

חובת הזהירות ואיסור ההטעה של רופא המוסר חוות דעת

לאחרונה התפרסמו שני מקרים שהעלו על סדר היום שאלות לגבי היקף חובת הזהירות של הרופא המשמש בתפקיד של מומחה רפואי, והמוסר חוות דעת רפואית לבית המשפט (ולדעתנו אין להבחין בעניין זה בין אם חוות הדעת ניתנה ע"י מומחה מטעם צד ובין אם ניתנה כמומחה מטעם בית המשפט).

במקרה הראשון הוגשה תביעה בעילה של רשלנות רפואית נגד רופא ונגד המוסד בו עבד. לכתב התביעה צורפה חוות דעת רפואית של מומחה רפואי אשר ייחסה לרופא הנתבע רשלנות, תוך הסתמכות כביכול על אסמכתאות רפואיות אשר התבררו במהלך המשפט כלא נכונות. בית המשפט ראה בחומרה רבה את הניסיון להטעותו בהבאת אסמכתאות לא נכונות וכך קבע בפסק הדין אשר דחה את התביעה, בין היתר, בשל הניסיון הנואל להטעותו (את בית המשפט):

"מי שקורא את חוות הדעת לפי תומו ללא חקירה על הספרות המדעית עצמה, עשוי לקבל את הרושם שמדובר בחוות דעת שכולה מעוגנת כדבעי בספרות המקצועית הרלבנטית. 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.ב. צריך להיחשב הריון בר סיכון גבוה..." לא הייתה מעוגנת בשום אסמכתא מדעית. עיגון כביכול, מופיע רק בחוות הדעת המשלימה שהיא בתגובה לחוות דעתו של ד"ר אוהל. כשבודקים את העיגון מקרוב, כפי שהדבר נעשה בחקירה שכנגד, מסתבר שהעיגון - לאו עיגון הוא."

בת.א. (י-ם) 223/90 יהונתן הכהן נ' ד"ר דוד וייס ואח' (לא פורסם). כב' השופטת מרים נאור.

בעקבות קביעותיה של כב' השופטת נאור כאמור, הועמד פרופ' לנצט לדין משמעתי, והורשע ע"י ועדת האתיקה של ההסתדרות הרפואית בעבירות לפי כלל 42 לכללי האתיקה הרפואית הדין באיכותה של חוות הדעת הרפואית והמחייב את הרופא לערוך את חוות הדעת בהקפדה ובאחריות, וכן בכלל 7 לכללי האתיקה הדין בפגיעה בכבוד המקצוע. כדי להבהיר: חוות דעתו של פרופ' לנצט ניתנה בתמיכה לתביעה ברשלנות רפואית, שהגיש התובע נגד ד"ר דוד וייס ונגד ביי"ח שערי-צדק.



יונתן דייזיס

מבוא

תפקידו של הרופא כיום אינו מצטמצם רק לטיפול רפואי. בין יתר הפונקציות שממלא כיום הרופא קיימות סיטואציות רבות בהן למרות שלא קיימת זיקה כלשהי בין הרופא למטופל, עדיין הוא חב בחובת זהירות כלפי מי שעלול להיפגע ממעשיו ו/או מחדליו. כך למשל רופא היושב במעבדה ומעבד תוצאות של בדיקות עבור חולה שאינו מטופלו ואין לו כל זיקה אליו, חב הרופא חובת זהירות כלפי הניזוק, אם ימצא כי התרשלנות היא שגרמה לנזק.

הרחבת היקף הפעילות של הרופא מעבר למערכת היחסים המצומצמת רופא-חולה, וריבוי הגורמים השונים המעורבים בתועלת הכלכלית שעשויה לצמוח לרופא בפעילות שאינה רפואית גרידא, כל אלה יוצרים סיטואציות חדשות הנושאות עמן ניגודי אינטרסים והשלכות משפטיות כגון, מה הדין במקרה של רופא המקבל טובות הנאה מחברת תרופות על מנת לקדם מכירת תרופות? האם הוא חב בחובת גילוי כלפי המטופל ביחס למצב של ניגוד העניינים בו הוא מצוי?

כאשר בודק הרופא את הנפגע ע"פ צו של בית משפט, כמומחה מטעם בית המשפט, עדיין חלות על הרופא אותן חובות שהיו חלות עליו אילו הייתה לרופא זיקה ישירה כאילו היה מטופל שלו. האם הוא חב בחובת גילוי כלפי הנבדק אם הוא נמצא במצב של ניגוד עניינים כמו בדוגמאות שהצגנו לעיל.

פרופ' ערן דולב, יו"ר הלשכה לאתיקה בהסתדרות הרפואית, קבע כי "לטעמנו, אין ספק, כי במקרה הנדון הבאת דברים בלתי מבוססים בצורתן של של עובדות בחוות דעת רפואית מהווה פגיעה חמורה, כאמור, בכבודו של המקצוע ובתדמיתו בקרב הציבור. צורה זו של הבאת דברים עלולה להגיע עד כדי הטעייה מכוונת" (למקרה זה נתייחס להלן כ"פרשת לנצט")

המקרה השני דן בפרשה אשר פורסמה לאחרונה במקומון הירושלמי "כל העיר" ואשר טרם נתבררה סופית, לפיה מזה שנים מתמנה רופא מסויים כמומחה רפואי מטעם בית משפט השלום בירושלים, חרף העובדה שהוא משמש כיועץ רפואי לחברות ביטוח והנו קרוב משפחה של שופטת בבית משפט. בעקבות הפרסום, מינה שר המשפטים ועדה בראשות כב' השופט א. גילון לבדוק את הפרשה. (למקרה זה נתייחס להלן כ"פרשת הרופא פלוני").

להפרת חובות הזהירות ואיסור ההטעיה יש השלכות משפטיות מרחיקות לכת מעבר להפרה של החובה האתית שקבועה בכללי האתיקה. במאמר זה ננסה לבחון את השאלה מה היקף חובת הזהירות של רופא המוסר חוות דעת רפואית מוטעית, ומה ההשלכה המשפטית של הפרת חובת הזהירות ואיסור ההטעיה של המטופל.

הרקע לחובות הזהירות ואיסור ההטעיה של הרופא

הרקע לחובות הזהירות ואיסור ההטעיה של הרופא מצוי בכלל הבסיסי הקדום לפיו חל איסור היזק על הרופא "PRIMUM NON NOCERE" ("העיקר הוא לא להזיק"). שבעת היפוקרטס אוסרת על הרופא לנצל את מעמדו לרעת המטופל, וכך מתחייב כל רופא ע"פ השבועה הזו: "אני אשתמש בתהליכים אשר, על פי יכולתי ושיפוטי, הנם לטובת המטופל, ואמנע מכל הטעיה ורמייה.... בכל בית שאליו אכנס, אעשה זאת לטובת החולה, ואמנע מכל מעשה של הטעיה ושחיתות: וכמו כן מפיתוי של נשים וגברים, חופשיים או עבדים".

תפקידו של הרופא מטיל עליו חובות זהירות שלהפרתן עלולה להיות השלכה משפטית. כך אם הפר הרופא את חובת הזהירות כלפי המטופל וגרם לו נזק הרי שיש בכך רשלנות. בנוסף, חב הרופא בחובת גילוי כלפי המטופל במסגרת היחסים החוזיים ביניהם, בין ע"פ חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973, ובין

ע"פ חוק זכויות החולה תשמ"ו - 1996. סעי' 15 לחוק החוזים קובע אף עיקרון של איסור הטעייה.

מטרת כללי האתיקה הרפואית היא לכוון את הרופא להתנהגות רצויה ולהרתיעו מפני התנהגות שאינה רצויה. המגבלה של כללי האתיקה טמונה בכך שאינם מעניקים תרופה או סעד למי שנפגע מהפרת כללי האתיקה.

במקרה הראשון שהבאנו (פרשת לנצט) הטעה הרופא את מזמין חוות הדעת כאשר הציג בפני בית המשפט חוות דעת מוטעית על מנת שבית המשפט יסתמך עליה. הרופא נתפס בקלקלתו והתוצאה היתה שבית המשפט לא נתן לחוות הדעת כל משקל. בכך גרם הרופא להטעייה של המזמין (התובע), שהסתמך על חוות הדעת הרשלנית של הרופא והגיש את התביעה.

במקרה השני (פרשת הרופא פלוני), פעל הרופא כמומחה מטעם בית המשפט, והסתיר מהצדדים ובעיקר מהתובע את הקשר המשפחתי שהיה לו (לרופא המומחה) עם השופטת ובעיקר הסתיר את קשריו המקצועיים עם חברות ביטוח, ובכך הטעה את הנבדקים אשר האמינו שבית המשפט מינה מומחה רפואי אובייקטיבי.

רופא המגיש חוות דעת מוטעית, האם הוא מפר חוזה ו/או חב בנזיקין כלפי מזמין חות הדעת?

בארה"ב נקבע שהסתרת מידע רפואי רלבנטי מבית המשפט מהווה עילה לביטול פסק דין שנתן תוקף של פסק דין להסכם פשרה בין הצדדים, לאחר שנמצא שעורכי הדין של הנתבעת הסתירו מידע והפרו את חובת הגילוי תוך הטעייה אסורה של בית המשפט באשר לקיומה של חוות דעת רפואית שנאמר בה שכתוצאה מהתאונה נשקפת לתובע סכנה. ראה:

Spaulding v. Zimmerman 116 N.W 2d 70 (1962)

כאשר אחד הצדדים במשפט או רופא המגיש חוות דעת מטעם צד, מוסר ביודעין עובדה לא נכונה לבית המשפט או מותיר על כנה עובדה כזו, הזכות למשפט הוגן של הצד שכנגד נפגעת ומטרת ההליך השיפוטי להביא לגילוי האמת נפגמת. בין הרופא והמטופל נוצרים יחסים חוזיים, וזאת גם אם לא פנה המטופל לקבל טיפול רפואי. בשני המצבים הנדונים לעיל פועל הרופא כנותן שירות, למי שהזמין את השירות ו/או המוטב שחוק החוזים מכיר בו כצד להסכם (ר' פרק ד' לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973 - "חוזה לטובת צד שלישי").

סעי' 15 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973 קובע: "הטעייה" - מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעייה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה, לענין זה "הטעייה" - לרבות אי גילוי של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן"

במושג "הטעייה" אין הכוונה לכל טעות ו/או אי אמירת אמת, אלא ההטעייה צריכה להתייחס לטענה מהותית שיש בה כדי להשפיע על החלטת בית המשפט, כך הוצע לגבי חובת עורך דין שלא להטעות את בית המשפט (ר' ד"ר לימור זר-גוטמן, "חובת עורך הדין לא להטעות את בית המשפט" **עיוני משפט כד (2)** (דצמבר 2000) 413-462). לדעתנו דרוש מבחן גמיש אשר ישאיר שיקול דעת רחב לרופא להציג את עמדותיו ויסיר חשש מהרופא מלהעיד ויאפשר לו להתבטא בחופשיות. כך שהמקרים אשר בהם ימצא הרופא מפר את חובת הזהירות ומטעה ביודעין והמקיימים עילה נגד הרופא יהיו מקרים נדירים ויוצאי דופן.

אם הטעה הרופא את מזמין חוות הדעת או מקבל השירות ביודעין לפי כל אחת מהעילות שיפורטו להלן, הוא מפר כלפי המזמין את חובת הזהירות ומפר את ההסכם עימו, ובנסיבות המקרה ראוי לבחון אם ההפרה של חובת הזהירות מקימה לנפגע כלפי הרופא עילה לפיצויים ע"פ דיני החוזים או דיני הנזיקין. כמובן שבכל מקרה יש לבחון אם נתקיים קשר סיבתי בין ההפרה לנזק שנגרם כתוצאה מן ההפרה, ואין די בהפרה כשלעצמה כמקימה עילת תביעה. במקרים כמו בפרשת לנצט הנ"ל, יהיה על מזמין חוות הדעת להוכיח קשר סיבתי בין הפרת ההסכם ובין דחיית התביעה ע"י בית המשפט.

עם זאת, כאשר פועל הרופא כמומחה רפואי המגיש חוות דעת לבית המשפט, רואים את חוות הדעת כעדות בבית המשפט וחלות עליה חובות המשפט הפלילי לענין החובה למסור מידע נכון ואמיתי ולהימנע מעדות שקר. לדעתנו, במקרים חריגים - אי גילוי עובדות מהותיות והסתרת מידע מהווים הפרה של חובת הגילוי לא רק ביחסים שבין מזמין חוות הדעת והרופא, אלא יכול הענין להגיע לכדי עבירה פלילית.

הפרת חובת גילוי מידע של הרופא

בית המשפט העליון בע"א 434/94 **שיר ברמן נ' מור-המכון למידע רפואי בע"מ**, דין ופסיקה במשפט הרפואי תשנ"ט - 1999 עמ' 1 (כבי' השופטת בייניש), התעכב על חובת הרופא, העומד לבצע טיפול רפואי, לתת לחולה את מירב הפרטים הקשורים לטיפול לשם קבלת הסכמתו המודעת. חובת הרופא עוגנה לאחרונה בהוראות חוק זכויות החולה תשנ"ו - 1996

(סעיף 13). בית המשפט השאיר בצריך עיון את השאלה מה היקף החובה המוטלת על רופא לידע את החולה שנשלח לבדיקה שגרתי, של סיכונים חבויים שלגביהם יש לערוך בדיקות נוספות (כבי' המשנה לנשיא השופט שלמה לוין). אולם לדעתנו קיימת על רופא - מכח הוראות הדין הכללי הן ע"פ דיני החוזים והן ע"פ דיני הנזיקין, חובה לגלות למטופל עובדות מהותיות אשר יש בהן להשפיע על יחסי הנאמנות הקיימים בין הרופא והמטופל. הסתרת מידע ואי גילוי פרטים מהותיים כמו בשני המקרים שהצגנו לעיל עשויה להצמיח לתובע עילת תביעה. כך למשל הורחבה חובת הגילוי למקרים שבהם "סומך צד אחד על שיקול דעתו ושיפוטו של הצד האחר לעיסקה" (ר' ע"א 230/80 **פניזר נ' קסטרו** פ"ד לה (2) 713 וד"נ 7/81 פ"ד לז (4) 673). באותו מקרה לא השתית בית המשפט את חובת הגילוי על יחסים משפטיים בין תובע תושב חוץ למנהל חברה קבלנית שהיה ידוד, אלא נימק את חובת הגילוי "ביחס העובדתי אשר מכוחו שם הצד ... את מבטחו ואמונו... במנהל" (ע"א 230/80 בעמ' 725).

חובת הגילוי בדיני החוזים:

בין הרופא והחולה קיימים יחסים חוזיים, מקום שהחולה פונה לרופא לקבלת טיפול רפואי (ע"א 612/78 **פאר נ' ד"ר קופר**, פ"ד לה (1) 720, 727). מקום שקיימים יחסים חוזיים בין מוסד (בין אם באמצעות קופת חולים ובין אם ישירות) עשוי המוסד הרפואי להימצא חייב בגין הפרת חוזה, אם לא ביצע את הטיפול הרפואי המוסכם במפורש או במשתמע. בארה"ב נקבע שהפרת חובת הגילוי למסור למטופל את כל הפרטים המהותיים מגיעה לכדי הטעייה ותיחשב להפרת הסכם המזכה את המטופל בפיצויים. ראה:

- * **Perlmutter v. Beth David Hospital**, 123 N.E (2d) 797 (1954)
- * **Beadling v. Sirotta**, 197 A 2 857 NJ (1984)
- * **Betesh v. United States**, 400 Supp 238 (DC 1974)
- * **D. Giesen "International Medical Malpractice law"**, 1988 J.C.B Mohr Tubingen pp. 18

ההסכם בין רופא למטופל יכול שיהא מפורש או משתמע מן הנסיבות. כך, רופא המשוחח עם מטופל בטלפון ומייעץ לו, עשוי למצוא עצמו קשור חוזית עם המטופל ומחויב לתוצאות הייעוץ שנתן. ראה:

- * **Weaver v. University of Michigan** 506, N.W 2d 264 (Mich. Ct. 1993).
- * **Pope v. St. John**, 862 SW 2d 657,661 (Tex. Ct. App. 1993).

שינוי מצב מהותי בין המצג לפעולה על פיה מתחייב הגילוי (רי' ע"א 44/66 **דרייב נ' הרץ**, פ"ד כא (1) 576), והיא קיימת גם במערכת היחסים בין הרופא והחולה (רי' ע"א 3108/91 **רייבי נ' וייגל**, פ"ד מז (2) 497, ע"א 560/84 **נחמן נ' קופת חולים**, פ"ד מ (2) 384).

חובת הגילוי בדיני הנזיקין

חובת הגילוי בדיני הנזיקין נגזרת מחובת הזהירות הכללית אשר הרופא והמוסד הרפואי חבים לחולה. היא נגזרת גם מהזכות היסודית לדעת על עצמנו, זכות המהווה ביטוי לאוטונומיה של האדם ומבטאת את ערך כבוד האדם (רי' סעיפים 2 ו 4 לחוק יסוד: "כבוד האדם וחירותו"). זכותו של האדם על גופו משמעותה חירותו לקבל את המידע אשר יאפשר לו להחליט מה יעשה בגופו (רי' ע"פ 480/85, 527 **קורטאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ (3) 673, ע"א 3108/91 **רייבי נ' וייגל**, פ"ד מז (2) 497, 509, ר"ע 1412/94 **הסתדרות מדיצינית הדסה נ' עפרה גלעד ואח'**, פ"ד מט (2) 516, 526).

סעיף 13 לחוק זכויות החולה תשנ"ו - 1996 מחייב קבלת הסכמה מודעת לכל טיפול רפואי. החוק מגדיר מיהו מטפל, מיהו מטופל, מהו טיפול רפואי, את כשרות המטופל, את מטרת מסירת המידע, את היקף המידע שיש למסור למטופל, את מועד מסירת המידע וכן את תוצאות אי מסירת המידע. (על ניתוח סעיף 13 בהרחבה ר' **פרופ' א. כרמי "הסכמה לטיפול רפואי"**, **רפואה ומשפט**, מס' 16, אפריל 1992 עמ' 7). לדעתנו, חובת הגילוי של הרופא וקבלת הסכמה מודעת מצד המטופל היו קיימות לפני חוק זכויות החולה, הן מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תשנ"ב - 1992 והן מכוח ההלכה הפסוקה (רי' ע"א 3108/91 **רייבי נ' ד"ר וייגל**, פ"ד מז (2) 497, ע"א 93/568 **קופת חולים נ' פנינה ידיד** דין ופסיקה במשפט הרפואי תשנ"ט - 1999 עמ' 29).

חוו"ד מטעה כמקימה עילה של הסתמכות על מצג

אי גילוי עובדות מהותיות ע"י הרופא בכל אחת מהסיטואציות דלעיל מקימה עילה של הסתמכות על מצג שהציג רופא כלפי מזמין חוות הדעת ע"פ דיני החוזים. בפרשת לנצט הסתמך התובע על כך שכל שנכתב בחוות הדעת נכון ומעוגן. משקבע בית המשפט כי התובע ניסה להטעות את בית המשפט בהצגת עובדות בלתי מבוססות הוא הפר מכללא את חובת האמון של התובע אשר הסתמך על המצגים בחוות הדעת והגיש את

כך גם טיפול בלתי אמצעי בענייניו של המטופל יוצר קשר חוזי. למשל ביצוע בדיקות מעבדה, קבלת ממצאי בדיקות רפואיות שנעשו ע"י אחרים וטיפול בענייניו של המטופל כגון הזמנתו לביקורת לאחר טיפול רפואי, אפילו אם נותן השירות כלל לא נפגש עם המטופל. ראה:

* **McKay v. Cole**, 625 So 2d 105 (Fla. App. 1993).

והשווה ג' **שלו "דיני חוזים"**, (תש"ן) דין הוצאה לאור בעמ' 49 ה"ש 40.

חובת הגילוי בדיני החוזים קבועה בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 לפיו הוגדרה "הטעיה" כאי גילוי עובדות אשר לפי דין או נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן.

לאחרונה יש נטייה בפסיקת בית המשפט להרחיב את חובת הגילוי במערכות יחסים שונות. למשל במערכת יחסים בין מבטח-מבוטח נקבע כי גם על המבטח וגם על המבוטח קיימת חובת גילוי יזום, למסור מידע הדדי גם מבלי שיתבקשו לתיתו ומבלי שיישאלו לגביו (סעיף 6 לחוק חוזה הביטוח תשמ"א-1981). חובת הגילוי של המבטח הורחבה לאחרונה ונקבע שעל **המבטח** קיימת חובת גילוי יזום ועליו לוודא שהמבוטח ער להחרגות ולסייגים שבפוליסה והוא לא יפטור עצמו מאחריות להפניה סתמית לתנאי הפוליסה (רי' ע"א 4819/92 **אליהו חב' לביטוח בע"מ נ' ישר מנשה**, פ"ד מט (2) 749 וכן ר' **דוד שוורץ "דיני ביטוח - תהליכים ומגמות"** ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו-1996 בעריכת ד"ר א. רוזן צבי ז"ל, הוצאת פפירוס אוניברסיטת תל אביב 1997 עמ' 31).

חובת הגילוי והנאמנות הורחבה ביחסי בנק - לקוח. ראה (ע"א 5302/93 **בנק מסד בע"מ נ' מרדכי לויט ובנק הפועלים** (טרם פורסם), וכן ע"א 168/81 **בנק איגוד לישראל נ' לה כודיאר**, פ"ד מב (3) 77, וקיימת בכל מערכת יחסים שבה צד אחד שבידו המידע מתבקש למסור חוות דעת ללקוח, כגון במערכת יחסים שבין עורך דין ללקוח (ע"א 58,37/86 **משה לוי נ' שרמן**, פ"ד מד (4), 446). בהקשר זה נקבע לאחרונה כי לעורך דין יש חובת זהירות גם כלפי מי שלא היו לקוחותיו, בעסקת מקרקעין בה ייצג עו"ד צד אחד בלבד. ע"א 1227/91 **יחיאל נ' כהן**, פ"ד מח (2) 207; וכן ע"א 4612/95 **איתמר מתתיהו נ' שטיל יהודית** (טרם פורסם). גם במערכות יחסים אחרות כגון בין חברה משכנת ומי שסמך על חוות דעת בלתי נכונה שניתנה על ידי החברה המשכנת (ע"א 86/76 פ"ד לב (2) 337), וכך גם בין רואה חשבון ללקוח.

חובת הגילוי קיימת מכוח נסיבות מיוחדות, כגון כאשר התרחש

כשאותו אדם צד בו"

לדעתנו תקנה 126 חלה על המקרה בפרשת הרופא פלוני הנ"ל, מקום שהמומחה משמש יועץ דרך קבע למשרד עורכי דין שמייצגים חברות ביטוח ובכך ניטלת יכולתו האובייקטיבית לתת חוות דעת בלתי תלויה. כפי שנקבע ברע"א 5258/90 קצין התגמולים נ' עדי אינגבר ואח' פד' מה (3) 593: "אכן אין לכלול בוועדה רפואית או בוועדה אחרת הפועלת על-פי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), [נוסח משולב],... אשר מחווה דעתו תמורת שכר לקצין התגמולים בעניינים הנוגעים להפעלתם של שני החוקים הנ"ל. 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 מקצין התגמולים לבין זה האחרון. קשר זה פוסל את האדם, מניה ביה, מן הדיון במחלוקת אשר קצין התגמולים 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 קצין התגמולים. הקשר התעסוקתי הוא הקובע בנושא שלפנינו ולא מעמדו המקצועי של מי שמבצע את העבודה בשכר."

בבג"צ 202/90 י. ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים פד' מה (2) 265 נטענה טענה בדבר ניגוד עניינים של חבר ועדת מכרזים בנושא מיחשוב בתי המשפט אשר שימש באופן עקיף כיועץ חיצוני קבוע בנושאי המיחשוב למשרד האוצר. בג"צ קבע כי יש לפסול את החלטת ועדת המכרזים אשר זיכתה במכרז חברה פלונית, כאשר בין אותה חברה פלונית לבין היועץ המקצועי לחברי הוועדה קיים קשר עיסקי כלכלי גם אם קשר זה הוא עקיף בלבד. נקבע כי "במצב בו המעוניין בקבלת החלטה לטובתו הוא חבר בגוף המחליט, נפגמים כללי מינהל תקין, מופרים כללים של נאמנות וצדק טבעי ונסתרים עקרונות של הגינות ותם לב ובעיני המסתכל מהצד היה נוצר רושם ברור של העדפה בלתי ראויה."

בפרשת הרופא פלוני קמה לנבדקים עילה חוזית של חוסר תם לב מקום שלא גילה, בסמוך למינויו את טיב קשריו המקצועיים עם חברות הביטוח עימן עבד, ובכך שלל מבית המשפט ומהצדדים את יכולת לדרוש את פסילתו מראש. שהרי פשיטא היא, שאם קשריו המקצועיים היו ידועים לפני המינוי, היה בידי התובע להתנגד למינוי נוכח הוראת תקנה 126 לתק' סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984.

התביעה בהסתמך על קביעות המומחה. חובת הנאמנות חלה גם כאשר משמש הרופא כמומחה רפואי מטעם בית המשפט שהרי המומחה אינו אלא זרוע ארוכה של בית המשפט, תפקיד המחייב גילוי נאות ושקיפות עליונה (ר' פרופ' זאב סגל, "הזכות לדעת באור חוק חופש המידע", ההוצאה לאור של לשכת עוה"ד תש"ס - 2000 בעמ' 118 ואילך). כפי שקובע כבי השופט טירקל ברע"א 600/96 אדרי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ תק-על-96 (2) 272 בהתייחס למטרות החוק בעניין מינוי מומחה מטעם בית המשפט מעין זה כאן:

"נקבע בסעיף ד.1. (ב):- בכללי האתיקה השיפוטית התשנ"ג-1993, שגיבשו מסורת ממושכת (בעריכת הנשיא בדימוס מ' שמגר):

שופט לא ישב בדין במשפט בו קרבה משפחתית או חברתית לבעל דין, לפרקליט המופיע בתיק או לעד מרכזי, או טיפול קודם בעניין נשוא הדיון לפני מינויו כשופט, עלולים ליצור מראית של חשש למשוא פנים"

בהחלטתי בת"א (ב"ש) 373/90 (המ' 958/91) אברמזון נ' "הפניקס" חברה לביטוח בע"מ (פ"מ תשנ"ב (א) 441) אמרתי לעניין מומחה רפואי, שנפסל בשל כך שלא עיין בחומר של שני הצדדים כי:

"יש להעדיף במקרה זה את השיקול של טוהר ההליכים השיפוטיים וההליכים הניליים אליהם ומניעת כל ספק ספיקא ואבק חשש גם בעניין זה"

לדעתנו כללים אלה יפים גם לפרשת הרופא פלוני הנ"ל ומן הראוי היה שהעובדות הנ"ל אשר הכשירו את המינוי יהיו גלויות לעין כל ויבואו לידיעת הצדדים לפני המינוי.

באי גילוי הקירבה המשפחתית בין המומחה לשופטת וכן באי גילוי עובדת העסקתו של המומחה על ידי חברות ביטוח כיועץ רפואי שלהן, יש משום הסתרת מידע במפגיע המעוררת סימני שאלה לענין אמינותו של המומחה ותום ליבו. אלה מגיעים לכדי הפרה של חובת הנאמנות של הרופא כלפי הנבדק שהסתמך על כך שכאשר בית המשפט ממנה מומחה רפואי הרי המומחה הוא אובייקטיבי ונטול פניות.

אי גילוי עובדות מקים עילה חוזית של ניגוד עניינים וחוסר תום לב

תקנה 126 לתקנות סדר הדין תשמ"ד-1984 קובעת כי: "מומחה שיעץ עיצה או חיווה דעתו לאדם בעניין שבתחום מומחיותו, לא יוזמן מטעם בית המשפט כמומחה באותו עניין

ברע"א 600/96 **אדרי מוטי נ' מגדל חרה לביטוח בע"מ** תקי-
 על 96 (2) 272 דן ביה"מ העליון בשאלה האם קרבת משפחה
 בין מומחה רפואי שמינה בית המשפט לתובע על פי **חוק**
הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים תשל"ה-1975 לבין הרופא
 המטפל שלו מהווה עילה לביטול מינויו של המומחה:
"לאור מטרות אלה אופיו המיוחד של התפקיד ומכח סמכות
המינוי של בית המשפט הופך המומחה הרפואי להיות לצורך
בירורה של התובענה שבמסגרתה נתמנה, חלק ממנגנון
הבירור השיפוטי, מעין זרוע ארוכה של בית המשפט בתחומי
הרפואה. ממילא, משנתן בית המשפט מהוד סמכותו עליו
(ככתוב, "ונתת מהודך עליו", במדבר כ"ז, כ': וכן ברש"י,
לפי המדרש, "מהודך - ולא כל הודך") הוטלו עליו גם מקצת
החובות המוטלות על בית המשפט, ובראש וראשונה החובה
לנהוג באובייקטיביות, ללא משוא פנים ותוך הקפדה שכל
אלה גם יראו.

כללים אלה יפים גם לפרשת הרופא פלוני, הן לעניין קשריו
 לחברות הביטוח והן לקירבתו המשפחתית לכבוד השופטת.
 חיזוק נוסף למסקנתו מצוי בדברי המלומד פרופ' אנגלרד (בספרו
 פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, עמ' 278) שציין כי הכרות
 מקצועית קודמת עשויה לפגום בנייטרליות של המומחה
 הרפואי. היכרות כזאת גם עלולה להביא לפסילתו (ראה ברע"א
 4746/90 **בר זאב נגד ג'ומעה** דינים יז 926). (ורי יישום ההלכה
 הנ"ל בבר"ע (באר שבע) 737/99 **כלל חב' לביטוח בע"מ נ'**
אלהושלה חסן תק- מח 99 (2) 304, שם פסל בית המשפט (כב'
 הש' הנדל) חוות דעת של מומחה בשל התנהגותו החריגה כלפי
 התובע בצורה הפוגמת בתכלית המינוי).

פרשת הרופא פלוני מרחיקת לכת אף יותר מכל הדוגמאות
 דלעיל משום שהרופא **נהג בחוסר תם לב כלפי הנבדקים**
 מקום שהסתיר את קשריו המקצועיים עם חברות ביטוח,
 הסתיר את הקשר המשפחתי לכבוד השופטת, כאשר כל שנדרש
 ממנו הוא גילוי ושקיפות לגבי מניעות כלשהי הקיימת בעצם
 המינוי. אם לא די בכך הרי שמקרה זה מרחיק לכת אף בכך
 שהסתרת הקירבה המשפחתית היא מנת חלקו של בית המשפט
 עצמו ומקום שהמומחה נמנע מהגילוי מסיבותיו היה אמור
 לבוא המזור מבית המשפט. בתי המשפט החילו את עיקרון תם
 הלב מדיני חוזים לתחומי משפט נוספים, כולל בעניינים של
 סדרי דין:

* ר' בר"ע 305/80 **רפאל שילה נ' רדקובסקי** פדי לה (3)
 449,461

* בג"צ 566/81 **אליהו עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול** פדי
 לו (2) 1,9.

* תא (ב"ש) 516/85 **ניר לט ואח' נ' לוסטיג ארז בע"מ** פדי
 מז (2) 185

ברע"א 5052/92 **גבריאל שוב נ' רונית מטלון ואח'**, תק-על 94
 (3) 2119 נפסלה חוות דעתו של מומחה לאחר שאביו של
 הנפגע, שהיה בעצמו רופא, נוכח בבדיקתו של הנפגע על ידי
 המומחה הרפואי וזאת מחמת ההשפעה האפשרית שהיתה
 עלולה להתקיים בשל נוכחות האב בעת הבדיקה. לדעתנו יש
 לפרש את המניעות ליתן חוות דעת על פי דין, מהטעם של ניגוד
 עניינים בהרחבה, ולא רק ביחסים שבין המומחה לנבדק, אלא
 לכל קשר שיש למומחה למי מהנוגעים בדבר באותו עניין
 ובענייניו אף ביתר שאת כשהמומחה קשור גם לנתבעת וגם
 לבית המשפט.

העיקרון בדבר איסור ניגוד עניינים הפך לחלק ממשפטנו המחייב
 ותחולתו היא כללית אפילו באין הוראה סטטוטורית הקובעת
 זאת מפורשות לגבי נושאי תפקידים מסויימים. כך למשל, כאשר
 עובד ציבור נמצא במצב שבו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד
 עניינים בין מילוי תפקידו השלטוני לבין אינטרס אחר שיש לו,
 אם כפרט ואם כנושא תפקיד ציבורי אחר, עליו למשוך את ידו
 מטיפול באותו עניין שלגביו מתקיימת אפשרות כזו (בג"צ 79/
 531 **סיעת "הליכוד" בעריית פ"ת נ' מועצת עריית פ"ת**
ואח', פ"ד לד (2) 566: בג"צ 595/89 **שמעון ואח' נ' הממונה**
על מחוז זרום שבמשרד הפנים ואח' פ"ד מד (1) 409).

המטרות שביסוד העיקרון האמור ברורות וגלויות: ראשית -
 להבטיח מילוי תפקידו כמומחה מתוך שיקולים ענייניים של
 טובת הציבור בלבד, וללא השפעות חיצוניות ושיקולים זרים.
 שנית, להבטיח שאמון הצדדים לא יפגע כתוצאה מכך
 שפעולותיו עלולות להיראות מושפעות משיקולים זרים. בבחינת
 סיטואציה אשר בה נטען ניגוד עניינים אין צורך להשתכנע כי
 הלכה למעשה נוצר ניגוד עניינים. די בכך שמבחינת הנתונים
 האובייקטיביים ועל סמך השיקולים המבוססים על ניסיון חיים
 והשכל הישר קיימת אפשרות סבירה שהמומחה הרפואי עלול
 להגיע למצב של ניגוד עניינים. ר' בג"צ 531/79 **סיעת "הליכוד"**
בעריית פ"ת נ' מועצת עיריית פ"ת, פ"ד לד (2) 566, בג"צ
 589/86 **שמעון נ' יוסף ונונו, ראש המועצה המקומית ק.**
מלאכי, בג"צ 4225/91 **גודוביץ נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד
 מח (5) 781. המבחן הוא מבחן אובייקטיבי, מבחנו של האדם
 הסביר היודע את כל פרטי העניין, האם אדם כזה, המסתכל
 מבחוץ, היה גורס שהתפקידים אותם ממלא פלוני עשויים ליצור
 ניגוד עניינים, עד כי לא יוכל לפעול ללא משוא פנים ודעה
 קדומה. ר' בג"צ 1100/95 **זוד קסוטו נ' אהוד אולמרט** פ"ד

מט (3) 691, 698. ובאנלוגיה לענייננו, כאשר קיים ניגוד עניינים כפול אשר אין למטופל יכולת לדעת עליו כלל. לפיכך הסתרת המידע בדבר קשריו המקצועיים של מומחה, מחד, והקירבה המשפחתית עם כבוד השופטת מאידך פוגעים באמון שרוחש התובע לבית המשפט, בכללי הצדק הטבעי וסותרים עקרונות של הגינות ותם לב. לפיכך בעיני המסתכל מן הצד נוצר רושם ברור של העדפה בלתי ראויה, המחייבת פסילת חוות דעתו של הרופא פלוני מדעיקא.

הפרת חובת הנאמנות כאשר מתגלה פגם של משוא פנים, דעה קדומה ושיקולים זרים

הכלל הוא שחוות דעתו של מומחה רפואי שנתמנה בידי בית המשפט, תיפסל במידה ובית המשפט משתכנע כי נמצא בה פגם היורד לשורש העניין, כגון פגם בשיקול דעתו המקצועי של המומחה, או פגם העשוי להעיד על חוסר תום ליבו, משוא פנים ודעה קדומה. ר' י. זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהדורה שישית, עמ' 472. ראה גם ת"א 1114/89 רם פורת נ' המגן חב' לביטוח בע"מ שאוזכר בבר"ע 3034/98 (ירושלים) קנדיב רימה נ' קנדיב אדוארד ואח' תק - מח 98 (2) 2020. וכן ר' ע"א 5052/92 שיק נ' מטלון תק-על 2121 (3) 94.

בפרשת הרופא פלוני נתברר שהמומחה שמונה מטעם בית המשפט הנו יועץ של חברות ביטוח ומשכך, טבעי הוא שיגן על האינטרסים של הנתבעת במשפט, אלא שעולה חשש כי בית המשפט לא יצר את המחסום הראוי מפני פגיעה באינטרס של אחד הצדדים, משום הקירבה המשפחתית למומחה המחסנת אותו מפני טענות של משוא פנים. בג"צ פסק זה מכבר בעניין דומה, כי כלל הוא שלעולם 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 האינטרס הפרטי שלו. ר' בג"צ 2874/93 קופטי כמאל נ' בית הדין הארצי לעבודה, שם נדונה עתירה בין תובע שערער בבית הדין הארצי לעבודה על החלטת המוסד לביטוח לאומי. העותר טען כי יש לפסול חוות דעת של מומחה יועץ רפואי לבית הדין, אשר שימש גם כפוסק רפואי במוסד לביטוח לאומי. העותר, שעותרו התקבלה, טען כי יש לפסול את מינויו ואת חוות דעתו של המומחה ולמנות מומחה יועץ רפואי אחר, שפרנסתו אינה תלויה במוסד לביטוח לאומי. בית המשפט הגבוה לצדק קבע כי:

"כלל זה (העמדת אדם בניגוד אינטרסים העלול לגרום למשוא פנים, י.ד.) שהוא מן החשובים בעקרונות הצדק הטבעי, מיועד

בעיקרו להבטיח כי במילוי תפקידו יפעל עובד הציבור - או מי שנושא בחובת נאמנות בתחום המשפט הפרטי - 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 שלא במודע - במשוא פנים (679 ד-ה)... האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים חל על מומחה - יועץ רפואי לבית הדין לעבודה. מומחים יועצים רפואיים מתמנים בערכאות בית הדין לעבודה מכוח הנחיות נשיא בית הדין הארצי לעבודה, שהן בבחינת "תקנות שופטים" (680 א-ב)...

מינוי כמומחה יועץ רפואי מטיל על הרופא המתמנה תפקיד ציבורי בעל אופי מעין שיפוטי. מילוי של תפקיד כזה אינו יכול להתיישב עם קיום האפשרות לניגוד עניינים. אם קיים חשש ממשי ומבוסס כי האופן שבו ימלא הרופא את תפקידו או תוכן חוות הדעת שיערוך, עלולים להיות מושפעים מאינטרס אחר שבו הינו קשור, בין אישי ובין מוסדי, הריהו פסול מדעיקרא לקבלת המנוי (680 ד-ה) ...

בעצם קיומו של קשר תעסוקתי בין הרשות לבין המומחה יש כדי לפסול את המומחה לתפקיד שבו אמור הוא לפסוק במחלוקת שהרשות היא צד לה. דין זה חל גם מקום שהמומחה אינו עובד הרשות ואינו נמנה עם מנגנונה הקבוע, אלא מספק לה שירותים מקצועיים תמורת שכר על בסיס חוזי או קבלני (682 ז, 683א).

מעמדו של מומחה מטעם בית המשפט הנו לסייע לבית המשפט בחקר האמת ואסור לפיכך כי יסייע לצד מן הצדדים המתדיינים. על כך ר' ע"א 33/75, 435/75 איר טרמו בע"מ ואח' נ' אתרים בחוף ת"א - יפו ואח' פ"ד (1) 547, 555, שם קובע השופט שמגר (בתואר אז) לאמור:

"כאשר מתמנה חוקר על ידי בית המשפט, הרי הוא בחזקת זרועו הארוכה של בית המשפט, ולא נציג או מסייע בידי צד מן הצדדים המתדיינים... דומה המינוי לפי תקנה 138 למינויו של מומחה רפואי לפי תקנה 172 לתקנות הנ"ל... אולם יש לחזור ולשנות כי בכל המקרים הללו משמש החוקר או המומחה הרפואי כנציגו של בית המשפט, ושומה עליו לנהוג בדרך זו שיש בה - על פניה - הקפדה דווקנית על היעדר משוא פנים, להלכה ולמעשה. למטרה זו, וכדי להקדים תרופה למכה, חייב בית המשפט, המטיל תפקידי חקירה לפי תקנה 138, לברר ולוודא מראש, שאין החוקר המיועד בגדר מי שמעורב אישית בענין התלוי ועומד בפני בית המשפט ושאינו הוא קשור לצד מן הצדדים המתדיינים, כי

הרי כל פעולה הנעשית מטעם בית המשפט ובשמו ראוי שהיעדר כל תלות והיעדר כל חשש של משוא פנים יהיו ברורים וגלויים על פניה."

האם חל חסיון על התנהגות פסולה של רופא אשר מונה ע"י בית המשפט?

השאלה היא מהי ההשלכה המשפטית שיש להפרת חובת הנאמנות של רופא כפי שהוצגה בפרשת הרופא פלוני. זאת נוכח הוראת סעיף 8 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] אשר מעניק חסיון לפעולה של רשות שיפוטית וכל מי שפועל מטעמה. לכאורה ניתן לטעון כי כל פעולה - פסולה ככל שתהיה - של מומחה רפואי חוסה תחת כנפי סעיף 8 הנ"ל, ולא ניתן לתקוף את התנהגותו של המומחה אם נעשתה במסגרת תפקידו כמומחה רפואי.

כללי החיסיון באים להגן על הרשות השיפוטית ו/או מי שפועל מטעמה על מנת להגשים את מטרת ההליך ההוגן. מטרת החיסיון למנוע גילוי מידע בהליך שיפוטי כאשר אינטרס הכלל הוא שהמידע יישמר בסוד. כך לגבי גילוי מידע בטחוני, וכך גם ביחס לחשיפת פרטים שמסר חולה לרופא או מטופל לפסיכולוג בקשר לשירות רפואי או לטיפול פסיכולוגי שנזקק לו.

בבסיס פרשנותן של זכויות חסיון חקוקות עומד עיקרון הגילוי לגביו נקבע ברע"א 1412/94 **הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד** פ"ד מט (3) 522: המשפט עומד על האמת...גילוי האמת משרת את האינטרס של הפרט המתדיין הוא משרת את אינטרס הציבור. מכאן גם זכותו של הכלל לעדותו על כל פרט. אשר על כן הגישה כלפי החסיון הינה חשדנית. רק במקרים מיוחדים וחריגים יוכר החסיון"

לדעתנו על אף התפקיד המעין שיפוטי שבו רואים את מוסד המומחה הרפואי, כוונת המחוקק בסעי' 8 לפק' הנזיקין היא רק לנושאי תפקיד שיפוטי, ולא לנושאי תפקידים מטעם בית המשפט אותם לא הכשיר הדין לשמש כשופטים, ואף לא התכוון לתת להם סמכויות של הכרעה בסכסוך. מכל מקום, סעי' 8 חל רק על חסיון בתביעה שנושאה עולה שעשה נושא התפקיד השיפוטי במילוי תפקידו, אך אין היא חוסמת את תביעה בעילה של הפרת חובת הגילוי והנאמנות ע"פ דיני החוזים.

סיכום

עריכת חוות דעת רפואית מצמיחה בדרך כלל תועלת כלכלית לרופא. המערכת המשפטית לא השכילה למצוא מנגנון של פתרון סכסוכים ומחלוקות רפואיות ללא הזדקקות לחוות דעת רפואית. כך התפתחה תעשייה שלמה שבה ממלאים הרופאים תפקיד מרכזי במתן השירות באמצעות חוות דעת רפואיות בתחומים מגוונים. בצד הזכות לערוך חוות דעת חלות על הרופא חובות בסיסיות של שמירה על הגיינה מוסרית שהפרתן עלולה לחשוף את הרופא לסיכונים משפטיים.

רופא המכין חוות דעת חב חובת זהירות לא רק כלפי מזמין השירות, אלא גם ובעיקר כלפי בית המשפט. חובת הזהירות משתרעת על כל עובדה מהותית אותה צריך המומחה לגלות למזמין השירות ואשר בית המשפט היה נותן לה משקל. אי גילוי עובדות מהותיות ע"י הרופא בכל אחת מהסיטואציות הנ"ל עלולה להקים נגד הרופא עילה של הפרת חוזה בשל הטעייה, חוסר תום לב, הפרת חובת הנאמנות והסתמכות על מצג שהציג רופא כלפי מזמין חוות הדעת ע"פ דיני החוזים. כמו כן עלולה התנהגות כדוגמת כל אחד מהמקרים שהצגנו לעיל להקים גם עילה בניזיקין של התרשלות והפרת חובה חקוקה של חובת הגילוי הקבועה בחיקוקים שונים ביניהם חוק זכויות החולה תשנ"ו - 1996 וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תשנ"ב - 1992. במקרים מסוימים אם נסתרו עובדות מהותיות, אי הגילוי עלול להגיע לכדי הטעייה אסורה ועבירה פלילית.

אין כוונתנו במאמר זה אלא להעמיד את עושי חוות הדעת על כך שיש לשמור על פרופורציות, בבחינת "חכמים - היזהרו בדבריכם, ורופאים - בחוות דעתכם"

ברור לנו כי הרוב המכריע של הרופאים עורכי חוות הדעת, עושים עבודתם בנאמנות וללא רבב, והמקרים שהבאנו אינם אלא "הפירות הבאושים של תעשיית חוות הדעת". אך ראוי להעמיד נר לרגלינו את זכויות הפרט לדעת את כל המידע הרלבנטי אשר עלול להצמיח מניעה כלשהי במתן חוות הדעת. באיזון שבין הזכות לחופש העיסוק והעדפת התועלת הכלכלית שעשויה לצמוח לרופא במתן חוות דעת לעומת זכותו של המתדיין להליך הוגן. אין ספק שיש להעדיף את הזכות האחרונה.