

חוות דעת רפואית ואתיקה

במערכת כתב העת **רפואה ומשפט** נתקבלה רשימה, המובאת להלן, שבה תוארה התנהגות של רופא מומחה בכיר בישראל, אשר עוררה סימני שאלה. כותבת הרשימה היא עורכת דין בעלת ניסיון רב בתחום המשפט הרפואי. היא עמדה על מהמינות העובדות שתוארו ברשימה אך גם לא הסכימה לחשוף את זהות הרופא המומחה. היא גם אינה מבקשת להגיש קובלנה בעניין זה ללשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל. נימוקיה עמה. כל שביקשה עורכת הדין א. טיכו הוא להביא את הנושא – כתופעה – לפני הציבור, רופאים ואנשי משפט – למען יקראו וידונו.

המערכת כיבדה את בקשתה של עורכת הדין והרשימה מובאת כאן.

מצדנו ראינו לנכון לבקש – ואכן קיבלנו – תגובות מוסמכות על הנושא משני מקורות חשובים: פרופסור אבינועם רכס, יו"ר הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל מסר לנו את תגובתו הבלתי משתמעת לשתי פנים.

ד"ר לימור זר-גוטמן, ראש המרכז לאתיקה ואחריות מקצועית של עורכי דין ע"ש דיויד וינר, מבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל, הואילה לכתוב מאמר אקדמי המתייחס לנושא.

דברי מומחי אתיקה אלה מובאים עם הרשימה. אנו, המערכת, ראינו להוסיף דברים מפי אילנות גדולים, דברים המבהירים את דעת ההלכה הפסוקה בישראל על היחס בין אתיקה למשפט, והוספנו מעין דברי קישור בינם לבין הנושא.

סיפורים מבין כותלי בית המשפט

על הרופא שיצא נגד החולה לטובת חברת הביטוח

אהובה טיכו, עו"ד

א.ב. גבר צעיר ובריא בעברו, מעצב נוף במקצועו, בהיותו כבן 41 לקה באוטם שריר הלב בעת שרחץ בג'קוזי לאחר פעילות גופנית מאומצת. הוא אושפז וטופל במרכז רפואי גדול בישראל. הטיפול כלל בירור מקיף שהתייחס לאטיולוגיה של מחלתו. הבירור לא העלה עדות למחלת העורקים הכליליים או למחלת לב אחרת. שבע שנים לאחר אירוע האוטם בשריר הלב, לקה א.ב. בשבץ מוחי. הוא אושפז במחלקה הנוירולוגית באותו מרכז רפואי. שוב נערך בירור נרחב, הפעם כמובן בהקשר לסיבות האפשריות לשבץ המוחי. חרף הבירור המקיף, גם הפעם סיבת המחלה – השבץ המוחי – נותרה עלומה. החולה המשיך להימצא במעקב ובטיפול מנהל המחלקה הנוירולוגית, וקיבל מידיו אישורים בכתב כי "בירור מקיף לאטיולוגיה אפשרית לא העלתה פתולוגיה ספציפית".

לאחר האירוע המוחי סירבה חברת הביטוח לשלם לא.ב. את תגמולי הביטוח. טענת חברת הביטוח הייתה כי ההגבלה הביטוחית על מחלות לב וכלי דם חלה גם על האירוע המוחי. א.ב. נאלץ להגיש לבית המשפט תביעה נגד חברת הביטוח.

במענה לתביעה, הגישה חברת הביטוח חוות דעת רפואית חתומה בידי אותו רופא – מנהל המחלקה הנוירולוגית – אשר טיפל בא.ב., ואשר כתב בחוות דעתו לבית המשפט את ההיפך מן הדברים שכתב במכתב שמסר בידי המטופל שלו: "לכן אין ספק כי מחלת הלב ממנה סבל א.ב. (השינוי שלי – א.ט.) היא המקור והסיבה הישירה לאירוע המוחי שעבר...".

ומכאן השאלה:

האם רשאי היה הפרופסור הנכבד, מנהל המחלקה, לתת חוות דעת לבקשת חברת הביטוח וכנגד החולה בו הוא טיפל? חברת הביטוח טענה כי אין הוראה בדין האוסרת על רופא מטפל להגיש חוות דעת מטעם מזמין, בין שזה המטופל ובין שזה המוסד בו עובד הרופא.

אך בנייר העמדה של לשכת האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל (הר"י) נקבע כי "רופא לא יפעל נגד מי הנמצא בטיפולו". זאת ואף זאת – בהחלטה שניתנה על ידי כב' השופט י' שפירא בבית המשפט המחוזי בירושלים, בבש"א (מחוזי י-ם) 7414/04, בו נדון מקרה דומה. בהתייחסות מפורשת לקביעת נייר העמדה של הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל, הבהיר בית המשפט, באופן חד-משמעי את דעתו בדבר המשקל הראוי לחוות דעתו של הרופא שניתנה נגד מטופלו בעבר.

בעניינו של א.ב., לבד מן הפגם האתי והפגיעה המשפטית שבחוות הדעת של רופא-מטפל, בולטת גם הסתירה שבין הקביעות המקצועיות של המומחה, שנתנו במהלך ובסיום הטיפול, לבין קביעותיו של אותו מומחה עצמו בחוות הדעת הרפואית שניתנה לצורך הגנת עמדתה של חברת הביטוח. מקרים מסוג זה מעלים חששות כבדים באשר למניעים שמאחורי עריכת חוות הדעת. לדאבון הלב התנהלות מסוג זה אינה חדשה, או נדירה ואף אינה בלתי מוכרת במדינות אחרות. התנהלות זאת מזכירה את אמרתו החשובה של השופט האנגלי הדגול (המנוח) Lord Denning :

"...[the report] was the result of long conferences between two professors and counsel in London, and was actually 'settled' by counsel. In short, it wears the colours of special pleading rather than an impartial report...." Lord Denning in *Whitehouse v. Jordan* [1908] 1 All ER 65.

(פסק הדין המצוטט לעיל הוא אבן דרך חשובה במשפט הרפואי – הלכה הנוהגת גם בישראל.)

תגובת פרופסור א. רכס – יו"ר הלשכה לאתיקה, ההסתדרות הרפואית בישראל

בפתח דברי אני מבקש להבהיר כי זהות הקובל אינה ידועה לי, כמו גם מניעיו. מאחר ומדובר בתביעה שהסתיימה בפשרה לא עמדו מעשיו של הרופא למבחן בית המשפט. בקשתי לקבל את התיעוד עליו נסמכת התביעה תוך הסתרת כל פרטים מזהים. למרבה הצער בקשה זו לא נענתה על ידי הקובל. אין לי לכן כל אפשרות לאשר או להפריך את טענות הקובל. לפיכך גם, כל עוד לא אוכל לבחון מסמכים אלו באופן בלתי אמצעי, אני אתייחס למעשיו, לכאורה, של המנהל.

למותר לציין כי אינני יודע גם את זהות מנהל המחלקה הנוירולוגית נגדו מופנית תלונה זו. בקשתי לקיים דיון עקרוני בסוגיה ולמחוק את זהותו המקצועית על מנת שלא להכתים את כלל מנהלי המחלקות הנוירולוגיות בארץ. לצערי גם בקשה זו נדחתה הפעם על ידי עורך העיתון.

פרטי המקרה, אם הם אכן נכונים, מעוררים מחשבות ביחס ליושרו ויושרתו המקצועית, לכאורה, של אותו מנהל והם מטילים צל על כלל הרופאים בתפקידם כעדים מומחים בבתי המשפט.

ברצוני להבהיר כי התנהגותו של אותו מנהל אינה עומדת, לכאורה, בכללי האתיקה הרפואית הן בהיבט של הקשר עם המטופל והן בהיבט של חובותיו כעד מומחה והיא ראויה לגינוי.

נייר העמדה של הלשכה לאתיקה "רופא לא יפעל נגד מי שהיה בטיפולו" אשר פורסם בדצמבר 2004 בא להבטיח את הנאמנות המוחלטת של הרופא למטופל. נאמנות זו נדרשת על מנת לשמור ולהבטיח אמון מלא של המטופל ברופא כבסיס הכרחי לקשר המקצועי ביניהם. במהלך קשר זה חייב המטופל להרגיש בטוח ומוגן. כך יוכל, מתוך פתיחות מרבית וגילוי לב, להפקיד בידי הרופא את סודותיו האינטימיים ביותר. זאת מתוך ידיעה מוחלטת ושלמה כי הרופא לא יעשה לעולם שימוש לרעה במידע זה. אם לא נקפיד על עקרון אתי זה נוביל למצב העגום בו המטופל

יסתיר מפני הרופא מידע חיוני, ההחלטות הרפואיות תהיינה לקויות, המטופל יינזק ומעמד הרופא בעיני המטופל וכלל החברה יינזק אף הוא.

בית המשפט המחוזי בירושלים, כבוד השופט יי. שפירא, אימץ עמדה זו וסרב להכיר בחוות דעת שניתנה על ידי רופא נגד התובע-חולה שטופל על ידו בעבר.

אם נכוונות הטענות הרי שמנהל המחלקה פעל, לכאורה, בניגוד לכלל האתיקה הרפואית בכך והשתמש במידע רפואי שהופקד בידיו על מנת לרצות את חברת הביטוח ולהטיב בכך את מצבו הכלכלי.

מנהל מחלקה פעל, לכאורה, גם בניגוד לנייר העמדה של הלשכה לאתיקה בדבר "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 כנה לעזור לשופט בחקר האמת ובהכרעת הדין. לפיכך גם מחייב נייר העמדה כי חוות הדעת תהייה "מקצועית, אמינה וחסרת פניות".

לפיכך מנהל המחלקה פעל, לכאורה, פעם שנייה בניגוד לכללי האתיקה הרפואית בכך שכתב גרסה רפואית שונה העומדת, על פי הנטען, בניגוד ובסתירה לגרסה הרפואית המקורית שלו עצמו. זאת, שוב, על מנת לרצות את חברת הביטוח ולהטיב בכך את מצבו הכלכלי.

יש להוקיע תופעה זו בכל לשון על מנת לשמר את אמון מערכת המשפט והציבור ביושרם המקצועי של הרופאים ונאמנותם למטופלים.

7.11.2011

פרופ' אבינעם רכס, יו"ר הלשכה לאתיקה, ההסתדרות הרפואית בישראל.

ניגוד עניינים של רופא הנותן חוות דעת לצד שכנגד למטופל שלו לשעבר

ד"ר לימור זר-גוטמן*

המקרה המוצג, אותו תנתח הרשימה שלי, ניתן לתיאור בפשטות באופן הבא: **האם רשאי רופא לתת חוות דעת רפואית לצד שכנגד למטופל שלו לשעבר באותו עניין בו טיפל בו?** העובדות הרלוונטיות הן שהרופא נותן חוות הדעת טיפל בעבר באותו מטופל; שלאחר שהסתיים הטיפול ואותו אדם אינו עוד מטופל של הרופא, נתן הרופא חוות דעת רפואית לטובת חברת הביטוח שהיא הצד שכנגד למטופל לשעבר; חוות הדעת שנתן הרופא לחברת הביטוח היא באותו עניין בו טיפל במטופל. דהיינו, אין זה מצב שבו אדם טופל בעין שמאל אצל הרופא, חלפה תקופה ועתה עוסקת חוות הדעת בעין ימין כשאינן קשר בין שני המקרים. בהמשך אסביר מדוע עובדה אחרונה זו חשובה ומשליכה על הדיון כולו.

מקרה זה משתייך לקטגוריה רחבה של מצבים המוגדרים כניגוד עניינים. אדם המנהל את ענייניו רשאי לנהלם ככל שירצה ובלבד שלא יעבור על החוק. אדם המטפל בענייניו של אחר, אינו יכול לעשות ככל העולה על רוחו אלא יש חובות המוטלות עליו בשל היותו נאמנו של אחר. אחת החובות המרכזיות הנובעות מאותה נאמנות היא האיסור להימצא בניגוד עניינים.¹ האיסור להימצא בניגוד עניינים הוא רחב ביותר והוא חל על עיסוקים ותפקידים רבים בהם יש נאמנות – אישי ציבור, עובדי מדינה, שופטים, דירקטורים בחברה, עורכי דין וגם רופאים. מדובר בחובה חשובה בעלת מעמד מרכזי הבא לביטוי בתחומי המשפט הרבים בהם קיימת חובה זו. תחילה, המשפט הפלילי שם

1 אהרון ברק, "האיסור על ניגוד העניינים" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 29, 34 (עורכים דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמיניצר, 2009).

החובה שלא להימצא בניגוד עניינים מגולמת בעבירה של הפרת אמונים ו/או שוחד. החובה גם חלה במשפט המנהלי כעילה עצמאית היכולה להביא לביטול מעשה מנהלי. החובה גם מתקיימת בדין המשמעתי של עיסוקים ופרופסיות. לדוגמה, כללי האתיקה המחייבים של עורכי הדין מכילים מספר כללים המגדירים מהו ניגוד עניינים אסור סביבם התפתחה פסיקה משמעטית ענפה העוסקת בעורכי דין שהועמדו לדין משמעתי בגין הפרת כללים אלו. החובה שלא להימצא בניגוד עניינים חלה גם בתחום האתיקה שם מדובר בהתנהגות שאינה ראויה הגם שאינה מהווה הפרה של החוק והגם שאין עילה להעמיד לדין משמעתי.

האיסור האתי לפעול בניגוד עניינים קובע שאין זה ראוי שרופא יפעל בניגוד עניינים. אין משמעו שהדבר אסור על פי החוק שכן אתיקה אינה החוק. בעוד החוק קובע את הסף – המינימום הנדרש מהתנהגות רופא, האתיקה קובעת את הרף אליו יש לשאוף ולפיו יש לפעול כדי שההתנהגות תחשב לראויה.² לצד האתיקה אין סנקציות משפטיות כמו העמדה לדין משמעתי, שלילת הרישיון לעסוק ברפואה או חיוב בתשלום פיצויים אלא סנקציות חברתיות. מצופה מפרופסיה הנשענת על אמון הציבור לפעול לפי כללי האתיקה כאילו היו מחייבים כמו החוק. עבור רופא או עורך דין העובדה שהוא אינו צפוי לתביעת נזיקין או להעמדה לדין משמעתי אם יפר את האתיקה המקצועית לא צריכה להביא לפיחות ברמת הציות לכללי האתיקה. אנו מצפים מהפרופסיה של הרופאים לפעול לפי הנורמות האתיות בהיותן ההתנהגות הראויה של כל רופא.

לכללים האוסרים על המצאות במצב של ניגוד עניינים שני טעמים: ראשון, טעם **פרגמאטי** – להביא להפעלה ראויה של הסמכות בכך שמונעים מראש מצב שבו מי שמטפל בעניינו של אחר עלול לשיקול שיקולים לא רלוונטיים. הטעם השני לאיסור, טעם **ערכי**, שעניינו אמון הציבור.³ אצל עורכי דין ורופאים מקבל טעם זה משקל רב הואיל וללא אמון לא יגיעו מטופלים לקבל טיפול רפואי ואולי גם לא יבצעו את הטיפול הרפואי. אמון הציבור מהווה אבן יסוד של פרופסיה הרופאים ועל כל רופא לפעול בהתנהגותו כדי לחזק אמון זה.⁴

האסור הוא על המצאות במצב של ניגוד, מטרתו למנוע את הרע בטרם יקרה. כך שהאיסור צופה פני עתיד. אין מדובר בכלל תוצאתי הבוחן האם נגרם בפועל נזק עקב ניגוד העניינים. המבחן הוא אובייקטיבי כשעצם הכניסה למצב האסור מהווה הפרה של הכלל. בפסק הדין המרכזי בסוגיה הכללית של ניגוד עניינים הסביר השופט ברק (כתוארו אז):

"האיסור אינו רק על שיקול הדעת עצמו בביצוע הפעולה או התפקיד. האיסור הוא על הימצאות במצב בו עלול להיות ניגוד עניינים. מטרת הכלל היא למנוע את הרע בטרם יארע. הכלל צופה את פני העתיד. אין זה מעלה או מוריד אם בפועל שיקול הדעת הוא ראוי. מטרת הכלל היא למנוע פיתוי מאדם ישר והגון, בבחינת אל תביאנו לידי ניסיון."⁵

ההחלטה האם קיים ניגוד עניינים אסור לא מסורה לשיקול דעתו של עורך הדין או הרופא אלא מסורה למבחן אובייקטיבי.⁶ גם רופא תם לב יכול ויהיה מצוי במצב של ניגוד עניינים. המבחן האובייקטיבי, המתעלם מתחושת הרופא עצמו, חשוב לאור שורה של מחקרים בפסיכולוגיה שהראו את ההטיה העצמית הלא מודעת שיש לאנשים – אנשים לא מסוגלים לאמוד במדויק את ההשפעה שיש לאינטרסים שונים על התנהגותם, וכי האדם מוטה לסבור שהשפעת האינטרס העצמי על התנהגותו פחותה מכפי שהיא בפועל.⁷ מחקרים שבחנו ניגוד עניינים אצל רואי חשבון הראו שרוב רובו של ניגוד העניינים נעשה בצורה לא מודעת.⁸ מסיבה זו לא ניתן להסתמך על תחושת האדם עצמו ולבחון האם הוא עצמו חש בניגוד העניינים אלא חייבים לקבוע מבחן אובייקטיבי וחייבים להקפיד על קביעת גבולות ברורים.

2 אסא כשר "אתיקה מקצועית" סוגיות אתיות במקצועות הייעוץ והטיפול הנפשי 15 (1993).

3 ברק, האיסור על ניגוד עניינים, לעיל הערה 1, בעמ' 36-38.

4 להסבר על טיעון זה לגבי עורכי דין ראו, לימור זר-גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין" ספר עדי אור ז"ל 231 (2007).

5 בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566, 572-573 (1980).

6 ברק, האיסור על ניגוד עניינים, לעיל הערה 1, בעמ' 36.

7 יובל פלדמן "הפסיכולוגיה של ניגוד העניינים" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 57, 71-70 (עורכים דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר, 2009).

8 שם בעמ' 81-82.

יכולים להיות מבחנים אובייקטיביים שונים לקביעת ניגוד עניינים אסור. אצל עורכי דין קיים המבחן המחמיר ביותר – די בקיומו של חשש לניגוד כדי שהייצוג ייאסר. יודגש שאין צורך שהחשש יהיה ממשי או שתהייה אפשרות ממשית לפגיעה, די בחשש. בשונה מעורכי דין, אצל שופטים, לפי סעיף 77א לחוק בתי המשפט נדרש שופט נדרש שלא לשבת בדין אם קיים חשש ממשי. זהו איסור ניגוד העניינים הקבוע בחוק המיישם את המבחן האובייקטיבי של "חשש ממשי". בנוסף לו, קיים גם ניגוד העניינים האתי לפי שופטים רבים נוקטים בגישה הראויה ומגלים לצדדים את נסיבות הניגוד ואף פוסלים עצמם מלדון אף שהדבר אינו מחויב לפי סעיף 77א.⁹

יש הטוענים שכאשר רופא מקבל שכר תמורת חוות דעתו יש בתמורה המשולמת כדי להשפיע על חוות דעתו. ייתכן שההשפעה היא בתת המודע הואיל והתשלום יוצר נאמנות למשלם.¹⁰ במקרה שלפנינו, בו קיים ניגוד עניינים, זו אינה הסיבה לאיסור על מתן חוות הדעת הואיל וגם בהנחה שהרופא פועל בתום לב ואין לו כל העדפה לחברת הביטוח המשלמת עדין לפי המבחן האובייקטיבי – שהוא המבחן של ניגוד העניינים – מדובר במצב של ניגוד עניינים אסור. לפי כללי ניגוד העניינים, אין חשיבות לתוצאה קרי, האם בפועל הייתה העדפה פסולה של חברת הביטוח המשלמת עבור חוות הדעת. מדובר במצב שהוא מראש "מסומן" כמצב של ניגוד עניינים אסור מבחינה אובייקטיבית.

הקוד האתי של ההסתדרות הרפואית אינו קובע מבחן כללי לניגוד עניינים אלא מגדיר ספציפית שלושה מצבים בהם קיים ניגוד עניינים אסור. כך נאמר בקוד:

1. הרופא לא יפעל נגד מי שהנו או שהיה מטופל שלו, ולא יעשה כל שימוש לרעת המטופל במידע הרפואי הנמצא ברשותו.

2. רופא יימנע ממתן חוות דעת רפואית נגד מי שהיה בטיפולו, אלא אם הדבר נעשה על פי צו המשפט.

3. הרופא הניצב מול מטופלו, כתוצאה מהליך משפטי או אחר, יעביר את הטיפול במטופל לרופא אחר.

בשנת 2004 פרסמה הר"י נייר עמדה שכותרתו "רופא לא יפעל נגד מי שבטיפולו". מסקנת נייר העמדה זהה להוראת הקוד ויש בה איסור מוחלט על רופא לתת חוות דעת רפואית נגד מי שהיה בטיפולו אלא אם בית המשפט מחייב אותו לעשות כן. נייר העמדה מבוסס על הצורך לשמור על האמון שחייב לשרור ביחסי רופא מטפל, אמון שנפגע קשות כאשר הרופא, כמו במקרה שלפנינו, נותן חוות דעת נגד מטופל שהיה בטיפולו.

במקרה שלפנינו אילו דובר בעורך דין לא היינו נדרשים לאתיקה כדי לקבוע שההתנהגות אינה ראויה הואיל והחוק המחייב קובע שזו התנהגות אסורה. עורך הדין במקרה זה צפוי לעמוד לדין משמעתי בלשכת עורכי הדין בגין הפרה של כלל 16 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 הקובע: "עורך דין לא יטפל נגד לקוח - (1) בעניין או בקשר לעניין שטיפל בו למען אותו לקוח; (2) בעניין אליו יש זיקה של ממש למידע שקיבל עורך הדין מאותו לקוח או מטעמו".

במתן חוות הדעת לטובת חברת הביטוח יש משום טיפול נגד הלקוח/המטופל בו טיפל קודם לכן כמנהל מחלקה. חוות הדעת שנתן הרופא לחברת הביטוח בנוגע לאירוע המוחי והקשר לאירוע הקודם של אוטם שריר הלב היא בדיוק אותו עניין בו טיפל הרופא במטופל עת שהיה מאושפז במחלקה שלו בגין האירוע המוחי. במקרה זה לא צריך אפילו להתבסס על הפסיקה שנתנה פרוש מרחיב לביטוי "באותו עניין"¹¹ הואיל וגם המובן הצר יראה שהטיפול

9 להרחבה על ניגוד עניינים אתי אצל שופטים ראו, לימור זר-גוטמן "ניגוד עניינים אצל שופטים: בין דיני פסלות שופט לאתיקה" ניגוד עניינים במרחב הציבורי, משפט תרבות, אתיקה, פוליטיקה 429 (עורכים דפנה ברק-ארז, דורון נבות, מרדכי קרמינצ'ר, 2009); להחלטת נציבות תלונות הציבור על שופטים המחילה ניגוד עניינים אתי ראו, עמדת נציב 1/11 מיום ה- 11.4.2011 פורסמה באתר <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/BAF68883-AF0E-4B5A-B289-2C220DD1A81A/27158/111.pdf>

10 דוד רבינרסון, יוסי גרין "חוות הדעת הרפואית, עלותה ומה שביניהן" הרפואה 146(7) 539 (2007). ראו גם, אברהם סהר "חוות דעת רפואית – אמינות, אתיקה ושכר טירחה" הרפואה 146(7) 534 (2007).

11 על"ע 6/88 קובלר, עו"ד נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מה(4) 329, 333 שם כותב בית המשפט העליון: "כבר נפסק על-ידי בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, שיש לתת למונח 'אותו עניין' פירוש מרחיב ולא מצמצם

כמנהל המחלקה במטופל בגין האירוע השני וחוות הדעת הרפואית שנתן הרופא לחברת הביטוח הם באותו עניין בדיוק. כך שלגבי הרופא ועורך הדין מדובר בהפרת חובה – חובה שבחוק אצל עורך הדין וחובה שבקוד האתי אצל הרופא.

מה לגבי חובה שבחוק לגבי הרופאים, מניין זו תבוא? במצב הקיים כיום, אפשר, לכאורה, להעמיד לדין משמעותי את הרופא שנתן חוות דעת לצד שכנגד למטופל שלו לשעבר וזאת לפי הסעיף הכללי של התנהגות שאינה הולמת רופא.¹² אני בספק אם יעשה כן בעיקר לנוכח הערפול וחוסר החוקיות שיש בסעיף סל כה רחב. עדיף לאפשר להסתדרות הרפואית או לכל גוף מקצועי אחר שיקבע בחוק סמכויות להעמיד לדין משמעותי רופא אשר נותן חוות דעת תוך המצאות בניגוד עניינים. בדומה להצעה שכבר הועלתה על-ידי פרופ' רכס מומלץ להקים גוף בקרה על חוות הדעת שנותנים רופאים כשלגוף זה גם תינתן הסמכות ליזום קובלנה משמעותית נגד רופא שתטופל על-ידי משרד הבריאות.¹³ במקרה זה מומלץ לקבוע בחוק סעיף מפורט של ניגוד עניינים שיחיל מבחן אובייקטיבי. לאחר שיהיה סעיף כזה, ניתן יהיה להעמיד לדין משמעותי רופאים במקרים כמו המקרה שלפנינו ובעוד מצבים של ניגוד עניינים אסור.

ד"ר לימור זר-גוטמן, ראש המרכז לאתיקה ואחריות מקצועית של עורכי דין ע"ש ד"ר דיוויד וינר ז"ל, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

לסיום ולצורך הבהרה

הדברים המתוארים ברשימה שלעיל מעוררים שתי סוגיות:

א. מהימנות של לפחות אחת משתי חוות הדעת – זאת שאלה משפטית שההלכה, ולא רק בישראל, קבעה עמדה ברורה כלפיה – לפיכך לא זה המקום לעסוק בה;

ב. השאלה האתית שבמתן חוות דעת נגד האינטרס של מטופל – ובכך היה הדיון.

מצאנו לנכון להוסיף נקודות אחדות מן הדין בישראל:

החוק¹ בישראל קובע:

"הזכאים לקבל רשיון [תיקון: תשמ"ז, תש"ע]

ודווקני... ועדות האתיקה של לשכת עורכי הדין, הכפופות לתקדים המחייב שנקבע בעניין קובלר לעיל, ממשיכות ליישם גישה מרחיבה זו. ראו למשל, החלטה מספר את 44/05 פורסמה ב-אתיקה מקצועית גיליון 15 עמ' 4 (2005).

12 סעיף 141(1) לפקודת הרופאים [ני"ח], תשל"ז-1976.

13 אבינעם רכס "שמירת כבוד המקצוע: הרופא כעד מומחה" *זמן הרפואה*, 29, 58 (2008).

1 פקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976, סעיף 4א(1).

2 משמעות המושג "אדם הגון" בהקשר זה נדון בהרחבה בפסק דינה של כב' השופטת ה' בן עתו בע"א 224/79 *יעקב דימנט נ' שר הבריאות*, פ"ד לה (2) 242 (ניתן ביום 3.2.1981).

3 כב' השופט (כתוארו אז) מ' שמגר בעל"ע 17/79 *הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין במחוז תל אביב – יפן נ' פלוני עורך דין* (ניתן ביום 17.5.1980) (בסעיף 4 לפסק הדין).

"כדי לצעוד בדרך המלך, על איש המקצוע או על מי שנמנה עם המסגרת הארגונית המיוחדת, להיות מונחה על-ידי הכללים המופשטים, המעצבים את התפישות השוררות במקצוע או במסגרת הארגונית, לפי הענין, ואשר הם ביטוי לערכים המקובלים בהם."

(א) מי שנתקיימו בו כל אלה זכאי לקבל רשיון לעסוק ברפואה:

(1) הוא אדם הגון;²

אין ספק כי "תנית ההגיונות" האישית מכוונת להתנהגות איש המקצוע לכל אורך דרכו במקצועו.³

מכאן עולה השאלה בדבר התוצאה הצפויה של אי-עמידה ב"תנית ההגיונות" – מה יעשה לאיש – "שנהג בדרך שאינה הולמת". תשובת המחוקק ברורה – העמדה לבירור משמעותי.⁴ הפסיקה הבהירה את סמכות השר בעניין זה,⁵ מפי כב' הנשיא שמגר:

"... האינטרס של הציבור הוא שטענה בדבר פסול בהתנהגות איש מקצוע תבורר, ושייעשה הדרוש כדי שבעלי מקצוע יעמדו בכללי המשמעת והאתיקה, המיועדים למטרה זו."⁶

אמרה זאת אינה מותירה ספק באשר למשמעות ולתוצאות של "דרך בלתי הולמת" – זאת הדרך שאינה עומדת "בכללי המשמעת והאתיקה".

מאלפים גם דברי כב' השופט י' זמיר:

"כללי אתיקה, מעצם מהותם, אינם כללי משפט. לכן אין הם עניין לבית-משפט. כך לגבי אתיקה חברתית... וכך גם לגבי אתיקה מקצועית... בית-המשפט הקים, כביכול, גדר בין תחום האתיקה לבין תחום המשפט... הנחה היא, שמוסכמות חברתיות וכללי אתיקה יספיקו כדי להסדיר את ההתנהגות בתחום זה באופן סביר, ללא צורך בהתערבות המשפט... כל זמן שכך הוא, המשפט נשאר בתחום שלו, ואינו עובר את הגדר לתחום האתיקה. אולם טעות היא לחשוב שהמשפט אינו מתעניין במה שמתרחש מעבר לגדר. הגדר אינה אטומה. המשפט עוקב בעיניים פקוחות אחר האתיקה. יש מקרים שבהם נראה לעין כי האתיקה חלשה ואין בכוחה להבטיח התנהגות ראויה, אם משום שאינה ברורה או מוסכמת, אם משום שאין לה מנגנון יעיל של אכיפה ואם מטעם אחר. במקרה כזה, אם אינטרס ציבורי חשוב נתון בסכנה ממשית, עשוי המשפט לעבור את הגדר המפרידה בינו לבין האתיקה, ולהפוך כלל אתי לכלל משפטי, כדי להקנות לו את הכוח הנדרש להשליט סדר ראוי. זהו תהליך מוכר. המשפט מתרחב בהתמדה על חשבון האתיקה." (דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 51 (ניתן ביום 26.2.1996).

מערכת רפואה ומשפט

4 פקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976:

4.1 סמכויות השר

ראה השר, על יסוד קובלנה של המנהל או של אדם שנפגע, כי רופא מורשה עשה אחת מאלה, רשאי הוא, בצו חתום בידו, לבטל את הרשיון של הרופא או להורות שהרשיון יותלה לתקופה שקבע בצו, או לתת לרופא נזיפה או התראה.

(1) נהג בדרך שאינה הולמת רופא מורשה; (ההדגשה אינה במקור – המערכת).

5 כב' השופטת מ' בן פורת בע"א 224/79 יעקב דימנט נ' שר הבריאות, פ"ד לה (2) 242 (ניתן ביום 3.2.1981).

"(לא) רק המעשים המתוארים בסעיפים 42 ו-43 לפקודה הם בגדר "התנהגות שאינה הולמת רופא מורשה" ואין בלתם... ניתן, כאמור, לראות בסעיף 41(1) את העילה, המגלמת בתוכה את תפיסתו של המחוקק... - כנאמר ברישא של סעיף 41 – שיקול הדעת הוא של שר הבריאות."

וברוח דומה: כב' השופט א' גולדברג בע"א 580/86 ד"ר עמירם פישמן נ' שר הבריאות, פ"ד מא (2) 614 (ניתן ביום 7.5.1987); כב' הנשיא שמגר בע"א 3786/90 ד"ר יעקב ברון נ' שר הבריאות, פ"ד מו (1) 661 (ניתן ביום 14.1.1992).

6 בג"ץ 5760/93 פלונית נ' ועדת התלונות על פי חוק הפסיכולוגים, פ"ד נ(4) 194 (ניתן ביום 21.5.1995).