הגשת כתב-התביעה, בהנחה שמדובר בתביעה שמוגשת לאחר המלצה של מומחה שנתן חוות-דעת ראשונית בעל-פה, עשויה להוביל לפשרה הוגנת בתיק.

הצורך בקיום "מסננת" כאמור דווקא בתביעות בגין תאונות רפואיות – להבדיל מתאונות הנדסיות, למשל – נובע גם מכך שמספר המקרים שבהם נגרם נזק לא כתולדה של אשמה גדול יותר באופן משמעותי במקרים של תאונות רפואיות מאשר במקרים של תאונות הנדסיות. הבדל נוסף בין שני סוגי התאונות הללו הוא שבעוד אין זו דרכו של גשר שנבנה בקפידה להתמוטט בהעדר התרשלות, טיפול רפואי זהיר ומיומן עלול לגרום נזק חרף העדר התרשלות.

אולם קיימת גם מעלה בדרישה בעייתית זו, שכן היא עשויה לעיתים להיטיב עם התובעים. ברוב המקרים של המקרים, מעורבות כלשהי של מומחה בתחום הרפואי הרלוונטי לתביעה היא ממילא בלתי-נמנעת. לא יהיה זה אחראי מצידו של עורך-דין להגיש תביעה בגין תאונה רפואית בטרם קיבל חוות-דעת כלשהי, גם כזאת שלא נועדה להגשה לבית-משפט, וזאת הן על-מנת להחליט לאורה, בצוותא חדא עם התובע, אם כדאי להגיש תביעה, והן על-מנת לפרט את פריטי ההתרשלות בצורה מושכלת במקרה שבו הם מחליטים להגיש את התביעה. גם אם חוות-דעת כזאת זולה יותר מחוות-דעת לבית-משפט, היא כרוכה בעלות, והיא הכרחית כאמור בשלב שלפני הגשת התביעה.³² אם ממילא יש מעורבות כזאת של מומחה רפואי, ייתכן שמוטב לשאת בעלות הנוספת של מימון חוות-דעת לבית-משפט על-מנת לצרף חוות-דעת כזאת לכתב-התביעה, וזאת כדי לסייע בהשגת פשרה מהירה

31 פרופ' אמנון כרמי מבהיר כי קשר השתיקה נגרם כתוצאה מגורמים שונים, לרבות לחץ של עמיתים למקצוע ובעלי-עניין אחרים, כגון חברות ביטוח; חששו של המומחה עצמו כי בהעידו הוא מגביר את נכונותם של רופאים אחרים להעיד נגדו; רצונו להימנע מלהיחשף לחקירה נגדית לא-נעימה; ורצונו להתמסר לעבודתו המקצועית, ולא להשחית זמן רב בבתי-משפט. ראו אמנון כרמי הרופא, החולה והחוק 158 (הוצאת מעריב) (1977).

32 ברגיל, עדיף לחפש מומחה רפואי שיהיה מוכן גם לכתוב חוות-דעת לבית-משפט, אם ימצא שאכן הייתה רשלנות רפואית. יש בכך גם חיסכון כספי, שכן ברוב המקרים המומחים נוהגים לנכות מהעלות הסופית של חוות-הדעת לבית-המשפט את עלות הבדיקה הראשונית, וגם חיסכון בזמן.

בתיק, שהרי כאמור, רוב בניינן ורוב מניינן של תביעות הנויקין בגין תאונות מסתימות בפשרה.

בדינמיקה שמתפתחת בבית-המשפט, כאשר מוגשים כתבי-הטענות וחוות-הדעת של המומחים משני הצדדים, בית-המשפט או הרשם יכולים בדרך-כלל, לאחר הליך של תחשיבי נזק מפורטים הכולל פרק לגבי האחריות, להעריך על בסיס חומר זה את סיכויי התביעה, ולהציע עקרונות לפשרה ואפילו סכומי פשרה. דומה שבהעדר חוות-דעת רפואית, כאמור, הסיכוי לפשרה בעזרת בית-המשפט או לגישור יעיל קטן בצורה משמעותית. דומה שהרציונל לדרישה הספציפית לצירוף חוות-דעת רפואית לכתב-התביעה דווקא בתביעות בגין תאונות רפואיות מדגים, במישור הדיוני, את הרגש המיוחד שהחברה חשה כלפי מקצוע הרפואה וכלפי אלה העוסקים בו. כך, למשל, כתבה השופטת נאור בעניין זה:

"בתביעות ברשלנות רפואית מוצב סימן שאלה לגבי מעמדם וכשרם המקצועי של רופאים ומוסדות רפואיים אשר חייהם ובריאותם של בני אדם תלויים יום אחר יום ביכולתם המקצועית. עצם הצבת סימן שאלה, יש בה כדי לפגוע באמון שרוחש הציבור לאנשי רפואה אלה. מן הצדק הוא אפוא לדרוש כי הבא לטעון כנגדם טענה חמורה כטענת רשלנות בדיני נפשות, לא יוכל לעשות זאת על ידי הפרכה סתמית של טענות, מבלי שיצביע לפחות על בסיס ראשוני לטענותיו. הגשת כתב תביעה בעניין של רשלנות רפואית, מבלי לצרף לכך חוות דעת רפואית התומכת, פגומה, אפוא, לא רק מבחינת הדין, אלא גם מבחינת הצדק..."³³

חשיבה דומה הניעה את לורד דנינג בשעתו לתאר תביעת רשלנות רפואית שמטופל מגיש נגד רופאו כ"תקיעת סכין בגב",³⁴ והניעה דורות רבים של שופטים לפתח את ההבחנה בין התרשלות לבין טעות בשיקול-דעת,³⁵ ולראות מקרים רבים של תאונות רפואיות כמקרים

33 ת"א (מחוזי חיפה) 914/03 שירלי חזות (קטינה) נ' פרופ' מרדכי שוחט, נבו (2005), (להלן: פרשת חזות) מפי השופט גריל, המצטט מת"א (מחוזי י"ם) 62/89 עינת לוי ואח' נ' ד"ר עמירם אדוני (לא פורסם).

34 Hatcher v. Black, (press report) The Times, (London), (July 2, 1954)

35 בפרשת Roe v. Minister of Health, [1954] 2 All E.R. 131, 139 (C.A.), כתב לורד דנינג: "We should be doing a disservice to the community at large if we were to impose liability on hospitals and doctors for everything that happens to go wrong. Doctors would be led to think more of their own safety than of the good of their patients. Initiative would be stifled and confidence shaken. A proper sense of proportion requires us to have regard to the conditions in which hospitals and doctors have to work. We must insist on due care for the patient at every point, but we must not condemn as negligence that which is only a misadventure". הד לדברים אלה ניתן למצוא גם בפסיקה הישראלית. ראו, למשל, ע"א 552/66 צביה לויטל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

של טעות בשיקול-דעת גרידא, אשר אינה מצמיחה אחריות משפטית.³⁶ התנהגות שגרמה נזק יכול שתימצא כעולה כדי התרשלות ויכול שתימצא כהתנהגות שאינה התרשלות. הוא הדין גם בטעויות בשיקול-דעת - חלקן עולות כדי התרשלות וחלקן אינן בגדר התרשלות. לכן התוספת של המושג "טעות בשיקול-דעת" נראית מיותרת. היא אינה מוסיפה דבר להבחנה בין התנהגות שמהווה התרשלות לבין התנהגות שאינה התרשלות.³⁷

רופאים מלינים על כך שמוגשות נגדם תביעות רבות בשל רשלנות רפואית. לטענתם, אין הם צריכים כל תמריץ כדי להיות זהירים ומיומנים, משום שלבריאיות החולים יש חשיבות עליונה בעיניהם. הם מלאי תרעומת כלפי ציבור המשפטנים הן בשל היחס שעורכי-הדין מפגינים כלפיהם במהלך החקירות בבתי-המשפט והן משום שקשה להם להשלים עם כך ששופטים אשר מעולם לא למדו רפואה יכריעו בשאלת התרשלותם. אין להתעלם מהלך-רוח זה של ציבור הרופאים, ושומה על ציבור המשפטנים לחתור לצמצום החיכוך עם ציבור הרופאים.

במישורים מסוימים המערכת השיפוטית מעניקה יחס מועדף לרופאים בהשוואה לבעלי-מקצוע אחרים.³⁸ תביעה נגד רופאים, מטבע ברייתה, היא תביעה בעייתית מבחינת כל הגורמים המעורבים בה: התובע עצמו,³⁹ בא-כוחו, המומחה הרפואי מטעמו והשופט.

של העובדים העברים בארץ ישראל, פ"ד כב(2) 480, 483 (1968). בפסק-דין נוסף של רשלנות רפואית קבע לורד דנינג במפורש: "We must say, and say firmly, that, in a professional man, an error of judgment is not negligent" Whitehouse v. Jordan, ראו [1980] 1 All E.R. 650, 658 (C.A.). הבחנה זאת פעפעה במשפט הישראלי גם למקרים אחרים של רשלנות מקצועית. כך, בע"א 735/75 מרדכי רויטמן, עו"ד נ' יצחק אדרת, עו"ד, פ"ד ל(3) 75 (1976), אמר השופט ח' כהן (בעמ' 80): "גם עורך-דין סביר ונבון ומלומד יכול ויטעה בשיקול דעתו: אם לשופט בשר ודם מותר לטעות, לעורך-דין לא כל שכן. החובה המוטלת על סניגור כלפי לקוחו אינה שלא לטעות בשיקול-דעתו: החובה היא לשקול דעתו כמיטב יכלתו וידיעתו." בדומה לכך אמר השופט ד' לויין בע"א 58, 37/86 משה לוי נ' יצחק יחזקאל שרמן, פ"ד מד(4) 446, 444-464 (1990): "אמור מעתה - עורך דין חב חובת זהירות והפעלת מיומנות סבירה בטפלו בענייני לקוחו ביעוץ, בייצוג ובכל דרך שהיא. כמובן שמידתם של אלה רבה, אם לא החלטית, אך עם זאת לא כל כישלון של עורך דין ייתפס כהפרת החובה, שכן למרות הטלת חובות אלה, שהן רחבות למדי, מכירים עדיין בכך, שלא ניתנה תורת עריכת הדין למלאכי השרת; גם הם עלולים לטעות בשיקול דעת. טעות כזו אין בה לחייב עורך דין ברשלנות."

36 הבחנה זו היא בעייתית משום שהיא אינה תורמת תרומה מהותית לשיח המשפטי. בפרשת *Whitehouse*, שם, לא אימץ בית-הלורדים הבחנה זאת.

37 ניתן עם זאת לטעון כי יש ערך לשימוש בהבחנה האמורה ככלי רטורי להפסת כעסו של התובע. יקל אולי על התובע לקבל עליו את גזרת הדין במקרה שבו בית-המשפט לא קבע אומנם שהרופא התרשל אך אישר לפחות שהוא טעה בשיקול-דעתו.

38 תביעה נגד מהנדס, למשל, אינה מתוארת כתקיעת סכין בגבו, ואין נוטים מלכתחילה לראות את טעותו של המהנדס כטעות בשיקול-דעת גרידא. כמו-כן, מי שתובע אותו אינו נדרש לצרף חוות-דעת הנדסית לכתב-התביעה כתנאי-סף להגשת התביעה.

39 לעיתים התובע רואה את עצמו אנוס להגיש תביעה כזאת, לא משום שהוא שוחר את רעתו

דומה שהחברה חשה בדרך-כלל אמפתיה ורגשי תודה כלפי ציבור הרופאים, שעובדים קשה מאוד ולעיתים בתנאים בלתי-אפשריים, שאינם מתוגמלים כדבעי ואשר ברוב המקרים של המקרים מונעים על-ידי כוונות כנות לטפל בצורה הטובה ביותר במטופלים.⁴⁰ ברוב המקרים של המקרים, תאונה רפואית אינה נגרמת במתכוון, ואף לא מתוך אדישות, אדנות או יוהרה. לעיתים היא גם בלתי-נמנעת באופן סטטיסטי. רופאים המעורבים בתאונה רפואית סובלים אף הם מתוצאותיה של אותה תאונה – הן במישור האישי, הן במישור המקצועי ובמקרים מסוימים גם במישור הכלכלי. יכול שהם יועמדו לדין פלילי, יכול שהם יועמדו לדין משמעתי ויכול שפרנסתם תקופח. גם אם התביעה תידחה בסופו של יום, עצם פרסומן של נסיבות התאונה עלול לפגוע בהם אף יותר מאשר בבעלי-מקצוע אחרים במצבם. רופאים גם חשופים לתביעות כאלה יותר מבעלי-מקצוע אחרים. לעיתים התביעות נגדם אינן מבוססות, ונובעות לפרקים מבורות או מהמדינות של תובעים ועורכי-דין. לחברה יש אינטרס חשוב לא לרפות את ידי הרופאים ולנקוט זהירות בשפיטתם. כתבה בנידון השופטת שטרסברג-כהן:

”כנגד כל אלה עומדת תקנת הציבור המחייבת זהירות מהכבדת יתר על הרופאים ודאגה לכל תרפינה ידיהם בטיפול בחולים, שהטיפול האמור להביא להחלמתם עלול לאכזב ולגרום לסבוכים. וככל שהמחלה קשה יותר, כך הסיכונים גדולים יותר. תרופה וטיפול היפים למחלה פלוגית עלולים לגרום לסיבוך אלמוני ויש וגם הטיפול המקצועי ביותר אינו יכול להביא מזור ומרפא. בין כל אלה על הרופא לתמרן את דרכו בזהירות, באחריות ובמקצועיות, בלא שחרב המשפט מונפת מעל לראשו.”⁴¹

חוות-דעת רפואית נדרשת כדי לאפשר לבית-המשפט להתמודד עם תביעה בנושא שבו אין לו הכשרה וניסיון. לכאורה, מקום שהוכחת הרשלנות מושא התביעה אינה מצריכה מומחיות מקצועית, אין הצדקה לדרוש את ביסוס התביעה באמצעות חוות-דעת של מומחה רפואי. אם מכשיר כירורגי הושאר בטעות בגופו של המנותח ואין מנוס מביצוע ניתוח נוסף רק כדי להוציאו משם, או כאשר רופא שיניים עקר שן בריאה במקום השן שהיה צריך לעוקרה, מדוע התובע צריך לילך אצל מומחה רפואי ולשלם לו טבין ותקילין על-מנת שיתמוך במובן מאליו? הוא הדין בתביעה בגין תקיפה או רשלנות רפואית המושתתת על העדר הסכמה מדעת לפרוצדורה הרפואית.⁴² בשיטת משפט כמו זו הישראלית, שבה המבחן

של הרופא, אלא משום שזאת הדרך היחידה שבה השיטה המשפטית עשויה לפצות אותו על נזקיו.

40 לעיתים, למרבה הצער, נוצר פער בין רמת הציפיות של המטופלים ובני משפחותיהם מהטיפול הרפואי לבין תוצאות הטיפול. פער זה יוצר לעיתים תחושות כעס נגד הרופאים, ובמקרים חריגים מעורר אף אלימות כלפיהם.

41 פרשת קורנץ, לעיל ה"ש 7.

42 ראו ע"א 5681/93 קופת חולים של ההסתדרות נ' פנינה ידיד, נבו (1995).

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

לקיומה או להעדרה של הסכמה מדעת אינו מבחן הרופא הסביר אלא מבחן המטופל הסביר,⁴³ יש היגיון בטענה כי אין צורך בחוות-דעת רפואית אפילו כדי להסביר מהי הפרקטיקה הראויה מבחינת מתן המידע הרפואי למטופל בכלל ובמקרה הספציפי בפרט. יצוין כי במקרה אחד אכן הכשיר בית-המשפט קביעה של רשלנות חמורה של רופא מבלי שסמך אותה על חוות-דעת של מומחה.⁴⁴

אולם גם במקרים כאלה אין זה מובן מאליו לפטור תובע מהדרישה לתמוך את כתב-התביעה בחוות-דעת מומחה. מבחינה דיונית, גם כאן חלה הדרישה הפורמלית של תקנה 127 לתקנות, המחייבת את התובע לצרף חוות-דעת של מומחה לכתב-התביעה אם ברצונו להוכיח עניין שברפואה. זאת, משום שגם אם נראה כי העובדות מדברות בעד עצמן, ואין צורך שמומחה רפואי יאשר את המובן מאליו, אין הדבר כך בהכרח. לעיתים צריך לדעת היטב רפואה כדי להבין שלא כל מה שנראה מובן מאליו להדיוט הוא אכן כזה. למשל, אם אדם נפגע בתאונת-דרכים ומת, לכאורה אין צורך להוכיח שמותו הוא תולדה של אותה תאונה. אך ייתכן שמותו אינו קשור כלל לתאונה – למשל, אם יתברר שהוא לקה בהתקף-לב קטלני אשר גרם למותו לפני התאונה וללא קשר אליה. לכן, לעיתים גם את טענת המובן מאליו צריך להוכיח באמצעות מומחה. למשל, בטענה לגבי תחולת הכלל "הדבר מעיד על עצמו", התובע נדרש להוכיח, בין היתר, כי נסיון החיים מלמד שהאירוע מושא התובענה לא היה מתרחש בהעדר התרשלות. במקרים מסוימים בית-המשפט עשוי לדרוש כי תנאי זה יוכח באמצעות מומחה רפואי.⁴⁵

דומה שהפתרון לסוגיה זאת הוא שימוש בסיפא לתקנה 127, המסמיכה את בית-המשפט או הרשם לפטור בעל-דין מצירוף חוות-דעת מטעמים מיוחדים שיירשמו,⁴⁶ כגון תחולה ברורה של סעיף 41 לפקודת הנוזיקין⁴⁷ על המקרה או קיום קביעה מחייבת בנידון על-ידי ועדה רפואית, דוגמת זו של המוסד לביטוח לאומי.⁴⁸

מה הדין כאשר אין מנוס מצירוף חוות-דעת רפואית לכתב-התביעה אך התובע אינו מסוגל לממן חוות-דעת כזאת או אינו מצליח למצוא מומחה רפואי שיכתוב חוות-דעת אשר תתמוך בתביעה? בית-המשפט רשאי לעשות שימוש בסמכות הנובעת מצירוף תקנה 127 ותקנה 130, ולמנות מומחה רפואי מקום שהתובע לא הביא מומחים מטעמו. זאת, אף בהעדר חוות-דעת סותרות מטעם בעלי-הדין, ולכן גם לכאורה בהעדר "עניין שבמחלוקת", כמשמעו של דיבור זה בתקנה 130 לתקנות.⁴⁹ מתן פטור מחוות-דעת עשוי לבוא על-חשבון

43 ראו, למשל, פרשת דעקה ופרשת דיראוי, לעיל ה"ש 13.

44 ראו פרשת עאיק, לעיל ה"ש 17.

45 ראו בר"ע (מחוזי י"ם) 2234/06 ד"ר אריאל כהן נ' רוני מזרחי, פדאור (4)07 86 (2007).

46 ראו באופן כללי רע"א 7474/00 עיריית תל אביב-יפו נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד (נו1) 193 (2002).

47 פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, דיני מדינת ישראל, 10, 266.

48 ראו, למשל, המ' (ת"א) 13618/90 גולן נ' אסותא בע"מ, תק"מ-91 (2) 1114 (1991).

49 רע"א 10251/02 אפרים כץ – חמים וטעים נ' חנה דואני, פ"ד (נו1) 797 (2003); רע"א 8015/96 צור שמיר חברה לביטוח בע"מ נ' בוריס, פדאור (3)97 450 (1997); ת"א (ראשל"צ) 1052/05 יפה בן הרוש נ' מתנ"ס דנוור לוד, נבו (2005). זה כמובן הדין גם לגבי

הצד שכנגד, שיחויב במימון המומחה מטעם בית המשפט באופן מלא או חלקי, ולכן שומה על מבקש הפטור להראות כי אין באפשרותו לממן חוות דעת מטעמו, מקום שזאת הסיבה שבגינה הוא מבקש את הפטור ואת מינוי המומחה מטעם בית המשפט.⁵⁰ שומה עליו לצרף תצהיר שיפרט את העלות של חוות הדעת מזה ואת הכנסתו מזה.⁵¹ לעומת זאת, אם הסיבה היא כשלוננו במציאת מומחה רפואי שיכין חוות דעת רפואית מטעמו, עליו לפרט את שמות המומחים שאליהם פנה ולא נענה.⁵² במקרה כזה יש להביא בחשבון שייתכן כי הסיבה לכך שהתובע לא הצליח להשיג חוות דעת היא שכל המומחים שאליהם פנה סברו כי אין בסיס לתביעה.

עד לתיקון תקנה 130 לתקנות, משמונה מומחה לפי בקשתם של כל בעלי-הדין או בהסכמתם, לא היו בעלי-הדין רשאים להביא עדות נוספת של מומחה לעניין הנידון, אלא ברשות בית המשפט מטעמים שיירשמו. במקרה כזה עדות המומחה באה במקום עדויותיהם של המומחים מטעם בעלי-הדין.⁵³ עם זאת, בעלי-הדין היו רשאים לבקש מהמומחה, באמצעות בית המשפט, הבהרות לגבי חוות דעתו. כאשר לא הייתה הסכמה למינוי, היה כל בעל-דין רשאי להביא עדות נוספת של מומחה מטעמו.⁵⁴

מומחה שאינו מומחה רפואי. ראו רע"א 7431/96 יפת שמש חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' אלוני, פ"ד נא(2) 574 (1997), והשוו עם ע"א 371/81 יוסף נוריאל נ' עלי עבד אל רחים אלשיך, פ"ד לו(4) 600, 608 (1983) (להלן: פרשת נוריאל). ראו גם רע"א 5252/90 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' שלום חממי, פדאור (1)91 371 (1991); סהר "מומחה מטעם בית המשפט במינוי ראשוני", לעיל ה"ש 22.

50 למרות זכותו החוקתית של אדם לאפשרות גישה לבית משפט, אין השיטה המשפטית הנוהגת בישראל ממנת עלויות משפטיות הכרוכות בהתדיינות, לרבות אגרות, ערבויות והוצאות משפט אחרות, וכן שכר-הטרה של עורכי-הדין ועלותן של חוות הדעת של המומחים. להבדיל מתביעה לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, שבה ברובם המכריע של המקרים אחריות הנתבעים אינה שנויה במחלוקת, תביעה בגין תאונה רפואית יכול שתמצא מופרכת, ואם התובע אינו מסוגל לממן מומחה רפואי, הוא גם לא יוכל לפצות את הנתבע על הוצאותיו – לרבות מימון מלא או חלקי של חוות הדעת של המומחה מטעם בית המשפט – היה אם התביעה תידחה והוא יחויב בתשלום הוצאות אלה. במקרה כזה ראוי לבחון לא רק את מצבו הכלכלי של התובע, אלא גם את סיכויי תביעתו. מובן שמדובר בבדיקה ראשונית ולכאורית, שהרי כל עוד אין חוות דעת של מומחה כאמור, אי אפשר לקבוע מסמרות בנידון דידן. אולם כשם שייתכנו מקרים שבהם האחריות נראית ברורה מאליה, כך ייתכנו מקרים שבהם דומה כי התביעה מופרכת על פניה. אם בית המשפט סבור כך, מן הראוי שלא ישית על הנתבע את מימון חוות דעת המומחה או לפחות יקטין במידה משמעותית את חלקו במימון זה.

51 המ' (ת"א) 13618/90 גולן נ' אסותא בע"מ, תק"מח (2)91 1114 (1991).

52 ת"א (ת"א) 35796/07 עמוסי רזיאל, עו"ד נ' פרופ' ליאור רוזנברג, נבו (2007). השוו עם ת"א (מחוזי י"ם) 22867/00 עיזבון המנוח מוסא חמדה נ' מרכז רפואי שערי צדק, נבו (2002), ועם פרשת נוריאל, לעיל ה"ש 49, בעמ' 605-606.

53 ראו ע"א 680/87 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' אליהו, פ"ד מו(4) 154, 160 (1992). (להלן: פרשת המגן).

54 ע"א 3112/93 עיזבון המנוחים וולף הוגו (חיים) ריוולף אירמה (חנה) נ' מושב גן השומרון,

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

בשנת תשנ"ה תוקנה תקנה 130. חרף מחלוקת בין הפוסקים לגבי משמעותו של תיקון זה,⁵⁵ ברי כי הוא לא סתם את הגולל על סמכותו של בית-המשפט להיזקק במקרים המתאימים לשמיעת עדויות ולקבלת ראיות מחוץ לחוות-הדעת של המומחה מטעמו, גם מקום שהלה מונה בהסכמת הצדדים.⁵⁶ הוא הדין מקום שהסכמת הצדדים למינוי המומחה מטעם בית-המשפט סויגה מראש, שכן במקרה כזה הצדדים רשאים להסתמך על חוות-הדעת של המומחים מטעמם להוכחת טענותיהם.⁵⁷

בניסוחה הנוכחי של תקנה 130(א) נקבע הכלל היסודי שלפיו בית-המשפט רשאי בכל עת, ולאחר שנתן לבעלי-הדין הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיהם, למנות מומחה או מומחים לעניין המצוי במחלוקת בין בעלי-הדין. מדובר בסמכות-רשות שהוענקה לבית-המשפט, ובכל מקרה הוא חייב ליתן לבעלי-הדין זכות טיעון בנידון לפני החלטתו למנות מומחה מטעמו.

לא נאמר בתקנה זו כי היא מתייחסת גם לתביעות בגין תאונות רפואיות, אולם ניתן להסיק זאת מהשילוב של תקנה זאת עם תקנה 127, שלפיה אי-אפשר להוכיח עניין שברפואה אלא בעזרת תעודה רפואית או חוות-דעת של מומחה,⁵⁸ וכן מהעובדה שלא הוגבלה סמכותו של בית-המשפט למנות מומחה רפואי מטעמו בתביעות בגין תאונות רפואיות, כפי שהיה המצב בעבר הרחוק.⁵⁹ כמו-כן לא נאמר בתקנה זו כי העניין שבמחלוקת צריך להיקבע על-סמך מחלוקת בין מומחים רפואיים מטעם בעלי-הדין, כלומר, שמינוי המומחה הרפואי מטעם בית-המשפט ייעשה, אם בכלל, רק לאחר שהוגשו חוות-דעת של מומחים רפואיים מטעם הצדדים והסתבר כי יש מחלוקת ביניהם. בית-המשפט רשאי למנות מומחה מטעמו כאשר קיים עניין שבמחלוקת בין בעלי-הדין, כפי שעולה, למשל, מכתבי-הטענות.

מתן זכות הטיעון לבעלי-הדין נראה לי כמחווה ריקה מתוכן. אם כלה ונחרצה עם השופט למנות מומחה רפואי מטעמו – בין משום שהוא אינו מאמין כי יצליח להתמודד עם החומר הרפואי ובין משום שהוא נמצא בשלהי המשפט, למשל, וזקוק למורה-גבוכים כדי להכריע בין המומחים מטעם בעלי-הדין – הוא ייתן לבעלי-הדין זכות טיעון אך

פ"ד מח(5) 397, 401-402 (1994) (להלן: פרשת וולף); ע"א 332/80 דוד חיטרמן נ' מוצרים כימיים בע"מ, פ"ד לז(1) 401, 404-405 (1983).

55 ראו, למשל, רע"א 7431/96 יפת השמש חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' אלוני רחמים, פ"ד נא(2) 574, 576 (1997) (להלן: יפת השמש); בר"ע (מחוזי ב"ש) 270/95 וואטה נ' צינור דרום 82 באר שבע בע"מ (לא פורסם); ת"א (שלום עכו) 4323/95 בשאראת אניס נ' א.ד. עבודות מתכת, נבו (1998) (להלן: גורן ודרוי).

56 דגן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 66-67.

57 ת"א (מחוזי י"ם) 83/95 שאול אסרף נ' י' אדלר ובנו חברה להשקעות בע"מ, נבו (2004).

58 כך היה גם לפני התיקון. ראו, למשל, ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936, 941 (2002) (להלן: פרשת שטרן).

59 ראו לעיל ה"ש 17.

ימנה מומחה מטעמו גם על אפם ועל חמתם. הוא אינו חייב אפילו להצביע על טעמים מיוחדים למינוי המומחה, כך שבמתן האפשרות לבעלי-הדין לטעון טענות בנידון אין אלא מס-שפתיים גרידא לזכות הטיעון. דומה שהמעמד היחיד שניתן כאן לבעלי-הדין הוא לטעון לגבי זהות המומחה שבית-המשפט מבקש למנות. בכך אין חידוש במשפט הישראלי, וגם כאן ההחלטה מסורה בסופו של דבר בידי בית-המשפט.

תקנה 130(ב) מתייחסת למצב שבו מונה מומחה מטעם בית-המשפט אבל גם הוגשו באותו עניין חוות-דעת של מומחים מטעם בעלי-הדין. במקרה כזה הכלל הוא שהמומחים מטעם בעלי-הדין לא ייחקרו על חוות-דעתם, אלא אם כן הודיע בעל-דין לבית-המשפט ולשאר הצדדים – שלושים יום לפחות לפני המועד שנקבע לשמיעת ראיות או בתוך שבעה ימים מקבלת חוות-הדעת, לפי המאוחר – על רצונו לחקור את כולם או מקצתם.⁶⁰ במקרה כזה בית-המשפט יכול להגביל את אופן החקירות האמורות והיקפן בהתחשב בנסיבות העניין ותוך שימת-לב לחוות-דעתו ולעדויות של המומחה מטעם בית-המשפט. דומה שתכליתו של תיקון זה היא למנוע – או לפחות לצמצם – שימוש לרעה בזכות החקירה הנגדית מקום שזאת מיותרת על פניה ומתנהלת לא בתום-לב, רק על-מנת להאריך את ההליך ולהתיש בכך את הצד שכנגד.

מהסיפא לתקנת-משנה זו ניתן ללמוד כי מקום שהוגשו חוות-דעת של מומחים מטעם בעלי-הדין, ייחקר תחילה המומחה מטעם בית-המשפט,⁶¹ ורק לאחר-מכן יידרש בית-המשפט לשאלה אם יש להגביל את אופן החקירות של המומחים מטעם בעלי-הדין ואת היקפן. האם בית-המשפט יכול למנוע לחלוטין את החקירות? על-פי לשון התקנה דומה כי אין זה ראוי מבהינה פרשנית להגיע למסקנה מרחיקת-לכת כזאת. סמכותו של בית-המשפט להגביל את זכות החקירה מוכרת במשפטנו,⁶² בין בהסדרים מפורשים ובין מכוח סמכותו הטבעית, בעיקר כאשר החקירה אינה רלוונטית או עולה כדי שימוש לרעה בהליכי

60 לפני תיקון תק' 130 לתקנות, במקרים שבהם מינוי המומחה מטעם בית-המשפט נעשה לא בהסכמתם של כל הצדדים, היו הצדדים זכאים לחקור את המומחים מטעם הצדדים, וזכות זאת עמדה גם לאלה שהסכימו למינוי המומחה מטעם בית-המשפט. ראו פרשת וולף, לעיל ה"ש 54. החובה לשמוע עדים כאמור השתמעה מתק' 130(ב), אך עלתה במפורש מס' 26(א) לפקודת הראיות, המחייב את השופט להיעתר לבקשתו של בעל-דין לצוות על חקירת המומחה. על יחסי-הגומלין בין ס' 26 הנ"ל לבין תק' 130 לתקנות, בנוסחה הנוכחי, ראו אורי גורן ועופר דרורי "עדויות מומחים לאחר תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005: היבטים דיוניים ומהותיים" המשפט יב 167 (2007) (להלן: גורן ודרורי).

61 זכות חקירה כזאת הייתה קיימת בידי כל אחד מבעלי-הדין גם לפי הדין הקודם. ראו, למשל, בג"ץ 1199/92 אסתר לוסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (מוז) 734 (1993); ת"א (ב"ש) 529/81 סלים מועלם נ' אקר צבי, פדאור מד(3) 217, 218-219 (1984).

62 למשל, בס' 1 לפקודת הראיות, המסמיך את בית-המשפט לסרב להוציא הומנה לעד אם אין בה צורך או אם ראה שהתבקשה למטרה שאינה גילוי האמת.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

בית-משפט. לעומת זאת, מניעת זכות זו כליל דומה שפוגעת בזכות-יסוד,⁶³ וספק אם ניתן להכשירה אפילו בחוק חרות,⁶⁴ לא כל שכן בתקנה גרידא.

הרציונל של תקנת-משנה זאת הוא החתירה לחיסכון בהוצאות מנהליות, ובעיקר בזמן שיפוטי, כאשר השופט סבור שניתנה זכות טיעון מספקת לבעלי-הדין וכי על-סמך שלל חוות-הדעת שלפניו הוא יכול להכריע בסכסוך. צד שעמדנו נדחתה על-ידי המומחה הרפואי מטעם בית-המשפט יוכל כמובן לחקור אותו בחקירה נגדית, ואם יצליח לקעקע את חוות-דעתו, דרכו תצלה גם מבלי שיתר לו לחקור את המומחה מטעם בעל-הדין שכנגד. אם, לעומת זאת, יהיה אפשר לחקור את כל המומחים כעניין שבשגרה, אזי פועלה של תקנה 130 יוגבל למעשה להוספת מומחה נוסף – גם אם ניטרלי ואובייקטיבי לכאורה ביחס לשלל המומחים שבעלי-הדין מביאים – הא ותו לא. קיום חקירת המומחים רק אחרי חקירת המומחה מטעם בית-המשפט באה מתוך תקווה שאחרי חקירה זאת יהיו בעלי-הדין או חלקם מוכנים לקבל, ולו בעל כורחם, את עמדתו של המומחה זה, משום שניתן לצפות שעמדתו תקבל משקל מיוחד מבית-המשפט שמינה אותו. אף אם מי מבעלי-הדין ידרוש לחקור את מומחי הצד האחר, יש להניח כי באי-הכוח של בעלי-הדין האחרים יוותרו על החקירה, ובכך ייחסך זמן שיפוטי יקר.

לאחר מינוי המומחה הרפואי מטעם בית-המשפט, יצטרכו בעלי-הדין לשאול את עצמם אם כדאי להם לחקור את המומחה של בעל-הדין שכנגד אם לאו. אם חוות-הדעת של המומחה מטעם בית-המשפט היא לטובת בעל-דין מסוים, טוב יעשה אותו בעל-דין אם ישקול בכובד-ראש להימנע מלחקור את המומחה של הצד שכנגד, שכן כך גם יוכל למנוע אותו – במישור או בעקיפין – מלחלוק על חוות-הדעת של המומחה מטעם בית-המשפט ומלהסביר מדוע דווקא חוות-דעתו עדיפה. מובן שהצד שכנגד ירצה במקרה כזה לחקור את המומחה מטעם הצד האחר, כדי לנסות בעזרת חקירה זאת לתקוף גם את חוות-דעתו של המומחה מטעם בית-המשפט. מכל מקום, החלטותיהם של בעלי-הדין בנידון יושפעו ללא ספק מאיכותה ומיסודיותה של חוות-הדעת של המומחה מטעם בית-המשפט וממידת השכנוע הטמונה בה. תקנת-המשנה קבעה בתבונה רבה שקבלת ההחלטה בנידון יכולה להיעשות לא רק לאחר קבלת חוות-הדעת של המומחה הרפואי מטעם בית-המשפט, אלא גם לאחר מתן עדותו. במועד השני בעלי-הדין מצויים בהערכה שלמה יותר לגבי משקלה של חוות-הדעת של המומחה מטעם בית-המשפט ולגבי משקלה של עדותו, ולאור זאת ייטיבו להעריך הן את חוות-הדעת של המומחים מטעמם והן את הסיכויים והסיכונים בחקירת מומחים אלה, ויוכלו לכלכל את צעדיהם בהתאם.

63 ראו, למשל, פרשת יפת השמש, לעיל ה"ש 55; רע"א 2508/98 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, פ"ד נג(3) 26 (1999).

64 הדבר נעשה אומנם בס' 6(א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (תיקון מס' 5), ס"ח 16, ולמעשה גם בס' 8 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, ס"ח 393, אולם מדובר בחקיקה שנחקקה לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, ולא ברור אם חקיקה חדשה בנידון תהיה חוקתית או לחלופין אם היא תוכל ליהנות מהגנת ס' 8 לחוק-היסוד האמור.

התקנות מאפשרות לבעלי-הדין לתקן את כתיב-הטענות שלהם לאחר קבלת חוות-הדעת של המומחה מטעם בית-המשפט, וזאת בלא צורך בנטילת רשות לכך.⁶⁵ הם יכולים להפנות באמצעות בית-המשפט שאלות הבהרה,⁶⁶ וכן לעתור בבקשה להורות למומחה לבדוק בדיקה נוספת ולהגיש חוות-הדעת נוספת.⁶⁷

תקנה 130(ג) לתקנות קובעת כי אם הסכימו בעלי-הדין למינוי מומחה מטעם בית-המשפט,⁶⁸ יראו הסכמה זו כהסדר דיוני שלפיו לא יוגשו חוות-הדעת של מומחים מטעם בעלי-הדין, ויראו חוות-הדעת כאלה שכבר הוגשו קודם למינוי המומחה מטעם בית-המשפט כאילו לא התקבלו כראיה.⁶⁹ כל זאת, אלא אם כן בית-המשפט או הרשם קבעו אחרת. איון זה של חוות-הדעת מטעם הצדדים הוא רצוני, וממילא לא נפגעת בכך כל זכות-יסוד שלהם. אולם ספק גדול בעיניי אם רוב עורכי-הדין שעוסקים בתחום זה ייאותרו למסור את גורל לקוחותיהם להסדר כזה. חזקה על פרקליט שטרם מאוד על חוות-הדעת של המומחה מטעמו, וכי הוא סבור שהיא משרתת היטב את צרכיו. מדוע אם כן יבטל אותה במחיידי ויסקים להפקיד את גורל לקוחו בידי המומחה מטעם בית-המשפט? אם זאת גישתו, היה עדיף לו לפנות מלכתחילה לצד שכנגד ולהשיג את הסכמתו מראש לחוות-הדעת בהסכמה של מומחה מטעם בית-המשפט ולהסדר הדיוני ברוח האמור בתקנת-המשנה. בכך היה חוסך ללקוחו את עלותה של חוות-הדעת של המומחה מטעמו.

יתרה מזו, לעיתים פרקליט מנוסה יכול להעריך כי עדיף להותיר על כנו את חוות-הדעת מטעם בעלי-הדין משום שחוות-הדעת של המומחה מטעם הצד שכנגד היא שטחית על פניה או לא-משכנעת או שיש לו סיכוי טוב לקעקע אותה בחקירה נגדית ולחזק בכך, במישרין או בעקיפין, את עמדתו של המומחה הרפואי מטעמו. לעיתים, בתיקי תאונות רפואיות, בעל-הדין נבנה דווקא מדברים שאמר המומחה מטעם הצד שכנגד במהלך חקירתו הנגדית. לאמירות של מומחה אשר מאששות את האמור בחוות-הדעת הרפואית מטעם הצד האחר יש לעיתים משקל מכריע בהחלטת בית-המשפט במחלוקת שבין חוות-הדעת של המומחים הרפואיים. מטעמים אלה לא הייתי ממליץ ככלל לבעלי-הדין, כולם או מקצתם, להסכים להסדר הדיוני האמור, גם אם נראה למי מהם כי יש לו סיכוי טוב לשכנע את המומחה מטעם בית-המשפט בצדקת טענותיו.

ההסדר הדיוני האמור אינו ראוי בעיניי גם מטעם נוסף. אם מאיינים את חוות-הדעת של המומחים מטעם הצדדים, נפרשת לפני בית-המשפט חוות-הדעת יחידה, זאת של המומחה מטעמו. ייתכן שמומחה זה נמנה עם אסכולה מסוימת, אולי אף אסכולת מיעוט, ובהעדר

65 תק' 136 לתקנות.

66 תק' 134(ג) לתקנות.

67 תק' 135 לתקנות.

68 הסכמה מסויגת אינה הסכמה לעניין זה. ראו בר"ע (מחוזי ב"ש) 000590/07 מדינת ישראל – נציבות בתי הסוהר נ' רסין, פדאור 07(38) 206 (2007) (להלן: פרשת רסין).

69 בעבר קבעה תק' 130(ב) לתקנות כי אם מונה מומחה מטעם בית-המשפט בהסכמת הצדדים, לא יורשו הצדדים להביא עדות מומחה נוספת אלא ברשות בית-המשפט ומטעמים שיירשמו. למעשה, הסכמת הצדדים פורשה כוויתור על השמעת עדויות של מומחים מטעמם. ראו פרשת וולף, לעיל ה"ש 54.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

חוות-דעת נוספות, קולה של האסכולה האחרת אינו נשמע. קשה גם לשופט, שהוא הדיוט בענייני רפואה, להרהר אחרי חוות-דעתו של המומחה מטעמו אם לא פרושה לפניו גם חוות-דעת מלומדת סותרת. ההסדר הקבוע בתקנה 130(ג) מגדיל אפוא את ההסתברות שבית-המשפט יעביר למעשה את מלאכת השפיטה בנושא הרפואי לידי המומחה הרפואי מטעמו. בתקנה זאת לא מובהר אפילו אם ניתן להגיש את חוות-הדעת של המומחים מטעם בעלי-הדין למומחה מטעם בית-המשפט. דומה, עם זאת, כי לנוכח תקנה 132 לתקנות, בעל-דין רשאי להמציא למומחה הרפואי מטעם בית-המשפט את חוות-הדעת של המומחה מטעמו, וכך גם נפסק.⁷⁰ גם בהנחה שכך תתפרש תקנת-המשנה הזאת, עדיין לא יפתרו בכך הקשיים שפורטו לעיל. לא ברור לי מדוע לא לאפשר לבעלי-דין לבחור באפשרות של הסכמה למינוי מומחה מטעם בית-המשפט מבלי להתחייב מראש לא להגיש חוות-דעת מטעמו, או אם הגישו כבר חוות-דעת כאלה – מבלי להסכים לכך שבית-המשפט יתעלם מהן. הסדר כזה יקל על בית-המשפט להכריע במחלוקת, בעיקר באותם מקרים שבהם הוא סבור כי נפלה טעות יסודית בחוות-הדעת של המומחה הרפואי שמינה.

תקנה 130(ד) לתקנות קובעת כי בתקנה 130 אין כדי לגרוע מכוחם של בעלי-הדין להסכים לא לחקור את המומחה מטעם בית-המשפט, בין אם מונה בהסכמה ובין אם לאו. במקרה של הסכמה כאמור, לא יחקר מומחה זה, זולת אם ראה בית-המשפט צורך בכך לשם בירור המחלוקת שלפניו.

לא ברור לי מדוע צריך את תקנת-משנה 130(ד). מה יש בתקנה 130 שעלול להתפרש כגורע מכוחם של בעלי-הדין להסכים לא לחקור את המומחה? ראשית, בשום מקום לא נקבע שהיבים לחקור. שנית, אם אכן יהיה מצב שבו יחליטו בעלי-הדין לא לחקור, נראה לי כי הוא יהיה נדיר למדי. אין זה סביר להניח ששני הצדדים יהיו מרוצים מחוות-הדעת של המומחה מטעם בית-המשפט, שכן חוות-דעת זאת עלולה לחרוץ למעשה את גורל התביעה בשאלת ההתרשלות או בשאלת הקשר הסיבתי או בשתי השאלות גם-יחד, וממילא סביר להניח שאותו בעל-דין שחוות-דעת זו דוחה את עמדת המומחה מטעמו יבקש לחקור את המומחה הרפואי מטעם בית-המשפט.

זכות החקירה הנגדית של המומחה מטעם בית-המשפט תלויה בהודעה של בעל-הדין לפי תקנה 130א,⁷¹ ואם הוא אינו מודיע, אין לו למעשה זכות כזאת, קל וחומר אם יש הסכמה דיונית בין בעלי-הדין להימנע מלחקור. דומה שתקנה 130(ד) באה דווקא לומר שגם אם יש הסכמה לא לחקור, בית-המשפט יכול להתעלם מהסכמה כזאת אם מוגשת לו בקשה לחקור והוא סבור שהדבר נחוץ לשם בירור המחלוקת. ייתכן שהיא נועדה גם להבהיר כי השופט עצמו יכול לחקור את המומחה מטעמו לנוכח הסיפא לתקנה 130(ד) ומכוח סמכותו הטבועה. בדרך-כלל השופט חוקר לאחר שתמה חקירת הצדדים, ואילו כאן מדובר במצב שבו יבקש השופט לחקור כאשר הצדדים עצמם מסכימים לא לחקור.

70 ראו פרשת רסין, לעיל ה"ש 68.

71 שכן תק' 130(ב) לתקנות מפנה אליה.

פרק ב: האם יש הצדקה למינוי מומחים רפואיים מטעם בית המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות?

שאלת ההצדקה למינוי מומחים מטעם בית המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות שנויה במחלוקת. יש השוללים מינוי כזה מכל וכל⁷² או לפחות בתיקים העוסקים בתאונות רפואיות משמעותיות,⁷³ ויש המצדדים בו כעניין שבשגרה⁷⁴ או במינון נמוך במעט.⁷⁵ בעוד חוות-דעת של מומחה מטעם בעל-דין היא תנאי להוכחת עניין שברפואה, חוות-דעת של מומחה מטעם בית המשפט אינה מחויבת-המציאות. תקנה 130 לתקנות מסמיכה את בית המשפט למנות מומחה רפואי מטעמו בתביעות בגין תאונה רפואית, אך אינה מחייבת אותו לעשות כן.⁷⁶ להלן אבחן בהרחבה את הנימוקים השונים בעד ונגד הפרקטיקה של מינוי מומחה מטעם בית המשפט בתביעות בגין תאונה רפואית – פרקטיקה אשר התעצמה כאמור בשנים האחרונות. הנימוקים יוגשו בנפרד. תחילה יוצגו הנימוקים בעד המינוי האמור, ולאחר-מכן, כאשר יוצגו הנימוקים נגדו, ייכלל בהם מענה ישיר לנימוקים בעד המינוי.

1. הנימוקים בעד מינוי מומחים רפואיים מטעם בית המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות

(א) מומחה רפואי כתנא דמסייע לבית המשפט

אנו חיים בעידן של התמחויות ותת-התמחויות. כמות הידע העצומה אינה מאפשרת לפרט

72 למשל, סהר "תיקון תקנה 130", לעיל ה"ש 22, בעמ' 177. צוות רפואה ומשפט בלשכת עורכי-הדין מתנה מינוי כזה בהסכמת הצדדים, וסבור כי ניתן לעשותו רק לאחר שנשמעו עדויותיהם של המומחים מטעם בעלי-הדין. ראו דוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 3, וכן פסק-דינו של השופט המנוח ד"ר ע' אור ז"ל בת"א (מחוזי ת"א) 1600/95 לוי נ' בית חולים הקריה (לא פורסם) (להלן: פרשת לוי).

73 ועדת הלורד וילף האנגלית, למשל, הציעה להגביל את השימוש במומחים כאלה לתביעות רשלנות רפואית עד סכום מרבי (דאז) של 10,000 ליש"ט. Lord Woolf, Access to Justice. Final Report to the Chancellor on Civil Justice System in England and Wales Section (London, 1996).

74 פרשת שטרן, לעיל ה"ש 58; ע"א 521/77 אשר ברוור נ' רשות הנמלים, פ"ד לב(1) 416 (1978) (להלן: פרשת ברוור); ע"א 123/79 מדינת ישראל נ' מירה קמינר ואח', פ"ד לד(1) 617 (1979) (להלן: פרשת קמינר).

75 ת"א (מחוזי י"ם) 1472/99 אלמוג נ' מרכז רפואי תל אביב, תק"מ 2004(4) 11644 (2004).

76 פרשת שטרן, לעיל ה"ש 58, פס' 72. השופט במקרה זה לא דק פורתא בכותבו כי מינוי רפואי מטעם בית המשפט בתיקי רשלנות רפואית היא הדרך הקבועה כיום בדין בתיקי רשלנות רפואית, וזאת לנוכח תק' 130 לתקנות סדר הדין האזרחי.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

להתמודד בעצמו עם כל המטלות שעליו לבצע, ועקב המהמורות שהוא נתקל בהן בדרכו, פנייה למומחים הינה צעד בלתי-נמנע. בחברה המודרנית והטכנולוגית אי-אפשר לנהל את החיים באורח מושכל מבלי להיוקק למומחים. כאשר יש לנו בעיה רפואית מסוג מסוים, אנו מבררים מי המומחה בתחום הרפואי הספציפי הזה ופונים אליו. אם אנו זקוקים לייעוץ בענייני מס או בענייני השקעות או בטיפול בשיפוץ הבית, אנו פונים למומחים. טבעי אפוא שגם שופטים רוצים וצריכים במקרים מסוימים להיוועץ עם מומחים כדי לעשות את מלאכתם נאמנה ולא לפסוק מתוך בורות.⁷⁷

שופטים לא הוכשרו להתמודד עם שאלות מקצועיות מורכבות ברפואה, במדע, בכלכלה, בהנדסה, בראיית-חשבון, בסטטיסטיקה ועוד. נוכחותו של מומחה תסייע להם במלאכת השיפוט בנושאים אלה. סוגיות טכנולוגיות ומדעיות, לרבות סוגיות רפואיות מורכבות, מציבות אתגר קשה לבית-המשפט, אשר תלוי במידה רבה במספר קטן של מומחים שבעלי-הדין מביאים. אחרי שחוות-דעת אלה עוברות את מבחני-הסף, בית-המשפט צריך עדיין להתמודד איתן, להבינן, לעכלן, לפשטן, להבהירן בלשון המובנת להדיוטות ולנתחן בכלים המשפטיים שבהם הוא מצויד. הקשיים מתעצמים כאשר הראיות המובאות בנידון על-ידי הצדדים המתדיינים הן חלקיות, סותרות ומאירות באור חד-צדדי את תמונת ההתדיינות, בוודאי כאשר מגמתם היא לערפל ולטשטש את התמונה, ולא דווקא להבהירה.

שופט אשר מובאות אליו עדויות בשפה שהוא אינו שולט בה – סינית, למשל – זקוק למתורגמן. כלום המצב צריך להיות אחרת כאשר מובאות לפניו עדויות רפואיות או מדעיות מסובכות, לעיתים במונחים לטיניים ובנוסחות מתמטיות? הרי גם אלה הן בגדר "סינית" באוזניו ובעיניו, והוא זקוק לעזרת מומחה. שום דבר לא נגרע בכך מכבודו או ממעמדו. כלום אין זה עדיף על מצב שבו הוא ייאלץ להכריע בין שתי דעות מתוך בורות וחוסר הבנה?

בתיקי תאונות רפואיות שבהם מומחי הצדדים ניצים, השופט עומד לעיתים חסר אונים בבואו להחליט את מי מהם להעדיף. מינוי מומחה יכול להועיל מאוד לשופט, שכן הלה יכול

77 ראו דברי השופט דרורי בפס' 89 לפסק-דינו בעניין ת"א (מחוזי י"ם) 6424/04 משה אהרון נ' שירותי בריאות כללית, נבו (2007) (להלן: פרשת משה אהרון), וראו באופן כללי: STEVEN BRINT, IN AN AGE OF EXPERTS: THE CHANGING ROLE OF PROFESSIONAL IN POLITICS AND PUBLIC LIFE (Princeton University Press, 1994); Robert Kargon, *Expert Testimony in Historical Perspective*, 10 LAW & HUM. BEHAV. 15 (1986) אומנם מאז ומעולם נזקקנו מדי פעם לעזרת הידע של הזולת, אולם תופעת המומחים כרכיב הכרחי בחיינו החלה באמצע המאה התשע-עשרה. התרבות פיתחה את ההתמחויות. אט-אט נעשינו תלויים במומחים, ובכך הענקנו להם עוצמה רבה בחברה ובחיינו. לעיתים אנו סומכים עליהם יותר מדי, עד כדי ביטול דעתנו שלנו. עקב כך קיים חשש שהמומחים יגזימו בהערכת סמכויותיהם ויעשו בהם שימוש לרעה. לפיכך, במקביל להערצת המומחים קיימת גם מלחמה נגד עריצותם, אשר מתבטאת, בין היתר, במעבר לרפואה משלימה ובדרישה לשקיפות רבה יותר ולאפשרות גישה אל המידע אשר מצוי לכאורה באופן בלעדי בחזקת המומחים. יש אף הטוענים כי מבחינה היסטורית פעל מדע הרפואה לערפל עניינים שהיו קודם לכן נגישים להדיוטות – למשל, באמצעות שימוש במונחים לטיניים או בשפה לא-נגישה להדיוטות – וזאת כדי לחזק את מעמדם בחברה.

לנתח את ההבדלים שבין מומחי הצדדים ולהבהיר שינויים בגישות או בהנחות שמאחורי הוויכוח, וכך לתת כלים לשופט להעריך את הדעות השונות. הוא יסביר לבית-המשפט בלשון פשוטה ככל האפשר את הנקודות הטכניות בהקשר הרפואי, יעיד על הפרוצדורות הרפואיות המקובלות, על האסכולות הקיימות ועל מצב הידע המדעי בנידון נכון ליום ההתרשלות הנטענת, ובכך יעזור לו לקבוע את סטנדרט ההתנהגות שהרופא חב בו כלפי המטופל בנסיבות המקרה. אם הוויכוח נסב על עניין מדעי, המומחה יכול להאיר אותו ולתת לשופט פרספקטיבה רחבה יותר. בהערכת הנזק הוא יכול להציע לבית-המשפט את שביל-הזהב לגישור בין הצדדים. המומחה יכול לגלות לעיתים כי שני הצדדים מתבססים על מידע חלקי וספקולטיבי, ולעיתים הוא נדרש, לפחות בתחומים שאינם רפואיים, לאסוף מידע בעצמו ולהשתית עליו את חוות-דעתו.

(ב) החיוניות של קבלת חוות-דעת אובייקטיבית וניטרלית

מינוי מומחה רפואי מטעם בית-המשפט בתיקי תאונות רפואיות מוצדק על-ידי המצדדים בפרקטיקה זו גם בנימוק שלפיו בעוד חוות-הדעת והעדויות של המומחים מטעם בעלי-הדין הינן מכשירניות (אינסטרומנטליות), ותכליתן לשכנע את בית-המשפט בצדקת עמדתו של בעל-הדין ששכר את שירותיהם,⁷⁸ חוות-דעתו של המומחה מטעם בית-המשפט הינה עצמאית, אובייקטיבית וניטרלית, והמומחה עצמו נעדר פניות וחרף מכל אינטרס אישי, מדעה קדומה או מניגוד עניינים.⁷⁹ עמדה זאת ביטא השופט ג'ובראן כדלקמן:

"בית משפט זה חוזר והדגיש לא פעם את חשיבות מינויו של מומחה מטעם בית המשפט. המומחה הוא ידו הארוכה של בית המשפט. ישנה חשיבות רבה לעדות מומחה ממונה נטרלי, ככלי מתווך בין עולם הרפואה לאולם בית המשפט ומאפשר לבית המשפט לקבל חוות דעת ברורה מטעמו שלו בנושאים הטעונים מומחיות, בבחינת 'אל נא תעזב אותנו... והיית לנו לעיניים' (במדבר, י, לא). המשנה אומרת 'אין מודדין אלא מן המומחה' (משנה עירובין, ה) רוצה לומר, כי מדידת התחום נעשית על ידי מומחה הבקי בתחום. בנסיבות בהן מדובר בשאלה שבמומחיות, אין מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט משנסמך על מומחה שמינה, גם אם זה אימץ את חוות דעתו של מומחי המשיבים..."⁸⁰

הדיבור על הניטרליות של המומחים מטעם בית-המשפט מודגש לעיתים קרובות כטיעון נגד הגישה השוללת מינוי תכוף של מומחים מטעם בית-המשפט, אשר שלטה בכיפה שנים רבות. נשמעו לא מעט התבטאויות – לעיתים גם בלשון בוטה – שהציגו מומחים רפואיים מטעם בעלי-הדין ככאלה שדעתם מוטה או מגמתית, בבחינת "שכירי-חרב" שחוות-הדעת

78 ראו, למשל, פרשת ברור, לעיל ה"ש 74.

79 ראו, למשל, פרשת המגן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 164; פרשת ברקוביץ, לעיל ה"ש 11, פס' יב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (2006).

80 ע"א 916/05 כדר נ' פרופ' הרישנו, נבו (2007).

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

שהם מכינים נועדו להשביע את רצון לקוחותיהם, ואשר ספק אם הן משקפות אפילו את דעתם האישית של אותם מומחים.

בישראל, בדומה למדינות אחרות, ניכרת תופעה של דיג מומחים (expert shopping). משמעות הדבר היא כי אינך מציע למומחה תשלום בעבור חוות-דעתו מבלי לוודא תחילה כי הוא מסכים לכתוב חוות-דעת אשר תסייע לך במאבק המשפטי. יש להניח כי רוב המומחים אומרים לעצמם: "אכן תומך אני בעמדה הזאת; לפיכך מדוע לא אכתוב חוות-דעת וגם אבוא על גמולי הכספי?" אולם קיימים בוודאי גם מקרים שבהם הרופא אומר לעצמו: "אף שהעמדה של אותו בעל-דין אינה נכונה, לגיטימי להעלותה, והפיתוי הכספי גדול מכדי שאדחה את פנייתו לכתוב חוות-דעת בנידון." יתרה מזו, לעיתים יכול שהמומחה – אולי בהשראת עורך-הדין – יאמר לעצמו כי סביר להניח שחוות-דעתו לא תידון בסופו של דבר במשפט עצמו, וכי היא ניתנת למעשה רק על-מנת לשפר את מצבו של אותו בעל-דין במשא-ומתן לפשרה. מטבע הדברים, בחירת עד מומחה מטעם צד אינה מונעת על-ידי רצון עז לחשוף את האמת, אלא על-ידי הרצון למצוא מומחה שיעזור לו לזכות בתביעה שהוגשה על-ידי או נגדו.

השיטה הלעומתית נועדה אומנם להשיג תוצאות צודקות, אך לעיתים מזומנות בעלי-הדין משתמשים בה כדי להשיג תוצאות לא-צודקות, תוך ניצול של משגי הצד שכנגד או קשיי המימון שלו, אשר מקשים עליו להציג את עמדתו כדבעי. השימוש במומחים הוא כלי להשגת תוצאות אלה. לרקורד המדעי של המומחה יש כמובן משקל, אולם חשוב יותר לבעלי-הדין לבחור מומחה בעל כושר ביטוי מעולה, כושר שכנוע ועמידות בפני חקירות נגדיות נמרצות. אחדים מן המומחים הם כבר "מומחים מקצועיים המתמחים בהופעות בבתי-משפט", וממילא אינם עוסקים כמעט ברפואה ממש. כאלה הם מומחים שמופיעים באופן קבוע בעבור בעל-דין מסוים, כגון חברת ביטוח. התוצאות של דיג המומחים אינן מוצגות לפני בית-המשפט, ויש המהרהרים שמא ראוי שיוצגו.⁸¹ כמו-כן אין זה בלתי-סביר להניח שעורכי-דין מסוימים יוזמים התייעצויות עם מומחים רפואיים אף שנהיר להם כי אין כל סיכוי שיקבלו מהם חוות-דעת לבית-המשפט, וזאת רק מתוך מטרה למנוע אותם מלהעיד במשפט מטעם הצד שכנגד.

(ג) יעילות וחיסכון בהוצאות מנהליות

לעיתים נשמעת טענה, המושתתת על עקרונות של יעילות כלכלית, שלפיה השיטה שנהגה עד כה – שבה מתנהלת מלחמת מומחים בין בעלי-הדין – אינה יעילה מבחינה כלכלית,

81 ניתן לשאול, למשל, אם אין מקום לחייב בעל-דין לגלות חוות-דעת בכתב או בעל-פה של רופאים שאליהם פנה ואשר סירבו להכין בעבורו חוות-דעת משום שלדעתם אין לו עילת תביעה ראויה. יש בכך כדי להציג לבית-המשפט את התמונה המלאה ולהוביל להקטנת תופעת הדיג, ועימה להקטנת הוצאות ההתדיינות. מאידך גיסא, יש בחובת גילוי כזאת משום פגיעה קשה בחיסיון המקצועי של עורך-הדין. ראו לאחרונה: [2005] Beck v. Ministry of Defence, [2005] 3 All E.R. 17 (C.A.); [2005] Vasilou v. Hajigeorgiou, [2005] 1 W.L.R. 2206 (C.A.); ראו גם רשימה ב-NLJ 454, 6 April 2007 157.

מעיקה על בעלי-הדין עקב התארכות הדיון, מביאה לידי עינוי-דין וגזלת זמן שיפוטי יקר.⁸² מצב לא-יעיל זה נהג בתחום תביעות הנזיקין בגין נזקי תאונות-דרכים. הדבר הביא לידי רפורמה שלפיה לא יישמעו מומחים רפואיים מטעם בעלי-הדין אם נקבעה כבר לתובע דרגת נכות לפי דין בשל הפגיעה שנגרמה לו בתאונת-הדרכים. בכל מקרה אחר ימנה בית-המשפט מומחה מטעמו או מומחה מוסכם על הצדדים. חוות-דעתו תחייב אותם, והם יורשו להביא ראיה לסתור רק מטעמים מיוחדים שיירשמו. תיקון זה הביא לידי כך שברוב התיקים המוגשים לבית-משפט, חוות-דעת של מומחה מטעם בית-המשפט מכריעה בסוגיה, והצדדים משלימים איתה, בין מרצון ובין מאונס. אין ספק שהסדר זה, אשר אינו נקי מבועיות, הפחית באופן משמעותי את ההוצאות המנהליות, וחוסך זמן שיפוטי ניכר.⁸³

נוסף על כך, בשיטה שנהגה עד כה היה בזבוז של משאבים רפואיים יקרים: רופאים אשר ממתנינים לתורם להעיד ולאחר-מכן מעידים – לעיתים במשך יום שלם, ובתיקים מסוימים במשך ימים עד לסיום חלקם במשפט – נעדרים מחדרי-הניתוחים ומהמרפאות, ואם הם מוזמנים באופן תכוף לבתי-המשפט, נגרם נזק משמעותי לשירותי הרפואה. שיטת המומחים מטעם בית-המשפט היא חסכונית יותר.⁸⁴

(ד) הפחתת אי-השוויון שבין בעלי-הדין לעניין חוות-הדעת

במינוי מומחה רפואי מטעם בית-המשפט יש כדי לבטל את היתרון היחסי של אחד הצדדים בהשגת מומחים רפואיים רבים יותר וטובים יותר, ולהשוות את הסיכוי של בעלי-הדין לזכות במשפט. מול הנתבע, אשר נהנה לעיתים קרובות ממשאבים מרובים ויכול לגייס סוללה של מומחים בכירים ויקרים, עומד לעיתים התובע כשלצידו – הן בגלל אילוצים כספיים והן בגלל נטייה טבעית של רופאים לא להעיד נגד חברים למקצוע – רק רופא אחד אשר אינו מתמחה בהכרח באותה תת-התמחות שבה עוסק התיק, ועל-כן הוא מצויד פחות למשפט. במקרה כזה ייתכן שמומחה מטעם בית-המשפט יאזן את סיכויי הצדדים, ויציע חוות-דעת אובייקטיבית שאולי תושיע את התובע. זאת, כמובן, בהנחה שהמומחה מטעם בית-המשפט הינו ניטרלי לחלוטין ומוכן לקבוע כי עמית שלו התרשל. מטבע הדברים, קל יותר לרופא ליתן חוות-דעת בעקבות פנייה של בית-המשפט אליו מאשר בעקבות פנייה של בעל-דין. דומה שחוות-דעת ממין זה, כאשר בית-המשפט יזום אותה, תכתים פחות את המומחה הרפואי מאשר חוות-דעת נגד עמית למקצוע שניתנה לבקשת בעל-דין.⁸⁵

(ה) התחשבות באינטרסים של צדדים שלישיים

אף שנימוק זה רלוונטי בעיקר לחוות-דעת בעניינים לא-רפואיים, גם בתביעות בגין תאונות

82 פרשת ברור, לעיל ה"ש 74. ראו גם ע"א 16/68 רמת סיב בע"מ נ' עקום, פ"ד כב(2) 164,

168 (1968) (להלן: פרשת רמת-סיב).

83 פרשת המגן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 164.

84 ראו פרשת קמינר, לעיל ה"ש 74.

85 עדי אור ואילנה נירנברג רשלנות רפואית 447 (2000) (להלן: אור נירנברג).

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

רפואיות כרוכים לעיתים אינטרסים של צדדים שלישיים, לרבות של בעלי-דין-בכוח ושל החברה בכללותה. אלה, מטבע הדברים, אינם מקבלים את המשקל הראוי בחוות-הדעת של המומחים מטעם בעלי-הדין, ועל-כן ראוי אולי שמומחה מטעם בית-המשפט ייתן להם משקל בחוות-דעתו. הדבר חשוב, כאמור, גם כאשר יש מחלוקת רבתי בין מומחי הצדדים וגם כאשר אין מידע מספיק להכרעה שקולה.

(ו) מיתון ועידון של חוות-הדעת מטעם המומחים הרפואיים של בעלי-הדין

עצם אפשרות המינוי וההיחשפות לביקורת של מומחה מטעם בית-המשפט, אשר לכאורה לפחות הינו אובייקטיבי, משפיעה על המומחים מטעם בעלי-הדין וממתנת את חוות-הדעת שלהם. כדי שחוות-דעת לא רק תהיה מלומדת, אלא גם תראה כזו, שומה על המומחה להראות לבית-המשפט, ובהמשך גם למומחה מטעמו, כי הוא אינו מתחמק מהתמודדות עם ראיות שאינן תומכות בחוות-דעתו ועם ספרות רפואית שחולקת על דעתו. ככל שחוות-הדעת שלו תראה אובייקטיבית יותר, כן יתייחסו אליו בית-המשפט והמומחה מטעמו ביתר כבוד, והדבר ישפיע גם על התייחסותם אל חוות-דעתו לגופה.

(ז) הקטנת החיכוך שבין אנשי הרפואה לאנשי המשפט

תביעה בגין תאונה רפואית – הן כזו שבה הרופא נתבע באופן אישי והן כזו שבה הוא אינו נתבע באופן אישי – מכתימה את שמו הטוב של הרופא, ואולי אף פוגעת בעתידו המקצועי, גם אם בסופו של יום הוא לא יצטרך לשלם לתובע פיצויים. אף שהמשפט עוסק בשאלות של פרקטיקה רפואית, השופט שדן בעניין, ואשר לו מסורה הסמכות לקבוע מסמרות, הוא משפטן, ולא בר-סמכא ברפואה. עובדה זאת יוצרת לא-אחת תחושת כעס אצל העוסקים ברפואה, ומעוררת מתח גדול בינם לבין המשפטנים. העוסקים ברפואה מרגישים שנעשה להם עוול. הם, שפעלו כמיטב יכולתם לטובת המטופל, באילוצים קשים ובמאמצים מתמשכים, נתבעים ועומדים למשפט כאחרון העבריינים. הם נחשפים לחקירות נגדיות – לעיתים מעליבות ואולי אף משפילות – מצד עורכי-דין, אשר כל מטרתם להכשילם כדי שלקוחותיהם יזכו במשפט והם יקבלו את שכר-הטרחה מזכייה זאת. בית-המשפט הוא שיחליט אם הם התרשלו או תקפו את המטופל – במשמעות המשפטית של המושג – והוא גם לא יהסס לחוות את דעתו על התנהלותם במשפט גופו, לרבות קביעה שהם אינם אמינים. הם עצמם לא יוכלו לעשות דבר בנידון, שכן בית-משפט שלערעור אינו נוטה להתערב בכגון דא. לרופאים גם קשה להשלים עם כך ששופט הוא זה שבידיו ניתן הכוח לקבוע אם הרופא התרשל אם לאו. קושי זה מתעצם כאשר הסטנדרטים אינם מעוגנים בשום מסמך, ונקבעים לעיתים בדיעבד על-ידי בית-המשפט.⁸⁶

86 היטיב לבטא זאת פרופ' סהר, המכיר היטב את שני העולמות, במאמרו "על רמה נאותה, סטנדרט ראוי, הנחיות קליניות, ועל כוכבים ומזלות" רפואה ומשפט 26, 12, 18-19 (2002): "כאשר בית המשפט מקבל את חוות הדעת של המומחים, הוא זה שבוחן את הדברים לאורן, על פי אמות מידה שהוא רואה כאובייקטיביות. אין בית המשפט או המחוקק מפרשים מה הן

בתי-המשפט נוקטים מצידם דרכים שונות כדי להקטין את החיכוך שבין אנשי הרפואה לאנשי המשפט. דרך אחת להקטין חיכוך זה היא להשתמש במושגים-הסוואה המשפטיים את טיבו של ההליך השיפוטי האמיתי המתנהל בתיקים ממין זה, דוגמת מבחן "הרופא הסביר". המבחן לקביעת קיומה או העדרה של התרשלות הוא מבחן אובייקטיבי. בהעדר כלים טובים יותר לקביעה זאת, בית-המשפט – לאחר שהוא קורא את חומר הראיות, לרבות חוות-הדעת של המומחים – אומר את דברו, ולמעשה קובע, אם כי לא במילים אלה, כי "נחה דעתו שהנתבע התרשל". ברם, אילו נוסח פסק-דינו בלשון זאת, אין ספק שציבור הרופאים היה נזעק ומקשה "מי שמך", שכן מבחינת ציבור זה, חוצפה היא שמשפטן, אשר נעדר מושג אמיתי ברפואה, הוא החורץ לשבט או לחסד את גורלו של הרופא, תוך שהוא רואה את עצמו בר-סמכא לקבוע אם התרשל אם לא.⁸⁷ מכאן השימוש במונח "הרופא הסביר". בית-המשפט פוסק כי לנוכח הראיות, הרופא הסביר לא היה נוהג בדרך שבה נהג הנתבע. זהו מיונח אשר מסתיר כאמור את העובדה שהרופא הסביר כאן הוא בעצם בית-המשפט, כפי שהוא עצמו רואה את ההתנהגות הרפואית הסבירה של רופא באותן נסיבות.⁸⁸

דומה שגם מינוי מומחה מטעם בית-משפט יכול לתרום לשיכוך מסוים של המתח שבין המשפטנים לבין הרופאים. אף שהשופט הוא שפוסק בסופו של יום אם הנתבע התרשל אם לאו, הוא עושה כן לרוב על-סמך עמדתו של מומחה מלומד ומוערך באותה התמחות או תת-התמחות. יש כאן יסוד של "שיפוט על-ידי עמיתים למקצוע" (peer review). בדרך זו השופטים מקילים גם על עצמם. מחד גיסא, במקרה שהוכחה התרשלות, הם פוסקים פיצויים לנפגע מבלי שיחושו כי הם אחראים לפגיעה – אולי הלא-מידתית – בשמו הטוב של הרופא, שהרי הם פסקו בהתאם למה שקבע המומחה הרפואי מטעמם. בתיקים אחרים,

אותן אמות מידה אובייקטיביות. בעובדה זאת טמון אחד הקשיים החמורים מנקודת ראות של הרופא הנתבע. ברוב המקרים של המקרים, משוכנע הרופא, בשעת ביצוע הפעולה נשוא התביעה, במצב הסובייקטיבי בו הוא נמצא, כי הוא עושה את הטוב ביותר בנסיבות המקרה. בהיות המבחן נתון למדיניות שיפוטית, עשויה ההשקפה – ההלכה המשפטית להשתנות, מבלי שהרופא הנתבע יכול היה להעלות על דעתו מראש את אפשרות השינוי... יש הרושם כי בית המשפט נוטה לכיוון של קביעה כמעט עצמאית של רף 'סטנדרט ההתנהגות' שאינו חופף את המקובל בקרב הקהילה הרפואית. בית המשפט אף הביע דעה שהייתה שונה מזו שהציגו המומחים שעמדו לפניו, או ראה מקום לפקפק בפרקטיקה הרפואית הנהוגת כאמת מידה לכשרות פעולתו של רופא.

87 ראו גם אסף פוזנר "סטנדרט רפואי וסטנדרט משפטי" רפואה ומשפט 26, 48 (2002).

88 "Why does the law continues to utilize the largely fictional figure of the reasonable person? The answer appears to be, in order to obscure the role of the judge as policy-maker. If a judge were to say to a defendant: You have failed to do what I think you should have done and that amounts to negligence, the defendant may come away thinking of the judge Who are you to tell me that? But if the judge says: You have failed to do what the reasonable person would have done, and that amount to negligence, the defendant may come away with more respect for the judge." PETER CANE, ATTYAH'S ACCIDENTS, (CANE להלן: COMPENSATION AND THE LAW (7th ed., Cambridge University Press, 2006)

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

שבהם ידחו תביעה של אומלל אשר נפגע בתאונה רפואית, הם יחווה הקלה בכך שהיו אנוסים לעשות כן לנוכח חוות-דעתו של המומחה הרפואי מטעמם.

(ח) המומחה מטעם בית-המשפט כשומר-סף למניעת חוות-דעת לא-ראויות מבחינה מדעית

לאחר הלכת *Daubert*⁸⁹ ופסקי-הדין שבאו בעקבותיה, מוטל על המומחה מטעם בית-המשפט לא רק להביע את דעתו על התנהלות הנתבע, אלא גם להידרש לקבילותן של חוות-הדעת שהוגשו מטעם בעלי-הדין, וזאת לפי המבחן שקבע בית-המשפט העליון בארצות-הברית לבדיקת קבילותן של ראיות מדעיות. השופט בלקמון פסק כי סעיף 702 לכללי הראיות הפדרליים מטיל על הערכאה הדיונית, כשומר-סף, לוודא כי עדות המומחה תעמוד בדרישה כפולה: רלוונטיות ומהימנות. אין ספק שבנידון דידן תיעזר אותה ערכאה במומחה מטעמה. נקבעו ארבע אמות-מידה לקבילותה של ראיה מדעית:

1. האם התיאוריה או התזה המדעית ניתנת לבדיקה או כבר נבדקה באופן מדעי?
2. האם התיאוריה או התזה המדעית עמדה בביקורת עמיתים ובתנאים לפרסום מדעי?
3. מהי מידת ההסתברות לטעות בתזה המדעית הספציפית, ומהי מידת יציבותו של המחקר המדעי שתזה זאת מושתתת עליו?
4. האם התיאוריה או התזה המדעית זוכה בהכרה כללית בקרב הקהילה המדעית הרלוונטית?⁹⁰

הלכה זאת הוחלה גם על חוות-הדעת בתחום המקצועי-הטכני,⁹¹ ואומצה גם במשפט הישראלי.⁹² נפקותה של החלטה זו לתחום הרשלנות הרפואית מצריכה עיון מיוחד לנוכח ריבוי האסכולות ברפואה. דומה שבית-המשפט יוכל להיעזר במומחה מטעמו כדי לבדוק אם אכן התקיימו בחוות-הדעת של הצדדים אותן דרישות-סף הקבועות בהלכה זאת.

2. הנימוקים נגד מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות

הנימוקים נגד מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות הם כבדי-משקל ומשכנעים לא-פחות מאלה המצדדים במינוי כזה. תחילה אדרש לטענות נגד הנימוקים שפורטו לעיל להצדקת מינוי כזה, ולאחר-מכן אפרט טענות נוספות.

89 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).
90 ראו יונתן דייזיס "קבילות ומשקל ראיות מדעיות במשפט – האם יש מקום לייבא את הלכת דאוברט?" רפואה ומשפט 29, 50, 56 (2003).
91 ראו: *Kumho Tire Co. Ltd. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).
92 ע"פ 9724/02 מוראד אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 80, 71 (2003); א' סהר "האם חל שינוי במבחני ראיה בעניין שבמדע" רפואה ומשפט 30, 166–173 (2004). ראו גם פרשת מעיין צבי, לעיל ה"ש 9.

(א) בית-המשפט אינו זקוק למומחה רפואי מטעמו על-מנת לפסוק בתביעות בגין תאונות רפואיות

במשך שנים רבות הכריעו שופטים בתביעות בגין תאונות רפואיות מבלי שנזקקו למומחה רפואי מטעמם, וגם כיום הם נוהגים כך. די להם בשמיעת המומחים מטעם בעל-הדין ובחקירה הסבלנית שלהם, גם על-ידי השופטים עצמם, לדעת את שהם צריכים לדעת לצורך קבלת ההחלטה בתיק. עובדה היא שכך נוהגים במדינות המשפט האנגלו-אמריקאי, ואין שום סיבה לסטות מפרקטיקה ראויה שמתנהלת בהצלחה רבה במשך שנים רבות. השופטים כיום אינם נופלים בידע ובכישרון מן השופטים בימים עברו, ואין כל סיבה להרגשת חוסר הישע שמצמיחה את הכמיהה להסתייע במומחים מטעם בית-המשפט דווקא.

מחד גיסא, קיומם של בקיעים בשיטה הלעומתית הנוהגת אצלנו אינו מצדיק, כשלעצמו, מעבר לשיטה של מומחים מטעם בית-המשפט בתיקים בגין תאונות רפואיות, ומאידך גיסא, יש בבקיעים אלה כדי לאפשר לבית-המשפט להיות אקטיבי הרבה יותר מבעבר ולהסתדר היטב גם בלי עזרת מומחים כאלה.⁹³

(ב) האם מומחה מטעם בעל-דין בהכרח אינו אובייקטיבי בעוד מומחה מטעם בית-המשפט בהכרח אובייקטיבי?

בבתי-המשפט נשמעים תדיר קולות הטוענים כי חזקה על המומחה מטעם בית-המשפט שהוא אובייקטיבי, בעוד מומחה מטעם בעל-דין חשוד במתן חוות-דעת מגמתית שמטרתה להצדיק את התשלום מטעם אותו בעל-דין בעבורה.⁹⁴

ועדת קלינג כפרה בטענה זו.⁹⁵ לדבריה, קשה להעלות על הדעת שמנהל מחלקה בבית-חולים יהיה מוכן לכתוב בחוות-דעת דברים שהוא אינו מאמין בהם, וזאת רק על-מנת לזכות בשכר המקובל בעבור חוות-דעת.⁹⁶ שכר זה, גבוה ככל שיהיה,⁹⁷ בטל עדיין בשישים לעומת הפגיעה האנושה שתיגרם לשמו הטוב של הרופא אם ייתן חוות-דעת חסרת שחר מטעם. אומנם כל בעל-דין מגיש חוות-דעת של מומחה שדעתו נוטה לכיוון הרצוי לאותו בעל-דין, אלא שהדבר נובע ממגוון הדעות השורר בתחום הרפואה, אשר מאפשר לבעל-הדין, ובמיוחד לפרקליטו, למצוא את המומחה שדעתו נוטה לכיוונום.

אילו התקבלה הטענה שמומחה שהובא על-ידי בעל-דין נוטה "בדרך הטבע" לטובת שולחו ומטה את דעתו המקצועית לטובת מי שמינהו, היה מקום לפסול מראש כל עדות של מומחה מטעם בעל-דין. זאת ועוד, לעיתים בית-המשפט מעדיף חוות-דעת מקצועית של

93 באמצעות תחשיבי נזק מפורטים הכוללים גם פרק שעוסק באחריות, וכן באמצעות גישורים ופישורים.

94 להלך-רוח כזה ראו, למשל, רע"א 1548/06 אטיאס נ ד"ר בלכר, פדאור (8)06 (765 (2006) (להלן: פרשת אטיאס).

95 דוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 3, ס' 77.

96 מובן שאין לקרוא משפט זה כמתייחס רק למנהל מחלקה, להבדיל מסגנו, למשל, או מרופא בכיר במחלקה, דהיינו, מאלה שמהם מבקשים על-פירוב חוות-דעת מומחה.

97 הניסיון מלמד כי מדובר בסדר-גודל של אלפי שקלים.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

מומחה מטעם אחד הצדדים על חוות-דעת מקצועית של מומחה מטעם בית-המשפט. עיון בתיקים רבים של תאונות רפואיות מגלה כי לעיתים מזומנות נבנו בעל-דין לא מהמומחים מטעמם, אלא דווקא מהגינותם של המומחים מהצד שכנגד, שהיו מוכנים בחקירה נגדית להסכים עם פרופוזיציות רפואיות שהוצגו להם, ואשר מעמדם המקצועי ומצפונם לא התירו להם להתכחש להן, ובכך למעשה סייעו לצד שלא שכר את שירותיהם.

החדגות כלפי מומחה מטעם בעל-דין מוסברת בכך שלהבדיל מעדים רגילים, הוא מקבל תשלום בעבור עדותו.⁹⁸ קיים גם חשד שהמומחה נחשף להשפעות מצד עורך-הדין שפנה אליו. היה מי שתיאר יחסים אלה במקרים מסוימים כנגינה בסקסופון: עורך-הדין מפעיל את כפתורי הסקסופון, והמומחה משמיע את הקולות הרצויים.⁹⁹ יש גם רגליים לסברה שמבחינה פסיכולוגית המומחה מצטרף לנבחרת של בעל-הדין, שוכח את תפקידו האמיתי ורוצה לעזור לחבורה לזכות בתביעה, ועקב כך מציג את הדברים בדרך הטובה ביותר לבעל-הדין. במקרה של עדים מומחים קשה לשופט להתמודד עם העדות המקצועית ולחשוף את הפרצות שבה.

מאידך גיסא, גם אין לומר בצורה גורפת כי כל המומחים שבית-המשפט קָמנה הם בהכרח אובייקטיביים וניטרליים. מינוי מומחה מטעם בית-המשפט בתביעה בגין תאונה רפואית יוצר אשליה של ניטרליות ושל דבקות באמיתות מדעיות. אולם כיום אפילו בתחום מדעי הטבע אין אמיתות מוחלטות: חוקי ניוטון המוחלטים הומרו בחוקי היחסות של איינשטיין, ולאחר-מכן בעקרון אי-הודאות של הייזנברג; קיימת קרבה לא-מועטה בין פיזיקה לבין מטפיזיקה; ותורת הכאוס היא תורה מקובלת. גם המדענים כיום אינם בהכרח המלומדים המתמידים הקלסיים, היושבים ימים כלילות וחוקרים לאור העששית. גם הם נאבקים על משרות, על יוקרה ועל תקציבי מחקר, ולא-אחת מעגלים פינות, דואגים ליחסי-ציבור טובים ופועלים בהקשרים פוליטיים וחברתיים. כך צריך להתבונן גם על המומחה מטעם בית-המשפט. לעיתים אי-אפשר לנתק לחלוטין את המדען מהעולם החיצון, ממקור החמצן שלו, מהחברות שמממנות את מחקריו או מאלה שהוא מעוניין שיממנו את מחקריו בעתיד. צריך לבדוק את הרקע של כל מומחה – היכן גדל, אילו ערכים קנה, היכן השתלם במקצועו, מי היה מורהו, לאיזו אסכולה ניתן לשייכו וכיוצא באלה גורמים שעיצבו את אישיותו ומקצוענותו וסייעו בהבנת חוות-דעתו. כל אלה מלמדים כי ברגיל אין מדובר בניתוח מדעי טהור וחקי מכל אינטרס או נטיית-לב. כשם שיש התנגשות בין מתדיינים בבתי-משפט, היא קיימת גם בין אסכולות שונות במדע. מאז יצא לאור ספרו הידוע של תומס קון על הפרדיגמות המדעיות והמהפכות במדע,¹⁰⁰ אין אנו מתבוננים עוד על המדע כעל אי של שלווה, הרמוניה ושיתוף-פעולה למען חשיפת האמת. אין איזו אמת שמחכה למדען האובייקטיבי בר-הלבב שיבוא ויחשוף אותה ויאיר את עיני בית-המשפט על-אודותיה.

98 ראו אמנון סטרשנוב "ראיות מדעיות ועדויות מומחים בבית המשפט" רפואה ומשפט – ספר היובל 177, 186 (2001).

99 John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. CHI. L. REV. 823, 835 (1985).

100 תומס קון המבנה של מהפכות מדעיות (2005).

הוא הדין במדע הרפואה, שאינו נמנה עם המדעים המדויקים, ואשר בתחומים מסוימים, לצערנו, הסתום רב לעיתים על הגלוי. ייתכן שלמומחה מטעם בית המשפט יש דעה מוצקה לגבי הנושא שבמחלוקת, שמקורה בהכשרתו, בנסיונו או באסכולה שהוא נמנה עימה. חוות הדעתו משקפת את עמדותיו, ואין היא בגדר אמיתה מוחלטת. בעצם הבחירה בו נקבע כבר תוכנה של חוות הדעת שתימסר לבית המשפט. אם דעותיו מוכרות,¹⁰¹ יש להניח שלא תהיה הסכמה בין הצדדים לבחירתו, אך יכול עדיין שהוא ימונה בכל זאת על ידי בית המשפט. לשון אחר, בגין ריבוי האסכולות הרפואיות בשטחי רפואה מסוימים, קשה למצוא מומחה אובייקטיבי שיכתוב חוות דעת המנוגדת לאסכולה שבה הוא דוגל. חוסר אובייקטיביות זה הוא ענייני, ולא אישי. אולם לצידו קיים גם חוסר אובייקטיביות אישי, הנובע מן הקושי הטמון בכך שרופא משמש כעין "שופט" של רופא אחר. לא זו בלבד שאין לו הכלים המשפטיים הבסיסיים לשיפוט כזה, אלא שעבודת השיפוט עצמה תיעשה בחיבוי-נפש, והוא יתקשה להיות שווה-נפש לגורלו של עמיתו, אשר עתידו המקצועי הונח למעשה בידיו.¹⁰² תובעים יתקשו להאמין שמומחה רפואי מטעם בית המשפט, שמינויו נכפה עליהם הר כגיגית, יכול להיות אובייקטיבי באמת. קשה להאמין שבמסד רפואי קטן, דוגמת זה הישראלי, אין לאותו מומחה – ולא היו לו – קשרי עבודה או קשרי ידידות עם הרופא הנתבע, עם המוסד הרפואי הנתבע, עם חברת הביטוח של מוסד זה או אפילו עם אחד המומחים של הנתבע. קשה גם להשתחרר מההרגשה כי בתהליך קבלת ההחלטות המומחה עשוי להביא בחשבון את האפשרות שהוא עצמו עלול בעתיד להיות בצד האחר של המתרס, ואותם רופאים עמיתים, אשר בעניינם הוא כותב כעת את חוות הדעת, יתייצבו למתן עדות נגדו, בין מטעם בעל דין שיתבע אותו ובין כמומחים מטעם בית המשפט. מדובר באפשרויות שעשויות להשפיע על שיקול דעתו של המומחה, אשר מעוניין כי אמירתו לא תדון אותו לכף חובה ביום מן הימים, ודי בהטיה קטנה של כפות המאזניים להביא לידי כך שבית המשפט יכריע על סמך חוות דעת שנעשתה תוך מתן משקל לשיקולים זרים.

דברים אחרונים אלה מובילים לטענה ישירה יותר הנטענת נגד מינוי מומחים רפואיים מטעם בית המשפט, שלפיה הסמכת מומחה רפואי לקבוע ממצאים בנידון עלולה להסב לתובע נזק בלתי הפיך, שכן נטייתו הטבעית של רופא תהא להצדיק רופאים אחרים.¹⁰³ בית המשפט המחוזי בחיפה סבר כי בהחלט אפשרי שרופא שבא לשפוט רופא אחר יהיה

101 אין הליך מינוי שוקף ומסודר שבאמצעותו ניתן לגלות את כל המידע הנדרש לגבי אותם מומחים.

102 על הלך הרוח בעניין זה ניתן ללמוד מהתבטאותו הבאה של השופט קרטנר בבית המשפט העליון של קליפורניה: "[P]hysicians who are members of medical societies flock to the defense of their fellow member charged with malpractice and the plaintiff is relegated, for his expert testimony, to the occasional lone wolf of heroic soul, who for the sake of truth and justice has the courage to run the risk of ostracism by his fellow practitioners and the cancellation of his public liability insurance policy." Hoffman v. Lindquist, 234 P.2d 34, 46 (Cal. 1951).

103 ראו, למשל, ע"א 33/75 איר טרמו בע"מ נ' אתרים בחוף תל-אביב יפו, הברה לפיתוח אתרי תיירות בתל-אביב יפו בע"מ, פ"ד ל(1) 547, 555 (1976).

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

משוחרר מזיקה.¹⁰⁴ אולם ברי כי אין די בתשובה ממין זה. גם מבלי להטיל חלילה סרה בעדים מומחים, קשה לא להבין את קשייו של עד כזה כאשר הוא נדרש לחרוץ במידה רבה את גורלו המקצועי של חבר למקצוע, את עתידו הכלכלי, את המוניטין המקצועי של המוסד הנתבע, ובמידה מצטברת את מצבו המקצועי, הביטוחי והכלכלי של הענף המקצועי שהוא מרכז חייו. הדברים נכונים אפילו כאשר מדובר ברופאים בעלי שם ללא דופי שאינם חוששים למעמדם. השופט מ' גל, למשל, מודע לבעייתיות של מינוי מומחה רפואי בשאלת האחריות בתביעות בגין תאונות רפואיות, בכותבו:

"מקובל עלי שקיים קושי בדבר ומן הראוי לנקוט במשנה זהירות במינוי של מומחה רפואי מטעם בית המשפט עת ברשלנות רפואית עסקינן, שהרי המומחה היום יכול להיות הנתבע בתיק אחר מחר."¹⁰⁵

הרחיק לכת עוד יותר השופט ברלינר בעניין אמירי.¹⁰⁶ במקרה זה סבר המומחה הרפואי, הידוע במיומנותו וביושרו, כי לא הייתה רשלנות רפואית, אך בית-המשפט קבע כי אף שחזקה כי המומחה מילא את תפקידו בנאמנות ובמקצועיות, אין בית-המשפט פורק מעל עצמו את הנטל והאחריות להחליט בשאלות שבמחלוקת על-פי שיקול-דעתו והבנתו ולאור כל הראיות. בית-המשפט קבע כי הייתה כאן רשלנות רפואית, וציין כי -

"בעדותו [של המומחה הרפואי] ניכר (בין השורות) רצון, בלתי מודגש אך טבעי ומוכן ליתן גיבוי לרופאים, עד קצה גבול האפשרי, גם כשאין בידו הסבר של ממש, מתוך המסמכים הרפואיים לשינוי דעתם של הרופאים בהחליטים לא לנתח את התובע."

הקושי במציאת מומחים אובייקטיביים נובע מכך שאותם מומחים אשר פעילים בדרך-כלל בבתי-המשפט מתמחים לרוב בנושאים מוגדרים אשר נידונים בתכיפות בבתי-המשפט, ומייצגים בדרך-כלל באופן קבוע תובעים או נתבעים. אלה מביניהם שייצגו בעברם תובעים ונתבעים עומדים לא-אחת מול הצורך הלא-נעים להתמודד עם חוות-דעת קודמות שלהם שתמכו בעמדות אשר כעת הם צריכים להתכחש להן או לסייגן. דומה שמטבע הדברים, בין במודע ובין לא במודע, ייטה מומחה לא לשרוף גשרים עם המעסיקים הגדולים - קרי: קופות-החולים, המדינה וחברות הביטוח - בבואו ליתן חוות-דעת, כאשר מן הצד שכנגד נמצא תובע שכרי כי מעורבותו בתביעה ממין זה היא חד-פעמית. מאידך גיסא, ייתכן

104 בש"א (מחוזי חי') 6973/99 מרים פרידמן נ' עיריית חיפה, תק"מ 99(3) 7500 (1999) (להלן: פרשת פרידמן); ת"א (מחוזי חי') 10604/97 פרידמן נ' עיריית חיפה, פדאור 99(4) 572 (1999) (להלן: פרשת פרידמן 2).

105 ת"א (י"ם) 822/94 רועי שטרן נ' המרכז הרפואי על שם שיבא תל-השומר, נבו (1999) (להלן: פרשת המרכז הרפואי שיבא).

106 ת"א (מחוזי חי') 628/95 אמירי נ' מדינת ישראל, פדאור 01(3) 122 (2001).

שכדרך של "הפוך על הפוך", ירצה מומחה רפואי כזה להוכיח – גם לבית-המשפט וגם לבעלי-הדין – כי אין הוא פוסק רק לטובת נתבעים או רק לטובת תובעים, כדי שהשופט והצדדים ייתנו מבטחם בו הן מבחינת כשירותו כמומחה והן מבחינת יושרו המקצועי. מכיוון שכך, בית-המשפט נדרש לשקול היטב אם אכן נחוצה לו חוות-דעת של מומחה מטעמו, ואם כן – שומה עליו לנהוג בה זהירות, ולא לראותה בבחינת "כזה ראה וקדש".

(ג) כלום יש היסכון כלכלי בשימוש במומחים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות?

אלה המתנגדים לשימוש במומחים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונה רפואית חולקים על הדעה כי מינוי כזה יעיל מבחינה כלכלית או לפחות נוח יותר לבעלי-הדין. ניתן לחשוב על דגמים שונים של שימוש במומחים רפואיים מטעם בית-המשפט. מודל אחד הוא זה הפועל בתחום של פיצוי נפגעי תאונות-דרכים בישראל, דהיינו, דגם שלפיו ברגיל אין מתירים לבעלי-הדין להגיש חוות-דעת של מומחים מטעמם, וחיווי הדעה הרפואית מסור בידי מומחים שבת-המשפט ממנים, למעט בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים. דגם אחר הוא מינוי מומחה מטעם בית-המשפט בכל מקרה של פער של ממש בין עמדותיהם של המומחים הרפואיים מטעם בעלי-הדין. זהו הדגם העיקרי שמתעצב ומתעצם לנגד עינינו בתיקי תאונות רפואיות.

הדגם הראשון שתואר לעיל אינו מתאים לתביעות בגין תאונות רפואיות. יש הבדל גדול בין הערכה של דרגת נכות, אשר קנה-המידה לה מצוי במבחנים שנקבעו בחקיקה, לבין קביעה של קיום התרשלות או קשר סיבתי במקרים של תאונות רפואיות. הקביעה האחרונה מורכבת בהרבה, תלויה בבדיקה של מסמכים וראיות אחרות, מערכת סוגיות של חוק ורפואה, ותלויה בגישתו של המומחה כלפי האסכולה הרפואית שאליה משתייכים הנתבע או הרופא שבגין התנהלותו הרפואית הוגשה התביעה. ראוי לא להפקיד קביעה זו, לפחות לא באופן בלעדי, בידי מומחה רפואי שמונה מטעם בית-המשפט.¹⁰⁷

יתרה מזו, כאשר רק מומחה אחד נדרש לסוגיה הרפואית, לא רק שבית-המשפט מקבל תמונה חד-צדדית ולעיתים קרובות גם דעתנית על המקרה, מבלי שהוא יכול לעמת אותה עם חוות-דעת אחרות, אלא שכשל מקצועי של המומחה עלול להכשיל את אחד מבעלי-הדין כאשר אפשרויותיו להתגונן מוגבלות.¹⁰⁸ התובע במקרה כזה עלול ללקות פעמיים: פעם

107 לפי לשון ס' 6א לחוק פיצויים לנפגעי תאונות-דרכים, גם שאלת הקשר הסיבתי בין התאונה לבין הנוק תוכרע על-פי חוות-דעת של מומחה מטעם בית-המשפט. כאשר מדובר בשאלת הקשר הסיבתי, ראוי לא לנקוט מדיניות של יד קפוצה כלפי בקשות של בעלי-דין להגיש לבית-המשפט חוות-דעת סותרות של מומחים מטעמם. חשוב שבית-המשפט יישף ליותר מאשר דעה רפואית אחת לגבי שאלה שהתשובה לה קובעת לעיתים קרובות את גורלה של התביעה, להבדיל מהשאלה בדבר דרגת הנכות, אשר התשובה לה קובעת רק את גודל הפיצוי.

108 בהקשר אחר כתב הנשיא זיילר בת"א (מחוזי י"ם) 138/88 דומב נגד יאיר ואח', צלטנר 717(יא) 18: "קיים הבדל גדול מאוד בין מומחים לפי החוק האמור [חוק פיצויים לנפגעי

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

אחת בגופו מידי הרופא הרשולן, ופעם שנייה באובדן עילת תביעתו בשל מומחה ששגה. אין גם כל ודאות שהמומחה מטעם בית-המשפט הוא רופא טוב יותר מהרופא הנתבע. קשה על-כן לבוא בטרוניה אל מטופל שנפגע בגופו עקב מעשיו או מחדליו של רופא שלטענתו התרשל ועתה נרתע מלהפקיד באופן מעשי את גורל תביעתו בידיו של רופא אחר. המצב העדיף הוא שעדות המומחה מטעם בית-המשפט תצטרף לעדויותיהם של המומחים מטעם בעלי-הדין, וכך תאפשר לבית-המשפט בחירה בין דעות שונות ותבטיח לכן החלטה שקולה ומלומדת יותר.

מבחינת יעילות כלכלית, הדגם הראשון זול הן מהדגם השני והן מהדגם שלפיו רק המומחים מטעם בעלי-הדין מעידים, שכן הוא חוסך זמן שיפוטי שהיה מוקדש לחקירותיהם של כל המומחים מטעם בעלי-הדין, וכן חוסך לבעלי-הדין את עלותם של המומחים מטעמם. אולם, כאמור, דגם זה, אשר לעיתים אין מנוס מלאמצו,¹⁰⁹ אינו רצוי מטעמים אחרים. נוסף על כך, בשיטה של מומחה יחיד מטעם בית-המשפט, אין ספק שבעלי-הדין או באי-כוחם יפנו למומחים על-מנת שיבדקו את המקרה ויעזרו להם לחקור את המומחה מטעם בית- המשפט, בכך שלא יהיה בכך חיסכון דרמטי בהוצאות.

הדגם השני, לעומת זאת, אינו יעיל יותר מהדגם שנהג עד לשנים האחרונות, קרי, מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות לא כעניין שבשגרה. זאת, משום שבעלי-הדין רשאים עדיין לדרוש כי יותר להם לחקור את המומחים הרפואיים של בעלי-הדין שכנגד, ולזאת יש לצרף את הזמן השיפוטי שיוקדש לחקירת המומחים מטעם בית-המשפט. בדגם פשוט של תובע ונתבע יחידים, כאשר גדר המחלוקת היא בתחום רפואי אחד, פירוש הדבר הוא שבמקום שני מומחים ייחקרו בסופו של דבר שלושה.¹¹⁰ יתרה מזו, בדגם זה לא זו בלבד שבעלי-הדין ימשיכו לשאת בנטל הכלכלי הכבד של מימון המומחים מטעמם, הם יידרשו גם לממן את המומחים מטעם בית-המשפט, ולעיתים דרישה כזאת תהיה מעבר ליכולתם.

תאונות-דרכים - ד' מ'), שהם מומחי בימ"ש בלבד, שאין לצדדים חלק ונחלה בהם, לבין הליך רגיל בו מובאים מומחים ע"י כל צד. במקרה האחרון, ומשלא שוכנע בימ"ש ע"י מומחה של התביעה או של ההגנה, ידחה בימ"ש את התביעה או יתעלם מההגנה. בענייננו, אין לצדדים כמעט שליטה על כמות הראיות הרפואיות ומהימנותן (להבדיל מהתחומים הרפואיים בהם תובאנה ראיות), ויכול שיימצא צד 'לוקה' בשל מחדלי מומחה שבימ"ש מינהו, ולא הייתה לו שליטה על מהימנותו, רצינותו, יכולתו לשכנע, עמקות הגשת החומר על ידו וכיוצא בזה... כך למשל, יכול שתביעת תובע תידחה משום שמומחה בימ"ש לא היה מהימן על בימ"ש. נראה לי שתוצאה כזו, שצד יפסיד בתביעתו בשל אי מהימנות עד מטעם בימ"ש, היא קשה, ויש למנוע אותה ככל האפשר. סברתי לכן, שמקום שיש 'תמיהה' בעדות מומחה כזה, מן הראוי לאפשר לכל צד לבקש כל בקשה שימצא לנכון, ובכלל זה מנוי מומחה אחר..."

109 למשל, מקום שאילווצים כלכליים או "קשר השתיקה" אינם מאפשרים לתובע לקבל חוות-דעת של מומחה מטעמו.

110 ראו דוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 3, ס' 73-74, וכן פרשת לוי, לעיל ה"ש 72.

(ד) החשש להסגת גבולו של בית-המשפט על-ידי המומחה הרפואי מטעמו בתיקי תאונות רפואיות

בית-המשפט ממנה מומחה רפואי בתביעות בגין תאונות רפואיות בעיקר כדי שהלה יסייע לו בשתי סוגיות: שאלת קיומה או העדרה של התרשלות רפואית ושאלת קיומו או העדרו של קשר סיבתי בין התנהגותו של הצוות הרפואי לבין הנוק שנגרם לתובע. בשתי הסוגיות הללו בית-המשפט הוא שצריך לדון ולהכריע, שכן הן בסמכותו הבלעדית, והעברת סמכות זו למומחה הרפואי היא בגדר הסתלקות של בית-המשפט מן התפקיד העיקרי המוטל עליו.¹¹¹ בעניין רז קבע השופט אור:

"בית המשפט ולא המומחה הוא הפוסק האחרון גם בשאלות הרפואיות שנמסרו לחוות דעתו של המומחה ולהלכה אין בית המשפט חייב לפסוק על פי חוות דעתו של המומחה, אם כי למעשה ייתן, כמובן, לחוות דעת מוסמכת כזאת את מלוא משקלה בכל הנוגע לצד הרפואי המקצועי."¹¹²

לעיתים ההתבטאויות השיפוטיות בנושא זה נראות גורפות מדי.¹¹³ כך הם, למשל, דבריו של השופט ש' לויין בעניין פאר:

"השאלה אם הייתה התרשלות מקצועית מצדו של רופא, עניין הוא לבית המשפט לענות בו ולא שאלה מדעית לחוות דעתם של הרופאים."¹¹⁴

בעניין פאר עבר המערער ניתוח להסרת בליטה לא-אסתטית בשוקו הימנית. לאחר הניתוח הושמה רגלו בגבס, התפתח נמק, והרגל נקטעה מתחת לברך. בדיעבד הסתבר כי היה לו מום מלידה, אשר לא היה אפשר לגלותו באמצעות הבדיקה השגרתית הנעשית לפני

111 ראו את הטיעון בפרשת פרידמן, לעיל ה"ש 104. ראו גם פרשת פרידמן 2, לעיל ה"ש 104. ראו גם פרשת פאר, לעיל ה"ש 7; ע"א 409/84 מדינת ישראל נ' עו"ד ד"ר י' שגב, פ"ד (3) 705 (1986); ע"א 1156/92 דורינה סגל נ' נחום סגל, פדאור (1)95 786 (1995); ע"א 7991/96 מוחמד אלקבהא נ' קוטייבה כנעאן, פדאור (1)00 382 (2000); ע"א 2160/90 שרה רז נ' פרידה לאץ, פ"ד (5) 170 (1993) (להלן: פרשת רז).

112 פרשת רז, שם, בעמ' 174. ראו גם פרשת שטרן, לעיל ה"ש 58; פרשת גדג', לעיל ה"ש 18; ע' נווה "מינוי מומחה רפואי על ידי בית המשפט מזווית ראייתו של שופט" דין ואומר 15 (2006).

113 כך, בארצות-הברית נמתחה ביקורת נוקבת על פסק-הדין Helling v. Carey, 519 P.2d 981 (Wash. 1974). במקרה זה החליט בית-משפט במדינת מישיגן כי הנוהג לא לכלול בבדיקת העיניים השגרתית הנעשית לנשים מתחת לגיל ארבעים גם בדיקת לחץ לגילוי גלאוקומה הוא רשלני. החלטה זאת התקבלה בניגוד לעמדתם של מומחי רפואה רבים שהעידו במשפט.

114 פרשת פאר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 726. קדם לו פסק הדין של בית-המשפט העליון בע"א 235/59 אלהנקרי נ' ד"ר פולק, פ"ד יד(4) 2497 (1960), שקבע כי התרשלות היא עניין לבית-המשפט, ולא לרופאים.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

הניתוח. בית-המשפט פסק בעניין זה כי הייתה התרשלות, וזאת אף שעמדנו הברורה של הממסד הרפואי – אשר שיקפה לא רק את הפרקטיקה הנוהגת, אלא גם את זו הראויה – הייתה, לדעת מומחי הרפואה, הפוכה. ניתן להסביר תוצאה זו לא רק בעובדה שהחלטה לדחות את התביעה בנסיבות המקרה הייתה מקפחת בכירור את התובע,¹¹⁵ אלא גם בכך שדובר שם בהחלטה שהוגדרה על-ידי בית-המשפט כהחלטה ערכית,¹¹⁶ להבדיל מהחלטה רפואית מקצועית, כגון כיצד לנתח, באילו כלי ניתוח להשתמש, באילו תרופות להשתמש וכיוצא בזה. כאשר מדובר בהחלטות "ערכיות", בית-המשפט אינו בר-סמכא פחות מחכמי הרפואה.¹¹⁷ הוא הדין במקרים של התרשלות מנהלית, כגון קצר רשלני בתקשורת בין רופאים באותו מוסד רפואי או בין מוסדות רפואיים.¹¹⁸ נושאים נוספים שראוי כי ייפלו בקטגוריה זאת הם החלטות הנוגעות בזכויות החולה, כמשמען בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 – למשל, בנושא של הסכמה מדעת לטיפול רפואי,¹¹⁹ העדר התייעצות מקום שהיא נדרשת או שימת מכשולים בפני מטופל שבצטיים

115 בית-המשפט יצא מגדרו על-מנת לא לשלוח את התובע ריקם, שהרי קשה לומר לצעיר, אשר בא לניתוח פשוט ושגרתית לתיקון בליטה אסתטית ברגלו, כי איבד את רגלו בשל ביש-מזל, וכי הוא אינו זכאי לפיצויים בשל כך. כדי ליתן לו פיצוי, השתמש בית-המשפט, בין היתר, גם בעילה חוזית, בהעברת נטל הראייה בשל מחדלי רישום, וכאמור, בקביעת סטנדרט התנהגות בעייתי ביותר.

116 ראו גם א' פוזנר "סטנדרט רפואי וסטנדרט משפטי" רפואה ומשפט 26, 49-50 (2000), אשר מביא כדוגמה נוספת להחלטה ערכית את עניין רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן אכר (קטיין) על ידי הוריו ואפוטרופסיו הטבעיים זאב אכר ובברלי כהן, פ"ד נא(4) 830 (1997). בעניין זה סבר המומחה שמונה מטעם בית-המשפט כי יש מקום להיענות לעמדת הורים אשר סירבו שילדם יקבל דיאליזה, לנוכח העובדה שסבל משיתוק-מוחין קשה מלידה, ועכשיו גם ממחלת כליות. בית-המשפט קבע כי "אין לייחס לעמדה זו של הרופא משקל רב. מומחיותו של הרופא היא בתחום הרפואה. לחוות דעתו של הרופא משקל בכל הקשור לאבחנה הרפואית של מצבו של הקטין, לפרוגנוזה ולהיבטים השונים של הטיפול הרפואי המוצע. אך המסקנה הסופית, האם יש לבצע את הטיפול אם לאו אינה תולדה של שקלול רפואי. המדובר, בסופו של דבר, בשאלה אתית אשר בה אין לפרופ' וינוגרד [המומחה – ד' מ'] כרופא, יתרון מיוחד המחייב ליתן משקל מיוחד לחוות דעתו".

117 פסק-הדין מציב לפני הממסד הרפואי שתי אפשרויות. האחת היא לערוך בדיקה של היצרות עורקים לכל מטופל שעומד לעבור ניתוח שעלול להסתבך. בדיקה כזו היא מיותרת ובזבזנית בעליל, והעיסוק המופרך בבדיקה רבתי של פגם נדיר במיוחד עלול גם לגבות מחיר בדמות זמינותן של בדיקות אחרות שהמעבדה אמורה לספק. האפשרות האחרת היא להתעלם מפסק-הדין, תוך מודעות לכך שאם חלילה יקרה שוב מקרה ממין זה, תקום חובה לשלם פיצויים לנפגע. יש להניח כי האפשרות הראשונה תקייה, לפחות במוסדות הציבוריים.

118 ראו, למשל, ע"א 2694/90 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' אסי מימון (קטיין), פ"ד מו(5) 628 (1992); פרשת פאר, לעיל ה"ש 7, פס' 118.

119 כידוע, בישראל המבחן לקיומה או העדרה של הסכמה מדעת לטיפול רפואי אינו מבחן "הרופא הסביר", אלא מבחן "המטופל הסביר". ראו, למשל, ע"א 434/94 פלונית נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205 (1997); ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית

לא קיבל חוות-דעת נוספת שרצה לקבל; התרשלות מערכתית של רשויות הרפואה בהקצאת תקציבים וכות-אדם; העסקה שוחקת של צוות רפואי בניגוד לדיני העבודה, ועוד. בשאלות רפואיות מקצועיות מובהקות יינתן משקל רב לחוות-דעת של מומחים אשר יונחו לפני בית-המשפט, ובנושא זה רב הפיתוי להישען על חוות-דעת של מומחה רפואי מטעמו של בית-המשפט. אולם גם במקרה שהוא ממנה מומחה כזה, השופט חייב להתגבר על פיתוי זה, ולהחליט בנידון כשהוא שוקל נכונה את כל חוות-הדעת הרפואיות ואת יתר הראיות, טורח ללמוד את הסוגיה הרפואית, במגבלות תפקידו והכשרתו, ומפעיל שכל ישר. עם זאת, ד"ר עדי אזור ז"ל מצא לנכון להזהיר את ציבור השופטים בהיבט זה:

"הסקת מסקנות רפואיות ממסמכים רפואיים על-ידי עורך-דין או שופט היא עניין מסוכן. ההכרעה בשאלות הרפואיות שבמחלוקת היא תמיד של בית המשפט, הרשאי, ואף חייב, להעביר את פעולות הרופאים תחת שבט ביקורתו. יחד עם זאת, חייב המשפטן לזכור, כי מעולם לא ניתח, לא החזיק בידיו רחם ולא ביצע פעולה כירורגית. אבחנה רפואית נעשית על-ידי מי שלמד והתמחה שנים ארוכות. בהיעדר סתירה משמעותית, אין מקום לשלול או לפסול דברי רופאים מומחים המקדישים לתחום התמחותם שנים רבות."¹²⁰

אולם בתיק אחר הוא מבהיר:

"השאלה היא שאלה של קביעת אמות מידה לציבור בענייני רשלנות רפואית ושאלה זו נמסרה להכרעת בתי המשפט ולא להכרעתם של הרופאים... השיקולים אשר שוקל בית המשפט אינם שיקולים רפואיים אלא הם שיקולים משפטיים. בית המשפט מביא בחשבון שיקולים שהם חיצוניים לרפואה אך באים לשמור על בטיחות הציבור..."¹²¹

מומחה רפואי אינו פוסק, שכן הוא אינו מקבל לידיו את סמכויות בית-המשפט בנוגע להכרעה בדין.¹²² המומחה אינו אמור להציע מסקנות משפטיות, אלא עובדות והערכות גרידא. כמו-כן עדותו חשופה לחקירה נגדית מטעם באי-כוחם של בעלי-הדין. עם זאת, מאחר שקשה מאוד לחלוק על המומחה – שכן בית-המשפט והפרקליטים החוקרים נעדרים ידע בתחום חוות-הדעת – יאמץ בית-המשפט את ממצאי המומחה אלא אם כן יש סיבה בולטת לעיין לא לעשות כן.¹²³ זאת, משום שבית-המשפט ספקן ביחס לעדים מומחים מטעם

החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997) (להלן: פרשת ואתוריי); ' דייויס "המשפט הרפואי בשנת היובל" רפואה ומשפט 19, 30 (1998).

120 ת"א (שלום ת"א) 20195/91 אפרת גולן נ' ד"ר דוד פרדי, פדאור נג(4) 463 (1993).

121 פרשת לוי, לעיל ה"ש 72.

122 פרשת ברור, לעיל ה"ש 74.

123 ראו ע"א 293/88 יצחק ניימן בע"מ נ' מונטי רבי, נבו (1988); בג"ץ 8426/03 יונתן מושיץ

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

בעלי-הדין, אשר חשודים בעיניו לעיתים כחבר להשכיר, ולעומת זאת רואה את המומחה שמינה כמישהו שניתן לסמוך עליו, בפרט אם הוא מכיר אותו מתיקים קודמים.

אכן, ברגיל בית-משפט מביע אמון במקצועיותו, ביסודיותו ובמומחיותו של המומחה מטעמו, ומאמץ את מסקנותיו.¹²⁴ מומחה כזה מוגדר בפסיקת בית-הדין לעבודה כ"אורים ותומים" המאיר את עיניו של בית-המשפט בשטח הרפואי,¹²⁵ ולדבריו מיוחס משקל רב בגין היותו אובייקטיבי ובלתי-תלוי בבעלי-הדין.¹²⁶

דומה שבתי-המשפט בישראל מעניקים מעמד מיוחד לחוות-הדעת של המומחה הרפואי מטעם בית-המשפט, ומעדיפים אותה על חוות-הדעת של המומחים הרפואיים מטעם בעלי-הדין.¹²⁷ אולם הדבר אינו נקי מבעיות. קביעה שיפוטית אפריורית שיש להעדיף את המומחה מטעם בית-המשפט מונעת את בית-המשפט מלהפעיל שיקול-דעת, ויש בה טעם לפגם.¹²⁸ בית-המשפט צריך לבדוק גם את אמינותו של העד המומחה מטעמו, והוא רשאי גם לסטות מחוות-הדעת זאת לפי שיקול-דעתו, שכן אין הוא מחויב לאמץ את המלצות

-
- נ' בית הדין הארצי לעבודה, נבו (2005); פרשת שטרן, לעיל ה"ש 58. ראו גם ע"א 402/85 רחל מרקוביץ ואח' נ עיריית ראשון לציון, פ"ד מא(1) 133, 139 (1987); ע"א 2934/94 סולל בונה בע"מ נ' איתן, תק"ע 481 (2)96 (1996).
- 124 עב"ל (ארצי) 332/05 שמחה הראל נ' המוסד לביטוח לאומי, פדאור 712 (4)06 (2006); ב"ל (חי') 002048/04 וקנין יוסף נ' בטוח לאומי סניף חיפה, נבו (2007); תב"ע (ארצי) נא/0-191 המוסד לביטוח לאומי - יוסף נחתום, פד"ע כד(1) 89 (1992); דב"ע (ארצי) לו/0-8 סימון דוידוביץ - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ז(1) 374 (1976); דב"ע נה/0-246 גיגי סוליקה נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם); עב"ל (ארצי) 1146/00 צבי פכטר נ' המוסד לביטוח לאומי, פדאור 100 (9)03 (2003). ראו גם סטיב אדלר "מומחים" יועצים רפואיים בבתי-הדין לעבודה" המשפט ב 199 (1994)
- 125 ראו, למשל, עב"ל (ארצי) 1035/04 דינה ביקל נ' המוסד לביטוח לאומי, פדאור 15(1)05 735 (2005); עב"ל (ארצי) 211/06 חגית חן נ' המוסד לביטוח לאומי, פדאור 794 (4)07 (2007).
- 126 עב"ל (ארצי) 345/06 המוסד לביטוח לאומי נ' מרדכי בוארון, פדאור 174 (14)07 (2007); עב"ל 1402/02 אלקאדר נ' המוסד לביטוח לאומי, פדאור 598 (10)00 (2006); עב"ל (ארצי) 159/03 תלויי המנוח מאיר גלס ז"ל נ' המוסד לביטוח לאומי, פדאור 262 (14)03 (2005).
- 127 ע"א 1240/96 חברת שיכון עובדים בע"מ נ' חנן רוזנטל, פ"ד נב(4) 563, 570 (1998); פרשת ברקוביץ, לעיל ה"ש 11; דב"ע (ארצי) לו/0-64 המוסד לביטוח לאומי - חיים שרף, פד"ע ז(1) 461. תימוכין לכך נמצא גם בספרות המשפטית. ראו: Samuel R. Gross, *Expert Evidence*, 1991 Wis. L. Rev. 1113, 1118. ראוי לציין כי בעניין ע"א 4218/90 הפציבה בע"מ נ' להנר, פדאור 286 (3)92 (1992), נפסק כי אם המומחה מטעם בית-המשפט אינו מתמנה בהסכמת הצדדים, משקלה של חוות-הדעתו כמשקלן של חוות-הדעת של הצדדים.
- 128 נניה, למשל, שחוות-הדעתו של מומחה מטעם בעלי-דין מרשימה בהיקפה ובאיכותה, ואילו חוות-הדעת של המומחה מטעם בית-המשפט היא שטחית - כלום נעדיף בכל-זאת את האחרונה על הראשונה?

המומחה בבחינת "כזה ראה וקדש".¹²⁹ בית-משפט שלערעור ייטה לא להתערב בהחלטות ממין זה.¹³⁰ חוות-דעתו של מומחה בית-המשפט אפשר שתידחה במלואה או בחלקה על-ידי בית-המשפט - למשל, כאשר מתברר כי התשתית העובדתית שהוות-הדעת נשענת עליה אינה מהימנה¹³¹ או כאשר בית-המשפט סובר כי מבחינה משפטית יש להכיר בקיום קשר סיבתי מלא או חלקי בין ההתרשלות לבין נזקיו של התובע.¹³² במקרים נדירים תיתכן אף קבלת חוות-דעת של מומחה אחר תחתיה או נוסף עליה.¹³³ הדבר כבר נעשה פעמים מספר, בעיקר בתיקי תאונות-דרכים,¹³⁴ כאשר חוות-הדעת של המומחה הראשון מטעם בית-המשפט קרסה ועמדה על כרעי תרנגולת.

אולם כאמור, בית-המשפט ייטה לא לפסול חוות-דעת של מומחה מטעמו.¹³⁵ הוא יעשה כן במקרים חריגים של חריגה מסמכות, חוסר תום-לב, חוסר הגינות, היחשפות להשפעה לא-הוגנת, שימוש באמצעים לא-כשרים, חוסר אובייקטיביות בולט¹³⁶ או ניגוד עניינים.¹³⁷ ביטול מינויו של עד מומחה אינו עניין של מה-בכך, ושומה על בית-המשפט לתת למומחה

129 פרשת רמת-סיב, לעיל ה"ש 82.

130 פרשת שטרן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 949; ע"א 3758/03 מזרחי נ' קופת חולים מאוחדת, פדאור (3) 04 733 (2004); ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ד"ר דוד ברגמן, פדאור (16) 05 662 (2005).

131 ראו פרשת רז, לעיל ה"ש 5.

132 ראו ת"א (מחוזי י"ם) 1144/98 שלמה מאירי נ' מדינת ישראל, פדאור (6) 00 298 (2000) (להלן: פרשת מאירי); ת"א (מחוזי חי') 1362/98 צרפתי אברהם נ' עילית חברה לביטוח בע"מ, פדאור (23) 05 69, פס' 16 (2005).

133 רע"א 5611/07 לינצקי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, תק-על 2007 (4) 1332 (2007); רע"א (מחוזי י"ם) 600/96 אדרי מוטי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פדאור (1) 96 583 (1996); רע"א 9027/07 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' בשאראת, פדאור (43) 07 137 (2007). והשוו עם רע"א 337/02 רונית מזרחי נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(4) 673 (2002) (להלן: פרשת מזרחי); National Justice Compania Naviera Sa v. Prudential Assurance Co Ltd. (The Ikarian Reefer), [2000] 1 W.L.R. 603 (C.A.).

134 ראו ת"א (מחוזי י"ם) 786/93 יעקב טייאר נ' א.ד. רכב ונכסים, פדאור (7) 98 261 (1998) (להלן: פרשת טייאר).

135 משמונה המומחה, חוקה היא כי ינהג באופן מקצועי ויעשה מלאכתו נאמנה. ראו פרשת אטיאס, לעיל ה"ש 94; רע"א 11147/03 אריאל ביטון נ' כפיר אלעזרה, פדאור (3) 04 791 (2004) (להלן: פרשת ביטון).

136 ראו פרשת משה אהרון, לעיל ה"ש 77; בש"א (קריות) 2097/07 י.ד. נ' י.מ., נבו (2007).

137 לפי תק' 126 לתקנות, מומחה שיעץ עצה או חיווה דעתו לאדם בעניין שבתחום מומחיותו לא יוזמן מטעם בית-המשפט כמומחה באותו עניין כאשר אותו אדם צד בו. ראו גם רע"א 8000/04 רשות הנמלים והרכבות נ' עמיקם, פדאור (18) 04 837 (2004); רע"א 4072/06 כהן הירשפלד בע"מ נ' יאסר אלחטיב, פדאור (39) 07 842 (2007); רע"א 334/99 טרקלין החשמל בע"מ נ' רוזיה חלפון, פדאור (8) 99 211 (1999); רע"א 2600/04 בנא ג'וני נ' אררט חברה לביטוח בע"מ, פדאור (10) 04 560 (2004). על כללי האתיקה החלים על מומחה רפואי ראו אבינועם רכס "הרופא כעד מומחה" רפואה ומשפט 28, 184 (2003).

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

זכות טיעון ולהימנע מצעד קיצוני כזה כל עוד אין התנהגות המומחה נופלת בגדר המקרים החריגים שפורטו לעיל.¹³⁸ מינוי מומחה נוסף לא ייעשה כדבר שבשגרה, ויישמר לאותם מקרים שבהם השופט חש כי לא יעלה בידו או לא יהיה זה ראוי להכריע במחלוקת שבהליך שלפניו בהסתמך על חוות-הדעת של המומחה הרפואי שמינה.¹³⁹

הקביעות הנורמטיביות והמשפטיות היו ונשארו נחלתו הבלעדית של בית-המשפט, ובשום פנים ואופן אין לראות במינוי מומחה או מומחים רפואיים בתביעות בגין תאונות רפואיות משום הסתלקות של בית-המשפט מן התפקיד השיפוטי המוטל עליו.¹⁴⁰

כאשר בית-המשפט עצמו ממנה מומחים רפואיים בתביעות בגין תאונות רפואיות, יש חשש טבעי שהם יסיגו זה את גבולו של זה. אין זה רצוי ששופטים יפלו לתחום הרפואה ויעסקו בעניינים שלא הוכשרו להם. כך תיאררה את חששותיה בנידון השופטת נאור בשעה שכינה כשופטת בבית-המשפט המחוזי בירושלים:

"לא אכחד כי חרדה אני ממצב בו יבואו בתי המשפט ויכתבו לרופאים כיצד לנהוג באותו 'שטח אפור' השנוי במחלוקת בין הרופאים לבין עצמם... לא הייתי מהססת לראות רשלנות רפואית באי הפסקתו של הריון באותם שבועות של הריון בהם על פי ההשקפה המקובלת באופן נרחב בעולם הרפואה, יש להפסיק את ההריון אך בתיק זה ניצבים אנו בפני דילמה של פרק זמן בהריון שהוא בשטח האפור שבו חלוקות הדעות. השקפתי היא שתחום צר זה אל לו לבית המשפט להכתיב כיצד לנהוג על ידי קביעה שהוא מעדיף אסכולה רפואית אחת על חברתה. מי שבחר בפתרון המקובל על חלקים מהקהילה הרפואית, אף אינו מקובל על חלקים אחרים, לא יימצא אחראי לרשלנות."¹⁴¹

138 בקטגוריה זאת נמצאים פסקי-דין שדחו עתירות לפסילת מומחה או למינוי מומחה נוסף שהושתתו על סיבות שונות ומגוונות, ביניהם רע"א 4308/07 הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' גיא סליס, פדאור (32)07 18 (2007); פרשת מזרחי, לעיל ה"ש 133, בעמ' 676; בר"ע (מחוזי ת"א) 1338/07 דן חברה לתחבורה הציבורית בע"מ נ' חביב, תק-מח 2007 (4) 3313 (2007); פרשת ביטון, לעיל ה"ש 135; רע"א 7843/00 חדווה בר ישי נ' איתן חברה לביטוח בע"מ, פדאור (1)01 199 (2001); בש"א (מחוזי חי') 1749/04 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' מאיר, תק-מח 2004 (1) 5286 (2004).

139 ראו פרשת מזרחי, לעיל ה"ש 133, בעמ' 676; רע"א 329/02 דב זגרון נ' איילון חברה לביטוח בע"מ, פדאור (1)02 221 (2002); רע"א 4195/02 סהר-ציון חברה לביטוח בע"מ נ' יורי ליפשיץ, פ"ד נו(5) 774 (2002). ראו גם פרשת טייאר, לעיל ה"ש 134; 4133/97 רמי מויאל נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פדאור (7)98 441 (1998).

140 מאידך גיסא, בעניין ע"א 3368/05 אוהנה רפאל נ' ד"ר ליאור דוד, פדאור (46)07 426 (2007), קבע בית-המשפט העליון כי תפקיד המומחה אינו להכריע בשאלת הרשלנות עצמה, אלא לבחון אם התנהלות הרופא עמדה בסטנדרט ההתנהגות הנדרש מרופא סביר במצבו. ההבחנה בין השניים דקה מאוד, ואולי דקה מדי.

141 מצוטט על-ידי השופט גריל בפרשת חזות, לעיל ה"ש 33. עם זאת, בפרשת ואתורי, לעיל

אותו חשש צריך לקנן גם בליבו של המומחה הרפואי, לכל יסיג את גבולו של עולם המשפט.¹⁴² הצבתו של מומחה מטעם בית-המשפט בצומת המרכזי הזה, שבו מטבע הדברים בית-המשפט ממתין למוצא פיו, עלול ליצור לעיתים פיתוי לטשטש את הגבולות בין מומחה לפוסק, וליצור מציאות שבה שרביט השפיטה מועבר, אפילו מבלי משים, אל המומחה הרפואי. זהו נימוק נוסף מדוע יש להימנע כליל – או להימנע ברוב המכריע של המקרים – ממינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות.

(ה) מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתיקי תאונות רפואיות מפחית את האמון של ציבור המתדיינים בבית-המשפט

מקום שבו בית-המשפט ממנה מומחה רפואי מטעמו בתביעה בגין תאונה רפואית, קל וחומר כאשר הוא עושה כן בניגוד לדעתם של בעלי-הדין, נוצר לעיתים קרובות רושם בקרב ציבור המתדיינים בכלל, ובקרב בעלי-הדין בתיק הספציפי בפרט, כי מי שמחליט בעניינם הוא המומחה, שהינו קולגה של הנתבע, ולא בית-המשפט. רושם זה אומנם מוטעה לעיתים, אולם יש דברים בגו, שכן הוא משקף במקרים רבים את הליך קבלת ההחלטות בתביעות ממין זה. בל נשכח שמדובר בהכרעות בערכאות דיוניות, שם לא תמיד השופטים בוטחים בכוחם להתמודד עם חומר רפואי מורכב ומסובך, ועל-כן שמים מבטחם במומחה הרפואי שמינו.¹⁴³ דומה שבמקרים רבים מדי, שבהם מונו מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט שלא בהסכמת הצדדים, יש בסיס לתחושה הציבורית בנידון, שכן ברוב בניינם וברוב מניינם של המקרים שהגיעו להתדיינות משפטית ופורסמו, קבעו המומחים הרפואיים מטעם בית-המשפט כי לא הייתה רשלנות.¹⁴⁴

ניתן ללמוד על תופעה זאת גם מעיון בפעילותם של גופי המשמעת המטפלים (בין היתר)

ה"ש 119, נקבע כי ייתכן שגם במקרה כזה ימצא הרופא רשלן בכך שלא גילה את אוזנו של המטופל כי הוא משתייך לאסכולת מיעוט וכי הוא עומד לתת למטופל טיפול שניתן במסגרת אסכולת מיעוט זאת. מכל מקום, דומה כי רק לעיתים נדירות שופטים מרשים לעצמם לפלוש פלישה עמוקה לטריטוריה של הרופאים. ראו: BRAZIER MARGARET, MEDICINE, PATIENTS AND THE LAW § 21 (London, 2007).

142 ראו, למשל, ת"א (מחוזי חי') 1020/95 גלית לנקרי נ' מדינת ישראל, פדאור (8)04 (2004).

143 כך כתב ד"ר א' רובינשטיין בכתב-העת הפרקליטים, חוברת 3 (2001), בעמ' 39: "העד המומחה מטעם בית המשפט חורץ לעתים מזומנות את גורל התביעה לשבט או לחסד שכן בית המשפט מייחס ברגיל לעדותו דווקא משקל מכריע."

144 להלן שתי דוגמות: בפרשת עדי, לעיל ה"ש 20, קבע אומנם המומחה הרפואי כי אין קשר סיבתי ולא הייתה רשלנות רפואית, אולם בית-המשפט מצא אחריות של 30%, שהושתתה למעשה גם על עדותו המומחה כי הייתה השהיה מסוימת במועד ההבחנה האחרונה. בפרשת יוספוף, לעיל ה"ש 20, אישר אומנם המומחה הרפואי כי הייתה רשלנות, אך קבע שאין קשר סיבתי בינה לבין הנוק. בית-המשפט לא קיבל את עמדת המומחה בשאלת הקשר הסיבתי. ראו גם ת"א (חי') 567/93 זרד ויקטור נ' מדינת ישראל, פדאור (5)98 661 (1998); פרשת שגיא, לעיל ה"ש 18; פרשת שמייע, לעיל ה"ש 20.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

במקרי רשלנות רפואית, ובראשם ועדות חקירה או ועדות בדיקה אשר ממונות על-ידי מנכ"ל משרד המשפטים ומצויות בפיקוחו של הממונה על תלונות הציבור במשרד הבריאות. במקרים לא-מעטים שבהם מצאו הוועדות כי אין מקום לקבוע כי רופא פלוני היה רשלן, הגיע בית-משפט בתביעה אזרחית למסקנה הפוכה.¹⁴⁵ הסיבה להבדלים הללו נובעת לא רק מהאמפתיה הקיימת מטבע הדברים בין עמיתים למקצוע, אלא גם מהשוני בין רופאים למשפטנים בתפיסת המושגים "התרשלות", "קשר סיבתי" וכיוצא בהם. לנקודה זו אדרש בהמשך.

קשר השתיקה הידוע לשמצה של הרופאים לא עבר מן העולם.¹⁴⁶ הוא מתבטא כיום בעיקר באיכותה ובעלותה של חוות-דעת של מומחה רפואי שבעל-דין יכול להשיג. בענפים מסוימים של הרפואה קיים עדיין קושי עצום להשיג חוות-דעת. הסיבות שמניאות רופא מלהעיד נגד קולגה אינן חולפות מן העולם, וזאת בין שמדובר בחוות-דעת מטעם התובע ובין שמדובר בחוות-דעת מטעם בית-המשפט. זכותו של רופא לסרב לבקשה ליתן חוות-דעת כזאת. גם חבריו למקצוע יודעים זאת, ועל-כן בהיעדרות לבקשה הוא מסתכן בפגיעה במעמדו בקרב עמיתיו ומעסיקיו. הוא גם צריך להביא בחשבון את ההשפעה של עדותו על המשך הקריירה המקצועית שלו, לרבות רצונו לעבוד באחד המוסדות הרפואיים שרשלנותם ורשלנות עובדיהם נמסרה לשיפוט המקצועי. מטעמים אלה רבים מן הרופאים מסרבים לכתוב חוות-דעת רפואיות בתביעות נגד עמיתים למקצוע ואחרים או כותבים חוות-דעת אשר אינן מועילות לתובעים שהזמינו אותם ולעיתים אף מוזיקות לעניינם.¹⁴⁷

כאשר בית-המשפט ממנה מטעמו מומחה רפואי כזה, אשר חשוד מעיקרא ביחס מקל כלפי חבריו למקצוע, הדבר מעורר שאלות קשות בקרב ציבור התובעים. לא רק שהם עלולים לחוש כי שנשללה זכותם החוקתית לאפשרות גישה לבית-משפט, שכן במקום בית-משפט הם מקבלים עמית למקצוע של הנתבע, אלא שקולם למעשה לא נשמע, והמומחה נכפה עליהם הר כגיגית. מן המפורסמות הוא שתובעים – ואפילו נתבעים ובאי-כוחם – אינם ששים למינוי מומחה רפואי מטעם בית-המשפט בתביעות רשלנות רפואית, ולהיטותו של בית-המשפט למנותו על אפם ועל חמתם עלולה לכרסם עוד יותר באמון הציבור בבתי-המשפט. מבחינה זאת אין זה מעלה ואין זה מוריד אם מדובר במינוי של מומחה הגון, בלתי-תלוי ובר-סמכא.

מינוי ממין זה גם אינו מיטיב עם ציבור הרופאים ככל שמדובר ביחסים שבינם לבין עצמם וביחסים שבינם לבין ציבור המשפטנים. להבדיל מהליך שבו יש רק מומחים מטעם בעלי-הדין המתנצחים ביניהם ועל השופט להחליט איזו חוות-דעת להעדיף, כאשר מתמנה מומחה רפואי מטעם בית-המשפט, הוא מצטייר לא רק כמי שחורץ למעשה את גורלו של הרופא הנתבע,

145 ראו את פסק-דינו של השופט ד"ר אור בפרשת לוי, לעיל ה"ש 72.

146 ראו את התבטאותו החריפה בנידון של השופט ח' כהן בע"א 219/79 ד"ר זאב ירמלוביץ נ' משה חובב, פ"ד לה (3) 766, 782 (1980). בדין האנגלי ראו: Hazel Genn, *Access to Justice: The Case of Medical Negligence, in REFORM OF CIVIL PROCEDURE* (A.A.S. Zuckerman & Ross Cranstone eds., 1995).

147 ראו: MICHAEL J. POWERS & NIGEL H. HARRIS, *MEDICAL NEGLIGENCE* sec. 9.30 (2nd ed. 1994).

אלא גם כמי שמחווה דעתו על עדויותיהם של המומחים מטעם בעלי-הדין, ובדרך זאת או אחרת משפיע על יוקרתם המקצועית. זאת הוא עושה מבלי שנבחר לכך על-ידי גופי הרפואה המוסמכים, וייתכן שהוא אינו בר-סמכא דיו לקבוע מסמרות בנידון. המומחה עצמו נמצא מן הסתם בין הפטיש לסדן: אם יפסוק לטובת הרופא הנתבע, יטען התובע ש"המשחק היה מכור מראש", ואילו אם יפסוק לטובת התובע, הוא עלול להכעיס את הרופא הנתבע ואת עמיתיו. מעורבות כזאת של מומחה רפואי בשפיטת רופא אחר לא זו בלבד שעלולה להיות לצנינים כאמור בעיני הרופאים, אלא שדומה כי גם הציבור הרחב לא יראה אותה בעין יפה. בעלי-מקצוע אחרים אינם "נשפטים" ברגיל על-ידי מומחים מאותו מקצוע המקבלים מינוי מטעם בית-המשפט, ואזרחים מן השורה בוודאי אינם נשפטים אלא על-ידי בתי-משפט. אף שלכאורה אין פסול בכך שבעל-מקצוע יישפט על-ידי בני-סמכא בתחומו, דומה שהציבור מעדיף שרופא, כמו כל אזרח, יישפט על-ידי בית-המשפט. שופטים יכולים לשופטו, שהרי הם יושבים לדין מדי יום ביומו בתחומים מורכבים של הפעילות האנושית. הם שופטים, למשל, בתיקי פטנטים או הגבלים עסקיים, המצריכים ידע והבנה מדעיים, והם עושים כן בהצלחה במשך שנים רבות גם בתחום התאונות הרפואיות. בית-המשפט יכול להיעזר במומחים מטעם בעלי-הדין, שאותם הוא יכול לשאול שאלות כלבבו עד שירד לשורש המחלוקת, והוא יכול לקרוא ספרות רפואית בנידון. עובדה שגם עורכי-הדין שמתמחים בתחום זה מבלי שיש להם השכלה רפואית מצליחים ברגיל לתפקד היטב.

השיטה המשפטית חייבת לא רק לעשות צדק, אלא גם לשמור על מראית-עין של עשיית צדק. מינוי מומחה רפואי מטעם בית-המשפט פוגע במראית-עין זו, שכן גם אם השופט מקפיד ליטול מהמומחה רק את חומר-הגלם שהוא ממציא לו, ולעשות בעצמו בחומר זה כיד היוצר, הציבור עלול לראות בעצם העסקתו של המומחה מטעם בית-המשפט משום האצלת סמכויות מלאה לאותו מומחה. השופט, לעומת המומחה הרפואי, נתפס כניטרלי ומקצועי, ואינו עמיתו של הרופא שמעשיו ומחדליו עומדים למשפט.

התלות המקצועית שהשופט מפתח במומחה מטעמו מגבירה את הסיכון שהחלטה שתקבל בסופו של דבר באופן אפקטיבי על-ידי המומחה. בשיטה שבה מעידים מומחי הצדדים, הסיכון לכך קטן יותר מאשר בשיטה שבה מעיד מומחה מטעם בית-המשפט. יש הגורסים כי יש מקום למנות מומחה מטעם בית-המשפט מקום שהסיכון של האצלת סמכויות הוא קטן – למשל, כאשר מדובר במחלוקת בתחום ידע שהמומחה יכול ליתן בו תשובות ישירות וחד-משמעיות, כגון מדידות או הערכת צרכים של נכה. לעומת זאת, בשאלות כגון קיומה או העדרה של רשלנות מקצועית, אי-אפשר להשתמש במבחנים חדים וחלקים, ויש סיכון גדול להאצלת סמכות ההכרעה למומחה. במקרה כזה ראוי שהשופט ייחשף ליותר ממומחה אחד, כדי שיתפרש לפניו מגוון דעות.¹⁴⁸

זאת ועוד, עצם שיתוף-הפעולה בין השופט לבין המומחה הרפואי מטעמו אינו תמיד מתכון להרמוניה בין השניים. הוא עלול להצמיח מתחים, שישליכו על היחסים המתוחים בלאו הכי בין משפטנים לבין רופאים.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Peet v. Mid-Kent Healthcare NHS Trust, [2002] 1 W.L.R. 210

¹⁴⁹ מן המפורסמות הוא שרופאים רבים אשר מצאו את עצמם נתבעים בבתי-משפט – או למצער

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

כאשר השופט ממנה מומחה מטעמו ודוחה לאחר-מכן את חוות-דעתו,¹⁵⁰ נוצר עימות מיותר בין אנשי המשפט לאנשי הרפואה. השופט עלול לעורר עליו את קצפם של אנשי הרפואה, אשר בצדק יכול שישאלו: מי שמך? כיצד אתה יכול להרשות לעצמך, מבלי שלמדת רפואה, לקרוא תיגר על מומחה רפואי מן המעלה הראשונה ולהחליט הפוך ממנו. המומחה הרפואי עצמו עלול להיעלב, וככל שיהיו מקרים רבים יותר שבהם לא יאמץ בית-המשפט את דעתו של המומחה מטעמו, כן תגדל מסתמא ההסתברות שמומחים רפואיים מן השורה הראשונה יסרבו לקבל מינוי כמומחים מטעם בית-המשפט. דילמות כאלה אינן קיימות כאשר אין מומחה מוסכם והשופט צריך להכריע בין דעות סותרות של שני מומחים שונים, תוך שהוא יכול להסוות את החלטתו באמצעות שימוש במושג "הרופא הסביר".¹⁵¹

(ו) קשיי תקשורת בשיח בין משפטנים לבין מומחים רפואיים בתיקי תאונות רפואיות

קיימים קשיי תקשורת בשיח בין המומחה הרפואי מטעם בית-המשפט לבין בית-המשפט, לנוכח השוני הבסיסי בין המשמעות שהדיסציפלינה הרפואית מייחסת למושגים מסוימים לבין הפירוש שניתן להם על-ידי הדיסציפלינה המשפטית. כאשר משפטן ורופא משתמשים בדיבור "רשלנות רפואית" או בדיבור "קשר סיבתי", אין הם מתכוונים בהכרח לאותו דבר.¹⁵² אליהו הרנון, למשל, כותב:

"לפעמים שאלת השופט ותשובת המומחה אינן במישור אחד: שניהם נוקטים אמנם את הלשון 'אחריות' אך השופט חושב על האחריות המשפטית והרופא על האחריות הרפואית ומה שהרופא קורא בשם 'מחלה' אינה בהכרח מחלה גם בעיני החוק."¹⁵³

הרופא, כאמור, אינו בקי בדין, ולעיתים בקיאות כזאת הכרחית לפרשנות העובדות שצוות ועולות מהמסמכים. כך, למשל, הדין אינו רואה אסכולת מיעוט כרשלנית. השאלה מה עולה כדי אסכולה היא שאלה משפטית שאין לרופא כלים להתמודד עימה. למשל,

הוצגו כרשלנים בתביעות נגד מעסיקיהם – חשים לעיתים קרובות עלבון צורב ותחושת כפיות-טובה כלפי המשפטנים. תחושה זו מתעצמת כאשר הם נחשפים לחקירות אגרסיביות מצד הפרקליטים ולעיתים גם ליחס מחמיר מבתי-המשפט.

150 ברי כי אם השופט יאמץ את חוות-הדעת של המומחה מטעמו בכל המקרים או כמעט בכלם, הציבור עלול לראות את המומחה כמי שפסק בתביעה, ואת השופט כמי שרק חתום על הכרעת-הדין. עובדה זאת עלולה להניע שופטים לסטות מחוות-הדעת – כפי שעשו, למשל, בפרשת שטרן, לעיל ה"ש 58, ובפרשת דיראוי, לעיל ה"ש 13, וראו גם פרשת מאירי, לעיל ה"ש 132 – גם במקרים שבהם ספק אם היה ראוי לעשות כן.

151 CANE לעיל ה"ש 88.

152 ראו, למשל, כרמי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 175.

153 אליהו הרנון דיני ראיות חלק שני 305 (1977).

אם הרופא משתייך לאסכולה מסוימת, יכול שיראה כל התנהלות שאינה בהתאם לאותה אסכולה משום התרשלות, במיוחד אם האסכולה שהוא משתייך אליה היא אסכולת הרוב. ההלכות המשפטיות לעניין שאלת ההתרשלות התפתחו במשך שנים רבות. בחלקן הן מושפעות עדיין מהמטען ההיסטורי שהועמס עליהן במרוצת השנים. הן מושתתות גם על שיקולי מדיניות, על ניסיון לעצב דפוסי התנהגות ועל נכונות לקרוא תיגר על הנוהג הכללי בפרקטיקה הרפואית. לעיתים הן נתפסות כאובייקטיביות מדי וכמציבות רף שהוא בר-ביצוע על-ידי רוב הציבור אך הוא גבוה מדי כאשר מדובר באוכלוסייה אשר באופן סובייקטיבי אינה מסוגלת להתנהל על-פיו. לעיתים מובאים בחשבון גם נתונים סובייקטיביים. מה לחכמי הרפואה ולכל אלה? יש להם תובנות משלהם בדבר מיהו רשן, והדעת נותנת שברגיל הם ייטו חסד עם רופא שטעה במצב חירום, למשל, או התבלבל בנסיבות שאולי גם רופא אחר היה עלול להתבלבל. מומחה רפואי אינו יכול להתעלם מהעובדה שתנאי העבודה של הרופאים בישראל קשים; ששומה עליהם לטפל במטופלים רבים, לעיתים כמעט ב"סרט נע". מה שבעיני המשפטן הוא התרשלות יכול שיתפרש לפיכך על-ידי המומחה הרפואי כביש-מזל או לכל-היותר כטעות בשיקול-דעת שאינה התרשלות, והגישור בין התפיסות האלה עלול להיות בלתי-אפשרי במקרים מסוימים. הוא הדין בסוגיית הקשר הסיבתי. כך כותב, למשל, השופט ריבלין בעניין לנגפורד:

"אכן, העיקרון של סיבתיות לובש לעיתים פנים אחרות ברפואה מאשר במשפט. בעוד שהמשפט דורש, לפי הדוקטרינות המסורתיות, הוכחה במאזן הסתברויות על מנת לקבוע שהקשר הסיבתי מתקיים באופן מוחלט, אין זו דרכה של הרפואה. טענותיה של המבקשת חושפות היטב את הצורך – או האתגר – לגשר על הפער בין חוות הדעת של המומחים שנכתבות בעולם הרפואה, לבין הדין המצוי בעולם המשפט, אשר מכריע את גורל התביעה."¹⁵⁴

לגבי המקרה שעמד על המדוכה, בית-המשפט מעיר כי ספק אם המומחית עצמה דייקה בחוות-דעתה בכל הקשור לאופן שבו המשפט מכריע בשאלת הקשר הסיבתי, אולם מכל מקום אין זה תפקידה.

"אף כי המומחה מכוון את חוות דעתו לבית המשפט, וראוי שיבנה אותה באופן שניתן יהיה לגזור ממנה מסקנות משפטיות, הרי שמלאכת ההתאמה של חוות הדעת של המומחים לדוקטרינות המשפטיות מוטלת, בראש ובראשונה, על הצדדים עצמם. אלה צריכים לפרוש, באמצעות החקירה ושאלות ההבהרה, תשתית עובדתית מספקת ומתאימה שתאפשר להם לבסס את טענותיהם כדבעי. מלאכה זו מוטלת, כמובן, גם על בית המשפט, בבואו לפסוק את הדין לפי אותה יריעה שהניחו בפניו הצדדים ובהתאם לדוקטרינות המשפטיות המתאימות.

154 רע"א 2551/06 דפנה לנגפורד נ' א.ג. תום בע"מ, פדאור (19)06, 730, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ריבלין (2006).

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

לעיתים ייטיבו הצדדים ובית המשפט אם יסבירו למומחה מבעוד מועד מהם פני הדברים מנקודת המבט של המשפט, על מנת להקל עליהם לחשוף את הפערים ככל שישנם כאלה.¹⁵⁵

השוני בתפיסת הקשר הסיבתי בין שתי הדיסציפלינות העסיק גם משפטנים נוספים. כך כותב, למשל, השופט מייסון מבית-המשפט העליון האוסטרלי:

"[In] science, the concept of causation has been developed in the context of explaining phenomena by reference to the relationship between conditions and occurrences. In law, on the other hand, problems of causation arise in the context of ascertaining or apportioning legal responsibility for a given occurrence... a person may be responsible for damage when his or her wrongful conduct is one of a number of conditions sufficient to produce that damage... it is for the plaintiff to establish that his or her injuries are 'caused or were materially contributed to' by the defendant's wrongful conduct... Generally speaking, that causal connection is established if it appears that the plaintiff would have not sustained his or her injuries had the defendant not been negligent."¹⁵⁶

ומבהיר זאת פרופ' אברהם סהר:

"קביעת הקשר הסיבתי המדעי עניינה מתן ההסבר המדעי ליחס שבין נסיבות האירוע על פרטי פרטיהם, כפי שהוא נתפס בעיני איש המדע, ברגע נתון. איש המדע מבקש להבהיר לעצמו האם קיים קשר ולא סמיכות פרשיות וזמנים בלבד, בין אירוע א' לתופעה ב' שנתגלתה אחרי התרחשות אותו אירוע, ואם כן מה טיבו של אותו קשר. קביעת הקשר הסיבתי המשפטי עניינה בזהווי הגורם הנסיבתי (א) – המעשה או המחדל – אשר הוא הוא שהביא לתוצאה (ב). קביעה זאת מעורבים בה עניינים שבעובדה ועניינים שבמשפט."¹⁵⁷

לדברי סהר, הרמה הנדרשת להוכחת קשר סיבתי במדע גבוהה בהרבה מזו הנדרשת במשפט האזרחי.¹⁵⁸ עם זאת, מעיר הנשיא שמגר בעניין רוט:

"לא ניתן להסיק מסקנה בדבר קשר סיבתי משפטי בהיעדרו של קשר סיבתי רפואי.

155 ש.ם.

156 March v. E+MH Stramare Pty Ltd. (1990–91) 99 ALR 423, 425. ראו סהר דיני עדות מומחים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 79–80.

157 ש.ם.

158 ש.ם, בעמ' 81 וכן בעמ' 88.

קשר סיבתי משפטי איננו יכול להיווצר ללא כל ראייה מדעית על קיום האפשרות של קשר סיבתי רפואי (אלא אם יש הוראה מפורשת אחרת בחוק החרות).¹⁵⁹

להבחנה בין שתי הדיסציפלינות בנושא הקשר הסיבתי ניתן להוסיף את התמורות החדשות בעולם המשפט בסוגיה זאת, דהיינו, את ההכרה והיישום של מושגים כגון "קשר סיבתי סטטיסטי", "אובדן סיכוי" ו"סיבתיות עמומה" בעולם המשפט. גם אם יאומצו מושגים דומים בעולם הרפואה, יידרש זמן כדי לעכלם, לעבדם ולהתאימם לדיסציפלינה זאת.¹⁶⁰ גם פרופ' כרמי מצביע על השוני בין הדיסציפלינות, בכותבו:

"המשפטן נוקט, בדרך כלל, בשיטת חשיבה דוקטיבית. ההכרעה בנושא הספציפי נקבעת על ידי הסתמכות על עקרון כללי. המשפטן עוסק ב'הפעלת' חוק או ב'החלת' חוק, המהווה עקרון או נורמה כלליים. המדען הרפואי נוקט, בדרך כלל, בשיטת חשיבה אינדוקטיבית. הסקת המסקנה נקבעת על סמך ההסתכלות בממצאים ונובעת ממנה... המדען, להוציא את הרופא המעשי אינו מוגבל בזמן; חופשי הוא לומר: 'איני יודע'. אמתין עד שתקרה בידי הוכחה מדעית משכנעת ואז ורק אז אכריע בשאלה הטעונה הכרעה. המשפטן, לעומתו מוגבל בזמנו ולהגבלה זו יש השלכה מהותית על תוצאות חקירתו...¹⁶¹ הבדלי הגישה באים לכלל ביטוי חיצוני גם בשימוש בטרמינולוגיה שונה, ובייחוס משמעויות שונות למונחים זהים."¹⁶²

- 159 ע"א 472/89 קצין התגמולים נ' אברהם רוט, פ"ד מה(5) 203, 211 (1991).
- 160 דוגמה לגישות שונות אלה ניתן ללמוד מרשות נחל הקישון דוח לשנת 2002 (2003). הוועדה דנה, בין היתר, בסוגיית הקשר הסיבתי בין הזיהום בנחל הקישון לבין מחלת הסרטן שבה לקו רבים מלוחמי השייטת שצוללו שם באימוניהם. תפיסת הקשר הסיבתי של הנשיא שמגר, שעמד בראש הוועדה ומצא את עצמו במיעוט, הייתה שונה מתפיסתם של שני חברי הוועדה המדענים.
- 161 כרמי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 175. דברים אלה בוודאי אינם מקובלים על חכמי המשפט האקדמיים, אשר מתקוממים כאשר מתארים את פועלם רק במושגים של יישום חוק. זוהי רדוקציה בעייתית מאוד של המשפט, שאינה קבילה מן הסתם גם אצל שופטים. למשל, בבית המשפט העליון גם מעצבים נורמות, ולא רק מחילים אותן, ולעיתים פוסקים לא לפי כלל או עיקרון, אלא דווקא לאור מדיניות משפטית.
- 162 שם, בעמ' 176. כרמי מדגים זאת יפה בה"ש 4: "אחד המונחים השימושיים ביותר בתורת המשפט הוא מונח ה'אחריות'. אקסיומה ראשונה עבור המשפטן כי כל בני האדם הבוגרים שווים בפני החוק, הפסיכיאטר כופר בהגיונה של הנחה זו. לגבי דידו שונים כל האנשים זה מזה. הם נבדלים זה מזה במטען התורשה ומחמת השפעות הסביבה. הם שונים זה מזה בכשרים שלהם, במניעיהם ובשאיפותיהם, באינטליגנציה שלהם ובאיזונים הנפשי, בשיקול דעתם, ובגורמים נוספים, רבים לאין ספור. כיצד ניתן אפוא לקבוע כי השונים זה מזה שווים הם בפני החוק? בעוד שהמשפטן גורס כי בוגר אחראי טבעית למעשיו, טוען הפסיכיאטר כי אחראי רק מי שנטל על עצמו אחריות מרצון. דוגמת השוני שבשימוש במונח ה'אחריות' מצביעה על

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

קיים פיתוי אצל השופט לצלול לעומקה של תורת הרפואה ולנסות - על-סמך עיון בספרות מקצועית ושימוש בכושרו האנליטי וביכולתו לבור את התבן מן הבר - לקבוע מסמרות במחלוקת הרפואית הנידונה לפניו. השופטת נתניהו רשמה בנידון דידן הערת-אזהרה לשופטים:

"מציעה אני, שלא נלך בדרכו [של בית-המשפט קמא - ד' מ'] ולא נעשה עצמנו לחכמי הרפואה, אלא נישאר בתחום תפקידנו כחכמי המשפט ונשאיר את העיסוק בתורת הרפואה לבקיאים בה. סבוכה היא תורת הרפואה בכלל ותורת רפואת הנפש בפרט מכדי שהדיוטות יכניסו ראשיהם בה, אף אם ינסו לעשות זאת בעזרת ספרי רפואה ומילונים רפואיים למיניהם. אין לנו אלא להשאיר שאלה זו למומחים."¹⁶³

השופט שינבויים, באותה פרשה, מסייג במשהו דברים אלה, בכותבו:

"אמנם סבוכה היא תורת הרפואה מכדי שהדיוטות יכניסו ראשיהם בה, אך מה נעשה כאשר מוטל על שופט הדיוט בענייני רפואה להכריע בין שתי חוות דעת של מומחים ולבכר אחת על רעותה? לא תמיד יכול השופט להסתייע באמון, שהוא רוחש לנותן חוות הדעת או בכללים משפטיים אחרים לשם הכרעתו זו, ופעמים מוטל עליו לדון בחוות הדעת לגופן. לצורך הבנת אותן חוות דעת חייב הוא להכניס ראשו בחכמת הרפואה, להתעמק בספרים ובמילונים, כדי שבחירתו באחת מהן לא תהא בחירה 'כסומא בארובה' באשר הדברים האמורים בחוות הדעת הם כספר החתום בפניו."¹⁶⁴

ההלכה הנוהגת היא כי ספרות רפואית אינה יכולה להיות מוגשת כראיה לבית-המשפט אלא על-ידי אימוצה בעדותו או בחוות-דעתו של מומחה לדבר.¹⁶⁵ לאחרונה הבהיר את עמדתו בנידון גם השופט רובינשטיין, בכותבו:

"אין זה נדיר כי בסוגיה רפואית מסוימת קיימות דעות לכאן ולכאן של מומחים שונים. בבוא בית המשפט להחליט האם לאמץ חוות דעת מסוימת, בין רפואית

ההבדל בגישות של מדעי המשפט והפסיכיאטריה: האחד דן בנורמות של הרצוי, ואילו השני עוסק בחקירת המצוי. ההבדלים שבאימון ובחינוך שבמינוח ובמתודיקה גוררים בהכרח פער בהבנה ההדדית ופער זה גורר עוינות שבמהלך העימות."

163 ע"א 472/81 קצין התגמולים נגד אברגיל, פ"ד (לו) 785 (2) (1983).

164 שם, בעמ' 797.

165 פרשת קצין התגמולים, לעיל ה"ש 151.

או אחרת, הוא איננו מפעיל שיקול דעת מקצועי, כי אם שיקול דעת שיפוטי, אשר מתבסס על הידע המשפטי, ניסיון החיים השיפוטי והשכל הישר.¹⁶⁶

פרק ג: עיתוי מינוים של המומחים מטעם בית-המשפט

ככלל, יש חשיבות רבה לעיתוי שבו בית-המשפט ממנה מומחה רפואי מטעמו. אם הוא ממנה מומחה כזה כבר בשלבים הראשונים של ההתדיינות המשפטית, אין ספק שלחוות-דעתו של המומחה יהיה משקל רב בהצעת הפשרה שיציע בית-המשפט לצדדים. לאור חוות-דעת זאת יעריך בית-המשפט את הסיכויים לקבלתה או לדחייתה של התביעה. מטבע הדברים, חוות-דעת זאת תאפיל על חוות-הדעת של המומחים הרפואיים מטעם הצדדים, ובעלי-הדין חייבים להביא בחשבון שיש בה כדי לנבא במידה רבה את תוצאות ההתדיינות. במקרה כזה נוצר הרושם כי המומחה מטעם בית-המשפט חורץ למעשה מלכתחילה את גורל התביעה. לעומת זאת, כאשר בית-המשפט ממנה מומחה רפואי מטעמו בשלבים מאוחרים של ההתדיינות, סביר להניח שמינוי כזה יתרחש רק באותם מקרים שבהם בית-המשפט לא הצליח לגשר בין הצדדים, ולאחר שהוא כבר נכנס לעובי הקורה, שמע את העדויות מטעם בעלי-הדין, לרבות עדויותיהם של המומחים הרפואיים מטעמם, וכעת הוא נזקק למומחים רפואיים מטעמו רק כדי לעזור לו להתמודד עם סוגיות מקצועיות שנתרו סתומות לגביו. ההבדל המרכזי בין שני מועדי המינוי שנמנו לעיל הוא ברוחב התשתית העובדתית הנפרשת בבית-המשפט. בשלבים המקדמיים התשתית היא חלקית ונסמכת רק על המסמכים הרפואיים, ואילו בשלבים המאוחרים היא מושתתת גם על העדויות שהובאו במשפט ועל הפרשנות שניתנה למסמכים הרפואיים באותן עדויות. ככל שהתשתית העובדתית רחבה יותר, חוות-הדעת הרפואית תהיה רלוונטית ומדויקת יותר, ובית-המשפט יוכל לבחון בצורה טובה יותר את המקרה לאור חוות-הדעת ויתר העדויות שנפרשו כבר לפניו. מהו אם כן העיתוי הנכון למינוי המומחה? תקנה 130 לתקנות מסמיכה את בית-המשפט למנות מומחה מטעמו בכל עת. הפסיקה יישמה זכות זאת גם בתיקי תאונות רפואיות. בחלק מהמקרים שבהם מונה מומחה רפואי מטעם בית-המשפט בתיקים ממין זה, נעשה המינוי בשלבים מאוחרים של ההתדיינות, לעיתים אף לאחר שתמה פרשת הראיות. בתי-המשפט לא ראו בכך כל טעם לפגם.¹⁶⁷ ההצדקה המקובלת שניתנה לכך היא שייתכנו מצבים שבהם יישארו סימני שאלה אצל בית-המשפט לאחר בהינתן הראיות, לרבות חוות-הדעת של המומחים הרפואיים מטעם בעלי-הדין ועדויותיהם ביחס לשאלות הרפואיות שבמוקד

166 ע"פ 1532/92 אשקר נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פס' 4 לפסק-הדין. ראו גם ע"א 3212/03 צחק נהרי נ' דולב חברה לביטוח, נבו (2005), פס' 9 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

167 ראו, למשל, פרשת שטרן, לעיל ה"ש 58. לעיתים גם התירו לבעלי-דין להגיש חוות-דעת מומחה בשלבים מאוחרים אלה. ראו, למשל, פרשת גדג', לעיל ה"ש 18.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

הדיון, וכדי שההכרעה במחלוקות הרפואיות תהיה מושכלת, בית-המשפט זקוק להבהרות מבר-סמכא לגבי הקושיות שנותרו בסימן שאלה.

ניתן למנות מומחה כאמור בכל עת אפילו לבקשת בעלי-דין, לרבות במועד שלאחר הגשת הסיכומים. במקרה אחרון כזה, מאחר שהגשת בקשה כזו בשלב כה מאוחר תאריך את הדיון, יחויב אותו בעל-דין במקרה מתאים בהוצאות.¹⁶⁸

מינוי מומחה רפואי בשלב מאוחר מאוד במשפט הוא בעייתי למדי, שכן הוא מזמין את הטענה כי הצד שלפתחו רובין נטל השכנוע לא יצא ידי חובתו ועל-כן שומה על בית-המשפט לפסוק נגדו. בתי-המשפט דחו טיעון ממין זה,¹⁶⁹ אך ספק אם דחייה זאת עומדת במבחן הביקורת. בית-משפט רשאי אומנם במקרים מסוימים להעיד עדים מטעמו, אך בשיטה הלעומתית מן הראוי שלא יעשה כן כעניין שבשגרה.

בשנים האחרונות ניכרת מגמה בולטת למנות מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתיקי תאונות רפואיות בשלבים מוקדמים של המשפט, ולמעשה כבר בשלב קדם-המשפט.¹⁷⁰

כהצדקה לפרקטיקה זאת נטען כי היא מיעלת את הדיון ומונעת את התארכותו, ובתוך כך את עינוי-הדין לצדדים ואת בזבוז זמנו של בית-המשפט. קבלת חוות-דעת אובייקטיבית בשלב מוקדם עשויה גם לאיין במקרים מסוימים את הצורך בחוות-דעת של מומחים מטעם בעלי-הדין בתיק.¹⁷¹ מינוי כזה עשוי אף להגדיל בנסיבות מסוימות את הסיכוי לסיום התיק בפשרה, ומבחינה זו עדיף לעשותו מוקדם ככל האפשר. אולם במאזן הכולל, כפי שיובהר להלן, גם אם תישמר הפרקטיקה המתפתחת של מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתיקי תאונות רפואיות, מן הראוי שהדבר ייעשה בשלבים מאוחרים של ההתדיינות.

אין זה ראוי למנות מומחה רפואי בשאלת האחריות עוד בטרם נשמעה ראייה אחת בתיק. בכל תביעת רשלנות נבחנת שאלת האחריות בשני שלבים: בשלב הראשון בית-המשפט נדרש לשאלה: מה קרה או מה לא קרה? לשון אחר – מהם הממצאים העובדתיים בתיק? בשלב השני בית-המשפט בוחר את הממצאים העובדתיים הללו, וקובע אם הם עולים כדי רשלנות אם לאו. היטיב לבטא זאת פרופ' עטיה בכותרתו:

"It is necessary to distinguish between primary facts and inferences or evaluations. What actually happened; how an accident occurred; whether the plaintiff did this or the defendant did that; what part was played by third parties, and so forth — all these are questions of primary fact.

Usually the judge decides what the primary facts of the case were after hearing the evidence... When all findings of fact which are necessary or relevant have been made, the judge will proceed to the second stage of

168 ראו ת"א (מחוזי י"ם) 1498/96 מדינת ישראל – משרד הבריאות בית החולים תל-השומר שיבא נ' וייס (קטינה), פדאור 99(3) 766 (1999).

169 שם. פסק-דין מנחה בנידון הוא ע"א 5664/98 ד"ר קאושנסקי נ' מלול, נבו (2000).

170 ראו פרשת המרכז הרפואי שיבא, לעיל ה"ש 105.

171 גורן ודרורי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 179–183.

the negligence inquiry, which is that of making a judgment: given the findings of fact, was the defendant negligent?"¹⁷²

חוות־דעת של מומחה, לרבות מומחה רפואי, חייבת להתייחס לתשתית עובדתית נתונה. מטרתה של חוות־דעת כזו היא להבהיר את המשמעות המדעית – ובמקרה שלנו הרפואית – של מסכת עובדות זו. העובדות הללו הן הלבנים שעליהן בנויה חוות־הדעת. טול לִבְנָה זו או אחרת, וחוות־הדעת תקרוס. מכאן החשיבות הגדולה של קיום תשתית עובדתית חד־משמעית כתנאי הכרחי לכוחה המשכנע של חוות־הדעת. עם זאת, בתביעות בגין תאונה רפואית, התשתית העובדתית האמיתית אינה נחשפת לעיתים אף לאחר ההתדיינות המשפטית. ידוע על מקרים אשר שנים מספר לאחר שהסתיימו ההליכים המשפטיים בעניינם הסתבר כי הדיון המשפטי עסק במציאות וירטואלית שלא היה לה כל קשר לעובדות האמיתיות שבגינם נגרם הנזק, שכן אלה לא נרשמו במסמכים. התשתית העובדתית מורכבת ממסמכים ומעדויות של בני־אדם שהיו מעורבים בצורה זו או אחרת בתאונה הרפואית או בנסיבות שקדמו לה או שהתהוו סמוך לאחריה. התשתית העובדתית המצויה בתיק הרפואי שבארכיון המוסד הרפואי מציגה תמונה חלקית ביותר – ולעיתים אף מסולפת – של המציאות העובדתית. לעיתים קרובות יש בה תיעוד חלקי ומקוטע בלבד של מה שאירע לתובע בבית־החולים, ומטבע הדברים תיעוד זה מציג את גרסת הצוות הרפואי, אשר חרד בוודאי לגורלו המקצועי ולשמו הטוב של המוסד, ועל־כן לא ימהר לתאר בכתובים, ברחל בתך הקטנה, את כל התקלות ומעשי ההתרשלות שבגינם נפגע התובע. התיק הרפואי אינו מציג כלל את הגרסה העובדתית של עדי התובעים ושל עדים שעדותם לא נרשמה. היטיב לבטא זאת השופט אילן:

"עד כה נדונו המסמכים הרפואיים ונעשה ניסיון לשחזר מתוכם את ההתרחשויות אולם התיעוד אינו חושף הכול. המסמכים הם התרגום הרפואי של הצוות הרפואי להתרחשויות. באמירה זו כוונתי לשניים. אחד – שנקודת המבט של התובעים לא באה לידי ביטוי במסמכים; ושניים – שרק אירועים 'רפואיים' נרשמו במסמכים. אולם התנהגות הצוות הרפואי היא העומדת כאן למבחן. חלק מטענות התובעים הוא שהצוות (הרופאים והאחיות) לא ייחסו חשיבות ראויה לתלונות האם, ומשום כך לא אבחנו את התסחיף בעתו. ומטבע הדברים, 'אירוע' שהצוות הרפואי לא ייחס לו חשיבות – לא נרשם. הדיווח על אירועים לא מתועדים אלה בא מפי התובעים עצמם... מרבית האירועים שעליהם דיווחו ולא תועדו, הם אירועים שבהם היתה נוכחת ושותפה פעילה המיילדת... הנתבעים לא טרחו לזמן את אותה מיילדת להזים את הדברים... מבחינתם, המסמכים הם חוות הכל... וכבר הערתי שלא כך הוא הדבר."¹⁷³

172 ראו Cane, לעיל ה"ש 88, בעמ' 36–37.

173 ת"א (מחוזי ת"א) 2154/89 יעל פינטו (קטינה) נ' בית החולים המרכזי עפולה, פדאור (1996) 736.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

אכן, במהלך הבאת הראיות מתבררות עשרות עובדות ולעיתים מאות עובדות שאירעו במהלך הטיפול. מטבע הדברים, רוב העובדות הללו אינן ידועות לתובע, לא כל שכן למומחה מטעמו, אשר לא נכח באירוע.¹⁷⁴

מומחה רפואי מטעם בית-המשפט, קל וחומר כזה שממונה עוד לפני שמיעת הראיות, אינו יכול לתת חוות-דעת אלא על חלק בלבד מהחומר הרלוונטי. לעיתים קרובות חלק זה יתגלה במהלך המשפט כמופרך - למשל, בעקבות חקירה נגדית של העדים שערכו את המסמכים או של רופאים שנטלו חלק בפרוצדורות הרפואיות אשר נסקרו באופן חלקי בלבד במסמכים. המומחה הרפואי אינו יכול לדעת אילו עובדות מבין אלה הפרושות במסמכים שלפניו הן קבילות, ואיזה משקל יש ליתן להן מבחינה משפטית. אין הוא מודע להלכות השונות של בית-המשפט לגבי חזקות משפטיות ולכללים אחרים של דיני ראיות. התעלמות מאותם כללים והלכות בשלב הכתיבה של חוות-הדעת עלולה להצמיח חוות-דעת מוטעית מבחינה משפטית, ולעיתים יהיה קשה לחשוף זאת. עריכת חוות-דעת על-סמך תשתית עובדתית חלקית ובלתי-מוסכמת לא זו בלבד שלא תועיל לבית-המשפט, אלא שיש בה גם כדי לשבש את ההליך השיפוטי. היא תצביע על התוצאה הצפויה או המסתמנת של המשפט, ותשרה מרוחה על המשפט כולו.

"לקביעת המומחה משקל רב. צד אשר קביעת המומחה מסייעת לו, נחשב לצד שזכה ליתרון דיוני משמעותי אשר בית המשפט לא יאפשר לצד שכנגד להשתחרר ממנו."¹⁷⁵

לא יהא זה מעשי לזמן את המומחה מטעם בית-המשפט לחוות שוב את דעתו כל אימת שיתבררו עובדות חדשות במהלך שמיעת הראיות, הן מכיוון שהשופט צריך לקבוע קודם לכן ממצאים עובדתיים - ואלה מושתתים לעיתים גם על שיקולי מהימנות - והן משום שמדובר בהוצאות מנהליות לא-מבוטלות ומיותרות. מטעם זה יש קושי גדול במינוי מומחה רפואי מטעם בית-המשפט בשלב כה מוקדם של הדיון, שכן לא ברור על מה יחוה את דעתו. האם יתייחס לשני התסריטים העובדתיים שיוצגו לו - זה של התובע וזה של הנתבע? שמא יחליט בעצמו לגבי העובדות (ובכך למעשה ייטול לידי סמכות הקנויה בידי השופט)? דברים שכתבה השופטת בן-פורת בהקשר זה יפים גם כיום:

"אכן מסמכותו של בית המשפט למנות מומחה שיסייע לו בברור הראיות אשר הובאו על ידי בעלי הדין, אולם לא לפני שהובאו... על בית המשפט היה להמתין עד לאחר שראיותיהם של בעלי הדין באותו עניין יונחו בפניו. בהקשר זה אין

174 ראו, למשל, ת"א (מחוזי י"ם) 605/94 מזרחי ואח' נ' מדינת ישראל, תק"מ 2000 (1) 65535 (2000). ראו גם יונתן דייזיס דין ופסיקה במשפט הרפואי (1999).

175 ראו אור ונירנברג, לעיל ה"ש 85, בעמ' 339.

אני רואה כל הבדל בין תקנה 123 לתקנה 130... הכלל שאין בית המשפט עושה עצמו פרקליט לאחד מבעלי הדין יפה לשתייהן.¹⁷⁶

אומנם גם חוות הדעת הקיימות של המומחים הרפואיים מטעם בעלי הדין מושתתות על תשתית עובדתית חלקית ביותר, אולם מצב דברים זה טעון תיקון, ומן הראוי לתקנו, ולא להחריפו שבעתיים על ידי הכנסת המומחה הרפואי מטעם בית המשפט לאותו סד. אין ספק בעיניי שהפרקטיקה הנוהגת כיום בתיקים בגין תאונות רפואיות מקפחת את התובעים ככל שמדובר בתרגום של דיני הראיות לשפת המעשה. תובע נדרש ככלל להוכיח את אחריות הנתבעים, ועליו לעשות כן במקשה אחת תוך הגשת חבילת ראיותיו במקביל אחד – הן את ראיותיו לעניין התשתית העובדתית, הן את ראיותיו לעניין הערכת העובדות על ידי מומחים רפואיים מטעמו והן את ראיותיו לגבי הנוק והפיצויים.¹⁷⁷ גם כללי דיני הראיות העומדים לזכותו – כגון אלה המעבירים לנתבעים את נטל השכנוע (למשל, מכוח סעיפים 38 או 41 לפקודת הנויקין או מכוח כללי פסיקה, כגון בסוגיית הנוק הראייתית) או את נטל ההסבר (מכוח דיני הראיות) – אינם משנים את הדרישה מהתובע להגיש ראשון את ראיותיו. יתר על כן, מן הפסיקה בארץ עולה כי אין בוחנים את תחולתם של הכללים המעבירים את נטל הראיה רק לפי עדי התביעה, אלא ממתנינים עד סוף המשפט, ואז ממילא התובע אינו נהנה באופן מעשי מיישומם של כללים אלה.

הוא הדין בנושא התשתית העובדתית בתיקי תאונות רפואיות. בהעדר הפרדה בין שאלת העובדות לשאלת הערכתן, התובע נאלץ לצרף חוות דעת שמעוגנת רק בגרסה העובדתית שלו ובחומר הרפואי שהציג לו הנתבע. לעיתים הדבר מצריך אחר כך חוות דעת משלימה. גם אז ייתכן ששתי חוות הדעת – זו של התובע וזו של הנתבע – לא יתייחסו לשלל העובדות שייחשפו במשפט גופו.

יתר על כן, הדרישה מהתובע להגיש את חוות דעתו של המומחה מטעמו בשלב שלפני בירור העובדות נותנת תמריץ לנתבע להציג תשתית עובדתית המותאמת לעובדות שעליהן מושתתת חוות הדעת של המומחה הרפואי מטעם התובע, בידעו כי אם ישמוט את הבסיס העובדתי שלה בעדויות, די יהיה בכך לרוקן אותה מכל תוכן ולזכות במשפט. גם מבלי לקבוע כי הכלל שלפיו "הדבר מעיד על עצמו" חל במקרה זה או אחר, ברור כי סביר לדרוש מהמוסד הרפואי להבהיר את נסיבות התאונה הרפואית, ובכלל זה שיסביר מה קרה לתובע ומדוע, שהרי הצוות הרפואי טיפל בתובע והיה חייב לתעד את הטיפול הזה, ואילו התובע ייתכן שהיה במצב גופני כזה שבו לא היה יכול לדעת – ואולי אף עדיין אינו יכול לדעת – מה נעשה או לא נעשה בו באותה פרוצדורה.

176 רע"א 473/87 שמיר חברה לביטוח בע"ח נ' אבולג'ען, פדאור (1988) 267 (1988).
177 זאת, אלא אם כן הורה בית המשפט על הפרדת הדיון בין שאלת האחריות לשאלת הנוק – הפרדה אשר במציאות הקשה של בתי המשפט בישראל עלולה לדחות את סיום ההליך בכמה שנים נוספות.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

המסקנה מכך לדעת מקצת הפסיקה¹⁷⁸ – והד לה נמצא גם בספרות המשפטית¹⁷⁹ – היא שאם הפצים במינוי מומחה רפואי מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות, יש להמתין עם המינוי רק לאחר חוות-הדעת מטעם בעלי-הדין, ולשיטתי, הדבר צריך להיעשות במשורה ורק לאחר שנשלמו שלבים קודמים בדיון המשפטי, קרי, בירור התשתית העובדתית ולאחריו מתן חוות-דעת על-ידי המומחים מטעם בעלי-הדין וחקירותיהם ההדדיות בבית-המשפט. חוות-דעת של מומחה חייבת להיות מושתתת על מציאות עובדתית בת-הוכחה. תיאוריות שאינן מושתתות על תשתית עובדתית אינן מעלות ואינן מורידות.¹⁸⁰ עדות מומחה היא עדות סברה. אין הוא מעיד על עובדות שקלט בחושיו, אלא על סברות, קרי, "מסקנות" שהוא מסיק מעובדות, בכפוף לכך שהסקת המסקנות שמורה עקרונית לבית-המשפט לבדו.¹⁸¹ חוות-דעתו של מומחה כוללת, מטבע הדברים, גם את התשתית העובדתית שעליה הוא מבסס את מסקנותיו. תשתית זו, כאשר היא שנויה במחלוקת, טעונה הוכחה בראיות קבילות.¹⁸²

השמטת הבסיס מתחת ל"עובדות התשתית" שומטת את הבסיס מתחת למסקנותיו של המומחה. בטרם ישעה בית-המשפט למסקנות, שומה עליו לבדוק אם הוכחו הנתונים העובדתיים. במקרה שלא עלה בידי צד מעוניין להוכיחם, יפחת גם משקלה של חוות-הדעת, ולעיתים אף יתאיין. מקום שניתן להשמיט את הבסיס מתחת לתשתית ה"עובדתית" שעליה מבוססת חוות-הדעת של המומחה, נשמט הבסיס גם מתחת לחוות-הדעת גופה. מכיוון שכך, אין טעם למנות מומחה רפואי מטעם בית-המשפט בטרם נפרשה התשתית העובדתית שאותה באה חוות-הדעת לנתח.

פרק ז: תובנות מהמשפט המשווה וחלופות להסדר הנוהג

ההכרח של בתי-המשפט להתמודד עם סוגיות מקצועיות ומדעיות סבוכות הוא אוניוורסלי, כמוכן. כלום ניתן לדלות מהמשפט המשווה תובנות לגבי ההסדר הרצוי בישראל? כמצופה, במשפט הקונטיננטלי, שבו שיטת הדיון האינקוויזיטורית שולטת בכיפה, נעשה שימוש במומחים רפואיים מטעם בית-המשפט, ולעיתים ממנים אף פנל של מומחים. לבעלי-הדין יש זכות לחלוק על חוות-הדעת ולבקש מהשופט למנות מומחה נוסף.

178 ראו, למשל, ת"א (מחוזי י"ם) 350/92 דהאן שמואל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית ומדינת ישראל (לא פורסם, 9.9.1996); רע"א 8995/00 סלים סרוג'י ואח' נ' בית החולים הצרפתי, תל-על (1)01 (1)1462, 1463 (2001).

179 סהר, לעיל ה"ש 13.

180 ראו, למשל, ת"א (מחוזי י"ם) 767/95 יוספוף (קטינה) נ' הסתדרות מדיציניית הדסה, פדאור (1)00 (1)529 (2000).

181 יעקב קדמי על הראיות חלק שני 554 (1991).

182 שם, בעמ' 565.

בצרפת מומחה יכול להתמנות לבקשת בעל-דין, ביוזמת בית-המשפט או מכוח חיקוק. השופט קובע את התחומים שהמומחה יבדוק ושבהם תעסוק חוות-דעתו. המומחה נבחר מתוך רשימת מומחים אוורית או לאומית. בעלי-הדין יכולים להתנגד למומחה שנבחר מטעמי ניגוד עניינים או דעה קדומה. במקרה מורכב ימנו מראש פנל של מומחים. קיימים שלושה סוגי מומחים:

- מוודאי עובדות (Constatations) - מומחים אלה מספקים תשובות לשאלות טכניות פשוטות, בדרך-כלל בכתב, ואינם מבטאים עמדה ביחס לממצאים או לרלוונטיות המשפטית שלהם.
- יועצים (Consultation) - מומחים אלה מייעצים לשופט, בדרך-כלל בעל-פה.
- מומחים (Expertise) - הללו מכינים חוות-דעת של מומחים. הם נדרשים לעבוד יחד עם השופט, ובמידת הצורך גם עם הצדדים, אך בפיקוח בית-המשפט. המומחה לא יחרוג ללא רשות בית-המשפט מהסוגיות שהונחו לפניו, והשופט אינו חייב לקבל את מסקנותיו.¹⁸³

בגרמניה¹⁸⁴ ניתן למצוא מומחים גם מטעם בעלי-הדין וגם מטעם בית-המשפט. בית-המשפט מנסה להשיג את הסכמת הצדדים לבחירת המומחה מטעמו. בעלי-הדין ועורכי-דינם זכאים לקבל מידע על חקירות המומחה, ואף להיות נוכחים בהן כאשר הדבר אפשרי. הם רשאים להעיר הערות על פעולותיו של המומחה ועל חוות-דעתו המסכמת. כל פנייה מבעל-דין למומחה תיעשה ברגיל בכתב, ותימסר גם לעיונו של בעל-הדין שכנגד. בעלי-הדין חייבים בגילוי מסמכים למומחה, שאם לא כן יפנה הלה לקבלת צו מבית-המשפט. המומחה צריך להידרש לכל הפניות אליו ולהתייחס אליהן בחוות-דעתו. אין מניעה שהמומחה יקיים קשר ישיר עם בעל-דין, עד או אדם אחר המעורב במקרה. למשל, רופא מומחה יכול לערוך בדיקה רפואית למטופל התובע בגין תאונה רפואית. במקרה אחרון כזה ברור שהצד שכנגד לא יורשה להיות נוכח בבדיקה.

לאחר פרסום חוות-הדעת של המומחה מטעם בית-המשפט, בעלי-הדין רשאים לחלוק בכתב על מסקנותיו, לבקש את הופעתו לשימוע ולחקרו, אך אין זאת חקירה נגדית, אלא מעין הצגה לא-פורמלית של שאלות.¹⁸⁵ תשובות המומחה אינן נרשמות בפרוטוקול, אלא

183 ראו: Robert F. Taylor, *A Comparative Study of Expert Testimony in France and the United States: Philosophical Underpinnings, History, Practice and Procedure*, 31 TEX. INT. L.J. 181 (1996); M. Neil Browne, Carrie L. Williamson, Linda L. Barkacs, *The Perspectival Nature of Expert Testimony in the United States, England, Korea and France*, 18 CONN. J. INT. L. 55, 96-100 (2002).

184 ראו באופן כללי: John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. CHI. L. REV. 823, 837 (1985).

185 מעניין להשוות הסדר זה עם מעמדם של המומחים-היועצים בבית-הדין לעבודה בישראל. על-פי ההנחיות המנהליות של נשיא בית-הדין הארצי לעבודה, המומחה-היועץ ייתן חוות-דעת לבית-הדין מבלי שיוזמן להשיב על שאלות ביחס לחוות-דעתו, אלא אם כן החליט בית-הדין להזמין מטעמים מיוחדים שיירשמו. ברגיל, בעלי-הדין צריכים להסתפק בשליחת שאלות

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

מסוכמות על-ידי השופט בנוכחות בעלי-הדין, אלא אם כן יש דרישה מיוחדת מצד בעל-דין לרישום כזה. בעל-הדין רשאי בהמשך לבקש מינוי מומחה נוסף.

הן בגרמניה והן בצרפת השופט אינו חייב לקבל את חוות-דעתו של המומחה. בדין הצרפתי, להבדיל מהדין הגרמני, אין המומחה חייב להמציא לשופט את חומרי-הגלם שעליהם השתית את חוות-דעתו. בשתי המדינות מי שיישא בהוצאות המומחה בסופו של יום הוא בעל-הדין שהפסיד במשפט.

בית-המשפט בגרמניה אינו חייב למנות מומחה אם הוא סבור שהוא יכול להתמודד עם התביעה בלעדיו. כאשר בעלי-הדין מצוידים בחוות-דעת של מומחים, ואלה מגיעים למסקנות הפוכות, ימנה בית-המשפט מומחה מטעמו. בדרך-כלל ימונה תחילה מומחה אחד מטעם בית-המשפט לשם קביעת ממצאים שבעובדה בעניינים מקצועיים שבהם קשה לשופט לעשות כן ללא עזרתו. שומה על המומחה ליישם כללים מדעיים לגבי המקרה שלפניו, ולהסתמך על נסיונו, על הידע ועל המומחיות שלו בתחום הספציפי. הוא מוסר לשופט חוות-דעת בכתב, ואינו חשוף לחקירות נגדיות של בעלי-הדין אלא במקרים חריגים ביותר.

באיטליה המומחה מכונה "יועץ טכני", אך אין הוא רק בגדר כלי ראיתי המוודא עובדות, אלא יש לו סמכות בעלת אופי שיפוטי. החלטתו משלימה את פעולת השופט, ויכול שתאומץ על-ידי. עם זאת, הערכת ההיבטים המשפטיים של עובדות המקרה מסורה כמובן לשופט בלבד.¹⁸⁶

בדין האנגלי המליצה ועדה בראשות הלורד וולף – אשר מצדדת עקרונית במעבר לשיטה של מומחה יחיד מטעם בית-המשפט – לא למנות מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות מעל ל-10,000 ליש"ט בגין תאונות רפואיות.¹⁸⁷ בעקבות המלצותיה של הוועדה תוקנו תקנות סדר הדין האזרחי בדין האנגלי, וגם שם הוכנסו הסדרים אינקוויזיטוריים לשיטת הדיון העומתית.

מקצת הסדרים אלה, שחלקם קדמו לדוח הוועדה, ראוי ורצוי לבחון אם לאמצם גם אצלנו, ביניהם הליך גילוי מסמכים לפני הגשת תביעה, וכן חיוב להפגיש בין המומחים הרפואיים של הצדדים על-מנת שינסו לאתר את מוקדי המחלוקת ביניהם, יגיעו להסכמות – לרבות בשאלה היכן אין הסכמה ביניהם – ויגישו מסמך משותף בנידון לבית-המשפט.¹⁸⁸ זה הדין

בההרהר בכתב. בעל-דין לא יורשה להגיש חוות-דעת רפואית לאחר שקיבל מהמומחה-היועץ תשובות לשאלות שהפנה אליו, אלא אם כן שכנע את בית-הדין שלא הייתה לו אפשרות להביא את חוות-הדעת מוקדם יותר.

186 ראו: Cassation 4 November 1996, No. 9522, in *Danno e Responsabilita* 1997 (with a note by Carbone).

187 Access to Justice: Final Report by the Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, July 1996, Ch. 15.

188 ראו: H.H. and R. v. Lambeth Southwark & Lewisham Health Authority, West Kent Health Authority and Bexley & Greenwich Health Authority, [2002] Lloyd's Rep. (להלן: *H.H. and R.*) Med. 8 (C.A.).

גם באוסטרליה,¹⁸⁹ שם נקבע כי אם המומחים הכינו דוח שבו הסכימו על עניין כלשהו, אי-אפשר להמציא, ללא רשות בית-המשפט, עדות מומחה שאינה מתיישבת עם המוסכם. מה שלא התגבש בפגישת המומחים לכלל הסכמה ייהנה מחסינות ולא יוצג לפני בית-המשפט ללא הסכמת הצדדים המעורבים. ניתן עם זאת לחקור על נושא שנידון בפגישה בחקירה נגדית. אין זכות מוקנית לעורך-דין להשתתף בפגישות כאלה, אך ניתן להקליט או להסריט את הפגישה.¹⁹⁰

באנגליה נדיר למצוא מומחה משותף שדן בשאלות של אחריות או סיבתיות בתביעות בגין רשלנות מקצועית. לנוכח ההכרה בלגיטימיות של אסכולות שונות ברפואה ולנוכח חילוקי-הדעות הקיימים בתחום זה, קיימת מודעות לכך שמומחה משותף כזה יכריע למעשה את גורל המשפט. מכאן שראוי שכל צד יוכל להעיד את המומחים שלו.¹⁹¹ ראוי עם זאת להשתמש במומחה משותף כזה בנושא של הערכת הנוק.¹⁹²

צדדים שהסכימו על מומחה משותף אינם מנועים מלהשיג על חוות-דעתו. במסגרת שיקול-דעתו, ישקול בית-המשפט הן את הטענות הענייניות נגד חוות-הדעת, הן את המחקר, המתודולוגיה, הלוגיקה ויתר כלי הבדיקה המדעיים של חוות-הדעת עצמה ושל הביקורת עליה, והן את חשיבות התיק.¹⁹³

בדין האנגלי כיום¹⁹⁴ המתדיין אינו בן-חורין לנהל את משפטו לפי מיטב הבנתו. הצגת חוות-דעת של מומחים והעדת עדים מומחים כפופה להגבלות בית-המשפט. בסדר הדין המהיר בדין האנגלי, אם צריך חוות-דעת מומחה, היא תינתן רק על-ידי מומחה יחיד שימונה על-ידי שני הצדדים, ואם לא יצליחו למנותו, יפנו לבית-המשפט. פתרונות נוספים שהוצעו באנגליה הם הקמה אד-הוק של פנל של מומחים או ועדת מומחים,¹⁹⁵ וכן הקמת בית-דין לעניינים רפואיים שבו ייכללו כחברים גם מומחים רפואיים.

גם בקנדה ניתן למנות מומחים מטעם בית-המשפט. למומחים אלה יש תפקיד משלים, והם מיתוספים על המומחים מטעם הצדדים. המומחה מטעם בית-המשפט לא יתחקר את העדים, ובית-המשפט אינו חייב לקבל את דעתו.¹⁹⁶

- 189 ראו גם: Gary Edmond, *After Objectivity: Expert Evidence and Procedural Reform*, SYD. L. REV. 8, 34–35 (2003).
- 190 במקרה של מינוי מומחה משותף אין זה ראוי לקיים ישיבה ללא נוכחות של צד או באי-כוחו. ראו: Peet v. Mid-Kent Healthcare NHS Trust, [2002] 3 All ER 688 (C.A.).
- 191 ראו: Oxley v. Penwarden, [2001] Lloyd's Rep. Med. 347 (C.A.); Simms v. Birmingham Health Authority, [2001] Lloyd's Law Reports 382.
- 192 ראו עניין Peet, לעיל ה"ש 190; עניין H.H. and R., לעיל ה"ש 188.
- 193 Daniels v. Walker, [2000] 1 W.L.R. 1382 (C.A.).
- 194 The Civil Procedure Rules 1998 and the practice directions 1999.
- 195 Karen Butler Reisinger, *Court-Appointed Expert Panels: A Comparison of Two Models*, 32 IND. L. REV. 225 (1998); NEIL ANDREWS, ENGLISH CIVIL PROCEDURE FUNDAMENTALS OF THE NEW CIVIL JUSTICE SYSTEM (Oxford University Press, 2003).
- 196 ראו: Paul Michell & Renu Mandhane, *The Uncertain Duty of the Expert Witness*, 42 ALTA. L. REV. 635, 664–666 (2005).

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

בארצות-הברית השופט יכול למנות מומחה ביוזמת צד, אך הוא יכול לעשות כן גם ביוזמתו שלו ובניגוד לעמדתם של בעלי-הדין. הוא יכול, בין היתר, להורות לבעלי-הדין למסור למומחה מסמכים, לחייב את המומחים של שני בעלי-הדין לנסות להגיע לעמק-השווה ועוד.¹⁹⁷ אולם בפועל בתי-המשפט עושים שימוש מועט בלבד – ואפילו נדיר – בסמכות זאת.

לעיתים בתי-המשפט ממנים, בעיקר מכוח סמכותם הטבועה, מומחים מזן אחר מזה הנידון כאן, דהיינו, אנשי-מקצוע שתפקידם לבדוק את העובדות ולהשלים את מה שהחסירו הצדדים (למשל, בתביעות בתחום איכות הסביבה). מדובר, למשל, בסטטיסטיקאים, באקטוארים או במומחי מחשבים. לעיתים מומחים כאלה מתקשרים עם הצדדים ועם המומחים שלהם לשם קבלת מידע נוסף. לצד השימוש (הנדיר) בתקנה 706 לתקנות הפדרליות לצורך מינוי מומחים המעידים במשפט, נעשה שימוש (נדיר אף הוא) גם באפשרות אחרת הנובעת מהסמכות הטבועה של בית-המשפט, והיא מינוי יועצים שאינם מעידים.¹⁹⁸

פרק ה: סיכום והמלצות

המשפט המשווה מציג לנו אם כן כמה חלופות לשיטה הנוהגת כיום בתביעות בגין תאונות רפואיות, וניתן לדלות ממנו תובנות אחדות:

ראשית, בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית אין ממנים מומחים רפואיים בתביעות בגין תאונות רפואיות אלא במקרים נדירים. אפילו בארצות-הברית, שבה בתביעות כאלה יושבים מושבעים, אשר ממוצע הידע המדעי והרפואי שלהם נופל מזה של שופטים מקצועיים, אין ממנים – לא להם ולא לשופט – מומחים שסייעו בידם.

שנית, במשפט האנגלי ובמשפט האוסטרלי משתמשים בכלים דיוניים שחלקם ראויים, כגון גילוי מסמכים לפני הגשת כתב-תביעה, וחלקם בעייתיים יותר. איני רואה תועלת רבה בהפגשת המומחים הרפואיים מחוץ לכותלי בית-המשפט, וזאת הן לנוכח העלות הנוספת לבעלי-הדין והן משום שלעניות דעתי מפגש כזה לא יקדם את הדיון ולא יהיה יעיל. אתפלא מאוד אם שיח כזה יניב פירות. המומחים לא יחרגו מן הסתם מהגבולות שהתוו להם עורכי-הדין שהתקשרו עימם, שאם לא כן ייחשבו כלא-אמינים ויאבדו את הסיכוי שיפנו אליהם למתן חוות-דעת דומות בעתיד. ניתן אולי להגשים את המטרות של מפגש כזה, לפחות באופן חלקי, על-ידי הכנה משותפת של רשימת פלוגתות מורחבת ומוסכמת שתקבע במסגרת קדם-המשפט על-ידי באי-כוחם של בעלי-הדין. שלישי, השימוש ביועצים בעייתי מאוד בעיניי, אף אם נגיע למסקנה שגם בישראל

¹⁹⁷ Federal Rules of Evidence, USCS Fed. Rules Evid. R 706 (1973).

¹⁹⁸ למשל, בתיקי פטנטים. ראו באופן כללי: Ellen E. Deason, *Court-Appointed Expert Witnesses: Scientific Positivism Meets Bias and Deference*, 77 Or. L. Rev. 59, 77–79 (1998).

ניתן להיזקק לפתרון זה מכוח הסמכות הטבועה של בתי-המשפט. לכאורה מדובר בפתרון קוסם, לפחות לשופטים, שהרי חזקה עליהם שהם אינם מבקשים באמצעות היועצים להסתלק מתפקידם השיפוטי. הם ישתמשו בהם בעת הצורך, כאשר ייתקלו בקושי בהבנת סוגיה מקצועית אשר חיונית לתהליך השפיטה. בסופו של דבר, התייעצות היא אנושית וחיונית. מי מאיתנו אינו מתייעץ מדי פעם עם בעל-מקצוע, עם בן משפחה קרוב או עם חבר? יתר על כן, השופטים ממילא מתייעצים – הם נועצים עם עוזריהם המשפטיים, אשר ייתכן שבסוגיה זאת או אחרת יש להם ידע רב יותר מאשר לשופט; הם נועצים עם מתמחים שלהם; ויש להניח שלעיתים הם מתייעצים גם עם שופטים אחרים. כל עוד ההתייעצות אינה נהפכת להאצלת סמכויות, מה רע בכך?¹⁹⁹ יתר על כן, אפילו המומחים עצמם מתייעצים, ואין עדותם נפסלת ברגיל עקב כך.²⁰⁰

דומה שחרף היתרונות שיש בשיטה זאת, חלילה לנו לאמצה במקומותינו, בוודאי לא בצורתה הנוכחית. בשיטה כזאת לעולם לא נדע מי בעצם החליט – השופט או היועץ. היועץ הוא מבחינת נעלם לגבי דידם של בעלי-הדין. אין יודעים אפילו אם הוא חף מאינטרסים רלוונטיים להתדיינות, ואם אין שקיפות, אזי עמדותיו ותפיסתו המדעית והמקצועית אינן ברורות. נוסף על כך, בהעדר חקירה נגדית, אי-אפשר לבחון עמדות אלה, ואי-אפשר לבחון מדוע יעץ כפי שיעץ ואם עשה מלאכתו על הצד הטוב ביותר מבחינה מקצועית. רביעית, הצעה נוספת שהועלתה בוועדת וולף הייתה להשתמש בפנל של מומחים. שימוש כזה קיים גם במשפט הצרפתי. היתרון בשימוש כזה טמון בכך שהוא מנטרל את החשש מפני מצב שבו מומחה יחיד המשתיך לאסכולה פלונית מתבקש לחוות את דעתו על התנהלות לפי אסכולה אחרת או אולי אף יריבה, שכן בפנל כזה ייכללו מומחים מסוגים שונים. הבעייתיות בפנל כזה נעוצה הן בעלותו, אשר גבוהה בוודאי מעלותו של מומחה יחיד, והן באפשרות שמומחי הפנל יהיו חלוקים ביניהם. נוסף על כך, פנל מסוג זה מצטייר גם בעיני הציבור כגוף המחליט, ואם הגיע לכלל דעה, יהיה קשה מאוד לבית-המשפט – או אף בלתי-אפשרי – לא לאמצה. הצעה דומה נדחתה על-ידי ועדת קלינג.²⁰¹

חמישית, הוצעה גם התמחות של שופטים בתחום המשפט הרפואי. אין הכוונה לשלוח את הרופאים לבתי-הספר לרפואה או להקים מחלקה של שופטים בעלי השכלה רפואית, אלא להפנות תיקי תאונות רפואיות לבתי-משפט שיתמחו בטיפול בתביעות כאלה, ואשר ישלטו טוב יותר בסוגיות רפואיות כתוצאה מניסיון עשיר בתחום. לדעתי, אין מקום להקים

199 אכן, יש המצדדים בשימוש מבוקר ביועצים. ראו: Lewis A. Kaplan, *Experts in the*

Courthouse: Problems and Opportunities, 2006 COLUM. BUS. L. REV. 247 (2006)

200 מומחה מטעם בית-משפט נעזר לפעמים בבדיקות-עזר שאינן נערכות במרפאתו, ותוצאותיהן ופענוחן צופנים בתוכם מעין חוות-דעת בדרגה זו או אחרת. חרף זאת, אין לומר כי המומחה מטעם בית-המשפט, אשר הסתמך על ממצאים אלה, לא פעל על-סמך שיקול-דעתו המקצועי. ראו רע"א 3906/95 אסתר אמר נ' הדר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מט(3) 303 (1995). יש לסמוך על המומחה שידע – על סמך נסיונו והידע המקצועי שלו – לבדוק, למיין ולסנן את המידע הנמסר לו. שם, בעמ' 303, 307-308. ראו גם בר"ע (מחוזי נצ') 1244/04 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' ראשד פירוז, פדאור (9)05 840 (2005).

201 דוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 3, ס' 76.

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

בתי-משפט מיוחדים לטיפול בסוגיות ממין זה, משתי סיבות: ראשית, דומה שבמידה מסוימת, אולי באופן טבעי, קיימת התמחות כזאת בבתי-המשפט הרגילים. שנית, אותם נימוקים המצדדים בהקמתם של בתי-משפט מיוחדים בתחום הרפואה מצדדים גם בהקמתם של בתי-משפט מיוחדים בתחומים אחרים, והקמת בתי-משפט כאלה תביא לידי ביזור לא-מוצדק של סמכויות בית-המשפט. אכן, ועדת אור התנגדה בשעתו להצעה להעביר את ההכרעה השיפוטית בסוגיות מסוימות לטריבונלים מיוחדים בעלי מומחיות.²⁰² חרף זאת המליצה הוועדה על התמקצעות בבתי-המשפט, דהיינו, ששופטים יתמחו בתחומים מסוימים ויעסקו בהם בפרקטיקה השיפוטית שלהם.

נוסף על תובנות אלה, שנלמדות מהמשפט המשווה, מוצע במאמר לשקול את השאלות הבאות:

ראשית, האם ראוי בכלל למנות מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בשאלת האחריות בתביעות בגין תאונות רפואיות? לדעתי, צריך להימנע ככלל ממינוי כזה, ולהגבילו למקרים יוצאי-דופן.

שנית, בהנחה שיש מקום למינוי מומחים כאמור, באיזה שלב של המשפט צריך לעשות כן? לדעתי, אין מקום למינוי מומחים בכלל, ולמינוי מומחים מטעם בית-המשפט בפרט, לפני שיש הסכמה או קביעה שיפוטית לגבי התשתית העובדתית שאליה המומחים צריכים להתייחס בחוות-דעתם.

שלישית, האם לא רצוי לקבוע הסדרים נוספים לעידוד השקיפות בתביעות ממין זה, ולהרתעת נתבעים מפני נסיונות עקרים לחמוק מאחריות על-ידי מינוי מומחים אך ורק במטרה להתיש את התובע כדי שיסכים להסדר פיצויים לא-מספק בשל מצוקתו הכלכלית? אם אדם שנפגע בתאונה רפואית חושד שאולי הייתה רשלנות רפואית, מדוע לאלצו להגיש תביעה כדי לברר את נסיבות המקרה? מדוע לא נאפשר לו, למשל, להציג שאלות מפורטות לנתבעים-בכוח, כדי שלאור תשובותיהם יוכל לכלכל את צעדיו בתבונה ולהחליט באופן שכלתני אם להגיש תביעה אם לאו. בדרך זו יוכלו גם הנתבעים לחסוך לעצמם תביעות מיותרות, כאשר תובעים רציונליים יחליטו, לאור ההסברים, לא להגיש תביעה. אם תוגש תביעה, אזי לאחר החלפת כתבי-הטענות, ועוד לפני כתיבת חוות-הדעת של המומחים מטעם בעלי-הדין, ייערך הליך ראשוני שבו תוכן רשימת עובדות מוסכמות. עובדות השנויות במחלוקת יעמדו להכרעה שיפוטית, שבסופה ייקבעו הממצאים העובדתיים.

רביעית, האם לא הגיעה העת לתרגם לשפת המעשה את ההלכות הרבות שמעבירות את נטל הראיה לסוגיו אל כתפי הנתבעים בתביעות בגין תאונות רפואיות? ברוב המקרים של התאונות הרפואיות ברור שהמוסדות הרפואיים הם מונעי הנוק הזולים ביותר. בידיהם המידע על נסיבות התאונה, ולכן מן הראוי להטיל עליהם לפחות את חובת ההסבר. השיטה המשפטית הקיימת מחילה את הכלל שלפיו "המוציא מחברו – עליו הראיה", ובהתאם לכך דורשת מהתובע לפרט את פרטי ההתרשלות בתביעות בגין תאונות רפואיות, ולצרף לכתב-התביעה חוות-דעת של מומחה רפואי. החומר שבידיו בשלב זה הוא חלקי. המציאות

202 דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל בראשות השופט אור, אוגוסט 1997, עמ' 62-63.

מלמדת שבהמשך ההליכים, בעזרת צווי גילוי מסמכים ובעזרת חקירה של עדי הנתבעים, מתקבל מידע נוסף. אולם בינתיים כבר בנה התובע את תביעתו על בסיס המידע החלקי שהיה ברשותו, ועל אותו בסיס הושתתה גם חוות-הדעת של המומחה מטעמו. גם אם בנסיבות המקרה יש מקום שביית-המשפט יעביר לנתבעים לא רק את נטל הבאת הראיות או את נטל ההסבר, אלא גם את נטל השכנוע, בפועל לא ניתן כל ביטוי דיוני לכלל ראייתי זה. התובע הוא שמגיש את ראיותיו ראשונה, למרות מצבו הנחות ואף שנטל השכנוע יכול שירבץ כאמור לפתחו של הנתבע.

בנידון דין המאמר מציע כי בכל תביעה בגין תאונה רפואית, לאחר שנסינות הפישור והגישור נכשלו והוברר כי אין מנוס מהעברת התיק לשלב הראיות, יש לפצל את הדיון, ובשלב הראשון לעסוק בקביעת התשתית העובדתית בלבד. לאחר שהתובע יעיד על הנסיבות הידועות לו ביחס לפרוצדורה הרפואית שבוצעה בו, יימצא הכדור במגרשם של המוסדות הרפואיים, אשר יצטרכו להסביר לביית-המשפט מה בדיוק קרה לתובע. כך יקבע בית-המשפט תשתית עובדתית. ברי כי משמעותו של פיצול זה היא התליית פועלה של תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי ואי-חיוב התובע לצרף חוות-דעת מומחה לכתב-התביעה. הוא יצטרך לעשות כן בשלב השני, לאחר קביעת הממצאים העובדיים בתיק, כאשר השאלה שתעמוד על הפרק היא שאלת המשמעות הרפואית והמשפטיות של התשתית העובדתית שנקבעה. מובן מאליו שחובת התובע לצרף חוות-דעת מומחה בעניין נוקיו ובדבר הקשר הסיבתי בינם לבין התאונה הרפואית תידחה אף היא עד לתום שלב האחריות.

חמישית, כיצד יקודם הדיון לאחר קביעת התשתית העובדתית? אם הצדדים לא יגיעו ביניהם להסכמה בדבר גדר הספקות הרפואיים והמשמעות הרפואית של העובדות, יגישו בעלי-הדין חוות-דעת מומחה שתתייחס לשאלת האחריות בתיק, בצירוף טיעונים משפטיים בנידון. אם יהיה צורך בכך, ייפגשו המומחים של שני בעלי-הדין ויגדירו את גדר המחלוקת. ברוב המקרים יקבל בית-המשפט את החלטתו על-סמך חומר זה ועל-סמך חקירת המומחים על-ידי בעלי-הדין, ורק אם נותרה קושיה רפואית עקרונית שבה הוא זקוק לעזרה של מומחה מטעמו, ישקול מינוי מומחה כזה.

שישית, כאשר יש מקום להיזקק למומחים מטעם בית-המשפט, כיצד ייבחרו? כאמור, רק אם יחוש בית-המשפט שהוא אינו מסוגל להתמודד עם הסוגיות הרפואיות הסבוכות במשפט למרות חוות-הדעת של המומחים מטעם בעלי-הדין – ומדובר במקרים ספורים ומטעמים מיוחדים שיירשמו – יפתח בית-המשפט בהליך של מינוי מומחה. המומחה ייבחר מקרב קבוצה של מומחים שיימצאו ברשימה שבידי בתי-המשפט. הרשימה תהיה מפורטת ותכלול פרטים מקצועיים רבים על כל מומחה: התמחותיו ותת-התמחותיו, מקומות העסקתו וכן זיקתו – בעבר, בהווה או בעתיד – למי מבעלי-הדין, למעסיקהם או למבטחיהם או למומחים הרפואיים שהעידו מטעמם. ראוי לחתור לכך שהמומחים שייכללו ברשימה יתחייבו לא לתת חוות-דעת מטעם בעל-דין לביית-משפט או לביית-דין, אף לא בנושאים אחרים, וזאת כדי שלא ייווצר ניגוד עניינים ולא יתעורר אף חשד של ניגוד עניינים. עם זאת, אין מדובר במומחים שעיקר עיסוקם יהיה בהכנת חוות-דעת לביית-המשפט, שכן אם יעסוק רק בכך, אזי ככל שיחלוף הזמן כן תקטן מעורבותם בפרקטיקה הרפואית עצמה, וממילא תיפגם אולי מומחיותם. בכל מקרה אין פתרון פשוט לקושי הטמון בהשתייכותו של

משפט ועסקים ט, התשס"ח מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל

מומחה זה או אחר לאסכולה זאת או אחרת, וכן לנטייתו הטבעית של כל מומחה להירתע מלתמוך באופן חד-משמעי בקביעה שיפוטית שלפיה עמית למקצוע היה רשלן, אלא אם כן מדובר במקרה קיצוני ומקומם. לבעלי-הדין תהיה מעורבות במינוי זה, והם יוכלו להתנגד לו, ובלבד שינהגו בתום-לב. הם יעצבו בצוותא חדא עם בית-המשפט את השאלות שיוצגו לעד המומחה, ויקבעו יחדיו את גבולות סמכויותיו. השופט שטרסברג-כהן, בעניין בר-ישי,²⁰³ עומדת על כך שרצוי – אם הדבר אפשרי – למנות מלכתחילה מומחה בהסכמה, כדי למנוע התדיינות, משקעים והרגשת אי-נוחות של צד זה או אחר. בעלי-הדין יוכלו לחקור את המומחה, ובמקרים יוצאי-דופן במיוחד גם יוכלו, ברשות בית-המשפט, לבקש מינוי מומחה נוסף או לחלופין להגיש חוות-דעת נוספת מטעמם.

מאמר זה מבקש לעורר שיח עדכני בהצדקות לפרקטיקה המתפתחת – בלי רעש של תופים ומצלתיים – בתיקי תאונות רפואיות. מכוחה של פרקטיקה זאת, בתי-משפט ממנים מומחים מטעמם כדבר שבשגרה כבר בשלבים המקדמיים של ההתדיינות המשפטית, וזאת כדי להידרש לסוגיות משולבות של דין ורפואה, קרי, סוגיית ההתרשלות וסוגיית הקשר הסיבתי. המאמר אינו מציע פתרונות מלאים לסוגיות המועלות בו, ואף אינו פורש מצע מסודר לדיון בהן. הוא מהווה הזמנה לדיון. אני מקווה שבעקבותיו יגבר השיח בנושא זה ויחול שיפור בדרכי ניהולן של תביעות בגין תאונות רפואיות.

203 רע"א 7843/00 חדווה בריישי נ' איתן חברה לביטוח בע"מ, תק-על (1)2001, 1346, פס' 7 (2001).

