

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4330/07

ע"א 3413/07

בפני: כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערער בע"א 4330/07
והמשיב בע"א 3413/07 : מוזס אוראל

נגד

המשיבה בע"א 4330/07
והמערערת בע"א 3413/07 : מדינת ישראל – משרד הבריאות – בית חולים
רמב"ם חיפה

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה
(השופט (בדימוס) ג'רג'ורה) מיום 29.1.07 בת"א 843/99

תאריך הישיבה: ט' בסיון התשס"ח (12.6.09)

בשם המערער בע"א 4330/07
והמשיב בע"א 3413/07 : עו"ד שלמה בן-עמי

בשם המשיבה בע"א 4330/07
והמערערת בע"א 3413/07 : עו"ד עמיר אלמגור, עו"ד משה הרציג

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט (בדימוס) ג'רג'ורה) מיום 29.1.07 בת"א 843/99, בגדרו התקבלה תביעת המשיב בע"א 3413/07, שהוא גם המערער בע"א 4330/07 (להלן המשיב), לפיצוי בגין טיפול רפואי רשלני. ערעור המשיבה בע"א 4330/07 והמערערת בע"א 3413/07 (להלן המערערת)

מכוון כנגד קביעת האחריות וכנגד גובה הנזק; ערעור המשיב מכוון כלפי גובה הנזק שנקבע.

העובדות

ב. המשיב נולד בבית החולים רמב"ם בחיפה ביום 1.8.74. בתביעתו – שהוגשה ב-1999, ערב ההתיישנות – טען, כי שיתוק מוחין ממנו הוא סובל נגרם כתוצאה מרשלנות במהלך לידתו. התביעה הוגשה במקור כנגד בית החולים, באמצעות משרד הבריאות, ובהמשך (בש"א 774/01) הוחלפה הנתבעת למערערת כמעסיקת עובדי בית החולים וכאחראית באחריות שילוחית. בתמצית נטען, כי הצוות הרפואי כשל בזיהוי מצוקתו העוברית בשלב השני של לידתו, ובשל כך לא נערך ניתוח קיסרי שיכול היה לקצר את משך המצוקה, למנוע את התשניק שחווה המשיב עם לידתו, ולמנוע את התוצאות.

ג. על פי הנוהל הרפואי, יש לבדוק את קצב לב העובר לכל אורך מהלך הלידה (בשנת 1974 בדיקת הדופק נעשתה ידנית בעזרת סטטוסקופ דרך דפנות בטן האם, ולא באמצעות ניטור אלקטרוני כבימינו). על פי הרישום בגליון מעקב הלידה, במקרה דנא נמדד דופק העובר שלוש פעמים בשלב הראשון של הלידה, אולם אין פרטים בגליון על מדידת הדופק בשלב השני של הלידה. על פי המסמכים הרפואיים, שאינם נקיים מסתירות, ציון האפגר (APGAR) שניתן למשיב עם לידתו, הבא להצביע על מידת הסתגלותו של הילוד לחיים החוץ-רחמיים באמצעות מדידה של חמישה קריטריונים, היה נמוך – והעיד, כי בעת לידתו סבל מחוסר נשימה, טונוס שרירים רפה, תגובה קלה בלבד לגירוי נחיריים, וצבע גפיים כחול. הרופאה החתומה על גליון היונק רשמה אבחנה של אספיקסיה (תשניק), שמשמעותה ירידה ברמת החמצן בדם, עלייה ברמת הפחמן הדו-חמצני וירידה ברמת החומציות (PH) בדם טבורי, והוא הוכנס לאינקובטור. מצבו השתפר והוא שוחרר מבית החולים כעבור שלושה ימים. עוד נציין, כי כיום מאובחן תשניק באמצעות בדיקה כימית של רמת החומציות בדם, שלא היתה מקובלת במועד לידתו של המשיב.

ד. בהיותו כבן 12, אובחן המשיב נוירולוגית כסובל משיתוק מוחין מסוג דיפלגיה ספסטית – הפרעה נוירולוגית, המתבטאת בקיומו של מתח שרירים ורפלקסים מוגבר בארבעת הגפיים, ובאופן מובהק יותר בגפיים התחתונים.

ה. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה. לאחר שביסס קיומה של חובת זהירות מושגית וקונקרטית, קבע השופט, כי ניטור דופק העובר במהלך השלב השני של הלידה היה פעולה חיונית, וכי העדר הרישום מעיד כי פעולת הניטור למעשה לא בוצעה.

ו. כן נקבע, כי אי ניטור הדופק יחד עם ציון האפגר הנמוך, מעביר את הנטל לשלילת קיומו של תשניק סב-לידתי לכתפי המערערת. כדי להפריך טענה זו הצביעה המערערת על התאוששותו המהירה של המשיב בין הדקה הראשונה לדקה העשירית ללידתו – התאוששות המעידה, על פי הספרות הרפואית, כי לא סבל מתשניק. בית המשפט דחה טענה זו, בקבעו כי לא ייתכן שהרופאה החתומה על גיליון היונק (בו כזכור נרשם כי היילוד סבל מתשניק) טעתה טעות בוטה של אבחון תשניק על פי ציון אפגר של דקה ראשונה בלבד. עוד התייחס בית המשפט לסתירה ברישומי ציון האפגר בין המסמכים השונים של בית החולים (שבחלקם נרשמו ציוני אפגר נמוכים ומועדי בדיקה מאוחרים מהמקובל), וזקף אותה לחובת המערערת. על כן הסיק, כי התאוששות המשיב לא היתה מהירה, וכי הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת קיומו של תשניק סב-לידתי.

ז. עוד נקבע, כי אילו התגלה התשניק במועד, היה נעשה ניתוח קיסרי; ונדחתה עמדת המערערת, כי בנסיבות העניין התערבות מוקדמת במהלך הלידה בדרך של ניתוח קיסרי היתה כרוכה בזמן ממושך, וממילא היה המשיב יוצא לאויר העולם בתום הניתוח באותה שעה שבה נולד בלעדי הניתוח.

ח. לבסוף נדרש בית המשפט לשאלת הקשר הסיבתי בין התשניק לבין שיתוק המוחין שאובחן בגיל 12. בסוגיה זו הועדפה עמדתה של האסכולה הרפואית המכירה, במקרים מסוימים, בקשר בין אירועים בלידה לפגיעות נוירולוגיות מאוחרות, ונקבע כי קשר סיבתי מתקיים במקרה דנן. לעניין זה נדחתה אבחנת המומחה מטעם המשיב, כי הוא סובל מדיפלגיה ספסטית, והתקבלה עמדת המערערת – המשתמעת גם מדברי המשיב בפני הביטוח הלאומי – כי הוא סובל מפרפלגיה ספסטית (הפרעה נוירולוגית מתונה יותר, המתבטאת בשיתוק חלקי של הגפיים התחתונות בלבד, והעלולה להחמיר עם הזמן). זאת, עם שצוין, כי על פי הספרות הרפואית הוכר קשר סיבתי בין תשניק לבין שיתוק מוחין דווקא (ולא בינו לבין פרפלגיה ספסטית), וגם זאת – רק ב-6-10 אחוזים מהמקרים. בעניין זה קיבל בית המשפט את עמדתו של ד"ר לרמן, המומחה מטעם המשיב, באשר ליחס בין עוצמת התשניק לעוצמת הנזק המוחי, וקבע כי היא מיישבת סוגיה זו.

ט. לעניין הערכת הנזק, הועמדה נכותו הנורולוגית והתפקודית של המשיב על 50% לצמיתות, ונפסקו לו פיצויים בגין ראשי נזק של הפסד השתכרות בעבר ובעתיד; עזרת צד ג' בעבר ובעתיד; הוצאות רפואיות בעבר ובעתיד; הוצאות נסיעה בעבר ובעתיד; וכאב וסבל, הכל בסך של 1,516,958 ש"ח (לאחר ניכוי קצבאות הביטוח הלאומי ששולמו וישולמו). בהתחשב בקבלת עמדת המערערת כי המשיב סובל מפרפליגיה ספסטית, התקבלה הטענה כי תוחלת חייו תקוצר ב-17.5%.

טיעוני המערערת

י. המערערת טוענת, כאמור, הן כלפי עצם חיובה הן בסוגיית גובה הנזק. לעניין ההתרשלות נטען, כי הדופק נוטר אך לא נרשם, כיון שבאותה עת היה נהוג לרשום רק אירועים חריגים, וכי לא ניתן להסיק מהעדר הרישום שלא נעשה ניטור. עוד נטען, כי לא הוכח שהמשיב סבל מתשניק – והרישום בגיליון הרפואי לפיו אובחן תשניק, התבסס על הנחה רפואית שהתבררה מאז כשגויה, לפיה ציון אפגר נמוך בדקה הראשונה לחיים יכול להעיד על תשניק.

יא. אשר לקשר הסיבתי חזרה המערערת על הטענה, כי אפילו היה מדובר בתשניק וזה היה מאובחן במועד – לא היה ניתוח קיסרי מקצר בנסיבות את הזמן עד הלידה, ולפיכך אין קשר סיבתי בין אי אבחון התשניק לבין התארכות המצוקה העוברית. עוד נטען, כי על פי הספרות הרפואית רק שיתוק מוחין הוא תולדה של תשניק סב-לידתי, וכי משקבע בית המשפט קמא כי המשיב לוקה בפרפליגיה ספסטית (שכאמור אינה סוג של שיתוק מוחין) – היה עליו לקבוע כי קשר סיבתי בין התשניק לנזק אינו מתקיים.

יב. אשר לראשי הנזק בהם נפסקו פיצויים, בהתבסס על ראיות בדבר עבודות שביצע המשיב בעבר נטען, כי הוא בעל כושר השתכרות מלא; כי הוא אינו זכאי להוצאות ניידות, דיור מיוחד, עזרים מיוחדים ועזרת הזולת, משלא הוגשה כל ראייה באשר לצרכיו המיוחדים לעניינים אלה; וכי פסיקת פיצוי בסך 500,000 ש"ח בגין כאב וסבל היא מוגזמת, ואינה מתחשבת בגילו הצעיר של המשיב וביכולתו לגבור על מגבלותיו.

טיעוני המשיב

י"ג. המשיב סומך ידיו על פסק דינו של בית המשפט קמא, באשר לקיומה של רשלנות ובאשר לקיומו של קשר סיבתי בינה לבין הנזק שנגרם. בערעורו הוא טוען כלפי הקביעה כי הוא סובל מפרפלגיה ספסטית (אבחנה שבצידה קיצור תוחלת חיים), ומבקש לקבוע כי הוא סובל מדיפלגיה ספסטית (שיתוק מוחין שאין בצידו קיצור תוחלת חיים), אשר הקשר בינה לבין תשניק סב-לידתי הוכר (אם כי במקרים נדירים).

י"ד. כן קובל המשיב על גובה הפיצויים. בעיקר נטען, כי טעה בית המשפט קמא בקבעו שנכותו התפקודית אינה מלאה, וכאשר דחה את טענתו בדבר נכות קוגניטיבית. לטענתו, על יסוד שיעורי הנכות הנמוכים שנקבעו, נפסקו לו פיצויים מופחתים מכפי המגיע לו בראשי הנזק השונים. נטען, כי המשיב אינו מסוגל לעבודה פיסית ומנטלית רצינית, ועל כן על בית המשפט היה לפסוק לו פיצוי מלא בגין הפסד שכר בעבר ולעתיד, אשר יחושב על פי השכר הממוצע במשק, ולא על פי 70% מהשכר הממוצע כפי שקבע בית המשפט קמא. עוד נטען, כי נפסקו למשיב פיצויים נמוכים בגין עזרת צד ג' בעבר, וכי יש לפסוק לו כפל הסכום שנפסק בגין עזרת צד ג' לעתיד (800,000 ש"ח), בהתחשב בשיעור הגבוה של נכותו התפקודית, ונוכח העובדה כי תוחלת חייו לא תקוצר. כן נטען, כי בית המשפט טעה בכך שלא פסק למשיב פיצוי בגין עזרים מיוחדים בעבר, אלא רק לעתיד, בכך שלא פסק פיצוי בגין רכישת רכב והחזקתו, ואף לא בגין דיור מיוחד. באשר לפיצוי בגין כאב וסבל נטען בסיכומים, כי יש לפסוק למשיב את כפל הסכום שפסק בית המשפט קמא (קרי 1,000,000 ש"ח). באשר לקיזוז התגמולים שהשתלמו וישתלמו למשיב מהמוסד לביטוח לאומי, נטען כי חוות הדעת האקטואריות שהוגשו לבית המשפט קמא מטעם המערערת הן חד צדדיות ומנופחות, וכי היה על בית המשפט למנות אקטואר מטעמו. בהקשר זה נטען כי אי הגשתה של חוות דעת נגדית מטעם המשיב נובע מחסרון כיס, ואינו אמור להוביל לקביעת ממצא עובדתי על פי חוות הדעת שהוגשו.

על מומחים בתיקי רשלנות רפואית

ט"ו. אפתח בהערה, כי תיק זה מדגים באופן שכמעט אין למעלה הימנו את מה שבעיני הוא כשל קשה בשיטה הנוהגת בתביעות מעין אלה, של חוות דעת רפואיות משני הצדדים. מבלי לפגוע באיש, אין בר דעת יכול שלא להתרשם בתיקים רבים, כי תוכן חוות הדעת קשור במזמין. בולט הפער בין חוות הדעת ש"במקרה" באו מטעם צד אחד, והתומכות בגישתו, אל מול אלה ש"במקרה" באו מטעם צד אחר והתומכות בגישתו. ועוד, האם וכיצד ניתן מניה וביה להידרש להתייחסותם הקוטבית של מומחים רפואיים לפרקטיקות במחלקות ליולדות? האם וכיצד ניתן מניה וביה להידרש לכך

שאף האבחנה באשר למחלה ממנה סובל המשיב אינה מוסכמת בין המומחים, מומחה המשיב מגדירה כדיפלגיה ספסטית ואילו מומחה המערערת מגדירה כפרפלגיה ספסטית? האם ניתן מניה וביה – בשכל הישר הפשוט והבהיר – לקבל שרופא אחד ישקיף על המשיב, רחמנא ליצלן, כמעט כשבר כלי, ואילו האחר יציג אותו כאדם מן היישוב הכשיר לעבודה במידה רבה מאד?

ט"ז. אתמהה. בכגון דא מתעורר רצון עז כמעט להתעלם מחוות הדעת, וזה לדידי מן המקרים שבהם היה מקום למינוי מומחה מטעם בית המשפט, לא כל שכן שעה שהמערערת הסכימה למינוי הרכב מומחים רפואיים בתחום המיילדות והגניקולוגיה, ששכר טרחתם יהא עליה. ואכן, בית המשפט מצוי בכגון דא במבוכה, דווקא מכיון שעסקינן בנושאים החופשים חדרי בטן, תרתי משמע, ונוגעים בנימים עמוקים של התנהגות מקצועית. אין תחום כמו הרפואה שבו מפקיד אדם את כל כולו בידי הרופא, תוך מתן אמון והישענות על ידע מקצועי שאינו נחלת המטופל. ובגלל אופיין של הסוגיות הנדונות מתחדד הקושי יותר מאשר בסוגיות בעלות אופי טכני, בהן מתנצחים ומתווכחים המומחים זה עם זה. חוות הדעת הרפואיות הנוגדות יוצרות את המבוכה.

י"ז. ר' משה חיים לוצאטו (המאה הי"ח) בספר המוסר הנודע מטילת ישרים (פרק ג', "חלקי הזהירות") מתאר מבוך (לבירינט) שהוא מכנהו "גן המבוכה":

"הוא הגן הנטוע לצחוק (למשחק – א"ר), הידוע אצל השרים, שהנטיעות עשויות כתלים כתלים, וביניהם שבילים רבים נבוכים ומעורבים, כולם דומים זה לזה, והתכלית בם הוא להגיע אל אכסדרה אחת שבאמצעם. ואמנם השבילים האלה מהם ישרים ומגיעים באמת אל האכסדרה, ומהם משגים את האדם ומרחיקים אותו ממנה. ואמנם ההולך בין השבילים הוא לא יוכל לראות ולדעת כלל אם הוא בשביל האמיתי או בכוזב, כי כולם שווים ואין הפרש ביניהם לעין הרואה אותם, אם לא שידע הדרך בבקיאות וטביעות עין שכבר נכנס בם והגיע אל התכלית שהוא האכסדרה. והנה העומד כבר על האכסדרה הוא רואה כל הדרכים לפניו ומבחין בין האמתיים והכוזבים, והוא יוכל להזהיר את ההולכים בם, לומר: זה הדרך לכו בו! והנה, מי שירצה להאמין לו, יגיע למקום המיועד. ומי שלא ירצה להאמין וירצה ללכת אחר עיניו, ודאי שישאר אובד ולא יגיע אליו."

בית המשפט משול למי שטרם הגיע אל האכסדרה, ועודו שרוי במבוכה. האכסדרה היא מקום ההכרעה. אך כדי להיות במצב של העומד על האכסדרה ורואה את כל הדרכים,

רצוי בכגון דא, בקוטביות שבין חוות הדעת, למנות מומחה/מומחים מטעם בית המשפט. לא בכדי אמרנו מומחה/מומחים, ונשוב לכך להלן.

י"ח. כאן המקום להזכיר, כי שני הסדרים נורמטיביים מרכזיים מסדירים מינוים של מומחים רפואיים מטעם בית המשפט בתביעות בגין נזקי גוף. האחד, פרק י"א לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן התקנות), מסדיר מינויו וחקירתו של מומחה מטעם בית המשפט והגשת חוות דעת מומחים מטעם הצדדים. נקודת המוצא על פי הסדר סטטוטורי זה היא, כי להוכחת ענין שברפואה חייב בעל דין לצרף חוות דעת מומחה, וכך יעשה גם הצד שכנגד המבקש לחלוק על טענת בעל דינו (תקנות 127-128); אולם בית המשפט רשאי למנות מומחה מטעמו בכל עת, גם ללא הסכמת הצדדים. תיקון מס' 3 לתקנות משנת 2005, אשר חולל בהן שינוי משמעותי, קבע כי לאחר מינויו של מומחה יחיד, לא יוגשו חוות דעת מומחים מטעם הצדדים שהסכימו למינוי, וכי המומחה לא יחקר אלא לבקשתו של צד מראש – וגם אז, בהיקף ובאופן שיקבע בית המשפט (תקנות 130, 130א; ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי, 236-237 (מהדורה עשירית, 2009), להלן גורן). ההסדר השני קבוע בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 (להלן חוק הפיצויים), ובתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים), תשמ"ז-1986. חוק הפיצויים קובע כנודע הסדר שונה מהקבוע בתקנות, לפיו כאשר מי מהצדדים מבקש להוכיח ענין שברפואה אין הוא מצרף חוות דעת רפואיות לכתבי טענותיו, אלא פונה לבית המשפט בבקשה להורות על מינוי מומחה רפואי להוכחת אותו ענין. בדברי ההסבר להצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון מס' 5), התשמ"ד-1984 (הצעות חוק תשמ"ד, 193), אשר הוסיפה את סעיף 6א לחוק, נכתב:

”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 להן. המצב כיום הוא בלתי נסבל, כאשר לפני בית המשפט הדין בתביעות פיצויים לנפגע בתאונת דרכים מובאות שתי חוות דעת רפואיות: אחת של התובע והשניה של חברת הביטוח, ולרוב אין מנוס מבקשת חוות דעת שלישית של מומחה שקבע בית המשפט. מצב זה גורם לסחבת ולבזבוז זמן משווע של משאבים ומוצע לבטלו”.

לא למותר לציין שעוד נכתב שם, כי ועדת המשנה לייעול ההליכים במשפטים אזרחיים בראשות השופט יעקב מלץ המליצה להחיל את ההסדר שהוכנס לתביעות בגין תאונות הדרכים על כלל תביעות הנזיקין.

י"ט. התחושה הכבדה היתה אולי ביסוד כללי האתיקה שפירסמה ההסתדרות הרפואית בישראל ב-2002 (ראו פרופ' אבינעם רכס "הרופא כעד מומחה" רפואה ומשפט 28 (מאי 2003)), שם נאמר בין השאר כי "רופא יסכים לשמש עד מומחה רק במקרה בו הוא מאמין כי יש יסוד מוצק בתלונת התובע או בעמדת הנתבעים" (סעיף ב), ונדרשת "חות דעת מקצועית, אמינה וחסרת פניות" (סעיף ד); ראו גם אבינעם רכס "יד ראשונה מרופא" עורך הדין 2, 107 (2009); אמנון סטרשנוב "ראיות מדעיות ועדויות מומחים בבית המשפט" רפואה ומשפט 25, 177 (ספר היובל, 2001); אברהם סהר "חות דעת רפואיות מנקודת מבט הרופא המומחה" רפואה ומשפט 27 (2002) 245; אברהם סהר דיני עדות מומחים 284 (2003), להלן סהר, דיני עדות מומחים.

כ. אכן, ההסדר בחוק הפיצויים למינוי מומחה מטעם בית המשפט, שהוגדר בראשיתו כנסינוני בלבד, הפך ברבות השנים להסדר של קבע. הסדר זה קצר ככלל שבחים על יעילותו, וכיום הוא בחינת מובן מאליו (ראו ע"א 2541/02 לנגר נ' יחזקאל, פ"ד נח(2) 583, 598, להלן ענין לנגר; ע"א 3212/03 נהרי נ' דולב חברה לביטוח בע"מ, פסקה 10 (לא פורסם, 24.11.05), להלן ענין נהרי; ע"א 504/90 בר זאב נ' מוחמד, פ"ד מד(2) 200, 203-204; ע"א 516/86 ארדט נ' אזולאי, פ"ד מ(4) 690, 702-703). ההלכה הפסוקה, שלא רוותה נחת מההסדר הקיים בתקנות, עודדה את השימוש בסמכות בית המשפט למנות מומחה מטעמו גם בתיקים שאינם של חוק הפיצויים – וראו דבריו של הנשיא זוסמן בבר"ע 212/76, אשר צוטטו בע"א 521/77 ברור נ' רשות הנמלים, פ"ד לב(1) 416, 419; הדברים נכתבו לגבי מינוי מומחה שאינו רפואי, אך יפים גם לענייננו:

"האמת ניתנת להיאמר כי שיטת המומחים המובאים על-ידי בעלי דין כנהוג בארץ, אינה יעילה, מרבה הוצאות ומאריכה את הדיונים. מומחה שהובא בידי בעל-דין נוטה בדרך הטבע לטובת שולחו... מוטב היה להמיר שיטה זו על-ידי מינוי מומחה (או מומחים) שבית-המשפט ימנה אותם, ושמלכתחילה אין להם כל זיקה לבעלי-הדין. סדר דין זה המקובל בארצות הקונטיננט הוכיח את עצמו, והוא יעיל וחסכוני יותר משיטתנו... [וכ]כל שהשופט ירבה לעשות כן, הרי זה משובח".

החרה החזיק אחריו השופט ג'ובראן בע"א 916/05 כדר נ' הרישנו (לא פורסם, 28.11.07), הרואה במומחה הרפואי מטעם בית המשפט תנא דמסייע לשופט בעניין שבמומחיותו הספציפית:

"בית משפט זה חזר והדגיש לא פעם את חשיבות מינויו של מומחה מטעם בית המשפט. המומחה הוא ידו הארוכה של בית המשפט. ישנה חשיבות רבה לעדות מומחה ממונה ניטרלי, ככלי מתווך בין עולם הרפואה לאולם בית המשפט ומאפשר לבית המשפט לקבל חוות דעת ברורה מטעמו שלו בנושאים הטעונים מומחיות, בבחינת 'אל נא תעזב אותנו... והיית לנו לעיניים' (במדבר, י, לא). המשנה אומרת 'אין מודדין אלא מן המומחה' (משנה עירובין, ה). רוצה לומר, כי מדידת התחום נעשית על ידי מומחה הבקי בתחום".

(עוד ראו ע"א 9418/04 צוות ברקוביץ מאגרי בניה בע"מ נ' דמארי, פסקה י"ב (לא פורסם, 9.4.06), להלן ענין דמארי; ענין נהרי, פסקה 11; ענין לנגר, שם; רע"א 7431/96 יפת השמש חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' אלוני, פ"ד נא(2) 574, 575).

כ"א. גם הועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל (1997) בראשות השופט (בדימוס) אור (להלן ועדת אור) המליצה לילך בדרך של מינוי מומחה מטעם בית המשפט בתביעות בגין רשלנות רפואית, תוך האחדת ההסדרים בתחום על פי המתוה של חוק הפיצויים, אשר נחשב בעיניה ראוי ויעיל יותר (ועדת אור, בע"מ 111-110). על ההסדר לפי חוק הפיצויים נאמר (שם), כי הוא נבנה על פי הניסיון,

"המלמד כי חוות דעת של מומחים מטעם הצדדים נוטות, בדרך כלל, לטובת הצד המזמין את חוות הדעת, לרוב מצריך הדבר, בלאו הכי, מינוי של מומחה מטעם בית המשפט. כך גם נמנעות הוצאות מיותרות על חוות דעת רפואית מטעם בעלי הדין".

ברוח דומה כתבו המחברים אורי גורן ועופר דרורי:

"בתובענות שבהן רשאים הצדדים להביא מומחים מטעמם... מונחות בפני בית-המשפט לפחות שתי חוות-דעת מומחים אשר הפער ביניהן הוא ניכר עד תהומי... התוצאה המעשית ברבים מן המקרים הינה, כי חוות-הדעת שמוגשות מטעם בעלי-הדין מציגות, מטבע הדברים, עמדה המתיישבת עם עמדת הצד אשר הזמין את חוות-הדעת, ועמדה זו היא על פי רוב קוטבית במסקנותיה ביחס לאמור בחוות-הדעת שמגיש המומחה מטעם הצד היריב" (אורי גורן ועופר דרורי "עדויות מומחים לאחר תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005: היבטים דיוניים ומהותיים" המשפט יב 167, 180 (ספר עדי אדר ז"ל, 2008)).

לכן מגיעים הכותבים למסקנה, כי מינויו של מומחה מטעם בית המשפט הריהו פעמים רבות הכרח בל-יגונה, המסייע הן לבית המשפט הן לצדדים להגיע לפתרון הסכסוך באופן יעיל יותר (ראו גם גורן, בעמ' 236). עוד ראו רשימתו של פרופ' מרק גלזרמן, מנהל בית החולים לנשים במרכז הרפואי "רבין", שכותרתה "איך מתגוננים הרופאים מתביעות רשלנות רפואית" (הארץ 19.10.08); בין השאר מכנה פרופ' גלזרמן את "העד המומחה" הרפואי במונח "כלי בעייתי ביותר", וכה דבריו:

"בדרך כלל העד המומחה הוא רופא מנוסה ובעל מוניטין, היכול ומוכן להתפנות מעיסוקיו ולחוות את דעתו המקצועית. רק על בסיס חוות דעת מלומדת, מנומקת והוגנת, אפשר להמציא לשופט את המידע הנדרש. רוב המומחים המשמשים עדים מומחים עושים את מלאכתם ביושר. אבל למרבה הצער חלקם, וביניהם רופאים בכירים שיצאו לגמלאות והתפנו מעשייה קלינית, מוצאים מקור פרנסה חדש במתן חוות דעת לכל המרבה במחיר, כשכירי חרב. תובע ונתבע בוחרים בשוק נותני חוות הדעת את המתאים להם ביותר, והכרעתו של בית המשפט תתבסס על חוות הדעת שתונח לפניו".

הרשימה עוסקת גם ברשומות הרפואיות והבעייתיות הכרוכה בהן בנסיבות דהאידינא, ובהחלטות לביצוע פעולות רפואיות שחלקן ננקטות בגדרי "רפואה מתגוננת" (וכיום לדידו "רפואה מבוהלת") ו"אווירה מדיקו-ליגלית". לשיטתו בהקשר המומחים:

"קודם כל, יש להשיב לרופאים את האמון במערכת המשפט. יש להפסיק לאלתר את השימוש במחברי חוות דעת רפואיות 'מטעם'. על בתי משפט לאשר רשימות של מומחים שמעמדם, הידע והמוניטין שצברו, הוכרו על ידי החברות המקצועיות המתאימות ועל ידי הוועדה האתית של ההסתדרות הרפואית. מתוך רשימה זאת ייבחרו שלושה מומחים, וחוות דעתם תהיה מבוססת על קווים מנחים מוסכמים".

המחבר נדרש גם לצורך בשופטים בעלי ידע בתחום זה, לקציבת זמן לבירור המשפטי למניעת עינוי דין, ולהגבלת גובה שכר טרחה, וגם לאימוץ שיטה של הפרדה בין רשלנות רפואית לשאלת הפיצוי.

כ"ב. מנגד, הועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי (1999), בראשות השופט ד"ר גבריאל קלינג (להלן ועדת קלינג), סברה כי מינויו של מומחה מטעם בית המשפט אינו רצוי וביקשה שלא לאמץ את מסקנות ועדת אור:

”הפקדת ההחלטה בידי מומחה או מינויו 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 הרקע להכרעתו ויהיה נתון לביקורת שיפוטית. הפקדת ההכרעה בידי המומחה עלולה להביא לעיוות דין” (ועדת קלינג, בעמ' 55).

בדומה סבור פרופ' ד' מור, כי הדגם של חוק הפיצויים אינו מתאים לתביעות בגין רשלנות רפואית, משום הקושי בהפקדת ההכרעה בשאלות של התרשלות וקשר סיבתי, המערבות שאלות של חוק ורפואה ותלויות באסכולה הרפואית של המומחה, בידי מומחה רפואי יחיד. לדידו יש להגביל מינוי מומחים בשאלת האחריות למקרים יוצאי דופן (דניאל מור ”מינוי מומחים רפואיים מטעם בית המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות”, בעמ' 28 (לא פורסם, להלן מור)). גם עו”ד יונתן דייזיס ופרופ' אברהם סהר, במאמרם ”חוות דעת מומחים רפואיים בתביעות רשלנות רפואית” רפואה ומשפט 27, 130 (2002) סברו, כמותם כפורום הנזיקין בלשכת עורכי הדין (המלצות מ-2.6.02), כי ככלל אין תחום הרשלנות הרפואית מתאים למינוי מומחים רפואיים, וחרף הסמכות בתקנה 130 אין למנות מומחה מטעם בית המשפט אלא בהסכמת הצדדים ולאחר שמיעת מומחיהם.

כ”ג. עם זאת, לא למותר לציין, כי ועדת קלינג לא שללה מכל וכל את האפשרות למינוי מומחה מטעם בית המשפט, אלא צימצמה אותה למקרים שבנסיבותיהם מצויה בכך תועלת מיוחדת, וזאת גם מתוך התפיסה, כי העמדת המומחה לחקירה נגדית מפחיתה במידה ניכרת את החשש הכרוך בו. ואכן, הוראת סעיף 26(א) לפקודת הראיות קובעת, שבכוחו של בית המשפט ”לצוות כי מומחה או רופא... ייחקרו בבית המשפט, ובית המשפט ייעתר לבקשתו של בעל דין לצוות על כך”. ועוד, על פי לשונן של תקנות 130 ו-130א, בהתאם לתיקון מס' 3, חלות הן גם על מינוי מומחים רפואיים, וניתן לראות בהן מעין שביל הזהב שבין התפיסות השונות באשר למומחים. כמעט למען הקוריוז ההיסטורי יצוין, כי בעבר נאסר בתקנות מינוי מומחים רפואיים מטעם בית המשפט (תקנה 181(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ”ג-1963; ע”א 437/73 עאיק (קטינה) נ' רוזמרין, פ”ד כט(2) 225). כיום, תקנה 130(ב) לתקנות אינה סותרת את העיקרון שבסעיף 26(א) לפקודת הראיות, אך מוסיפה, כי עם מינויו של מומחה מטעם בית המשפט – לא ייחקרו המומחים מטעם בעלי הדין, אלא אם הודיעו על כך מראש, וכי החקירה תיעשה ”באופן ובהיקף כפי שיקבע בית המשפט בהתחשב בנסיבות הענין, ובשים לב לחוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט ולעדויותו” (ליחס בין הוראות

אלו ראו גורן, בעמ' 236). כפי שמציינים גורן ודרורי, שם, יש בכך משום צמצום באוטונומיה של בעלי הדין (עמ' 187), אך לדעתם אין בכך כדי לפגוע בזכות להליך נאות (עמ' 189). על האיזון בין מעמדו המיוחד של מומחה מטעם בית המשפט, לבין זכות הצדדים לחקור אותו, עמד הנשיא שמגר בע"א 323/85 מדינת ישראל נ' מזרחי, פ"ד לט(4) 185, 189:

"מינויו מטעם בית המשפט של מומחה מוסכם על הצדדים הוא נוהג רצוי, שיש לעודדו... כפועל יוצא ממינויו של המומחה אין הצדדים צריכים להביא ראיות נוספות ולחקור עדים, ובכך שכרם; מאידך גיסא, מוגבלת, כמובן, יכולתם לערער על מסקנות המומחה. הצדדים רשאים לחקור את העד המומחה (אלא אם כן הסכימו במפורש שלא לערער על חוות הדעת...). עקב ההגבלה על יכולתם של הצדדים להביא ראיות נוספות מצטמ[צ]מת ממילא יכולתם לשכנע את בית המשפט בטעותו של המומחה, והיא מתמקדת בעיקר בטענות עיוניות לגבי נכונות מסקנותיו. טענות אלו חייבות למצוא ביטויין בחקירתו של העד, כי זו שיטת המבחן של הראציונאליות של מסקנותיו".

כ"ד. מכל מקום יש לזכור, למען השלמת התמונה, כי מושרשת ההלכה לפיה אין בית המשפט מתפרק מסמכות ההכרעה שעה שמוגשת לו חוות דעת מומחה, וכי הוא הפוסק האחרון בשאלות הרפואיות במחלוקת (ראו ענין נהרי, פסקה 6; ענין לנגר, בעמ' 588; ע"א 7617/07 יומה נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 5 (לא פורסם, 12.10.08); סהר, דיני עדות מומחים, בעמ' 300). הלכה זו מפיגה – לכל הדעות – במידה משמעותית את החשש המדובר באשר למינוי המומחה מטעם בית המשפט.

כ"ה. באשר לקביעת אחוזי נכות בתביעות בגין רשלנות רפואית, שאלת מינויו של מומחה מטעם בית המשפט אינה שנויה במחלוקת, וגם מור, למשל, מבחין בינו לבין מינוי באשר לשאלת האחריות, ממנו הוא מסתייג (ראו סוף פרק ד' במאמרו; להבחנה במשפט העברי בין אחריות לנזק ראו בבלי בבא קמא צ"א, א'; רמב"ם חובל ומזיק א', י"ח; שולחן ערוך חושן משפט ת"כ, כ"ח). הנוהג הוא, כי במקרים בהם קיים פער הגדול מ-10% בין קביעות המומחים בדבר אחוזי נכותו הצמיתה של הנפגע, קיימת עילה למינוי מומחה (ראו עדי אזור ואילנה נירנברג רשלנות רפואית 451 (מהדורה שנייה, 2000), להלן אזור ונירנברג; להצעה לשינוי התשתית הנורמטיבית בכל הנוגע למינוי מומחים לקביעת אחוזי נכות, והקמת מנגנון רפואי אחד ואחיד, ראו ועדת אור, בעמ' 112). עמד על צורך זה השופט עציוני בע"א 521/77 ברוור נ' רשות הנמלים, פ"ד לב(1) 416, 418-419:

“לעתים מוצא השופט את עצמו בין שתי דעות קיצוניות: רופא אחד קובע שלנתבע נגרמה נכות של 50% ואילו הרופא השני קובע לו 0 אחוז... אחת הדרכים היעילות לקצר את הדיון היא למנוע הבאת עדות רפואית מטעם הצדדים... ככל שירבה השופט להשתמש בסמכותו למינוי מומחים, כן ייטב”.

יצוין כאן, כי ענייננו שלנו מוכיח את הבעייתיות. הפער בין קביעות המומחים היה משמעותי מאוד: המומחה מטעם המשיב העריך את דרגת נכותו הרפואית של המשיב ב-84% נכות, המשקללים אחוזי נכות בגין הפרעה נוירולוגית, פיגור שכלי וקשיי הסתגלות חברתיים. לעומתו מומחה המערערת הציג תמונה שונה בתכלית – 50% נכות נוירולוגית. לא מונה מומחה שלישי, חרף הסכמתו של בא כוח המשיב.

כ"ו. אשר לשאלת עיתויו של המינוי. כאמור, לפי ההסדר בחוק הפיצויים יבקש התובע מבית המשפט כבר בכתב התביעה, למנות מומחה רפואי, ולא יגיש חוות דעת של מומחה רפואי מטעמו. לעומת זאת לפי ההסדר בתקנות, החל בנדון דידן, המומחה הרפואי מטעם בית המשפט יכול שימונה בכל עת, ואף טרם המציאו הצדדים חוות דעת מטעמם (ראו גורן, בעמ' 237, הסובר כי מינוי מומחה בשלב קדם משפט הוא רצוי). עוד נקבע, כי גם אין טעם לפגם במינוי מומחה בשלבים מאוחרים של ההתדיינות (ראו ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936, 943; ע"א 5664/98 קאושנסקי נ' מלול, פסקה 4 (לא פורסם, 14.8.00)), ויש אף המתנגדים למינוי מומחה עובר לשמיעת הראיות בתיק (ראו רע"א 473/87 שמיר חברה לביטוח בע"מ נ' אבולג'ען (לא פורסם, 7.3.88); מור, פרק ז', הסבור כי העיתוי, במקרים יוצאי הדופן שבהם ימונה מומחה, צריך להיות כזה שבו יוכל המומחה להתייחס, לאחר הסכמה או קביעה שיפוטית, לתשתית עובדתית מוגדרת). יטען הטוען, כי במינוי כה מאוחר יצא שכר ייעול הדיון בהפסדו, שכן בית המשפט יידרש להכריע בין שלוש חוות דעת, והצדדים ישאו בנטל שכרו של מומחה נוסף. ואכן, מבלי לטעת מסמרות, הגישה המקובלת היא כי מומחה מטעם בית המשפט ימונה רק מקום בו קיים פער של ממש בין חוות דעת מבוססות ומנומקות מטעם מומחי הצדדים, וכל מקרה ייבחן לגופו (ראו אזר ונירנברג, בעמ' 451).

כ"ז. אשוב ואומר דעתי בשאלת המומחים: מסופקני אם יש שופט הדן בתיקי רשלנות רפואית שלא חלפה בו מחשבת כפירה באשר למומחים רפואיים הנשכרים על-ידי הצדדים, ובלא לפגוע בפלוני או אלמוני אישית בתיק זה או אחר, הריהם לא אחת שכירי חוות דעת; ומכל מקום על בית המשפט להציב "מקדם חשדנות" – מבלי לפגוע

– באשר לחוות הדעת, אך יכולתו לבור את הבר מן התבן מוגבלת. האופציה במצב הקיים היא מינוי מומחה או מומחים מטעם בית המשפט, ולטעמי צריך שיתמנו לעניין זה אך מומחים שאינם נותנים חוות דעת פרטיות. ובמבט כולל יותר, אכן שאלה מורכבת היא איזה הסדר למינוי מומחים רפואיים ראוי שיוחל בתביעות בגין רשלנות רפואית מלכתחילה, לא רק בדיעבד – בהתאם לתקנות סדר הדין האזרחי. המתווה היעיל שנחקק בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים הותאם למשטר האחריות המוחלטת שנקבע בחוק. לדידי ראוי לשוב ולעיין בו גם לענין רשלנות רפואית, אולי מתוך מחשבה בדבר יותר ממומחה אחד, כדי להפיג את "חשש האסכולות", או מינוי מומחים בהסכמה (רע"א 7843/00 בר ישי נ' איתן, פסקה 7 (לא פורסם, 6.3.01)).

כ"ח. מכל מקום, בנסיבות המקרה דנא של חוות דעת קוטביות, דומה כי הדרך הראויה היא מינוי מומחה או מומחים מטעם בית המשפט. והנה בהחלטתו מיום 31.10.03 דחה בית המשפט את בקשת המערערת למנות מומחה מטעמו. זאת, לאחר שהצעת בית המשפט, שנדחתה על ידי המשיב, היתה כי לא יהיו תגובות על עדות המומחים מטעם הצדדים, ומסקנות מומחי בית המשפט יכריעו. המשיב התנגד נחרצות למינוי כזה, בעיקר משום חששו כי מומחה שחוות דעתו תהא מכרעת בסוגיית הקשר הסיבתי בין אירועי הלידה לשיתוק המוחין, יכול שישתייך לאסכולה השוללת קשר סיבתי, ויגרום בכך עיוות דין לנפגע. עם זאת, לעניין קביעת אחוזי הנכות הסכים המשיב כאמור למינוי מומחה. אך גם בנקודה זו לא מונה מומחה מטעם בית המשפט. בנסיבות של העדר הסכמה, ויתר בית המשפט על מינוי מומחה מטעמו, ולדעתי יש להצר על כך. נראה כי בפער שבין חוות הדעת, לרבות עצם האבחנה של מחלת המשיב, נדרש מינוי כזה, ולכך אשוב בהמשך.

תביעה ערב ההתיישנות

כ"ט. התביעה דנא הוגשה, כאמור, ערב ההתיישנות, ומדובר בעשרים וחמש שנים לאחר מעשה, לא פחות, דבר היוצר בעליל קשיים למערערת, במיוחד בשאלת האחריות: כיצד ניתן לצפות ברצינות שהמערערת תעמיד עדים אשר יזכרו את המאורעות הקשורים בלידה, אף אם עדיין זמין לעדות (במקרה, אולי) חלק מאנשי הצוות הרפואי מקדם, כפי שגם היה בפועל. ואולם, דבר זה לגיטימי כפי המצב החוקי, הבעייתי, כיום. לא בכדי מוצע בהצעת חוק ההתיישנות, תשס"ד-2004 (הצעות חוק תשס"ד, 610), המצויה כיום בהליכי חקיקה בפני הכנסת, להעמיד את תקופת התיישנות תביעות של קטין על שבע שנים, אך לא יותר מארבע שנים מיום שהפך לבגיר (סעיף

6). כאמור, על פי הדין לא היתה מניעה להגשת התביעה, ואיני רואה מקום להידרש לשיהוי.

הכרעה

ל. באשר לתוצאה האופרטיבית, התלבטתי מאוד כאמור בתיק זה, והפכתי לא אחת בדעתי. בסופו של יום, החלטתי להציע לחברי כי התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי, כדי שיכריע בשאלת הקשר הסיבתי, לאחר מינוי מומחה או מומחים מטעם בית המשפט. שאלת הקשר הסיבתי מתחלקת לשנים: (1) קביעת המחלה ממנה סובל המשיב; (2) הכרעה האם קיים קשר סיבתי בין מחלה זו לאירועי הלידה. כמובן שלהכרעה בשאלת סוג המחלה יכולה להיות השלכה גם בסוגיית קיצור תוחלת החיים. מינוי מומחה או מומחים מטעמו של בית המשפט (שהמערערת הסכימה לממנם – ראו בין השאר סיכומיה בבית משפט זה, פסקה 58) נדרש נוכח הפער הגדול שבין עמדות המומחים מטעם הצדדים, הן – בין השאר – לגבי הקשר הסיבתי, הן לגבי האבחנה (אפילו היא) והן לגבי הנזק. שאלות שבהן לא יעסוק בית המשפט מחדש הן: (1) שאלת קיומה של רשלנות – בעניינה (כפי שיפורט להלן) אין מקום להתערב בקביעות הערכאה הראשונה; (2) שאלת קיומה של מצוקה עוברית שניתן היה לקצרה אילו היתה מאובחנת בזמן – מאותו הטעם; (3) שאלת גובה הנזק בעיקרה – שדי נתונים עומדים בפנינו כדי להכריע בה כאן, וזאת כמובן בכפוף להכרעה בשאלת הקשר הסיבתי ובכפוף להכרעה בדבר האבחנה, שהיא רלבנטית לגבי קיצור תוחלת החיים ורכיבי העתיד.

ל"א. אוסיף, כי התלבטתי במיוחד כיון שמשמעות הדבר היא התארכות המשפט עוד, והדבר אינו משמח משום בחינה. אך נראה לי כי בנסיבות שבהן הוגשה התביעה ערב תקופת ההתישנות, כך שהמשיב עצמו המתין זמן רב, ונוכח הפערים בנושאים מהותיים, אין מנוס מהחזרה. ער אני לכך שהמדובר בהחזרה למותב חדש, שכן השופט קמא פרש לגימלאות, אולם אוכל רק לומר, כי המתחם המוצע לדיון מחודש הוא חלקי, כאמור. אדגיש: אין מקום להעדת עדים לעניין ההתרחשויות במהלך הלידה, כפי שיפורט להלן, אלא אך ורק מומחה או מומחים שימונו באשר לקשר הסיבתי ולאבחנה. אמרנו מומחה או מומחים, כדי להפיס דעת המשיב באשר לחששו, והדבר נתון לבית המשפט המחוזי לאחר שמיעת הצדדים.

התרשלות

ל"ב. בשאלת ההתרשלות קבע בית המשפט קמא, כי בנסיבות משמעות אי רישומן של הבדיקות בשלב השני של הלידה היא שהללו לא נערכו. דופק העובר לא נבדק כנקבע במשך השלב השני ללידה, בין 18:00 ל-19:00. בעוד פרופ' שנקר מצד המשיב טען כי יש לעקוב אחר הדופק בשלב השני בלידה ראשונה מדי 10 דקות, חלק מעדי המערערת (למשל פרופ' אינסלר, עמ' 71) אמרו כי בשלב השני היה נהוג בתקופה הרלבנטית לבדוק אך לא לרשום, או לרשום רק ממצאים חריגים. בית המשפט דחה טענה אחרונה זו, בין היתר כיון שבדיקות אחרות נרשמו, וקבע כי טענת המערערת לא הוכחה כדבעי. משנקבע כי לא נעשה ניטור כראוי – ומוסכם על הצדדים כי היתה חובת ניטור – הוכח קיומה של התרשלות. לא נחזור לכך, ואיננו נעתרים לערעור בנקודה זו.

קשר סיבתי – שאלות מקדימות

ל"ג. השאלה הבאה הטעונה הכרעה היא, האם קיים קשר סיבתי בין התרשלות המערערת לבין מצבו הרפואי של המשיב. כאמור, מסקנתי היא כי שאלה זו טעונה מינוי מומחים. בטרם אנמק מסקנה זו, נידרש לשאלות נוספות אחדות בגדרי קשר סיבתי, שעלו בפנינו: האחת – אילו בדק הצוות הרפואי את דופק העובר בשלב השני, האם הייתה מתגלית מצוקה עוברית; השנייה – בהנחה שניתן היה לאבחן את המצוקה, הניתן היה לקצר את משכה באמצעות ניתוח קיסרי, ובכך למנוע את הנזק לעובר או לצמצמו.

(1) האם הוכח קיומה של מצוקה עוברית?

ל"ד. ראשית, כיון שאי רישומו של ניטור הדופק פגע באפשרות לברר מה אירע בעת הלידה, עלינו לפנות לדוקטרינת הנזק הראייתית, המעבירה לכתפי הנתבעת את נטל השכנוע לגבי העובדות העלומות בשל רשלנותה (ראו ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709; ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו (לא פורסם, 21.02.01); ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר, פ"ד נא(4) 687; ע"א 754/05 לבנה לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פסקאות 7-8 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (לא פורסם, 5.6.07)).

ל"ה. על בית המשפט היה להכריע בשאלה האם עמדה המערערת בנטל ההוכחה כי מצוקה עוברית לא התרחשה כטענתה בעת הלידה (ליתר דיוק, בשלב השני של הלידה), חרף רישום אבחנת "אספיקציה" בגיליון? בעניין זה קבע בית המשפט, כי מדד האפגר הנמוך מחזק את המסקנה שתשניק אכן התקיים, וכי המערערת לא הרימה את הנטל

המוטל עליה. כאמור, כדי לשלול קיומו של תשניק, הסתמכה המערערת על התאוששותו המהירה של המשיב בין הדקה הראשונה ללידה (אז עמד ציון האפגר שלו על 4) לבין הדקה העשירית ללידתו (אז עמד ציון האפגר על 8). האם ציון אפגר כזה עשוי להעיד על קיומו של תשניק? במסמכים עליהם נשענת המערערת נתגלו סתירות רבות, בדיוק ביחס לנתונים מכריעים אלה. כך ביחס לציון שניתן בדקה הראשונה לאחר הלידה (הציון 4 נרשם על גבי ספרות אחרות – 3 או 5), וכך ביחס למועד בדיקת האפגר השנייה (בגליון היונק, הוא הגליון האותנטי ביותר, צוין כי בדקה העשירית ניתן ציון אפגר 8, למרות שרישום שעת הבדיקה על הגליון מוכיח, כי זו נערכה רק כעבור עשרים דקות מהלידה). נתגלו גם סתירות נוספות.

ל"ו. מסתבר איפוא קיומו של נזק ראייתי נוסף, בסוגיית קצב ההתאוששות, המצדיק את העברת נטל השכנוע אל כתפי המערערת (ראו גם ע"א 6696/00 בית החולים המרכזי עפולה נ' פינטו, פסקאות 13-14 לפסק-דינו של השופט – כתארו אז – ריבלין (לא פורסם, 2.9.02)). הלכה פסוקה היא, כי סתירות ברישום יש לזקוף לחובת האחראים לביצועו, וכי יש להעדיף את הנתון העובדתי הנוח לניזוק, כפי שקבע גם בית המשפט קמא (ראו ע"א 7705/98 המרכז הרפואי סורוקה נ' כהן, פ"ד נה(5) 913, 925; ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680, 688-689; וראו גם ע"א 291/06 פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (לא פורסם, 28.10.08)). לפיכך אין מקום להתערב בקביעה, כי לא הוכח שהתאוששות המשיב היתה מהירה, וכי מדד האפגר הנמוך – אשר לא נבדק שוב עד לדקה העשרים, הגם שהיה צריך להיבדק ולהירשם בגליון היונק על פי הנוהל הרפואי – עשוי להוות אינדיקציה לכך; יתר על כן, יתכן שהוא מהווה אינדיקציה לקיומו של תשניק. מכאן שהמערערת לא עמדה בנטל המוטל עליה לשלול קיומו של תשניק, ויש להסיק כי תשניק כזה אכן היה מנת חלקו של המשיב בעת לידתו.

(2) ואילו אובחנה המצוקה במועד?

ל"ז. אשר לשאלה הנוגעת לאפשרות של קיצור משך המצוקה. בעניין זה טענה המערערת, כי איתור המצוקה העוברית וביצועו של ניתוח קיסרי כדי לסיימה מוקדם יותר, לא היו מועילים, משום שההכנה לקראת הניתוח עצמה ועריכתו כרוכות בזמן ממושך, והמשיב היה נולד ממילא באותו זמן בו נולד בלידה רגילה. בית המשפט דחה טענה זו. נקבע, כי היא נעדרת בסיס עובדתי בחומר הראיות. אכן, בהקשר זה נטל ההוכחה מוטל על כתפי המשיב – ולא חלה דוקטרינת הנזק הראייתי (לסקירת הפסיקה הנוגעת לקביעת היקפו ומהותו של הנטל המועבר, ראו ע"א 8151/98 שטרנברג נ')

צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 551-552), אך לא נמצאה לנו עילה להתערבות בקביעת בית המשפט קמא, והרי ככלל ערכאת הערעור אינה מתערבת בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית אשר נעשו על סמך הערכה ישירה של הראיות, למעט מקרים חריגים – שאין עניין זה בכללם (ע"א 11512/04 קרניל חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' גב ים חברה לקרקעות בע"מ, פסקה 11 לפסק דינו של השופט לוי (לא פורסם, 16.11.06); ע"א 4744/05 פלונית נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 9.8.06) והאסמכתאות דשם).

קשר סיבתי – האם גרם התשניק למצבו הרפואי של המשיב?

ל"ח. משסרו העניינים הללו מדרכנו, נותרה לפתחנו ליבתה של שאלת הקשר הסיבתי – האם התשניק הוא אשר גרם לתסמונת ממנה סובל המשיב? ומהי מחלתו של המשיב? באלה, כאמור, מוצעת החזרת הדיון. בית המשפט קמא התיחס לתיזה הרפואית של ד"ר לרמן, המומחה מטעם המשיב, אשר גרס שניים. ראשית, כי המשיב חוה תשניק בינוני, אשר גורם על פי עוצמתו היחסית, לנזק נוירולוגי בינוני, והוא לשיטתו שיתוק מוחין קל ממנו הוא סובל כיום, המאובחן כדיפלגיה ספסטית. לאבחנה זו הגיע גם בשל העובדה, כי לא נטענו ולא הוכחו סיבות ידועות אחרות לנזק המוחי של המשיב. בית המשפט קיבל עקרונית את אפשרות היחס בין התשניק לנזק, שאמנם אין לה תימוכין חזקים בספרות הרפואית אך היא גם אינה נשללת על ידיה, אולם דחה את האבחנה, כי המשיב סובל מדיפלגיה ספסטית. בנקודה זו, העדיף את חוות דעתו של ד"ר וייץ, המומחה מטעם המערער, כי המשיב סובל מהפרעה נוירולוגית המכונה פרפלגיה ספסטית, שאינה שיתוק מוחין. בעשותו כן, היה בית המשפט מודע לעובדה, שעל פי הספרות הרפואית, פרפלגיה ספסטית אינה מוכרת כתולדה של תשניק, אולם סבר, בהסתמכו על אפשרות היחס בין עצמת התשניק לנזק, כי התשניק הקל שחווה המשיב יש בו כדי להסב נזק נוירולוגי קל, מסוג פרפלגיה ספסטית.

ל"ט. דעת שני הצדדים בערעור אינה נוחה מקביעה זו. שניהם מסכימים, כי אין קשר בין תשניק סב לידתי לבין פרפלגיה ספסטית. אלא שבהקשר זה סומכת המערערת ידיה על קביעת בית המשפט שהמשיב סובל מפרפלגיה ספסטית – ומכך מבקשת היא להסיק שאין קשר בין מהלך הלידה לנזק שהופיע בגיל 12; ואילו המשיב שב וטוען, כי הוא סובל מדיפלגיה ספסטית, כפי שאובחן על ידי מומחים רפואיים עובר להגשת התביעה ולפי אבחנתו של ד"ר לרמן. כזכור, בין דיפלגיה ספסטית לבין תשניק מוכר בספרות קשר סיבתי.

מ. אמרנו מעלה, בהמשך לקביעתו של בית המשפט קמא, כי המשיב חוה תשניק בעת לידתו. השאלה הנשאלת היא מה המחלה ממנה סובל המשיב והיש קשר סיבתי בין התשניק לבינה.

מ"א. כלל ידוע הוא, כי אין בית-משפט כבול לחוות דעתם של מומחים. רשאי הוא להעדיף חוות דעת אחת על פני רעותה, ואף לבחור חלקים אלה ולא אחרים מתוך חוות דעתם של מספר מומחים (ראו ע"א 6581/98 זאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 1, 10, להלן עניין זאבי). בענייננו, אימץ בית המשפט קמא את חלקה האחד של חוות דעתו של ד"ר לרמן, ודחה את חלקה השני ובה בעת אימץ את חלקה האחד של חוות דעתו של ד"ר וייץ ודחה את חלקה האחר. חוששני כי בנסיבות, תוצאתו של מעשה מרכבה זה, היא יצירה אשר לא נמצא לה ביסוס אף לא באחת מחוות הדעת שהוגשו לבית המשפט, ושאינה פוסעת בדרך המלך של הספרות הרפואית. והנה, אימוץ אבחנתו של ד"ר וייץ, כי המשיב אינו סובל משיתוק מוחין, תומך במסקנתו כי אין קשר סיבתי בין התשניק לבין מצבו של המשיב. באותו אופן, אימוץ אבחנתו של ד"ר לרמן, כי קיים קשר סיבתי בין התשניק לנזק, תומך במסקנה, כי נזקו של המשיב הוא שיתוק מוחין, שאין בצידו קיצור תוחלת חיים. נותרנו במבוכה.

מ"ב. כאמור, מן המפורסמות הוא, כי בית משפט זה לא יתערב בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים. ביתר שאת תקף כלל זה בכל הנוגע לממצאים שנקבעו בהתבסס על חוות דעת מומחים (ראו ע"א 4445/90 עמיגור (ניהול נכסים) בע"מ נ' מאיוסט, פסקה 4 לפסק דינו של השופט זמיר (לא פורסם, 17.4.94); ע"א 11587/05 פרידמן נ' עיריית חיפה, פסקה 15 לפסק דינו של השופט דנציגר (לא פורסם, 23.3.08); ענין זאבי, בעמ' 10; ע"א 6768/01 רגב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 625, 631; ענין דמארי והערתה של השופטת נאור שם). אך בנדון דידן, נוכח הדילמות שהוצגו מעלה, החלטת בית המשפט קמא מצדיקה כאמור בחינה מחדש, כאמור בפסקאות ל'-ל"א מעלה.

מ"ג. מתייתר הצורך לדון בערכאתנו בבקשת המשיב מיום 4.5.08 להוספת ראייה, והיא מאמר רפואי בדבר הקשר בין תשניק סב-לידתי לבין דיפלגיה ספסטית, וכן בקשתו השניה להוספת ראיות, מיום 6.10.08, אליה הוא מצרף מחקר שהתפרסם זה עתה, השב ופורש נתונים רפואיים בדבר הקשר הסיבתי בין תשניק לשיתוק מוחין. בית המשפט המחוזי ידון בכך.

מ"ד. נציין (ונכון יהיה שהדבר יובא לידיעת המומחה או המומחים שימונו), כי דרך התנהלותו של המשיב במקרה דנא לא היתה פשוטה. בבדיקה רפואית שנערכה לו בשנת 1994, טען המשיב בפני המוסד לביטוח לאומי, כי חלה הרעה במצבו ובהתאם נקבע בחוות הדעת הרפואית כי מצבו הוחמר לעומת הבדיקה הקודמת. עתה טוען המשיב – כאמור – כי הוא סובל משיתוק מוחין, שהוא מצב סטטי שאין החמרה בצידו. בע"א Exin-Lines Bros. S.A. 'J Interlego A/S 513/89, פ"ד מח(4) 133 (להלן עניין Interlego), קבעה השופטת דורנר:

"בעל-דין שטען טענה בהליך אחד וטענתו התקבלה, מושתק מלהתכחש לטענתו גם בהליך נגד יריב אחר (שבעניינו לא נוצר מעשה-בית-דין) ולטעון טענה הפוכה" (עמ' 194).

שאלה היא האם חל השתק שיפוטי גם על טענות שהועלו בהליכים בפני גופים מינהליים ומעין שיפוטיים (המשפט האמריקאי ענה על כך בחיוב – ראו עניין Interlego, בעמ' 196-197). מבלי לקבוע מסמרות בשאלה זו נציין, כי בע"א 594/80 אליאב נ' "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"ד לו(3) 543, 551, קבע הנשיא י' כהן, בהסכמת מ"מ הנשיא – כתארו אז – שמגר, כי התובע, אשר קצין התגמולים קיבל טענתו כי נפגע עקב שירותו הצבאי, מנוע מהעלאת טענה הפוכה בתביעה נגד חברת הביטוח, כדי לזכות בכספי הפוליסה הפוטרת את חברת הביטוח מתשלום במקרה של פגיעה עקב שירות צבאי (להלכת ההשתק השיפוטי ומיקומה בהקשר הרחב של תום לב, ראו רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625, 632-635, 637). דומה, אם כן, כי סימן שאלה מרחף על טענותיו הסותרות של המשיב. ואולם, בסופו של דבר עסקינן בשאלה רפואית – וזו תיבחן במסגרת ההליך כאמור.

מ"ה. סוף דבר בשאלת האחריות, נעדרים אנו חלקית לערעורים, במובן זה שהתיק יושב לבית המשפט המחוזי לעניין הקשר הסיבתי והאבחנה בלבד, תוך מינוי מומחה או מומחים מטעם בית המשפט, שכמובן יחקרו על-ידי הצדדים לפי הנחוי.

פיצויים

מ"ו. כאמור, אדרש לגובה הנזק כדי לחסוך התדיינות, בכפוף לקביעת אחריות ובכפוף לעניין קיצור תוחלת החיים באשר לאבחנה. כזכור, פסק בית המשפט קמא

פיצויים בסך 3,022,769 ש"ח, מהם הפחית את שערך הגמלאות שקיבל ויקבל המשיב בעבור קצבת נכות כללית וקצבת ניידות, בסך 1,505,811 ש"ח.

מ"ז. באשר לנכות הרפואית, קביעתה המדויקת תלויה באבחנה. בית המשפט קמא קיבל את עמדתו של המומחה מטעם המערער ד"ר וייץ, שקבע למשיב 50% נכות. בכך נדחתה גישתו של ד"ר לרמן, המומחה הרפואי מטעם המשיב, כי הלה סובל מ-60% נכות בגין "דיפלגיה ספסטית קלה". בקביעת אחוזי נכות אלו הסתמך ד"ר לרמן, כעולה מחוות דעתו, על סעיף 29(3)(א) לתוספת לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז-1956. דא עקא, הוראת הסעיף קובעת שיעורי נכות אלה בגין קוודרופלגיה קלה, שאין חולק כי אין המשיב סובל הימנה; על כן על פניה נראית הנכות הרפואית של 50% כמוצדקת. באשר לשיעורי הנכות שקבע ד"ר לרמן בגין פיגור שכלי (20%) ובגין קשיי הסתגלות חברתית (50%), נקבע כי לא הונחה "תשתית ראייתית מספקת, לא מבחינת דיותה ולא מבחינת משקלה, להוכחת הטענה"; לאחר עיון בכל החומר, איני רואה הצדקה להתערב ברכיבים אלה. כאמור, הצורך בקביעת האבחנה המדויקת נדרש לעניין קיצור תוחלת החיים, אך אין לכך לדעתי השלכה בסוגיית שיעור הנזק או גובה הפיצוי שנקבעו בהתאם לממצאים הקונקרטיים.

מ"ח. באשר לנכותו התפקודית של המשיב, ד"ר לרמן העריך כי שיעורה מגיע כדי 100%; לעומתו גרס בא כח המערער כי הוא אינו גבוה מ-30%. בית המשפט קמא קבע את שיעור הנכות התפקודית ל-50%. בעניין זה, לשיעור הנכות התפקודית נפקות רק בהקשר של חישוב הפסד השתכרותו של המשיב. בשים לב למכלול הנתונים, בהם נכותו הרפואית של המשיב, יכולת השתכרותו המוכחת (על פי ראיות לגבי עבודותיו הקודמות – אשר את חלקן הסתיר מבית המשפט, כקביעת בית המשפט קמא), סיום לימודיו התיכוניים והכשרתו כטכנאי מחשבים – דומה כי אין כל הצדקה להעמיד את אובדן כושר השתכרותו על 100%, והעמדתה על 50% הגיונה בצידה, וזאת לאחר שעיינתי בכל הראיות הנוגעות ליכולתו השכלית.

מ"ט. אשר על כן, ובהתאם לכלל אי-ההתערבות בהערכת הנזק בערכאה הדיונית, אלא אם סכום הפיצויים שנפסק הוא בלתי סביר (ע"א 487/82 נדלר נ' שדה, פ"ד לח(4) 21, 25; בע"א 6720/99 פרפרה נ' גולדו (לא פורסם, 28.8.2005)), יש להשאיר על כנם את הפיצויים שנפסקו למשיב בראשי הנזק הבאים: הפסד השתכרות בעבר; טיפולים רפואיים, הוצאות אשפוז ומכשירים ואביזרים רפואיים לעבר; הוצאות נסיעה לטיפולים רפואיים לעבר; עזרת צד ג' לעבר; וכאב וסבל. אין גם להתערב בהחלטת בית המשפט שלא לפסוק הוצאות בגין רכישת רכב והחזקתו (לעבר או לעתיד) או בגין דיור מיוחד

(לעבר או לעתיד). מטבע הדברים, מעורר האדם הסובל מנכות אהדה בסיסית, ואולם לשם כך יש צורך בראיות. משאלה לא הובאו, אין סיבה לשנות מהחלטת בית המשפט, שנומקה כדבעי.

נ. מאותו הטעם, יש אף לדחות את טענותיו של המשיב כנגד חוות הדעת האקטואריות שהציגה המערערת, ה"מנופחות" לטעמו. בית המשפט קמא אימץ חוות דעת אלו וניכה על פיהן את הקצבאות ששולמו וישולמו למשיב מסכום הפיצויים הכולל שנפסק לו. דא עקא, המשיב לא הגיש חוות דעת מטעמו, ואף לא פירט את הסכומים שיש לנכות, אם כי הסכים עקרונית לניכויים. משכך, גם בעניין זה לא ראיתי לשנות מהחלטת בית המשפט.

נ"א. עד כאן פסענו בנתיבי בית המשפט המחוזי. כנזכר, שאלת המחלה שממנה סובל המשיב – המושבת לבית המשפט המחוזי – עשויה להשליך על סוגיית קיצור תוחלת החיים. זאת, בכל הנוגע לראשי הנזק שעניינם פיצויים לעתיד, והם הפסד השתכרות לעתיד, טיפולים רפואיים לעתיד, הוצאות אשפוז ומכשירים ואביזרים רפואיים לעתיד, הוצאות נסיעה לטיפולים רפואיים לעתיד, ועזרת צד ג' לעתיד. בראשי נזק אלה ייקבע הפיצוי בהתאם לשיעורים שנפסקו בבית המשפט קמא, בכפוף להתאמה – אם תידרש – לעניין קיצור תוחלת החיים.

נ"ב. טרם סיום, יש לתקן טעות סופר אשר נפלה בחישוב הפסד ההשתכרות לעבר על ידי בית המשפט קמא. בא כח המשיב הסב תשומת ליבנו אל טעות זו בסיכומיו, ואילו המערערת נמנעה מתגובה על כך. בית המשפט המחוזי הכפיל את השכר החודשי לו היה זכאי המשיב (2,743 ש"ח, שהם תוצאה של הכפלת 70% מהשכר הממוצע במשך ב-50% הנכות התפקודית שנקבעה לו, בתוספת הצמדה) ב-140 חודשי הפסד השתכרות. התוצאה שנרשמה היתה 192,010 ש"ח, עליה הוסיף בית המשפט ריבית בסך 491,400 ש"ח, ממחצית התקופה שבין מועד השחרור מצה"ל ועד למועד מתן פסק הדין, ולא למשך התקופה כולה, על פי שיקול דעתו שאין סיבה להתערב בו. התוצאה הנכונה במכפלת השכר במספר החודשים היא סך של 384,020 ש"ח, קרי כפליים מהסכום שנרשם, ובהתאם יש להכפיל את הריבית שנפסקה, והסכום הוא איפוא 982,800 ש"ח.

נ"ג. § 107 דבר, אציע לחברי לקבל את שני הערעורים חלקית במובן האמור; חישוב סופי של גובה הנזק, ככל שיהא בו צורך, ייעשה בהתאם להכרעה בדיון ההמשך בבית המשפט המחוזי. בנסיבות אין צו להוצאות בערכאה זו.

נ"ד. לאחר עיון בהערותיו של חברי המשנה לנשיאה אציין, כי אף לדידי (פסקה כ"ד למעלה) כמובן אין בית המשפט מעביר את ההכרעה למומחה, במכלול השאלות הרפואיות והמשפטיות. אלא שלטעמי כל עוד המצב הבסיסי הקיים, של חוות דעת מטעם הצדדים, בעינו - יש למצער לעשות במקרים המתאימים שאינם מעטים, שימוש בדרך זו של מינוי מומחה מטעם בית המשפט שפתחו תקנות סדר הדין האזרחי, כדי לסייע לבית המשפט למצוא דרכו. זאת במיוחד בשעה שהפער בין חוות הדעת גדול ורב.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

מצטרף אני לפסק-דינו של חברי, השופט א' רובינשטיין לפיו יש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לשם מינוי מומחה מטעם בית המשפט. משנקבע כי המשיב חווה תשניק בעת לידתו, שומה היה על בית המשפט להכריע מהי המחלה ממנה סובל המשיב וכן אם יש קשר סיבתי בין התשניק לבין מחלה זו. בפני בית המשפט עמדו חוות דעת מומחים מטעם שני הצדדים, ואילו הוא בחר לעשות – כדברי חברי – "מעשה מרכבה": לאמץ את חוות דעת המומחה מטעם המערערת לעניין אבחנת מחלתו של המשיב, ובה בעת לאמץ את חוות דעת המומחה מטעם המשיב לעניין קיומו של קשר סיבתי בין התשניק לבין מחלת המשיב. תוצאה זו אינה יכולה לעמוד שכן על פי הספרות הרפואית, לא קיים קשר סיבתי בין התשניק לבין המחלה שאובחנה. אכן, שני הצדדים בערעור מסכימים כי אין לקבל יצור כלאיים זה וכי נדרשת התערבותנו.

בנסיבות העניין, בהתחשב בכך ששני הצדדים תוקפים את קביעות בית המשפט ובכך שהמחלוקת נוגעת לעצם האבחנה של מחלת המשיב, סבור גם אני כי אין מנוס מהשבת התיק לבית המשפט המחוזי, לשם מינוי מומחה מטעמו. אפשרות זו קיימת, כידוע, בתקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984. חברי השופט א' רובינשטיין סוקר ביסודיות את הסוגיה הנוגעת למינוי מומחה מטעם בית-המשפט. ההסדר של מינוי מומחה מטעם בית-המשפט עצמו והימנעות מהעדת מומחים רפואיים מטעם הצדדים אומץ בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים. בחירה זו עוררה מחלוקת עמוקה בעתה והיא לא הורחבה לתביעות החורגות ממסגרת אותו חוק. מכל מקום, אין לומר כי יש פגם מובנה בעצם ההסדר של הצגת ראיות רפואיות מטעם כל אחד מן הצדדים. הסדר זה, שמקורותיו בהסדרים ותיקים של השיטות האדברסוריות, מבוסס על

ההכרה הטבועה ביסוד אותן שיטות, כי מתן ריבונות לצדדים בהבאת ראיות תורמת, ככלל, בדרך הטובה ביותר, לגילוי האמת. כאמור, התקנות עצמן מציעות לבית המשפט כלי עזר נוסף למקרה שבו הראיות האדברסריות נכשלות והכלי הוא מינוי מומחה מטעם בית המשפט. אלא שגם לכלי זה יש מגבלות. דווקא העובדה שמדובר במומחה, שאינו מטעם, עשויה ליצור נטיה מוגזמת להסתמכות על אותו מומחה ולהביא את הצדדים ובית-המשפט לכלל התנערות ממקדמי הזהירות שיש לנקוט בהם כלפי כל עדות, ועדות המומחה בכלל זה. לעומת זאת, בלשון דו"ח ועדת קלינג, אליו מפנה חברי "כאשר מדובר במומחה אחד מני כמה [המעיד מטעמו של כל אחד מבעלי הדין], הנתון לחקירה שכנגד יחשף הרקע להכרעתו ויהיה נתון לביקורת שיפוטית. הפקדת ההכרעה בידי המומחה עלולה להביא לעוות דין" (דו"ח ועדת קלינג, בע' 55). לשיטתי, אין להעביר לחוות דעתו של מומחה הממונה על-ידי בית-המשפט את השאלה המשפטית אם התקיימו יסודות עוולת הרשלנות, ובוודאי לא את ההכרעה בשאלה זו. כפי שציין חברי השופט א' רובינשטיין, הלכה מושרשת היא כי אין בית-המשפט מתפרק מסמכות ההכרעה בשאלות רפואיות שבמחלוקת – גם אם מוגשת לו חוות-דעת של מומחה. קל וחומר בשאלות המשפטיות הצריכות הכרעה.

המשנה-לנשיאה

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה עם פסק דינו של חברי השופט א' רובינשטיין ועם הערותיו של המשנה לנשיאה א' ריבלין. אני מצטרפת למסקנה לפיה אין מנוס אלא להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי על מנת שימנה מומחה מטעמו אשר יכריע בקביעת המחלה ממנה סובל המשיב ובשאלה האם מתקיים קשר סיבתי בין מחלה זו לאירועי הלידה.

בהתחשב בכך שהתביעה הוגשה ערב תום תקופת ההתיישנות, וכעשרים וחמש שנה לאחר האירועים, אשר התרחשו בעת הולדת המשיב ביום 1.8.74, מצאתי לנכון להשאיר את הדיון בסוגיה הנוגעת למינוי מומחה מטעם בית המשפט להזדמנות אחרת.

אומר רק בקצרה כי רואה אני חשיבות רבה בכלי שניתן לבתי המשפט למנות מומחה מטעמם ואני סבורה שיש לעודד את השימוש בכלי עזר זה.

מינוי מומחה מטעם בית המשפט של אדם אובייקטיבי שלא מקבל את שכרו מאחד הצדדים יש לו יתרונות רבים, ובראשם בהיות המומחה גורם אובייקטיבי ושאנו מטעם אחד הצדדים. המומחה מטעם בית המשפט מציג עמדה מטעמו וכן עשוי לעזור בהכרעה בין שתי חוות דעת מומחים שהוגשו על-ידי הצדדים; לסייע בהבנת רזי המטריה בה עוסק הדיון שאינה מונחת מידי יום על שולחנו של השופט ולסייע בהכרעה בתחום המקצועי נשוא המחלוקת; לבחון את שיטות המחקר בהם עשו שימוש המומחים מטעם הצדדים וכך לעמוד על מקצועיותם ולקבל הכרעה משפטית צודקת ונכונה; ועוד.

עם זאת, אין כלי עזר זה מייתר לטעמי כלי נוסף להכרעה שהינו חוות דעת מומחים מטעם הצדדים. אכן, כפי שגורס חברי, המשנה לנשיאה, מתן אפשרות לצדדים להביא מומחים מטעמם מבוססת על שיטתנו המשפטית ועל הריבונות של כל צד לנהל את התביעה או ההגנה למיטב הבנתו. כמו כן, ההנחה היא כי מתן אפשרות לשני הצדדים להביא ראיות מטעמם תורמת לגילוי האמת בצורה הטובה ביותר. אוסיף כי יש בכך לאפשר לצדדים להביא אסכולות שלא באו לידי ביטוי בחוות דעת מומחה אובייקטיבי או להביא כיווני חשיבה חדשים וזוויות הסתכלות שונות על הסוגיה.

המסקנה היא כי אין פסול בהגשת חוות דעת מומחים מטעם הצדדים. עם זאת, על בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו בכל עניין ועניין ולבחון האם יש מקום למנות מומחה מטעמו על מנת להגיע להכרעה נכונה בתיק. המקרה דנן ממחיש את החשיבות הרבה בתיקים מסוימים למינוי מומחה מטעם בית המשפט, לאחר שהוגשו חוות דעת סותרות מטעם הצדדים בעניינים רפואיים טהורים.

אכן, כפי שמציין חברי השופט רובינשטיין, לעיתים מינוי מומחים מטעם הצדדים, ולאחריהם מינוי מומחה מטעם בית המשפט על מנת שיכריע ביניהם, מביא לחוסר יעילות, להגדלת ההוצאות ולהארכת הדיונים. יתכן ויש מקום לבחון אפשרויות למניעת חסרונות אלו ככל הניתן. בתקנות כיום קבועה האפשרות לצדדים להסכים למינוי מומחה מטעם בית המשפט ובכך לחסוך את הוצאותיהם על מינוי מומחה מטעמם (תקנה 130(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: התקנות)). כן קבועה האפשרות למינוי מומחה מטעם בית המשפט, שלאחריו לא יחקרו המומחים מטעם הצדדים, אלא אם הודיע צד על רצונו לחקור אותם (תקנה 130(ב) לתקנות). כמו כן יתכן ויש לבחון אפשרות במקרים מתאימים של הפיכת סדר הדברים, כך שקודם כל ימונה מומחה מטעם בית המשפט ויגיש את חוות דעתו, שלאחריה יוכל מי מן הצדדים שיחפוץ בכך להגיש חוות דעת נוגדת מטעמו. יתכן וכך יחסך לפחות מומחה אחד

במקרים רבים. ישנן אפשרויות נוספות לשיפור המצב של "שכירי חוות דעת" כפי שמכנה זאת חברי השופט רובינשטיין, הנוגעות לגילוי נאות, חובות המוטלות על המומחים ועוד (ראו למשל John Basten "The Court Expert in Civil Trials – A Comparative Appraisal" 40 Mod. L. Rev. 174 (1977)). אין כאן המקום לדון בהצעות אלו ונראה כי הכדור נמצא במגרשו של המחוקק.

מכל מקום, התקנות כיום מאפשרות לצדדים, ואף מחייבות אותם במקרים מסוימים (ראו תקנה 127 לתקנות) להגיש חוות דעת מומחים מטעמם, ולצד זאת נותנות התקנות לבית המשפט שיקול דעת למנות מומחה מטעמו (תקנות 127-130 לתקנות), כך שהמחלוקת מצטמצמת לאופן הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט למנות מומחה מטעמו ולשאלות תיאורטיות באשר לדין הרצוי.

כאמור, מצטרפת אני לתוצאת פסק דינו של השופט רובינשטיין.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, ט' באדר התשס"ט (5.3.09).

שופט

שופט

המשנה-לנשיאה