

על פרוצדורה, תכלית ושיקול דעת שיפוטי בדיני נזיקין: בחינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

מאת

אורית נינאי-קליין, * אורן פרז**

מאמר זה בוחן את האופן שבו שופטים מפעילים שיקול דעת כדי לתת מענה לדילמות אפיסטמיות-אמפיריות (בעיקר הצורך לבקר את עדותם של מומחים רפואיים ולהכריע לעתים בין עדויות סותרות) ואת האופן שבו ההסדרים הפרוצדורליים השונים לעניין עדות מומחים, שקיימים בדיני הנזיקין הישראליים, משפיעים על הפעלת שיקול הדעת השיפוטי. בהקשר זה המאמר בוחן בחינה ביקורתית את התפיסה הקלסית של השיטה האדוורסרית, שלפיה ריבוי הדעות המובא בפני בית המשפט והיכולת להעמידן למבחן דליברטיבי באמצעות ההליך הדיוני בבית המשפט משרת את ערך גילוי האמת. המאמר בוחן תזה חלופית שלפיה ההכרעה השיפוטית מבוססת על שימוש בכללי אצבע (heuristics) שמחליפים את הבחינה המעמיקה של הראיות והם תוצר של המגבלות והלחצים הפרגמטיים שחיי המעשה מציבים בפני בתי המשפט. השאלה השנייה שהמאמר עוסק בה נוגעת לזיקה שבין המשטר הפרוצדורלי ליכולתם של דיני הנזיקין להגשים את התכליות המיוחסות להן. כדי לתת מענה לשאלות אלו המאמר בוחן אמפירית את שני המשטרים הנוהגים במשפט הישראלי בעדות מומחים רפואיים לצורך קביעת הנזק בתביעות נזקי גוף. המחקר האמפירי מבוסס על ניתוח של מדגם מייצג של 446 פסקי דין שניתנו על ידי בתי משפט שלום בין השנים 2008 ו-2011 בתביעות נזקי גוף, תוך הבחנה

* אורית נינאי-קליין היא עורכת דין עצמאית, שמתמחה בתחום הנזיקי וכתבה עבודת תזה באוניברסיטת בר-אילן, אשר עסקה בסוגיה הנדונה במאמר זה, בהנחייתו של פרופ' אורן פרז; המחקר נתמך על ידי קרן איגוד חברות הביטוח, והכותבים מודים לקרן על תמיכתה במחקר.

** אורן פרז הוא פרופ' חבר בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן. הכותבים מבקשים להודות לגב' תמי שטרנטל ולגב' לירון צוברי, אשר סייעו בעריכת הניתוח הסטטיסטי, ולעוזרי המחקר המסורים דוד פוגלר, אורי כיטוב ושרית חתוקה. תודה לפרופסור טליה פישר על הערותיה לגרסה קודמת של המאמר וכן לחברי מערכת דין ודברים על עבודתם המסורה בעריכת המאמר. תודה מיוחדת נתונה גם למי שהסכימו להשתתף בראיונות העומק אשר נעשו במסגרת המחקר האיכותי; תודה מיוחדת לפרופ' אברהם סהר ולפרופ' משה פיינסוד על הערותיהם החשובות, ותודה לעו"ד יעקב קליין על עזרתו הרבה בביצוע המחקר.

בין תביעות מכוח חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים לתביעות הנסמכות על פקודת הנזיקין. בנוסף כלל המחקר ראיונות עומק מקיפים עם מגוון רחב של מרואיינים רלוונטיים. במסגרת הניתוח האמפירי נבחנה היעילות היחסית של שני ההסדרים והתרומה האפיסטמית שלהם. ממצאי המחקר תומכים לדעתנו בהנהגת רפורמה בהסדרים לעניין מינוי מומחים רפואיים לקביעת הנזק בתביעות נזקי גוף, אשר תחיל את ההסדר שנהוג ב"פלט"ד (בסעיף 6א) גם בתביעות נזיקיות אחרות. המאמר בחן גם את הרפורמה, המצומצמת יותר, שהוצעה לאחרונה על ידי משרד המשפטים, המציעה שינויים בהסדר הקבוע ב"פלט"ד. לדעתנו ראוי לשקול לצרף להצעתנו אלמנטים מהרפורמה המוצעת שיש בהם כדי לשפר את הפיקוח על המומחים המעידים בבית המשפט.

א. מבוא. ב. מומחים במשפט: סיפורם של ההסדרים המתחרים בפקודת הנזיקין ובחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים. ג. פרוצדורה ומהות: על הקשר שבין תכליתיהם של דיני הנזיקין ודיני הראיות. ד. הניתוח האמפירי; 1. שאלות המחקר; 2. שיטה; 3. ממצאי הניתוח הכמותי; 4. ממצאי הניתוח האיכותני. ה. דיון; 1. בתי המשפט במבוכ האפיסטמי; 2. השוואת היעילות היחסית של ההסדרים. ו. מתאוריה למדיניות: קווים לרפורמה בהסדרי מינוי המומחים בתביעות נזיקין; 1. אימוץ ההסדר בסעיף 6א לפלט"ד לכלל התביעות הנזיקיות; 2. הערות נוספות לעניין ההסדר הקבוע בסעיף 6ב לפלט"ד. ז. סיכום.

"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... וכל שהשופט ירבה לעשות כן, הרי זה משובח" (דברי נשיא בית המשפט העליון, כב' השופט זוסמן ז"ל, בבר"ע 212/76).¹

א. מבוא

בדיני הנזיקין במשפט הישראלי קיימים שני הסדרים מקבילים בעניין אופן הבאת הראיות לקביעת נכות רפואית לנפגע: באחד, הנהוג בנושא תביעות נזקי גוף שלא בתאונות דרכים והכפוף לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן – פקנ"ז) – הצדדים מגישים

1 בר"ע 212/76 מדינת ישראל נ' וינגרטן (לא פורסם, תקציר פסקי דין יא 141) (להלן – עניין וינגרטן).

לבית המשפט חוות דעת רפואיות של מומחים מטעמם במקרה שבו מועלית טענה לקיומה של נכות רפואית לנפגע, ובית המשפט נדרש להכריע בין חוות הדעת הסותרות באמצעות הכרעה שיפוטית מנומקת, או להיעזר במינוי מומחה נוסף מטעמו; בשני, הנהוג בנושא תביעות נזקי גוף בתאונות דרכים והכפוף לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (להלן – פל"ד)² – נדרש בית המשפט למנות מלכתחילה מומחה רפואי מטעמו לקביעת שיעור נכותו של הנפגע בתנאי שהתיעוד הרפואי מצביע על "ראשית ראייה" לקיומה של נכות רפואית לנפגע.

השימוש בשני הסדרים פרוצדורליים וראייתיים שונים, המשלבים מאפיינים פרוצדורליים מן המשפט האדוורסרי והמשפט הקונטיננטלי ייחודי לשיטת המשפט הישראלי. שילוב זה בא לידי ביטוי באופיו השונה של ההסדר הקבוע בתקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 לעניין תביעות נזקי גוף שלא בתאונות דרכים לעומת ההסדר הקבוע בפל"ד.³ ההסדר הראשון משקף במידה רבה יותר את השיטה האדוורסרית, בחייבו את התובע לצרף חוות דעת של מומחה רפואי מטעמו כבר לכתב התביעה מתוך הנחה שהנתבע יגיש חוות דעת נגדית, ובמהלך המשפט יעמדו שתי חוות הדעת למבחן של חקירה נגדית, ואילו ההסדר הקבוע בפל"ד משקף יותר את הגישה הקונטיננטלית. על פי הסדר זה, בית המשפט הוא שממנה את המומחה, והצדדים מנועים מלהגיש חוות דעת מטעמם אלא בהתקיים תנאים מיוחדים. עם זאת ההסדר מכוח תקנות סדרי הדין כולל גם רכיבים מהמשפט הקונטיננטלי במובן זה שלבית המשפט נתונה הסמכות למנות מומחה מטעמו בנסיבות שקיימים בהן פערים גדולים בין המומחים מטעם הצדדים.

עיון בספרות המשפטית ובפסיקה הדנה באופיים של ההסדרים למינוי מומחים רפואיים לפני קבלת הרפורמות בחוק הפל"ד בתיקון התשמ"ה–1985 ואחריה, מלמד כי במידה רבה השוני בין ההסדרים אינו נובע משיקולים הקשורים במשפט המהותי, הנוגעים למשטרי האחריות השונים הנהוגים בפקנ"ז לעומת הפל"ד, או משיקולי מדיניות אחרים, אלא משקף השתלשלות דברים היסטורית שהתקבעה בשדה המשפטי, וראוי אפוא לבחון אם קיימת הצדקה לשמר אותה. בחינה זו מתבקשת בפרט בשל הביקורת החריפה שהושמעה על הסדרים אלה בפסיקה ובספרות המשפטית ובמיוחד על הסדר ריבוי המומחים, החל על כלל תביעות הנזיקין.⁴ ביקורות אלו מעלות ספק באשר ליעילותם של ההסדרים ולהתאמתם לתכליות דיני הנזיקין ודיני הראיות.

2 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1974, ס"ח 234.

3 תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, ק"ת 2220.

4 ראו למשל, רונן פרי, "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים", עיוני משפט כח(1) (תשס"ד) 147, בעמ' 166; וכן: תזכיר הצעת חוק בעניין פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון) (מומחים וקביעת נכות), התשע"א–2011.

במסגרת מאמר זה אנחנו מבקשים לבחון אמפירית את הממשק שבין דיני הפרוצדורה לדין המהותי ומתמקדים בשתי שאלות מרכזיות: השאלה הראשונה נגעה לאופן שבו שופטים מפעילים שיקול דעת כדי לתת מענה לדילמות אפיסטמיות אמפיריות⁵ (ובמיוחד הצורך לבקר את עדותם של מומחים רפואיים ולהכריע לעתים בין עדויות סותרות) ולאופן שבו הסדרים פרוצדורליים שונים מתחום דיני הראיות משפיעים על הפעלת שיקול הדעת השיפוטי. בהקשר זה המחקר בחן את הפער שבין הפרדיגמה הקלסית של השיטה האדוורסרית, שלפיה ריבוי הדעות המובא בפני בית המשפט והיכולת להעמידן למבחן דליברטיבי באמצעות ההליך הדיוני בבית המשפט משרת את ערך גילוי האמת,⁶ לבין הדינמיקה השיפוטית כפי שהיא מצטיירת ממדגם מייצג של תביעות בגין נזקי גוף. המחקר מעמת את התפיסה המשפטית שביסוד הפרדיגמה הקלסית עם האפשרות שההכרעה השיפוטית מבוססת על שימוש בכללי אצבע (heuristics) שהם תוצר של המגבלות והלחצים הפרגמטיים שחיי המעשה מציבים בפני בתי המשפט. בהקשר זה מחקר זה הוא תרומה לספרות שעוסקת בשימוש בהיוריסטיקות במשפט.⁷ שאלת יכולתו של בית המשפט להתמודד עם עדויות מומחים מתעוררת גם בתחומים משפט אחרים, החל משאלת הערכת שווי של חברות וכלה בהערכת ראיות דייאן-איי במסגרת הליך פלילי.⁸ ממצאי המחקר רלוונטיים גם להבנת האופן שבו בית משפט מתמודד עם דילמות ראייתיות בתחומים אלה. במובן זה המאמר מבקש להעמיד למבחן כללי את התזה שלפיה "בית המשפט הוא בבחינת 'מומחה למומחים'".⁹

השאלה השנייה שהמאמר עוסק בה נוגעת לזיקה שבין המשטר הפרוצדורלי ליכולתם של דיני הנזיקין להגשים את התכליות המיוחסות להם. מרבית הספרות הנזיקית מתמקדת בהקשר זה בדין המהותי – במשטר האחריות – ואנחנו מבקשים לתרום לניתוח התאורטי והאמפירי של הפן הפרוצדורלי בספרות הנזיקית.¹⁰ קיומם של שני הסדרים פרוצדורליים

5 אפיסטמולוגיה הוא זרם בפילוסופיה שעוסק בחקר הידע והצדקתן של טענות עובדתיות (beliefs). ראו: Steup Matthias, "Epistemology", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2012), [http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/epistemology]

(נצפה לאחרונה באוגוסט 2013)

6 על מאפייניה של השיטה האדוורסרית ראו: Oscar G. Chase, "American 'Exceptionalism' and Comparative Procedure", 50 *Am. J. Comp. L.* (2002) 277, p. 287; Sanders Joseph, "Science, Law, and the Expert Witness", 72 *Law & Contemp. Probs.* 63, p. 68

7 Gerd Gigerenzer, Christoph Engel, *Heuristics and the law, Dahlem workshop reports* (2006); Kysar Douglas "The Jurisprudence of Experimental Law and Economics", 163 *JITE* (2007) 187, pp. 187–198

8 ע"פ 141/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.9.2007); רע"א 779/06 קיטאל החזקות ופיתוח בינלאומי בע"מ נ' ממן (פורסם בנבו, 28.8.2012) (להלן – עניין קיטאל).

9 שם, בפסקה 10; עניין קיטאל (לעיל, הערה 8), פסק דינו של השופט ריבלין, בפסקה 32.

10 לדיון בהשפעה של הדין הפרוצדוראלי על היכולת של דיני הנזיקין לממש את יעדיהם ראו, למשל: אלון קלמנט ורועי שפירא, "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית

בחינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

שונים בזירה הנזיקית בישראל יוצר מעין ניסוי טבעי שמאפשר בחינה אמפירית של שאלות אלה. כדי לתת מענה לשאלה זו בחנו בחינה מעמיקה את שני המשטרים הנוהגים במשפט הישראלי ביחס לעדות מומחים רפואיים לצורך קביעת הנזק בתביעות נזקי גוף. המחקר בחן בעיקר את היעילות היחסית של שני ההסדרים תוך שהוא משווה את עלות העסקת המומחים בכל הסדר ואת תרומתם האפיסטמית וכן פרמטרים נוספים שמשפיעים על עלות ההסדרים.

ממצאי המחקר תומכים לדעתנו בהנהגת רפורמה בהסדרים לעניין מינוי מומחים רפואיים לקביעת הנזק בתביעות נזקי גוף, אשר תחיל את ההסדרים שנהוגים בפרק 2 גם בתביעות נזיקיות אחרות, בייחוד את ההסדר הקבוע בסעיף 6א. מהלך כזה יוכל להביא לחיסכון בעלויות הכרוכות בניהול תיקי נזיקין – הן בפן הפרטי והן בפן המערכתי – ובכך גם ישפר את יכולתם של דיני הנזיקין לקדם את התכליות של צדק מתקן ושל הרתעה. בפן המערכתי תוביל הרפורמה לקיצור ההליכים המשפטיים ולהפחתת העומס על מערכת בתי המשפט.¹¹ בהקשר זה נבחן גם את הרפורמה, המצומצמת יותר, שהוצעה לאחרונה במשרד המשפטים, ובה שינויים בהסדר הקבוע בסעיפים 6א ו-6ב לפת"ד.¹² לדעתנו ראוי לשקול לצרף להצעתנו אלמנטים מהרפורמה המוצעת שיכולים לשפר את הפיקוח על המומחים המעידים בבית המשפט.

פרק 2 סוקר את המצב המשפטי הנוהג בישראל ומנתח את הרקע ההיסטורי להיווצרותם של שני ההסדרים השונים. פרק 3 מציג את הרקע התאורטי לטיעון, הן מתחום דיני הנזיקין והן מתחום דיני הראיות. פרק 4 מציג את המחקר האמפירי. המחקר האמפירי נחלק למחקר כמותי, שבמסגרתו נערך ניתוח סטטיסטי של נתונים מתוך מדגם

חדשה" משפט ועסקים ז' (2007) 75, בעמ' 82–83, 90–91; דניאל מור, "מינוי מומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בתביעות בגין תאונות רפואיות בישראל", משפט ועסקים ט Jonathan T. Molot, "How U.S. Procedure Skews Tort Law.247 (2008) Incentives", 73 *Ind. L.J.* (1997) 59; Louis Kaplow, Steven Shavell, "Accuracy in the Assessment of Damages", 39 *J. L. & Econ.* (1996) 191; Jonathan T. Molot, "Litigation Finance: A Market Solution to a Procedural Problem", 99 *Geo. L.J.* (2010) 65; Robert Hardaway, Dustin D. Berger, Andrea DeField, "E-Discovery's Threat to Civil Litigation: Reevaluating Rule 26 for the Digital Age", 63 *Rutgers Law Review* (2011) 521; Parchomovsky Gideon, Alex Stein, "The Distortory Effect of Evidence on Primary Behavior", 124 *Harv. L. Rev.* (2010) 518.

11 אשר לעומס המוטל על הרשות השופטת בישראל ראו: הרשות השופטת במדינת ישראל: דין וחשבון לשנת 2012 לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998 (2013) בעמ' 11, 21–22.

12 תזכיר חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון) (מומחים וקביעת נכות), תשע"א–2011. יצוין, כי הצעה זו אינה מתיימרת לשנות את הפרוצדורה לעניין מינוי מומחים רפואיים הקבועה בתקסד"א לעניין תביעות פקנ"ז ואשר ייסקר בהרחבה להלן.

מייצג של 446 פסקי דין שניתנו בבתי משפט שלום בין השנים 2008 ו-2011 בתביעות נזקי גוף, תוך הבחנה בין תביעות מכוח חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים לתביעות הנסמכות על פקודת הנזיקין. נוסף על המחקר הכמותי, כלל המחקר רכיב של ניתוח איכותני, שבמסגרתו נעשו ראיונות עומק מקיפים עם מגוון רחב של מרואיינים רלוונטיים, ובהם שופטים בדימוס, מומחים רפואיים בכירים העוסקים במתן חוות דעת רפואיות וחלקם משתתפים בוועדות המוסד לביטוח לאומי ומשרד הביטחון, מנהלי מחלקת תביעות נזקי גוף בחברות ביטוח ועורכי דין הפועלים בתחום הנזיקין. פרק 5 דן בממצאי המחקר האמפירי בראי הניתוח התאורטי והניתוח המשפטי ההשוואתי. פרק 6 בוחן הצעות לרפורמה בתחום מינוי מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף ומציג חלופות אפשריות להסדרים הנוהגים בתחום בישראל על סמך הממצאים האמפיריים.

ב. מומחים במשפט: סיפורם של ההסדרים המתחרים בפקנ"ז ובפלת"ד

בחוק הישראלי שני הסדרים עיקריים לעניין מינוי מומחים רפואיים לקביעת נכות הרפואית של הנפגע בתביעות נזקי גוף: ההסדר האחד קבוע בתקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי¹³ וחל בתביעות נזקי גוף שלא בתאונות דרכים, הכוללות בעיקרן תביעות נזקי גוף מכוח פקודת הנזיקין (להלן – תיקי פקנ"ז). במסגרת הסדר זה, במקרה שבו מועלית טענה לקיומה של נכות רפואית לנפגע, מגישים הצדדים לבית המשפט חוות דעת של מומחים רפואיים מטעמם, ובית המשפט נדרש להכריע בין חוות הדעת הסותרות באמצעות הכרעה שיפוטית מנומקת או להיעזר במינוי מומחה נוסף. ההסדר מכוח תקנה 127 לתקסד"א נהג עד לשנת 1985 בסוגיית הוכחת הנזק בכלל תביעות נזקי גוף.¹⁴ ההסדר שונה מן הדין הכללי הנוהג בעניין עדות מומחה בתחומים שאינם ברפואה, הקבוע בתקנה 129 לתקסד"א,¹⁵ ואשר בעבר היה קבוע בתקנות המומחים.¹⁶ הסדר זה

13 תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי. בעבר חל הסדר זה מכוח תקנות סדר הדין מכוח תקנות סדר הדין מתשכ"ג. ראו לעניין זה: אברהם סהר, דיני עדות מומחים – עיקרים, סדרי דין ואתיקה (תשס"ד) בעמ' 282–285. הצדדים אינם רשאים להביא עדות מומחה נוספת לעניין הנדון, אלא ברשות בית המשפט ומטעמים מיוחדים שיירשמו ואף נאסר על הצדדים, במסגרת ההסדר החדש, להציג בפני המומחה כל מסמך המהווה ו/או הנחזה להוות חוות דעת רפואית – תקנה 8 לתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים), תשמ"ז–1986.

14 על הרציונל שעמד בבסיס חקיקתו של הסדר זה ראו: מור (לעיל, הערה 10) בעמ' 256–257.

15 תקנה 129 לתקנות סדר הדין האזרחי.

16 תקנות סדרי הדין (עדות מומחים), תשט"ו–1954, ק"ת 175. בשנת תשס"ה–2005 חל תיקון להוראות הכלליות ביחס לחוות דעת מומחים בענין שאינו רפואי. ראו לעניין זה מאמרם המקיף של השופט גורן ושל עופר דרורי בעניין: אורי גורן, עופר דרורי, "עדויות מומחים

הוא חריג להוראה הכללית המופיעה בתקנה 71 לתקסד"א,¹⁷ שלפיה אין מצרפים ראיות לכתבי הטענות, והמועד להגשת חוות דעת מומחים הוא בשלב הבאת הראיות, עם הגשת תצהירי הצדדים ומוציגיהם. על פי תקנה 127,¹⁸ על תובע המבקש לטעון כי נגרמה לו נכות רפואית בשל פגיעתו, לצרף לכתב התביעה חוות דעת של מומחה רפואי. הנתבע רשאי, על פי תקנה 128 לתקסד"א, אך לא חייב, להגיש חוות דעת רפואית נגדית מטעמו, ולצורך כך באפשרותו לדרוש את בדיקתו של התובע על ידי רופא מטעמו.¹⁹ על פי תקנה 130 לתקסד"א רשאי בית המשפט למנות, נוסף על המומחים הרפואיים מטעם הצדדים, מומחה רפואי מטעמו לבדיקת התובע. בית המשפט משתמש בסמכותו זו במקרים של סתירות בין חוות הדעת מטעם הצדדים.²⁰

על ההסדר שנקבע בתקנה 127 לתקסד"א הוטחה ביקורת רבה בפסיקה. בין היתר ציינו בתי המשפט את הבעייתיות הנובעת מן התופעה של מתן חוות דעת סותרות, לעתים באופן קיצוני, על מצבו הרפואי של התובע.²¹ על תופעה זו עמד השופט ד"ר עציוני:

לאחר תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005: היבטים דיוניים ומהותיים",
המשפט יב (תשס"ז) 167.

17 תקנה 71 לתקנות סדר הדין האזרחי.

18 תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי. לפני תקנה 127 לתקסד"א חל הסדר זהה מכוח תקנות סדר הדין מתשכ"ג. סהר (לעיל, הערה 13) בעמ' 282–285.

19 על פי תקנה 128(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, המועד להגשת חוות הדעת הרפואית הנגדית מטעם הנתבע הוא בתוך שישים ימים מהיום שהומצאה לו חוות הדעת מטעם התובע, או תוך זמן ארוך יותר שקבע בית המשפט או הרשם. גם כאן רשאי בית המשפט או הרשם לפטור בעל דין מהגשת חוות דעת מטעמים מיוחדים שיירשמו.

20 סהר (לעיל, הערה 13) בעמ' 296. פרופ' דניאל מור ציין במאמרו כי בשנים האחרונות בולטת נטייה מוגברת של שופטי בתי המשפט למנות מומחה מטעמם בתביעות פיצויים בגין נזקי גוף שלא בתאונות דרכים, לשם הכרעה בין חוות דעתם הסותרות של המומחים הרפואיים מטעם הצדדים בתביעות רשלנות רפואית לא רק בשאלת הנכות הרפואית אלא גם בשאלת קיומה או היעדרה של התרשלנות רפואית, וכן בשאלת קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלנות בתחום הרפואי לבין הנזק העומד במוקד התובענה. פרופ' מור מלין על היזקקותם של בתי המשפט להכרעתו של מומחה מטעמם בשאלה שהיא שאלה משפטית נזיקית קלאסית – שאלת קיומה של התרשלנות ודבר חריגתו של הנתבע מסטנדרט הזהירות. פרופ' מור מציין במאמרו כי פרקטיקה זו, של מינוי מומחה רפואי לצורך הכרעה בשאלת ההתרשלנות, אף נאסרה בעבר על ידי מחוקק המשנה בתקנה 181(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963, ק"ת 1477, אולם נמחקה מספר התקנות בשנת 1979. מאמרנו אינו מבקש להתייחס לסוגיה משפטית זו, הייחודית לתביעות נזקי גוף בגין רשלנות רפואית, ומתמקד בחוות הדעת הרפואיות המוגשות לבתי המשפט בשאלת קיומה של נכות רפואית לתובע בעקבות האירוע מושא התביעה ושיעורה של נכות זו. ראו: מור (לעיל, הערה 10) בעמ' 253–254.

21 דוד קציר, פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה רביעית, 1997) בעמ' 198–216.

המצב כיום הוא שחוקרים רופאים על גבי רופאים, גם כאשר מומחה רפואי מעיד בענין. הדבר מביא להתארכות הדיון, לעינוי דין לצדדים, ולבזבוז זמנו של בית-המשפט. לעיתים מוצא השופט את עצמו בין שתי דעות קיצוניות: רופא אחד קובע שלתובע נגרמה נכות של 50% ואילו הרופא השני קובע לו 0 אחוז.²²

כן יפים לעניין זה הדברים שאמרה השופטת בן עתו מבית המשפט המחוזי בתל-אביב:²³

נושא העדויות הרפואיות, בעיקר בתביעת נזיקין, הוא נושא כאוב. הכל מסכימים, שהמצב ששרר עד כה אינו משביע רצון, כי על כל צד להביא חוות דעת של רופאיו. ולעיתים קרובות מדובר על מספר רופאים מכל צד בשטחי מומחיות שונים – ובסופו של דבר נאלץ בית-המשפט למנות מומחים מצדו שיכריעו בין המומחים ההם. לא רק שבזבוז ממון רב אלא שהנטל על בית-המשפט היה קשה מנשוא כאשר נאלץ השופט להכריע בין המומחים הרפואיים למיניהם.²⁴

הרפורמה לחוק הפלת"ד שבמסגרתה נחקק סעיף 6א נבעה בעיקר מהביקורת שהוטחה בהסדר הכללי. הצעת החוק התבססה על המלצותיה של ועדה בראשותו של השופט מלץ, אשר דנה בנושא. ועדת מלץ סברה גם שראוי לבחון את החלת ההסדר על כלל תביעות הנזיקין תוך עשיית שימוש בתחום תאונות הדרכים כמקרה בוחן.²⁵ כך מתוארים הדברים בהצעת החוק:

22 ע"א 521/77 ברור נ' רשות הנמלים, פ"ד לב(1) 416, בעמ' 418. ראו גם: עניין וינגרטן (לעיל, הערה 1).

23 דברים דומים אמר השופט אור: "... באו סעיף 6א לחוק והתקנות שהותקנו על פיו להסדיר את הדבר על-ידי מינוי מומחים רפואיים על-ידי בית המשפט בדרך שהותוותה בתקנות, ולא עוד על-ידי חוות-דעת רפואיות של מומחים מטעם הצדדים... התקנות באו בעליל למנוע את הצורך בחוות-דעת של רופאים מטעם הצדדים, על ההוצאות ובזבוז הזמן המיותרים הכרוכים בכך. הניסיון לימד, שבמרביתם של המקרים היו חוות הדעת של המומחים בהם בחרו הצדדים חוות-דעת 'מטעם' הצד שהזמין, מבחינת תוכנו, וברוב המקרים גם היו ביניהם חילוקי דעות, ובלאו הכי נזקק בית המשפט למינוי מומחה או מומחים מטעמו. את כל אלה ביקשו סעיף 6א והתקנות למנוע, ומטרתם היא קיצור וייעול ההליך של קבלת חוות-דעת רפואיות, ועל-ידי כך ייעול של ההליך בתביעות על-פי החוק". ראו: רע"א 504/90 בר זאב נ' מוחמד, פ"ד מד(2) 200, בעמ' 203–204. הוא חוזר על הדברים בפרשה נוספת. ראו: ע"א 185/88 אבו ג'עפר נ' אבו ג'עפר, פ"ד מה(3) 117, בעמ' 120.

24 ת"א (מחוזי ת"א) 3260/84 עקיבא נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד תשמ"ז(2) 22, בעמ' 24.

25 קציר (לעיל, הערה 21) בעמ' 198–216.

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזיקין גוף

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 והשנייה של חברת הביטוח, ולרוב אין מנוס מבקשת חוות דעת שלישית של מומחה שקבע בית המשפט. מצב זה גורם לסחבת ולבזבז משווע של משאבים ומוצע לבטלו.²⁶

ההסדר הקבוע בסעיף 6א לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן – תיקי פל"ד) יצר מערכת שונה לחלוטין. במסגרת הסדר זה מנועים הצדדים מלצרף לכתבי טענותיהם חוות דעת רפואיות מטעמם, ובמקרה שבו טוען התובע כי נגרמה לו נכות רפואית בעקבות התאונה, הוא רשאי להגיש בקשה למינוי מומחה רפואי מטעם בית המשפט. על פי ההלכה שנקבעה בעניין בפסיקת בית המשפט העליון,²⁷ בית המשפט ימנה מומחה רפואי במקרה שבו הוא סבור כי המסמכים הרפואיים אשר הוצגו בפניו מלמדים על "ראשית ראיה" לקיומה של נכות. הצדדים אינם רשאים להביא עדות מומחה נוספת לעניין הנדון אלא ברשות בית המשפט ומטעמים מיוחדים שיירשמו, ואף נאסר על הצדדים, במסגרת ההסדר החדש, להציג בפני המומחה כל מסמך שהוא, או הנחזה להיות, חוות דעת רפואית.²⁸

התיקון לחוק הפל"ד יצר הסדר ייחודי נוסף בסעיף 6ב' לחוק, המתייחס למקרים שבהם נבדק התובע על ידי ועדות רפואיות. ההסדר, החל על תאונות דרכים שהן תאונת

26 הצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונת דרכים (תיקון מס' 5), התשמ"ד-1984, ה"ח 1674, בעמ' 193, סעיף 4 לדברי ההסבר.

27 רע"א 1338/90 שיק נ' מטלון, פ"ד מד(2) 216; רע"א 863/93 התעשייה האווירית לישראל בע"מ נ' קמחי, פ"ד מז(4) 815, בעמ' 818; אליעזר ריבלין, תאונת הדרכים – תחולת החוק, סדרי דין וחישוב הפיצויים (מהדורה רביעית, תשע"ב) בעמ' 646.

28 נקבע כי בתוך חמישה-עשר ימים מקבלת ההודעה על אודות מינוי המומחים על הנפגע להמציא למומחה ולבעלי הדין האחרים את כל התיעוד הרפואי הרלוונטי "ובלבד שלא יגיש למומחה חוות דעת רפואית". ראו: תקנה 8 לתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים), התשמ"ז-1986, ק"ת 126. פסיקה מרובה דנה בשאלת סיווגם של מסמכים רפואיים שונים ובחנה במקרים שונים אם מסמך שבמחלוקת שהוצג לפני מומחה בית המשפט הוא חוות דעת רפואית כהגדרתה בתקנה 8 הנ"ל. ההלכה הנוהגת לעניין זה משתנה בהתאם לנסיבות המקרה, מהות המסמך והתחום הרפואי הרלוונטי, ובאופן כללי קבעה הפסיקה כי לחוות דעת רפואית ייחשב גם מסמך הכולל הערכה סובייקטיבית של גורם רפואי את מצבו של הנבדק ואשר לא הוגדר על ידי עורכו "חוות דעת רפואית", וקיימת הגמשה באשר למסמכים בתחום הפסיכיאטרי, הכולל מטבעו הערכות פסיכולוגיות המתבססות על הערכת הבודק את מצבו של הנבדק. לדיון מקיף בסוגיה זו ראו: רע"א 3906/95 אמר נ' הדר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מט(3) 303, פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

עבודה²⁹ ועל נכי משרד הביטחון אשר נפגעו בתאונת דרכים במהלך השירות, נתן תוקף מחייב לדרגת הנכות שנקבעה לתובע על ידי ועדה רפואית על פי דין בנוגע לאותה התאונה, אם ניתנה החלטת הוועדה בטרם שמיעת הראיות בבית המשפט. דרגות נכות אלו אינן מחייבות את בית המשפט בתביעות שלא מכוח חוק הפלת"ד. הסדר זה נועד לייעל הדיון תוך התחשבות בעובדה שהתובע בכל מקרה נבדק על ידי ועדה רפואית ונקבעה לו דרגת נכות בגין התאונה. מנגנון זה אף מונע כפילות בהערכת הנכות וסתירות בין קביעות הוועדות לקביעות מומחי בית המשפט.³⁰ התיקון התיר לצדדים אפשרות לטעון נגד החלטת הנכות הרפואית שנקבעה על ידי הוועדה הרפואית באמצעות "הבאת ראיות לסתור". בית המשפט העליון צמצם במידה רבה את הזכות להביא ראיות לסתור, בקבעו כי ראיות לסתור יותרו רק במקרים חריגים, בנסיבות יוצאות דופן המצדיקות זאת (למשל מצב שבו ההליך בפני הוועדה היה פגום בפגם מהותי בשל תרמית, פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי או טעמים עובדתיים כגון שינוי מהותי במצבו של התובע או גילוי נכות נוספת לאחר הקביעה על ידי הוועדה).³¹

ההסדרים שנקבעו בתיקון תשמ"ה זכו לתגובות חיוביות מהפסיקה, אך לצדן נשמעו גם ביקורות שליליות. בין המבקרים הבולטים של ההסדרים המיוחדים שנקבעו בסעיפים 6א ו-6ב לפלת"ד היו פרופ' רונן פרי³² ושופט בית משפט השלום בעכו ג'מיל נאסר,³³ שכתבו מאמרים מקיפים בעניין. על פי סעיף 6א נקבעת נכותו של התובע על ידי מומחה מטעם בית המשפט, שמתמנה על פי בקשה למינוי מומחה המוגשת מטעם התובע, ואשר לדעת בית המשפט מצביעה על "ראשית ראיה" לקיומה של נכות רפואית. אחד החששות שהובעו בספרות³⁴ היה כי הסדר זה, אשר אינו דורש מן הצדדים להגיש חוות דעת

29 נקבע כי כי אין תחולה לנכות שנקבעה לפי הפרק בדבר נכות כללית בחוק הביטוח הלאומי לגבי סעיף 6ב לחוק הפלת"ד. ראו: ר"ע 94/86 עקיבא נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 754, פסק דינה של השופטת בן-פורת (להלן – עניין עקיבא); דוד קציר פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה חמישית, 2003), בעמ' 310.

30 סהר (לעיל, הערה 13), בעמ' 331. ראו לעניין זה גם: בר"ע 634/85 עודה נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לט(4) 505, דברי השופטת בן-פורת (להלן – עניין עודה); קציר (לעיל, הערה 21), בעמ' 217; עניין עקיבא (לעיל, הערה 29).

31 קציר (לעיל, הערה 21), בעמ' 327; עניין עודה (לעיל, הערה 30). ראו גם: רע"א 5608/90 קורנהיל חברה לביטוח בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מו(2) 107, בעמ' 112. בפסק הדין בעניין ציון חברה לביטוח קבעה השופטת בן-פורת במפורש כי פער בין דרגת הנכות שנקבעה בוועדה על פי דין לבין נכות שנקבעה על ידי רופא של אחד מהצדדים, אף אם מדובר בפער ניכר, לא ייחשב לטעם מיוחד המצדיק הבאת ראיות לסתור, שכן הדבר סותר למעשה את כוונתו של המחוקק ביצירת המנגנון הקבוע בסעיף 6ב. ראו: בר"ע 641/85 ציון חברה לביטוח נ' סיסו, פ"ד מ(3) 138 (להלן – עניין ציון חברה לביטוח).

32 פרי (לעיל, הערה 4).

33 ג'מיל נאסר, "נכותו של סעיף 6ב לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים", עלי משפט ה (תשס"ו) 143, בעמ' 145.

34 שם, שם; פרי (לעיל, הערה 4).

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

רפואית מטעמם אלא להצביע על "ראשית ראיה" בלבד לקיומה של נכות, עשוי להוביל לבקשות סרק של תובעים אף במצבים שבהם הסיכויים לקיומה של נכות קלושים. ביקורות חריפות יותר הושמעו בנוגע למודל הקבוע בסעיף 6ב. פרופ' רונן פרי³⁵ טען כי המנגנון הקבוע בסעיף 6ב אינו גורם לדעתו לחיסכון המיוחל בזמן שיפוטי, הואיל ובמקרים רבים מגיש אחד מבעלי הדין בקשה להבאת ראיות לסתור, וקבלתה מובילה לצורך במינוי מומחים רפואיים להוכחת דרגת הנכות על פי סעיף 6א. לכאורה פסיקת בית המשפט העליון, אשר צמצמה צמצום ניכר את זכותם של הצדדים להביא בקשה להבאת ראיות לסתור נותנת מענה לביקורת זו, אולם הדבר מחייב בחינה אמפירית נוספת.³⁶ ביקורת נוספת נכתבה על ידי שופט בית משפט השלום בעכו ג'מיל נאסר.³⁷ ראשית טען השופט נאסר כי קיים פער מושגי בין אופן קביעת הנכות על ידי מומחה רפואי בבית המשפט לבין אופן קביעת דרגת נכות במסגרת החקיקה הסוציאלית, דבר הגורם לקושי מבחינת האפשרות של בתי המשפט להתבסס על קביעת הוועדות הרפואיות לצורך הכרעה ביסוד הקשר הסיבתי ושיעור הנזק הקשור לתאונה.³⁸ שנית טען השופט נאסר כי המבנה של מנגנון קביעת הנכות הרפואית על ידי הוועדות הרפואיות כרוך בזבוז זמן ובהוצאות בשל זכותו של הנפגע להשיג על קביעת הוועדות בפני ועדה רפואית לעררים ולהגיש ערעור על החלטת ועדת העררים לבית הדין לעבודה, וגם בשל זכותו של הנפגע לנקוט הליך של תביעה להכרה בהחמרת מצב בחלוף שישה חודשים ממועד קביעתה של הוועדה האחרונה.³⁹ בנוסף טען נאסר כי אימוץ קביעת הוועדות הרפואיות אינו חוסך עלויות מן הצדדים, מאחר שלצורך הדיון בוועדות הנפגעים מצטיידים בחוות דעת רפואיות פרטיות שעלותן גבוהה. במישור אחר טען השופט נאסר, כי הוועדות הרפואיות של הביטוח הלאומי אינן אובייקטיביות אלא פועלות "מטעם" המוסד לביטוח לאומי, ולפיכך קיים לדעתו במסגרתן קיפוח ממשי בזכויותיו של התובע.⁴⁰ טענות אלה מחייבות עיון מעמיק בעבודת הוועדות הרפואיות ובחינה אם יש באמור בהן כדי לשלול את התועלת הטמונה במניעת דיון מקביל בשתי ערכאות במצבו הרפואי של הניזוק.

אחד הקשיים העיקריים שמעוררת עמדתו החיובית של בית המשפט העליון מחד גיסא והביקורת בספרות המשפטית מאידך גיסא הוא שהיא אינה נסמכת על מחקר אמפירי שיטתי אלא נשענת ברובה על מה שהשופט אור כינה באחד מפסקי הדין שעסקו בנושא "ניסיון".⁴¹ מאמר זה מבקש למלא את החסר הזה.

35 פרי (לעיל, הערה 4), בעמ' 166.

36 שם, שם.

37 נאסר (לעיל, הערה 33), בעמ' 145.

38 שם, בעמ' 162.

39 שם, בעמ' 163.

40 שם, בעמ' 164.

41 עניין בר זאב (לעיל, הערה 23) בעמ' 204.

ג. פרוצדורה ומהות: על הקשר בין תכליות דיני הנזיקין ודיני הראיות

הספרות המשפטית מבחינה בין שלוש תכליות עיקריות של דיני הנזיקין: צדק מתקן, יעילות כלכלית וצדק חלוקתי. גישת הצדק המתקן מתבססת על עקרון השבת המצב לקדמותו. על פי גישה זו, תכלית דיני הנזיקין היא להביא לתיקון הנזק שאירע לניזוק כתוצאה מן העוולה שביצע כלפיו המזיק באמצעות חיוב המזיק בפיצוי הנזוק.⁴² על פי גישה זו אין מקום לחייב את המזיק בתשלום פיצויים בשיעור העולה על מידת הנזקים שלהם גרם בפועל.⁴³ הגישה הכלכלית למשפט רואה בדיני הנזיקין מכשיר להשגת יעילות כלכלית; לפיכך על דיני הנזיקין לחתור לכך שסך העלויות של נזקי התאונות והוצאות מניעתן (לרבות העלויות המנהליות הכרוכות בהפעלת דיני הנזיקין) יהיה המינימום האפשרי.⁴⁴ על פי הגישה הכלכלית, משטר האחריות הנוהג אמור לשרת את התכלית האמורה באופן שיביא את המזיק בכוח לנקוט אמצעים למניעת הנזק רק אם עלותם נמוכה מתוחלת הנזק הצפוי.⁴⁵ ככל שעלות הפעלתו של ההסדר המשפטי המהותי גדולה יותר, האטרקטיביות של ההסדר מנקודת מבטה של הגישה הכלכלית קטנה יותר. מנגד, התפיסה הרואה בדיני הנזיקין מכשיר לשיפור הצדק החברתי מייחסת לדיני הנזיקין תפקיד בקידום חלוקת משאבים צודקת ושוויונית יותר בחברה – גם כאשר התוצאה אינה מתיישבת עם העקרונות של צדק מתקן או עם יעילות כלכלית.⁴⁶

התזה הכללית של המחקר היא כי להסדרים פרוצדורליים-ראייתיים דוגמת הסדרים הנוגעים למומחים רפואיים יכולה להיות השפעה ניכרת על יכולתם של דיני הנזיקין להגשים את יעדיהם. המחקר בחן תזה זו באופן אמפירי באשר להסדרים השונים הקיימים בנוגע למומחים רפואיים בדין הישראלי. כך בהתייחס לתכלית של צדק מתקן, קיימת עדיפות לאותם כללים ראייתיים שיוכלו להבטיח שפסק הדין הקונקרטי ישקף את

42 אריאל פורת, "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין", משפטים כג (תשנ"ד) 311, בעמ' 330–333; אריאל פורת, "דיני נזיקין: עוולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית", ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ו) 373; Ernest J. Weinrib, "Restitutory Damages as Corrective Justice", 1 *Theoretical Inquiries in Law* (2001).

43 Ernest J. Weinrib, "Restitutory Damages as Corrective Justice", 1 *Theoretical Inquiries in Law* (2001) 1, pp. 1–2.

44 פורת, "עוולת הרשלנות" (לעיל, הערה 42) בעמ' 383–384.

45 צחי קרן-פז, "האם האדם הסביר הוא האדם היעיל? – ניתוח מבחן ההתרשלות הנזיקי במשקפי משפט וכלכלה", מחקרי משפט כג (תשס"ז–תשס"ח) 793, בעמ' 795. William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987) p. 102.

46 פורת, "אחריות קיבוצית" (לעיל, הערה 42) בעמ' 331; צחי קרן-פז, "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר? (ומדוע בית-המשפט העליון מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים באופן בלתי-עקבי?) בשולי פסק-הדין ע"א 2934/93 סורוקה נ' הבאבר", עיוני משפט כח (תשס"ו) 299, בעמ' 304.

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזיקין גוף

הנזק שנגרם הלכה למעשה לניזוק הספציפי מושא פסק הדין. נוסף על כך, גם לעלויות המנהליות הכרוכות בהסדרים השונים יש משקל מאחר שהסדר המשיית על הצדדים עלויות ניכרות יכול למנוע מניזוק פוטנציאלי גישה לבית המשפט ובכך למנוע ממנו את האפשרות לממש את זכותו לתיקון העוול שנגרם לו (כמו גם מהמזיק לשאת באחריות למעשיו). להסדר הראייתי השפעה גם על התכלית של יעילות כלכלית. הרתעה יעילה מותנית בהיותה של החבות שתושט על המזיק שקולה לנזק שגרם (הן במשטר של רשלנות והן במשטר של אחריות מוחלטת), ובכך היא דומה לתפיסה של צדק מתקן. עם זאת, בניגוד לתפיסה של צדק מתקן, מנקודת המבט של הרתעה יעילה השאלה אינה אם במקרה הפרטני בית המשפט פסק פיצויים נכונים, אלא אם קיימת הטיה שיטתית בפסיקותיו של בית המשפט לטובת מזיקים או ניזוקים. מנקודת מבט כלכלית רק הטיה שיטתית בהכרעתו של בית המשפט, שמשנה את תוחלת החבות שאותה רואים לנגד עיניהם מזיקים פוטנציאליים, יכולה לפגוע ביעילות בשל העיוות ex-ante של תמריצי הצדדים. אם בתי המשפט נוטים לפסוק פיצויי יתר הדבר יכול להביא להרתעת יתר, ואילו הטיה הפוכה תגרום להרתעת חסר.⁴⁷ בנוסף, התכלית של יעילות כלכלית תומכת גם באימוץ של הסדר ראייתי שיכול להביא באופן שיטתי לבירור האמת בעלות הנמוכה ביותר. חשוב אפוא להדגיש את ההבדל שבין התפיסה של צדק מתקן לתפיסה הכלכלית. מבחינת התכלית של צדק מתקן יש חשיבות לדיוק בקביעת הנכות גם בסכסוך הקונקרטי, מאחר שדיוק זה הוא קריטי לעשיית הצדק בין הצדדים. לעומת זאת הניתוח הכלכלי אינו מתעניין בסכסוך הקונקרטי אלא בקיומה של הטיה שיטתית כמו גם בשאלת העלות המנהלית. לבסוף, שאלה אחרת היא באיזו מידה משרתים ההסדרים הראייתיים השונים את הרעיון של צדק חלוקתי. למשל, גישה זו תתמוך בהסדר ראייתי שמשפר את גישתם של נפגעים מחוסרי אמצעים כלכליים לערכאות גם במחיר של פגיעה מסוימת ביעילות הכלכלית או בעשיית צדק כלפי מזיק קונקרטי.

המחקר בחן באיזו מידה תורם כל אחד מן המודלים הראייתיים החלופיים למימושן של התכליות השונות של דיני הנזיקין. לשם כך בחנו את השפעתם של ההסדרים השונים על הדינמיקה של ההליך המשפטי ועל העלויות שלו. עלויות אלה מתבטאות בעלויות הכרוכות במימון חוות הדעת וחקירות המומחים כמו גם בעלויות המושטות על מערכת בתי המשפט בשל מורכבות ההליך ומשכו.

נוסף על השאלה כיצד מתיישבים ההסדרים הראייתיים הקיימים במשפט הישראלי לעניין מומחים רפואיים עם תכליות דיני הנזיקין מתעוררת שאלה דומה: כיצד הם מתיישבים עם התכלית של "חקר האמת" שעומדת, לפי פסיקתו של בית המשפט העליון, ביסודם של דיני הראיות הישראלים. המשפט, קבע בית המשפט העליון, "עומד על האמת. ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת".⁴⁸ אמירות דומות ניתן למצוא גם

47 ראו: קלמנט ושפירא (לעיל, הערה 10) בעמ' 82–83, 90–91.

48 ראו: רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, בעמ' 522; כמו כן נאמר: "המשפט עומד על גילוי האמת ועשיית צדק, ודיני הראיות נועדו לשרת

בשיטות משפט זרות. כך למשל בית המשפט העליון האמריקאי ציין באחד מפסקי הדין שלו כי – “the basic purpose of a trial is the determination of truth”. מושג האמת נזכר גם בהקשר של דיון במוסד החקירה הנגדית שפסקי דין אמריקאיים כינו אותו “greatest legal engine ever invented for the discovery of truth”.⁴⁹ ריצ'רד פוזנר (Posner) מניח במאמר קלסי שכתב על הניתוח הכלכלי של דיני הראיות, שחקר האמת עומד ביסוד דיני הראיות (בכפוף לשיקולי עלות-תועלת) “The social goal of the evidentiary process is to minimize the sum of the cost of error and the cost of error avoidance”⁵⁰. אלא שהתזה שלפיה הדיון בבית המשפט יכול להביא לחקר האמת ניצבת מול סימני שאלה רבים כאשר בוחנים אותה מנקודת מבט פסיכולוגית, ובייחוד לאור הספרות הרבה שהתפרסמה בשנים האחרונות בתחום ההטיות הקוגניטיביות. ספרות זו הצביעה על האופן שבו הליך קביעת העובדות במשפט מושפע משורה ארוכה של הטיות קוגניטיביות, שמשפיעות על כל השחקנים המעורבים בהליך השיפוטי: הצדדים, עורכי דינם, שופטים, מושבעים ומומחים. בהקשר המוסדי-פסיכולוגי קיימת גם ספרות שמצביעה על קיומה של “הטיית עדות אדוורסרית” – “Adversarial Bias”, הנוצרת מהאינטראקציה שבין המאפיינים הפרוצדורליים של המשפט האדוורסרי לשיקולים האסטרטגיים של הצדדים.⁵¹ הטייה זו משקפת הן את מערכת הלחצים (הישירים והעקיפים) הפועלת על העד המומחה לתת עדות שתואמת את האינטרסים של שולחו והן הטיית בחירה (selection bias), שמשקפת את העובדה שהצדדים מחפשים מומחים שעמדתם תואמת את הצרכים שלהם ולא דווקא את איכותם המדעית ומעמדם בקהילה המדעית או את מידת יכולתם לשקף את הקונצנזוס המדעי או את חזית הידע. על הטייה זו עמד השופט רובינשטיין בציינו כי כשל קשה בשיטה של חוות דעת רפואיות משני הצדדים הוא ש... אין בר דעת יכול שלא להתרשם בתיקים רבים, כי תוכן חוות הדעת

תכלית זו”. ראו: רע"א 2235/04 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' אלי שירי, פ"ד סא(2) 634, בפסקה 10; ת"א (מחוזי נצ') 609-09 מחצבות כנרת נ' אמניר תעשיות ושירותי סביבה בע"מ (פורסם בנבו, 2011); אהרון ברק, “על משפט, שיפוט וצדק”, משפטים כז (תשנ"ו) 11. המונח אמת מופיעה גם פעמים רבות בפקודת הראיות. כך למשל, סעיף 53 קובע כי “ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית-המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט” (ההדגשות שלי – אנ"ק, א"פ). ראו: פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

49 *Tehan v. United States*, 383 U.S. 406, 416 (1966); *United States v. Evans* 216 F.3d 80, p. 85; *California v. Green*, 399 U.S. 149, p. 158 (1970).

50 ראו: Richard A. Posner, “An Economic Approach to the Law of Evidence”, 51 *Stan. L. Rev.* (1999) 1477, p. 1484; Marvin F. Frankel, “The Search for Truth: An Umpireal View”, 123 *U. Pen. L. Rev.* (1975) 1031. השימוש במונח error מניח שגילוי האמת עומד ביסוד ההליך השיפוטי.

51 David Bernstein, “Expert Witnesses, Adversarial Bias, and the (Partial) Failure of the Daubert Revolution”, 93 *Iowa L. Rev.* (2007–2008) 451, p. 453.

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזיקין גוף

קשור במזמין [...] בכגון דא מתעורר רצון עז כמעט להתעלם מחוות הדעת, וזה לדידי מן המקרים שבהם היה מקום למינוי מומחה מטעם בית המשפט...⁵²

נוסף על הטיה זו מומחים חשופים לעוד שתי הטיות מרכזיות שיכולות להשפיע על עדותם. הטיה אחת, שהיא מרכזית פחות לתחום של הערכת נכות, היא hindsight bias. הטיה זו משקפת את העובדה שכאשר אנו לומדים שאירוע מסוים התרחש אנו נוטים להגדיל את ההסתברות המיוחסת להתרחשותו.⁵³ הטיה אחרת, שיש לה משמעות רבה יותר לענייננו, היא confirmation bias.⁵⁴ הטיה זו משקפת את העובדה שהאופן שבו מומחים מנתחים ראיות מדעיות משקף לעתים את ההנחות המוקדמות שלהם (הן תפיסות ערכיות והן תפיסות מדעיות), הגורמות להם לייחס משקל יתר לראיות שתומכות בעמדתם ומשקל חסר לראיות ששוללות את עמדתם.⁵⁵ הטיה זו יכולה להביא למשל לכך שהערכת הנכות של מומחה מסוים תושפע מעמדתו כלפי סוגיות של צדק חלוקתי (שתוביל אותו למשל לקבוע אחוזי נכות גבוהים יותר לניזוקים שמצבם החברתי-כלכלי רע יותר). להטיית אלה מתווספת העובדה שלשופטים אין בהכרח הכלים להתמודד עם סוגיות אמפיריות מורכבות.

ספרות פסיכולוגית אחרת שרלוונטית למחקר עוסקת באופן שבו בני אדם משתמשים בהיוריסטיקות או כללי אצבע כדי להתמודד עם מצבים של עודף מידע או של מורכבות קוגניטיבית. ספרות זו מהווה בסיס להשערה שבחנו במחקר, ולפיה השופטים אינם נוהגים על פי הפרדיגמה האדוורסרית של ניתוח אפיסטמי מעמיק של הראיות המובאות לפניהם, אלא משתמשים בכללי אצבע פשוטים כדי להתמודד עם הדילמה האפיסטמית הכרוכה בביקורת של עדות מומחים ועם הלחצים החיצוניים שמושטים עליהם על ידי מערכת בתי המשפט (בפרט הצורך לסגור תיקים). הספרות הפסיכולוגית הראתה כי

52 ע"א 4330/07 מוזס אוריאל נ' מדינת ישראל, פסקאות טו-טז לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.3.2009) (להלן – עניין מוזס).

53 ראו: Baruch Fischhoff, "Hindsight=Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty", 1 *Journal of Experimental Psychology* (1975)288

54 סהר (לעיל, הערה 13) בעמ' 103; וכן: מור (לעיל, הערה 10) בעמ' 270–271. ביקורת על הרעיון שלפיו עד מומחה מסוגל להיות משוחרר מכל שיקולים חיצוניים הובעה במאמר, ראו: D.W. Shuman, "Expertise in Law, Medicine and Health Care", 26 *Journal of Health Politics, Policy and Law* (2001) 267, pp. 269–270 "גודש דם מוחי ואי שפיות זמנית – עדות מומחה בבית המשפט זוטא היסטורית", רפואה ומשפט 41 (2009) 141, בעמ' 143; אבי רובינשטיין, "תגובה למאמר המומחה הנאות: מחשבות למקרא ת"א 8067/06 ציון מחבר ושרה מחבר נ' הדסה מאת אברהם סהר – נקודת מבט רפואית משפטית שונה", רפואה ומשפט 41 (2009) 187, בעמ' 188; Justin P. Murphy "Expert Witnesses at Trial: Where Are the Ethics?", 14 *Geo. J. Legal Ethics* (2000) 217, p. 228.

55 Raymond S Nickerson, "Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises", 2 *General psychology* (1998) 175; Charles S. Taber, Damon Cann, Simona Kucsova, "The Motivated Processing of Political Arguments", 31 *Political Behavior* (2009) 137.

היעילות האפיסטמית של כללי אצבע אינה מובטחת אפריורי ותלויה בקונטקסט שבה הם מופעלים.⁵⁶ אכן, אחת השאלות המרכזיות שנדון בה בהמשך היא באיזו מידה השימוש בכללי אצבע שיפוטיים מספק את הצורך להגשים את היעדים החברתיים של דיני הנוזקין (ולא רק פתרון לדילמה אסטרטגית פנים-משפטית). הספרות הפסיכולוגית שתוארה לעיל מתיישבת עם תפיסות ספקניות יותר באשר ליחס שבין דיני הראיות למושג האמת. מערכת המשפט, כפי שכתבה Susan Haack, אינה דומה למערכות חקר דוגמת מדעי החיים או היסטוריה, והיא מונעת מתכלית אחרת, שמכתיבה גם את עמדת המשפט בנוגע לחקר העולם:

a legal system isn't exactly, as science is, a kind of inquiry; it is better described as a set of rules and machinery for resolving disputes and making it possible for people to live together in some kind of order. Not that inquiry is irrelevant to the law; but the reason it is relevant is that we want, not simply resolutions, but *just* resolutions. And legal inquiry operates under a kind of time constraint not relevant to physics, history, etc.; for, with good reason, the law seeks, in the words of Justice Blackmun, "quick, final and binding . . . judgments" – the desideratum of promptness imposing time constraints at one end of the process, and the desideratum of finality-and-bindingness at the other.⁵⁷

לפער הסיסטמי שבין המשפט למדע יש ביטוי סוציולוגי. כפי שטען Gunther Teubner, מנקודת מבט סוציולוגית המשפט, כמערכת חברתית אוטונומית, יוצר תמונת עולם עצמאית:

Under a constructivist social epistemology, the reality perceptions of law cannot be matched to a somehow corresponding social reality 'out there'. Rather it is law as an autonomous epistemic subject that constructs a social reality of its own.⁵⁸

Peter M. Todd, Gigerenzer Gerd, "Precis of simple heuristics that make us smart", 23 *Behavioral and Brain Sciences* (2000) 727; Richard Cooper, "Simple heuristics could make us smart; but which heuristics do we apply when?", 23 *Behavioral and Brain Sciences* (2000) 746; Aidan Feeney, "Simple heuristics: From one infinite regress to another?", 23 *Behavioral and Brain Sciences* (2000) 749, Kevin J. Heller, "The .Cognitive Psychology of Circumstantial Evidence", 105 *Mich. L. Rev.* (2006) 241
Susan Haack, "Epistemology legalized: Or, truth, justice, and the American way", 49 *AM. J. JURIS.* (2004) 43, p. 50
Gunther Teubner, "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law", 23 *LSR* (1990) 727, pp. 730, 744

דין ודברים ז' תשע"ד על פרוצדורה, תכלית ושיקול דעת שיפוטי בדיני נזיקין:
בחינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

יותר מכך, טויבנר טוען שהפרגמנטציה של העולם המודרני למערכות חברתיות אוטונומיות לוכדת את המשפט במלכודת אפיסטמית, שמשקפת מצד אחד את התלות של המשפט במערכות חברתיות אחרות כגון המדע (במקרה שלנו – מומחים רפואיים) ומצד שני את הלוגיקה הפנימית הייחודית של המשפט (שעליה הצביעה סוזן האק):

Since modern society is characterized on the one side by a fragmentation into different *epistemes*, on the other side by their mutual interference, legal discourse is caught in an "epistemic trap". The simultaneous dependence on and independence from other social discourses is the reason why modern law is permanently oscillating between positions of cognitive autonomy and heteronomy.⁵⁹

הטיעון של טויבנר מציב סימן שאלה כללי בדבר היכולת של המשפט לממש את התכליות שביסוד דיני הנזיקין. אם המשפט בונה לו תמונת עולם משל עצמו, אשר אינה משקפת מציאות אובייקטיבית ונבדלת גם מתמונות העולם שיוצרות מערכות חברתיות מקבילות, יכולתו לממש את התכליות שמיוחסות לדיני הנזיקין מוגבלת בשל המגבלות האפיסטמיות שבגדרן הוא פועל.⁶⁰ הניתוח האמפירי שיתואר להלן ממחיש את הדילמה האפיסטמית שעמה מתמודדים השופטים ואת הקושי הסיסטמי לתת לה מענה מושלם.

ד. הניתוח האמפירי

המחקר האמפירי בחן את אופי פעולתם של ההסדרים הנוהגים בישראל כיום לעניין קביעת הנזק בתביעות נזקי גוף ולשם כך השתמש בכמה אינדיקטורים אשר משקפים את השפעת ההסדרים על הדינמיקה של ההליך השיפוטי, את עלות ההליך ואת תרומתו היחסית למימוש התכליות של דיני הנזיקין ודיני הראיות. המחקר האמפירי נחלק לשניים: מחקר כמותי, אשר כלל בחינה וניתוח של מדדים שונים במדגם פסקי דין של בתי משפט שלום, ומחקר איכותני, שכלל ראיונות עומק עם מרואיינים בעלי נגיעה לתחום מינוי מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף. המחקר התמקד בסוגיית קביעת הנכות הרפואית בלבד, ולא התייחס להליך קביעת הנכות התפקודית על פי שיקול דעתו של בית המשפט. כמו כן לא התייחס המחקר לחוות דעת המוגשות לבית המשפט בנושאים פרה-רפואיים, כגון שיקום, סיעוד, ניידות וכיו"ב. בנוסף לא התייחס המחקר לחוות דעת רפואיות המוגשות להוכחת החבות בתביעות העוסקות ברשלנות רפואית.⁶¹

59 שם, בעמ' 744, 745–746.

60 Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System* (1993) pp. 80, 82

61 לדיון בסוגיית המומחים גם באספקלריה זו ראו: מור (לעיל, הערה 10).

1. שאלות המחקר

באמצעות סדרה של אינדיקטורים ביקשנו לבחון את המאפיינים האפיסטמיים של ההסדרים השונים ואת המידה שבה בתי המשפט משתמשים בכללי אצבע שונים כדי להתמודד עם הדילמה של הערכת עדויות המומחים. אינדיקטורים אלה נבחנו במסגרת ניתוח כמותי של מדגם פסקי הדין, והממצאים הכמותיים נבחנו שוב במסגרת ראיונות העומק. שאלות המחקר נחלקו לשני חלקים: האחד התמקד בבחינת מידת השימוש של בתי המשפט בכללי אצבע לצורך קבלת החלטה בסוגיית אחוזי הנכות של הנפגע (כמענה לדילמה האפיסטמית שעמה מתמודדים בתי המשפט), והשני התמקד בהשוואת עלותם היחסית של ההסדרים השונים.

(א) הדילמה האפיסטמית של בתי המשפט

במסגרת הפן הזה של המחקר בחנו שלוש שאלות. ראשית בחנו אינדיקציות לקיומה של הטיה אדוורסרית בקרב המומחים (adversarial bias), וזאת באמצעות בדיקת הפערים שבין חוות דעת המומחים בתביעות פקנ"ז. קיומם של פערים ניכרים בין חוות הדעת של מומחי הצדדים יכול לתמוך בטענה שחוות הדעת סובלות מהטיה אדוורסרית, כפי שנטען בספרות.⁶² שנית בחנו את שיקול דעתו של בית המשפט במינוי מומחים מטעמו בתביעות פקנ"ז. במיוחד ביקשנו לבחון באיזו מידה שופטים משתמשים בכללי אצבע כדי לפתור את הדילמות האפיסטמיות שמתעוררות בקביעת שיעורי הנכות ואת עדויות המומחים שניתנות בהקשר זה. ההשערה שלנו הייתה שנמצא שימוש בכללי אצבע בגלל המגבלות האפיסטמיות ובגלל הלחצים המוסדיים (במובן של הצורך "לסגור תיקים") שמוטלים על השופטים.⁶³ בהקשר זה בחנו כמה פרקטיקות שיפוטיות ואם ניתן להסביר אותן באמצעות הכלי המושגי של כלל אצבע. הפרקטיקה הראשונה שבחנו בהקשר זה היא המנגנון של מומחה מטעם בית המשפט. בתי המשפט משתמשים בכלי של מינוי מומחה מטעם בית המשפט כאמצעי מקובל להכרעה בין קביעות המומחים מטעם הצדדים. במסגרת ניתוח פסקי הדין ביקשנו לבחון אם קיומם של פערים גדולים בין מומחי הצדדים מסבירים את החלטתו של בית משפט למנות מומחים מטעמו. פרקטיקה שיפוטית שלפיה כשקיימות חוות דעות סותרות בית המשפט ממנה מומחה מטעמו ומכריע במחלוקת על בסיס עדותו של המומחה, משקפת פתרון היוריסטי לדילמה האפיסטמית שעומדת בפני בית המשפט. לפי אסטרטגיה זו בית המשפט אינו מתיימר

62 ראו, למשל: T. B. Hugh, S. W. Dekker, "Hindsight bias and outcome bias in the social construction of medical negligence: a review", 16 *JLM* (2009) 846, p. 851; George C. Harris, "Testimony for Sale: The Law and Ethics of Snitches and Experts", 28 *Pepp. L. Rev.* (2000) 1, p. 3

63 תומר זרחין, "מנהל בתי המשפט התריע: לישראל חסרה מחצית ממספר השופטים הנדרש", *הארץ* (9.2.2011).

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

להפעיל שיקול דעת עמוק (הכולל בחינה מעמיקה של הראיות) אלא משתמש בכלל אצבע ובמנגנון מוסדי כדי להכריע במחלוקת האפיסטמית (במקרה זה אימוץ עמדת המומחה מטעמו). פרקטיקה כזו, אם תוכח, אינה מתיישבת עם התפיסה האדוורסרית הקלסית, שלפיה בית המשפט בוחן בחינה מעמיקה את חוות דעתם ועדויותיהם של המומחים השונים ומכריע על פי העדות שהתרשם שהיא אמינה יותר ונכונה יותר. כאינדיקטור משלים בחנו באיזו מידה נוהגים בתי המשפט לאמץ את קביעות המומחים מטעמם הן במסגרת תביעות פקנ"ז והן במסגרת תביעות פל"ד. שאלה זו נועדה לבחון באיזו מידה מומחה בית המשפט הוא גורם מכריע בשאלת הנכות הרפואית, ואם בתי המשפט מפעילים שיקול דעת עצמאי בקביעת הנכות בתיקים שבהם ממונה מומחה רפואי מטעם בית המשפט, או שהם נוטים להסתמך באופן "עיוור" על שיקול דעתו. בהקשר זה בחנו גם אם קיומה של חקירה נגדית של המומחה מטעם בית המשפט משפיעה על נכונותו של בית המשפט לאמץ את חוות הדעת של המומחה מטעמו (שאלה זו נבחנה בנפרד ביחס לתיקי פל"ד ותיקי פקנ"ז).

שלישית, כדי להשלים את ניתוח האסטרטגיה האפיסטמית של בתי המשפט בחנו כיצד מתבצעת ההכרעה השיפוטית במסגרת תיקי פקנ"ז שבהם לא מונה מומחה מטעם בית המשפט וכשבפני בית המשפט עומדות חוות דעת סותרות מטעם הצדדים. במיוחד ביקשנו לבחון אם קיימת אינדיקציה בתיקים אלה לשימוש בכלל אצבע שמחליף את הכלל של מינוי המומחה מטעם בית המשפט. כלל האצבע שבחנו הוא חישוב הממוצע שבין שיעור הנכירות שנקבעו על ידי המומחים מטעם הצדדים.

(ב) העלות היחסית של ההסדרים

נוסף על בחינת האסטרטגיה האפיסטמית של בתי המשפט בחנו את פערי העלויות בין ההסדרים. גם כאן התחלקה החקירה לשלוש שאלות משנה. ראשית בדקנו את הפער שבין ההסדרים בנוגע לעלות העסקת המומחים. עלות העסקת המומחים מורכבת משני אלמנטים נפרדים: עלות חוות הדעת ועלות ההופעה של המומחה בבית המשפט לחקירה נגדית (שיכולה להיחסך, אם הצד שכנגד מוותר עליה, או אם מדובר במומחה מטעם בית המשפט, ששני הצדדים מוותרים עליה). השערת המחקר שלנו בהקשר זה הייתה כי חוות דעת מומחים שיוגשו בתיקי פקנ"ז יהיו רבות מאלה שיוגשו בתיקי פל"ד, וכי גם החקירות (הכוונה לערכים "מנורמלים" לפי תיק) בתיקי פקנ"ז יהיו רבות יותר. במסגרת הניתוח האמפירי בחנו את שני האלמנטים האלה (מספר חוות הדעת שהוגשו ומספר החקירות הנגדיות שבוצעו בכל תיק). יצוין שחקירה נגדית משיתה עלויות הן על הצדדים והן על בית המשפט מאחר שהיא גורמת להארכת הזמן השיפוטי המוקדש לתיק. במסגרת ראיונות העומק שערכנו בחנו את עלות חוות הדעת של מומחה ואת עלות החקירה, ובמצורף אפשרו לנו נתונים אלה לאמוד את עלות העסקת המומחים. שנית ביקשנו לבחון במסגרת הערכת היעילות היחסית של סוגי ההסדרים את מספר התביעות הנדחות על ידי בתי המשפט מטעמים של היעדר אחריות, לאחר דיון בשאלת

הנזק. באופן כללי סווגו תיקים כמקרים של דחייה מטעמי חבות אם בסיום ההליך דחה בית המשפט את תביעתו של התובע וקבע כי הנתבע אינו חייב בפיצוי לתובע. בתביעות על פי פקנ"ז מצבים מסוג זה עשויים להתעורר כאשר נקבע כי הנתבע לא התרשל או לא הפר חובה חקוקה. בתביעות פל"ד עשויים להתקיים מקרים של דחיית התביעה מטעמי חבות, כאשר מוכח כי לא חל כיסוי ביטוחי לנפגע מטעמים שונים, כגון היעדר רישיון נהיגה בתוקף או היעדר ביטוח, וכן במצבים שבהם מוכח כי אירוע התביעה אינו תאונת דרכים.⁶⁴ תביעות הנדחות בסופו של הליך בשל היעדר אחריות משפטית, לאחר שהתקיים דיון בסוגיית הנזק והובאו עדויות המומחים הרפואיים השונים, גורמות לכאורה לבזבוז עלויות מנהליות וזמן שיפוטי. לבית המשפט סמכות להורות במסגרת ההליך הנוזקי על הפרדת הדיון בשאלת החבות מן הדיון בשאלת הנזק באופן המאפשר למנוע מצב דברים זה.

השאלה השלישית שבחנו במסגרת הניתוח ההשוואתי על עלויות המודלים השונים שיקפה את הביקורות שנשמעו בספרות על ההסדר הקבוע בסעיף 6א' לחוק הפל"ד. אחד החששות שהובעו בספרות (ראו פרק 2 לעיל) היה כי הסדר זה, שלפיו התובע נדרש רק להציג "ראשית ראיה" כתנאי למינוי מומחה מטעם בית המשפט, עשוי להוביל לבקשות סרק של תובעים, אף במצבים שבהם הסיכויים לקיומה של נכות קלושים. לשם בירור אפשרות זו בחנו באיזה שיעור מן התביעות בפל"ד שבמסגרתן מועלית טענה לקיומה של נכות רפואית נפסקת על ידי בית המשפט לתובע נכות רפואית בשיעור של 0%. הואיל ובתביעות פקנ"ז מצרף התובע לתביעתו חוות דעת רפואית המציינת שיעור נכות נטען, בחנו באיזה שיעור מן המקרים נפסקה נכות בשיעור 0% על ידי מומחי בית המשפט שנתמנו ועל ידי מומחי הנתבעים.

2. שיטה

(א) המחקר הכמותי

במסגרת המחקר הכמותי נבחנו 446 פסקי דין של בתי משפט שלום שניתנו בין השנים 2008 ו-2011 ואשר דנו בתביעות נזקי גוף שבמסגרתן טען התובע טענה לקיומה של נכות רפואית בעקבות התאונה, והוגשה לבית המשפט לפחות חוות דעת רפואית אחת. פסקי הדין שנבחנו נחלקו ל-198 פסקי דין בתביעות פל"ד ו-248 פסקי דין בתביעות פקנ"ז. המחקר הכמותי נערך בשני שלבים: השלב הראשון כלל איסוף נתונים ממדגם פסקי הדין שנבחנו וניתוחם לפי כמה קריטריונים ואינדיקטורים. בשלב השני

64 יצוין כי תיקים שבהם התקיימה מחלוקת מוקדמת בסוגיית סיווג המקרה לחוק הפל"ד או לפקנ"ז לא סווגו כמקרים של דחייה מטעמי חבות אלא נבחנו על פי סוג המשטר שאותו החיל בית המשפט על המקרה.

נערך ניתוח סטטיסטי של הממצאים על פי השערות המחקר.⁶⁵ הניתוח הסטטיסטי כלל התייחסות נפרדת לכל אחת מקבוצות התיקים – פל"ד ופקנ"ז – לצד השוואה בין התיקים משני סוגי המשטרים. הניתוח הסטטיסטי הסתמך על שישה אינדיקטורים מרכזיים: (1) מספר המומחים הרפואיים המתמנים בתיקי פל"ד ופקנ"ז; (2) הפער בין חוות הדעת של מומחי הצדדים בתיקי פקנ"ז; (3) שיעור חקירות מומחים בתיקי פל"ד ופקנ"ז; (4) אם אומצו קביעותיהם של מומחי בית המשפט על ידי בית המשפט בתיקי פל"ד ופקנ"ז; (5) שיעור המקרים שבהם נדחות תביעות בשל היעדר חבות משפטית לפי ציוי התובע; (6) שיעור המקרים שבהם נקבעת לתובע בסיום ההליך נכות רפואית בשיעור 0% בעקבות התאונה. הניתוח המרכזי כלל השוואה של המדדים השונים בין תיקי פל"ד לתיקי פקנ"ז. בנוסף כלל הניתוח הסטטיסטי תתי-ניתוח של תיקי פקנ"ז תוך ביצוע חלוקה פנימית לתיקים מרובי מחלוקת ולתיקים מעוטי מחלוקת וכן לתיקים שבהם מונו, או לא מונו, מומחים מטעם בית המשפט. לצורך הניתוח הסטטיסטי בהבחנה בין תיקים מרובי מחלוקת לתיקים מעוטי מחלוקת נערך מבחן t למדגמים בלתי תלויים, שבמסגרתו נערכה השוואה פנימית בתוך תיקי פקנ"ז בין תיקים שבהם מחלוקת מועטה לתיקים שבהם מחלוקת רבה לגבי מספר המומחים המתמנים בתיק.⁶⁶

ערכנו בדיקה של התפלגות התחומים הרפואיים שבהם מונו המומחים. הניתוח האמור בוצע לכלל תחומי המומחיות הרפואית בתיקי המדגם. מצאנו כי בתיקי פל"ד מונו 170 אורתופדים, שהם 57.6% מכלל המומחים בתיקי פל"ד שנדגמו, וכן שב-85% מתיקי פל"ד שנדגמו מונו מומחים אורתופדים. בנוסף, מצאנו כי בתיקי פקנ"ז מונו 449 אורתופדים, שהם 66.8% מכלל המומחים בתיקי פקנ"ז שנדגמו, וכן שב-76% מתיקי פקנ"ז מונו מומחים אורתופדים. בכלל תיקי המדגם מונו 619 אורתופדים, שהם 64% מכלל המומחים שמונו בתיקים שנדגמו.⁶⁷

(ב) המחקר האיכותני

המחקר האיכותני כלל ראיונות עומק עם מרואיינים מכל הקבוצות הרלוונטיות

65 התיקים נדגמו בשנים 2008–2011 באמצעות מאגר נבו לפי מילות חיפוש האלה (ולפי הסדר הכרונולוגי שבו הם הוצעו במאגר): ערכאה – שלום, סוג הליך – ת.א., ביטוי: נזקי גוף, וגם: מומחה או מומחים, וגם: נכות או נכויות, ולא: תאונת דרכים. שם חוק: פקודת הנזיקין [נוסח חדש] – רבדים. בתיקי פל"ד – אותן מילות חיפוש רק במקום "ולא: תאונת דרכים" וגם תאונת דרכים". במקום פק' הנזיקין צוין שם חוק: חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה–1975. תביעות שיכוב בין חברות ביטוח הוצאו מהמדגם.

66 לצורך השוואה זו חושב הערך החציוני של הפער בין נכות משוקללת מומחי תובע לנכות משוקללת מומחי נתבע. תיקים שבהם ציון הפער היה נמוך מהערך החציוני סווגו כתיקים שבהם מחלוקת מועטה, ותיקים שבהם ציון הפער היה גבוה מהערך החציוני סווגו כתיקים שבהם מחלוקת רבה.

67 באופן כללי 63.5% מהתיקים הם אורתופדיים "טהורים", 19% לא אורתופדיים "טהורים", והיתר תיקים מעורבים.

למחקר. במסגרת זאת נפגשנו עם אלה: שני שופטים בדימוס של בתי משפט שלום,⁶⁸ שלושה עורכי דין העוסקים בייצוג תובעים בלבד בתביעות נזקי גוף,⁶⁹ ארבעה עובדים בכירים בהנהלת מחלקת התביעות של נזקי גוף בשתי חברות ביטוח בארץ⁷⁰ וחמישה רופאים בכירים שעוסקים, או שעסקו בעבר, במתן חוות דעת רפואיות.⁷¹ הראיונות ארכו בין חצי שעה לשעה בממוצע, ובמסגרתם נשאלו המרואיינים שאלות על פי שאלונים שחוברו לכל אחת מן הקבוצות. חלק מהמרואיינים הסכימו ששמותיהם יאוזכרו בגוף העבודה, וכך נהגנו. הליך ביצוע הראיונות ארך כשנה והראיונות תומללו. בניגוד למחקר הכמותי, המחקר האיכותני אינו מתיימר לספק תמונה מייצגת של ספקטרום הדעות בקבוצות שרואיינו אלא להאיר את השאלות שנבחנו במחקר באמצעות נקודות הזווית של המרואיינים באופן שיכול להשלים את המחקר הכמותי ולהציע פרשנות נוספת לממצאיו.⁷²

3. ממצאי הניתוח הכמותי

(א) האסטרטגיה האפיסטמית של בתי המשפט

ראשית מצאנו כי חוות הדעת שהוגשו במסגרת תביעות פקנ"ז היו, בממוצע לתיק, רבות בכ-80% מחוות הדעת שבתיקי פלח"ד.⁷³ ב-446 התיקים שנבחנו מונו בסך הכול

68 השופט בדימוס דוד גלדשטיין ושופטת בדימוס. לצערנו לא קיבלנו היתר מהנהלת בתי המשפט לראיין שופטים מכהנים.

69 עורך הדין אריאל פרויליך, עו"ד אליעזר פני גיל ועו"ד רוני זייד-אלדר.

70 שתי מנהלות מחלקת תביעות גוף חובה בחברות ביטוח בישראל ושני בכירים בתפקיד סגן מנהל מחלקת תביעות גוף חובה. מרואיינים אלה ביקשו לשמור על האנונימיות שלהם.

71 שני פרופסורים מנהלי מחלקות בבית חולים בארץ בתחום נירולוגיה ואא"ג, אשר ביקשו לשמור על האנונימיות שלהם, ד"ר שי גרינשטיין, פסיכיאטר מומחה ובכיר בבית החולים גהה, פרופ' משה פיינסוד – פרופסור אמריטוס, המנהל לשעבר של המחלקה הנירו-כירורגית בבית החולים רמב"ם, ופרופ' אברהם סהר – פרופסור מן המניין אמריטוס בנירוכירורגיה באוניברסיטת תל-אביב, ומנהל בדימוס של המחלקה לנירוכירורגיה במרכז הרפואי ע"ש שיבא, תל השומר, עורך דין ומגשר ועורך כתב העת "רפואה ומשפט". פרופ' אברהם סהר עסק עיסוק נרחב בתחום מינוי המומחים הרפואיים בתביעות נזקי גוף, וחלק מכתביו מצוינים כמקורות בהערות שוליים שונות לעבודה זו.

72 התוקף של מחקר איכותני אינו נובע מהיותו מייצג (במובן של מושג זה במחקר כמותני) אלא, כפי שמציין Joseph Maxwell:

Generalizability is normally based on the assumption that this theory may be useful in making sense of similar persons or situations rather than on an explicit sampling process and the drawing of conclusions about a specified population through statistical inference. Maxwell Joseph, "Understanding and Validity in Qualitative Research", 62 *Harvard Educational Review* (1992) 279, p. 293; John W. Creswell, Dana L. Miller, "Determining Validity in Qualitative Inquiry", 39 *Theory Into Practice* (2000) 124.

73 לצורך בחינת השערת מחקר זו במסגרת המחקר הכמותי נבחנו שלושה סוגי התפלגות: (1) התפלגות המומחים שמונו מטעם בית המשפט, מטעם התובע ומטעם הנתבע לפי כל סוג משטר (בנפרד; 2) התפלגות תיקי פלח"ד ופקנ"ז לפי מספר המומחים שמונו; (3) התפלגות

דין ודברים ז תשע"ד על פרוצדורה, תכלית ושיקול דעת שיפוטי בדיני נזיקין :
 בחינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

967 מומחים, מתוכם 672 מומחים בתביעות פקנ"ז (69.5%) ו-295 מומחים בתביעות פל"ת"ד (30.5%). התפלגות המומחים שמונו בתביעות פקנ"ז הייתה 266 מומחים מטעם התובע (40%), 240 מומחים מטעם הנתבע (36%) ו-163 מומחים בתי המשפט (24%). ממוצע המומחים שמונו בתיקי פל"ת"ד היה 1.5 מומחים (sd=0.96), ובתיקי פקנ"ז הממוצע היה 2.7 מומחים לתיק (sd=1.2.) ו-2.31 מומחים (sd=0.8) בממוצע לפגיעה. בטבלה 1, להלן, מוצגים הנתונים על אודות מספר המומחים שמונו בממוצע לתיק ובממוצע לפגיעה בכל אחד מן המשטרים.

טבלה 1: מספר המומחים הרפואיים המתמנים בתיק כאינדקטור לאפיון תיקי נזקי גוף לפי סוג המשטר (פקנ"ז, פל"ת"ד)⁷⁴

סה"כ			פל"ת"ד			פקנ"ז			
סטיית תקן SD	ממוצע M	גודל מדגם N	סטיית תקן SD	ממוצע (מומחים) M	גודל מדגם N (תיקים)	סטיית תקן SD	ממוצע (מומחים) M	גודל מדגם N (תיקים)	
1.25	2.18	446	0.96	1.51	198	1.2	2.7	248	מומחים שמונו בתיק
0.9	1.72	446	0.12	0.97	198	0.8	2.31	248	מומחים שמונו לפגיעה
0.88	1.02	446	0.96	1.48	198	0.6	0.66	248	מומחים שמונו מטעם בית משפט בתיק
0.43	0.73	446	0.19	0.95	198	0.48	0.56	248	מומחים שמונו מטעם בית משפט לפגיעה

תיקי פקנ"ז לפי מספר המומחים בתיק שמונו מטעם בית המשפט, מטעם התובע ומטעם הנתבע. לאחר מכן נערכו מבחני ז למדגמים בלתי תלויים ומבחני חי כריבוע, שבמסגרתם הושו המשטרים במשתני מינוי מומחים.

74 האחוזים לפי סוג המשטר חושבו מתוך סך כל התיקים מסוג פקנ"ז (n=198) או פל"ת"ד (n=248); הנפרד; האחוזים לסך כל התיקים חושבו מתוך קורפוס התיקים הכללי (n=446).

שנית בחנו את הפער שבין קביעות מומחי הצדדים בתיקי פקנ"ז. במסגרת ניתוח זה נבחנו רק המקרים שבהם הוגשו חוות דעת מנוגדות מטעם שני הצדדים (תובע ונתבע), הן חוות דעת שהוגשו בפגיעה אחת והן בשתי פגיעות. תיקים שבהם הוגשה חוות דעת מטעם התובע, ואילו הנתבע לא הגיב בחוות דעת מנוגדת מטעמו, לא נכללו בחישוב. בסך הכול נבחנו 187 תיקים שבהם הוגשו חוות דעת משני הצדדים.⁷⁵ מצאנו כי ב-97% מהתיקים שבהם הוגשו חוות דעת מטעם שני הצדדים היו פערים בין חוות הדעת. הפער הממוצע בין קביעת מומחי התובע למומחי הנתבע היה 16.09 אחוזי נכות (SD=12.41). שלישית בחנו אם קיימת זיקה בין הפער שבין חוות הדעת של מומחי הצדדים לנטיית בית המשפט למנות מומחה מטעמו. לצורך בירור שאלה זו בחנו את היקף השימוש בסמכות בית המשפט למנות מומחה מטעמו בתביעות פקנ"ז. מצאנו כי ב-44% מ-248 תיקי פקנ"ז שנדגמו מונו מומחים מטעם בית המשפט, ובסך הכול מונו בתיקים אלו 163 מומחים מטעם בית המשפט. בנוסף בחנו את הזיקה בין אופי התיק (מחלוקת רבה או מועטה) לנטיית בית המשפט למנות מומחה מטעמו.⁷⁶ מצאנו כי שיעור תיקי פקנ"ז שבהם מונה מומחה מטעם בית משפט בתיקים מרובי מחלוקת היה גבוה במובהק לעומת תיקים מעוטי מחלוקת. ב-85% מהתיקים מרובי המחלוקת מונה מומחה מטעם בית המשפט, אך בתיקים מעוטי המחלוקת רק ב-31% מהם מינה בית המשפט מומחה מטעמו. בטבלה 2 מוצגת התפלגות תיקי פקנ"ז לפי השאלה אם מונה מומחה מטעם בית משפט ולפי סוג המחלוקת.

טבלה 2: מינוי מומחים מטעם בית משפט כאינדיקטור לאפיון תיקי פקנ"ז לפי סוג המחלוקת⁷⁷

מבחן סטטיסטי	סוג המשטר – פקנ"ז			
	סך הכול	מחלוקת מועטה	מחלוקת רבה	
$\chi^2(1,185)=55.2^{***}$	108 (58.1%)	29 (26.9%)	79 (73.1%)	תיקים בהם מונה מומחה מטעם בית משפט
	78 (41.9%)	64 (82.1%)	14 (17.9%)	תיקים בהם לא מונה מומחה מטעם בית משפט
	186 (100%)	93 (50%)	93 (50%)	סך הכול

⁷⁵ לצורך בחינת השערת המחקר חישבנו את הפער המספרי בין שיעור הנכות המשוקללת שנקבעה על ידי מומחי התובע לבין הנכות המשוקללת שנקבעה על ידי מומחי הנתבע.

⁷⁶ כדי לבדוק את שאלת המחקר האמורה נערך מבחן חי בריבוע, שבמסגרתו נערכה השוואה פנימית בתוך תיקי פקנ"ז בין תיקים שבהם מחלוקת מועטה לבין אלה שבהם מחלוקת רבה, לגבי השאלה אם מונו מומחים מטעם בית המשפט.

⁷⁷ תיקי פקנ"ז חולקו לפי סוג המחלוקת על יסוד הערך החציוני של הפער בין נכות משוקללת-מומחי-תובע לנכות משוקללת-מומחי-נתבע (Median=12.0). השיעור לסך כל התיקים חושב מתוך קורפוס תיקי פקנ"ז שבו היה אפשר לאפיין קיומה של מחלוקת (n=187). בתיקים הנתורים או שלא מונה מומחה מטעם הנתבע או שאחד הנתונים היה חסר.

רביעית בחנו אם בתי המשפט נוטים לאמץ את קביעות המומחים מטעמם – הן בתיקי פקנ"ז והן בתיקי פל"ד. מצאנו כי ב-91.5% מסך כל התיקים שבהם מונה מומחה מטעם בית משפט אימץ בית המשפט את קביעת המומחים מטעמו; שיעור דומה נמצא בתיקי פל"ד (91.2%) ופקנ"ז (92%).⁷⁸ משמעות ממצא זה היא שהן בתיקי פקנ"ז והן בתיקי פל"ד נוטים בתי המשפט לאמץ את קביעת המומחים מטעמם. גם באותם מקרים שבהם בית משפט בחר שלא לאמץ את קביעת המומחה מטעמו הייתה הסטייה מקביעת המומחה מזערית. כך, הסטייה הממוצעת הייתה 0.66 (SD=3.66), והיא נמצאה דומה בתיקי פל"ד (0.54) ופקנ"ז (0.83).⁷⁹

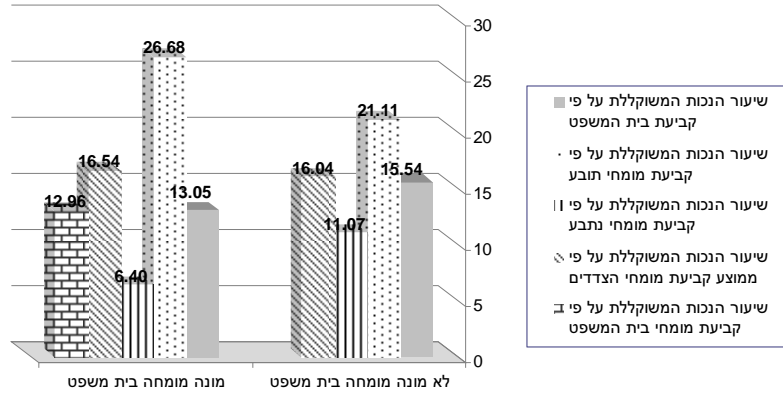
חמישית בחנו אם בתיקים שבהם לא ממונה מומחה מטעם בית המשפט נוטים בתי המשפט לקבוע שיעור נכות המשקף את ממוצע הנכויות בין קביעות מומחי הצדדים, ואכן מצאנו כי בתיקים אלה שיעור הנכות המשוקללת על פי קביעת בית המשפט משקף את ממוצע שיעורי הנכות המשוקללת בין קביעת מומחי התובע לזו של מומחי הנתבע. בכ-48% מהתיקים שבהם לא מונה מומחה מטעם בית המשפט לא נמצא פער כלל בין הנכות המשוקללת שנקבעה לפי בית המשפט לבין ממוצע הנכות המשוקללת לפי קביעת מומחי הצדדים, ובכ-42% מהתיקים היה הפער נמוך מ-5% (ראו איור ב). מנגד, בתיקים שבהם מינה בית המשפט מומחה מטעמו לא תאמה קביעת הנכות את מיצוע הנכויות והייתה נמוכה במובהק משיעור הנכות המשוקללת הממוצע בין הצדדים. בנוסף, באופן התואם את הממצאים שהוצגו לעיל, פסיקת בית המשפט הייתה כמעט זהה לקביעת המומחים מטעמו.⁸⁰ ראו איור א להלן.

78 מתוך 248 תיקי הפקנ"ז שבמדגם אימץ בית המשפט את עמדת המומחה מטעמו ב-128 תיקים (51.6%) (לא בכל התיקים האלה מונה מומחה מטעם בית המשפט); מתוך 198 תיקי הפל"ד שבמדגם אימץ בית המשפט את עמדת המומחה מטעמו ב-189 תיקים (95.5%).

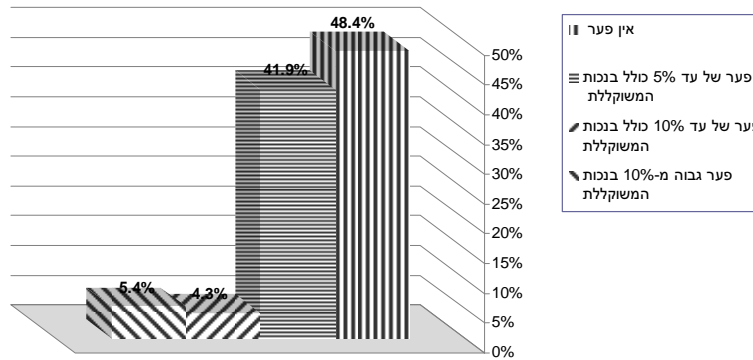
79 כדי לבדוק את שאלת המחקר נבחנו התפלגות תיקי פל"ד ופקנ"ז לגבי משתני אימוץ קביעת מומחי בית משפט. כמו כן נערכו מבחני חי בריבוע, שבמסגרתם הושוו המשטרים לגבי משתנים אלה. בתיקי פל"ד נבחנו כל התיקים, שכן בכולם מונה מומחה בית משפט והתקבלה קביעת בית המשפט לעניין הנכות. בתיקי פקנ"ז נבחנו 136 תיקים בלבד, כיוון שמומחה בית משפט מונה רק ב-148 תיקים מתוך 248 התיקים שנבחנו, ובמסגרת אותם התיקים נכללו תביעות אשר נדחו מטעמי חבות, ובית המשפט לא נתן פסיקה לעניין הנכות, ועל כן לא היה נתון באשר לקביעת בית המשפט. מתוך 148 התיקים שנבחנו בפקנ"ז ב-36 תיקים (24.3%) ניתנה עדות של מומחה מטעם בית משפט.

80 כדי לבחון שאלה זו נערך מבחן t למדגמים תלויים (paired sample t-test) ב-108 תיקי פקנ"ז שבהם מונה מומחה בית משפט, והתקבל הממצא: $t(110) = -4.28, p < .001$.

איור א. ממוצע שיעור הנכות המשוקללת על פי קביעת בית המשפט ומומחי הצדדים, לפי מינוי מומחה בית משפט בתיקי פקנ"ז



איור ב. הפער בין שיעור הנכות המשוקללת על פי קביעת בית המשפט לממוצע שיעור הנכות המשוקללת על פי קביעת מומחי הצדדים, בתיקי פקנ"ז שבהם לא מונה מומחה מטעם בית המשפט (n=93)



בחינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

בטבלה 3 להלן מוצגים שיעורי הנכות המשוקללת בתיקי פקנ"ז בהתייחס לקביעת מומחי התובע, לקביעת מומחי הנתבע, לקביעת מומחי בית המשפט ולפסיקת בית המשפט. טבלה 3: שיעור הנכות המשוקללת על פי קביעת הצדדים השונים כאינדיקטור לאפיון תיקי נזיקין מסוג פקנ"ז, לפי מינוי מומחי בית משפט⁸¹

סוג המשטר – פקנ"ז									
סה"כ			מונה מומחה בית משפט			לא מונה מומחה בית משפט			שיעור הנכות המשוקללת
SD	M	N	SD	M	N	SD	M	N	
11.26	14.11	187	9.84	13.05	108	12.88	15.54	79	שיעור הנכות המשוקללת על פי קביעת בית משפט
15.01	24.33	187	14.49	26.68	108	15.21	21.11	79	שיעור הנכות המשוקללת על פי קביעת מומחי התובע
9.24	8.37	187	7.72	6.40	108	10.45	11.07	79	שיעור הנכות המשוקללת על פי קביעת מומחי הנתבע
11.10.81	16.33	187	9.91	16.54	108	11.99	16.04	79	שיעור הנכות המשוקללת על פי ממוצע בין קביעת מומחי התובע למומחי הנתבע
			9.73	12.96	108				שיעור הנכות המשוקללת על פי קביעת מומחי בית המשפט

בנוסף, בחנו, בשני ההסדרים, אם קיימים הבדלים בין תיקים שבהם המומחים מטעם בית המשפט נחקרו לתיקים שבהם לא התקיימה חקירה מההיבט של נכונות בית המשפט לאמץ את חוות דעתם. כפי שצוין לעיל, ב-91.5% מסך כל התיקים שבהם מונה מומחה

81 187 תיקי פקנ"ז נכללו בעיבוד סטטיסטי זה, ואילו תיקי הפקנ"ז הנותרים הוצאו מהעיבוד מכיוון שחסרו נתונים באחד מהמשתנים הנבדקים לפחות, או שבית המשפט לא קבע נכות בשל היעדר חבות.

מטעם בית משפט, אימץ בית המשפט את קביעת המומחים מטעמו (91.2% בתיקי פל"ד ו-92% בתיקי פקנ"ז). נתון זה מרמז לכאורה שלחקירה לא הייתה השפעה רבה. הניתוח שעשינו מאשש זאת. מצאנו שקיימים הבדלים מסוימים בין התיקים, אולם הפערים היו קטנים מאוד, במידה שמעמידה בספק קיומו של אפקט ממשי לחקירה. ראשית בחנו אם קיימים הבדלים בין התיקים מבחינת הפער שבין אחוז הנכות המשוקללת שקבע בית המשפט לאחוז הנכות המשוקללת שקבעו המומחים מטעמו. באופן כללי נמצא שממוצעי הפער שבין אחוז הנכות המשוקללת שקבע בית המשפט לבין אחוז הנכות שקבעו המומחים מטעמו היו נמוכים מאוד, הן כאשר התקיימה חקירת מומחים והן כאשר לא התקיימה, בשני ההסדרים. עם זאת כאשר התקיימה חקירה, ממוצעי הפער היו גבוהים בשני ההסדרים מן הממוצעים שהתקבלו בתיקים שבהם לא התקיימה חקירת מומחים. נתון זה מעיד לכאורה שכאשר התקיימה חקירה של המומחים מטעם בית המשפט, בית המשפט נטה פחות לאמץ במלואה את חוות דעתם לעניין הנכות. עם זאת מאחר שבשני המקרים הפער בין קביעת בית המשפט לחוות דעת המומחים מטעמו נותר קטן, קשה לדעתנו לייחס לכך משמעות רבה. בטבלה 4 מוצגים ממוצעי הפערים בשיעורי הנכויות לפי סוג המשטר ולפי חקירת מומחים.

טבלה 4: הפער באחוז הנכות שקבע בית המשפט לאחוז הנכות לפי קביעת המומחים מטעמו, לפי סוג המשטר וחקירת המומחים

פקנ"ז						פל"ד						
לא התקיימה חקירת מומחים			התקיימה חקירת מומחים			לא התקיימה חקירת מומחים			התקיימה חקירת מומחים			
SD	M	N	SD	M	N	SD	M	N	SD	M	N	
0.57	0.09	100	0.87	0.29	38	1.11	0.17	121	3.19	1.11	71	*

* הפער באחוז הנכות שקבע בית המשפט לאחוז הנכות לפי המלצת המומחים מטעמו

(ב) העלות היחסית של ההסדרים

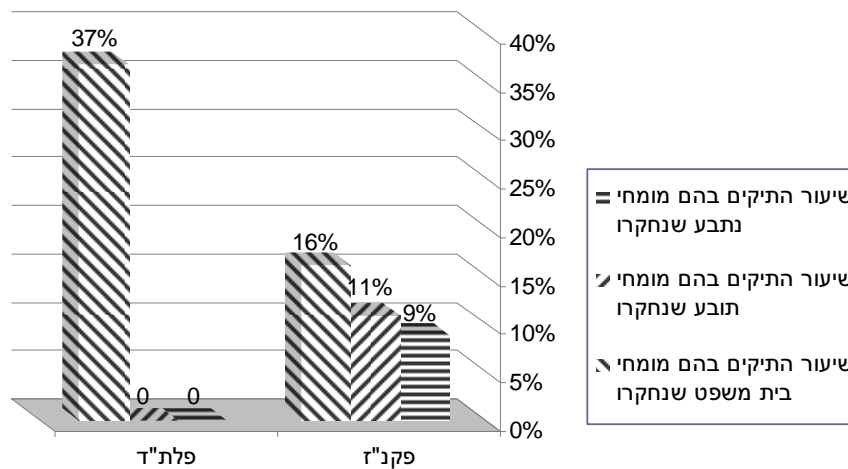
ראשית, כפי שתואר בפתח הסעיף הקודם, מצאנו כי במסגרת תביעות פקנ"ז מוגשות למעלה מפי שניים חוות דעת מאלו המוגשות בתביעות פל"ד: ב-446 התיקים שנבחנו מונו 672 מומחים בתביעות פקנ"ז (69.5%) ו-295 מומחים בתביעות פל"ד (30.5%). שנית, בחנו את ההבדלים מבחינה כמותית בחקירות המומחים בין שני ההסדרים. מצאנו, בניגוד להשערותנו המקורית, ששיעור התיקים שבהם התקיימה חקירת מומחים מטעם בית משפט גבוה בתיקי פל"ד במובהק (37%) לעומת תיקי פקנ"ז (16.2%).⁸² במרבית

82 במסגרת הניתוח הסטטיסטי נבחנה התפלגות תיקי פל"ד ופקנ"ז לפי שיעור התיקים שבהם התקיימה חקירת מומחים מטעם בית המשפט. לאחר מכן נערך מבחן חי בריבוע,

על פרוצדורה, תכלית ושיקול דעת שיפוטי בדיני נזיקין:
 בחינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

התיקים לא נערכה כלל חקירת מומחים. ממוצע המומחים שנחקרו בתיק היה 0.4 (sd=0.71), והשוואת המשטרים מלמדת כי אין הבדל מובהק בין ממוצע מספר המומחים שנחקרו בתיקי פקנ"ז (m=0.39, sd=0.79) לממוצע זה בתיקי פלת"ד (m=0.42, sd=0.59). איור ג להלן מציג את שיעור התיקים שבהם התקיימה חקירת מומחי תובע, נתבע ובית משפט, לפי סוג המשטר.

איור ג. התפלגות שיעור התיקים שבהם התקיימה חקירת מומחים מטעם בית המשפט, מטעם התובע ומטעם הנתבע, לפי סוג המשטר



אשר לשיעור התביעות הנדחות על ידי בית המשפט מטעמים של היעדר אחריות – באופן מפתיע מצאנו בתיקי פקנ"ז שנבדקו שיעור גבוה של תביעות הנדחות בשל היעדר חבות, שהיה 12.5% מהתיקים. ממוצע המומחים שמונו לתיק (המומחים מטעם הצדדים והמומחים מטעם בית המשפט) בתיקים שנדחו מטעמי חבות היה 0.61 (SD = 0.56). מנגד, במדגם של תיקי פלת"ד מצאנו ש-4.5% מהתיקים נדחו בשל היעדר חבות. משמעות ממצאים אלה היא כי בחלק מתיקי הפקנ"ז והפלת"ד עלויות רבות יורדות לטמיון בסופו של הליך. בטבלה 5 מוצגת התפלגות התיקים שנדחו מטעמי חבות.

שבמסגרתו הושוו המשטרים באשר למשתנה חקירת מומחים מטעם בית המשפט, והתקבל ממצא מובהק: $\chi^2(1,439)=24.7^{**}$

טבלה 5: דחייה מטעמי חבות כאינדיקטור לאפיון תיקי נזיקין לפי סוג המשטר

סה"כ			סוג המשטר						דחייה מטעמי חבות
			פלט"ד			פקנ"ז			
SD	M	N	SD	M	N	SD	M	N	
1.17	2.1	40	0.50	0.66	9	0.96	2.51	31	מספר המומחים הכולל שמונו בתיק (המומחים מטעם הצדדים והמומחים מטעם בית המשפט), בתיקים שנדחו מטעמי חבות
---	---	---	---	---	---	0.4	0.90	31	מספר המומחים מטעם הנתבע שמונו בתיק, בתיקים שנדחו מטעמי חבות
0.54	0.62	40	0.5	0.66	9	0.56	0.61	31	מספר המומחים מטעם בית המשפט שמונו בתיק, בתיקים שנדחו מטעמי חבות

שאלה נוספת שבחנו במסגרת ניתוח העלויות היחסיות של שני ההסדרים עסקה בנייתוח המקרים שבהם נפסקת לתובע נכות רפואית בשיעור 0% בתום ההליך בשני ההסדרים. לצורך בדיקה זו השווינו בין שיעור המקרים שבהם הנכות המשוקללת או הנכות לכל פגיעה שנקבעה על ידי מומחי בית המשפט הייתה 0% נכות כמו גם שיעור המקרים שבהם פסק בית המשפט לתובע בסיום ההליך נכות בשיעור 0%. בתיקי פקנ"ז נבחן גם שיעור קביעת 0% נכות על ידי מומחי הנתבע.⁸³ נמצא כי שיעור המקרים שבהם פסק בית המשפט לתובע 0% נכות רפואית היה גבוה במובהק בתביעות פלט"ד והיה 17.2% לעומת 8.2% בתביעות פקנ"ז. עוד מצאנו, כי ב-15.2% מחוות הדעת של מומחי בית המשפט נפסקה לתובע 0% נכות רפואית בתיקי פלט"ד לעומת 9.6% מחוות הדעת של מומחי בית המשפט בתיקי פקנ"ז. כצפוי, נמצא כי מומחי הנתבעים נוטים במקרים רבים לפסוק לתובע נכות של 0%, והדבר התבטא ב-29.4% מחוות הדעת בתיקי פקנ"ז. תיקי פקנ"ז שנבדקו כללו אך ורק תיקים שבהם הועלתה על ידי התובע טענה לקיומה של נכות רפואית, ועל כן לא נכללו במדגם תיקים שבהם נקבע שיעור של אפס אחוזי נכות רפואית מטעם מומחי התובע. עם זאת, השוואה בין התיקים בתחומי הפגיעה השונים לפי סוג המשטר מראה שבתיקי פלט"ד שיעור התיקים שבהם קבעו מומחי בתי המשפט

83 כדי לבדוק את שאלת המחקר נערכו מבחני חי בריבוע, שבמסגרתם הושו המשתתפים במשתני קביעת שיעור הנכות הרפואית.

דין ודברים ז' תשע"ד על פרוצדורה, תכלית ושיקול דעת שיפוטי בדיני נזיקין:
 בחינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזיקין גוף

0% נכות רפואית בלפחות אחד מתחומי הפגיעה השונים (28.3%) היה גבוה בכך-15% לעומת תיקי פקנ"ז (13.7%)⁸⁴.
 טבלה 6: קביעת שיעור נכות 0% כאינדיקטור לאפיון תיקי נזיקין לפי סוג המשטר (פקנ"ז, פלח"ד)

מבחן סטטיסטי	סה"כ	סוג המשטר		קביעת שיעור הנכות
		פלח"ד	פקנ"ז	
שיעור נכות משוקללת שקבעו מומחי בית המשפט, n (%)				
$\chi^2(1,n=344)=2.33$	44 (12.8%)	30 (15.2%)	14 (9.6%)	קביעת 0% נכות
	300 (87.2%)	168 (84.8%)	130 (90.4%)	גדול מ-0%
שיעור נכות שקבעו מומחי בית המשפט לפי תחום פגיעה, n (%)				
$\chi^2(1,n=343)=10.55^{**}$	76 (22.2%)	46 (28.4%)	20 (13.7%)	קביעת 0% נכות
	267 (77.8%)	141 (71.6%)	126 (86.3%)	גדול מ-0%
שיעור נכות – פסיקת בית משפט, n (%)				
$\chi^2(1,n=431)=8.07^{**}$	53 (12.3%)	34 (17.2%)	19 (8.2%)	קביעת 0% נכות
	378 (87.7%)	164 (82.8%)	214 (91.8%)	גבוה מ-0%
שיעור נכות – קביעת מומחי הנתבע, n (%) ¹				
---	---	---	59 (29.4%)	קביעת 0% נכות
	---	---	142 (70.6%)	גבוה מ-0%

84 לצורך בחינת הפער בין קביעות המומחים בתיקי פקנ"ז ותיקי פלח"ד נבחנה התפלגות תיקי פלח"ד ופקנ"ז לפי שיעור המומחים שקבעו 0% נכות רפואית באחד מתחומי הפגיעה לפחות. אם בתיק אחד, לפחות, מתחומי הפגיעה קבעו מומחי בית המשפט 0% אחוזי נכות רפואית, קודד תיק זה בערך "1". אם לאו – קודד התיק בערך "0". לאחר מכן נערך מבחן חי בריבוע, ובמסגרתו הושוו המשטרים לגבי משתנה זה, והתקבל ממצא מובהק: $\chi^2(1,343)=10.55^{***}$

4. ממצאי הניתוח האיכותני

(א) הדילמה האפיסטמית של בתי המשפט

השאלה הראשונה שהצבנו למרואיינים בנוגע לדילמה האפיסטמית עסקה בקיומה של הטיה אדוורסרית: באיזו מידה לדעתם חוות הדעת הרפואיות המוגשות מטעם הצדדים בתביעות פקנ"ז נוטות לטובת הצדדים המגישים אותן, ואם לדעתם העובדה שהמומחה מקבל תשלום מצד להליך משפיעה על חוות דעתו. המרואיינים היו תמימי דעים כי קיימת השפעה רבה מאוד של הגורם הממנה על תוצאות חוות הדעת. הטיה זו נתפסה על ידי המרואיינים כתוצאה טבעית של ההליך האדוורסרי, שבו המומחה למעשה הופך להיות צד בסכסוך. תגובות אלה מתיישבות עם הממצא הסטטיסטי הנוגע לפער שבין חוות הדעת המוגשות מטעם הצדדים בתביעות שלא לפי הפלת"ד. כך למשל ציין אחד מעורכי הדין: "כל אחד מן הרופאים יודע את מי הוא מייצג. זאת אומרת אם אני מייצג את התובע, אז אני באופן טבעי, כך כנראה טבעו של אדם, אני באופן טבעי אנסה להתגמש כמה שיותר כלפי מעלה. בעוד שאם אני מייצג את הנתבעים, אז אני אנסה כמה שיותר להתגמש כלפי מטה".⁸⁵ עורך הדין ציין כי במקרים רבים הגמשת הדעה נעשית מטעמים כלכליים: "בכל זאת מדובר ברופאים ואנשים מכובדים, אז נשאלת השאלה – למה ואיך עושים את זה? אבל אני לא אכחד מפניין שלפעמים אני אומר לעצמי שגם הרופא הכי ישר כנראה יודע באיזה צד מרוחה הפרוטה, ז"א כי הסיכוי שהוא יאבד עבודה או שלא יסכימו למנות אותו אם הוא יהיה יותר מדי פרו-תובעים, הוא קיים תמיד". עורך דין אחר נימק את גמישותם של המומחים בעובדה כי שאלת הנכות אינה שאלה מדעית טהורה אלא יציר כלאיים שבין המשפט לרפואה: "קביעת נכות זה לא רפואה [...] זו המצאה משפטית בעצם. ככה שמבחינת הרפואה, יכול לבוא אותו רופא למתוח את התיק ל-0 או ל-10 ובשני המקרים הוא לא יחטא למקצוע שלו כרופא. אז פה באה השאלה מטעם מי הוא בא? בשני המקרים אני יכול לבוא עם מגבלה בתנועות הצוואר ולקרוא לה 10% נכות ואני יכול לבוא עם אותה מגבלה ולומר היא קלה מדי, אני נותן עליה 5% או 0%. בשני המקרים, המומחה מודה ומסכים שיש מגבלה בתנועות. ולכן, הוא לא חוטא לזה שהוא רופא, אבל ברור שהוא נותן חוות דעת ומותח את הרפואה לפי הצד הממנה".

הרופאים שהתראיינו ציינו אף הם כי הטיה אדוורסרית היא דבר "ברור". כך הסביר זאת אחד מן הרופאים: "נראה לי מאוד ברור... כי היות ורפואה זה לא מדע מדויק אז האמת הרפואית ניתנת לפירוש בטווח מסוים של לגיטימיות לפה או לשם. מטבע הדברים מי שמקבל תשלום על ידי צד אחד בכדי לכתוב חוות דעת עבורו, לגיטימי כמובן, לא לחרוג מהאמת המקצועית שלו אבל לקחת את הצד שיותר מתאים לסיטואציה שבה הוא

85 הציטוטים המובאים במסגרת פרק זה לקוחים מתוך תמלול ראיונות העומק שנערכו במסגרת המחקר האיכותני.

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

נמצא". השופטים ונציגי חברות הביטוח ציינו אף הם כי באופן טבעי חוות דעת של מומחי הצדדים נוטות לטובת הצד ששכרם ומשקפות את הדעה המיטיבה עם אותו הצד. השופט שהתראיין הוסיף כי מומחים העוסקים במתן חוות דעת מטעם הצדדים ידועים בדרך כלל, כמי שכותבים חוות דעת באופן עקבי רק לטובת תובעים או נתבעים והשווה זאת לעורכי דין העוסקים בייצוג של סוג אחד של בעלי דין: "אם תגידי לי את שמות הרופאים אני אגיד לך זה כותב רק לטובת זה, זה כותב רק לטובת זה, זה נכון גם לגבי עורך דין, אם יש עורך דין שמייצג רק תובעים ותגידי לו לייצג נתבע זה יהיה לו קשה כי הראש שלו מתוכנת לכיוון זה". עם זאת השופט ציין כי במצבים מסוימים הפער בין קביעות המומחים נובע מנסיבות אובייקטיביות הקשורות בבדיקתו של הנפגע, כגון מועד ביצוע הבדיקה: "הרופא של התובע בודק את התובע ראשון, הרופא של הנתבע בודק את התובע שנה, שנתיים, שלוש יותר מאוחר, עצם מועד הבדיקה יכול להיות פער בנכונות בגלל התפתחות אותו ילד או אותו בן אדם או השיקום שלו, או טיפולים שהוא עבר, אז אנחנו לא מדברים במישור שווה [...] במקרה כזה ממנים מומחה [מטעם בית המשפט – אנ"ק וא"פ] לשיעור הנזק, כי הוא העדכני ביותר".

שאלה אחרת שהצגנו למרואיינים בהקשר האפיסטמי נגעה לדילמה השיפוטית של הכרעה בין חוות הדעת הסותרות בתביעות פקנ"ז. שופטת שהתראינה השיבה: "המהות של הפער היא רלוונטית. כשהפער הוא לא גדול, אז ישנן דרכים וכלים אובייקטיביים הכרוכים בנסיבות הכלליות של התיק, כדי למצוא את שביל הזהב – את הממוצע הנכון בין שתי חוות הדעת – כשהפער הוא מאוד מאוד גדול, גם אז יש שתי אופציות. יש אופציה אחת שחוות דעת אחת היא לא הגיונית בעליל, משום שחוות דעת נבחרת לא בחלל ריק, על בסיס עובדות, ראיות ומסמכים שנמצאים בתיק. אז אם יש בסיס ראייתי לזה שאחת מחוות הדעת היא בכלל לא הגיונית, אז אנחנו נמצאים במצב טוב כשאנחנו יודעים שיש לנו את חוות הדעת השנייה. אם עדיין השופט נשאר בסימן שאלה ושתי חוות הדעת הן עם פערים באמת מאוד מאוד גדולים והשאלה היא באמת שאלה שבמומחיות נטו, שלא ניתן למצוא מענה או איזושהי הגיונית בנסיבות ובחומר שמסביב, אז זה הזמן הנכון למנות מומחה מטעם בית המשפט, על כל מה שמשתמע מכך". לשאלה אם בית המשפט נוקט כללי אצבע במסגרת ההכרעה בין חוות הדעת של מומחי הצדדים השיבה השופטת: "בית המשפט תמיד ממליץ לצדדים להגיע להסכמה, אלא במקרה שיש משהו בלתי סביר בעליל באחת מחוות הדעת [...] בדרך כלל המצבים הם שחוות הדעת הן זהות במשקלן ואם הן זהות במשקלן אז באמת צריך או להגיע לפשרה או לקבל חוות דעת אחת מכריעה מביניהן". לשאלה אם הכרעה שיפוטית יכולה להתבסס על ממוצע בין חוות דעת הצדדים השיבה השופטת כי היא מעולם לא הכריעה על בסיס ממוצע, אך בדרך כלל הצדדים מגיעים לפשרה בהתייחס לשיעור הנכות. שופט שהתראיין השיב לאותה השאלה תשובה דומה, בציינו כברירות עיקריות הננקטות על ידי

בתי המשפט, מינוי מומחה מטעם בית המשפט או הסכמת הצדדים על שיעור הנכות הרפואית, על פי המלצת בית המשפט.

כשאלה משלימה לשאלה שעסקה בדילמה השיפוטית של הכרעה בין חוות דעת סותרות בתביעות פקנ"ז ביקשנו לבדוק את עמדת המרואיינים בדבר המהימנות המקצועית (במונחים של ניטרליות ואובייקטיביות) של חוות דעת המומחה מטעם בית המשפט. שופטת שהתראיינה הביעה אמון בקביעות מומחי בית המשפט ובהעדפת קביעותיהם על פני קביעות מומחים מטעם הצדדים: "בדרך כלל מומחה שמונה הוא מומחה שהיה מקובל עלי ומומחה שהיה מקובל על המערכת. מומחים שבדרך כלל מתמנים על ידי בית המשפט הם לא מוטי צד. ברגע שאתה סומך גם על אישיותו וגם על מומחיותו ומקצועיותו אז אתה מקבל את חוות דעתו". בהתייחס לאופן שבו נבחרים המומחים המתמנים מטעם בית המשפט ציינה השופטת: "בתקופתי הייתה רשימה מסודרת של מומחים מטעם בית המשפט. היינו ממנים מתוך הרשימה. מובן מאליו שבמהלך השנים, על בסיס ניסיון מצטבר, העדפתי מומחה אחד על פני מומחים אחרים כי ידעתי שחוות הדעת שלו היא רצינית ושהוא רציני".

שופט אחר ציין את הקושי והחשיבות שבבחירת מומחה ראוי ואת הצורך בשיקול דעת שיפוטית מעמיק בסוגיה זו.⁸⁶ מכל מקום, ציין השופט קטגורית כי בהתייחס לתיקי רשלנות רפואית אין למנות מומחים מטעם בית המשפט בשאלת הרשלנות: "בתיקי רשלנות רפואית עמדתי היא שאין למנות מומחה מטעם בית המשפט בשאלת הרשלנות כי בית המשפט הגם שהוא שומר על זכות המילה האחרונה האם הייתה התרשלות או לא, בדר"כ ייטה לקבל את דעת המומחה מטעמו ובעצם הוא מאציל את הסמכות שלו, אם כי לא את הדעה האחרונה אבל זה מישו שכבר יוצר לו דעה מי התרשל ומי לו. זה התפקיד של בית המשפט ולא של מומחה אחר, אם היו רוצים להטיל את זה על המומחה אז היו ממנים פאנל של מומחים שיגידו איזה מומחה צודק או לא צודק – לא עשו את זה אז זה נשאר בידי בית המשפט".

עורכי הדין שהתראיינו הביעו הסכמתם שחוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט היא ברוב המקרים ניטרלית ומשקפת היטב את מצבו של הנפגע. נציגי חברות

86 "שופט שלא מכיר את הנושא ימנה בתיקים מסוימים מומחה שהוא לא מתאים [...] לא כל מי שכותב יפה ולא כל מי שכותב מאמר הוא דווקא הרופא הטוב ולהפך, לא כל מי שמגמגם ולא יודע להעיד הוא הרופא הרע. דבר נוסף ששופטים לא יודעים אם יש לאותו מומחה שהם בוחרים אסכולה או דעה מגובשת ובדרך כלל הם גם לא יודעים אם יש לו יושרה להגיד – הופ אולי טעיתי ולא להתחפר בעמדה. זה טבעו של אדם אבל צריך להבין שהמומחה שמטעם בית המשפט לפעמים מכריע גורלו של תיק [...] לצערי, ראייה שבה אומרת המערכת נלך לפי סדר רץ ונמנה לפי דפי זהב, ניקח ונמנה את הרופאים לפי סדר כדי שתהיה חלוקה שווה פוגעת באינדיבידואל, פוגעת בתובע, כי אי אפשר למנות בתיקים כאלה שמכריעים גורלות של אדם, לקחת רופאים, שאין לנו ידע עליהם, אמנם יש להם תואר מומחה, אבל זה לא די בזה כדי למנות אותו למומחה מטעם בית המשפט. לא מומחה שרק גמר וקיבל תעודת מומחה כמומחה שיש לו עשרים ושלושים שנות ניסיון".

בחנינת ההסדרים למינוים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזיקין

הביטוח סברו באופן כללי כי מומחי בית המשפט אינם מוטים לטובת צד כלשהו אך ציינו כי אינם תמיד ניטרליים. נציגה מחברת ביטוח השיבה: "זו שאלה דינאמית, יש כאלה ויש כאלה, אני לא יכולה להגיד שכולם ניטרליים, אל תשכחי שיש פה הרבה כסף מסתובב ומומחה רוצה להמשיך להיות ממונה. אם הוא תמיד יהיה מאוד מחמיר או תמיד יהיה מאוד לארג' אחד מהצדדים לא ירצה אותו וזה מאוד עדין. אני לא רוצה להטיל סרה במישהו, אבל אני לא חושבת שאנחנו יכולים להגיד בפה מלא שכולם אובייקטיביים". נציג מחברת ביטוח השיב: "היות וזה אפור זה לא תחום מתמטי [...] אז יש אנשים [מומחים – אנ"ק וא"פ] שנטייתם עם הנפגעים יש אנשים להפך [...] אנחנו (חברת הביטוח) לא בודקים אותו פיזית, הרופא שלנו לא בודק אותו, אז הוא רק יכול לומר מקרים כאלה בדרך כלל הם ככה וככה, אבל היות ואנחנו לא בודקים אותו אז קשה לנו לחוות דעה, אלא אם כן זה משהו מאוד קיצוני".

שאלה נוספת שבחנו הייתה אם שופטים ועורכי דין מתקשים בהבנת סוגיות רפואיות שאינן משפטיות במידה שמכבידה על תהליך קביעת אחוזי הנכות. שאלה זו היא בחינה משלימה בעניין שיקול הדעת השיפוטי המופעל בבתי המשפט לשם הכרעה במחלוקת האפיסטמולוגית. קיומו של קושי אצל השחקנים בזירה המשפטית (שופטים ועורכי דין מטעם התובעים ומטעם הנתבעים) בהתמודדות זו עשוי לספק הסבר לממצא הכמותי, המצביע לכאורה על השימוש של בתי המשפט בפועל בכללי אצבע לשם הכרעה בין חוות דעת נוגדות. בבחינת שאלה זו הושמעו דעות שונות על ידי מרואיינים שונים, וברוב המקרים השיבו המרואיינים כי הדבר תלוי בשופט או בעורך הדין הרלוונטי בהצביעם גם על הסברים נוספים, כגון לחץ זמן. שופט שהתראיין השיב כי במקרים רבים השופטים מתקשים בהבנת הסוגיות הרפואיות, אך הסביר כי הקושי נעוץ בעיקר בעומס הקיים במערכת המשפט, שאינו מאפשר לשופט לימוד מספיק של התחום הרפואי הרלוונטי: "השופטים אין להם זמן. לא לכולם יש את הידע ולא את ההבנה. שופט שלא מבין את הלך המחשבה ותהליך קבלת החלטות בענף הרפואה למשל חוטא, אז ההתמקצעות מאוד מאוד חשובה. לכן, כתוצאה מכך, שופט שזמנו מוגבל מעדיף לא לשמוע חקירות, למרות שהחקירה יכולה לעזור לו... אני יודע כדוגמה שיש שופטים שמנמקים את פסק הדין שלהם יותר על הצד הצורני – מה הכוונה? מי מומחה קרוב יותר לתחום? מי ותיק יותר בתחום? מי עושה עליהם רושם יותר טוב. ויש שופטים שיוורדים לעובדות ולחקירה אבל זה קשה יותר ולצד הרפואי וממש מתמודדים עם הצד הרפואי, זה קשה יותר, זה גוזל יותר זמן וכך צריך לעשות אבל לא כולם בנויים לזה וזאת הבעיה של המערכת של עלות מול תועלת, שהיא רוצה שתעשה הרבה תיקים מצד אחד ומצד שני התיק הספציפי נפגע ולא יעזור, בראש של השופט זה איך אני גומר כמה שיותר תיקים, המערכת דורשת את זה ממנו. המערכת אומרת לו אתה לא יכול להיות יסודי כמו שאתה רוצה". השופט ציין כי לדעתו הפתרון הראוי ביותר לבעייתיות זו הוא מינויו של מומחה יועץ, אשר ישמש בעל תפקיד בבית המשפט ויסייע לשופט בקבלת החלטות בסוגיות רפואיות:

"מומחה יועץ זו הדרך הנכונה. היה צריך להיות בכל התיקים בבית המשפט רופא שיושב עם השופטים בתחומים מסוימים, לפחות בתחומים הרבים של אורתופדיה, נירולוגיה, בכל מיני כאלה דברים, שיעזור לשופטים – השופטים אין להם מספיק ידע".

פרופ' אברהם סהר, שהשתתף אף הוא בראיונות העומק, ציין ביקורת נוספת בהקשר זה, ולפיה במסגרת הפרקטיקה הנוהגת יש לבית המשפט ולצדדים אפשרות למנות מומחים אשר אינם בקיאים בתת-ההתמחות הרלוונטית העומדת בלב הסוגיה שבמחלוקת. כך למשל ניתן להביא לעדות כל מומחה בתחום האורתופדיה בסוגיה הקשורה באורתופדיה של כף היד אף על פי שבמקרים רבים אותו אורתופד אינו עוסק בפועל בתחום אורתופדיה של כף היד, ובקיאיותו במחקרים ובהתפתחויות עדכניות בתחום אינה כפי של מומחה העוסק בפועל בתת-מומחיות זו, ובמקרים רבים לדעתו אין הקפדה במישור זה בבתי המשפט. פרופ' סהר ציין כי לדעתו הספציפיות התחומית היא נקודה חשובה מאוד בעדותם של מומחים רפואיים, וכי אין די בהתמחות הרפואית שרכש המומחה כדי להקנות לו ידע בתחומי תת-התמחויות רלוונטיות.⁸⁷ השופט שרואיין ציין בהקשר זה כי חשוב ביותר לתת את הדעת על זהות המומחים הרפואיים המתמנים על ידי בתי המשפט, על הממנים את המומחים ועל בקיאיותו של השופט הדן בתיק בתחום נזקי הגוף.

הרופאים שהתראיינו סברו כי יכולתם של שופטים להבין סוגיות רפואיות תלויה בזכותו של השופט ובמידת הניסיון שלו בתחומים הרפואיים. כך ציין אחד המומחים: "אני חושב שיש שופטים שנראה לי שמתמחים בענייני נזיקין ושרוב העבודה שלהם בתחום הזה ואז אני רואה על שופט שיותר מנוסה וכבר מכיר את המילים המקצועיות, מכיר את הסולמות שאנחנו משתמשים בהם, שזה עובר אותו יותר בצורה נכונה, הוא יותר כבר קולט על מה הוא יכול לשים לב לדקויות לניו-אנסים למה שקורה לעומת

⁸⁷ "יש גינקולוג שעוסק בפיריון, יש גינקולוג שעוסק במיילדות, יש חלילה גינקולוג שעוסק בכירורגיה של גידולים והרביעי באנדוקרלינולוגיה ותאמיני לי, ש-א' אין לו מושג מה ב' עושה והם הולכים תחת הכותרת". הצורך הזה גובר עם השנים על רקע פיצולם של התחומים הרפואיים ליחידות משנה, בעקבות הידע הרפואי המתפתח. פרופ' סהר הדגים התופעה מניסיונו האישי: "אני בשנות ה-60' המאוחרות הכנסתי פיצול לנירוכירורגיה של ילדים, סיפור אחר. מחלות אחרות, גידולים מסוג אחר לגמרי מה שמבוגרים, מומים מולדים, דברים שלא קיימים אצל מבוגרים, ואחר-כך כשניתנה לי ההזדמנות לנהל מחלקה, בניתי מחלקה עם חמש תתי-יחידות, זאת אומרת יחידות שהן תת-התמחויות. ואני לא תמיד בטוח שהיום זה כבר מספיק. אבל יש מומחה למחלות של עמוד וחוט השדרה, יש מומחה לשילוב שבין כירורגיה לבין קרינה, יש מומחה לגידולים מסוג א' ויש מומחה לגידולים מסוג ב' ולכלי דם במוח ולנירוכירורגיה של גיל הילדות וחייבת להיות להתמחות ספציפיות. זה הגורם הגדול למחסור ברופאים היום בעולם המפותח, לא המתפתח. תיכנסו היום למכון עיניים בתל-השומר, תסתכלי רק על השלטים. מומחה לאלף, לבית, לגימל, מרפאה לזה, לזה, לזה, לזה, לזה, לזה, כל אחד בקיא לפרטי פרטים בתחום שלו, המושגים שלו בתחום מעבר לדלת השניה, קלוש".

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

שופטים שהם או מתחום אחר או שהם חדשים במערכת והם לפעמים קצת הולכים לאיבוד בתוך הסט־אפ הזה".

עורכי הדין שהתראיינו סברו כי אין קושי ממשי לעורכי הדין בהתמודדות עם סוגיות רפואיות. בנוסף, כיום בשל היקף המידע הזמין בתחום הרפואי, הרבה יותר קל לעורכי הדין להבין סוגיות רפואיות ולנתחן: "בגדול, אין ספק בכלל שהידע שצבור בידי עורכי-הדין היום, הפוטנציאל או האפשרות שיהיה צבור בידיהם ידע, הוא גדול לאין ערוך ממה שהיה בעבר. בעבר היינו תלויים ברופאים ואך ורק ברופאים כי לא היתה לנו שום אפשרות אלטרנטיבית לחפש באופן עצמאי. היום זה קיים הרבה יותר. גם הרופא עצמו שמייעץ לך, בגלל העובדה שהיום יש מידע הרבה יותר גדול והרבה יותר זמין, הוא עצמו ייראה את עצמו מחויב להיות מעודכן כי הוא יודע שאם אני בא אליו להיוועצות, הוא לא יכול להרשות לעצמו לתת לי כל מיני עצות, כשהוא עצמו לא מעודכן במה שקורה". נציגי חברות הביטוח השיבו כי גם אם קיים קושי, הוא פעוט, וברשות עורכי הדין כלים להתמודד עם סוגיות אלו, ובכללם השימוש במומחים יועצים מטעמם.

נושא נוסף שעלה בראיונות נגע לשאלה באיזו מידה חקירות מומחים הן כלי יעיל לפתרון המחלוקת בשאלת הנכות הרפואית ולהתמודדות עם הפערים שבין קביעות המומחים מטעם הצדדים. שופטת שהתראיינה השיבה כי חקירות מומחים מסייעות מאוד, וכי הן מתקיימות בהיקף די נרחב. החקירה אינה גורמת למומחה לשנות מחוות הדעת "אבל כן לתקן, לחדד, או אם מובאות בפניו עובדות שאולי לא ידע אותן, שאולי יכולות להאיר סיטואציה כזאת או אחרת שהיא במומחיות". השופט שהתראיין השיב כי מידת האפקטיביות של החקירה תלויה במידת הידע של השופט בתחום הרפואה, וכי שופט שאינו מנוסה דיו יכול להגיע בחקירה למסקנות לא נכונות בעליל. מנגד ציין כי שופט מנוסה עשוי לייעל את החקירה, להשתתף בעצמו בהליך החקירה ולסייע לבירור נכון יותר של המחלוקת המשפטיות:

כאשר בא עורך דין עם 100 שאלות מוכנות מראש ואני רואה שהוא מגיע בשאלת הנזק עם 100 שאלות מראש, אני מבין שיש לי בעיה כי אני לא אגמור את התיק מבחינת זמן ואז אני מבקש רשות מעוה"ד אם זה מומחה של בימ"ש לשאול אותו, או שתיתן לי לראות את השאלות או אני אשאל כמה שאלות ואחרי זה אם יהיה לך משהו להשלים, כי אני כבר מרוב ניסיון באותו תחום או ששמעתי את אותו רופא או אני יודע לאן אני צריך לכוון, יודע להתמקד, אני במרכאות הופך לשופט חוקר.

השופט ציין כי שיטתנו המשפטית דומה בהקשר זה למשפט הקונטיננטלי יותר מאשר למשפט האנגלי:

השאלה היא איזה סוג שופטים אנחנו רוצים שיהיו – אנחנו רוצים כמו באנגליה, שלא מתערבים בכלל... בין השיטה שבה השופט יושב בקהל,

בטריבונה, ביציע, לבין אם אני שופט שרץ עם השחקנים על המגרש ורואה יותר עבירות מאשר אם אני יושב מרחוק... השיטה שלנו הפכה יותר לקונטיננטלית, אין לנו ברירה, בגלל שאני צריך לייעל את הדיון, בגלל שיש לי זמן מוגבל, ואם יש לי ידע לפעמים יותר מעו"ד, אז אני אשאל את השאלות שיביאו אותי לכתוב פסק דין שהוא גם צודק וגם נכון... השופט מסתכל לתוך החדר מבעד חור מנעול והוא רואה את השחקנים בפריזמה שהוא רואה וככל שהוא יגדיל את הזווית הוא ידע לקלוע למטרה ולפסוק נכון ויש הבדל אם אתה זכוכית בתוך החדר לבין אם אתה מסתכל מחור המנעול ולכן כשופט אני אומר ככל שאתה יודע יותר אתה יודע פחות.

נציגי חברות הביטוח שהתראינו ציינו כי חקירות הן כלי יעיל והכרחי אף כי חקירתו של מומחה היא משימה לא קלה. נציג מחברת ביטוח ציין: "מומחים גם לא אוהבים להיחקר [...] זה מתחיל בזה שהתאריכים תמיד לא נוחים להם ואחרי זה כשמזמינים אותם הם עושים טובה שהם באים [...] יש מומחים שהם אויבים מלכתחילה שחבל להזמין אותם כי הם רק יקלקלו, הם כועסים על מי שהזמין אותם ואוטומטית הם יהיו אנטי. מעטים המומחים שבאמת פתוחים לשמוע אולי הם טעו [...] גם כשמוכיחים להם שחור על גבי לבן שהם טעו ומישהו עבד עליהם, יהיה להם קשה מאוד להודות 'טעיתי'".

(ב) העלויות היחסיות של ההסדרים

השאלה הראשונה שבחנו בנושא עלויות ההסדרים נגעה לעלות חוות הדעת הרפואיות. המרואיינים ציינו בדרך כלל כי עלות חוות דעת רפואית (כולל שאלות הבהרה) – הן זו המשולמת על ידי הצדדים והן זו הנפסקת על ידי בתי המשפט – נעה בין 3,000 ש"ח ל-5,000 ש"ח. עלות חקירה נעה בין 1,000 ש"ח ל-2,000 ש"ח. השופט שהתראיין ציין כי העלות הנפסקת למומחה על ידי בית המשפט נעה בין 5,000 ש"ח ל-10,000 ש"ח לחוות דעת ולשאלות הבהרה, ונפסקת עלות נפרדת עבור הופעה בדיוני חקירות. פערי המחירים בין המומחים השונים נובעים ממשתנים כגון שכירות התחום הרפואי הנבדק, מורכבותו ומידת מומחיותו של נותן חוות הדעת. השופט ציין כי חוות הדעת כרוכות בעלויות גבוהות, ותובע קשה יום עשוי להתקשות לממן.⁸⁸ שנית בחנו את עמדת המרואיינים באשר ליעילות היחסית של שני ההסדרים: ההסדר של מינוי מומחה מטעם בית המשפט הנוהג מכוח סעיף 6א לחוק הפלת"ד, וההסדר

88 "אם היינו הולכים לפי החוק כמו שצריך ושעורכי דין לא היו ממנים תובעים וכו' אז אני חושב שזו הייתה תביעה רק לעשירים כי אנשים קשי יום לא יכולים לממן חוות דעת [...] עורכי דין מממנים בעיקר בתחום של רשלנות רפואית".

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

הנוהג מכוח תקנות סדרי הדין בנוגע לתביעות פקנ"ז. רוב המרואיינים השיבו חד-משמעית כי ההסדר מכוח סעיף 6א יעיל יותר, וכי היו מעדיפים כי יופעל בסוגיית קביעת הנזק על כלל תביעות נזקי הגוף. שופטת שהתראיינה ציינה כי לדעתה הסדר של ריבוי מומחים "הופך את כל הנושא, די מוריד אותו לרמה מאוד נמוכה ויוצר מצבים של 'מומחה להשכיר', תשלומים וכו', חוות דעת מוזמנות, אני פחות מקבלת את זה, אני מאוד מצדדת במומחים מטעם בית המשפט לצורך הכרעה אמיתית ונכונה". שופט אחר הסתייג מן ההסדר הקבוע בסעיף 6א וטען כי ראוי שייקבעו כללים ברורים באשר לזהות המומחים המתמנים, וכי ימונה לצד בית המשפט מומחה יועץ אשר יסייע לשופט בהחלטה המקדמית על אודות הקשר הסיבתי בין התאונה לבין הנזק הרפואי הנטען – אם ראוי למנות מומחה לבדיקת התובע בגין התאונה ובאילו תחומים רפואיים.⁸⁹

עורכת דין שהתראיינה ציינה: "מבחינתי ההליך של פל"ד הוא היעיל ביותר. בסופו של דבר גם על פי פקנ"ז ברוב המקרים מגיעים למומחה בית המשפט כך שבעצם מגיעים לאותה נקודה. מבחינת סעיף 6ב אני גם חושבת במידה כלשהי שסעיף דומה בפקנ"ז יכול לחסוך הרבה כסף". עורך דין השיב: "האמת, קשה לקבוע [...] לגבי כל אחד מהאפיקים יש לו את יתרונותיו ואת חסרונותיו, כי אם תקבע שגם בתביעות נזיקין יהיה מומחה [מטעם בית המשפט – אנ"ק וא"פ], אז אתה במצב שבו אתה מאלץ גם את המזיק ואולי גם את הניזוק להוציא הוצאות כספיות בשעה שעוד לא נקבעה האחריות. מצד שני, ממילא אם תוגש תביעה הם יוציאו את ההוצאות האלה, ואז אם יש מומחה [מטעם בית המשפט – אנ"ק וא"פ] אז ההוצאות תהיינה פחותות, כי זה רק מומחה אחד ולא שניים. אז לכאורה צריך לבוא ולומר בעצם – עדיף שיהיה מומחה אחד וזהו. שאני חושב שאולי זו אפשרות שצריך לשקול". עורך הדין הוסיף כי לדעתו גם בהתייחס להסדר מכוח סעיף 6 ב' ראוי להחיל הסדר דומה על תביעות פקנ"ז.⁹⁰ עורך דין נוסף הביע אף הוא העדפה להסדר הנהוג בחוק הפל"ד, ואולם ציין כי לדעתו ראוי לקבוע כללים מחמירים יותר למינוי מומחים על ידי בתי המשפט כדי למנוע מצבים של עיכובים בלתי סבירים בהפקת חוות הדעת.⁹¹ המרואיינים מחברות הביטוח הביעו אף הם תמיכה בהסדר הנוהג מכוח הפל"ד, אם כי הוסיפו כי ראוי לחולל בו שינויים.⁹²

89 "אני הייתי רוצה, ככלל, אם אין לנו שופט עם הרבה הרבה ניסיון בתחום, הייתי רוצה שיהיה רופא יועץ שיגיד מה דעתו לצורך המינוי עצמו ואת מי למנות".

90 "כי נקודת המוצא הייתה שבלאו הכי יש איזושהי ועדה שקובעת את הנכות על אותה מערכת עובדות, או על אותה התאונה. אז בשביל מה להתחיל עוד פעם".

91 ולדבריו: "[יש לנהל] רשימת מומחים שמסכימים בכלל לתת חוות דעת, שהם מוכנים לדיסציפלינה של חוות הדעת של בתי המשפט ולא כל מומחה שהשופט רוצה או חפץ בו, הוא ממנה. למה? כי המומחים גורמים הרבה פעמים לדחיות אימות במשפט, בזה שאין להם זמן, שהם לא מוציאים חוות דעת בזמן, ושהם מקשים ביותר בכל מיני מועדים שהם צריכים לעמוד בהם. אז מי שמומחה גדול מאוד ואיש עסוק מאד שלא מסוגל לעמוד בדיסציפלינות האלה, לא למנות אותו. למנות אותו רק בתנאי שהוא יכול ככה, להיחקר תוך

עוד בחנו אם הליך קביעת הנכות הרפואית מכוח סעיף 6 בחוק הפלת"ד מקפת, לדעת המרואיינים, מי מהצדדים. שאלה זו נועדה להתייחס לביקורות הרבות אשר הושמעו על ההסדר הנוהג מכוח סעיף 6, המחיל את התוצאות אשר נקבעו על ידי הוועדה הרפואית של המוסד לביטוח לאומי לגבי נפגעי עבודה, על ההליך הנוהג בפני בית המשפט בנוגע לנזקי גוף של הנפגע בתאונת דרכים. שופטת ציינה כי לדעתה קיים בוועדות הביטוח הלאומי קיפוח רב בזכויותיו של התובע מאחר שהנחת העבודה בביטוח הלאומי היא כי האזרח משקר.⁹³ לכן, לדעתה, ההסדר הזה גורם לקיפוח זכויותיו של התובע, ולפיכך אינו ראוי.⁹⁴ השופטת האחר הסכים לדעתה: "החוק הזה נועד למען היעילות ולא למען הצדק הפרטני לאותו אדם... אני חושב שקיים קיפוח... תלוי מי ישב בוועדה, מי בדק אותו, איך בדקו אותו וכו'... המטרה של הביטוח הלאומי היא איך לחסוך כספים לביטוח הלאומי מי שנהנה מזה זה דווקא חברות הביטוח". השופט הוסיף כי קיימת בעייתיות בוועדות המוסד לביטוח לאומי, בעובדה כי הוועדות מתכנסות בתוך משרדי המוסד לביטוח לאומי ונערכות בהשתתפות מזכיר ועדה שהוא פקיד מטעם המוסד.⁹⁵

עורכי הדין שהתראיינו הביעו שביעות רצון מן ההסדר מכוח סעיף 6 וציינו כי ההסדר מאוזן, יעיל וטוב יחסית, ואינו מקפח את הצדדים. לעומת זאת המרואיינים מחברות הביטוח הביעו חוסר שביעות רצון ממשי מן ההליך מכוח סעיף 6 וציינו כי ההליך מקפח במידה רבה את חברות הביטוח. זאת מאחר שאף על פי שקיים לכאורה היתרון של בדיקת התובע על ידי ועדה אובייקטיבית, קיים חיסרון ממשי מבחינת חברת הביטוח, אשר אינה צד להליך המתקיים בביטוח הלאומי, הן באשר לקביעת הנכות והן

זמן סביר על חוות הדעת שבתי המשפט מקציבים לו, להוציא חוות דעת תוך חודש מיום שהאיש נבדק אצלו, לקבוע בדיקה תוך חודש מהיום שהוא מונה; אם הוא מסוגל לעמוד בדיסציפלינות האלה, הוא יכול להיות מומחה מטעם ביהמ"ש".

92 "בנושא של ההחלטה על מינוי, שיהיה מינוי רק באמת כשהראשית ראייה היא משהו הרבה יותר ממשי וצמצום בתחומים, לא למנות הרבה מומחים, אלא באמת לקחת את התחום העיקרי ולמנות בו". בנוסף ציינה המרואיינת כי קיים יתרון בקיום הדרכות מוקדמות מוסדרות למומחים המתמנים כמומחים מטעם בתי המשפט.

93 "יש בהן קיפוח גדול מאוד לטובת הביטוח הלאומי כנגד התובע. יש אצלם הנחת עבודה למיטב שיפוטי, שהאזרח ה'נכה' 'so called', לא אומר אמת".

94 "ברגע שאת לא מאמינה במה שקורה בביטוח הלאומי, כל הנגזרות של זה הן נגזרות שהן מאוד בעייתיות, שאין אופציה להשיג על זה אלא בתוך הביטוח הלאומי ובדרכים שהן פתלתלות קשות מאוד".

95 "הבעיה הגדולה וזה משרד הביטחון למד, זה לא תמיד מה אתה עושה אלא איך זה נראה. משרד הביטחון הוציא את כל הוועדות הרפואיות מאגף השיקום ומקיים אותן בבתי החולים. עצם זה שהוצאת כבר זה נראה אחרת. השאלה היא מי הרופאים והמערכת צריכה לדעת. אפילו את המזכיר של הוועדה שהוא פקיד של ביטוח לאומי שיושב בוועדה הייתי מנסה שהוא לא יהיה כי זה לא נראה טוב...".

בשאלת הקשר הסיבתי. לעומת זאת התובע רשאי להיות מיוצג בוועדות הרפואיות, להגיש חוות דעת רפואיות מטעמו לוועדות ולערער על קביעות הוועדה בפני ועדות לעררים ובית הדין לעבודה, ואף לפתוח את הדיון בפני הביטוח הלאומי מחדש, אחת לחצי שנה, בטענת החמרה ולהעמיד את חברת הביטוח בפני עובדה מוגמרת.

ה. דיון

1. בתי המשפט במבחן האפיסטמי

ממצאי המחקר נותנים ביטוי מובהק לטענה שמצאנו בפסיקה הישראלית ובספרות הזרה שלפיה השיטה האדוורסרית, שחולשת על ההסדר הקבוע בפקנ"ז, יוצרת הטיה אדוורסרית (bias adversarial) בקרב חוות דעת המומחים.⁹⁶ המחקר מצא כי קיים פער של כ-16 אחוזי נכות בממוצע בין קביעות מומחי הצדדים, וכי רק כ-3% מן התיקים שבהם הוגשו חוות דעת מטעם שני הצדדים לא היה פער בין עמדות המומחים מטעם הצדדים. גם הראיונות שערכנו תמכו בקיומה של הטיה כזו. ההסברים שניתנו להטיה הפנו לשיקולים כלכליים ולרצון הטבעי של המומחה לשרת את הצד שעמו הוא עובד. בנוסף ציינו המרואיינים כי עמימות סוגיית הנכות הרפואית שאינה כפופה לקריטריונים מדעיים ברורים מאפשרת גמישות בחוות הדעת הרפואית שאין בצדה הפרה של אתיקה מקצועית. בנוסף ציינו המרואיינים שחלק מההטיה מקורה בהטיית בחירה (selection bias) – השוק נחלק למומחים שמייצגים תובעים ולא לה שמייצגים נתבעים – ועורכי הדין בוחרים בין הקבוצות לפי צורכיהם.⁹⁷

מצאנו תמיכה גם להשערותנו שבתי המשפט משתמשים בכללי אצבע ובמנגנונים מוסדיים לשם התמודדות עם הדילמה האפיסטמית, באופן שאינו מתיישב עם התפיסה הקלסית של ההליך האדוורסרי. ראשית מצאנו כי בתיקי פקנ"ז מרובי מחלוקת בתי המשפט נוטים יותר למנות מומחה מטעם לעומת תיקים מעוטי מחלוקת. כ-87% מהתיקים מרובי המחלוקת מונה מומחה מטעם בית המשפט, ורק כ-29% מהתיקים מעוטי המחלוקת מינה בית המשפט מומחה מטעמו. בנוסף נמצא כי בתי המשפט נוהגים ככלל לאמץ את העמדה של המומחה מטעם: בכ-91.5% מתיקי פקנ"ז והפלת"ד שבהם

96 ראו: עניין וינגרטן (לעיל, הערה 1); וגם: עניין מוזס (לעיל, הערה 52); עניין *Bernstein*, (לעיל, הערה 51); וכן: NSW Law Reform Commission, Report 109: Expert witnesses, p. 70.

97 אם כי אחד המרואיינים (שופט) נתן הסבר אובייקטיבי לפער שבין קביעות המומחים, שמשקף לדעתו נסיבות אובייקטיביות הקשורות בבדיקתו של הנפגע, כגון מועד ביצוע הבדיקה.

מונה מומחה מטעם בית המשפט פסק בית המשפט על פי קביעת המומחה. פרקטיקה זו משקפת גם את פסיקת בית המשפט העליון, שלפיה "משממנה בית המשפט מומחה על מנת שחוות דעתו תספק לבית המשפט נתונים מקצועיים לצורך הכרעה בדיון, סביר להניח שבית המשפט יאמץ ממצאיו של המומחה אלא אם כן נראית סיבה בולטת לעין שלא לעשות זאת".⁹⁸ מצאנו גם שקיומן של חקירות מומחי בית משפט לא גרמו לבית המשפט לסטות מקביעת המומחה (שכאמור נוטה לאמץ באופן כמעט מוחלט את עמדת המומחה מטעמו). לבסוף מצאנו גם (בהתייחס לתביעות לפי פקנ"ז) כי באותם מקרים שבהם לא מונה מומחה מטעם בית המשפט, פסיקת בית המשפט בדבר שיעור הנכות בתיקים אלה שיקפה במידה רבה את ממוצע שיעורי הנכות המשוקללת על פי קביעת מומחי התובע והנתבע. הראיונות שערכנו הצביעו גם הם על שימוש בכללי אצבע ובמנגנונים מוסדיים לשם הכרעה בשאלות אפיסטמיות. למשל, אחד השופטים שרואין ציין כי לעתים הכרעת השופטים מתבססת על שיקולים חיצוניים, שאינם נוגעים לתוכנה של עדות המומחה, כגון הוותק, המוניטין או ה"רושם" שהותיר המומחה. בנוסף צוינה נטיית השופטים להשתמש במנגנונים מוסדיים (פשרה, מינוי מומחה מטעמם) כאמצעי להכרעה בדילמות אפיסטמיות.

כאמור, הממצאים אף לא הראו אינדיקציות לכך שלחקירה הנגדית יש תרומה אפיסטמית משמעותית. עם זאת, מהנתונים עולה שהשחקנים המשפטיים ממשיכים לייחס משקל למוסד החקירה הנגדית. למשל, מצאנו ששיעור חקירות המומחים בתיקי פל"ד גבוה במובהק (37%) מזה שבתיקי פקנ"ז (16.2%). עובדה זו משקפת ככל הנראה את העובדה שאין ניתנת לצדדים אפשרות בהסדר זה להביא מומחה מטעמם, והם מבקשים "לפצות" על חסך זה באמצעות החקירה הנגדית. קשה להסביר נתון זה מבלי להניח שהצדדים מאמינים בתרומה האפיסטמית הפוטנציאלית של מנגנון החקירה הנגדית. השיעור הגבוה יותר של חקירות מומחים בתביעות פל"ד מלמד אפוא שמעבר לשיטה של מינוי מומחה על ידי בית המשפט יכול להביא לעלייה במספר התיקים שבהם תתבצע חקירה. עם זאת קיומן של חקירות ב-37% מהתיקים בפל"ד מלמד כי במרבית המקרים הצדדים מקבלים את סמכותו האפיסטמית של המומחה מטעם בית המשפט (גם אם סמכות זו אינה מובנת מאליה) גם מהראיונות עולה יחס אמביוולנטי למוסד החקירה הנגדית. אחד השופטים ציין שהחקירה הנגדית יכולה לסייע בידי השופטים, אולם בפועל קוצר זמן וחוסר מקצועיות מגבילים את השימוש בכלי זה וגורמים לשופטים לפנות

98 בית המשפט מוסיף וקובע כי "אכן עד מומחה כמוהו ככל עד – שקילת אמינותו מסורה לבית המשפט ואין בעובדת היותו מומחה כדי להגביל שקול דעתו של בית המשפט. אך, כאמור, לא ייטה בית המשפט לסטות מחוות דעתו של המומחה בהעדר נימוקים כבדי משקל שיניעוהו לעשות כן". ע"א 9323/04 מיצר לפיתוח בע"מ נ' שותפות בניין 17 מתחם 5 (פורסם בנבו, 23.7.2006) (להלן – עניין מיצר); ע"א 293/88 חברת יצחק ניממן להשכרה בע"מ נ' רבי (פורסם בנבו, 31.12.1988). ראו עוד: ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936, בפסקה 11 (להלן – עניין שטרן).

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזיקין גוף

לנימוקים צורניים (נימוק שהוביל את המרואיין הזה לתמוך במינוי מומחה יועץ). אחת השופטות סברה שהחקירה הנגדית יכולה לסייע מאוד בעיקר בתיקון העובדות וחיידודן אם כי לא בשינוי. לעומת זאת אחד מנציגי חברות הביטוח שהתראיינו ציין שמעטים המומחים שבאמת פתוחים להודות בשגיאתם, גם אם מוכיחים להם את טעותם "שחור על גבי לבן".

הראיונות מציירים תמונה מורכבת מזו שעולה מהניתוח הכמותי של שימוש כהיוריסטיקות. כך למשל השופטים אישרו כי המנגנון של מינוי מומחה מטעם בית המשפט בתיקי פקנ"ז ננקט על ידיהם כעניין שבשגרה בכל עת שנפער פער גדול בין חוות הדעת של מומחי הצדדים. עם זאת השופטים שרואיינו הכחישו כי בתי המשפט משתמשים בכלל של מיצוע כאמצעי להכרעה במחלוקת. אחד השופטים לא התנגד לקיומו של קושי זה, אולם הסבירו בעומס הרב הרובץ על מערכת בתי המשפט ואינו מאפשר לשופט בחינה מעמיקה של הסוגיות הרפואיות הנבחנות. עם זאת אותו שופט ציין גם כי שופט שאינו מנוסה דיו יכול להגיע בחקירה למסקנות לא נכונות בעליל. גם עורכי הדין שהתראיינו סברו כי אין קושי ממשי לעורכי הדין בהתמודדות עם סוגיות רפואיות בשל היקף המידע הזמין בתחום הרפואי. ייתכן שהפער הזה בין תשובות המרואיינים למציאות המתגלה מהניתוח הכמותי טמון באשליית הידע של מומחים – סירוב להודות במגבלות האפיסטמיות שלהם.⁹⁹

באופן כללי ניתן להצביע על שני הסברים מרכזיים לשימוש הניכר של בתי המשפט בכללי אצבע לפתרון דילמות אפיסטמיות: הסבר אחד רואה בשימוש בכללי אצבע פתרון רציונלי לבעיית הידע של השופטים. נוכח הקושי לפתור את הדילמה האפיסטמית הכרוכה בבקרה של עדות מומחים על ידי התמודדות סובסטיבית עם תוכן של העדויות, השופטים נוקטים אסטרטגיות אפיסטמיות מסדר שני. לכלל המיצוע שמצאנו בהקשר של תיקי פקנ"ז מרובי מחלוקת יש הסבר נוסף: כלל זה נראה כתגובה רציונלית להטיה האדוורסרית של המומחים, שנתפסים כ"מומחים מטעם" שמשרתים את האינטרס של הלקוח ואינם פועלים בהכרח לפי אמות מידה אובייקטיביות. בהנחה שהמומחים מטעם הצדדים מפריזים בהערכות הנכות של התובע (כל אחד לצד שלו), כלל המיצוע יכול לספק תוצאה שהיא קירוב של ה"אמת". הסבר נוסף שנזכר בראיונות, ויש לו גם תמיכה חיצונית, טמון בעומס הקיים על מערכת בתי המשפט ובמסרים המוסדיים המועברים אל השופטים, שמציבים בראש סדר העדיפויות את "חיסול" התיקים.¹⁰⁰

99 ראו: Daniel Kahneman, "Don't Blink! The Hazards of Confidence", *New York Times* (October 19, 2011). http://www.nytimes.com/2011/10/23/magazine/dont-blink-the-hazards-of-confidence.html?pagewanted=all&_r=0 (נצפה לאחרונה באוגוסט 2013).

100 על העומס של בתי המשפט בישראל ראו עוד: רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות, העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות: דו"ח מסכם, המרכז לניהול ומדיניות ציבורית (2007).

עומס זה אינו מאפשר לשופט הדין בתיק את הזמן הנדרש ללמידת הסוגיה הרפואית שבמחלוקת ולניתוח מעמיק של עדויות המומחים הרפואיים, ומחייב אותו למעשה לאמץ כללי אצבע כדי להכריע בתיק.¹⁰¹

2. השוואת היעילות היחסית של ההסדרים

הממצאים הציגו תמונה מורכבת של יעילות ההסדרים: מחד גיסא מצאנו כי מספרן של חוות הדעת המוגשות במסגרת תביעות פקנ"ז הוא למעלה מפי שניים משל אלו המוגשות בתביעות פל"ד. מאידך גיסא מצאנו, בניגוד להשערותנו המקורית, ששיעור התיקים שבהם התקיימה חקירת מומחים מטעם בית משפט גבוה בתיקי פל"ד במובהק (37%) מזה שבתיקי פקנ"ז (16.2%). כדי לבחון את העלות היחסית של ניהול תיק (באספקלריה של עלות המומחים בלבד) ניתחנו את הנתונים באופן השוואתי. הסתמכנו לצורך כך על ההערכות שנמסרו לנו בראיונות שלפיהן עלותה הממוצעת של חוות דעת נעה בין 3,000 ש"ח ל-5,000 ש"ח, ועלות חקירה נעה בין 1,000 ש"ח ל-2,000 ש"ח. הניתוח שערכנו הראה שאף על פי שבתיקי פל"ד נערכות יותר חקירות, העלות הממוצעת של תיק פקנ"ז נותרה גבוהה בהרבה משל תיק פל"ד (11,288 ש"ח לעומת 6,525 ש"ח).¹⁰²

ממצא נוסף הרלוונטי לבחינת העלות היחסית הוא שבתביעות פקנ"ז שנדגמו, כ-12.5% מן התיקים נדחים על ידי בית המשפט, בסיום ההליך המשפטי, מטעמים של היעדר אחריות, וזאת לאחר שמונו בתיקים אלו מומחים מטעם הצדדים ומטעם בית המשפט. ממצא זה מעורר את השאלה אם ראוי להפריד את הדיון בתביעות נזקי גוף לשאלת החבות ולשאלת הנזק באופן שיאפשר, בתביעות שבהן אחריות המשפטית של הנתבע מוטלת בספק, לדחות את מועד הבאת הראיות בשאלת הנזק עד לאחר הכרעה עקרונית בשאלת האחריות המשפטית לאירוע.

שאלה נוספת שבחנו התייחסה לאחת הביקורות שהוצגה על ההסדר הקבוע בסעיף 6א לחוק הפל"ד, ולפיה מאחר שהסדר זה אינו דורש מן התובע להגיש לבית המשפט

101 לכך מצטרפת פסיקת בית המשפט העליון בדבר המעמד המיוחד של חוות דעת מומחה מטעם בית המשפט, ראו: עניין מיצר (לעיל, הערה 98); עניין שטרן (לעיל, הערה 98). עם זאת פסיקה זו אינה מחייבת את השופטים להשתמש בכללי אצבע מלכתחילה.

102 כדי לבחון שאלה זו בדקנו את העלות המנהלתית הממוצעת (מהפרספקטיבה של עלות מומחים בלבד) של תיק פקנ"ז ותיק פל"ד. בשלב ראשון הנחנו עלות ממוצעת של 4,000 ש"ח עבור חוות דעת מומחה ועלות ממוצעת של 1,500 ש"ח עבור עלות של חקירת מומחה. מצאנו כי העלות הממוצעת של תיק פקנ"ז הייתה כ-11,288 ש"ח, ואילו העלות הממוצעת של תיק פל"ד הייתה כ-6,525 ש"ח. בשלב שני הנחנו עלות ממוצעת של 4,000 ש"ח עבור חוות דעת מומחה ועלות ממוצעת של 2,000 ש"ח עבור עלות חקירת מומחה. הפער נותר דומה. מצאנו כי ממוצע ההוצאה לתיק פקנ"ז הוא כ-11,475 ש"ח, ואילו ממוצע ההוצאה לתיק פל"ד היה כ-6,727 ש"ח.

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף

חוות דעת רפואית מטעמו לתמיכה בטענתו כי נגרמה לו נכות רפואית, הוא מגביר את הסיכויים לבקשות בלתי מבוססות למינוי מומחים רפואיים ולמינויים של מומחים בנסיבות שאינן מצדיקות זאת. אכן, המחקר הכמותי מצא כי בתיקי פל"ד קיים מספר רב יותר של מקרים שבמסגרתם בסיום ההתנהלות המשפטית פסק בית המשפט לתובע 0% נכות רפואית. מצבים מסוג זה נמצאו בתיקי פל"ד בכ- 17.2% לעומת 8.2% מתיקי פקנ"ז.

1. מתאוריה למדיניות: קווים לרפורמה בהסדרי מינוי המומחים התביעות נזיקין

1. אימוץ ההסדר בסעיף 6א' לפל"ד לכלל התביעות הנזיקיות

ההמלצה המרכזית שלנו, שנתמכת בממצאי המחקר, היא כי ההסדר הקבוע בסעיף 6א' לחוק הפל"ד יוחל על כלל תביעות נזקי הגוף.¹⁰³ עמדה זו מתבססת על הטענה שהעלות העודפת של הסדר ריבוי המומחים אינה ניתנת להצדקה מנקודת מבט אפיסטמית. העלות העודפת, מלבד העובדה שהיא מכרסמת בפיצויים יכולה להקשות על תובעים מחוסרי אמצעים את הגישה לערכאות בתיקי פקנ"ז. לשיטה האדוורסרית של ריבוי מומחים היבט שלילי נוסף, הטמון בתרומתה לעומס המוטל על מערכת בתי המשפט. הפן האפיסטמי של טענתנו מבוסס על הפער שחשף המחקר בין התפיסה האדוורסרית שביסוד ההסדר החל על תביעות פקנ"ז, לבין האופן שבו תביעות אלה מתנהלות הלכה למעשה. ממצאי המחקר מעידים שבתי המשפט משתמשים בכללי אצבע (מינוי מומחה ומיצוע) כדי ליישב חילוקי דעות אפיסטמיים ואינם מיישבים מחלוקות אפיסטמיות באמצעות הפעלת שיקול דעת עמוק. עובדה זו מטילה ספק בדבר התועלת האפיסטמית שבהסדר הקיים בפקנ"ז. אמנם קיימת אפשרות שעצם קיומן של חוות דעת נוגדות משפר את התוצר האפיסטמי הסופי, בין שמדובר בהחלטה המבוססת על ממוצע (שנעזרת בהתנהגות האסטרטגית של הצדדים כדי לחשוף ערך מקורב לאמת) ובין שמדובר בהחלטה שמאמצת את עמדת המומחה מטעם בית המשפט (מאחר שהמומחה מטעם בית המשפט נעזר בחוות דעת המומחים מטעם הצדדים).¹⁰⁴ עם זאת לדעתנו

103 עם זאת נזכיר כי המחקר התמקד בהסדרים הנוגעים לדיון בשאלת הנכות הרפואית בלבד ולא עסק בעדות מומחים באשר לרשלנות רפואית. כמו כן לא עסקנו בסוגיות נלוות כגון הפרקטיקות הנוהגות בוועדות הרפואיות מטעם הביטוח הלאומי. בכל הנוגע לשאלות אלה יש צורך במחקרי המשך.

104 כך למשל אפשר לטעון שאסטרטגיה של מיצוע מנצלת את "ההגזמה האסטרטגית" של מומחי הצדדים כדי להגיע לפתרון הקרוב לאמת. עדות המומחים מטעם הצדדים משמשת

תועלת זו אינה מצדיקה את העלויות העודפות שנגרמות מהסדר ריבוי המומחים לצדדים ולמערכת השיפוטית בכללותה. לדעתנו לדינמיקה האסטרטגית שהתפתחה בתיקי נזיקין מבחינת אופיין של עדויות המומחים (האופן שבו המומחים מאצמים את נקודת מבטו של הצד שמטעמו הם מעידים) אף יכולה לפגוע בלגיטימיות האפיסטמית של מערכת המשפט בכללותה. להסדר מינוי המומחים הקבוע בסעיף 6א לחוק הפלת"ד יש אפוא עדיפות לכאורית על פני ההסדר בפקנ"ז מאחר שהוא מיתר את העלויות המיותרות בשכירת מומחים ומשקף את כללי האצבע שאימצו בתי המשפט כפתרון לדילמה האפיסטמית.

עם זאת חשוב לציין בהקשר זה את הבעיות הגלומות בהסדר הקבוע בחוק הפלת"ד, שעולות אף הן מממצאי המחקר. הבעיה המרכזית נוגעת לחוסר היכולת של בית המשפט לבחון בחינה ביקורתית (בין באופן עצמאי ובין באמצעות מוסד החקירה הנגדית) את תוכנה של חוות דעת המומחה. ממילא אי אפשר להניח, אפריורי, שהתוצר האפיסטמי של הסדר של מומחה מטעם בית משפט יהיה עדיף על הסדר של ריבוי מומחים. אימוץ ההסדר הקבוע בסעיף 6א מחייב אפוא פיתוח הסדרים נוספים, שיוכלו לשפר את הבקרה על עבודת המומחים. הסדרים אלה צריכים לתת מענה לשלוש סוגיות: אופן בחירת המומחים, סוגיית ניגוד העניינים ומנגנון לביקורת מהותית.

מנגנון בקרה ראשון שראוי לפתח נוגע לתהליך בחירת המומחים. למשל, אם תהליך בחירת המומחים מטעם בית המשפט אינו משקף את הידע והניסיון של המומחים אלא, לדוגמה, את קשריהם עם השופטים המכהנים או עם המערכת הניהולית של בתי המשפט או אפילו מסורת ארגונית שפועלת מכוח האינרצייה, תהיה לכך השפעה שלילית על התוצר האפיסטמי שיובא בפני בית המשפט, ושכפי שראינו לעיל סביר שאף ימצא את דרכו לתוך ההכרעה השיפוטית. לדעתנו ניתן למצוא מענה מסוים לבעיה זו בהמלצות ועדת הבדיקה בנושא מינוים של בעלי תפקידים בשכר על ידי בתי המשפט, שפורסמו בשנת 2008 וברפורמה שהוצעה לאחרונה על ידי משרד המשפטים באשר להסדר מינוי המומחים בפלת"ד.¹⁰⁵ הוועדה הציעה באופן כללי להחיל קריטריונים קפדניים יותר למינוי מומחים רפואיים מטעם בית המשפט בהדגישה שני שיקולים מרכזיים: רמה

גם מנגנון בקרה על עדות המומחה מטעם בית המשפט מקום שזה ממונה. עם זאת, כאמור, העלות הכרוכה במנגנון של ריבוי מומחים עולה לדעתנו על התועלת הטמונה בכך. ¹⁰⁵ ועדת הבדיקה בנושא מינוים של בעלי תפקידים בשכר על ידי בתי המשפט. הוועדה מונתה על ידי נשיאת בית המשפט העליון השופטת דורית ביניש ביום 12.11.2007, והגישה את מסקנותיה והמלצותיה ביום 10.08.2008. בראשות הוועדה ישבה השופטת שטרסברג-כהן, והיו חברים בה נשיא בית הדין הארצי לעבודה השופט סטיב אדלר ונשיאת בית המשפט המחוזי מחוז מרכז השופטת הילה גרסטל. לדוח ועדת הבדיקה ראו: ועדת הבדיקה בנושא מינויים של בעלי תפקידים בשכר על ידי בתי המשפט – דין וחשבון (2008) (להלן – ועדת הבדיקה בנושא מינויים).

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזיקין גוף

מקצועית ושקיפות. ראשית המליצה הוועדה כי החלטות בתי המשפט בדבר מינוי מומחים יכללו הנמקות בנוגע לזהות המומחה המתמנה תוך התייחסות לנתונים כגון רמתו המקצועית, יעילותו, עמידתו בלוחות זמנים, זמינותו להופיע בפני בית המשפט וניסיונו הקודם בכתיבת חוות דעת מקצועיות לבית המשפט.¹⁰⁶ שנית, ברמה המערכתית המליצה הוועדה על הסדרת הנושא באמצעות הקמת יחידה בהנהלת בתי המשפט שבראשה יעמוד עורך דין. היחידה תפקד על עריכתן של רשימות ממוסדות כלל-ארציות של מיועדים למינוי בתחומים השונים, והיא שתרכז את כל הפניות של מועמדים למינוי. הרשימות יכללו מידע מגוון על אודות המומחה, ובכלל זאת מקור השכלתו, הכשרתו המקצועית, שנות ניסיון במקצוע ומידת זמינותו.¹⁰⁷ יצוין כי המנגנון של רשימת מומחים (בפיקוח מוסדי) יכול לתת מענה מסוים לבעיית ההטיה האדוורסרית בתיקי פג"ז. למשל, אם יכפו על עורכי הדין לבחור מומחים מרשימה סגורה, או אפשרות רדיקלית יותר – לבחור את המומחים באמצעות מכניזם רנדומלי, אפשר שיהיה בזה מענה, ולו חלקי, לבעיית ההטיה, הן מאחר שהוא ימנע את תופעת הסלקטיביות אקס אנטה בבחירת המומחה והן מאחר שהוא יפחית את התמריץ של מומחים שמעידים דרך קבע בשביל "צד" מסוים, לאותת לקהילה מסוימת בדבר העדפתם (היינו שהם פרו-תובעים או פרו-נתבעים).

חשוב לציין כי הליך בחירת המומחה כשלעצמו מצריך מומחיות מסוימת והבנה עמוקה של הבעיה, שמחייבת התייחסות מקצועית. במובן זה קיומה של רשימת מומחים נותנת מענה רק לחלק מהבעייתיות שבהסתמכות על מומחה. גם היות בית המשפט "מומחה למומחים" אינו מענה מספק לבעיה זו. למשל, אחת מהסוגיות הקשות בתחום הערכת הנכות הרפואית נוגעת לצורך לתת ביטוי במינוי לתת-ההתמחות הרלוונטית לסוגיה שבמחלוקת. פרופ' אברהם סהר ציין בריאיון שערכנו אתו כי קיים חשש שבתי המשפט והצדדים ממנים מומחים אשר אינם בקיאים בתת-ההתמחות הרלוונטית

106 שם, בסעיף 25.1. יצוין כי אשר לתביעות רשלנות רפואית, שבמסגרתן מוגשות חוות דעת רפואיות מטעם הצדדים בסוגיית האחריות לטיפול רשלני, המליצה בשנת 1999 ועדת קלינג, שלא לשנות את סדרי הדין הנוהגים בנושא אופן הוכחת הרשלנות, בהביעה חשש כי הפקדת ההחלטה בדבר התרשלנות של הגורם הרפואי בידי מומחה מטעם בית המשפט עלולה להביא לעיוות דין, שכן היא חושפת את הגורם הרפואי הנתבע לסיכון כי למומחה שמונה לבדיקת האחריות דעה מוקדמת שמקורה בהכשרתו, בניסיונו או באסכולה שעמה נמנה, וכדי לאפשר לגורם הרפואי הנתבע הזדמנות להגנה ראויה. ראו: הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי – דין וחשבון (1999).

107 הוועדה המליצה כי כניסתו של מומחה לרשימה תותנה במינימום של חמש שנות ניסיון החל ממועד קבלת תעודת המומחה, וכי בנוסף ייקבעו קריטריונים ספציפיים ככל שיידרש בתחום המומחיות הרלוונטי. היחידה תוכל להיוועץ עם הארגון המקצועי לשם קבלת שמות מועמדים וקביעת קריטריונים נוספים. ראו: שם, בסעיף 21. היחידה תפקד גם על איסופו ומינוו של מידע מתוך פסקי דין הכולל אמירות על מומחים שמונו על ידי בתי המשפט, ככל שמידע כאמור עשוי להיות רלוונטי למינויים עתידיים. שם, שם.

למחלוקת. אחד הפתרונות הלא פורמליים שהתפתחו בבתי המשפט לבעיה זו, כפי שעלה מהריאיון עם אחד השופטים, הוא לבקש מאחד המומחים שמונו לחוות דעה על אודות הצורך במינוי מומחים בתחומי פגיעה נוספים. מובן שבכך אין נפתרת הבעיה היסודית, שכן לבית המשפט אין יכולת לבקר גם המלצה זו. עם זאת קיומם של רשימה וקריטריונים ספציפיים למינוי יכול לשפר בהחלט את המצב יחסית להיום.

המלצה נוספת של הוועדה עסקה בסוגיית ניגוד העניינים שיכולה להתעורר בתהליך מינוי המומחים. הוועדה המליצה על החלת כלל של "מבחן החשש הסביר", שלפיו יש לנקוט צעדים לנטרול הניגוד בכל מקרה שבו קיים חשש סביר לניגוד עניינים.¹⁰⁸ הוועדה אף ציינה כמה מקרי סף שיובילו לפסלות המינוי בשל חשש ממשי לניגוד עניינים, כגון קרבה משפחתית, כספית או אישית של המומחה המיועד להיות שופט או לצד להליך וחרגים לכלל, במצבים המחייבים את מינוי המומחה הספציפי לאור ידע, כישורים ומיומנות מיוחדים הנדרשים בתיק.¹⁰⁹ במשפט האמריקאי נעשה ניסיון דומה לשפר את המצב הקיים בתחום עדות מומחים באמצעות קביעה של כללי אתיקה.¹¹⁰

בשנת 2011 פרסם משרד המשפטים תזכיר הצעת חוק בעניין פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון) (מומחים וקביעת נכות), התשע"א–2011.¹¹¹ הצעת החוק באה על רקע התחושה – שהייתה גם ביסוד המחקר שלנו – כי קיימת בעיה בהסדר מינוי המומחים בתביעות נזיקיות. הצעת החוק מתמקדת בהסדר הפלת"ד בלבד, אך עם זאת ניתן למצוא בה כמה רעיונות בדבר מנגנוני בקרה על עבודת המומחים, אשר משלימים את המלצות ועדת הבדיקה מ־2008. עיקר החידוש בתזכיר, כפי שנראה להלן, הוא בהצעה להקים ועדת מומחים (לרבות ועדת ערר) שתפעל לצדו של בית המשפט. ההצעה מבקשת לשפר את האופן שבו מופעל חוק הפלת"ד בכל הקשור לאופן שבו נקבעת נכותו הרפואית של מי שנפגע בתאונת דרכים והגיש לבית המשפט תביעה. ההסדר המוצע מבוסס על שני עיקרים:

ראשית, כדי להעניק פיצוי מהיר לנפגע בתאונת דרכים מוצע להסמיך את נשיאי בתי המשפט להורות על העברת תובענה לפי חוק הפיצויים שהוגשה בה בקשה לקביעת נכות, לדיון בפני רשם במקרים המתאימים לכך, דהיינו בתיקים הקלים והלא מסובכים.¹¹² בתיקים שלא יועברו לדיון בפני רשם תיקבע הנכות על ידי מומחה מטעם בית המשפט, אשר ימונה על ידי השופט הדן בתיק, בדומה למצב הקיים היום. סמכויותיו וחובותיו של המומחה מטעם בית המשפט והדרכים להשגה על חוות דעתו ייקבעו על

108 שם, בסעיף 36.

109 שם, בסעיף 38.

110 J. Sanders, "Expert Witness Ethics", 76 *Fordham L. Rev.* (2007) 1539.

111 תזכיר חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון) (מומחים וקביעת נכות).

112 יצוין כי ההבחנה בין "תיקים קלים ולא-מסובכים" לתיקים מסובכים, הנדרשת לפי סעיף 66 לצורך העברת הדיון לרשם, היא הבחנה עמומה שעשויה ליצור לדעתנו קשיים מנהליים ביישום.

ידי שר המשפטים בתקנות. הועברה התביעה לדיון בפני רשם, יעביר הרשם את הבקשה לקביעת הנכות לוועדת מומחים רפואיים (להלן – ועדת מומחים רפואיים או הוועדה) לשם קביעת הנכות; הוועדה יכול שתהא בדין יחיד. לרשם יהיו סמכויות שונות, כגון הסמכות להורות לנפגע לעמוד לבדיקות, הסמכות להורות על המצאת מסמכים ומינוי יועצים ככל שהדבר דרוש לוועדה לשם קביעת הנכות. קבעה הוועדה כי נכותו של הנפגע אינה עולה על 10%, יקבע הרשם את הפיצוי לנפגע על פי כללים שייקבעו בתקנות. עלתה נכותו של הנפגע על 10%, יוחזר התיק לבית המשפט לשם המשך השמעתו בפני שופט. יהיה ניתן להגיש ערר על החלטות ועדת המומחים לוועדת ערר.¹¹³

שנית, כדי להגשים את תכליתו של חוק הפיצויים מבקש התיקון המוצע להסדיר את האופן שבו ימונו מומחים רפואיים לשם קביעת הנכות. במידה רבה התזכיר מאמץ בהקשר זה את המלצות ועדת הבדיקה. התזכיר מציע כי תגובש רשימת מומחים, על פי אמות מידה שייקבעו על ידי שר המשפטים, לפי המלצת ועדה ציבורית מייעצת שהרכבה קבוע אף הוא בתיקון החוק המוצע. ככלל מוצע לקבוע כי יהיה ניתן למנות מומחים לחברי ועדת מומחים, ועדת ערר או מומחים מטעם בית המשפט, לשם קביעת הנכות, רק מתוך הרשימה, למעט מקרים חריגים המפורטים בתיקון. עוד מוצע לאסור על ניגוד עניינים של המומחה ולהקים ועדת אתיקה מתוך חברי הוועדה הציבורית המייעצת, אשר תוסמך ליתן חוות דעת בענייני אתיקה הקשורים לקביעת נכות בתיקים לפי החוק. לנוכח השינוי המשמעותי שבתיקון המוצע לחוק הציע התזכיר להחיל את התיקון בשלב ראשון כהוראת שעה. הביקורת העיקרית שיש לנו על החלק הזה בהצעה נוגעת להרכבה המוצע של הוועדה הציבורית, שאינו כולל נציגות של רופאים ושל שופטים. אנחנו מציעים להוסיף להרכב הוועדה נציג של הסתדרות הרופאים, נציג נוסף מהאקדמיה (מאחד מבתי הספר לרפואה בישראל) ונציג של השופטים (למשל שופט בדימוס).

המנגנון המוסדי של ועדה רפואית, הדומה במתכונתה לוועדות המוסד לביטוח לאומי, שאליה יופנה התובע לבדיקות, הוא מנגנון אפשרי שיכול לתת מענה לסוגיית הבקרה על עדות המומחה, וראוי לשקול את החלתו על כלל תביעות הנזיקין (ולא רק כשמדובר בתאונות דרכים כמוצע בתזכיר).¹¹⁴ בשל אי-הוודאות הכרוכה בהפעלת

113 סדרי הדין לדיון בוועדת המומחים ובוועדת הערר וסוגיות שונות, כגון מספר המומחים החברים בוועדות, שכר טרחת המומחים ואגרות, ייקבעו על ידי שר המשפטים בתקנות.

114 ניתן לעשות זאת על ידי יצירת קריטריונים של מעין "ראשית ראיה", שעל פיהם תאושר בקשתו של תובע להיבדק על ידי הוועדות. לאחר שייקבע שיעור הנכות הרפואית על ידי הוועדה הרפואית, לרבות ועדת ערר על פי הצורך, יוחזר התיק לבית המשפט לשם הגשת תחשיבי נזק מטעם הצדדים ודיון בפסיקת הפיצוי על פי כללי חישוב הנזק הנהוגים בבתי המשפט. אשר להצעה להרחיב את סמכויות הרשם לסמכויות של פסיקת פיצויים לנפגעים בתיקים בסדרי גודל של עד 10% נכות, מדובר באפשרות שעשויה לתרום ליעילות המערכת. קיימת פרקטיקה דומה בבתי הדין לעבודה שבמסגרתה מנותבים בדרך כלל תיקים פשוטים יחסית לרשמי בית הדין וכדומה.

ההסדר היינו מציעים להחילו בשלב ראשון כתכנית הרצה (פיילוט). במיוחד ראוי למחקר וחשיבה נוספים שאלת הבקרה על פעילות הוועדות הרפואיות. הממצאים שלנו מעוררים שתי סוגיות נוספות הנוגעות לדינמיקה של ההליך השיפוטי, הן בתיקי פלג"ד והן בתיקי פקנ"ז, שראוי להתייחס אליהן. על ההסדר בסעיף 6א' נמתחה ביקורת, שלפיה מאחר שהוא אינו דורש מן התובע להגיש לבית המשפט חוות דעת רפואית מטעמו כתמיכה בטענתו כי נגרמה לו נכות רפואית, הוא מגביר הסיכויים לבקשות בלתי מבוססות למינוי מומחים רפואיים בניסבות שאינן מצדיקות זאת.¹¹⁵ אכן, המחקר שלנו הראה שבתיקי פלג"ד קיים מספר רב יותר של מקרים שבמסגרתם פסק בית המשפט לתובע בסיום ההליך 0% נכות רפואית. מענה אפשרי לקושי זה יכול להיות הטלת עלות חוות הדעת על התובע במקרים שבהם היה ספק מלכתחילה בקיומו של נזק רפואי, פתרון שאומץ על ידי שופטים מסוימים בערכאות הנמוכות.¹¹⁶ שאלה אחרת שעולה מהממצאים ונוגעת לתיקי פקנ"ז היא אם אין מקום להפריד את הדיון בשאלת החבות מן הדיון בשאלת הנזק כתביעות נזקי גוף. הפרדת הדיון בשאלת החבות מן הדיון בשאלת הנזק תביא את בית המשפט למנות מומחה רפואי לבדיקת הנזק רק לאחר שהכריע בשאלת האחריות. השאלה בדבר הפרדת הדיון עולה מהממצא שלנו שלפיו 18% מהתביעות המוגשות במסגרת הפקנ"ז נדחות על ידי בתי המשפט, בשל היעדר אחריות, בסיומו של הליך משפטי ממושך, הכולל דיון משולב

115 פרי (לעיל, הערה 4) בעמ' 166.

116 ראו לעניין זה ת"א (שלום ת"א) 63391/93, המר' 137153/95, גבי מוזס נגד "כלל" חברה לביטוח בע"מ (החלטת השופט ד' גבאי, 20.12.1995): "כאשר לבית-המשפט ספק אם למנות מומחה, מוטב ללכת לקראת התובע ולמנות את המומחה, ובלבד שבמקרה זה יש לחייב את התובע בתשלום שכר המומחה, ובדרך זו למצוא את האיזון המתאים"; ראו גם: מאגר המידע צלטנר – חבות לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, בעמ' 3254. דוגמה לאיזונים שעורכים בתי המשפט לעניין בקשות למינוי מומחים ניתן לראות בפסיקה שבמסגרתה ממנים בתי המשפט מומחים רק בחלק מן התחומים שנתבקשו, ובאשר לצורך במינוי מומחים רפואיים ביתר התחומים שנתבקשו, מורה בית המשפט למומחים המתמנים להתייחס בחוות דעתם אף לצורך זה ראו: ת"א (מחוזי י-ם) 6393/04 אמיתי נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, בפסקה 3 לפסק הדין מתבקשת המומחית בתחום פה ולסת להתייחס לצורך במינוי מומחים בתחום הכירורגיה פלסטית ואף-אוזן-גרון (פורסם בנבו, 2005); בש"א (מחוזי חי') 418/04 דשילו נ' "אליהו" חברה לביטוח בע"מ, בפסקה 5א (פורסם בנבו, 2.12.2004) (להלן – עניין דשילו). מתבקש המומחה בתחום האורתופדיה להתייחס לצורך במינוי מומחה בתחום הפלסטיקה. וכן מתבקש המומחה בתחום הפסיכיאטרי להתייחס לצורך במינוי מומחה בתחום הנירילוגי, ראו: שם, בפסקה 5ב. ראו גם: ת"א (מחוזי ת"א) 2470/02 זבין נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 18.11.2005); ת"א (מחוזי ת"א) 1718/06 סבג נ' ביטוח אישי ישיר – חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2008); ת"א (מחוזי ת"א) 16749/07 הרוש נ' טורוק (פורסם בנבו, 2008); ת"א (מחוזי ת"א) 1934/06 מורביה נ' מורביה (פורסם בנבו, 11.4.2007). בדומה לכך אף הושרש נוהג דיוני בבתי המשפט למנות מומחה שיקומי רק לאחר שהושלמו חוות דעתם של המומחים הרפואיים השונים, ואם מחוות הדעת שהוגשו עולה צורך מסוג זה. ראו: עניין דשילו.

בשאלת החבות ובשאלת הנזק. ניתן למצוא הפרדה כזו בין הדיונים בהליכים משפטיים בערכאות נמוכות.¹¹⁷

ראוי לציין לסיום מנגנון נוסף שנזכר בספרות המקצועית וגם בפי חלק מהמרואינים, ככלי בקרה על המומחים – המודל של מומחה יועץ. המנגנון של מומחה יועץ הוצע על ידי פרופ' אברהם סהר ועל ידי השופט בדימוס דוד גלדשטיין, שרואינינו על ידינו. הרעיון שביסוד מנגנון זה הוא שמומחה יועץ יכול לסייע לשופטים בניתוח השאלות הרפואיות וחוות הדעת שהוגשו במסגרת ההליך ובבחירת מומחים. היועץ לא נועד להחליף את העדים הרפואיים המומחים אלא לסייע לבית המשפט לקיים בירור וניתוח מעמיקים יותר של המצע העובדתי המוצג בפני בית המשפט בתחום הרפואי. המודל של מומחה יועץ זכה לביקורת בספרות הישראלית והאמריקאית. ד"ר אבי רובינשטיין טען כי ההצעה אינה מתאימה לשיטת המשפט שלנו, וכי דומה הדבר לשופט שיתיעץ על תיק שעומד בפניו "עם רופא מחוג ידידיו או מבני משפחתו".¹¹⁸ על פי ביקורת זו, השימוש במומחים יועצים עשוי לערער את ההליך המשפטי האדוורסרי בשל טשטוש הקו שבין תפקידו של בית המשפט כמקבל החלטות ניטרלי לבין מי שאמורים להציג בפניו את הראיות. לדעתנו המודל של מומחה יועץ אינו נותן מענה שלם לסוגיית הבקרה על עבודת המומחים – שמחייב טיפול בסוגיית הבחירה, הישרה המקצועית ופיתוח מנגנון בקרה מקצועי כגון ועדות ערר ולכן למרות היתרונות המסוימים שהוא מציע אין מקום לאמצו לדין הישראלי.¹¹⁹

הניתוח האמפירי שלנו התמקד בהסדרים הראייתיים הנוגעים לשאלת הערכת הנזק הרפואי בתביעות נזיקיות. עם זאת השאלה של תפקיד המומחים בהליכים משפטיים ויכולתו של בית המשפט לבקר אותם מתעוררת בהקשרים רחבים יותר, הן בתביעות נזיקיות (שאלת האחריות בתביעות של רשלנות רפואית או תביעות של זיהום סביבתי) והן בתביעות בתחומים אחרים (עתירות מנהליות בתחום התכנון למשל). בספרות קיים

117 ראו למשל: ת"א (שלום רמ') 21322-06-10 סלמה נ' שמשוני (פורסם בנבו, 2.5.2013);

ת"א (שלום רמ') 24010-03-10 אלקרנאווי נ' עיריית לוד (פורסם בנבו, 26.6.2011).

118 רובינשטיין (לעיל, הערה 54) בעמ' 191. לביקורת על מוסד ה'יועץ' ראו גם: מור (לעיל,

הערה 109) בעמ' 278-280, 306; וכן: Lewis A. Kaplan, "Experts in the Courthouse: The

Problem and opportunities: Remarks at the Milton Handler Antitrust Review", *Colum.*

Bus. L. Rev. (2006) 247.

119 התהליך שהתרחש במשפט האמריקאי בעקבות פסק הדין בעניין *Daubert* מנוגד לתפיסה

שביסוד מודל זה. בפסק דין *Daubert* הרחיב בית המשפט העליון את סמכותו של בית

המשפט שלא לקבל חוות דעת מומחה אם אינה עומדת בקריטריונים אפיסטמיים שונים.

אלא שבמתן תפקיד משמעותי יותר של "שומר סף" לבית המשפט פסק דין *Daubert* אינו

מתמודד עם הקושי של בית המשפט להתמודד עם שאלות אפיסטמיות. ראו בהקשר זה

Michael D. Green, Joseph וכן *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579

Sanders, "Admissibility Versus Sufficiency: Controlling the Quality of Expert

Witness Testimony in the United States", Available at SSRN 2016468.

דיון נרחב בשאלה כיצד ניתן לשפר את יכולתו של בית משפט להתמודד עם הדילמה האפיסטמית גם בהקשר הרחב יותר.¹²⁰ מאחר שהמחקר האמפירי שלנו לא בחן את הפרקטיקה המשפטית בהקשרים הרחבים יותר של עדות מומחים, אין באפשרותנו להכריע בשאלה זו.

2. הערות נוספות לעניין ההסדר הקבוע בסעיף 6 לפלת"ד

הצעה נוספת שעלתה בראיונות שערכנו הייתה להחיל את ההסדר הקבוע בסעיף 6 על כלל תביעות נזקי הגוף. להסדר הקבוע בסעיף 6 כמה יתרונות: ראשית, הוא משתמש ביעילות בקביעות הוועדות הרפואיות הדנות ממילא בענייניו של הנזוק. היתרונות בהסדר זה בולטים במיוחד על רקע החסרונות המגולמים במצב הקיים, שבו לא ניתן תוקף לקביעת הוועדות הרפואיות במסגרת ההליך השיפוטי אף כי מדובר בהכרעות של טריבונל מעין-שיפוטי שדן באותה תאונה והכריע הן בסוגיית הקשר הסיבתי בין הנזק לתאונה והן בשאלת שיעור נכותו של התובע בעקבות התאונה. ההסדר בסעיף 6 מאפשר למנוע את הצורך בהתנהלות ממושכת נוספת לבדיקת נכותו של התובע על ידי מומחים רפואיים מטעם הצדדים ומטעם בית המשפט. שנית, כפי שעלה מהראיונות, יש למודל זה תמיכה גם בקרב עורכי הדין המייצגים תובעים, אשר עשויים לכאורה להיות מקופחים מהכרעותיו של הביטוח הלאומי בעניינם. בנוסף, יש בהסדר של סעיף 6, מנגנון שמאפשר השגה על קביעותיהן המחייבות של הוועדות הרפואיות באמצעות הבאת ראיות לסתור לבית המשפט.

עם זאת נוכח הביקורת שהובעה בספרות ובראיונות¹²¹ על המודל של 6 אין לדעתנו מקום להחיל את סעיף 6 החלה רחבה יותר (היינו גם על תביעות פקנ"ז הדנות בתאונות שבהן ניתנה הכרעת ועדות המוסד לביטוח לאומי או משרד הביטחון בסוגיית נכותו הרפואית של התובע בעקבות התאונה מושא התביעה). כך למשל השופטים שראיינו ציינו כי ההסדר פוגע בציבור התובעים מאחר שמטרתו של הביטוח הלאומי היא לחסוך כספים לביטוח הלאומי, ועל כן הכרעותיו בסוגיית נכותו הרפואית של הנפגע מקפחות את התובע, ומי שנהנה מהסדר זה הן דווקא חברות הביטוח. לעומתם, נציגי חברות הביטוח שהתראיינו טענו כי ההסדר מקפח את חברות הביטוח משום האפשרות הניתנת לתובע להיות מיוצג בפני הוועדות הרפואיות ולערער על קביעותיהן ללא כל אפשרות להתנגדות מטעמן של חברות הביטוח, המושפעות מן התוצאה הסופית של ההליך. נציגי חברות הביטוח ציינו כי לדעתן הכלי המאפשר הבאת ראיות לסתור אינו אפקטיבי

120 ראו למשל, Joseph Sanders, "Expert Witness Ethic's", 76 *Fordham L. Rev.* (2007) 1539; Gary Edmond, "After objectivity: expert evidence and procedural reform", 25

Sydney L. Rev. (2003) 131

121 פרי (לעיל, הערה 4); נאסר (לעיל, הערה 33).

בחנינת ההסדרים למינויים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזיקין גוף

מבחינתן, מאחר שאפשרות השימוש בו מוגבלת בשל פסיקת בית המשפט העליון, שצמצמה זכות זו במידה ניכרת.¹²²

הרחבת תחולתו של סעיף 6ב תחייב לדעתנו מחקר המשך. מחקר כזה ראוי שיבחן את המערכת המוסדית שבמסגרתה פועלות הוועדות הרפואיות. במסגרת זו ראוי לבחון, כפי שנטען בספרות וטענו גם חלק מהמרוויינים, אם קיימת הטיה מוסדית בהערכותיהם של הרופאים המשתתפים בוועדות הרפואיות ובוועדות לעררים.¹²³ הרופאים יושבים בוועדות במסגרת המוסד לביטוח לאומי, אשר אף אחראי לתשלום שכרם, עובדה שמעוררת ספק באשר לניטרליות שלהם. מחקר אמפירי יצטרך לבחון גם את מידת האמון שלה זוכות ועדות הביטוח הלאומי מניזוקים ועורכי דין המייצגים נפגעים. קיימים כמה וכמה הליכים שנועדו לאפשר בקרה על עבודת הוועדות, וגם את מידת יעילותם ראוי לבדוק. כך למשל, הניזוקים זכאים להשיג על קביעותיהן של הוועדות הרפואיות באמצעות הגשת ערר בפני ועדה רפואית לעררים (בהרכב מורחב של שלושה רופאים) ולהגיש מדי חצי שנה תביעה להכרה בהחמרת מצב. בנוסף, קיימת כאמור לנפגע הזכות לערער על קביעות הוועדות הרפואיות לבית הדין לעבודה.

122 בעניין עודה נקבע כי הבאת ראיות לסתור תותר רק "במקרה חריג, היינו בנסיבות יוצאות דופן המצדיקות זאת", ובמסגרת פסק הדין מנתה בן-פורת נסיבות כגון מצב שבו ההליך בפני הוועדה היה פגום מהותית בשל תרמית, פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, שינוי מהותי במצבו של התובע או גילוי נכות נוספת לאחר קביעת הוועדה. ראו: עניין עודה (לעיל, הערה 30) בעניין ציון חברה לביטוח פסקה כבוד השופטת בן-פורת כי פער שקיים בין דרגת הנכות שנקבעה בוועדה על פי דין לבין נכות שנקבעה על ידי רופא של אחד הצדדים לא יצדיק התרת ראיות לסתור: "פער כאמור, ויהא אף פער ניכר, אינו טעם מיוחד המצדיק הבאת ראיות לסתור, שהרי הנחת היסוד שהביאה לחקיקת סעיף 6ב לחוק היא, שניתן להציג לפני בית-המשפט שורה של חוות דעת, שיצביעו על מסקנות רפואיות שונות, לעתים כדי פער מוחשי ואף קיצוני. דווקא כדי להימנע מן הקושי שבהעדפת חוות-דעת אחת על-פני רעותה, באה ההוראה שבסעיף 6ב לחוק. אם נגרוס, שדי בפער גדול בין חוות-דעת רפואיות כדי להוות טעם מיוחד להבאת ראיות לסתור את קביעות הוועדה, תסוכל המטרה, המונחת ביסוד הסעיף האמור" ראו: עניין ציון חברה לביטוח (לעיל, הערה 31). עם זאת, כפי שמציין פרופ' קציר, קיימים קשיים בהפעלתו של סעיף 6ב: "סעיף 6ב' האמור הניב יכול נרחב של פסיקה ושל התלבטויות שיפוטיות, ויש מקום להטיל ספר בתבונה המונחת בבסיס לחקיקתו. פשטות הפעלתו המיוחלת, פינתה מקום למחלוקות ולערעורים שבעקבותיהם, מלבד ניסיונות להימלט מעונשו של הסעיף, והתחושה כי הנתבע נדרש לספוג את תוצאתה של קביעה, שבקבלתה הוא לא השתתף. וכאשר תובעים ונתבעים, כאחד, מבקשים מפלט מהוראה שבדין, שומה על המחוקק ליתן את דעתו על כך, ולהסיק את המסקנה המתבקשת". פרופ' קציר מציין כי הוועדה, שבעקבות המלצותיה חוקק סעיף 6א לחוק הפיצויים ("ועדת מלץ"), לא כללה בין המלצותיה סעיף ברוח סעיף 6ב. ראו: קציר (לעיל, הערה 21) בעמ' 335-336. ראו גם יעקב מלץ, "עשור לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים", ספר יצחק כהן (תשמ"ט) 348, בעמ' 362.

123 הרופאים נבחרים מתוך רשימה הנקבעת על ידי שר העבודה והרווחה והמפורסמת ברשומות. ראו: תקנה 19 לתקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות) (קביעת אחוזי נכות רפואית, מינוי ועדות לעררים והוראות שונות), התשמ"ד-1984, ק"ת 1377.

קיימות בעיות בהחלתו של סעיף 6 כיום שמחייבות עיון נוסף. למשל, ההסדר הקבוע בסעיף 6 אינו תקף במצבים שבהם קביעת הוועדות הרפואיות ניתנה רק לאחר שהוגשה חוות דעת בתיק על ידי מומחה שהתמנה מטעם בית המשפט. במקרים כאלה ניתנת עדיפות לקביעתו של מומחה בית המשפט. עובדה זו יכולה ליצור תמריץ לניזוקים שלא למצות את זכויותיהם מן המוסד לביטוח לאומי, אלא לאחר מיצוי ההליכים בתביעה המוגשת מטעם לבית המשפט.¹²⁴ בתי המשפט מנסים להתמודד עם בעיה זו על ידי שימוש בסנקצייה שבמסגרתה מוטל מימון חוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט על התובע, בניגוד למקובל בתיקי תאונות דרכים שאינן תאונות עבודה, ושבמסגרתן מוטל בדרך כלל מימון הביניים לחוות דעתו של מומחה בית המשפט על חברות הביטוח. בכך מבקשים בתי המשפט לתמרץ את הנפגעים שלא לפנות בבקשה למינוי מומחה מטעם בית המשפט כשנכותם יכול שתקבע על ידי ועדות הביטוח הלאומי.¹²⁵ בסנקצייה דומה רשאי בית המשפט להשתמש במסגרת סעיף 6א, אף לעניין תאונות דרכים שאינן תאונות עבודה, כאשר הוא סבור כי הבקשה למינוי מומחה רפואי,

124 טענה זו מופיעה גם במאמרו של נאסר, ראו: נאסר (לעיל, הערה 33) בעמ' 167. לעניין זכותו של נפגע בתאונת דרכים לבקש מינוי מומחה מטעם בית המשפט אף במקרים של תאונות עבודה, תוך ויתור על מיצוי זכויותיו בוועדות הרפואיות, ראו: רע"א 1619/93 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' טטרו, פ"ד מז(4) 89, בעמ' 94. ראו לעניין זה גם: רע"א 4967/01 ורדי נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2001); בר"ע 645/05 (מחוזי י-ם) אריה חברה ישראלית לביטוח נ' רפאל אליהו (פורסם בנבו, 6.4.2005).

125 סעיף 7 לתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים קבע, לפי נוסחו הקודם, כי על תובע המבקש מבית המשפט למנות מומחה לבדיקתו, להפקיד סכום כספי בקופת בית המשפט למימון הוצאות המומחה אלא אם פטר אותו בית המשפט מחובתו זו מטעמים מיוחדים. ראו: סעיף 7 לתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים). בפועל הונהגה במשך שנים רבות בפסיקת בתי המשפט פרקטיקה שבמסגרתה מימון של הוצאות חוות דעת מומחה של בית המשפט הוטל בדרך כלל במימון ביניים על הנתבעות, שברובן הן חברות ביטוח, ומצב שבו מימון הביניים מוטל על כתפי התובע היה חריג. באופן זה נטו בתי המשפט להשתמש בסמכותם להטיל מימון הביניים על התובעים כדי לעודד נפגעי תאונות דרכים שהן תאונות עבודה לפנות למיצוי זכויותיהם אצל ועדות הביטוח הלאומי. בתיקון תשס"ט שונה סעיף 7 הנ"ל, ונקבע כי "בית המשפט או הרשם יורה לבעלי הדין או למי מהם, להפקיד סכומי כסף שיקבע בית המשפט או הרשם, כפיקדון להבטחת שכרו של מומחה", זאת מבלי לציין כי חובה זו מוטלת על התובע או על הנתבע ותוך הותרת נושא מימון הביניים של חוות דעת מומחה של בית המשפט לשיקול דעתו של השופט הדין בתיק. ראו: סעיף 1 לתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים) (תיקון), התשס"ט–2009, ק"ת 6800. תיקון זה התווסף לתקנות בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון אשר המליץ על תיקון התקנות בעניין זה, כדי להעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב בשאלה על מי להטיל בשלב הראשוני את החובה להפקיד סכומי כסף להבטחת שכר מומחה ובשל החשש שעלה מן הנוסח היבש של התקנות, שלפיו החוק דורש להטיל את מימון הביניים במצב הדברים הרגיל על התובעים. ראו: רע"א 4911/09 סהר ציון חברה לביטוח בע"מ נ' כשרי (פורסם בנבו, 29.7.2009); ראו לעניין גם: בר"ע (מחוזי ת"א) 1429/02 ערוב נ' אריה בע"מ חברה לביטוח (פורסם בנבו, 14.7.2002).

אף שמעלה "ראשית ראייה", אינה מבוססת, והסיכוי לקיומה של נכות רפואית לנפגע קלוש. בעיות אלה מחייבות ניתוח אמפירי נוסף, שיבחן את היקפן ומשמעותן.

ז. סיכום

המחקר הראה כי קיים פער בין הפרדיגמה הקלסית של השיטה האדוורסרית – שלפיה ריבוי הדעות המובא בפני בית המשפט והיכולת להעמידן למבחן דליברטיבי באמצעות ההליך הדיוני בבית המשפט משרתים את ערך גילוי האמת – לבין הדינמיקה השיפוטית כפי שהיא מצטיירת ממדגם מייצג של תביעות בגין נזקי גוף. ממצאי המחקר הצביעו על שימוש שיטתי במסגרת הדיון השיפוטי בכללי אצבע (heuristics), שאינם מבטאים בהכרח חתירה לאמת אלא הם בבחינת פתרון אסטרטגי לדילמה השיפוטית הכרוכה בהתמודדות עם עדויות מומחים סותרות. יש בממצאים אלה תמיכה בצורך ברפורמה של משטר מינוי המומחים, שתיתן ביטוי לפער הזה ותמנע השקעת עלויות שתרומתן האפיסטמית אינה נראית חשובה מספיק. ההסדר הקבוע בסעיף 6א, שבמסגרתו מוכרעת שאלת הנכות באמצעות מומחה הממונה מטעם בית המשפט, עדיף בעינינו, מאחר שהוא חוסך בשאבים ואינו סובל מן ההטיה האדוורסרית הנכרת בעדותם של עדים מומחים מטעם הצדדים. עם זאת אימוצו של משטר זה מחייב רפורמה בשיטת מינוי המומחים ומתן פתרון לבעיה האפשרית של בקשות סרק למינוי מומחה מטעם בית המשפט. עם זאת אנחנו סבורים שבשל אי-הוודאות הכרוכה ברפורמה המוצעת ראוי לאמצה בתהליך מדורג שיסתמך על השיטה של ¹²⁶experimental regulation. בנוסף הצבענו על הצורך לבחון במחקרי המשך את ההסדר הקבוע בסעיף 6ב ואת האפשרות להפריד את הדיון בשאלת החבות משאלת הערכת הנזק. הממצאים מעוררים שאלה כללית יותר בדבר יכולתו של בית המשפט להתמודד עם שאלות מדעיות מורכבות. מחקרנו מעורר ספק בדבר ההגדרה של בית משפט כ"מומחה למומחים". נמצא שלבעיה זו היבטים קוגניטיביים ומערכתיים. תזכיר הצעת החוק שהוגש לאחרונה על ידי משרד המשפטים נותן מענה מסוים לחלק מהבעיות שעליהן עמדנו במחקר זה, וראוי לבחון את ההצעות שהועלו בו בחיוב.

C. F. Sabel, J. Zeitlin, "Learning from Difference: The New Architecture of 126
.Experimentalist Governance in the EU", 14 *European Law Journal* (2008) 271
תפיסה זו מדגישה את החשיבות של לימוד מתמשך של הסדרים רגולטוריים ואימוץ של
תהליכים נסיוניים נוכח אי-הוודאות הרבה שמאפיינת את העולם הרגולטורי והמגבלות
האפיסטמיות של הגורמים שמובילים תהליכים רגולטוריים.