

כיצד נגיע אל האכסדרה – על חשיבותם של מומחים רפואיים מטעם הצדדים בתביעות רשלנות רפואית

אבי רובינשטיין*, שמואל יקירביץ** ואביחי דר***

תקציר

המאמר דן בהצדקת המודל הדיוני הנוהג בישראל בתביעות רשלנות רפואית, לפיו כל צד לתביעה מגיש חוות דעת של רופא מומחה, הבאה לתמוך בטענותיו. המאמר יוצא נגד "הרהורי הכפירה" בשיטה זאת שהועלו לאחרונה באחד מפסקי הדין של בית המשפט העליון. במאמר מוסברת העמדה לפיה המודל בו בית המשפט ממנה מומחה יחיד מטעמו, בלא להזקק למומחים מטעם הצדדים, בדומה למצב הקיים בתביעות שמקורן תאונות דרכים, אינו מתאים לתחום דיני הרשלנות הרפואית.

לדעת המחברים, העתקת המודל המומחה היחיד בתביעות רשלנות רפואית עלולה להיות הרת אסון מבחינת התובע. זאת כיוון שמחד גיסא, מרב הסיכויים שמומחה זה, באופן טבעי, יטה להגן על הרופא הנתבע, ומאידך, בית המשפט יטה לרוב לאמץ בצורה עיוורת את חוות דעת המומחה מטעמו.

המחברים מצרים על כי פסק הדין של בית המשפט העליון מצטרף לגל "ההתקפות" המתרגש לאחרונה נגד רופאים הכותבים חוות דעת לטובת תובעים בתיקי רשלנות רפואית, מצד רופאים בכירים במערכת הרפואית ובאיגודים המקצועיים.

המחברים סבורים כי מתן אפשרות לצדדים להגיש חוות דעת מטעמם בתביעות רשלנות רפואית מגשים בצורה הטובה ביותר את הרציונל העומד בבסיס שיטת המשפט היריבותי הנוהג בישראל ובכך מונע עיוות דין.

מילות מפתח: רשלנות רפואית; נזיקין; מומחים רפואיים; חוות דעת רפואיות.

פסק דין שניתן לפני כשנה בבית המשפט העליון¹ (להלן – עניין **מוזס**), מעלה הרהורי כפירה בטיבו של ההסדר החוקי הקיים באשר למקומו של מומחה רפואי בתביעות רשלנות רפואית. פסק הדין, שניתן אמנם בדעת יחיד, קורא לשופטים לעשות שימוש בכלי העומד לרשותם על פי דין, ולהרבות במינוי מומחה מטעם בית המשפט בתיקי רשלנות רפואית. מובן כי חלק מהשופטים הנדרשים לתיקי רשלנות רפואית הסתייעו ברוח גבית חזקה זאת ומיהרו למנות מומחה מטעם בית המשפט, הגם שקודם לכן נהגו לעשות כך במשורה.

כידוע, בעוד שבתיקי תאונות דרכים מנועים הצדדים מלהגיש חוות דעת מומחה מטעמם, ובית המשפט הוא הממנה מומחה מטעמו, כדי שזה יקבע את שיעור נכותו הרפואית של התובע הנפגע,² הרי שבתיקי רשלנות רפואית (או חבויות אחרות שאינן נובעות מתאונת דרכים כהגדרתה בחוק) מגיש כל צד חוות דעת רפואית מטעמו,³ כאשר לבית המשפט מסור שיקול דעת למנות מומחה מטעמו שיחוור גם הוא את דעתו בסוגיה.⁴

רבות דובר על ההבדל שבין תיקי תאונות דרכים לתיקי רשלנות רפואית, המצדיק הסדר חוקי שונה של סוגיית המומחים: בעוד שבתאונות דרכים נקודת המוצא היא **אחריות מוחלטת** של הנתבעת-חברת הביטוח לנזקי התובע, והוויכוח נסב רק על ממדי נזקו של התובע-הנפגע, הרי שבתיקי חבויות מסוג אחר, לרבות רשלנות רפואית, עיקר המחלוקת היא על האחריות, נושא הנחלק בעיקרו לשניים: שאלת ההתרשלות של הנתבע, קרי האם חרג מסטנדרט התנהגות סביר, ושאלת הקשר הסיבתי

* אבי רובינשטיין, מומחה לנוירוכירורגיה, עו"ד, שותף במשרד עו"ד רובינשטיין-יקירביץ, מכללת "שערי משפט".

** שמואל יקירביץ, עו"ד, שותף במשרד עו"ד רובינשטיין-יקירביץ.

*** אביחי דר, עו"ד.

1 ע"א 4330/07 **מוזס נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות – בית חולים רמב"ם חיפה** (פורסם בנבו, 5.3.2009).

2 ר' סי' 6א לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 וכן בתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים), התשמ"ז-1986.

3 ר' תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

4 תקנה 130(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

בין התרשלות, אם אכן הוכחה – לבין נזקו של התובע – ככל שנותר נזק. רק בשלב הבא מתעוררת מחלוקת בשאלת היקף נזקו ונכותו של התובע, שאף לה נדרשים מומחי הצדדים.

רוצה לומר, בכל הנוגע לשאלת נכותו של נפגע, מדובר ברוב המקרים בשאלה אובייקטיבית לכאורה, שיכולה להיבדק באופן בלתי תלוי. לעומת זאת, בשאלת האחריות לנזק בתיקי רשלנות רפואית הסוגיות המתעוררות הן לא בשאלות "אובייקטיביות", אלא בשאלות של דעה מקצועית. אומנם דעה הנתמכת במאמרים מקצועיים, ואף נשענת על נסיון רב שנים של המומחה. על כן מינויו של מומחה רפואי מטעם בית המשפט עלול, אפוא, לספק לשופט זווית ראייה צרה, במידה שאותו מומחה רפואי נוקט בדעה כזו או אחרת.

אם נצרף לכך את העובדה שבאופן טבעי ומוכן, נטיית ליבו של השופט תהיה כמעט תמיד לאמץ את חוות דעתו של המומחה כמות שהיא, בבחינת "ידו הארוכה של בית המשפט" (די אם נזכיר מהו הפסוק עליו נסמך כב' השופט סלים ג'ובראן באחד מפסקי הדין⁵ המצדדים במינוי מומחה: **"והיית לנו לעיניים"**⁶), התוצאה מבחינת התובע עלולה להיות הרת אסון. העיקרון הבסיסי של שיטת המשפט שלנו, השיטה היריבותית (אדברסרית), בה כל צד "מושך" לכיוון ה"אמת" שלו והשופט מתבקש להכריע בין האמיתות – יתבטל.

אמרנו "התוצאה מבחינת התובע", ולא בכדי. באותו פסק דין של כב' השופט ג'ובראן שצוטט לעיל⁷, על אף קיומו של חסר ראיתי מהותי שירד לשורש המחלוקת העובדתית (היעדר בדיקת דימות ספציפית, שנקבע בפסק הדין כי הייתה חייבת להתבצע) ושהיה אמור לתת את הפיתרון המשפטי של היפוך נטל השכנוע מהתובע לנתבע, העדיף בית המשפט המחוזי ללכת בדרך של מינוי מומחה שהתעלם או ייחס חשיבות מעטה לחסר העובדתי וקבע שלא הייתה התרשלות. בית המשפט, אשר היה באפשרותו להשתמש בכלים משפטיים מוגדרים היטב, בחר לקבל את דעת המומחה שמינה.

יתירה מזו, ניסיון החיים והמקצוע מלמדנו, שבמקרים של מינוי מומחים רפואיים על ידי בית המשפט, יהיו אלה, כפי שקורה לרוב, מומחים בעלי שם כגון מנהל מחלקה פעיל או רופאים בכירים כמנהלי יחידות או סגנים. מומחיותם זהה ככלל לזו של המומחים מטעם בעלי הדין, כמו גם לזו של אנשי הצוות הרפואי הנתבע. לא נגלה סוד אם נציין כי עצם היותו של רופא נתבע ברשלנות (גם בלא שתובעים אותו בשמו אלא את המוסד הרפואי בו הוא פועל) איננו אות כבוד לרופא. עמיתיו של הרופא הנתבע נוטים, כדבר טבעי ומוכן, שלא לסייע לתובע. עובדה היא שרוב רובם של המומחים בעלי השם אינם מוכנים להעיד לטובת נפגעים ברשלנות רפואית כעניין שבעקרון, שכן הם אינם מוכנים להעיד כנגד עמיתים. המומחה שימונה מטעם בית המשפט – סטטיסטית – נמנה על הציבור שמנינו לעיל. יתירה מכך: בארצנו הקטנטונת קיים סיכוי רב שתהיה למומחה הממונה היכרות אישית מנסיבות כאלו ואחרות עם הצוות הרפואי או המחלקה של הנתבעים או עם המומחים מטעם בעלי הדין. וכפי שכתבנו במקום אחר:⁸

"מדינת ישראל, במובן של מספר תושביה ומספר הרופאים הבכירים בה, דומה לעיר גדולה בצפון אמריקה. הרופאים המעורבים בתובענה (רופאים נתבעים, מומחי התובע, מומחי הנתבע, מומחה בית המשפט) אולי למדו יחד בבית הספר לרפואה, או התמחו ועבדו באותו בית חולים או בבית חולים שכן, או שירתו ביחד במילואים. הם נפגשים באורח שגרתי בכינוסים מדעיים, בארץ ובחו"ל, יושבים בוועדות משותפות של החברה המקצועית, או ההסתדרות הרפואית, או הביטוח הלאומי, או משרד הביטחון, או שהם עובדים באותה קופת חולים, או באותו בית חולים פרטי...מגוון אפשרויות ההיכרות הוא עצום".

בדרך כלל לא ניתן להעלות לדיון בבית המשפט – בדיוני קדם משפט כאשר ממונה המומחה או במהלך הבאת הראיות וחקירת המומחים – את התרחישים התת־קרקעיים הזורמים במוחו של העד שמונה על ידי בית המשפט. הגם שמונו על ידי בית המשפט ולא על ידי צד בהליך, כך שהם לכאורה חופשיים ונטולי מורא חבריהם – ואלה הן אכן ציפיותיו של השופט – עדיין ישתדלו מומחים אלו ככל שיוכלו "לשכב על הגדר" עבור חבריהם הרופאים. המומחה שימונה – כמו גם עדותו לה ייתן משקל נכבד – עלול להיות נגוע בחוסר אובייקטיביות.

5 ע"א 916/05 כדר נ' הרישנו (פורסם בנבו, 28.11.2007).

6 במדבר, י, לא.

7 ר' ה"ש 5.

8 ד"ר אבי רובינשטיין "שופטים, אל תסתנוורו מהמומחים שמיינים" הפרקליטים 3 (מאי 2001).

אם נוסף את ה"עליהם" המתרגש ביתר שאת לאחרונה מצד רופאים כלפי עמיתיהם, הכותבים חוות דעת רפואיות נגד רופאים אחרים, נימצא במצב שבו פסק הדין "ייכתב" הלכה למעשה בידי רופא, השבוי בדעה קדומה, שאינה רואה בעין יפה הגשת תביעות בגין רשלנות רפואית.

רק בשנה החולפת נערך טקס השפלה פומבי למומחה בגניקולוגיה – מנהל מחלקה אוניברסיטאית בדימוס – במהלכו ננזף הוא קשות ע"י ועדת האתיקה של האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה ומיד לאחר מכן על ידי ועדת האתיקה של ההסתדרות הרפואית.⁹ צר לנו לומר כי הייתה זו נקמתם המתוקה של רופאים נגדם הוגשה תביעה שנדחתה. בית המשפט באותו עניין – וכפי שקורה בהליך משפטי – לא קיבל את דעתו של המומחה הנ"ל, שהעיד מטעם התביעה, אלא את העדות של המומחה מטעם ההגנה, ומבלי שהוסיף דברי ביקורת על המומחה הנ"ל. לא ניתן שלא לציין העובדה שאותו גניקולוג כתב במהלך השנים חוות דעת כנגד עמיתים, כאשר בתי משפט לא מעטים קיבלו את עדותו, כפי שקרה גם במקרים בהם מונה כמומחה מטעם בית המשפט. כבי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים, לא הסס בפסק דינו¹⁰ למתוח ביקורת חריפה על דברי לעז שהוטחו באותו גניקולוג בסיכומי הנתבעים:

"אכן דברים קשים, וספק בעיניי אם ראויים היו להיאמר באופן שנאמרו. זכותו של בעל דין לנתח את עדותו של עד, ונותן חוות דעת בכלל זה. אולם, יש להתייחס לגופו של עניין ולא לגופו של אדם. ניתן להציג עמדה נוגדת, או להצביע על סתירות בעדות, או לבחון את רמתו המקצועית של המומחה, במטרה לשכנע את בית המשפט להעדיף דעה של מומחה מסוים.... יפים לעניין זה דבריו של השופט קדמי בע"פ 1839/92 אשקר נ' מדינת ישראל: 'ככלל, עדותו של מומחה נבחנת על ידי בית המשפט בשני מישורים: מישור המהימנות האישית – במסגרתו נבחנת מהימנותו של המומחה ככל עד אחר; ומישור האמינות המקצועית – במסגרתו נבחנים רמתו המקצועית של המומחה, וטיב ואופי הבדיקה או הבירור האחר שערך ומכוחם הגיע למסקנותיו....' גם מומחים אינם מלאכים. יכול שבתיק מסוים תהא דעת השופט על מומחה, כפי שנטען על ידי ב"כ הנתבעים..., ויכול שבמקרה אחר תהא הדעה שונה, כפי שכל מומחה או בעל מקצוע יכול לקבל תשבחות בתיק מסוים, וביקורת בתיק אחר...."

עוד לא יבשה הדיו בעניין הגניקולוג, ומומחה ברפואת עיניים ונוירואופטלמולוגיה, המועסק דרך קבע, מזה שנים על ידי המבטחים של רופאים ואשר מעיד כעניין שבשגרה לטובת נתבעים בתיקי רשלנות רפואית, פירסם קריאה לכל חברי האיגוד המקצועי בו הוא חבר, בנוגע לתסריט אפשרי שיתרחש בעקבות מתן חוות דעת ברשלנות רפואית כנגד עמית. וכה הציע המומחה במכתבו:

"מי מחברי החוג שיערוך חוות דעת רפואית משפטית הדנה ברשלנות רפואית והמכוונת כנגד אחד מחברי/ות החוג לנוירואופטלמולוגיה, ובסיום ההליך המשפטי בו דנה חוות הדעת, יקבע בית המשפט שחוות הדעת אינה מבוססת, או אינה נאותה מבחינת הסגנון והמסקנות, או שהיא מטעה כיוון שמתבססת על עובדות ו/או תיעוד לא הולמים, ורק לאחר שתצא פסיקה שכזו ותתפרסם ברשומות, תוגש תלונה כנגד עורך/ת חוות דעת זו לוועדת האתיקה של איגוד רופאי העיניים ושל הר"י ובמקביל תישקל הרחקת החבר/ה משורות החוג. אדגיש שוב – צעדים אלו ינקטו ע"י חברי החוג ויושבי ראשו אך ורק לאחר פסיקת בית המשפט והצבעת החוג בעניין. אין ברצוני לפגוע ולו כהוא זה בפרנסתם של חברי החוג, זו זכותם המלאה לשבור בר לביתם בכל דרך שימצאו לנכון. ברם, כאשר הדבר חורג מהאתיקה והאסטיטיקה הן הרפואית והן המוסרית ופוגע (אישית או מוסדית) בחברי החוג, יש לדעת מקום להרחיק משורותינו גורם זה – כמובן בכפוף להחלטת רוב חברי וחברות החוג...."¹¹

9 ר' מאמרו של פרופ' אבינעם רכס, יו"ר הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית, בכתב העת "זמן הרפואה", גיליון אוגוסט-ספטמבר 2008.

10 ת.א. (מחוזי י-ם) 7482/05 פלוגי נ' ד"ר כסיף, פס" 25-22 (פורסם בנבו, 2007.1.25).

11 למען ההגינות יש לציין כי נמצאו רופאים חברי אותו איגוד מקצועי, שיצאו חוצץ כנגד הצעה זו. כך למשל, משיבה רופאה במכתב ליו"ר האיגוד: "בצער רב קראתי את הצעתו... לא יכולתי שלא לחשוב על משטרים בהם נהוג שלטון של סתימת פיות והטלת מורא על בעלי מקצוע. למיטב הבנתי, זכאי כל רופא לתת חוות דעת מנומקת ולמיטב אמונתו ואומנותו הרפואית כמו כל רופא סביר אחר, ומטבע הדברים בית המשפט אמור להכריע בסוגיה. איני רואה מדוע לאחר שבית המשפט יפסוק בסוגיה עלינו כחברים באיגוד רפואי להוקיע או להעניש את מי שנתן את חוות הדעת...". ובמכתב אחר, כותבת רופאה אחרת חברת האיגוד: "קראתי בעיון את האיגרת

לאחרונה פנה גם יו"ר האיגוד לכירורגיה פלסטית לחברי האיגוד בקריאת איום דומה בה נכתב:

"...בעיית מתן חוות דעת בלתי הוגנות, ולעיתים בלתי מקצועיות, לעיתים אף בנושאים שמעולם לא עסקו בהם, מטרידה את רוב חברינו. לצערי, חלק זעום מחברי האיגוד מוצאים פרנסה קלה ברישום חוות דעת שכאלה, משמשים כחבר להשכיר בידי עורכי דין, פעולה הגורמת נזק רב הן לחברים, הן למקצוענו, ובסופו של עניין, גם לקופה הציבורית כולה. עניין זה מעסיק אותנו החברים זה שנים, אך פתרון הולם טרם נמצא.

פנינו, ואנו שוב פונים לחברים להעביר אלינו חוות דעת, אשר לדעתם, לוקות בחוסר הגינות, ובחוסר מקצועיות, כדי שנוכל לנקוט בהליכים: ארגוניים, ואף משפטיים..."

די להביט ב"ועדות הבדיקה" של משרד הבריאות, שבמקרים רבים מוצאות רופאים המעורבים במקרי רשלנות רפואית – גם מקרים שבהם זועקת הרשלנות לשמיים, הם מוצגים כזכים וצחים כשל. האמון שיש לתת בוועדות אלה כה ירוד, עד כי החתומים מטה ורבים מעמיתיהם ממליצים ללקוחותיהם שנפגעו מרשלנות רפואית, שלא להגיש תלונה למשרד הבריאות, ולהסתפק בהגשת תביעה אזרחית, שתתברר כראוי בבית המשפט.¹²

צר לנו לראות כי בית המשפט העליון בעניין מוזס הצטרף אפוא לגל העכור הנוכחי המתרגש על רופאים, הכותבים חוות דעת בתיקי רשלנות רפואית כנגד רופאים אחרים וכינה אותם "שכירי חוות דעת". גל זה בא לביטוי גם במאמרו של פרופ' אבינעם רכס, יו"ר הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית, בכתב העת **"זמן הרפואה"**¹³ ובמאמרו בעיתון **הארץ** של פרופ' מרק גלזרמן, מנהל מחלקת הנשים בביה"ח בלינסון.¹⁴ פרופ' רכס אף הגדיל לעשות והציע להקים "ועדות מעקב" שתבחנה את "טיבן המדעי" של חוות דעת המוגשות לבתי המשפט בידי רופאים. פרופ' רכס מציע כי באותם מקרים בהם יתגלה כי הרופא, שכתב את חוות הדעת "פעל שלא ביושר מקצועי", יועמד הוא לדין משמעתי. ואילו פרופ' גלזרמן קורא לבתי המשפט להפסיק לאלתר את השימוש במחברי חוות דעת רפואיות "מטעם" וברופאים הכותבים חוות דעת "לכל המרבה במחיר", **"ביניהם רופאים בכירים שיצאו לגמלאות והתפנו מעשייה קלינית", שמצאו "מקור פרנסה חדש במתן חוות דעת..."**. תחת זאת הוא מציע שבית המשפט יבחר בעצמו לצורכי הכרעה בתיק **"מומחים שמעמדם, הידע והמוניטין שצברו, הוכרו על ידי החברות המקצועיות המתאימות ועל ידי הוועדה האתית של ההסתדרות הרפואית"**.¹⁵

גישה זו הקוראת לשלול את זכות הצדדים להגיש חוות דעת מומחה מטעמם, לוקה בהבנה בסיסית של שיטת המשפט הנהוגה בישראל, והתחלנו להתייחס לכך עוד קודם. במדינת ישראל, שיטת המשפט הנהוגת היא "השיטה האדברסרית". השופט משמש כבורר בין שני צדדים, כאשר מתפקידו של כל צד להביא ראיות ולשכנע את בית המשפט בצדקת עמדתו (להבדיל מ"השיטה האינוקויזיטרית" בה השופט נוטל חלק פעיל בחקירת המקרה שלפניו ואף יוזם הבאת ראיות). לשופט אין אלא את מה שענינו ראות ובמהלך המשפט מושך כל צד את "החבל" לכיוון האמת שלו, כאשר בסיום המשפט מוצא השופט את נקודת האיזון ואת "האמת המשפטית", שלעיתים תהיה שונה מ"האמת הרפואית" או "האמת העובדתית". יפים לעניין זה

ששלח... ולא האמנתי למקרא עיניי. לא האמנתי, כי קשה היה לי לקבל שרופא, אשר עקרונות אישיותו המקצועית מתבססים על שבעות היפוקראטס לעשות הכול למען החולה ולהיות נאמן לו ולאמת, יכול לכתוב מסמך אשר אינו מתייחס בשום אספקט לחולה ולזכויותיו לקבל טיפול מקצועי לפחות סביר. נכון, כולנו רופאים אך מצופה שנהיה קודם כל בני אדם ורצוי בני אדם הגונים. חולה מפקיד עצמו ביד רופא ונותן בו אימון מלא. זכותו של חולה לתבוע רופא באותם המקרים הנדירים שהרופא לא נתן במועד טיפול נכון או סביר וגרם לו נזק בלתי הפיך. כאן אין דילמה, קיימת אחריות מקצועית ואמת... תפקידו של בית המשפט לקבוע את חוות הדעת המתארת ביתר מקצועיות את הנסיבות ובהתאם זה לשקול איך ואם לפצות את החולה. אלו עקרונות הצדק והדמוקרטיה. ולנו, כרופאים וכבני אדם, אסור להעליב, אסור לרמוס ברגל גסה ובוודאי שלא לסתום פיות, או לאיים על חברים למקצועי".

12 ר' גם דיון בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת (פרוטוקול ישיבה מס' 15, הכנסת ה-16) מיום 3.2.2004 בנושא ועדות חקירה במשרד הבריאות.

13 לעיל ה"ש 9.

14 מרק גלזרמן "איך מתגוננים הרופאים מתביעות רשלנות רפואית" **הארץ** 19.10.2008.

15 יוער כי מובן מאליו שאותם רופאים גמלאים של היום, נגדם יוצא פרופ' גלזרמן חוצץ, אך תמול שלשום היו בעלי המוניטין וההכרה הדרושים לשיטתו.

דבריהם של חכמים: "אמר ר' אבא אמר שמואל: שלוש שנים נחלקו בית שמאי ובית הלל, הללו אומרים הלכה כמותנו והללו אומרים הלכה כמותנו. יצאה בת קול ואמרה: **אלו ואלו דברי אלוהים חיים הן** והלכה כבית הלל"¹⁶.

על ההבחנה בין "האמת המשפטית" ל"אמת העובדתית" עמד כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מנחם אלון, בפסק דין שניתן לפני יותר מחצי יובל שנים,¹⁷ ושעסק בהבדלים שבין מסקנותיה של ועדת חקירה למסקנותיו של בית משפט בפסק דין:

"ועדת החקירה רשאית להגיע – ומתיימרת היא לשאוף להגיע – בדרכי חקירה וראיות הנראות בעיניה, לחקר האמת העובדתית, שלא תמיד מוכרחה היא לעלות בקנה אחד עם האמת המשפטית. שתי אמיתות אלה יחסיות הן, ולא תמיד זהות הן, ולא זו בלבד אלא אף אין צרות זו לזו. שהרי יודעת היא מערכת המשפט, ומודע הוא השופט, כי נקודות המוצא, דרכי הבירור, מהותן של נורמות וכללי ההכרעה בעולם המשפט ומלאכת השיפוט שונים הם מאלה שבחקר העובדתי-ההיסטורי, ומתוך כך יודעים ומודעים הם, כי יש שמסקנות ו"אמיתות" שונות יעלו בידי כל אחד מהם".

הן מדע הרפואה והן מדע המשפט אינם מדעים מדויקים. ההוכחה במשפט כמעט תמיד לא תהיה הוכחה חותכת, בוודאות של 100 אחוזים. די לתובע במשפט אזרחי שיוכיח את תביעתו בהסתברות של מעל 50%, על מנת שיזכה במשפט. באשר לרפואה, כמעט כל סוגיה רפואית, ודאי הסבוכות שבהן, עשויה שתהיה ביחס אליה מספר דעות שונות של אנשי מקצוע, מהשחור ועד הלבן, עם עוד כמה דעות "אפורות" באמצע.

כעורכי דין המנהלים תיקי רשלנות רפואית יודעים אנו היטב כי בכל תיק יכול לבוא מצד אחד רופא שיטען כי היום יום ומצד שני רופא שיטען כי היום לילה, כך ממש. אכן, כשם שעל עורך הדין אסור להעלות במהלך המשפט טענות עובדתיות או משפטיות בידעו שאינן נכונות.¹⁸ כך גם ראוי כי על רופא ייאסר להטעות בזדון את בית המשפט בהבאת עובדות או נתונים שאינם נכונים¹⁹ אך מכאן ועד שלילת זכותם של הצדדים להציג את ה"אמת" שלהם, כפי שהם רואים אותה – הדרך ארוכה.

"מקדם החשדנות", שהוזכר בעניין מוזס, ראוי – אם כבר – שיכוון דווקא כלפי הרופאים הכותבים חוות דעת המגנות על מוסדות רפואיים. מניסיונו ומידיעתנו, רבות חוות הדעת מאלה שלעיתים מתקשים אנו להאמין שכותבן מאמין במה שיצא מתחת ידו...

הקמת מאגר כמוצע של רופאים "מטעם בית משפט" ייהפך עד מהרה למאגר רופאים "מטעם" – ולא מטעם בית המשפט – בעלי חשיבה חד-גונית, חד-ממדית, מקובעת וממסדית, כפי שקורה בוועדות משרד הבריאות.

אכן, בעניין מינוי מומחה מטעם בית המשפט, יפה כתבה בשנת 1999 הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול הרפואי בראשותו של כב' השופט ד"ר גבריאל קלינג, דברים שצוטטו בעניין מוזס ולפיהם, **"הפקדת ההכרעה בידי המומחה עלולה להביא לעיוות דין"**.²⁰

ראוי להתייחס לשתי נקודות נוספות בטיעוני המתנגדים למצב הנוכחי של חוות דעת מומחה מטעם שני הצדדים: ראשית, הטענה כי רופאים כותבים חוות דעת ל"מרבם במחיר" מאבדת מתוקפה בהתחשב בעובדה כי לרוב כותבים את חוות הדעת רופאים מנוסים ובכירים באקדמיה ובפרקטיקה, מנהלי מחלקות וכד'. יש להניח כי רופאים אלה לא יסכנו את שמם הטוב או יעמידו את עצמם בסכנת חקירה נגדית שתשימם ללעג ולקלס, על ידי כתיבת חוות דעת משוללת יסוד. גם לגוף הטענה,

16 תלמוד בבלי, עירובין, י"ג, ב'.

17 בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449 (1982).

18 כלל 34(א) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.

19 ור' דבריו של כב' השופט אחיקם סטולר, בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין תפ"ח (מחוזי מרכז) 6832-08-08 **מדינת ישראל נ' חנוכייב** (פורסם בנבו, 13.1.2010): "בכל מקרה על העד המומחה המעיד בבית המשפט לשמור על מירב האובייקטיביות, על גישה מקצועית ועניינית ועל יושר ויושרה (integrity) ראויים בבואו למסור עדות מומחה בבית המשפט וברצונו שבית המשפט יאמין לו ויסמוך על עדותו... לא תיתכן שפיטה ראויה לשמה אם לא יוגש לשופטים החומר בצורה המאפשרת להם ליצור דעה משלהם או אם יוגש חומר באופן שיש בו כדי להביא את בית המשפט לתוצאה שגויה...".

20 דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי, התשנ"ט-1999, עמ' 56; עניין מוזס, ה"ש 1 לעיל, פסקה כ"ב לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

שהמומחים הם "שכירי חוות דעת", אנו יכולים להעיד שהיא אינה נכונה, וכל מומחה, שידוע כנותן חוות דעת "מטעם" טובעים, ידחה פעמים רבות מקרים המופנים אליו, והוא סבור כי לא הייתה בהם רשלנות רפואית.

טענה כי מינוי מומחה יביא לחיסכון בעלויות ובזמן שיפוטי יקר,²¹ חוטאת לדיוק: הרי אם חוות דעתו של המומחה הממונה תקועקע בחקירה נגדית או לחילופין לא תתקבל מלכתחילה על דעת השופט, יידרש בית המשפט למנות מומחה נוסף ולהתחיל את ההליך מחדש. ואם גם דעתו של המומחה הנוסף לא תתקבל – שוב יתחיל ההליך מחדש, וחוזר חלילה. הרי גם התומכים במינוי מומחה, סבורים כי אל לו לבית המשפט להתפרק מסמכות ההכרעה, ולאמץ את חוות דעתו של המומחה הממונה כזה ראה וקדש. לפיכך מה יועילו חכמים בתקנתם, כאשר תידרש הכרעה חדשה? במצב הקיים, שתי הדעות מונחות לפני השופט, כפי ששני כתבי הטענות המשפטיים מונחים לפניו, והשופט יוכל למצוא את נקודת האזיון הראויה בין השתיים, להשוות, להתלבט, לשקול את הדברים בלב פתוח ובנפש חפצה, ובמקרים המתאימים אף להציע הצעת פשרה לשני הצדדים, אשר "יקנו סיכונים" ויביאו את הסכסוך לסיומו. כך אכן יחסכו זמן ועלויות. דא עקא, משמונה מומחה מטעם בית המשפט והלה אמר את דברו, פשרה, ככלל, לא תושג.

האם תהיינה, והאם ראוי שתהיינה, לעניין מוזס השפעה כלשהי על המצב הנורמטיבי הנוהג בבתי המשפט כיום?

נראה כי התשובה לכך חייבת להיות שלילית. חשוב להדגיש כי דברי כב' השופט אליקים רובינשטיין נאמרו אגב אורחא. למעשה, פסק הדין באותו מקרה עסק במצב מוזר ונדיר למדי שבו שופט בערכאה קמא, עשה – לעניין האחריות – מעשה "שעטנז" בין שתי חוות הדעת שהוגשו על ידי שני הצדדים, קיבל את האבחנה של מומחה אחד אך את העמדה בעניין הקשר הסיבתי של מומחה אחר. מצב לא בהיר זה, בלשון המעטה, חייב שימוש בסמכותו הקיימת בתקנות²² של בית המשפט – ואשר עליה אין חולק – למנות מומחה מטעמו במקרים שבהם הוא מוצא לנכון. כב' המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין, שהשתתף בהרכב, הבהיר כי לטעמו "מכל מקום אין לומר כי יש פגם מובנה בעצם ההסדר של הצגת ראיות רפואיות מטעם כל אחד מן הצדדים". כב' השופטת עדנה ארבל, השלישית בהרכב, הצטרפה להערתו של השופט ריבלין והחליטה "להשאיר את הדיון בסוגיה הנוגעת למינוי מומחה מטעם בית המשפט להזדמנות אחרת".

אכן, ובכל הכבוד, יש לצמצם את החלטתו של כב' השופט אליקים רובינשטיין בעניין מוזס לנסיבות המיוחדות של המקרה, אולם, לעניות דעתנו, אין להסיק מכך כי על בתי המשפט בישראל לאמץ מעתה ואילך מודל דיוני חדש, בתביעות רשלנות רפואיות, מודל המעתיק את זה החל על חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. לא זאת הייתה כוונת המחוקק, ומדיניות שכזו היא מסוכנת שכן היא עלולה לערער את הוגנות ההליך המשפטי בתביעות רשלנות רפואיות. על מנת להגיע אל האכסדרה,²³ היא מקום ההכרעה המשפטית, מן הראוי כי לשופט יהיו שני מורי דרך, ולא מורה דרך אחד, אשר פעמים יודע מראש מהי האכסדרה אליה הוא מבקש להגיע, וכל שנוטר לו הוא לשרטט את השביל אליה.

21 ר' למשל הדברים שצוטטו בעניין מוזס מתוך ע"א 521/77 ברוור נ' רשות הנמלים, פ"ד לב(1) 416, 419 (1978), פסקה כ' לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

22 לעיל ה"ש 4.

23 ר' פסקה י"ז לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין בעניין מוזס (ה"ש 1 לעיל).