



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4431/17

ע"א 4433/17

ע"א 4437/17

לפני :
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופטת י' וילנר

המערערים בע"א 4431/17,
והמשיבים 1-3 בע"א 4433/17
ובע"א 4437/17 :

1. פלוני
2. פלוני
3. פלוני

נ ג ד

המשיב 1 בע"א 4431/17,
המערער בע"א 4433/17
והמשיב 4 בע"א 4437/17 :

1. פלוני

המשיבה 2 בע"א 4431/17,
המשיבה 4 בע"א 4433/17
והמערער בע"א 4437/17 :

2. קרנית - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים

המשיבה 3 בע"א 4431/17,
המשיבה 5 בע"א 4433/17
והמשיבה 5 בע"א 4437/17 :

3. אלסונדוק אלפלסטיני - הקרן הפלסטינית
לפיצוי נפגעי תא

המשיב 4 בע"א 4431/17,
המשיב 6 בע"א 4433/17
והמשיב 6 בע"א 4437/17 :

4. פלוני

המשיב 5 בע"א 4431/17,
המשיב 7 בע"א 4433/17
והמשיב 7 בע"א 4437/17 :

5. נאדי שבאב ענאתא אלקודס- מועדון צעירי
ענאתא אלקודס

השופטת ת' בזק רפפורט

תאריך הישיבה : כ"ז בסיון התשע"ט (30.6.2019)

בשם המערערים בע"א
4431/17 ; המשיבים 1-3
בע"א 4433/17 ובע"א
4437/17 :

עו"ד נהאד ארשיד

בשם המשיב 1 בע"א
4431/17, המערער בע"א
4433/17 והמשיב 4 בע"א
4437/17 :

עו"ד מוחמד דחלה

בשם המשיבה 2 בע"א
4431/17, המשיבה 4 בע"א
4433/17 והמערער בע"א
4437/17 :

עו"ד אלון בלגה

בשם המשיבה 3 בע"א
4431/17, המשיבה 5 בע"א
4433/17 והמשיבה 5 בע"א
4437/17 :

עו"ד מוחמד אבו קטיש

בשם המשיב 4 בע"א
4431/17, המשיב 6 בבע"א
4433/17 והמשיב 6 בע"א
4437/17 :

עו"ד סמדר ארביב

בשם המשיב 5 בע"א
4431/17, המשיב 7 בבע"א
4433/17 והמשיב 7 בע"א
4437/17 :

עו"ד עלאא' זחאלקה

בשם היועץ המשפטי
לממשלה :

עו"ד שרון מן אורין

בשם איגוד חברות הביטוח
בישראל (ע"ר) :

עו"ד ירון אליאס

בשם שירותי בריאות כללית : עו"ד יריב שלום ; עו"ד שי תמר ; עו"ד צח כהן

פסק-דין

השופטת י' וילנר:

1. שלושה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת ת' בזק רפפורט) בת"א 9081-10-12 מיום 20.4.2017, בגדרו נפסקו פיצויים בסך למעלה מ-11 מיליון ש"ח למערערת 1 בע"א 4431/17 (להלן: הנפגעת) שנפגעה בתאונת דרכים.

ערעורים אלה מעוררים את השאלה העקרונית הבאה: האם במסגרת פסיקת הפיצוי הנזיקי, יש לנכות מסכום הפיצוי את שווי ההטבות הניתנות לניזוק מכוח חברותו בתכנית שירותי בריאות נוספים של קופות החולים, המכונה "ביטוח בריאות משלים" (להלן: שב"ן).

רקע

2. הנפגעת, קטינה אזרחית ישראל, נפגעה בתאונת דרכים שאירעה ביום 16.2.2012 בכביש גבע בנימין סמוך לצומת ג'בע, עת הייתה כבת 5. התאונה אירעה בין אוטובוס שהוביל עשרות ילדי גן ומורות בדרכם לבילוי בפארק שעשועים ברמאללה, לבין משאית שנסעה במסלול הנגדי לאוטובוס. בעקבות ההתנגשות, התהפך האוטובוס ועלה באש. מספר תלמידים ומורה מלווה קיפחו את חייהם בעקבות התאונה, ורבים אחרים נפצעו (להלן: התאונה).

3. הנפגעת נלכדה בין הלהבות ונפצעה באורח קשה. היא אושפזה בבית החולים שיבא בתל השומר למשך כשנה וארבעה חודשים כשהיא סובלת מכוויות נרחבות, ובמהלך אשפוזיה עברה מספר ניתוחים שכללו כריתת העור הכווי, השתלות עור חוזרות, כריתת אצבעות של כף הרגל הימנית, כריתת אצבעות בכף היד הימנית וכריתת של האמה השמאלית בגובה מחצית האמה. הנפגעת נפגעה גם בפניה, ובמיוחד בעין ימין ובעפעפיים.

4. בעקבות התאונה, הגישו הנפגעת והוריה, הם המערערים 2-3 בע"א 4431/17, תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן: חוק הפלת"ד). התביעה כוונה נגד חברת ביטוח אלמג'מועה אלאהליה ללתאמין בע"מ אשר הנפיקה פוליסת ביטוח חובה לאוטובוס (היא המערערת בע"א 4433/17, להלן: המבטחת); נגד קרנית (היא המערערת בע"א 4437/17, להלן:

קרנית); נגד הקרן הפלסטינית לפיצוי נפגעי תאונות דרכים (להלן: קרנית הפלסטינית); נגד נהג האוטובוס; ונגד מועדון ספורט ענתה, על שמו היה רשום האוטובוס בעת התאונה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

5. הצדדים לא חלקו על כך שהדין החל בענייננו הוא הדין הנוהג בשטחי הרשות הפלסטינית (להלן: הרש"פ), שכן התאונה התרחשה בשטחי C באזור הגדה המערבית בין שני כלי רכב מקומיים. כן הובהר כי בהתאם לסעיף 12 לחוק הפל"ד, זכאית הנפגעת לקבל מקרנית השלמת פיצויים בסכום ההפרש שבין הפיצויים שהייתה זכאית להם אילו ארעה התאונה בישראל לבין הפיצויים שהיא זכאית לקבל לפי הדין החל בשטחי הרש"פ.

לנוכח האמור, בית המשפט המחוזי קבע הן את שיעור הפיצוי לו הייתה זכאית הנפגעת אילו אירעה התאונה בישראל והן את שיעור הפיצוי לו היא זכאית לפי דין הרש"פ, וזאת כדי לאמוד את סכום ההפרש בו תחויב קרנית. כמו כן, ולשם קביעת הגורם החב בפיצוי לפי דין הרש"פ (קרנית הפלסטינית או המבטחת), בית המשפט המחוזי דן בטענות המבטחת בדבר היעדר כיסוי ביטוחי בעת התאונה.

6. לשם הערכת הנזקים שנגרמו לנפגעת כתוצאה מהתאונה, מונו שורה של מומחים רפואיים בתחומי הכירורגיה הפלסטית, האורתופדיה, העיניים, השיקום, הפסיכיאטריה ושיקום הפה. על בסיס חוות הדעת הרפואיות, קבע בית המשפט המחוזי את נכותה הרפואית והתפקודית של הנפגעת בשיעור של 100%.

שיעור הפיצוי אילו אירעה התאונה בישראל

7. כאמור, בית המשפט המחוזי נדרש לקבוע את שיעור הפיצוי לו הייתה זכאית הנפגעת אילו אירעה התאונה בישראל. לעניין זה הועמד הפיצוי על סך של 11,763,729 ש"ח על-פי הפירוט הבא:

עזרת הזולת בעבר – 230,000 ש"ח; נסיעות בעבר – 35,000 ש"ח; הוצאות רפואיות ואביזרים בעבר – 89,720 ש"ח; הפסד ההשתכרות לעתיד – 2,283,206 ש"ח; הפסד פנסיה לעתיד – 273,984 ש"ח; עזרת הזולת לעתיד – 3,921,989 ש"ח; הוצאות רפואיות לעתיד – 747,247 ש"ח; אביזרי שיקום לעתיד – 1,746,315 ש"ח; שיעורים

פרטיים – 276,165 ש"ח; התאמת דיור לעתיד – 684,845 ש"ח; מיזוג אוויר לעתיד – 80,000 ש"ח; הוצאות ניידות לעתיד – 875,000 ש"ח; כאב וסבל – 182,349 ש"ח; הפסדי שכר לאביה של הנפגעת בעבר – 237,909 ש"ח; הוצאות ההורים בעבר – 70,000 ש"ח; הפסדי שכר עתידיים להורי הנפגעת כמיטיבים – 30,000 ש"ח (אע"ר, רק על מנת להעמיד הדברים על דיוקם, כי תביעת ההורים הוגשה כמיטיבים ולפיכך לא היה מקום לפסוק להם פיצוי בגין הטבת הנזק בעתיד (ראו: דוד קציר פיצויים בשל נזק גוף 1357 (2003) (להלן: קציר)). ואולם, משלא הוגש ערעור על כך אותיר קביעה זו בעינה).

8. לצורך הערכת הפיצוי בגין אביוזרים רפואיים, נדרש בית המשפט המחוזי לשאלה האם יש לנכות מהפיצוי בגין רכיב זה את ההטבות המגיעות לנפגעת מכוח חברותה בתכנית השב"ן של קופת החולים אליה היא משתייכת. הנפגעת טענה כי מאחר שמדובר בהטבה שהיא זכאית לה מכוח חוזה ביטוח, אין להביאה בחשבון בפסיקת הפיצוי, כעולה מסעיף 86 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין) ומסעיף 65 המקביל לו בפקודת הנזיקים האזרחיים החלה ברש"פ. לעומת זאת, קרנית וקרנית הפלסטינית טענו כי יש להתחשב בתעריף המופחת המשולם בפועל עבור האביוזרים, שכן מדובר בתשלומים שחלה עליהם הוראת סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות), הקובעת כי קופות החולים רשאיות לחזור אל המזיק או אל מבטחו ולהיטיב את הנזק בשל חבותן לפי כל דין או לפי כל חוזה ביטוח, בסכום ההוצאות אשר הוציאו בפועל למתן שירותי הבריאות. נטען כי ככל שלא תהיה התחשבות כאמור, ימצא המזיק משלם כפל פיצוי. עוד נטען כי חובתה של הנפגעת להקטנת הנזק כוללת גם את החובה להוסיף ולהיות חברה בתכנית השב"ן.

בית המשפט המחוזי קיבל את טענת הנפגעת וקבע כי אין להביא בחשבון את התעריף המופחת ממנו היא נהנית כחברה בתכנית השב"ן, ועל כן התעריף לחישוב הפיצויים הוא על-פי עלותם המלאה של האביוזרים. נקבע כי בניגוד לשירותים הניתנים במסגרת "סל שירותי בריאות", אשר תושב ישראלי זכאי להם בין אם ישלם את דמי הביטוח ובין אם לאו, הטבות השב"ן אינן ניתנות מכוח הדין לכל אזרח ישראלי, אלא מותנות בבחירתו וביכולתו של כל אדם לשאת בתשלום פרמיה בגין ביטוח זה. משכך, נקבע כי על פי הוראת סעיף 86 לפקודת הנזיקין, אין להביא הטבה זו בחשבון בהערכת הפיצוי. בית המשפט המחוזי הוסיף כי כלל זה נכון לגבי העבר, וקל וחומר אף לגבי העתיד, שכן הנפגעת אינה מחויבת להוסיף ולשלם בעתיד את דמי החברות בשב"ן. נקבע כי הטלת נטל זה על הנפגעת חורגת מעל ומעבר לחובת הקטנת הנזק. בהתאם לכך, העריך בית המשפט המחוזי את הפיצוי בגין אביוזרים, כמפורט לעיל, בסכום של 1,746,315 ש"ח.

שיעור הפיצוי לו זכאית הנפגעת על-פי הדין החל ברש"פ (מקום התאונה)

9. שיעור הפיצוי לו זכאית הנפגעת על-פי הדין במקום התאונה הועמד על ידי בית המשפט המחוזי על סך של 10,010,708 ש"ח. נקבע כי הפיצוי על-פי הדין החל ברש"פ נמוך יותר מהפיצוי על-פי הדין הישראלי, הן משום שתקרת אובדן ההשתכרות בדין החל ברש"פ נמוכה מהדין הישראלי (נתון המשפיע אף על הפיצוי בגין הפסדי פנסיה), והן משום שתקרת הפיצוי בגין נזק לא ממוני (כאב וסבל) מוגבלת על-פי דין הרש"פ ל-10,000 דינר שהם כ-52,000 ש"ח.

בנוסף לכך, בית המשפט המחוזי קיבל את הטענה כי בדין החל ברש"פ לא נפסק פיצוי בגין עזרת צד ג' הניתנת על-ידי בני משפחה, אלא אם מוכח כי נגרם להם הפסד הכנסה בשל כך, וזאת בהתבסס על עמדותיהם של שלושת המומחים לדין הרש"פ מטעם המבטחת, קרנית הפלסטינית, הנפגעת והוריה. מומחים אלה העידו כי בדין הרש"פ לא נפסק פיצוי בגין עזרת בני משפחה שאינה כרוכה בהפסד הכנסה. בית המשפט המחוזי ציין כי אמנם לא הוצגו בפניו פסקי דין מהרש"פ בהם נמנעו בתי המשפט מלפצות בני משפחה שתמכו בניזוק שנזקק לכך משום היעדר "הפסד הכנסה". עם זאת, נקבע כי המומחים היו תמימי דעים בסוגיה זו ולא עלה בידי קרנית לסתור את עמדתם. משכך, נקבע כי על קרנית לשאת בפיצוי הנפגעת בסכום של 230,000 ש"ח בגין עזרת בני משפחה שאינה כרוכה באובדן הכנסה.

זהות הגורם החב בפיצוי לפי דין הרש"פ

10. כאמור, המבטחת העלתה שורה של טענות להיעדר כיסוי ביטוחי בעת התאונה. בין היתר נטען כי מספר הנוסעים באוטובוס עלה על המותר על-פי רישיון הרכב ומשכך הפוליסה אינה מכסה את התאונה; כי הסעת הילדים הייתה עבור שכר, וכי הסעה שכזו אינה מכוסה על-פי תנאי הפוליסה; כי מועדון ענתה, הוא המבוטח, העביר את הבעלות באוטובוס לשניים אחרים, אך לא הודיע על כך למבטחת, ומשכך הפוליסה אינה חלה על התאונה; וכי ההסעה לא הייתה למטרה פרטית של מועדון ענתה, וגם משום כך הכיסוי הביטוחי לא חל.

בית המשפט המחוזי דחה את כל טענות המבטחת, וחייב אותה בפיצוי הנפגעת לפי דין הרש"פ בסך של 10,010,708 ש"ח. בין היתר, נקבע כי המבטחת לא הוכיחה את טענתה לפיה מספר הנוסעים באוטובוס חרג מהמותר, ואילו קרנית הפלסטינית הביאה

ראיות מספיקות לכך שמספר הנוסעים לא חרג מהמותר. כן נקבע, בבחינת למעלה מן הצורך, כי אף אם המבטחת הייתה מוכיחה את טענתה העובדתית בדבר מספר הנוסעים באוטובוס בעת התאונה, לא היה בכך כדי לפטור אותה מאחריות, זאת לנוכח הוראות דין הרש"פ השוללות את תוקפה של תניית הפטור ממנה ביקשה המבטחת להיבנות.

סיכום החבויות על-פי פסק דינו של בית המשפט המחוזי:

11. (-) המבטחת חויבה בפיצוי הנפגעת לפי דין הרש"פ בסך של 10,010,708 ש"ח.

(-) קרנית חויבה בהפרש שבין הפיצוי על-פי הדין הישראלי לבין הפיצוי על פי הדין החל ברש"פ בסך של 1,753,021 ש"ח.

(-) נקבע כי מסכומים אלה ינוכו הסכומים ששולמו וישולמו על-ידי המוסד לביטוח לאומי (להלן: המל"ל) ותשלומים תכופים בניכוי שכר טרחת עו"ד בשיעור של 13% ומע"מ.

(-) נקבע כי יש להקפיא סך של 1,296,819 ש"ח בגין גמלאות עתידיות מהמל"ל (ניידות וקצבת נכות כללית).

הערעורים דנן

12. שלושת הערעורים דנן נסבים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. המערערים – קרנית, המבטחת, הנפגעת והוריה – טענו בהרחבה הן ביחס לפיצוי שנקבע בגין כל אחד מראשי הנזק והן ביחס לחבות. אעמוד בתמצית על הסוגיות העיקריות שהעלה כל אחד מהמערערים בערעורו.

13. קרנית טוענת בערעורה כי בית המשפט המחוזי שגה עת חייב אותה בראש הנזק של עזרת צד ג' בעבר אך בשל היעדר הפסד הכנסה מוכח של קרובי הנפגעת שהעניקו לה את העזרה. נטען כי לא הוצגה הוראת חוק או פסיקה המוכיחה כי הדין החל ברש"פ אינו מכיר בפיצוי בגין נזק זה, וכי אף לפי הדין ברש"פ חל העיקרון הבסיסי לפיו הפיצוי נועד להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו.

קרנית טוענת עוד כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו כי הנפגעת איבדה באופן מוחלט את כושר ההשתכרות שלה, וכי מכל מקום חישוב הפסד כושר ההשתכרות

נערך על יסוד נתונים לא עדכניים ביחס לשכר הממוצע במשק. עוד נטען כי על-פי הדין ברש"פ היה על בית המשפט המחוזי לכלול בראש הנזק כאב וסבל ריבית לתקופה שמיום התאונה ועד מתן פסק הדין, וכן כי היה עליו להורות על הקפאת גמלת המל"ל עבור שירותים מיוחדים גם לאחר גיל 18 ולהגדיל את הסכום המוקפא בגין גמלת "נכות כללית".

14. המבטחת טוענת בערעורה שתי טענות עיקריות; הראשונה, כי בית המשפט המחוזי שגה בקבעו כי הכיסוי הביטוחי חל על התאונה. בהקשר זה חוזרת המבטחת על טענותיה בעניין מספר הנוסעים באוטובוס שעלה על המותר, בעניין זהות הבעלים האמיתי והמחזיק באוטובוס בעת התאונה, וכן שבה על טענתה כי האוטובוס שימש להסעה בשכר ובניגוד לתנאי הפוליסה. לעניין זה, הגישה המבטחת בקשה להגשת ראיות חדשות בערעור אשר לטענתה מובילות למסקנה לפיה אין לחייבה בפיצוי הנפגעת, וכי הכיסוי הביטוחי אינו חל על התאונה. בתוך כך, ביקשה המבטחת לצרף מסמכים שנתקבלו ממשרד התחבורה הפלסטיני, ובהם רישיון ההפעלה של האוטובוס אשר על-פי הנטען אינו מתיר הסעות בו לצורך טיולי בית הספר. נטען כי מסמכים אלו הגיעו אל המבטחת רק לאחר מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי. טענתה השנייה של המבטחת מופנית כלפי גובה הנזק שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי, ובהקשר זה פורטו בהרחבה השגותיה הרבות על חישוב הפיצוי בגין ראשי הנזק השונים. המבטחת טוענת אף היא כי בית המשפט המחוזי שגה כשפסק לנפגעת פיצוי בגין אביזרים שאינם מסופקים על-ידי משרד הבריאות לפי עלות מלאה ולא לפי תעריף השב"ן.

15. בערעורם של הנפגעת והוריה משיגים הם על כך שלא נפסק לנפגעת פיצוי כלשהו בגין הוצאות ניתוחים ואשפוזים בעתיד שאינם מכוסים בסל הבריאות; בגין חלק נכבד מאביזרי השיקום לעתיד; ובגין צורך מוגבר בהוצאות כביסה וייבוש.

המשיבים בערעורים השונים הגישו סיכומי תשובה מטעמם, והצדדים הוסיפו וטענו טענותיהם בדיון שנערך לפנינו.

השלמת טיעון בסוגיית השב"ן

16. בהמשך לדיון שהתקיים ביום 17.5.2018, ולנוכח השלכות הרוחב האפשריות, הורינו לקופת חולים כללית (בה הנפגעת הייתה מבוטחת), ליועץ המשפטי לממשלה ולאגוד חברות הביטוח להגיש עמדותיהם בעניין קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה יש לראות את השב"ן כחווה ביטוח שחל עליו סעיף 86 לפקודת הנזיקין, ועל כן אין לנכות מסכום הפיצויים את ההטבות שניתנו לנפגעת במסגרת השב"ן.

17. עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה היא כי יש לראות בשב"ן כחווה ביטוח לצורך סעיף 86 לפקודת הנזיקין, ולפיכך אין לנכות מן הפיצוי שנפסק לניזוק את ההטבות להן הוא זכאי מכוח חברותו בתכנית השב"ן. נטען כי עמדה זו עולה בקנה אחד עם עקרונות דיני הנזיקין ומתמרצת חברות בתכניות השב"ן, ובכך משיגה מטרות חברתיות וכלכליות חשובות ובהן פיזור סיכונים יעיל. עוד נטען כי עמדה זו מחייבת לקבוע במקביל כי אין לקופת החולים זכות שיפוי מן המזיק, שאם לא כן יימצא המזיק חב יותר מכפי הנזק שגרם. היועץ המשפטי לממשלה הוסיף כי קביעה אחרת, לפיה יש לנכות מן הפיצוי שנפסק לניזוק את ההטבות להן הוא זכאי מכוח חברותו בשב"ן, תוביל למצב בו הניזוק יהיה מחויב להוסיף ולשלם עבור החברות בתכנית השב"ן גם בעתיד. עוד נטען, כי בשלב בו ניתן פסק הדין ונקבע הפיצוי, לא יכולה להיות וודאות כי ההטבות הניתנות כיום במסגרת השב"ן יוסיפו לעמוד בתוקפן אף בעתיד, ומשכך ניכוי גורף שלהן עלול להוביל לפיצוי חסר של הניזוק. לתוצאות אלה, כך נטען, אין הצדקה, וגם משום כך יש להימנע מניכוי ההטבות הניתנות במסגרת השב"ן.

18. כללית סבורה כי אין יסוד להחיל את סעיף 86 בהקשרו של השב"ן, וכי לקופות החולים זכות להיפרע את הטבת הנזק מהמזיק או ממבטחו גם כאשר הטבת הנזק נעשתה במסגרת השב"ן, כאמור בסעיף 22 לחוק ביטוח בריאות. אם לא כן, כך נטען, יימצא הניזוק מקבל יותר מכפי נזקו, וקופת השב"ן תינזק באופן ניכר. עוד נטען כי החלת סעיף 86 לפקודת הנזיקין על תכניות השב"ן באופן שההטבות לא ינוכו מהפיצויים עלולה להוביל למצב בו כל ניזוק יוכל, לאחר קרות אירוע הנזק, להצטרף לתכנית השב"ן של קופת החולים בה הוא חבר, ליהנות מצריכת השירותים במסגרת התכנית ולקבל את עלותם. כתוצאה מכך, כך נטען, יפחת התמריץ להצטרף מראש לתכניות השב"ן, ורבים אשר אלמלא כן היו מסתפקים בסל הבריאות הבסיסי יבחרו להצטרף לתכנית אך בדיעבד. לטענת כללית, ההשלכות של האמור הן העלאת דמי החבר או צמצום היקף השירותים הניתנים במסגרת תכניות השב"ן. לטענתה, היקף זכות השיפוי הוא הסכומים שהוציאה קופת החולים בעבר, אך גם סכומים שהיא צפויה להוציא בעתיד.

19. אגוד חברות הביטוח טוען כי תכניות השב"ן אינן יכולות להיחשב כ"חווה ביטוח", ומכל מקום, אף אם ייחשבו כחווה ביטוח, אין להחיל בעניינן את סעיף 86 לפקודת הנזיקין – אשר חל רק על חוזי ביטוח שאינם מקנים זכות תחלוף ועל כן יש לנכות את ההטבות שניתנו לנפגעת מכוח חברותה בתכנית שב"ן מסכום הפיצוי. עוד נטען כי סעיף 86 לפקודת הנזיקין מתייחס לחווה ביטוח שבו הזכאות לתגמולי ביטוח מתממשת עם קרות מקרה הביטוח, ולא לביטוחים כדוגמת שב"ן המקנים זכות עתידית המותנית בהמשך רכישת הביטוח על-ידי הניזוק (המבוטח), לאחר קרות אירוע הנזק.

דיון והכרעה

20. בפתח הדברים, אציין כי לא מצאתי להתערב בשומת הפיצויים. סכום הפיצוי הכולל שנפסק בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הוא סביר ואינו חורג מרף הפיצוי הראוי במקרים דומים. כידוע, ההלכה היא כי, ככלל, תמעט ערכאת הערעור להתערב בהחלטות הערכאה הדיונית לגבי שומת הנזק, והבחינה תיעשה "ממעוף הציפור" תוך בדיקה אם קיימת חריגה בולטת מהמקובל באחד מראשי הנזק. משכך, ומשלא מצאתי חריגה או טעות בולטת כאמור, איני רואה להידרש באופן פרטני למחלוקות בין הצדדים באשר לסכומי הפיצויים שנפסקו בראשי הנזק השונים, למעט המפורט להלן (ראו: ע"א 9159/08 עילית חברה לביטוח בע"מ נ' גורודיצקי, פסקה 7 והאסמכתאות שם (16.12.2010); ע"א 438/14 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב – "הפול", פסקה 3 (23.7.2014); ע"א 9927/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 21 והאסמכתאות שם (18.1.2015); והשוו לע"א 1164/02 קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' בן חיון, פסקה 7 והאסמכתאות שם (4.8.2005)).

21. כמו כן, לא מצאתי להתערב בממצאי העובדה המובהקים עליהם משיגה המבטחת ביחס לשאלת הכיסוי הביטוחי לתאונה, בהיעדר טעם לחרוג מהכלל בדבר הימנעות מהתערבות של ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית (ראו לדוגמא: ע"א 107/17 פלוני נ' פלוני, פסקה 2 (15.3.2018)).

בהקשר לכך אוסיף עוד כי לא מצאתי להיענות לבקשת המבטחת להגיש ראיות נוספות בהליך הערעור, בין היתר בשים לב לכך שלא ניתן כל טעם מניח את הדעת לאי-הגשת הראיות הנוספות בהליך בבית המשפט המחוזי, ולנוכח הכלל לפיו אין להתייחס לערעור כהזדמנות לשיפור עמדות וניהול ההליך מחדש (ראו: רע"א 4543/07 אביסדריס נ' קצין התגמולים (6.12.2007); ע"א 6019/07 טורג'מן נ' אחים עופר (ניהול) בע"מ, פסקה 17 (25.2.2010); חמי בן נון וטל חבקין הערעור האזרחי 390-398 (2012); והשוו לע"א

105/05 דהאן נ' קסון (10.11.2005); ע"א 3757/13 בורנשטיין נ' עיריית חיפה, פסקה 15 (21.7.2016).

22. כן יש לדחות אף את טענת קרנית לפיה המבטחת וקרנית הפלסטינית לא הוכיחו כראוי את הדין החל ברש"פ בכל הנוגע לראש הנזק של סיעוד ועזרה הניתנים על-ידי בני משפחה. אני סבורה כי אין מקום להתערב בשיקול דעתו של בית המשפט המחוזי ובקביעתו העובדתית לפיה המבטחת וקרנית הפלסטינית הוכיחו את טענתן בדבר תוכן הדין הזר כאמור. כידוע, תוכנו של דין זר דורש הוכחה ככל טענה עובדתית אחרת והוכחתו תיעשה באמצעות מומחה לדין הזר (ראו: רע"א 3924/01 Hess Form Licht Company נ' הנדסת חשמל כללית בע"מ (10.2.2002); רע"א 8887/04 קושניצקי נ' הארגון למימוש האמנה לביטחון סוציאלי (ישראל מערב גרמניה), פסקה 5 (14.6.2005); ע"א 3773/16 הנאמן לנכסי סופר נ' סופר, פסקה 61 (3.10.2018); גבריאל הלוי תורת מתקל הדינים 329 (2014)). משעה שהוגשה חוות דעת קבילה לצורך הוכחתו של הדין הזר, בית המשפט רשאי להעריך את משקלה, ובהתאם לכך לקבוע מהו תוכן הדין הזר שהוכח, וזאת ככל קביעה עובדתית אחרת (ראו: ע"א 6796/97 ברג יעקב ובניו (רהיטים) בע"מ נ' Berg East Imports Inc., פ"ד נד(1) 697, 707 (2000); רע"א 9745/16 Comverse Technology Inc נ' דויטש, פסקה 14 (8.8.2017); מנשה שאוה "טיבו ואופן הוכחתו של הדין הזר במשפט האנגלו-אמריקאי ובמשפט הישראלי" עיוני משפט ג 725 (1974); הלוי, בעמוד 344).

23. במקרה הנדון, לא הועלתה כל טענה בדבר אי-קבילות חוות הדעת של המומחים לדין הזר שהוגשו מטעם הצדדים. טענותיה של קרנית מופנות כלפי המשקל שיש ליתן לחוות דעתם של כל המומחים, ולעדויותיהם לפיהן בדין הרש"פ לא ניתן פיצוי בגין עזרת בני משפחה שלא הוכח לגביה שהיא גרמה לאובדן הכנסה. אזכיר כי המומחים העידו בפני בית המשפט המחוזי על חוות הדעת שהגישו. בית המשפט המחוזי קבע כי שלושת המומחים היו תמימי דעים כי על-פי דין הרש"פ אין לפסוק פיצוי בגין עזרת בני משפחה שאינה כרוכה בהפסד הכנסה. בפסק הדין צוין עוד כי קרנית לא העידה מומחה לדין הרש"פ מטעמה, וכי היא לא הציגה בפני המומחים לדין הזר מסמכים הסותרים את גרסתם האמורה בעת חקירתם הנגדית על ידה. לפיכך, אני סבורה כי בית המשפט המחוזי רשאי היה לקבל את גרסת המומחים לדין הזר ולקבוע, בין היתר, גם על סמך התרשמותו מהמומחים עצמם באופן בלתי אמצעי, כי קרנית תחוב בפיצוי בגין עזרת המשפחה שאינה כרוכה בהפסד הכנסה, ולא ראיתי להתערב בכך.

24. לבסוף, יש לדחות גם את טענות קרנית לגבי גובה סכומי הקפאת גמלאות המל"ל לאחר גיל 18, הן בהתייחס לגמלת שירותים מיוחדים והן בהתייחס לגמלת "נכות כללית".

באשר להקפאת תוספת של 19.26% בגין נכות כללית, הנפגעת טענה בסיכומיה לערעור קרנית, כי קרנית כלל לא העלתה טענה זו בפני הערכאה הדיונית. קרנית בתשובתה לא חלקה על כך, ולפיכך, די בכך כדי לדחות את טענתה של קרנית בעניין זה. בנוסף, מדובר בהערכה ספקולטיבית ביחס לתוספת הניתנת במקרים חריגים בלבד, ואף מהטעם הזה, יש לדחות את הטענה. נכונים הדברים אף בהתייחס לטענת קרנית בנוגע להקפאת קצבת שירותים מיוחדים – אף בעניין זה יש לדחות את הטענה, שכן מדובר בהערכה ספקולטיבית, שלא הוכחה, לפיה הנפגעת תהיה זכאית הן לקצבה זו והן לקצבת ניידות. אוסיף עוד כי איני סבורה שבית המשפט המחוזי קבע קביעות ברורות בעניין התקיימות התנאים לזכאות כאמור, כנטען על ידי קרנית.

האם בעת שומת הפיצוי יש לנכות את ההטבות המגיעות לניזוק מכוח חברותו בתכנית שב"ן?

25. לצד כל האמור, אני סבורה כי הערעורים מעלים שאלה עקרונית המצריכה הכרעה והיא – האם בעת שומת הפיצויים יש לנכות את ההטבות המגיעות לניזוק מכוח חברותו בתכנית שב"ן של קופת החולים אליה הוא משתייך. התשובה לשאלה זו נגזרת מן השאלה המקדימה – האם יש לראות בתכנית השב"ן "חוזה ביטוח" כפי שיובהר להלן.

הצגת הבעיה

26. הצדדים (למעט הנפגעת והוריה) טוענים כי פסיקת בית המשפט המחוזי לפיה יש להחיל על ענייננו את הוראת סעיף 86 לפקודת הנזיקין ולפיכך אין לנכות את ההטבות המגיעות לנפגעת מכוח חברותה בתכנית השב"ן, אינה אפשרית לנוכח הוראת סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות. נטען כי תחולתם של שני סעיפי החוק ביחד על ענייננו, עלולה להוביל לתוצאה בלתי אפשרית מבחינת עקרונות דיני הנזיקין. אבהיר טענה זו.

הסעיף הראשון הרלוונטי הוא סעיף 86 לפקודת הנזיקין הקובע כי:

”שעה שבאים לשום פיצויים המשתלמים בשל עוולה, לא יובא בחשבון כל סכום ששולם או שמגיע לרגל אותה עוולה על פי חוזה ביטוח” (ההדגשה הוספה, י.ו.).

ברי, כי ככל שייקבע כי תכנית השב”ן היא ”חוזה ביטוח” כמשמעו בסעיף 86 לפקודת הנזיקין, הרי שאין להתחשב בהטבות המגיעות מכוח תכנית זו לנפגעת, ואין לנכותן מסכום הפיצויים בו מחויב המזיק.

27. הסעיף השני הרלוונטי לענייננו הוא סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות הקובע כי:

”קופת חולים או נותן שירותים, שנתנו שירותי בריאות למי שחלה או למי שנפגע ממזיק זכאים להיפרע את הטבת הנזק מהמזיק או ממבטחו או מכל אדם אחר, בשל חבותם לפי כל דין או לפי כל חוזה ביטוח, בסכום ההוצאות אשר הוציאו בפועל למתן שירותי הבריאות למי שנפגע או שחלה כאמור...” (ההדגשה הוספה, י.ו.).

החלת סעיף זה על ענייננו, ככל שייקבע כי ”שירותי בריאות”, כמשמעם בסעיף זה, כוללים גם את השב”ן, תוביל לתוצאה לפיה קופת החולים תהא רשאית להיפרע מהמזיק את הסכומים שהוציאה לטובת מתן שירותי הבריאות הנוספים לנפגעת.

28. מכאן, כי החלת שני סעיפי החוק האמורים, סעיף 86 לפקודת הנזיקין ביחד עם סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות, תוביל לתוצאה בגדרה המזיק ייאלץ לשלם פעמיים את סכום ההטבות שיינתנו לניזוק בגין חברותו בשב”ן – פעם אחת לניזוק (שכן הטבות המגיעות לו מכוח השב”ן לא ינוכו מהפיצויים בהם הוא חב לנוכח האמור בסעיף 86 לפקודת הנזיקין) ופעם שניה לקופת החולים (שכן היא תהיה רשאית לחזור אל המזיק ולהיפרע ממנו את הוצאותיה לפי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות). תוצאה שכזו ודאי אינה אפשרית מבחינת עקרונות דיני הנזיקין – לפיהם המזיק אינו נדרש לשלם יותר מכפי הנזק שגרם (ראו ד”נ 24/81 חונוביץ נ’ כהן, פ”ד לח(1) 413, 428-429 (1984); ע”א 5557/95 סהר חברה לביטוח נ’ אלחדד, פ”ד נא(2) 724, 737-738, 749 (1997) (להלן: עניין אלחדד); וראו להלן בפסקאות 36-37). כמו כן, תוצאה כאמור אינה מתיישבת אף עם הוראת סעיף 2 לחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ”ד-1964, (להלן: חוק הטבת נזקי גוף), לפיה מי שהיטיב את הנזק לניזוק רשאי להיפרע את הטבת הנזק מן המזיק רק עד גובה הסכום שהמזיק חייב לניזוק (וראו הרחבה בעניין זה להלן בפסקה 69).

[במאמר מוסגר: אעיר כי סתירה לכאורית זו בין הדינים לא עלתה עד כה, ככל הנראה, מאחר שתכניות השב"ן בדרך כלל מחריגות באופן מפורש את הזכאות להטבות הניתנות במסגרתן במקרים בהם קיימת לעמית זכאות לפיצוי לפי חוק הפלת"ד ולפי חוקים נוספים (ראו: פסקה 3.2 לעמדת אגוד חברות הביטוח). במקרה הנדון, הזכאות לפיצויים אינה נובעת מחוק הפלת"ד, שכן כאמור הדין החל על האירוע הוא הדין החל ברש"פ. בנסיבות חריגות אלה, מתעוררת הסוגיה האמורה והצורך ליישב בין שתי הוראות החוק הנדונות].

29. לפני שאפנה לדון בסוגיה המשפטית עצמה, אפתח בסקירה קצרה על אודות תכנית השב"ן ומאפייניה. כפי שיובהר, סקירה זו הכרחית לצורך הכרעה בשאלת סיווגה של תכנית השב"ן כחוזה ביטוח. בהמשך לכך, אעבור לבחון את סעיף 86 לפקודת הנזיקין ואת תחולתו על ענייננו. לבסוף, ובהתאם למסקנות אליהן אגיע, אעבור לבחון את פרשנותו והיקפו של סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות, ואנסה ליישב בין שני הדינים.

שב"ן – מאפיינים והסדרים נורמטיביים

30. ההיסטוריה החקיקתית של חוק ביטוח בריאות נסקרה בעבר בכמה הזדמנויות (ראו: מבוא להצעת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ג-1993, ה"ח 204; עניין אלחנן, בעמודים 737-739; רויטל גרוס, ברוך רוזן ואריה שירום "מערכת הבריאות בישראל בעקבות החלת חוק ביטוח ממלכתי" ביטחון סוציאלי 93 (2014)), ומשכך אביא את תמציתה בלבד, תוך התמקדות בהיבטים הרלוונטיים לענייננו.

31. קודם לחקיקת חוק ביטוח בריאות, ההצטרפות לקופות החולים ולביטוח הבריאות שניתן במסגרתן הייתה וולונטרית ותמורת תשלום. מי שלא היה מבוטח באחת מקופות החולים (למעלה מרבע מיליון תושבים), היה נדרש לשלם עבור כל טיפול רפואי שקיבל, אפילו אם הוא טופל במסגרת קופת חולים. כמו כן, בהתאם לתנאי הביטוח הרפואי בקופות החולים, חברי הקופה לא היו זכאים לטיפול חינם במקרה של פגיעה או מחלה שנגרמו עקב תאונה או ביצוע עבירה או עוולה נזיקית. במקרים אלו, חבר קופת החולים נדרש לשלם לקופת החולים עבור הטיפול הרפואי שהיה מקבל ממנה. בהסתמך על מצב דברים זה, ההסדר בין המזיק, הנזוק וקופת החולים היה כזה שבו הנזוק, חבר קופת החולים, זכאי היה לקבל את מלוא הפיצוי מהמזיק, כולל פיצוי עבור טיפולים רפואיים אותם יקבל מקופת החולים בה הוא חבר (כלומר, סכומים אלו לא נוכו מכספי הפיצויים); עם קבלת כספי הפיצויים, העביר הנזוק לקופת החולים את התשלום המגיע

לה עבור השירותים הרפואיים; ואילו המזיק לא נדרש לשלם דבר לקופת החולים באופן ישיר.

32. בעקבות דו"ח ועדת חקירה ממלכתית שהתמנתה בשנת 1988 בראשות השופטת שושנה נתניהו, החליטה הממשלה לאמץ את המלצותיה ולחוקק חוק ביטוח בריאות ממלכתי, שמכוחו תהיה כל האוכלוסייה בישראל מבוטחת בשירותי בריאות מוגדרים אשר נכללים במה שמכונה בחוק "סל שירותי הבריאות" (להלן גם: סל שירותי הבריאות הבסיסי או הסל הבסיסי). בעקבות חקיקת חוק ביטוח בריאות, הפכה ההצטרפות לקופת חולים לחובה, כאשר התשלומים החודשיים משולמים למדינה בדרך של מס בריאות בהתאם לגובה ההכנסה. עוד יוער כי השירותים הרפואיים הכלולים בסל שירותי הבריאות הבסיסי מפורטים בתוספת השנייה והשלישית לחוק ביטוח בריאות, ומשכך הם ניתנים מכוח חוק ולא מכוח הסכם.

33. לצד סל שירותי הבריאות הבסיסי, אשר ניתן כאמור לכל תושב בישראל, חוק ביטוח בריאות מאפשר לקופות החולים להציע לחבריהן להפוך לעמיתים בתכניות לשירותי בריאות נוספים שאינם כלולים בסל הבסיסי. זאת, ללא תנאי חיתום, במחיר אחיד לכל קבוצת גיל, ללא תלות במספר שנות החברות בתכנית או במצבו הבריאותי או הכלכלי של העמית, והכל בפיקוח ובאישורו של שר הבריאות. עוד נקבע כי קופת חולים תיתן את שירותי הבריאות הנוספים באופן שהוצאותיה בכל שנה לא יעלו על הכנסותיה מתשלומי העמיתים, וכי במסגרת תכנית השב"ן הקופה תהא רשאית להעניק שירותי בריאות בפועל בלבד ולא פיצוי כספי לעמיתה (ראו סעיף 10 לחוק ביטוח בריאות).

34. לאחר חקיקת חוק ביטוח בריאות, התעוררה שאלה דומה, אך לא זהה, לשאלה הנדונה בענייננו – והיא האם החוק הביא לשינוי מערך משולש היחסים בין המזיק, הניזוק וקופת החולים, והאם יש לנכות מסכום הפיצוי הנזיקי את שווי ההטבות אותן זכאי הניזוק לקבל מקופת החולים בה הוא חבר. בעניין אלחדד, בו נדונה שאלה זו, נקבע כי בניגוד למצב ששרר קודם לחקיקת החוק, הרי שלאחר חקיקתו יש לנכות מסכום הפיצויים שנפסק לניזוק את שווי הטיפולים הרפואיים אותם הוא זכאי לקבל מקופת החולים כחלק מסל הבריאות הבסיסי. ואולם, פסק הדין בעניין אלחדד לא נזקק באופן ישיר לשאלה הנדונה בפנינו – האם יש לנכות מהפיצויים אף את שווי ההטבות להן זכאי הניזוק כחלק מחברותו בתכנית השב"ן של קופת החולים. אמנם כן, באמרות אגב נראה כי בעניין אלחדד נעשתה הבחנה בין שירותים הניתנים במסגרת הסל הבסיסי לבין שירותי בריאות הניתנים עבור תשלום נוסף (ראו למשל: שם, בפסקה 21 סיפא ובפסקה 29), אך אמרות אלה לא כוונו באופן ישיר אל ההטבות הניתנות במסגרת תכנית השב"ן.

35. על רקע כל האמור, אפנה עתה לבחון את השאלה העומדת במוקד דיוננו, והיא האם סעיפים 86 לפקודת הנזיקין וסעיף 22 לחוק ביטוח בריאות חלים על ענייננו. השאלה הראשונה בה נדון היא האם יש לראות בשב"ן "חוזה ביטוח" כמשמעו בסעיף 86 לפקודת הנזיקין, והאם יש לנכות את שווי ההטבות שקיבלה הנפגעת עובר למתן פסק הדין כתוצאה מהיותה עמיתה בתכנית השב"ן, כמו גם את שווי ההטבות שהיא צפויה לקבל בעתיד אם תוסיף להיות עמיתה בתכנית זו. בהמשך לכך, אפנה לבחינת תחולתו של סעיף 22 לחוק חוזה בריאות על ענייננו.

סעיף 86 לפקודת הנזיקין: חוזה ביטוח ותכנית השב"ן

36. ככלל, מיטיב של נזק רשאי להיפרע מן המזיק את שווי ההטבה שנתן לניזוק (ראו: סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף; רע"א 7946/09 מקפת החדשה ניהול קרנות פנסיה ותגמולים נ' אנוך, פסקה 3 (2012) (להלן: עניין אנוך)). משכך, ועל מנת שלא יימצא המזיק משלם פעמיים (פעם לניזוק ופעם למיטיב בתביעת השיפוי), והניזוק לא יזכה בפיצוי על נזק שהוטב (ובכך יזכה לפיצוי כפול – פעם מהמזיק ופעם מהמיטיב), נקבע כי יש לנכות מהפיצוי הנזיקי את שווי הטבת הנזק שקיבל הניזוק (ראו: ע"א 709/80 פרלמן נ' לוזון, פ"ד לו(4) 273 (1982); ע"א 612/84 מרגלית נ' מרגלית, פ"ד מא(3) 514, 523-521 (1987); עניין אלחדד, בעמודים 748-749; עניין אנוך, שם; ע"א 7547/99 מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144, 188-189 (2011) (להלן: עניין דובק); רע"א 6971/16 "בית המאירי" נ' נחל נובע מקור חכמה (16.1.2017)).

37. על העקרונות העומדים בבסיס משולש היחסים ניזוק-מזיק-מיטיב עמדה השופטת פרוקצ'יה בעניין דובק כדלקמן:

"שלושה כללים מרכזיים עומדים ביסוד מערכת היחסים המשולשת מזיק-ניזוק-מיטיב. הכלל הראשון הוא – כי תביעת המיטיב כלפי המזיק אינה אמורה להטיל עליו אחריות כוללת החורגת מזו שהוא חב בה בגין הפרת אחריותו כלפי הניזוק. הכלל השני הוא – כי הניזוק אינו זכאי לפיצוי החורג מגבולות הנזק הכולל שנגרם לו ... הכלל השלישי הוא – כי למיטיב עומדת זכות שיפוי כלפי המזיק על ההטבה שהעניק לניזוק בגין נזק שנגרם לו מהפרת אחריות המזיק כלפיו, אולם שיעור השיפוי אינו יכול לעלות על שיעור הנזק שנגרם לניזוק ממעשי המזיק, והוא מוגבל להטבה שהוענקה בפועל ... וכך, הניזוק יקבל את הטבת נזקו בשיעור נזקו הממשי, ולא למעלה מכך; המיטיב יקבל מהמזיק שיפוי

של סכום ההטבה שהעניק לניזוק, אך זאת בגבולות אחריותו של המזיק ולא למעלה ממנה; ואילו המזיק ישא בחובת פיצוי כוללת על הנזק הממשי שגרם לניזוק, ולא מעבר לכך, וישפה את המיטיב רק עד לגבולות אחריותו, ולא מעבר לה" (ההדגשות במקור; עניין דובק, שם).

38. חריג לעקרונות אלה ולאיוון במשולש היחסים האמור קבוע, כאמור, בהוראת סעיף 86 לפקודת הנזיקין, לפיה אין לנכות מסכום הפיצויים המשתלמים לניזוק סכום ששולם לו או שמגיע בשל אותה עוולה מכוח חוזה ביטוח. התכלית להחרגת תשלומים המתקבלים מכוח חוזה ביטוח ולקביעה כי דינם שונה מדינה של הטבת נזק רגילה, נעוצה הן בבחירה של הניזוק (המבוטח) להתקשר בחוזה הביטוח ולשאת בתשלומי פרמיה לאורך תקופת הביטוח, והן בשל כך שאין מקום לשפות את המבטח בגין התשלומים שעבורם גבה פרמיה. כפי שהוסבר בעניין אנוך: "הניזוק-המבוטח רכש, באמצעות תשלום פרמיות הביטוח, את הזכות לקבל תשלומים מאת המבטח בקרות המאורע הביטוחי, ואין הצדקה לשלול ממנו זכות זו, כפי שגם אין הצדקה כי המבטח יזכה בשיפוי בגין אותם תשלומים שעבורם גבה פרמיה מן המבוטח" (עניין אנוך, בפסקה 5; ראו גם: סעיף 4 לחוק הטבת נזקי גוף לפיו מיטיב שהוא תאגיד העוסק בעסקי ביטוח לא יהיה זכאי להיפרע לפי חוק זה).

39. השאלה הנשאלת בענייננו היא, אפוא, האם תכנית השב"ן נחשבת כ"חוזה ביטוח" כמשמעותו בסעיף 86 לפקודת הנזיקין, ואז נימנע מניכוי ההטבות המגיעות מכוחה; או שמא היא אינה נחשבת "חוזה ביטוח", וההטבות המגיעות מכוחה ייחשבו כ"הטבת נזק" אותה יש לנכות מסכום הפיצויים לשם שמירה על האיוון במשולש היחסים האמור.

40. כפי שצוין לעיל, בית המשפט המחוזי קבע כי סעיף 86 לפקודת הנזיקין חל בענייננו על ההטבות להן זכאית הנפגעת בשל חברותה בתכנית השב"ן, ומשכך אין לנכות מסכום הפיצויים שנפסק לטובתה את שווין של הטבות אלה לעבר ולעתיד. נראה כי בבסיס הכרעתו זו של בית המשפט המחוזי עמדה ההנחה לפיה תכנית השב"ן, בניגוד לסל הבריאות הבסיסי, דומה במהותה לחוזה ביטוח, ומשכך יש להחיל עליה את סעיף 86 כאמור. בית המשפט המחוזי קבע כי ניכוי שווי ההטבות מהפיצוי הנזיקי ייעשה רק מקום בו "מדובר בהטבה שניזוק זכאי לה מכוח דין, בלא שעליו לשאת כל תשלום בגינה. כלומר, הטבה המנויה ב'סל שירותי הבריאות', ואשר תושב זכאי לקבלן מכוחו, בין אם ישלם את דמי ביטוח ובין אם לאו" (שם, בפסקה 37). בהמשך לכך נקבע כי הטבות

הניתנות מכוח החברות בשב"ן אינן הטבות מסוג זה, שכן הן מותנות בבחירתו וביכולתו של האדם לשאת "בתשלום פרמיה בגין ביטוח זה".

עמדתי שונה. כפי שיובהר להלן, אני סבורה כי על אף שניתן לאתר רכיבים משותפים לתכנית השב"ן ולחוזי ביטוח, הרי שבסופו של דבר רכיבים יסודיים ומהותיים המאפיינים חוזי ביטוח באופן מובהק אינם מתקיימים בתכנית השב"ן, ועל כן יש קושי ממשי להגדירה כ"חוזה ביטוח". לפיכך, מסקנתי היא כי אין להחיל את הוראת סעיף 86 על הטבות המתקבלות מכוחה של תכנית השב"ן.

האם תכנית השב"ן נכללת בגדר המונח "חוזה ביטוח" כמשמעו בסעיף 86?

41. חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 מגדיר "חוזה ביטוח" כ"חוזה בין מבטח לבין מבוטח המחייב את המבטח, תמורת דמי ביטוח, לשלם, בקרות מקרה הביטוח, תגמולי ביטוח למוטב" (ראו: סעיף 1 לחוק חוזה הביטוח).

בפסיקה המתייחסת למהותו של חוזה הביטוח הודגש במיוחד יסוד הסיכון המבוטח, ונקבע כי הוא מהווה נדבך מרכזי במערכת החוזית שבין מבטח למבוטח:

"חוזה ביטוח נועד לבטח כנגד אירוע 'מקרה ביטוח'. מקרה הביטוח הוא אותו אירוע אשר כלפי התרחשותו ותוצאותיו נעשה הביטוח. תנאי יסודי להיווצרות החיוב בתשלומי הביטוח הוא קיום אירוע הנובע מהתממשות סיכון מוסכם בין המבוטח למבטח, כאשר האירוע אינו בשליטת המבוטח, והוא אירע בתוך תקופת הביטוח. הסיכון המבוטח הוא נדבך מרכזי בכל חוזה ביטוח. הוא נועד להגן על המבוטח מפני הסיכונים מושא הביטוח ובאין סיכון אין ביטוח" (ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(4) 817, 834 (2003)).

(וראו גם: 1845/90 סיני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(5) 661, 678-681 (1993); שחר ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 כרך ראשון 41 (2005) (להלן: ולר)).

42. ואמנם, מהות חוזה הביטוח היא העברת סיכון בלתי צפוי מכתפי המבוטח לכתפי המבטח. בתוך כך, במסגרת חוזה הביטוח, המבוטח מתחייב לשלם פרמיה, שהיא סכום קבוע מראש ונמוך ביחס לנזק האפשרי, וזאת על-מנת להימנע מהסיכון לשאת בנזקים גבוהים בשל אירועים לא צפויים בעתיד (ולר, בעמודים 41-42). לפיכך, תנאי הכרחי להיווצרות חוזה הביטוח היא הסתברות אפשרית, אך לא ודאית, להתממשות הסיכון המבוטח. כפי שציין י' אליאס בספרו:

"במצב שקיימת בו ודאות מוחלטת להתממשות הסיכון, ברי כי לא יימצא מבטח שיהיה מוכן לשאת בו. ההיגיון הפונקציונלי של המכשיר הביטוחי מושתת על ההנחה כי מקרה הביטוח הוא בגדר אפשרות בלבד ולא בגדר התרחשות ודאית" (ירון אליאס דיני ביטוח כרך א' 10 (2016)).

(וראו עוד: ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד מז(1) 311, 325-327 (1993); רע"א 2843/18 הכשרה חברה לביטוח בע"מ נ' פוליקוב (15.10.2018); ולד, בעמוד 566).

43. על רקע האמור, נפנה עתה לבחון האם תכנית השב"ן מהווה "חוזה ביטוח".

אמנם, אין חולק כי לתוכנית השב"ן ישנם מאפיינים ברורים של חוזה ביטוח. בראש ובראשונה, הצטרפות לתוכנית השב"ן נעשית באופן וולונטרי על-ידי העמית, כנגד תשלום דמי חבר, והיא נועדה, בין היתר, לאפשר לעמית לקבל שירותי בריאות נוספים במידת הצורך. ניתן אולי לראות בהסדר זה כהסכם להעברת סיכונים תמורת תשלום קבוע, ולפיו, עם קרות "מקרה הביטוח", זכאי העמית לקבלת שירותי בריאות נוספים מקופת החולים, כפוף להמשך תשלום דמי החבר (ראו הדיון והמקורות הנזכרים ברע"א 4958/15 שירותי בריאות כללית נ' אהרון, פסקה 54 (23.10.2017)).

44. ואולם, נראה לי כי זוהי הצגה חלקית בלבד של מהות תכנית השב"ן, אשר תכליתה העיקרית היא מתן שירותי בריאות נוספים כנגד תשלום קבוע וללא כל קשר לקרות מקרה ביטוח, תאונה או מחלה קשה. כך למשל, תכניות שב"ן שונות מציעות לעמיתיהן שירותי רפואת שיניים שגרתיים; קבלת חוות דעת רפואית נוספת; טיפולי רפואה משלימה; בדיקות תקופתיות ושירותים נוספים אשר אינם תלויים, כאמור, בקרות אירוע נזיקי או בהתממשותו של סיכון. משכך, נראה כי תכנית השב"ן מזכירה יותר הסכם למתן שירותים מאשר חוזה ביטוח (ראו והשוו: ולד, בעמודים 166-167).

45. יתר על כן, וזה העיקר בענייננו, כל תושב בישראל רשאי להצטרף לתכנית שב"ן בקופת החולים בה הוא חבר, בלא תלות במצבו הרפואי. כך, אף לאחר שאירעה לאדם תאונה או שחלה במחלה, הוא רשאי להצטרף לתכנית השב"ן ולקבל את השירותים הניתנים במסגרתה גם ביחס למצב רפואי שנבע מאירועים שקדמו להצטרפותו לתכנית השב"ן (לעיתים ההצטרפות תתאפשר בתום תקופת המתנה). זאת בניגוד להיגיון הביטוחי הרגיל, בגדרו אין מקום לעריכת חוזה לכיסוי ביטוחי לאחר קרות מקרה הביטוח

והתממשות הסיכון, שכן, כאמור, הביטוח נועד להעביר את הסיכון מכתפי המבוטח לכתפי המבטח בשל נזקים הנובעים מאירועים מקריים או בלתי צפויים בלבד וטרם התממשותם.

46. כמו כן, בניגוד לחוזי ביטוח, בהם תקבולי הביטוח מתקבלים עם קרות מקרה הביטוח וללא כל צורך להוסיף ולשלם את הפרמיה לאחר מכן, תכנית השב"ן מאפשרת את קבלת השירותים הנוספים אף לאחר קרות אירוע נזיקי רק כל עוד ממשיך העמית לשלם את דמי החבר החודשיים.

47. לכל האמור יש להוסיף אף הבדלים מהותיים נוספים בין חוזי ביטוח לבין תכנית השב"ן – ובהם העובדה שתכנית השב"ן אינה כוללת תנאי חיתום, החרגות, תנאי קבלה ותניות פטור; בתכנית השב"ן גובה דמי החבר אינו דיפרנציאלי בהתאם לסיכון הנשקף מן העמית הספציפי, אלא גובה התשלום אחיד לכל קבוצת גיל, מה שמלמד יותר מכל על היעדר אלמנט ביטוחי הנגזר מסיכון קונקרטי של מבוטח זה או אחר; תכנית שב"ן פועלת באופן שהוצאותיה בכל שנה לא יעלו על הכנסותיה והיא ממומנת מתשלומי העמיתים בלבד, ולא כתכנית ביטוח המחייבת רזרבות לצורך התמודדות עם סיכונים והתחייבויות עתידיות; הפיקוח על תכניות השב"ן נעשה על-ידי שר הבריאות ולא על-ידי רשות שוק ההון, ולמעשה, חוק הפיקוח מחריג מתחולתו באופן מפורש את קופות החולים, לרבות תכניות השב"ן (ראו: סעיף 95 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981); המוצר הביטוחי הוא קבלת שירותים רפואיים בפועל ולא פיצוי כספי.

48. מכל האמור לעיל עולה כי מבחינה מהותית, אין לראות בתכנית השב"ן "חווה ביטוח". בהקשר זה אעיר כי הפסיקה הייתה נכונה "להגמיש" את התנאים להכרה בתגמולים מסוימים כתגמולים הנובעים מ"חווה ביטוח" בכל הנוגע לפרשנותו של סעיף 86 לפקודת הנזיקין, וזאת בניגוד למשמעות המונח "חווה ביטוח" בחוק חווה הביטוח, ולנוכח התכליות השונות של חוקים אלה (ראו: עניין אנוך, בפסקה 22; ת"א (מחוזי חי') 22776-12-09 מגדל מקפת קרנות פנסיה וקופות גמל בע"מ נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב בע"מ ("הפול"), פסקאות 40-41 (27.3.2011)). כך למשל, הוכר תשלום המשולם לעובד בגין ימי מחלה צבורים כתשלום השקול לתגמולי ביטוח, ומשכך נקבע כי אין לנכותו מפיצויי הניזוק (ראו: ת"א (מחוזי ב"ש) 231/81 אבן צור נ' הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"מ תשמ"ה(3) 45 (1981)). כמו כן, בעניין אנוך נקבע כי תשלומים המתקבלים מקרן פנסיה חדשה ייחשבו בדרך כלל כתשלומים לפי חווה ביטוח לצורך סעיף 86 לפקודת הנזיקין, וכי אלו לא ינוכו מהפיצויים המגיעים לניזוק (או לשאריו) (עניין אנוך; וראו גם: ע"א 8181/06 הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוח אטיאס דוד

בפסקה 16 (21.10.10); והשוו לע"א 7696/09 עמיר נ' חברת החשמל לישראל, בפסקאות 11-8 (12.5.2011).

49. ואולם, אני סבורה כי בענייננו, ולנוכח כל האמור לעיל, אין לראות בתכנית השב"ן "חוזה ביטוח" אף בראי תכליתו של סעיף 86 לפקודת הנזיקין. כאמור, תכליתו של סעיף 86 לפקודת הנזיקין, כמפורט בפסקה 38 לעיל, היא לאפשר לניזוק שרכש "בזיעת אפו" ובאופן וולונטרי את הזכות לקבל תשלומי ביטוח בקרות אירוע נזיקי מסוים, לקבל גם פיצוי מלא בגין נזקו (ראו: עניין אנוך, בפסקה 18). בענייננו, כאמור, השקעת התשלומים החודשיים (דמי החבר) על-ידי הניזוק נועדה, בעיקרו של דבר, לקבל את השירותים הניתנים גם ללא קשר לקרות המקרה הביטוחי שאירע. אם לא כן, יש להניח שרבים היו נמנעים מלהצטרף לתוכניות השב"ן אלא עד לאחר קרות תאונה או מחלה, כמתואר לעיל, שכן אין כל מגבלה על הצטרפות לתוכניות השב"ן גם לאחר הרעה ניכרת במצבו הבריאותי של המצטרף ללא קשר לסיבה להרעה.

50. המסקנה העולה מכל האמור היא כי אין לראות את תכנית השב"ן כ"חוזה ביטוח" אף כמשמעותו בסעיף 86 לפקודת הנזיקין. משכך יש לראות בהטבות המתקבלות מהחברות בתכנית זו כ"הטבת נזק" אותה יש לנכות מהפיצויים שנפסקים לניזוק.

ניכוי שווי השירותים הנוספים במסגרת תכנית השב"ן – לעבר אך לא לעתיד

51. ואולם, כפי שיפורט מיד, ניכויים אלה הם אך עבור השירותים שניתנו לניזוק כתוצאה מחברותו בתכנית השב"ן בעבר בלבד, עד למתן פסק הדין הנזיקי בענייננו. לעומת זאת, בכל הנוגע להטבות ולשירותים להם יהיה זכאי הניזוק בעתיד, דעתי היא כי אין לנכותן, שכן אין כל ודאות כי הניזוק יוסיף להיות חבר בתכנית השב"ן, ומשום כך אין אף ודאות לכך שיהיה זכאי להטבות נוספות בעתיד.

52. אמנם כן, הכלל הוא כי לצורך קביעת הפיצוי והניכויים, בית המשפט "מצלם" את המצב ביום מתן פסק הדין, תוך הנחה שהניזוק יוסיף לקבל את הגמלה או הקצבה אותה הוא מקבל כיום (ראו: ע"א 8673/02 פורמן נ' גיל, פ"ד נח(2) 375, 381-382 (2004); ע"א 7625/11 אסולין נ' בן ישי, פסקה 7 (2012)). ואולם, כלל זה נכון כאשר התגמולים והזכאות מובטחים לניזוק מכוח חוק, ויש ודאות לגבי היקפם וקבלתם גם בעתיד. זהו הדין במקרה של זכאות לגמלאות המל"ל (לדוגמא ראו: עניין אסולין; רע"א 454/09 לבן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 6 (14.7.2011)), וזהו הדין במקרה של זכאות לשירותי בריאות הכלולים בסל הבריאות הבסיסי (ראו: עניין אלחנן, בעמוד 752; רע"א

6680/08 מדינת ישראל נ' סעיד, פסקה 34 (6.2.2012); אליעזר ריבלין תאונת הדרכים – תחולת החוק, סדרי דין וחשוב הפיצויים 1042-1038 (מהדורה רביעית, 2012); והשוו לע"א 6431/96 בר זאב נ' מוחמד, פ"ד נב(3) 557 (1998); נילי קרקו-אייל ורון ורד "פיצוי גלובאלי לניזוק בגין הוצאות רפואיות – בעקבות 6431/96 בר זאב נ' מוחמד" המשפט 485 (התשס"ב)).

53. לעומת זאת, ההטבות והשירותים הניתנים מכוח חברות בתכנית השב"ן תלויים בתשלום דמי חבר חודשיים, וקבלתם העתידית אינה ודאית אלא תלויה ברצונו של הניזוק להוסיף ולהיות עמית בתכנית ולשלם עבור כך. משכך, אין מקום להניח כי הניזוק יוסיף ויקבל בעתיד את השירותים אותם הוא מקבל בהווה מכוח תכנית השב"ן, וממילא אין לנכות את שווי שירותים אלה (ככל שיוסיפו להינתן אף בעתיד) מהפיצוי הנזיקי.

חובת הקטנת הנזק

54. בהקשר זה הועלתה הטענה לפיה על הניזוק להוסיף ולהיות חבר בתכנית השב"ן גם בעתיד, או להצטרף לתכנית כזו (אם לא היה חבר בה בעבר), כחלק מחובת הקטנת הנזק החלה עליו, תוך חיוב המזיק לשאת בעלות החודשית של דמי החבר. אין בידי לקבל טענה זו.

55. הדוקטרינה המכונה "חובת הקטנת הנזק" מתארת את הנטל המוטל על הניזוק להפחית את הנזק שהמזיק גרם לו בעוולתו (ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ פ"ד מה(4) 45, 51 (1991)). ואולם, בניגוד לחובת הקטנת הנזק בדיני החוזים המעוגנת בסעיף 14(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזים), התשל"א-1970, החובה להקטנת הנזק בדיני הנזיקין אינה מעוגנת בחוק אלא היא יציר הפסיקה (ראו: עניין גולדפרב, שם; גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 353 (2009); יהודה אדר "הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שניים יחדיו" משפט ועסקים י 381, 385, 387 (התשס"ט); משה ויסמן הגנות בדיני נזיקין 15 (2006); אליאט, בעמוד 1001). היו מי שייחסו את המקור לנטל זה כחלק מדוקטרינת האשם התורם לפיה המזיק אינו חייב לפצות על נזק שנגרם "באשמתו" של הניזוק (על האבחנות האפשריות בין "אשם תורם" לבין "נטל הקטנת הנזק" ראו: אדר; גד טדסקי דיני הנזיקין 253-255 (1976) (להלן: טדסקי); שלו ואדר, בעמוד 352; קציר, בעמודים 1647-1648). והיו מי שייחסו את מקור הנטל לעיקרון הסיבתיות וריחוק הנזק בדיני הנזיקין לפיו המזיק נדרש לפצות אך על הנזק שנגרם על-ידי מעשיו שלו ולא בשל מחדלו של הניזוק (ראו: טדסקי, 253-255; וכן ראו: Israel Gilead, *Tort Law*, in THE LAW

OF ISRAEL: GENERAL SURVEYS 279, 430 (Itzhak Zamir & Sylviane Colombo
(eds., 1995); ויטמן, בעמוד 21).

56. מכל מקום, לא אחת הודגש בפסיקה ובספרות כי למעשה אין מדובר ב"חובה" במובנה הקלאסי, וכי לא ניתן לאכוף חובה זו על הניזוק או להענישו בגין "הפרתה". הובהר כי הניזוק אינו חייב להקטין את נזקו, אלא כי זכאותו לפיצוי מהמזיק אינה כוללת את הנזק אותו הוא יכול היה למנוע. במובן זה, נדמה כי השימוש במונח "חובת הקטנת הנזק" מטעה, ויש להתייחס לדוקטרינה זו כ"הגנה" העומדת למזיק השוללת את חבותו-הוא לפצות בגין נזק שהיה על הניזוק למנוע (ראו והשוו: אדר, בעמוד 383; שלו ואדר, בעמוד 352. וראו גם: ע"א 491/71 רחנר נ' שטרן, פ"ד כז(1) 78, 81 (1972); עניין גולדפרב; קציר, בעמוד 1647).

57. מהם גבולות אחריותו של הניזוק להקטין את נזקו?

בפסיקה נקבע כי המזיק לא יחויב בפיצויים בגין נזק שהניזוק יכול היה למנוע או להקטין לו נקט באמצעים סבירים (ראו: עניין גולדפרב; קציר, בעמוד 1648-1649; אליאס, בעמודים 1005-1008). השאלה מהם האמצעים הסבירים שעל הניזוק לנקוט לשם הקטנת נזקו זכתה לתשובות שונות בפסיקה. בעבר היו מי שהחזיקו בגישה לפיה יש לבחון את התנהלות הניזוק בהתאם לאופן שבו היה נוהג אם לא היה בנמצא מי שאחראי לפגיעתו (ראו לדוגמא: ע"א 592/66 "הקודחים" נתניה בע"מ נ' ביטון, פ"ד כא(1) 281, 285 (1967)). ואולם, ברבות השנים באה לידי ביטוי בפסיקה גישה מקלה יותר עם הניזוק, ובתי המשפט נמנעו מלקבוע כי חובת הניזוק היא לפעול לשם הקטנת הפיצויים שישולמו לו, "חובתו היא ... להקטין את נזקו הוא, תוך התחשבות בכך כי נזק זה נגרם לו על-ידי המזיק" (קציר, בעמודים 1656-1657). עוד הובהר כי נטל ההוכחה שהניזוק לא עמד בנטל הקטנת הנזק הוא על המזיק (ראו: עניין גולדפרב; אדר, בעמוד 391).

58. מדברים אלה עולה כי אמת המידה לבחינת התנהלותו של הניזוק בכל הנוגע לאחריותו להקטנת הנזק זהה לאמת המידה לקביעת התרשלות עצמית, ושלא אף קלה יותר. עמדו על כך שלו ואדר בהתייחס לחובה זו בדיני החוזים אך הדברים יפים גם לענייננו:

"אמת המידה לבחינת קיומה של התרשלות עצמית בגדרי שתי הדוקטרינות [הקטנת הנזק ואשם תורם, י.ו.] היא דומה. בשתיהן נבחנת התנהגותו של הנפגע באספקלריה של האדם הסביר, במטרה לברר אם הנפגע חרג מדרך

ההתנהגות הראויה שסביר היה לצפות ממנו לנקוט
בנסיבות העניין. זאת ועוד, במסגרת שתי ההגנות נבחנת
הסבירות בהקשר המיוחד של אדם המתרחש כלפי עצמו,
להבדיל מאדם המתרחש ומסב נזק לזולתו. התוצאה
המעשית היא כי הציפייה מן הנפגע לנקוט פעולה נחרצת
או רצינית למניעת הנזק היא נמוכה יותר, ואין הוא חייב
'לצאת מגדרו' לשם כך" (שלו ואדר, בעמוד 356).

וראו גם דבריו של אדר:

"במישור המהותי, שתי טענות ההגנה [אשם תורם
והקטנת הנזק, י.ו.] מושתתות על עיקרון משפטי משותף,
הוא עיקרון ההתרחשות העצמית. על-פי עיקרון זה,
התנהגות בלתי סבירה של הנפגע שהשפיעה לרעה על
היקף הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ... צריך שתשפיע לרעה
גם על היקף זכותו לפיצויים" (אדר, בעמודים 391-392)

(ראו גם: טדסקי, בעמוד 254; ויסמן, בעמודים 24-25).

הנה כי כן, יש לקבוע כי גבול אחריותו של המזיק לפצות את הניזוק מסתיים
בנקודה שבה הניזוק מתרחש במניעת או הקטנת נזקו.

מן הכלל אל הפרט

59. יישום הדברים על ענייננו מוליך למסקנה כי יש לדחות את הטענה לפיה המשך
החברות בתכנית השב"ן, או הצטרפות לתכנית כזו לאחר קרות הנזק, נכללות בגדר הנטל
המוטל על הניזוק להקטין את נזקו.

60. ראשית, מבחינה מושגית, החברות בשב"ן אינה מקטינה את הנזק של הניזוק, אלא
לכל היותר, היא משמשת כאמצעי להטבתו. אמנם כן, כל הטבת נזק במובן מסוים
"מקטינה" את נזקו של הניזוק. ואולם, במקרים בהם למיטיב הנזק יש זכות שיפוי כלפי
המזיק, כי אז הלכה למעשה הנזק לא "הוקטן" אלא אך "גולגל" מהניזוק למיטיב. במצב
דברים זה – גם הפיצוי שייאלץ המזיק לשלם לא הוקטן, אלא אך הועבר למיטיב. במילים
אחרות, גם אם עלות הטיפולים תוטב על-ידי קופת החולים במסגרת השב"ן כמיטיבה –
הרי שהמזיק יאלץ לשאת בעלויות אלה כפי הנזק שנגרם, כחלק ממשולש היחסים שבין
המזיק, הניזוק והמיטיב המעוגן בין היתר בסעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף ובסעיף 22
לחוק ביטוח בריאות (ראו לעיל בפסקאות 36-37 וראו להלן בפסקאות 70-78). ראו
והשוו לדבריו של קציר בספרו:

"הימנעות מבקשת עזרה ממקור זר לא תראה כאי-הקטנת הנזק, על אף שקבלת עזרה שכזו עשויה, במקרים מסוימים, להקטין את הפיצויים שעל המזיק לשלם, ולא רק את הנזק שהנפגע סובל. ונראה עוד כי כאשר עזרה פלונית תיראה כ'הטבה שבחסד' במובן חוק הטבת נזקי גוף ... הרי כשם שקבלתה לא יהיה בה כדי להקטין את הפיצויים שעל המזיק לשלם, כן לא יהיה בהימנעות מקבלתה משום אי הקטנת הנזק, מצד הנפגע; זאת משום זכותו של המיטיב להיפרע את ההטבה מאת המזיק... כאשר קיימת זכות בידי המזיק כי הגמלאות ינוכו מהפיצויים, חובה על הנפגע לעשות לשם קבלת גמלאות אלו. אלא שחובה זו אינה נדרשת על יסוד הכלל בדבר חובת הנפגע להקטין את הנזק – אלא על יסוד אותה זכות ספציפית שהוענקה בחוק למזיק. ואכן, כאשר לא נתקיימה חובת ניכוי סטטוטורית של הגמלאות מן הפיצויים ... לא ראה בית המשפט בהימנעות הנפגע מלקבל גמלאות, משום הפרת חובה להקטין את הנזק" (ההדגשות הוספו, י.ו.; קציר, בעמודים 1683-1684).

61. אבהיר את כוונתי מנקודת מבט נוספת: כידוע, ההצדקה הכלכלית לנטל הקטנת הנזק נעוצה באפשרות להקטין את העלוות המצרפית של האירוע העוולתי: "כל אימת שנזק העתיד להתחולל עולה בשיעורו על ההוצאה הנדרשת לשם מניעתו, קיימת הצדקה כלכלית לשאת בהוצאה הנדרשת למניעת הנזק" (שלו ואדד, בעמוד 359; אליאט, בעמוד 1002). ואולם, בענייננו, כאמור, המשך החברות בתכנית שב"ן אינה מונעת או מקטינה את נזקה של הנפגעת, אלא אך "מגלגלת" את עלות הטבתו לפתחה של קופת החולים, ועל כן העלות המצרפית של האירוע העוולתי לא תקטן אף אם הנפגעת תוסיף ותהיה חברה בתכנית השב"ן כל ימי חייה.

62. שנית, אף אם אניח לצורך העניין כי החברות בשב"ן מקטינה את הנזק של הניזוק ולא משמשת רק כאמצעי להטבתו, אזי כמפורט בהרחבה לעיל, נדרש המזיק להוכיח כי הניזוק התרשל באי הקטנת הנזק. ואולם, לא נטען על ידי המזיק בענייננו ובוודאי לא הוכח כי הימנעות הנפגעת מהתחייבות להוסיף ולהיות עמיתה בתכנית שב"ן למשך שארית חייה היא בגדר התרשלות מצדה.

63. שלישית, נראה כי דרישה כאמור מהנפגעת, כמו גם דרישה להצטרף לתכנית שב"ן ממי שלא היה חבר בה קודם קרות הנזק, אינה באה בגדר "אמצעים סבירים" להקטנת הנזק. אמנם, ייתכן כי הצטרפות לתכנית שב"ן תוביל במובן מסוים להוזלת עלות הטיפול הרפואי בניזוק. ואולם, אני סבורה כי קביעה לפיה על כל ניזוק להצטרף לתכנית שב"ן זו או אחרת לאחר קרות הנזק כחלק מנטל הקטנת הנזק מרחיב את תחולתו של הכלל "מעבר לגבולו הטבעי" (ראו והשוו: ע"א 830/76 טעדה נ' חמדי, פ"ד לג(1) 589,

603 (1979); קציר, בעמוד 1681-1682). ודוק – שמירה על גבולותיה הטבעיים וגדריה של דוקטרינת הגנת הקטנת הנזק היא בעלת חשיבות רבה והיא נגזרת, בראש ובראשונה, מטעמים של מדיניות משפטית (ראו: קציר, בעמוד 1665; אליאט, בעמוד 1007), ואבהיר.

64. אני סבורה כי שיקולים של מדיניות משפטית ראויה מוליכים למסקנה לפיה קו הגבול בכל הנוגע להקטנת הנזק ביחס לעלותו של טיפול רפואי, עובר בדרישה לפיה על הניזוק לקבל את הטיפול הרפואי לו הוא זכאי מכוח החוק (למשל מכוח "סל הבריאות הבסיסי"). משעומד הניזוק בדרישה זו, נוקט הוא באמצעים סבירים להקטנת נזקו בהקשר זה. עמד על כך ויסמן:

"מקום שניתן להשיג טיפול רפואי מסוים בשתי דרכים, האחת הגורמת מעמסה כספית מיותרת למזיק והאחרת העשויה להקל עליו, על הניזוק לבחור בדרך המקלה עם המזיק ... סל הבריאות משמש בהקשר זה אינדיקציה להיקף הטיפול הרפואי הראוי" (ויסמן, בעמוד 51 וה"ש 86 שם)

וראו גם דבריו של קציר:

"משנקבע בעניין [אלחט], כי זכותו של נפגע היא לקבל טיפול רפואי חינם במסגרת הביטוח הניתן על-פי החוק, הרי נובע מכך שהיזקקות לטיפול רפואי פרטי במקרה שצורך זה מכוסה על-ידי החוק, יהיה בה משום הפרת הנטל להקטין את הנזק" (קציר, בעמוד 1653; ההדגשות הוספו, י.ו.).

דברים אלה כווננו לכך שהמזיק לא יפצה את הניזוק עבור טיפול רפואי שעלותו גבוהה יותר מעלותו במסגרת סל הבריאות הבסיסי, אם הניזוק בחר לקבל את הטיפול במסגרת פרטית. זאת, בין היתר, מאחר שסל הבריאות הבסיסי מעוגן בחוק ומשקף טיפול רפואי נאות. בדומה לכך, אני סבורה כי גם אין לדרוש מהניזוק להקטין את נזקו כך שעלות הטיפול הרפואי שאינה מכוסה בסל הבריאות הבסיסי תקטן באמצעות פנייה לגורמים שונים (ובכללם – חברות ביטוח פרטיות, תכניות שב"ן או ארגוני צדקה). כך לדוגמא, על-אף שרבים בישראל נעזרים באביזרים רפואיים הניתנים ללא תמורה כספית מארגוני צדקה (כמו "יד שרה" או דומיו), בתי המשפט אינם מורים לניזוקים לפנות לארגון זה לשם "הקטנת נזקם", וזאת אף שיהיה בכך כדי להקטין את עלות הטיפול הרפואי בהם, והדברים ברורים.

65. מהם אפוא הטעמים לקביעה כי קו הגבול הראוי לנטל הקטנת הנזק עובר בזכאות על פי החוק (סל השירותים הבסיסי), ומדוע הצטרפות לתכנית שב"ן אינה באה בגדר "אמצעים סבירים" להקטנת נזקו של הניזוק?

א. הטעם האחד נעוץ בשיקולי צדק והוגנות כלפי המיטיב – קופת החולים. קביעה לפיה כל ניזוק נדרש כחלק מנטל הקטנת הנזק להצטרף לתכנית שב"ן לאחר קרות הנזק מגלגלת, הלכה למעשה, את חובת הפיצוי בגין הנזק שגרם המזיק לניזוק לפתחן של קופות החולים (אע"פ כי גם אם לקופת החולים – כמיטיבה – תהא זכות עקרונית לחזור אל המזיק לקבלת שיפוי על הוצאותיה (ועל כך בהרחבה בהמשך) הרי שגלגול הנזק עליה כעניין של ברירת מחדל צפוי להיות כרוך בעלויות ליטיגציה, בירור עובדתי וכיוצ"ב).

מעבר לכך, קביעה גורפת כי על כל ניזוק בנזקי גוף להצטרף לתכנית השב"ן לאחר קרות הנזק כאשר הוא כבר נזקק לשירותים רפואיים מוגברים כתוצאה מהאירוע הנזיקי, צפויה אף להשפיע באופן מהותי על שוק תכניות השב"ן בקופות החולים השונות, ולכך עשויות להיות השלכות רוחב שאינן בהכרח לטובת קופות החולים.

כמו כן, קביעה לפיה קופות החולים הן אלה אשר הלכה למעשה יישאו בפיצוי הניזוק בגין הנזק שגרם לו המזיק, עלולה להוות תמריץ שלילי למזיקים שפעלו בניגוד לדין, כאשר הם ידעו כי לא יישאו בפיצוי מלוא הנזק שגרמו הם – באשם – לניזוק. עמד על כך אד"ר:

"כלל זה [הקטנת הנזק, י.ו.] ... עלול ליצור אצל מפרים בכוח תמריץ להתנהגות לא יעילה ואף אופורטוניסטית. אלה עלולים – בעיקר מרגע שההפרה כבר נחשפה, ובמידה פחותה עוד קודם לכן – להימנע מנקיטת אמצעים פשוטים למזעור נזקיהן של הפרות ... " (אד"ר, בעמוד 417).

ב. טעם נוסף לבחירת החוק כקו הגבול של נטל הקטנת הנזק נעוץ בוודאות של החוק וביחידותו של סל הבריאות הבסיסי. זאת, לעומת הסוגים הרבים והשונים של תכניות השב"ן. כידוע, כל אחת מקופות החולים מציעה מספר תכניות שונות לבחירת החברים בה, הנבדלות ביניהן בגובה התשלום החודשי, בהיקף שירותי הבריאות הנכללים בהן ועוד. קביעה לפיה ניזוקים נדרשים להצטרף לתכנית שב"ן כדי להקטין את נזקם תחייב גם קביעה באיזו מבין תכניות השב"ן הניתנות יש לבחור, ובתוך כך – ייתכן כי דווקא התכנית המשתלמת ביותר תהא שייכת לקופת חולים שהניזוק כלל לא חבר בה.

האם גם אז בשם "נטל הקטנת הנזק" יחויב הניזוק לעזוב את קופת החולים בה הוא חבר ולעבור ל"משתלמת" ממנה (עבור המזיק)?

ג. יתר על כן, להבדיל מן ההטבות הניתנות במסגרת החוק, לקבלת ההטבות הרפואיות הניתנות במסגרת השב"ן נלווית מידה מסוימת של חוסר ודאות, שכן קבלתן תלויה לעתים בשיקול דעת הקופה ובעמידה בתנאים שונים מצד העמית. כמו כן, קבלת ההטבות כרוכה לא פעם בתשלום העלות המלאה של הטיפול הרפואי הנדרש מראש (למשל: ביקור אצל רופא פרטי), ורק לאחר המצאת הקבלה על התשלום והחומר הרפואי הרלוונטי, יוכל העמית לקבל החזר עבור ההוצאה שהוציא (וזאת, כאמור, בכפוף לעמידה בתנאים). במצב דברים זה, הטלת חובה על הניזוק להצטרף כעמית לתכנית שב"ן עלולה להוביל לפגיעה בניזוקים חסרי יכולת כלכלית.

66. הנה כי כן, טעמים אלה, בנפרד ובמצטבר, מוליכים למסקנה כאמור כי ראוי אפוא שאחריותו של הניזוק להקטנת נזקו תוגבל לגדר ההטבות להן הוא זכאי על פי החוק. ממילא, הצטרפות לתכנית שב"ן אינה באה בגדר "אמצעים סבירים" שעל הניזוק לנקוט בהם לשם הקטנת נזקו.

67. סיכומה של סוגיה זו: מכל הנימוקים שלעיל; בין אם החברות בשב"ן אינה מקטינה את הנזק של הניזוק, אלא לכל היותר היא משמשת כאמצעי להטבתו, ובין אם הצטרפות לתכנית שב"ן אינה באה בגדר "אמצעים סבירים" שעל הניזוק לנקוט בהם לשם הקטנת נזקו - יש לדחות את הטענה לפיה על הנפגעת בענייננו מוטל הנטל להקטין את נזקה באמצעות המשך חברות בתכנית השב"ן בה הייתה חברה ולמשך כל ימי חייה.

סיכום ביניים

68. המסקנה העולה מהאמור עד כה היא כי אין לראות בתכנית השב"ן חוזה ביטוח כמשמעו בסעיף 86 לפקודת הנזיקין. משכך, יש לנכות מהפיצויים הנזיקיים שנפסקים לטובת הניזוק את שווי ההטבות שקיבל בעבר כתוצאה מחברותו בתכנית שב"ן. לעומת זאת, אין להניח כי הניזוק יוסיף ויהיה עמית בתכנית השב"ן גם לאחר מתן פסק הדין, ומשום כך אין לנכות את שווי ההטבות להן הוא עשוי להיות זכאי כתוצאה מחברות בתכנית שכזו בעתיד. כמו כן, הניזוק אינו נדרש "להקטין את נזקו" על-ידי חידוש חברותו או הצטרפות לתכנית השב"ן למשך שארית חייו.

69. בכך יכול היה הדיון בסוגיה זו להסתיים, שכן בפנינו עומדת אך השאלה האם יש לנכות מסכום הפיצויים את ההטבות הניתנות מכוח חברותה של הנפגעת בשב"ן. ואולם, כפי שצוין בפתח הדברים, לקביעה בדבר גובה הפיצוי המגיע לניזוק והסכום אותו המזיק נדרש לשלם יש השפעה ישירה גם על זכויותיו של המיטיב, וזאת לנוכח הצורך באיזון במשולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב. לפיכך, לא אעשה מלאכתי שלמה אם לא אוסיף ואתייחס אף לזכויות של הצלע השלישית במשולש האמור – היא קופת החולים המיטיבה. עם זאת, אבהיר כי הדברים נאמרים בבחינת למעלה מן הנדרש להכרעה בסכסוך שבפנינו, ומשכך איני מבקשת לטעת מסמרות והדברים עוד ודאי יתבררו במקרים המתאימים בעתיד.

זכות המיטיבה לשיפוי בגין הטבת הנזק – סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות

70. כאמור לעיל, סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות מעגן את זכותה של קופת החולים אשר נתנה שירותי בריאות למי שנפגע באירוע נזיקי, להיפרע מהמזיק את הטבת הנזק, בסכום ההוצאות שהוציאה בפועל למתן שירותי הבריאות. סעיף זה הוא למעשה ביטוי ספציפי של זכותו של מיטיב נזק להיפרע מהמזיק את גובה ההטבה שהעניק לניזוק (זכות זו מעוגנת, כאמור לעיל, בסעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף, וראו גם את סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח בו מעוגנת זכות התחלוף של מבטח).

71. השאלה הראשונה עליה יש ליתן את הדעת היא – האם הביטוי "שירותי בריאות" הנזכר בסעיף 22 לחוק ביטוח בריאות כולל גם שירותי בריאות הניתנים במסגרת תכנית השב"ן? ככל שהתשובה לשאלה זו תימצא חיובית, הרי שלקופת החולים זכות להיפרע מהמזיק אף את השירותים הרפואיים הניתנים במסגרת תכנית השב"ן. הצדדים הצביעו במסגרת טענותיהם על אינדיקציות לשתי האפשרויות הפרשניות, ואלו העיקריות שבהן:

72. מחד גיסא, ישנו בסיס לטענה לפיה המונח "שירותי בריאות" בחוק ביטוח בריאות מתייחס אך לשירותים הניתנים במסגרת סל הבריאות הבסיסי. כך, סעיף 3(א) לחוק ביטוח בריאות קובע כי "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה...". מכאן, כי המונח "שירותי בריאות" מתייחס לשירותים הניתנים במסגרת סל הבריאות הבסיסי בלבד, לו זכאי כל תושב, ולא לשירותי הבריאות הנוספים, אשר קבלתם תלויה בהצטרפות לתכנית השב"ן תמורת תשלום נוסף. כמו כן, כותרת פרק ג' לחוק ביטוח בריאות היא "מימון שירותי הבריאות", ואף במקרה זה ברור כי הכוונה היא למימון השירותים הכלולים בסל הבריאות הבסיסי. לבסוף, אף סעיף 55(ג) לחוק זה הקובע כי

"מי שחדל... מלהיות חייל... יהיה זכאי לשירותי בריאות" מתייחס, כך נראה, לשירותי בריאות הכלולים בסל הבריאות הבסיסי.

מאידך גיסא, יש גם מקום לטענה לפיה המונח "שירותי בריאות" בחוק ביטוח בריאות כולל גם את שירותי הבריאות הנוספים. כך, בניגוד לסעיפים רבים בחוק שירותי בריאות הנוקטים במונח המפורש "סל שירותי הבריאות" (ראו לדוגמא: סעיפים 3(ב), 3(ד), 9, 20, 21(ב) לחוק ביטוח בריאות ועוד), סעיף 22 נמנע מלעשות כן, וניתן לראות בכך "הסדר שלילי" המלמד על כך שהמונח "שירותי בריאות" בסעיף זה נועד לכלול גם את שירותי הבריאות הנוספים.

73. כפי שציינתי לעיל, איננו נדרשים להכריע בעניין פרשנותו של סעיף 22 במקרה שבפנינו בעניין זה, ואותרה ב"צריך עיון" למקרה המתאים בו שאלה זו תידון במישרין.

לצד זאת, אבקש להעיר כי מבחינת עקרונות דיני הנזיקין, אין מניעה עקרונית להכיר בזכותה של קופת החולים להיפרע מהמזיק את הנזק שהיטיבה בעבר במסגרת תכנית השב"ן עד למועד מתן פסק הדין הנזיקי. זאת, לנוכח המסקנה אליה הגעתי לעיל כי את שווי ההטבות שניתנו לניזוק בעבר בגין חברותו בתכנית השב"ן יש לנכות מהפיצוי שנפסק לו. ניכוי זה מתאפשר לנוכח העובדה שהנזק הוטב על-ידי תכנית השב"ן של קופת החולים, והטבה זו אינה נכנסת בגדר תקבולים שמקורם ב"חוזה ביטוח" כאמור בסעיף 86 לפקודת הנזיקין, ומשכך האיזון במשולש ניזוק-מזיק-מיטיב לא יופר אם המיטיב (קופת החולים) יהיה זכאי לחזור אל המזיק ולהיפרע ממנו את שווי ההטבה. כך, הניזוק והמיטיב לא יימצאו חסרים והמזיק לא ישלם יותר מגובה הנזק שגרם.

74. לעומת זאת, אני סבורה כי ישנה מניעה עקרונית להכיר בזכותה של קופת החולים לחזור אל המזיק בעתיד (לאחר מתן פסק הדין הנזיקי) ולהיפרע ממנו את שווי ההטבות שהניזוק יקבל, אם יחליט להוסיף ולהיות חבר בתכנית השב"ן. כפי שציינתי לעיל, שווי הטבות אלה אינו מנוכה מסכום הפיצויים, מאחר שאין כל וודאות לגבי המשך חברותו של הניזוק בתכנית השב"ן בעתיד, ובשל היעדר אחריות להקטנת הנזק על-ידי המשך חברות בתכנית. משכך, בעת פסיקת הפיצויים, המזיק נדרש לשלם לניזוק את סך הנזק העתידי ללא התחשבות בהטבות תכנית השב"ן. במצב דברים זה, אם קופת החולים תהיה זכאית לחזור אל המזיק ברבות השנים ולהיפרע ממנו את שווי השירותים הרפואיים שיינתנו לניזוק אף לאחר פסק הדין הנזיקי, הרי שהמזיק יימצא משלם פעמיים, באופן הנוגד את העקרונות הבסיסיים ביותר של דיני הנזיקין, המעוגנים כאמור גם בהוראת

סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף, לפיה זכותו של המיטיב מגיעה עד לגובה אחריותו של המזיק לניזוק (ראו לעיל בפסקאות 36-37).

75. אמנם כן, סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות מקנה לקופת החולים את הזכות לחזור אל המזיק ולהיפרע ממנו את שווי השירותים הרפואיים שניתנו על-ידה לניזוק בכל עת, וייתכן, כפי שצוין לעיל, שזכות זו כוללת אף את הזכות להיפרע את שווי השירותים שניתנים לניזוק במסגרת תכנית השב"ן (ככל שתכנית זו באה בגדר "שירותי בריאות"). ואולם, לפי סעיף זה (כמו גם לפי סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף), זכותה של קופת החולים לחזור אל המזיק מוגבלת היא רק עד גובה חבותו "על פי כל דין", היינו עד גובה הנזק שנפסק לניזוק, ולא מעבר לכך. לפיכך, ככל שבמסגרת פסק הדין חויב המזיק בתשלום מלוא הנזק העתידי לניזוק, בכך מילא הוא את חבותו כלפי הניזוק "על פי כל דין", ומשכך לקופת החולים לא תקום הזכות לחזור למזיק ולקבל את שווי הטבת הנזק העתידית.

76. אני ערה לכך שקביעה כאמור אינה שומרת על איזון מוחלט ביחסים המשולשים מזיק-ניזוק-מיטיב. שכן, אם אמנם הניזוק יוסיף ויקבל הטבות מכוח חברותו בשב"ן בעתיד, שכאמור אין לנכותן מסכום הפיצוי המגיע לו, הוא עשוי לקבל בסופו של דבר פיצוי העולה על נזקו (סכום הפיצוי לו יזכה מהמזיק בצירוף שווי ההטבות העתידיות להן יזכה מהמיטיב). כמו כן, המיטיבה (קופת החולים) עלולה לשאת בעלויות שירותי הבריאות הנוספים העתידיים מבלי שהיא תהא זכאית להיפרע מהמזיק את שווים בסופו של דבר, ובכך תימצא חסרה.

77. ואולם, ראשית, יש לזכור כי הטבת הנזק על-ידי קופת החולים במסגרת תכנית השב"ן, אינה נעשית "בחינם", אלא עבור תשלום חודשי (דמי חבר). משכך, ועל אף שאין לראות בתכנית השב"ן "חוזה ביטוח", היא אינה "הטבת נזק" במובנה הקלאסי אשר נעשית בדרך כלל ללא תמורה. אני סבורה כי עובדה זו מקהה במידה לא מבוטלת את "חוסר האיזון" האמור.

שנית, כפי שציין חברי השופט י' עמית בע"א 2278/16 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-14 (12.3.2018) (להלן: עניין פלונית), אף כאשר מבקשים אנו לשמור על האיזון ביחסים המשולשים מזיק-ניזוק-מיטיב, לעתים ובמצבים מורכבים הדבר לא מתאפשר באופן מושלם. במקרים אלו, יש חשיבות לכך שהמזיק ישלם את מלוא הנזק, אף אם הניזוק עשוי לצאת מפוצה ביתר. בעניין פלונית נדונה השאלה בדבר הפרת האיזון במשולש היחסים, כאשר המוסד לביטוח לאומי היה המיטיב, ובו צוינו הדברים הבאים:

"הרציונאליים הבסיסיים של תורת דיני הנזיקין, מצדדים בכך שהמזיק יפצה את הניזוק בגין מלוא הנזק שגרם לו. כמעט בכל המקרים תהיה כמובן חפיפה בין היקף הזכות לפיצוי לבין היקף החובה לשלם העומדת כנגדה, ובמובן זה הסיטואציה הנדונה היא חריגה, בשל מעורבות של צד שלישי. אך גם כאשר אותו צד שלישי נכנס לתמונה, יש להגשים תחילה את התכלית הבסיסית ולהסדיר את יחסי המזיק והניזוק. אמנם, ככלל, יש להיזהר מפני כלל שיעניק לניזוק פיצוי יתר, מעבר להשבת המצב לקדמותו; אך במצבים חריגים, יש להעדיף פיצוי יתר לניזוק על פני כלל שיאפשר למזיק ליהנות ממעורבותו של גורם שלישי (המל"ל), אשר כפוף למערכת כללים נפרדת. חובתו של המזיק לפצות את הניזוק איננה רק 'תוצר לוואי' של זכותו של הניזוק לפיצוי, אלא יש לה גם ערך עצמאי: אם משום הפגם שנפל בהתנהגותו של המזיק שגרמה לנזק, ואם מתוך שאיפה להכוונת התנהגות עתידית... במבט רוחבי על דיני הנזיקין, ניתן לזהות מצבים נוספים שבהם בעיה מורכבת הובילה לפיתרון שמבטא העדפה של הניזוק, גם אם כתוצאה מכך הוא זוכה לפיצוי יתר" (ראו: שם).

דברים אלה יפים גם לענייננו, ויש בהם כדי ליישב את הקשיים האמורים.

סיכום ומסקנות

78. סיכומם של דברים: השאלה בה נתבקשנו להכריע היא האם בעת קביעת הפיצוי הנזיקי יש להתחשב במחירי האביזרים הרפואיים לפי עלות מלאה או לפי תעריף תכנית השב"ן. במילים אחרות, השאלה שנדונה היא האם יש לנכות מסכום הפיצויים את גובה ההטבות הניתנות לעמיתי תכנית השב"ן בה היה הניזוק עמית.

לאחר בחינת מאפייניה של תכנית השב"ן, הגעתי למסקנה כי היא אינה יכולה להיחשב כחווה ביטוח כללל, ואף לא כחווה ביטוח כמשמעות מונח זה בסעיף 86 לפקודת הנזיקין. משכך, אני מציעה לקבוע כי סעיף 86 לפקודת הנזיקין אינו חל על תכנית השב"ן ועל כן יש לנכות מהפיצויים את שווי ההטבות שקיבל הניזוק כתוצאה מחברותו בשב"ן בעבר. בהקשר זה הערתי כי ביחס לנזקי העבר, אין מניעה עקרונית – מנקודת מבטם של עקרונות דיני הנזיקין – שקופת החולים תחזור אל המזיק לקבל את שווי ההטבות שניתנו לניזוק מכוח חברותו בשב"ן.

79. בניגוד לכך, אני סבורה כי את שווי ההטבות שהניזוק צפוי לקבל בעתיד ככל שיוסיף להיות חבר בשב"ן אין לנכות מהפיצויים המגיעים לניזוק בעת מתן פסק הדין בתביעתו הנזיקית. ואולם, הסיבה לאי-ניכוי שווי הטבות אלה אינה הוראת סעיף 86

לפקודת הנזיקין, אלא העובדה שקבלת הטבות אלה אינה ודאית והיא תלויה בהמשך חברותו של הניזוק בתכנית השב"ן בעתיד. כן ציינתי כי המשך החברות בתכנית השב"ן או הצטרפות אליה לאחר קרות הנזק אינה חלק מהנטל המוטל על הניזוק להקטין את נזקו. בהמשך לכך, הערתי כי לגבי הוצאות עתידיות אלה לא יהיה זה נכון להכיר בזכותה של קופת החולים לחזור אל המזיק, בשל עקרונות דיני הנזיקין והטבת נזקי גוף וחרף משולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב.

מן הכלל אל הפרט

80. יישום הדברים על ענייננו מוליך למסקנה כי יש לנכות מהפיצוי שנפסק לנפגעת את ההפרש בין עלות האביזרים הרפואיים בעבר לפי עלות מלאה לבין עלותם לפי תכנית השב"ן. בסעיף 69 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי נקבע כי הפיצוי יהיה לפי עלות מלאה של אביזרים בסכום של 25,000 ש"ח, על אף שהנפגעת שילמה בפועל רק 5,000 ש"ח (20% מהעלות), בשל חברותה בתכנית השב"ן. מכאן כי יש לנכות מהפיצוי סכום של 20,000 ש"ח.

81. סוף דבר: לו תישמע דעתי, אציע לחבריי לדחות את הערעורים למעט ערעור המבטחת אותו יש לקבל אך בהתייחס לניכוי ההטבות המגיעות לנפגעת מכוח חברותה בתכנית השב"ן שניתנו עד למתן פסק הדין (בעבר), כמפורט לעיל.

לנוכח התוצאה, ובנסיבות המקרה, לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

1. אני מסכים עם חברתי, השופטת י' וילנר, כי תוכנית השב"ן אינה נחשבת כ"חווה ביטוח" כמשמעותו בסעיף 86 לפקודת הנזיקין, וכי יש לנכות את שווי השירותים שנתקבלו במסגרת השב"ן בעבר מסכום הפיצוי. חברתי סבורה כי אין לנכות את שווי ההטבות והשירותים לעתיד, ובנקודה יחידה זו אני חולק עליה.

כפי שציינה חברתי, ההטבות והשירותים שניתנים מכוח החברות בתכנית השב"ן מותנים בתשלום דמי חבר חודשיים. לגישתה, מאחר שאין להניח כי הניזוק יקבל בעתיד

את השירותים שהוא מקבל בהווה מכוח תכנית השב"ן, ומאחר שאין לחייב אותו להמשיך להיות חבר בתכנית השב"ן כחלק מחובת הקטנת הנזק, הרי שאין מקום לניכוי צופה פני עתיד.

2. חברתי פרסה משנה סדורה בנושא הקטנת הנזק, ומצאה כי אמת המידה לבחינת התנהלותו של הניזוק, בכל הנוגע לאחריותו להקטנת הנזק, זהה לאמת המידה לקביעת "התרשלות" מצדו.

ברם, ה"התרשלות" לצורך הקטנת הנזק, אינה אותה "התרשלות" לצורך קביעת אשם תורם. המדובר בשני מוסדות נפרדים לחלוטין, שנכנסים לפעולה במועדים שונים. ככלל, האשם התורם עניינו במעשיו או במחדליו של הניזוק לפני ובעת האירוע העוולתי, בעוד שחובת הקטנת הנזק נכנסת לפעולה לאחר מכן. אכן, המלומדים שלו ואדר, שאותם ציטטה חברתי בפסקה 58 לפסק דינה, מציינים כי "אמת המידה לבחינת קיומה של התרשלות עצמית בגדרי שתי הדוקטרינות היא דומה". אולם כפי שמציינים המחברים בהמשך הדברים, ההתרשלות נבחנת באספקלריה של האדם הסביר, ויש לבחון האם הנפגע התנהל באופן שסביר היה לצפות ממנו בנסיבות העניין, כ"אדם המתרשל כלפי עצמו". כאשר באשם תורם עסקינן ההתרשלות באה לידי ביטוי באי מניעת הנזק, וכאשר בהקטנת הנזק עסקינן, ההתרשלות באה לידי ביטוי באי הקטנת הנזק.

3. כל אדם סביר, שהייתה ניצבת בפניו הברירה לרכוש שירותים ואביזרים מסויימים בסכום עתק, או לשלם סכום חודשי קטן עבור אותם שירותים, היה בוחר בדרך השנייה, שאם היה בוחר לשלם סכום עתק, היינו אומרים כי הוא "מתרשל כלפי עצמו". לדידי, מקום בו ניזוק יכול לרכוש שירות מסוים במחיר נמוך, שהמזיק נכון לשאת בו, על הניזוק לעשות כן על מנת להקטין את נזקו של המזיק. ובכלל, נטל זה של הקטנת הנזק בדיני חוזים "אינו אלא ביטוי קונקרטי של עקרון תום הלב", מאחר שאי נקיטת אמצעים סבירים להקטנת הנזק שקולה לחוסר תום לב (ולר חוק חוזה הביטוח כרך ב 236 (2007), המתייחס לסעיף 61 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981). כך בחוזים וכך גם בנזיקין.

הדברים פשוטים ומתיישבים עם עקרונות דיני הנזיקין ועם הפרקטיקה השיפוטית. כאשר הניזוק יכול לרכוש מנוי שנתי לבריכה, בעלות נמוכה מהעלות המצטברת עבור מספר רב של כניסות בתשלום לבריכה, בית המשפט יפסוק לניזוק פיצוי עבור מנוי שנתי. בדומה, על הניזוק לבחור את הטיפול הרפואי הסביר, לא את היקר

ביותר ולא את הזול ביותר, כפי שהיה עושה אדם סביר במצב בו לא קיים מזיק שממנו ניתן להיפרע:

"אין כל הצדקה שהמערער לא יקבל את הטיפולים הפיזיותרפיים בקופת חולים אשר נמצאת במרחק לא רב מביתו. [...] המדובר בטיפולים שאינם דורשים מקצועיות מיוחדת, ובמסגרת חובת הקטנת הנזק אין הצדקה שהמערער לא יפנה לקופת חולים לצורך קבלתם" (ע"א 2099/94 חיימס נ' איילון, פ"ד נא(1) 529, 552 (1997)).

ובמקום אחר:

"נראה לי, כי על-פי עקרונות כלליים של הפחתת הנזק, אם עומדת לרשות הניזוק האפשרות לקבל טיפול רפואי ברמה נאותה בשירות הציבורי, עליו לבחור באפשרות זו, שהיא החסכונית ביותר למזיק, ואל לו לפנות לטיפול רפואי אחר, שאינו עדיף ברמתו, ובכך לגרום הוצאה מיותרת למזיק. הניזוק בוודאי לא היה פונה למקור היקר יותר, אילו כיסה הוא את ההוצאות מכיסו שלו, ואל לו להתנהג אחרת, שעה שמישהו אחר מכסה את הוצאותיו.

[...] אם ניתן להשיג טיפול רפואי מסוים בשתי דרכים, האחת הגורמת מעמסה כספית נוספת למזיק והאחרת העשויה להקל עליו, על הניזוק לבחור בדרך המקילה עם המזיק. על-כן, אם הטיפול הרפואי, הניתן לניזוק על-ידי רופאים פרטיים, זהה בטיבו לטיפול הרפואי, שהניזוק יקבל אם יטופל במוסדות ממשלתיים, על הניזוק לקבל אותו טיפול, שגורם הוצאה כספית קטנה יותר למזיק, דהיינו, טיפול רפואי במוסדות ציבוריים" (ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 778 (1980), ההדגשה הוספה – י"ע).

4. האמור לעיל נותן תשובה גם לנימוק שהביאה חברתי, ולפיו אין מדובר כלל בהקטנת נזק אלא ב"גלגול" הנזק מהניזוק אל המיטיב, במקרה דנן אל קופת החולים.

אלא שלטעמי, את חובת הקטנת הנזק יש לבחון במישור היחסים שבין המזיק לניזוק. העובדה שהמיטיב יכול לחזור על המזיק, אינה מעניינו של הניזוק ואינה גורעת מחובתו כלפי המזיק. העובדה שהמזיק מעדיף כי הניזוק יפעל בדרך מסוימת – במקרה דנן, ימשיך בחברותו בשב"ן – היא הנותנת שמבחינתו של המזיק מדובר בהקטנת הנזק. בפסק הדין בע"א 5557/95 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' אלחדד, פ"ד נא(2) 724 (1997) נקבע כי מקום בו הנפגע זכאי לקבל טיפול רפואי חנם במסגרת הביטוח שניתן על פי החוק, הרי שהיזקקות לטיפול רפואי פרטי מהווה אי עמידה בנטל להקטנת הנזק. רק כאשר

רמת הטיפול בקופת חולים אינה מניחה את הדעת, אזי "פנייה לטיפול פרטי, על העלות הכרוכה בו, תעמוד במבחן חובת הקטנת הנזק החלה על הניזוק".

לעניין זה, איני רואה נפקא מינה אם הטיפול הוא בחינם במסגרת סל הבריאות הבסיסי הקבוע בחוק, או במסגרת תכנית השב"ן אשר מחייבת תשלום חודשי. ודוק: אין לחייב ניזוק להוציא מכיסו על מנת להקטין את נזקו של המזיק, אך מקום בו המזיק נכון לשפות את הניזוק על הוצאה שיש בה כדי להקטין את הנזק, על הניזוק לנהוג כאדם סביר ולעשות כן. בד בבד, אין להרחיק לכת ולומר כי במסגרת חובת הקטנת הנזק, על הניזוק לבחור את קופת החולים המיטיבה ביותר מבחינת תכנית השב"ן, כאשר דרישה מעין זו חורגת מנטל סביר של הקטנת הנזק.

5. לא נעלם מעיני הטיעון כי אין ודאות שתכנית השב"ן במתכונתה הנוכחית תישאר כך בעתיד. אלא שבדיני הנזיקין אנו פוסקים על פי מצב הדברים בעת מתן פסק הדין. כשם שסל השירותים הניתן כיום במסגרת תכנית השב"ן עשוי להצטמצם בעתיד, כך הוא עשוי להתרחב, ואין הדבר מעלה או מוריד לעניין גובה הפיצוי שייפסק.

6. ומזווית נוספת: לשיטתה של חברתי, הניזוק יקבל את מלוא הפיצוי מהמזיק, מבלי לנכות את ההטבה שתינתן לו בזכות חברותו בשב"ן. אך הגיונם של דברים שהניזוק ימשיך את חברותו בתכנית השב"ן. כך ימצא הניזוק מקבל יותר מכפי נזקו. לדוגמה, אם עלות השירותים והאביזרים לעתיד היא כמיליון ₪, והתשלום המהווה של הניזוק לתכנית השב"ן מדי חודש, לאורך תוחלת חיים, עומד על כ-30,000 ₪, יוצא כי הניזוק מקבל 970,000 ₪ יותר מנזקו האמיתי. רק ניזוק פתי, ניזוק בלתי סביר בעליל, לא יתמיד בחברותו בתכנית השב"ן.

7. אני סבור אפוא כי על הניזוק להמשיך את חברותו בתכנית השב"ן, או להצטרף לשב"ן, תוך חיוב המזיק לשאת בדמי החבר. גישה זו מביאה גם לאיזון מוחלט של המשולש מזיק-ניזוק-מיטיב. המזיק אינו משלם יותר מכפי נזקו הממשי של הניזוק, הניזוק אינו מקבל יותר מכפי נזקו הממשי, וקופת החולים רשאית לחזור בתביעת שיפוי אל המזיק לפי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

8. אשר על כן, אילו תתקבל דעתי, אזי בתוצאה האופרטיבית יש לנכות מהפיצוי שנפסק לנפגעת את ההטבות המגיעות לה מכוח חברותה בתכנית השב"ן, הן לעבר והן לעתיד, ולהכיר בזכותה העקרונית של קופת חולים לחזור בתביעת שיכוב על המזיקים (ואיני נדרש לשאלת נפקות חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התוכנית

הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2019, אשר דן במשולש ניזוק-מזיק-קופות החולים. בהקשר זה ראו ע"א 7325/12 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מכבי שירותי בריאות (12.11.2013)).

מבחינה מעשית יש לנכות מהפיצוי שנפסק לנפגעת בבית המשפט המחוזי סכום של 20,000 ש"ח בגין הוצאות עבור רצועות סליקון ובגדי לחץ בעבר, וכן סכום של 1,288,400 ש"ח עבור הוצאות אלה בעתיד. סכומים אלה משקפים את ההפרש בין העלות המלאה של האביזרים לבין עלותם המסובסדת במסגרת החברות בשב"ן (ראו סעיפים 39 ו-69 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי). מנגד יש להוסיף סכום גלובלי של 50,000 ש"ח לכיסוי הוצאות החברות בשב"ן של הנפגעת בעתיד.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

אני מסכים לחוות דעתה המפורטת של חברתי השופטת י' וילנר למעט נושא ניכוי תכנית השב"ן לעתיד, לגביו אני מצרף את דעתי לדעתו של חברי השופט י' עמית.

1. ראשית ייאמר כי מבחינתי לא קיימת התלבטות רבה בשאלת אפיון השב"ן כמתן שירות ולא כחווה ביטוח. מסקנה זו מתבקשת, הן לאור הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק בריאות ממלכתי) והן לאור הוראות חוק חווה הביטוח, התשמ"א-1981 (להלן: חוק חווה הביטוח).

2. מהותו של חווה ביטוח הוא כמפורט בסעיף 1 לחוק חווה הביטוח, על פיו: "חווה ביטוח הוא חווה בין מבטח לבין מבוטח המחייב את המבטח, תמורת דמי ביטוח, לשלם, בקרות מקרה הביטוח, תגמולי ביטוח למוטב". וכפי שהטיב להגדיר זאת חברי השופט עמית ברע"א 9849/17 פיקאלי נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ (4.6.2019):

"חווה הביטוח כשמו כן הוא, חווה לכל דבר ועניין, וכך הוא מוגדר בסעיף 1 לחוק. עם זאת, מדובר בחווה מזן מיוחד, המשתייך למשפחת החוזים שהמחוקק ראה לנכון לייחד להם חוק משל עצמם... ואולם, מקום בו נקבע בחוק חווה הביטוח הסדר מיוחד או נשללה תחולתה של הוראה המעוגנת בדיני החוזים הכלליים – תגברנה הוראותיו של חוק חווה הביטוח" (שם, פסקה 13 לחוות דעתו).

3. במסגרת חוזה ביטוח, תשלום תגמולי הביטוח על ידי המבטח למבוטח בקרות מקרה הביטוח הינו החיוב העיקרי המוטל על המבטח (ע"א 7298/10 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' אחד העם מזון והשקעות בע"מ, פסקה 28 (9.7.2012)). "מקרה הביטוח" מוגדר בסעיף 53 לחוק חוזה הביטוח כשים לב לאופי הביטוח שבו מדובר. כמאמר הסעיף: "בביטוח תאונה מקרה הביטוח הוא תאונה שקרתה למבוטח או לזולתו, בביטוח מחלה – מחלה שחלה בה, ובביטוח נכות – נכות שלקה בה" (וראו: ע"א 1806/05 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוח דוד אימתי ז"ל, פ"ד סב(4) 231, 265 (2008)). או כמאמר הכתוב בעניין ביטוח נכסים בסעיף 55(א) לחוק: "בביטוח נכסים חייב המבטח לשפות בעד נזק שנגרם למבוטח או למוטב מחמת שהנכס המבוטח אבד או ניזק", כאשר "האובדן" או "הנזק" הם הם מקרה הביטוח. עם קרות מקרה הביטוח כאמור, על המבטח לשפות את המבוטח ולהביאו למצב שהיה נמצא בו, אילולא קרה מקרה הביטוח (סעיף 56(ג) לחוק חוזה הביטוח). עיקרון זה הוכתר כ"אחד מעקרונות היסוד של הביטוח" (דברי הנשיא שמגר ברע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו, פ"ד מח(4) 70, 81 (1994); וראו גם: רע"א 3948/97 מגדל, חברה לביטוח בע"מ נ' מנורה, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נה(3) 769, 794 (2001)).

4. לעומת זאת, חוק בריאות ממלכתי מעגן ועוסק בזכותו של כל תושב בישראל לקבל שירותי בריאות לפיו. כך, חוק בריאות ממלכתי מגדיר בסעיף 3 שבו כי כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, וכי המדינה אחראית למימון "סל שירותי הבריאות", כאשר היקפו מוגדר בסעיף 7 לחוק. בהמשך לכך, סעיף 10(א) לחוק קובע כי "קופת חולים רשאית להציע לחבריה תכניות לשירותי בריאות נוספים שאינם כלולים בסל השירותים והתשלומים של הקופה". כפי שנאמר זה מכבר (ע"א 8447/06 קופת חולים מאוחדת נ' היימן (22.5.2011) (להלן: עניין היימן)):

"... ספק אם ניתן לראות בקופות החולים "מבטחות" לענין הוראות חוק אלה. מעמדן של קופות החולים כמבטחות טרם נדון בפסיקה במישרין... עם זאת, נראה, כי אין מקום להנחת מוצא לפיה קופות החולים, במסגרת אחריותן מכח חוק ביטוח בריאות, מצויות במעמד של "מבטחות" על פי משמעות מושג זה בחוק חוזה הביטוח ובחיקוקים נוספים הנוגעים למבטחים מסחריים. מאפייניו ה"ביטוחיים" של ביטוח הבריאות הממלכתי אינם בליבתו של הסדר חקיקתי זה. תפקידו העיקרי של ביטוח הבריאות הממלכתי הוא לשמש מנגנון רווחה סוציאלי. אופיו העיקרי טמון בפונקציה המיסויית-סוציאלית שהוא ממלא... לנוכח "המאטריה של ביטוח הבריאות הממלכתי, השונה מדיני הביטוח הכלליים", יש

להניח כי הסדרי חוק הנוגעים לביטוח המסחרי לא יחולו באורח אוטומטי על קופות החולים, בפועל בגדרי ביטוח הבריאות הממלכתי...

בספרות המשפטית נדונה שאלת היות קופות החולים "מבטחות" בקשר לחוק חוזה הביטוח. הדעה הרווחת היא, כי "חוק חוזה הביטוח אינו חל על הסדרי ביטוח הבריאות הממלכתיים" (ירון אליאס דיני ביטוח כרך א 46 (2009)). טעם מרכזי שהוצג בתמיכה לדעה זו הוא, כי עיקרי היחסים המשפטיים בין קופות החולים לציבור המבוטחים מוסדרים על פי הוראות חוק ביטוח בריאות, ולא על פי חוזה (שחר ולר חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 כרך א 170-171 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי, 2005)). ועוד, חוק חוזה הביטוח נחקק במטרה להסדיר את תחום הביטוח המסחרי, להבדיל מהביטוח הסוציאלי (שם; וראו דברי ההסבר להצעת חוק הביטוח, התשל"ו-1975, ה"ח 1209 מיום 16.10.1975, בעמ' 20). לבסוף, יחסי קופת החולים והמבוטח הולכים ומתבדלים מאלה האופייניים למבטח ומבוטח בתחום המסחרי ככל שמחויבותה של קופת החולים מתמקדת במתן שירותי בריאות בעין, להבדיל משיפוי החולה בגין הוצאותיו שלו (איל זמיר חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, 163-166 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, 1994); והשוו סעיף 1 לחוק חוזה הביטוח). כפי שצויין לעיל, אחריותן של קופות החולים מתרכזת בהענקת השירותים הרפואיים גופם, ולא בכיסוי ממוני של עלות הטיפולים למבוטח (עוד השוו סעיף 95 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981). (שם, פסקה 47, ההדגשות במקור).

לדעתי, דברים אלו נכונים, בין אם מדובר בשירותי הבריאות הבסיסיים בסל שירותי הבריאות ובין אם מדובר בשב"ן. גם כאן וגם כאן מדובר בהענקת שירות בריאות ולא בביטוח בריאות המשולם עם קרות מקרה ביטוח. ההבדל העיקרי בין השירות הבסיסי על פי הסל לבין השב"ן, הוא העובדה שהצטרפות לשב"ן היא וולונטרית. אך למעט הבדל זה והיקף השירות הניתן, מאפייני השירות זהים ואינם כוללים מאפיינים של ביטוח.

5. אמנם, לא תמיד היה זה המצב. בשנת 1998 תוקן סעיף 10 לחוק בריאות ממלכתי המסדיר את השב"ן. עד למועד התיקון, הייתה כותרת סעיף 10 לחוק "ביטוח משלים" ובמסגרתו יכלו "קופות החולים להציע לחבריהן ביטוח למימון שירותי בריאות שאינם כלולים בסל שירותי הבריאות" (ע"א 5557/95 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' אלחדד, פ"ד נא(2) 724, 739 (1997) (להלן: עניין אלחדד)). כאשר קופות החולים יכלו להגביל את הצירוף לגיל מסוים ולבצע "חיתום רפואי". לאחר התיקון הפכו תכניות הביטוח המשלים לתכניות לאספקת סל שירותי בריאות נוספים. כך, למשל, בסעיף 10(ב)(1) לחוק נקבע

כי השירותים שבתכנית השב"ן יינתנו אך ורק במסגרת המקורות שנגבו לענין זה ממי שהצטרף לתכנית; בסעיף 10(ג)(1) לחוק הובהר כי קופת חולים תצטרף לתכנית השב"ן כל חבר המבקש להצטרף לה, ללא קשר למצבו הבריאותי או הכלכלי, ולא תגביל את הצטרפותו או את זכויותיו בעת הצטרפותו בתנאי כלשהו, למעט תקופות אכשרה סבירות; בסעיף 10(ה) לחוק נקבע כי מחיר תכנית השב"ן יהיה אחיד לכל קבוצת גיל, ללא תלות במספר שנות החברות בתכנית, או במצבו הבריאותי או הכלכלי של העמית; בסעיף 10(ו) לחוק נקבע כי קופת חולים תיתן את שירותי הבריאות הנוספים במסגרת התכנית באופן שהוצאותיה, בכל שנה, לא יעלו על הכנסותיה מתשלומי העמיתים. מאפיינים אלו אינם דומים כלל לתנאים המקובלים והקבועים בביטוח בריאות לפי חוזה ביטוח (כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות האדם 258 (2003); ד"ר טוביה חורב וניר קידר "אור וצל בהתפתחותו ויישומו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי: השתקפותה של הרפורמה מחמש עשרה שנות חקיקה" פרסומי האגף לכלכלה וביטוח בריאות במשרד הבריאות 52-53 (תש"ע)). באמצעות התיקון ביקש המחוקק לנצל את היתרון היחסי של קופות החולים במתן שירותי בריאות תוך שנמנע מהן העיסוק בתחומים הדורשים ניהול סיכונים ורזרבות כספיות לטווח ארוך (ראו: בג"ץ 7611/01 מכבי מגן אגודה שיתופית לביטוח הדדי נגד מחלות בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 35 (20.8.2006)).

אם כן, כאשר פעל השב"ן כביטוח, פשיטא כי לא היה מקום לאפשר לקופות החולים "לחזור" אל המזיק וגם לא להפחית את היקף ההטבה אותה העניקו מסכום הפיצוי של הניזוק, בהתאם לקבוע בסעיף 86 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין). ברם, שונים הם פני הדברים היום.

6. המסקנה המתבקשת היא, כי סעיף 86 לפקודת הנזיקין, הקובע כי אין לנכות מהפיצויים המשתלמים לנפגע סכום ששולם או שמגיע לרגל אותה עוולה על פי "חוזה ביטוח", אינו חל. לעמדתו, די בקביעה זו, אליה שותפים גם חבריי, על מנת להכריע גם בשאלה האם יש להפחית הטבות עתידיות הצפויות להגיע מהשב"ן מהפיצוי המגיע לניזוק ומכאן גם להטיל על הניזוק את הנטל לקבל בעתיד שירותים רפואיים הנחוצים לו מהשב"ן. ואבהיר.

7. כאמור, המחלוקת בין חבריי נסובה על השאלה האם מוטל על ניזוק הנטל לקבל בעתיד, לאחר מתן פסק הדין, שירותים רפואיים הנחוצים לו, אותם הוא יכול לקבל באמצעות השב"ן, אפשרות המוסדרת בסעיף 10 לחוק בריאות ממלכתי. חברי השופט עמית סבור כי זהו אכן חלק מהנטל המוטל על הנפגע להקטנת הנזק ועל כן יש לנכות

מסכום הפיצוי המגיע לו את שווי ההטבות והשירותים שהוא צפוי לקבל במסגרת תכנית השב"ן. לעומתו, חברתי השופטת וילנר סבורה כי זוהי דרישה בלתי סבירה, וכי הנטל המוטל על הניזוק מתמצה בנטל לקבל את הטיפול הרפואי לו הוא זכאי רק מכוח חוק, כדוגמת חוק בריאות ממלכתי כחלק מסל הבריאות הבסיסי. במחלוקת שנפלה בין חבריי, דעתי כדעת השופט עמית. אביא את נימוקיי לעמדה זו.

8. סעיף 22 לחוק בריאות ממלכתי קובע כדלקמן:

קופת חולים או נותן שירותים, שנתנו שירותי בריאות למי שחלה או שנפגע ממזיק זכאים להיפרע את הטבת הנזק מהמזיק או ממבטחו או מכל אדם אחר, בשל חבותם לפי כל דין או לפי כל חוזה ביטוח, בסכום ההוצאות אשר הוציאו בפועל למתן שירותי הבריאות למי שנפגע או שחלה כאמור. לענין סעיף זה ולענין חוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964, "מזיק" – למעט קופת חולים או נותן שירותים.

סעיף זה קובע את זכות השיפוי של קופת חולים מהמזיק על שירותי בריאות שסיפקה למבוטחה בשל אירוע אשר המזיק אחראי בגינו כלפי המבוטח. הוראות דומות קיימות בסעיף 328 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 ובסעיף 36 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959. לצדן של הוראות מיוחדות אלה, בחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964 (להלן: חוק הטבת נזקי גוף) מצויה הוראה כללית בנושא.

9. סעיפי חוק אלה וסעיף 22 לחוק בריאות ממלכתי ביניהם, עוסקים כולם בהסדרת משולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב. חברתי השופטת וילנר פרשה יריעה רחבה בכל הנוגע למשולש היחסים האמור ואין טעם לחזור על מרבית הדברים. די בכך שאציין כי ביסוד משולש יחסים זה עומדים שלושה כללים מרכזיים. הראשון, תביעת המיטיב כלפי המזיק אינה אמורה להטיל על המזיק אחריות כוללת החורגת מזו שהוא חב בה בגין הפרת אחריותו כלפי הניזוק. השני, הניזוק אינו זכאי לפיצוי החורג מגבולות הנזק הכולל שנגרם לו. השלישי, למיטיב עומדת זכות שיפוי כלפי המזיק על ההטבה שהעניק לניזוק בגין נזק שנגרם לו כתוצאה מהפרת אחריות המזיק כלפיו, אולם שיעור השיפוי אינו יכול לעלות על שיעור הנזק שנגרם לניזוק ממעשי המזיק, והוא מוגבל להטבה שהוענקה בפועל (ע"א 7547/99 מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144, 188-189 (13.7.2011) (להלן: עניין דובק)).

מכל האמור עולה כי בהתאם להוראת סעיף 22, אם השב"ן בא בגדרם של "שירותי בריאות", קופת החולים רשאית לחזור אל מזיק בגין שירותים אלו שסיפקה לניזוק.

10. על השאלה האם השב"ן הוא בגדר שירותי בריאות ולא ביטוח ניתנה כבר תשובה בפסקה 4 לעיל. דומה גם, כי די בשפה הברורה של החוק על מנת להגיע למסקנה כי "שירותי בריאות נוספים" (השב"ן) נכנסים בגדר "שירותי בריאות" המופיעים בסעיף 22 לחוק. יתר על כן, בית משפט זה כבר פירש זה מכבר את הביטוי "שירותי בריאות", הנזכר בסעיף 3(ג) לחוק בריאות ממלכתי. נקבע, כי שירותי בריאות הם "אותם שירותים רפואיים, ובכללם טיפולים, ניתוחים, תרופות, וכיוצא באלה – הניתנים לחולה... בעין, להבדיל מתשלומים כספיים כלשהם הקשורים בשירותים רפואיים אלה" (עניין היימן, פסקה 29). על פי פשוטו של מקרא, השב"ן נכנס לדלת אמותיה של הגדרה זו. על כן ולו בשל כך, מתן פרשנות המוציאה את השב"ן מגדרם של שירותי בריאות הנזכרים בסעיף 22 לחוק, תיצור פרשנות סותרת לאותו ביטוי במסגרת אותו דבר חקיקה. דבר שיש להימנע ממנו ככל הניתן (והשוו: ע"א 624/88 גולד נ' מעוז, פ"ד מד(1) 497, 502 (1990)).

אעיר, כי גם לו הייתי מגיע למסקנה כי השב"ן אינו בגדר שירותי בריאות וקופות החולים אינן יכולות לתבוע את המזיק מכוח סעיף 22 לחוק, הרי שנקבע זה מכבר כי הסעיף אינו יוצר "ייחוד עילה" וקופות החולים, כמיטיבות נזק, רשאיות לתבוע את הטבת נזקיהן גם על פי עילות אחרות מכוח הדין הכללי (עניין דובק, עמ' 183-184). על כן, עומדת להן גם הזכות, ככל שעולה בידן להוכיח עילת תביעה, לתבוע את המזיק גם מכוח חוק הטבת נזקי גוף.

11. מכל מקום, יהיה מקור הזכות אשר יהיה, זכותן של קופות החולים כמיטיבות לתבוע את המזיק מובילה מיניה וביה להפחתת סכום הפיצויים של הניזוק, אשר מקבל את שווי הנזק באמצעות השב"ן. וזאת על שום מה? על שום שכאמור, שני העקרונות העיקריים במסגרת יחסי מזיק-ניזוק-מיטיב ובדיני הנזיקין הם, כי המזיק חייב בפיצויים רק עד שיעור הנזק שנגרם לניזוק, וכי הניזוק זכאי לפיצוי בגובה נזקו אך אין להעניק לו פיצוי גבוה מכך. לפיכך, על אף שהדבר אינו מעוגן בחקיקה, קובעת ההלכה כי במקרה כזה, שבו המיטיב מספק את השירות או ההטבה, הניזוק אינו זכאי לקבל גם מהמזיק את שווי ההטבה ויש להפחיתה מסכום הפיצויים. כך נאמר בהקשר זה בד"נ 24/81 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לח(1) 413 (1984):

"המחוקק לא קבע כל הוראה מפורשת באשר להשפעתה של זכות זו, הנתונה למיטיב כלפי המזיק, על הפיצויים, להם זכאי הניזוק מאת המזיק. עניין זה הושלם בדרך הפרשנות השיפוטית, אשר קבעה, כי במקביל לקיום זכותו של המיטיב כלפי המזיק נשללת זכות זו מהניזוק עצמו, שאם לא כן ילקה המזיק פעמיים" (עמ' 431-430).

מכאן מתבקשת המסקנה הבלעדית כי משעה שקופת החולים זכאית לחזור על המזיק בגין הטבת הנזק שניתנת במסגרת השב"ן, יש להפחית סכום זה מסכום הפיצויים אותו נדרש לשלם המזיק לניזוק.

12. אדגיש, כי בניגוד לזכאות לסל שירותי הבריאות, הזכאות לקבל שירותים במסגרת תכניות השב"ן מותנית בתשלום חודשי עבור השתתפות בתכנית. על כן, לפיצויים שייפסקו לטובת הניזוק יש להוסיף גם את סכום התשלום החודשי אשר גם הוא מכסה, בחלקו לכל הפחות, את שירותי השב"ן ומפחית את גובה הטבת הנזק של הניזוק. משכך, הוספת רכיב זה לסכום הפיצויים שייפסק לטובת הניזוק תשמור על שיווי המשקל במשולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב. ממילא, אם מדובר בשירות הכרוך בהשתתפות עצמית, גם סכום זה יש להוסיף לסכום הפיצוי שייפסק. בעניין זה, אין מקום להבחין בין ניכוי סכום ההטבה שנתקבל באמצעות שירותי השב"ן לפני מתן פסק הדין ולאחריו (וראו: עניין אלחנן, עמ' 752).

13. דומה כי הדבר נותן מענה לאחד הטעמים העיקריים לקביעתה של חברתי השופטת וילנר כי אין מקום להחיל את סעיף 22 ביחס לטיפולים עתידיים במסגרת תכניות השב"ן – העובדה שתכניות השב"ן הן תכניות וולנטוריות והפחתת סכום הטבת הנזק בגין שירותים עתידיים "כופה" על הניזוק להמשיך לקחת חלק בתכנית השב"ן ולשלם בעבורו (פסקה 53 לחוות דעתה). מעבר לעובדה שהמזיק הוא זה אשר יידרש לשלם בעבור השתתפות בתכנית השב"ן כאמור, יוער גם כי שיעור החברים בתכניות השב"ן מתוך סך החברים בקופות החולים עמד בסוף שנת 2016 על 74.4% (דו"ח ציבורי מסכם על תכניות לשירותי בריאות נוספים – שב"ן של קופות החולים לשנת 2016, עמ' 13 (2017)) ושיעור זה ממשיך לעלות. עולה אפוא כי, מרבית הציבור בישראל בוחר להיות חבר באחת מתכניות השב"ן. יצוין גם, כי הניזוק ייהנה לא רק מהשירותים להם הוא נזקק בגין הנזק שגרם המזיק, אלא גם מיתר השירותים המסופקים במסגרת השב"ן. על כן אין לו על מה להלין.

14. שנית, עיקרון הטבת הנזק הוא בעל פוטנציאל מובנה לפגיעה מסויימת באוטונומיה של הניזוק. כך, הדבר בא לידי ביטוי גם במקרים אחרים, כאשר מוטל על

הניזוק הנטל לעשות שימוש בשירותי הרפואה הציבוריים על פני פניה לרפואה פרטית, כאשר ייתכן שהיה מעדיף לפנות לרופא פרטי, מהווה פגיעה באוטונומיה שלו (ראו הפניות בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט עמית). מנקודת מבט זו, ההבדל בין מקרה זה לבין מקרים אחרים הוא העובדה שבמקרה דנא הפגיעה באוטונומיה בולטת יותר לעין, על אף שאין הכרח כי אכן מדובר בפגיעה קשה יותר וייתכן כי אף ההיפך הוא הנכון. בהקשר זה, המלומד אריאל פורת הציע תשובה אפשרית לשאלה מדוע מערכת המשפט מאפשרת פגיעה זו באוטונומיה של הניזוק:

“...במקרים של גרם נזק הוצאות העסקה גבוהות בדרך-כלל, אין זה מעשי לצפות למשא-ומתן מראש בין המזיק לבין הניזוק באשר לרצונו של האחרון לזכות בטובת-הנאה שעליה יצטרך לשלם לראשון. במילים אחרות, במקרים כאלה עסקת שוק אינה אפשרית. לפיכך במקרים של אירוע נזיקי אין מנוס מחיובו של הניזוק – לפחות במקרים מסוימים – לשלם בעבור טובת-הנאה שהוא לא ביקש, וזאת על מנת למנוע פיצוי-יתר לניזוק והרתעת-יתר למזיק” (אריאל פורת “כאשר דברים טובים ורעים באים יחדיו: ניכוי טובות-הנאה מן הפיצויים” משפט ועסקים כ 41, 56-57 (2017)).

דברים אלה יפים גם לענייננו. על כן, שותף אני לעמדתו של חברי השופט עמית כי על הניזוק מוטל הנטל להקטין את נזקו גם באמצעות השב"ן, גם לאחר מתן פסק הדין.

15. ויודגש, הנטל להוכיח שאת שירותי הבריאות הדרושים לניזוק הוא יוכל לקבל מקופת החולים במסגרת תכנית השב"ן, מוטל על המזיק. המזיק, הטוען שלא תגרם לניזוק בפועל הוצאה בגין צרכיו הרפואיים, עליו נטל ההוכחה. אך אם יוכיח זאת, לא יהיה חייב בפיצוי הניזוק בגין הוצאות אלה (עניין אלחטד, עמ' 752), בכפוף לחיובו כאמור לעיל בתשלום סכום ההשתתפות החודשי וסכומי ההשתתפות העצמית אם יחויב בהם הניזוק.

ש ו פ ט

לפיכך, הוחלט פה אחד לדחות את הערעורים כולם למעט ערעור המבטחת אותו יש לקבל אך בהתייחס לניכוי ההטבות המגיעות לנפגעת מכוח חברותה בתכנית השב"ן שניתנו לה בעבר. הוחלט ברוב דעות (השופט עמית והשופט מין כנגד דעתה החולקת

של השופטת וילנר) לנכות מהפיצוי שנפסק לנפגעת אף את ההטבות המגיעות לה מכוח חברותה בתכנית השב"ן לעתיד, כמפורט בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט עמית.

ניתן היום, ד' בתשרי התש"פ (3.10.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט