

שיקולים במינוי מומחה מטעם בית המשפט

יוסף שפירא* ודוד נהיר**

תקציר

אחת הסוגיות הבאות דרך קבע להכרעת בתי המשפט הינה סוגיית מינוי מומחים מטעם בית המשפט, ובייחוד מינוי מומחים רפואיים. מינוי המומחה לא יכול להיעשות כלאחר יד והמחוקק ובתי המשפט כאחד, קבעו כי יש מספר שיקולים אשר על בית המשפט לבחון בבואו למנות מומחה מטעמו.

מטרת רשימה זו היא לברר מהם שיקולים אלה, תוך שימת דגש על השוני שבין עילות התביעה השונות והשפעת שוני זה על שיקולי בית המשפט.

בראשיתה של רשימה זו תיבחן שאלת מינוי מומחים רפואיים על פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975. כפי שיפורט, בתביעה על פי חוק הפיצויים, יש תנאי סף למינוי מומחה מטעם בית המשפט, וטרם מתן החלטה על מינוי מומחה בתחום רפואי כלשהו, על בית המשפט לבחון, בין היתר, אם יש ראשית ראיה לקיומה של הנכות הנטענת. היה ויש ראשית ראיה לא יסרב בית המשפט למינוי מומחה רפואי בתחום הנדרש. שאלה שהינה ייחודית לתביעה על פי חוק הפיצויים היא מהם השיקולים אשר על בית המשפט לשקול בבואו לאשר מינוי מומחה מטעם בית המשפט כראיה לסתור את קביעת הנכות על פי דין אחר.

המשכה של רשימה זו עוסק במינוי מומחה רפואי על פי הדין הכללי ותקנות סדר הדין האזרחי. במסגרת זו יש לבחון מהם השיקולים להתיר צירוף חוות דעת רפואית מטעם בעלי הדין מקום בו לא צורפה חוות דעת כזו לכתב הטענות. אף בתביעה שעילתה בפקודת הנזיקין או בכל חוק אחר שאינו חוק הפיצויים, יש להקדים ולבחון את התקיימות התנאים הקבועים בתקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, התקנה המסדירה את שאלת מינויו של המומחה מטעם בית המשפט. בין תנאים אלו יש לבחון מהו עניין שבמחלוקת ומהם הטעמים המיוחדים הנדרשים על מנת שבית המשפט ימנה מומחה מטעמו.

סוגיה נוספת שבחינתה נדרשת, עובר לשאלת השיקולים, הינה המועד הנכון למינוי מומחה מטעם בית המשפט, השיקולים לבחירת מועד זה, ובין היתר שיקול הנשיאה בהוצאות.

באשר לשיקולים למינוי המומחה יש לשקול בין היתר את תחום המומחיות הנדרש ואם יש למנות מומחה לכל בעיה. תוך כך תבחן שאלת מינוי מומחים מיוחדים, כמומחה שיקומי וכמומחה לכאב. שיקול נוסף שייבחן הוא זהות המומחה, ואת יישומה של תקנה 126 לתקנות – מינוי מומחה שיעץ לצד להליך ומינוי מומחה נוסף מבלי לפסול את חוות הדעת של המומחה הראשון. שיקול שמלוא היקפו טרם נדון בפסיקה הוא שיקול מינוי "מומחה הבית". לשיקול זה שני פנים: מומחה הנותן באופן תדיר חוות דעת לאחר מבעלי הדין, מן הפן האחד, ומומחה הממונה באופן תדיר מטעם בית משפט, מן הפן השני. תוך כך נעמוד על האיסור להטריד ניזוק בבדיקות שווא.

לבסוף, כשם שיש שיקולים למינוי מומחה מטעם בית המשפט ישנה גם מערכת שיקולים אותם על בית המשפט לשקול בבואו לדון בבקשה לפסילת חוות דעתם של המומחים.

* שופט בית המשפט המחוזי בירושלים.

** עוזר משפטי לכב' השופט שפירא, בית המשפט המחוזי בירושלים.

על תפקידו המיוחד של המומחה הרפואי מטעם בית המשפט הרחב כב' השופט י' עמית בהחלטתו בעניין דורון רז,⁵ ובדבריו שם הגדיר את חובות המומחה מטעם בית המשפט כחובות נאמנות והגינות מוגברת כלפי בית המשפט:

"למומחה מטעם בית המשפט מעמד מיוחד, והוא חב נאמנות והגינות מוגברות כלפי בית המשפט, עליו להיות ניטרלי ולפעול ללא משוא פנים או ניגוד עניינים, כמי שמסייע לבית המשפט להגיע לחקר האמת, וכזה הוא משמש כזרועו הארוכה של בית המשפט - רע"א 337/02 מזרחי נ' כלל חברה לביטוח, פ"ד (נו) 673 (2002); רע"א 600/96 אדרי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ תק-על 96(2) 272 (1996); ע"א 409/84 מ"י נ' שגב, פ"ד מ(3) 715, 706 (1986)."

כאמור, למומחה הרפואי יש חובת נאמנות כלפי בית המשפט, אולם התחום הרפואי, ככל תחום מקצועי ייחודי, הינו תחום בו נוהגים יחסי קולגיאליים בין חבריו. בעבר אף נודעה תופעה אשר כונתה "קשר השתיקה" בקרב הרופאים, כך שמעשי האחד כוסו על ידי חבריו על מנת שלא ייפגע. האם "קשר השתיקה" קיים גם היום במאה ה-21?

ראשית, מקובל לומר כי יש חזקה כי המומחה יעשה את מלאכתו נאמנה וינהג באופן מקצועי. על כך עמדת בפרשת שמעון:⁶

"נראה בעיני כי החזקה לפיה מומחה יעשה מלאכתו נאמנה, וינהג באופן מקצועי (רע"א 1548/06 אטיאס נ' ד"ר בלכר, תק-על 2006(2), 568), חלה על כל מומחה הנותן דעת לבית המשפט בין מטעם התובע ובין מטעם הנתבע. כל מומחה אמור להיות מודע לכך שחוות דעתו תבחן בשבע עיניים, והוא יחקר עליה שתי וערב. מכאן שמומחה מטעם צד המייצג סוג מסוים של בעלי דין חזקה עליו שישאף לבססה על מנת לא להכשיל או להכשל".

⁵ בר"ע (חיפה) 776/06 דורון רז, ע"ד נ' אילן פרוינד, תק-מח 2006(4), 5378, 5381 (2006).

⁶ ת"א (מחוזי, ירו') 7357/05 שמעון נ' הסתדרות מדיציניית הדסה, תק-מח 2007(4), 3579, 3624 (2007).

אקדמת מילין

הנושא נשוא רשימה זו נראה לכאורה כעניין של מה בכך, הנתון להחלטה על אתר עוד טרם קם בית המשפט מכיסאו. אולם, למעשה הינו נושא מורכב עד מאוד אשר לו פנים רבות, כל מקרה ונסיבותיו. ברשימה זאת ננסה להקיף מספר בעיות אופייניות, המעסיקות את בעלי הדין ובתי המשפט יום יום.

הקדמה – מעמד המומחה

טרם בחינת עיקרי השיקולים אותם נדרש השופט היושב בדין לשקול טרם מינוי מומחה מטעם בית המשפט, ראוי לעמוד על חשיבות מעמדו של המומחה מטעם בית המשפט וסוגיות הקשורות בכך.

באשר למעמדו של מומחה מטעם בית המשפט ויחסו של בית המשפט לחוות דעתו, כתב כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור בפרשת רונית מזרחי:¹

"המומחה הרפואי משמש זרועו הארוכה של בית המשפט לעניינים שברפואה. בתום המשפט נדרש השופט היושב לדין להכריע בתביעה בהסתמך על חוות דעתו של המומחה הרפואי שמינה".

תפקיד המומחה הוא, אפוא, לסייע לבית המשפט להגיע לחקר האמת. לא אחת נפסק כי המומחה הרפואי הוא האמון על הידע הרפואי² ובית המשפט אמון על בחינת סבירותה של חוות הדעת. בפרשת שמן³ עמדה כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן על מעמדה של חוות הדעת המומחה הרפואי, וחזרה על ההלכה כי מחד, על בית המשפט לתת לחוות דעת מומחים ובכללן חוות דעת מומחים בתחום הרפואי, משקל ראוי, אולם מאידך, מלאכת השיפוט וההכרעה השיפוטית נתונה אך ורק בידי בית המשפט ולא בידי המומחים.⁴

¹ רע"א 337/02 רונית מזרחי נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד (נו) 673, 676 (2002).

² ע"א 2160/90 שרה רז נ' פרידה לאץ, פ"ד מז(5), 170 (1993).

³ ע"פ 2457/98 גלעד שמן נ' מדינת ישראל, פ"ד (נו) 289 (2002).

⁴ ראו: ע"א 16/68 רמת סיב בע"מ נ' דזי, פ"ד כב(2) 164, 168 (1968); ע"א 311/66 נחמיאס נ' לקט קואופרטיב לאיסוף נייר פסולת, פ"ד כ(4) 48, 50 (1966); ע"א 123/79 מדינת ישראל נ' קמינר, פ"ד לד(1) 617, 621-622 (1979); ע"א 675/77 אלטשולר נ' נציב המים, פ"ד לד(1) 731, 737 (1979); ע"א 409/84 מדינת ישראל נ' שגב, פ"ד מ(3) 710, 711 (1986).

"הולדה בעוולה" נגד הרופא המטפל במהלך ההיריון, ונגד קופת החולים שהעסיקה אותו). תוך ניהול ההליך הוטחו במומחה דברים קשים, הן במהלך הדיונים והן בסיכומים בכתב. בפסק הדין ניתן ביטוי לכך באופן הבא:

"אכן דברים קשים, וספק בעיני אם ראויים היו להיאמר באופן שנאמרו. זכותו של בעל דין לנתח את עדותו של עד, ונותן חוות דעת בכלל זה. אולם, יש להתייחס לגופו של ענין ולא לגופו של אדם. ניתן להציג עמדה נוגדת, או להצביע על סתירות בעדות, או לבחון את רמתו המקצועית של המומחה, במטרה לשכנע את בית המשפט להעדיף דעה של מומחה מסויים."

ובהמשך,¹⁰ הובא גם המקור החוקי לחובתו זו של בית המשפט להגן על העדים המופיעים לפניו:

"אינני סניגורו של פרופ' שנקר. יחד עם זאת תפקידו של בית המשפט להגן על עדים המעידים לפניו הן במהלך המשפט והן בהחלטותיו. סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957 (תיקון מס' 4 משנת 2004), קובע:

"בחקירת עד בבית משפט, לא ירשה בית המשפט חקירה אשר, לדעת בית המשפט, אינה לענין הנידון ואינה הוגנת; ובפרט לא ירשה בית המשפט חקירה שיש בה משום עלבון, הפחדה, הטעיה או ביוש, שאינם לענין הנידון ואינם הוגנים."

מטבע הדברים ומקל וחומר, יש להחיל הוראת חוק זו אף על הטחת דברים כנגד העד, כפי שצוטט לעיל, אף בסיכומים, ואולי אף ביתר שאת, שכן העד כבר אינו עומד על דוכן העדים, ואינו יוכל להגיב או להפריך את הטענות הנטענות כלפיו. גם מומחים אינם מלאכים. יכול שבתיק מסויים תהא דעת השופט על מומחה, כפי שנטען על ידי ב"כ הנתבעים (בפרשת חליפה, פסה"ד ניתן ביום 26.12.04), ויכול שבמקרה אחר תהא הדיעה שונה, כפי שכל מומחה או בעל מקצוע יכול לקבל תשבחות בתיק מסויים, וביקורת בתיק אחר."

¹⁰ שם, ע' 2934.

לקיומה של חזקה זו סיבות רבות, בין היתר, ריבוי הרופאים ונגישות רבה יותר אליהם, ניסיון רב יותר, פתיחת שוק הרפואה, קיומם של בתי חולים – מרפאות – מכונים רפואיים פרטיים, אשר הביאו לכך שחוות הדעת הרפואיות כיום הן מצרך חיוני, בלשון נקייה. בנוסף, יש גופים אשר עוסקים ב"תיווך" בין הנפגע לבין המומחה, ובוחרים עבורו את המומחה המתאים.

כתוצאה מכל הגורמים האלה, חוות הדעת כיום חופשיות יותר, אין עוד חשש לרופא ליתן חוות דעת הנוגדת חוות דעת של מומחה הצד שכנגד. יוצא מכך, אין כיום כמעט רתיעה או מניעה ליתן חוות דעת כנגד "קולגה".⁷

מעטים המקרים בהם נזקקים לחוות דעת של רופא מחוץ לישראל בשל טעמים קולגיאליים.

יצוין שעמדה זו לא תמיד הייתה מוסכמת על בתי המשפט, כפי שיפורט להלן. לעיתים, בחרו בתי המשפט להעדיף מינוי של מומחה מטעמם, ולא דווקא בתחום הרפואי, ולא לסמוך על חוות דעתו של המומחה מטעם בעל הדין, מחשש לאובייקטיביות חוות דעת זו.⁸

שמירה על כבודו של המומחה

המצב הנוכחי בו מובאות בפני בית המשפט חוות דעת רבות, אשר לעיתים סותרות האחת את רעותה, מוביל לבעיה אחרת – זילות מעמדם של המומחים הרפואיים. כחלק ממאבקם המשפטי של בעלי הדין, מצאנו כי היו מקרים בהם בחרו בעלי הדין לתקוף את המומחה לגופו חלף תקיפת חוות דעתו. על כן, כשם שמעמדו של הרופא כידו הארוכה של בית המשפט מחייבת אותו לפעול ללא ניגוד עניינים ולסייע לבית המשפט להגיע לחקר האמת, כך חובתו של בית המשפט לשמור על כבודו ומעמדו של המומחה הרפואי.

בפרשת פלוני,⁹ נדונה תביעה בעילה של רשלנות רפואית, ונטען שבמהלך ההיריון לא אותר מומו של התובע, אשר נולד עם תסמונת "דאון" (התביעה הוגשה אף בעילת

⁷ תופעה דומה רואים בתחום תביעות רשלנות כנגד עו"ד – אם בעבר קשה היה למצוא עו"ד שייצג בתביעה שכזו, מטעמים קולגיאליים, הרי שכיום בעיה זו כלל אינה קיימת. להרחבה על חובותיו המקצועיות של עורך הדין ראו ת"א (מחוזי, ירו') 7445/05 אוהבי יעקב נ' עו"ד יעקב פודים, תק-מח 2008(1), 9418 (2008), וההפניות שם.

⁸ ראו: ע"פ 352/71 אברהם טל נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2), 107 (1972). עוד ראו להלן ה"ש 19 ו-60.

⁹ ת"א (ירושלים) 50/2847 פלוני נ' ד"ר רם כסיף, תק-מח 7002(1), 3392, 4192 (7002).

מבלי להיזקק לחוות דעתו של המומחה, אין הוא רשאי לקבל את חוות הדעת הרפואית ככתבה וכלשונה. בפסק דין נהר¹² הדגיש כב' השופט א' גרוניס כי על בית המשפט מוטלת **חובה** להעביר את חוות הדעת הרפואית תחת שבט הביקורת המשפטית:

"הלכה מושרשת היא, כי בית המשפט אינו מחויב לאמץ כ"כזה ראה וקדש" את המלצותיו של המומחה הרפואי. ההכרעה הסופית בכל השאלות השנויות במחלוקת, כמו גם בשאלות הרפואיות, שמורה לבית המשפט והוא אינו יכול להתנער מחובה זו. כפי שכבר נאמר, עוד לפני חוק הפיצויים:

"בית המשפט, ולא המומחה, הוא הפוסק האחרון גם בשאלות הרפואיות, שנמסרו לחוות דעתו של המומחה, ולהלכה אינו חייב בית המשפט לפסוק על-פי חוות-הדעת של המומחה" (ע"א 16/68 רמת סיב בע"מ נ' דרזי, פ"ד כב(2) 164, 168).

אמנם, על דרך השגרה לא יטה בית המשפט להתערב בקביעות שבחוות הדעת הרפואית של מומחה שמינה, המתבססת על הידע והמומחיות של איש המקצוע. עם זאת, בהיותו הפוסק האחרון, רשאי בית המשפט וגם מחויב להעביר תחת שבט ביקורתו את חוות דעתו של המומחה הרפואי. יש לזכור, כי עדותו של המומחה מטעם בית המשפט אינה אלא ראייה מתוך מכלול הראיות. בית המשפט, רשאי על פי שיקול דעתו לסטות במקרים מסוימים באופן חלקי או מלא ממסקנות המומחה הרפואי".

מן המקובץ עולה כי המומחה מטעם בית המשפט משמש כידו הארוכה של בית המשפט והינו מעין Officer of the Court.¹³ ככזה חב המומחה בחובות הגינות ונאמנות

¹² ע"א 3212/03 יצחק נהרי נ' דולב חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2005(4), 1724, 1727 (2005).

¹³ כפי שנאמר כבר בפסה"ד שצוטט בה"ש 6 לעיל ובטקסט שמעליה, חזקת האובייקטיביות המלאה מתייחסת גם למומחה המעיד מטעם בעל דין. הדברים מובהרים היטב לעיל. אולם החזקה ניתנת לסתיירה. בדיקת מהימנות העדות אינה משימה קלה והיא מוטלת ראשית על באי כוח הצד שכנגד, אך גם על בית המשפט. למצער, במקום בו מוכח כי המומחה פועל בניגוד לחובת הנאמנות כלפי בית המשפט יש המציעים לנוג בחומרה. הוצע לבדוק אפשרות שימוש בדין הפלילי, כבכל עדות שאינה אמת. ר' לעניין זה: אברהם סהר, "חוות דעת רפואית", **רפואה ומשפט**, 26 (מאי 2002) עמ' 6, אברהם סהר, "חוות-דעת רפואית – אמינות, אתיקה ושכר טרחה", **הרפואה**, 146,

אין הכוונה לכך שבית המשפט מנוע מלבחון את חוות הדעת, ובמקרה הצורך אף לא לקבלה, אלא ששיקוליו של בית המשפט בבחון את חוות הדעת הרפואית הינם שיקולים לגופה של חוות דעת ולא לגופו של מומחה.

המישורים בהם בוחן בית המשפט את עדות המומחה

על המישורים בהם בוחן בית המשפט את עדות המומחה עמד כב' השופט י' קדמי בע"פ 1839/92 **עאטף אשקר**¹¹:

"ככלל, עדותו של מומחה נבחנת על ידי בית המשפט בשני מישורים: מישור המהימנות האישית - במסגרתו נבחנת מהימנותו של המומחה ככל עד אחר; ומישור האמינות המקצועית - במסגרתו נבחנים רמתו המקצועית של המומחה, וטיב ואופי הבדיקה או הבירור האחר שערך ואשר מכוחם הגיע למסקנותיו. על פי שנים אלה - נקבעת בדרך כלל יכולתו של בית המשפט לאמץ את חוות דעתו ולסמוך עליה מימצאים לצרכי הכרעה בהליך המשפטי שבמסגרתו הוגשה חוות הדעת כראיה".

המישורים אפוא, בהם בוחן בית המשפט את עדותו של המומחה הינם מישור המהימנות האישית, בו נבחנת עדותו של כל עד, ומישור האמינות המקצועית, מישור ייחודי לעדותו של מומחה. באשר למישור המהימנות האישית, הרי שלאור מעמדו של המומחה כידו הארוכה של בית המשפט ומאחר שתפקידו, כאמור, הוא לסייע לבית המשפט להגיע לחקר האמת, סביר שמומחה העושה מלאכתו נאמנה לא ייכשל במישור זה. באשר למישור האמינות המקצועית, יש להבהיר כי בית המשפט אינו יכול לבחון את רמתו המקצועית של המומחה באופן ישיר, מאחר והוא נטול מומחיות בתחום הנדון. בית המשפט יבחן את רמתו המקצועית של המומחה בהתאם ל"ראיות חיצוניות", משמע – סתירת עמדתו המקצועית על ידי הצד שכנגד, התמודדות עם דעות הסותרות את דעתו בספרות המקצועית, מאמרים וכדו'. עיקר תפקידו של בית המשפט בבחינת המישור המקצועי הינה הנתונים הלבר-רפואיים, בין היתר העובדות אשר היוו את הבסיס לחוות הדעת ועוד.

על אף שבית המשפט אינו בקיא בתחום הרפואי ואין הוא יכול לקבוע קביעות רפואיות מן הבחינה העובדתית

¹¹ ע"פ 1839/92 **עאטף אשקר נ' מדינת ישראל**, תק-על 94(3), 431, 435 (1994).

חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975

בניגוד לדין הכללי, שבו נדון בהמשך, למינוי מומחה רפואי בתביעות המוגשות על פי חוק הפיצויים נקבע הסדר ייחודי. הדין קובע כי התובע אינו מחויב לסמוך את תביעתו בחוות דעת רפואית ואף אין לו רשות לכך. המומחה בתביעות על פי חוק הפיצויים ממונה אך ורק על פי שיקול דעתו של בית המשפט, ולאחר שזה נכח כי ישנו צורך בכך על מנת לקבוע את נזקו של התובע.

ההסדר הייחודי בחוק הפיצויים נחקק בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון מס' 5), תשמ"ה-1985,¹⁸ ובמסגרת תיקון זה נוספו סעיפים 6א ו-6ב לחוק הפיצויים (ראו להלן). בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב:¹⁹

"נושא חוות דעת של מומחים הסותרות זו את זו מעורר בעיות קשות ביותר בבתי המשפט וזכה לביקורת חריפה הן מצד שופטי בתי המשפט והן מצד הגופים הנזקקים להם. המצב כיום הוא בלתי נסבל, כאשר לפני בית המשפט הדין בתביעות פיצויים לנפגע בתאונת דרכים מובאות שתי חוות דעת רפואיות: אחת של התובע והשנייה של חברת הביטוח, ולרוב אין מנוס מבקשת חוות דעת שלישית של מומחה שקבע בית המשפט. מצב זה גורם לסחבת ולבזבז משווע של משאבים ומוצע לבטלו.

ועדת המשנה לייעול ההליכים במשפטים אזרחיים בראשות השופט יעקב מלץ מצאה גם היא כי המצב לקוי והמליצה לתקן את הוראות תקנה 172 לתקנות סדר הדין האזרחי בהוראה שתחול על כלל תביעות הנזיקין.

ההצעה המובאת כאן מאמצת את המלצות ועדת מלץ תוך הגבלת התיקון למגזר תביעות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים וזאת במגמה לבדוק תחילה הפעלתן במגזר זה..."

לאור ריבוי בקשות למינוי מומחים בבית המשפט השלום בתל אביב נזקק כב' השופט י' הראל, בהחלטה אחת בעשר בקשות במאוחד, למהות הבקשות מסוג זה.²⁰

¹⁸ ס"ח תשמ"ה מס' 1129 מיום 8.1.1985 עמ' 16.

¹⁹ ה"ח תשמ"ד מס' 1674 עמ' 192.

²⁰ ת"א (שלום, ת"א) 24794/05 ארביב נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 14.8.2005). (להלן: "פרשת ארביב"), פסקה 16.

כלפי בית המשפט. מנגד, חובתו של בית המשפט לשמוע על כבודו ומעמדו של כל מומחה, בין אם הוא מונה מטעם בית המשפט ובין אם הובא מטעם בעלי הדין, ולהקפיד כי חוות דעתו תיבחן רק לגופם של דברים. לסיכום, הביקורת השיפוטית על חוות דעת המומחה נחלקת לשני חלקים: הערכת מהימנותו האישית של המומחה והערכת מהימנותו המקצועית של המומחה.

מינוי המומחים

מינוי מומחה מטעם בית המשפט, והשיקולים לכך, נבחנים גם לאור הוראת החוק נושא התביעה המתבררת. לא הרי מינוי מומחה על פי חוק פיצויים לנפגע תאונות דרכים, תשל"ה-1975¹⁴ (להלן: "חוק הפיצויים") כהרי מינוי מומחה על פי הדין הכללי – הוכחת נזק על פי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]¹⁵ (להלן: "הפקודה" או פקודת הנזיקין) בהתאם לכללים הדיוניים הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984¹⁶ (להלן: "התקנות" או "תקנות סדר הדין האזרחי").¹⁷

חוברת ז' (יולי 2007), 534 (להלן: "סהר – אמינות, אתיקה ושכר טרחה").

¹⁴ ס"ח תשל"ה עמ' 234.

¹⁵ דיני מדינת ישראל, נוסח חדש, מס' 10 מיום י"ט בניסן תשכ"ח (17.4.1968) עמ' 266.

¹⁶ ק"ת 4730, תשמ"ה, עמ' 342.

¹⁷ על מינוי מומחים בכלל ומומחים רפואיים בפרט בבית המשפט לענייני משפחה ובבתי הדין לעבודה חלות הוראות מיוחדות: מינוי המומחים בבתי המשפט לענייני משפחה הוסדר בסעיף 8(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 הקובע כי **"מונה מומחה או יועץ מטעם בית המשפט, לא יהיה בעל דין רשאי להביא עדות נוספת של מומחה מטעמו, אלא ברשות בית המשפט"**, וכן חלה על מינוי מומחים בבתי המשפט לענייני משפחה הוראת תקנה 258"ב (ז) לתקנות סדר הדין האזרחי, שהינה חלק מהתקנות העוסקות בתובעות בענייני משפחה, הקובעת ש**"בעל דין לא יגיש חוות דעת של מומחה מטעמו אלא לאחר שבית המשפט בחן אם ליתן צו על פי סעיף 8(ג) לחוק"** (על כך ראו: ע"מ (תל-אביב-יפו) 1104/04 י"נ נ' ר' נ', תק-מח 2005(3), 4461 (2005); ת"ע (תל-אביב) 5070/00 יהשוע מנור נ' עזבון המנוח בן עמי מנור, תק-מש 2002(3), 16 (2002); ת"ע (תל-אביב) 13800/99 יוסף יועז נ' ד"ר יהלום מלכה, תק-מש 2003(3), 180 (2003); תמ"ש (חדרה) 3920/06 ק.א. נ' ק.מ., תק-מש 2008(1), 167 (2008)).

מינוי מומחים בבתי הדין לעבודה אינו מוסדר כלל בדין, אלא הינו יציר הפסיקה אשר הוסדרה בהמשך בהנחיות נשיא בית הדין לעבודה. על פי ההנחיות, מומחה ממונה רק על פי מינוי של בית הדין ואף שאלות הבהרה המופנות אליו מועברות תחילה לעיונו של בית הדין ודורות את אישורו. פרקטיקה זו תוארה בדב"ע לה/05-05 המל"ל - שפיגל, פד"ע ו' 379, 381. חוקיותה של פרקטיקה זו נדונה בהרחבה ואושרה בבית המשפט העליון בג"צ 1199/92 אסתר לוסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(5), 734 (עוד ראו: רע"א 2508/98 מתן. י. מערכות תקשורת נ' מילטל תקשורת, פ"ד נג(3), 26 (1998); ע"א (חיפה) 4826/97 גאריסי יזיד נ' ברבארה סלים, תק-מח 98(3), 1248 (1998); דב"ע נה/0-116 המוסד לביטוח לאומי נ' איטה שטיין, תק-אר 2000(3), 2755 (2000); דב"ע נז/0-169 אברהם סמינוביץ נ' המוסד לביטוח לאומי, תק-אר 2000(3), 500 (1997)).

הוראות בדבר מינוי מומחה אשר יחוה דעתו בענין הנכות הרפואית של נפגע, או בכל נושא רפואי אחר, לרבות דרכי שיקומו של הנפגע, ובדבר סמכויותיו וחובותיו של המומחה.

(ב) מונה מומחה כאמור בסעיף קטן (א), יחולו הוראות אלה:

(1) בעלי דין יהיו רשאים להזמין את המומחה לבית-המשפט לחקירה, אולם לא יהיו רשאים להביא עדות נוספת של מומחה לענין הנדון אלא ברשות בית משפט מטעמים מיוחדים שיירשמו;

(2) כל צד יהיה רשאי להפנות אל המומחה, בכתב, שאלות הבהרה לחוות הדעת שנתן;

(3) בית המשפט יקבע את שכרו של המומחה, והוא ישולם בידי בעלי הדין או אחד מהם, כפי שיוורה בית המשפט.

על פי הרשאת המחוקק, הותקנו תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים), התשמ"ז-1986²¹ (להלן: "תקנות המומחים"), וזו לשון תקנה 7:

"7. מינוי מומחה בידי בית המשפט

(א) בית המשפט או הרשם יחליט בבקשה למינוי מומחה לאחר שנתן לבעלי הדין הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיהם בענין שטרם הוסכם עליו; החליט למנות מומחה או מומחים - תיערך ההחלטה לפי טופס 5".

הוראות אלה קובעות כי בעלי הדין אינם רשאים להביא מומחה מטעמם אלא ברשות בית המשפט, ועל בית המשפט לנמק את החלטתו, כאשר הוא מתיר הבאת חוות דעת של מומחה נוסף. מנגד, בטרם ימנה בית המשפט מומחים מטעמו, חייב הוא ליתן לצדדים הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיהם.

ראשית ראייה

השיקול הראשון המוטל על בית המשפט בטרם ימנה מומחה רפואי מטעמו על פי חוק הפיצויים, היא קיומה של ראשית ראייה לנכות בתחום בו מבוקש מינוי המומחה. ברי כי התובע יבקש למנות מומחים רבים ככל הניתן על

²¹ ק"ת תשמ"ז מס' 4982 מיום 1.11.1986 עמ' 126.

לאחר בחינת דברי ההסבר והשוני שבין הצעת החוק לבין לשון החוק, ציין בית המשפט בהחלטתו כי, בניגוד למקובל לומר, תיקון מס' 5 לא נועד למנוע מבעלי הדין את האפשרות להביא חוות דעת מומחה אלא נועד לפטור את בעל הדין מהחובה לעשות כן:

"מכאן עולה כי כל שביקש לעשות תיקון מספר 5 הוא לצמצם את אופן ניהול התיק, כמו גם לחסוך בהוצאות מיותרות. לא נבחנה האפשרות כי בית המשפט לא יאפשר לתובע להביא ראיות להוכחת עניינים שברפואה. שר המשפטים התבקש להתקין תקנות "בדבר מינויו של מומחה רפואי" ולא בדבר אי מינויו של מומחה רפואי.

איש אינו טוען כי יש לחסום בפני נפגע שעומדת לו עילה עפ"י הפקודה מלהוכיח עניין שברפואה באמצעות הגשת חוו"ד רפואית / תעודת רופא".

כאמור, טרם הוספת סעיף 6א לחוק, הוכחת הנזק נעשתה על פי סדרי הדין הרגילים כך שהיו מובאות חוות דעת מטעם הצדדים ובית המשפט היה צריך להכריע ביניהן, וכאשר לא ניתן היה לעשות כן מונה מומחה נוסף מטעם בית המשפט.

תוצאה זו עמדה בסתירה לכוונת המחוקק אשר קבע אחריות מוחלטת בתביעות בגין תאונות דרכים וזאת על מנת לייעל ולזרז את הדיונים בתחום זה. ה"מחיר" אשר שולם על הורדת שאלת האשם, הייתה הגבלת גובה סכום הפיצויים. כאמור בהצעת החוק, המצב בו הוכחת הנזק הייתה נתונה בידי הצדדים הביאה לסחבת ולבזבוז משווע של משאבים.

השאלה האם יש לפגוע בזכויות דינויות של צדדים בשם עקרון ייעול הדין אינה פשוטה כלל ועיקר, ובהמשך נציג שתי דעות בעניין זה.

מינוי מומחה רפואי על פי חוק הפיצויים

בתיקון 5 לחוק הפיצויים הוסף סעיף 6א לחוק, וזו לשונו:

"6א. מומחה רפואי

(א) שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת,

גם כב' השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בפרשת עלא,²⁴ הדגיש הלכה זו והגיונה:

"ככלל, אין מקום לדחות בקשה למינוי מומחים רפואיים עת קיימת ראשית ראיה לאפשרות קיומה של נכות עקב התאונה (רע"א 1338/90 שיק נ' מטלון, פ"ד מד(2) 216), שכן אי מינוי המומחה הרפואי על-ידי בית המשפט, עשויה לחסום בפני המשיב את הדרך להוכיח את נכותו".

לאחר קבלת הבקשה למינוי מומחה רפואי, לאור קיומה של ראשית ראיה לנכות הנטענת, יישקלו השיקולים שיפורטו להלן.

סוגית קיומה של ראשית ראיה נדונה אף ביחס להוכחת נזקו של הניזוק המשני – הניזוק העקיף.²⁵ כשם שכאשר מובאת בפני בית המשפט ראשית ראיה לנכותו של הניזוק העיקרי, על בית המשפט למנות מומחה לבחינת קיומה וחומרתה של אותה הנכות, כך כאשר מובאת ראשית ראיה לקיומן של נכות נפשית או נכות פיזית²⁶ של הניזוק העקיף, על בית המשפט להתיר מינוי של המומחה הנדרש. על כך עמד כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין בהחלטתו בעניין גיא ירון:²⁷

"... במקרה שלפנינו, מדובר על השלב המקדמי של מינוי מומחים. ההורים הביאו מסמכים שונים המצביעים על הקשיים הנפשיים שהם חוו בעקבות התאונה ועל הטיפולים הנפשיים שהם נזקקו להם לפי המלצות הגורמים השונים. מסמכים אלה לשיטתי מצביעים ולו על ראשית ראיה לאפשרות קיומה של פגיעה נפשית (ראו גם רע"א 1338/90 שיק נ' מטלון, פ"ד מד(2) 216;

²⁴ רע"א 9477/04 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' עבאדין עלא, תק-על 2004(4), 2063, 2064 (2004) (כן ראו: ת"א (תל-אביב-יפו) 59674/05 דובב משה נ' מנורה, חב' לביטוח בע"מ, תק-של 2008(1), 10837 (2008) (כב' השופט א' בכר)).

²⁵ באשר להעדפת המינוח "ניזוק עקיף" על פני המינוח "ניזוק משני" ראו פסקה 21 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין בע"א 9466/05 יעקב שוויקי נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(1), 4370 (2008).

²⁶ בעבר נחלקו בתי המשפט בשאלת ההכרה בנכות פיזית אצל הניזוק העקיף כנכות המזכה בפיצוי על פי הלכת אלסוחה (רע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבון דהאן, פ"ד מ"ד(3) 397 (1990)), אולם בפסק הדין בעניין שוויקי (לעיל ה"ש 25), נקבע כי הלכת אלסוחה חלה אף על נכות פיזית ולא רק על נכות נפשית.

²⁷ רע"א 9982/06 גיא ירון נ' יוסף שלום, תק-על 2008(1), 5333, פסקה 3 (2008).

מנת לבסס שיעור נכות גבוה יותר. מנגד, יתנגדו הנתבעים לריבוי מינויים, במטרה להמעיט בקביעת נכויות אשר אינן מבוססות.

ההלכה בדבר הצורך ב'ראשית ראיה' לפגיעה בתחום רפואי מסוים על מנת להביא למינוי מומחה רפואי מטעם בית המשפט, נקבעה בפרשת שיק נ' מטלון²² מפי כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור, ובבסיסה העיקרון שלא לסגור את דלתות בית המשפט בפני הניזוק מלהוכיח את נזקו:

"על פי תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים) התשמ"ז-1986, אין עומדת לנפגע בתאונת דרכים האפשרות להוכיח את טענותיו בענין שברפואה על ידי הבאת ראיות מטעמו. הדרך העומדת בפניו היא לבקש מינוי מומחה או מומחים רפואיים. דחית בקשתו למינוי כזה יש בה, על כן, לסגור בפניו את הדרך להוכיח שנותר עם מום או נכות כתוצאה מהתאונה, או כל ענין אחר רפואי. בנסיבות אלה, אין מקום לדחות בקשה למינוי מומחים רפואיים, כשקיימת ראשית ראיה לאפשרות קיומה של נכות עקב התאונה".

יודגש כי דברים אלו נאמרו מפי בית המשפט בטרם נכנסו לתוקף חוקי היסוד וטרם הוכרה זכות הפניה לערכאות זככות חוקתית.

הלכה זאת הכתה שורש בדין הישראלי ובית המשפט העליון (כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור בהסכמת כב' השופטים (כתוארו אז) א' ברק וש' לוין) חזר על הדברים בפרשת קמחי:²³

"על פי הלכת רע"א 1335/90 שיק נ' מטלון (פ"ד מד(2) 216), משהובר שקיימת ראשית ראיה לאפשרות קיומה של אותה פגיעה או נכות לה טוען תובע, וכי זו נגרמה עקב תאונה לה אחראים הנתבעים, אין לדחות את בקשתו למינוי מומחה רפואי, דחיה שיש עמה סגירת הדלת בפניו להוכיח את הפגיעה והנכות להם הוא טוען, אשר בהתקיימם עומדת לו עילת תביעה לפי חוק הפיצויים".

²² רע"א 1338/90 גבריאיל שיק נ' מטלון רונית, פ"ד מד(2), 216, 219 (1990).

²³ רע"א 863/93 התעשיה האווירית לישראל בע"מ נ' קמחי רחמים, פ"ד מז(4), 815, 818 (1993).

פ"ד מ(4) 690, 701). לתכלית הדיונית מצטרף גם רציונאל נוסף של צדק מהותי. החלת אותה דרגת נכות, אשר נקבעה ע"י המוסד לביטוח לאומי בתביעה שהוכרה על ידו כתאונת עבודה, גם בתביעה שמתבררת בבתי המשפט, עשויה לתרום לאחידות ראייתית ועובדתית. בענייננו, התקיים כאמור הליך ממצה במסגרת ועדות המוסד לביטוח לאומי, ומשכך, אין מקום לפתוח מחדש את סוגיית דרגת הנכות בגין התאונה הראשונה, זאת אף אם מונה מומחה לצורך הבירור הנוגע לתאונה השנייה."

מועד שמיעת הראיות

שאלה מרכזית שנדונה ביחס לנוסח סעיף 66 לחוק הפיצויים עסקה במועד "שמיעת הראיות". הוראת המחוקק אינה ברורה וניתן לפרשה בדרכים אחדות, ובתי המשפט נדרשו לצקת תוכן ללשון החוק ולהבהירה. על שאלת הפרשנות למונח "שמיעת הראיות" עמד כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור בהחלטה בעניין גבר:³⁰

"ההלכה היא, כי יש לראות את מועד הגשת חוות הדעת של המומחה הרפואי לתיק בית המשפט, כתחילת שמיעת הראיות לצורך סעיף 66 ב' הנ"ל. ממועד זה ואילך, עדיפה חוות הדעת מטעמו של המומחה על כל קביעה אחרת על פי דין והיא המחייבת לעניין קביעת דרגת נכותו של הנפגע (רע"א 1619/93 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' טטרו יאיר, פ"ד מ(4) 89). ודוק: תחילת שמיעת הראיות היא במועד קבלת חוות דעתו של המומחה. עצם מינויו של המומחה אינו מהווה תחילת שמיעת הראיות."

ההלכה קבעה כי מועד שמיעת הראיות הוא המועד בו הוגשה חוות הדעת לתיק בית המשפט. כפי שהודגש, עצם מינוי המומחה, אינו מחיל את ההגבלה הקבועה בסעיף. כך גם באשר למועד ביצוע הבדיקה.

בעניין זה אוסיף כי המונח בו בחר המחוקק לנקוט אינו פשוט, מאחר שלעיתים מוגשות חוות הדעת של המומחה בשלב קדם המשפט, והגדרת מועד זה כ"תחילת שמיעת הראיות" יכולה ליצור סתירה פורמאלית ביחס להליכים

³⁰ רע"א 5392/01 מוצטפא גבר נ' נסאסרה נאדל, פ"ד נו(1), 535, 537 (2001).

רע"א 4584/93 עות'מאן נ' אררט חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם)). בנסיבות אלה ולאור ההתפתחויות שחלו בפסיקה, נראה לי כי מן הדין למנות מומחה בתחום הנפשי לבדיקתם של ההורים, ולאחר שהלה ייתן את חוות-דעתו, ניתן יהיה לבחון אם מתקיימים מכלול הנאי הזכאות לפי הפסיקה הרלבנטית."

יובהר, כי לא בכל מקרה תותר הבאת הראיות בתחום הפגיעה העקיפה. טענה בדבר נזקים מסוג זה צריכה להיטען בכתבי הטענות, ואם התובע לא עשה כן, אזי אין להתיר את מינויים של המומחים ביחס לנזקים העקיפים.²⁸

סעיף 66 לחוק הפיצויים

לאור העקרונות העומדים בבסיסו של חוק הפיצויים, נחקק סעיף 66 לחוק, הקובע כי נכות אשר נקבעה לנפגע על פי דין, לפני תחילת שמיעת הראיות בתביעה אשר הוגשה בגין תאונת הדרכים, תחייב את הצדדים ובית המשפט גם בתביעה הנדונה. וזו לשון ההוראה:

"66. קביעת דרגת נכות לפי חוק אחר

נקבעה על פי כל דין דרגת נכות לנפגע בשל הפגיעה שנגרמה לו באותה תאונת דרכים, לפני שמיעת הראיות בתביעה לפי חוק זה, תחייב קביעה זאת גם לצורך התביעה על פי חוק זה; ואולם בית משפט יהיה רשאי להתיר לבעל דין בתביעה לפי חוק זה, להביא ראיות לסתור את הקביעה האמורה, אם שוכנע שמן הצדק להתיר זאת מטעמים מיוחדים שיירשמו."

על הרציונל העומד בבסיס חקיקת סעיף זה עמד כב' השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בפרשת מור:²⁹

"סעיף 66 לחוק הפיצויים נועד בעיקרו של דבר לפטור את בית המשפט מהליך מתמשך, מסובך ומורכב בקביעת דרגת הנכות של הנפגע (בר"ע 309/86 "אררט" חברה לביטוח בע"מ נ' אזולאי,

²⁸ בש"א (ירושלים) 2008/05 פלונית נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 2005(2), 6175, 6176 (2005) (וראו התייחסות להחלטה זו בפסק הדין בת"א (ירושלים) 5087/03 פלונית נ' "סהר" - חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 2007(1), 12353, 12369 (2007).

²⁹ רע"א 4484/06 מור נ' אישי ישרי חברה לביטוח (1996) בע"מ, תק-על 2006(3), 4910, 4911 (2006).

חלה החמרה במצבו של נפגע, או שנתגלתה בו נכות עקב התאונה, אשר הועדה הרפואית לא נתנה דעתה אליה, הצדק מחייב שעניין קיומה של נכות זו יתלבן והנפגע לא יקופח על ידי התעלמות מקיומה, רק משום שזו לא עלתה, או לא יכולה היתה לעלות על שולחן דיוניה של הועדה הרפואית. מצב דברים דומה אשר יצדיק מתן היתר להביא ראיות לסתור יחול, כמובן, גם במקרה שעל פי מסמכים רפואיים שיובאו בפני בית המשפט חלה הטבה (ולא רק הרעה) במצב נכותו של הנפגע מאז נקבעה דרגת נכותו על ידי הועדה הרפואית".

כעולה מדבריו, התרת הבאת ראיות לסתור אמורה להיות החריג לכלל, ולא תרוקן מתוכן הוראת סעיף 66 לחוק הפיצויים. לדברי כב' השופט אור, הצדקה להתרת הבאת ראיות לסתור הינה הבאת הוכחה שחל שינוי במצבו של הנפגע, בין לטובה ובין לרעה. כמו כן, כאשר מוכח כי ישנה נכות אשר הועדה הרפואית התעלמה ממנה, אזי אין להטיל את מחדלה של הועדה הרפואית על כתפי הנפגע ויש להתיר לו להביא ראיות לסתור. כמובן שיתכנו מקרים בהם תצא שגגה תחת ידי הועדה הרפואית של המוסד לביטוח לאומי והיא תקבע נכות אשר אינה קיימת, או אז, יש להתיר לנתבע להביא ראיות לסתור קביעה זו.

על דברים אלו חזר בית המשפט העליון (כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין) בפרשת אלוש:³²

"ואכן, אחד המקרים שבהם עשוי בית המשפט להתיר הבאת ראיות לסתור הוא המקרה שבו מתברר כי בפני הועדה הרפואית לא היו עובדות בעלות-חשיבות, הנוגעות למצבו הרפואי של הנפגע עובר לתאונה, שלו היו בפניה היו מביאות לתוצאה שונה (ע"א 5779/90 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' טיאהר עבדול אחמד, פ"ד מה(4) 77 (1991))."

בבית המשפט המחוזי בת"א, נדונה בפני כב' השופט מ' אילן, בקשה למינוי מומחה מטעם בית המשפט כראיה לסתור (פסק הדין לא פורסם). עובדות המקרה היו כי התובע נפגע בשתי תאונות שונות כאשר ביחס לכל

³² רע"א 7682/06 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' חיים אלוש, תק-על 2007(2), 4715, 4718 (2007).

אחרים הננקטים בקדם משפט, הליכים אשר אם לא ננקטו במועד אין בעל הדין יכול לקיימם לאחר מכן (ראו תקנה 149(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי). מכאן יש להסיק כי כוונת המחוקק לא הייתה להגביל את יתר ההליכים הננקטים טרם תחילת שלב ההוכחות, אלא רק לקבוע גבול לתחולת סעיף 66 לחוק, וראוי היה כי כך ייכתב במפורש מועד הגשת חוות הדעת ולא מונח מעורפל כמועד תחילת שמיעת הראיות.

מינוי מומחה כראיות לסתור

הסוגיה של ראיות לסתור היא סוגיה מורכבת וראוי לייחד לה רשימה נפרדת, אולם ברשימה זו נתייחס למספר עניינים מצומצם, הנוגע לעניינה העיקרי של הרשימה.

על פי הוראת סעיף 66 לחוק, לאחר שנקבעה נכות על פי דין, רשאי בית המשפט להתיר לבעל דין להביא ראיות לסתור, כאשר לא אחת ממונה במצבים אלו מומחה מטעם בית המשפט לבקשת צד.

שאלת הצדקת מינוי מומחה מטעם בית המשפט בהסתמך על הסיפא של סעיף 66 לחוק הפיצויים נדונה על ידי כב' השופט ת' אור בפרשת קמחי:³¹

"האם היתה הצדקה בענייננו למנות מומחים רפואיים כפי שמינה בית המשפט בהסתמך על הסיפא של סעיף 66? כפי שנקבע לא אחת, יקפיד בית המשפט עם המבקש להביא ראיות לסתור. הבאת ראיות לסתור תותר רק בנסיבות חריגות, שאם לא כן עשויה נפקותו וחשיבותו של סעיף 66 להתרוקן מכל תוכן (רע"א 634/85 עודה נ' 'רותם', פ"ד לט(4) 505; ע"א 575/88 קריכלי נ' בוחר, פ"ד מג(3) 606, 607; ע"א 5779/90 'הפניקס' בע"מ נ' עבדול אחמד, פ"ד מה(4) 77, 82, והאסמכתאות שם).

אך הכל מסכימים, שאם חל שינוי במצבו של הנפגע מאז נקבעה דרגת נכותו על פי כל דין ועד לדיון בבית המשפט, יצדיק שינוי כזה הבאת ראיות לסתור (ראו רע"א 634/85 הנ"ל; רע"א 641/85 'ציון' חברה לביטוח בע"מ נ' סיסו, פ"ד מ(3) 138; ע"א 563/88 אשל נ' 'צור' חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 520; רע"א 129/89 הורביץ נ' ואסילה (לא פורסם) וע"א 5779/90 הנ"ל). בנסיבות בהן

³¹ לעיל, ה"ש 23, ע' 822.

כאשר הקביעה הסותרת הייתה בחוות דעת רפואית שהוגשה על ידי אחד מבעלי הדין, סירב בית המשפט להכיר בכך כטעם להצדקת הבאת ראיות לסתור. כך נקבע על ידי כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור, בהחלטה בעניין ליפשיץ:³⁴

"פסקנו לא אחת כי בעצם קיומו של פער בין דרגת נכות שנקבעה על פי דין לבין האמור בחוות דעת רפואית שמגיש אחד מבעלי הדין, אין כל טעם המצדיק הבאת ראיות לסתור (ראו: רע"א 641/85 ציון נ' רחמים סיסו, פ"ד מ(3) 138; ע"א 5779/90 הפניקס נ' טיאהר עבדול אחמד, פ"ד מה(4) 77)".

בניגוד לכך, כאשר ועדות רפואיות של המוסד לביטוח לאומי קבעו שתי נכויות סותרות, האחת לעניין הנכות הכללית והאחרת לעניין הנכות עקב תאונת עבודה, התיר בית המשפט לצד המעוניין להביא ראיות לסתור. סוגיה זו נדונה בבית המשפט (כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור) בפרשת גירת:³⁵

"כבר נפסק, כי קביעה סותרת של ועדה רפואית של המוסד לביטוח לאומי לעניין נכות כללית יכולה לשמש כראיה המצדיקה מתן רשות להבאת ראיות לסתור קביעה של ועדה רפואית של המוסד לביטוח לאומי בדבר נכות עקב תאונת עבודה (רע"א 129/89 הורוביץ נ' ואסילה, תק-על 89(3), 1565; רע"א 863/93 התעשייה האוירית לישראל בע"מ נ' קמחי רחמים, פ"ד מז(4) 815; רע"א 1159/99 פנחס נחמני ואח' נ' חליל מרים, תק-על 99(2), 39). אולם, לא כל סתירה בין החלטות הועדות תשמש, אוטומטית, בסיס לקבלת בקשה להביא ראיות לסתור".

סוגיה נוספת בה דנה הפסיקה, הינה היחס שבין סעיף 6 לחוק הפיצויים לבין תקנה 19 לתקנות המומחים. תקנה זו כותרתה "מומחה בראיות לסתור", וזו לשונה:

"קבע בית המשפט כי נסתרה קביעתה של דרגת נכות כאמור בסעיף 6 לחוק והחליט למנות מומחה, יחולו הוראות תקנות אלה, בשינויים

תאונה הוקמה ועדה רפואית ונקבעה נכות על ידי ועדה מטעם המוסד לביטוח לאומי. לאחר שבית המשפט בחן את החלטות הוועדות הרפואיות הוא הגיע למסקנה שלא ניתן לקבוע אילו ליקויים נובעים מאיזו תאונה ועל כן מינה מומחה רפואי מטעמו. על כך הוגש ערעור לבית המשפט העליון,³³ בו קבע כב' השופט י' טירקל:

"עיינתי בהחלטותיהן של הועדה הרפואית של המל"ל שקבעה את נכותו של המשיב אחרי התאונה הראשונה ושל הועדה הרפואית שקבעה את נכותו אחרי התאונה השנייה, בחומר הרפואי שהוגש לבית המשפט ובטענות בעלי הדין לפניו, ונראה לי כי צדק בית המשפט במנותו את המומחה. כפי שציינתי, אין בכוחו של בית המשפט לברר את השאלה הרפואית, אילו ליקויים יש לייחס לאיזו תאונה. בירור של שאלה כזאת על ידי מינוי מומחה בא בגדר "ראיות לסתור" קביעתה של הועדה השנייה, שניתן היה, אולי, לסבור שהיא מתייחסת לתוצאות התאונה השנייה בלבד.

ראוי לציין כי אחד השיקולים להתיר הבאת ראיות לסתור הוא "כשלפני הוועדה הרפואית לא היו עובדות רלוואנטיות חשובות, הנוגעות למצבו הרפואי של הנפגע קודם התאונה, ואשר לו היו לפניו, בוודאי היו מביאות לתוצאה שונה" (ע"א 5779/90 הפניקס הישראלי" חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' טיאהר עבדול אחמד, פ"ד מה(4) 77, 82; עיינו גם אליעזר ריבלין תאונת הדרכים - סדרי דין וחישוב הפיצויים (מהדורה שנייה, תשנ"ו) - 304-302). סבורני שזה המצב כאן".

בדבריו, קבע בית המשפט העליון כי אי בהירות מסוג זה מצדיקה הבאת ראיות לסתור וכמו כן, חזר על ההלכה כי יש להתיר הבאת ראיות לסתור כאשר מוכח שמול הוועדה הרפואית לא הונחו מלוא הנתונים.

טענה נוספת המועלית מדי פעם על ידי בעלי הדין, לפיה קיומה של קביעה סותרת הינה טעם מספיק על מנת להתיר הבאת ראיות לסתור, נדונה לא פעם בפני בית המשפט.

³⁴ רע"א 4195/02 סהר-ציון חברה לביטוח נ' יורי ליפשיץ, פ"ד נו(5), 774, 777 (2002).

³⁵ רע"א 10272/02 גירת שלמה נ' הדר חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2003(2), 12, פסקה 3 (2003).

³³ ע"א 6553/96 צור-שמיר חברה לביטוח נ' אהרון מלצר, פ"ד נג(1), 611, 616 (1999).

המחויבים, ובית-המשפט יקבע את המועדים לענין תקנות 2 ו-3³⁶.

בפרשת פרץ³⁶ נטען כי על פי נוסחה של תקנה 19 הנ"ל בית המשפט אינו רשאי למנות מומחה כל עוד לא נסתרה דרגת הנכות, ובמינוי מומחה על ידי בית המשפט ללא סתירת דרגת הנכות יש משום דילוג על שלב הכרחי הקבוע בתקנה. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט, תוך בחינת פרשנות התקנה:

"לאור פרשנותה של תקנה 19 כיצד? תקנה זו אמנם קובעת, לכאורה, שמותר למנות מומחה בגדרה רק אם נסתרה דרגת נכות "כאמור בסעיף 6 לחוק", אך סעיף 6 לחוק אינו דן ב"סתירת דרגת נכות" אלא בהיתר שבית המשפט רשאי לתת לבעל דין להביא ראיה לסתור; נמצא שנוסחה של תקנה 19 בטעות יסודו ויש להתאים אותו לאמור בסעיף 6ב, ממש כפי שנקבע בתקנה 18 לתקנות הקודמות; שאם לא תאמר כך, תתעורר השאלה מה נותר עוד לבית המשפט לעשות לאחר שנסתרה דרגת הנכות?"

המשיב בפרשת פרץ טען כי לשון תקנה 19 מביאה למסקנה שיש שלושה שלבים בטרם יקבע בית המשפט את נכותו של הניזוק: השלב הראשון הוא התרת הבאת ראיות לסתור; השלב השני הוא קביעה כי נסתרה קביעת הנכות על פי דין, ורק בשלב השלישי קובע בית המשפט את נכותו של הניזוק. פרשנות זו נדחתה בזו הלשון:³⁷

"החלוקה להליך תלת שלבי אינה מקובלת עלינו. אם התיר בית המשפט הבאת ראיות לסתור (השלב הראשון) והובאו הראיות לסתור, שומה על בית המשפט לקבוע את דרגת הנכות על יסוד מכלול הראיות (השלב השני) ושלב נוסף אינו דרוש; נמצא כי הקביעה שנסתרה דרגת הנכות נבלעת בקביעת דרגת הנכות החדשה ואם קבע בית המשפט דרגת נכות חדשה, שוב אין הוא נזקק עוד למינוי מומחה לפי סעיף 19; משמע שהפירוש של תקנה 19 שהמבקש טוען לו אינו קביל".

³⁶ רע"א 2497/90 פרץ ויקטור נ' הסנה חברה ישראלית לביטוח, תק-על 1204(3), 1204, פסקה 4 (1990).
³⁷ שם, שם.

מהאמור עולה כי תקנה 19 נועדה רק להסדיר את אופן עבודתו של המומחה כאשר הוא מתמנה **לאחר** קבלת הבקשה להבאת ראיות לסתור. על פי התקנה יש לראות במומחה זה כאילו מונה מלכתחילה על פי תקנות המומחים.³⁸

מינוי מומחה על פי חוק הפיצויים - סיכום

כאמור, בתביעות על פי חוק הפיצויים אין הדין מתיר לבעלי הדין להביא חוות דעת של מומחים רפואיים מטעמם, וכי צד המעוניין להוכיח את נזקו באמצעות חוות דעת רפואית יתכבד ויגיש לבית המשפט בקשה למינוי מומחה כזה. בית המשפט, בטרם ייתן את החלטתו ישמע את טענות הצדדים ויבחן הם יש **ראשית ראיה** לקיומה של הנכות הנטענת.³⁹ ובהתברר כי כך הדבר, ימנה בית המשפט מומחה בתחום הנדרש.

זאת כל עוד לא נקבעה נכות על פי דין אחר. כאשר נקבעת נכות על פי דין אחר, במצב בו טרם הוגשה לתיק בית המשפט חוות דעתו של המומחה שמונה על ידי בית המשפט, אין להיזקק יותר לחוות הדעת, אלא הנכות היא זו אשר נקבעה על פי דין. על אף זאת, רשאי בית המשפט להתיר הבאת ראיות לסתור, ובין היתר למנות מומחה מטעמו כראיה לסתור, כאשר יש נימוקים כבדי משקל.

כנימוקים המצדיקים הבאת ראיות לסתור נמנו, בין היתר:

³⁸ ת"א (שלום, חיפה) 4517/03 רוסתמי כרמי נ' ביטוח חקלאי אגודה שיתופית מרכזית בע"מ, תק-של 2005(2), 13117 (2005). כן ראו: ת"א (מחוז, תל-אביב) 289/85 ברוך ברזילי נ' ציון חברה לביטוח, תק-מח 2(1993), 164 (1993).

³⁹ יודגש כי בדרך כלל עיתוי הבקשה למינוי המומחה לא תהווה טעם יחיד לאי קבלת הבקשה. ברע"א 1637/98 שוחט נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2(1998), 395 קבע כב' השופט א' גולדברג כי אין לדחות בקשה המוגשת באיחור אך עקב האיחור, אולם הוא הגביל החלטתו למצב בו "טרם הגישה המשיבה כתב הגנה, וסדרי הדין לא נפגעו ולא עוכבו עקב האיחור בהגשת הבקשה" (שם, ע' 396). כב' השופט ר' ג'רגוריה, בהחלטתו בבש"א (חיפה) 12674/04 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' הדי ביצ'י, תק-מח 4(2004), 6327, דן בסוגיה זו ומדבריו עולה כי לו היה מוכח בפניו כי מדובר בנכות אשר התגלתה תוך כדי ניהול ההליך אזי היה מקום לאפשר את מינוי המומחה, על אף שדרך המלך הינה הגשת הבקשה יחדיו עם כתב התביעה. סוגיה זו שבה ונדונה לאחרונה ברע"א 1240/08 משיח נ' כלל חברה לביטוח (לא פורסם, 1.5.2008), שם נקבע כי כאשר הוגשה בקשה למינוי מומחים יחד עם כתב התביעה אולם לא מונו כל המומחים, על בית המשפט לבחון את הצורך במינוי המבקש לגופו (ראשית ראיה וכו') אף כאשר מתעורר הצורך בכך בשלבים מתקדמים של ההליך. על פי קביעת בית המשפט, עיתוי הדיון בבקשה אינו יכול להוות טעם לדחייתה.

הרשם מכך, לא יזקק בית המשפט להוכחה של ענין שברפואה מטעמו לענין הנדון.

(ב) בעל דין שלא נענה לדרישה לפי תקנה 128(א) או 132, או להוראה של בית המשפט או הרשם לפי תקנה 135, או שלא נענה במידה מספקת, ואי ההיענות היתה ללא הצדק סביר, לא יזקק בית המשפט להוכחה של ענין שברפואה מטעמו לענין הנדון.

(ג) בעל דין שלא עשה כאמור בתקנה 129, לא ישמע בית המשפט עדות של מומחה מטעם בעל הדין, אלא אם כן ראה לנכון לעשות כן מטעמים מיוחדים שיירשמו".

כך, בעל דין שלא צירף חוות דעת רפואית לכתב הטענות שלו, יהיה מנוע מלהוכיח טענות שברפואה, אלא אם כן בית המשפט או הרשם פטר אותו מצירוף חוות הדעת הרפואית.

בהמשך, מסדירות התקנות את הדרך בה ניתן לסתור חוות דעת רפואית. על פי תקנה 128, בעל דין המעוניין לחלוק על חוות הדעת הרפואית מטעם יריבו רשאי לדרוש כי הניזוק ייבדק על ידי מומחה מטעמו. חוות הדעת תוגש לבית המשפט, אלא אם פטר בית המשפט או הרשם את בעל הדין מהגשתה. זו לשון התקנה:

"128. בדיקה רפואית והגשת חוות דעת מטעם

בעל דין אחר

(א) הגיש בעל דין חוות דעת בענין שברפואה, רשאי בעל דין אחר לשלוח לו, תוך שלושים ימים מהיום שהומצאה לו חוות הדעת, דרישה בכתב להעמיד את נושא חוות הדעת לבדיקה בידי רופא או מומחה רפואי מטעמו, ובלבד שהודיע לבעל הדין שהגיש את חוות הדעת שימציא לו, לפי דרישתו, העתק חוות דעת של הרופא או המומחה הרפואי מטעמו תוך זמן סביר לאחר הבדיקה.

(ב) רצה בעל דין לחלוק על טענת בעל דינו, יגיש לבית המשפט, תוך ששים ימים מהיום שהומצאה לו חוות הדעת, או תוך זמן ארוך יותר שקבע בית המשפט או הרשם, חוות דעת מטעמו, במספר עתקים כמספר עתקי כתב טענותיו; אולם רשאי בית המשפט או הרשם לפטור בעל דין מהגשת חוות דעת מטעמים מיוחדים שיירשמו".

1. שינוי במצבו של הניזוק;

2. מחדל של הוועדה הרפואית – התעלמות מהנכות הנטענת;

3. אי בהירות באשר לנזקים אשר נבעו מהתאונה;

4. קביעות נכות של המל"ל הסותרות אחת את השניה.

מינוי מומחה רפואי על פי הדין הכללי

כפי שצויין לעיל, מינוי המומחה הרפואי על פי חוק הפיצויים הינו הסדר ייחודי וחריג. הכללים למינוי מומחה בכלל, ורפואי בפרט, בתביעות שלא על פי חוק הפיצויים נקבעו בתקנות סדר הדין האזרחי.

החקיקה

תחילה נביא את לשון התקנות הרלוונטיות לענייננו.

התקנה הראשונה על פי סדר הכתיבה הינה תקנה 126. תקנה זו דנה במומחה אשר ייעץ בעבר לבעל דין בעניין נשוא התביעה, והיא תידון להלן בנפרד.

לענייננו נחל בתקנה 127 אשר דנה בהוכחת עניין שברפואה:

"127. חוות דעת רפואית

רצה בעל דין להוכיח ענין שברפואה לביסוס טענה מטענותיו, יצרף לכתב טענותיו תעודת רופא או חוות דעת של מומחה, לפי הענין, שנערכה לפי סעיף 24 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן - חוות דעת); אולם רשאי בית המשפט או הרשם לפטור בעל דין מצירוף חוות דעת מטעמים מיוחדים שיירשמו".

מכאן, ככלל, בעל דין המבקש להוכיח עניין שברפואה, נדרש לצרף לכתב הטענות חוות דעת רפואית התומכת בטענתו, כדי לבסס עילת התביעה.

המחוקק לא הסתפק בקביעת החובה לצרף חוות דעת רפואית לכתב הטענות, אלא קבע גם את הסנקציה שתחול על מי שלא עומד בתנאי זה. הסנקציה נקבעה בתקנה 137:

"137. אי קיום התקנות

(א) בעל דין שלא עשה כאמור בתקנה 127 או בתקנה 128(ב) ולא פטר אותו בית המשפט או

מן המקובץ עולה, כי על פי הדין הכללי צד הרוצה להוכיח דבר שברפואה, או לסתור חוות דעת רפואית אשר הגיש הצד היריב, חובה עליו לצרף חוות דעת רפואית התומכת בעמדתו.

באשר לרציונל העומד בבסיס החובה לצרף חוות דעת רפואית מטעם בעלי הדין לכתבי הטענות הרחיבה כב' השופטת ע' זינגר בפרשת שולמית בוטבול:⁴⁰

"ככל הנוגע לשיקולים הרלוונטיים יש להתחשב בכך שהצורך בהגשת חוות דעת רפואית עם הגשת התביעה, על העלויות הכרוכות בכך - יש בו להוות בפועל מעין "מסננת" לרצינות התביעה. כך ככל שהתובע בטוח יותר בצדקת טענותיו, ממילא אף אם המעות אינן מצויות בכיסו, יפעל להשגת המימון הנדרש להוכחתה. מנגד אם התובע עצמו מסופק האם הנתבע אחראי לנזק הנטען ו/או האם נגרמה הנכות הנטענת, ממילא לא ירצה לסכן כספו ובמיוחד מקום בו אין הוא בעל ממון. החובה לצרף חוות דעת, מבחינת שיקול זה, יש בה לא רק למנוע הגשת תביעות סרק ובכך למנוע בזבוז זמן שיפוטי, אלא גם להגן על הנתבע. כך נתבע לא ייגרר להוצאות כספיות, בטרם הוכיח התובע הן את רצינות תביעתו והן שיש בפיו טיעון ממשי".

כפי שעולה מדברים אלה, דרישה זו נועדה למנוע הגשת תביעות סרק שאין בבסיסן דבר, ולמנוע בכך בזבוז זמן שיפוטי ופגיעה בלתי מידתית בנתבע.

לבד מן האמור, קובעות התקנות גם את האפשרות למינני מומחה מטעם בית המשפט:

"130. מומחה מטעם בית המשפט

(א) בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת ולאחר שנתן לבעלי הדין הזדמנות נאותה להשמיע טענותיהם, למנות מומחה או מומחים לענין במחלוקת בין בעלי הדין (להלן - מומחה מטעם בית המשפט).

(ב) מונה מומחה מטעם בית המשפט, והוגשו באותו ענין גם חוות דעת מומחים מטעם בעלי הדין לפי תקנות 127 עד 129 (להלן - מומחים

מטעם בעלי הדין), לא ייחקרו המומחים מטעם בעלי הדין, זולת אם הודיע בעל דין על רצונו לחקור את כולם או מקצתם לפי תקנה 130א; הודיע כך בעל דין, ייחקרו המומחים כאמור באופן ובהיקף כפי שיקבע בית המשפט בהתחשב בנסיבות הענין, ובשים לב לחוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט ולעדויותו.

(ג) מונה מומחה מטעם בית המשפט בהסכמת בעלי הדין, יראו הסכמה זו כהסדר דיוני הכולל את ההוראות המפורטות להלן, אלא אם כן קבע בית המשפט או הרשם אחרת:

(1) לא יוגשו חוות דעת מומחה מטעם בעלי הדין;
(2) יראו חוות דעת מומחה שהגישו בעלי הדין קודם למינני המומחה מטעם בית המשפט, כאילו לא נתקבלו כראיה.

(ד) אין בתקנה זו כדי לגרוע מכוחם של בעלי הדין להסכים שלא לחקור את המומחה מטעם בית המשפט, בין אם מונה בהסכמה ובין אם לאו; הוסכם כאמור, לא ייחקר המומחה מטעם בית המשפט, זולת אם ראה בית המשפט צורך בכך לשם בירור המחלוקת שלפניו.

מרכיבי תקנה זו הינם:

1. בית המשפט רשאי למנות מומחה מטעמו.
2. בכל עת.
3. ולאחר שנתן לבעלי הדין הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיהם.
4. לענין במחלוקת בין בעלי הדין.

לא צורפה חו"ד מטעם בעל הדין והוא מבקש לצרף חוות דעת מטעמו

הסוגיה הראשונה שתידון היא בקשת בעל דין לצרף חוות דעת מטעמו, כאשר הוא לא עשה כן על פי דרישת התקנות.

ראשית, מבחינה דיונית יאמר כי בקשה להוספת חוות דעת רפואית מוגשת כבקשה לתיקון כתב תביעה. על כך כתב כב' השופט ת' אור בפרשת זכאי:⁴¹

⁴¹ בר"ע 6098/92 זכאי נטלי, קטינה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3), 651, פסקה 6 (1993).

⁴⁰ ת"א (שלום, ירו') 5590/07 בוטבול שולמית נ' עיריית ירושלים, תק-של 2008(1), 15221, פסקה 10 (2008).

מדברי כב' השופט רובינשטיין עולה כי כל עוד מתן האפשרות לתיקון כתב התביעה אינו פוגע בזכויות דיוניות מהותיות, אזי נוטים בתי המשפט להיעתר לבקשות אלו. אולם כאשר מתן האפשרות לתיקון תיפגע בזכויות מהותיות, אזי יגברו זכויות הנתבע. אבחנה זו בדין יסודה מאחר שהיא נובעת מהכלל הבסיסי הנקוט בידינו כי המוציא מחברו עליו הראיה.⁴³

לשאלה אם יש להתיר תיקון של כתב התביעה ביחס להוספת חוות דעת רפואית, לאחר מועד ההתיישנות, יש לקבוע אם חוות הדעת היא חלק אינהרנטי מכתב הטענות ומדובר בחובה מהותית, או שמא מדובר רק בחובה דיונית.

סוגיה דומה לכך, באשר לחוות דעת של מומחה שאינו מומחה רפואי, נדונה בהחלטה בעניין יפת השמש⁴⁴, וכך קבעה כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן:

"בית המשפט רשאי למנות מומחה לעניין שבמחלוקת בכל עת (תקנה 130 (א) לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984). אין מניעה למנות מומחה כזה בשלב של קדם משפט ובדרך כלל אף רצוי לעשות כן. אין מניעה למנות מומחה בטרם המציאו הצדדים חוות דעת מטעמם ואין בכך כדי "ליצור" ראיות עבור התביעה שטרם הביאה כאלה. חוות דעת מומחה איננה מסמך מהותי אותו יש לצרף לכתבי הטענות. זהו חלק מהחומר הראייתי. המועד והאופן להגשת חוות דעת מומחה, נקבע בתקנות סדר הדין (עדות מומחים) התשט"ו-1954."

באשר להוספת חוות דעת בתחום הרפואי לאחר תקופת ההתיישנות קבע כב' השופט צ' זילברטל בהחלטתו בפרשת חיון:⁴⁵

"במקרה דנן הקושי המרכזי הוא, שהתיקון מתבקש לאחר שהתביעה לכאורה התיישנה. ואולם, גם אם היתה עומדת לנתבעים טענת התיישנות אילו התביעה המקורית היתה מוגשת היום, אין בכך כדי להכשיל את הבקשה דנן.

"כשלא עשתה המבקשת את שהיה עליה לעשות עם הגשת תביעתה, הדרך בה היה על המבקשת לנקוט כדי לתקן את טעותה היתה על ידי בקשה לתיקון כתב התביעה וצירוף חוות הדעת השניה לכתב התביעה".

בעיה שעלולה להתעורר היא כאשר מוגשת תביעה ללא חו"ד, וחו"ד מוגשת לאחר מועד ההתיישנות:

איזון האינטרסים בין התרת תיקון כתב התביעה לבין פגיעה בזכויותיו הדיוניות של הנתבע נדון בהחלטתו של כב' השופט א' רובינשטיין בפרשת הראש,⁴² בה הוא קבע:

"בסוגיית תיקונם של כתבי תביעה נקטה הפסיקה בגישה ליברלית מן הטעם, שביט המשפט הדן יוכל להכריע בהמשך בשאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין (ר"ע 330/85 אלבו ואח' נ' רבינטקס תעשיות בע"מ ואח', פ"ד לט(2) 556, 558 (המשנה לנשיא בן-פורת); ע"א 3092/90 אגמון נ' פלדבוי ואח', פ"ד מו(3) 214, 218 (הנשיא שמגר); רע"א 1597/04 שפיגלר נ' גולפמן (טרם פורסם) (השופט ריבלין); א' גורן סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה 8, 2005) 140)). אולם לא תמיד יאפשר בית המשפט תיקון כתב התביעה, שכן יביא בחשבון גורמים נוספים על זיקתו של התיקון המבוקש למחלוקת הצדדים (רע"א 2345/98 דנגור ואח' נ' ליבנה ואח', פ"ד נב(3) 427, 431 (השופט - כתארו אז - אור); י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה 7 בעריכת ש' לוי, 1995) 349-355; גורן שם, 141-145). בין אלה נמנים התנהגות המבקש, כגון אם נהג בשיהוי רב (או בחוסר תום לב); השלב בו מוגשת הבקשה; וכן - כבענייננו - האפשרות פן ישלול התיקון מן הצד שכנגד הגנה, שהייתה קמה לו אילו הוגשה התביעה עתה ולא במסגרת תיקון, כגון התיישנות. ואכן, ככל שהיתה עומדת לצד שכנגד טענת התיישנות במקרה שבו היתה מוגשת תביעה חדשה תחת תיקון, לא יאפשר בית המשפט את התיקון (ע"א 728/79 קירור - אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' זייד, פ"ד לד(4) 126, 131 (השופט - כתארו אז - ש' לוי))."

⁴² רע"א 1118/06 סימי הראש נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3), 33 פסקה ד(2) (2006).

⁴³ משנה, מסכת בבא קמא פרק ג משנה יא.

⁴⁴ רע"א 7431/96 יפת השמש חברה לבניין נ' אלוני רחמים, פ"ד נא(2), 574, 575 (1997).

⁴⁵ בש"א (מחוזי, יר') 1599/03 יוסף חיון נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, תק-מח 2003(2), 32264 (2003).

אף אם הבקשה לצירוף חוות הדעת מוגשת לאחר תום תקופת ההתיישנות. זאת, כל עוד אין מדובר בהוספת עילה אלא בהוספת ראיות לעילות הקיימות.

בקשה למינוי מומחה מטעם בית המשפט

לעיתים יבקש בעל דין, אשר לא צירף חוות דעת מטעמו לכתב הטענות למנות מומחה מטעם בית המשפט.

לבקשה כגון זו רשאי בית המשפט להיענות, בתנאים אשר נקבעו בתקנה 130 (א) לתקנות: לאחר שנתן לבעלי הדין הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיהם והמינוי יהיה ביחס לעניין שבמחלוקת.

עניין שבמחלוקת

טענה אשר נשמעת רבות מפי בעל הדין אשר מתנגד למינוי מומחה מטעם בית המשפט היא כי טרם הובהרו העניינים שבמחלוקת, ועל פי תקנה 130 לתקנות, מינוי מטעם בית המשפט ניתן להיעשות רק ביחס לעניינים שבמחלוקת.

מהו עניין שבמחלוקת?

בהחלטה בעניין דואני⁴⁶ דן כב' השופט [כתוארו אז] ת' אור בטענת בעלי הדין, לפיה "עניין שבמחלוקת" מתגבש רק לאחר קבלת חוות הדעת של שני הצדדים. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט:

"טענתה של המבקשת היא שעל מנת למנות מומחה מטעם בית המשפט לפי תקנה 130 נדרש שיהיה "עניין שבמחלוקת", והמחלוקת נוצרת רק לאחר שהוגשו חוות דעת מטעם הצדדים בהתאם לתקנה 127. אין לקבל הטענה. שילובן של תקנות 127 ו-130 מאפשר לבית המשפט לפטור בעל דין מהגשת חוות דעת רפואית ולמנות בנסיבות מיוחדות מומחה ביוזמתו, וזאת אף ללא הגשת חוות דעת על ידי הצד המעוניין במינוי המומחה (השוו: רע"א 8015/96 צור שמיר חברה לביטוח בע"מ נ' בוריס, תק-על 76 (1)97). הדבר מתאפשר על ידי מתן פטור מהגשת חוות דעת מטעם הצדדים לפי תקנה 127, המשולב במינוי מומחה מטעם בית המשפט לפי תקנה 130".

אכן, הכלל הוא, שכאשר מתן רשות לתיקון כתב תביעה ישלול מהנתבע הגנה, בה היה יכול להתגונן מפני התביעה המתוקנת אילו התביעה הוגשה לראשונה בעת שהוגשה הבקשה לתיקון כתב התביעה, לא יתיר בית המשפט את תיקון כתב התביעה (י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהדורה שביעית, תשנ"ה, סעיף 284, בעמ' 351).

בגדרו של כלל זה נפסק, כי כאשר יש בתיקון כתב התביעה משום הוספת עילה חדשה, שלא היתה כלולה בכתב התביעה המקורי, עילה שהתיישנה בינתיים, לא יותר תיקון כתב התביעה (ראו, למשל, ע"א 728/79 קירור - אגודה שיתופית חקלאית מרכזית למשקי עמק חפר והשומרון בע"מ נ' עבד זייד, פ"ד לד(4), 126). ואולם, במקרה דנן תוספת חוות הדעת לכתב התביעה המקורי אינה בגדר הוספת עילת תביעה חדשה. יש לזכור, כי הכלל הקבוע בתקנה 127 לתקנות הנ"ל מהווה חריג לעקרון לפיו כרגיל אין לצרף ראיות לכתבי טענות, וחוות הדעת אינן אלא בגדר ראיות. אגב, גם כאשר התבקש תיקון כתב תביעה בדרך של הוספת סכומים לנזק הנתבע, נפסק שאין מניעה לתיקון כאמור גם אם הדבר נעשה לאחר תום תקופת ההתיישנות של התביעה המקורית (רע"א 2083/95 מילר ואח' נ' הרמן ואח', תקדין-עליון, כרך 95(2), עמ' 1152).

הפלוגתאות הבסיסיות שבמחלוקת לא השתנו במקרה דנן עקב התיקון ולפיכך לא עומדת למשיבה הגנת ההתיישנות. מעבר לכך, התיקון דרוש כדי לאפשר למבקש להוכיח את תביעתו ודחיית בקשתו תגרום לתוצאה קשה שאינה עומדת בשום יחס לנזק שנגרם למשיבה עקב העובדה שחוות הדעת לא צורפו לכתב התביעה המקורי וצירופן מתבקש רק כתשעה חודשים לאחר מכן. בהחלטה שניתנה בבר"ע 6098/92 שהוזכרה לעיל, ציין כב' השופט אור, כי גם כאשר התובע התרשל באיחור הגשת בקשתו לתיקון כתב התביעה בדרך של הוספת חוות דעת רפואית (באותו עניין הדיון בתובענה היה בעיצומו וכבר נשמעו ראיות), הרי שכאשר גורל התביעה תלוי בהגשת חוות הדעת הנוספת, יש לאפשר לתובע לתקן את כתב תביעתו".

המסקנה היא כי הגשת חוות הדעת הינה חובה דיונית ולא מהותית ומכאן שמדובר במחדל הניתן לתיקון,

⁴⁶ רע"א 10251/02 אפריים כץ - חמים וטעים נ' דואני חנה, פ"ד נו(1), 797 (2003).

בטרם נפרט א אותם טעמים מיוחדים, יש לעמוד על המסגרת הדיונית שבבסיס תקנה 127. על כך עמדה כב' השופטת ד' דורנר בפרשת עיריית תל-אביב נ' המל"ל:⁴⁸

"הטעמים המיוחדים שאליהם מכוונת תקנה 127 הנ"ל עניינם בשאלת עצם הצורך בחוות הדעת נוכח נסיבות המקרה המיוחד הנדון בפני בית-המשפט".

כאמור בדבריה, המסגרת בהם יידונו הטעמים והנסיבות המיוחדים הינה במסגרת שאלת הצורך בחוות דעת רפואית.

שאלת מהות הנסיבות המיוחדות נדונו על ידי כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור בפרשת צור שמיר:⁴⁹

"נראה לי, שבנסיבותיו המיוחדות של המקרה, רשאי היה בית המשפט לעשות שימוש בסמכות הנובעת מצירוף שתי התקנות הנ"ל ולמנות מומחה רפואי. המדובר בתיק בו נמשך הדיון זמן ניכר קודם שמונה המומחה הרפואי. בתחילת הדיון, כשטענת המשיב היתה שהתאונה היתה תאונת דרכים, נמנע ממנו להגיש חוות דעת רפואית של מומחה מטעמו. כך, משום שבתביעות לפי חוק הפיצויים מתמנים מומחים רפואיים על ידי בית המשפט ואין לצרף לכתב התביעה או להציג כראיה חוות דעת של מומחה רפואי מטעם הצדדים (ראה סעיף 6א' לחוק ותקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים [מומחים] התשמ"ז-1986). עוד יש להזכיר, שלטענת המשיב, מנע ממנו חסרון כיס מלפנות לקבלת חוות דעת של רופא מטעמו. לכך יש להוסיף, שבעוד שוועדה רפואית של המוסד לביטוח לאומי קבעה למשיב נכות כתוצאה מהתאונה הנדונה, הגיע המומחה מטעם המבקשת למסקנה כי אין קשר סיבתי בין התאונה לנכותו של המשיב".

בית המשפט צירף מספר טעמים וקבע כי במקרה שנדון בפניו ניתן למנות מומחה רפואי על אף שלא הוגשה חוות דעת מטעם התובע. הטעמים אותם מנה בית המשפט היו:

1. התמשכות הדיון טרם מינוי המומחה הרפואי.

⁴⁸ רע"א 7474/00 עיריית תל-אביב נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נו(2), 193, 195 (2001).
⁴⁹ רע"א 8015/96 צור שמיר חברה לביטוח בע"מ נ' בוריס יצחק, תק-על(1)97, 76, פסקה 3 (1997).

בהחלטה בעניין סרוגי,⁴⁷ התבקש בית המשפט העליון להורות למומחה שמונה מטעם בית המשפט המחוזי שלא יסתמך על חוות דעת של מומחה מארה"ב בתחום הגנטי, אשר הומצאה לו על ידי התובע. לדברי בית החולים, הצדדים הסכימו למינוי מומחה בתחום הנזכר מטעם בית המשפט, אשר ייתן חוות דעת על פי המסמכים שהיו בידיהם ובתיק בית המשפט, והסתמכות על חוות הדעת המאוחרת היא בניגוד להסכמה זו. בית המשפט העליון דחה את הבקשה:

"לדעתי, הדין עם המבקשים. הנני סבור, שאין להבין את הסכמת הצדדים להגשת חוות הדעת אשר בתיק בית המשפט למומחה, כאסור מכללא על המצאת חוות דעת נוספות, אם תהינה, מטעם בעלי הדין על מנת שאם אלה תהיינה בפני המומחה. האמירה בהסכם באה לתאר מצב קיים - הגשת חומר בכתובים אשר בתיק למומחה - אך אין לפרשה כבאה להתנות, כתנאי למינוי המומחה, מתן חוות דעתו על סמך חומר זה בלבד, מבלי שבית המשפט יוכל להורות לו ליתן דעתו לחומר ראיות נוסף. אכן, בעת ההסכמה לא היתה למבקשים חוות דעת כזו. אך, כאמור, ההסכמה לא באה למנוע אפשרות שאם תהייה למבקשים חוות דעת בתחום הגנטי, תוכל גם זו להיות בפני המומחה, אם יחליט כך בית המשפט. לעצם העניין, כשקיימת בידם חוות דעת כזו, אך הוגן ובלתי מפלה הוא להורות כי בית המשפט יתיר גם להם להגיש חוות דעת למומחה על מנת שאף היא תהייה לנגד עיניו קודם מתן חוות דעתו".
(שם, ע' 1463).

מדברי בית המשפט ניתן להסיק כי עניין שבמחלוקת אינו מוגבל לחומר המונח בפני בית המשפט אלא הוא העניין עצמו אשר במחלוקת – הנכות והמגבלות נובעות ממנה. מכאן, שאף ללא חוות דעת יכול להתגבש עניין שבמחלוקת ואין להכפיפו לאמור בחוות הדעת מטעם בעלי הדין.

טעמים מיוחדים

השאלה העיקרית הינה מהם הטעמים המיוחדים אשר על בית המשפט לשקול בטרם הוא ממנה מומחה מטעמו.

⁴⁷ רע"א 8995/00 סלים סרוגי נ' בית החולים הצרפתי, תק-על(1)2001, 1462, פסקה 3 (2001) (כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור).

וכל עוד אין בכך כדי לגרוע מיכולתו של בית המשפט לעשות משפט, זכאים הצדדים לצפות ולדרוש שההליך ינוהל על-פי המתכונת שנקבעה בהסדר עליו הסכימו מראש. אך בהסדר אין משום קדושה; ואם מתברר שניהול ההליך על-פי ההסדר הדיוני לא יאפשר לבית המשפט להכריע במחלוקת האמיתית שבין הצדדים, רשאי בית המשפט להתיר סטייה מן ההסדר."

דברים אלו מוסיפים נקודת ראות לשיקולי-העל שראוי כי יעמדו בבסיס החלטת השופט ואשר אותם יש לשקול יחד עם הטעמים המיוחדים. תפקידו של בית המשפט הינו לברר את המחלוקת האמיתית שבין הצדדים ואין להקריב מטרה זו על מזבח היעילות.⁵²

רוב בתי המשפט לא הסתפקו בטענה של חסרון כיס על מנת ליתן את הפטור הנכסף, אולם במקרה אשר בא לפני כב' השופט מ' דרורי בפרשת נאג'י,⁵³ הוא קבע כי בנסיבות אותו מקרה די בהוכחת חסרון הכיס כדי לפטור את התובע מצירוף חוות הדעת הרפואית:

"אולם, מחוקק המשנה, בתקנות 127 ו-130 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן - "התקנות"), התיר לשופט, באם ראה זאת לנכון בנסיבות העניין, ומטעמים מיוחדים, לפטור בעל דין מצירוף חוות דעת ולמנות מומחה מטעם בית המשפט לעניין שבמחלוקת בין הצדדים. דומה, כי נכונותו של מתקין התקנות לאפשר לבית משפט לסטות מן הכלל, מבשרת שישנם מקרים בהם בשל חשש מגרימת עוול אין לחסום צד מלהוכיח עניין שברפואה רק מפני שאינו מגיש חוות דעת (ראה: החלטת עמיתי כב' השופט אהרון פרקש בבש"א (י-ם) 2064/06 ריינמן נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, פורסם בנבו).

9. מהחלטת השופט (כתוארו אז) תיאודור אור - רע"א 8015/96 צור שמיר חברה לביטוח בע"מ נ' בורסי (תק-על 97(1) 76, פורסם גם באתר נבו) עולה, כי אין לפסול את הנימוק של חסרון כיס כטעם, גם אם לא טעם יחיד, להפעלת תקנות

2. פגיעה בזכויות הדיוניות של התובע – לא יכול היה להגיש בהתחלה חו"ד כי נטען שמדובר בתאונת דרכים.

3. טענת חסרון כיס.

4. סתירה בין קביעת הוועדה הרפואית של המל"ל לבין קביעת המומחה מטעם המבקשת, בשאלת הקשר הסיבתי.

בפרשת הלפרין,⁵⁰ נדונה סוגיה דומה – מתן פטור מהגשת חוות דעת וחלף כך להגיש דוח של וועדת בדיקה. ביחס לסוגיה זו ציין כב' השופט א' גרוניס (בהסכמת כב' השופטות א' חיות וא' פרוקצ'יה):

"כידוע, בעל דין המעוניין להוכיח עניין שברפואה חייב לצרף לכתב טענותיו חוות דעת רפואית: תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. עם זאת, בתקנה 127 סיפא נקבע, כי בית המשפט או הרשם רשאי לפטור בעל דין מן החובה האמורה, וזאת מטעמים מיוחדים שיירשמו. ייתכן, שכאשר בעל דין מוכיח שמסיבות שונות לא הצליח למצוא רופא או מומחה אחר שיחווה דעתו, כי אז יתקבל דו"ח של ועדת בדיקה כתחליף לחוות דעת (אולם ראו רע"א 7474/00 הנ"ל)".

אף כאן, הפטור אינו מוחלט ועל פי קביעת בית המשפט אין לאפשר הגשת "תחליפים" למיניהם כל עוד ניתן ללכת בדרך המלך והיא הגשת חוות דעת רפואית.

מעמדו של דו"ח ועדת בדיקה נדון גם על ידי כב' השופט א' מצא (בהסכמת כב' השופט (כתוארו אז) מ' חשין והשופט צ' א' טל) בפסק דין ואתורי,⁵¹ שם נדונה סוגיית הקבילות של דוחות של ועדות בדיקה והאפשרות לצרפן כראיה על אף קיומו של הסדר דיוני. בית המשפט נטה לקבל את העמדה שדוחות אלו קבילים, חרף קיום הסדר דיוני:

"הסדר דיוני, כדוגמת זה אותו כרתו הצדדים בפרשתנו, עשוי לייעל עד למאוד את הליך הברור. לכן, ככלל, יש לברך על הסדרים כאלה,

⁵² על כך ראו עוד: ע"א 5205/05 שחם שיוק מערכות מיזוג וחימום בע"מ נ' נפ-גל בניין ופיתוח בע"מ, תק-על 2008(1), 4742 (2008).

⁵³ ת"א (ירושלים) 7116/05 מסאלמה נאג'י נ' בית חולים מקאסד, תק-מח 2006(4), 5363, 5364 (2006).

⁵⁰ רע"א 7731/04 מדינת ישראל - משרד הבריאות נ' עזבון המנוחה אביטל הלפרין ז"ל, תק-על 2007(2), 4753, 4746 (2007).

⁵¹ ע"א 4384/90 שמעון ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2), 189, 171 (1997).

ר' עוד רע"א 8015/96 דלעיל, שם ניתן גם משקל לשלב אליו הגיע הדיון, עת עלה הצורך בחוות הדעת, בתחום הרלוונטי.

ב. הפטור ניתן - מקום בו היה קושי באיתור מומחה שייתן חוות דעת וזאת בהתחשב בתחום המומחיות הנדרש ובחשש מומחים לפעול כנגד הגופים הנתבעים. (בהתאמה נדרש גם שכר טרחה גבוה מהמקובל). נתונים אלה, בשילוב חסרון כיס והיות התובעת קטינה, שכנעו את בית המשפט ליתן הפטור. ר' ת"א (נצרת) 1122/04 מזרחי נ. בית חולים העמק (מיום 18.5.05, כב' השופט יצחק כהן), מפורסם במאגרים הממוחשבים.

ג. הפטור לא ניתן - מקום בו דובר רק בטענה של חסרון כיס, ללא נימוקים תומכים נוספים. נקבע שחסרון כיס לבדו אינו עולה כדי "טעם מיוחד". ר' ת"א (שלום, י-ם) 1358/03 תאבת עאסי נ. בן משה לוי נחום ואח' (מיום 30.7.06, כבוד השופט ע. כהן), מפורסם במאגרים הממוחשבים.

ד. הפטור לא ניתן - עת ביקשו להסתמך על חוות דעת רפואיות של המוסד לביטוח לאומי, נקבע כי - "הטעמים המיוחדים שאליהם מכוונת תקנה 127 הנ"ל עניינם בשאלת עצם הצורך בחוות הדעת, נוכח נסיבות המקרה המיוחד הנדון בפני בית המשפט...". ר' רע"א 7474/00 עיריית תל-אביב נ. המוסד לביטוח לאומי פ"ד נו (2) 193.

מהאמור לעיל ומסיכום הפסיקה עולה כי הנסיבות המיוחדות הן קשיים אובייקטיביים כדוגמת הקושי באיתור מומחה מתאים, או כשלים הפוגעים בזכויות הדיוניות של הצד המבקש. כמו כן, סתירה בין קביעות המל"ל לבין קביעות המומחה מטעם הצד שכנגד הצטרפה לנסיבות אלה. אולם כמובן אין מדובר ברשימה סגורה וכל מקרה צריך להיות נדון לגופו.

באשר לטענת חסרון הכיס, במרבית המקרים נדחו בקשות אשר טענה זו עמדה לבדה בבסיסן, אולם מנגד במקרים מיוחדים נתקבלה בקשה אשר השיקול היחידי היה טענת חסרון הכיס.⁵⁵

⁵⁵ בעניין זה יש לציין כי פרופ' אברהם סהר במאמרו "מומחה מטעם בית המשפט במינוי ראשוני" רפואה ומשפט 37, 108, 112

127 ו-130. ער אני לגישה המצויה בפסיקת בתי המשפט המחוזיים המחמירה עם התובע, המבקש לחרוג מהוראות תקנה 127 ולמנות מומחה רפואי מטעם בית המשפט (ראה: החלטת כב' השופט ניל הנדל בבר"ע (ב"ש) 511/06 אמויאל נ' פלונית, פורסם בנבו). ברם, במקרה שלפנינו הוגש תצהירו של התובע 2 המפרט את מצבה הכלכלי הקשה של משפחת התובעים. לא נתבקשה חקירתו של אבי התובע, ולכן יש לקבל את הנתונים בה כנכונים, קרי: אם עקרת בית ואב פנסיונר, שבמשך 8 חודשים לא קיבל פנסיה. לא הובא טעם נוסף למינויו של מומחה מטעם בית המשפט, מלבד הטעם הכלכלי האמור. אך בנסיבות שתוארו לי, אני סבור כי טעם זה, כשהוא עומד לבדו, הינו טעם מספיק בכדי להעביר את הנטל הכלכלי הכרוך במינויו של מומחה זה, גם אם באופן זמני בלבד, על שכם הנתבעים, אף שטרם שהוכרעה או אף נדונה שאלת אחריותם לנזק".

סיכום של עמדת הפסיקה בנושא זה הובא בהחלטת של כב' השופטת ע' זינגר בפרשת בוטבול הנ"ל:⁵⁴

"על רקע שיקולים אלה בחנה הפסיקה בעבר בקשות דומות;

א. הפטור ניתן - מקום בו תובע עבר את "מסנת" הרצינות, בכך שתמך תביעתו בחוות דעת של מומחה בתחום מסוים, בעוד במהלך בירור התביעה עלה מחוות דעת של מומחה מטעם בית משפט - שיש צורך, בחו"ד נוספת בתחום אחר.

במקרה האמור, כאשר קיימת קביעה אובייקטיבית שיש לכאורה גם פגיעה בתחום האחר, התובע הוכיח רצינותו בעצם הגשת חוות דעת (גם אם בתחום אחר) וכן הוכיח כי מצבו הכלכלי מקשה על הגשת חוות דעת נוספת, מצא בית המשפט לפטור אותו מהגשת חוות הדעת הנוספת ומינה מומחה מטעם בית משפט. ר' בר"ע (חיפה) 1775/07 חיים ענבל נ. דאנס - בר/ צוות בראבו ואח' (מיום 6.7.07, כבוד השופט י. עמית), מפורסם במאגרים הממוחשבים.

⁵⁴ לעיל ה"ש 39, שם, פסקה 13.

מלהביא חוות דעת מטעמם. הסיבה היא מתן אמון מוגבר בחוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט – אשר אינו מומחה "מטעם" מי מהצדדים ובנוסף ניתן משקל רב לקיצור הליכי המשפט וחסכון בזמן שיפוטי.⁶⁰

עמדה זו הובעה גם בפסיקה, וכך קבע כב' השופט י' צבן כאשר באה לפניו בקשה למינוי מומחה מטעם בית המשפט:⁶¹

"מצבה הרפואי והפיזי של המבקשת קשה למדי וראוי לעשות ככל שניתן שלא להטריחה בביקורת אצל מספר מומחים.

כמדויניות ובכל מקום בו אין פגיעה של ממש בזכויות הצדדים, יש להעדיף את הדרך הדיונית של מינוי מומחה רפואי מטעם בית-המשפט על מנת לחסוך זמן הוצאות ולעתים אף סבל מיותר מהחולה העלול אחרת להיבדק על-ידי שלושה מומחים שונים במקום אחד.

בהגיעי למסקנה זו לא נעלמה מעיני חובת הראיה המוטלת על המוציא מחברו וחובת בית המשפט שלא לסייע בידי אחד הצדדים להוכיח את גרסתו. ואולם, אין בחוות הדעת של מומחה מטעם בית המשפט כדי להוות חבל הצלה לצד זה או אחר, כי הרי שתי האפשרויות קיימות ואחת מהן יכולה לסייע בידי אחד הצדדים. משכך, יש לפטור את המבקשת מהגשת חוות-דעת פסיכיאטרית ולמנות מומחה מטעם בית המשפט בהתאם לתקנה 130 לתקנות."

דעה שונה הובעה על ידי פרופ' אברהם סהר (שהינו רופא מומחה מחד, ועו"ד מאידך), הגורס כי לשם בירור האמת העובדתית, בתיקים בהם מדובר בנושא שבמומחיות ואינו בתחום הידיעה השיפוטית, ראוי להרבות בחוות דעת ולא להגביל תחום זה לחוות דעת מטעם בית המשפט. דעתו פורטה במאמר בו דן בתיקון מס' 3

שאלה העולה לאור פירוט הטעמים המיוחדים הינה התמודדות בית המשפט עם מצב קיצוני. דוגמא לכך הינה מקרה בו מכתב התביעה עולה כי הנפגע הינו קטוע גפיים והנתבע אינו מכחיש טענה זו בכתב הגנתו. הנפגע טוען כי הוא מחוסר אמצעים ואין בידו לממן חו"ד רפואית מטעמו, ובהיעדר הכחשה טוען הוא מעין טענת "הדבר מדבר בעד עצמו". לטעמנו, במצב שכזה יכול בית המשפט לצרף את מראה עיניו לטענת העדר האמצעים ולמנות מומחה מטעמו. אי היענות לטענה זו בסיטואציה דוגמת זו שהעליתי, תהווה פגיעה ממשית ביכולת הנפגע להוכיח את נזקו ובזכות החוקתית של הפניה לערכאות.

מומחה מטעם בעלי הדין או מינוי מומחה מטעם בית המשפט?

כאמור, המחוקק קבע שני מסלולים לקבלת חוות דעת של מומחה רפואי, האחד המסלול הכללי, על פיו חובת צירוף חוות הדעת הרפואית מוטלת על בעל הדין, והשני המסלול הקבוע בחוק הפיצויים, על פיו מינוי מומחה רפואי ייעשה בהחלטת בית המשפט, בדרך כלל לבקשת צד.

לעיתים בעת ניהול הליך על פי הדין הכללי, עולה השאלה האם יש עדיפות לעמוד על הבאת חוות דעת מטעם בעלי הדין, זה מכאן וזה מכאן, ובמידת הצורך, במסגרת הסמכות הנתונה לבית המשפט, למנות מומחה נוסף, שלישי, בבחינת **"יבוא השלישי ויכריע ביניהם"**⁵⁶ או שמא עדיף ליזום מינוי מומחה מטעם בית המשפט, כדוגמת ההסדר שבחוק הפיצויים, על מנת ליעל את ניהול ההליך ולפשטו. על כך חלוקות הדעות.

דעה אחת הובעה בדברי ההסבר לתיקון לחוק הפיצויים⁵⁷ ולשיטת פרופ' אברהם סהר⁵⁸ עמדה דעה זו גם בבסיס תיקון 3 לתקנות סדר הדין האזרחי.⁵⁹ כעולה מדברים אלו המחוקק נוטה לקצץ את כנפי בעלי הדין ולמנוע מהם

(2007) סובר כי בשנים האחרונות נוטים בתי המשפט להקל עם המבקשים מינוי מומחה, והטענה היחידה אשר באמתחתם הינה טענת חסרון הכיס. פרופ' סהר מפנה במאמרו זה להחלטת כב' השופט א' סטולר בת"א (שלום, ת"א) 37986/05 חסן נ' **חצם, בארות יצחק**, תק-של 2006(4) 5693 ועוד (ראו שם).

⁵⁶ ספרא ברייתא דרבי ישמעאל פרשה א.

⁵⁷ לעיל ה"ש 19.

⁵⁸ להלן, ה"ש 61.

⁵⁹ תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), תשס"ה - 2005. ק"ת 6388, כ"ב באייר תשס"ה, 31.5.2005.

⁶⁰ על כך ראו גם דברי כב' השופט (כתוארו אז) ח' כהן, אשר לא נס ליחס, בע"א 158/72 חנניה אילוק נ' ארמונד ביטון, פ"ד כו(2), 169, 172 (1972) אשר קבע כי "אין לשכוח שמטרת מינויים של מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט היא "פישוט הדין ומניעת בזבוז הזמן והכסף שבהבאת עדים מומחים מטעם שני הצדדים" (כלשון השופט לנדוי ב-ע"א 16/68, (רמת-סיב בע"מ נג ד דרזי עקום; פד"י, כרך כב(2), 164, ע' 168), בע"א 168, ומטרה זו צריכה להיות לנגד עיני השופט תמיד בבוא לפניו בקשה כמו זו של הנתבעים דנן".

⁶¹ בש"א (ירושלים) 7237/04 ד"ר ליאת סמואל נ' האוניברסיטה העברית בירושלים, תק-מח 2004(4), 3083, 3085 (2004).

המחלוקת נעשית כבר בשלב מוקדם וכך מתייעל ניהול הדין. בנוסף, יש יתרון מנקודת ראותו של הניזוק, שאינו צריך להיבדק יותר מפעם אחת. על משקלו של יתרון זה, שלא להטריד את הניזוק לשווא, עמד כב' השופט י' עמית בהחלטתו בבר"ע (חיפה) 1775/07:⁶⁴

"מינוי מומחה מטעם בית המשפט עשוי לגרום לכך, שבמקום שהנפגע ייבדק על ידי שלושה רופאים, הוא ייבדק פעם אחת בלבד, וכך ייחסך ממנו "התענוג" של בדיקות רפואיות, שלעיתים יש בהן כדי לגרום לנפגע מבוכה, אי נוחות ואף סבל נפשי או גופני - בש"א (מחוזי י-ם) 7237/04 סמואלוב נ' האוניברסיטה העברית בירושלים ת-ק-מח 2004 (4) 3083 (2004)."

מאיזך גיסא, שיטת המשפט הישראלית היא השיטה האדברטרית, על כן נטל הוכחת התביעה ונטל הבאת הראיות מוטלים על כתפי התובע. אין זה ראוי כי הוכחת התביעה תיעשה על ידי בית המשפט. בנוסף, חוטאים לעיתים בתי המשפט במינוי מוקדם יתר על מידה, דבר הפוגע ביעילות הדין יותר מאשר תורם לה. על כך כתב פרופ' סהר:⁶⁵

"מינוי מומחה, ולעיתים קרובות יותר מאחד, על ידי הרשם או שופט המוקד, בטרם הסתיימו הליכי גילוי המסמכים, לפני שהיה בידי הרשם או השופט המידע המינימאלי באמצעותו הוא יכול להבין מהו אותו עניין במחלוקת, ולאיזה תחום ברפואה לשייך את הנושא שבמחלוקת, וכל עוד הצדדים עצמם לא גמרו להגדיר את חזיתותיהם, עלול להערים קשיים משלו על המשך התהליך, ולתעל אותו לאפיק לא נכון".

כפי שפורט לעיל, ניתן למנות מומחה מטעם בית המשפט אף טרם הוגשו חוות דעת מטעם הצדדים. בעניין זה נקבע בבר"ע (חיפה) 1775/07:⁶⁶

"כאשר במומחים רגילים עסקינן, רשאי בית המשפט, מכוח תקנה 130(א), למנות מומחה מטעמו גם טרם המציאו הצדדים חוות דעת מטעמם - רע"א 7431/96 יפת השמש חברה לבניין

"תמהני כיצד זה לא עלה על דעתו של מחבר דברי ההסבר הנכבד, כי עשיית המעשה הנכון - בירור המחלוקת ככל הניתן - שלא לומר "עשיית צדק" - מחייב לעיתים גם בירור יסודי. אין ספק כי מחלוקת בה כרוך עניין שבמדע, ובכלל זה ברפואה, דורשת מאמץ מיוחד".

ומסקנתו הינה:

"ככלל, הליכים שעניינם רשלנות ברפואה אינם מתאימים למינוי מומחים מטעם בית המשפט, כיוון שהבעיות שבמחלוקת מחייבות בירור מעמיק".

אין אנו באים להכריע בין דעות אלה, ושתיהן דעות ראיות. לטעמנו, כאשר מדובר בהליך של אחריות מוחלטת, או כאשר אין מחלוקת אמיתית בשאלת האחריות, אזי לשם ייעול הדין יש למנות מומחים מטעם בית המשפט. לעומת זאת, כאשר מדובר בתביעה אשר עיקר המחלוקת נסבה על שאלת האחריות, אזי ראוי כי לפני בית המשפט תפָּרשׁ התמונה במלואה, כשכל צד מביא את המומחה מטעמו.

בשולי דברים אלו נוסיף שלטעמנו יש מקום לשקול בכובד ראש לקבוע אחריות מוחלטת גם בתביעות של רשלנות רפואית, אולם לכך יש ליחד רשימה נפרדת. במצב הקיים יש קושי בעת הפסקת פעילותו של הרופא, אשר במקרה של קטין אמור להיות מבוטח עד הגיע הניזוק לגיל 25 שנה ולשם כך עליו לרכוש פוליסת run-off לתקופה זו.⁶³

המועד למינוי מומחה רפואי

האם עדיף מינוי מומחה מטעם בית המשפט בשלב מוקדם, טרם הגשות חוות דעת מטעם הצדדים? לכך נימוקים בעד ונגד.

מחד גיסא, מינוי המומחה בתחילת ניהול ההליך מאפשר למומחה אובייקטיביות שעה שאינו צריך ליישב בין עמיתיו, וכן מקצר את ההליך עצמו. הבשלת נקודות

⁶² אברהם סהר "תיקון תקנה 130 - עדות מומחים והוכחת עניין שברפואה בבית המשפט" רפואה ומשפט 33, 171 פסקה 7 (2005) (להלן: "סהר").

⁶³ ראו בהקשר זה בש"א (ירושלים) 7614/07 עמותת בית החולים הכללי משגב לזך ירושלים (בפירוק) נ' בית חולים משגב לזך, ת-ק-מח 2008 (1), 7006 (2008).

⁶⁴ בר"ע (חיפה) 1775/07 חיים ענבל נ' דאנס - בר/צוות בראבו, ת-ק-מח 2007 (3), 912, 915 (2007).

⁶⁵ סהר, שם, פסקה 5.2.

⁶⁶ לעיל ה"ש 63, שם, 914.

נוהגים לחייב את חברת הביטוח-הנתבעת לשאת בשכ"ט המומחה, למעט במקרים חריגים".

על כך עמד גם כב' השופט י' הראל בפרשת ארביב הנ"ל:⁶⁸

"עיון בתקנות המומחים מעלה כי מתקין סבר שעל התובע לשאת בשכרו של המומחה וכי רק מטעמים מיוחדים יש לחייב את המבטחת לשאת בשכרו של המומחה.

במרוצת השנים, התהפכו היוצרות, בתי המשפט נוהגים לחייב את המבטחות לשאת בשכרו של המומחה ובאותם מקרים בהם ביהמ"ש מוצא לנכון לחייב את הנפגע לשאת בשכרו של המומחה הוא מפרט את אותם "טעמים מיוחדים" שהביאוהו להחלטתו".

הטעם לפרקטיקה הנהוגה הוא היות הנתבעים בדרך כלל בגדר "כיס עמוק" מה שהופך את נושא ההוצאות לשולי. לו סוגיה זו הייתה נדונה כל פעם מחדש והייתה הופכת לעניין נוסף שבמחלוקת, היה יוצא שכרנו בהפסדנו והיה סיכוי גבוה לגרימת עוול לנפגע.

השיקולים במינוי המומחה (חוק הפיצויים והדין הכללי)

תחום המומחיות

השיקול הראשון אשר על בית המשפט לשקול הינו תחום המומחיות אשר בו מתבקשת חוות הדעת. כחלק משיקול זה על בית המשפט לבחון אם יש חובה למנות דווקא מומחה ספציפי או שדי למנות מומחה בתחום קרוב אשר יכול ליתן חוות דעת מורחבת.

עמדתו של פרופ' סהר⁶⁹ בשאלה זו חד משמעית:

"המומחה המעיד חייב להיות מומחה בתחום הספציפי המדויק הרלוונטי לבעיה הנדונה".

הכוונה היא לאפשר לבית המשפט לסמוך את קביעותיו כראוי, ולשם כך נדרש מינוי מומחה בתת-התמחות, דווקא.

והשקעות בע"מ נ' אלוני רחמים, פ"ד נא(2) 574 (1997). זאת, למרות שלכאורה, בהיעדר חוות דעת של בעלי הדין, לא נוצר "עניין במחלוקת" לצורך תחולתה של התקנה - ע"א 371/81 נוריאל נ' אלשיך, פ"ד לז(4) 608,600 (1983).

כאשר בעניין שברפואה עסקינן, השילוב של תקנה 127 סיפא ותקנה 130(א) לתקנות, מאפשר לבית המשפט לפטור בעל דין מלהגיש חוות דעת מטעמו ולמנות מומחה רפואי מטעם בית המשפט. כך נוצר "עניין שבמחלוקת" למרות שלא הוגשו חוות דעת מטעם הצדדים - רע"א 10251/02 אפרים כץ - חמים וטעים נ' דואני פ"ד נז(1) 797 (2003); רע"א 8015/96 צור שמיר חברה לביטוח בע"מ נ' בורסי, דינים נא 438 (1997)."

באשר לכך בדרך כלל עומד בפני בית המשפט הצורך להכריע מי ישא בהוצאות המומחה אשר מונה בשלב מוקדם.

תקנה 131 לתקנות מתירה לבית המשפט לקבוע את שכרו של המומחה בהתאם לשיקול דעתו:

"131. שכרו והוצאותיו של מומחה

(א) בית המשפט רשאי לקבוע למומחה את שכרו והוצאותיו ואת אופן תשלומם, ובכפוף לאמור בתקנה 187(ב) - להטילם על בעלי הדין או על חלק מהם ולקבוע את מידת ההשתתפות של כל אחד מהם".

ככלל, ראוי כי הצדדים ישאו בחלקים שווים בשכר המומחה, אולם כאשר מוכח כי התובע הינו חסר אמצעים, נקבע לא אחת כי הנתבעים ישאו בשכר טרחת המומחה, כמימון ביניים, עד להכרעה הסופית בתיק. באשר לפרקטיקה הנהוגה נכתב בהחלטה בעניין דורון רז הנ"ל:⁶⁷

"להבדיל מההסדר בתקנות סדר הדין האזרחי, בעת מינוי מומחה מטעם בית המשפט בתביעה לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ברירת המחל היא הפקדה מראש של שכר טרחת המומחה על ידי התובע. עם זאת, מן המפורסמות הוא, שתקנה זו היא בבחינת 'הלכה ואין מורין כן', מאחר שבפרקטיקה, בתי המשפט

⁶⁸ לעיל ה"ש 20, שם, פסקה 25.

⁶⁹ סהר - אמינות, אתיקה, שכר טרחה, לעיל ה"ש 13.

⁶⁷ לעיל ה"ש 5, שם, 5382.

כאמור בהחלטה זו, בדרך כלל ימונה המומחה השיקומי במצב של פגיעה רב מערכתית. חבלה זו מתאפיינת במקרים רבים בפגיעה טוטאלית שאין מחלוקת כי הביאה לנכות מלאה בשיעור של 100%. במצב זה רצוי כי יחווה את דעתו מומחה הרואה את התמונה בכללותה ולא מומחים ספציפיים נקודתיים.

על כך חזר כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור בפרשת אהרון כהן,⁷² וקבע כי כאשר יש מחלוקת באשר לחומרת הפגיעה אין למנות מומחה שיקומי לפני שנבחנה האפשרות להכריע בשאלת נכותו השיקומית של הניזוק על פי חוות הדעת של יתר המומחים שמונו:

"באשר למינוי המומחה השיקומי, איני סבור כי היה מקום למנות בשלב זה, בטרם ניתנו חוות הדעת של המומחים ונקבעה נכותו הרפואית, מומחה שיקומי. מומחים שיקומיים אינם ממונים כעניין שבשיגרה. השאלה האם למנות מומחה שיקומי מתעוררת לרוב רק לאחר שהמומחים האחרים נתנו את חוות דעתם ובית המשפט משתכנע שאין בהן די על מנת ללמד על נכותו השיקומית של הנפגע (ראו: א' ריבלין תאונות דרכים - סדרי דין וחישוב פיצויים ירושלים, תש"ס, מהדורה שלישית, 609-610). יתכנו כמובן מקרים בהם ברור שנגרמה נכות קשה עקב התאונה, וכבר בשלב תחילת הדיון ברור יהיה שנדרשת חוות דעתו של מומחה בתחום השיקום. אך לא כך במקרה שלפנינו. בענייננו, כשחוות הדעת הרפואיות טרם ניתנו, לא היה מקום להזדקק, בשלב זה, לחוות דעתו של מומחה בתחום השיקום."

מן המקובץ עולה כי כאשר עסקין במומחים אשר מטרת מינויים אינה לצורך קביעת הנכות הרפואית והתפקודית, אלא חוות דעת נדרשת להכרעה בשאלות רחבות יותר הנוגעות להמשך חייו של הניזוק, אזי יש לשקול אם ניתן להגיע להכרעה אף ללא מינוי מומחה נוסף. רק כאשר התבררו כל המחלוקות ביחס למצבו הרפואי של הניזוק ועדיין יש צורך במומחה אשר יחווה דעתו על התמונה בכללותה, יש מקום למינוי מומחה כללי.

בפרשת פלוני הנ"ל,⁷⁰ התבקש מינוי מומחה ספציפי, אולם חובתו של בית המשפט לבור את התבן מהמוץ ולמנות מומחה רפואי רק ביחס לנקודות המחלוקת:

"בתיק דנן לא היה צריך במומחה לניתוח תוצאות ההדמיות שבוצעו, באשר לא נגד מבצע ההדמיה עצמו הוגשה התביעה, אלא כנגד הרופא המלווה את מהלך ההריון, ובהקשר המיילדותי. מה גם, כפי שצוין על ידי הנתבעים בסיכומיהם, המחלוקת העיקרית בתיק זה הינה עובדתית."

מומחים מיוחדים

סוגיה נוספת השלובה בשאלת ריבוי המומחים הינה מינוי מומחים מיוחדים בתחומים ייחודיים. להלן תידון שאלת מינויים של שני מומחים ייחודיים, אולם העקרונות העולים מכך נוגעים לכל סוגיית מינוי המומחים המיוחדים.

המומחה השיקומי

המומחה השיקומי הוא מומחה ייחודי. שאלת הצורך במינוי מומחה בתחום זה, אשר אינו מומחה הקובע במישרין את נכותו של הנפגע אלא בעיקר את דרכי ההתמודדות עם נכות זו, נדונה בהחלטה בעניין קרייזל⁷¹ על ידי כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור:

"השאלה אם ומתי למנות מומחה לשיקום, במקרים של פגיעות ונכויות קשות עקב תאונה, צריכה להיות מוכרעת על פי הנסיבות. יהיו מקרים שלכאורה מינוי כזה לא יהיה נחוץ ודי בבירור העובדות על ידי חקירת המומחים האחרים, ויהיו מקרים אחרים, בהם יהיה ברור שמינוי כזה נחוץ ואף ראוי להקדימו. כך, למשל, בנכויות קשות רב מערכתיות כשרק התייחסות אל הנכויות והמגבלות כמכלול יוכל לתת תמונה הולמת של השפעת התאונה על התובע. לעיתים, כשאין מחלוקת בדבר שיעור הנכות הגבוה עקב התאונה, כגון בתאונה בה הנכות היא של 100%, אף ניתן לחסוך את מינויים של מומחים רפואיים בתחומים השונים, ודי יהיה במינוי של מומחה שיקום."

⁷⁰ לעיל ה"ש 9, שם, 2935.

⁷¹ רע"א 3044/01 יהודה קרייזל נ' אריק מלול, תק-על 2001(2), 1038, פסקה 2 (2001).

⁷² רע"א 7224/01 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' אהרון כהן, תק-על 2001(4), 172, 173 (2001).

מכאן עולה כי מומחה אשר ייעץ בעבר לנפגע אינו יכול להיות ממונה כמומחה מטעם בית המשפט באותו תיק.

מטרת התקנה נדונה בפסיקה, בין היתר, בהחלטה בפרשת הירשפלד⁷⁴ (כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין):

"מטרת התקנה, כפי שציין בית המשפט קמא, היא למנוע ניגוד עניינים מצידו של מומחה שנתן שירות לבעל דין ועתה מתבקש לחוות דעתו בהליך המתקיים בבית המשפט. לא זו אף זו, אלא שבעל דין המעורר את הטענה אף אינו חייב להביא ראיות מטעמו לכך שקיים חשש ממשי או אחר למשוא פנים או לניגוד עניינים מצידו של המומחה, שכן גם אם המומחה פעל בתום לב, אין בכך כדי להכשיר את חוות דעתו (ראו רע"א 8000/04 רשות הנמלים והרכבות נ' עמיקם, תק-על 2004(4) 712). אם כן, מצוות התקנה היא שדי בכך שהמומחה בא במגע עם אותו אדם ויעץ עצה או חיווה דעה בעניין שבתחום מומחיותו, על מנת לפסול אותו מלשמש כמומחה מטעם בית המשפט, ולאחרון אין שיקול דעת בעניין".

מדברי בית המשפט עולים מספר עניינים:

העניין הראשון הוא מטרת התקנה – מניעת ניגוד עניינים מצד המומחה. החשש הינו כי מומחה אשר ייעץ בעבר לנפגע לא ייתן חוות דעת אובייקטיבית כאשר מצבו הנוכחי של הניזוק אינו עולה בקנה אחד עם הייעוץ אשר נתן בעבר. במצב כזה יש חשש כי המומחה יטה את חוות דעתו בהתאם לייעוץ שנתן, בין היתר, כדי שלא ייחשף לתביעת רשלנות.

העניין השני הוא הוכחת ניגוד העניינים – בית המשפט העליון קובע כי בעל הדין הטוען כי המומחה ייעץ בעבר לניזוק כלל אינו צריך להוכיח כי קיים חשש למשוא פנים של המומחה. בעניין זה קבע המחוקק חזקה אשר אינה ניתנת לסתירה.

העניין השלישי הינו שיקול הדעת שנתון לבית המשפט – על פי האמור בפרשת הירשפלד הנ"ל, לבית המשפט אין שיקול דעת, ואף אם המומחה פעל בתום לב, אין בכך כדי לקיים את חוות דעתו.

⁷⁴ רע"א 4072/06 כהן הירשפלד בע"מ נ' יאסר אלחטיב, תק-על 2007(1), 2687, 2686.

מומחיות בתחום הכאב, כבעיה המחייבת התייחסות מיוחדת ונפרדת מבעית המחלה שביסוד הכאב, מתפתחת והולכת בעשרות השנים האחרונות. מספר הרופאים המומחים בתחום זה עדיין מצומצם. לאחרונה הכיר בית המשפט העליון (כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין) בצורך במינוי מומחה בתחום ספציפי זה. כך קבע בפרשת משה ציון:⁷³

"כעניין שבעיקרון, אין לפסול את האפשרות למנות מומחה בתחום הכאב. מקובלת עלי העמדה שבמקרים מתאימים יש להתייחס לכאב כנושא העומד בפני עצמו, שכן ללא ספק, מדובר בעניין שיש לו לעיתים השפעה מרחיקת לכת על האדם-הסובל, על איכות-חיוו ועל אפשרויות ההסתגלות והתפקוד שלו לאחר התאונה. יחד עם זאת, ברי כי לא בכל מקרה שבו קיימת תלונה על כאב, יש למנות מניה וביה מומחה ייחודי לתחום זה".

בית המשפט צריך לנקוט בזהירות רבה בבואו למנות מומחה לכאב, מאחר שטרם קביעה כי הכאב הינו נכות העומדת בפני עצמה, יש לבחון אם מדובר בנכות הנובעת מנכות אחרת אשר בגינה נקבעו או עתידים להיקבע אחוזי נכות. אם בירור זה לא ייעשה כנדרש, נמצא עצמנו קובעים לא פעם כפל נכות.

זהות המומחה

שיקול נוסף אשר על בית המשפט לשקול טרם מינוי מומחה בתחום הרפואי הוא זהות המומחה. לכך מספר מאפיינים אשר חלקם נקבע בדין וחלקם נדון בפסיקה.

מינוי מומחה אשר ייעץ בעבר לצד בהליך באותו עניין

המאפיין הראשון אשר יש לבחון כחלק משיקול זהות המומחה, הינו הקשר בין המומחה לבין הנפגע בתיק. שיקול זה נקבע בחוק, בתקנה 126 לתקנות:

"126. מומחה שיעץ עצה

מומחה שיעץ עצה או חיווה דעתו לאדם בענין שבתחום מומחיותו, לא יוזמן מטעם בית המשפט כמומחה באותו ענין כשאותו אדם צד בו".

⁷³ רע"א 4299/07 משה ציון נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2007(4), 1303, 1304 (2007).

לכאורה, כי בעת שנבדק התובע לראשונה על ידי המומחה ולאחר מכן על ידי מומחים נוספים, לאחר שנותח על ידי הנתבע, לא היתה בכוונתו "לפסול" את אותם מומחים מלהגיש חוות דעת מטעם הנתבעים. אלא, דומה, כי ביקש מזור לעיניו לאחר הניתוח שבוצע על ידי הנתבע".

בית המשפט בחן אפוא, את אופי הקשר שבין המומחה לבין הניזוק, וקבע כי מדובר בקשר חד פעמי אשר הן המומחה והן הניזוק לא זכרו כי התקיים.

בית המשפט לא הסתפק בקביעה כי אין מדובר פה בקשר אשר עלול לגרום לניגוד אינטרסים, והוסיף⁷⁶ שיקול נוסף, הלוא הוא שיקול היות הבעיה הנדונה, בעיה רפואית נדירה:

"ניסיונו של ב"כ התובע לסמוך על ההחלטה בבש"א 7414/04, אין בו כדי להועיל לתובע. בית המשפט פסל שם חוות דעת של מומחה בתחום האורתופדי, שהיה הרופא המטפל בתובע, בקובעו, כי אין המדובר בבעיה רפואית נדירה ולא ייגרם כל נזק אם תוגש חוות דעת של רופא אורתופד אחר. בענייננו, דומה, כי רשימת המומחים בתחום הקרנית והתשבורת הינה רשימה מצומצמת יחסית והתובע נבדק על ידי שישה ממומחים אלה. לדעתי, בנסיבות העניין, כאשר התובע נבדק פעם אחת ויחידה על ידי המומחה, שנים מספר בטרם היה אמור להיבדק לצורך הגשת חוות דעת מטעם הנתבעים, וכאשר מסקנתו של המומחה באותה עת לא התייחסה כלל לשאלה של רשלנות רפואית, אם נעשתה כלפי התובע אם לאו, אין מניעה כי תוגש חוות דעת על ידי המומחה. לנושא זה אפנה להחלטתי בת.א. (שלום-ירושלים) 3051/02 יוניוב נ' איי. אי.ג'י ביטוח זהב בע"מ, לא פורסם, החלטה מיום 3.3.03, כאשר לא נעתרתי לבקשה לביטול מינויו של מומחה מטעם בית המשפט (!! מהטעם שהתובעת נבדקה על ידי המומחה פעם אחת שלוש שנים לפני כן, והמינוי נותר על כנו".

בית המשפט קבע כי שיקול משמעותי אשר יביא למינוי מומחה אשר ייעץ בעבר לבעל הדין באותו העניין, ואפילו מינוי מומחה מטעם בית המשפט, הינו שיקול נדירות

⁷⁶ שם, פסקה 19.

שאלת שיקול הדעת שבה והעסיקה את בית המשפט (כב' השופט א' פרקש) בפרשת לוינגר⁷⁵, ובניגוד לקביעה בפרשת הירשפלד התיר בית המשפט מינוי מומחה אשר טיפל בעבר בניזוק.

תחילה קבע בית המשפט כי תקנה 126 לתקנות אינה חלה בנסיבות המקרה אשר נדון לפניו, מאחר שהבקשה שעמדה להכרעה הייתה התרת מינויו של מומחה מטעם בעל הדין ולא מטעם בית המשפט.⁷⁶ דברים אלה נכונים הם מבחינת לשון התקנה, אולם כאשר נבחן הכרעה זו מבעד למשקפי מטרת התקנה, מניעת ניגוד עניינים, יתכן לומר שראוי להחיל נורמה זו אף על מומחים מטעם בעלי הדין, ולא עלול להיווצר מצב בו בתי המשפט יתייחסו ככלל לחוות הדעת מטעם בעלי הדין כחוות דעת הנגועות בניגוד עניינים וכך יפחת משקלן.

בית המשפט בפרשת לוינגר,⁷⁷ המשיך ודן גם בטענת אי התרת מינוי מומחה, על פי תקנה 126 לתקנות, לגופה. כך קבע:

"אכן, התובע נבדק פעם אחת על ידי המומחה. דא עקא, היה זה כארבע שנים לפני שהופנה לבדיקה לצורך מתן חוות דעת מטעם הנתבעים. על פי תיאור השתלשלות הדברים, לא זכר המומחה את התובע כלל ועיקר. דומה, כי גם התובע לא זכר את המומחה שהרי אם היה זוכרו, יש להניח כי היה מודיע על כך לבא-כוחו ונמנע מלהגיע אליו לבדיקה. מגישה זו ניתן ללמוד,

⁷⁵ בש"א (ירושלים) 6398/07 ד"ר שמואל לוינגר נ' גבריאל פורת, תק-מח 2007(4), 6038 (2007).

⁷⁶ כך קבע שם:

"לאחר שנתתי דעתי לטענות ב"כ הצדדים, מסקנתי היא כי דין הבקשה להתקבל. נפנה ראשונה לטענה האחרונה של ב"כ התובע. תקנה 126 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת, כי "מומחה שיעץ עצה או חיווה דעתו לאדם בענין שבתחום מומחיותו, לא יוזמן מטעם בית המשפט כמומחה באותו ענין כשאותו אדם צד בו". מטרת התקנה היא למנוע ניגוד עניינים מצידו של מומחה שנתן שירות לבעל דין ועתה מתבקש לחוות דעתו בהליך המתקיים בבית המשפט. האמור בתקנה זו אינו חל על הבקשה שלפניי, שכן האמור בה נועד לפסול מומחה שיעץ עצה או חיווה דעתו לאדם, מלהתמנות כמומחה מטעם בית המשפט. עמד על כך בית המשפט העליון, כב' השופט א' ריבלין ברע"א 4072/06 כהן הירשפלד בע"מ נ' אלחטיב (לא פורסם, החלטה מיום 20.2.07), לאמור: "מצוות התקנה היא שדי בכך שהמומחה בא במגע עם אותו אדם ויעץ עצה או חיווה דעה בעניין שבתחום מומחיותו, על מנת לפסול אותו מלשמש כמומחה מטעם בית המשפט..." (ההדגשה לא במקור - א.פ.). במקרה דנן, אין המדובר במינוי מומחה מטעם בית המשפט, אלא במתן חוות דעת על ידי מומחה מטעם בעל דין".

⁷⁷ שם, פסקה 18.

הדעת מאחר שלשון התקנה אינה מותירה לבית המשפט שיקול דעת בעניין זה.

סיכום

דעתנו היא כי אין לאפשר קיום של פרצה בלשון תקנה 126 לתקנות, אולם מנגד אין לשלול כליל את שיקול דעתו של בית המשפט. כפי שקבע כב' השופט פרקש, כאשר ברי כי אין מדובר במומחה אשר ייעץ לבעל הדין באופן תדיר, כגון רופא מטפל, בצירוף העניין כי מדובר בבעיה רפואית נדירה אשר אין מומחים רבים באותו התחום הרפואי, ראוי כי בית המשפט יתיר את מינוי המומחה.⁸⁰

מינוי מומחה נוסף

סוגיה נוספת ומעניינת, הינה שאלת האפשרות של בית המשפט למנות מומחה נוסף, מבלי לפסול את חוות דעתו של המומחה הראשון.

על האפשרות למינוי מומחה מטעם בית המשפט, כמומחה נוסף ולא כמומחה ראשוני, עמד כב' השופט ת' אור בפרשת זכאי:⁸¹

"כשלא עשתה המבקשת את שהיה עליה לעשות עם הגשת תביעתה, הדרך בה היה על המבקשת לנקוט כדי לתקן את טעותה היתה על ידי בקשה לתיקון כתב התביעה וצירוף חוות הדעת השניה לכתב התביעה. בקשה כזו לא הוגשה על ידה, והשאלה המתעוררת היא אם גם בשלב זה, לאחר שנשמעו חלק מראיות התביעה, ראוי לאפשר למבקשת לתקן את כתב תביעתה על ידי צירוף חוות דעת כאמור, אם בקשה זו תוגש על ידה. רואה אני להתייחס לשאלה זו על מנת לחסוך התדייניות נוספות בין הצדדים.

80 בדרך זו פסק כב' השופט א' פרקש גם בת"א (ירושלים) 8116/00 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' מוניץ אריאל, תק-של 2004(1), 4923 (2004), שם לא מנע את מינויו של מומחה אשר בדק בעבר את הניזוק. בקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה על ידי כב' השופט צ' זילברטל בבר"ע (ירושלים) 200/04 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' אריאל מוניץ, תק-מח 2005(1), 2967 (2005), תוך שימת דגש על תום ליבו של המומחה והעובדה שהבדיקה לא נגעה לפגיעה הנטענת מתאונת הדרכים. כב' השופט זילברטל אף הפנה לע"א 279/65 בן זכרי נ' האן, פ"ד (3) 514 (1965), ולדברי כב' השופט אורי גורן, בספרו: סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה שביעית, 2003) בעמ' 211, אשר ממקורות אלו עולה כי שאלת מינוי המומחה אשר טיפל בעבר בניזוק הינה אף היא שאלה שבשיקול דעת. 81 לעיל, ה"ש 40, שם, פסקה 6.

סוג הפגיעה ומספרם המצומצם של המומחים לאותו עניין רפואי. כאשר מדובר בפגיעה שאינה נדירה ורבים המומחים הבקיאים בה, יש לפרש את התקנה באופן דווקני ולא להתיר מינוי מומחה שיעץ לצד בהליך, אולם כאשר מדובר בבעיה רפואית נדירה, אשר מעטים המומחים באותו תחום מצומצם, ניתן למנות מומחה אשר ייעץ בעבר לבעל הדין, ובוודאי כאשר אותו מומחה אשר את מינויו מבקשים הוא המומחה אשר ייעץ "הכי פחות" לבעל הדין.

שימוש לרעה בתקנה 126

על אף האמור, בית המשפט יושב בתוך עמו ובפרשת הירשפלד הנ"ל⁷⁹ ראה כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין להזהיר שלא ייעשה שימוש לרעה בתקנה 126 לתקנות:

"לאחר עיון בהחלטות של הערכאות הקודמות, נראה כי היסוד המשותף להן, על אף התוצאות המנוגדות, הוא הביקורת שנמתחה על התנהגותו של המשיב שהשתהה בהגשת הבקשה עד לאחר שבאה לידי חוות הדעת ונדעה עמדתו של המומחה. אכן, התמונה שמצטיירת מתוך ההחלטות היא שהמשיב המתין למסקנותיו של המומחה, וכאשר אלה לא נראו לו, העלה את הטענה בדבר ניגוד עניינים בשל היכרות מוקדמת. טענתו של המשיב כי לא היה מודע להיכרות הקודמת עם המומחה נמצאה בלתי משכנעת. השתלשלות האירועים במקרה דנן מביאה למסקנה כי התנהגותו של המשיב עולה כדי חוסר תום לב וניצול לרעה של הליכי משפט, זאת כאשר העלה את טענת הפסלות רק לאחר גילוייה של חוות הדעת. יחד עם זאת, תקנה 126 לתקנות סדר הדין האזרחי, מורה על איסור חד-משמעי שבא לידי ביטוי במילים "לא יוזמן". על כן, אין פסול בהחלטת בית-המשפט המחוזי, שסבר כי, במקרה זה, התוצאה המתחייבת מכך היא פסילת חוות-דעתו זו של המומחה עקב היכרות מוקדמת."

לאחר שמהיר כב' המשנה לנשיאה שלא לעשות שימוש לרעה בהוראת תקנה 126 לתקנות, חוזר הוא על דבריו כי גם כאשר מדובר בטענה המועלית בחוסר תום לב והיא נגועה בשימוש לרעה בהליכי משפט, יש לפסול את חוות

⁷⁹ לעיל, ה"ש 73, שם, 2688.

עיינתי בכל המסמכים הנוגעים לעניין ובטענות הצדדים, והגעתי למסקנה שבנסיבותיו של המקרה יש לקבל את הערעור. חוות הדעת חשובות לעניין ההכרעה המשפטית לה ידרש בית המשפט. נראה לי אף, שלא יגרם עיוות דין למשיבה אם יותר לתקן את כתב התביעה כמבוקש, וכל אי נוחות או הוצאה שיגרמו למשיבה עקב כך ועקב הצורך, אולי, לחקור את מי שכבר העיד, ניתנים לפי צוי במסגרת ההוצאות שתפסקנה בסוף הדיון. מאחר והגעתי למסקנה שיש לאפשר את תיקון כתב התביעה כמבוקש, אין צורך שאכריע בטענה החילופית של המבקשים, שהם רשאים להגיש את חוות הדעת כראיה גם ללא תיקון כתב התביעה".

מינוי מומחה נוסף הינו מעין ילד חריג. בניגוד לשיקולים המדוברים של מיעוט ברופאים מומחים, על מנת לייעל את הדיון ולזרזו, מינוי המומחה הנוסף מעביר את המשקל לכיוון בירור האמת על חשבון מהירות וייעול ההליך. באפשרות זו של מינוי מומחה נוסף, באותו תחום רפואי, דן כב' השופט ת' אור בפרשת רונית מזרחי:⁸³

"איני סבור שמינויו של מומחה נוסף אפשרי רק באותם מקרים בהם החליט השופט היושב לדין, לפסול את המומחה שמונה על ידו. פסילתו של מומחה רפואי שמונה על ידי בית המשפט נעשית במקרים נדירים מאוד בהם עלול להיגרם לאחד הצדדים עיוות דין או במקרים בהם פעל המומחה בחוסר תום לב (ראו גם: א' ריבלין תאונת הדרכים, מהדורה שלישית, ירושלים, תש"ס), (577-583). מינוי מומחה נוסף, לעומת זאת, יכול שיעשה, כאמור, גם בכל אותם מקרים בהם מתעוררים בלב השופט ספקות באשר ליכולתו להכריע בתיק על סמך חוות הדעת של המומחה הרפואי אשר מונה על ידו. כשתתקבל חוות דעתו של המומחה הנוסף, תעמודנה שתי חוות הדעת - הישנה והחדשה - זו בצד זו, ועל השופט יהא להכריע, בעת כתיבת פסק הדין, בדבר המשקל שהוא נותן לכל אחת מהן".

בנסיבות המקרה ראוי, לדעתי, להעתר לבקשה כזו אם תוגש. הוכחת רשלנות מצד המשיבות בנסיבות המקרה מותנית בהגשת חוות דעת רפואיות בעניינים רפואיים אשר יהיה בה לבסס רשלנות כזו. חוות הדעת השניה, אם תמצא מהימנה ומשכנעת, כוללת חוות דעת בעניינים שברפואה שיש בהם לבסס טענת רשלנות כזו מצד המשיבות, ועל כן, יש לה חשיבות לצורך הכרעה בשאלות האמיתיות השנויות במחלוקת בין הצדדים. ללא חוות דעת כזו, ייבצר מהמבקשת להוכיח את טענתה בדבר התרשלנות רפואית מצד המשיבות או מי מהן.

אכן, ראוי היה שהבקשה לתיקון כתב התביעה ולצירוף חוות הדעת השניה תוגש בכל ההקדם, ולפתחה של המבקשת רובצת התרשלנות באיחור הגשת הבקשה לאור השלב הגיע הדיון בערכאה הראשונה. אך בנסיבות המקרה המיוחדות, כשכל גורל תביעתה של המבקשת תלוי בכך שחוות הדעת השניה תוגש כראיה מטעמה, הנני סבור שיש לאפשר למבקשת לתקן את טעותה, אם תבקש זאת".

השיקול המכריע בדבריו של בית המשפט הינה החשיבות שיש ליתן לחוות הדעת לצורך בירור השאלות האמיתיות השנויות במחלוקת. מכאן עולה כי לאחר שהתובע הוכיח את רצינות תביעתו, בכך שצירף חוות דעת ראשונית, השיקולים להתיר הוספת חוות דעת נוספת קלים יותר.

על עמדה זו חזר כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור גם בפרשת אגמון:⁸²

"המבקשים, אשר צרפו חוות דעת רפואיות לכתב תביעתם, ביקשו במהלך הדיון לצרף שתי חוות דעת נוספות, אם כראיה מטעמם ואם בדרך של תיקון כתב התביעה שלהם וצירוף חוות הדעת אליו. המדובר בחוות הדעת של פרופסור שנקר ופרופסור דיאמנט.

בית המשפט דחה את בקשתם, ועל כך הוגשה בקשה זו לרשות ערעור, אשר הוחלט לדון בה כאילו ניתנה רשות ערעור וערעור הוגש על פי הרשות שניתנה.

⁸² רע"א 184/95 יובל אגמון, קטין נ' מדינת ישראל, תק-על (1995), 120 (1995).

⁸³ לעיל, ה"ש 1, שם, 678.

כאמור, לעיתים מרוב עצים לא רואים את היער, וריבוי חוות הדעת מקשה על בית המשפט לאמוד את הנזק לאמתו.

מומחה שמופיע מטעם צד באופן קבוע ("מומחה הבית")

"מומחה הבית" של בעל דין

טענה אשר ראוי לעמוד עליה, הינה הטענה כי המומחה אשר ממונה על ידי בית המשפט נתן בעבר מספר חוות דעת לאחד מבעלי הדין. בית המשפט העליון (כב' השופט (כתוארו אז) א' ריבלין) דחה טענה זו בהחלטתו בפרשת בנא ג'וני:⁸⁵

"יצוין כי צדק בית המשפט קמא בקובעו כי גם אם היה מתברר בוודאות כי המומחה הכין בעבר חוות דעת עבור המשיבות - שני גופים גדולים בתחום הביטוח - בתיקים אחרים, אין בכך כדי להצדיק פסילת חוות דעתו."

כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין העלה שאלה זו במפורש בפרשת תקוה לוי,⁸⁶ ודחה את הטענה האמורה תוך שהוא חוזר על מושכלות ראשונים באשר למעמדו של המומחה מטעם בית המשפט:

"המבקשת מעוררת את השאלה, אימתי יהיה מומחה ששימש בעבר, במקרים אחרים, כמומחה מטעם אחד הצדדים, מנוע מלשמש כמומחה אובייקטיבי מטעם בית המשפט?

...

בהקשר זה, פסקנו לא אחת כי "משמונה המומחה, חזקה היא כי הוא ינהג באופן מקצועי, ויעשה מלאכתו נאמנה" (ראו והשוו: רע"א 1548/06 עדי אטיאס נ' ד"ר בלכר מריאן (טרם פורסם); רע"א 11147/03 אריאל ביטון נ' כפיר אלעזרה, תק-על 2004(1) 3211). במקרה שלפני חזקה זו, כך סברה הערכאה המבררת, לא נסתרה. עוד שנינו, כי בכדי לפסול מומחה שמונה מטעם בית המשפט "צריך שיתקיים חשש ממשי לכך שזכויות המשיב תפגענה עקב

כפי שעולה מדבריו, מינוי המומחה הנוסף אינו תלוי כלל ועיקר בפסילת חוות דעתו של המומחה הראשוני, צעד אשר נעשה במקרים נדירים ביותר (ועל כך ארחיב להלן). המסלול של מינוי מומחה נוסף נועד אך ורק על מנת לאפשר לשופט להכריע הכרעת אמת בתיק שלפניו.

חלק מהשיקולים למינוי מומחה נוסף נמנו מפי כב' השופט א' גרוניס בפסק דין נהרי:

"מינוי של מומחה רפואי נוסף ייעשה באותם מקרים בהם מתעורר חשש שללא עיון בחוות דעת רפואית נוספת יתקשה בית המשפט להגיע לחקר האמת ולאמוד נכונה את שיעור נכותו הרפואית של הנפגע. כך למשל, כאשר קיימות גישות רפואיות שונות בתחום מסוים ומתברר שהמומחה שנבחר אינו מייצג את ההשקפה הרפואית השלטת או כאשר קיים חשש כי המומחה לא העריך נכונה את אמינותו של הנפגע באשר לתלונותיו (ראו, רע"א 337/02 הנ"ל, בעמ' 677-678)".

על פי דברי השופט גרוניס, מינוי מומחה נוסף ייעשה במקרים בהם בית המשפט אינו יכול להכריע על פי חוות הדעת המונחת לפניו, מאחר שמתברר כי גישתו הרפואית של המומחה שנתן את חוות הדעת אינה הגישה השלטת או שקיים חשש שהמומחה לא העריך נכונה את אמינות תלונות הנפגע.

עוד טעם למינוי מומחה נוסף הינו ריבוי חוות דעת מטעם הצדדים. טעם זה נדון בת"א (מחוזי, ירו') 31013/01:⁸⁴

"לאור ריבוי חוות הדעות מטעם הצדדים ועדויות הנתבעים 1,3, סברתי שיש מקום לקבלת חוות דעת מומחה מטעם בית המשפט. הצדדים הסכימו. טרם מינוי המומחה, אפשרתי לצדדים להגיע להסכמה על מיהות המומחה. אולם הדבר לא צלח. לפיכך מיניתי מומחית שאינה נותנת חוות דעת לא לתובעים ולא נתבעים. המומחית שמיניתי, ד"ר נילי ינאי מביה"ח הדסה נתנה את חוות דעתה, ענתה לשאלות הבהרה של הצדדים ונחקרה על חוות דעתה בבית המשפט."

⁸⁵ רע"א 2600/04 בנא ג'וני נ' ארטס חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2004(3), 2237, 2238 (2004).

⁸⁶ רע"א 7232/06 תקוה לוי נ' שירותי בריאות כללית, תק-על 2007(1), 222, 223 (2007).

⁸⁴ ת"א (מחוזי, ירו') 3103/01 פלוני (קטין) נ' פרופ' הרמן אריה-מח' נשים ויולדות, תק-מח 2007(1), 8690, 8705 (2007).

הצדדים, יש צורך להניח תשתית עובדתית של ממש ואין די בהשערות סתמיות".

מן המקובץ עולה כי ישנה חזקה שהמומחה עושה עבודתו נאמנה, וכל עוד לא הוכיח הטוען לכך, כי המומחה מועל בתפקידו, תתקיים החזקה. חזקה זו אינה מוחלטת והיא ניתנת לסתירה.

"מומחה הבית" של בית המשפט

שאלה אשר טרם נדונה בפסיקה היא שאלת מינוי תדיר של אותו מומחה על ידי אותו שופט. השאלה העולה במקרה כגון זה הינה, האם יש חשש שבית המשפט יקבל עדותו של מומחה כזה כתורה מסיני ולא יפעיל את הביקורת השיפוטית הראויה. לכך שיקולים לכאן ולכאן:

מחד גיסא יש יתרונות לדרך מינוי זו מאחר שהיא מביאה לכך שבית המשפט סומך על המומחה לאור הניסיון המוכח. המומחה כבר הוכיח את עצמו הן במישור המהימנות האישי והן במישור האמינות המקצועית. הטענה כי בית המשפט אינו בוחן במצב כזה את חוות הדעת באופן נקי משיקולים "זרים" היא למעשה טענת פסלות, אשר יכולה להתקבל רק אם יוכח כי מדובר בחוות דעת שאינה סבירה בעליל. כלל נקוט הוא כי מקצועיותו של השופט תגבר, וכי רק כאשר יש חשש ממש למשוא פנים ניתן לפסול את השופט, וכך יש לנקוט אף בתחום זה.

מנגד יש חיסרון ניכר והוא כי לא בנקל יקבע בית המשפט כי המומחה אשר בו הוא שם את יתרו באופן תדיר, קָשָׁל, ויקשה על בית המשפט לקבוע, כי המומחה אינו אמין, לאחר שמינה אותו מספר פעמים. כמו כן, אם יקבע השופט כי המומחה "הקבוע" אינו אמין דיו בתיק מסוים, תרחף באולמו שאלת תקפות ומעמד חוות הדעת הקודמות, אלה שניתנו בבר על ידי אותו מומחה.

לטעמנו, זאת שאלה של מינון, ואף בסוגיה זו יש להביא בחשבון את תחום המומחיות, מספר המומחים שניתן למנות בתחום זה וכיו"ב.

האיסור להטריד ניזוק בבדיקות שווא

בשולי הדברים אנו רואים צורך לציין סוגיה נוספת והיא האיסור להטריד את הניזוק בבדיקות שווא, על מנת להתישו. על כך עמד כב' השופט ע' גרשון בהחלטתו בעניין סיגלוביץ:⁸⁹

⁸⁹ בש"א (חיפה) 6577/07 חווה סיגלוביץ נ' ד"ר ראובן גיבשטיין, תק-מח 2007(3), 9105, 9108 (2007).

אותה קירבה בין המומחה למבקשת לה טוען המשיב" (רע"א 334/99 טרקלין החשמל בע"מ נ' רוז'ה חלפון, תק-על 99(2) 920; רע"א 2600/04 בנא ג'וני נ' ארטט חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2004(3) 2237). בנסיבות העניין, אף לאחר שבחנו את טענות המבקשת לא מצאנו כי התגבש חשש ממשי למשוא פנים מצדו של המומחה".

כדי לסתור את החזקה כי המומחה מבצע את תפקידו נאמנה, צריך שיתקיים חשש ממשי לכך שהמומחה נוהג במשוא פנים.

הלכה זו חזרה ונשנתה בפרשת לינצקי⁸⁷ (כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין), כדלקמן:

"לגופו של עניין, לא מצאתי לנכון לקבל את הבקשה לפסול את המומחה. בעצם העובדה שהמבקשים איתרו חמישה מקרים נוספים שבהם שימש פרופ' הרמן כמומחה מטעם המשיבה, אין כדי להצדיק את התערבותי בהחלטת הערכאה המבררת שלא לבטל את מינויו (השוו: רע"א 7232/06 לוי נ' שירותי בריאות כללית (טרם פורסם), ניתן ביום 11.1.2007). בהיעדר כל ראיה ממשית בעניין, אינני רואה גם לדון בטענת "ההגנה ההדדית" שהעלו המבקשים. כללו של דבר, לא מצאתי כי במקרה זה נסתרה החזקה בדבר התנהלותו המקצועית של המומחה".

בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי (כב' הנשיא (בפועל) מ' בן דוד) בעניין בנא ג'וני⁸⁸, ההחלטה נשוא החלטת כב' השופט ריבלין בפרשת בנא ג'וני הנ"ל, כך:

"נראה לי שנסיונו של ב"כ המבקש להטיל דופי במידת האובייקטיביות והנאוטרליות של המומחה, ולמעשה ביושרו ובהגינותו, ראויים להידחות מכל וכל. העובדה שיתכן ובעבר נתן המומחה חוות דעת, על פי פניית המשיבות, (בענין אחר ואם בכלל), אין בה כדי להקים בסיס לטענה בדבר משוא פנים והטית-דעת לטובת המשיבות. על מנת לבסס טענה מעין זו כנגד מומחה שמונה על ידי בית המשפט, בהסכמת

⁸⁷ רע"א 5611/07 שני פישר לינצקי נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, תק-על 2007(4), 1332, 1333 (2007).

⁸⁸ בש"א (נצרת) 2594/02 בנא ג'וני נ' ארטט חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 2004(1), 11237, 11239 (2004).

"ככלל לא יתייחס בית המשפט באהדה לבקשה להמרת מומחה באחר, שבאה לאחר שנתגלה תוכנה של חוות הדעת למבקש לפסול אותה. בקשת פסילה כזו תיבחן במשנה זהירו".

העולה מדברי בית המשפט כי בקשה לפסילת חוות דעת של מומחה לאחר היוודע האמור בה, עולה לכדי שימוש לרעה בהליכי משפט, מכאן שכאשר השופט בא לדון בבקשה מעין זו לפסילת חוות דעת של מומחה, חובה עליו לכלול בין שיקוליו אף את המועד בו התבקשה הבקשה. כאשר בקשה זו מוגשת לאחר הגשת חוות הדעת לבית המשפט וגילוי תוכנה, וכאשר הבקשה מוגשת מטעם בעל הדין אשר נפגע מתוכנה של חוות הדעת, שומה על בית המשפט לבחון בקשה זו במשנה זהירות.

מקרה ייחודי בא לפני כב' השופט ד' חשין בפרשת שמעה נהרי⁹¹ שם התבקש בית המשפט להחליף מומחה אשר מונה מטעמו ולמנות מומחה אחת תחתיו, זאת בתום הבאת הראיות ולאחר שהתיק כבר נקבע לסיכומים. לאחר ששקל את הבקשה בכובד ראש, ביטל בית המשפט את מינוי המומחה. בית המשפט נימק את החלטתו זו בכך שהמומחה לא התייחס לשאלת הקשר הסיבתי, שהיתה שאלה עיקרית באותו המקרה. בנוסף, בחקירתו הנגדית אמר המומחה כי לאחר שהוצג לו חומר ראיות נוסף, הרי שאין זו אבחנה מסובכת, כלשונו, אלא מסובכת ביותר. לזאת הוסיף כי תשובותיו של המומחה לא היו עקביות וכי כאשר מדובר במינוי מומחה על פי חוק הפיצויים, אזי יש להקפיד שלא לפגוע בזכויות בעלי הדין, אשר אינם זכאים להביא עדות מומחה מטעמם. לבסוף קבע בית המשפט כי, בנוסף לכך, גילוי של עובדות ונסיבות חדשות, מצדיק את החלפת המומחה. על החלטה זו ערערה חברת הביטוח מנורה לבית המשפט העליון,⁹² וכב' השופט ט' שטרסברג-כהן דחתה ערעור זה בקובעה:

"אין מקום להתערב בהחלטתו של בית משפט קמא. בית המשפט מינה מומחה מטעמו ולאחר שהמומחה הגיש את חוות דעתו והעיד בבית המשפט, הגיע השופט קמא למסקנה כי אין הוא יכול להשתית ממצאים ומסקנות על חוות דעתו, שלא נראתה לו עקבית ולא ענתה על כל השאלות שאמורה היתה לענות עליהן".

⁹¹ המרצה 3300/96 שמעה נהרי נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 13.5.1996).

⁹² רע"א 4361/96 מנורה חברה לביטוח נ' שמעה נהרי (לא פורסם, 16.7.1996).

"לדידי ברור הדבר שמקום שתובע נבדק ע"י רופא מומחה מטעם הנתבע/ים כי אז שומה על הנתבע/ים להמציא לתובע העתק מחוות דעתו של הרופא המומחה. כך עולה גם מהוראת תקנה 128(א) לתקנות.

כך גם ברור, לדידי, כי אין כל יסוד בדין לחייב את המבקשת לעמוד לבדיקת מומחה חלופי מטעם המשיבים, כמבוקש ע"י המשיבים בתגובתם לבקשה. לפיכך אני דוחה בקשה זו. (החלטתי לדחות את בקשת המשיבים לגופה, משיקולי יעילות, כבר במסגרת הנוכחית, למרות שהמשיבים אינם זכאים לבקש סעד במסגרת בקשה שהוגשה ע"י המבקשת).

המבקשת זכאית לכך שלא תוטרח לחינם לבדיקות רפואיות חוזרות ונשנות ע"י מומחים מטעם המשיבים. פרופ' מירובסקי בדק את המבקשת למרות שזו הודיעה לו כי נבדקה על ידו בעבר. בנסיבות אלה, אין למשיבים להלין על המבקשת העומדת על זכותה האמורה. אם היתה תקלה, הרי שהתקלה רובצת לפתחם של המשיבים והמומחה מטעמם והמבקשת אינה צריכה לשאת בתוצאות התקלה".

סוגיה זו הינה חלק מהאיסור לפעול שלא בתום לב והאיסור לעשות שימוש לרעה בהליכי משפט.

שיקולים לפסילת חוות דעת של מומחה

פסילת חוות דעתו של מומחה או החלפתו, הינה בגדר רעה חולה, הן מאחר שמדובר בפגיעה בשמו הטוב של המומחה והן מאחר שקבלת בקשה כגון זו מביאה להתמשכות מיותרת של ההליכים והאמרת העלויות.

כדי להימנע מלכתחילה מהצורך לדון בבקשות מעין אלו, נכון שבית המשפט ישוחח עם המומחה, טרם מינויו, ויבהיר לו את המגבלות המוטלות עליו ויבחן עמו את תנאי הסף.

באשר להעברת המומחה מתפקידו ופסילת חוות הדעת קבע כב' השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בהחלטה בעניין רשות הנמלים והרכבות:⁹⁰

⁹⁰ רע"א 8000/04 רשות הנמלים והרכבות נ' גמליאלי עמיקם, תק-על 2004(4), 714, 712 (2004).

מטעם בית-המשפט ולא ראיתי טעמים אחרים המצדיקים את אי-פסילתה של חוות-הדעת".

בית המשפט העליון מדגיש כי האיסור למסור למומחה חוות דעת רפואית מטעם אחד מבעלי הדין הינו איסור דו-כיווני: הן איסור על בעלי הדין למסור מסמכים אלה למומחה והן איסור על מומחה לקבל מסמכים אלה. המומחה אינו יכול לטעון כי פעל בתום לב וכי "נפל ברשתו" של עורך הדין. בכל מקרה, כאשר מוכח כי בפני המומחה עמדו מסמכים שלא היו אמורים להיות בפניו, והוא הסתמך עליהם, אין אפשרות להימנע מפסילת חוות דעתו.

כב' השופט י' עמית, בהחלטתו בעניין יעל גונן,⁹⁴ סקר את עמדת הפסיקה בעניין פסילת חוות דעת של מומחה, שהיו בפניו מסמכים שלא היו אמורים להיות בפניו:

"כידוע, פסילת חוות דעת מומחה אינה עניין שבשגרה, ולפני צעד כה קיצוני, יש למצות אפשרויות אחרות, כמו חקירת המומחה - רע"א 2273/99 ויצמן נ. אליהו חברה לביטוח בע"מ דינים נו 77 (1999). נקודת המוצא היא, שהמומחה פועל בהגינות ובתום לב ולא כל שגגה או תקלה יביאו לפסילתו - רע"א 6116/97 שוחט נ. ציון חברה לביטוח בע"מ, דינים נג 79 (1997). גם המצאה אסורה של מסמכים למומחה, אינה פוסלת אותו בהכרח - רע"א 3358/91 סהר חברה לביטוח בע"מ נ. ציון, דינים כב 752 (1991) ויפים לענייננו דברים שנאמרו ברע"א 3011/94 אלפסי שמעון נ. הדר חברה לביטוח בע"מ, דינים לה 900 (1994):

"כבר אמרנו בעבר.... שגם אם עקב טעות הועבר לידי מומחה חומר רפואי שלא היה מקום להגיש בפניו, אין מקום לפסלו אוטומטית בשל כך. על בית המשפט לבחון את נסיבות המקרה, ואם לא היתה להמצאת החומר הרפואי לפגום בחוות הדעת או לגרום עיוות דין למי מהצדדים - אין סיבה לפסול את המומחה או את חוות דעתו".

מנגד, ראה רע"א 1426/03 נאסר בלאל נ' אברג'יל, דינים סג 991 (2003), שם אישר בית המשפט

יוצא מכאן, כי אכן בקשה להחלפת מומחה רפואי נדרשת להיות נדונה בכובד ראש, אולם כאשר אין ביכולתו של בית המשפט להכריע על בסיס חוות הדעת הראשונה, עקרון עשיית הצדק גובר על ייעול הדיון, וניתן למנות מומחה חלופי אף בשלב מאוחר, ואף לאחר מתן צו לסיכומים.

פסילת מינוי מחמת הגשת חומר רפואי או חו"ד למומחה מטעם בית משפט

בין הסיבות העיקריות המביאות להגשת בקשות לפסילת מומחים הינן קשר ישיר בין המומחה לבין אחד מבעלי הדין והיחשפות המומחה לחומר אשר לא היה אמור להיחשף אליו.

בסוגיה זו דן בית המשפט (כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין) בפרשת חביב:⁹³

"לשון התקנות [8 ו-9 לתקנות המומחים - י.ש.] היא ברורה: לצדדים אסור להמציא למומחה חוות-דעת רפואיות, אך גם על המומחה עצמו חל איסור לדרוש או לקבל מהצדדים חוות-דעת רפואיות. המומחה מטעם בית-המשפט נדרש לעמוד על המשמר למען ימלא את תפקידו בנאמנות בהתאם להוראות החוק והתקנות, ואל לו להיתלות במעשה או במחדל שביצע בעל-דין, ואשר חותר תחת המסגרת הברורה של הדין. בנסיבות המתוארות, אין ספק כי עמדו בפני המומחה חוות-דעת שלא היו אמורות לעמוד בפניו, וכי בעקבות כך הוא פעל להשגת המידע שסייע בעד פרופ' קפלינסקי להפיק את חוות-דעתו. יש ליתן משקל גם לעובדה שעתירתה של המבקשת לפסול את חוות-הדעת נעשתה בטרם נודע לה תוכנה של חוות הדעת של המומחה, וזאת חרף הביקורת על הגשתה של הבקשה בשיהוי שיש בו כדי להכביד על ניהול ההליך.

...

בנסיבות המקרה הזה, נמצא לי כי לא מולאו הוראות תקנות 8 ו-9 לתקנות המומחים. יש בפרטי המקרה כדי להקים חשש ממשי לפגיעה בעצמאות שיקול הדעת של המומחה

⁹⁴ בש"א (חיפה) 6633/07 יעל גונן נ' דולב חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 2007(2), 6562, 6564 (2007).

⁹³ רע"א 9724/07 דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ נ' אמנון חביב, תק-על 2008(1), 2087, פסקה 4 (2008).

העליון את החלטת בית המשפט השלום לפסול חוות דעת מומחה שהועבר אליו תיעוד מוועדות רפואיות של המל"ל".

כפי שעולה מדברים אלה, **מחד גיסא** קבע בית המשפט כי אין לפסול את חוות הדעת באופן אוטומטי ויש לבחון אם המומחה הסתמך על המסמכים שלא היו אמורים להיות בפניו. **מאידך גיסא**, אשרר בית המשפט פסילה של חוות דעת עקב העברת חוות דעת לעיונו של המומחה.

על אף האמור, כאשר טרם הוגשה חוות הדעת של המומחה לבית המשפט וניתן לתקן את המחדל מבלי שיגרם עיוות דין למי מבעלי הדין, קבע בית המשפט כי אין לפסול את חוות הדעת של המומחה הנוכחי ולמנות מומחה אחר תחתיו. כך נקבע בפרשת אבן שוע⁹⁵ על ידי כב' השופט א' בכר:

"הנחה יסודית היא כי המומחה מטעם בית המשפט, פועל ביושר, הגינות ובתום לב, ראה לענין זה: רע"א 600/96 אדרי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, דינים עליון נב, 658; רע"א 6116/97, ד"ר שוחט נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, תק-על 97(3), 1051; רע"א 7265/95, גלדשטיין נ' בראל, פ"ד 214(3).

זאת ועוד, חזקה על המומחה הרפואי, שהינו ידו הארוכה של ביהמ"ש, שיפעל בתום לב תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי בבחינת החומר הרפואי אשר הועבר לידיו ובדיקת התובע.

המומחה הרפואי דנן הינו מומחה רפואי בעל מוניטין וידע מתאים בתחום התמחותו וסבורני כי המומחה, יפעל ביושר ובהגינות במהלך הכנת חוות דעתו. לא מצאתי לקבוע כי יש במחדלה של התובעת כדי לפגוע בזכויותיו של מי מבעלי הדין או לגרום לעיוות דין, שכן מחדל זה ניתן לריפוי שעה שהמומחה יכין את חוות דעתו בהתעלם מחוות הדעת הפסולה.

כמו כן, המומחה ידע עוד ביום 02/09/07 מפי הנתבעת, כי יש להתעלם לחלוטין מחוות הדעת הפסולה. המומחה עדיין לא הגיש חוות דעתו

לבית המשפט ועל כן סביר שלא יסתמך בחוות דעתו על המסמך הפסול".

לפיכך, ראוי שבצו הפורמאלי של מינוי מומחה יובהרו לו מהם גדרי פעולתו, ונכון לציין אף את האיסור לקבל מסמכים מבעלי הדין או להיחשף לחוות דעת מטעמם, בין יתננו הנושאים. כמו כן יש להדגיש בהחלטה המועברת לצדדים, שעליהם להימנע ממתן "חומרים אסורים" למומחה.

פסילת שאלות הבהרה

פסילה אינה חייבת להיות פסילת כל חוות הדעת של המומחה, וקיימת גם האפשרות לפסול שאלות הבהרה אשר מועברות למומחה.

העברת שאלות הבהרה למומחה נקבעה בתקנה 134 לתקנות:

134. חוות דעת מומחה שמינה בית המשפט

...

(ג) בעל דין רשאי לבקש בכתב, באמצעות בית המשפט, הבהרות מהמומחה על חוות דעתו.

המאפיינים של שאלות הבהרה נדונו על ידי כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור בהסכמת כב' השופטים (כתוארם ⁹⁶:אז) א' ברק וש' לוי בפרשת שירלי כהן רו

"שאלות הבהרה' כשמן כן הן: הן מיועדות להבהיר דברים שנאמרו בחוות הדעת. כך, למשל, אם מומחה קובע דרגת נכות באחוז מסוים, ללא שיציין או יפרט מה הפגם שמצא אצל הנבדק - יש מקום לבקשו שיבהיר, על סמך מה קבע מה שקבע; ובדומה לזה קביעות שבחוות הדעת שמבקשים להבהיר, וניתן לעשות כן על-ידי שאלות המופנות בכתב אל המומחה.

'חקירה' של המומחה, לעומת זאת, מיועדת לחקרו גם, למשל, על מידת האובייקטיביות שלו, או קשריו עם מי מהצדדים. היא מיועדת גם להוכחת חוסר מיומנותו או מהימנותו, וכן להצגת עובדות לפניו וחקירתו בעניינים אחרים, אשר אינם בגדר הבהרה לחוות דעתו."

⁹⁶ ע"א 107/88 שירלי כהן רו נ' פרידה לאץ, פ"ד מד(1) 857, פסקה 4(ד) (1990).

⁹⁵ ת"א (תל-אביב-יפו) 30720/07 אבן שוע שושנה נ' איילון חברה לביטוח בע"מ, תק-של 2007(4), 11272, פסקאות 7-8 (2007).

די צרכן (ראו, ת"א (י-ם) 939/94 סמיר עודה נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 196(1), 1108 (1996). על שאלות ההבהרה להיות רלוונטיות ונובעות מחוות הדעת, עת להבדיל מחקירת המומחה, אל להן להיות טורדניות ואין לנסות באמצעותן לקעקע חוות דעת המומחה, לרבות בחינת מידת מומחיותו של המומחה ומהימנותו (ראו גם, ת"א (נצ') 1175/04 יוסף לוי נ' מדינת ישראל, תק-מח 2006(4), 5919 (2006))."

מן המקובץ עולה, כי כאשר בבסיס בקשה לפסילת מומחה רפואי עומדת מסכת עובדתית המביאה לחשש להטיית חוות הדעת, אזי יש לפוסלה, אולם אל לו לבית המשפט לפסול חוות דעת של מומחים כלאחר יד אלא חובה עליו לבחון לעומקם של דברים, האם לא ניתן לרפא את הפגם ולקיים את חוות הדעת. באשר לשאלות הבהרה המופנות למומחה הרפואי, לאלו מטרה ברורה והיא הבהרת חוות הדעת ובירור אמירות דו-משמעיות או אמירות סתומות בה. על בית המשפט לשמור כי לא נעשה שימוש לרעה במוסד שאלות ההבהרה, ויש לראות בכך אף פן של שמירה על כבודו של המומחה.

כאמור, שאלות ההבהרה נועדו רק כדי להבהיר את הדברים שנאמרו בחוות הדעת ולא על מנת לסתור אותה. לשם כך נחקר המומחה בבית המשפט בחקירה נגדית.

מדברי בית המשפט העליון הנ"ל בדבר מהותן של שאלות ההבהרה, הסיק כב' השופט (כתוארו אז) אליעזר ריבלין בספרו⁹⁷ כי כאשר השאלות המועברות למומחה חורגות מהגדרה זו, אזי בסמכות בית המשפט לפסול אותן:

"הבחנה ברורה זו שמציע בית המשפט העליון עשויה, לכאורה, ללמד על הצורך לפסול - מכוח סמכותו הטבעה של בית המשפט - שאלות הבהרה החורגות מן התחום שיועד להן".

סוגיה זו נדונה בהחלטת כב' השופט מ' רביד בעניין גודניאן:⁹⁸

"העולה מן המקובץ, מטרתן של שאלות ההבהרה הינה להבהיר סתומות בחוות דעת המומחה, להסביר סתירה שבה, לסלק דו-משמעויות בהבנה ולפרש מסקנות שלא פורשו

⁹⁷ אליעזר ריבלין, תאונת הדרכים, סדרי דין וחשוב הפיצויים (מהדורה שלישית, 1999).

⁹⁸ בש"א (מחוז, ירו') 4215/07 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' אסתר גודניאן, תק-מח 2007(1), 4388, 4386 (2007).

הערות המערכת למאמר

מאמר זה מסכם בצורה בהירה את המצב המשפטי השורר כיום. המחבר דלה את פסקי הדין העיקריים וחדר היטב לעבר השיקולים המנחים את בתי המשפט במינוי המומחים.

כללי הפסיקה שנסקרו מביכים לעתים את עורכי הדין הפונים לבתי המשפט בבקשה למינוי מומחים.

המומחים הרפואיים נתקלים בחשדנות רבה מצד הצדדים ועמדת בית המשפט הרואה במומחה את "זרועו הארוכה" גורמת לאי נחת רבה, על אף הרטוריקה של בתי המשפט היכולים אף לסטות מחוות דעת של מומחה שהם עצמם יזמו או מינו; הסטייה מעדות המומחה שנתמנה על ידי בית המשפט היא נדירה.

לא זו אף זו, מומחים שמעידים תמיד רק לטובת צד אחד (בעיקר לטובת נתבעים) אינם מקובלים על ידי התובעים כמהימנים. ואף שנוצרו כללי מינוי שמצאו ביטוי יפה במאמר של המחבר, שהוא עצמו שופט מנוסה ורב פעלים, טוב היה לו היה המחוקק מתקין תקנות מפורטות יותר שלא היו מותירות מרחב לשיקול דעת וחשדנות טבעית.

מכל מקום, כלל ראשון המוצע הוא שמומחה שיתמנה על ידי בית המשפט יוגבל לכך שלא ימנה על אותם רופאים המנפיקים חוות דעת לצדדים (תובעים או נתבעים) ויקבל את שכרו מבית המשפט או לפי קביעת בית המשפט.

יש אפוא, לחזור ולשקול את הצעתו של כבוד השופט ת. אור להקמת מוסד בלתי תלוי שימציא חוות דעת רפואיות ללא כל תלות בצדדים.

הכללים שבוטאו במאמר הנדון יוכלו לשמש קו מנחה למתקין תקנות שילוו את הקמת המוסד הנ"ל.

טוב היה גם לו נתאפשר ניתוב תיקים בהם נדונים עניינים שברפואה לשופטים שיתמחו בתחום זה.