



בבית המשפט העליון

רע"א 2737/12

לפני: כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט א' שהם

המבקש: גולן ונונו

נגד

המשיבה: הפניקס חברה לביטוח בע"מ

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בע"א 18401-05-11 שניתן ביום 4.3.2012 על ידי כבוד השופטים י' שנלר, ק' ורדי ור' לבהר-שרון

תאריך הישיבה: י"ט באייר התשע"ד (29.4.2013)

בשם המבקש: עו"ד שמואל ילינק, עו"ד צבי ילינק ועו"ד אמיר לויט
בשם המשיבה: עו"ד יובל ששון ועו"ד מיכל ירדני

פסק דין

השופט י' עמית:

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בע"א 18401-05-11 מיום 4.3.2012 (כבוד השופטים י' שנלר, ק' ורדי, ר' לבהר-שרון), בגדרו נדחה ברוב דעות ערעור המבקש על פסק הדין שניתן על ידי בית המשפט השלום בתל אביב-יפו בת.א. 19884-01-10 (כבוד השופטת י' אחימן), ונקבע כי המערער אינו זכאי לפיצוי או שיפוי מהמשיבה בגין השתלת הכליה שביצע בחוץ לארץ. על פי החלטת השופטת ארבל מיום 6.6.2012, הועברה הבקשה לדיון בפני הרכב, ולאחר ששמענו טיעוני הצדדים בעל פה, החלטנו לדון בבקשה כבערעור.

רקע עובדתי

1. המבקש, יליד 1990, בוטח אצל המשיבה החל משנת 2005 בביטוח בריאות מסוג "בריאות בצוות", הכולל פרק שעניינו פיצוי או שיפוי במקרים בהם נדרשת השתלת איברים בחו"ל.

במהלך חודש פברואר 2008 אובחן המבקש כזקוק להשתלת כליה, וביום 25.2.2008 פנה למשיבה בתביעה. אצייך כי כל המגעים בין המבקש לבין המשיבה נעשו באמצעות אביו, אשר בתיאום ובהסכמה עם המשיבה, החל בהליכים לקידום הפרוצדורה של השתלה בחוץ לארץ. בתחילה פעלו הצדדים לביצוע ההשתלה בפיליפינים, והמשיבה אף מימנה חלק מהוצאות השהייה של המבקש ואביו משך כחודש ימים בפיליפינים, שם המתין המבקש להשתלת כליה. בחודש יולי 2008 חלה הידרדרות במצבו של המבקש עד כדי סכנה לחייו. המבקש ואביו טסו ביום 20.7.2008 לתורכיה שם עבר המבקש משך יומיים בדיקות רפואיות המקדימות להשתלה, ואביו של המבקש הודיע למשיבה במייל ביום 22.7.2008 כי הוא בוחר במסלול הפיצוי על פי הפוליסה ללא מעורבות המשיבה. למחרת השיבה המשיבה למייל בציינה כי הפיצוי יינתן למערער לאחר שובו ארצה ו"אישור על ביצוע השתלה כחוק (הכוונה היא בעיקר לחוק הישראלי בו נדרשת חברתנו לעמוד). להזכירך פירוש החוק מבחינתנו הוא שהשתלת כליה הינה מאושרת רק באם היא מתבצעת מתורם מת בלבד. השתלה מתורם חי הינה בעייתית מאוד וייתכן מאוד שלא תאושר".

למחרת, ביום 23.7.2008 עבר המערער השתלת כליה במרפאה בעיר פרישטינה בקוסובו.

המשיבה שילמה למבקש גמלה בהתאם להוראות הפוליסה, אך תביעתו של המבקש לקבלת שיפוי עבור הוצאות ההשתלה, ולחלופין לקבלת פיצוי, נדחתה על ידי המשיבה. זאת, בנימוק כי קיים חשד כי ההשתלה לא עומדת בקריטריונים שנקבעו בחוק השתלת אברים, התשס"ח-2008 (להלן: חוק השתלת אברים או החוק), אשר נכנס לתוקפו כשלושה חודשים קודם לכן. על פי החוק נדרש כי השתלה בחו"ל תיעשה בהתאם לחוק במדינה הזרה ובהתאם לחוק הישראלי האוסר תרומת כליה בתמורה.

המבקש טען כי תרומת הכליה נעשתה שלא בתמורה אלא ממניעים אלטרואיסטים, הציג החלטה של ועדת האתיקה של בית החולים וכן מכתב מהרופא מבצע ההשתלה. כל אלה לא שכנעו את המשיבה, ומשכך, הגיש המבקש תביעה לתשלום תגמולי הביטוח על פי הפוליסה.

פסק דינם של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי

2. בית משפט השלום פסק כי עמידה בדרישות החוק הינה תנאי לכל תשלום על ידי המבקשת, לאור העמדה המוסרית השוללת נחרצות סחר באיברים. נקבע כי אין

להבחין בין שיפוי על הוצאות לבין פיצוי נוכח התכלית החקיקתית בבסיס האיסור על סחר באברים. עוד נקבע כי נטל ההוכחה הראשוני לגבי התמלאות דרישות החוק מוטל על המבקש, שלא הרים את הנטל, בהיעדר מידע אמין באשר למניעיו של התורם והחוסר בפרטים אודות נסיבות ביצוע ההשתלה. משלא עמד המבקש ברף הראייתי של הנטל הראשוני, נדחתה תביעתו.

3. על פסק דינו של בית משפט השלום הגיש המבקש ערעור לבית המשפט המחוזי.

השופט ורדי, בהסכמת השופט שנלר, דחה את הערעור בהדגישו את תכליתו המוסרית של החוק המבקש למנוע סחר באיברים וניצול מצוקה כספית של מעוטי יכולת. עוד נקבע, כי אף קודם לחוק לא היה זכאי המבקש לפיצוי או שיפוי בגין השתלה שכזו, וזאת מכוח תקנת הציבור. בית המשפט הפנה להוראות חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מספר 7/06 מיום 13.3.2006 (להלן: חוזר מנכ"ל משרד הבריאות), המפרט מהם הקריטריונים הנדרשים לשם קבלת החזר מקופות החולים בגין השתלות שבוצעו בחו"ל, חוזר אשר נדון בבג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל (16.9.2007) (להלן: פרשת פלונית). בית המשפט היה ער לכך שחוזר מנכ"ל משרד הבריאות מופנה לקופות החולים ואינו חל על נסיבות המקרה דנן, אולם נכון היה ללמוד מהאמור בו "לגבי הדרישות להוכחה כי מדובר בתרומה אלטרואיסטית ושאינן חשש לסחר באיברים". על פי החוזר, נדרש הנתרם להציג מידע מפורט אודות זהות התורם, דרך השגת התרומה, תצהיר התורם והנתרם באשר למניעי התרומה, ואישור מטעם מוסד רפואי או רשמי אחר מהמדינה בה בוצע הניתוח לגבי זהות התורם ולמניעי התרומה. נקבע כי המבקש לא הוכיח כדבעי את מרבית האלמנטים הנדרשים לעיל, וכי גרסתו יכולה "להצביע על 'עצימת עיניים' ורצופה 'סממנים המעלים חשד של ממש שמדובר בהשתלה לא חוקית', ועל כן לא הועבר נטל ההוכחה אל המשיבה.

אשר לטענות המבקש לפיהן המשיבה לא עדכנה אותו בשינוי הכיסוי הביטוחי בעקבות כניסת החוק לתוקפו, נקבע כי תכתובת הדואר האלקטרוני ערב ההשתלה, בה נכתב כי יתכן שהשתלה מתורם חי לא תאושר, עולה כדי גילוי נאות ומספק מצד המשיבה בנסיבות העניין.

אשר להבחנה בין שיפוי לבין פיצוי, נקבע כי אין מקום להבחנה בין השניים שכן האיסור המהותי בחוק חל על שני סוגי התשלום.

4. השופטת לבהר-שרון, בדעת מיעוט, סברה כי ראוי לקבל את הערעור. לשיטתה, השאלה הרלוונטית הינה מהו רף ההוכחה הראשוני הנדרש ממבוטח במקרה כגון דא. השופטת הוסיפה וציינה כי גם לאחר כניסת החוק לתוקף, עם חידוש הפוליסה, לא שונה נוסח הפוליסה; וכי רף ההוכחה המוטל על המבקש הינו מינימאלי, וככל שנותר ספק עליו לפעול לטובת המבוטח. לעמדתה, די לתובע בהוכחה ראשונית של האירוע כדי להעביר את נטל ההוכחה למשיבה, והאישור שניתן מטעם בית החולים בקוסובו עונה על דרישה זו. זאת, בפרט בשעה שהמשיבה עצמה לא התנתה בתחילה את התשלומים בהצגת אישורים כלשהם, שעה שהמבקש ואביו המתינו בפיליפינים להשתלה.

סופו של דבר, שעל פי דעת הרוב נדחה ערעורו של המבקש, ומכאן הבקשה שלפנינו.

תמצית טענות הצדדים

5. בקשת רשות הערעור משתרעת על 35 עמודים וכוללת 222 סעיפים, והמבקש לא הניח ידו מכל טיעון אפשרי. בתמצית שבתמצית, נטען בבקשה בין היתר, כי בפגישה מקדימה שקיים אביו של המבקש עם נציגי המשיבה נאמר לו כי ככל שיבצע השתלה בחו"ל יוכל לבחור בין מסלול השיפוי לבין מסלול הפיצוי ללא הפעלת הפוליסה מראש; כי התרומה נעשתה ממניעים אלטרואיסטיים, בהתאם לחוק במדינת קוסובו; כי רכישת פוליסת הביטוח קדמה לחוק, ואין להחיל על הפוליסה את החוק באופן רטרואקטיבי; כי המשיבה נמנעה מלגלות לו כי לחוק עשויה להיות השלכה על הכיסוי הביטוחי; כי החלת החוק על ענייננו נעשתה מכוח חוזר המפקח על הביטוח מיום 14.1.2009 (חוזר ביטוח 1-1-2009 המפרט "הנחיות בדבר יישום הוראות החוק על תוכניות הכוללות כיסוי ביטוחי למימון ביצוע השתלה וכן בדבר מתן גילוי נאות למבוטחים בעניין זה") (להלן: חוזר המפקח על הביטוח), אך החוזר פורסם לאחר ביצוע ההשתלה, ועל כן אינו תקף למקרה דנן; כי יש לאבחן בין קופות החולים הממשלתיות הפועלות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 לבין חברות ביטוח הפועלות מתוקף חוזים עם מבוטחיהן; כי קיים הבדל רלוונטי ומשמעותי בין מסלול השיפוי שמטרתו מימון השתלת איברים לבין מסלול הפיצוי; כי נטל ההוכחה הראשוני המוטל עליו מוגבל להוכחת האירוע הביטוחי שהוא ביצוע ההשתלה, וככל שהמשיבה סבורה כי מדובר בסחר באיברים הרי שחובת ההוכחה עליה; כי לא הופרכה גירסתו ביחס להשתלה, ומנגד, לא הועלתה גירסה כלשהי על ידי המשיבה, ובהתחשב בנטלי ההוכחה בוודאי שלא היה מקום לקביעה כי ההשתלה נעשתה בניגוד לחוק; וכי בהעדר

הכוונה וליווי מצד המשיבה במקרה דנן, דווקא היא שעצמה את עיניה והעדיפה שלא לסייע למבקש להתאים את מאמציו להצלת חייו לדרישות החוק והפוליסה.

6. המשיבה, מנגד, טענה כי "ברור, מובהק וזועק לשמים – הכליה לא נתרמה ממניעים אלטרואיסטים, אלא נקנתה ב'שוק איברים'...", וכי המבקש לא עמד בנטל להוכיח חוקיות ההשתלה. בהקשר זה, הצביעה המשיבה על כך שגרסת אביו של המבקש מעוררת סימני שאלה ותמיהה מרובים באשר לפרוצדורת ההשתלה, כגון: המבקש לא ידע לנקוב בזהות התורם או התורמת; לא הצביע על מניע אלטרואיסטי שהיה לתורם; הטענה כי הרופא סירב ליתן קבלה אלא כנגד תוספת תשלום בשיעור 40% מעלות הניתוח; אביו של המבקש לא הודיע בזמן אמת כי הוא טס לקוסובו והדבר נודע למשיבה רק לאחר ההשתלה; והתשלום במזומן לגורם אחד ועוד טרם ניתן האישור המפוקפק של ועדת האתיקה. עוד נטען כי החוק כבר עמד בתקפו בעת ביצוע ההשתלה ואף הובא לידיעת המבקש כדבעי מלכתחילה; כי למצער, גם מכוח תקנת הציבור אין להכיר בסחר באיברים; וכי לנוכח האיסור הפלילי הקבוע בחוק השתלת אברים, ידיה כבולות מליתן פיצוי למבקש. בדיון בפנינו, חזרה המשיבה על עמדתה בבית המשפט המחוזי, כי תשקול באהדה תרומת דמי הפיצוי לגורם מתאים.

דיון והכרעה

7. אקדים ואזכיר כי אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות, בוודאי לא "בגלגול שלישי". לכן, ולמרות השגותיו של המבקש במישור זה, לא אדרש לשאלות וטענות שבעובדה.

הסוגיה של נטל ההוכחה במקרים כגון דא אכן ראויה לדיון. אך גם בהנחה כי הנטל עבר למשיבה לסתור את חוקיות ההשתלה, אני נכון לקבל את קביעת בית משפט השלום ואת דעת הרוב בבית המשפט המחוזי, כי השתלת הכליה בקוסובו נעשתה בתמורה, בניגוד להוראות חוק סחר באיברים. בשכל הישר, קשה להלום כי תורם אלמוני, שאינו מכיר כלל את המבקש והמבקש אינו מכיר אותו, תרם למבקש את כליתו בשל מניע אלטרואיסטי, ואידך זיל גמור.

[במאמר מוסגר: בית המשפט המחוזי מנה שורה של אישורים שעל המבוטח להציג על מנת להוכיח חוקיות ההשתלה, ובין היתר, כי על המבוטח להוכיח כנדרש גם את הדין הזר במקום ביצוע ההשתלה (סעיף 17 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

כשלעצמי, ומבלי לקבוע מסמרות, דומני כי דרישה זו מכבידה יתר על המידה על המבוטח, ויש להטילה על המבטח אשר כופר בחוקיות ההשתלה].

8. כאמור, בית משפט השלום ודעת הרוב בבית המשפט המחוזי השתיתו הכרעותיהם על טעמים שבתקנת הציבור, ואילו עמדת המיעוט בבית המשפט המחוזי סברה כי השאלה הטעונה הכרעה מתמקדת בנטל ההוכחה הראשוני המוטל על המבוטח.

גם הצדדים התמקדו בשאלה זו, כמו גם בשאלות העובדתיות לגבי נסיבות ביצוע ההשתלה. לטעמי, לא אלו השאלות לאורן יש להכריע בבקשה דנן, ומתוך שלל הטענות שהכביר המבקש לפתחנו, המפתח נמצא בהבחנה בין שיפוי לפיצוי, הבחנה שגם ערכאות קמא כמעט ולא התייחסו אליה. אקדים אחרית לראשית ואומר כבר כעת, כי תביעת השיפוי בגין הוצאות ההשתלה דינה להידחות בהיותה נוגדת את תקנת הציבור ונגועה באי חוקיות, ומנגד, דין התביעה להתקבל במסלול החלופי של פיצוי בגין מצב בריאותי.

תביעת השיפוי נוגדת את תקנת הציבור ואת חוק השתלת אברים

9. בחודש מרץ 2006, בחלוף כשנה מהמועד בו רכש המבקש את הפוליסה, ובטרם בא לעולם חוק השתלת אברים, פרסם מנכ"ל משרד הבריאות חוזר אשר עניינו איסור על קופות החולים לממן השתלות בחו"ל שקיים לגביהן חשש של סחר באיברים. בחוזר נאמר כי אף שהדרישה כי ההשתלה תיעשה שלא בתמורה אינה מעוגנת בתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (שירותי בריאות במדינות חוץ), התשנ"ה-1995, אכיפתה מחוייבת מכוח נורמות משפטיות ואתיות בסיסיות, והתעלמות ממנה אינה עולה בקנה אחד עם החובה לשקול את כל השיקולים הצריכים לעניין. בחוזר נקבעו הנחיות המחייבות את קופות החולים המקבלות פניה לאשר מימון השתלה מן החי, לשלול את החשש כי מדובר בסחר באברים, באמצעות קבלת מידע מפורט מהנתרם, ובין היתר: זהות התורם, מניע התרומה האלטרואיסטי, ואישור מתאים מטעם המוסד הרפואי או גוף רשמי אחר.

עתירה לבית משפט זה, בה נטען כנגד חוקיות חוזר המנכ"ל בנימוק של חוסר סמכות וחוסר סבירות, נדחתה בעניין פלוני. בפסק הדין עמד השופט רובינשטיין על כך שמאמצייה של המדינה להסדיר את הסוגיה בחקיקה טרם הבשילו. חרף זאת, נקבע

כי אין מקום להורות על פסילתו של חוזר המנכ"ל בשל של חוסר סמכות, וזאת מטעמים של תקנת הציבור. במילותיו של השופט רובינשטיין:

"מדוע בכל זאת באתי לכלל מסקנה כי אין לפסול את חוזר המנכ"ל לעת הזאת, גם אם האכסניה הראויה היתה בחקיקה? דומה כי יש להחיל על ענייננו את עקרון תקנת הציבור... (ההדגשה במקור – י.ע.)

ענייננו אינו בתקנת הציבור בדיני חוזים, אלא - על דרך היקש ומדיניות שיפוטית - במישור המשפט המינהלי, שגם קופות החולים, גופים דו-מהותיים, כפופות אליו בהקשר דנא. ההנחיה לא כוונה אל העותרת, אל הנזקק להשתלה. היא כוונה אל קופות החולים. בגדרי תקנת הציבור, איני רואה מניעה, כי ממשלת ישראל, שמדיניותה – כעולה מן הנעשה לגבי השתלת איברים בארץ – מתנגדת לסחר באיברים, שיזמה חקיקה בעניין זה, ושגישתה לכך עקבית, עקבית בארץ פנימה ועקבית בין הארץ לחו"ל, תמנע העברת כספים על-ידי קופת החולים לייעדים החשודים בסחר באיברים" (שם, סעיף ט"ו לפסק הדין) (ההדגשה הוספה – י.ע.).

10. בפסק הדין בעניין פלוניא, הפנה השופט רובינשטיין "תחינה, כך ממש" למחוקק להשלים את חקיקת החוק. תחינתו לא נפלה על אוזניים ערלות, ובחלוף כשנתיים, ביום 31.3.2008 פורסם חוק השתלת אברים אשר נכנס לתוקפו ביום 1.5.2008. כפי שמצוין בדברי ההסבר להצעת החוק, הסדרת הנושא של השתלת אברים בחקיקה ראשית נועדה "כדי לסכל את התופעה של סחר באברים ולפעול לצמצום המחסור בתרומת אברים להשתלה" (דברי ההסבר להצעת חוק השתלת אברים, התשס"ד-2003, ה"ח הממשלה 68, 236) (להלן: דברי ההסבר להצעת החוק).

סעיף 3 לחוק, בו קבוע האיסור על סחר באברים, קובע כדלקמן:

איסור סחר באברים

3. (א) לא יקבל אדם תמורה בעבור אבר שניטל מגופו או מגופו של אדם אחר, או המיועד לנטילה כאמור, והכל בין שהנטילה נעשית בחייו של אדם ובין שהיא נעשית לאחר מותו.

(ב) לא ייתן אדם תמורה בעבור אבר שהושתל בגופו או בגופו של אדם אחר, או המיועד להשתלה כאמור.

סעיף 4 לחוק אוסר על תיווך בין תורם לנתרם אם הובטחה תמורה שנתניתה אסורה לפי הוראת סעיף 3, וסעיף 5 לחוק, אשר כותרתו "סייגים לאיסורים", מפרט את התנאים אשר בהתקיימם תותר השתלת איבר בחוץ לארץ:

סייגים לאיסורים

5. אין בהוראות פרק זה כדי לאסור השתלת אבר שנעשית מחוץ לישראל, לרבות לעניין השתתפות גוף בישראל במימון השתלת אברים שנעשית במדינת חוץ, בהתקיים כל אלה:
 - (1) נטילת האבר והשתלת האבר נעשות על פי הדין החל באותה מדינה;
 - (2) מתקיימות הוראות חוק זה לעניין איסור סחר באברים.

סעיף 36 לחוק קובע סנקציה פלילית של עד שלוש שנות מאסר וקנס למי שמקבל או נותן תמורה בעבור אבר ועל מתווך או מבצע נטילת אבר והשתלה אסורה. מעניין לציין כי המחוקק פטר מסנקציה פלילית את התורם, הנתרם ואת קרובו מדרגה ראשונה, מתוך ההכרה בכך שמצוקתם של אלו מקהה את הדופי המוסרי שבפעילותם, ומטעמים מובנים שבבסיסם הרצון שלא להעמיד את מי שאימת המוות מעליו עקב היזקקותו הנואשת להשתלת אבר בדילמה לא אנושית של הסתכנות בסנקציה פלילית עקב רצונו להציל את חייו (דברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 238).

סיכומם של דברים, שמתן תמורה בעבור איבר שהושתל בגופו של אדם היא אסורה, ואף מהווה עבירה פלילית. ואולם, בהתאם להוראת סעיף 5 לחוק, אין מניעה לבצע השתלה בחוץ לארץ, ובלבד שזו עומדת בשני התנאים המצטברים הבאים: היא אינה מנוגדת לחוק המקומי ומקיימת את הוראות חוק השתלת אברים. בהתקיים תנאים אלה, אין איסור בדין לבצע השתלה בחוץ לארץ ולממן את ביצועה.

11. בחודש ינואר 2009, בעקבות כניסת חוק השתלת אברים לתוקף, פרסם המפקח על הביטוח חוזר אשר מטרתו "לקבוע הנחיות בדבר יישום הוראות החוק על תכניות הכוללות כיסוי ביטוחי למימון ביצוע השתלה וכן בדבר מתן גילוי נאות למבוטחים בענין זה" (סעיף 1 לחוזר). החוזר בא ליישם את הוראות חוק סחר באיברים, באופן המונע מחברות הביטוח לסייע במימון השתלה הנעשית בתמורה, מעשה שאסור על פי החוק. החוזר גם קובע הנחיות שונות שעניינן הפניית תשומת לב המבוטחים להוראות החוק והאיסור על המבטחות לממן השתלה הנעשית בניגוד לחוק.

12. אחזור ואעמיד נגד עיננו את התאריכים הרלבנטיים:
 שנת 2005 – מועד כריתת חוזה הביטוח והנפקת הפוליסה למבקש.
 25.2.2008 – המבקש מגיש טופס תביעה למשיבה.
 31.3.2008 – החוק לאיסור סחר באברים מתפרסם.
 1.5.2008 – החוק נכנס לתוקפו.
 23.7.2008 – המבקש מבצע השתלה בקוסובו.
 ינואר 2009 – מתפרסם חוזר המפקח.

המבקש טען כי אין להחיל עליו רטרואקטיבית את החוק ואת חוזר המפקח, בהתחשב בכך שהפוליסה נכרתה מספר שנים לפני כן ובהתחשב בכך שתביעתו למשיבה הוגשה עוד לפני שהחוק נתפרסם.

13. דין הטענה להידחות. חוק השתלת אברים אך נתן ביטוי לתקנת הציבור ולתפיסה מוסרית-ערכית, הרואה את התופעה של סחר באברים כעומדת בסתירה חזיתית לתפישות היסוד ולנורמות האתיות המקובלות בימינו במדינות העולם המתקדמות. עמד על כך המשנה לנשיא השופט מ' אלון כבר לפני כמחצית היובל:

”מיסחור באיבר של בן אנוש ותרומת איבר של אדם הם תרתי דסתרי, ונוגדים הם תפיסות יסוד של ערכינו הרוחניים והמוסריים... השאלה הגדולה בסוגיה משפטית-אנושית זו היא, להיכן אנו מגיעים ב-Slippery slope – המדרון החלקלק – שאנו צועדים עליו, שהרי לחצים חברתיים, פסיכולוגיים וחומריים יכול שיביאו ל'שוק איברים' של 'חלקי חילוף', ולמצב שבו גופם של עניים ישמש כ'מקור אספקה' של 'חלקי חילוף', עבור עשירים... זוהי תחזית קשה מבחינת כבודם של בני אדם וערכם כבני אנוש. דומני שבדרך כלל יש להימנע מלצעוד במדרון חלקלק זה, והמקרים החריגים והיוצאים מן הכלל ייקבעו, לאחר שיקול זהיר ועיון מרובים, בכל מקרה ומקרה לגופו” (ר”ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ”ד מב(2) 661, 676-677 (1988) (להלן: עניין פלוני)).

ואכן, בעניין פלונית, למרות שלחזור מנכ”ל משרד הבריאות לא נמצא עיגון נורמטיבי בחקיקה, הגיע בית המשפט למסקנה כי אין לפסול את החוזר באשר הוא משקף את תקנת הציבור (שס, פסקה ט”ו).

14. המבקש טען כי בעניין פלונית הדגיש בית המשפט כי "ענייננו אינו בתקנת הציבור בדיני חוזים". מכאן טענת המבקש, כי אין להסיק מעניין פלונית על תקנת הציבור במישור דיני החוזים ודיני הביטוח במגזר הפרטי.

גם טענה זו דינה להידחות. בעניין פלונית בית המשפט אמנם הדגיש כי אינו דן בתקנת הציבור במסגרת דיני החוזים, אך כפי שנאמר עוד בפרשת פלוני, הגישה הערכית-מוסרית הרווחת במקומותינו שוללת תרומת אברים כנגד תמורה כספית בשל החשש לסחר באברים.

עמד על כך השופט מ' חשין באחת הפרשות שעניינן תרומת איברים:

"ואמנם מדינות לא מעטות בעולם התרכות עיגנו בחקיקה - או בהנחיות פנימיות - איסור על סחר באברים. כך אף אירגון הבריאות העולמי (World Health Organization - WHO), שקבע בשנת 1991 עקרונות מנחים בסוגיה של השתלת אברי-אדם (Guiding Principles on Human Organ Transplantation). אחד מעקרונות אלה הוא העיקרון האוסר על סחר באברי-אדם, קרא, איסור על תשלום או על קבלת תשלום (לרבות כל פיצוי או תמורה אחרים) עבור אברי-אדם (עיקרון מנחה 5). ההצהרה כי גוף האדם ואבריו לא ישמשו מקור לרווח כלכלי נקבעה במיסמכים בינלאומיים נוספים, אך לענייננו עתה לא נוסף ולא נרבה (בג"ץ 5785/03 גודראן נ' מדינת ישראל-משרד הבריאות, פ"ד נח(1) 29, 36 (2003))."

בדומה נקבע בע"ע (ארצי) 39945-12-10 ביטון דהן נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (26.1.2012) כי תקנת הציבור היא המקור הנורמטיבי לאיסור על סחר באיברים עוד לפני חקיקת החוק וכך סברו גם ערכאות קמא ואין לי אלא להצטרף לדברים (עוד על כך שחווה למכירת איבר נתפש כפסול במשפט הישראלי מחמת היותו נוגד את תקנת הציבור במסגרת דיני החוזים ראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג בעמ' 482 בהערה 24 ובעמ' 528 (2003) (להלן: פרידמן וכהן). עם זאת, אציין כי הנושא של השתלת אברים הוא מורכב ורב-פנים. יש הגורסים כי מאחר שבהצלת חיי אדם עסקינן, יש להכיר ולעודד מתן תמורה בעבור תרומת אברים על מנת להגדיל את פוטנציאל ההיצע של אברים להשתלה, וכי לצד הצלת חיי הנתרם הדבר עשוי לתרום לרווחתו של התורם העני. אין להוציא מכלל אפשרות כי במהלך השנים המוסכמות החברתיות בנושא זה ישתנו (לסקירת הדעות השונות ומאמרי מלומדים בנושא סחר באברים ראו בהרחבה פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בע"א 8447/06 קופת חולים

מאוחדת נ' היימן (22.5.2011); לדעה התומכת במתן תמורה כספית לתורמי איברים ראו מאמרו של בא כוח המבקש שמואל ילינק "תרומת איברים בתמורה – מודל מוצע" רפואה ומשפט 26, 86 (2002). המאמר פורסם טרם חקיקת חוק השתלת איברים). לעת הזו, דומה כי הגישה הרווחת בציבור מתנגדת לסחר באברים, במיוחד על רקע החשש, אשר להוותנו אינו מופרך, כי התרומה לא נעשית תמיד בהסכמה ומתוך רצון חופשי.

15. משנמצאים אנו בגדרו של סכסוך חוזי בין המבקש למשיבה, ההידרשות לתקנת הציבור אינה נעשית אך מתוקף עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, אלא מכוח הוראת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) הקובעת כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

אכן, תביעתו של המבקש למשיבה על פי הפוליסה הוגשה מספר חודשים לפני חקיקת חוק השתלת אברים, אך ההשתלה בוצעה מספר חודשים לאחר כניסת החוק לתוקף. לכן, דין תביעת השיפוי של המבקש להידחות, אם מחמת היותה בלתי חוקית לאור חוק השתלת אברים, ואם בשל היותה נוגדת את תקנת הציבור, כפי שנקבע על ידי בית משפט השלום ודעת הרוב בבית המשפט המחוזי. די בכך שניתן לראות את תביעת השיפוי של המבקש כנוגדת את תקנת הציבור, על אף שהמעשה נעשה בחו"ל (לדיון בשאלה אם תקנת הציבור בישראל מתייחסת למעשים שנעשו בחו"ל ראו פרידמן וכהן כרך ג', בעמ' 520-521), ומשכך, איני רואה להידרש לסוגיה של חוזה שהיה חוקי בעת כריתתו ונעשה בלתי חוקי לאחר מכן (לגישה הגורסת כי יש לראות מקרה מעין זה כסיכול של החוזה ראו פרידמן וכהן כרך ג', בעמ' 496).

תביעת הפיצוי על פי הפוליסה

16. המבקש העמיד את תביעתו לשיפוי על סך של 412,134 ₪ בגין עלות ההשתלה וההוצאות הנלוות כפי שפורטו בתצהירי עדות ראשית מטעמו ומבלי שנטען אחרת על ידי המשיבה. כאמור, הגענו למסקנה כי יש לדחות תביעה זו, באשר שיפוי בגין הוצאות השתלה נוגד את תקנת הציבור ואת האיסור בחוק השתלת אברים. לא כך לגבי תביעת הפיצוי של המבקש, העומדת על סך 215,000 ₪ על פי הפוליסה, ועל כך אעמוד להלן.

17. תחילה ללשונה של פוליסת הביטוח אשר רכש המבקש בשנת 2005. סעיף 1 לפרק ב' לפוליסה, אשר כותרתו "השתלות, ניתוחים וטיפולים רפואיים בחו"ל", קובע כדלקמן (ההדגשה הוספה – י.ע.):

1. מקרה ביטוח

1.1 מקרה הביטוח הינו אחד מן המצבים הבאים:

[...]

1.1.2 מצבו הבריאותי של המבוטח המחייב ביצוע השתלה שהינה כריתה כירורגית או הוצאה מגוף המבוטח של ריאה, לב, כליה, לבלב, כבד וכל שילוב ביניהם, והשתלת איבר שלם או חלק מאיבר אשר נלקחו מגופו של אדם אחר במקומם או השתלה של מח עצמות מתורם אחר בגוף המבוטח. [...]

1.2 מבלי לגרוע מהוראות סעיף 4 וסעיף 6.6 לפרק א' לעיל, מועד קרות מקרה הביטוח יחשב כמועד בו אובחן לראשונה הצורך בניתוח או בטיפול הרפואי האחר, כאמור לעיל.

סכומי הביטוח מפורטים בסעיפים העוקבים, ובהתקיים מקרה הביטוח הם משולמים למבוטח באמצעות שלשה "מנגנוני תשלום", שניים חלופיים ואחד מצטבר: המנגנון הראשון הוא שיפוי, המוגבל עד לסכום של מיליון דולר (בהמשך שונה הסכום ל-4,310,000 ₪); המנגנון השני החלופי הוא במקרה של השתלה שבוצעה ללא מעורבות החברה, והוא כולל פיצוי חד-פעמי בסך \$50,000, קרי 5% מתקרת סכום השיפוי (בהמשך שונה הסכום ל-215,500 ₪). פיצוי זה ניתן בכפוף להמצאת אישור רפואי המעיד על ביצוע ההשתלה בפועל; המנגנון השלישי הוא גימלה חודשית בסך 4,500 ₪ למשך 24 חודשים.

יובהר, כי מנגנוני השיפוי והפיצוי החד-פעמי הם חלופיים, בעוד שמנגנון הגימלה החודשית הוא מצטבר והמבוטח זכאי לו בין אם בחר במנגנון של שיפוי ובין אם בחר בפיצוי חד פעמי.

18. ההבחנה בין שיפוי לפיצוי היא הבחנה ידועה בכלל ובידני ביטוח בפרט. מטרת השיפוי היא להחזיר את המבוטח למצבו הקודם, בדומה לפיצויים בדיני הנזיקין, כך שהמבוטח זכאי להחזר ההוצאות והתשלומים שהוציא עד לגובה הנזק בפועל, בכפוף לתקרה שנקבעה בפוליסה, שבמקרה דנן הועמדה על סך של ל-4,310,000 ₪. מאחר שהשיפוי כרוך בהוכחת הנזק בפועל, המבוטח נדרש להציג בפני המבטח אסמכתאות על הוצאות ותשלומים שבוצעו.

הפיצוי הוא סכום קבוע שנקבע בפוליסת הביטוח, ללא קשר להוצאות ולנזקים שנגרמו למבוטח, ובמקרה דנן הועמד סכום הפיצוי על סך של 230,000 ₪. הפיצוי

יכול להיות גבוה או נמוך מהנזק, וממילא, המבוטח לא נדרש להציג אסמכתאות לגבי הוצאותיו ותשלומים שבוצעו. מטעם זה, זכאי המבוטח לקבל את הפיצוי גם אם הוא מבוטח בפוליסות נוספות על ידי מבטחים אחרים, בעוד שברגיל, כאשר בשיפוי עסקינן, אם למבוטח מספר פוליסות המאפשרות לו לקבל שיפוי, הסכום הכולל שישולם לו לא יעלה בכל מקרה מסכום ההוצאות שהוציא בפועל (וראו ההבחנה בחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, בין סעיף 54(א) העוסק בביטוח תאונה, מחלה ונכות בו חייב המבטח לשלם תגמולי ביטוח לפי שיעור מוסכם מראש ללא תלות בשיעור הנזק שנגרם, לבין סעיף 54(ב) העוסק בביטוח בו חייב המבטח לשלם לפי שיעור הנזק שנגרם); עוד על ההבחנה בין שיפוי לפיצוי בביטוח מחלות קשות, ראו אצל ירון אליאס ביטוח בריאות פרטי 177 (2011) (להלן: אליאס – ביטוח בריאות פרטי)).

בדוננו בתביעת השיפוי של המבקש, דחינו את טענתו כי אין להחיל עליו רטרואקטיבית את חוזר המפקח על הביטוח, אשר הופץ לחברות הביטוח בעקבות הוראות חוק השתלת אברים. אך ברי כי מצבו של המבקש לא יכול להיות גרוע יותר ממצבו של מבוטח לאחר פרסום חוזר המפקח. כפי שנראה להלן, שיטתה של המשיבה מביאה למצב אבסורדי זה, ואין לקבלה.

19. בסעיף 2 א לחוזר המפקח נקבעה הנחיה האוסרת על מבטח לכלול בתכנית ביטוח הוראה המעניקה תמורה לאדם בעבור איבר שניטל מגופו או מגופו של אדם אחר; בסעיף 2 ב נקבע כי בטרם מתן שיפוי או פיצוי למימון ביצוע השתלה, יבחן המבטח אם ההשתלה בוצעה בהתאם להוראות החוק, קרי, האם נטילת האיבר והשתלתו נעשו בהתאם לדין המקומי והאם התקיימו הוראות החוק לעניין איסור סחר באיברים; ובסעיף 3 נקבע כי המבטח יציין בטופס גילוי נאות של תכנית הכוללת כיסוי ביטוחי להשתלות את הוראת סעיף 2 ב.

סעיף 5 לחוזר, שהוא בעל חשיבות לענייננו, קובע כדלקמן:

5. תחולה

הוראות חוזר זה יחולו על כל תכנית הכוללת כיסוי ביטוחי להשתלות. לענין זה, תשלום פיצוי בעד השתלת איברים לפי הוראות פוליסה לביטוח מחלות קשות, שנעשתה בעקבות המצאת אישור רשמי של המרכז הלאומי להשתלות בישראל על הצורך בהשתלת איבר, ובטרם ביצוע ההשתלה, לא תחשב לענין חוזר זה כמימון ביצוע השתלה" (ההדגשה הוספה – י.ע.).

עינינו הרואות, כי המפקח על הביטוח הבחין בין שיפוי ופיצוי הניתנים לאחד ההשתלה, שאז מותנה הכיסוי הביטוחי בעמידה בהוראות החוק, לבין פיצוי הניתן לפני ההשתלה. פיצוי זה, הכפוף להמצאת אישור רשמי בדבר הצורך בהשתלה, אינו נחשב כמימון של ביצוע ההשתלה ולכן אין הוראות החוק חלות עליו. הטעם להבחנה זו ברור, כאשר יש להבחין בין תשלום אסור שמטרתו מימון השתלה לבין תשלום מותר שמטרתו לפצות את המבוטח בגין מצבו הרפואי, בדומה לכל פוליסה המעניקה למבוטח פיצוי בגין נכות או מצב בריאותי קשה.

20. בהחלטתנו מיום 21.7.2013, הורינו למשיבה להמציא לבית המשפט את נוסח הפוליסה העדכני. עיון בנוסח העדכני (מחודש יוני 2012) מעלה כי המשיבה פעלה על פי הוראותיו של המפקח על הביטוח, והתאימה את לשון הפוליסה להוראות החוק. על פי הוראותיו של המפקח על הביטוח, הוכנס סעיף הקובע כי בטרם מתן שיפוי או פיצוי למימון ביצוע השתלה תיבחנה הוראות חוק השתלת אברים (פרק ב', סעיף 7 לפוליסה).

בפוליסה החדשה מוגדר מקרה הביטוח בסעיף 1.1.2 לפרק ב' כ"ביצוע השתלה שהינה כריתה כירורגית... והשתלת איבר שלם או חלק מאיבר אשר נלקחו מגופו של אדם אחר...". זאת בשונה מנוסח הפוליסה הישנה, מושא דיונונו, שם הוגדר מקרה הביטוח כלהלן: "מצבו הבריאותי של המבוטח המחייב ביצוע השתלה...". "מנגנוני התשלום" מהפוליסה הישנה נותרו על כנם גם בפוליסה החדשה: שיפוי עד לסכום של 4,740,000 ₪; פיצוי חד-פעמי בסך 230,000 ₪ עבור השתלה שבוצעה ללא מעורבות החברה (בכפוף להמצאת אישור רפואי המעיד על ביצוע ההשתלה בפועל); וגימלה חודשית בסך 5,500 ₪ למשך 24 חודשים. יובהר, כי גם על פי הפוליסה בנוסחה החדש, השיפוי והפיצוי החד-פעמי הם חלופיים, בעוד שהגימלה החודשית היא במצטבר. עד כאן תנאיה של הפוליסה החדשה דומים לאלו של הפוליסה הישנה.

עם זאת, הפוליסה החדשה "מחדדת" את ההבחנה בין מימון השתלה לבין פיצוי עקב מצב בריאותי, באופן שמשליך ישירות על פרשנות הפוליסה שבפנינו ועל עניינו של המבקש. כך קובע סעיף 5.1 לפרק ב', אשר כותרתו "פיצוי מיוחד לתשלום לפני ביצוע ההשתלה":

5.1" במקרה בו המבוטח זכאי לתגמולי הביטוח בגין השתלה על פי האמור בפרק ב' לפוליסת הביטוח, ובחר המבוטח לוותר על כל תגמולי הביטוח האלה בלי יוצא מן הכלל, ישולם למבוטח פיצוי חד פעמי בגובה

350,000 ₪ לפני ביצוע ההשתלה" (ההדגשה הוספה – י.ע.).

במכתב הפניה המופיע בפתחו של כתב הפוליסה, המשיבה הבהירה בפני קהל מבוטחיה את הסעיף הנ"ל, ובלשונה:

"בפרק ב' נוסף סכום פיצוי בגובה 350,000 ₪ כאשר המבוטח פונה לפני ביצוע ההשתלה לחברה לקבלת הפיצוי".

הנה כי כן, על פי הפוליסה החדשה, בפני מבוטח המבקש לקבל פיצוי ניצבות הברירות הבאות: האחת – לקבל פיצוי חד פעמי לאחר ההשתלה בסך 230,000 ₪ + גימלה חודשית בסך 5,500 ₪ לחודש למשך שנתיים (ובסך הכל: 362,000 ₪); השנייה – לקבל פיצוי חד פעמי לפני ביצוע ההשתלה בסך 350,000 ₪.

כאמור, הדברים עולים עם הנחיות המפקח על הביטוח אשר הובאו לעיל, ולפיהן תשלום פיצוי בעד השתלת איבר לפני ביצוע ההשתלה לפי הוראת פוליסה לביטוח מחלות קשות לא ייחשב כמימון לצורך השתלה (סעיף 5 לחוזר המפקח על הביטוח). אמנם, הפוליסה מושא דיוננו אינה מכונה פוליסת "ביטוח מחלות קשות", כי אם "ביטוח בריאות וסיעוד", אך איני רואה לכך כל נפקות, וגם המשיבה לא טענה אחרת, באשר ברי כי הכיסוי הביטוחי המקנה פיצוי חד פעמי בשיעור מוסכם מראש לפני ביצוע ההשתלה, הוא בלשונו ובמהותו כיסוי ביטוחי בגין מחלות קשות (ראו: אליאס – ביטוח בריאות פרטי, בעמ' 177; וראו התייחסות המחבר לשני סוגי הפוליסות בעמ' 26; כן ראו חוזר המפקח על הביטוח מס' 2003/16 "הגדרות של מחלות בביטוח מחלות קשות" בסעיף 1.1 ט (2.12.2003)).

21. לא נעלם מעיני כי על פי הפוליסה הישנה, מושא דיוננו, גם הפיצוי ניתן בכפוף לאישור על ביצוע ההשתלה, אך אין לפרש את הפוליסה כאילו התכוונה לשלול פיצוי עקב המצב הבריאותי כשלעצמו, כפי שהובהר בפוליסה החדשה. זאת, בשל הטעמים המצטברים הבאים עליהם אעמוד להלן.

22. ראשית, הגדרת מקרה הביטוח בפוליסה שלפנינו כ"מצבו הבריאותי של המבוטח".

מקרה הביטוח הוא מצבו הבריאותי של המבקש, ללא קשר לביצוע השתלה. דהיינו, די בכך שהמבקש נזקק להשתלה, עובדה שעליה אין כמובן חולק, כדי להכניסו לגדר מקרה הביטוח, ללא קשר לשאלה אם בוצעה השתלה או לא. מבלי לקבוע מסמרות, קשה להלום כי באמצעות הוראה טכנית בדבר המסמכים שיש להציג לצורך תשלום הפיצוי, מקרה הביטוח יומר ממצב בריאותי למקרה ביטוח של ביצוע השתלה, והפיצוי יהפוך למעשה למעין שיפוי המותנה בהצגת קבלות ואסמכתאות. לא למותר להזכיר כי דווקא בפוליסה החדשה מקרה הביטוח הוא "ביצוע השתלה", מה שאך מחזק את מסקנתנו כי מקרה הביטוח על פי הפוליסה הישנה הוא מצבו הבריאותי של המבוטח, ואפנה להוראת סעיף 5.1 לפוליסה הקובע כי הצורך בהשתלה יקבע על ידי שני רופאים מקצועיים בתחום הרלוונטי. בהמשך, אעמוד ביתר הרחבה על נפקות השוני בהגדרת מקרה הביטוח.

מכאן, שעל פני הדברים, המבקש זכאי היה לפיצוי בגין מצבו הבריאותי. זאת, בדומה לתשלום הגימלה למשך 24 חודשים לאחר ההשתלה, גימלה ששולמה לו על ידי המשיבה בשל מצבו הבריאותי לאחר ההשתלה (אציין כי המשיבה הסכימה להוון את תשלום הגמלה לתשלום חד פעמי בסך של 113,240 ₪).

23. שנית, על פי הפוליסה שלפנינו, המבוטח זכאי לפיצוי חד פעמי בהתאם לסעיף 4.1 לפוליסה אשר זו לשונו (ההדגשה הוספה – י.ע.):

"במקרה בו בחר המבוטח לבצע השתלת לב, ריאה, לבלב, כליה, כבד בחו"ל המכוסה עפ"י תנאי פוליסה זו, ללא השתתפות החברה במימון עלות ההשתלה, ישולם למוטב פיצוי חד פעמי בסך 215,000 ₪" (הדגשה הוספה – י.ע.).

דהיינו, חלף קבלת שיפוי עד לסכום של כ-4.3 מיליון ₪, המבוטח זכאי לקבל פיצוי חד פעמי בסכום של 5% מתקרת סכום השיפוי, אם בחר לעבור השתלה ללא השתתפות המבטח במימונה.

כאמור, על פי הגדרתו של מקרה הביטוח, הפיצוי ניתן בגין מצבו הבריאותי של המבקש, ולא לצורך מימון ההשתלה, ואין לפרש את הדרישה להמצאת אישור על ביצוע השתלה כמשנה את מהות הפיצוי. דברים אלה גם עולים מפורשות מלשון התנייה, שהרי הפיצוי ניתן כאשר ההשתלה נעשית "ללא השתתפות החברה במימון עלות ההשתלה".

אין לומר אפוא כי מתן פיצוי חד פעמי למבקש, אשר ניתן בגין מצבו הבריאותי, עולה כדי עבירה של מימון תמורה בעבור אבר שהושתל בגופו של אדם אחר לפי סעיף 36(א)(2) לחוק. שהרי אין מדובר בתמורה עבור האבר, אלא בפיצוי בגין מצב רפואי המחייב השתלה. הבחנה זו אינה של מה בכך, והיא מתיישבת עם הוראותיו של המפקח על הביטוח, אשר מחד גיסא הבהיר כי "בטרם מתן שיפוי או פיצוי למימון ביצוע השתלה יבחן המבטח אם ההשתלה בוצעה בהתאם להוראות החוק" (סעיף 2ב לחוזר), ומאידך גיסא הוסיף כי "תשלום פיצוי בעד השתלת איברים לפי פוליסה לביטוח מחלות קשות... ובטרם ביצוע ההשתלה, לא תיחשב לענין חוזר זה כמימון ביצוע השתלה" (סעיף 5 לחוזר). איני סבור כי יש להבחין לעניין זה בין מתן פיצוי כולל בסך 350,000 ₪ לפני ביצוע ההשתלה (בגין מצב בריאותי) אשר אינו נחשב מימון ביצוע ההשתלה על פי הפוליסה החדשה, לבין פיצוי בסך 215,000 ₪ + גימלה בסך של 24 חודשים X 4,500 ₪) המשתלמים על פי הפוליסה שלפנינו בגין התרחשות מקרה ביטוח המוגדר בתור "מצבו הבריאותי של המבוטח המחייב ביצוע השתלה". זה גם זה מהווה פיצוי בגין מצב בריאותי, ובמהותו מהווה ביטוח מחלות קשות, וכשם שהראשון אינו מהווה מימון ביצוע ההשתלה, כך יש להשקיף על האחרון.

24. שלישיית, נראה כי כך הבין זאת המבקש עצמו, וליתר דיוק, אביו של המבקש שניהל בשמו את כל המגעים עם המשיבה. המבקש ואביו שהו בפיליפינים בתיאום עם המשיבה במסגרת המסלול של שיפוי בגין השתלה. ביום 22.7.2008, שלח אביו של המבקש את המייל הבא, בו הוא מודיע על זניחת מסלול השיפוי ועל בחירתו במסלול הפיצוי. וכך כותב אביו של המבקש (ההדגשה בקו במקור, יתר ההדגשות הוספו – י.ע.):

"לפני כ-4 חודשים הגשתי תביעה במסגרת פוליסת ביטוח צוות לביצוע השתלת כליה לילדי גולן. התביעה ומקרה הביטוח אושר על ידך וע"י ד"ר פרידלנדר מחברת פניקס. בנוסף נסקרו בפני מספר חלופות למימוש זכותי ובכלל זה להתארגן לבד ולקבל החזרים, לקבל מעטפת מלאה שלכם במסגרת השתלה בלבטביה, או לקבל פיצוי חד פעמי רק על סמך אישור רפואי כי בוצעה השתלה. לאחר כ-4 חודשים של המתנה לפתרונות שונים שהוצעו לי על ידי חברות הביטוח, לא יצא לצערי שום פתרון אל הפועל – כולל זה שהוצע על ידכם. מצבו של הילד התדרדר ונזקק לדיאליזה בדחיפות אך בשל מצב נפשי וטראומה מהתמונות שראה בבתי חולים הוא אינו מסוגל ואינו מצליח לשתף פעולה ולבצע

דיאליזה על אף שהתחלנו איתו תהליך של מיפוי ורידים לביצוע פיסטולה.

רופאיו ממליצים להכניסו בדחיפות לדיאליזה שאם לא כן הוא מסכן את עצמו בהידרדרות חמורה שיכולה להביאו לכדי מוות.

כהורים אנו לא יכולים לראותו דועך ומת לנו מול העיניים – אנו חוששים שגם יזיק לעצמו בשל היאוש והדיכאון בהם הוא נתון.

בהמשך לשיחתנו הטלפונית מלפני כשבועיים אני מבקש לממש את זכותי לבחור במסלול פיצוי הרשום בפוליסה (כ-

215 אש"ח).

הדבר יאפשר לי להרחיב את מעגל האפשרויות לפתרון ולהציל את חיי בני.

אני תקווה שנצליח למצוא פתרון הולם לבעיה ולהיעזר בפיצוי לכיסוי ההוצאות.

אם לא נצליח למצוא פתרון, או לחילופין, נצליח לשכנע הילד לבצע את הדיאליזה, אנו שומרים לעצמנו את הזכות להמשיך להמתין באחת המדינות המאשרות הליך זה לזרים כמו ארה"ב, אוסטרליה, גרמניה, פיליפינים, קולומביה ועוד.

בברכה ובתקווה לגילוי הבנה וסיוע במימוש זכויותינו. אריה ונונו"

המייל ששלח אביו של המבקש, משקף את הבנתו ואת ציפייתו הסבירה מהפוליסה כי שיפוי לחוד ("מעטפת מלאה" כלשונו) ופיצוי לחוד (על דוקטרינת הציפייה הסבירה של המבוטח ראו דודי שוורץ וריבי שלינגר דיני ביטוח 310, 319-334 (2005)); שחר ולר "על התערבות בתוכנם של חוזי ביטוח באמצעות 'פרשנות' עלי משפט ג(1) 247, 263-273 (תשס"ג-תשס"ד); שחר ולר פירוש לחוקי החוזים - ביטוח כרך א 142-153 (2005); ירון אליאס דיני ביטוח 86-94 (2009)).

בע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' סיגלית קדוש, פ"ד סב(2) 573 (2007), נמנעה השופטת פרוקצ'יה לנקוט עמדה בשאלת אימוץ דוקטרינת הציפיות הסבירות במשפט הישראלי, אך הוסיפה כי "די לצורך ענייננו בהצבעה על קיומה [של הדוקטרינה – י.ע.], המשתלב במגמה הכללית של המשפט להביא לאיזון ערכים ראוי בתחום חוזה הביטוח, החותר לכיבוד האינטרסים ההדדיים של הצדדים, כדי להביא לתוצאה צודקת והוגנת במסגרת איזון זה" (שם, סעיפים 55-58 לפסק דינה והאסמכתאות שם). התוצאה לפיה על המשיבה לשלם למבקש את הפיצוי על פי הפוליסה, מביאה לתוצאה שאינה רק הוגנת וצודקת אלא גם נובעת מהשכל הישר, ובנקודה זו אני מגיע לטעם הבא.

המבקש הגיש את תביעתו לחברת הביטוח ביום 25.2.2008, כחודשיים לפני כניסת חוק השתלת אברים לתוקף. ההשתלה בוצעה בחודש אוגוסט 2008, לאחר כניסת החוק לתוקף ולפני פרסום הוראותיו של המפקח על הביטוח, ובטרם שונה נוסח הפוליסה.

עמדנו על כך שהסדרת הנושא של השתלת אברים בחקיקה ראשית נועדה לסכל את התופעה של סחר באברים (דברי ההסבר להצעת החוק, ש"ס). ברי אפוא כי כניסת החוק לתוקף והוראות המפקח על הביטוח לא באו להקל על ביצוע פעולות הקשורות בסחר באברים, אלא נועדו להקשיח את המצב הנורמטיבי, מתוך שאיפה לתרום ל"מאמץ המלחמתי" נגד תופעה פסולה זו, ובהתאם לכך הוחמרו תנאי הפוליסה. בשכל הישר, קשה להלום אפוא את עמדתה של המשיבה, כי מצבו הביטוחי של המבקש על פי הפוליסה הישנה, גרוע ממצבו של מבוטח כיום לאחר כניסת החוק לתוקף ולאחר התאמת נוסח הפוליסה להנחיות המחמירות של המפקח על הביטוח. הנה כי כן, לשיטת המשיבה יוצא כי על פי הפוליסה הישנה המבקש אינו זכאי לקבל כל פיצוי, אך כיום, דווקא לאחר שינוי המצב המשפטי והקשחת הנורמות, הוא זכאי לקבל פיצוי חד פעמי לפני ביצוע ההשתלה, בגין מצבו הרפואי כמי שנזקק להשתלה.

לטעמי, עמדה זו סתורה מתוכה, שאם הוראות החוק וחוזר המפקח על הביטוח באו להחמיר את הנורמה ולשפר את ההתמודדות עם התופעה של סחר באברים, הכיצד ייתכן שלפני חקיקת החוק והנחיות המפקח המבוטח אינו זכאי לכל פיצוי, בשעה שבעקבות חקיקתו זכאי המבוטח לפיצוי בסכום זהה?

26. נחזור אל הגדרת מקרה הביטוח. כזכור, הגדרת מקרה הביטוח שונתה לאחר כניסת החוק לתוקף ובעקבות חוזר המפקח על הביטוח. כך, בפוליסה מושא דיוננו, מקרה הביטוח הוגדר בתור "מצבו הבריאותי של המבוטח המחייב ביצוע השתלה...", ומועד קרות מקרה הביטוח הוגדר "המועד בו אובחן לראשונה הצורך בניתוח או בטיפול הרפואי האחר...". ואילו על פי לשון הפוליסה דהיום, מוגדר מקרה הביטוח כ"ביצוע השתלה...".

ההבדל בהגדרת "מקרה הביטוח" על פי הפוליסות, אך מחזק את האנומליה העולה מעמדת המשיבה. צא ולמד כי לשיטת המשיבה, על פי הפוליסה דכאן, בה הוגדר מקרה הביטוח כ"מצבו הבריאותי של המבוטח" - המבוטח אינו זכאי לפיצוי לפני ביצוע ההשתלה אף שמצבו הרפואי מחייב השתלה. בעוד שעל פי הפוליסה

החדשה, בה הוגדר מקרה הביטוח כ"ביצוע השתלה" - המבוטח זכאי לפיצוי חד פעמי לפני ביצוע ההשתלה, אף שמקרה הביטוח כהגדרתו בפוליסה כלל לא אירע (שהרי הפיצוי ניתן לפני ביצוע ההשתלה וללא קשר להשתלה).

27. הנה כי כן, על פי הנוסח המחמיר של הפוליסה דהיום, די לו למבקש שימציא למשיבה אישור מטעם המרכז הלאומי להשתלות בדבר הצורך בהשתלה, על מנת לקבל את מלוא הפיצוי הניתן לפני ביצוע ההשתלה. ברוח זו יש לפרש את הפוליסה שלפנינו, במיוחד נוכח הגדרת מקרה הביטוח כ"מצבו הבריאותי של המבוטח המחייב השתלה". פרשנות השוללת מהמבקש זכות לפיצוי לפני ביצוע ההשתלה, מביאה לתוצאה המרעה את מצבו לעומת מבוטח התובע פיצוי על פי הפוליסה החדשה. תוצאה זו אינה מתיישבת עם הגיונם של דברים, ולטעמי אף יש בה "מן האבסורד" (ברוח דבריו של השופט בך ברע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281, 299 (1996), בדונו בדוקטרינת "הציפיות הסבירות של המבוטח" ודוקטרינת ה-"unconscionability" הקיימות במשפט האמריקאי כחלק מכללי הפרשנות של חוזי ביטוח).

28. בכך גם בא לידי ביטוי ההבדל בין שיפוי לבין פיצוי חד פעמי הניתן לפני ההשתלה בגין עצם קיומו של מצב בריאותי המחייב השתלה. כאמור, השיפוי נועד להשיב למבוטח את ההוצאות שהוציא לביצוע ההשתלה, ומהווה השתתפות במימון ההשתלה אשר כפופה לאיסורים ולמגבלות שנקבעו בחוק השתלת אברים. מטעם זה דחינו את תביעתו של המבקש לקבל שיפוי בגין הוצאותיו לצורך ביצוע ההשתלה. לעומת זאת, כיסוי ביטוחי המעניק פיצוי בגין עצם המצב הבריאותי המצריך השתלה, פיצוי שסכומו הוא כ-5% בלבד מתקרת סכום השיפוי, הינו פיצוי בגין מחלה קשה אשר על פי הוראות החוק ועל פי חוזר המפקח על הביטוח אין מניעה לשלמו, כפי שאין מניעה לתשלום גימלה עקב מצב בריאותי בעקבות השתלה, גימלה שאכן שולמה למבקש על ידי המשיבה, שציינה בסיכומיה כי הגמלה נובעת ממצבו של המבקש. אם אין מניעה לתשלום גמלה עקב מצב בריאותי בעקבות השתלה, אף אם ההשתלה עצמה בוצעה שלא על פי הוראות חוק השתלת אברים, קל וחומר לגבי תשלום פיצוי בגין מצב בריאותי קשה לפני השתלה.

29. סיכומו של דבר, שהחשש הנטען של המשיבה, כביכול ידיה כבולות מלמלא את חלקה בחוזה לנוכח החשש כי היא נחשפת בכך להליך פלילי, אינו יכול להישמע. זאת, שכן אכיפת החיוב המוטל על המשיבה אינו בבחינת אכיפת חיוב בלתי חוקי או חיוב הנוגד את תקנת הציבור, אלא חיוב חוזי לפיצוי חד-פעמי בגין מצבו הבריאותי

של המבקש. פיצוי זה הותר במפורש בחוזר המפקח על הביטוח ונכלל כיום בפוליסות החדשות שתוקנו בעקבות חקיקת חוק השתלת אברים.

סיכום וסוף דבר

30. מבלי להידרש לשאלת נטל ההוכחה בפוליסות בריאות כגון זו שנדונה בפנינו, מצאנו כי המשיבה סירבה בדין לשפות את המבקש על הוצאותיו בגין ביצוע ההשתלה. זאת, באשר נסיבות ביצוע ההשתלה מטים את הכף למסקנה כי היא בוצעה בתמורה, בניגוד לתקנת הציבור ובניגוד להוראות חוק השתלת אברים. למסקנה עובדתית ומשפטית זו הגיעו גם ערכאות קמא.

בהמשך, עמדנו על ההבחנה בין שיפוי לבין פיצוי והראינו כי אין כל מניעה לשלם למבקש פיצוי בגין מצבו הבריאותי טרם ביצוע ההשתלה, כפי שאין מניעה לשלם לו גימלה בעקבות מצבו הבריאותי לאחר ההשתלה. כך המצב כיום, על פי הפוליסות החדשות ועל פי ההנחיות המחמירות בחוזר המפקח על הביטוח בעקבות כניסת החוק לתוקף, וקל וחומר במקרה שלפנינו, כאשר מקרה הביטוח הוגדר כ"מצבו הבריאותי" של המבוטח.

31. אשר על כן, אנו מקבלים את הערעור, במובן זה שאנו מחייבים את המשיבה לפצות את המבקש בסכום של 215,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום 15.10.2004 (על פי סעיף 14.3 לפוליסה הקובע כי המדד הבסיסי הוא מדד חודש מפטמבר 2004) ועד התשלום בפועל. המשיבה תשא בהוצאות המבקש בשלוש הערכאות בסכום של 75,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

מסכים אני לחוות דעתו המלומדת של חברי השופט י' עמית לפיה יש להבחין בין שיפוי לפיצוי בקשר לתשלומים מכוח פוליסת ביטוח בגין השתלת אברים מן החי שנעשתה בניגוד לחוק השתלת אברים, התשס"ח-2008 (להלן: החוק). כמו השופט

עמית אף אני סבור כי פסיקת פיצוי – להבדיל משיפוי – בנסיבות האמורות אין בה כדי לסתור את הוראות החוק ואת התכלית המונחת בבסיסו, מניעת סחר באיברים מן החי.

התיק שלפנינו עורר שוב במלוא עוצמתו את הדיון המוסרי והמשפטי אודות הלגיטימיות של סחר באברים מן החי, כאשר אין מדובר בתרומה אלטרואיסטית. בסוגיה זו קבע המחוקק הוראות מפורשות בגדרי החוק לפיהן תרומת אברים שאינה אלטרואיסטית אסורה. ודוק, כפי שציין השופט עמית בחוות דעתו, החוק בא לעגן מוסכמות מוסריות ומשפטיות שהתגבשו עובר לחקיקתו ובכלל זה את הדעה הרווחת לפיה תקנת הציבור אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם סחר באברים מן החי. לצד זאת ציין השופט עמית כי "אין להוציא מכלל אפשרות כי במהלך השנים המוסכמות החברתיות בנושא זה ישתנו" (שם, פסקה 14). אין לי אלא להצטרף לדברים האמורים, בהם תמכו מלומדים שלדברי חלק מהם הפנה השופט עמית בחוות דעתו [ראו: שמואל ילינק "תרומת איברים בתמורה – מודל מוצע" רפואה ומשפט 26 (2002) (להלן: "ילינק)], ואף קיימים מלומדים נוספים שלגישתם יתכנו תועלות בלתי מבוטלות בהסדרת סחר באיברים מן החי בתמורה [ראו: יהושע ויסמן "אברים כנכסים" משפטים 2(2) 500, 508-509 (1987) (להלן: ויסמן)]; עוד ראו והשוו: עמוס שפירא "'הסכמה מדעת' לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט 225, 262 (1989)].

מן המפורסמות היא, כי אנשים לא מעטים נפטרים מדי שנה בישראל בשל היקף מצומצם יחסית של תרומות איברים מן המת, כאשר הפער בין "ההיצע לביקוש" הוא רב [ראו: ילינק; יום עיון לזכר עו"ד אליהו זילצטר ז"ל "מוסר כליות – השתלות מהחי" רפואה ומשפט 20 (1999)]. אכן, קיימים שיקולי מדיניות בגינם קבע המחוקק איסור על תרומת איברים שאינה אלטרואיסטית [ראו: שם; ויסמן, בעמ' 504-505; רות וייס-צוקר "השתלות הבלתי נסבלת של הרפואה – דילמות אתיות בהשתלת איברים" רפואה ומשפט 9 (1993)]. ברם, אותם חששות התומכים במניעת סחר כאמור באיברים כנגד תמורה ניתנים להסדרה וקיימים מנגנונים שונים של פיקוח ובקרה שיש בהם כדי לנטרל את הסכנות שבאישור סחר באיברים מן החי [ראו למשל: ויסמן, בעמ' 506-505]; ילינק]. לאור האמור, אפשר שיחול שינוי בתפישת תקנת הציבור בהקשר הנדון ובעקבותיה אף בהסדר הסטוטורי (ראו: ויסמן, בעמ' 508-509).

השופט א' שהם:

אני מסכים לפסק דינו הממצה של חברי, השופט י' עמית, ולהערותיו של חברי,
השופט י' דנציגר.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ט בחשון התשע"ד (23.10.2013).

שופט

שופט

שופט