

”למד שחיה בהתכתבות אצל מציל ידוע“: על הפרטת מערכת השפיטה בתיקי נזקי גוף ”קלים“

אסף פוזנר*

תקציר

לאחרונה אנו עדים לניסיונות לקצר הליכים משפטיים. במאמר זה נדון הניסיון הנוכחי לשנות את הכללים החלים על תאונות דרכים שגרמו לנזקי גוף ”קלים“. על פי ההצעה, הדיונים יועברו לוועדת מומחים אשר תקבע את הנכות, ולאחר מכן יוחזרו לרשם אשר יקבע את הפיצויים על פי כללים שייקבעו, ללא חקירת המומחים. במאמר תוצג ביקורת על ההצעה, בהיותה ניסיון להחליף את ההליך השיפוטי הרגיל בדיון בפני מומחה. ההצעה מתעלמת מהיות הדיון בפני מומחה שונה מהותית מדיון בפני שופט: הנכות הנקבעת היא נכות רפואית (בשונה מנכות תפקודית המביאה לכימות ראשי הנזק); הקשר הסיבתי הנקבע הוא קשר סיבתי ”מדעי“ ולא קשר סיבתי משפטי (שעשוי להיקבע גם בהיעדר קשר סיבתי מדעי); הקשר הסיבתי והנכות אף נקבעים על פי האסכולה שבה דוגל הרופא שנקבע בלי האפשרות להעמידה לבחינה – בחקירה נגדית – לעומת אסכולות אחרות. מלבד זאת העברת הדיון לוועדת מומחים סוטה מהכלל הבסיסי שקביעת עובדות וקביעות מהימנות נעשות על ידי בתי המשפט ולא על ידי מומחים. המאמר מראה אף שההצעה אינה שוויונית: אם ”התמזל מזלו“ של הנפגע ונקבעה לו נכות קשה, חברת הביטוח תזכה לאפשרות רגילה לערער על חוות הדעת, אך זכות זו לערער לא תעמוד לרשות הנפגע אם תיקבע לו נכות קלה. בסופו של המאמר מועלים הקשיים החוקתיים שבהצעה, הפוגעת בזכות הגישה לבית המשפט ומהווה הפרטה של התפקיד השיפוטי. כן מועלה הספק אם בכלל קיימת בעיה אמפירית של השחתת זמן שיפוטי רב בתיקים שמעורבים בהם נזקי גוף קטנים בלבד.

מילות מפתח: זכות הגישה לבית המשפט, תאונות דרכים, מומחים רפואיים, נכות רפואית, נכות תפקודית, קשר סיבתי, אסכולות רפואיות, חקירה נגדית, שוויון, הפרטה.

מבוא

בעת האחרונה הועלו הצעות להוציא הליכים שונים אל מחוץ למערכת המשפטית, בין היתר הועלתה הצעת חוק בתי המשפט (בוררות חובה) (הוראת שעה), התשע”א-2011.¹ בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי **”על המערכת השיפוטית במדינת ישראל מוטל נטל שיפוטי כבד במיוחד בהשוואה למערכות שיפוטיות בעולם. נטל זה גורם להתמשכות של הליכים ולעומסים קשים המשפיעים בראש ובראשונה על זכויות המתדיינים ואף פוגעים בתדמית בית המשפט. הצעת חוק זו באה על רקע מצב דברים זה ונועדה להקל את העומס המוטל על בתי המשפט“**.

ההצעה העוסקת בבוררות חובה עוררה סערה ציבורית רחבה,² אך לעומתה הצעה אחרת, רדיקלית לא פחות, זכתה לשקט תקשורתי. הכוונה היא לתזכיר חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מינוי מומחים וקביעת נכות), התשע”א-2011. הצעה זאת, שלפי דברי ההסבר לה אמורה להביא ל”**פיצוי הוגן, בהליך מהיר ויעיל**” ולמנוע את

* עו”ד, שותף בכהן, וילצ'יק, קמחי ושות'. aposner@cwklaw.co.il.

1 ה”ח תשע”א 1322, מיום 13.7.2011.

2 ראו למשל נורית רוט ”הצעת חוק בוררות חובה של השר נאמן אושרה בממשלה; ההצעה עוררה ביקורת קשה בקרב עורכי דין ומשפטנים, שטענו כי מדובר בהפרטה של שירותים משפטיים בהם מחויבת המדינה” **דה מרקר** (11.7.2011), <http://www.themarker.com/law/1.667201>; יובל יועז ”בוררות חובה היא אסון – ניסיון ממשלתי לרכוש שירות שיפוט בזול“, כך טוענת שופטת העליון בדימוס דליה דורנר, בהתייחסה להצעת החוק שתחייב הפניית הליכים אזרחיים מבית משפט שלום לבוררות” **גלובס** (15.3.2011), <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000630305>.

"ההתדיינות המרובה סביב קביעת הנכות, גם בתיקים פשוטים יחסית" ה"מביאה לבזבוז של זמן שיפוטי ניכר, דבר המכביד על המשאבים המוגבלים ממילא של המערכת המשפטית", כוללת, כמעט בהיחבא, הפרטה ניכרת של ההליכים השיפוטניים אשר יועברו, כמוצע, להכרעת מומחים רפואיים שימונו על ידי רשמי בתי המשפט, וללא דיון של ממש.

מטרת רשימה זאת היא לדון בהצעה זאת ובקשיים שהיא מעוררת. ננסה להראות שההליך המוצע מתעלם מן התפקיד הנכון של המומחה הרפואי בהליך המשפטי ומעניק לו סמכויות ובכך גורם לאקראיות התוצאה. נראה כי הצעה זאת אף פוגעת פגיעה קשה בזכויות של נפגעים.

המצב המשפטי הנוכחי: ההסדרים הפרוצדורליים למינוי מומחים

כדי להבין את משמעות ההצעה ראוי תחילה לפרט את ההסדרים למינוי מומחים בתיקים העוסקים בנוקי גוף.

ההסדר הכללי מצוי בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. בעל דין המבקש לטעון טענה שברפואה (בדרך כלל התובע) חייב לצרף לכתב הטענות (בדרך כלל כתב התביעה) חוות דעת רפואית.³ הצד הנגדי חייב להגיש חוות דעת נגדית.⁴ בעל דין שאינו עושה כן צפוי לסנקצייה – בית המשפט לא יזדקק להוכחת העניין שברפואה מטעמו.⁵ בית המשפט מוסמך למנות מומחה מטעמו לסוגיה שבמחלוקת,⁶ והמינוי נעשה בדרך כלל אחרי שהוגשו חוות דעת מטעם הצדדים וגיבוש השאלות שבמחלוקת שבין המומחים.⁷

בתביעות נפגעים בתאונות דרכים הפרוצדורה שונה. השאלה בתאונות דרכים המוטלת לפתחו של המומחה נחשבת לפשוטה מזו שברוב התביעות האחרות שעניין נוקי גוף. שאלת האחריות כלל אינה נבדקת, ומאחר שברוב המקרים מדובר באירוע תאונתי חד-פעמי, אין מתעוררת שאלה מהותית של קשר סיבתי – שברוב המקרים, רגע לפני התאונה, התהלך התובע על רגליו, ולאחריה נזקק לכיסא גלגלים. מן הסתם האירוע גרם לכך. לפיכך אין הצדדים מגישים חוות דעת רפואיות, ובית המשפט ממנה את המומחים הרפואיים.⁸ היה ובעל דין אינו מרוצה מתוצאת חוות הדעת וסבור כי הוא יכול לערער עליה, הדרך לעשות זאת היא באמצעות שאלות הבהרה למומחה

3 תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

4 תקנה 128.

5 תקנה 137. בפועל, מוכרות החלטות שבהן מחקו בתי המשפט את כתבי התביעה כאשר אלה לא נתמכו בחוות דעת. ראו למשל בש"א 7290/07, ת"א (מחוזי י-ם) 8306/06 זנדני נ' מכוני אולטרה סאונד למילדות וגניקולוגיה (פורסם בנבו, 5.5.2008) מפי השופט אפעל גבאי, ערעור נדחה: ע"א 5322/08 זנדני נ' ד"ר בורוכוביץ (פורסם בנבו, 22.7.2010), בש"א 2064/06, ת"א (מחוזי י-ם) 6191/04 ריינמן (קטינה) נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (פורסם בנבו, 10.7.2006), מפי השופט פרקש.

6 תקנה 130.

7 אם כי מטעמים מיוחדים בית המשפט מוסמך למנות מומחה מטעמו גם בהיעדר חוות דעת מטעם הצדדים. במקרה כזה המינוי פוטר את הצדדים מהגשת חוות דעת. ראו: רע"א 10251/02 כץ – חמים וטעים נ' דואני, פ"ד נז(1) 797 (2003).

8 התהליך שונה – מבחינה פרוצדורלית – בבתי משפט שונים. בבית משפט השלום בירושלים לדוגמה תיקים אלה מועברים לרשם, הממנה את המומחים, והשופט הדין בתיק דן בו לאחר שהוגשו חוות הדעת. בבתי משפט בערים אחרות השופט הדין בתביעה הוא הממנה את המומחים.

9 למעט מקרים שבהם נקבעה נכות על פי דין (כגון בתאונות דרכים בעת עבודה, וועדה של המוסד לביטוח לאומי קבעה את שיעור הנכות). במקרים אלה החלטת הוועדה באה במקום חוות דעת מומחה ומייתרת אותה – זאת הוראת סעיף 66 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. ראו גם אליעזר ריבלין **תאונות הדרכים – תחולת החוק, סדרי דין וחישוב הפיצויים** 729 ואילך (מהדורה רביעית, 2012) (להלן – ריבלין **תאונות הדרכים**). ההנחה היא שמדובר בקביעה "טכנית", ומיותר לקבוע מומחה נוסף, שממילא יגיע לאותה תוצאה.

שמונה¹⁰ ולאחר מכן חקירה נגדית. במקרים חריגים שבחריגים, כאשר חוות הדעת מתערערת לחלוטין, ממנה בית המשפט מומחה אחר מטעמו.^{11,12}

ברוב המקרים של המקרים, כאשר בתאונת הדרכים אין מתעוררת שאלת החבות אלא שאלת גובה הנזק בלבד, לאחר הגשת חוות הדעת מתקיים הליך של “תחשיבי נזק”.¹³ בתהליך זה, אשר אין לו ביסוס מיוחד בתקנות סדר הדיון, מנתחים הצדדים את הדרך שבה הם רואים את גובה הפיצויים הראויים – בעיני כל צד – על ראשי הנזק השונים. בית המשפט מצדו מביא את הצעתו. ככל שהצעה מתקבלת על ידי הצדדים (או אם השכילו אלה להגיע להסכמה בדרך אחרת), מסתיים הדיון בתיק רק אם התיק אינו מסתיים עוברים לשלב חקירת עדים (לרבות חקירת מומחה ככל שמי מהצדדים מעוניין לחקרו).¹⁴

הצעת החוק

הצעת החוק מניחה שהתהליך שלעיל צורך זמן שיפוטי רב, שאינו מצדיק את התוצאה הסופית. כיוון שכך, מוצע כי נשיא בית המשפט שאליו הוגשה התביעה יוסמך להעביר את הדיון במקרה של תאונת דרכים שהוא “קל ולא מסובך”, לדיון בפני רשם. הרשם מעביר את הבקשה לקביעת הנכות לוועדה רפואית, שיכול שתמנה רופא אחד בלבד.

היה והוועדה, או המומחה, שמונתה קובעת שנכותו הרפואית של הנפגע אינה עולה על 10%,¹⁵ יקבע הרשם את גובה הפיצוי לנפגע על פי כללים שייקבעו בתקנות, ללא דיון של שמיעת ראיות. לעומת זאת אם עלתה הנכות על 10%, מועבר התיק לשופט, וזה ישמע את התיק על פי הכללים הרגילים.

היה ואחד מהצדדים לא יהיה מרוצה מתוצאת חוות הדעת, הוא יוכל לפנות בערר לוועדת ערר שתכלול שני מומחים רפואיים ועורך דין.¹⁶

10 תהליך זה אינו הכרחי, ולעתים נערכת החקירה הנגדית ללא שקדמו לה שאלות הבהרה: ע”א 107/88 כהן רז נ’ לאף, פ”ד מד(1) 857 (1990).

11 ריבלין **תאונת דרכים**, לעיל הערה 9, בעמ’ 694 ואילך.

12 מן הראוי לציין כי הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל, בראשות השופט אור, המליצה בדוח מאוגוסט 1997, לאמץ את הכללים הנוהגים לגבי תאונות דרכים, גם ביחס לתיקי נזקי גוף אחרים (בעמ’ 110 ואילך לדוח). אין צריך לומר שאין בדוח זה המלצה כלשהי בנוסח הצעת החוק, נשוא רשימה זו, בכלל, ולביטול החקירה הנגדית בפרט. מן הראוי לציין כי הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי, בראשות השופט קלינג, בדוח משנת 1999, הייתה בדעה שונה, והמליצה שגם אם תתקבל הצעת ועדת השופט אור, בכל מקרה כאשר מגיע הדבר לנושאי רשלנות רפואית, לא ימונו מומחים מטעם בית המשפט.

13 אפשרות נוספת היא שמתקיים גישור בין הצדדים.

14 הליך זה נפוץ ביותר, במיוחד כאשר אין מחלוקת בעניין החבות. אציין כי אף שסיום תהליך תחשיבי הנזק הוא וולונטרי, יכול בית המשפט לחייב את הצדדים להגיש תחשיבי נזק: בר”ע (מחוזי י-ם) 770/03 זיו נ’ גולן (פורסם בנבו, 28.12.2003). במקרים מסוימים אף מחק בית משפט כתבי הגנה בשל אי-הגשת תחשיבי נזק: ת”א (שלום י-ם) 5401-09 דנון נ’ קניון י-ם (פורסם בנבו, 8.6.2010); ת”א (שלום י-ם) 2849/06 גלדירב נ’ דולב חברה לביטוח בע”מ (פורסם בנבו, 1.2.2009).

15 הנכות שבה מדברת ההצעה היא נכות רפואית, אשר נקבעת על פי תקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגות נכות לנפגעי עבודה), תש”ט-ז 1956, שהן מיושנות.

16 הצעת החוק כוללת מרכיב חשוב, שעניינו מניעת ניגודי עניינים ובעיות אתיות של חברי הוועדות שידונו בקביעת הנכות. לצורך זה תיערך רשימת מומחים אם כי במקרים מיוחדים יהיה בית המשפט רשאי למנות מומחה שאינו נמנה עם הרשימה. הוראות חשובות אלה – אך תמוהה האכסניה שנבחרה להם. האם הן נדרשות רק באשר למומחים הממונים מטעם בית המשפט בדיונים בתאונות דרכים? האם מומחים הממונים מטעם בית משפט בתיקים “רגילים” אינם חייבים להיות נעדרים ניגוד עניינים? ברשימה זאת לא תידון שאלת קיום רשימה סגורה והאם והעובדה שמרבית “לקוחות” הוועדות הרפואיות הם חברות ביטוח, שהן “שחקנים חוזרים”, יכולה להשפיע על החלטות הרופאים היושבים בוועדות. עניין זה עלה בהקשר של ועדות הביטוח הלאומי בבג”ץ 2874/93 קופטי כמאל נ’ בית הדין הארצי לעבודה, פ”ד מח(2) 673 (1994). בעניין זה אף תלויה ועומדת עתירה שעניינה בקשה להפחית את מידת ההשפעה של המוסד לביטוח לאומי על ועדות רפואיות: בג”ץ 8898/11 עו”ד דובר נ’ המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 2011).

מעמד המומחה הרפואי ופסיקת הפיצויים :

האומנם אפשר להחליף את השופט?

הצעת החוק מחליפה למעשה את השופט במומחה רפואי. ודוק: אמנם בהליך משותף גם רשם, שאף הוא אינו שופט, אך בכל מקרה תפקיד הרשם הוא משני בעליל: הרשם מעביר את התיק לוועדת המומחים, מקבל את חוות הדעת, ולאחר מכן מיישם את מסקנותיה – בדרך טכנית – על פי הכללים שייקבעו (שאינם חלק מהצעת החוק).

מלבד זאת, לעומת ההליך הנוהג כיום, שבו המומחה צפוי להיחקר על חוות דעתו, הרי שבהליך המוצע לא ייחקר המומחה כלל. פסיקתו תהא סופית, להוציא את המקרים שיובאו בפני ועדת ערר, שגם בה יש רוב לרופאים, ואף החבר הנוסף אינו שופט.

הפרטה זו של ההליך השיפוטי מניחה – כך נראה – שלוש הנחות:

- תפקידו של השופט הדין בנזקי גוף הוא שולי. השופט הוא לא הרבה יותר מ"חותמת גומי" לקביעת המומחה מטעם בית המשפט. על כן אפשר "לחתוך את פערי התיווך", לחסוך את הזמן השיפוטי וללכת ישירות למקור.
- הבעיה המרכזית אצל המומחים היא האפשרות של ניגוד העניינים. יושבה בעיה זאת, על ידי סינון ועריכת רשימת מומחים, מינוי ועדת אתיקה וכיו"ב, יושבה הבעיה כולה.¹⁷ כך, על פי ההצעה, אפשר לחסוך את הזמן השיפוטי.
- אין כל תועלת בקיום דיון משפטי פרונטלי, לרבות חקירות עדים והערכת מהימנות של עדים. אפשר להסתפק אפוא במומחים (שהם יעריכו את מהימנות התלונות), ולאחר מכן בחישוב פיצויים על ידי רשם, שאינו שומע עדים.

עמדתנו שבבסיס הביקורת היא שהנחות יסוד אלה אינן נכונות: תפקידו של השופט שונה בתכלית מזה של מומחה רפואי. השופט אינו "עוזר משפטי" של המומחה הרפואי, אינו "מתרגם" את עמדת המומחה הרפואי, והתוצאה עשויה להיות שונה בתכלית. על כן החלפת השופט במומחה תביא מלבד בעיות חוקתיות גם לידי תוצאה מעוותת. נציג עמדה זאת בכמה דוגמאות:

נכות רפואית ונכות תפקודית

הנחת היסוד של ההצעה היא כי ניזוק בעל נכות רפואית "קלה" זכאי לפיצויים "קלים". עמדה זאת משווה את הנכות הרפואית לנכות התפקודית, שכן האחרונה היא המשפיעה השפעה בולטת על הנזק, ומכאן על הפיצוי בגינו.¹⁸

17 בעיות כאלה אכן קיימות: ראו לאחרונה ת"א (מחוזי מרכז) 760-11-08 **אשכנזי נ' אסותא מרכזים רפואיים ע"מ** (פורסם בנבו, 3.1.2012) מפי השופטת מיכל נדי"ב. באותו עניין מונה מומחה מטעם בית המשפט, והתברר כי הוא נוהג לתת חוות דעת בשם רופאים המיוצגים על ידי חברת הביטוח המבטחת את הרופאים. כדי למנוע עיוות דין החליט בית המשפט להעביר את המומחה מתפקידו. הבעיה אינה מיוחדת למומחי נתבעים: בבר"ע (מחוזי י-ם) 841/09 **ביטון נ' מזרחי** (פורסם בנבו, 30.4.2009), מפי השופט ענבר, נקבע ש"מומחה הבית" של עורך דין המייצג את התובע אינו יכול לשמש מומחה מטעם בית המשפט גם אם לא ייעץ בתיק הספציפי. לעומת זאת לעמדה שמומחה אשר נותן חוות דעת לצד נתבעים יכול לשמש מומחה מטעם בית המשפט: רע"א 7232/06 **לויה נ' שירותי בריאות כללית** (11.1.2007), מפי השופט ריבלין (בפועל, לאחר שהוחזר התיק לבית המשפט המחוזי, הוחלף המומחה מטעם בית המשפט במומחה אחר). לבעיות מסוג אחר ראו רע"א 4131/09 **אמישראל נ' החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ נ' צ'ונה** (6.7.2009), שם נפסלה חוות דעת מומחה מטעם בית המשפט מחמת העובדה שהוגש נגדו כתב אישום חמור, הגם שזה לא נגע לעניין מומחיותו או מהימנותו. למקרה שבו חברה מהימנותו של המומחה לאישיותו ראו רע"א 2726/04 **אזולאי נ' הדר חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 7.6.2004), שם נפסל מומחה בשל חשד שהיה מעורב בניסיון מרמה נגד המוסד לביטוח לאומי וזיוף חוות דעת.

18 הנחה זו של שוויון הנכויות, התפקודית והרפואית, קיימת במקרה שקיים חוסר מידע באשר לנכות התפקודית, למשל במקרים שבהם נפגעו קטינים שהיו יכולים להתפתח לכיוונים שונים. ראו למשל ע"א 5148/05 **קוגלמס נ' לוי** (פורסם בנבו, 20.2.2008) (להלן – עניין **קוגלמס**). בית המשפט מבהיר שקביעת הפיצויים נעשית על בסיס אינדיווידואלי, אולם

אבדן השכר, עזרת הזולת, הצורך בניידות ובהתאמת דיור – כולם נגזרים מן הנכות התפקודית,¹⁹ הנקבעת על ידי בית המשפט ולא על יסוד הנכות הרפואית, המשמשת אך מצע לדיון.

לעניין זה ידועה ”דוגמת הפסנתרן“: ע”א 354/79 מעין נ’ ממרס, ניהול, תכנון, פיתוח בע”מ,²⁰ שם אמר בית המשפט:

”טול, למשל, פסנתרן וכדורגלן, ששניהם נפגעו בבהונות רגליהם; לשניהם ייקבע אותו אחוז נכות במוסד לביטוח לאומי, אולם בה בשעה שאין מניעה, שהפסנתרן יהפוך לוירטואוז - הכדורגלן לעומתו יאלץ לוותר על עיסוקו. לעומת זאת תתהפך הקערה על פיה, אם הפגיעה היא בזרת; סביר להניח, שהפסנתרן יצטרך להסב את מקצועו, ואילו כדורגלן יוכל להמשיך ולבעוט בכדור כאוות נפשו. פגיעה בעין עלולה לגרום אי-נוחות וצער, שבוודאי צריכים להתבטא בפסיקת סכום נאות בגין כאב וסבל. אולם מי שנפגע חלקית בעין אחת אינו מפסיד את כושר הראייה, ואם אינו עוסק במקצוע יוצא דופן המצריך ראייה טובה במיוחד, כמעט שלא ניתן להוכיח לגביו פגיעה פונקציונלית, הפוגעת באופן משמעותי בכושר ההשתכרות“.

והנה, מהיבט דיני הפיצויים ובעיני בית המשפט מקרה הפסנתרן הנפגע בזרת הוא ”קשה“, אולם מן ההיבט הרפואי שני המקרים זהים. ההצעה מתעלמת אפוא מתפקיד השופט בקביעת הנכות התפקודית. ואין צריך לומר שהפסנתרן יקופח.

זאת ועוד – נקודה זאת מלמדת על השינוי הרדיקלי העומד בבסיס ההצעה: לעומת יסוד דיני הנזיקין הישראליים, שבו הפיצוי פרטני-אישי,²¹ בבחינת איש על נזקו יפוצה, משתמע שהצעה זאת מבקשת להקים סולם סטנדרטי לא רק באשר לנזקים הלא ממוניים, כקבוע בחוק ובתקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), תשל”ו-1976, תוך התעלמות מוחלטת מהנזקים שנגרמו בפועל ומצורכי הנזוק.²²

”במקרים בהם קיימת עמימות ראייתית – ובהם מקרהו של ניזוק-קטין שטרם החל את דרכו המקצועית והתעסוקתית – קיים קושי מוגבר בביצוע הערכה אינדיבידואלית של הפסד ההשתכרות“, ועל כן יינתן משקל רב לנכות הרפואית. לעמדה שלרוב הנכות התפקודית תהא זהה לנכות הרפואית: ע”א 7895/08 קלינה אליעזר ובניו הנדסה תכנון וביצוע נ’ יאסין (פורסם בנבו, 31.8.2011). מיד לאחר הבעת הכלל מובאת הסתייגות מתאימה, ואכן נקבעה נכות רפואית ותפקודית שונה. 19 להבחנה בין נכות רפואית לנכות תפקודית ראו ע”א 3049/93 גירוגיסיאן נ’ רמזי, פ”ד נב(3) 792 (1995). להפחתה ניכרת של הנכות התפקודית לעומת הנכות הרפואית במקרה של אבדן עין אחת ראו ע”א 9721/07 איסכור שירותי גילון בע”מ נ’ גוזלן (פורסם בנבו, 12.9.10).

20 פ”ד לה(1) 77 (1980).

21 ראו, עניין קוגלמס.

22 קצרה היריעה מהתייחס באופן ממצה לשינוי דרמטי זה. נציין שאין ברור כלל אם תיקון כזה יעמוד במבחן החוקתי. וראו דנ”א 4655/09 סקאלר נ’ יובינר (פורסם בנבו, 25.10.2011), שבו רומז השופט ריבלין כי שינויים המעצימים את ההבדלים בין נפגעי תאונות דרכים לבין ניזוקים הזכאים לפיצוי בעילות שבדיני הנזיקין הכלליים עלולים להימצא בלתי חוקתיים:

”חוק הפיצויים מוגן מפני בחינה חוקית מכוח סעיף שמירת הדינים אשר מעוגן בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יחד עם זאת, כאשר המחוקק ביקש ליצור מחסום של ”ייחוד עילה“ בעניין מפוני גוש קטיף, נפסק כי הסדר שכזה אינו חוקתי...“

כאשר ערכאות נמוכות אימצו (מטעמי נוחות) ”סרגל“ פיצויים קבוע, ולו גם לחישוב נזקים שאינם ממוניים, נתקל עניין זה בביקורת חריפה של בית המשפט העליון, בע”א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ’ דיין, פ”ד נה(1) 765 (1999):

”על-אף האמור לעיל, קיימת פרקטיקה, שעל-פיה נקבע שיעור הנזק הלא ממוני בתביעות לפיצוי על נזקי גוף, שאינן לפי חוק הפיצויים, בהשפעת סכום הפיצויים הנפסק בתביעות לפי חוק הפיצויים, כמכפלה של סכום אחרון זה. פרקטיקה זו זכתה לא אחת לביקורת... היא גם גורמת במקרים רבים להפחתה בשיעור הפיצויים הנפסק בגין נזק לא ממוני בתביעות שאינן לפי חוק הפיצויים. הפרקטיקה האמורה גורמת לכך ששיקולים החשובים לקביעת גובה הפיצויים נשכחים, או מתעלמים מהם. אכן, על בית-המשפט להקפיד שתובעים לא יקופחו בשל הפרקטיקה האמורה, וכי הפיצוי הנפסק על נזק לא ממוני ייתן ביטוי לנזק האמיתי שנגרם לתובע בניסיונותיו של כל מקרה“.

אין צריך לומר שהבעיה קשה פי כמה כאשר מדובר בנזק ממוני, שאמור לספק לנפגע את צרכיו האינדוידואליים.

קשר סיבתי מדעי וקשר סיבתי משפטי

נקודת המוצא של ההצעה היא שתפקידו של המומחה הוא פשוט. הוא צריך לבדוק את התובע, לאבחן את הנכות שנגרמה מן התאונה ולקבוע את שיעור (אחוזי) הנכות בגינה. במקרים רבים אכן הבעיה קלה. אדם חוצה את הכביש ונדרס על ידי כלי רכב. רגע לפני החציה הוא הילך על שתי רגליו, רגע לאחר מכן רגלו נקטעה. לא צריך להיות רופא מומחה כדי לקבוע שאכן הנכות היא תוצאה של התאונה.

אך דוגמה זאת אינה משקפת את כלל המקרים. יש מקרים שבהם המומחה הרפואי אינו בטוח, מסיבות מדעיות-רפואיות, אם הנזק נובע מן האירוע אם לאו, לא משום שאינו מומחה אלא בשל העובדה הפשוטה שמדע הרפואה טרם קבע קשר סיבתי בנושאים אלה.

דוגמה למצב דברים כזה היא המקרה המפורסם של קרישוב: ע"א 1639/01 **קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב**,²³ ודנ"א 5707/04 **מדינת ישראל נ' קרישוב**.²⁴ באותו עניין היה מדובר בתביעה של חולה סרטן שהיה חשוף לאסבסט. ידוע שחשיפה לאסבסט גורמת למחלות ממאירות. עם זאת במקרה זה אין מדובר בסרטן מהסוג הזה. עמדתה של השופטת נאור שיקפה עמדה "רפואית" לחלוטין. השופטת נאור ניתחה לפרטי פרטים את האסמכתאות הרפואיות, הבדילה בין סוגי מאמרים שונים, עסקה במובהקות סטטיסטית והגיעה למסקנה שהרפואה לא הצליחה להוכיח קשר בין הסרטן מהסוג הזה לבין חשיפה לאסבסט. על יסוד זה דחתה השופטת נאור את התביעה. אך עמדה זאת נותרה במיעוט. השופטת דורנר מציינת כי כדי להוכיח קשר סיבתי במובן הרפואי צריך להוכיח מובהקות סטטיסטית, והרבה מעל ל-51%. לעומת זאת הכלל המשפטי, שנקבע בשל הצורך להכריע בין שניים ולא על פי האמת הצרופה, מחייב פסיקה על פי מאזן הסתברויות. מסקנתה של השופטת דורנר היא שמדובר במקרה של מחלת סרטן שנגרמה מאסבסט. היו מקרים נוספים של תחלואה ממאירה במפעל. די בכך כדי להוכיח במובן המשפטי גם אם אי אפשר לתת חוות דעת רפואית.

פסק דין זה הוא הבולט מכולם, אך לא רק במחלות עסקינן אלא גם במקרי חבלה, האופייניים לתאונות דרכים, שבהם עוסקת הצעת החוק הנדונה. למשל, בת"א (מחוזי, י-ם) 7906/05 **אופנהיימר נ' זולפה מחסני מזון בע"מ**,²⁵ עלתה שאלה של קשר סיבתי בין אירוע חבלה לבין תסמונת הפיברומיאלגיה שהתפתחה לאחר זמן אצל התובעת. הנתבעים טענו כי חבלה אינה יכולה לגרום לפיברומיאלגיה (ואכן מבחינה מדעית קיימות דעות שונות בעניין זה), ולא הוכח קשר סיבתי במקרה הספציפי שעמד לדיון. על כך אמר השופט זילברטל:

"העובדה שקיים קשר כרונולוגי ברור בין התאונה לבין הופעת הסימפטומים שאובחנו אח"כ כפיברומיאלגיה היא נתון בעל משקל רב... הוסף לכך כי הוכח בעדות התובעת שלא נסתרה... כי בטרם לתאונה לא סבלה מתופעות שיכולות להצביע על קיומה של התסמונת והייתה "בריאה כמו שור". במצב כזה, כאשר הוכח קיומה של אסכולה רפואית הבאה לידי ביטוי בספרות מקובלת, לפיה טראומה עלולה לגרום לפיברומיאלגיה, וכאשר במקרה של התובעת נמצא קשר כרונולוגי ברור בין השניים, סביר יותר כי אכן התאונה גרמה לתסמונת... במסגרת ההליך המשפטי אין התובעת נושאת בעול הוכחתו של קשר סיבתי "מדעי" ברמה זו. די בהוכחה לפיה סביר יותר שקיים קשר סיבתי, כאשר ברמת הוכחה זו מקופלת האפשרות בשיעור של 49 אחוז שהדבר אינו כך... המסקנה המשפטית היא כי הוכח במקרה דנן שסביר יותר שהמחלה פרצה בשל התאונה מאשר שפרצה מסיבות אחרות".

דוגמה נוספת של חבלה אפשר למצוא בת"א (שלום י-ם) 2895/03 **עייזבון המנוח ינון חייק ז"ל נ' הסתדרות מדיציניית הדסה**.²⁶ באותו עניין נפל פג ממאזניים, ולאחר ימים מספר נפטר. טענת בית החולים הייתה שהפג נפטר

23 פ"ד נח(5) 215 (2004).

24 ניתן ביום 5.1.2005.

25 ניתן ביום 17.12.2007, מפי השופט צבי זילברטל. המסקנה בעניין קיום הקשר הסיבתי נותרה בעינה גם בערעור: ע"א 785/08 **זולפה מחסני מזון בע"מ נ' אופנהיימר** (פורסם בנבו, 28.2.2011).

26 פסק הדין החלקי מיום 9.8.2004. ערעור שהוגש על ידי הנתבעת לבית המשפט המחוזי נמשך על ידי הנתבעת, בהמלצת בית המשפט המחוזי.

ממחלת מעיים, מחלה שכיחה אצל פגים, וללא קשר למאורע המצער של הנפילה. מטעמים מובנים (לאור מיעוט מקרי הנפילה של פגים) לא הייתה ספרות מקצועית מהותית על הנושא הספציפי. תוך שהוא קובע את הקשר הסיבתי בין הנפילה לבין המוות מציין השופט מוסק:

”11. נראה לי כי ניתן לתמצת ולסכם את עיקר עמדות הצדדים בכך שהמומחים מטעם התובע מצביעים על כך שינון עבר טראומה קשה שהביאה לסדק בגולגולת, קיימים סימנים קליניים לכך שנגרמה חבלה גם באזור הבטן, אם כי אין הדבר וודאי. ידועים מקרים שאצל מבוגרים כתוצאה מחבלה קשה בבטן נגרם NEC אם כי מדובר במקרים בודדים. לא ידועים מקרים כאלה אצל פגים אך הדבר נובע ממיעוט המקרים בהם נגרמות חבלות קשות לפגים. ניתן בהחלט להסיק ולהקיש ממקרים של מבוגרים ולהחיל אותם על מקרה של פג...“

12. יש לזכור כי עם ינון נולדה אחות תאומה, תמר. תמר הייתה לפני נפילתו של ינון במצב קשה ממנו. היא מהווה במקרה זה מעין קבוצת ביקורת...“

14. אני סבור כי במקרה הטרגי של ינון ז”ל לא ניתן להתעלם מסמיכות הזמנים היינו התפתחותה הסוערת של המחלה מיד לאחר אירוע הנפילה שהייתה נפילה קשה במיוחד כאשר מדובר בפג שנולד במשקל 1.3 ק”ג והיה בסך הכול בן 22 יום. יש לשקול את העובדה שלאחותו תמר לא נגרמה מחלה זו. אני סבור כי העובדה שבספרות הרפואית לא תוארו עד היום מקרים של גרימת NEC לפגים עקב טראומה יש משקל מסוים אך אין בכך כדי לשלול את הקשר הסיבתי שכן אם ידועים מקרים ואפילו ספורים, של מקרים דומים או זהים אצל מבוגרים, על אחת כמה וכמה אירועים כאלה יכולים להיגרם אצל פגים שעברו טראומה קשה...“²⁷

מדוגמאות אלה נקל להבין את הפגם בהצעת החוק. מומחה רפואי ”יפסוק“ – ואינו יכול אחרת – על פי ”האמת המדעית“, היינו על פי רף הוכחה גבוה במיוחד. המקרים שבהם יש נזק קשה אך אינו נתמך בידע מדעי, יידחו כיוון שלא הוכח הקשר הסיבתי, וזאת אף על פי שהיה ראוי לפסוק פיצוי על פי מאזן ההסתברויות.

אסכולות רפואיות: האם תהליך מינוי המומחים הופך למשחק מזל?²⁸

מלבד כל אלה, במקרים לא מועטים קיימות ברפואה אסכולות שונות. כך היה למשל בת”א (מחוזי י-ם) 7906/05 אופנהיימר נ’ זולפה מחסני מזון בע”מ, שנוכר לעיל. המומחה מטעם התובעת הביע דעתו בהסתמכו על האסכולה שראתה אפשרות כי פיברומיאליגיה עלולה להיגרם מחבלה. דעתו של המומחה מטעם הנתבעים נסמכה על האסכולה ששללה קשר כזה.

בהנחה ששני המומחים העידו עדות כנה, השונות בדעותיהם היא השתייכותם של כל אחד מהם לאסכולה אחרת. דווקא הנחה זו מלמדת עד כמה הצעת החוק הנדונה מסוכנת. טול לדוגמה מקרה שבו ממונה מומחה הגון, הדוגל באסכולה רפואית האומרת שאין קשר בין חבלה לבין תסמונת הפיברומיאליגיה. אותו מומחה יקבע שאין לתובע

27 וראו גם ת”א (שלום י-ם) 7074/05 עייזבון המנוח עובדיה אליהו ז”ל נ’ בית חולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 7.8.2008), מפי השופט דראל. באותו עניין נטל אדם אופטלגין והתמוטט. השאלה הייתה אם האופטלגין גרם להתמוטטות. המומחה מטעם הנתבעים ציין כל מיני סיבות שהיו עלולות לגרום להתמוטטות גם שלא מהאופטלגין וקבע שאין קשר סיבתי. השופט דראל קבע כי

”המבחן לקביעתו של קשר סיבתי כאמור בין נטילת האופטלגין ולבין התמוטטות המנוח הוא מבחן הטיית ההסתברויות. אין מדובר במבחן הדורש וודאות או סבירות מדעית אלא הסתברות ברמה העולה על 50%. כך נקבע בדעת הרוב בע”א 2246/01 קיבוץ מעיין צבי נ’ קרישוב... לעניין מבחנו של הקשר הסיבתי... בהינתן כי זו רמת ההוכחה, הגיון הדברים והשכל הישר מראים כי מסתבר יותר שהתמוטטות זמן קצר לאחר נטילת האופטלגין, לאדם שרגיש לכך, קשורה לנטילת התרופה ולא לסיבה אחרת.”

ראו גם ע”א 522/04 מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע”מ נ’ דיראוי (פורסם בנבו, 28.6.2005).

28 בשולי הדברים נודה כי קביעת תוצאות הליכים משפטיים על דרך של משחקי מזל יכולה לקצר הליכים. אם נקבע שיטילו מטבע על תוצאות המשפט, התור ייעלם מאליו... למקרה שבו אכן שופט הטיל מטבע: J Resnik, *Tiers*, 57 S. CALIF.L.R. : 837, 852 (1984).

נכות מן התאונה. **ממילא יסווג האירוע** כתאונה "קלה", והנפגע יזכה להליך "יעיל" שבמסגרתו הוא יזכה "במהירות" להיעדר פיצוי על נזקיו.²⁹

אין מדובר בתסמונות בלתי מוכרות בלבד. גם במקרה של סוכרת המתפרצת לאחר אירוע חבלתי, הדעות ברפואה בדבר אפשרות קיומו של קשר סיבתי בין החבלה, או הדחק הנפשי שבעקבותיה, לבין הסתמנות המחלה, חלוקות.³⁰ בחירת המומחה על ידי בית המשפט תביא אפוא במקרים רבים לידי הכרעה בשאלה, ושלא על בסיס נתוני התובע אלא על פי נתוני המומחה.^{31, 32} כך כאשר העניין נבדק על ידי מומחה יחיד, שכך מורה חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, והמומחה אינו נחקר בפני בית המשפט, ואי אפשר יהא לחשוף – בחקירה נגדית – את ההנחות או האסכולות שבבסיס חוות דעתו ואת אפשרות קיומן של דעות נוגדות.^{33, 34}

29 השוו יאיר שילה "צדק דחוי עדיף על אי צדק מהיר" **על משפט ג 317** (תשס"ג). במאמר זה מבקר הכותב את ההליך של סדר דין מהיר. עם זאת ראוי לציין שההליך של סדר דין מהיר מאפשר חקירות של העדים בפני בית המשפט. לא בכדי אין ההליך חל על תובענה שעילתה בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תקנה 214בא) לתקנות סדר הדין האזרחי, ואף לא על תביעה בגין נזקי גוף, שלפי הגדרתה – ובשל הנזק הכללי שאינו מפורט בכתב התביעה (תקנה 16ג) לתקנות – אינה מוגבלת בסכומים הקבועים בתקנות באשר לסדר דין מהיר.

30 והשוו לאחרונה לרע"א 4984/11 **סטניסלב נ' קצין התגמולים – מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 27.12.2011), מפי השופט דנציגר. השופט דנציגר, בדחותו את הבקשה כי הכרעת הערכאות הקודמות לא נסמכה על אסכולה ספציפית בנושא. להכרה בקשר שבין אירועים תאונתיים לבין התפרצות סוכרת ראו ת"א (מחוזי י-ם) 1244/97 **חזד נ' חזד** (פורסם בנבו, 17.11.2005); ע"א (מחוזי חי') 3472/06 **כרמי נ' משרד הביטחון – אגף השיקום – קצין התגמולים** (פורסם בנבו, 8.10.2007); ת"א (שלום י-ם) 12495/02 **רשף, קטינה נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 24.1.2008); ב"ל (ת"א) 4015/07 **רווח נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 3.5.2011); ע"א (מחוזי ת"א) 3030/02 **עציון נ' משרד הביטחון – אגף השיקום – קצין התגמולים** (פורסם בנבו, 9.7.2006) מפי השופט בר עס; ת"א (שלום י-ם) 21068/99 **אורמן נ' הדר חברה לביטוח** (פורסם בנבו, 3.7.2007) מפי השופט כרמל; ע"א (מחוזי חי') 3472/06 **כרמי נ' משרד הביטחון – אגף השיקום – קצין התגמולים** (פורסם בנבו, 8.10.2007); ע"א (מחוזי י-ם) 9554/06 **מזרחי נ' קצין התגמולים** (פורסם בנבו, 5.2.2007); ע"א (ת"א) 1208/07 **לירז נ' קצין התגמולים** (פורסם בנבו, 5.5.2005); ע"א (מחוזי ת"א) 2972/04 **פז טל נ' קצין התגמולים** (פורסם בנבו, 1.1.2007). לעומת זאת, ראו ע"א (מחוזי י-ם) 3101-09 **אדרי נ' קצין התגמולים** (פורסם בנבו, 15.7.2010); ע"א (מחוזי ת"א) 2733/06 **אלגואז נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב** (פורסם בנבו, 25.3.2009); ע"נ (חי') 259/03 **פיק נ' משרד הביטחון – אגף השיקום/קצין התגמולים** (פורסם בנבו, 8.1.2008).

בקשר לפסיקה זאת ראוי להעיר שתי הערות: ראשית, בהליכים הללו באו מומחים משני הצדדים שהביעו עמדות הפוכות. מומחים אלה נחקרו בבית המשפט, ובית המשפט הכריע ביניהם. עניין זה מחזק את המסקנה שבטקסט שמדובר ב"הגרלה" באשר לדעה שבה דוגל, בכנות, המומחה הרפואי שמונה מטעם בית המשפט. שנית, לעתים בית המשפט דן בשאלה אם קיימת "אסכולה" מוכרת או שמא מדובר רק בדעות שונות בתחום הרפואי. עם זאת בית המשפט אימץ, במקרים רבים, "דעות" רפואיות גם אם אלה לא היו בגדר "אסכולה". אין אנו רואים – לצורך הדיון במאמר זה – הבדל בין דעה או אסכולה; בכל אחת מהן יש אדם-מומחה מאחריה.

31 המקרה של ע"א (מחוזי ת"א) 2733/06 **אלגואז**, שהובא לעיל, משמש דוגמה טובה לאפשרות הזאת. באותו עניין מונה כמומחה מטעם בית המשפט פרופ' רביד, אשר העיד כי אין קשר בין תאונת הדרכים לבין פרוץ מחלת הסוכרת. בהליכים בתיק אחר שהתקיימו בין לשכת עורכי הדין לבין גוף שפרופ' רביד הוא מנהלו הרפואי (ת"א (מחוזי ירושלים) 9270/07 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' המרכז למימוש זכויות רפואיות בע"מ** (פורסם בנבו) העידה מנהלת אותו גוף, שאין הוא מגיש בקשות להכרה בחולי סוכרת כנפגעי תאונת עבודה, מאחר שעמדתו העקרונית של פרופ' רביד היא שעניין זה איננו יכול לקרות: בעמ' 176 לפרוטוקול. אפשר לשער מה היה קורה לנפגע בתאונת דרכים שלקה בסוכרת, שבית המשפט היה ממנה בעניינו את פרופ' רביד.

32 יש לציין כי לעתים קשה למצוא מומחה שלא הביע עמדה פורמלית בנושא שיוכל להכריע במחלוקת. לדוגמה, כאשר הגיעה לבית המשפט העליון השאלה אם יש קשר בין המחלה ע"ש קרוהן לבין תנאי שירות בצבא, שיש בהם גם דחק נפשי ותנאים סניטריים לקויים, מינה בית המשפט, בשלב הערעור, בשל ריבוי פסקי דין סותרים בערכאות קודמות, ועדה רפואית שתביע את דעתה בעניין. תהליך מינוי הוועדה נמשך זמן רב, בין היתר בגלל הקושי למצוא רופאים העוסקים בנושא אשר טרם הביעו את עמדתם בנושא: רע"א 8373/06 **רפאל מאיר נ' קצין התגמולים לפי חוק הנכים**, פ"ד נו(1) 931 (2003), וההחלטות מיום 21.1.99 ו-3.2.99, המצויות באתר הרשות השופטת.

33 בכך הצעה גרועה מן העמדה שהובעה על ידי השופט אליקים רובינשטיין בע"א 3413/07 **מדינת ישראל – משרד הבריאות – בית חולים רמב"ם חיפה נ' מוזס** (פורסם בנבו, 5.3.2009). השופט רובינשטיין הביע את דעתו נגד השיטה שעל פיה כל צד מגיש חוות דעת מטעמו על ידי "שכירי חוות דעת" וקרא למנות מומחים אובייקטיביים מטעם בית המשפט. גם עמדה זאת בעייתית לאור האמור לעיל בעניין העמדות המוקדמות של המומחה שימונה. עם זאת בהליכים אלה יכול כל צד להביא מומחה מטעמו ואף לחקור את המומחה מטעם בית המשפט. ראו לעניין זה את מאמרו של פרופסור דניאל מור "מינוי מומחים רפואיים מטעם בית המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל" **משפט ועסקים ט** (תשס"ח) 247; אבי רובינשטיין, שמואל יקירביץ ואביחי דר "כיצד נגיע אל האכסדרה – על חשיבותם של מומחים רפואיים מטעם הצדדים בתביעות רשלנות רפואית" **רפואה ומשפט 42** 130 (2010). ולאחרונה רע"א 2104/12 **פלונית נ' ד"ר אבי וינברג** (פורסם בנבו, 1.5.2012) מפי השופט זילברטל. להבאת ביקורת זו, תוך חזרה על העמדה, ראו פסק הדין של השופט רובינשטיין בע"א 8587/01 **עזיבון המנוחה אני גולדברג ז"ל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית**

מסקנת הביניים מן האמור לעיל היא שהכרעה על ידי מומחה רפואי שונה שוני מהותי מהקביעה על ידי בית המשפט, שכן העקרונות שבבסיס הכללים המשפטיים מהווים את ההשקפה המשפטית – שהיא ההכרעה הראויה – ואילו הצעת החוק לקויה.

הפקעת התפקיד השיפוטי:

קביעת עובדות ומהימנות

תפקיד מרכזי של בית המשפט הוא קביעת העובדות אשר בשיטה האדוורסרית נעשית בין היתר באמצעות חקירת עדים. כך גם בהליכי ביניים. בית המשפט העליון הסתייג כמה פעמים מניסיון ל”קיצורי דרך” על ידי קביעת עובדות על סמך תצהירים ללא חקירה.³⁵ בית המשפט השומע את העדים יכול להתרשם ממהימנותם, ולהיעזר בכך בבואו לקבוע את העובדות. לקביעה ניתן משקל רב, ואף בית המשפט שלערעור מהסס מלהתערב בממצאי השופט ששמע את העדים והתרשם מהם. למעט מקרים שבהם מדובר במעשה בית דין, מנוע בית המשפט מלהסתמך אפילו על קביעות או הערכות עובדתיות אחרות של בית משפט אחר, אלא עליו לשמוע את העדים.³⁶ גם כאשר מותר להגיש מסמכים כרשומות מוסדיות, לצורך הוכחת אמתות תוכנם, עמד המחוקק על חשיבות הבירור העובדתי וקבע שהצד השני רשאי להזמין עדים הקשורים לבעל הדין שהגיש את הראיה, ובאופן חריג (היות שהוא שהזמין אותם לעדות) לחקור אותם בחקירה נגדית.³⁷

והנה, דומה כי כל קביעת העובדות מועברת לידי מומחה שימונה. איתרע מזלו של הניזוק והמומחה אינו מאמין לו, או סבור שהוא “מגזים בתלונותיו”, יסווג הוא אותו כ”נכה קל” ויזכה אותו, במהירות וביעילות, בחוסר פיצוי. מלבד זאת יש להניח שמומחה רפואי ייתן משקל רב למסמכים רפואיים שהוצגו בפניו והמתייחסים לתלונות הניזוק, והיה ותלונה כלשהי לא נרשמה, צפויה “החלטה” כי הניזוק לא סבל ולא התלונן.³⁸

(פורסם בנבו, 9.2.2011). בשולי הדברים אציין כי ככל שנוגעים הדברים למינוי מומחה רפואי האמור להביע את דעתו אף באשר לנושא האחריות, יש לשים לב שקביעות שונות הנחזות להיות קביעות “רפואיות” אינן כאלה, ומדובר בנושאים שבהם אין למומחה יתרון (אלא להפך) על פני בית המשפט. וראו להרחבה בעניין זה אסף פוזנר “סטנדרט רפואי וסטנדרט משפטי” רפואה ומשפט 48 26 (2002).

34 על נושא האסכולות עמדה הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי, בראשות השופט קלינג, בדוח משנת 1999. הוועדה דחתה את ההצעה למינוי מומחים מטעם בית המשפט, תוך שהיא מציינת:

”הפקדת החלטה בידי מומחה או מינוי של מומחה מטעם בית המשפט, שיגיש חוות דעת, חשופים לאותו סיכון, שלרופא יש דעה שמקורה בהכשרתו, בנסיונו או באסכולה שעליה הוא נמנה. כאשר מדובר במומחה אחד מיני כמה, הנתון לחקירה שכנגד, ייחשף הרק להכרעתו, ויהיה נתון לבקרת [צ”ל בקרה – א”פ] שיפוטית. הפקדת ההכרעה בידי המומחה עלולה להביא לעיוות דין”.

35 ראו רע”א 2508/98 מתן י. תקשורת ואיתור בע”מ נ’ תקשורת בע”מ, פ”ד נג(3) 26 (1998), ולאחרונה רע”א 6582/10 מדינת ישראל נ’ נבילי (פורסם בנבו, 27.12.2011).

36 ראו ע”פ 461/92 זכאי נ’ מדינת ישראל, פ”ד מז(2) 580, 596 (1993):

”אל”ף בי”ת הם בדיני ראיות, שפסק דינו של כבוד השופט כהן לא היה קביל כראיה במשפטו של שקלאר, אסור היה לתביעה להציגו כראיה, ואסור היה לו לשופט קמא לעיין בו (חוץ מאשר לעניין ההלכה המשפטית שקבע).”

37 סעיף 36(ד) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל”א-1971.

38 ראו ת”א (שלום י-ם) 1856/06 הדסה בירמן נ’ מכבי שירותי בריאות (פורסם בנבו, 13.5.2008) מפי השופט מינץ. באותו עניין נכתב על ידי הגורם המטפל, פודיאטר, במסמכים הרפואיים כי התובעת התלוננה על כאבים בשתי הרגליים. טיעון זה שימש אבן פינה בעמדת המומחית מטעם הנתבעים כי לא היה צריך לחשוד בגידול סרטני באחת הרגליים. בפועל הודה הגורם המטפל בדיון כי הוא נוהג לרשום לכל המטופלים שלו כי הם סובלים מכאבים בשתי הרגליים, בהנחה שזאת התלונה הנפוצה, ואף הוסיף שהוא מכין רישום זה לפני שהמטופל מגיע אליו. נקל לשער מה היה קורה לו עניינה של התובעת היה מתברר על פי החוק המוצע.

ואף זאת, למומחה הרפואי אין הכשרה מיוחדת לקביעת מהימנות עדים, מה גם שהפרוצדורה בעייתית. המומחה הרפואי אינו גובה ראיות ואינו שומע עדים. המומחה הרפואי אינו מבחין בין ראיה קבילה לבלתי קבילה. הוא עלול להסתמך על ראיה מכילי שני, שכללי המשפט קבעו שאין לתת בה אמון, ולתת לה משקל רב. התוצאה כמובן יכולה להיות קביעה עובדתית שאינה נכונה.

מלבד זאת יש גם פסול הפוך אף בכך שהמומחה הרפואי עלול לקבוע עובדה אמתית, **שאינו ראוי לקבעה**, תוך התעלמות מכללי משפט שמטרתם לשמור על עקרונות חשובים לבד מגילוי האמת העובדתית. לדוגמה, מומחה רפואי יכול להסתמך על תמונות שהומצאו לידי על ידי הנתבע שנתקבלו תוך הפרת פרטיות התובע.³⁹ במקרה כזה בית המשפט היה שוקל את האפשרות שלא לקבל את הראיה לפי הוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. ולא בכדי ידועה ההבחנה בין "אמת משפטית" ל"אמת עובדתית".⁴⁰

היעדר חקירה של המומחה

עולה מן ההצעה כי לא מתקיים דיון שבמסגרתו ייחקר המומחה, והכול בשם היעילות. היעדר החקירה יביא, כמבואר, לאימוץ אוטומטי של קביעות המומחה, ללא ביקורת וללא בחינת הנחות המוצא ודרך קביעת העובדות.⁴¹ אך היות שהמומחה ידע כי הוא לא יחקר, עלול הדבר לפגוע בחוות הדעת. מתן חוות דעת בידיעה כי ייתכן שהמומחה יוזמן להסביר את עמדתו הוא ערובה להקפדה על בדיקת העובדות והאסכולות השונות.⁴²

על חוסר השוויון בהצעה

ליקוי נוסף בהצעה הוא חוסר השוויון הטמון בה. על פי ההצעה, קביעת המומחה כי הנכות קלה מובילה לקביעת הפיצויים על פי כללים שייקבעו בתקנות. לעומת זאת כאשר המומחה יקבע שהנכות אינה קלה, יועבר הדיון לידי שופט שישמע את התיק בדרך הרגילה.

משמעות הצעה זאת ברורה, כמתבטא בנושא האסכולות שעליה עמדנו לעיל. נניח שלתובע כלשהו יש פיברומיאלגיה, המזכה אותו ב-20% נכות רפואית. אם איתרע מזלו של התובע ומונה לו מומחה הסבור שאין קשר בין חבלה לבין פיברומיאלגיה, יסווג התיק כתיק "קלי", והתובע יצא וידיו על ראשו. לא יתאפשר לו להציג אסכולה שונה או להראות שהעובדות מחייבות קביעת קשר סיבתי משפטי בין התאונה לבין הנכות. תוצאה דומה תיתכן במקרה שבו המומחה שייקבע לא יאמין לתובע ויקבע כי תלונותיו מוגזמות. התובע לא יזכה להזדמנות להוכיח שתלונותיו ראויות.

39 והשווה ת"א (מחוזי חי') 846/01 **גלעדי נ' ד"ר מוסקונה** (פורסם בנבו, 4.9.2005), מפי השופטת גילאור. באותו עניין נשאלה השאלה אם עדותו של חוקר פרטי אשר התיימר לחזר אחרי התובעת וחילץ ממנה עובדות, היא קבילה. בפועל לא נדרשה הכרעה בשאלה זאת מאחר שהתובעת אישרה את הדברים בעדותה.

40 ראו בגי"ץ 152/82 **דניאל אלון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לו(4) 449 (1982).

41 למותר לציין שכל אדם עלול לטעות בהבנת דברים. נניח שנפגע נבדק על ידי רופא ונשאל על ידיו אם הוא עוסק בפעילות גופנית במצבו. תשובה אפשרית, צינית, יכולה להיות "כן, בטח, אני רץ מרתון פעמיים בשנה". מומחה שלא יבחין בציניות עלול לציין כי הנבדק עושה פעילות גופנית רבה. כיצד עמדה זאת תיבדק?

42 נושא שקיפות הבדיקה של תובע על ידי מומחה (אם כי שם בהקשר של תביעה של מומחה מטעם הנתבע) עלה בהקשר של השאלה אם הנבדק רשאי להקליט את המומחה כדי שיוכל להביא את ההקלטה לידיעת בית המשפט. ראו כמה פסקי דין בעיקר מבית המשפט המחוזי בירושלים המאפשרים את ההקלטה: ת"א (מחוזי ים) 577/96 **שושני נ' יגל** (פורסם בנבו, 8.1.1996), מפי השופט קמא, שבה התיר בית המשפט אף להסריט את הבדיקה. בבר"ע (מחוזי ים) 883/05 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.3.2006), מפי השופט אוקון; ת"א (מחוזי ים) 6402/04 **דויטש נ' אורון** (פורסם בנבו, 21.6.2006), מפי השופטת כנפי שטייניץ; בש"א (מחוזי ים) 7796/07 **יצחקי נ' הסתדרות מדיצינית הדסה** (פורסם בנבו, 1.1.2008), מפי השופט סולברג; בש"א (מחוזי ים) 4046/07 **המרכז הרפואי שערי צדק נ' חמו** (פורסם בנבו, 12.8.2007), מפי השופט סובל. בשונה מאלה ניתנו כמה החלטות בבית המשפט המחוזי בתל-אביב שאסרו על הקלטות או הביעו חוסר נחת מההקלטה: בש"א (מחוזי ת"א) 8905/07, ת"א 1319/06 **מרפאת עין טל נ' פינקלשטיין** (פורסם בנבו, 24.5.2007), מפי השופט שמואל ברוך ז"ל (אם כי הותרה נוכחות אדם זר בבדיקה); בש"א (מחוזי ת"א) 4102/09 **ליבוביץ נ' רואים 6/6** (פורסם בנבו, 22.3.2009) (אם כי נקבע שאין צורך באישור בית המשפט). בת"א (מחוזי ים) 2196/08 **גליצנשטיין נ' מדינת ישראל** (11.3.2010) מפי השופט ענבר, שאסר על הקלטה ללא הסכמת המומחה. עמדה זאת אושרה על ידי בית המשפט העליון ברע"א 2948/10 **גליצנשטיין נ' מדינת ישראל** (1.2.2012). בית המשפט העליון הדגיש את העובדה שלרשות הנבדק עומד כלי החקירה הנגדית. והנה, הצעת החוק פוסלת אפשרות זאת.

עתה למקרה הפוך, שבו דווקא התמזל מזלו של התובע, והמומחה שמונה לו בדעה שיש קשר, ככלל ובמקרה הספציפי שנדון, בין התאונה לבין הנזק, והמומחה האמין לניזוק ולראיותיו והחליט שמדובר בנזק אותנטי. במקרה כזה יסווג התיק כתיק שאינו קל, וחברת הביטוח, הנתבעת, תזכה להזדמנות לחקור את המומחה, להציג לו ראיות אחרות ולשכנע שקיימת אסכולה אחרת.

מצב דברים זה מלמד שההצעה היא בלתי שוויונית בעליל; הניזוק יכול רק להפסיד.^{44,43}

בעיות חוקתיות בהצעה

האם זכות הגישה לבית המשפט מתמצית ב”הפניה” למומחה?

על הפרטת הליכי השיפוט

במסגרת בחינת הצעת החוק לא נוכל להתעלם משאלות חוקתיות שמעוררת ההצעה, בשני מישורים מהותיים:

א. פגיעה בזכות הגישה לערכאות

זכות הגישה לערכאות משפטיות היא זכות יסוד. בהיעדר גישה לערכאות משפטיות אין תקומה לזכויות האחרות. לכן כאשר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע שאין פוגעים בקניינו של אדם, חייב הדין לאפשר הליך משפטי שיגן על זכות זאת. אם לא כן, מדובר בזכות ריקה מתוכן.⁴⁵

זכות הגישה לערכאות משפטיות אין פירושה זכות לשלם אגרות בקופת בית המשפט ולזכות ל”מספר תיק”. הזכות היא זכות מהותית, שהעניין יידון לגופם של דברים ועל פי כללי המשפט הנהוגים.⁴⁶

הצעת החוק מגבילה את זכות הגישה הגבלה ניכרת. אמנם ייפתח תיק בבית המשפט, ולכאורה ”יזכה” התובע ליומו בבית המשפט. אך בפועל אין הדברים כך. עניינו של התובע לא יישמע בפני שופט אלא בפני מומחה שאינו שופט והמכריע על פי כללים אחרים-נסתרים. הגורם השיפוטי הוא למעשה בדברים החשובים ביחס לתיק חותמת גומי.⁴⁷

43 אין אני מתעלם מהעובדה שההצעה כוללת אפשרות ערעור בפני ועדה שבה שני רופאים ומשפטן. ערעור זה פתוח משני הכיוונים – מצד התובע ומצד חברת הביטוח. ממילא אם ועדת הערר תחליט כי אכן מדובר בנפגע קל, חברת הביטוח תיהנה מההכרעה הסופית. לעומת זאת אם הוועדה תחליט שמדובר בנפגע קשה, לא יוכל הנפגע ליהנות מתוצאת ההחלטה, ורק יזכה להליך בפני בית המשפט.

44 לשוויון כזכות חוקתית ראו בג”ץ 6298/07 **רסלר, רס”ן בדימוס נ’ כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 21.2.12) (להלן – עניין חוק טל).

45 שלמה לוין ”חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים” **הפרקליט** מב 451, 453-455; רע”א 2146/04 **מדינת ישראל נ’ עזבון המנוח באסל נעים איברהים** (פורסם בנבו, 30.5.2004), מפי השופט (כתוארו אז) גרוניס; רע”א 993/06 **מדינת ישראל נ’ דיב מרעי דיראני** (פורסם בנבו, 18.7.2011), בסעיף 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ’יה.

46 לכן נהוג לפרש את המחסום בפני דיון ענייני – התיישנות – על דרך הצמצום. ראו ע”א 6805/99 **תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ’ הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים**, פ”ד נז(5) 433 (2003); ע”א 9245/99 **ויינברג נ’ אריאן**, פ”ד נח(4) 769 (2004); ע”א 9413/03 **אלנקווה נ’ הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים** (פורסם בנבו, 22.6.2008). מנגד ראו ביקורת על הפרשנות המצמצמת: דפנה לוינסון זמיר ”על הקושי ליהנות מטענת התיישנות במקרקעין” **ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו** 181 (א’ ברק וד’ פרידמן עורכים, תשס”ו). לטיעון כי יש לאמץ פרשנות ”תכליתית” לדיני ההתיישנות ראו דעת השופטת ארבל בע”א 2728/06 **פלונית נ’ מרכז רפואי סורוקה** (פורסם בנבו, 24.3.2008).

47 על כך יש להוסיף את העובדה שהגורם השיפוטי אינו שופט כי אם רשם. עניין זה מצטרף לתיקון מתשע”א לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ”ד-1984, המאפשר ל”רשם בכיר” להכריע בתיקים ששוויים אינו עולה על 50,000 ש”ח. למעשה מדובר בשופט שסמכויותיו מוגבלות. עם זאת אציין שהתיקון לחוק בתי המשפט כולל איזונים שונים, שנעדרים מן ההצעה הנוכחית: הרשם הבכיר נבחר על ידי הוועדה לבחירת שופטים (סעיף 1א(א) לחוק), וממילא מבחינת

ב. הפרטת התפקיד השיפוטי

לשיטתנו ההצעה הנזכרת מפריטה למעשה את התפקיד השיפוטי. אכן, האצטלה היא של הליך המוגש לבית המשפט, אך כל השאלות החשובות בתביעה מוכרעות אצל מומחה שלא מונה על ידי הוועדה לבחירת שופטים, שעיסוקו הבלעדי (ואף המרכזי) אינו בשפיטה והוא מבוסס על כללים **שוניים** מהכללים המשפטיים הנוהגים בעניין.

לשיטתנו מדובר בהפרטה פסולה של מערכת השיפוט. בעניין זה אין כל חשיבות אם הגוף הנותן – בסופו של דבר – את פסק הדין הוא רשם או שופט. בפועל ההכרעה היא של המומחה, בתהליך נסתר ומוסווה, ושאינו פומבי.⁴⁸

התפקיד השיפוטי אינו "עוד תפקיד". מדובר בתפקיד שהוא אחת מאשיות שיטת המשטר הדמוקרטי שבמדינה ריבונית. לא בכדי המערכת השיפוטית מעוגנת בחוק יסוד: השפיטה. ההצעה הנוכחית מפריטה למעשה תפקיד זה ומעבירה אותו לידי מומחים.

בשנת 2009 פסל בית המשפט העליון חוק שהפריט חלק ממערכת ניהול כליאת אסירים.⁴⁹ בית המשפט הדגיש את הקשר בין ניהול הכליאה לבין תפקידי הריבון ואחריות החברה. המשיבים הפנו את תשומת הלב לעובדה כי החוק שהתקבל כלל "מנגנוני הגנה על זכויות האסירים" ונתן בידי המדינה מנגנוני פיקוח והתערבות אפקטיביים, ואף הצביעו על "מצוקת הכליאה הקשה" שהחוק נועד להקל אותה ועל היתרונות הכלכליים הגלומים בו. טענות אלה לא הועילו למשיבים, והחוק נפסל.

לאחרונה הדגישה השופטת נאור את חשיבותם של תפקידי הריבון בנושאי חקירות פליליות והבהירה שמטעם זה אין להסכים שגופים פרטיים, כרכבת ישראל, יחקרו עברות פליליות.⁵⁰ השופטת נאור קישרה בין עמדתה בעניין בתי הסוהר לבין ועדות הבדיקה הדנות בעניינים פליליים, בציינה שמדובר בסמכות ש"**צבועה בצבע עז של ריבונות המדינה ושיקול דעת בהפעלת הסמכות**". דומה שסמכות השיפוט של בתי משפט צבועה עזים אף יותר בצבעי ריבונות המדינה.

במקום סיום האם אכן יש הוכחה אמפירית לבעיה?

ברשימה זו ניסיתי להראות את הקשיים שבהצעת החוק. אף על פי שהמניעים שהוצגו כגורמים להבאתה – העומס בבתי המשפט – ראויים הם, הרי הצעה זאת בעייתית בשל השינוי הדרמטי שהיא אמורה לערוך במוות המחליט ובכללי הפרוצדורה, כמו גם בכללים המהותיים שיחולו על ההליך הנזיקי. הרצון לבטל תיקים אינו סיבה לפגיעה בזכויות מהותיות גם אם שמיעה בכתב תביא לכך שהתיק "תוך שניות יעלם".

עם זאת, ובמקום סיום, אבקש להטיל ספק בשאלה אם אכן קיימת בעיה **בתחום שעליו הצביע התזכיר**. נקודת המוצא היא שב"תיקי אפסי" מושקע זמן שיפוטי רב, וההצעה אמורה לחסוך אותו. בפועל חלק ניכר מ"תיקי אפסי" מסתיימים ממילא בפשרה לאחר הגשת תביעה אף בטרם הוגש כתב הגנה. תיקים רבים נוספים מסתיימים בפשרה לאחר קבלת חוות דעת המומחה שמונה על ידי בית המשפט, אשר כאמור לעיל בכמה בתי משפט שלום מינויו נתון ממילא בידי רשם. תיקים נוספים מסתיימים לאחר הגשת "תחשיבי נזק" והצעה של בית המשפט וללא חקירת

תהליך בחירתו וכישרויו הוא דומה לשופט בית משפט שלום. כמו כן מספר הרשמים הבכירים מוגבל ל-20% ממספר שופטי בית משפט השלום (סעיף 84א(ב) לחוק). ולבסוף הרשם הבכיר אינו מוסמך לדון בתביעת נזקי גוף, לרבות תביעה על פי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (סעיף 85א(ב)(1) לחוק).

48 לחשיבות פומביות הדיון ראו: סעיף 3 לחוק יסוד: השפיטה וסעיף 68 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, בג"ץ 5917/97 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר המשפטים** (פורסם בנבו, 8.10.2009); רע"א 3007/02 **יואב יצחק נ' מוזס**, פ"ד נו(6) 592 (2002); ע"פ 353/88 **וילנר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(2) 444, 450 (1991); בש"פ 2484/05 **פרי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.7.2005); בג"ץ 258/07 **ח"כ גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006** (פורסם בנבו, 6.2.2007).

49 בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 19.11.2009).

50 נדונה שאלת חובת רכבת ישראל להעביר את הפרוטוקולים של ועדת הבדיקה מטעמה לידי משטרת ישראל. דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש** (פורסם בנבו, 9.1.2012).

המומחים. יש לזכור גם שבפני הניזוק המבקש לחקור את המומחה מטעם בית המשפט עומד מחסום שאינו נמוך בדמות הוצאות החקירה, שכן בתי משפט נוהגים להשית על מבקש החקירה להפקיד את הוצאות שכר הטרחת הצפויים של המומחה בקופת בית המשפט כתנאי למתן רשות לחקירה.⁵¹ מחסום זה גבוה **במיוחד** ב”תיקי אפס”, שכן ההוצאות עלולות לכלות חלק ניכר מהסכום שייפסק, ולנוכח המציאות המוכחת סטטיסטית, שבית המשפט נוהג לאמץ את עמדת המומחים מטעמו.^{52, 53} מחסום זה אף מוודא שהתובע-מבקש החקירה משוכנע כי הוא קופח בחוות הדעת, וכי ביכולתו – נגד הסיכויים הסטטיסטיים – לשכנע את בית המשפט שהוא נפגע.

מצב זה ראוי שייבדק ביסודיות הלכה למעשה, אם ועד כמה “תיקי אפס” אכן מהווים מעמסה על המערכת השיפוטית. היה ויתברר כי המעמסה היא על תהליך מינוי המומחים, ייתכן שהתשובה תהא לאמץ את המודל, שכבר ננקט במקומות מסוימים, שהגוף הממנה את המומחים יהיה רשם, בהליך המתנהל ממילא ללא חקירות. אם יתברר שמבזבז זמן על ניסוח הצעה לצדדים, ייתכן שהפתרון הוא בכך שההצעה – להבדיל מההכרעה השיפוטית – תועלה על ידי גורם חיצוני, כגון מגשר או מעריך תיק. מכל מקום, אי אפשר לפגוע פגיעה קשה כל כך בזכויות תובעים, וודאי שלא על סמך “תחושת בטן” בלבד.⁵⁴

51 נציין כי בע”א 107/88 **כהן רז**, שהוזכר לעיל הערה 10, קבע בית המשפט המחוזי שאי אפשר לחקור את המומחה אם לא נשלחו שאלות הבהרה. בית המשפט העליון הפך את ההחלטה וקבע שאם מתברר שלא היה טעם בחקירה אפשר לרפא זאת באמצעות הטלת הוצאות. כאשר חזרו הצדדים לבית המשפט המחוזי, ניתנה הוראה על הפקדת ההוצאות בקופת בית המשפט כתנאי לביצוע החקירה. בשל כך אף ויתר בא כוחה של התובעת על החקירה, למרות הצלחתו בבית המשפט העליון.

52 ע”א 3056/99 **שטרן נ’ המרכז הרפואי ע”ש חיים שיבא**, פ”ד נו(2) 936, 949 (2002), ע”א 558/96 **חברת שיכון עובדים נ’ רוזנטל**, פ”ד נב(4) 563 (1998).

53 קיימים מחסומים נוספים לדחיית קבלת הפיצוי, שכן קיום הליך מבטיח שההכרעה, אם בהסכמה ואם בפסק דין, תידחה לזמן רב.

54 לדרכים לקביעת עובדות ראו בהקשר של קביעת שעון קיץ: בג”ץ 297/82 **ברגר נ’ שר הפנים**, פ”ד לו(3) 29 (1983). לביטול חוק בגלל פגיעתו בזכות השוויון, דבר שהתברר בבדיקה אמפירית מאוחרת, ראו עניין **חוק טל**. בהקשר דומה לשלנו – טענה בדבר הצפת בתי המשפט – ראו ע”א 10078/03 **שתיל נ’ מקורות חברת מים בע”מ** (פורסם בנבו, 19.3.2007), שם אמר השופט לוי דברים היפים לכאן:

”אעיר, כי בהידרש לשיקולים מסוג זה, מוטב להישמר מפני הסקתן של מסקנות אינטואיטיביות, העלולות להתברר כחסרות עיגון בחיי המעשה. הסתמכות על שיקולי מדיניות מחייבת ביסוס אמפירי או, לכל הפחות, הצבעה על אפשרות ממשית כי הם אכן תקפים. כך, למשל, טענה ולפיה עלולה המערכת השלטונית להיות מוצפת בתביעות נזיקיות, או כי חיובה בנזיקין ירפה את ידיה מלפעול, דורשת בחינה עובדתית על יסוד נתוני העבר או ההווה ולחלופין, שעה שצופה היא פני עתיד, נחוץ לה עיגון עקרוני. ולא זו אף זו, כנגד מרביתם של שיקולי המדיניות התומכים בהצרת האחריות, ניתן פעמים רבות להעמיד טיעונים הפוכים, המצדדים בהרחבתה”.

הערות למאמר: "למד שחייה בהתכתבות...": על הפרטת מערכת השפיטה בתיקי נזקי גוף "קלים"

המאמר שבנדון, מכותרתו ועד לפסקת סיומו, כולו מלאכת מחשבת של טיעון משפטי, ארוגה בצפיפות ושזורה בתלי טילים של אסמכתאות, לכל רעיון או הקשר, המובאים במטחים לרוב.

רוב עניינו של המאמר בתזכיר הצעת חוק לתיקון חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ה'תשל"ה-1975, ואני, שענייני המיוחד במשפט נתון לסוגיית המומחה, לא הצלחתי לרדת לסוף דעתו של המחבר המלומד. לאחר לבטים ראיתי לנכון לבטא את תהיותיי בדרך זאת של הערות. אתייחס לדברים שנאמרו, ואיר נקודות נוספות, באופן שבו אני רואה אותן, ולא במדויק על פי סדר כותרות פרקיו של המחבר.

א. על חיסכון בזמן שיפוטי ועל נגישות מערכת עשיית הצדק ועל החלפת השופט במומחה – לשון אחר: הסדרי דיון

כבוד השופט (בדימי) ש' לוי, במהדורה הראשונה של ספרו העוסק בתקנות סדר הדין האזרחי, מציע לראות בתקנות מעין "תחביר", שכלליו מתווים את הדיון המשפטי. על כך אֶצו להעיר: החלת כללים, מטבעה וכשלעצמה, היא הטלת מגבלות – "כך תעשה ובמועד כזה וכזה, וכך לא ייעשה!" – דוגמאות לכך מיותרות. במדינות הנאורות, שאין ספק בעצמאות מערכות המשפט שלהן, ובוודאי באלה הנוהגות על דרך המשפט המקובל,¹ סדר הדין האזרחי מוסדר בתקנות ולא בחקיקה ראשית. נראה כי הטעם לכך נעוץ בקלות היחסית של הכנסת תיקונים בכלי זה, שהוא תוצר חקיקת משנה, כאשר יש צורך בתיקון. שהרי גם סדר דין אזרחי – שהוא "רק" כלי דיוני – הוראותיו מושתתות על איזון אינטרסים בחברה, אינטרסים המבטאים ערכים חברתיים המשתנים עם התקופה, רוּחָה וצרכיה של אותה חברה, המשתנה עם הזמן. על אלה יש להוסיף "צרכים משפטיים" משתנים, ובהם העומס, שתמיד גדל והולך, ועל כל מערכות המשפט. מערכות המשפט כולן מחפשות פתרונות, שאם לא כן סופן "אי-ספיקה סופנית".

קיימות מערכות משפט שהשכילו לערוך בדק בית מן היסוד – "סוף מעשה במחשבה תחילה". נא עייני במסמך שכותרתו Access to Justice, 1996 – דוח הוועדה המלכותית שבראשות Lord Woolf, MR, שיצק את הבסיס לרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי של אנגליה ווילס – The Civil Procedure Rules, 1998, אשר לנו כאן עניין בפרק 35 (CPR 35) שבו, ועמו בתקנות הביצוע ובהנחיות הביצוע (עדכון 2005) שהן חלקים בלתי נפרדים מן התקנות.²

כותרת הדוח – "נגישות מערכת הצדק" – פשוטה כמשמעה! הוראות ה-CPR, לאחר חבלי הסתגלות, מימשו את שהיה חיוני. חלק ממדינות אוסטרליה אימצו את החידוש כלשונו וככתבו.

נוכח הדברים שבמאמר הנדון, אני יכול רק לשער את התגובה, לו הובאה במדינת ישראל הצעה דומה, בין היתר בגלל הגבלת זכות הצדדים להיתמך במומחים, וגם אז בהגבלת סברותיהם למסמכים שבכתב, ולהתנניית חקירת המומחים בנטילת רשות, ומעל לכול בשל יצירת (הרחבת (? אימוץ (?)) התפקיד של "מעריך" היושב לצד השופט (תקנה 16 ל-CPR 35). ואף זאת – להגדרת "כושר" המומחה, ולהגדרת הגוף המעניק "כושר", כמפורט בתקנות הביצוע.

גם מדינת ישראל לא שקטה על שמריה – הוקם בית המשפט לתביעות קטנות. ההסדר דומה לראשונה מבין "שלוש הדלתות" שבהסדר האנגלי – זמן המתנה קצר, אגרה מזערית, טיעון עצמי, חיסכון בהוצאות התדיינות (קרי – שכן טרחת עורך דין) והחלטה הניתנת ללא שיהוי. עקרון זכות הערעור נשמר. בשגשוג השיטה הוא עדות טובה להצלחתה ולשביעות רצון "לקוחותיה".

1 על כך מומלץ לקרוא את הערותיו של כבוד השופט (בדימי) ש' לוי במהדורה השנייה של ספרו.

2 הכול באתר ה-Lord Chancellor's Office.

מוכרות גם דרכי פתרון נוספות: מדינת קליפורניה הובילה שינוי שחייב מגיש תובענה לבחור באחד מארבעה הליכים מקדמיים, בטרם יורשו לבוא בפני שופט. ההוראה, בחלק גדול מן המקרים, הפכה את השלב האחרון – את הדיון המשפטי – למיותר. רבות ממדינות ארצות הברית אימצו דרך זאת. כמובן יהיו שיראו בשיטה מעין “סלקציה” לפני דלתו של השופט.

מדינת ניו יורק מנסה דרך נוספת לפשוט ההליכים (דווקא ברשלנות ברפואה (ראו “חדשות חוץ”).

ב. חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ה'תשל"ה-1975, חקיקה (הסדר) דיוני ייחודי לנפגעי תאונות דרכים

חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ה'תשל"ה-1975 (להלן – פל"ד) – אשר נראה כי מחברו הנכבד של המאמר מבקש לשמרו במתכונתו הנוכחית – הוא חוק דיוני המבוסס על איזון בין אינטרסים (פשרה(?)), שנמצא ראוי ומידתי בעיני המחוקק. הרעיון שהדריך את הוגי הפל"ד היה שתאונות דרכים הן “גזרה בלתי נמנעת” של השימוש ברכב מנועי, אשר כשלעצמו הוא ברכה שאין האדם מוכן או יכול לוותר עליה. הסיכון להיפגע הוא בעיקרו אקראי (במובן סטטיסטי). לפיכך מי שגורלו הפכו לקורבן על מזבח התועלת לְכָלֵל, זכאי לפיצוי מידי הכלל. נטל הפיצוי אינו על הכול, אלא על המזיקים-בכוח – בעלי כלי הרכב – באמצעות תשלום ביטוח חובה המוטל עליהם.

הסדר זה היה מלווה ברעיונות נוספים. כיוון שהתוצאה, והקורבן, הם אקראיים, אין מקום להוכחת אשם הפוגע (לבד מפגיעה בזדון). הרחבת מעגל המפוצים, שהפכה את הפיצוי לכמעט אוטומטי, חייבה קביעת תקרה. אולם התקווה שההקלה הדיונית תיעל את ההתדיינות, נכזבה. יעידו על כך, בין היתר, ממדי המהדורה הרביעית של ספרו של כבוד השופט א' ריבלין.

ונחמה פורתא (בדיעבד) – גם היוזמה המקורית לחקיקת הפל"ד הייתה מלווה בביקורת קשה מצד אנשי משפט רבים.³

יכול מאן דהו לטעון כי איזון האינטרסים שבבסיס הפל"ד יש בו סטייה מזכויות יסוד חוקתיות וטבעיות. אכן כך, אך אין מאן דפליג כי הסטייה עומדת בתנאי פסקת הגבלה של חוק היסוד עצמו. עם זאת, האיזון שנתקבל אינו מותר מקום לשאלות על נושאים כפיצוי שווה ל”נפגע” ול”פוגע” כיוון שמושגים אלה איבדו את משמעויותיהם המקוריות. המושג “איזון ראוי ומידתי בין אינטרסים” בא במקום המושג “צדק”, שממילא קשה להגדירו. בשונה מצדק, איזון אינטרסים אפשר וגם רצוי גם לשפרו מזמן לזמן, לאור צורכי הזמן, הנסיבות והשינויים בערכי החברה.

ג. מומחים

המשפט המודרני בעולם כולו, ולא בתחום הנזיקין בלבד, נזקק במידה גוברת והולכת לסיוע מומחים לתחומיהם. על כך היטיב להתבטא המלומד הצרפתי E. Jeuland:

”דור דור ודרכו בהוכחת עובדות משפטיות. החברה הנוצרית של ימי הביניים העדיפה את ‘מבחן היסורים’ (ordeal) ואת השבועה. דורות ה-*Ancien Regi* פיתחו את ההוכחה במסמך ואת ההודאה [לו גם] המלווה בעינויים. תקופתנו אנו מעדיפה את עדות המומחה. כמובן, עדיין נעשה שימוש בהודאה, במסמך ובשבועה, אך דרך ההוכחה המושכת את תשומת לבנו, עונה על ציפיותינו ומעוררת דיון, היא עדות המומחה”. (תרגום שלי – א”ס)

3 ראו לדוגמה את מאמרם של מ' בורנובסקי וי' ליבר, עיוני משפט, כרך ו.

התלות במומחה אומנם מקנה לו חסינות,⁴ שייתכן ותורמת להרפיית הריסון העצמי אצל מומחים מסוימים, אך בד בבד מגבירה התלות זאת לביקורת ולהבעת חשדות כוללנית בניגוד עניינים של המומחה. חשש מסוג זה עלול להשתמע מאמירות מסוימות במאמר הנדון. אכן, אין ספק, ובלשון המעטה שהאובייקטיביות המדעית של חוות דעת לא מעטות טעונה שיפור, אך בין זה לבין רמיזות ל"מסקנות" סטריאוטיפיות – שהן פסולות מעיקרן – המרחק רב. אין גם לספוק כפיים ולזעוק חמס. יש לנסות לנקוט באמצעים לשיפור המצב. צעד חשוב בכיוון זה הועלה בהצעת חוק זאת – ראו למטה.

שופטים לא מעטים בישראל, התבטאו, מסיבות שונות, בזכות הסתייעות במומחה יחיד שמונה מטעם בית המשפט. כך הוכנסו גם תיקונים, בכמה שלבים, בפרק י"א של תקנות סדר הדין האזרחי, ובמיוחד לעניינים בסעיפים 130 ו-130א, שנתנו בידי השופט, והרשם, כוח להגביל את הפעלת המומחים על ידי באי כוח הצדדים – לא עוד "וישחקו הנערים לפנינו". ומישיש בלב ספק לאיזה כיוון נוטה מדיניות השפיטה – ההלכה הפסוקה, אשר המחוקק הולך אחריה בנפש חפצה מסיבות טובות, יואיל נא לעיין בפסיקות שניתנו לאחרונה, המבהירות בידי מי מופקדת הסמכות בעניין מומחים.⁵

מהיבט הגבלת פעילות מומחים היה הפלת יד בנוסחו המקורי, מעין חלוץ ואף הגדיל עשות עם הוספת סעיף 6ב, אשר מקשה מאוד על שינוי החלטת מומחים. דרך זאת אינה שונה בהרבה מזו שבה מסתייע בית המשפט לענייני משפחה במומחים. כל אלה במשפט בישראל.

אני חוזר ומציע לעיין בדרכה של מערכת המשפט האנגלית ב־Civil Procedure Rules, פרק 35, וכמו כן בדין הגרמני המקביל, ב־Zivilprozessordnung (ZPO), הפועל על פי עקרונות המשפט האזרחי, הקונטיננטלי – למי הסמכות לזמן מומחה, ומה וכיצד מותר לתשאל אותו בבית המשפט. עקרונות, דוקטרינות והלכות לא מעטות, שלא לדבר על שיטת משפט, אימצנו מאלה, ומותר לנסות ולשקול את האפשרות ללמוד גם דברים נוספים.

ד. השופט והמומחה

לשאלתו של המחבר הנכבד: "האם יחליף המומחה את השופט?" – התשובה היא "לעולם לא!" אולם, עם כל הכבוד, עדות מומחה בפני שופט – בין הנמסרת בכתב או הניתנת בעל פה – היא פעולה שחייבים לעשותה תוך שיתוף, שלהשגתו רצוי שיתמלאו שני תנאים:

המומחה טוב שידע לשמש מעין דִּטְרִינְט אשר באמצעות כושרו להוריד את מתח הפנים (תרתני משמע, ולא רק במובנו המקורי שבכימיה-פיזיקלית) בין השמן למים = בין המשפט למדע – מאפשר את ערבובם הנכון וההומוגני זה בזה. כדי שיהיה כשיר לתפקיד זה, עליו לעמוד באמות המידה שהוגדרו בפסק דין *Daubert* ועל עדותו למלא את דרישת ה־Federal Rule of Evidence 702 של ארצות הברית, שאינה שונה במהותה מזאת שבדין הישראלי (על כך ראו הערותיי במקום אחר בגיליון זה).

ואם נעמיק חשוב ניווכח כי השילוב בין הוראת ה־Rule of Evidence 702 והגדרת "הוכחת עניין שבמדע" שמצאנו בהלכת *Daubert*, למעשה הסמיכו את השופט לקבוע את כשירותו של הטוען למומחיות בתחום, לחוות את דעתו במחלוקת שלפניו (שאחרת עדותו אינה קבילה) (ראו גם חדשות חוץ בגיליון זה – פסקה אחרונה). הדין האנגלי, כאמור לעיל, נוקט בשיטת משלו בהענקת "כושר".

התנאי האחר מכוון לבית המשפט, שהדין מחייבו – בהיבט הידע – לנהוג כ"לוח חלק", אך לשמוע בלב פתוח ובנפש חפצה תוך ניהול ההליך – לא פשוט הדבר! דוגמה מופלאה לפעילות כזאת של שופט היא פסק דינו של Lord Justice Stuart-Smith בעניין *Loveday v. Renton and Another* [1988] (בישבו, באופן חריג, ב־Queen's Bench). חוששני כי חלקים מסוימים בפסק דין זה היו זוכים, במאמר הנדון, בתואר של "חוות דעת מדעית", מנימוקים דומים שלהם

4 ע"א 572/74 מ. רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט(2) 57 (1975)

5 ראו בהחלטה מפי כבוד השופט (כתוארו אז) י' שפירא בת"א (מחוזי י-ם) 6743-09-11, מיום 23.1.2012 ולאחריה החלטת בית המשפט העליון, מפי כבוד השופט צ' זילברטל, ברע"א 1358/12 מיום 9.5.2012 (שתי ההחלטות פורסמו בנבו).

זכתה לכינוי דומה חוות דעת המיעוט בערעור בעניין קרישב. (ראו חחדשות חוף שבגיליון זה, גם את שינוי המגמה בהנהלת בתי המשפט של מדינת ניו יורק, בכיוון התמקצעות שופטים בנושאי רפואה).

ה. קשר סיבתי מדעי, קשר סיבתי משפטי ואסכולות

בכותרת זאת, הלקוחה מן המאמר הנדון, חסרה המלה אחת בסיפא. צריך להיות: ”...קשר משפטי (אזרחי)“, שהרי במישור הפלילי נדרשת רמת הוכחה ברמה שאנשי מדע יודעים שאינה בת השגה בעולמם.

המדע מודע להיות המושג ”אמת מדעית“ – ומכאן גם ”קשר סיבתי מדעי“ – במקרה הטוב, נכון לאחר שהובא ונשקל מכלול המידע הרלוונטי בנושא המסוים, וברגע מסוים. היה ונתון מידע רלוונטי משתנה, עלול המבנה כולו להשתנות. המדע הוא מעין מערך תזוזות המשתנות (משתבחות) והולכות – השבח לאל, בין היתר כיוון שבימינו אנשים כגלילאו גלילאי וקופרניקוס זוכים לאריכות ימים.

טוב לעולם שהמדע פועל על פי תובנה זאת, כי זה הבסיס לקידמה. יש בעולם המשפט אישים המודעים ומבינים תפיסת-על זאת :

”... המסקנות הרפואיות מקצועיות אינן מתיימרות לשקף ”אמיתות מדעיות מקובעות במסמרים“.
המדע חוזר ומדגיש כי אחד מעיקריו הבסיסיים הוא שלא קיימת ’אמת נצחית’ אלא כזאת שנכונה לשעתה בלבד. האמיתות המדעיות משתנות מעת לעת לאור מידע נוסף, תצפית מזווית ראייה חדשה, וניתוח שונה של הנתונים, הנעשות בין היתר גם בשיטות סטטיסטיות. במלים אחרות – הקונספציה משתנה לאור השינוי בהערכה הסטטיסטית ולא להפך.”⁶

דווקא משום כך אני מתקשה להבין כיצד יכול להשתנות הקשר הסיבתי המשפטי, שעליו נאמר שהוא ”קשר שבלעדיו אין“, כאשר הפך ל”מאזן הסתברויות“. קטונתי, אך חוששני כי המושג ”מאזן הסתברויות“ הוא קונסטרוקציה משפטית או – מבלי להפחית מערכו וחשיבותו – הסדר של נוחות, שאין ספק שעולם המשפט מודע לו. כפי שעולם המשפט מודע לאפשרות שלא כל פסק דין הוא התגלמות הצדק הצרוף. אמנע גם מלשאול מה קנה המידה שעל פיו נקבע משקל המטען שעל כל אחת מכפות המאזניים של ”מאזן ההסתברויות“. אך מעבר לאלה, האם אפשר לקבוע, על פי מאזן הסתברויות, קשר סיבתי משפטי, בהיעדר קשר סיבתי שמוכר במדע? אני מודה כי החלטה מסוג זה נשגבת מבינתי. אני עדיין מאמין כי המשפט מודע לתוקפו של העיקרון של *post hoc non propter hoc*. (ובמאמר מוסגר – אף חרף אמות המידה המחמירות של המשפט הפלילי ידועים גם ”אי-דיוקים“, שהתגלו מאוחר מדי. במישור האזרחי מדובר ”רק“ בממון).

בעניין זה אני מציע לעיין בפסקה האחרונה של הערותיהם של מרגולין וויצטום למאמרו של נדב גבאי בגיליון זה, ולדברי כבוד השופט י’ עמית (בע”פ 5582/09) – החורגים מעבר לסוגיה הספציפית שבה דן פסק הדין.

ו. אסכולות

מונח-מושג זה, מושמע לאחרונה לעתים קרובות במשפט הישראלי. לא זה המקום לדון בסיבות לתופעה, עם זאת יש חשיבות להבהרת כמה נקודות.

המונח, כרבים אחרים, אומץ לשפה העברית מן היוונית. אולם נראה שמשעות המושג אינה ברורה די צרכה, שלולא כן למה טרחו שני שופטי בית המשפט העליון, כל אחד בפסק דינו (השונה במעט-המחזיק-מרובה זה מזה) בתיק אחד, להסבירו, כאשר הבכיר בשופטים נעזר גם במילון.⁷

אסכולות אינן ”אמצאה“ יוונית, ואינן ייחודיות לרפואה או לעולם המדעים (המדויקים). וכי מה היו בית הלל ובית שמאי אם לא אסכולות, או ”שיטות“ (במובן המקובל דווקא במשפט של מושג זה), או דרכי חשיבה והשקפות. כל

6 כבוד השופטת א’ פרוקציה בת”א (מחוזי י-ם) 668/92 שטראוס (קטין) נ’ ד”ר עוז (פורסם בנבו, 4.5.1997).

7 ע”א 6936/09 יוחאי יהודה נ’ כללית שירותי בריאות (פורסם בנבו, 5.3.2012).

אלה לא חלקו על העובדות, אלא על משמעויותיהן – ומכאן על המסקנות־התוצאות. בימינו ביטא זאת אחד מחשובי השופטים-ההוגים בישראל, באמרו כי "לבעיות רבות יש יותר מפתרון אחד". ודוק – כך אמר שופט, שחייב לפסוק. ופסיקה מטיבה וטבעה היא דיכוטומית. אבל דיכוטומיה אינה בהכרח ראייה מוגבלת לצבעי שחור-לבן. ויש אנשי משפט המכירים את המושגים מידתיות ויחסיות. וראיית שחור-לבן היא עיוורון צבעים, אך גם עיוור צבעים יודע מתי האור ברמזור הוא אדום ומתי הוא מתחלף לירוק. אי־אבחנה של עובדה כזאת אינה עיוורון צבעים – היא עצימת עיניים. נהג אוטובוס מלא נוסעים העוצם את עיניו בעת נהיגה... מוטב שלא להמשיך. רופא העוצם עיניו מראות אסכולות שונות, כשופט שאינו מכיר באפשרות של קיומן של אסכולות שונות זו לצד זו, עם כל הכבוד – משולים לאותו נהג המנסה להסיע אוטובוס בכביש סואן.

ולאחר כל אלה – הדרך להימנע ממוקשים מיותרים בדרך, היא זו שתחילת־ראשיתה מוצעת בתחילת הצעת חוק זה – ראו את הפרק האחרון של הערות אלה – כאן הניסיון למזער את התמריץ להארת עיני בית המשפט בכל שיטות החשיבה – האסכולות – הרלוונטיות.

ולסיום – ממה נובע השינוי החשוב שחל בהלכה, בין הלכת ד"ר רנה זייצוב, לבין הלכת ליאור המר נ' שירותי בריאות כללית? למה אין עוד "חיים בעולה"? האם העובדות נשתנו ולא נולדים עוד ילדים בעלי מום שמומם לא נתגלה אף כי הגילוי היה אפשרי? – לא ולא! הדבר היחיד שנשתנה הוא הרכב "הצוות" – המותב – והנוכחי החזיק בדעה שונה – שיטת חשיבתו הייתה שונה מזו של "הצוות" – המותב שלפני עשרים וחמש שנים. **בית המשפט העליון הנוכחי** – מבלי שהשתמש במלה – **ביטא שיטת חשיבה או אסכולה שונה – פשיטא.**

ז. אמון – מי יבור את התיקים הקלים

חוששני כי הקושי במתן אמון במשתתפים בדיון, המשתקף בכמה מקומות במאמר, אינו נחלת המומחים בלבד. בין היתר, משתמעת ביקורת על בחירת התיקים המכונים "קלים", שיופנו לטיפולו ה"מְפוּשֵׁט" של הרשם. על פי בהצעת התיקון לחוק, הוטל המיון על נשיא בית המשפט שאליו מוגשת התובענה. קטונתי מלהעריך את כישוריהם של שופטים, ולא כל שכן של נשיאים, אך כמדומני שהידע, הניסיון וחושי האחריות והצדק של נושאי משרה זאת, מכשירים אותם גם למשימה זאת – אומדן ערכו של תיק. והיה ושגיתי, ספק אם יש דיון בישראל.

ח. ניגוד עניינים

חיפשתי, והנה נושא אחד, ודווקא כזה המובא בראש הצעת התיקון לחוק, לא זכה לאזכור, שלא לדבר על דיון. מדובר בסוגיה בעלת חשיבות ראשונה במעלה – בסעיפים 6א ו־6ב, שמוצע כי יחליפו את הסעיפים הללו שבחוק הקיים. תמוה. הוראות אלה הן חידוש בחוק החרות בישראל – עניינן הקמת מנגנון שאמור להבטיח מניעת ניגוד עניינים בקרב מומחים.

הנושא אינו חדש בארצנו, דברו, כתבו ואף פסקו בו.⁸ ועדה בראשות כבוד השופטת (בדימו') ט' שטרסברג־כהן הגישה המלצות בנושא. כבוד נשיא בית הדין הארצי לעבודה (בדימו') ס' אדלר (שנמנה עם חברי אותה ועדה) טרם פרישתו פרסם הוראות נוהל חדשות, שונות מן הקודמות, אך אלה מחייבות רק את המערכת שבראשה הוא עמד.

המנגנון המוצע, אכן טעון שיפורים בכמה וכמה היבטים, שעליהם הערתי במקום ובמועד שנתבקשו במבוא לפרסום הצעת החוק. אך מדובר בצעד ראשון, בכיוון הנכון. והלוואי ונזכה בעקבותיו ונגיע אי־פעם להקמת גוף בלתי תלוי, שיזכה באמון מלא ושייתן "תעודות כושר" לעדים מומחים לתחומיהם, והדומה ל־Expert Witness Institute האנגלי, שגם הוא לא נולד עם ה־Magna Carta.

אברהם סהר, M.D., LL.B.

8 לאחרונה עלה הנושא בפסק הדין בעניין פלונית (רע"א 2104/12 פלונית נ' ד"ר וינברג (פרסס בנבו, 1.5.2012), סעיפים 12, 13). בפסק הדין נמנו הסיכונים שבמינוי מומחה רפואי מטעם בית המשפט. אין בלבי ספק כי בית המשפט הנכבד מכיר, אך עם כל הכבוד לא הזכיר, את האמצעים, שהוצעו ואף ננקטים, כדי למנוע תופעות שליליות אלה, וחלקם נסקרו בהערותי שלעיל.