

הרב שלמה גרינץ

עדות מומחה רפואי

ראשי פרקים:

פתיחה

א. הגדרת עדות מומחה

ב. היסוד לנאמנות המומחה

1. חזקה אומן לא מרע אומנותו
2. עדות בדבר העשוי להתגלות
3. קבלת עדים פסולים במקום שאין אפשרות אחרת
4. כאומדנא

ג. עדות המומחה והלכותיה

1. החובה להעיד
2. התכונות הנדרשות מעד-מומחה רפואי
3. מינוי המומחה – מטעם הצדדים או מטעם בית הדין?
4. הגשת חוות דעת רפואית בכתב
5. חקירת העד
6. שכרו של המומחה

ד. השיפוט על פי עדות המומחה

1. משקל המומחה בפסק הדין
2. הכרעת בית הדין במחלוקת בין המומחים
3. רבים לעומת מומחים
4. היתרון בהתמחות מיוחדת על פני מומחיות כללית
5. עדיפות הרופא שבדק את החולה לעומת רופא אחר

ה. סיכום

פתיחה

בעוד שבזמנים עברו היה ניתן למצוא דיין בעל ידע מקצועי מתאים במגוון הנושאים העולים לדיון על שלחנו, כיום, עם ההתפתחות העצומה של הידע האנושי בכל תחומי החיים, וחוסר היכולת של אדם אחד לשלוט בכמות כה גדולה של ידע, אין אף אחד, מוכשר וידען ככל שיהיה, שאינו חייב להזדקק למומחים מסוגים שונים על מנת שיסייעו בידו להבין את הרקע המקצועי הנדרש לו לצורך הפסיקה.

ואכן, מעשים שבכל יום, שבתי הדין העוסקים בענייני משפחה וממונות נזקקים למומחים מסוגים שונים כמו שמאים¹, רופאים², מהנדסים³ וגרפולוגים⁴, על מנת לסייע להם בפסיקת הדין.

1. אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (עמוד קסא); פסקי דין – ירושלים דיני ממונות ובירורי יהדות (ו עמוד נד).
2. אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (עמוד עט, עמוד קטו); פסקי דין רבניים (חלק א עמודים 34, 370); שם (חלק ד עמוד 258); שם (חלק ז עמוד 157); שם (חלק יא עמוד 63); פסקי דין רבניים מתוך המאגר המקוון פס"ד מח.
3. פסקי דין – ירושלים (ח"ז עמוד שכו).
4. שם (ח"ה עמוד ק); שם (ח"ו עמוד ע).

למרות שהשימוש במומחים כחלק מפסיקת ההלכה, מקובל מקדמת דנא, ואף מעוגן במקורות מפורשים בשלחן ערוך⁵, הגדרת "עדות המומחה", התנאים לקבלתה והיחס בינה למערכת דיני הראיות שבמשפט העברי והלכותיה לא התבררו די הצורך על ידי פוסקי ההלכה⁶ וחוקרי המשפט העברי⁷ והם דורשים עדיין מחקר מעמיק ויסודי⁸, ולכך מוקדש מאמר זה.

מתוך כוונה שלא להרחיב את היריעה יתר על המידה, בחרתי להתמקד בעדות המומחה הרפואי ובירור שאלות הלכתיות הקשורות בה, כמו: מי כשר להיות עד מומחה? כיצד יש לפסוק במחלוקת בין מומחים? האם המומחה הרפואי רשאי ליטול שכר עבור עדותו?

בפרק א' נעסוק בהגדרה מדויקת של עדות המומחה וביחס בינה לשאר דיני עדות.

בפרק ב' נבאר מהו היסוד ההלכתי שעליו מבוססת עדות המומחה. במהלכו נבדוק מקורות אפשריים לכך ונציג את קשיי כל אחת מהאפשרויות. פרק ג' יוקדש לבירור הלכתי-מעשי של עדות המומחה הרפואי, והוא יתמקד בסדרי הדין הנוגעים לעדות זו.

בפרק ד' נדון בשאלות: כיצד הדין אמור לשקלל בפסק דינו את עדות המומחה, וכיצד ינהג כשיש סתירה בין המומחים המעידים בפניו. לבסוף נסכם את הדברים ונוסיף כמה המלצות מעשיות.

5. לדוגמא: **רופא** – בנזקי גוף – ראה שו"ע (חו"מ תכ, יח): "כיצד משערין הריפוי, אומדים בכמה ימים יחלה מחולי זה, וכמה הוא צריך..."; בהלכות מתנת שכיר מרע – שו"ע (חו"מ רנ, ב): "והלך נשען על מקלו, אומדין אותו על פי רופאים אם מחמת חולי הראשון מת-מתנתו קיימת, ואם לאו – אינה מתנה."
- מומחה בניה (מהנדס)** – בתחום הבניין כגון תביעה בגין ליקויי בניה, או בהלכות שכנים, ראה שו"ע (חו"מ קסד, ח): "ובלבד שלא יגביה כל כך שיתקלקל הבנין לפי ראות עיני הבקיאים בבנין"; רמ"א (חו"מ קנה, י): "והוא הדין בור שאין בו מים כלל אסור לחפור סמוך לכותל חבירו, וצריך לתקן לפי עיני אומנין הבקיאין בכך (ב"י בשם הרשב"א)." וכן בדברי רמ"א (חו"מ קנה, ז) בנוגע להערכה מה גרם לנזק: "ואם לא הרחיק והזיק בית חבירו, חייב לשלם לפי ראות הדיינין שישומו אם הוא גרם לו ההיזק. וכן בשאר נזיקין, כגון האורג שמוזיק לחבירו בהכאות שעושה בשעת אריגה, ישומו על פי בקיאין ואומנין, וכל כיוצא בזה."
- שמאי או אקטואר** – ראה שו"ע (חו"מ קג, א): "כששמין השלשה שמאין קרקע הלוחה, אין שמין אלא כפי הזמן וכפי השעה שנמכרים הקרקעות אז באותו מקום." ובשו"ע (חו"מ קיד, ד): "אחר שכותבין הטירפא, מורדין שלשה בקיאין לאותה שדה ושמין לו ממנה כשיעור חוברו."
6. דיון בסוגיה זו מצאתי בשו"ת **לב אריה** (הורביץ) סי' כט; הרב רכניץ ואחרים, "נייר עמדה מספר 11 מטעם מכון משפטי ארץ".
7. על מהימנותו של העד המומחה במשפט העברי ראו פס"ד של השופט משה דרורי הובא באתר דעת <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/maamarim/mehymanuto-2.htm>; למשמעותו של ה'מומחה' במשפט העברי ראו ד"ר יובל סיני והרב שרעבי בכתובת: http://www.netanya.ac.il/ResearchCen/JewishLaw/AcademicPub/Procedure/Documents/opinion_14032007.pdf
8. יש לציין כי מצויה ספרות משפטית עניפה בתחום זה. לדוגמא: נייר עמדה של עו"ד דיוס ופרופ' סהר - <http://www.ismal.co.il/imgs/uploads/refua-umishpat-27-129.pdf>

א. הגדרת עדות מומחה

"עד מומחה" הוא מי שהדיין נעזר בו על מנת לספק לו מידע מתחומי התמחותו הנדרש לצורך הכרעת הדין.

יודגש כי למרות שאנו משתמשים בביטוי "עד מומחה", לעדות המומחה מאפיינים מיוחדים שאינם מתאימים לדיני עדות שבתורה, וכדלהלן:

(א) בשונה מעדים רגילים הנדרשים לספר את העובדות שראו לבית הדין בצורה אובייקטיבית "יבשה" וללא פרשנות, העד המומחה, בדרך כלל (להוציא עדות של 'עין מיומנת')⁹, אינו מספר עובדות על האירוע נשוא הדיון אלא הוא מסייע לדיין – באמצעות הכלים והידע המקצועי שרכש במסגרת התמחותו – לנתח את העובדות, לפרשן ולהפיק מהם מידע משפטי.

(ב) לעומת עדות רגילה, שקבלתה תלויה רק בשאלת יושרם ונאמנותם של העדים, קבילות עדות מומחה תלויה גם, ואולי בעיקר, בשיקול דעת שיפוטי-מקצועי של הדיין ביחס למסקנותיו של המומחה, שהרי גם מומחה המעיד ביושר ובתום לב, יכול לטעות בשל חוסר מקצועיות או מסיבה אחרת.

לאור הבדלים אלו, נראה לקבוע כי עדות המומחה היא ראיה ולא עדות.

לקביעה זו יש השלכה הלכתית כבדת משקל, שכן דיני הראיות שונים מאוד מדיני העדות:

לעדות דינים קבועים וחד משמעיים, שמקורם בדרך כלל מגזירת הכתוב.

לדוגמה: חלוקת אישים לעדים כשרים או פסולים כמו קרוב, אשה או גוי (שו"ע חו"מ סי' לג-לד); דרך הגדת העדות בעל פה בבית הדין ולא בכתב (שו"ע חו"מ סי' כח); עדות שבטלה מקצתה – בטלה כולה (שו"ע חו"מ סי' לו); שני עדים נחשבים לנאמנות מוחלטת אפילו כנגד מאה עדים (שו"ע חו"מ סי' לא).

לעומת זאת, **בשאר הראיות** (שאינן עדויות), מתקבלת גם עדות פסולים, ואפילו אם היא נמסרת לבית הדין בכתב ולא בעל פה.

9. לעיתים הרופא נדרש לפענח עובדות או צילומים המצויים בבית הדין. אם מדובר בפעולה טריוויאלית וחד משמעית עדות זו תיחשב לגילוי מילתא' ודיניה יבוארו להלן בקצרה (סעיף 5). במסגרת המאמר אנו נעסוק בעדות בה דרושה מומחיות מקצועית או שעניינה הערכה רפואית, וכפי שיבואר בגוף המאמר.

דוגמה לעקרון זה היא קבלתם של מסמכים המונפקים על ידי בתי משפט של גויים אשר ביחס אליהם כתב בשו"ת **התשב"ץ** (סי' עח): "אבל טעם הכשרן בקצת מקומות הוא לפי שבהרבה מקומות אנו הולכין בדיני ממונות **אחר ידיעת האמת**, ואף על פי שאין אנו יודעין אותו בכל אותן דקדוקין שמסרה לנו התורה".

כמו כן, בין עדות לראיה קיים גם הבדל בדרך הפסיקה:

הפסיקה על פי העדים היא מוחלטת, וזאת אף אם אין הדיין בטוח באמינות דבריהם, וכפי שכתב הרמב"ם (הלכות יסודי התורה ה, ב): "שצונו לחתוך הדבר על פי שנים עדים ואף על פי שאין אנו יודעין אם העידו אמת אם שקר"¹⁰.

לעומת זאת, הדיין יכול להעריך ולשקול את אמינות הראיות לפי אומדן דעתו.

לאור זאת, התוצאה ההלכתית של הקביעה כי עדות המומחה אינה עדות רגילה היא שלא חלים עליה דיני העדות ולכן גם פסול לעדות יכול לשמש כמומחה. כמו כן, יכול המומחה למסור לבית הדין את חוות דעתו בכתב, ואין כאן חסרון של 'מפיהם-ולא מפי כתבם'.

בסיום פרק זה נעיר, כי עמדה בפנינו דרך אחרת להגדרת המומחה – לא כעד או ראיה – כפי שהצענו לעיל, אלא כמי שממלא את מקומו של הדיין בתחום בו הוא אינו בקי, ולו זכות ההכרעה.

ואפשר אף היה להביא ראיה לדרך זו מהדינים האמורים לגבי עדות השמאים (סוג של מומחים), אשר דומים במהותם לדיני הדיינים: נדרשים **שלושה** שמאים כמו בית דין (שו"ע חו"מ קג, א) ויש גם הדורשים שאף ישבו **במושב אחד** כדיינים (נתיבות המשפט קג, א).

אמנם מסקנתנו היא, שיש להבחין בין הבאת העובדות לבית הדין, הכוללת גם את ניתוחם ופרשנותם, וזו נעשית על ידי העד המומחה, לבין פסיקת הדין שמתבצעת רק לאחר שהמסכת העובדתית בהירה לדיין, ואז **הוא** שופט את המקרה ופוסק על סמך הידע ההלכתי שלו.

זאת ועוד, גם את הדינים המיוחדים שבהם שמאים דומים לדיינים, לא מצאנו במקומות האחרים בשלחן ערוך (שחלקם מוזכרים לעיל בהערה 5) בהם מוזכרת עדות מומחים (שם), ועל כן מסתבר יותר לומר שהם נאמרו ביחס לשמאים בלבד ואין להסיק מהם על מהות עדות המומחה.

לסיכום פרק זה: עדות המומחה אינה עדות במובנה הרגיל אלא ראיה, ולכן לא חלים עליה דיני עדות הרגילים.

10. אך אם הדיין יודע שעדות שני העדים איננה אמת, אסור לו לחתוך הדין על פיהם (דין מרומה). מסכת שבועות, ל-ב, לא, א; רמב"ם הל' סנהדרין, כד, ג. -- העורך.

ב. היסוד ההלכתי לנאמנות המומחה

לאור המסקנה של הסעיף הקודם שעדות מומחה אינה עדות, הרי שגם הבסיס לקבלתה אינו יכול להיות גזירת הכתוב: 'על פי שני עדים יקום דבר', ובפרק זה נבחן דרכים חלופיות לביסוס נאמנות זו¹¹.

1. חזקה אומן לא מרע אומנותו

הדעה הרווחת בין הפוסקים היא שהבסיס לנאמנות העד המומחה, היא החזקה: "אומן לא מרע אומנותו"¹².

במילים אחרות, אנו מניחים שהאומן יפעל מתוך אינטרס עסקי ולא ישקר, מפני שאם ייתפס בשקר יאבד את אמינותו אצל לקוחותיו, וזה עלול לפגוע בפרנסתו.

המקור לחזקה זו הוא דין התלמוד הקובע כי מותר לקנות מתגר (-סוחר) גוי טלית אם אומר שקנאה מישראל והיא כשרה (מנחות מג, א; שו"ע אר"ח כ, א)¹³. והיא משתייכת לסוג החזקות שבטבעו של אדם, כמו: חזקה שאין אנשים משקרים בדבר שיכול להיגלות; חזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובר¹⁴.

על סמך חזקה זו נקבעו דינים נוספים, והמרכזיים שבהם הנוגעים לדיון שלנו הם:

[1] שטרות העולים בערכאות של גויים כשרים, שכן הערכאות יחששו מלחתום שקר פן ירעו את אומנותם (גיטין ט; שו"ע חו"מ ס"ו סח).

[2] נאמנות הרופאים – אנו מסתמכים בפסיקת ההלכה על קביעות הרופאים. הסוגיה המרכזית המהווה מקור לדין זה עוסקת בפסיקה בדם נידה על סמך קביעת הרופאים. וזו לשון הברייתא (נדה כב, ב):

א"ר אלעזר בר' צדוק, שני מעשים העלה אבא מטבעין ליבנה: מעשה באשה שהיתה מפלת כמין קליפות אדומות, ובאו ושאלו את אבא, ואבא שאל לחכמים, וחכמים שאלו לרופאים, ואמרו להם: אשה זו מכה יש לה בתוך מעיה שממנה מפלת כמין קליפות, תטיל למים, אם נמוחו – טמאה.

11. נעיר כי מאחר שמומחים מסייעים לפסיקת ההלכה לא רק בדיני ממונות, אלא בכל ההלכות שבמסגרת הפסיקה בהם נדרש ידע מקצועי לבירור המציאות, הדיון יתפרש גם לתחומים אחרים בהלכה בהם מקובל השימוש במומחים כמו: שימוש ברופאים בהלכות הקשורות בגוף האדם (כמו הלכות חולה בשבת או הלכות נידה); שימוש במומחה באבחנת הטעמים ('קפילא' היודע להרגיש בטעם של בשר או חלב) או בתחום הכימיה והרכב החומרים בהלכות כשרות.

12. לדוגמא ראו: פסקי דין רבניים (חלק א עמוד 236); שו"ת באהלה של תורה (ח"א ס"ו פג).

13. עבודה זרה מ, א – חזקה אין האומן משקר כדי שלא יאבד חזקתו, ולכן קרבי דגים ועובריהם – ביציהם – ניקחים מן המומחה, היינו מומחה בבקיות, ואפילו גוי וישראל חשוד, אם הם מומחים בבקיות נאמנים מטעם חזקה זו.

14. אנציקלופדיה תלמודית כרך יג, חזקה ג (בטבע האדם).

ושוב מעשה באשה שהיתה מפלת כמין שערות אדומות, ובאה ושאלה את אבא, ואבא שאל לחכמים, וחכמים לרופאים, ואמרו להם: שומא יש לה בתוך מעיה, שממנה מפלת כמין שערות אדומות, תטיל למים, אם נמוחו – טמאה.

לנאמנות הרופאים ניתנו טעמים שונים, והמרכזי שבהם הוא החזקה שאומן לא מרע אומנותו¹⁵.

יצוין כי חזקה זו מאפשרת להסתמך, לא רק על קביעות הרופאים אלא גם על איכות הטיפול שלהם. משום כך, מותר להתרפא אצל רופא עכו"ם אם הוא רופא מומחה, שכן בו אין חוששים שיפגע בחולה, כיון שהרופא המומחה דואג לשמו הטוב, ומקפיד שלא תצא תקלה מתחת ידו (ע"ז כז, א; שו"ע י"ד קנה, א).

עוד מבואר שם, שגם רופא שאינו מומחה יכול לומר 'סם פלוני מועיל למחלה' ואין חוששים שישקר, שהרי הוא יודע שהחולה יכול לבדוק את דבריו בקלות ע"י שישאל לאחרים (ש"ך שם ס"ק ד), ומכאן שנאמנות המומחה, לעומת זאת, היא אפילו באופן שאי אפשר לבדוק את דבריו בקלות.

אכן לענ"ד יש קושי רב בהסתמכות על חזקה זו כמקור בלעדי לעדות המומחה, וזאת מן הנימוקים הבאים:

1) דעת הפוסקים שאין מוציאים ממון על פי חזקה זו

נחלקו הפוסקים האם אפשר להוציא ממון על פי חזקה זו.

ר' יצחק אלחנן (באר יצחק יו"ד סי' ה) קובע כי יש להסתמך על חזקת 'אומן לא מרע אומנותו' גם לעניין הוצאת ממון. וכך מוכח לדעתו, מדין שטרות העולות בערכאות של גויים – שבכוחם להוציא ממון – מטעם סברה זו שהערכאות לא ירעו עצמם לחתום על שטר שקר (גיטין ט)¹⁶.

לעומת זאת, ר' משה פיינשטיין סובר שאין די בחזקה זו על מנת להוציא ממון, "שע"ז צריך עדים כשרים וידיעה ברורה" (שו"ת אגרות משה אבן העזר א, ג). משום כך, לדעתו, נדרשים שני גויים שהם מסל"ת, זה שלא בפני זה, לשם קריאת שטר שנעשה בערכאות (גיטין יט). וזו גם הסיבה שפסק הרמ"א שאומנים נאמנים על פיהות או ייסוף המטבע, דווקא אם הם מסל"ת (אגרות משה יורה דעה א, נה). הרי שלשיטה זו, אי אפשר להוציא ממון על סמך עדות המומחה.

15. שו"ת מהרש"ם (חלק ד סי' צד); פסקי דין רבניים (חלק א עמוד 236).

16. לשיטה זו, צריך להסביר שלמרות שברוב רגיל אין מוציאים ממון, חזקה זו עדיפה מרוב מוציאים על פיה ממון, מפני שחזקה הבאה מכח סברה (בניגוד ל'העמד ממון על חזקתו') כגון חזקה זו והחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו עדיפה מרוב.

2) דעות הפוסקים המגבילים את היקף השימוש בחזקה

בחלק מהמקרים בהם הוזכרה חזקה זו, ההסתמכות עליה – הלכה למעשה – צומצמה והוגבלה על ידי הפוסקים.

להלן נביא כמה מסייגים אלו:

א] **אין נאמנות בדבריו רק שלא יעשה מעשה** – בשו"ת נודע ביהודה (מהדורא תניינא – אורח חיים סימן עב) כתב גדר אחר בנאמנות זו ולפיה אין לאומן נאמנות בדבריו, ורק אין אנו חושדים אותו שיעשה מעשה זיוף. בלשונו: "וכל זה בכותי הדיוט, אבל בכותי תגר אפילו במה שיש לו הנאה – אינו חשוד שיעשה מעשה זיוף להנאתו כי לא מרע נפשיה בעסק מקח וממכר כיון שהוא תגר. אבל בדבר שאין בו מעשה אלא שצריך להאמינו על דבורו אף שאינו חשוד לזיף – מ"מ דבורו לאו כלום הוא".

ב] **הנאמנות היא רק במקרה שאם יתפס בשקרו יפסיד אומנותו לגמרי** – הבית יוסף כתב, שיש לסמוך על חייט שלא יחליף חוטי קנבוס בחוטי פשתן "להלכה ולא למעשה", והפרי חדש (קיד, יב) הקשה, מדוע שלא נסמוך כאן למעשה על הכלל שאומן לא מרע אומנותו!

בשו"ת חכם צבי (סי' לט) הסביר בשתי דרכים את החילוק בין המקרים, ולפי אחד ההסברים, אין לסמוך פה על החזקה שלא ירע אומנותו, כי אם החייט יתפס בשקרו לא יפסיד אומנותו לגמרי שכן עדיין יוכל למכור בגדים ללקוחות גויים או ללקוחות ישראל אם יצרף לכך השגחה.

מדבריו נלמד, שאין די בחשש מפגיעה חלקית בקהל הלקוחות כדי שתוצר חזקה זו אלא נדרש לכך חשש של פגיעה משמעותית הקרוב בחומרתו לסילוק מוחלט מהאומנות.

ג] **הנאמנות היא רק במקרה שאם יתפס בשקרו לא יוכל לתרוץ עצמו** – כתבו כמה פוסקים שחזקה זו אינה תקפה במקרים בהם גם אם יתברר אחרת ממה שהעיד יוכל לתרוץ עצמו בטעות מקרית ולא ירע אומנותו.

ר' יצחק אלחנן כתב: "דנו בזה להך דאומן לא מרע אומנתו משום דאין לו שם שום התנצלות ע"ז כלל. אבל במכירת המטבעות מה שמוכר ונותן התגר לאחרים הא אינו אומר בפיו בפירוש שזה הוא מטבע טובה רק מונה זה המטבעות בתוך חשבון מטבעות אחרים. א"כ אינו מרע אומנתו **דיכול להתנצל ולומר דטעה בזה ולא דקדק כ"כ** בזה דסמך על מה דיכול המקבל את המטבע להראות לאחרים את המטבע וע"כ לא מרע לאומנתו עי"ז" (עין יצחק או"ח ח"א סי' יז);

"ס"ל להנך פוסקים דזה לא שייך רק היכא דמעיד על מה שראה בעיניו וכעין הא דמנחות (דף מ"ג) דאם יתוודע האמת יתפס בשקרו. אבל הכא

בטעמיתו יהי יכול לאשתמוטי ולומר דאנכי לא הרגשתי הטעם כ"כ. ע"כ ס"ל דבעי קפילא ומסל"ת. (עין יצחק אהע"ז ח"א סי' כט).

ר' משה שטרנבוך כתב: "אף שיש סומכין לענין ערוב דגים טמאים על הסברא דאומן לא מרע אומנותיה, מ"מ לדעתי אין לסמוך על כך דלא מרע כלל, חדא שאם יתפס על אחד מכמה מאות לא מרע בזה אומנותו, ועוד שיטען בצדק שאינו כמלאך לברור עד אחד" (תשובות והנהגות ב, שפב).

ד] דווקא במומחה מסוג מסוים

חזקה זו מצאנו בכמה סוגי מקצועות: רופא, סוחר. ר' דוד לוריא (שו"ת הרד"ל סימן א) מעיר שבכמה מקומות מצאנו שלא האמינו מכח החזקה לבעלי אומנות אחרת:

"ועכ"פ אפי' לפ"ד האומרים דאומן וחבר לא מרעי נפשיהו צריך ליתן איזה גדר וגבול בדבר. ולא כל כמיני' להחזיק כל אומן כחבר לענין זה הרי נחתומין ופונדקי' במתני' דמאי פ"ב יוכיחו שלא האמינם אעפ"י שהן אומנין (ובדוחק לומר שבקשו ומצאו שנחשדו בדבר זה) וכן הקדר לענין טהרות שלהי חגיגה (כ"ה) לא האמינוהו כ"א בהני דתנן שם (ועי' תשו' הרשב"א ח"א סי' תצ"ו בקדר עכו"ם לוקח ממנו קדרות חדשי' דוקא משום רוב התירו. ולא לסמוך על אמירתו במסל"ת אף על פי שהוא אומן). וברועה אמרו רפ"ב דעכו"ם (כ"ב) דחיישינן לרביעה ולא אמרינן דלא מרע נפשי' להפסיד שכרו בבהמה דידן ע"ש".

אמנם יש להעיר על דבריו, שבחלק מן המקומות יש סיבות מיוחדות לחסרון הנאמנות, כמו בנותן לפונדקית – שחשודה מחלפת, פירשו בגמרא הטעם לפי שמורה היתר לעצמה; ברועה – משום יצרו וכיו"ב.

ה] הפוסקים שמפקפקים בחזקה זו – מעבר לצמצום היקף חזקה זו על ידי חלק מהפוסקים, יש שפקפקו האם יש לסמוך עליה הלכה למעשה:

הראי"ה קוק (שו"ת דעת כהן עניני יורה דעה סימן קצא) כתב: "אמנם קשה לסמוך ע"ז לדינא, מאחר דבשו"ע י"ד בסי' צ"ח ס"א פסק דאין סומכין אנכרי כ"א במסיח לפי תומו, ולא הזכיר כלל קפילא¹⁷, א"כ משמע דלא ס"ל סברא זו לסמוך באיסורין אסברא דאומן לא מרע אומנתו."

גם רבי דוד לוריא (שו"ת הרד"ל סי' א) מפקפק בחזקה זו, ודוחה את כל הראיות המשמשות לה כמקור.

17. אמנם מאידך ראה במקום אחר (שם סי' ב) שכתב: "וא"כ הרי מצינו הפוסקים דס"ל בסי' צ"ח דסמכין אעכו"ם אם הוא קפילא (ולכמה פוס' אפילו אינו מסל"ת), מחזקה דאומן אינו מרע אומנתו"

לסיכום, מכל האמור לעיל עולה, שמידת קבלתה של חזקה זו שנויה במחלוקת הפוסקים, ובמיוחד התערערה חזקה זו במציאות בת זמננו, בה מעשים בכל יום שמומחים מגישים חוות דעת לבית המשפט ונסתרים דבריהם על ידי מומחים אחרים, ולמרות זאת אמינותם המקצועית אינה נפגעת בצורה מהותית.

על כן, ננסה לבדוק, האם יש מקורות אחרים עליהם אפשר להסתמך.

2. עדות בדבר העשוי להתגלות

כאמור לעיל, עדות המומחה אינה עוסקת בעובדות שראה אלא בידיעות שרכש במסגרת השתלמותו המקצועית. בדרך כלל, ידיעות אלו אינן נחלתו האישית בלבד ויש מומחים נוספים שיש להם ידיעות אלו, והם יכולים להעיד כמוהו או לבקר את חוות דעתו. מאפיין זה של עדות המומחה מעורר את השאלה: האם אפשר להגדירו כעדות בדבר העשוי להתגלות?

בסעיף זה נעסוק בבירור שאלה זו. בתחילה נעסוק בבירור קצר בהגדרת עדות העשוי להתגלות. לאחר מכן, נבדוק האם עדות זו תקפה גם בדיני ממונות. נסיים בניסיון להשיב על השאלה אותה עוררנו: האם אפשר להכליל את נאמנות העד המומחה במסגרת זו.

הרמב"ם קבע כלל יסודי בהלכות עדות ולפיו אין אנו נדרשים לתנאי עדות כשרה אם נשוא העדות הוא דבר שעשוי להתגלות. וזה לשונו (גרושין יג, כט): **"אבל דבר שאפשר לעמוד על בריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת"**.

הריב"ש (שו"ת קנה, קפב) והתשב"ץ (שו"ת פא-פה) עסקו בהסבר שיטת הרמב"ם, ובהשוואת פסיקתו בעניין עדות על מיתת הבעל למה שפסק בהלכות נחלות (ז, א) לפיה "אין היורשין נוחלין עד שיביאו ראיה ברורה שמת מורישן", כלומר, צריך עדות כשרה!

התשב"ץ (סי' פב, סי' פג) כתב שע"א כשר נאמן לעניין ירושה ומה שכתב הרמב"ם בהלכות נחלות מתייחס לעדות שהיא גרועה יותר מעד אחד כגון עד מפי עד או האישיה עצמה, שאמנם קבילות לעניין התרת אשת המת מעגינותה אך לא לעדות ירושה.

הריב"ש (סי' קנה) כתב שעד אחד אינו נאמן לעניין ממון, אע"פ שהיא מילתא דעבידא לאגלווי, ולכן אינו מועיל להעיד על מיתה במטרה להוריד את יורשיו לנחלה.

להלכה נפסק כשיטת הריב"ש, הן לעניין שצריכים שני עדים על מיתת המוריש (חומ"מ סי' רפד) והן לעניין שצריך שני עדים גם בדבר שעשוי להתגלות (חומ"מ סי' ל).¹

אמנם גם לשיטת הריב"ש יש מקרים שפסולים נאמנים גם בממון אם הוא "דבר מפורסם לכל ועתיד ליגלות בודאי בקרוב", ובמקרים ש"רבים יודעים ונוכל לחקור בו מיד" כגון תרגום שטר והכרת קורבה לעניין יבום (שו"ת הריב"ש סי' קנח), וכך גם נפסק בשו"ע (חו"מ סח; אהע"ז קסט) ללא חולק. בשו"ע (שו"ע חו"מ מט, ב) נפסק גם כדעת הרא"ש, שניתן לסמוך בענייני זיהוי גם על עד פסול:

צריך שיכירו העדים ששם הלוה פלוני בר פלוני; ובשטר המכר, שם המוכר; ובשובר, שם הלוה והמלוה; ואם שטר המלוה הוא בלא קנין, צריכין להכיר אף שם המלוה. ואם אינם מכירים אותם, אפילו אשה או קרוב כשרים לומר שכך הוא שמם.

העולה מכל האמור עד כאן, שלדעת הריב"ש, ולפי כמה מפרשים כך פסק השו"ע, גם פסולים נאמנים בממונות – בדבר העשוי להתגלות לאלתר. מטעם זה גם שני גויים מסל"ת נאמנים על תרגום מסמך, אם הם מסל"ת זה שלא בפני זה.

אפשר, לכאורה, ליישם מסקנה זו לנידון שלנו ולקבוע כי מומחה נאמן בדבר העשוי להתגלות לאלתר והוא ידוע לרבים.

להגבלה חשובה בנאמנות זו ציין המהרש"ם (שו"ת ח"ג סי' רטו):

בנ"ד שאין כל אדם יודע להבחין את השמן זולת האומן הכעמיקער ואם רוצים להבחין ע"י אומן אחר גם אם ישנו בעיר צריך להוציא הוצאות ע"ז כנודע ועוד שהרי יוכל להכחישו ויהי' חד לגבי חד ומי יודע איזהו אומר אמת ולא יהי' נתפס כבדאי א"כ י"ל דבכה"ג אינו נאמן.

כלומר, רק עדות הניתנת לבדיקה חד משמעית באופן זמין ומידי ודומה לתרגום מסמך "שרבים יודעים הלשון ההוא ובידינו לחקור עליו בכל שעה", יכולה להתקבל כעדות בדבר העשוי להתגלות.

העולה מכאן, שרק עדויות שעיקר עניינם הוא ה'עין המיומנת', לעיתים באמצעים טכנולוגיים, של המומחה הרפואי, יכולות להתקבל על בסיס נאמנות בדבר העשוי להתגלות, אך לא עדות של הערכה רפואית.

3. קבלת עדים פסולים במקום שאין אפשרות אחרת

אם נסכם את האמור לעיל נמצא כי טרם מצאנו בסיס הלכתי מוצק לעדות מומחה (מלבד לעדות ה'עין המיומנת' שאינה במוקד דברינו).

במצב בו במסגרת כללי הראיות הרגילים אי אפשר להגיע לחקר האמת ההלכה מקילה ומקבלת גם ראייה שבמקום אחר פסולה. כך לדוגמה, המיילדת נאמנת להעיד על התינוקות שנולדו – מי אביהם ומה ייחוסם

(קדושין עג, ב; שו"ע אהע"ז ד). בטעם הדין כתב הר"ן (על הרי"ף קידושין לא, א) "מפני שעל הרוב אי אפשר בלאו הכי". וכעין זה בדברי תרומת הדשן נפסקו להלכה ברמ"א (חו"מ לה, יד): "א"א דתקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילים להיות, כגון בב"ה של נשים או בשאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים, כגון לומר שבגדים אלו לבשה אשה פלונית והן שלה, ואין רגילים אנשים לדקדק בזה, נשים נאמנות".

אמנם נראה שלא ניתן להסתמך על דין זה, ולהכשיר את עדות המומחה, גם במקרים שלבית הדין אין אפשרות אחרת להגיע לחקר האמת. וזאת משום שדרך זו נתונה במחלוקת הפוסקים, ובפרט בשאלה האם ניתן להסתמך על כך בהוצאת ממון¹⁸.

4. כאומדנא

בדרך שונה קצת ניתן להציע שעדות המומחה תיחשב כאומדנא שמועילה לפי דעת חלק מהפוסקים גם להוציא ממון. וכך היא שיטת הב"ח (שו"ת גאוני-בתראי סי' נד) המחלק בין מקום בו מצויים עדים כשרים, אשר בו ניתן יהיה לחייב ממון רק על סמך עדותם של עדים כשרים, לבין מקום בו אין מצויים עדים כשרים, שם ניתן יהיה לחייב ממון גם על סמך אומדנא:

"דבכל הדברים דשכיחי רואים – כההיא דשור שהיה רועה וגמל האוחר ובעובדא דשמעון בן שטח – אע"פ דהשתא בהך מעשה ליכא רואים, לא אזלינן בתר אומדנא לחייבו ממון... אבל בכל הדברים דלא שכיחי רואים כלל, ואי אפשר בעולם להביא עדות כשרים, אזלינן בתר אומדנא".

סוף דבר, לא נמצא יסוד ברור עליו ניתן להסתמך בקבלת עדות המומחה. לכן מומלץ במקרים בהם בעלי הדין חותמים על הסכם בורות לכלול בהסכם כי הצדדים מקבלים עליהם במפורש את המומחה שימונה על ידי בית המשפט.

ג. עדות המומחה והלכותיה

נתבאר בפרקים הקודמים שלא חלים על עדות המומחה הרפואי ההלכות הנוגעות לעדים רגילים. מתבקש אפוא לבאר מהם סדרי הדין וההלכות השייכים לעדות מסוג זו.

לכך מוקדש פרק זה ובו נעסוק בהלכות הנוגעות לעדות המומחה כמו החובה להעיד, דרך הגשת העדות. בחלקו האחרון של הפרק נדון בהלכות הנוגעות לדרך פסיקת הדין על פי עדות המומחה.

¹⁸. שימוש בפסולי עדות במקום שאי אפשר לברר בדרך אחרת נידון במאמרים ובפסקי דין רבים. הדברים סוכמו היטב על ידי הדיין הרב שניאור זלמן פרדס:

http://www.daat.ac.il/he-il/mishpat_ivri/maamrain/pardes-psuley.htm

1. החובה להעיד

"העד מצווה להעיד בבית דין בכל עדות שידוע, בין בעדות שיחייב בה את חברו בין בעדות שיזכהו בו, והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות שנאמר והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו". (רמב"ם עדות א, א)

בפשטות החיוב הוא עשה¹⁹. וכן כתב הרדב"ז על הרמב"ם (הל' עדות שם) מעיר: "דלא משמע מקרא, אלא, שאם לא יגיד ונשא עונו, אבל מצות עשה מניין? וי"ל דילפינן לה מדכתיב: והוא עד וכו'", פירוש: התורה חייבה אותו להעיד כל מה שידוע לו בנדרון.

בברכי יוסף (חו"מ כח, ו) כתב, שבית הדין כופה על הגדת עדות, כמו בכל מצות עשה שכופים לקיימה.

אמנם כל זה בעדות רגילה, אך לאור המסקנה שעדות מומחה אינה בכלל זה, נראה שאין במקורות אלו בסיס לחיוב המומחה להעיד. אכן ישנם מקורות נוספים על חיוב העדות השייכים גם המומחה הרפואי.

וזה לשון ספר המצוות לרמב"ם (מצות לא תעשה רצז): "וכבר בא בזה הענין גם כן (ויקרא ה הוב' במ"ע קעח) אם לא יגיד ונשא עונו, ולשון ספרא מניין אם אתה יודע לו עדות שאין אתה רשאי לשחק עליה תלמוד לומר לא תעמוד על דם רעך"²⁰.

בשער המשפט (שם) כתב שהחובה להעיד מצד הצלת ממון חברו היא רחבה יותר, ומצד הלאו של 'לא תעמוד על דם רעך' – קיים חיוב להעיד, אפילו בעל דין אינו תובעו.

בקצות החושן (כח, ג) כתב שעד קרוב או פסול שקבלוהו בעל דין עליהם אינו בעונש של אם לא יגיד ונשא עונו (ויקרא ה, א), מפני שאין עליו

19. אמנם ראה פסקי דין רבניים (חלק ה עמוד 138): "חיוב זה יש בו עשה ולא תעשה, כמבואר בספר המצוות לרמב"ם מצוה קע"ח: שצונו להעיד בבית – דין בכל מה שנדעהו... או הפסד ממונו... מאמרו יתברך: והוא עד או ראה או ידע. והעובר על מצוה זו ויכבוש עדות ענשו גדול; והוא אמרו: אם לא יגיד ונשא עונו." להרחבה בשאלה אם יש במניעת עדות איסור לאו ראה מאמר הרב ערוסי "מצוות עדות ואכיפתה", תחומין יח, מעמוד 55 ואילך.

20. בשער משפט (סימן כח סק"ב) כתב שנראה שהוא לימוד גמור. אך בספר אמרי בינה (הלכות עדות סימן ח) הקשה, שאם מדובר הלאו גמור הרי חייב להפסיד כל ממונו על מנת שלא לעבור על לאו, והרי לצורך מצוות עדות – אין חייב להפסיד ממונו ושכר בטלה מותר לקבל, ומכאן שמה שאמרנו שיש באי הגדת עדות לאו של 'לא תעמוד על דם רעך', אין זה אלא אסמכתא בעלמא. [ראה מש"כ הגר"י זילברשטיין, שיקולים כספיים בהצלת חיי אדם. ספר אסיא יא 13-20. הובאה שם מחלוקת האחרונים אם יש חיוב להוציא את כל ממונו כדי לא לעבור על "לא תעמוד על דם רעך". עיי"ש בשיטת הגר"ש אלישיב זצ"ל, שמוכיח מסנהדרין עג, א, כי לאו ד"לא תעמוד על דם רעך" שייך לפרשת השבת אבידה, שאף שיש בה לאו ד"לא תוכל להתעלם", אין חיוב להפסיד ממון לקיום הלאו (פרט לדיני צדקה במקום והם קיימים). -- העורך].

שם עד, אך למרות שאינו חייב משום לא יגיד יש לו מצוה להעיד משום השבת אבידה.

לסיכום, רופא מחויב מצד מצוות השבת אבידה להעיד לטובת חברו ולהגן בכך את זכויותיו הממוניות או האחרות.

2. התכונות והכישורים הנדרשים מעד מומחה

מאחר שמדובר בראיה ולא בעדות רגילה מתקבלת גם עדותו של מי שבדרך כלל פסול להעיד כמו גוי או אישה. אך השאלה שנותרה לבירור היא: מיהו מומחה רפואי?

על אף שאין בהלכה קביעה מדויקת מיהו המומחה הרפואי הרשאי להעיד²¹, ובית הדין רשאי לקבל חוות דעתו של כל אדם ולהעניק לה משקל בהתאם לשיקול דעתו, נראה לקבוע שני תנאים לקבלת עדותו של המומחה הרפואי:

א[המומחה מחזיק ברישיון לעבוד בתחום התמחותו

כך נפסק בערוך השולחן (יורה דעה שלו, ב) ביחס לרופא:

”ומיהו אסור להתעסק ברפואה אלא אם כן הוא בקי ויש לו רשות מבית הדין, והאידנא צריך להיות מוסמך מהממשלה, שיש לו רשות ליתן רפואות לחולים וגם לא יהא שם גדול ממנו, שאם לא כן כשהזיק הריהו שופך דמים”.

וכך גם נפסק בשו”ת ”ציץ אליעזר” (רמת רחל סי’ כב) ביחס לשאלה האם הרופא המעוניין לעסוק ברפואה זקוק ליטול רשות מבית דין:

”לא שמענו בזמן הזה שמישהו ידקדק על כך שהרופא יקח רשות בית דין... יש לומר דבטל זה בזמננו, היות ואין בתי הדין בקיאים ברפואות, או זאת גם דאישור הממשלה שאנו נמצאים תחת ידה לכתב ההסכמה כפי שנהוג, מועיל זאת לנתינת הרשות במקום בית דין”.

ב[ניסיון והכרה מקצועית

מומחיותו של מומחה בכלל²² ורופא בפרט, נקבעת גם לפי ניסיונו המקצועי. לגבי ריפוי בקמיע יש מושג של ’אתמחי גברא’ (שלחן ערוך אורח חיים שא, כה) שמשמעותו מי שהוא בעל ניסיון מקצועי מוצלח בריפוי בדרך זו. על כן, המומחה יידרש להוכיח ניסיון מקצועי בתחום עליו הוא מעיד²³.

21. לשם השוואה, לפי סדר הדין האזרחי (כפי שנקבעו ב”תקנות סדר הדין האזרחי 1984”) הגדרת ”מומחה רפואי” – רופא בעל תואר מומחה ששמו כלול ברשימת הרופאים נתפרסמה לפי תקנה 34 לתקנות הרופאים (אישור תואר מומחה ובחינות), תשל”ג-1973.

22. ראה ש”ך (חור”מ סי’ שו ס”ק ו) שמומחה בשחיטה נחשב מי ששחט ג”פ בלי תקלה.
23. לדוגמה לשימוש בכלל זה ראה בשו”ת ציץ אליעזר חלק טז סימן לב: ”ואודות נאמנות

3. מינוי המומחה – מטעם הצדדים או מטעם בית הדין?

לפי הכלל הרגיל הקובע 'המוציא מחברו עליו הראיה' – על כל צד המעוניין להוכיח דבר שברפואה מוטלת החובה להביא מומחה מטעמו לביסוס טענותיו.

אמנם קיימת אפשרות אחרת והיא שבית הדין ימנה מומחה מטעמו. אפשרות זו עדיפה שכן המציאות מוכיחה כי מומחה המקבל שכרו מאחד מהצדדים, נוטה לטובתו בעדותו. לעומת זאת, מומחה מטעם בית הדין מחויב רק לו, ועדותו אובייקטיבית ומאוזנת.

יתר על כן, בדרך כלל, לאחר שכל צד הביא מומחה מטעמו, בית הדין נזקק למנות מומחה שלישי מכריע ביניהם, והדבר גורם בזבוז משאבי ממון וזמן.

לכן מומלץ שבית הדין ימנה בעצמו, בהסכמת הצדדים, את המומחה הרפואי.

4. הגשת חוות דעת בכתב

עדות רגילה נמסרת לבית הדין בעל פה ולא בכתב. מאחר שמדובר כאן על ראייה – ולא על עדות – היא מתקבלת גם בכתב, ואף עדיפה, מפני שבאופן זה העד חושש יותר לשקר.

וכך כתב בשו"ת מלמד להועיל (יורה דעה ב, ל):

"ומ"מ לענ"ד אף לפי דעת המ"א אין בנ"ד חשש תערובת כיון דנתנו **הבטחה בכתב** שיודיעו להרב בכל עת שיוסיפו או ישנו איזה דבר לא מרעו נאמנות שלהן, דזה יהי' דומה לזיוף דכתב המ"א גבי מוריים (צ"ל מי רמונים) דאדם חשוב אינו משנה דיבורו **שנותן בכתב** כי גנאי וחרפה הוא לו".

5. חקירת העד

מנהג בתי הדין לחקור את העדים, ואף לאפשר לבעלי הדין לעשות כן. וכך יש לנהוג לכאורה גם לגבי עדות המומחה.

בשאלת אפשרות חקירת העד מטעם בית הדין על ידי בעלי הדין כתב הרב שלמה דיכובסקי (בפס"ד מקוון קכז):

מעמדו העדיף של מומחה מטעם בית הדין מביא גם לכך כי **ככלל הוא אינו אמור להיחקר על חוות דעתו אלא ברשות בית**

הרופאים על כך, נראה דאין לפקפק בנאמנותם, מכיון, שכמו שכותב כב' במכתבו, זה מעשים בכל יום שמנתחים בכזאת ובני האדם המנותחים מתרפאים וחיים חיים ארוכים, והרי זה איפוא בבחינה של אתמחי גברא ואתמחי קמעא".

הדין, וככל שיש צורך בכך הוא יידרש רק ליתן תשובות בכתב לשאלות הבהרה שיוגשו על ידי בעל-דין. (ראו והשוו: תקנה 258 יב (א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 וסעיף 8 (ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995).

6. שכרו של המומחה

מי נושא בחשלומו למומחה

התשלום לשכר המומחה דינו כדין שאר הוצאות המשפט. דין תשלום זה מבואר היטב בשו"ת הריב"ש (סימן תעה):

ואשר שאלתם: מענין ההוצאות שנעשית בזה הריב: על מי לפורעם? דעו: כי הוצאות הסופר לכתוב הטענות, על שניהם לפורעם... וקתני נמי בהו: שניהם נותנים שכר. ובכלל זה, כל הוצאות שצריך לעשות הדיינין בפסק דינם... אלא שמע מינה: שכל אחד מבעלי דינין, עושה ההוצאה לעצמו; אם הולכים לבית הועד... אמנם, אם הנתבע מסרב מלבא לדין. והוצרך התובע לעשות הוצאות, כדי לכופו, לבא לדין, ויצא הנתבע מחוייב; בענין זה חייב לפרוע ההוצאות ההם כדאמרינן בפרק הגזול בתרא: דבעי למיתן זוזא דפתיחא.

העולה מדבריו, שההוצאות בהבאת מומחה מטעם בית הדין יוטלו על שני הצדדים בשווה, כשאר הוצאות בית הדין, ואם אחד מהצדדים מביא מומחה מטעמו – הוא יישא בהוצאותיו.

דין החזר הוצאות אלו על ידי הצד המפסיד בדין לצד הזוכה דינה כשאר הוצאות משפט שבאופן כללי מעיקר הדין משולמים רק במקרה של צד המסרב לדין²⁴.

השפעת התשלום למומחה על מהימנותו

בהלכות עדות – הלכה פסוקה היא כי הנוטל שכר להעיד – עדותו בטלה. בנידון שלנו אין מדובר בעדות במובנה הרגיל, ולכן אין כאן פסול מוחלט, אולם ברור שיש לשקלל את העובדה שמומחה מקבל שכר מטעם הצדדים בקביעת מהימנותה של חוות הדעת המקצועית.

בעניין זה כתבו בפד"ר ירושלים (חלק ט מעמוד קצ ואילך):

"בנידון האם גרפולוג שנוטל שכר לעבודתו האם נאמן לעדות, נראה שהגרפולוג אינו מעיד אלא מדמה בטב"ע, ואין זה בגדר

24. שאלת תשלום הוצאות משפט היא שאלה כללית החורגת מתחום חיבור זה, והיא נידונה היטב בחיבור הבא: **הוצאות משפט** – הרב ישי סלומון. (בהוצאת המחבר, פתח תקוה). זכה בפרס היצירה התורנית לשנת תשע"א בנושא: "דיני ממונות – הלכה למעשה בראי הדורות". מטעם "נצח ישראל".

עדות, ובר מן דין הרי הנתה"מ כתב דשרי לקחת ממון כדי לכתוב העדות, וכאן ודאי נוטל ממון על כתב האישור שלו". לעומת זאת, בשו"ת מהרש"ם (חלק ו סימן קלג) פקפק מאד במשקלה ובערכה של עדות מומחה רפואי הניתנת עבור תשלום. בלשונו: "והנה בדבר שטענה שאין לו ג"א הגם כי תעודת הרופאים אינו כלום כי אם אולי הכסף יענה את הכל".

ד. השיפוט על פי עדות המומחה

1. משקל המומחה בפסק הדין

בנושאים בהם נדרשת מומחיות מוטל על בית הדין למנות מומחה, וכפי שנכתב (פד"ר יא עמוד 161)

כי בית הדין אף על פי שהוא הפוסק האחרון בזה, מכל מקום צריך להודות כי אין הוא מומחה להחליט על טובת הילד בעצמו בלי בירורים קודמים ע"י מומחים לדבר כמו באותה מידה שאין בית הדין מומחה להחליט איזה חולה מותר לחלל עליו את השבת ואיזה מותר להאכילו ביום הכיפורים מפני פיקוח נפש בלי עצת רופא או מומחה לדבר.

משהופיע המומחה והעיד בבית הדין, ולאחר שנחקר על ידי הדיין ובעלי הדין, מתעוררת השאלה: כיצד על הדיין לפסוק, האם הוא נדרש לקבל את עדותו של המומחה כמות שהיא או שהוא רשאי לדחותה?

בשאלת קבלת בית הדין את העד המומחה כתב הרב שלמה דיכובסקי (בפס"ד מקוון קכו, קלח, קנה):

"בדרך כלל, יסמוך בית – הדין את ידיו על חוות – דעת המומחה ומסקנותיו ולא יסטה מהן אלא אם קיימת הצדקה עובדתית או משפטית יוצאת דופן לעשות כן".

אמנם, מאידך גיסא, הדיין אינו אמור לקבל את דברי המומחה כ'תורה מסיני' ועליו להפעיל ביקורת משפטית על עדותו.

יתר על כן, הדיין צריך להיות רחב אופקים ובעל ידיעות כלליות על מנת שיוכל להתמצא בכל הנושאים העולים על שולחנו.

כך אפשר ללמוד מפסק הרמב"ם (סנהדרין ב, א) בענייני כישוריהם של חברי הסנהדרין:

"אין מעמידין בסנהדרין בין בגדולה בין בקטנה אלא אנשים חכמים ונבונים, מופלגין בחכמת התורה בעלי דיעה מרובה, יודעים קצת משאר חכמות כגון רפואות וחשבון ותקופות ומזלות

ואיצטגנינות ודרכי המעוננים והקוסמים והמכשפים והבלי ע"ז וכיוצא באלו כדי שיהיו יודעים לדון אותם". בשו"ת פסקי עוזיאל (בשאלות הזמן הפוסק בישראל) התייחס להלכה זו של הרמב"ם, וכתב:

הרמ"ך תמה ע"ז ואמר: מה צורך לדיינים שידעו רפואות וחשבונות וחכמת המזלות...

עפר אני תחת כפות רגליהם של רבותינו אלה, אבל לקוצר השגתי לא הבנתי תמיהתם, כי הלא ידיעת הרפואה דרושה לסנהדרין לדיני נפשות כדי לדון בהורג את הטרפה או אמדוהו למיתה והקל חוליו ומת (עיין סנהדרין ע"ה ורמב"ם ה' רוצח ושמירת נפש פ"ב ה"ח ופ"ד ה"ה). וכדי לדון בה הלכות טרפות ולדעת כל הדברים שאין כמוה חיה להטריפה, ולענין היתר עגונה (עיין יבמות ק"כ) ולענין אסורי נדה (עין נדה כב: טור ושו"ע יו"ד סי' קפ"ז סעיף ח'). וכל שאלות אלה שקשורות בדעת חכמת הרפואה אין הסנהדרין שהם עיקר תורה שבע"פ רשאים לסמוך על הרופאים בעינים עורות (=עיוורות), אלא צריכים לדעת לכל הפחות יסודות חכמה זו כדי שידעו להורות בה מתוך הכרתם ולא מפי עדות רופאים.

כלומר, הדיינים יכולים להיעזר במומחים, אולם הם צריכים להיות בעל ידע בתחומים בהם הם דנים בשיעור שיאפשר להם לבקר את חוות דעתו של המומחה.

2. הכרעת בית הדין במחלוקת בין המומחים²⁵

בניגוד לעדות כשרה בה הכלל הוא 'תרי-כמאה' בעדות של פסולים הדין אחר: רבי נחמיה אומר: כל מקום שהאמינה תורה עד אחד – הלך אחר רוב דעות, ועשו שתי נשים באיש אחד כשני אנשים באיש אחד (יבמות פח, א; יבמות קיז, ב; סוטה לא, ב; סוטה מז, ב).

ובחידושי הגר"ח (יבמות קיז, ב) הסביר: "הנה אשה אין לה תורת עדות אלא נאמנות ובנאמנות אזלינן בתר רוב דיעות מטעם דאחרי רבים להטות, אבל איש תורת עד עליו ובעדות לא אזלינן אחר רוב דיעות דנתמעטו מדין דאחרי רבים להטות מדין תרי כמאה".

לפי זה גם בעד מומחה, שיש לו גדר של נאמנות ולא של עדות, לכאורה נלך אחרי הרוב. אך שם מדובר בסיפור על עובדות, ועדיין יש להסתפק האם גם בשאלות שאינן עובדתיות הולכים אחרי הרוב?

25. ראה: הרב מרדכי פטרפריינד, עיונים בדרכי הכרעה במחלוקת רופאים, אסיא צט-ק, 47-69 (תשע"ו); הרב יצחק זילברשטיין, כשיש ויכוח בין רופאים – מה לעשות? אסיא (שם) 43-46. -- העורך.

3. רבים לעומת מומחים²⁵

בשאלת מחלוקת בין רופאים בנושא אכילת חולה ביום הכפורים הביא במשנ"ב (תריח, ח) מחלוקת הפוסקים:

הרמ"א סובר, שאם שני רופאים אומרים שהחולה צריך לאכול ביום הכפורים, ושני רופאים אומרים שאינו צריך – מאכילים אותו, והמג"א והא"ר סוברים שכשהם שווים במניין, הולכים אחר הבקאים והמופלגים בחכמה²⁶.

4. היתרון בהתמחות מיוחדת על התמחות כללית

התפתחות והעמקת המידע הרפואי גורמות לכך שקיימים תחומי התמחות מסוימים. על כן דרוש מהדיין שיקול דעת איזה סוג מומחה מתאים לנושא הדיון המשפטי.

במקרה של מחלוקת בין רופא מומחה בתחומו לרופא אחר, נעדיף את בעל ההתמחות המסוימת. כעין זה מצאנו בפסיקת ההלכה – הנקבעת לפי תחומי התמחותו של כל חכם. לדוגמה: הלכה כרב באיסורים וכשמואל בדיני ממונות (בכורות מט, ב).

5. עדיפות הרופא שבדק את החולה על עדותו של רופא אחר

לעיתים, עומדת בפני בית הדין השאלה: האם יש לאפשר למומחה מטעם אחד הצדדים לבדוק את המטופל לגביו השאלה המשפטית או שיש להסתפק בחוות דעת קודמות.

בעניין זה נחלקו הדיינים. נראית דעתו של הרב דיכובסקי (בדעת מיעוט) (פסקי דין רבניים מתוך המאגר המקוון פס"ד קנז) שכתב:

הכלל בחוות דעת מכל סוג שהוא: "אינה דומה שמיעה לראיה". בירור מקיף ככל שיעשה, אינו תחליף לבדיקה. גם ברפואה ידוע, שהרופא המטפל מוסמך יותר לקבוע דיאגנוזה רפואית, מאשר המומחה הגדול שלא ראה את החולה.

גם ביה"ד הפוסק בריב בין אנשים מצווה על: "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה'". אין תחליף להתרשמות אישית, ואין תחליף לבדיקת החולה עצמו – מפיהם, ולא מפי כתבם. יש צורך אמיתי בכך, ולא ניתן להסתפק בתחליף.

26. יש להעיר כי במחלוקת הלכתית בין חכמים (שלא במסגרת מושב הסנהדרין) יש הסוברים שהולכים אחרי רוב חכמה כנגד הרוב (ראה רמב"ן סנהדרין לב ע"א בשם רב האי גאון). וכתב בספר החינוך (מצוה עח): "ובחירת רוב זה לפי הדומה הוא בששני הכיתות החולקות יודעות בחכמת התורה בשוה, שאין לומר שכת חכמים מועטת לא תכריע כת בורים מרובה ואפילו כיוצאי מצרים".

ה. סיכום

1. עדות מומחה היא אינה עדות אלא ראיה, ומכך נגזרים דיניה. משום כך, לדוגמה, גם פסול לעדות יכול לשמש כמומחה והמומחה נדרש להגיש עדותו בכתב.
2. ישנם כמה מקורות אפשריים עליהם יכולה להתבסס עדות המומחה, אך אף אחד מהם אינו מהווה פתרון מושלם. על כן, מומלץ שבהסכם הבוררות עליו חותמים הצדדים יכללו סעיפים בהם מקבלים הצדדים עליהם את המומחה שימונה מטעמו של בית הדין. בכך תתבסס נאמנות המומחה על קבלת הצדדים, וכפי שמכריע השו"ע (חו"מ סי' כב) שקבלת הצדדים מועילה – אפילו אם קבלו עליהם פסול.
3. רופא שנדרש להעיד חייב לעשות כן מטעם מצוות השבת אבדה.
4. מומחה רפואי יכול לשמש כעד אם הוא בעל רישיון לעסוק בתחומו, וזוכה להכרה מקצועית בשל מומחיותו וניסיונו.
5. מומלץ שמינוי המומחה יעשה על ידי בית הדין.
6. המומחה יגיש את חוות דעתו בכתב.
7. בית הדין ובעלי הדין יוכלו לחקור את המומחה, אך יש המסייגים את אפשרות חקירתו בידי בעלי הדין.
8. שני הצדדים ישאו בשווה בתשלום שכרו של המומחה.
9. מומחה המקבל שכר מצד אחד – יש לחשוש שהוא נוגע בדבר.
10. הדיין רשאי, ואף חייב, להפעיל שיקול דעת בהחלטתו על המשקל שיש לייחס לעדות.
11. ישנם כמה עקרונות מנחים להכרעה במחלוקת בין מומחים, והם הובאו בגוף המאמר.