

בבית המשפט העליון

רע"א 2104/12

לפני: כבוד השופט צ' זילברטל

המבקשת: פלונית

נגד

המשיבים: 1. ד"ר אבי וינברג
2. מ.ר.ב מרכז רפואי עצמאות בע"מ
3. מ.ר.ב מרכז רפואי (1996) בע"מ
4. מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-
אביב בתיק רע"א 6236-12-11, [פורסם בנבו] שניתנה ביום
13.2.12 על-ידי כבוד סגנית הנשיאה, השופטת א' קובו

בשם המבקשת: עו"ד א' פרויליך, עו"ד נ' פרחי

בשם המשיבים 1-3: עו"ד מ' חסקי

בשם המשיבה 4: עו"ד א' כצלסון

כתבי עת:

יוסף שפירא, דוד נהיר, "שיקולים במינוי מומחה מטעם", רפואה ומשפט, גיליון 38 (2008) 28

מיני-רציו:

* על בתי המשפט להיות מודעים לחששות ולרגישות הרבה שמעורר אצל בעלי הדין מינוי מומחה מטעם ביהמ"ש למתן חוות דעת בנושא האחריות בתביעות רשלנות רפואית. מינוי כאמור צריך להיעשות רק לאחר דיון, שמיעת הצדדים והפעלת שיקול דעת.

* דיון אזרחי – מומחים – מטעם בית-המשפט

* דיון אזרחי – מומחים רפואיים – מטעם בית-המשפט

* נזיקין – רשלנות – רשלנות רפואית

המבקשת הגישה תביעה לפיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו לה, לטענתה, כתוצאה מניתוח פלסטי לתיקון חזה שביצע המשיב 1. בימ"ש השלום מינה את ד"ר ג'ר' ויס כמומחה מטעמו בסוגיית שיעור הנכות. המבקשת הגישה בקשה לפסילת המומחה, מהטעם שזה לא נדרש בחוות דעתו הראשונה לנושא הצלקות, העומד לטענתה בליבת סוגיית הנזק. בימ"ש השלום דחה את הבקשה, ואף מצא לנכון

להרחיב את המנדט שניתן למומחה, והסמיכו לחוות דעה גם בנושא הרשלנות. על החלטה זו הגישה המבקשת בקשת רשות ערעור. ביהמ"ש המחוזי דחה את הבקשה. מכאן בקשת רשות הערעור.

ביהמ"ש העליון דן בבקשה כבערעור, וקיבל את הערעור בחלקו:

אכן, התעלמות המומחה בחוות דעתו הראשונה מנושא הצלקות מעוררת תמיהה. ההסבר שנתן לכך בעייתי במידה מסוימת, שכן נראה שהוא כולל בחובו התייחסות לסוגיית ההתרשלות, עניין שמלכתחילה כלל לא הופנה אליו. אלא שבסופו של דבר יש להבין את עמדת המומחה באופן שאין היא קובעת קיומה או העדרה של התרשלות, אלא היא בגדר חיווי דעתו כי הצלקות שנתרו אינן חורגות מצלקות ניתוחיות "רגילות", ולכן גם אין חשיבות להעריך את אחוזי הנכות בגינן. בהתחשב בהלכות לפיהן אין מקום לפסול חו"ד מומחה אלא במקרים נדירים בהם פעל המומחה שלא בתום לב, או שעלול להיגרם עיוות דין, הרי שעל אף סימני השאלה, לא התקיימו התנאים שיחייבו פסילת חוות דעת בנושא הנזק.

לעומת זאת, החלטת בימ"ש השלום למנות את המומחה ליתן חו"ד גם בעניין האחריות, דינה להתבטל. כשמדובר בהליכי השגה על החלטת ביניים, הנטייה ליתן רשות ערעור בגלגול שלישי תגבר כשעניינו בהחלטה שתיצור מצב בלתי הפיך, או שיהיה קשה להחזיר את הגלגל לאחור במסגרת ערעור על פסק-הדין. כך הם פני הדברים במקרה דנן בכל הנוגע למינוי המומחה ליתן חו"ד בנושא האחריות. היה ותינתן חו"ד כאמור, עשוי הדבר לחרוץ את גורל התובענה והאפשרות לבטל את המהלך בדיעבד, אף שהיא קיימת מבחינה עיונית, אינה פשוטה ולא תמיד מעשית. יתרה מכך, המקרה דנא מעורר את הצורך להתייחס להליך המינוי ולחובת ביהמ"ש לאפשר לבעלי הדין להציג טיעוניהם בטרם יוחלט על המינוי.

במינוי מומחה מטעם ביהמ"ש ליתן חו"ד בנושא האחריות כתביעות רשלנות רפואית, אין להתעלם מהבעייתיות שיכולה להיווצר ומחששם של בעלי-הדין, ובעיקר של התובעים: החשש שהמומחה לא יהיה נטול פניות בהיותו שייך בעצמו למסד הרפואי שעמיתיו הנתבעים אף הם משתייכים אליו; החשש שהמומחה יתקשה או לא ירצה להתעמת עם המומחים מטעם הצדדים, או מי מהם, במיוחד אם מדובר ברופאים בעלי שם, מעמד או השפעה; החשש שהמומחה משתייך לאסכולה רפואית מסוימת ויתקשה לקבל עמדה שאינה מתיישבת עם זו המקובלת עליו ושעליה התחנך; החשש, שהלכה למעשה, ההכרעה מועברת מבית המשפט למומחה; החשש שיתמנה מי שאינו בעל מירב הכישורים והידע.

על בתי המשפט להיות מודעים לחששות הנ"ל, לקשיים נוספים ולרגישות הרבה שמעורר מינוי כאמור אצל בעלי הדין. ודוק, בהחלטה זו לא מתיימר ביהמ"ש למצות את הנושא. כל שראה לנכון הוא לעמוד על מקצת הבעיות שעלולות להתלוות למינוי, כדי להדגיש עד כמה יכולה החלטה זו להיות בעלת משמעות ולעיתים אף לחרוץ את גורל התובענה. ויודגש, אין להבין את האמור כאן כביטוי של עמדה המתנגדת עקרונית למינוי מומחה מטעם ביהמ"ש בשאלת האחריות בתיקי רשלנות רפואית. במקרה המתאים מינוי כאמור יכול לסייע רבות לביורר המחלוקת והגעה לתוצאה נכונה וצודקת. אך מינוי כאמור צריך להיעשות רק לאחר דיון, שמיעת הצדדים והפעלת שק"ד. זו גם מצוות תקנה 130 לתקסד"א.

לכאורה, עובר למינוי ד"ר ויס לא ניתנה לבעלי הדין ההזדמנות להביע עמדתם בטרם הוחלט על מינוי מומחה מטעם ביהמ"ש בנושא האחריות. עניין זה כשלעצמו מצדיק את ביטול ההחלטה על המינוי והחזרת הדין לבימ"ש השלום. במקרה דנן קיים קושי נוסף בהחלטה על מינוי ד"ר ויס כמומחה בשאלת האחריות. המומחה כבר הביע דעתו, גם אם הדבר נעשה בעקיפין ולצורך בחינת הנזק, כי לפחות מהיבט הצלקות שנתרו, לא הייתה כל התרשלות מצד המשיבים. הבעת דעה זו נעשתה מבלי

שהמומחה התבקש להתייחס לסוגיית ההתרשלות, ויתרה מכך – מבלי שהועבר לעיונו החומר הרלבנטי. מצב דברים זה יוצר חשש שהמומחה יתקשה בהמשך להסכים עם האפשרות שהמשיבים, או מי מהם, נהגו ברשלנות. זאת, אף מבלי לפקפק במקצועיותו, ביושרו, ביושרתו ובתום לבו של המומחה. לכל האמור מתווספת גם צורת ההתבטאות החריגה של המומחה כלפי המבקשת, כאשר כינה את האמור בבקשה לפסול אותו כחוצפה ועזות מצח.

במצב דברים זה אין תימה שנוצר מצב של חוסר אמון מצד המבקשת. אין מצב זה, כשלעצמו, פוסל מניה וביה את המומחה מלהתייחס גם לסוגיית האחריות, אך בוודאי שהצדיק שמיצה של עמדת המבקשת. בסופו של דבר, הגם שאין לאפשר לבעלי הדין "להטיל וטו" על מינוי מומחה זה או אחר, יש להיות קשוב לחששם. במקרה הנדון, מבוטל מינויו של ד"ר ויס כמומחה מטעם ביהמ"ש לבחינת נושא ההתרשלות הנטענת ע"י המבקשת. לאחר שתינתן לבעלי הדין הזדמנות לטעון את טענותיהם בנושא, ישוב ויחליט בימ"ש השלום בעניין מינוי מומחה מטעמו בסוגיה האמורה.

פסק-דין

1. המבקשת הגישה לבית משפט השלום בהרצליה תביעה לפיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו לה, לטענתה, כתוצאה מניתוח פלסטי לתיקון החזה אותו ביצע המשיב 1.

לכתב התביעה צרפה המבקשת את חוות דעתו הרפואית של פרופ' דן מלר שהתייחסה הן לסוגיית הרשלנות (שעיקרה בכך שמקום הניתוח הזדהם והזיהום לא טופל כראוי) והן לסוגיית הנזק (נכות צמיתה בשיעור 20 אחוז).

מטעם המשיבים 1-3 הוגשה חוות דעתו של ד"ר יעקב גולן, אשר אף הוא התייחס לסוגיית ההתרשלות. באשר לנכות סבר המומחה מטעם המשיבים, כי נותרה למבקשת נכות בשיעור 10 אחוזים "בגין ההפרש בין הצלקות הניתוחיות שהיו צפויות מראש והתובעת היתה מודעת לכך היטב לבין הצלקות כיום".

2. בית משפט השלום מינה את ד"ר ג'רי ויס כמומחה מטעמו בסוגיית שיעור הנכות (להלן: המומחה או ד"ר ויס). בית המשפט היפנה לד"ר ויס שורת שאלות, והמומחה הגיש את חוות דעתו תוך התייחסות לשאלות אלה, שכולן עסקו בנושא הנזק. גם המומחה ציין בפתח חוות הדעת כי התבקש לקבוע את שיעור נכותה של המבקשת. בחוות דעת זו (שאינה נושאת תאריך) לא היתה כל התייחסות לצלקות. הנכות הוערכה בשיעור של 5 אחוז בגין חוסר סימטריה במיקום העטרות וצורת השד.

3. המבקשת פנתה למומחה בשאלות הבהרה בנושא הצלקות. במענה לשאלות אלה הציג המומחה גיליון ובו שלושה תצלומים וציין קיומה של צלקת ניתוחית במרכז

החלק התחתון של השד, צלקת נוספת בהיקף העטרות וקפל עור ברוחב 1.5 ס"מ הנמשך לאורך כל רוחב שד ימין. בשלב זה הגישה המבקשת לבית משפט השלום בקשה לפסילת המומחה, שכן זה כלל לא התייחס לנושא הצלקות, שהוא "עיקר נושא מינויו", מה שהביא לכך שקבע למבקשת נכות בשיעור נמוך אף מזה שנקבע על-ידי המומחה מטעם המשיבים.

בקשה זו הועברה על-ידי בית משפט השלום לתגובת המומחה. בתגובתו מיום 24.7.2011, ציין המומחה את הדברים הבאים בקשר עם הצלקות: א. הצלקות שנתרו הן "צלקות סבירות לאחר ניתוח ואינן נובעות מרשלנות רפואית כלשהיא" (ההדגשה הוספה); ב. הצלקות שנתרו אינן מזכות את המבקשת בנכות; ג. הצלקות הקיימות היו נשורות ללא קשר לתוצאות הניתוח ולכן לא נדרשה כל התייחסות אליהן. המומחה הוסיף, כי אין כל הגיון לבקש לעבור ניתוח ולאחר מכן לתבוע פיצוי בגין נכות מעצם קיומן של הצלקות. יוזכר, כי המומחה מטעם המשיבים מצא שקיים "הפרש" בין הצלקות הניתוחיות שהיו צפויות לבין הצלקות הקיימות.

בהמשך הדברים מגיב המומחה לטענת המבקשת לפיה, בשל אי התייחסותו לצלקות בחוות הדעת הראשונה, יש להסיק שהיה מדובר בבדיקה שטחית ובחוות דעת שנכתבה זמן רב אחריה, לאחר שהמומחה כבר לא זכר את שראה אצל המבקשת. לטענה האמורה השיב המומחה, כי זו "עזות מצח וחוצפה" מצד המבקשת להשמיצו רק משום שלטעמה לא העניק לה נכות ממשית.

4. ביום 6.11.2011 התקיים קדם משפט ובסיומו ניתנה החלטת בית משפט השלום בבקשה לפסול את המומחה. כזכור, בקשת הפסילה הוגשה מהטעם שהמומחה כלל לא נדרש, בחוות דעתו הראשונה, לנושא הצלקות, העומד, לטענת המבקשת, בליבת סוגיית הנזק. בדיון נרשם מפי באת כוח המבקשת, כי המומחה מונה לשאלת הנזק בלבד ולא לשאלת האחריות. מקריאת הפרוטוקול לא ברור אם דברי באת כוח המבקשת נאמרו בהתייחס לאמור בתגובת המומחה מיום 24.7.2011, לפיו הצלקות שנתרו אינן נובעות מרשלנות רפואית.

בית משפט השלום (השופט א' שליו) דחה את הבקשה לפסול את חוות דעת המומחה "בשלב זה", מבלי שנימק מדוע הגיע למסקנה זו. בית המשפט הוסיף בהחלטתו את הדברים הבאים:

"... יש מקום לשלוח שאלת הבהרה למומחה, שיתבקש להתייחס לסוגיית הרשלנות, ככל שקיימת, בנוגע לזיהום שנגרם בפרוצדורה הניתוחית... המומחה יידרש להתייחס אף לקפל העור מתחת לשד שמאל, ככל שקיים, ולהבהיר האם מצא חסר עמוק של רקמות בכל אחד מהשדיים".

נמצא, כי לא רק שבקשת הפסילה לא התקבלה, בית המשפט אף מצא לנכון להרחיב את המנדט שניתן למומחה, והסמיכו לחוות דעה גם בנושא הרשלנות הנטענת.

בקשת רשות הערעור לבית המשפט המחוזי

5. על ההחלטה הנ"ל הגישה המבקשת בקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (רע"א 6236-12-11) [פורסם בנבו]. בבקשה התבקש בית המשפט המחוזי לבטל את מינויו וחוות דעתו של המומחה. נטען בה, כי בית משפט השלום טעה כשלא פסל את חוות הדעת, וכשהגדיל לעשות במנותו את המומחה לבחון את שאלת הרשלנות. המבקשת נימקה את בקשת הפסילה בכך שהמומחה לא התייחס לעניין הצלקות, שהוא הנושא העיקרי שלשמו מונה; בכך שבתגובתו לבקשת הפסילה התייחס המומחה לנושא האחריות שאותה עת כלל לא הופנה אליו; בכך שבתגובה האמורה הביע המומחה כעס כלפי המבקשת שלשיטתו נהגה "בעזות מצח ובחוצפה", ובכך שמכלול הנתונים יוצר חשש למשוא פנים. נוכח טיעונים אלה התבקש גם ביטול מינויו כמומחה מטעם בית המשפט בשאלת ההתרשלות. לכך מוסיפה המבקשת, כי המומחה הוא עובד המשיבה 4 (מדינת ישראל). לטענתה, ניתן היה להתעלם מכך כשהיה מדובר בחוות דעת בנושא הנזק בלבד, אך לא כן כשמדובר בהבעת דעה לעניין האחריות.

בהחלטה מיום 13.2.2012 דחה בית המשפט המחוזי (השופט א' קובו, סגנית הנשיאה) את הבקשה מבלי לבקש תשובה. בית המשפט המחוזי ציין בהחלטתו, כי מהאמור בהחלטת בית משפט השלום עולה שאין מדובר בסוף פסוק אלא בהחלטה שניתנה לאותו שלב; כי מרבית טענות המבקשת נוגעות למשקל חוות הדעת, עניין שהדיון בו עדיין לא הסתיים; כי אין מקום להתערב בעניינים הנוגעים לאופן ניהול הדיון, וכי פסילת מומחה שמונה על-ידי בית המשפט תיעשה רק במקרים נדירים כאשר מדובר בפגם היורד לשורשו של עניין שיש בו כדי לגרום עיוות דין או כאשר המומחה פעל שלא בתום לב.

מכאן בקשת רשות הערעור שלפני.

6. בבקשה חוזרת המבקשת על עיקרי הטענות שנטענו בבקשה שהוגשה לבית המשפט המחוזי. המבקשת מוסיפה, כי מן הראוי לדון בבקשה, אף כי מדובר ב"גלגול שלישי" שכרגיל לא מתאפשר, שכן אם החלטת בית משפט השלום תישאר על כנה, לא יהא זה מעשי להחזיר את הגלגל לאחור בשלבים מאוחרים יותר, שכן מדובר "בהחלטה עקרונית העשויה לחרוץ את גורל ההליך כולו". נראה כי הדגש בבקשה דנן הוא על מינוי המומחה כמומחה מטעם בית המשפט בשאלת האחריות, אם כי עדיין מתבקש לפסול גם את חוות דעתו בעניין הנזק.

המבקשת מדגישה, כי המומחה כבר חיווה דעתו בשאלת האחריות (בתגובתו לבקשת הפסילה, כשהזכיר שהצלקות הקיימות הן תוצאה רגילה של הניתוח ואינן נובעות מרשלנות), אף מבלי שהתבקש לכך ומבלי שהוצג לו חומר רפואי רלבנטי לנושא ההתרשלות.

7. בתשובותיהם לבקשה מציינים המשיבים את העניינים הבאים: אין הצדקה ליתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי", שכן הבקשה אינה מעוררת שאלות בעלות חשיבות משפטית או ציבורית; פסילת חוות דעת תיעשה רק במקרים נדירים בהם עלול להיגרם עיוות דין או כשהמומחה פעל בחוסר תום לב; המומחה לא התעלם מנושא הצלקות כשהסביר בתגובה לבקשת הפסילה כי לשיטתו אין כל נכות בגין הצלקות נוכח היותן צלקות צפויות מעצם ביצוע הניתוח; המומחה כלל לא חיווה דעתו בשאלת האחריות, שכן דבריו בסוגיה זו התייחסו רק לצלקות, באומרו שהן צלקות שצפויות להיוותר אחרי ניתוח ואינן מצביעות על התרשלות; אין בהיותו של המומחה עובד המשיבה 4 כדי לפסול אותו נוכח חלקה המינורי של המשיבה 4 בפרשה; כי טענה זו, לעניין היות המומחה עובד המשיבה 4, נטענה לראשונה בבקשת רשות הערעור שהוגשה לבית המשפט המחוזי, כמוה כטענה לפיה המומחה חיווה דעתו בשאלת האחריות.

דיון והכרעה

8. כל הצדדים הסכימו כי אדון בבקשה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על פיה. דין הערעור להתקבל בחלקו, בכל הנוגע למינוי המומחה כמומחה מטעם בית המשפט בשאלת האחריות.

9. הבקשה לפסילת חוות דעת המומחה הוגשה, במקורה, רק מהטעם שלא היתה בה כל התייחסות לצלקות. בהמשך, כתוצאה מתגובת המומחה לבקשה, נוספו טעמים נוספים לפסילה שלא נכללו בבקשה המקורית כיוון שבמועד הגשתה הם עדיין לא באו לעולם (העובדה שהמומחה התייחס לסוגיית ההתרשלות ושהתבטא ברוגז כלפי המבקשת שלשיטתו נהגה בחוצפה ובעזות מצח). לפיכך אין לטעמי לזקוף לחובת המבקשת כי בפנייתה לבית המשפט המחוזי כללה גם את הנימוקים הנ"ל בגדר טענותיה כלפי המומחה. גם העובדה שהמומחה הוא עובד המשיבה 4 הפכה לבעלת משמעות רק לאחר שבית משפט השלום החליט על מינויו כמומחה לעניין האחריות.

10. אכן, התעלמות המומחה בחוות דעתו הראשונה מנושא הצלקות מעוררת תמיהה. ההסבר שניתן על ידו בתגובתו לבקשת הפסילה היה, כי כיוון שהצלקות שנותרו אינן מבטאות כל התרשלות והן היו צפויות להיוותר במימדים אלה גם לאחר ניתוח תקין, הוא לא ראה לנכון להתייחס אליהן לצורך קביעת הנכות. הסבר זה בעייתי במידה מסוימת, שכן נראה שהוא כולל בחובו התייחסות לסוגיית ההתרשלות, עניין שמלכתחילה כלל לא הופנה למומחה. בנוסף, גם אם לא היתה התרשלות בטיפול, יתכן שנגרמה נכות כתוצאה ממנו, אותה היה המומחה צריך להזכיר. פשיטא שקיומה של צלקת היא פגימה שמזכה באחוזי נכות, גם אם נמוכים או אפסיים. זאת ועוד, המומחה גם לא מסביר מדוע דעתו שונה אף מדעת המומחה מטעם המשיבים שמצא שהצלקות נרחבות יותר ממה שהיה צפוי לאחר ניתוח תקין.

אלא שבסופו של דבר, יש להבין את עמדת המומחה באופן שאין היא קובעת קיומה או העדרה של התרשלות, אלא היא בגדר חיווי דעתו כי הצלקות שנותרו אינן חורגות מצלקות ניתוחיות "רגילות", ולכן גם אין חשיבות להעריך את אחוזי הנכות שבגינן. בהתחשב בהלכות שלפיהן אין מקום לפסול חוות דעת מומחה אלא במקרים נדירים בהם פעל המומחה שלא בתום לב, או שעלול להיגרם עיוות דין, מסקנתי היא שבמקרה דנן, על אף סימני השאלה שפורטו לעיל, לא התקיימו התנאים שיחייבו פסילת חוות דעת בנושא הנזק. אכן, בסופו של יום יצטרך בית המשפט להחליט איזה משקל יינתן לחוות הדעת, בהתחשב במכלול הנתונים שיונחו לפניו. במקרה המתאים, אם הדבר יתחייב, שמורה לבית המשפט גם האפשרות למנות מומחה נוסף לעניין הנזק,

או, בהתחשב במה שייאמר להלן, לפנות למומחה שיתמנה לסוגיית האחריות על מנת שיחווה דעתו גם בשאלת הנזק, בנוסף לעמדתו של ד"ר ויס.

מכל מקום, לאחר שהתקבלה תגובת המומחה לבקשה לפסילת חוות הדעת וניתן על-ידו הסבר לאי הזכרת הצלקות בחוות הדעת הראשונה, נראה כי אכן לא היה מקום לקבל את הבקשה ככל שהיא נוגעת לחוות הדעת בעניין הנכות.

מינוי ד"ר ויס כמומחה מטעם בית המשפט בנושא האחריות לנזק

11. אלא שבהחלטת בית משפט השלום גם הוחלט, כמפורט לעיל, למנות את המומחה ליתן חוות דעת גם בעניין האחריות. דינו של חלק זה של ההחלטה להתבטל.

אכן, רשות ערעור ב"גלגול שלישי" תינתן, כאמור לעיל, רק במקרים חריגים ונדירים בהם מדובר בשאלה משפטית או ציבורית חשובה החורגת מעניינם הפרטי של הצדדים. אלא שרשות ערעור כאמור תינתן גם כאשר קיים חשש שייגרם עיוות דין. כשמדובר בהליכי השגה על החלטת ביניים, כבמקרה דנן, הנטייה ליתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי" תגבר כאשר ענייננו בהחלטה שתיצור מצב בלתי הפיך, או שיהיה קשה להחזיר את הגלגל לאחור במסגרת הערעור על פסק-הדין.

כך הם פני הדברים במקרה דנן בכל הנוגע למינוי המומחה ליתן חוות דעת בנושא האחריות. היה ותינתן חוות דעת כאמור, עשוי הדבר לחרוץ בפועל את גורל התובענה והאפשרות לבטל את המהלך בדיעבד, אף שהיא קיימת מבחינה עיונית, אינה פשוטה ולא תמיד היא מעשית. יתרה מכך, המקרה הנדון מעורר את הצורך להתייחס להליך המינוי ולחובת בית המשפט לאפשר לבעלי הדין להציג את טיעוניהם בטרם יוחלט על המינוי. לפיכך סברתי שיהיה זה נכון ליתן למבקשת רשות ערעור בסוגיה האמורה ולקבל את ערעורה.

12. בטרם אפרט את הטעמים שהביאוני למסקנה לפיה יש לבטל את ההחלטה למנות את ד"ר ויס כמומחה מטעם בית המשפט לסוגיית החבות, אייחד מספר מילים כלליות באשר לפרקטיקה של מינוי מומחה מטעם בית המשפט ליתן חוות דעת בנושא האחריות במסגרת תובענות שעניינן רשלנות רפואית.

בשאלה, האם מינוי מומחה כאמור לעיל הוא פרקטיקה ראויה, חלוקות הדעות. יש הסבורים שלמינוי כאמור יתרונות רבים, ובמקרים המתאימים הוא כמעט בבחינת הכרח. לעניין זה ראו עמדתו של כב' השופט א' רובינשטיין בע"א 4330/07 מחס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), [5.3.2009]. בפסק דינו הרחיב השופט רובינשטיין בסוגיה האמורה והציג, לצד עמדתו שלו, גם את העמדות האחרות והטעמים שביסודן (ראו עוד: י' שפירא, ד' נהיר, "שיקולים במינוי מומחה מטעם" בית המשפט", רפואה ומשפט, 28, 38 (2008)). תהא הגישה העקרונית לסוגיה אשר תהא, לצורך ענייננו די אם נעמוד על מקצת הקשיים שמהלך זה, של מינוי מומחה בשאלת האחריות בתביעות רשלנות רפואית, עלול לעורר. זאת, על מנת להצביע על כך שהמינוי, ככל שייעשה, חייב בשיקול דעת מעמיק מצד בית המשפט ובמתן הזדמנות נאותה לבעלי הדין לפרט את טענותיהם בטרם קבלת ההחלטה.

כשמדובר במינוי בנסיבות המתוארות לעיל (במובחן, למשל, ממינוי מומחה מטעם בית המשפט להערכת הנזק או ממינוי מומחה בתחומים אחרים), אין להתעלם מהבעייתיות שיכולה להיווצר ומחששם של בעלי-הדין, ובעיקר של התובעים. להלן נקצת מהגורמים המקימים חשש מפני תוצאות מינוי מומחה בשאלת האחריות בתיקי רשלנות רפואית, שעל בית המשפט להיות מודע להם (אף אם בסופו של יום הם לא ימנעו בעדו למנות מומחה במקרה המתאים):

- החשש שהמומחה לא יהיה נטול פניות בהיותו שייך בעצמו לממסד הרפואי שעמיתיו הנתבעים אף הם משתייכים אליו. חשש זה גובר כאשר הרופא הנתבע הוא בעל מעמד בקהילה הרפואית או שהמוסד הנתבע הוא מוסד בבעלות גוף חזק ובעל השפעה, המעסיק רופאים רבים, כגון קופות החולים, המדינה וכו'.

- החשש שהמומחה יתקשה או לא ירצה להתעמת עם המומחים מטעם הצדדים, או מי מהם, במיוחד אם מדובר ברופאים בעלי שם, מעמד או השפעה.

- החשש שהמומחה משתייך לאסכולה רפואית מסוימת ויתקשה לקבל עמדה שאינה מתיישבת עם זו המקובלת עליו ושעליה התחנך.

- החשש, שהלכה למעשה, ההכרעה מועברת מבית המשפט למומחה. על אף שלעולם "המילה האחרונה" היא של בית המשפט, הרי שבפועל לעיתים קיים קושי לסטות מעמדת המומחה שבית המשפט מינה.

- החשש שיתמנה מי שאינו בעל מירב הכישורים והידע, שכן לא תמיד יהיו לבית המשפט הכלים או המידע הנחוץ כדי לבחור את המומחה המתאים והראוי ביותר. לעיתים הבחירה אקראית במידה מסוימת, שכן בתי המשפט עדיין לא פתחו שיטה משוכללת לזיהוי המומחה המתאים ביותר בנסיבות.

על בתי המשפט להיות מודעים לחששות הנ"ל, לקשיים נוספים ולרגישות הרבה שמעורר מינוי כאמור אצל בעלי הדין החשים שגורל תביעתם נתון, במידה זו או אחרת, בידיו של מומחה שקביעת זהותו לא נעשית תמיד בצורה מושכלת ותוך התחשבות במכלול הנתונים (שרבים מהם כלל לא מצויים בידיעת בית המשפט). נוכח מציאות זו יש גם מקום להבחין בין מצבים שונים שבגדרם נשקל מינוי מומחה מטעם בית המשפט בשאלת האחריות: כך, למשל, ככל שהמחלוקת מתמקדת בנושא שאופיו רפואי-מקצועי-טכני במובן הצר, או בשאלה שלכאורה אינה אמורה לעורר חילוקי דעות נורמטיביים ויש לה פתרון "מדעי" (כגון שאלות של קשר סיבתי עובדתי), ופחות בעניין אופן הפעלת שיקול דעת רפואי או אימוצה של אסכולה, החשש מפני מינויו של מומחה יקטן והנטייה למנותו תגבר, וההפך.

13. בהחלטה זו איני מתיימר למצות את הנושא. כל שראיתי לנכון הוא לעמוד על מקצת הבעיות שעלולות להתלוות למינוי מומחה מטעם בית המשפט בשאלת האחריות בתיקי רשלנות רפואית. זאת, כדי להדגיש עד כמה יכולה החלטה זו להיות בעלת משמעות ולעיתים אף לחרוץ את גורל התובענה לשבט או לחסד, אף מבלי שבית המשפט יהיה מודע לכך במועד המינוי. ויודגש - אין להבין את האמור כאן כביטוי של עמדה המתנגדת עקרונית למינוי מומחה מטעם בית המשפט בשאלת האחריות בתיקי רשלנות רפואית. במקרה המתאים מינוי כאמור יכול לסייע רבות לבירור המחלוקת והגעה לתוצאה נכונה וצודקת. השאלה הגדולה היא מהו אותו "מקרה מתאים".

המסקנה שאבקש להסיק לענייננו מהאמור לעיל אינה אלא שמינוי כאמור צריך להיעשות רק לאחר דיון, שמיעת הצדדים והפעלת שיקול דעת. זו גם מצוותה של תקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. עמד על כך בית משפט זה בהחלטה ברע"א 751/01 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 31.12.2001):

"אכן, מינוי מומחה לפי תקנה 130 אינו צריך להיעשות על דרך השגרה ובלשון תקנה 130 הנ"ל יתמנה מומחה בגדרה 'לאחר (שבית המשפט) נתן לבעלי הדין הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיהם'; הטענות שבעלי הדין יכולים לעורר נגד המינוי יכול ותהיינה קשורות לעצם הצורך במינוי, הן לשלב המינוי והן לאישיותו של המומחה; לעניין זה אין בית המשפט מוגבל בשיקול דעתו ורשאי הוא להורות על המינוי כשהנסיבות מצדיקות את הדבר - כבר בשלב מוקדם או להותיר את המינוי לשלב מאוחר יותר, לאחר שייחקרו המומחים מטעם בעלי הדין; השיקולים אם למנות את המומחה כבר בשלב מוקדם של המשפט רבים ומגוונים הם ואין צורך לפרטם כאן".

לכאורה, וכפי שעולה מעיון בפרוטוקול הדיון מיום 26.11.2011, עובר למינוי ד"ר ויס לא ניתנה לבעלי הדין ההזדמנות להביע עמדתם בטרם הוחלט על מינוי מומחה מטעם בית המשפט בנושא האחריות - לא לעניין עצם הצורך בכך, לא לעניין השלב שבו ראוי למנות מומחה, לא לעניין סוג המומחיות הנדרשת (כירורג פלסטי, מומחה לזיהומים וכד') ולא לעניין זהות המומחה. במסגרת דיון כזה, אם היה מתקיים, היתה המבקשת גם יכולה להעלות את השגותיה בנוגע למינוי ד"ר ויס כמי שמועסק על-ידי המשיבה 4 ולרקע התבטאויותיו הקודמות בפרשה. בהעדר דיון, הועלו ההשגות לראשונה בבקשת רשות הערעור. עניין זה כשלעצמו מצדיק את ביטול ההחלטה על המינוי והחזרת הדיון לבית משפט השלום.

14. במקרה דנן קיים קושי נוסף בהחלטה על מינוי ד"ר ויס כמומחה מטעם בית המשפט בשאלת האחריות. לעיל ראינו, כי המומחה כבר הביע דעתו, גם אם הדבר נעשה בעקיפין ולצורך בחינת הנזק, כי, לפחות מהיבט הצלקות שנתרו, לא היתה כל התרשלות מצד המשיבים. הבעת דעה זו נעשתה מבלי שהמומחה התבקש להתייחס לסוגיית ההתרשלות (הוא עצמו ציין בפתח חוות דעתו שהתבקש להתייחס לנכות המבקשת), ויתרה מכך - מבלי שהועבר לעיונו החומר הרלבנטי. מצב דברים זה יוצר חשש שהמומחה יתקשה בהמשך להסכים עם האפשרות שהמשיבים, או מי מהם, נהגו ברשלנות. זאת, אף מבלי שאפקפק במקצועיותו, ביושרו, ביושרתו ובתום לבו של המומחה.

זה לא מכבר נזדמן לי להתייחס למקרה דומה, כאשר מומחה שמונה לחוות דעה בקשר עם הנכות "גלש" והתייחס גם לשאלת ההתרשלות. באותו מקרה פסל בית

המשפט המחוזי את חוות הדעת. בהחלטתי ברע"א 1138/12 אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ נ' פלוני (פורסם בנבו), 9.4.2012) נאמרו הדברים הבאים, היפים במידה רבה גם למקרה הנדון:

"... עצם התייחסותו של המומחה לשאלת הרשלנות של בית החולים (שאלה שמחוץ לתחום סמכותו ואשר כלל לא התבקש להתייחס אליה) ומסקנתו החד-משמעית בנוגע להיעדר הרשלנות מצד המדינה, פגמו במראית חוות הדעת כנטולת פניות ואובייקטיביות. זאת, אפילו אם המומחה נהג בתום לב ובמקצועיות. המומחה הרפואי מטעם בית המשפט משמש כזרועו הארוכה לעניינים רפואיים, ומשום כך 'הוטלו עליו גם מקצת החובות המוטלות על בית המשפט ובראש ובראשונה החובה לנהוג באובייקטיביות, ללא משוא פנים ותוך הקפדה שכל אלה גם יידאו' (רע"א 600/96 אדרי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ 14.7.1996, [פורסם בנבו]) (ההדגשה אינה במקור)). באותו מקרה, הוסיף ופסק השופט י' טירקל: 'יש להעדיף במקרה זה את השיקול של טוהר ההליכים המשפטיים וההליכים הנלווים אליהם ומניעת כל ספק ספיקא ואבק חשש בעניין זה' (ראו עניין אדרי, וכן ת"א (ב"ש) 373/90 אברמזון נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ פ"מ תשנ"ב(1) 441 (3.9.1991)), ויפים הדברים גם לענייננו".

במקרה הנדון מתווספת לכל האמור לעיל גם צורת ההתבטאות החריגה של המומחה כלפי המבקשת, כאשר כינה את האמור בבקשה לפסול אותו כחוצפה ועזות מצח.

במצב דברים זה אין תימה שנוצר מצב של חוסר אמון מצד המבקשת. אין מצב זה, כשלעצמו, פוסל מניה וביה את המומחה מלהתייחס גם לסוגיית האחריות, אך בוודאי שהצדיק שמיעתה של עמדת המבקשת. גם מובן רצונו של בית המשפט לייעל ולחסוך באמצעות הרחבת המנדט של ד"ר ויס, אשר כבר מכיר את העובדות וחלק מהחומר הרפואי. אלא שמנגד היה בית המשפט צריך לשקול את הנסיבות המיוחדות שנוצרו כאשר המומחה גילה דעתו (ולו במקצת) לעניין ההתרשלות עוד בטרם התבקש לעשות כן וללא שעיין בחומר הרפואי הנוגע לכך.

בסופו של דבר, הגם שאין לאפשר לבעלי הדין "להטיל וטו" על מינוי מומחה זה או אחר, יש להיות קשוב לחששו של בעל הדין. כפי שראינו לעיל, למינוי מומחה מטעם בית המשפט מתלווה, במקרים רבים, חשש כמעט מובנה, בעיקר מצידו של

התובע. במקרה דנן החשש הפך לקונקרטי, עד כי, לפחות מבחינת מראית פני הצדק ומניעת כל חשש של הטיה מצד המומחה, לא היה מקום למנותו כמומחה מטעם בית המשפט גם בסוגיית האחריות. מכל מקום, ברי כי מינוי זה צריך להיעשות רק לאחר שהצדדים יוכלו להביע דעתם ביחס אליו.

15. העולה מהאמור הוא, שהערעור מתקבל בחלקו. מבוטל מינויו של ד"ר ויס כמומחה מטעם בית המשפט לבחינת הטענות בנושא ההתרשלות הנטענת על-ידי המבקשת. לאחר שתינתן לבעלי הדין הזדמנות לטעון את טענותיהם בנושא, ישוב ויחליט בית משפט השלום בעניין מינוי מומחה מטעמו בסוגיה האמורה.

נוכח התוצאה אליה הגעתי, מתייטר הצורך להחליט בבקשת המבקשת להשיב לתשובת המשיבים.

המשיבים, ביחד ולחוד, יישאו בהוצאות המבקשת בסך 10,000 ש"ח.

ניתן היום, ט' באייר התשע"ב (1.5.2012).

צ' זילברטל 54678313-2104/12

ש ו פ ט