



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2278/16
וערעור שכנגד

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופטת י' וילנר

המערערת והמשיבה שכנגד: פלונית

נגד

המשיבה והמערערת שכנגד: מדינת ישראל

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים בת"א 3053/09 שניתן ביום 3.2.2016 על ידי
כבוד השופט ר' וינוגרד

תאריך הישיבה: כ"ז בשבט התשע"ח (12.2.2018)

בשם המערערת
והמשיבה שכנגד: עו"ד אסף פוזנר, עו"ד שמואל רוזנר,
עו"ד אריה גרוסמן ועו"ד נתנאל פוזנר

בשם המשיבה
והמערערת שכנגד: עו"ד דב לוי

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. המערערת והמשיבה שכנגד (להלן: המערערת), ילידת ינואר 1960, טופלה בבית החולים רמב"ם וביום 20.4.2006 בוצעה בה פרוצדורה רפואית שגרמה לה נכות קשה, שבעקבותיה הגישה תביעה נגד בית החולים. בשלב הסיכומים הסכימה המשיבה להודות באחריות, לאחר שבית המשפט הבהיר כי בדעתו לקבוע כי לא ניתנה הסכמה מדעת לטיפול שבוצע במערערת, "שכן לא ניתנו לה הסברים מספיקים וראויים בנוגע לסיכונים הכרוכים בו ולדרכי הטיפול האלטרנטיביות".

2. נותרה אפוא לדיון שאלת הנזק.

המערערת סובלת מהמיפלגיה קשה שעיקרה בחולשה בפלג גוף שמאל, וסובלת גם מחולשה חמורה פחות, בפלג גוף ימני. היא נעזרת בהליכון ואינה יכולה להתהלך לבדה; אינה מסוגלת להשתמש באופן ממשי ביד שמאל אך עושה שימוש ביד ימין; ובשל בעיות בתחום האורולוגי, אינה מסוגלת להטיל את מימיה באופן עצמאי ועליה לצנתר את עצמה. לאחר שמיעת המומחים מטעם הצדדים, העמיד בית המשפט המחוזי את נכותה הרפואית המשוקללת של המערערת על 92% כלהלן: בתחום הנורולוגי – 83% בתחום האורולוגי – 40% ובתחום הנפשי – 20%. נקבע כי קיימת הלימה גבוהה בין הנכות הרפואית לפגיעה התפקודית של המערערת, ועל בסיס זה נפסקו לזכות המערערת בראשי הנזק השונים הסכומים הבאים, בהינתן תוחלת חיים מוסכמת של עוד 23 שנים:

נזק לא ממוני: בגין כאב וסבל – 900,000 ₪; בגין קיצור תוחלת חיים – 60,000 ₪. נדחתה תביעת המערערת לפסוק לזכותה, בנוסף לכאב וסבל, גם פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

הפסדי שכר בעבר ובעתיד: בית המשפט עמד על כך שהמערערת עבדה במשרדו של בעלה, רואה חשבון במקצועו וכיום, לאחר הפגיעה, היא עובדת במשרד 3 פעמים בשבוע כשלוש שעות ביום. משך שנים לא הונפקו לה תלושי שכר, בין השנים 2004-2003 השתכרה כ-3,500 ₪ לחודש, בשנת 2005 הוצאו לה תלושי שכר רטרואקטיביים לפי שכר של כ-7,000 ₪ לחודש. בית המשפט העמיד את בסיס השכר על 5,000 ₪ לעבר ולעתיד, בציינו כי קיימים סימני שאלה רבים בנוגע להפסדי השכר שיש לייחס לפגיעה, הן לגבי מועד תחילת הפסדי ההשתכרות, הן בנוגע לבסיס השכר והן בנוגע להיקף הפגיעה בעבודה בפועל. על בסיס שכר זה נפסק לזכות המערערת 683,000 ₪ בגין הפסדי שכר בעבר, 560,000 ₪ עבור הגריעה מכושר ההשתכרות עד לגיל 67 ו-67,000 ₪ עבור הפגיעה בפנסיה לפי 12% מהגריעה מכושר ההשתכרות בעתיד.

עזרת צד ג' וסיעוד: בית המשפט העמיד את הסכום החודשי עבור עזרת צד ג' על הסך של 9,000 ₪ לחודש הן לעבר והן לעתיד, ובהתאם לכך נפסק לזכות המערערת סך של 1,250,000 ₪ לעבר, וסכום של 1,800,000 ₪ לעתיד, סה"כ - 3,050,000 ₪.

הוצאות ניידות מוגברות: נפסק לזכות המערערת הסך של 410,000 ₪, כסכום אשר מגלם את ההפרש עבור רכישת רכב חדש וסכום חודשי של הוצאות עודפות בסך של כ-1,200 ₪ לחודש לעבר ולעתיד.

התאמת דיור: נפסק לזכות המערערת הסך של 100,000 ₪ בגין הצורך בהתאמות דיור.

צרכים שיקומיים: בגין אביזרים שונים (מיטה חשמלית, מזרון למניעת פצעי לחץ, כיסא גלגלים, כרית לכיסא גלגלים, הליכון, כיסא שירותים ושידה) נפסק לזכות המערערת 55,000 ₪ לעבר, ו-60,000 ₪ לעתיד; בגין חומרי חיטוי ואביזרים נוספים הנוגעים לביצוע פעולות הצינתור – 85,000 ₪ לעבר ולעתיד; מיזוג – 20,000 ₪; פיזיותרפיה והידרותפיה – על פי עלות של כ-1,800 ₪ לחודש נפסק הסך של 300,000 ₪ לעבר ו-360,000 ₪ לעתיד. סה"כ צרכים שיקומיים – 880,000 ₪.

סה"כ נפסק לזכות המערערת 6,745,000 ₪.

3. אשר לניכוי תגמולי המל"ל – בית המשפט יישם, באופן סימטרי, את ההלכה שנקבעה בע"א 7453/12 אלחבאנין נ' איברהים (9.9.2014) (להלן: הלכת אלחבאנין), והעמיד את הסכום לניכוי על סך 2,985,000 ₪ על פי תוחלת החיים שנקבעה במסגרת פסק-הדין, חלף תקנות הביטוח הלאומי (היוון), התשל"ח-1978 (להלן: תקנות ההיוון), אשר לפיהן עומד סכום הניכוי על 2,080,000 ₪ בלבד. כן הורה בית המשפט על ניכוי מן הניכוי של קצבת הזקנה בצירוף תוספת וותק.

סה"כ נפסק לזכות המערערת, לאחר ניכויי מל"ל, הסך של 3,760,000 ₪ בצירוף שכ"ט בשיעור של 23.4% והוצאות משפט.

ערעורי הצדדים

4. כמקובל במקומותינו, הצדדים לא הניחו ידם כמעט מאף ראש נזק. המערערת הלינה, בין היתר, על מיעוט הסכומים שנפסקו לזכותה בגין אבדן השתכרות; בגין נזק לא ממוני; ועל כך שלא נפסקו לזכותה הוצאות מיוחדות בגין ניהול ההליך. ואילו המשיבה והמערערת שכנגד (להלן: המשיבה) הלינה בערעור שכנגד, בין היתר, על שיעור הנכות הרפואית והתפקודית שנקבעה; על גובה הסכום בראש הנזק הלא ממוני; על הסכום החודשי של 9,000 ₪ שנפסק עבור עזרת צד ג' והסכום הכולל שנפסק עקב כך לעבר ולעתיד; ועל גובה הסכומים שנפסקו בראשי הנזק של ניידות וצרכים שיקומיים.

5. אומר בקצרה כי איני רואה להידרש למחלוקות בין הצדדים באשר לסכומים שנפסקו בראשי הנזק השונים. עם זאת, על פניו, נראה כי הסכומים שנפסקו בראשי הנזק של צרכים שיקומיים, עזרת צד ג' ונזק לא ממוני, הם על הצד הגבוה במיוחד, ועל כן אמליץ לחברותי להפחית סכום גלובלי של 500,000 ₪ מסכום הפיצוי הכולל שנפסק לזכות המערערת.

לצד המחלוקת הפרטנית לגבי ראש נזק זה או אחר, הערעור מעלה מספר שאלות עקרוניות, שמעסיקות את הערכאות הדיוניות חדשות לבקרים ועל כן מצאתי לדון ולהכריע בשלושת הנושאים הבאים:

(-) האם יש ליישם את הלכת אלחבאנין באופן סימטרי?

(-) היש מקום לפסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי על נזק לא ממוני?

(-) היש לנכות מן הניכוי של קצבת הזקנה את תוספת הוותק, בבחינת ניכוי מן הניכוי, ומאידך, האם יש להוסיף את הסכום שאמור היה להיות משולם לביטוח הלאומי עבור קצבת הזקנה?

אעמוד על כל אחד מנושאים אלה כסדרם.

ניכויי המל"ל במצב בו תוחלת החיים של הניזוק ארוכה מזו שנקבעה בתקנות ההיוון

6. המקרה הנוכחי מציף את שאלת הסימטריה של הלכת אלחבאנין. בפסק הדין, שניתן על-ידי הרכב מורחב של חמישה שופטים, בוטלה הלכת אבו-סרייה (ע"א 6935/99 קרנית נ' אבו-סרייה, פ"ד נה(3) 599 (2001)).

כפי שהובהר בתחילת פסק הדין בעניין אלחבאנין, השאלה שנדונה שם היתה "שיעור תגמולי המל"ל שיש לנכות מסך הפיצוי הנפסק לניזוק בנסיבות בהן נקבע כי נתקצרה תוחלת חייו". המסקנה היתה, פה אחד, כי הניכוי צריך להיעשות לפי הערכת תוחלת החיים במקרה הספציפי, ולא לפי תקנות ההיוון. השאלה שמתעוררת כיום היא מהו הדין במקרה שבו תוחלת החיים שנקבעה בהליך הקונקרטי ארוכה יותר מאשר תוחלת החיים המגולמת בתקנות ההיוון. ובמילים אחרות: האם ההלכה שנקבעה בעניין אלחבאנין היא סימטרית?

7. במקרה שלפנינו, על פי הצעת בית משפט קמא, ובהסכמת הצדדים, יתרת תוחלת החיים של המערערת הועמדה על 23 שנים. כך נקבע כממצא עובדתי, והשאלה שהתעוררה היא אם יש לנכות את תגמולי המל"ל בהתאם לקביעה זו, או לפי תקנות ההיוון, אשר מגלמות בחובן נתונים סטטיסטיים כלליים לגבי תוחלת החיים של נכים בנכות כללית. ההבדל הכספי הוא ניכר: אם החישוב ייערך לפי הקביעה במקרה הקונקרטי, הניכוי יעמוד על 3,045,000 ₪ ואם החישוב המתאים הוא לפי תקנות ההיוון, הניכוי הוא 2,080,000 ₪. כלומר ההבדל בין שתי השיטות מגיע לכמעט מיליון ₪.

בנקודה זו ראוי להוסיף הסבר קצר. לוחות ההיוון על פי תקנות ההיוון מבוססות על ההנחה שתוחלת החיים הממוצעת באוכלוסיית הנכים הכללית, נמוכה באופן משמעותי מתוחלת החיים הרגילה. לכן, עשויה להיווצר התנגשות בין קביעת בית המשפט את תוחלת החיים של הניזוק הספציפי במומו על פי חוות הדעת שבפניו ועל פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (הלמ"ס), לבין לוחות ההיוון בתקנות ההיוון המבוססים על קיצור משמעותי בתוחלת החיים של אוכלוסיית הנכים הכללית. (לא כך בטבלאות החיים של נכות מעבודה, טבלאות אשר מבוססות על תוחלת החיים המשוערת של האוכלוסייה הכללית, כפי שעולה מתשובת המדינה ומהודעת העדכון של המדינה מיום 31.8.2014 בבג"ץ 3948/12 שמעון קרייס נ' השר לענייני רווחה ושירותים חברתיים (16.9.2015)). בעקבות עתירה זו, עדכן המל"ל את טבלאות החיים של נפגעי עבודה, לאחר שאלו לא עודכנו משנת 1987, על פי לוחות התמותה לאוכלוסייה הכללית שמפרסמת הלמ"ס)). ככל שבפסק הדין נקבעה תוחלת חיים ארוכה יותר, כך גדל סכום הגמלאות שישולמו לניזוק בפועל עד אחרון ימיו, וכתוצאה מכך – לכאורה הניכוי גדל והמזיק ישלם לניזוק סכום נמוך יותר, כאשר את יתרת הסכום, המזיק יהיה חייב לשלם למל"ל במסגרת תביעת שיכוב. אך במצב דברים זה יש מורכבות, מאחר שהמל"ל חוזר על המזיק בתביעת שיכוב לפי תקנות ההיוון, כלומר לפי תוחלת חיים נמוכה יותר [כך נקבע בעניין אבו-סרייה ובדנ"א 10114/03 המוסד לביטוח לאומי נ' "אררט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד ס(4) 132, 146 (2006) (להלן: דנ"א אררט); קביעה זו לא נהפכה בעניין אלחבאנין (ראו שם בפסקה 3); וראו גם ההתייחסות להלן לסעיף 333 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: החוק)]. בנסיבות אלה, המזיק יצא נשכר מכך שהגמלאות ינוכו בסכום "ריאלי" לפי תוחלת החיים שנקבעה בפסק הדין, בעוד שתביעת השיכוב של המל"ל אינה "מכסה" את סך הגמלאות שינוכו.

בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת המשיבה, וקבע כי הלכת אלחבאנין חלה גם במקרה הנוכחי. הודגש כי בהלכת אלחבאנין ניתן דגש לניכוי "גמלאות אמת אשר שולמו וישולמו בפועל". כמו כן, צויין כי אם הניכוי ייעשה לפי תקנות ההיוון, הניזוק יזכה לפיצוי יתר, ולא תושג "תאימות והקבלה" בין צלעות המשולש מל"ל-מזיק-ניזוק (פסקאות 72-84 לפסק דינו של בית משפט קמא).

8. לשיטתה של המערערת, בית המשפט שגה בכך שהחיל את הלכת אלחבאנין במקרה דנא. בערעור נטען כי הלכת אלחבאנין מתייחסת אך ורק למקרים שבהם תוחלת החיים במקרה הקונקרטי קצרה יותר מתוחלת החיים לפי תקנות ההיוון. רק במקרים כאלה, כדי למנוע פגיעה בניזוק – יש לנכות את הגמלאות לפי תוחלת החיים המשוערת במקרה הקונקרטי. לעומת זאת, כאשר תוחלת החיים המשוערת היא ארוכה יותר מתקנות ההיוון, יש לערוך את החישוב על פי התקנות.

9. השאלה שמתעוררת במקרה הנוכחי לא נדונה ולא התחדדה בעניין אלחבאנין. לאחר שניתן פסק הדין, הערכאות הדיוניות נדרשו לסוגיה זו במספר הזדמנויות, ואף הגיעו למסקנות סותרות (להחלה סימטרית של הלכת אלחבאנין: ת"א (מחוזי מר') 2348-04-09 ט. נ' אהרון, פסקה 74 (4.1.2015); ת"א (מחוזי נצ') 47-12-08 כהן נ' "הפול" - המאגר הישראלי לביטוחי רכב (8.3.2015); ת"א (מחוזי מר') 67154-10-13, פסקה 43 (26.6.2017). לדעה לפיה אין תחולה להלכת חבאנין: ת"א (מחוזי מר') 2597-12-08 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב "הפול", פסקה 11 (6.9.2015); ת"א (מחוזי חי') 51632-11-14 דגפאו נ' שת"מ חיפה בע"מ, פסקאות 171-173 (28.6.2016); ת"א (מחוזי מר') 47820-09-11 פלוני נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 143 (11.9.2016); ת"א (מחוזי מר') 22940-03-12 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב ("הפול"), עמ' 49-51 (19.1.2018)).

10. בנסיבות אלה, אכן נדרשת הבהרה, ואקדים ואומר כי בנקודה זו הדין עם המערערת.

הלכת אלחבאנין לא עסקה במקרים בהם תוחלת החיים שנקבעה בפסק הדין ארוכה מזו הקבועה בתקנות ההיוון, אלא רק במקרים חריגים בהם נקבע בפסק הדין קיצור תוחלת חיים בהשוואה לזו שבתקנות ההיוון. כפי שציינתי לעיל, כך הובהר כבר בפתח פסק הדין. כך עולה גם מן ההנמקה לביטול הלכת אבו-סרייה אשר "אינה צודקת בעליל, באשר היא בוחרת בניזוק, הצד החלש במשולש ניזוק-מזיק-מל"ל, כמי שנושא

על גבו את חוסר התאימות במקרים של קיצור תוחלת חיים" (עניין אלחבאנין, בפסקה 35 לפסק דיני). כך עולה גם מחוות דעתם של יתר שופטי ההרכב. המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור ציינה כי:

"יש לבטל את הלכת אבו-סרייה. הלכה זו גורמת לעתים עוול לחוליה החלשה שהיא הניזוק במשולש היחסים [...] כשלעצמי אינני משוכנעת כי תמיד ניתן יהיה להגיע לצדק מדויק בין כל קודקודי המשולש. אך בבחירה בין פגיעה בלתי צודקת בניזוק לבין פגיעה בלתי צודקת במל"ל או במבטח של המזיק, אעדיף, כעניין שבמדיניות, שלא לפגוע בניזוק. טעם הדבר הוא זה: אצל הניזוק מדובר בדרך כלל, באירוע בודד בחייו, אירוע שטרף לגביו את כל הקלפים. חברות הביטוח של המזיקים והמל"ל, לעומת זאת, הם שחקנים חוזרים".

וכפי שהבהיר שם גם השופט צ' זילברטל:

"ראוי לבטל את הלכת אבו-סרייה בשל העוול שהיא עלולה לגרום לניזוקים [...] בהעדר הסדר חקיקתי בסוגיה, ראוי שבית המשפט יעדיף את הניזוק על-פני המל"ל (המייצג את הציבור בכללותו). מניעת פגיעה ביחיד הנכה עדיפה על-פני פגיעה בקופה הציבורית, שהיא בגדר 'מפזר נזק' טוב יותר".

11. הלכת אלחבאנין נועדה אפוא להגן על הניזוק, ולא התייחסה באופן ישיר לסוגיה המונחת לפתחנו כיום. בהתאם לכך, אין להחיל את ההלכה באופן מיכני גם על מקרים של תוחלת חיים ארוכה יותר מזו שעל פי תקנות ההיוון. במקרים אלה, הבחירה בין שתי החלופות (ניכוי תגמולי המל"ל לפי תקנות ההיוון או לפי הקביעה במקרה הקונקרטי) היא בעלת משמעות כלכלית שונה. נציג את שתי האפשרויות, ולאחר מכן נדגים בדוגמה מספרית:

א. אם הניכוי ייעשה לפי תקנות ההיוון, הניזוק יזכה לפיצוי יתר (כאמור, בהנחה שתוחלת חייו ארוכה מזו שעל פי תקנות ההיוון). הניכוי לא יהיה בסכום ריאלי, במובן זה שבפועל המל"ל צפוי לשלם לניזוק גמלאות לפרק זמן ממושך יותר, בעוד שהניכוי מתייחס רק לתוחלת החיים הקצרה אשר מגולמת בלוחות תוחלת החיים על פי תקנות ההיוון. המזיק ישלם בסך הכל את מלוא הנזק: המל"ל יקבל שיפוי (חלקי) בהתאם לתקנות, והיתרה תועבר לניזוק.

ב. אם הניכוי ייעשה לפי הערכת תוחלת החיים במקרה הקונקרטי, הניכוי מסכום הפיצוי יהיה גדול יותר, בהשוואה לניכוי לפי תקנות ההיוון. הניזוק יקבל את הפיצוי המגיע לו, בהתאם לקביעה המשפטית בדבר תוחלת חייו. ואולם, המזיק יצא נשכר מאחר שתביעת השיבוב של המל"ל מוגבלת לתקנות ההיוון, יוצא שהמזיק יהנה מניכוי מלא של הגמלאות, אך ישלם למל"ל לפי תקנות ההיוון. כלומר, הניזוק אמנם מקבל פיצוי מלא משני מקורות (המזיק והמל"ל), אך המזיק מתעשר על חשבון המל"ל (השוו אליעזר ריבלין תאונת הדרכים 990-991 (מהדורה רביעית, 2011)).

כפי שאסביר להלן, בבחירה בין שתי האפשרויות, אני נוטה לאפשרות הראשונה. למעשה, הסיטואציה בה אנו דנים מהווה דוגמה למקרים שבהם קשה להשיג סימטריה בין צלעות המשולש. זאת, בשל "היעדר הקורלציה בין אופן החישוב שנוקט בו בית המשפט לגבי הפיצויים המגיעים לניזוק, לבין אופן חישוב תשלומי המוסד לביטוח לאומי" (ע"א 9984/07 ה.ב. נ' הדר חברה לביטוח בע"מ, פסקה 3 (19.12.2010) (להלן: עניין ה.ב.)). במקרים כאלה של א-סימטריה יש לקבוע סדרי עדיפויות בין קודקודי המשולש, ולטעמי – פיצוי יתר לניזוק עדיף על פני חיוב חלקי של המזיק.

לפני שנפרט את הנימוקים, נדגים את הדילמה באמצעות מקרה היפותטי: בית המשפט העריך את נזקו של הניזוק ב-100. המל"ל צפוי לשלם לניזוק גמלאות בפועל בשווי של 50 לפי תוחלת חייו המשוערת על פי פסק הדין. דא עקא, תביעתו של המל"ל נגד המזיק מוגבלת על פי תקנות ההיוון ל-25. בשלב זה, עלינו להכריע אם המזיק ישלם לניזוק 75 או 50: אם המזיק ישלם לניזוק 75, התוצאה הסופית תהיה שהמזיק שילם את מלוא הנזק (75 לניזוק ו-25 למל"ל), והניזוק נהנה מפיצוי יתר, ובסך הכל 125 (50 מהמל"ל ו-75 מהמזיק). אם המזיק ישלם לניזוק 50, הניזוק יקבל פיצוי על מלוא הנזק שנגרם לו (50 מהמזיק ו-50 מהמל"ל), והמזיק יהיה חייב בתשלום שמשותף ב-75 (50 לניזוק ו-25 למל"ל).

12. אצביע על שלושה נימוקים להעדפת האפשרות של ניכוי הגמלאות לפי תקנות ההיוון:

ראשית, במוקד דיני הנזיקין עומדת מערכת היחסים בין הניזוק לבין המזיק ו"מונחה בית-המשפט ככלל, על-ידי העיקרון של השבת המצב לקדמותו ואילו לגמלאות המוסד לביטוח לאומי גם תכלית סוציאלית וביטוחית" (עניין ה.ב. פסקה 4). הרציונאלים 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. בדיון שנערך בפנינו, הסכים גם בא-כוח המשיבה כי בבחירה בין פיצוי יתר לניזוק לבין התעשרות של המזיק, יש להעדיף את הניזוק (ראו והשוו ת"א (מחוזי מרכז) 12-03-22940 הנ"ל; דוד קציר פיצויים בשל נזקי גוף 1320 (מהדורה חמישית, 2003); (2003) UKHL 2 [1969] *Parry v. Cleaver*).

ניתן להשוות בין הסיטואציה שבפנינו לבין מקרה שבו צד שלישי אקראי היטיב עם הניזוק. בדרך כלל, השאיפה היא שהמיטיב יפרע מהמזיק, אלא שכאן המיטיב מוגבל בתקנות ההיוון ואינו יכול לדרוש מהמזיק את כל הסכום. האם במקרה כזה עדיין ראוי לנכות את מלוא ההטבה מתוך הסכום שהמזיק נדרש לשלם, או שמא הניזוק הוא שיזכה בהפרש? ובמשל ציורי: ראובן נפל ברחוב ונחבל בשל רשלנות של שמעון. לוי, עובר אורח שאין לו קשר כלשהו לשמעון, ניגש לעזרתו של ראובן ונתן לו שטר כסף. האם סכום זה ינוכה מן הפיצוי שבו מחוייב שמעון? התשובה שלילית, והתוצאה הראויה היא שראובן (הניזוק) יקבל פיצוי מלא משמעון בנוסף לסכום שהעניק לו לוי (ע"א 370/79 פרפלוצ'יק נ' מוטס, פ"ד לד(3) 551, 553 (1980)). דוגמאות אלה מתרחקות אמנם מן המקרה המונח לפתחנו, בעיקר בשל אופיו של המל"ל, הפועל מתוך חובה חוקית ולא מתוך מניע מוסרי או אחר, ולכך נגיע מיד.

13. שנית, המל"ל הוא גוף מדינתי אשר מהווה שחקן חוזר "חזק". ככל שבמהלך השנים נוצר פער של ממש בין הטבלאות שנקבעו בתקנות ההיוון לבין תוחלת החיים הממוצעת האמיתית של נכים, המל"ל יכול לפעול כדי לשנות את לוחות תוחלת החיים של הטבלאות שנקבעו בתקנות ולהתאימן לתוחלת החיים הממוצעת האמיתית, כדי להקטין את הפער בין המצב המשפטי לבין המציאות. ואכן, אך לאחרונה תיקן המחוקק ועידכן תקנות אלה על רקע העלייה בתוחלת החיים (תקנות הביטוח הלאומי (היוון) (תיקון), התשע"ה-2015, ק"ת 7537 מיום 30.7.2015; ועדכון נוסף פורסם בק"ת 7669 מיום 9.6.2016).

עם זאת, יש להניח כי לא יהיה בכך כדי להביא להתאמה בין תוחלת חיים שנקבעה לניזוק ספציפי לבין תוחלת חיים שתיקבע בתקנות ההיוון. ברוב תיקי הניזוק המובאים לפתחו של בית המשפט לא נקבע כלל קיצור תוחלת חיים לניזוק, ולמיצער, קיצור תוחלת החיים הוא של שנים ספורות (קיצור תוחלת חיים משמעותי נקבע בתיקים כבדים ומורכבים של נכים קשים). מנגד, קצבת נכות כללית זכאי לקבל מי שנכותו המשוקללת עומדת על 60% ומעלה או 40% (אם לפחות בגין אחת הלקויות נקבעה נכות של 25% ומעלה), כאשר אל סל הנכויות בהן מכיר המל"ל, מושלכות גם מחלות שונות (כמו סרטן, סכרת, מחלות לב וכלי דם ועוד) אשר גורמות לקיצור תוחלת חיים משמעותי באוכלוסיית הנכים הכללית (כאמור, תוחלת החיים על פי תקנות ההיוון לגבי נכות בעבודה גבוהה יותר ומבוססת על נתוני הלמ"ס הכלליים. אציין כי להבדיל מנכות כללית, נכה מעבודה זכאי לגמלה/מענק גם כאשר נכותו הצמיתה נמוכה מ-40%. מכאן, שכמעט בכל תיק נזיקין קיים פער משמעותי בין תוחלת החיים של הניזוק כפי שנקבעה בפסק הדין לבין תוחלת החיים של הניזוק לפי תקנות ההיוון.

אפשרות נוספת העומדת בפני המל"ל היא להגיע להסכם כולל עם חברות הביטוח, אשר יפשט את ההכרעה במקרים כאלה ואחרים על בסיס נוסחאות גורפות (כפי שכבר ציינתי גם בעניין אלחבאנין, בעקבות הערות קודמות בפסיקה).

עוד בהקשר זה, יש להדגיש כי המל"ל אינו חברת ביטוח רגילה, אלא גוף סטטוטורי בעל תכלית סוציאלית (בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקאות 42-46 (2.9.2010)). תפקידו של המל"ל, בהקשר של גמלאות נכות, הוא לסייע לתושבי המדינה שסובלים מנכות ואין זה מתפקידו של המל"ל להקל על המזיק לשאת בנטל הפיצוי. התוצאה שבה המל"ל אינו זוכה לשיפוי מלא עבור גמלאות עתידיות, אכן אינה נוחה ואינה אופטימלית, אך היא תוצאה אפשרית. אופיו הסוציאלי של הביטוח הלאומי ממתן את הקושי בכך שהמל"ל לא יזכה לשיפוי מלא עבור גמלאות שישולמו לניזוק הנכה, אם אכן יאריך ימים מעבר לתוחלת החיים המגולמת בתקנות ההיוון. אף יש לזכור כי כל קביעה לגבי תוחלת החיים של הניזוק יש בה מן ההשערה והניחוש, ומקום בו תוחלת חייו של הניזוק תהא קצרה מזו שנקבעה, הרי שניכוי גמלאות המל"ל שלא על פי תקנות ההיוון, עלול בסופו של יום להביא לפיצוי חסר של הניזוק (ראו גם להלן בפסקה 19).

בנוסף, יש להזכיר כי לצורך תביעת השיבוב, המל"ל נכנס בנעליו של הניזוק. לאור זאת, במצב בו המל"ל אינו משיב בתביעת השיבוב לקופתו את מלוא התשלומים, יש להעדיף כי היתרה – שאותה לא ניתן לתבוע – תגיע לכיסו של הניזוק ולא לכיסו של המזיק.

14. שלישית, 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. דוגמה בולטת היא האפשרות שניתנת לניזוק ליהנות מפיצוי בגובה 125% מהנזק, על חשבון המל"ל (סעיף 330 לחוק). כמו כן נפסק, כי הניזוק יהנה מאותו "בונוס" של 25% גם אם חלה התיישנות שמונעת מן המל"ל לחזור על המזיק, ובהקשר זה כבר ציינתי כי "בבחירה בין האפשרות שהמזיק לא ישלם כלל, לבין האפשרות שהניזוק יקבל 125% מהנזק, הכף נוטה לכיוון הניזוק" (ע"א 1896/15 פלוני נ' ג'ועיה, בפסקה 6 (8.12.2015)). זוהי דוגמה אחת לפיצוי יתר שמגיע לידיו של הניזוק, וניתן להצביע על דוגמאות נוספות (השוו לרע"א 6563/15 פלוני נ' מיטרני בע"מ (27.6.2017): ניזוק שמיצה הליכים מול המל"ל לא יידרש להגיש תביעה במסלול של נכות כללית, כאשר מהלך זה עשוי לפגוע בזכויותיו, גם אם התוצאה תהיה שהוא יהנה מפיצוי יתר. באותו מקרה הצטרפתי בהסכמה לפסק דינו של השופט זילברטל והבהרתי כי "גם אם בתוצאה הסופית במקרה הייחודי דנן הניזוק עשוי בסופו של יום 'להתעשר' מעבר לנזקו הכולל, הרי ששיקולי הנגד עליהם עמד חברי, מטים את הכף לטובת הניזוק").

גם במבט רחב יותר, דיני הנזיקין מכירים בכללים שנועדו לסייע לניזוק במצבים סבוכים, וניתן להזכיר את הכללים בדבר העברת נטל ההוכחה (כגון סעיף 41 לפקודת הנזיקין) ואת הדוקטרינה של אבדן סיכויי החלמה (ע"א 3900/14 ל.ת. נ' המרכז הרפואי הלל יפה (2.12.2015)). יובהר מיד כי אלה הם החריגים, אשר חלים במצבים מורכבים מיוחדים, וכמובן לא כל מקרה מגלה הטיה אוטומטית לטובת הניזוק.

15. המסקנה אליה הגעתי מתיישבת במארג הנורמטיבי הקיים. היא מסבירה את מקומה והיקפה של הלכת אלחבאנין, וכך את מקומן ומעמדם של תקנות ההיוון. בתמצית: ניכוי על פי תקנות ההיוון הוא הכלל, והלכת אלחבאנין היא החריג.

בהלכת אבו-סרייה נקבע כי תקנות ההיוון "הן התקנות המחייבות בנושא זה, אפילו שבמקרה זה או אחר – אם משום קיצור תוחלת חיים ואם מסיבה אחרת – אין הן קולעות למטרה. הן קובעות את המגיע לניזוק בהסתמך על לוחות סטטיסטיים והן משקפות את הממוצע. על-כן יש לקבלן כמו שהן בלי להיגרר לניסיונות להוכיח שלמקרה הנדון ראוייה דרך חישוב אחרת" (שם, בעמ' 602). הלכת אלחבאנין באה לתקן את העיוות שנוצר בעקבות הלכת אבו-סרייה, שהתבטא במקרים חריגים של קיצור בתוחלת החיים. במקרים אלה, ניכוי גמלאות המל"ל על פי תקנות ההיוון – מקפח את הניזוק, ובתי המשפט התריעו על כך פעם אחר פעם (ראו שם, בפסקאות 17-26). לשם המחשה, בעניין אלחבאנין דובר בניזוק שתוחלת חייו נאמדה ב-49 שנים, וניכוי הגמלאות על פי תקנות ההיוון היה גורע נתח נכבד מסכום הפיצוי (2.3 מיליון ₪) ללא הצדקה. בהקשר זה ציינתי שם, כי "התוצאה המתוארת לעיל – בה ניזוק אינו מקבל פיצוי בגין מלוא נזקו, ואילו המל"ל משופה בסכום הגבוה מכפי שיעור התגמולים ששילם וישלם בפועל – חוטאת לעקרון השבת המצב לקדמותו וחותרת תחת הצורך לשמור על תאימות והקבלה בין שלוש צלעות משולש היחסים מזיק-ניזוק-מל"ל. תוצאה זו אינה צודקת ואינה עולה עם מושכלות יסוד בדיני הנזיקין, וככזו אינה יכולה לעמוד" (פסקה 30). כדי להימנע מכך, שונתה ההלכה ונקבע כי במקרים של קיצור ממשי בתוחלת החיים המשוערת, הנתון הרלוונטי לניכוי הגמלאות יהיה תוחלת החיים שנקבעה במקרה הקונקרטי, ובהתאם לכך יש לנכות אך את תגמולי המל"ל ששולמו ואמורים להשתלם בפועל.

16. תחולה סימטרית של הלכת אלחבאנין היא עניין שונה במהותו ובהיקפו. היא איננה בגדר תיקון נחוץ למניעת עיוות במקרים חריגים, אלא בעלת השלכות רוחב ניכרות שיכולות להשפיע באופן מהותי כמעט על כל תיקי הנזיקין שבהם נקבעים אחוזי נכות. במקרה הנוכחי, בית משפט קמא סבר כי יש להחיל את הלכת אלחבאנין מפני שתוחלת החיים התקצרה בשנים ספורות לעומת תוחלת החיים הממוצעת. בית המשפט נמנע מלהכריע בשאלה אם כלל זה יחול גם במקרים שבהם לא נקבע שתוחלת החיים התקצרה, ונטייתו היתה להשיב על כך בשלילה (פסקה 83; וראו גם ת"א (מחוזי י-ם) 5892-04-12 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח, בפסקה 93 (8.1.2016); ת"א (מחוזי מר') 60273-06-14 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, בפסקה 140 (15.1.2018)).

ברם, אם תתקבל העמדה העקרונית העומדת בבסיס פסק הדין מושא הערעור, יהיה קשה להבחין בין מקרה של קיצור מועט של תוחלת החיים לבין מקרה "סטנדרטי" שבו אין קיצור של תוחלת החיים. קשה להלום כי התוצאה תשתנה באופן כה קיצוני אם

תוחלת החיים קוצרה בשנה, לעומת מקרה בו אין קיצור תוחלת חיים. בית משפט קמא הדגיש כי השאיפה היא "שהניזוק יקבל פיצוי המשקף את ניכוי הגמלאות על פי שיעורן בפועל ותוך שמהפיצוי לו הוא זכאי ינוכו גמלאות האמת" (פסקה 80; ; ההדגשות במקור). אם כך, גם במקרה שתוחלת החיים לא התקצרה כלל, יש להניח שהניזוק יחיה מעבר לגיל הממוצע שמגולם בתקנות ההיוון, וסביר יותר שבפועל יאריך ימים עד לתוחלת החיים הממוצעת של האוכלוסיה לפי הלמ"ס. לכן, לפי עקרון זה, צריך היה כמעט בכל תיק נזיקין לנכות את הגמלאות שלא על פי תקנות ההיוון. המשמעות הכלכלית היא "קיצוץ" של ממש בגובה הפיצוי שייפסק בפועל לזכותם של ניזוקים שסובלים מנכות ומקבלים תגמולים מהמל"ל, מעשה של יום ביומו במקומותינו.

17. ובמישור החוקי: המקור הנורמטיבי לתקנות ההיוון (לצד סעיפים 113(א), 369 ו-400 לחוק) הוא סעיף 333 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. הסעיף מורה: "לענין סימן זה רשאי השר לקבוע הוראות בדבר היוון קצבאות", ועניינו של הסימן הוא ב"תביעות נגד צד שלישי", קרי, תביעות שיבוב מצד המל"ל. מכאן שתקנות ההיוון הותקנו כדי לשמש כלי להיוון גמלאות המל"ל לצורך תביעות שיבוב. יצויין כי גם סעיף 82 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שעניינו בניכוי תגמולי מל"ל מתוך תביעה נגד המעביד, מפנה לתקנות ההיוון כמקור נורמטיבי שעל פיו יש להוון את הגמלאות, וכלשונו: "[...] הוראות שר העבודה לפי סעיף 49(ב) לחוק בדבר היוון קיצבאות ובדבר חישוב ערכן הכספי של גמלאות בעין, כוחן יפה גם לקביעת השווי הכספי של גמלאות לענין סעיף קטן זה". אילו היינו מרחיבים את היקפה של הלכת אלחבאנין כך שמצודתה תתפרש על כל מקרה שבו נדרש ניכוי גמלאות מל"ל, היינו מייתרים את תקנות ההיוון בכל הנוגע לתביעות שיבוב, ומרוקנים מתוכן את סעיף 333 לחוק המל"ל. תוצאה זו מעוררת קושי פרשני-נורמטיבי, באשר חזקה על המחוקק שלא השחית מילותיו לריק.

את אותו טיעון ניתן להציג מזווית אחרת ובדרך פורמלית יותר, כלהלן: המקור הנורמטיבי לניכוי גמלאות המל"ל מתוך הפיצוי לניזוק, נעוץ בזכות החזרה של המל"ל על המזיק, אשר מעוגנת בסעיף 328 לחוק, שלצורכו הותקנו תקנות ההיוון מכוח סעיף 333 לחוק. המסקנה היא שתקנות ההיוון משפיעות על גובה הניכוי במסגרת תביעת הניזוק (להקבלה בין הניכוי מתביעת הניזוק לבין זכות השיבוב של המל"ל ראו גם ע"א 709/80 פרלמן נ' לוזון, פ"ד לו(4) 273, 277 (1982)). אכן, דווקא תוצאה זו מבטאת "תאימות והקבלה" בין הניכוי מתביעת הניזוק לבין תביעת השיבוב, ותוצאה שונה היתה מובילה לפער בין התגמולים שנוכו לבין השיפוי שהמל"ל יוכל לתבוע מהמזיק.

[שתי הערות במאמר מוסגר : ראשית, בעניין אלחבאנין ציינתי כי "תקנות ההיוון אינן קובעות מהי תוחלת החיים, אלא מהו שיעור הפיצוי בהתאם לתוחלת החיים הרלוונטית. הקושי בהלכת אבו-סרייה אינו נובע אפוא מתקנות ההיוון עצמן, אלא מאופן יישומן והתאמתן לנסיבות של קיצור תוחלת חיים" (פסקה 31). הדברים נאמרו בהקשר של קיצור תוחלת חיים. יש לדייק ולומר כי טבלאות ההיוון שנקבעו בתקנות משקפות תוחלת חיים ממוצעת ומקוצרת של נכים ובהתאם לכך את שיעור הגמלה על פי תוחלת חיים זו. בהקשר זה אפנה לדברי השופט ריבלין בעניין ה.ב. כי תקנות ההיוון מתייחסות ממילא לתוחלת חיים ממוצעת של זכאים לקצבת נכות כללית, כך שכלול בהן קיצור סטטיסטי מסוים של תוחלת החיים.

שנית, ישנם מקרים שבהם המל"ל אינו יכול לחזור על המזיק, כגון מצב שבו המזיק הוא המעביד, או כמו במקרה דנן, שהמזיק הוא המדינה. במקרים כאלה אכן אין חשש שהמזיק "יתעשר" מניכוי חלקי של הגמלאות, ולמרות זאת הניזוק יכול ליהנות מפיצוי יתר. אינני רואה תועלת ביצירת כלל נפרד לצורך היוון הגמלאות במקרים כאלה].

18. יש להודות, כי הענקת תוקף נורמטיבי לתקנות ההיוון לצורך הניכוי מהפיצוי מרחיקה אותנו מן האמת העובדתית (השוו לדיון בע"א 9946/01 אררט חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(1) 103 (2003) ודנ"א אררט, בעמ' 151). כפי שחזרנו ואמרנו, תוחלת החיים המגולמת בתקנות ההיוון אינה משקפת את תוחלת החיים של הניזוק הספציפי, אלא תוחלת חיים מקוצרת בהרבה. התרחקות זו מן המציאות בפועל – אינה רצויה (כפי שהודגש בעניין אלחבאנין), אך היא חלק בלתי-נפרד מן ההכרעות בדיני הניזוקין (ראו גם ע"א 8961/16 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח חובה, בפסקה 22 (14.6.2017) והערתו של השופט ברנזון בע"א 158/65 פרידה נ' תעשית אבן וסיד בע"מ, פ"ד יט 678, 684 (1965)). הדיון בשלב זה של ההליך המשפטי – שבמסגרתו בית המשפט שואף לכמת את סך הגמלאות שישולמו לניזוק עד אחרון ימיו – הוא דיון שמבוסס מטבע הדברים על פיקציות והשערות. לצורך בירור משפטי זה הותקנו תקנות ההיוון ככלי עזר, ועלינו לעשות בהן שימוש גם אם הן מרחיקות אותנו מן האמת העובדתית. זהו הכלל, והחריג הוא מקרה שבו מתעורר חשש לקיפוח של ממש של הניזוק, או אז תופעל הלכת אלחבאנין ותקנות ההיוון ייזנחו לטובת התחשבות בנתוני האמת.

19. כנגד מסקנה זו ניתן לטעון כי הפעלה א-סימטרית של התקנות, חותרת תחת ההיגיון העומד בבסיסן. תקנות ההיוון נועדו לשמור על קופת המל"ל בלי לנהל דיון על תוחלת החיים בכל מקרה לגופו, ולשם כך נקבע כי הניכוי ייעשה על פי הנתון הממוצע שמגולם בתקנות:

"תקנות הביטוח הלאומי (היוון) מורות על ערכי ההיוון ביחס לגימלאות השונות. בין היתר הבחינו התקנות בין ערכי ההיוון של גימלה המשולמת לנכה מחמת פגיעה בעבודה לבין ערכי ההיוון של גימלה המשולמת לנכה שזכאותו נובעת מפרק ו' 2 לחוק הביטוח הלאומי. אך התקנות אינן מבחינות בין המשתייכים לכל אחת מן הקבוצות הללו, אף שברור כי יש בתוכם גם כאלה שאמת המידה הכללית הולמת את נסיבותיהם פחות מאשר את חבריהם. הדעת נותנת, שאמת-מידתו האחידה של ההיוון נגזרת מן הממוצע הכללי המאפיין את המשתייכים לאותו ציבור של זכאים שעליו היא חלה. לקיומה של אמת-מידה אחידה כזאת יתרונות ברורים, במניעת התדיינות בנושאים שבדרך כלל נתונים הם, מעצם טיבם וטבעם, להערכה סטטיסטית, ולא לבדיקה אישית פרטנית. יוצאים מן הכלל, מטעם זה או אחר, מצויים - כך יש להניח - בכל אחת מקבוצות הזכאים. אם נכונה הטענה, כי מי שסיבת נכותם היא תאונה, ולא מחלה, הינם בגדר יוצאים מן הכלל בקרב הזכאים לקיצבת נכות 'כללית', חזקה היא, שגם בקרב הזכאים לקיצבת נכות בשל פגיעה בעבודה מצויים יוצאים מן הכלל מסוג 'הפוך', היינו כאלה שפגיעתם קיצרה (או, אפשר שקיצרה) את תוחלת חייהם. אך כשם שאין לאמץ, ביחס ליוצאים מן הכלל מן הסוג האחרון ערכי היוון ההולמים את הזכאים לקיצבת נכות 'כללית', כך אין לאמץ ביחס ליוצאים מן הכלל מן הסוג הראשון ערכי היוון ההולמים את נפגעי העבודה" (ע"א 19/88 פילו נ' שושנה, בפסקה 15 (20.12.1992); ההדגשה נוספה).

לכאורה, אם נחיל את הלכת אלחבאנין באופן א-סימטרי, המל"ל תמיד יפסיד: כאשר תוחלת החיים של הניזוק קצרה יותר מתקנות ההיוון – המל"ל לא ירוויח (לפי הלכת אלחבאנין), וכאשר תוחלת החיים של הניזוק ארוכה יותר – המל"ל יפסיד (מפני שהוא מוגבל לתקנות ההיוון). על פי הטענה, בכך אנו מעקרים את הרעיון של הסתמכות המל"ל על נתון ממוצע שמגלם מקרי הפסד ומקרי רווח.

טענה זו נכונה באופן חלקי בלבד. ההסבר לכך נעוץ בהבחנה בין תוחלת החיים בפועל לבין קביעה שיפוטית בדבר קיצור תוחלת החיים. הלכת אלחבאנין חלה במקרים שבהם בית המשפט מעריך שתוחלת החיים התקצרה באופן ניכר. הדעת נותנת

(וחיפוש במאגרי המידע המשפטיים נוטה לאשש זאת) כי מדובר במקרים מעטים יחסית, שבהם הובאו ראיות מספקות שניתן לבסס עליהן קביעה משפטית בדבר קיצור משמעותי של תוחלת החיים. גם במקרים אלה, המל"ל עשוי להרוויח ועשוי להפסיד, בהתאם לתוחלת החיים של הניזוק בפועל בהשוואה לקביעה השיפוטית (ראו עניין אלחבאנין בפסקה 32 לפסק דיני). כלומר, גם במקרים שבהם אין תחולה להלכת אלחבאנין, ההתפלגות של תוחלת החיים של הניזוקים היא סטטיסטית: הניזוק עשוי להאריך ימים מעבר לתוחלת החיים שקבועה בתקנות ההיוון (ואז המל"ל יפסיד) או חלילה תוחלת חיים קצרה יותר (ואז המל"ל ירוויח). המסקנה היא שהלכת אלחבאנין אכן גורעת מקופת המל"ל (ולטעמי אין בכך פגם, משום שהחלופה היא לגרוע מכיסו של הניזוק ומשום שמדובר בחריג לא שכיח), אך תחולה חד-סטריית של ההלכה אינה חותרת תחת הגיון הבסיסי של תקנות ההיוון.

20. מסקנה: הלכת אלחבאנין חלה רק במקרים שבהם נקבע כי תוחלת הנזק התקצרה באופן שניכוי תגמולי המל"ל לפי תקנות ההיוון – יקפח את הניזוק. ביתר המקרים, הניכוי ייעשה בהתאם לתקנות ההיוון.

היש לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי על נזק לא ממוני שנפסק עקב היעדר הסכמה מדעת?

21. כאמור, בית המשפט קמא פסק לזכות המערערת הסך של 900,000 ₪ בגין כאב וסבל וכן 60,000 ₪ בגין קיצור תוחלת חיים.

לא נתקררה דעתה של המערערת, והיא עתרה בערעורה גם לפיצוי נפרד ונוסף בגין הפגיעה באוטונומיה שנגרמה לה בשל העובדה שהמשיבה לא הסבירה לה על אודות הפרוצדורה הרפואית שנעשתה בה.

22. בשאלה אם יש מקום לפיצוי נפרד בגין הפגיעה באוטונומיה, בנוסף לפיצוי על הנזק הממוני והלא ממוני שנפסק, נתגלעה בשעתו מחלוקת ביני לבין המשנה לנשיאה השופט ריבלין בפסקי הדין בע"א 4576/08 בן-צבי נ' פרופ' היס (7.7.2011) (להלן: עניין בן צבי) וע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (5.3.2012) (להלן: עניין קדוש). בעניין בן צבי נדחתה בקשה לדיון נוסף (החלטת הנשיאה ביניש בדנ"א 5636/11 פרופ' היס נ' בן צבי (26.2.2012)). כן נדחתה בקשה לדיון נוסף בהלכה שנקבעה בע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה) (החלטת הנשיאה גרוניס בדנ"א 9416/11 עזבון ראבי נ'

תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (31.5.2012), שם מציין הנשיא גרוניס את חילוקי הדעות בעניין בן צבי מבלי להביע עמדה).

מכאן, שהמחלוקת בשאלה זו טרם הוכרעה בבית המשפט העליון (ראו פסק דיני בע"א 1615/11 מרפאת עין טל - מרכז לרפואת עיניים נ' פינקלשטיין (6.8.2013)) וגם בפסיקת הערכאות הדיוניות אנו מוצאים דעות לכאן ולכאן (לפסק דין השולל פסיקת פיצוי נוסף בגין פגיעה באוטונומיה ראו, לדוגמה, פסק דינו של השופט א' דדאל בת"א (מחוזי י-ם) 3333/09 מורלי נ' מדינת ישראל משרד הבריאות (18.8.2013)). לדעה לפיה יש לפסוק פיצוי נוסף בגין פגיעה באוטונומיה ראו פסק דינו של השופט מ' קליין בת"א (שלום ת"א) 11850-05-11 בזיני נ' מדינת ישראל (28.8.2017)). הגיעה אפוא העת להכריע בשאלה זו.

23. השאלה אם הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מצטבר לפיצוי בגין נזק שנגרם עקב היעדר הסכמה מדעת לטיפול (או עקב התרשלות בטיפול), קשורה לטעמי בטבורה לשאלה אם יש לראות את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה כחלק מהנזק הלא ממוני. הן בעניין בן צבי והן בעניין קדוש, הבעתי דעתי כי כאשר בית המשפט מכיר בעילה הנסמכת על הדוקטרינה של הסכמה מדעת, הכרה זו כוללת מיניה וביה את הקביעה שנפגעה הזכות לאוטונומיה, ופסיקת פיצוי הן בגין אי-הסכמה מדעת והן בגין פגיעה באוטונומיה משמעה כפל פיצוי בגין אותה פגיעה. על דעה זו חזרתי, בהרחבה, במאמרי "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" ספר שטרסברג-כהן 465 (2017), שם עמדתי על טעמים ושיקולים שונים של תיחום הזכות ותיחום הפיצוי. על מנת שלא לחזור על הדברים אציג להלן את נימוקי באופן תמציתי, והמבקש להרחיב יקרא שם ובפסקי הדין בעניין בן צבי וקדוש.

(-) ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה נתפס כראש נזק שיורי, מקום בו לא ניתן להעניק לתובע פיצוי בגין התרשלות בטיפול או בגין אי הסכמה מדעת לטיפול (בשל היעדר קשר סיבתי להחלטה, קרי, לא הוכח שאילו ניתן ההסבר הראוי החולה היה מסרב לקבל את הטיפול). זה היה המצב בפרשת דעקה (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999)) שם נפסק לראשונה פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. ואכן, עד לפרשת בן צבי לא פסקו בתי המשפט פיצויים בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה במצטבר לפיצויים שנפסקו בגין נזק (ממוני ולא ממוני) שנגרם עקב התרשלות בטיפול או עקב אי-הסכמה מדעת לטיפול.

(-) בכל מצב של היעדר הסכמה מדעת גלומה מיניה וביה ההכרה בפגיעה באוטונומיה. לכן, אין לפסוק בגין אותו מחדל של אי גילוי המידע הנחוץ, שני סוגים של פיצויים, האחד – בשל הנזק הממוני והלא ממוני הכרוך בנזק הגוף שמקורו בטיפול שלא ניתנה הסכמה מדעת בנוגע אליו, השני – בגין הנזק הלא ממוני שנגרם מעצם הפגיעה באוטונומיה בגין הטיפול שלא ניתנה הסכמה בנוגע אליו.

(-) הגישה לפיה עצם שלילת כוח הבחירה ראויה לפיצוי נפרד נשללה בעניין תנובה, שם נפסק כי הפגיעה באוטונומיה היא נזק תוצאתי שבא לידי ביטוי בתחושות שליליות. פסק הדין בעניין תנובה, מתיישב עם העמדה לפיה הפגיעה באוטונומיה היא חלק בלתי נפרד מהנזק הלא ממוני, כראש נזק המסתופף תחת בית האב של "כאב וסבל" במסגרת הנזק הלא ממוני.

(-) אם הפגיעה באוטונומיה מהווה סוג של נזק לא ממוני העומד בפני עצמו, מתעוררת השאלה מדוע לא ניתן לתבוע בגין פגיעה באוטונומיה גם כאשר הטיפול הרפואי הצליח. שהרי גם בטיפול מוצלח שלא בהסכמת המטופל, נפגעה יכולת הבחירה של המטופל, אשר יכול ויתמלא רגשות שליליים ביחס לדרך הטיפול שננקטה.

(-) פגיעה באוטונומיה היא ראש נזק, אך הורתה בזכות החוקתית לכבוד האדם. ניתן להבין את הרצון להכרה בפגיעה באוטונומיה בנפרד משאר סוגי הנזק הלא ממוני בשאיפה להעלות לקדמת הבימה את הזכות החוקתית שהפגיעה באוטונומיה מייצגת. אך גם בעולות אשר מגנות על זכויות חוקתיות שונות, כמו שלמות הגוף, פרטיות, קניין, חירות וכיוצא באלה, איננו מחלקים את הפיצוי הלא ממוני בהתאם לפגיעה שהוא משקף בזכויות ובחירויות היסוד השונות. כך, לדוגמה, ניתן לתהות מדוע לא להכיר בפגיעה באוטונומיה בכל עוולה של תקיפה, שבאה להגן על הזכות החוקתית לשלמות הגוף, או בעוולה של כליאת שווא שבאה להגן על הזכות חוקתית לחירות. אף ניתן לתהות מדוע לא תוכר פגיעה באוטונומיה בכל מקרה של תאונת עבודה עקב רשלנות המעביד. עמד על כך בית משפט קמא בעניינו, ואביא מקצת הדברים בלשונו:

"האומנם יש מקום לתפיסה כי הפגיעה באוטונומיית הפרט של אדם המותקף על לא עוול בכפו, על דרך המשל, בשל העובדה כי העז להטיח מילה במי שנהג באופן פרוע, היא פגיעה שולית ושונה מהותית מזו של מי שלא זכה להסבר מספק על הטיפול שרופאו מבקש לבצע בו? ומה בדבר הפגיעה ברגשות שחש עובד שמעבידו מזלזל בדרישות החוק ואינו דואג לגידור

לבטח או לרתימה בעבודה בגובה, אינו מעניק סביבת עבודה ברמת בטיחות מינימלית או אינו מעניק הסבר מספק לסיכוני העבודה להם הוא חשוף? כלום שונה עובד שאינו מקבל הסבר ראוי ממטופל שאינו מקבל הסבר ראוי? דומה כי התשובה לשאלה זו היא על דרך השלילה" (פסקה 67).

ובקיצור, השיח והרטוריקה בדבר הזכות החוקתית לאוטונומיה, הנגזרת מהזכות לכבוד, עלולים להעמיד בצל את הזכות החוקתית לשלמות הגוף, שבוודאי אינה נופלת בחשיבותה מהזכות לאוטונומיה.

(-) משיקולים של יעילות מערכתית ומדיניות משפטית, לא רצוי להרבות בהליכים שכל תכליתם להוכיח גם היעדר הסכמה מדעת או פגיעה באוטונומיה, לאחר שבית המשפט נכנס לעובי הקורה ומצא כי הייתה התרשלות רפואית בטיפול, סוגיה סבוכה כשלעצמה בתיקי רשלנות רפואית.

(-) איננו נוהגים לפרוס את הנזק הלא ממוני לפרוסות. בתי המשפט נוהגים לעתים להבחין בין "כאב וסבל" לבין "קיצור תוחלת חיים" ולעיתים אף הכירו בבית אב שלישי בדמות "אבדן הנאות חיים". הנזק שנגרם בשל פגיעה באוטונומיה הוא סוג של נזק נפשי, לצד סוגים, זנים ותת-מינים של רגשות ותחושות, המסתופפים כולם תחת המטרייה של נזק לא ממוני. כפי שבתי המשפט אינם נוהגים לפסוק פיצוי נפרד עבור צער, בושת, אי-נוחות, כעס, השפלה, טרדה, פחד, אבדן אמון בבני אדם וכיו"ב, אין מקום לפסוק פיצוי נפרד עבור אותן תחושות שליליות תוצאתיות כאשר הן נובעות משלילת זכות הבחירה. ובקיצור, אין מקום להציב בנפרד את מגוון התחושות הנובעות מהפגיעה באוטונומיה, לצד אותם שניים-שלושה בתי אב המוכרים בנזק הלא ממוני.

ודוק: אין משמעות הדבר שלצורך קביעת הפיצוי בנזק הלא ממוני, לא ניתן לזהות ולהתחשב במגוון התחושות הנובעות מהפגיעה באוטונומיה. בכך תושג התוצאה הרצויה של "מתן שם" לפגיעה בניזוק ושל הדגשת החשיבות החברתית והמוסרית שבבסיס הזכות לאוטונומיה. ואולם, כל זאת ניתן להיעשות מבלי צורך להציב את הפגיעה באוטונומיה, על מגוון התחושות השליליות-התוצאתיות הכרוכות בה, מחוץ לגדרו של הנזק הבלתי ממוני.

24. אלו בתמצית הנימוקים בגינם אני סבור כי "יש לנקוט בגישה מצמצמת, ואין להוסיף פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לצד פיצוי בגין כאב וסבל" (ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי, פסקה 10 לפסק דיני (3.9.2015)).

הערה: אסייג את מסקנתי בכל הקשור למצבים של הולדה בעוולה. זאת, לאור פסק הדין בעניין המר (ע"א 1326/07 המר נ' פרופ' עמית (28.5.2012)), שניתן בהרכב מורחב (הגם שהסוגיה של פסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין התרשלות, לא נדונה במפורש במסגרת פסק הדין). לכן, וכחריג, הכרתי בעבר בכך שבמקרים של הולדה בעוולה, הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הוא נפרד ומצטבר לנזק הלא ממוני (ע"א 2600/09 מכבי שירותי בריאות נ' נ' ס' (10.11.2013)).

ניכוי מן הניכוי ותוספת ותק

25. בפסק הדין בע"א 9209/03 עזבון המנוח יניב ניסן ז"ל נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח (16.11.2008) (להלן: עניין ניסן) עמד השופט ריבלין על הלכת ה"ניכוי מן הניכוי" לגבי קצבת זקנה. בתמצית, מאחר שקיצבת הזיקנה משתלמת לכל מבוטח המגיע לגיל המתאים (פרק י"א לחוק הביטוח הלאומי) ללא קשר לתאונה, הרי שאין מקום לנכותה. לכן, כאשר מנכים מהפיצוי את תגמולי המל"ל, יש לנכות מהניכוי את השווי המהוון של קצבת הזקנה, מה שמביא להגדלת הפיצוי.

לדוגמה: הפיצוי לניזוק הוא 100, ניכוי המל"ל עומדים על 30 וקצבת הזקנה עומדת על 6 - הפיצוי המגיע לניזוק הוא 76 בלבד ($(= (30 - 6) - 100)$). מכאן, שככל שהניכוי (קיצבת הזקנה) מן הניכוי (תגמולי המל"ל המשתלמים בעקבות התאונה) גדול יותר, כך הפיצוי לניזוק גדול יותר.

26. בערכאות הדיוניות התעוררה לא אחת השאלה אם קיצבת הזקנה שאותה יש לנכות מהניכוי, כוללת גם תוספת ותק. ככלל, המדובר בסכומים המסתכמים בעשרות אלפי שקלים, סכומים זניחים יחסית במכלול הפיצוי, אך מאחר שהנושא חוזר ועולה בערכאות הדיוניות, מצאתי לנכון להידרש לכך.

סעיף 248 לחוק הביטוח הלאומי קובע כלהלן:

תוספת ותק

248. מי שהיה מבוטח כעובד מבוטח או כעובדת מבוטחת יותר משמונה שנים לפני היום שבו הגיעה לו לראשונה קצבת אזרח ותיק, יוגדלו הקצבה, והתוספת כאמור בסעיף 247א, ב-2% לכל שנת ביטוח שלמעלה משמונה שנות הביטוח הראשונות שבעדה שולמו דמי הביטוח, אך לא תוגדל מכוח סעיף זה ביותר מ-50%.

מאחר שאין חולק כי במסגרת הניכוי מן הניכוי יש להפחית את קצבת הזיקנה עד לתום תוחלת החיים של הניזוק, איני רואה סיבה מדוע לא להביא בחשבון גם את תוספת הוותק לה היה הניזוק זכאי. הזכאות לתוספת ותק אינה נובעת מהתאונה, כך שאין להבחין בינה לבין קצבת הזקנה עצמה. במקרה דנן, המערערת עבדה והשתכרה, ואין סיבה להניח שלא היתה משולמת לה תוספת ותק. כך כמוכן גם לגבי ניזוק שעד לתאונה כבר עבד שנים רבות שממילא מזכות אותו בתוספת ותק מלאה. הדברים נכונים גם כאשר מדובר בניזוק צעיר, בתחילת דרכו התעסוקתית. כפי שלצורך חישוב הפסד השתכרות בעתיד אנו יוצאים מנקודת הנחה כי אילולא התאונה הניזוק הצעיר היה ממשיך ומשתכר עד גיל הפרישה, כך יש לקחת בחשבון כי היה זכאי לתוספת ותק לקצבת הזיקנה בהגיעו לגיל המזכה.

27. נסכם את הילוכנו עד עתה בדוגמה מספרית: הפיצוי לניזוק הוא 100, ניכויי המל"ל עומדים על 30, קצבת הזקנה עומדת על 6 אך עם תוספת וותק היא עומדת על 9 - הרי שהפיצוי המגיע לניזוק הוא $79 (= 100 - (30 - 9))$. יש בכך כדי להדגים כי ככל שהניכוי (קיצבת הזקנה בצירוף תוספת וותק) מן הניכוי (תגמולי המל"ל המשתלמים בעקבות התאונה) גדול יותר, כך הפיצוי לניזוק גדול יותר.

אציין כי גם כאן בא לידי ביטוי חוסר הסימטריה בין תביעת השיבוב על פי תקנות ההיוון לבין גובה הפיצוי שנפסק לניזוק, לאור הוראת תקנה 10(ד) הקובעת כי הניכוי בהיוון של קצבת הזיקנה ייעשה ללא תוספת הוותק המשתלמת לפי סעיף 248 לחוק (ראו ע"א 426/17 פלוני נ' פלונית, פסקה 4 (21.12.2017)).

28. אלא שבנקודה זו נטען על ידי המשיבה כי מול תוספת קצבת הזקנה יש להפחית את ה"חסכון" שבאי תשלום דמי ביטוח לאומי לקצבת הזקנה. זאת, בהתבסס על האמירה בעניין ניסן:

”עם זאת, אם אכן יתברר שעל מנת לזכות בקיצבה היה הניזוק צריך לשלם סכומים שונים למוסד לביטוח לאומי, הרי שיש לנכות סכומים אלה, בדומה לניכוי של הפרשה סוציאלית לשם רכישת זכות לפנסיה” (שס, פסקה 15).

משמעות הטענה היא, ”ניכוי מן הניכוי מן הניכוי”, כך שסכום הפיצוי יקטן. נדגים את הטענה באמצעות הדוגמה המספרית לעיל - בהנחה שיש להפריש עבור קצבת הזקנה סכום של 4, הפיצוי המגיע לניזוק הוא $75 (= 4 + 9 - 30 - 100)$.

29. בית משפט קמא קיבל את הטענה, ובהחלטתו מיום 10.3.2016 – שניתנה לאחר פסק הדין – בחן את מספר שנות העבודה של המערערת ושנות העבודה הצפויות עד להגעתה לגיל המזכה. נקבע כי תוספת הוותק עומדת על 44%, כך שמתוך הניכוי יש לנכות סכום של כ-77,000 ₪. מנגד, לא הוכח במדויק איזה סכום מתוך התשלומים לביטוח לאומי מוקצה לתשלום קצבת הזקנה, ובית המשפט ציין כי קיימת עמימות ראייתית לגבי שיעור החיסכון עבור קצבת הזקנה מתוך כלל הפרשה החודשית של העובד לביטוח לאומי. לכן, ועל דרך האומדן, נקבע כי סכום זה יכול לעמוד לכל היותר על 140 ₪ לחודש. בשורה התחתונה, במקום הסך של 77,000 ₪, העמיד בית המשפט את סכום הניכוי מן הניכוי בגין תוספת הוותק, לאחר ניכוי החיסכון של הפרשת המערערת לביטוח לאומי, על 55,000 ₪ (הפרש של 22,000 ₪).

30. גם על נקודה זו נסב ערעור המערערת. לשיטת המערערת, דמי ביטוח לאומי נועדו להבטיח מכלול של זכויות (כמו נכות כללית, דמי לידה, הבטחת הכנסה, מילואים, קצבת זקנה ועוד) כך שלא ניתן לייחס סכום ספציפי מתוך דמי הביטוח שמשלם שכיר או עצמאי עבור רכיב קצבת הזקנה, ולמיצער, הנטל על המשיבה להוכיח מה הסכום המשתלם בגין רכיב קצבת הזקנה בדמי הביטוח הלאומי.

31. ככלל, אין דרכו של בית המשפט העליון לעסוק בערעורי תיקי נזיקין בסעיפי ערעור שנפקותם המעשית עומדת על שברירי אחוז מהפיצוי הכולל, באשר אין מקום להידרש לכל תיקון גם אם יש בו כדי ”להשפיע זעיר פה זעיר שם על התוצאה” (ע”א 8621/09 המאגר הישראלי לביטוח רכב הפול נ’ ניזאר, פסקה 7 (25.9.2011)). ברם, מאחר שהטענה של הפחתה או קיזוז של דמי ביטוח לאומי ששולמו עבור קצבת הזקנה חוזרת ועולה בערכאות הדיוניות, מצאתי להידרש גם לנושא זה.

32. לטעמי, בהינתן הקושי "לפלח" את הסכום המשתלם עבור רכיב קצבת הזקנה מתוך דמי הביטוח הלאומי, ובהינתן שמדובר בסכום חודשי נמוך שגם בהצטברותו מסתכם לסכום זניח, אל לבית המשפט "לקזז" את ההפרשה לביטוח הלאומי מתוך קצבת הזקנה ותוספת הוותק.

השורה התחתונה היא כי במסגרת הניכוי מהניכוי, יש לנכות מתגמולי המל"ל את הסכומים המהוונים של קצבת הזקנה כולל תוספת וותק, סכומים שנקל לחשב אותם במסגרת חוות דעת אקטוארית, והדברים נעשים כדבר שבשגרה.

סיכום וסוף דבר

33. (-) הלכת אלחבאנין מצומצמת למקרה בו תוחלת החיים של הניזוק קצרה מתוחלת החיים על פי תקנות ההיוון.

תביעת השיבוב של המל"ל מעוגנת בסעיפים 328-333 בסימן ד' לפרק י"ד לחוק הביטוח הלאומי ונעשית על פי תקנות ההיוון שהותקנו מכוח סעיף 333 לחוק. מקום בו אין קיצור בתוחלת החיים של הניזוק, או שקיצור תוחלת החיים הוא כזה שהניזוק עדיין אמור להאריך ימים יותר מתוחלת החיים על פי תקנות ההיוון – הניכוי מהפיצוי שנפסק לזכות הניזוק ייעשה על פי תקנות ההיוון.

המשמעות האופרטיבית היא, שבמקום ניכוי של 2,985,000 ₪ הניכוי יעמוד על 2,080,000 ₪, כך שהמערערת זכאית לתוספת פיצוי בסך של 905,000 ₪, ומנגד, יש להפחית מהפיצוי הכולל סך של 500,000 ₪ (סעיף 5 לעיל) ולהוסיף 22,000 ₪ (סעיף 29 לעיל). בשורה התחתונה, על המשיבה להוסיף ולשלם למערערת הסך של 427,000 ₪ בצירוף שכ"ט עו"ד בשיעור של 23.4%.

(-) אין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי שנפסק בגין נזק לא ממוני בעילה של הסכמה שלא מדעת או התרשלות בטיפול.

(-) לצורך ניכוי מן הניכוי יש להתחשב גם בתוספת וותק ואין להפחית את דמי הביטוח הלאומי ששולמו או אמורים היו להשתלם עבור רכיב קצבת הזקנה, כך שיש להוסיף 22,000 ₪.

34. ולבסוף, אעיר כי לא נדרשתי לטענת המערערת בנוגע להיוון הסכומים, באשר נושא זה תלוי ועומד כיום בבית משפט זה, וזכויותיה בנושא זה שמורות לה.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

חברי השופט י' עמית כדרכו הטובה עשה "סדר" בשאלות הנזיקיות שדרשו הבהרה, ואני מצרפת את דעתי לחוות דעתו בכל אותן סוגיות שנתלבנו והובהרו.

ש ו פ ט ת

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה לאמור בחוות דעתו המקיפה והיסודית של חברי השופט י' עמית. לא אחת נדרשו הערכאות השונות לסוגיות הנדונות והגיעו למסקנות סותרות. לפיכך, היה מקום להעמיד הלכות על מכוון על מנת להוביל לאחידות פסיקתית.

ש ו פ ט ת

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ה באדר התשע"ח (12.3.2018).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט