

בתי המשפט

א 002537/08		בית המשפט המחוזי בירושלים	
תאריך: 11/01/2010		כב' השופטת נאוה בן-אור	לפני:

בעניין: 1. עזבון המנוח נזאל בראא ז"ל
2. פאחר נזאל
3. עיישה נזאל
התובעים ע"י ב"כ עו"ד ל. שחר

נ ג ד

1. ד"ר קושניר אמיר
2. מדינת ישראל - משרד הבריאות
ע"י ב"כ עו"ד ש. פינקלשטיין, וייסגלס-אלמגור, הנתבעים
עורכי דין

להחלטה במחוזי (03-05-2009): תא 2537/08 עזבון המנוח נזאל בראא ז"ל נ' ד"ר קושניר אמיר שופטים: נאוה בן אור, עו"ד: ל. שחר

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת הניזקין \[נוסח חדש\]](#)

[חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\], תשמ"ב-1982](#)

החלטה

1. עזבון המנוח נזאל בראא ז"ל והוריו (להלן: **התובעים**), הגישו תביעה בגין רשלנות רפואית, שעניינה הכללתו של התינוק המנוח נזאל בניסוי קליני, שהתבצע, בין היתר, גם בבית החולים "פוריה", תחת פיקוחו של נתבע 1, ד"ר אמיר קושניר, מנהל מחלקת ילדים והפגייה באותו בית חולים. נתבעת 2 היא מדינת ישראל, מעסיקתו של נתבע 1. על פי הנטען, מצבו הרפואי של המנוח לא אפשר את הכללתו בניסוי, והוא נפטר כתוצאה מכך מספר שעות לאחר מכן.

בכתב ההגנה שהוגש מטעמם של הנתבעים נטען, כי עומדת לנתבע 1 חסינות של עובד ציבור, על פי הוראת סעיף 7א [לפקודת הניזקין](#) [נוסח חדש] (להלן: **הפקודה**), כפי

שתוקנה בשנת תשס"ה. לפיכך בקשו הנתבעים את מחיקתו של נתבע 1 מכתב התביעה, תוך מתן הצהרה מטעם נתבעת 2, כי תישא בכל חבות שתוטל, אם תוטל, בסופו של ההליך.

ב"כ התובעים מתנגדת לבקשת המחיקה, ולטענתה יש לקבוע כי אין מתקיימים תנאי החסינות הקבועים בהוראת סעיף 7א, ועל ההליכים להתנהל נגד שני הנתבעים גם יחד, כהוראת סעיף 7ב(ג) לפקודה.

תמצית טיעוני הצדדים

2. טענותיה של ב"כ התובעים, בתמצית, הן שתיים. האחת, כי פעולתו של רופא אינה מעשה שנעשה "תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור", כהוראת סעיף 7א הנ"ל, וכן כי חל על המעשה החרוג הקבוע באותה הוראה, ולפיו לא תקום חסינות למעשה "שנעשה ביודעין, מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור".

בכל הנוגע לטענה הראשונה טוענת ב"כ התובעים כי המבחן לתחולת החסינות הוא מבחן מהותי, הבוחן את טיב הפעולה נשוא התביעה. ובאשר לטענה השנייה, מאחר שהעובדות העולות מכתב התביעה מלמדות על מעשה שנעשה ביודעין ומתוך שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה, הרי שחל הסייג לחסינות. בהקשר זה נטען, כי אין לקבל את הטענה לפיה תנאי הסיפא של סעיף 7א(א) לפקודה יבחנו על פי כללי המשפט המנהלי, וכי על בית המשפט להידרש ליסודות העובדתיים הנוגעים לאירוע על מנת להכריע בשאלת תחולת החסינות.

3. מנגד טוענת ב"כ הנתבעים, כי החלטת המדינה לאמץ את מעשהו של עובד הציבור היא החלטה מנהלית, ומכאן נובע שהביקורת השיפוטית על החלטה זו, על פי סעיף 7ב(ג) לפקודה, צריכה להיעשות על פי אמות המידה של המשפט המנהלי ולא על פי היסודות העובדתיים של המעשה נשוא התביעה, שהרי בחינה זו אינה אפשרית בשלב זה של הדיון. מאחר שהחלטתה להכיר בחסינותו של נתבע 1 אינה חורגת ממתחם הסבירות, אין להתערב בה.

הכרעה

4. אומר מיד, כי הדין עם הנתבעים בכל הנוגע לטיב הביקורת השיפוטית המופעלת על החלטת המדינה להכיר בחסינות של עובד ציבור. הביקורת היא ביקורת מנהלית, הבוחנת את סבירות ההחלטה: "בית המשפט אינו נדרש לקבוע אם התקיימו בעובד המדינה תנאי החסינות, אלא אם נפל פגם בהחלטת המדינה להכיר בה" (כדברי כב' השופט צ' זילברטל בבר"ע (ירושלים) 660/08 [הולנדר נ' משעול](#), תקדיון).

אלא שיש לבחון את סבירות החלטת המדינה, הן בכל הנוגע לתחולת התנאי שהמדובר במעשה שנעשה תוך כדי מילוי "תפקיד שלטוני", והן בכל הנוגע לתחולת הסייגים לחסינות. עמדת ב"כ התובעים, לפיה אין המעשה נשוא התביעה מעשה שנעשה "תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור" של נתבע 1, נראית בעיני. כפי שנראה להלן, החלטת הוראת החסינות בעניינו אינה סבירה ואינה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק.

5. שני הצדדים לא הפנו אותי בטיעוניהם להחלטה העוסקת בעניין זה, וככל הנראה טרם נדונה הטענה כי עומדת לרופא, המועסק בבית חולים ממשלתי, חסינות של עובד ציבור בתביעת נזיקין נגדו.

6. נפנה תחילה לדברי ההסבר לתיקון מס' 10, בו הוכללה ההוראה בדבר חסינות עובדי ציבור (הצעת חוק לתיקון [פקודת הנזיקין](#) (מס' 10)(אחריות עובדי הציבור), תשס"ג-2002, ה"ח תשס"ג, עמ' 134):

"הגישה התומכת בהרחבת חסינותם של עובדי ציבור גורסת, כי אין מקום שעובדים אלה ישאו באחריות כאשר הם פועלים בתום לב במהלך עבודתם, בין השאר משיקולים אלה: קיים חשש מפני הרתעת יתר של עובדי הציבור, שעלולה לפגוע, באופן משמעותי, בפעילות הרשות הציבורית או המדינה ועובדיה ... בהצעת החוק מוצע להרחיב את חסינותם של עובדי ציבור מאחר שהם חשופים לסיכוני אחריות עקב אפשרות ההיזק הנרחבת של הרשות; עובדי הציבור חשופים ללחצים בדרך של הגשת תביעות אישיות בלתי מוצדקות או איום בהגשת תביעות כאלה, דבר

העלול להשפיע על תפקודם ולשבש את פעילותה של הרשות
הציבורית..."

הנה כי כן, הנימוק הראשון להסדרת החסינות לעובדי ציבור הוא זה הכרוך בחשש לפגיעה בהפעלת סמכויותיהם השלטוניות וממילא לפגיעה בתפקוד הרשות הציבורית.

7. נראה, כי רציונאל דומה עומד ביסוד הוראת סעיף 69 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, הקובעת, כי "לא תוגש קובלנה ... על עובד המדינה בשל מעשה שעשה תוך מילוי תפקידו, אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה". בית המשפט העליון קבע, כי "תכלית החוק היא לשמור על שירות ציבורי חופשי מהטרדות ורדיפות" (רע"פ 11011/02 נימרודי נ. היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נח(5), 769). אמנם אין הוראה זו קובעת חסינות מפני קובלנה פלילית פרטית, אולם לשם הגשתה נדרשת הסכמת היועץ המשפטי לממשלה, המשרתת תכלית דומה לתכלית החסינות לפי [פקודת הנוזיקין](#).

8. שתי ההוראות הללו, אם כך, נועדו להבטיח את אופן הפעלת הסמכויות השלטוניות ואת תפקודה של הרשות הציבורית כפועל יוצא מכך. הן נועדו לטפל בחשיפת היתר שיש לעובדי ציבור במסגרת הפעלת סמכויותיהם, עובדה המייחדת אותם מבעלי תפקידים אחרים. תכליתן למנוע יצירת "אפקט מצנן" על ידי הגשת תביעות אישיות או קובלנות פליליות נגד עובדי ציבור בגין מילוי תפקידם השלטוני. מקופלת בהן ההכרה, כי מעשיהם, ככל שנעשו בזיקה לתפקידם, נעשו מכוחה של הרשות הציבורית ובשליחותה. יושם אל לב כי בשתי ההוראות אין ההגדרה נשענת על השתייכותו הארגונית של עובד הציבור, אלא על מהותה של הפונקציה המוגנת. יתכן, כי ההגדרה שבסעיף 7 לפקודת הנוזיקין אף מתוחמת יותר, בקובעה כי החסינות תחול על ביצוע "תפקיד שלטוני". על כך שלב העניין מצוי בזיקה בין מסגרת התפקיד השלטוני של עובד המדינה לבין המעשה המיוחס לו, כבר עמד בית משפט זה, בבר"ע 660/08 הנ"ל.

9. משבאנו עד הלום, המסקנה המתבקשת היא כי החלת הוראת החסינות על רופא המועסק בבית חולים ממשלתי הינה מלאכותית עד מאוד, ואינה משרתת את התכלית המובהקת לשמה נקבעה הוראת החסינות. ככלל, רופא המועסק בבית חולים ממשלתי אינו מפעיל סמכויות שלטוניות. תביעת נזיקין בגין רשלנות רפואית המוגשת נגדו, דבר אין לה עם סמכויות כאלה. ההחלטה לכלול את בנם התינוק של תובעים 2 ו-3 בניסוי

הקליני נשוא התביעה, אינה יונקת מסמכויות שלטוניות, אלא היא תולדה של שיקול דעת רפואי. ההבדל היחיד בין נתבע 1 לבין רופא בבית חולים פרטי מתבטא בזהות משלם משכורתו. הבדל זה אינו יכול להצמיח טעם ענייני להחלת הוראת החסינות על רופא שמשכורתו משולמת על ידי המדינה, להבדיל מרופא אחר. בשני המקרים המדובר בפעולה זהה, הנובעת מהיותם רופאים. היותו של האחד גם עובד מדינה בדרך מקרה, אינה מעלה ואינה מורידה.

10. מסקנתי הינה, כי החלטת המדינה להכיר בחסינותו של נתבע 1 משום שהמעשה המיוחס לו עומד בתנאי של "מילוי תפקידו השלטוני" אינה סבירה. היא מתעלמת מלשון החוק, אשר אינה מסתפקת בשיוך ארגוני, ודורשת זיקה בין מסגרת התפקיד השלטוני לבין המעשה המיוחס לעובד הציבור. משבאתי למסקנה זו, מתייטר הצורך לדון בסבירות ההחלטה, ככל שהיא נוגעת לחריגים להוראת החסינות, הקבועים בסיפא של סעיף 7א(א) לפקודה.

הבקשה למחיקת נתבע 1 נדחית.

המזכירות תמציא העתק ההחלטה לב"כ הצדדים, באמצעות פקס.

נאוה בן אור 54678313-2537/08

ניתנה היום, כה טבת, תש"ע (11 בינואר, 2010), בהעדר הצדדים.

נאוה בן-אור, שופטת

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן