

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עש"א 4803-01-10 הולצברג נ' מדינת ישראל

בפני כב' השופטת (בדימוס) שרה ברוש

המערער איזידור הולצברג
ע"י ב"כ עו"ד זוהר יהלום

נגד

המשיב הממונה על החלטות שיפוטיות בנושאי רשלנות
מקצועית, האגף לביקורת פנים, משרד הבריאות -
מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד גב' תמר ברעם, פרקליטות מחוז תל-אביב
(אזרחי)

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת הרוקחים \[נוסח חדש\], תשמ"א-1981: סע' 56, \(א\)56, \(1\)\(א\)56, \(3\)\(א\)56, \(4\)\(א\)56, \(ב\)56, \(3\)\(ב\)56, 59](#)

[חוק-יסוד: הממשלה: סע' 33\(ב\)](#)

[פקודת הרופאים \[נוסח חדש\], תשל"ז-1976: סע' 41](#)

[חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\], תשמ"ב-1982: סע' 149\(10\)](#)

מיני-רציו:

* נדחה ערעור לפי סעיף 59 [לפקודת הרוקחים](#), על החלטת השופט (בדימוס) ו. זיילר, להתלות את רשיונו של המערער כרוקח, לתקופה של שנה, בעקבות מעורבותו בפרשה בה נמכרו בבית המרקחת של המערער ושותפו, לאדם מסוים, תכשירים רפואיים חייבי מרשם רופא בלא מרשמים, במשך כשנה וחצי, בהיקף כספי של 220,000 ₪ וכן בעקבות ליקויים נוספים בנושאים אחרים, שנמצאו בביקורת שנערכה בבית המרקחת.

* בריאות – רוקחים – רישיון

* בריאות – רוקחות – רישוי

* משפט מינהלי – רישוי – התליית רישיון

* בריאות – רוקחים – משפט משמעתי

* משפט מינהלי – שיקול-דעת – רישיון לעסוק ברפואה

* עונשין – הגנות – הגנה מן הצדק

ערעור לפי סעיף 59 לפקודת הרוקחים, על החלטת השופט (בדימוס) ו. זיילר, לו הואצלה סמכות שר הבריאות לפי הפקודה. בהחלטה ניתן צו להתליית רישיונו של המערער כרוקח, לתקופה של שנה. ההחלטה ניתנה בעקבות ממצאי ועדה שדנה בקובלנה שהוגשה כנגד המערער, בעקבות פרשה (להלן: "פרשת בנזינו") בה נמכרו בבית המרקחת של המערער ושותפו, לאדם בשם בנזינו, תכשירים רפואיים חייבי מרשם רופא בלא מרשמים, במשך כשנה וחצי, בהיקף כספי של 220,000 ₪ וכן בעקבות ליקויים נוספים בנושאים אחרים, שנמצאו בביקורת שנערכה בבית המרקחת. הועדה שמונתה לדון בקובלנה מצאה את המערער אשם בכל העבירות הקשורות לפרשת בנזינו, וכן לעבירות הקשורות בביקורת מיום 21.6.06. בנוסף לאלה, המערער נמצא אשם במסירת גירסות לא נכונות לאנשי משרד הבריאות. ב"כ הקובל דרש להתלות את רישיונו של המערער לשמונה שנים. הועדה המליצה בדעת רוב על התליית הרישיון ל-6 חודשים ודעת המיעוט סברה כי יש להתלות את הרישיון למשך 15 חודשים. השופט זיילר סבר, לנוכח חומרת מעשיו של המערער, כי האמצעי המשמעי הראוי אינו צריך להיות רחוק מדרישת ב"כ הקובל מן הועדה. עם זאת, הגיע השופט זיילר למסקנה כי לא ניתן למצות את הדין עם המערער, לאחר שהביא בחשבון את השיקול הנוגע לאי העמדתו לדין של השותף.

ביהמ"ש המחוזי, דחה את הערעור מהטעמים הבאים:

כידוע, הלכה היא כי ערכאה זו אינה נוטה להתערב באמצעי המשמעי שנקבע על ידי הגורמים המוסמכים, אף אם הוא סוטה לטעמה במידת-מה לחומרה או לקולא. רק סטיה מהותית לקולא או לחומרה, משגה מהותי בשיקול דעת, או הטלת עונש המחטיא באופן ברור וגלוי את מטרתו, יצדיקו התערבות של בימ"ש זה. במקרה דנן, לא נמצא פגם המצדיק התערבות.

טענות המערער לפיהן מעמדו של המשיב במשרד הבריאות מעלה אפשרות ממשית למשוא פנים ולניגוד עניינים, מטילות, ללא בסיס, ספק בשיקוליו של השופט זיילר בשל כפיפות ארגונית למשנה למנכ"ל משרד הבריאות, טוב היה להן שלא תישמענה, ומיותר להתייחס אליהן כלל.

ביהמ"ש שותף לדעה שהובעה בעבר בפסיקה, לפיה, יתרונותיה של האצלת סמכויותיו של שר הבריאות אל גורם שיפוטי בעל מומחיות וניסיון לדון בדיון המשמעי של העוסקים ברפואה, מאיינים כל חשש למשוא פנים וניגוד עניינים, שמקורם בכפיפות הארגונית של אותו גורם להנהלת משרד הבריאות. כפיפות זו, ככל שהיא קיימת, נוגעת לעניינים פרוצדורליים של העסקת הגורם השיפוטי במשרד הבריאות ואין בה להשליך על העבודה המקצועית הנוגעת להפעלת הסמכות.

דווקא הביקורת החריפה של השופט זיילר כלפי משרד הבריאות על אי העמדתו לדין של השותף, היא המלמדת כי המשיב אינו חוסך שבטו ובוחר את התנהלות הגורמים המקצועיים במשרד הבריאות, תוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי עצמאי.

אשר לטענות המערער הנוגעות לאכיפה הבררנית ולסעד הצומח ממנה לפי הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק". ביהמ"ש מקבל את קביעותיו של השופט זיילר, כי אי העמדתו לדין של השותף מעוררת תחושת אי צדק ועשויה להיתפס כאכיפה בררנית המזכה לסעד מן הצדק. עם זאת, ביהמ"ש אינו מקבל את טענת המערער, כי קביעותיו של השופט זיילר, צריכות היו להוביל לביטול ההליך שנקט כנגדו או, למצער, לשקף איוון ראוי בין ביטול מוחלט של ההליך ובין המלצת ועדת המשמעת להטיל עליו אמצעי משמעת של התליית רישיון לתקופה של ששה חודשים בלבד. השופט זיילר נתן משקל לקביעותיו בעניין האכיפה

הבררנית ומנגד נתן משקל לחומרה הנובעת, לפי השקפתו, מן המעשים. התוצאה, מאוזנת, סבירה וראויה, ולא נמצא בה פגם המצריך התערבות של בימ"ש זה. הפסיקה בעניינים פליליים עמדה, לא אחת, על כך, כי החלת הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק" אינה מחייבת את ביטולו של כתב האישום, וייתכנו מצבים שבהם ניתן יהיה לשקול תרופות "מתונות" יותר, כולל הקלה בעונש בעת גזירת הדין.

במסגרת טענתו השלישית הנוגעת לתכלית התליית רישונו, הצביע המערער על מספר נסיבות לקולא שיש בהן, לטענתו, לפעול לטובתו. אותן נסיבות, נשקלו על ידי הועדה, אך לא זכו להתייחסות מפורשת של השופט זיילר בהחלטתו. בימ"ש זה בחן את הנסיבות הנטענות ולא מצא בהם עילה להתערב בהחלטתו של השופט זיילר.

בראות הציבור מחייבת כללים ברורים לאופן הרכישה, אחסנה ושימוש בתכשירים רפואיים, והפרת הכללים עשויה לסכן את בריאות הציבור, ואף חיי אדם; האינטרס הציבורי שנועד להבטיח כי העוסקים במקצוע הרוקחות ישמרו על טוהר המידות בכל הנוגע לשימוש מבוקר בתכשירים רפואיים, מחייב ענישה חמורה בתגובה על כל חריגה מן הכללים, זאת תוך מתן ביטוי לשיקולים השונים בקביעת אמצעי המשמעת בגין הפרתם, כולל השיקול ההרתעתי.

ביהמ"ש אינו מקבל את טענת המערער, כי אי העמדתו לדין של השותף, מאיינת את תכלית אמצעי המשמעת של התליית הרשיון כדי להרתיע אחרים. התנהלות משרד הבריאות, כנשקף מביקורתו של השופט זיילר, אינה פוטרת את המערער מאחריות ואינה צריכה להוביל להתחשבות נוספת במערער, מעבר להקלה לה זכה.

פסק דין

1. ערעור לפי [סעיף 59 לפקודת הרוקחים](#) [נוסח חדש] תשמ"א – 1981 (להלן: "הפקודה") על החלטה מיום 5.8.09 של כב' הנשיא, השופט (בדימוס) ו. זיילר (להלן: "השופט זיילר"), לו הואצלה סמכות שר הבריאות לפי הפקודה. בהחלטה ניתן צו להתליית רישונו של המערער כרוקח, לתקופה של שנה החל ביום 1.12.09.

2. המערער רוקח במקצועו, היה יחד עם שותפו, הרוקח יואב שרגיל (להלן: "השותף"), הבעלים של בית מרקחת "בני" בתל-אביב (להלן: "בית המרקחת"), המערער שימש בבית המרקחת כ"רוקח אחראי".

במסגרת חקירה שניהלו רשויות המכס בשנת 2005, אודות סחר בסטרואידים באינטרנט, הודה המערער כי בבית המרקחת נמכרו לאחד, איתי בנזינו תכשירים רפואיים חייבי מרשם רופא בלא מרשמים, במשך כשנה וחצי, בהיקף כספי של 220,000 ₪ (להלן: "פרשת בנזינו").

בעקבות המידע שהועבר מרשויות המכס למשרד הבריאות, נערכה ביום 28.12.05 ביקורת בבית המרקחת. ביקורת נוספת להשלמה, נערכה במועד מאוחר יותר, ביום 21.6.06. בביקורות נמצאו ליקויים בנושאים אחרים, ובהם, הנפקת תכשירים על פי

מרשמים מזוייפים, מכירת טבליות "רקוד", הפטור ממרשם רופא, במיגבלות כמותיות, בכמויות המאיינות את הפטור, אי סדירות בשמירת מרשמים, והנפקות שלא תועדו כנדרש בפנקס המרשמים (להלן: **"הביקורת ביום 28.12.05"** ו"**הביקורת ביום 21.6.06**", בהתאמה).

3. בשימוע שהתקיים בלשכת משרד הבריאות בת"א ביום 4.1.06 בנוכחות המערער, בא כוחו עו"ד זהר יהלום, והיועצת המשפטית של לשכת הבריאות, הודה המערער בהאשמות שיוחסו לו בפרשת בזינו. בא כוחו הסכים, כי התשובות שנתן המערער במהלך הביקורת ביום 28.12.05 לא היו נכונות, והיו בלתי הולמות. בעקבות השימוע נשלל מהמערער האישור לשמש כ"**רוקח אחראי**" בבית המרקחת. בית המרקחת נסגר בדצמבר 2006.

4. ביום 21.11.06 הגיש המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, ד"ר בעז לב, קובלנה משמעתית נגד המערער בהתאם ל**סעיף 56(א)** לפקודה. בקובלנה, יוחסה למערער הפרה של סעיפי הפקודה הבאים:

- א. התנהגות שאינה הולמת את המקצוע, כאמור ב**סעיף 56(א)(1)** לפקודה.
 - ב. רשלנות גסה במילוי תפקידו, כאמור ב**סעיף 56(א)(3)** לפקודה.
 - ג. התמדה בהפרת הוראות הפקודה, כאמור ב**סעיף 56(א)(4)**.
- שר הבריאות מינה ועדה שתדון בקובלנה, בהתאם ל**הוראות סעיף 56(ב)** לפקודה, (להלן: "**הועדה**" או "**ועדת המשמעת**").

הועדה שמעה עדויות, ובכלל זה את העדות היחידה מטעם המערער, היא עדותו שלו. ביום 22.6.09 העבירה הועדה למשיב דין וחשבון לפי **סעיף 56(ב)(3)** לפקודה. הועדה מצאה את המערער אשם בכל העבירות הקשורות לפרשת בזינו, וכן לעבירות הקשורות בביקורת מיום 21.6.06. בנוסף לאלה, המערער נמצא אשם במסירת גירסות לא נכונות לאנשי משרד הבריאות.

בטיעון בפני הועדה לעניין אמצעי המשמעת שיש לנקוט בהם כנגד המערער, דרש ב"כ הקובל, להתלות את רישיונו לשמונה שנים. הועדה סברה, כי דרישה זו מחמירה מידי. הועדה שקלה כנסיבות לקולא את העובדה כי המערער סגר את בית המרקחת עקב קשיים כלכליים, והחל לעבוד כשכיר בשני בתי מרקחת אחרים לשביעות רצונם של מעסיקיו.

על רקע זה, התגלעו בוועדה מחלוקות בין חבריה. רוב חבריה סבר, כי התלית רישיונו של המערער לששה חודשים היא הענישה המשמעתית הראויה, המיעוט של אחד מחבריה, סבר, כי יש להתלות את הרישיון למשך 15 חודשים.

5. ביום 5.8.09, לאחר שבחן את דו"ח ועדת המשמעת, פירסם השופט זיילר את הצו נשוא הערעור, בהתאם לסמכות הקבועה בסעיף 56 לפקודה. השופט זיילר קבע, כי אשמתו האישית של המערער בעבירות הקשורות לביקורת מיום 21.6.06 לא הוכחה. השופט זיילר קבע, כי האישום המתייחס לאירועי הביקורת מיום 21.6.06, ייחס למערער עבירות בגין פעילותו האישית הישירה, זו לא הוכחה, כך שנשמט הבסיס מאישומו בעבירה של התמדה בהפרת הוראות הפקודה. עם זאת, קבע השופט זיילר, ש"אילו היה הנקבל מואשם בפעילות זו בשל אחריותו לנעשה בבית המרקחת שבבעלותו ו/או משום שידע ו/או עצם ענינו והתעלם מהמעשים הלא תקינים שנעשו בבית המרקחת, ספק אם היה נחלץ מהרשעה גם בשל מעשים אלו". השופט זיילר, אימץ את כל שאר המלצות הוועדה לגבי עבירות המשמעת האחרות על כל המחדלים והמעשים שמדובר בהם, בעיקר אלו הקשורים בפרשת בנזינו.

6. אשר לאמצעי המשמעת שראוי לנקוט בו, קבע השופט זיילר, כי החומרה שבמעשי המערער, בעיקר בפרשת בנזינו, "אינה עולה בקנה אחד עם מה שמצופה מדמות המופקדת על בריאות הציבור. מה שעשה הנקבל מגיע לכדי מעילה ביסוד המונח בבסיס מקצועו ועיסוקו, זאת משום שהוא מסר למי שאיננו מוסמך לכך תכשירים ששימוש בלתי מבוקר בהם, ועל אחת כמה וכמה שימוש בתחום החורג מההתוויה המותרת, יכול להיות הרה אסון, עד כדי סיכון לחיים עצמם". בהמשך הוסיף השופט זיילר:

"בהפקדת הכח והסמכות להנפיק תכשירים כאלו בידי רוקחים טבועה ומקופלת החובה להשתמש בכוחות ובסמכויות אלו בדרך ראויה, ומכל מקום להתרחק מכל מעשה שיש בו חשש לפגיעה בציבור. הנקבל ושותפו דנו ודשו בנושא, והחליטו בזדון וביודעין לבחור ברע".

7. השופט זיילר סבר, לנוכח חומרת מעשיו של המערער, כי האמצעי המשמעת הראוי אינו צריך להיות רחוק מדרישת ב"כ הקובל מן הוועדה. עם זאת, הגיע השופט זיילר למסקנה כי לא ניתן למצות את הדין עם המערער, לאחר שהביא בחשבון את השיקול הנוגע לאי העמדתו לדין של השותף.

כך מתוך ההחלטה:

"שותפו של הנקבל היה שותף מלא לשיקול הדעת הפסול שהופעל, להחלטה שנפלה אצל השניים לבחור בדרך הרע, ולביצוע הלכה למעשה של המכירות לאיתי (בנזינו). במהלך השימוע אמרו אנשי משרד הבריאות לנקבל שהרשויות שוקלות להעמיד לדין משמעתי גם את השותף, ואולם השנים נוקפות, ועל אף שהיו בידי הרשויות תשתיות ראייתיות מספיקות להגשת אישום משמעתי, לא נעשה בעניין זה דבר, גם לא הובהר לועדה אם ומתי ייעשה משהו בכוון הזה.

הפעלת אמות מידה שונות כלפי אנשים ומקרים שביצעו מעשים זהים בעיקרם, מעוררת תחושת אי צדק קשה. נקל לתאר את תחושות הנקבל בראותו לנגד עיניו כיצד הוא הופלה לרעה לעומת אדם שעשה בדיוק את מה שהוא עשה. זהו סוג המקרים הנכלל בקטגוריה של מעשים שראוי לראות אותם כמזכים בסעד מן הצדק".

בשל שיקול זה, הנוגע לאי העמדתו לדין של השותף, **"ורק בשל כך",** קבע השופט זיילר כי **"אין זה ראוי למצות את הדין עם הנקבל בלבד, ובכל הנסיבות הללו יותלה רשינו של הנקבל לשנה".**

8. בערעור בפני, העלה המערער שלוש טענות עיקריות. האחת, כי בהיותו של המשיב, השופט זיילר, עובד זמני במשרד הבריאות, הכפוף לקובל, המשנה למנכ"ל המשרד והנוזק לו לשם עצם המשך העסקתו במשרד, הוא מנוע מלדון בקובלנה; בשל אפשרות ממשית למשוא פנים וניגוד עניינים.

השניה, כי המשיב לא יכול היה להתעלם מהעיוות הנוגע לאי העמדתו לדין של השותף. על המשיב היה, חרף המיגבלות בהן הוא נתון כעובד משרד הבריאות, לקבוע כי החלטת המשרד להעמיד את המערער לדין היא החלטה שרירותית המבטאת אכיפה בררנית. התנהלות זו של המשרד, כך המערער, מחייבת את ביטול העמדתו לדין משמעתי, או את זיכויו מן הדין, וזאת מכוח הדוקטרינה של הגנה מן הצדק. השלישית, כי התליית רישונו של המערער אינה משרתת תכלית ראויה. לטענת המערער, לאחר שחדל לשמש כ"רוקח אחראי" וסגר את בית המרקחת שבבעלותו בשל קשיים כלכליים, ולאחר שהביע חרטה מלאה על מעידתו שהסבה לו סבל אישי רב, הפסקת עבודתו כרוקח שכיר אינה משרתת אינטרס ציבורי כלשהו. המערער

הסביר, כי הוא מצוי באמצע שנות החמישים לחייו ותלוי בעיסוק ברוקחות לפרנסתו, ללא יכולת להשתלב במקצוע אחר בשלב זה של חייו. בנסיבות אלה, התליית הרישיון לא תשרת תכלית כלשהי, אף לא תכלית של הרתעה, שכן משרד הבריאות עצמו נמנע מהעמדה לדין של השותף, בגין מעשיו.

9. בטרם אתייחס לטענות המערער, אחת לאחת, אני רואה להזכיר את ההלכה לפיה ערכאה זאת אינו נוטה להתערב באמצעי המשמעותי שנקבע על ידי הגורמים המוסמכים, אף אם הוא סוטה לטעמה במידת-מה לחומרה או לקולא. רק סטיה מהותית לקולא או לחומרה, משגה מהותי בשיקול דעת, או הטלת עונש המחטיא באופן ברור וגלוי את מטרתו, יצדיקו התערבות של בית משפט זה (ע"א 412/90 ד"ר אליהו נ' שר הבריאות, פ"ד מד(4) 422, 427-428; וכן ע"א 4693/90 ד"ר סוסאן נ' שר הבריאות, פ"ד מו(1) 309, ע"א 3425/90 ד"ר פינסטרבוס נ' שר הבריאות, פ"ד מ"ו(1) 321, 333).

הכלל, כפי שהסברתי בעש"א 1056/09 מיכאל עופר נ' שר הבריאות, [פורסם בנבו], אשר יצא תחת ידי ביום 18.11.10, הוא כי "גדר התערבות בהחלטות הנתונות על ידי שר הבריאות בהליכים משמעותיים, הינו מצומצם למדי ומוגבל לאותם המקרים שבהם נפל משגה מהותי בשיקול דעתו".

10. השופט זיילר בהחלטתו התייחס לטענת המערער בנוגע למעמדו במשרד הבריאות, באומרו:

"ב"כ הנקבל סבור שכעובד מדינה (שהוא תנאי מוקדם רצוי להאצלת סמכות השר) אני כפוף לשר, ובתור שכזה יש חשש שאפעיל שיקולים בלתי עניינים בשל המורא כביכול להחליט בניגוד לדעת השר. בראש ובראשונה אינני כפוף לשר הבריאות, בנוסף לכך אינני יודע לא במקרה זה לא במקרה אחר כלשהו מהי עמדת השר... בנוסף כל כולה של ההאצלה לא באה לעולם אלא משום שהשר סבר שמראית פני הצדק מצדיקה האצלה כזו. מן המפורסמות הוא שפעילות גורמים פוליטיים יכולה להיתפש בציבור כמושפעת מלחצים ומשיקולים זרים. כדי להסיר חשש זה, ראה השר המאציל להרחיק ממנו והלאה את קבלת ההחלטות שיש בהן גוון מעין משפטי".

חרף הדברים, בחר המערער לשוב ולהעלות את טענתו כי מעמדו של המשיב במשרד הבריאות מעלה אפשרות ממשית למשוא פנים ולניגוד עניינים.

להוכחת הנטען, צרף המערער לעיקרי הטיעון מטעמו, את תרשים המבנה הארגוני של משרד הבריאות, מתוך אתר האינטרנט של המשרד (נספח א' לעיקרי הטיעון) והצביע על כך, כי האגף לביקורת פנים במשרד, בו מועסק, לטענתו, השופט זיילר, כפוף להנהלת משרד הבריאות ולמשנה למנכ"ל. המערער טען גם, כי השופט זיילר מועסק כעובד זמני בחלקיות משרה של 0.625, ועל כן סביר להניח כי למשנה למנכ"ל הבריאות יש השפעה על גורלו של המשיב ועל חידוש ההתקשרות התקופתית עמו. השפעה זו, כך המערער, פוסלת את השופט זיילר, מלהכריע בענין שהמשנה למנכ"ל הוא צד לו.

טענות ממין אלו, המטילות, ללא בסיס, ספק בשיקוליו של השופט זיילר בשל כפיפות ארגונית למשנה למנכ"ל משרד הבריאות, טוב היה להן שלא תישמענה, ומיותר להתייחס אליהן כלל.

11. סמכותו של שר הבריאות [בסעיף 56](#) לפקודה, לביטול רשיונו של רוקח או להתלייתו לזמן, הואצלה למשיב בהודעת על אצילת סמכויות, אשר פורסמה ברשומות ביום 14.3.04, וזאת בהתאם לרשות הנתונה לו [בסעיף 33\(ב\)](#) לחוק יסוד, הממשלה, הקובע:

"סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק... למעט סמכות להתקין תקנות,

רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור".

בע"ש [5061/05 ד"ר לומקין נ' שר הבריאות](#) (לא פורסם, [פורסם בנבו], ניתן ביום 14.3.07) התייחסה כב' השופטת צור לטענת המערער דשם, בעניין האצלת סמכות שר הבריאות לבטל רשיונו של רופא או להתלותו לזמן, באומרה:

"אין זה סביר להניח כי המשמעות הפרשנית של [סעיף 41 לפקודת הרופאים](#)

היא כי שר הבריאות אינו יכול לאצול את סמכויותיו. הדבר נלמד הן מתכלית החוק, הן מהשוואתו למקורות חקיקה אחרים, הן מפרשנותו המילולית והן מהרקע ההיסטורי לחקיקתו...

תכלית ההוראות אם כן היא לנקוט צעדים עונשיים משמעתיים נגד רופאים שמעלו בתפקידם - ובכך פגעו בזכות הציבור לקבל שירותי רפואה יעילים ובטוחים - ובו בזמן לשמור על זכותם של הרופאים שלא יישלל מהם מטה לחמם ללא הליך חוקי תקין... אצילת הסמכות במקרה זה דווקא מסייעת להגשים את תכלית הוראות החוק משום שהיא מאפשרת לגורם שיפוטי בעל מומחיות וניסיון להחליט על מידת העונש הראויה בהתאם לחומרת העבירה ובכך לאזן כראוי בין האינטרסים המתנגשים של הציבור ושל הפרט. תכלית

זו מוגשמת בצורה יעילה וצודקת יותר כאשר הסמכויות נתונות בידי שופט – בענייננו נשיא לשעבר של בית המשפט המחוזי - שהוא בעל ידע וניסיון מקצועיים. לאור כל זאת תכלית החוק אינה מתיישבת עם פרשנות האוסרת אצילת סמכות השר לפי הפקודה".

12. שותפה אני לדעה, כי יתרונותיה של האצלת סמכויותיו של שר הבריאות אל גורם שיפוטי בעל מומחיות וניסיון לדון בדיון המשמעתי של העוסקים ברפואה, מאיינים כל חשש למשוא פנים וניגוד עניינים, שמקורם בכפיפות הארגונית של אותו גורם להנהלת משרד הבריאות. כפיפות זו, ככל שהיא קיימת, נוגעת לעניינים פרוצדורליים של העסקת הגורם השיפוטי במשרד הבריאות ואין בה להשליך על העבודה המקצועית הנוגעת להפעלת הסמכות.

המערער טען, כי אמצעי המשמעת החמור שקבע המשיב, חרף אמירותיו בעניין האכיפה הבררנית שנקט בה משרד הבריאות בעניינו, ממחיש כי ניגוד העניינים של השופט זיילר קיבל ביטוי בהחלטתו. נראה לי, כי הביקורת החריפה של השופט זיילר כלפי משרד הבריאות על אי העמדתו לדין של השותף, דווקא היא המלמדת כי המשיב אינו חוסך שבטו ובוחן את התנהלות הגורמים המקצועיים במשרד הבריאות, תוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי עצמאי.

13. אשר לטענות המערער הנוגעות לאכיפה הבררנית ולסעד הצומח ממנה לפי הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק", אני מוצאת להזכיר את מושכלות היסוד של דוקטרינה זו בדין הפלילי.

מקורה של הדוקטרינה במשפט המקובל האנגלי, והיא זכתה להכרה עקרונית בפסיקה בתי המשפט בישראל.

במובנה הנפוץ, דוקטרינת ההגנה מן הצדק מאפשרת לבית-המשפט לבטל אישום, בשל כך, שלא ניתן להבטיח לנאשם משפט הוגן, או שהעמדתו לדין פוגעת בעקרונות הצדק (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 370; בג"צ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529, 543; וע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ ואח', פ"ד נט(6) 776).

בשנת 2007, עוגנה הדוקטרינה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, כאחת מעשר הטענות המקדמיות בדין הפלילי. זו לשונו של הסעיף:

"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

בפסיקת בית המשפט העליון, נקבע, כי הדוקטרינה חלה גם על הדין המשמעתי (ראו, בין היתר, [עש"מ 7859/07 מדינת ישראל נ' בר יוסף](#) (לא פורסם, [פורסם בנבו], ניתן ביום 19.12.07)).

14. אכיפה בררנית, קרי, הבחנה בהעמדתם לדין של שני גופים שעניינם דומה, עשויה לעמוד בסתירה לעקרונות הצדק וההגינות המשפטית. עמד על כך בית המשפט העליון ב**בג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג (3)** 289, באומרו:

"... אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא... אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובנו הבסיסי. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט. הסמכות להגיש אישום פלילי היא סמכות חשובה וקשה. היא יכולה לחרוץ גורל אדם. כך גם הסמכות לאכוף חוק בדרך אחרת, כגון הסמכות לעצור אדם או הסמכות להחרים רכוש. היא חייבת להיות מופעלת באופן ענייני, שוויוני וסביר" (שם, בעמ' 305).

בפסיקה נקבע, כי לשם העלאת טענה של "הגנה מן הצדק", הנשענת על טענה לאכיפה בררנית, יהיה על הטוען להראות את שני אלה: ראשית, כי הדמיון בין הגורמים המעורבים מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום, ושנית, כי ההבחנה מקורה במניע פסול. הנטל להוכיח את שני היסודות הללו, שאיננו פשוט כלל וכלל, מוטל על הנאשם, באשר הפרקליטות, ככל רשות מינהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין (ראו עניין זקין הנ"ל, בעמוד 307, וכן [בג"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל](#) (לא פורסם, [פורסם בנבו], ניתן ביום 4.8.08)).

15. בפני, טען המשיב, כי ההליכים המשמעתיים הוגשו כנגד המערער בהיותו ה"רוקח האחראי" בבית המרקחת, להבדיל מהשותף ששימש בו "רוקח סתם". משרד הבריאות, כך המשיב, היה בדעה כי יש לאבחן בין הרוקח האחראי ובין רוקח סתם,

וכי המדובר בהבדל מהותי בין המערער שניהל את בין המקחת ובין שותפו, כך שההבחנה בהעמדתם לדין במקורה בשיקול ענייני מקצועי.

לאור דבריו הברורים של השופט זיילר בהחלטתו, לפיהם היה השותף "שותף מלא לשיקול הדעת הפסול שהופעל, להחלטה שנפלה אצל השניים לבחור בדרך הרע, ולביצוע הלכה למעשה של המכירות לאיתי (בנויננו)", יש מקום לדון בהבחנה עליה הצביע המשיב בפני.

אני מקבלת את קביעותיו של השופט זיילר, כי אי העמדתו לדין של השותף מעוררת תחושת אי צדק ועשויה להיתפס כאכיפה בררנית המזכה לסעד מן הצדק. עם זאת, אינני מקבלת את טענת המערער, כי השופט זיילר לא נתן משקל לקביעותיו בעניין זה.

16. לטענת המערער, קביעותיו של השופט זיילר, צריכות היו להוביל לביטול ההליך שננקט כנגדו או, למצער, לשקף איזון ראוי בין ביטול מוחלט של ההליך ובין המלצת ועדת המשמעת להטיל עליו אמצעי משמעת של התליית רישיון לתקופה של ששה חודשים בלבד. האמצעי, שקבע השופט זיילר, הכפול בחומרתו מהמלצת הועדה, אינו משקפת איזון ראוי, ויש בו להעיד כי השופט זיילר התעלם לחלוטין מקביעותיו הנחרצות בעניין האכיפה הבררנית.

דא עקא, שלא כך משתקפים פני הדברים מן ההחלטה. בצדק עמד השופט זיילר על חומרת מעשיו של המערער, המגיעים לכדי מעילה בעיקרון הבסיסי של שמירת בריאות הציבור ואשר עשויים היו להביא לתוצאות הרסניות של סיכון חיים. המעשים, כך לפי קנה המידה של השופט זיילר, חייבו להטיל על המערער אמצעי משמעת המתקרב בחומרתו לדרישת ב"כ הקובל בפני ועדת המשמעת, והמסתכם בהתליית רישיון למשך שמונה שנים. השופט זיילר הביא בחשבון את השיקול הנוגע לאי העמדתו לדין של השותף, ואיזון בינו ובין החומרה הנובעת, לפי השקפתו, מן המעשים. התוצאה, בעיני, מאוזנת, סבירה וראויה, ולא מצאתי בה פגם המצריך התערבות של בית משפט זה.

17. הפסיקה בעניינים פליליים עמדה, לא אחת, על כך, כי החלת הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק" אינה מחייבת את ביטולו של כתב האישום, וייתכנו מצבים שבהם ניתן יהיה לשקול תרופות "מתונות" יותר, כולל הקלה בעונש בעת גזירת הדין (פס"ד **בורוביץ הנ"ל**, בעמ' 808, ובעמ' 942).

עמדה זו, לפיה ניתן להתחשב בפגיעה שנגרמה לנאשם אף בשלב גזר הדין, רלבנטית, ככל הנראה, בדין הפלילי, גם לאחר חקיקתו של [סעיף 149\(10\) לחוק סדר הדין הפלילי \(ע"פ 5124/08 טארק ג'אבר נ' מדינת ישראל\)](#) (טרם פורסם, [פורסם בנבו], ניתן ביום 4.7.11).

בדין המשמעותי, בו תחולתה של הדוקטרינה היא הלכתית, לא חלה כל מגבלה לקבוע בהתאם לנסיבות, כי פגיעה בעקרונות של צדק ושל הגינות משפטית בהעמדה לדין, לא תוביל לביטול ההליך המשמעותי, אלא להתחשבות בפגיעה בהטלת אמצעי המשמעת. במקרה זה, חומרת מעשיו של המערער, כעולה מהחלטתו של השופט זיילר, עומדת בפני עצמה, ואינה מצדיקה את ביטול ההליך כולו. הרף העליון של אמצעי המשמעת, לפי דרישת ב"כ הקובל בועדת המשמעת, עמד על התליית רישיון למשך שמונה שנים. השופט זיילר, קבע, בשונה מדעת הועדה, כי רף זה אינו מחמיר מידי, וכי אמצעי המשמעת שיש להטיל על המערער לא צריך להיות רחוק מרף זה. השיקול הנוגע לאי העמדתו לדין של השותף, ושיקול זה בלבד, הוביל את השופט זיילר שלא למצות את הדין עם המערער ולהתלות את רישיונו לשנה בלבד. תקופה זו, אינה סוטה מהותית לחומרה, ואינני סבורה, כי הכפלת משך תקופת התלייה לעומת המלצת הרוב בועדת המשמעת, חורגת ממידת הסבירות, וזאת בשים לב גם לדעת המיעוט בועדה, לפיה תקופת התלייה צריכה הייתה לעמוד על 15 חודשים.

18. במסגרת טענתו השלישית הנוגעת לתכלית התליית רישיונו, הצביע המערער על מספר נסיבות לקולא שיש בהן, לטענתו, לפעול לטובתו. אותן נסיבות, נשקלו על ידי הועדה, אך לא זכו להתייחסות מפורשת של השופט זיילר בהחלטתו. גם לאחר ששקלתי אני את אותן נסיבות, לא מצאתי עילה להתערב בהחלטתו של השופט זיילר.

המערער במעשיו בפרשת בנוזינו, כך קבע השופט זיילר, מסר לגורם לא מוסמך את האפשרות לעשות שימוש בתכשיר רפואי העשוי לסכן חיים, וזאת במשך תקופה לא מבוטלת של שנה וחצי, והכל בשל בצע כסף.

בריאות הציבור מחייבת כללים ברורים לאופן הרכישה, אחסנה ושימוש בתכשירים רפואיים, והפרת הכללים עשויה לסכן את בריאות הציבור, ואף חיי אדם.

האינטרס הציבורי שנועד להבטיח כי העוסקים במקצוע הרוקחות ישמרו על טוהר המידות בכל הנוגע לשימוש מבוקר בתכשירים רפואיים, מחייב ענישה חמורה בתגובה על כל חריגה מן הכללים, זאת תוך מתן ביטוי לשיקולים השונים בקביעת אמצעי המשמעת בגין הפרתם, כולל השיקול ההרתעתי.

אינני מקבלת את טענת המערער, כי אי העמדתו לדין של השותף, מאיינת את תכלית אמצעי המשמעת של התליית הרשיון כדי להרתיע אחרים. התנהלות משרד הבריאות, כנשקף מביקורתו של השופט זיילר, אינה פוטרת את המערער מאחריות ואינה צריכה להוביל להתחשבות נוספת במערער, מעבר להקלה לה זכה. מעשיו עומדים בפני עצמם, ואני תוהה מה ההיגיון בטענת המערער, אם הימנעות מהתליית רישיונו, בנוסף לאי העמדתו לדין של השותף, היא זו שתועיל לשיקול ההרתעה.

19. לאחר שבחנתי את שלוש טענותיו של המערער, הגעתי למסקנה כי המערער לא הצביע על משגה מהותי בהחלטתו של השופט זיילר וכי אין מקום להתערבות בצו.

20. אשר על כן, אני דוחה את הערעור. התוצאה היא, כי רישיונו של המערער יותלה לתקופה של שנה, החל ביום 1.11.11, כאמור בהחלטתו של השופט זיילר. כל צו ביניים שניתן, מבוטל בזה.

המערער ישלם הוצאות הערעור ושכ"ט עו"ד בסך 50,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד התשלום בפועל. המזכירות תעביר לב"כ המשיב את סכום הפיקדון שהופקד בקופת בית המשפט, על חשבון ההוצאות ושכר הטרחה הנ"ל.

המזכירות תשלח עותק מפסק הדין לכל אחד מבעלי הדין.

ניתן היום, כ"ז אלול תשע"א, 26 ספטמבר 2011, בהעדר הצדדים.

שרה ברוש 54678313/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן