

השפעתן של הטיות במחקר וחוות דעת על הליכים משפטיים

יונתן דייויס*

תקציר

כתיבת חוות דעת לצרכים משפטיים היא תהליך שיפוטי שבמסגרתו כותב חוות הדעת מכוון למטרה שהציב בעת הזמנת חוות הדעת. במסגרת איסוף הנתונים לצורך חוות דעת יסתמך כותב חוות הדעת על מובאות מהספרות המקצועית ועל מחקרים שפורסמו בכתבי עת מדעיים המכוונים לאינטרס של מזמין חוות הדעת. משכך, ההתקשרות בין בעל הדין ומומחה מטעמו יוצרת ניגוד עניינים מובנה בין חובת הנאמנות כלפי המזמין והצורך "לספק את הסחורה" מחד ובין חובתו המקצועית לשמור על אובייקטיביות מאידך.

כדי להקטין את החשש מפני ניגודי אינטרסים והטיות קוגניטיביות מובנות הציג בית המשפט העליון בפרשת מוזס ליישם את ההסדר של מינוי מומחה מטעם בית המשפט הנהוג בתביעות על פי חוק הפלתי"ד גם בתביעות נזיקין ובעיקר תביעות רשלנות רפואית. אלא שהצעה זו זכתה לביקורת רבה בספרות ובפסיקה. לאחרונה הוצע במסגרת תיקון לחוק הפלתי"ד להקים מאגר מומחים שלידו תקום ועדה מייצגת שתפקידה יהיה להבטיח היעדר ניגוד עניינים, בדיקת כישורי המומחה ומענה לשאלות אתיות שעשויות להתעורר במהלך כתיבת חוות הדעת.

למידע מוטה, בין שהוא מופיע בספרות הרפואית או במחקרים רפואיים יש השלכות מרחיקות לכת על ההליך השיפוטי. הוא פוגע לא רק במתדיינים עצמם אלא גם באמון שרוחש בית המשפט למומחים. אמנם מדובר במקרים בודדים, אולם ריבוי המידע יכול להגדיל התופעה אף באופן לא מודע, כאשר מומחה יתמוך חוות דעתו באסמכתאות לא נכונות כדי שחוות דעתו תשפיע על תוצאות ההליך המשפטי. הטיה של חוות דעת הופכת אותה לבלתי אובייקטיבית ומכרסמת במטרת המשפט להגיע לחקר האמת.

במאמר נציג דוגמאות מספר למקרים שבהם היה ניסיון הטיה של מחקר או חוות דעת ונבחן את השפעתן של ההטיות השונות על ההליכים המשפטיים וכן את הביקורת השיפוטית והאתית במקרים שבהם נעשה שימוש לרעה בפרסום כדי לגרום להטיה של תוצאותיו. נבחן גם כיצד מתמודדים הגורמים האתיים, משרד הבריאות וההסתדרות הרפואית עם התופעה. לבסוף נציע מנגנון פשוט להפגת החששות של הצדדים במינוי מומחה מטעם בית המשפט בתביעות רשלנות רפואית.

מילות מפתח: מידע מדעי, דעה קדומה, הטיה קוגניטיבית, הטיות במחקר, הטיות בחוות דעת, מומחה מטעם בית המשפט, ביקורת שיפוטית.

מבוא

על פי השיטה האדוורסרית (יריבותית) הנוהגת בארץ על הצדדים להציג ראיותיהם בפני בית המשפט, והוא שיכריע לפי מיטב הראיות. במסגרת ההליך המשפטי ישמע בית המשפט גם עדויות של מומחים מטעם הצדדים אשר יחו דעתם בשאלות השנויות במחלוקת.

כתיבת חוות דעת לצרכים משפטיים היא תהליך שיפוטי שבמסגרתו כותב חוות הדעת מכוון למטרה שהציב בעת הזמנת חוות הדעת. במסגרת איסוף הנתונים לצורך חוות דעת יסתמך כותב חוות הדעת על מובאות מהספרות המקצועית ועל מחקרים שפורסמו בכתבי עת מדעיים המכוונים לאינטרס של מזמין חוות הדעת. משכך,

* עורך דין, עורך ראשי של כתב העת "רפואה ומשפט". מייצג נפגעים בתביעות רשלנות רפואית.

ההתקשרות בין בעל הדין ומומחה מטעמו יוצרת ניגוד עניינים מובנה בין חובת הנאמנות כלפי המזמין והצורך "לספק את הסחורה" מחד ובין חובתו המקצועית לשמור על אובייקטיביות מאידך.

מטרת המאמר היא לבחון כיצד משפיעות ההטיות המניעות את החוקר או את המומחה המחווה את דעתו הרפואית בתהליך קבלת החלטות על ההליכים המשפטיים. ננסה לבדוק מה עומד מאחורי ההטיות של חוות הדעת ומאחורי הרצון של כותבי חוות הדעת להשפיע על תוצאות המשפט באמצעות חוות דעתם.

לחוות דעת מומחה מטעם צד קיים מקדם חשדנות גבוה שמא לא נקט המומחה את מידת האובייקטיביות הדרושה והטה את הנתונים לזכות מזמין חוות הדעת. מקדם חשדנות זה נובע מהפער הניכר שבין חוות דעת של מומחים משני עברי המתרס הזנים באותה מסכת עובדתית. עמדתנו היא שבכתיבת חוות דעת קיימות הטיות המשפיעות על שיקול דעתו של כותב חוות הדעת בין במודע ובין שלא במודע. מטרת המשפט היא לזקק מתוכה את ההטיות כדי להגיע לחקר האמת.

המציאות מלמדת שבתי המשפט מתקשים לבחון את מהימנות הראיות המדעיות במשפט הישראלי כי הכלים העומדים לרשותם דלים, והפתרונות המוצעים של אימוץ ההסדר הדיוני על פי חוק הפלתי"ד לדיני הנזיקין בכללותם אין בהם כדי לפתור את הבעיה. להטיות של מידע – בין שהוא מבוסס על מחקר מוטה או על פרי יצירת המומחה באמצעות חוות דעת המוצגת לבית המשפט – השלכות מרחיקות לכת. חוות דעת מוטות עלולות לגרום לעיוות דין במשפט האזרחי ולהרשעות שווא במשפט הפלילי.¹ מלבד העוול שנגרם למתדיינים במקרה הספציפי, לחוות דעת מוטות השלכות חמורות על פעילותה של מערכת אכיפת החוק, ונפגע האמון הבלתי מסויג שנותנים בתי המשפט במומחים הממלאים תפקיד מעין-שיפוטי, אך אלה מטים את חוות דעתם.

במאמר נציג דוגמאות מספר למקרים שבהם היה ניסיון הטיה של מחקר או חוות דעת ונבחן את השפעתן של ההטיות על ההליכים המשפטיים וכן את הביקורת השיפוטית והאתית במקרים שבהם נעשה שימוש לרעה בפרסום כדי לגרום להטיה של תוצאותיו. לבסוף נבחן גם כיצד מתמודדים הגורמים האתיים, משרד הבריאות וההסתדרות הרפואית עם התופעה.

מהימנות המידע המדעי – נקודת המוצא המשפטית

תכליתה של חוות דעת היא להציג את המידע והידע המקובלים על הקהילה המדעית. על חוות הדעת להיתמך במובאות מהספרות המקצועית ועל מחקרים שפורסמו בכתבי עת מדעיים. מכיוון שלבית המשפט אין הכלים לבחון את מידת מהימנות המחקר או הפרסום המדעי, הוא לרוב סומך על המומחה המשמש זרועו הארוכה של בית המשפט.² אמנם ההכרעה הסופית גם בשאלות שבמדע נתונה בידי בית המשפט והוא הפוסק האחרון גם בנושאים אלה,³ אולם חזקה זו ריקה מתוכן באשר אין לבית המשפט הכלים לבחון את מהימנות המחקר שעליו מבסס המומחה את חוות דעתו, ולרוב לא ירהרר אחרי הנתונים.⁴

המידע הרפואי העומד לרשות המומחה המשמש בסיס מדעי לחוות הדעת הוא לכאורה מהימן, נטול פניות ומבוסס על מחקרים אמפיריים שעברו ביקורת עמיתים ופורסמו בכתבי עת מדעיים מוכרים ומהימנים. אולם ריבוי הדעות והמקצועיות המדעיים הדורשים מומחיות עלול להשפיע על המומחה המגיש חוות דעת, והוא עשוי לבסס את דעתו על תזות מדעיות שלא קיבלו הכרה מדעית, שאינן מבוססות על עובדות ושאינן מגובות בספרות הרפואית.

בשנים האחרונות התפתח תחום חדש המבקש לתת מענה לריבוי המידע והמכונה "רפואה מבוססת-ראיות" ("Evidence Based Medicine – EBM"), שמשמעותה שימוש במידע רפואי הטוב ביותר בספרות הרפואית המבוסס

1 ראו רונית פלד ואח' הרשעות שווא היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים (2012).

2 ראו החלטת השופט צ' זילברטל ברע"א 1138/12 אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.4.2012).

3 ע"א 1639/01 קיבוץ מעין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004).

4 ראו אסף פוזנר "סטנדרט רפואי וסטנדרט משפטי" רפואה ומשפט 26, 48 (2002).

על עובדות המקרה. רפואה מבוססת-ראיות מנסה לזקק את המידע המהימן ולהבחין בין תזות מדעיות מוכרות ובין מידע שמטרתו להטות ולזהם את האמינות המדעית. מידע כזה מכונה "זבל מדעי" (Junk Science). בשיטה אדוורסרית, שבה הצדדים מביאים את הראיות, עלול להיווצר פער בין הראיות המדעיות הקבילות כראיה במשפט ובין הוכחתן כתזות מדעיות מוכרות על פי המידע המוצג בניגוד לכללי ה-EBM. תפקידו של בית המשפט אינו לברור מבין הראיות המוגשות לו את הראיות המוכרות למדע אלא עליו לבחון את מהימנות הראיה המדעית.

אחת המגרעות של השיטה האדוורסרית היא שהמומחה מטעם צד חב חובת נאמנות למזמין חוות הדעת, ולעתים האמת המקצועית נדחקת לפינה. על כן חוות הדעת המוגשת לבית המשפט מציגות את התזה המדעית תוך התאמתה לאינטרסים של הצדדים, ובמקרה של מינוי בית המשפט האסכולה והגישה שבהן מחזיק המומחה אינן משקפות בהכרח את כל זרמי הקהילה המדעית בתחום מושא חוות הדעת. התוצאה היא שבית המשפט אינו יכול לקבל תמונה מלאה ואובייקטיבית.

כיצד מתמודד אפוא המשפט עם שאלת מהימנות הראיה המדעית?

בשיטה האדוורסרית על בעל דין להוכיח את הטענות הרפואיות באמצעות מומחה שיש לו המומחיות הרלוונטית לשאלות השנויות במחלוקת. לפיכך על התובע להציג חוות דעת בתחום המשיק לנושא הרפואי השנוי במחלוקת. הערכת הסיכונים (או הסיכויים) להתרחשות האירוע אלמלא הנזק כרוכה בהסתמכות על נתונים סטטיסטיים האמורים לתמוך בעמדת המומחה המציג תזה מדעית, אולם הניסיון המצטבר מלמד שלצורך הצגת תזה מדעית מבוססת אין די במומחיות בתחום הרפואה הספציפי אלא דרושה למומחה הכשרה בתחומי האפידמיולוגיה והביו-סטטיסטיקה. יצוין כי הטענה לקיצור תוחלת חיים טעונה הוכחה ברורה ומשכנעת.⁵ על כן בבחירת המומחה יש לוודא אפוא שחוות הדעת תינתן באותו תחום של הרופא המטפל או של הטיפול הרפואי, שאם לא כן עשוי בית המשפט להפחית ממשקל חוות הדעת של המומחה שאין לו המומחיות להבחין בין פרי עבודתם של מחקרים רפואיים ויישומם במקרה הקונקרטי כפי שמתואר בספרות מדיקולוגית בארצות הברית.⁶

נטל הוכחת שיעור ההסתברות מוטל על התובע, ועליו להוכיחו "כנדרש". משמעות הדרישה היא שהתובע יוכיח את שיעור ההסתברות הכללי באמצעות ראיות מדעיות.⁷ התובע אינו נדרש לעמוד בסטנדרט סטטיסטי של מובהקות או רווח בר סמך מסוים, אלא "עליו לעמוד בסטנדרט משפטי של הסתברות כללית משמעותית. אמת המידה היא משפטית ולא מתמטית, אלא שהשימוש בסטטיסטיקה עלול להיות רצוף כשלים, הטעויות וטעויות הן עקב השגיאות השגורות בנתונים עצמם והן עקב ההטיה בהצגת הנתונים הסטטיסטיים".⁸

5 ראו רע"א 3807/05 שוקרון נ' מגדל חב' לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 5.9.2007); ע"א 4772/02 סהר חב' לביטוח בע"מ נ' צ'בוטרו (פורסם בנבו, 25.11.2009).

6 J. Ioannidis, J. Lau, *Systematic Review of Medical Evidence*, JOURNAL OF LAW AND POLICY 12, 509 (2003)

"Medical evidence is complex; it is heterogeneous and of variable quality. Interpreting medical evidence is difficult. Evidence must be appraised in its totality using robust systematic approaches. (...)

From a legal perspective, it is important that judges and lawyers become more familiar with the advent of these evidence-based tools. While judicial decisions may continue to seek expert testimonies, such testimonies should be increasingly based on solid scientific evidence rather than expert opinion. Typically, a judge or a lawyer may find it difficult to probe behind an expert's opinion to evaluate or test the level of credibility based on concepts of best available evidence. Experts in court are typically challenged and accepted on the basis of their qualifications, conflicts of interest, or biases, and not on the value of their opinions. However, it would be useful to understand that the medical expert is only one part of the long chain of the medical evidence and that there often can be considerable uncertainty behind expert statements."

7 ראו דברי השופט נאור בע"א 7375/02 בית חולים כרמל, חיפה נ' עדן מלול, פ"ד ס(1) 11 (2005):

"אם ישנם נתונים יש להציגם ולבאר, בדרך של עדות מומחים, מה משמעותם, וכיצד נכון להעריך את הנתונים הסטטיסטיים. אל לו לשופט להירתע מהיעזרות והתעמקות בחוות דעת רפואיות המתבססות על מחקרים מדעיים והערכות סטטיסטיות: 'בית המשפט אינו מומחה, אולם כמומחה למומחים, עליו לברר היטב את כל ההיבטים הנוגעים לראיה המדעית שהוצגה לוי' (פלוגי נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו), 15.3.2006))."

8 ראו בהקשר זה פסקאות 6 ו-20 בדנ"א 4693/05 ביי"ח כרמל, חיפה נ' עדן מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010).

לבתי המשפט אין בדרך כלל הכלים לבחון את נכונות הנתונים הסטטיסטיים המובאים בפניו, וזהו תפקידם של המומחים לפרוס בפני בית המשפט את איכות העובדות המדעיות שעליהן מבוססות חוות הדעת והעדות. מומחה יכול להיות בעל ניסיון נרחב שנרכש ממאות מקרים, אך עם זאת יתקשה בניתוח אפידמיולוגי של משמעות המסקנות במקרה קונקרטי. בעידן מהפכת המידע המידע נעשה נגיש, שיטוט באינטרנט יכול להניב מידע רב המבוסס על עשרות אלפי מקרים או מאות אלפים, או על דברי מומחים רבים מתחומים שונים ומאמצות שונות ומנקודות ראות שונות, קיים ספק רב באשר למהימנותו של המידע ולרלוונטיות שלו. גם ניתוח הספרות הרפואית יכול להיות מוטא, והמומחה יכול בקלות להסיק את המסקנה הרצויה על סמך מידע שאינו מבוסס עובדתית או על סמך מידע בלתי מהימן.⁹

לפיכך תנאי מוקדם למתן חוות דעת המסתמכת על נתונים סטטיסטיים הוא שהמומחה נותן חוות הדעת יהיה בעל מיומנות וידע בשיטות מחקר אפידמיולוגיות כדי לאפשר ניפוי נכון של המידע האמין ביותר. לעומת שיטת ההתרשמות מעדות מומחה, המקובלת בשיטת המשפט בישראל, מערכת המשפט האמריקאית אימצה את השיטה של ביסוס עדות מדעית על פי עקרונות של רפואה מבוססת-ראיות.

כדי לבור את המוץ מן הבר פיתח המשפט האמריקאי אמות מידה לבחינת הראיה המדעית לקבילות תזה או שיטה מדעית. הביקורת אמנם הקלה בדרישות של קבילות הראיה המדעית, אך החמירה במובנים הפנימיים של משקל הראיה המדעית ומהימנותה על ידי הטלת התפקיד של שומר הסף (gatekeeper) על הערכאה הדיונית. הלכת **דאוברט**,¹⁰ שניתנה על ידי בית המשפט העליון בארצות הברית בשנת 1993, הפכה לחלק מוסד של דיני הראיות בארצות הברית, והמחוקק אימץ אותה על ידי תיקון חוק הראיות.¹¹ הלכה למעשה בישראל לא אומצה הלכת **דאוברט** כמכשיר לבחינת קבילות הראיה המדעית, והיא אוזכרה אך במספר מועט של מקרים.¹² ההלכה בישראל, כפי שנבחנה על ידי בית המשפט העליון בדנ"א 4693/05 **בי"ח כרמל נ' עדן מלול** (2010), קובעת שעל הצדדים להביא את מיטב הראיות המדעיות, והערכאה הדיונית היא שתבחן את הראיות המדעיות ותתרשם מהן, ובהיעדרן ישום בית המשפט את הראיות על סמך הסתברות.¹³

הלכת **דאוברט** כפי שאומצה בדין האמריקאי הגדירה מחדש את המונחים "מדעי" ו"מידעי" ועל פיהם בחנה את המונח "מידע מדעי". בית המשפט קבע ארבע אמות מידה מצטברות לקבילות תזה או שיטה מדעית מקצועית:

1. אם התאוריה או התזה המדעית נבדקה על פי שיטות מדעיות ואם אפשר להפריכה.
2. אם התזה המדעית נבדקה מדעית ואם אפשר להפריכה.
3. מידת יציבות המחקר שעליו מושתתת התזה המדעית ומידת ההסתברות לטעות.
4. ההכרה הכללית של התזה המדעית בקרב הקהילה המדעית העוסקת בנושא.

הלכת **דאוברט** הצליחה להבטיח כי תזה מדעית וחוות דעת מהימנה מבחינה אמפירית תהיה מוכרת לקהילה המדעית ועומדת במבחן הביקורת. לעומת השיטה האמריקאית, הבוחנת את הראיה המדעית על פי מבחנים אמפיריים כאמור, גישת בתי המשפט בישראל היא לבחון את הראיה המדעית המובאת לפניו על פי התרשמות הערכאה הדיונית. דוגמה לפער בין הגישות השונות לבחינת ראיות מדעיות הוצגה בפרשת **קרישוב**.¹⁴

9 להדגמה של הטיה בהצגת נתונים סטטיסטיים ראו: D. Kahneman, A. Tversky, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, COGNITIVE PSYCHOLOGY 5, 207-232 (1973).

10 *Daubert v. Merrell Dow*, 509 U.S. 579 (1993).

11 Rule 702 of the Federal rule of evidence

12 ראו למשל פסק דין בדעת מיעוט של השופטת מ' נאור בע"א 1639/01 **קיבוץ מעין צבי**, לעיל הערה 3. ליישום הלכת **דאוברט** בדין הישראלי ראו "דייויס" קבילות ומשקל ראיות מדעיות במשפט – האם יש מקום לייבא את הלכת דאוברט? **רפואה ומשפט** 29, 50 (2003).

13 דנ"א **עדן מלול**, לעיל הערה 8, בסעיף 31 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

14 ע"א 1639/01 **קיבוץ מעין צבי**, לעיל הערה 3.

התובע עבד במוסך של הקיבוץ ונחשף לאסבסט. לאחר שאובחן אצלו סוג נדיר של מחלת הסרטן, הגיש תביעת נזיקין נגד הקיבוץ ונגד המדינה. טענת ההגנה הייתה בין היתר כי לא התקיים קשר סיבתי בין החשיפה לאסבסט והמחלה. הטענה התבססה על חוות דעת מומחים שטענו שאין בספרות הרפואית הוכחה לקשר סיבתי מדעי. לעומת זאת מומחי התובעים הסתמכו על "תיאורי מקרים" – מאמרים רפואיים אשר מתארים מקרה בודד (או מקרים אחדים) של מחלה בשונה ממחקר סטטיסטי רחב.

בהסתמך על אלה קיבל בית המשפט המחוזי את התביעה. בבית המשפט העליון נחלקו הדעות. דעת הרוב (השופטים דורנר ולוי) קבעה שבהיעדר "מידע מדעי" המוכח באמצעות חוות דעת מומחים יכריע בית המשפט על סמך הסתברות. כלומר על בית המשפט להביא בחשבון את ההבדל המהותי שבין אופן הוכחת תביעות במשפט האזרחי, הדורש רמת ודאות שהיא מעבר ל-50% בלבד, לבין רמת הוודאות המחמירה הנדרשת לצורך קביעת עובדות בעולם המדע. במקרה הנדון נקבע שהקשר הסיבתי בין החשיפה לאסבסט ובין מחלתו הנדירה של התובע הוכח מהצטברות הנסיבות. אמנם לא נמצא מחקר רפואי המוכיח את קיומו של הקשר הסיבתי בין החשיפה לאסבסט למחלת הסרטן, אולם היעדר מחקר אינו שולל את קיומו של הקשר הסיבתי.

לעומת זאת השופטת נאור, בדעת מיעוט, הסתמכה על אמות המידה בדין האמריקאי וקבעה כי על התובע להוכיח קשר סיבתי פוטנציאלי על פי הלכת דאוברט, שלפיה אי אפשר להסתמך על תיאורי מקרה אלא צריך להוכיח אסכולה באמצעות ראיות אפידימיולוגיות שהן ראיות נסיבתיות מדעיות. נציין שנוכח הקשיים בהוכחת קשר סיבתי עובדתי סירבו רוב בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית להכיר בבקשות לאשר תביעות חשיפה לאסבסט כייצוגיות,¹⁵ ועל בתי המשפט שאישרו את הבקשה נמתחה ביקורת קשה.¹⁶

שיטת המשפט האדוורסרית קובעת אפוא שימוש בנתונים סטטיסטיים ובמחקרים רפואיים להוכחת קשר סיבתי במקרים של אבדן סיכויי החלמה או הסתברות שאירוע מסוים יתממש. סקירת הפסיקה מלמדת שבסופו של יום בית המשפט אינו פוסק על סמך הראיות הסטטיסטיות אלא על סמך אומדן. נוסף על השימוש בנתונים סטטיסטיים בית המשפט משתמש גם בכלים אחרים, כגון עובדות המקרה המסוים (עד כמה שהן ידועות), חזקות ראייתיות, חוות דעת של מומחים, ובעיקר התרשמות כללית מהראיות. כלומר אותם כלים המשמשים את בית המשפט להכריע על פי עודף הסתברויות משמשים אותו להכריע גם על פי אומדן.

בחינת הפסיקה בכל הקשור לפיצוי הסתברותי על פי נתונים סטטיסטיים מלמדת שמעטים המקרים שבהם פסקו בתי המשפט על סמך ניתוח הנתונים הסטטיסטיים, וברוב המכריע של המקרים בתי המשפט פוסקים על פי אומדן.¹⁷ המסקנה היא אפוא שהראיות המדעיות המובאות בפני בית המשפט מבוססות על נתונים סטטיסטיים, אולם ההכרעה בסופו של דבר היא על פי אומדן, כפי שנקבע בפרשת **תרצה גיל**.¹⁸

הטיות קוגניטיביות בתהליך קבלת החלטות

בשנים האחרונות נחשפנו לגורמים נוספים המשפיעים על תהליך קבלת ההחלטות, ובכלל זה בכתיבת חוות הדעת במסגרת מדע הפסיכולוגיה הקוגניטיבית והפסיכולוגיה ההתנהגותית. חתן פרס נובל פרופ' דניאל כהנמן מתאר בספרו "לחשוב מהר ולאט"¹⁹ את תהליך קבלת ההחלטות ואומר כי הוא מבוסס על שתי שיטות: הראשונה היא

15 In Re Joint Eastern & Southern District Asbestos Litigation, 982 F. 2d 721(2d Cir. 1992).

16 Michael J. Saks, Peter D. Blank, *Justice Improved: The Unrecognized benefits of Aggregation and Sampling in Trial of Mass Torts*, 44 STAN.L. REV. 815 (1992)

17 יונתן דייזיס "כיצד ניישם את הלכת הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית – בעקבות דני"א 4690/05 ב"ח כרמל נ' עדן מלול" **רפואה ומשפט** 43 (ינואר 2011).

18 ע"א 2509/98 גיל נ' **קופת חולים של ההסתדרות הכללית**, פ"ד נד(2) 38, פסקה 8 (2004):

"המצב בו מדובר הוא שחלק מהנזק נגרם מעצם הפגיעה הראשונית, קיום הגידול, וחלק אחר שלו על ידי הרשלנות הרפואית, כשקיים קושי רב להחליט מהו חלקה של הרשלנות בגרימת הנזק. בנסיבות אלה, אין מנוס מלקבוע את שיעור התרומה של רשלנות הרופאה לגובה הנזק על דרך האומדנא".

19 D. KAHNEMAN, THINKING FAST AND SLOW (2011)

חשיבה מהירה, המקצרת את הדרך שבין ההנחה הבסיסית למסקנה; השנייה היא חשיבה אטית, דדוקטיבית ומעמיקה.

השיטה הראשונה נוטה לשגיאות. היא משתמשת בהיריסטיקות, באינטונציות מקצועיות ובכללי אצבע כדי להגיע למסקנות קלות דעת שאינן מבוססות על חשיבה רציונלית. לעומת זאת השיטה השנייה היא אטית, מעמיקה ורציונלית. השיטה השנייה מיועדת לאנשי מחקר ולמומחים הצריכים לבסס את מסקנותיהם על בסיס נתונים רחב, אלא שגם במערכת זו קיימת שונות בין המומחים: קיימים מומחים המבקשים לבסס את התזה על פי מסקנות שהניחו מראש. אלה הם המומחים הסובייקטיביים שחוות דעתם מוטית מראש משיקולים אחרים שאינם מקצועיים בלבד.

כהנמן מצביע על הגורמים לטעויות: הטיות, הירסטיקה, אשליות קוגניטיביות, הטיות המסגור והעיגון, הטיות האישור, התוצאה והחכמה שבדיעבד. כהנמן מדגים עד כמה בסיסית היא ההטיה המובנית לתוך החשיבה שלנו, ועד כמה שגויה ההנחה שקבלת החלטות כלכליות מבוססת על היגיון ותועלת.

דוגמה להטיה קוגניטיבית על דרך הסוגסטייה (שידול) היא השפעתה של תרופת הדמה אינבו (פלצבו) על מי שנוטל אותה בסברו כמובן שהוא נוטל תרופה אמיתית. הפסיכולוג האמריקאי ארווין קירש²⁰ בחן סדרה של 38 מחקרים קליניים על השפעת האינבו על מחלת דיכאון ומצא ששיעור השפעתן של תרופות אנטי-דיכאוניות (כמו פרוזק) – 75% – דומה לשיעור השפעתן של האינבו. מכאן מצא שלאינבו הטיה קוגניטיבית בלתי מודעת על מי שנוטלה בהאמינו שהוא נוטל את התרופה האנטי-דיכאונית. תופעת האינבו אומצה לתאוריות של כלכלה התנהגותית. דן אריאלי וחב' בדקו את השפעות השיווק האגרסיבי של מוצר מסוים על הבריאות (משקה אנרגייה) והשוו אותו לתופעת האינבו.²¹

דעה קדומה בתהליך קבלת ההחלטות?

לדעה מוקדמת השפעה על שיקול הדעת של מקבל ההחלטות במובן זה שהיא גורמת לטעויות שיפוטיות המבוססות על עיבוד נתונים מוטעה. בארצות הברית ניתנו כמה פסקי דין במשפט הפלילי המוכיחים כיצד דעות קדומות משפיעות על שיקול דעתם של חבר המושבעים למרות ההנחיה המפורשת של בית המשפט להתעלם ממידע על עברו של הנאשם או מצבע עורו.

בפרשת קולינס²² הואשם גבר שחור בשוד של אישה לבנה. במהלך המשפט הוצגה חוות דעת מומחה שבה העיד על ההסתברות שהפגע בוצע על ידי הנאשם בשים לב לצבע עורו. ההגנה טענה שהנתונים הסטטיסטיים שעליהם ביסס המומחה את חוות דעתו לא נדלו ממקור כלשהו ושהמומחה בדה אותם. חבר המושבעים הרשיע את הנאשם. בית משפט לערעורים בקליפורניה זיכה את הנאשם וקבע שאין מקום להרשיע נאשם על סמך הסתברות, מחשש שסטטיסטיקה עלולה להטות את שיקול דעתם של המושבעים ולגרור לעיוות דין.

בפרשת מק'קלסקי²³ הורשעו שני נאשמים שחורים בעברות של רצח ושוד. עד מומחה מטעם ההגנה טען שקיימים מחקרים המעידים שבעברות שדין עונש מוות קיימת הטיה של המושבעים להרשיע על בסיס צבע העור של הנאשם. בית המשפט דחה את המחקר הסטטיסטי שהציג המומחה וקבע שלא הוכח שהייתה הטיה בשיקול דעתם של חבר המושבעים.

I. Kirshe et al, *Initial Severity and Antidepressant Benefits: A Meta- Analysis of Data Submitted to the FDA*, PLOS MED 20 5(2) eus doi: 10.1371/ journal pmed (2008)

Baba Shiv, Ziv Carmon & Dan Ariely, *Placebo Effects of Marketing Actions: Consumers May Get What They Pay For*, 21 JOURNAL OF MARKETING RESEARCH 383 Vol. XLII 383-393 (November 2005)

.The People v. Collius, 68 cal. 2d 319 (1968) 22

.MecLeskey v. Kemp., 481 U.S. 279 (1986) 23

המלומד **אריק פוזנר**²⁴ בחן את השפעת משטר האחריות הנוזקית והתנהגות המעוול בכוח. לשיטתו יש לפסיכולוגיה ההתנהגותית משקל מכריע על התנהגות המעוול. משטר של אחריות מוחלטת כגון חוק הפלתי"ד יכול להשפיע על הרתעה של מעוולים כגון נהגים מאחר שאם ידעו שיהיו חייבים בכל מקרה, רמת הזהירות שלהם תרד מאחר שהם יצטרכו לפצות את הניזוקים אפילו אם יתרשלו. לכן יש לבחון כיצד משפיעה שיטת המשטר על הטיה בהתנהגות. לדעת **בר גיל** יש קשר בין התנהגות אופטימית של בעלי דין ומשטר האחריות בנוזיקין ובחוזים.²⁵

הטיה קוגניטיבית על רקע דעה קדומה יכולה לקבל ביטוי באופנים שונים. בארצות הברית, שם מוכרע המשפט על ידי חבר מושבעים, מושקע מאמץ גדול לנטרל את חבר המושבעים מדעות קדומות על רקע יחסם למין, גזע, צבע עור, לבוש הנאשם וכד', ובעיקר לסיקור חדשותי במשפט וכיו"ב הטיות.

קיימת דינמיקה בין השופט²⁶ המדריך את המושבעים ובין המושבעים עצמם הנחשפים לראיות. לעתים קרובות נחשף חבר המושבעים לנתונים סטטיסטיים שמציג המומחה, ותפקידו של בית המשפט הוא להדריך את חבר המושבעים כדי שלא יחליפו את שיקול דעתם בשיקול דעתו של המומחה. בדומה לכך אפשר ללמוד אנלוגיה מההטיות הקוגניטיביות הללו להשפעות אפשריות של עדויות מומחים על שיקול דעתו של בית המשפט.

בתהליך כתיבת חוות הדעת בעניין שאלת האחריות והקשר הסיבתי בתביעות רשלנות רפואית ייטה המומחה להעריך כיצד היה נוהג בנסיבות העניין. לפיכך להטיה קוגניטיבית השפעה של ממש על תהליך קבלת ההחלטות על ידי מומחים רפואיים בתביעות רשלנות רפואית.²⁷

ניתוח חוות הדעת מהיבט החשיבה הפסיכולוגית יכול להעמיד באור שונה את תהליך קבלת ההחלטות של המומחה כותב חוות הדעת. כמו כן יש לבחון הטיות נוספות העומדות ברקע חוות הדעת. כהנמן מציג את הדוגמה של מפקד צוות כיבוי אש המורה לאנשיו לצאת מהבית הבוהר מחשש להתפוצצות, אך אינו יכול להסביר על מה מבוססת החלטתו גם אם היא נכונה.

הטיות קוגניטיביות יכולות להתרחש גם אצל מדענים ואופייניות בעיקר במחקרים מדעיים. הן יכולות להוביל לטעויות בהערכת המידע ולהשפיע על שיקול הדעת הרפואי. קיימת ספרות מדעית ענפה בעניין היקף תופעת ההטיה של מחקרים, אך לאחר המחקרים שפרסמו **כהנמן וטברסקי**, שזכו בפרס נובל, נבחנה התופעה גם בהיבט הפסיכולוגי.

משה זכי מדגים במאמרו **פסיכו דיאגנוסטיקה, משפט ואתיקה: סוגיות מקצועיות ואתיות**²⁸ הטיה קוגניטיבית באמצעות הדיכטומיה בין הטיפול במחלות נפש להצגת אותו מקרה לצרכים משפטיים, הגורמת להטיה מובנית של חוות דעת המומחים המוגשות לבית המשפט באופן העלול לפגוע במידת האובייקטיביות של המומחה כותב חוות הדעת בהליך המשפטי.

Eric A. Posner, *Probability Errors: Some Positive and Normative Implications for Tort and Contract Law Supreme Court*, *ECONOMIC REVIEW* 11, 125 (2004)

Oren BarGill, *The Evaluation and Persistence of Optimism in Litigation*, *THE JOURNAL OF LAW, ECONOMICS & ORGANIZATION* 22, 490 (2005)

ראו דברי השופט הנדל בר"ע 2146/08 **עזבון המנוח בושויק נ' מרכז רפואי "בני ציון"** (פורסם בנבו, 12.1.2011), בסעיף 11 לפסק הדין, באשר להגדרת תפקידו של בית המשפט הדין התביעה בגין רשלנות רפואית שבמסגרתה ניתנה חוות דעת מומחה מטעמו.

ראו דברי השופט זילברטל ברע"א 2104/12 **פלונית נ' ד"ר וינברג** (פורסם בנבו, 1.5.2012), שלפיהם כאשר מדובר במינוי מומחה בתביעות רשלנות רפואית, אין להתעלם מהבעייתיות שיכולה להיווצר ומחששם של בעלי הדין שהמומחה לא יהיה נטול פניות בהיותו שייך לממסד הרפואי שעמיתיו הנתבעים אף הם משתייכים אליו; החשש שהמומחה יתקשה או לא ירצה להתעמת עם המומחים מטעם הצדדים, במיוחד אם מדובר ברופאים בעלי שם, מעמד או השפעה; החשש שהמומחה משתייך לאסכולה רפואית מסוימת ויתקשה לקבל עמדה שאינה מתיישבת עם זו המקובלת עליו; החשש שיתמנה מי שאינו בעל מרב הכישורים והידע.

סוגיות פסיכולוגיות, משפט ואתיקה בישראל (ד' יגיל ואח' עורכים, 2008). וכן משה זכי "נאמנותו של הפסיכולוג הבודק למזמין השירות – גורם הטיה בהערכות פסיכולוגיות משפטיות" **רפואה ומשפט** 44, 78 (יולי 2011).

לשיטתו, הדיכוטומיה של עמדות הצדדים יוצרת השפעה פסיכולוגית בצורה של דיסוננס קוגניטיבי העלולה – במודע או שלא במודע – לגרום להטיה (Bias) בתהליך גיבוש העמדה המקצועית במסגרת חוות הדעת.

זכי מצביע על נאמנותו של המומחה למזמין השירות כגורם להטיה בלתי מודעת להתאים את מסקנות חוות הדעת לאינטרס של המזמין, ומביא כדוגמה את נטייתם של רופאים היושבים בוועדות הרפואיות בביטוח הלאומי לפסוק לחובת הנבדקים תוך נאמנות למדיניות המוסד, אך לו היו בודקים את הנפגע באופן עצמאי, היו מגיעים למסקנות שונות.

גורם הטיה אחר הוא **דעה מדעית קדומה** שיש למומחה הרפואי, בדרך כלל מטעם צד. דעה קדומה יכולה להיות על רקע קיומה של אסכולה רפואית מסוימת. כך בפרשת **אופנהיימר**²⁹ נקבע קשר סיבתי מדעי בין מחלת הפיברומיאלגיה שהתפרצה לאחר תאונה לבין התאונה. מומחה התובעת תמך באסכולה לקיומו של קשר סיבתי בין טראומה ומחלת הפיברומיאלגיה, ואילו מומחה הנתבעים שלל את האסכולה. בית המשפט קבע ש"כאשר הוכח קיומה של אסכולה רפואית הבאה לידי ביטוי בספרות מקובלת, לפיה טראומה עלולה לגרום לפיברומיאלגיה וכאשר במקרה של התובעת נמצא קשר כרונולוגי ברור בין השניים, סביר יותר כי אכן התאונה גרמה לתסמונת". בהקשר זה יש לתת את הדעת להבדל שבין המשפט והרפואה לצורך הוכחת שאלת הקשר הסיבתי. אסכולה רפואית מתגבשת לאחר שקיימת מובהקות סטטיסטית מעל לכל ספק, בעוד המשפט דורש הוכחה על פי מאזן ההסתברויות בשיעור העולה על חמישים אחוז.

הטיות מכוונות של מחקרים מדעיים

המבחן המבדיל בין מחקר מדעי אובייקטיבי ענייני ובין מחקר שנועד להשפיע על עמדת הגופים המקצועיים הנזקקים לחוות הדעת הוא מבחן האינטרס להטות את תוצאות המחקר. שיטות מחקר אפידמיולוגיות מזהירות מפני הטיה בממצאי המחקר. ההטיה אינה בהכרח מונעת ממניעים שליליים, לאמור דעה קדומה או גורמים סובייקטיביים כגון העניין שיש לחוקר בתוצאות המחקר. ההטיה של תוצאות המחקר יכולה להיגרם מטעות בנתוני המחקר, שעלולה להביא לתוצאות שגויות. זוהי הטיה מכוחה של טעות המערערת את תוצאות המחקר בתום לב. ההטיה במחקר היא תהליך שבו המדען משפיע על תוצאות המחקר באמצעות טעויות מודעות או בלתי מודעות.³⁰

ההנחה המקובלת היא שאין מחקר מושלם, ובכל מחקר אפידמיולוגי קיימות טעויות שעלולות להשפיע על תוצאת המחקר. לעתים הטעות עלולה לערער את הבסיס המדעי של המחקר, אך בדרך כלל טעויות מביאות להטיה מסוימת של תוצאות המחקר, המכונה סטיית תקן. בירור השפעת ההטיה על תוצאת המחקר מורכבת ובדרך כלל בלתי אפשרית. על החוקר לברר אם הטעות מערערת את תקפות תוצאות המחקר ואם אפשר להתחקות על הטעות שהביאה לערעור הנתונים.

מקובל להתייחס לכמה קטגוריות של הטיה במחקר:³¹

(1) טעות בבחירת משתתפי המחקר (Selection Bias) שמשמעותה שוני במאפיינים בין המשתתפים בקבוצת המחקר העלולים להשפיע על תוצאות המחקר.

(2) טעות במידע (Information Bias) שנובעת ממידע מוטעה על קבוצת המחקר המטה את תוצאות המחקר.

(3) טעות במדידות (Measurements bias) הנגרמות מהטיית המדידות המשפיעות על תוצאות המחקר.

29 ת"א (מחוזי י-ם) 7096/05 **אופנהיימר נ' זולפה מחסני מזון בע"מ** (השופט זילברטל) (פורסם בנבו, 11.4.2010).

30 How does bias affect research? "Research bias, also called experimenter bias, is a process where the scientists performing the research influence the results, in order to portray a certain outcome"

J.M. HARTMAN ET AL, TUTORIALS IN CLINICAL RESEARCH, part IV: RECOGNIZING AND CONTROLLING BIAS LARYNGOSCOPE 11, 31 23-31 (2002).

4) התערבות בתוצאות המחקר (Intervention (Exposure) Bias) שמשמעותה שהחוקר משנה את בסיס הנתונים של קבוצת המחקר כדי להשפיע על תוצאות המחקר.

5) הטיה תפיסתית (Conceptual Bias) – שאלת המחקר שהוגדרה על ידי החוקר מקורה בטעות הנובעת מתפיסה או מאמונה מוטעית של החוקר באשר להיפותזה המונחת בבסיס המחקר.

התופעה של הטיה מכוונת או בלתי מודעת של מחקרים מדעיים זוכה להתייחסות בעיקר כאשר ההטיה גורמת לדיסאינפורמציה. ככל שעובר זמן בין פרסום המחקר לגילוי ההטיה, מוחזק המידע כמהימן, והקהילה הרפואית נוטה להסתמך עליו.

דוגמה בולטת להטיה של מחקרים אפשר למצוא בתעשיית התרופות. חברות התרופות עושות מחקרים מדעיים שמטרתם לקדם מכירות של תרופה מסוימת. ברוב המקרים נערכים המחקרים בפיקוח הרשויות הממונות (FDA)³² ועל פי כללי האתיקה (ICH-GCP),³³ אולם לעתים מושפעים המחקרים מהטיות כאמור הגורמות לפרסומים שגויים של תוצאות המחקר. החברות מנסות לפתות את הרופאים לקדם את מכירות התרופות באמצעות תשורות כיבודים שונים או הזמנה לכנסים הנערכים במקומות אקזוטיים. קיימת תופעה אחרת שבה חברות התרופות מנסות להשפיע על תוצאות המחקרים המתפרסמות בכתבי העת המדעיים ולהשפיע על תוכן המאמרים – מימון מסיבי של מחקרים הנעשים במוסדות מחקר ציבוריים ופרטיים. מכאן הדרישה של רוב מערכות כתבי העת מכותבי המאמרים להצהיר על היעדר ניגוד עניינים באשר לתוצאות המאמר המתפרסם.³⁴ לדוגמה, בשנות ה-80 של המאה הקודמת קודמו המכירות של תרופת ה"טאבוקור" שנועדה להסדיר את דופק הלב. בפועל אלפי אנשים נפטרו מהתרופה, שגרמה לתופעות לוואי שחברת התרופות לא פרסמה במתכוון. פרסום ההתוויה הרפואית ללא תופעות הלוואי שלה נעשה תוך הטיה מכוונת של תוצאות המחקר, והקהילה הרפואית הסתמכה על ההטיה הזאת.³⁵

תחקיר שפרסם הגרדיאן הבריטי³⁶ מצא כי חברות התרופות מעסיקות סופרי צללים בשכר אשר כותבים בפועל את המאמרים המתפרסמים ומחתימים מדענים ידועי שם. פעילות זו איננה מתבצעת ישירות על ידי החברות אלא באמצעות סוכנויות משנה המתמחות בתחום פעילות זה. מהתחקיר עולה כי מדובר בתחום מפותח מאוד, כ-250 סוכנויות מציעות את שירותיהן הדיסקרטיים לצורך קידום ושיווק תרופות בדרך זו. הסוכנויות דואגות לכתובת המאמרים, להחתמת חוקרים ידועי שם על המאמר ולקידום הפרסום בכתבי עת ידועים בתחום. כל זאת מבלי שכתב העת, וכמובן ציבור הקוראים, מודעים לכך.

בהקשר זה פורסם לאחרונה כי פסיכיאטר באוניברסיטת פנסילבניה התלונן בפני המועצה האתית של האיגוד כי תוצאות מחקר שביצע בנוגע לשימוש בתרופה Paroxetine ב-352 חולי דיכאון דו-קוטבי (Bipolar Depression) נגנבו ממנו ועובדו למאמר על ידי סופר צללים כדי לקדם מכירות תרופה אחרת בשם GlaxoSmithKline.³⁷

דוגמה להטיה של מחקרים רפואיים הנקטת על ידי חברת תרופות פורסמה לאחרונה במאמר שפורסם בכתב העת לנצט,³⁸ שלפיו לשתלי מפרקי ירך מסוג "מתכת על מתכת" יש תופעות לוואי של פליטת מתכת רעילה לגוף העלולה לגרום למחלות ממאירות. הפרשה פורסמה בשנת 2009 בעקבות דיווחים על תופעות לוואי בשתלים מסוג "מתכת

32 שגב שני "פיקוח על תרופות בעידן שלאחר ה-VIOXX" **רפואה ומשפט** 40, 51 (2009).

33 ראו The Declaration of Helsinki, Edinburgh 2000 וכן תקנות בריאות העם (ניסויים רפואיים בבני אדם), תשמ"א-1980 ונוהלי משרד הבריאות שהוצאו מכוח התקנות המסדירות את אופן ביצוע ניסויים בבני אדם.

34 לסקירה מקיפה על מערכת היחסים בין רופאים לחברות תרופות ראו רחל ניסנגהולץ-גנות, שפרה שוורץ ושגב שני "מערכת היחסים בין רופאים לחברות תרופות – העמידות ההדדיות בארץ ובעולם" **רפואה ומשפט** 34, 93 (2006). וכן תגובתו של ד"ר שמואל וולפמן, הגורס כי התועלת החברתית הצומחת משיתוף הפעולה בין החברות לחוקרים עולה על הנוזק. ראו גם <http://www.newscientist.com/article/dn3781>.

35 JEREMY HSU, DARK SIDE OF MEDICAL RESEARCH: WIDESPREAD BIAS AND OMISSIONS (2010)

36 The Guardian (20.5.2011).

37 B. Roehr, *Professor files complaint of scientific misconduct over allegation of ghostwriting*, BMJ 343:d4458 (2011)

38 A.J. Smith, P. Dieppe, K. Vernon, M. Porter, A.W. Blom, *Failure rates of stemmed metal-on-metal hip replacements: analysis of data from the National Joint Registry of England and Wales* (2012 Mar 12)

על מתכת" המיוצרים על ידי חברת בת של תאגיד התרופות ג'ונסון אנד ג'ונס. השימוש בשתלים אמנם הופסק בהוראת ה-FDA בשנת 2010, אך עד להוצאתם המליצו אורתופדים ברחבי העולם לאלפי מטופלים על השתלים מסוג מתכת על מתכת מבלי לדעת שחלקיקי המתכת קובלט וכרום זולגים לתוך רקמות החולים וגורמים לדחיית השתל ולהרס השרירים והעצמות, ומכאן – לנכויות קשות. הבעיה קיימת בעיקר אצל מושתלים צעירים המאבדים את הסיכוי להחלים. על פי תחקיר שנעשה בכתב העת הבריטי BMJ,³⁹ תופעות הלוואי הללו נצפו כבר בשנת 1975, אך יצרניות המפרקים נמנעו מלחשוף את הסיכונים בפני המטופלים או הרופאים כדי שלא לפגוע במכירות.⁴⁰

בדומה לכך פועלות חברות גדולות להטיה שלילית של מחקרים המעמידים אותן בסיכון לתביעות ענק. בשנת 1999 פורסם מחקר מקיף⁴¹ שבו נטען שקיים קשר סיבתי בין רעלנים מסוג PCB שנמצאו בשפכים שזרמו מהמפעל לנהר ההדסון, שאליהם נחשפו יותר מ-7,000 עובדי ג'נרל אלקטריק שחלו במחלות סרטן שונות. במסגרת המחקר בחנו החוקרים תיקים רפואיים של העובדים שנחשפו לרעלנים במשך למעלה מ-30 שנה. בתגובה בדתה ג'נרל אלקטריק מחקר נגדי השולל את ממצאי המחקר. היא שלחה חוקרים פרטיים לכל העובדים שתבעו אותה ופרסמה מחקר שבו כללה את קטגוריות ההטיה הללו, השולל קשר סיבתי בין הסימפטומים של העובדים ומאפייני המחלה. המחקר שפרסמה ג'נרל אלקטריק נקטל על ידי הקהילה המדעית והוכרו כבלתי מהימן לחלוטין. בסופו של דבר חויבה ג'נרל אלקטריק לפצות את עובדיה.

גם לעורכי דין העוסקים בתחום המדיקולגלי יש אינטרסים מובנים בתוצאות מחקרים רפואיים, ולעתים הם דואגים למימון המחקר ואף להטיית תוצאותיו. המועצה המדעית הבריטית (GMC) קבעה כי ד"ר אנדרו ויקפילד, אשר שימש בשנת 1996 מומחה רפואי מטעם התובעים במשפט שהתנהל בעניין החיסון MMR, קיבל תמורה בסך 50,000 ליש"ט מעורך דין אשר ייצג את התובעים כדי להטות את חוות דעתו בהתבסס על מחקר רחב היקף שפורסם בשנת 1998 בכתב העת המדעי לנצנט והצביע על קשר בין התפתחות אוטיזם לחיסון MMR, בניגוד לדעה הרווחת עד אז, ששללה קשר סיבתי בין החיסון המשולש ובין בעיות נירולוגיות. תוצאות המחקר אשר פורסמו בלצנט נמצאו מזויפות. ד"ר ויקפילד הועמד לדין משמעתי ורישיונו לעסוק ברפואה נשלל. ההחלטה פורסמה בשנת 2010.⁴² בעקבות ממצאי חבר הדיון פורסמה הודעה מטעם מערכת לנצנט ולפיה כתב העת מסתייג ומושך ידיו מפרסום המאמר משנת 1998.⁴³

יצוין כי גם הקהילה הרפואית הייתה שותפה להטיה, מאחר שכבר ב-2004 היה ברור כי המאמר מזויף.⁴⁴ אולם האקדמיה הלאומית האמריקאית למדעים החליטה לבחון את כל תופעות הלוואי אשר פורסמו בספרות המדעית בדבר כל החיסונים על פי ממצאי המחקר. אשר לקשר שבין אוטיזם לחיסון MMR נשלל הקשר הסיבתי חד-משמעי.⁴⁵ בכמה תביעות שהתנהלו בארצות הברית בחנו בתי המשפט את שאלת הקשר הסיבתי בין החיסון לאוטיזם, ובין היתר התייחסו למאמר המדובר של ויקפילד. בפרשת **הייזלהאסט**⁴⁶ למשל העידו רופאים מומחים שהסתמכו על האסכולה של ד"ר ויקפילד שפורסמה בלצנט.⁴⁷

39 Nigel Hawkes, *Ongoing problems with metal on metal hip implants*, BMJ 2012;344:e2090

40 בהקשר זה נציין כי לבית המשפט המחוזי מרכז הוגשה תובענה ייצוגית בת"צ 11207-03-11 **גילטמן נ' ג'ונסון אנד ג'ונסון**, הבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית תלויה ועומדת.

41 Renate D. Kimbrough, Martha L. Doemland, Maurice E. LeVois, *Mortality in Male and Female Capacitor Workers Exposed to Polychlorinated Biphenyls*, JOEM 41:3 161-171 (March 1999)

42 http://www.gmc-uk.org/Wakefield_SPM_and_SANCTION.pdf 32595267.pdf

43 Dyer C., *Lancet retracted Wakefield's MMR paper*. BMJ 340: c696 (2010); *Hazlehurst v. Secretary of Health and Human Services*, Case No. 2009-5128 (03-654V)

44 ראו אברהם סהר "רפואה ומשפט מסביב לעולם" **רפואה ומשפט** 42 166 (יולי 2010).

45 The National Academy of Science: *Adverse Effects of Vaccines: Evidence and Causality*

46 Hazlehurst, לעיל הערה 43.

47 בפרשת *Althen v. Secretary of HHS* 418 F3d 1274 (fed. Cir. 2005) דן בית המשפט לערעורים בערעור על תביעת המערערת שהייתה בת 40 בעת קבלת חיסון נגד טטנוס בשנת 1997, שלאחרי לקתה בתסמונת Duane's Syndrome, שהיא תסמונת נירולוגית הגורמת לפגיעה בעצבי הראייה עד כדי איבוד מוחלט של הראייה. לא הייתה מחלוקת כי בריאותה עובר לחיסון הייתה תקינה אם כי הסתבר בבדיקות הדימות בעקבות גילוי המחלה כי זו הייתה מולדת אך חבויה. למרות קביעות המומחה מטעם הוועדה (Special Master) כי תביעת התובעת אינה מבוססת על ספרות רפואית התומכת בקשר סיבתי מובהק בין חיסון הטטנוס לנזקים הנטענים קיבלה, הוועדה המעין-שיפוטית שהוקמה על פי החוק את התביעה וקבעה שהתובעת זכאית לפיצוי. בדיעבד הסתבר שבית המשפט הסתמך על מחקרים מוטים.

בעקבות פרסום מחקרים מוטים המומחה הנזקק למחקר לצורך חוות דעתו מאמין שמדובר במחקר מהימן שתוצאותיו האובייקטיביות התקבלו על פי כללי המתודה המדעית.

מחקרים מוטים עלולים לגרום נזק לציבור המטופלים ולערער את האמון שנותנים המטופלים בהמלצות הרפואיות המסתמכות על המחקרים הללו. הטיית מחקרים מטעה אפוא את הציבור ומזמינה מומחים להסתמך עליהם. קושי נוסף הוא חשיפת הרופאים שהמליצו על מוצר פגום לתביעות רשלנות רפואית בעילה שלא התעדנו אם קיימים פרסומים השוללים את השימוש במוצר עקב תופעות הלואי שבו. ועוד השלכה, במסגרת ניהול תביעות נזיקין ייטו המומחים להסתמך על כל מאמר בספרות הרפואית אשר יתמוך בתזה שהציגו מבלי להיזקק למהימנות הראיה המדעית. תופעה זו המתרחשת במיוחד בתביעות רשלנות רפואית עלולה לגרום להטיה משתמעת של חוות הדעת ולעיוות דין.

הטיות של חוות דעת בתביעות נזיקין

הוכחת תזה מדעית במשפט נעשית באמצעות חוות דעת מומחה בתחום הרלוונטי לנושא תוך התייחסות לעובדות המקרה. חוות דעת תוגש על ידי מומחה שיש לו ניסיון מוכח ותסתמך על האנמנזה, הבדיקה הקלינית והספרות הרפואית הרלוונטית לנושא שבמחלוקת. על חוות הדעת להבחין בין עובדות הבסיס ובין פרי עבודתם של מומחים רפואיים. על חוות דעת ראויה להתבסס על מידע מהימן המקובל על פי כללי ה-EBM. כך לעתים גם למומחה הכותב את חוות הדעת אין הכלים להבחין אם מחקר מהימן או לא.

גורם הטיה בעל משקל יכול להיות על רקע השתייכות לאיגוד מקצועי תוך נאמנות לתחום המקצועי. בעקבות ריבוי של תביעות רשלנות רפואית נחשפה מערכת המשפט לתופעה חדשה של ניסיון של מומחים רפואיים המעידים בתביעות נזיקין להטות מידע,⁴⁸ בשמשם "שכירי חרב" מטעם הצדדים להתדיינות, כדי להדוף תביעות רשלנות רפואית.⁴⁹

כאמור הוכחת תביעה בנזיקין כרוכה בהסתמכות על חוות דעת. מוסד המומחה הרפואי קנה לו שביתה בניהול תביעות נזיקין. ההסדר הדיוני על פי חוק הפלתי⁵⁰ מייתר את הצורך בהבאת חוות דעת מטעם הצדדים וקובע מנגנון של מינוי מומחה בלתי תלוי מטעם בית המשפט להערכת הנזק.⁵⁰ תקנות המומחים מפרשות את גדר המסמכים המותרים והאסורים בהמצאה למומחה וכן את מגבלות כוחו של המומחה עצמו להיזקק לאותם מסמכים.

תכלית התקנות למנוע השפעה על שיקול דעתו העצמאי של המומחה, ובתי המשפט מקפידים מאוד על מצוות התקנות כדי למנוע הטיה של שיקול דעתו של המומחה.⁵¹ במקרים שהייתה בהם סטייה מהתקנות לא היססו בתי

48 ראו דברי השופט זילברטל לאחרונה ברע"א 1138/12 אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ, לעיל הערה 2:

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

49 היטיב לתאר את המצב השופט רובינשטיין ברע"א 4337/07 מוזס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.3.2009), בסעיף כ"ז לפסק הדין:

"מסופקני אם יש שופט הדין בתיקי רשלנות רפואית שלא חלפה בו מחשבת כפירה באשר למומחים רפואיים הנשכרים על ידי הצדדים, ובלא לפגוע בפלוני או באלמוני אישית בתיק זה או אחר, הרי הם לא אחת שכירי חוות דעת, ומכל מקום על בית המשפט להציג "מקדם חשדנות באשר לחוות הדעת, אך יכולתם לבור את הבר מן התבן מוגבלת".

50 סעיף 6(א) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 וראו גם תקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים), תשמ"ז-1986.

51 לעניין גדר התייעוד המותר והאסור בהגשה למומחה ראו א' ריבלין **תאונות דרכים – תחולת החוק סדרי דין וחישוב פיצויים** 681-698 (מהדורה רביעית, 2012).

המשפט לפסול את חוות הדעת בשל החשש למשוא פנים והפגיעה בחזקת תום הלב וההגינות של המומחה המשמש זרועו הארוכה של בית המשפט.⁵²

לעומת ההסדר של מינוי מומחים על פי חוק הפל"ד, השיטה על פי פקודת הנוזיקין היא אדוורסרית, ולפיה בעלי הדין חייבים בהוכחת טענותיהם באמצעות חוות הדעת. שיטה זו מזמינה השפעה על שיקול דעתו העצמאי של המומחה באמצעות הטיית קוגניטיביות ולבר-מקצועיות.

הטיות אלה קיימות בעיקר בתביעות רשלנות רפואית שבהן מתבקש המומחה הרפואי להגן על עמדת האיגוד המקצועי שלו ולקבוע אם קיימת סטייה מסטנדרט התנהגות. בעניין זה קיים חוסר שוויון מהותי בין תובעים ונתבעים. תובע המבקש להשיג חוות דעת שתתמוך בטענותיו חייב לכתת רגליו בין המומחים המעטים המוכנים לכתוב חוות דעת בתביעות רשלנות רפואית, וידועה התופעה של "קשר השתיקה"⁵³. לעומת זאת רופא שנתבע לא יתקשה למצוא חוות דעת שתגן על התנהלותו אפילו יש בה רשלנות. מומחי ההגנה מוכנים להרחיק לכת כדי לסייע לעמיתיהם ומוכנים להטות את חוות דעתם תוך פגיעה בעקרונות יסוד של הגינות ונאמנות מקצועית. גורם נוסף בעל משקל הוא שלחברות הביטוח המבטחות את הרופאים משאבים בלתי מוגבלים לממן חוות דעת מומחים, ולכן למומחה בכוח תמריץ כלכלי, נוסף על זה המקצועי, למסור חוות דעת מטעם ההגנה.

זאת ועוד, בתהליך כתיבת חוות הדעת בשאלת האחריות והקשר הסיבתי בתביעות רשלנות רפואית ייטה המומחה להפעיל שיקול דעת על פי השאלה כיצד היה נוהג בנסיבות העניין. לפיכך להטיות קוגניטיביות השפעה של ממש על תהליך קבלת ההחלטות על ידי מומחים רפואיים בתביעות רשלנות רפואית.

מושכלות יסוד הם כי למומחה רפואי חובת נאמנות כלפי בית המשפט והצדדים אפילו הוא משמש מומחה מטעם צד. המומחה הרפואי משמש זרועו הארוכה של בית המשפט וככזה מוטל עליו תפקיד מעין-שיפוטי המציג דרישות נורמטיביות של אובייקטיביות, אי-משוא פנים, תום לב והגינות.⁵⁴ עם זאת המציאות מלמדת שקיימים אינטרסים רבים המניעים מומחים להטות את תוצאות חוות הדעת בין מראש ובין בדיעבד. מסקירת הפסיקה עולה כי רוב ההטיות הן של מומחים מטעם צד להתדיינות, אך גם מומחה שממונה מטעם בית המשפט עשוי לחטוא בזה.⁵⁵

הטיה של חוות דעת על רקע קשרים מקצועיים של המומחה עם בעל הדין או עם מומחים אחרים בתיק

ההטיות של חוות דעת יכולות להיות על רקע היכרות קודמת עם אחד מבעלי הדין או עם אחד המומחים מטעמם, ולעתים הן מונעות מדעה קדומה או מאסכולה מקצועית שבה מחזיק המומחה. נדגיש שרוב ההטיות, ככל שהן קיימות, אינן נעשות במכוון אלא במשתמע על ידי הטיה של ספרות רפואית.⁵⁶

בבג"ץ קאמל קופטי⁵⁷ קבע בית המשפט העליון כלל: "כי לעולם אסור לאדם הממלא תפקיד של נאמן לאינטרסים של אנשים אחרים, להעמיד עצמו במצב שבו יהיה קיים (או עלול להיות קיים) ניגוד בין חובת הנאמנות, שהוא חב להם, לבין

52 ראו בש"א 6401/00 לה נסיונל חב' לביטוח בע"מ נ' סאלח, פ"ד נה (3) 97 (2001); רע"א 9724/07 דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ נ' חביב (פורסם בנבו, 6.2.2008). ברע"א 7323/11 ועקנין נ' המאגר הישראלי ביטוחי רכב (בפול) בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.2011) פסל בית המשפט חוות דעת של מומחה שניתנה בתיק ת.ד. לאחר שהתברר שהמומחה הורשע בעברת מין אף על פי שחלף זמן רב בין ההרשעה למועד חוות הדעת ולא היה קשר בין המקרים.

53 לדיון בתופעת קשר השתיקה ראו ת"א (מחוזי י-ם) 6743-09-11 אייזנבך נ' מרכז רפואי רבין (השופט יי שפירא) (פורסם בנבו, 23.1.2012) ההחלטה אושרה ברע"א 1358/12 מרכז רפואי רבין נ' עזבון המנוח שלמה אייזנבך ז"ל (פורסם בנבו, 8.5.2012), שבו קבע השופט זילברטל כי בהיעדר מומחה ספציפי יש מקום למינוי מומחה מטעם בית המשפט, ואין הצדקה לחייב את המשיבים לאתר מומחה רפואי בחו"ל שייאות ליתן חוות דעת רפואית בעניינו של המנוח (כפי שביקשו המבקשים). זאת נוכח העלויות הגבוהות מאוד הכרוכות בכך.

54 ררו דברי השופט דנציגר ברע"א 296/08 ארט בי חברה בערבות מוגבלת (בפירוק) נ' עזבון המנוח ליברמן ז"ל (פורסם בנבו, 5.12.2010) בהתייחס לתפקידו של בורר.

55 כפי שתוכיח רשימה זו, הפתרון המוצע על ידי השופט רובינשטיין בעניין מוזס – למנות מומחה אובייקטיבי מטעם בית המשפט – רחוק מלפתור את הבעיה שהציב על השולחן, מאחר שאותו מומחה אובייקטיבי נגוע גם הוא באותן הטיות המשפיעות על שיקול דעתו.

56 ראו רע"א 1138/12 אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ, לעיל הערה 2.

האינטרס הפרטי שלו... כלל זה, שהוא מן החשובים בעקרונות הצדק הטבעי, מיועד, בעיקרו, להבטיח, כי במילוי תפקידו יפעל מי שנושא בחובת נאמנות על יסודם של שיקולים ענייניים, ביושר, בסבירות ובהגינות; שכן באפשרות שייקלע למצב של ניגוד עניינים טמון חשש שלא יעלה בידו למלא את חובתו כהלכה ויחטא – במודע או אף שלא במודע – במשוא פנים”

באותה פרשה מינה בית הדין כמומחה מטעמו יועץ רפואי שבעברו היה חבר בוועדות הרפואיות במוסד לביטוח לאומי. בג”ץ קבע בהקשר זה כי “הרי זה פשוט וברור, כי רופא שפרנסתו תלויה במי שהינו צד להליך פסול מלהתמנות כמומחה-יועץ באותו הליך... לעניין זה אין נפקא מינה, אם חוות הדעת מתייחסת לתיק הספציפי, אשר בו דן לאחר מכן אותו רופא שנתן את חוות-דעתו, או אם המדובר בתיק אחר כלשהו, כי הקובע בעניין דנא הוא הקשר הנוצר בין מי שמקבל שכר עבור פעולה מסוימת ממזמין חוות הדעת לבין זה האחרון. קשר זה פוסל את האדם, מנייה וביה, מן הדיון במחלוקת אשר מזמין חוות הדעת הוא צד לה... אין צריך לומר, כי האמור כאן חל במידה שווה על רופא המחווה את דעתו תמורת שכר, ועל אדם אחר שאינו רופא המבצע עבודה עבור מזמין חוות הדעת. הקשר התעסוקתי הוא הקובע בנושא שלפנינו ולא מעמדו המקצועי של מי שמבצע את העבודה בשכר”.

בפרשת **משה אהרון**⁵⁸ נתגלה במהלך החקירה הנגדית שמומחה הנתבעת (שירותי בריאות כללית) היה בקשרי עבודה הדוקים עם הנתבע שהגיעו לכדי יחסי מרות וכפיפות של הנתבע למומחה. בית המשפט (השופט דרורי) קובע כי כדי לשמור על אובייקטיביות יש למנוע איתנות כלכלית או מקצועית בין המומחה ומושא חוות דעתו. לפיכך מוטלת על מומחה חובת גילוי מראש של קשרים מקצועיים או אחרים בין המומחה לאחד הצדדים, ואם הפר המומחה את חובת הגילוי כאמור תיפסל חוות דעתו או שביט המשפט יפחית ממשקלה, וכדברי בית המשפט (סעיף 98) לפסק הדין: **”ככל שהמומחה כלל בעדותו דברים כנגד התובע, אם אין להם אישוש או תמיכה ממקורות אחרים, מטעמי זהירות בית המשפט לא יסתמך על דברי פרופ’ אינגבר כדי לא לפגוע בזכויותיו של התובע”**.

בפרשת **אריה גבאי**⁵⁹ מינה בית המשפט מומחה מטעמו, ולאחר קבלת חוות הדעת התברר לבא כוח התובע כי בין המומחה מטעם בית המשפט למומחה מטעמו קיימת מערכת יחסים עכורה ביותר על רקע מחלוקת מקצועית קודמת. עוד התברר כי בין המומחה ובין המומחה הנתבע היו קשרי עבודה בעבר שלא גולו בעת המינני. בית המשפט מצא שדי במערכות היחסים הללו כדי להצדיק פסילת חוות הדעת מאחר שהמומחה מצוי לכל הפחות במצב “הנדמה כניגוד עניינים”.

לעומת קיומה של אסכולה מדעית העשויה להטות את מסקנות חוות הדעת קיימת הטיה שלילית שבה מחזיק מומחה, כגון ניסיון לקדם אג'נדה מקצועית שלפיה מומחים לאולטרה-סאונד חסינים בפני אחריות מקצועית בתביעות הולדה בעוולה. האיגוד המקצועי של הרופאים המתמחים באולטרה-סאונד קידם הצעת חוק,⁶⁰ והנחות קליניות⁶¹ והגיש נייר עמדה ברוח דומה לבית המשפט העליון.⁶²

מכאן שכאשר חברי האיגוד של רופאי האולטרה-סאונד מתבקשים לחוות דעתם על אודות סטייה מפרקטיקה רפואית מקובלת, הרי שחוות דעתם נגועה בניגוד עניינים מובנה.⁶³ בעניין זה קיימת בעיה קשה לתובעים המבקשים להשיג חוות דעת שתתמוך בעילת התביעה בשל מיעוט המומחים הפעילים המוכנים לשתף פעולה ולתת חוות דעת נגד עמיתיהם. לעומת זאת מומחים המתבקשים לתת חוות דעת מטעם ההגנה מוכנים להרחיק לכת ולהטות את

57 בג”ץ 2874/93 קופטי נ’ בית הדין הארצי לעבודה, פ”ד מח(2) 673 (2007).

58 ת”א (מחוזי י-ם) 6424/04 אהרון נ’ שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 30.10.2007).

59 ת”א (שלום י-ם) 9673/06 גבאי נ’ ג’וני עבודת חשמל בע”מ (פורסם בנבו, 13.4.2011) (השופט עירית כהן).

60 ראו א’ פונזר “הצעת חוק פיצוי לפגועים מלידתם, התשע”ע–2010 – פיצויים ללא אשם במבחן המציאות” **רפואה ומשפט** 110, 43 (ינואר 2011).

61 ראו חוזר משרד הבריאות מס’ 23/07, הקובע קווים מנחים מנהליים וקליניים לעבודת הוועדה להפסקת היריון בשלב החיות. וכן י’ דייוויס “האם הוראות חוזר מנכ”ל יכולות לשמש מכשיר להגנה משפטית?” **רפואה ומשפט** 39, 203 (2008).

62 לעמדת האיגוד לגניקולוגיה ומיילדות ראו <http://doctorsonly.co.il/2011/07/1474>.

63 לפי הלכה שנקבעה ברע”א 8335/10 **יקירביץ נ’ תרימה מוצרי רפואה ישראלים בע”מ** (פורסם בנבו, 25.1.2011), יש ליתן לתקנה 126 פרשנות רחבה שאינה תלויה בהוכחת חשש ממשי לניגוד עניינים או משוא פנים מטעם המומחה.

חוות דעתם תוך סיכון מהימנותם. בפרשת **עזבון המנוח חן זיו ז"ל**⁶⁴ היה מדובר בתביעה להולדה בעוולה, שבה נטען שהאישה לא הופנתה לסקירת מערכות בשבוע ה-22 להיריון, והנתבע לא זיהה את התסמונת שעמה נולד היילוד שנפטר במהלך המשפט.

מומחה הנתבעת, ד"ר מלינגר, שנחשב למומחה בעל שיעור קומה, כתב עשרות מאמרים בסוגיה, ובספר שפרסם כתב ש"פרופיל פנים חריג נמנה על הסימנים הגנטיים שעלולים להיות כרוכים בתסמונות גנטיות מולדות". בניגוד לכך קבע בחוות דעתו שהוגשה לבית המשפט שאי אפשר היה לבדוק את פרופיל הפנים, ובחקירתו הנגדית טען שהנושא שנוי במחלוקת בין המומחים לאולטרה-סאונד. בית המשפט ראה בעדותו זאת "עדות כבושה", שמשקלה נמוך ביותר, ואף הרחבת חזית "אשר היזקקות להם עלולה לקפח את זכויותיהם של התובעים ולגרום לעיוות דין שהרי למומחי התובעים לא ניתנה כל הזדמנות להתייחס אליהם".

למומחה בעל שם בתחום מסוים השפעה על עמיתיו הרופאים. לפיכך כאשר בית המשפט ממנה מומחה מטעמו בתביעת רשלנות רפואית רואה המומחה הממונה בעמיתו אורים ותומים ועשוי להחליף את שיקול דעתו שלו בשיקול דעתו של המומחה העמית. כך קרה בשתי פרשות⁶⁵ שבהן מונתה מומחית לאולטרה-סאונד מטעם בית המשפט, ובחוות דעתה לא הרהרה אחר חוות הדעת של המומחה מטעם הנתבעים, שנחשב לשם דבר בקהילייה הרפואית. כך הפכה חוות הדעת שאמורה לחרוץ את המחלוקת למוטית. באחת הפרשות הודתה המומחית כי לא הרהרה אחר חוות דעתו של המומחה מטעם הנתבעים ולמעשה החליפה את שיקול דעתה בשיקול דעת המומחה מטעם ההגנה. אותה הטיה יכולה להתרחש גם כאשר חוות דעת מוגשת מטעם התביעה.

בפרשת **גיל גולן**⁶⁶ מונה מומחה רפואי מטעם בית המשפט. לאחר שמסר חוות דעת נתבקש בית המשפט לפסול את חוות הדעת בנימוק שבתקופה שבין עריכת חוות הדעת לחקירתו בבית המשפט, בתום שנים ממועד חוות הדעת, נתן שירותים מקצועיים למשרד המייצג את הנתבעת שהייתה מוסד רפואי. בית המשפט העליון אמנם לא פסל את חוות הדעת, אך קבע שעל המומחה לכלכל את צעדיו באופן שלא יקבל על עצמו מטלות העלולות להתפרש כניגוד עניינים באשר לחוות דעת בטרם נחקר. נציין שלא תמיד רואה בית המשפט לפסול את המומחה אף כי קיים חשש ממשי לעיוות דין. כך למשל קרה בפרשת **תקוה לוי**⁶⁷, שם מונה רופא בית של חברת ביטוח למומחה מטעם בית המשפט. מינוי כזה מצביע על סימון המטרה באופן שתוצאות חוות הדעת ידועות מראש עוד בטרם נכתבה.

הטיית חוות דעת באמצעות מידע המפורסם בספרות רפואית

תכלית חוות הדעת הרפואית היא לשקף לבית המשפט את המידע הרפואי המעודכן למועד האירוע. חובת הזהירות הקבועה בדין מחייבת את הרופא להתעדכן בספרות הרפואית העדכנית והמקובלת, ובמקרה של סיכון מסוים החורג מהסיכונים המקובלים עליו להרחיב את בסיס המידע ולא להסתפק בידע העומד לרשותו, שהרי כבר נפסק כי "מי שמכריע גורלות חייב להכריע על בסיס המידע המלא והטוב ביותר האפשרי"⁶⁸... בסיס נתונים משמעותי לא רק ספרות רפואית עדכנית אלא גם הצורך בהתייעצות". בפרשת **יפה פלד**⁶⁹ נקבעו הגדרות לידע עדכני הנדרש מרופא. נקבע שאין לדרוש ממנו שידע את כל שניתן לדעת בתחום שבו הוא עוסק. אי-ידיעה של מאמר פלוני שפורסם זמן קצר קודם לכן לא תהיה רשלנות, אך אם יתעלם מסדרה של מאמרים ומאזרה בספרות הרפואית אשר סביר שרופא במעמדו יהיה ער להם תהיה זו רשלנות.

64 ת"א (מחוזי י-ם) 8459-06 חן נ' שירותי בריאות כללית (השופט ענבר) (פורסם בנבו, 11.4.2011).

65 ת"א (מחוזי י-ם) 8189/06 פלונית נ' ד"ר ורדימון (השופט משה רביד) (פורסם בנבו, 7.10.2010); בת"א 18436-01-11 (מחוזי י-ם) ביטון נ' שירותי בריאות כללית (השופט רביד).

66 ע"א 10895/08 גולן נ' גאנס (פורסם בנבו, 23.4.2009) (השופט רובנשטיין).

67 ברע"א 7232/06 לוי נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 11.1.2007) מינה בית המשפט מומחה ששימש מומחה הבית של חברת הביטוח וסירב לבטל המינוי (לאחר שהתיק חזר מבית המשפט העליון החליף בית המשפט את המומחה באחר).

68 ע"א 2694/90 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' א. מימון, פ"ד מו(5) 628 (1995).

69 ע"א 3264/96 קופת חולים כללית נ' פלד, פ"ד נב(4) 849 (1998).

השימוש הנרחב שעושים מומחים בספרות הרפואית בתמיכה לחוות דעתם אינו מאפשר לבית המשפט להבחין בין מידע מדעי מהימן ללא מהימן (Junk science). לעומת זאת הפסיקה בישראל עדיין לא דנה במקרה שבו המומחה הרפואי מתעלם במפגיע מספרות רפואית קיימת כדי להטות את מסקנות חוות דעתו או עושה שימוש לרעה בספרות רפואית, כגון מפנה למאמר או לספרות שאין בינם ובין המקרה ולא כלום.

ככל שהמומחה הרפואי בכיר ומנוסה יותר, כך בית המשפט ייטה להעניק משקל רב יותר לחוות דעתו. בתי המשפט נזהרים מאוד, ובצדק, בכבודם של המומחים המעידים בפניהם, אך לעתים נוטים המומחים להטות את הממצאים כדי להשפיע על שיקול דעתו של בית המשפט באמצעות חוות דעתם. בפרשת **קקון**⁷⁰ הגיש התובע תביעה נגד נירוכירורג בטענה שהתרשל כלפיו במסירת מידע ובניתוח להוצאת גידול מראשו שמקורו במום מולד ואשר גרם לו נזק מוחי קשה.

במהלך המשפט התברר כי המנתח זייף את טופס ההסכמה לניתוח על ידי שינוי פריטי המידע שנמסרו כביכול לתובע לפני הניתוח. המנתח טען להגנתו כי ההמלצה לניתוח התבססה על המידע המקובל בספרות שלפיה אין חלופה לניתוח. לטענת התובעים, הסיבה להמלצתו של המנתח היא שהניתוח נעשה במסגרת השר"פ.

מומחה התובעים קבע בחוות דעתו שלא היו אינדיקציות להוצאת הגידול בניתוח ראש, ושסיכנוני גדולים מתועלתו. לעומת זאת מומחה הנתבעים היה נחרץ בחוות דעתו כי הניתוח היה האפשרות היחידה ושלל פרוצדורה של הקרנות באמצעות רדיוכירורגיה. בתמיכה לחוות דעתו צירף 40 (!) מאמרים ומחקרים התומכים בגרסת הנתבע שהיתה אינדיקציה לנתח את התובע ושהנזק אינו קשור לניתוח. המומחה מטעם הנתבעים הוסיף שמהימנותו ומיומנותו של המנתח היא מן המפורסמות בקרב הקהילה המדעית. ברור שמידע זה הטה את דעתו מאחר שלא העלה על דעתו כי המנתח יזייף את טופס ההסכמה לניתוח. בית המשפט קיבל את התביעה ולא נזקק לניתוח הספרות הרפואית.

לאחרונה פורסם מחקר מקיף ביותר שהשתתפו בו כמה מרכזים רפואיים בארצות הברית. המחקר הפריך לחלוטין את גישת המומחה מטעם הנתבע המצדדת בניתוח ללא אינדיקציות נירולוגיות⁷¹ מקרה זה משקף את ההטיה שעושים מומחים רפואיים המייצגים אינטרסים באופן שמשפיע על שיקול דעתם המקצועי בבואם לתת חוות דעת לצורכי משפט. בפרשת **קקון** אישר הנתבע בעדותו כי הוא שביצע בשביל המומחה מטעמו את סקירת הספרות, והמומחה מטעמו לא טרח להרהר אחר הספרות שצירף כביכול לחוות דעתו.

מקרה אחר המלמד על הטיה של חוות דעת על ידי מומחה רפואי בעל שם בתחומו ואשר הואשם בהתנהגות שאינה הולמת בהקשר לעדותו, הוא המקרה של פרופ' מידו בפרשה שהתגלגלה בכמה ערכאות בריטיות. מדובר במומחה בפדיאטרייה, אשר פרסם בשנת 1977 מחקר רחב-היקף בכתב העת לנצט בנושא התעללות בילדים במסגרת המשפחתית, המכונה "תסמונת מינכהאוזן באמצעות שליח (או באמצעות צד שלישי)" – הפרעה נפשית המתבטאת בהתעללות בילדים (בדרך כלל מדובר בילדיו של המתעלל) כדי לזכות בתשומת לב רפואית. מקורו של המונח המדעי במאמרים שפרסם פרופ' מידו שעליהם הסתמך בחוות דעת שהגיש לבית המשפט.⁷²

אף על פי שלא הוכח שהתסמונת הומצאה על ידי פרופ' מידו, היא כונתה "כלל מידו" ואומצה כתזה מדעית על ידי עובדים סוציאליים פסיכותרפיים וארגונים להגנת הילד בבריטניה. יתר על כן, בתי משפט אימצו את התזה המדעית במשפטי רצח של ילדים במשפחה. פרופ' מידו התפרסם מאוד בזכות עבודתו, וברבות הימים זכה בתואר אבירות מהמלכה.

פרופ' מידו העיד במשפטי התעללות ורצח בבריטניה ונחשב מומחה גם בתחום "סינדרום מוות בעריסה". עד למשפט בעניינה של סלי קלארק איש לא העמיד במבחן הביקורת השיפוטית את מומחיותו ולא הרהר אחר התזה

70 ת"א (מחוזי י-ם) 6436/04 **קקון נ' ד"ר ספקטור** (פורסם בנבו, 30.9.2009, אושר בבית המשפט העליון בע"א 8985/09 ביום 20.9.2011).

71 Richard T. Dalrymple et al., *Management of Incidental Cavernous Malformations*, NEUROLOGY JAN. 26 (2012)

שהציג (התעללות במשפחה/מוות בעריסה/תסמונת מינכהאוזן באמצעות שליח), שכן על פי השיטה האדוורסרית הנהוגה בבריטניה בית המשפט אינו מתערב בשיקול דעתם של העדים המומחים המעידים לפניו.⁷²

סלי קלארק, עורכת דין במקצועה, שכלה את שני ילדיה ונמצאה בשנת 1999 אשמה בהריגתם. לעדותו המקצועית של פרופ' מידו בעניינה ניתן משקל רב בהרשעתה. עדותו של פרופ' מידו כללה נתונים סטטיסטיים אשר הופרכו בעדותו לאחר מכן בהליך הערעור, שבו הוכחו כבלתי מבוססים מבחינה סטטיסטית. בערעור נמתחה ביקורת חריפה על שבית המשפט נזקק לעדותו של מומחה לפדיאטרייה והתיר לו להציג נתונים אלו אשר אינם בתחום מומחיותו. האישומים נגד סלי קלארק בוטלו בשנת 2003 עת ערעורה התקבל, לאחר שריצתה שלוש שנים בכלא. הערעור התקבל בין היתר בגלל פגמים מהותיים שנמצאו בראיות שהוצגו בערכאה הדיונית כשבית המשפט התעלם מהסיבה למותו של אחד מילדיה של סלי קלארק – זיהום שנגרם על ידי חיידק פתוגני.⁷³

למרות הזיכוי בדיעבד סלי קלארק לא התאוששה וסבלה מבעיות פסיכיאטריות רבות עקב מות ילדיה והרשעתה בהריגתם. היא התמכרה לטיפה המרה, וההתמכרות הובילה למותה מהרעלת אלכוהול בשנת 2007.⁷⁴ בעקבות זאת התלונן אביה של סלי קלארק, קצין משטרה בדימוס, בשנת 2005 בפני המועצה הרפואית לאתיקה (GMC) על שפרופ' מידו הטעה את בית המשפט בעדותו בהצגת הנתונים הסטטיסטיים השגויים אשר שכנעו את המושבעים באשמתה של בתו. ה-GMC מצא את פרופ' מידו אשם בהתנהגות בלתי הולמת (serious professional misconduct) ורישיונו נשלל. בערעור לבית המשפט העליון התהפכה התוצאה. ה-GMC ערער על הזיכוי שאישר בדעת רוב את ההרשעה בגין התנהגותו של פרופ' מידו שאמנם בלתי הולמת אך אינה מצדיקה שלילת רישיונו לעסוק ברפואה. בית המשפט לערעורים חזר ואישר את סמכותו של ה-GMC כגוף סטטוטורי המוסמך להטיל סנקציות עונשיות מקום שבו הוכחה עדותו של מומחה רפואי כאינה הולמת.

העולה מן האמור הוא שבמשפט הבריטי קיים מנגנון פיקוח סטטוטורי כלפי מומחים רפואיים אשר בעדותם הבלתי הולמת עלולים להטעות את בית המשפט ובכך עלולים להטות את תוצאת ההליך המשפטי.⁷⁵

הביקורת השיפוטית בישראל על תוכן חוות דעת מומחים

ריבוי המידע המדעי הנגיש כיום לציבור הרחב מקשה את הגדרת האסכולה הרפואית המקובלת בכל תחום רפואי. מה שבעיני מומחה אחד מייצג את הקונצנזוס הרפואי עשוי להיות דעת מיעוט בעיני מומחה אחר, ובית המשפט הוא זירת התגוששות לצורך העניין.

השימוש שנעשה במידע המתפרסם בספרות הרפואית הוא נושא שנוי במחלוקת, ההולכת ומתעצמת ככל שמתרבים מקורות המידע. שימוש לרעה בספרות רפואית וניסיון להטות דעה באמצעות חוות דעת קיימים בהרבה חוות דעת, אך בתי המשפט מתקשים להתמודד עמה. בדרך כלל המחלוקת מתמקדת בשאלת טוהר המידות של המומחה, על רקע ניגוד עניינים כזה או אחר בין המומחה לאחד הצדדים, או בטענה של משוא פנים. כאשר במועד מינוי מומחה רפואי נמנע בית המשפט מלברר אם קיים חשש לניגוד עניינים בין המומחה לבין בעלי הדין או המומחים מטעמם,

72 נציין כי אין המחקר שפורסם בעניין תסמונת מינכהאוזן באמצעות שליח דומה למחקר שהתיימר למצוא קשר סיבתי בין MMR לאוטזם במובן נכונותו או טענה שהוא זויף. אין מחלוקת רפואית שתסמונת מינכהאוזן באמצעות שליח קיימת. גם המשפט הישראלי נדרש לתסמונת מינכהאוזן באמצעות שליח. כך למשל כבוד השופט דנציגר הסתמך בהחלטתו בבש"פ 8185/09 **מדינת ישראל נ' פלונית** (פורסם בנבו, 21.10.2009), על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי קיימת תשתית ראייתית שהמערערת לוקה בתסמונת מינכהאוזן באמצעות שליח.

73 Clark v. GMC Crim 1020, [2003] 2 FCR 447 (second appeal).

74 <http://en.wikipedia.org/> באתר ויקיפדיה; <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/4685511.stm>. ראו גם הערך Roy Meadow באתר ויקיפדיה: http://en.wikipedia.org/wiki/Roy_Meadow.

75 The General Medical Council v. Prof. Sir Roy Meado, [2006] EWCA Civ 1390 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1390.html>).

כמתחייב על פי דין (תקנה 126 לתק' סד"א), יש בכך משום פגם במינוי,⁷⁶ ואפשר לפסול את חוות הדעת בשל ניגוד עניינים מובנה בין מראש⁷⁷ ובין בדיעבד.⁷⁸

סקירת הפסיקה הרלוונטית בנוגע לשימוש בספרות הרפואית באופן לא הולם להוכחת תזה מדעית במהלך משפט מלמדת כי בתי המשפט נוהרים מלהתערב במישרין בשימוש לא ראוי ואף בהטיה לכאורה של המידע. האמירה הבוטה ביותר שמצאנו היא של השופטת נאור בפרשת יונתן כהן:⁷⁹

"מי שקורא את חוות הדעת לפי תומו ללא חקירה של הספרות המדעית עצמה, עשוי לקבל את הרושם שמדובר בחוות דעת שכולה מעוגנת כדבעי בספרות המקצועית הרלוונטית. כאמור, אופן זה של הסתמכות כביכול על הספרות המקצועית יש בו כדי להפחית את משקל חוות הדעת לכדי אפס. הקביעה הגורפת בחוות הדעת הראשונה כי 'אין צל של ספק שהריונה הנדון של ח.כ. צריך להיחשב הריון בר סיכון גבוה...' לא הייתה מעוגנת בשום אסמכתה מדעית. עיגון כביכול, מופיע רק בחוות הדעת המשלימה שהיא בתגובה לחוות דעתו של ד"ר אוהל. כשבדקים את העיגון מקרוב, כפי שהדבר נעשה בחקירה שכנגד, מסתבר שהעיגון – לאו עיגון הוא."

ההלכה הפסוקה בישראל לא אימצה את הלכת דאוברט האמריקאית לבחינת מהימנות הראיה המדעית, והכרעת הערכאה הדיונית מבוססת על פי רוב על התרשמות מהמומחה מבלי לדקדק במהימנות הספרות הרפואית. הביקורת השיפוטית מוגבלת אפוא למשקל שנותן בית המשפט למאמרים שעליהם מסתמך המומחה הרפואי של צד אחד, התומכים בתזה המדעית המוצגת על ידי הצד האחר או שוללים אותה.⁸⁰

בפרשת זכריה כהן⁸¹ נקבע כי בית המשפט המחוזי נזקק למאמר אשר עליו הסתמך המערער כדי להוכיח שסיכויי ההחלמה של המשיב אינם גבוהים, וקבע כי על פי המאמר סיכויי ההצלחה גבוהים. במקרה זה אין מדובר בשימוש לרעה או בהטיה אלא בפרשנות ממצאי המאמר בבחינת חצי הכוס המלאה.

אמצעי ביקורת נוסף שנוקט בית המשפט היא אבחון המאמר הרפואי כלא רלוונטי לנסיבות המקרה וצמצום משקלו הראייתי עד לאפס. כך למשל בפרשת פכרי קוהרי⁸² קבע בית המשפט העליון כי "אל לו לבית המשפט להעריך חשיבותו הכללית של מאמר מקצועי המתאר מקרה אחד וספציפי שדומה בסימפטומים לאותה מחלה ובאיזו מידה בא הוא ללמד על הכלל הבדוק מבחינה מדעית וקלינית. תיאורים רפואיים משתנות כמעט מדי יום, ככל שמתפתח המחקר הרפואי."

עיון בפסק הדין מלמד כי קיים פער בין הרטוריקה לבין ההנמקה. בסופו של דבר בחנו שופטי הרוב באותו עניין את תוכן המאמר וקבעו כי המאמר אינו מתאים למקרה הנדון ופורסם לאחר שבוצע הניתוח שבעניינו נטענת הרשלנות.

כאשר קיימים בחוות דעת פגמים היורדים לשורש העניין, כגון שמומחה מפנה לספרות רפואית שאין לה קשר לעובדות המקרה, או שלמומחה המעיד על תזה מסוימת אין מומחיות הרלוונטית לנסיבות המקרה, נוהגים בתי המשפט בסלחנות רבה ואינם רואים לפסול את חוות הדעת אלא לכל היותר להפחית ממשקלה.

76 רע"א 8335/10 יקירביץ, לעיל הערה 63.

77 רע"א 1798/10 יקירביץ נ' תרימה מוצרי רפואה ישראלים בע"מ (פורסם בנבו, 14.7.2010).

78 רע"א 4072/06 כהן הירשפלד בע"מ נ' אלחטיב (פורסם בנבו, 20.2.2007); ע"א 10895/08 גולן, לעיל הערה 66. וראו החלטת השופט יי שפירא בבש"א (מחוזי י-ם) 7414/04, שבו דחה בית המשפט את הבקשה להגיש את חוות דעתו של רופא נגד התובע – שטופל על ידיו – מחשש ממשי לעיוות דין מקום שהקביעות בחוות הדעת מאיינות את עילת התביעה של התובע.

79 ת"א (מחוזי י-ם) 223/90 כהן נ' ד"ר וייס (פסק דין מיום 12.9.1995, לא פורסם) אשר אושר בע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680 (1999).

80 כך למשל נפסק בע"א 8587/07 אלמליח נ' האוניברסיטה העברית (פורסם בנבו, 3.12.2009), כאשר נדונה שאלת קיומו של הקשר הסיבתי על סמך על ראיות רפואיות – מדעיות.

81 ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' זכריה כהן (פורסם בנבו, 17.4.2005).

82 ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות (פורסם בנבו, 21.2.1991).

כאשר מומחה רפואי מוסר לבית המשפט חוות דעת הכוללת עובדות לא נכונות על אודות מומחיותו או שמחוה דעה בעניין שאינו בתחום מומחיותו, הוא מפר את חובת הגילוי כלפי מזמין חוות הדעת⁸³ ואת חובת הנאמנות כלפי בית המשפט ועלול להכשיל את ההליך השיפוטי במסירת מידע שעלול להטות את תוצאת המשפט.⁸⁴

הפער בין הגישה המדעית לגישה המשפטית עלולה להביא לידי הטיה של נתונים סטטיסטיים ולשימוש לרעה בספרות הרפואית-מדעית להוכחת עמדת המומחה מחבר חוות הדעת.⁸⁵ דוגמה מובהקת לשימוש של בתי המשפט בנתונים סטטיסטיים היא בסוגיית קיצור תוחלת חיים. בתביעות נזיקין בעל הדין רשאי לבחור את המומחה שיעיד מטעמו. לעומת זאת בתביעה על פי חוק הפלת"ד בית המשפט ממנה מומחה העשוי להיזקק בין היתר לסוגיית תוחלת החיים בלי שתהיה לו מומחיות מתאימה.⁸⁶ יוצא אפוא שהשיטה שתכליתה להביא לשיקול דעת עצמאי יוצרת הטיה בלתי מכוונת העלולה לגרום לעיוות דין כאשר בית המשפט נמנע מלמנות מומחה רלוונטי לשאלות השנויות במחלוקת מטעמי יעילות הדיון ומסתמך על חוות הדעת העומדות לפניו.⁸⁷

למרות הביקורת הציבורית המושמעת חדשים לבקרים לא ראה המחוקק להורות על התקנת כללים שימנעו ניגוד עניינים או יחייבו מומחים רפואיים לכתוב חוות דעת בתחום מומחיותם. בכך מגביל המחוקק את הביקורת השיפוטית על חוות דעת שניתנו על ידי מי שאין להם מומחיות.⁸⁸

בבית המשפט העליון קיימות שתי אסכולות בעניין מינוי מומחים רפואיים בתביעות רשלנות רפואית. לדעתו של כבוד השופט רובינשטיין, מומחים רפואיים מטעם הצדדים הם "שכירי חוות דעת", ולפיכך יש למנות מומחה מטעם בית המשפט. בפרשת **מוזס**⁸⁹ ביקר השופט רובינשטיין בחריפות את הפערים הגדולים המתגלים בעדויות המומחים:

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

מדבריו עולה כי עדות מומחה רפואי הממונה מטעם בית משפט והאמור להעיד נגד עמיתו תהיה נקייה משיקולים זרים. גישתו של השופט רובינשטיין שוללת מראש את האפשרות שחוות דעתו של המומחה הממונה תהיה אף היא מוטית, והדוגמאות שהבאנו במאמר זה יוכיחו עד כמה סדוקה השיטה של מינוי מומחה מטעם בית המשפט כאשר אין לבית המשפט הממנה מנגנוני פיקוח על זהות המומחה או אפשרות לבחון את עמדותיו המוקדמות. המלומדים

83 ראו י' דיוויס "חובת הזהירות ואיסור ההטעה של רופא המוסר חוות דעת" **רפואה ומשפט** 24, 15.

84 ראו י' דיוויס, א' סהר "חוות דעת מומחים רפואיים בתביעות רשלנות רפואית" **רפואה ומשפט** 27, 130.

85 D. Egilman, J. Kim, M. Biklen, *Proving Causation: The Use and Abuse of Medical and Scientific Evidence Inside the Courtroom – An Epidemiologist's Critique of the Judicial Interpretation of the Daubert Ruling*, 58 FOOD DRUG L.J. 223 (2003); D.W. Barnes, *Too Many Probabilities: Statistical Evidence of Tort Causation*, 64(4) LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 191 (2001).

86 ראו למשל רע"א 5047/93 **כהן נ' רייך** (פורסם בבנו, 16.12.1993); ת"א (מחוזי ב"ש) 3330/97 **בין יאיר ים נ' הפניקס הישראלי חב' לביטוח** (פורסם בבנו, 2.12.2001); ת"א (מחוזי י-ם) 1021-99 **לוי נ' מנורה חב' לביטוח בע"מ** (פורסם בבנו, 11.8.2010).

87 מהטעמים האמורים אנו חולקים על דעתו של כבוד השופט ריבלין בספרו הנ"ל, לעיל הערה 51, בעמ' 680, כי "אין חובה למנות מומחה אשר ייחד את חוות דעתו לשאלת קיצור תוחלת החיים, וניתן להסתפק במסקנות וממצאים הכלולים בחוות דעת המומחים האחרים שנתמנו".

88 ראו א' סהר **דיני עדות מומחים עיקריים סדרי דין ואתיקה** 251-265 (2003).

89 ע"א 4330/07 **מוזס**, לעיל הערה 49.

רובינשטיין, יקירביץ ודר⁹⁰ סבורים ש"העתקת המודל בבלת"ד של מינוי מומחה מטעם בית המשפט לתביעות רשלנות רפואיות עלולה להיות הרת אסון מבחינת התובע. זאת מכיוון שמחד גיסא מרב הסיכויים שמומחה זה באופן טבעי יטה להגן על הרופא הנתבע, ומאידך, בית המשפט יטה לרוב לאמץ בצורה עיוורת את חוות דעתו של המומחה מטעמו".

לעומתו סבור השופט הנדל כי אין זה ראוי למנות מומחה רפואי מטעם בית המשפט מאחר שבדרך זו מפקיד בית המשפט את שיקול הדעת בידי המומחה שמינה משיקולים אחרים.⁹¹ וכך קבע בפרשת פלוני:⁹² "קיימת גישה לפיה אין למנות מומחה מטעם בית המשפט בתביעה בגין רשלנות רפואית זאת מהטעם שבדרך זו מוסר בית המשפט את מושכות ההכרעה בשאלה הסופית (Ultimate question) לידי גורם אחר".

עמדת השופט הנדל נתמכת בגישת השופט זילברטל, אשר חיווה דעתו לאחרונה⁹³ באמרו כי במינוי מומחה מטעם בית המשפט ליתן חוות דעת בנושא האחריות בתביעות רשלנות רפואית, אין להתעלם מהבעייתיות שיכולה להיווצר ומחששם של בעלי הדין, ובעיקר של התובעים: החשש שהמומחה לא יהיה נטול פניות בהיותו שייך בעצמו למסד הרפואי שעמיתיו הנתבעים אף הם משתייכים אליו; החשש שהמומחה יתקשה, או לא ירצה, להתעמת עם המומחים מטעם הצדדים, או מי מהם, במיוחד אם מדובר ברופאים בעלי שם, מעמד או השפעה; החשש שהמומחה משתייך לאסכולה רפואית מסוימת ויתקשה לקבל עמדה שאינה מתיישבת עם זו המקובלת עליו ושעל פיה התחנך; החשש שהלכה למעשה ההכרעה מועברת מבית המשפט למומחה; החשש שיתמנה מי שאינו בעל מרב הכישורים והידע. על בתי המשפט להיות אפוא מודעים לחששות האלה, לקשיים נוספים ולרגישות הרבה שמעורר מינוי כאמור אצל בעלי הדין.

כיצד מתמודדים כללי האתיקה עם פרסום מחקרים מדעיים מוטים?

בחינת כללי האתיקה בכל הנוגע לשימוש לרעה במידע רפואי היא אמביוולנטית מתברר שניגוד עניינים מתקיים לא רק בכתיבת מאמרים על ידי מדענים ורופאים הקשורים לחברות פארמה המעוניינות לקדם תרופות וטיפולים רפואיים, אלא אף בניסוח הנחיות קליניות. מדובר בהנחיות המהוות סטנדרט טיפול המחייב את הקהילייה הרפואית הקלינית. כך פרסם כי 56% מ-498 רופאים אשר סיעו בניסוח 17 פרוטוקולים לשימוש בתרופות או הנחיות טיפול בתחום הקרדיולוגיה-וסקולרי היו קשורים בדרך זו או אחרת לחברת תרופות.⁹⁴

בניסיון לפקח על הפצת מידע מדעי/רפואי בקרב הקהילייה המדעית על ידי חברות פארמה, פרסם ה-FDA הנחיות בינואר 2009, אשר בשלב זה אינן מחייבות חוקית, אך כדרכו של ה-FDA הן בבחינת שלב מקדים לפני פרסום ההנחיות הרגולטוריות המחייבות. מדובר על הנחיות להפצת עותקים של מאמרים בקרב הקהילייה הרפואית אשר בהם פורסמו תוצאות מחקרים שנעשה בהם שימוש בתרופות שלא על פי ההתוויה. נדרש בין היתר כי מאמרים אלו יהיו מבוקרים מדעית (peer review), ושפרסום המאמר עצמו לא מומן – במלואו או חלקו – על ידי חברת הפארמה. בנוסף חל איסור על חברת הפארמה או על כל גוף הקשור פיננסית עם חברת הפארמה להיות שותף בכתיבתו או בעריכתו של המאמר המופץ.⁹⁵

הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית פרסמה ניירות עמדה בכל הנוגע לאיסור הקשר שבין חברות תרופות לבין רופאים המקבלים טובות הנאה מאותן תרופות.

90 א' רובינשטיין, ש' יקירביץ וא' דר "כיצד נגיע אל האכסדרה על חשיבותם של מומחים רפואיים מטעם הצדדים בתביעות רשלנות רפואית" **רפואה ומשפט** 42, 130 (יוני 2010).

91 ראו בר"ע 2146/08 **עזבון המנוח בושויק**, לעיל הערה 26, לעניין הגדרת תפקידו של בית המשפט הדין בתביעה בגין רשלנות רפואית במסגרת ניתנה חוות דעת מומחה מטעמו (בסעיף 11 לפסק הדין).

92 ע"א 10094/07 **פלונית נ' ביה"ח האנגלי** (פורסם בנבו, 24.11.2010), בסעיף 11 לפסק הדין.

93 רע"א 1138/12 **אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ**, לעיל הערה 2.

94 T.B. Mendelsson et al., *Conflict of Interest in Cardiovascular Clinical Practice Guidelines*, ARCH INTERN. MED. 171 (6): 577-584 (2011).

95 <http://www.fda.gov/regulatoryinformation/guidances/ucm125126.htm>

בארצות הברית פורסם קוד אתי חדש מטעם ארגון גג של שלושים ושבעה ארגונים מדעיים וחברים המונים כ-700,000 רופאים בארצות הברית. הקוד האתי האמריקאי והישראלי מיועד להסדיר את מערכת היחסים שבין הרופאים לחברות. סעיף 8 בקוד מוקדש לכללים האתיים הנדרשים מכתבי העת היוצאים לאור מטעם הארגונים הרפואיים. בין השאר נקבע בסעיף 8.2 כי על מחברי המאמרים להצהיר על כל ניגוד עניינים אפשרי, פיננסי או אחר, בנוגע ליחסיהם עם חברות.⁹⁶

כדי למנוע את השפעת חברת התרופות על מוסדות רפואיים ורופאים פרסם משרד הבריאות תקנות, וההסתדרות הרפואית פרסמה הנחיות אתיות כדי להגביל מתן טובות הנאה והשפעת חברות התרופות על רופאים ומוסדות רפואיים.⁹⁷ למרות המגבלות הללו במבחן המציאות אין לכללי האתיקה משקל כאשר חברת תרופות נתבעת בנוזיקין.⁹⁸

כיצד מתמודדים כללי האתיקה עם חוות דעת מוטות?

למעט תקנה 126 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, האוסרת על רופא שטיפל בנפגע לשמש מומחה מטעם בית המשפט, הדין אינו קובע מגבלות או איסורים חוקיים או אתיים למינוי מומחים מטעם בית המשפט, לבד מהכלל האוסר ניגוד עניינים מובנה כפי שהבאנו לעיל. לעומת זאת כללי האתיקה שפרסמה הלשכה לאתיקה בהסתדרות רפואית רואים בעדות מומחה חובה אזרחית של המומחה בגילוי נאות.⁹⁹

עם זאת בחינת התנהגות האיגודים המקצועיים כלפי מומחים המגישים חוות דעת נגד עמיתיהם איננה מגלה סובלות והבנה כלל וכלל. למשל, ועדת האתיקה של האיגוד הישראלי למיילדות וגינקולוגיה, שנתמכה על ידי ועדת האתיקה של ההסתדרות הרפואית, ביקשו להעמיד לדין מומחה לגינקולוגיה – מנהל מחלקה לשעבר בבית חולים אוניברסיטאי – שהעז לצאת נגד עמיתיו ולכתוב חוות דעת המצביעות על התרשלות.¹⁰⁰

מומחה לרפואת עיניים פרסם מכתב בכתב העת של איגוד רופאי העיניים והנירוואופטולמולוגים שבו הוא קורא להשעות מומחה אשר יעז לכתוב חוות דעת נגד עמיתיו לאיגוד.¹⁰¹ קריאה דומה פורסמה על ידי יו"ר האיגוד לכירורגיית פלסטית.

הנה כי כן, חוות דעת של מומחה מטעם התובע הפכה להיות התנהגות בלתי מוסרית. לעומת זאת לא מצאנו אפילו מקרה אחד שבו הועמד לדין משמעתי מומחה רפואי אשר הטה חוות דעת לטובת נתבע שהוא רופא או מוסד רפואי. גם משרד הבריאות פועל לא כמנגנון מפקח אלא כזרועו הארוכה של האיגוד, שהרי נציב תלונות הציבור במשרד הבריאות הוא גם הדובר בהסתדרות הרפואית, ונמצא בניגוד עניינים מובנה בתפקידו. המסקנה היא אפוא שכללי האתיקה מתמודדים עם חוות דעת מוטות, אך רק ככל שהדבר נוגע לחוות דעת מטעם תובעים בלבד.

כך בפרשת קקון, שהזכרנו לעיל, לא ראה משרד הבריאות להעמיד את המנתח לדין בשל רשלנותו החמורה למרות ההרשעה בזיוף, וראה להתייחס לספרות הרפואית שצורפה כמחייבת מבלי לדקדק בנכונותה. פרופ' הרשקו, שמשמש נציב תלונות הציבור במשרד הבריאות, נימק את סירובו להעמיד לדין משמעתי את המנתח: "ארבעה

⁹⁶ ראו הקוד האתי של ההסתדרות הרפואית בעניין הקשר בין רופאים וחברות מסחריות. [http://www.cmss.org/](http://www.cmss.org/uploadedFiles/Site/CMSS_Policies/CMSS/11CLEAN.pdf)

⁹⁷ ראו ניסגהולץ-גנות, שוורץ ושני, לעיל הערה 34.

⁹⁸ ת"א (מחוזי י-ם) 6017/04 מטרקין נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (פורסם בנבו, 18.2.2009) הצדדים התפשרו בערעור שהוגש על פסק הדין לבית המשפט העליון (ע"א 3013/09). באותו מקרה סבל התובע מאוטם שריר הלב וקיבל תרופה ניסיונית שגרמה לו לדימום מוחי עקב מחלה מולדת שממנה סבל. בית המשפט קבע שחברת התרופות לא הפרה את חובת הגילוי על פי תקנות בריאות העם (ניסויים בבני אדם, תשי"ם-1980).

⁹⁹ ראו הרופא כעד מומחה (2002) פורסם באתר האינטרנט של ההסתדרות הרפואית. www.ima.org.il

¹⁰⁰ ראו מאמר של פרופ' רכס, יו"ר הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בכתב העת "זמן רפואה" גיליון אוגוסט-ספטמבר 2001.

¹⁰¹ ראו מאמרם של רובנשטיין ואח'י"ש 77 לעיל, שבו הם מפרסמים את המכתב. שם בעמ' 132 למאמר, וכן פרסומים אחרים המגבילים את חופש העיסוק במתן חוות דעת מטעם תובעים (ר' שם בעמ' 133 למאמר).

מומחים ניורכירורגים נתנו חוות דעת, העידו ונחקרו בבית המשפט... לפיכך אין לראות בהתנהגות ד"ר ספקטור רשלנות" תוך שהוא מתעלם מפסק הדין הקובע מפורשות כי ד"ר ספקטור התרשל. השופטת גם ציינה כי הספרות הרפואית שהוגשה לבית המשפט מלמדת כי קיימים חילוקי דעות עקרוניים לעניין הטיפול הרפואי".

נציין כי מקריאת פסק הדין של בית המשפט המחוזי מתגלה תמונה שונה לחלוטין, ופרופ' הרשקו התנער מחובתו הציבורית וקבע ממצאים מוטעים התלושים מהמציאות.

משרד הבריאות, הממונה מכוח פקודת בריאות העם (1940) וחוק זכויות החולה על שמירה על איכות השירות הרפואי וטוהר המידות המקצועי, חוטא לתפקידו הציבורי. לעומת זאת עמדת ההסתדרות הרפואית בישראל (הר"י) בנוגע לכללי האתיקה המחייבים את המומחים הרפואיים בהסתמך על מאמרים מדעיים בבית המשפט היא חד-צדדית ומתייחסת רק לרופאים המעידים נגד רופאים.¹⁰² בנייר העמדה הר"י נקבע כי "רופא לא יפעל נגד מי הנמצא בטיפול". לעומת זאת בסוגיית הפרסום המדעי תחת כותרת המשנה "ניגוד עניינים" יש כמה קביעות אתיות שאינן נאכפות הלכה למעשה:

"אמון הקהילה הרפואית בפרט והציבור הרחב בכלל באמינות המחקר הרפואי מחייב שקיפות וידיעה ברורה כי המידע המתפרסם הוא חופשי מכל הטיה גלויה או סמויה וכי אלו שביצעו את אותו מחקר היו חופשיים מכל ניגוד אינטרסים.

ניגוד אינטרסים יכול להתקיים גם בנסיבות אחרות, לרבות קיום יחסים אישיים עם חוקרים אחרים, תחרות אקדמית ומעורבות רגשית עזה במחקר.

העדר יושר ושקיפות במידע הרפואי המתפרסם יביא בהכרח לאי-אמון כלפי החוקרים, כלפי העיתון המפרסם וכלפי הרפואה בכללותה. לפיכך, על כל חוקר המפרסם מאמר רפואי לגלות ולחשוף ביושר ובמידה מלאה כל ניגוד עניינים אפשרי היכול להשפיע על שיקול דעתו".

דומה שדברים אלו יפים לא רק למחברי מאמרים מדעיים אלא גם למומחים רפואיים המפרשים את המאמרים הרפואיים שעליהם הם מסתמכים במסגרת תפקידם כמומחים רפואיים.

בשיטה האדוורסרית הנהוגה בדין הפלילי הבריטי עדותו של המומחה קבילה ללא התערבות שיפוטית. עד לפרשת **סלי קלארק**¹⁰³ לא דבקו בתי המשפט במשקל חוות דעת של מומחים אשר העידו שלא בתחום מומחיותם. בעקבות פרשת סאלי קלארק התעורר צורך ברפורמה. לפיכך הוקמה ועדה לבחינת סדרי הדין הנוגעים לעדות מומחה רפואי במשפט, ובמרס 2011 הגישה ועדה מלכותית לפרלמנט הבריטי המלצות להסדרת עדותם של עדים מומחים ובכללם עדים מומחים ברפואה.¹⁰⁴

הוועדה המליצה לקבוע כללים בחוק שימזערו את הסיכון להטיה של עובדות רפואיות ואת השפעתה על חבר המושבעים ההדיוטות בתחומים שבהם מעיד העד המומחה, ואשר יסדירו את קבילות עדותו של העד המומחה על פי האמור בחוק בלבד. בין השאר הומלץ כי תחומי מומחיותו של העד והסמכתו המקצועית ייבחנו לפני מינויו. כמו כן הומלץ שעדותו תוגבל לידיעותיו בתחום אלא במקרים חריגים ביותר. לבסוף מקנה החוק סמכות לבית המשפט

¹⁰² ראו נייר עמדה "הרופא כעד מומחה", אשר פורסם ביולי 2002. נייר עמדה מפורט זה רואה במתן חוות דעת רפואית לבית המשפט מחויבות אזרחית ומוסרית המוטלת על הרופא בהיותו בעל מקצוע בתחום, מתוך רצון כן לעזור לשופט בחקר האמת ובהכרעת הדין. לפיכך גם מחייב נייר העמדה כי חוות הדעת מטעם כל הצדדים תהיה "מקצועית, אמינה וחסרת פניות".

¹⁰³ ראו הערה 71.

¹⁰⁴ המועצה המשפטית (The Law Commission) הגישה לפרלמנט הבריטי במרס 2011 סדרת המלצות להסדרת עדותם של עדים מומחים, ובכללם עדים מומחים ברפואה Expert evidence in criminal proceedings in England and Wales. The Law Commission (Law COM No 325). Presented to Parliament pursuant to section 3(2) of the Law Commissions Act 1965 (21 March 2011).

למנות עד מומחה מטעמו גם לבחינת מהימנות העדות המוצעת, לפני מתן העדות, על ידי מי מהצדדים, וגם מטעמי צדק כאשר נדרשת הבהרת עדותו של המומחה עקב מורכבותה ומשיקולים רלוונטיים אחרים.

נציין שבישראל פקודת בריאות העם מסמיכה את משרד הבריאות להעמיד לדין משמעת רופאים אשר נמצא שהתנהגותם מגיעה לכדי רשלנות חמורה. החוק מסמיך את שר הבריאות למנות את נציב תלונות הציבור לבחון אם יש להעמיד לדין רופא אשר התנהגותו בלתי הולמת בנסיבות המקרה. הניסיון מלמד שאף על פי שמוגשות למשרד הבריאות תלונות על התנהגות לא הולמת של רופאים, הממונה על תלונות הציבור מעולם לא העמיד לדין מומחה על הטיית נתונים בחוות דעתו. למשל, בפרשת **קקון** שנזכרה למעלה הוגשה תלונה בין היתר על שהמנתח הציג בפני המטופל מידע מוטעה כדי לשכנע אותו לעבור ניתוח שלא היה זקוק לו. אף על פי שבית המשפט המחוזי קבע שהמנתח הפר את חובת הגילוי והטעה את המטופל, לא מצא פרופ' הרשקו להיזקק לתלונה ופטר את עצמו מלבחון את המידע הרפואי המופרך שהוגש לו. הביקורת השיפוטית על החלטות נציב תלונות הציבור במשרד הבריאות גם היא מוגבלת.¹⁰⁵ מכאן שכוונת המחוקק למנוע הטיית מידע רפואי באמצעות חוות דעת רפואית מסוכלת על ידי משרד הבריאות עצמו.

כיצד אפשר להפחית את ההטיות בשיטת מינוי המומחים בישראל?

במאמר זה הצבענו על גורמי הטיה קוגניטיביים ואחרים המשפיעים על שיקול דעתו של כותב חוות הדעת. המחלוקת שנתגלעה בין שופטי בית המשפט העליון רובינשטיין והנדל בנושא מקדם החשדנות של מומחה מטעם צד להתדיינות מגלה עד כמה בעייתית וסדוקה השיטה של מומחים מטעם. לעומת זאת גם לפתרון המוצע למינוי מומחה אובייקטיבי מטעם בית המשפט יש חסרונות רבים. ראינו שגם שיטות משפט אחרות מתחבטות במציאת הדרכים לצמצום גורמי הטיה של מומחים המסתמכים על ראיות מדעיות במשפט. המומחה הרפואי משמש זרועו הארוכה של בית המשפט, וככזה הוא חב חובת נאמנות היוצרת חובת זהירות כלפי כל מי שעלול להיפגע מאי-גילוי פרטי מידע שהם חלק מתהליך כתובת חוות הדעת. אי-גילוי עובדות מהותיות כאמור עשוי להקים נגד המומחה עילה של הפרת חוזה בשל הטעיה, חוסר תום לב, הפרת חובת נאמנות והסתמכות על מצג שהציג רופא בעניינו של מזמין חוות דעת על פי דיני החוזים. כמו כן עלולה התנהגות כדוגמת המקרים שהצגנו לעיל להקים עילה של התרשלות והפרת חובה חקוקה של חובת גילוי, הקבועה בחיקוקים שונים, ובהם חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1992. במקרים נדירים אם נסתרו עובדות מהותיות, אי-הגילוי עלול להגיע לכדי הטעיה אסורה ועברה פלילית.

סיכום

על פי השיטה האדוורסרית, הנהוגה בישראל, אי אפשר להוכיח עניין שברפואה אלא באמצעות חוות דעת רפואית. משכך, יש לחוות הדעת משקל מכריע על תוצאות ההליך המשפטי. חוות הדעת הנעשית לצורך הגשה לבית המשפט היא תהליך שיפוטי שבמסגרתו מחבר חוות הדעת מכוון למטרה שהציב בעת הזמנת חוות הדעת. במסגרת איסוף הנתונים לצורך חוות הדעת מושפע מחבר חוות הדעת מהטיות קוגניטיביות ואחרות המשליכות על אופן איסוף המובאות מהספרות המקצועית שפורסמו בכתבי עת מדעיים באופן שיתאימו לעמדתו המקצועית ובה בעת גם לאינטרס של מזמין חוות הדעת, שלו חב המומחה חובת נאמנות.

תפקידו של המומחה המגיש חוות דעת לבית המשפט הוא להציג את המידע והידע המקובלים על הקהיליה המדעית, אלא שריבוי המידע המדעי מחד והאינטרסים הגלומים בתהליך כתיבת חוות דעת מאידך מקשים על בית המשפט להגיע לאמת העובדתית במיוחד בשים לב להשפעת ההטיות על מחבר חוות הדעת.

קיימות הטיות רבות העלולות להשפיע על תוצאות חוות הדעת – חלקן קוגניטיביות מודעות וחלקן אינן מודעות. הפסיכולוגיה ההתנהגותית תופסת מקום מרכזי ברצון של עושה חוות הדעת להשפיע על ההליך המשפטי, ומונעת

105 ראו י' דייזיס "היקף הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת של ועדות רפואיות סטטוטוריות" **רפואה ומשפט** 28, 86 (מאי 2003).

מקיומם של הטיות קוגניטיביות המשפיעות על שיקול דעתו של המומחה בבואו לכתוב חוות דעת לעומת שיקול הדעת המופעל על ידיו בעת הטיפול הרפואי. גורם הטיה נכבד הוא הנאמנות למזמין חוות הדעת, ודוגמה בולטת בעניין היא הפער בין תוצאות חוות דעת הניתנות על ידי רופאים היושבים בוועדות רפואיות מטעם המוסד לביטוח לאומי לבין אלה של מומחים מטעם בית המשפט – באותו מקרה.

בתביעות רשלנות רפואית קיימות הטיות קוגניטיביות המושפעות ממעורבותו של המומחה באיגוד המקצועי שאליו הוא משתייך. ההטיה יכולה להיות חיובית או שלילית, אך בכל מקרה קיימות הטיות המשפיעות על עושה חוות הדעת, שברוב המקרים אינן נחשפות.

מומחה המבקש לתמוך את חוות דעתו באסמכתאות נזקק לעתים לפרסומים מדעיים שבספרות הרפואית שלעתים גם הם מוטים. מחקרים מוטים עלולים לגרום נזק לציבור המטופלים ולערער את האמון שנותנים המטופלים בהמלצות הרפואיות המסתמכות על אותם מחקרים מוטים.

למידע מוטה, בין שהוא מופיע בספרות הרפואית או במחקרים רפואיים, השלכות מרחיקות לכת על ההליך השיפוטי: הוא פוגע לא רק במתדיינים עצמם אלא גם באמון שרוחש בית המשפט למומחים. אמנם מדובר במקרים מעטים, אולם ריבוי המידע יכול להגדיל התופעה אף באופן לא מודע, כאשר מומחה יתמוך חוות דעתו באסמכתאות לא נכונות כדי שחוות דעתו תשפיע על תוצאות ההליך המשפטי. הטיית חוות דעת הופכת אותה לבלתי אובייקטיבית ומכרסמת במטרת המשפט – להגיע לחקר האמת.

בית המשפט העליון בישראל לא אימץ את הלכת **דאוברט**, שנועדה לבחון את מהימנות המידע המדעי בצורה אמפירית, והשאיר לערכאה הדיונית את מלאכת ההתרשמות מהראיות המדעיות. שיטה זו מקנה משקל רב לחוות דעת המומחה ואינה מאפשרת לבית המשפט לזקק מתוך הראיות המדעיות המובאות בפניו ההטיות הגורמות למקדם חשדנות של "חרב להשכיר", כפי שהתבטא בית המשפט העליון בפרשת **מוזס**. כך גם ההצעה למנות מומחה רפואי מטעם בית המשפט בדומה למודל הקיים בחוק הפלתי"ד מעוררת קשיים לא מעטים, מאחר שההטיות שעליהן הצבענו במאמר גורמות להטיית חוות דעתו של המומחה מטעמו.

נראה ששיטת המשפט בישראל טרם הגיעה לפתרון המצוי במשפט האנגלו-אמריקאי, ולפיכך המצב הקיים הוא הרע במיעוטו, במובן זה שהוא משאיר לצדדים לנהל את ההליך בעצמם ולא להיות כפופים לחוות דעתו של בית המשפט. בהיעדר פתרון לבעיית ההטיה של חוות דעת מומחים יש ללמוד משיטת המשפט האמריקאית, שהפכה את הלכת דאוברט לסטטוטורית, או מהרפורמה בבריטניה שהציעה פתרונות כיצד להתמודד עם תופעת חוות הדעת המוטית.

לאחרונה הוצע במסגרת תיקון לחוק הפלתי"ד להקים מאגר מומחים שלידו תקום ועדה מייעצת שתפקידה להבטיח היעדר ניגוד עניינים, בדיקת כישורי המומחה ומענה לשאלות אתיות שעשויות להתעורר במהלך כתיבת חוות הדעת. הצעה זו יכולה להיות ראויה, אך כדי להפיג את החששות של בעלי הדין שעליהם עמד השופט זילברטל בפרשת **ד"ר ויינברג**, מוצע לקבוע בחקיקת המשנה כי תנאי מוקדם למינוי מומחה רפואי מטעם בית המשפט יהיה הצהרה בכתב של המומחה הפוטנציאלי שינו מצוי בניגוד עניינים כלשהו, וכן לקבוע כי מומחה שהפר את חובת הנאמנות או חובת הזהירות כלפי בית המשפט יהיה צפוי לסנקציות אזרחיות, לרבות חשיפה לתביעה אזרחית, בעילות על פי דיני החוזים והנזיקין, ולהטלת מגבלות מינוי בעתיד אם נכשל בתפקידו. עד אז ראוי שותי המשפט הממנים יישמו נוהג זה הלכה למעשה.

הערות למאמר: השפעתן של הטיות במחקר וחוות דעת על הליכים משפטיים

מאמר מאיר עיניים זה, מחדד היבט שעורכי דין העוסקים בתחום נזקי הגוף, וביתר שאת – בתחום הרשלנות הרפואית, מתמודדים עמו חדשות לבקרים. היבט זה נוגע ליכולת ההתמודדות של המערכת המשפטית עם חוות דעת ועדויות של מומחים רפואיים.

המאמר "מציף", באופן חד, מצב דברים המוכר לנו היטב, בו יש בידי המומחה הרפואי, בקלות יחסית, להטות את חוות דעתו לטובת אינטרס "לקוחו", ובמקרים קיצוניים אף לכתוב חוות דעת הנראית, על פניה מקצועית ומבוססת, אך לאמיתו של דבר היא חסרת בסיס מדעי, לעתים באופן העולה כדי זריית חול בעיני בית המשפט.

כעורכי דין הבאים מ"השטח" וכמייצגי נפגעים, אנו נתקלים לעתים קרובות בתופעה של מומחים הכותבים חוות דעת מטעם מוסדות רפואיים, הרואים את תפקידם המרכזי כהגנה בכל מחיר על עמיתיהם שכשלו, וזאת באופן גורף, גם כ הכשל הרפואי זועק לשמיים. בדומה, ידוע לנו היטב כי תופעה פסולה זאת קיימת גם בקרב מומחים הכותבים חוות דעת מטעם "התביעה", הגם שלהערכתנו, ויש לומר זאת, במידה פחותה.

כך, למען ההמחשה, נתקלנו – ולא במקרים בודדים – באירועים בהם כשל רפואי נבדק על ידי ועדת בדיקה שמינה נציב תלונות הציבור במשרד הבריאות, אשר קבעה כי הטיפול הרפואי היה כושל, ואף היה בגדר רשלנות חמורה, המצדיקה נקיטה בהליכי משמעת, וחרף כל זאת הגיש המוסד הרפואי הנתבע לבית המשפט חוות דעת רפואית בה נקבע כי לא נפל רבב כלשהו בטיפול הרפואי.

רק לאחרונה עסקנו בתביעה אשר הוגשה בשל נזק קשה שנגרם לתובע בעקבות טיפול לגמילה מעישון, שניתן לו במרכז רפואי שלישוני. ועדת בדיקה של משרד הבריאות, אשר בדקה בשעתו את נאותות מתן הטיפול הנדון, קבעה, בין היתר, כי טיפול הגמילה מעישון שניתן בבית החולים, החל כניסוי קליני שאושר ל-20 מטופלים בלבד, אך המשיך להינתן לאלפי מטופלים, בחריגה מהותית ממסגרת אישור הניסוי.

ועדת הבדיקה קבעה עוד, כי הטיפול התרופתי שניתן היה שלא במסגרת ההתוויות המאושרות לתרופות בהן נעשה שימוש וכי הטיפול היה נטול בסיס מדעי. הועדה המליצה להפסיק לאלתר את הטיפול בשיטה הנדונה, ובית החולים אכן פעל בהתאם.

למרות החלטה חד משמעית זאת של ועדת משרד הבריאות בה נטלו חלק, במקרה זה, שבעה רופאים (ועורכת דין), הוגשו בית המשפט חוות דעת של מומחים רפואיים, שלא היססו הגנו על ה"טיפול הרפואי" שניתן בבית החולים, וטענו כי הוא ניתן בהתאם לאמות מידה רפואיות מקובלות.

לאחר שמיעת הראיות וחקירת המומחים בית המשפט קיבל את התביעה במלואה ופסק פיצויים לתובע (ת"א (י"ס) 9105-07 פלוני נ' המרכז הרפואי רבין ושרותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 7.2.2012).

אמצעי בו נוקטים בתי המשפט, לעתים קרובות, על מנת להתמודד עם מצב הדברים המתואר הוא מינוי מומחה רפואי מטעמם. בעניין זה אין לנו אלא לחזק את עמדת מחבר המאמר המציין, כי גם חוות דעת המומחים מטעם בתי המשפט מוטות לעתים, בין אם מתוך אמונם במערכת הרפואית ממנה הם באים, בין אם מתוך רצונם הטבעי, ונאמר – המובן, להגן על עמיתים למקצוע.

ברוח דומה פסק לאחרונה בית המשפט העליון כי במינוי מומחה מטעם בית המשפט בנושא האחריות בתביעות רשלנות רפואית, אין להתעלם מהבעייתיות שיכולה להיווצר ומחששם של בעלי-הדין, ובעיקר של התובעים: החשש שהמומחה לא יהיה נטול פניות בהיותו שייך בעצמו לממסד הרפואי שעמיתיו הנתבעים אף הם משתייכים אליו; החשש שהמומחה יתקשה, או לא ירצה, להתעמת עם המומחים מטעם הצדדים, או מי מהם, במיוחד אם מדובר ברופאים בעלי שם, מעמד או השפעה; החשש שהמומחה משתייך לאסכולה רפואית מסוימת ויתקשה לקבל עמדה שאינה מתיישבת עם זו המקובלת עליו ושעליה התחנך; החשש, שהלכה למעשה, ההכרעה מועברת מידי בית המשפט למומחה; החשש שיתמנה מי שאינו בעל מירב הכישורים והידע (רע"א 2104/12 פלונית נ' ד"ר וינברג (פורסם בנבו, 1.5.2012)).

במצב דברים זה יש חשיבות עליונה לכך שבתו המשפט יהיו ערים לאפשרות שחוות דעת המומחה הרפואי עלולה להיות מושפעת מהטיות שונות. בשיטתנו האדוורסרית, הכלי העיקרי העומד לרשות בעל דין, כדי להביא את בית המשפט להכרה בהטיה הטמונה בחוות דעתו של מומחה – בהנחה שאכן קיימת הטיה – היא חקירתו הנגדית של המומחה.

מקריאת הפסיקה אפשר להיווכח כי בידיים ראויים, חקירה נגדית יעילה מביאה להבהרת התמונה ומנגד – גם להעדרה של חקירה נגדית יעילה עלולה להיוודע משמעות משפטית קריטית.

כך, למשל, בפסק דין **קרישוב** המוזכר במאמר, בו המחלוקת בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט התמקדה בשאלה האם הוכח קשר סיבתי בין החשיפה לאסבסט – שנגרמה כתוצאה מאי נקיטת אמצעי זהירות כמתחייב – לבין מחלת סרטן הלימפומה בה לקה התובע.

אחד מהנימוקים המרכזיים לקביעת הרוב – אשר פסק כי קשר סיבתי כזה אכן הוכח בדרגה הדרושה במשפט אזרחי – היה הנתון לפיו מתוך 14 עובדי המוסך נפטרו 6 מסרטן. השופט נאור בדעת מיעוט, סברה כי לא ניתן להסתמך על נתון זה, בהעדר נתונים רפואיים מבוססים בשאלה אם נפטרו וממה נפטרו אותם עובדים. שופטי הרוב פסקו, כי משבחרו הנתבעים שלא לחקור בחקירה נגדית את המצהיר בעניין זה, יש מקום לאמץ את הנתון כממצא מוכח, וניתן לבסס עליו מסקנות בדבר קיומו של קשר סיבתי.

כך גם, למשל, בפסק הדין בעניין יהונתן כהן, שם כדברי מחבר המאמר נאמרה אחת מהאמירות הבוטות ביותר בנוגע לשימוש של מומחה בספרות הרפואית באופן לא הולם. מסקנתה של השופטת מי נאור, לפיה הקביעה בחוות הדעת לא הייתה מעוגנת בשום אסמכתא מדעית, התבססה על החקירה הנגדית אשר במהלכה נדרש המומחה להתייחס בפירוט למאמרים בהם עיגן את חוות דעתו. החקירה הנגדית היא שלימדה, כדברי השופטת כי: "...העיגון – לאו עיגון הוא" (ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680 (1999)).

כלי החקירה הנגדית הוא מכשיר יעיל ביותר העומד לרשות עורך הדין בהתמודדותו עם חוות דעת מומחים רפואיים הטוענים לתזות רפואיות חסרות בסיס ולאמיתות רפואיות שאינן כאלו.

ואולם, כלי זה – החקירה הנגדית – הוא יעיל אך ורק כאשר הוא נתון בידיו של עורך דין מיומן, המכיר את התחום ומסוגל לרדת לעומקן של חוות הדעת הרפואיות, להבין את המאמרים המוזכרים בהן ואת הנתונים הרפואיים הרלוונטיים, והוא אף מכיר את המקור להטיות השונות הטמונות במחקרים הרפואיים ומסוגל להבחין בין תזות וממצאים המבוססים על ממצאים מדעיים מקובלים ובין אלה הנסמכים על "פסאודו-מדע".

אנה רייף-ליגנזה, עו"ד ;anna@caspisor.co.il ; ד"ר דורון כספי, עו"ד dori@caspisor.co.il