

בעניין

1-3. פלוניס

ע"י ב"כ עו"ד נהאד ארשיד ו/או נ. גרה ו/או ל. גרה
מרח' אבן בטוטה 12, ת"ד 31937, ירושלים 91319
טל' 02-6285886/7, פקס 02-6261771
המערערים ב-ע"א 4431/17;
המשיבים 1-3 ב-ע"א 4433/17;
המשיבים 1-3 ב-ע"א 4437/17

נ ג ד

1. אלמג'מועה אלאהלייה ללתאמין בע"מ, רמאללה

ע"י ב"כ עו"ד מוחמד דחלה
מרח' אבון בטוטה 4, ירושלים, 9590902
טל' 02-6274070, פקס 02-6274060
המשיב 1 ב-ע"א 4431/17;
המערער ב-ע"א 4433/17;
המשיב 4 ב-ע"א 4437/17

2. קרנית, הקרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים

ע"י ב"כ עו"ד אלון בלגה
מרח' ז'בוטינסקי 35, רמת גן, 5251108
טל' 03-6134555, פקס 03-6134556
המשיבה 2 ב-ע"א 4431/17;
המשיבה 4 ב-ע"א 4433/17;
המערערת ב-ע"א 4437/17

3. אלסונדוק אלפלסטיני, הקרן הפלסטינית לפיצוי נפגעי תאונות דרכים

ע"י ב"כ עו"ד מוחמד אבו קטיש
ת"ד 40154, קניון הראל, מבשרת ציון
טל' 02-6271249, פקס 02-6275955
המשיבה 3 ב-ע"א 4431/17;
המשיבה 5 ב-ע"א 4433/17;
המשיבה 5 ב-ע"א 4437/17

4. פלוני

ע"י ב"כ עו"ד סמדר ארביב
טל' 054-3340060, פקס 04-6441990
המשיב 4 ב-ע"א 4431/17;
המשיב 6 ב-ע"א 4433/17;
המשיב 4 ב-ע"א 4437/17

5. נאדי שבאב ענאתא אלקודס – מועדון צעירי ענאתא אלקודס

ע"י ב"כ עו"ד עלאא' זחאלקה
מרח' אלחרירי 4, ירושלים, 9720886
טל' 02-6271249, פקס 02-6275955
המשיב 5 ב-ע"א 4431/17;
המשיב 7 ב-ע"א 4433/17;
המשיב 7 ב-ע"א 4437/17

6. היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה
רח' קרית מדע 5, בניין B3 קומה 5, ירושלים, 777605
טל' 02-6362002, פקס 02-6362050
המתייצב להליך

7. קופת חולים כללית

8. איגוד חברות הביטוח

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 5.7.2018, 14.10.2018 ו-12.11.2018, מוגשת בזה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לשאלה, **האם לצורך חישוב פיצוי בתביעה לנזקי גוף, יש לראות "ביטוח משלים" כחוזה ביטוח שחל עליו סעיף 86 לפקודת הנזיקין**. הודעת היועץ המשפטי לממשלה בדבר התייצבותו להליך מצורפת כנספח א'.

כל האמור בעמדה זו נכון גם בנוגע לסעיף 81 לפקודה, העוסק בפיצוי לניזוק שמת עקב המעשה העוולתי.

כל פסקי הדין המוזכרים בעמדה זו פורסמו במאגר **נבו**, וכל ההדגשות במקור, אלא אם נאמר אחרת.

שרון מן אורגן, עו"ד
ממונה במחלקה האזרחית
בפרקליטות המדינה

היום: 4 דצמבר, 2018; כ"ו כסלו, תשע"ט

רקע עובדתי קצר

1. הסוגייה לגביה נתבקש היועץ המשפטי לממשלה ליתן עמדתו עלתה במסגרת מקרה מצער של תאונת דרכים קשה שארעה בשטחי הרשות הפלסטינית (להלן: "הרש"פ"), בה נפצעה קשה המערערת 1 ב-ע"א 4431/17 (להלן: "התובעת"). בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת ת' בזק-רפפורט) ב-ת.א. 9081-10-12 מיום 20.4.2017 נקבע, בין היתר, כי בחישוב הפיצוי בגין מכשירים ואביזרים רפואיים להם תזדקק התובעת בעתיד עקב פציעתה בתאונת הדרכים, יש לקחת בחשבון את מחירם המלא של שירותים רפואיים אלה ולא את מחירם המוזל בהתאם לתעריף הביטוח המשלים אליו הצטרפה התובעת. זאת, בהסתמך על הוראת סעיף 86 לפקודת הנזיקין וסעיף 65 המקביל לו בפקודת הנזיקים האזרחיים החלה ברש"פ.

2. טענת קרנית (המשיבה 2 ב-ע"א 4431/17) היתה כי מדובר בתשלומים המזכים את קופת החולים לחזור אחר המבטח, ומכיוון שאין לחייב את המבטח בכפל פיצוי, יש לחשב את הפיצוי הנזיקי ברכיב זה בהתאם לתעריף המוזל ולא בהתאם למחיר המלא של שירותים רפואיים אלה. פסק הדין המחוזי אינו מתייחס, למעשה, לטענה זו.

3. טענת הקרן הפלסטינית המקבילה לקרנית (המשיבה 3 ב-ע"א 4431/17) היתה כי חובתה של התובעת להקטנת נזק כוללת בחובה חבות להוסיף ולרכוש ביטוח משלים. פסק הדין המחוזי קבע לעניין זה כי הטלת נטל המשך רכישת הביטוח המשלים על התובעת, נטל שמשקלו הולך ועולה לאורך השנים, עם עליית התעריפים על פי גיל המבוטח, חורגת מעל ומעבר לחובת הניזוק להקטין את נזקו.

עיקרי העמדה

4. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, נכון לראות ביטוח משלים כחווה ביטוח לצורך סעיף 86 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] תשכ"ח-1968 (להלן: "סעיף 86" ו-"פקודת הנזיקין" או "הפקודה" בהתאמה), באופן שאין מנכים מן הפיצוי שנפסק לניזוק את ההטבות להן הוא זכאי מכוח הביטוח המשלים. הכרה כזו עולה בקנה אחד עם עקרונות דיני הנזיקין ומתמדת רכישת ביטוח משלים ובכך משיגה מטרות חברתיות וכלכליות חשובות: לקיחת אחריות אישית על מצב רפואי עתידי, מניעת נפילת אדם לנטל על משפחתו ועל הציבור הרחב, ופיזור סיכונים באופן רחב. יחד עם זאת, הכרה כזו מחייבת במקביל קביעה כי אין לקופת חולים זכות שיפוי מן המזיקה בגין הוצאותיה מכוח הביטוח המשלים עקב המעשה העוולתי.

5. בניגוד לסל שירותי הבריאות שנקבע בחוק ביטוח בריאות ממלכתי תשנ"ד-1994 (להלן: "חוק ביטוח בריאות ממלכתי" או "החוק"), אשר ניתן מכוח החוק וללא תמורה, הביטוח המשלים המוצע על ידי קופות החולים מותנה בהצטרפות וולונטרית להסדר ובתשלום דמי חבר. זאת, בדומה לביטוח רפואי פרטי.

6. דיני הביטוח הרגילים אינם חלים על קופות החולים ועל הביטוח המשלים. יחד עם זאת, לביטוח המשלים סממנים של חוזה ביטוח במובן המהותי, וקיימים קווי דמיון רבים בינו לבין ביטוח רפואי פרטי מסוג ביטוח-שיפוי.

7. פרשנות תכליתית של המונח "חוזה ביטוח" בסעיף 86 לפקודת הנזיקין מביאה למסקנה כי יש מקום להחיל סעיף זה על הביטוח המשלים. בד בבד מתחייבת גם קביעה כי אין לקופת חולים זכות שיפוי מן המזיק בגין הביטוח המשלים, שאלמלא כן, עלול להיווצר עיוות במשולש היחסים ניזוק-מזיק-מיטיב נזק, באופן שהמזיק יהא חשוף לכפל-תשלום.

8. יש פנים לכאן ולכאן בשאלת קיומה של זכות השיפוי של קופת חולים בגין הביטוח המשלים, לאור הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי ובאספקלריה של דיני עשיית עושר. עם זאת, אין צורך לקבוע מסמרות בשאלה. זאת, משום שגם ככל שקיימת לקופת חולים זכות שיפוי מן המזיק בגין הביטוח המשלים, מדובר בזכות לגבי הוצאות שהוצאו בפועל בלבד, כלומר עובר למועד הגשת תביעתו של הניזוק כנגד המזיק. מרגע שהפך פסק הדין בתביעה זו לחלוט, מוצתה ממילא זכות השיפוי (ככל שהיא קיימת). המזיק אינו חשוף לתביעת שיפוי עתידית ולכן אין מניעה שלא לנכות מן הפיצוי הנזיקי, הטבות הצפויות בעתיד מכוח הביטוח המשלים.

9. היועץ המשפטי לממשלה אינו רואה הצדקה לחייב את הניזוק להצטרף להסדר ביטוח כלשהו, לרבות ביטוח משלים, לצורך מילוי חובת הקטנת הנזק, וזאת אף אם הדבר נעשה במימון המזיק. זאת באופן כללי ועקרוני, ועל אחת כמה וכמה באופן ספציפי לביטוח המשלים, במצב בו אין לדעת אם ההסדר אכן יכסה את השירותים הרפואיים שיידרשו בעתיד, בנקודת הזמן שבה יידרשו. דרישה כזו עלולה להביא לפיצוי בחסר של הניזוק ולו בשל כך אין להלום אותה.

המסגרת הנורמטיבית

10. דברי החקיקה הרלוונטיים לענייננו הינם, בראש ובראשונה, סעיף 86 לפקודת הנזיקין ; חוק ביטוח בריאות ממלכתי ; חוק חוזה הביטוח תשמ"א-1981 (להלן : "חוק חוזה הביטוח") ; חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח) תשמ"א-1981 (להלן : "חוק הפיקוח על הביטוח" או "חוק הפיקוח") ; והחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף) תשכ"ד-1964 (להלן : "חוק הטבת נזקי גוף").

סעיף 86 לפקודת הנזיקין

11. סעיף 86 קובע :

"שעה שבאים לשום פיצויים המשתלמים בשל עוולה, לא יובא בחשבון כל סכום ששולם או שמגיע לרגל אותה עוולה על פי חוזה ביטוח".

12. הסעיף זהה במהותו לסעיף שקדם לו, סעיף 65 לפקודת הנזיקים האזרחיים 1944, החל בשטחי הרש"פ, וזו לשונו (בנוסח בעברית):

"בשעת שומת פיצויים כל-שהם, שיהיו משתלמים בגלל מעשה נזיקים אזרחיים כל-שהוא, לא יובא בחשבון כל סכום ששולם או העשוי להשתלם לפי חוזה בטחון או ביטוח כל-שהוא הכרוך באותו מעשה נזיקים אזרחיים."

13. הרציונל העומד בבסיסו של הסעיף הוא "שהמעוול אינו צריך לצאת נשכר מקיומו של חוזה ביטוח, וכי יהא זה בלתי הוגן לנכות מן הפיצוי המגיע לניזוק סכומים להם הוא זכאי בתמורה לתשלום פרמיה" (רונן פרי, **אופנים חדשים במשפט - ריקושטים כלכליים**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, האוניברסיטה העברית, ירושלים, 2002 (להלן: "פרי") בעמ' 401).

14. כפי שקבע בית משפט נכבד זה,

"הכלל הבסיסי בדיני הנזיקין הוא שהפיצויים נועדו להעמיד את העזבון או התלויים במצב בו היו אלמלא מותו של המנוח ואין להיטיב עמם מעבר לכך. לכן, יש לנכות הטבות כספיות הנובעות כתוצאה ישירה ממות המנוח **למעט** תשלומים על פי חוזה ביטוח. הדברים מעוגנים בסעיף 81(1) לפקודת הנזיקין בהתייחס לתביעת התלויים,...., וכן בסעיף 86 לפקודת הנזיקין בהתייחס לתביעת הנפגע עצמו. ... הרציונל העומד מאחורי סעיפים אלה הוא, שלא יהא זה צודק להנות את המזיק בגין פרמיות ביטוח ששילם הניזוק. הצד השני של המשוואה הוא, שהמבטח ששילם על פי חוזה ביטוח לא זכאי לחזור על המזיק בתביעת שיבוב...." (ע"א 7696/09 **עמיר נ' חברת החשמל** (12.5.2011); להלן: "עמיר").

15. החרגת התשלומים המגיעים לניזוק בגין חוזה ביטוח משמרת את התועלת המופקת מתשלום פרמיית הביטוח בידי המבוטחים. המבוטחים משלמים פרמיית ביטוח למבטחת, במטרה שבעת קרות מקרה הביטוח תשלם המבטחת למבוטחיה את סכום הפוליסה. המבטחת מכסה את הוצאותיה אלו באמצעות גביית פרמיות מכלל המבוטחים. תשלום הפוליסה אינו מותנה רק בקרות הנזק אלא בנוסף לכך נדרשת הצטרפות המבוטח לפוליסה תמורת תשלום הפרמיות. כפי שקבע בית משפט נכבד זה:

"... הגיונה של החרגת תשלומים לפי חוזה ביטוח מן הכלל הרגיל בדבר ניכוי הטבות, נעוץ בתפיסה שלפיה מקום בו רכש המבוטח את הזכות לקבל תשלומי ביטוח בקרות אירוע נזק מסויים, אין המדובר ב"הטבה" ממש, כי אם ב"הנאה שהרוויח בזיעת אפיו" (ראו: עניין עמיר, פס' 7 לפסק-הדין). כמו-כן, יש הסבורים כי לא מתקיים קשר סיבתי בין המעשה העוולתי לבין קבלת תשלומי הביטוח, שכן הסיבה לקבלתם היא חוזה הביטוח (ראו: ברק, בעמ' 643). נוסף על כך, לא יהא זה מוצדק להנות את המזיק בגין פרמיות ששילם הניזוק, הנאה שמקורה בכך שלחברת הביטוח לא נתונה זכות לחזור אל המזיק בגין תשלומי הביטוח וניכויים מן הפיצויים יוביל להפחתת הסכום הכולל שמשלם המזיק" [ע"א 7946/09 **מקפת החדשה בע"מ נ' יעל אנוך** (29.2.2012) (להלן: "מקפת")].

16. הלכה היא, כי הוראת סעיף 86 חלה אך על ביטוחים שנועדו לכסות נזקי גוף, ולא על ביטוחים לכיסוי נזקי רכוש: ע"א 682/69 **חמודוט נ' אלכסנדר**, פ"ד כד(1) 686, 690 (1970) (להלן: עניין "**חמודוט**"); ע"א 108/80 **אחים בכור בע"מ נ' בן חוטה** (25.1.1982). כפי שקבע בית משפט נכבד זה:

"נזקי גוף, לרבות אבדן חיים, יש להם קנה-מידה ושיעור חוקי. אבל למי שנוגע בדבר, שלמות גופו וחיייו לא יסולאו בפז וכל תמורה כספית לא תשווה ולא תערוך להם. על-כן, יכול אדם לעשות ביטוח נזקי גוף בכל סכום שיבחר לפי ראות עיניו ואמצעיו הכספיים, או לעשות ביטוח אחרי ביטוח כזה, ובקורות המקרה יזכה בכל סכומי הביטוח או הביטוחים שעשה. לא כן הדבר בביטוח רכוש. לרכוש יש, בדרך כלל, ערך כספי ממשי, ואין אדם מבטחו אלא כדי לכסות את הפסדו בהינזקו, ולא על-מנת להתעשר. על-כן, גם לפי החוק האפשרויות לביטוח נכסים אינן בלתי-מוגבלות או חופשיות לגמרי..." (עניין **חמודוט**, עמ' 690).

17. קרי, הטעם שבבסיס ההבחנה בין ביטוח נזקי גוף לביטוח נזקי רכוש בכל הקשור לסעיף 86 הוא קדושת החיים ושלמות הגוף. לאור כך שלחיים ולשלמות הגוף אין ערך כספי ממשי, אזי לעניין נזקי גוף מוכן המחוקק, כעניין של מדיניות, לאפשר לניזוק לקבל סכומי כסף גם מעבר לסכום הנזק שכומת מתמטית בנסיבות העניין. במצב כזה ממילא המזיק עצמו אינו נושא בתשלום מעבר לנזק שגרם בפועל, כאשר למבטח אין זכות חזרה עליו. התשלום הנוסף שמקבל הניזוק מעבר לסכום זה מתקבל לא מהמזיק אלא מהמבטח, ונובע מחוזה ביטוח, כלומר, ממערכת היחסים שבין הניזוק/המבוטח לבין המבטח בלבד. מכאן הטעם שלא להתחשב בהטבה שמתקבלת מחוזה ביטוח כזה לצורך חישוב הפיצוי הנזיקי.

חוק ביטוח בריאות ממלכתי - כללי

18. עד לחקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי ניתנו שירותי הבריאות בישראל (לחלק הארי של האוכלוסייה), על ידי ארבע קופות חולים, כל אחת לחברה, תמורת תשלום. לא היתה חובת הצטרפות לקופת חולים ולא היתה חובה על קופת חולים לקבל אדם לשורותיה, ובפועל נמצא אותה עת כי למעלה מרבע מליון תושבים לא היו מבוטחים, או מבוטחים באופן חלקי בלבד, רבים מהם משכבות סוציאקונומיות נמוכות וילדים. ראו: המבוא להצעת חוק ביטוח בריאות ממלכתי תשנ"ג-1993 (הצ"ח 2189, 30.6.1993, בעמ' 204; להלן: "**הצעת החוק**").

19. הצעת החוק הוגשה בעקבות דוח ועדת חקירה שהתמנתה בשנת 1988 בראשות שופטת בית המשפט העליון שושנה נתניהו, שנתבקשה להגיש המלצות בדבר המדיניות הרצויה והשינויים הנדרשים במבנה מערכת הבריאות ובצורת תפקודה בעתיד. הממשלה החליטה לאמץ את המלצת ועדת נתניהו לחוקק חוק ביטוח בריאות ממלכתי שמכוחו תהיה כל האוכלוסייה מבוטחת בשירותי בריאות מוגדרים שיסופקו תוך זמן סביר בתחומים מוגדרים ובנושאים מיוחדים.

20. כפי שנקבע בסעיף 1 להצעת החוק, ובסעיף 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי כפי שחוקק בשנת 1994, "ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, יהא מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית". כפועל יוצא מכך, נקבע בחוק סל שירותי בריאות בסיסי אחיד במימון המדינה המסופק באופן שוויוני לכל תושבי המדינה באמצעות קופות החולים.

21. סעיף 3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע:

- (א) כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.
- (ב) המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בסעיף 13.
- (ג) קופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה,.....

22. סעיף 6 לחוק קובע את התחומים בהם יינתנו שירותי הבריאות על פי סל שירותי הבריאות (להלן גם: "הסל"), אשר מוגדר בסעיף 7 לחוק. תחומים אלה כוללים בין היתר אבחון, טיפול, אשפוז, שיקום, אספקת תרופות, מכשירים ואביזרי עזר רפואיים. השירותים שבסל מפורטים בתוספת השניה והשלישית לחוק. כפי שמפורט שם, השירותים שבתוספת השנייה מבוססים על השירותים שניתנו ערב חקיקת החוק על ידי קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (להלן: "קופת חולים כללית"), אשר אותה עת נתנה שירותים לכ-70% מהאוכלוסייה. השירותים שבתוספת השלישית מבוססים על השירותים שניתנו על ידי המדינה ערב חקיקת החוק.

23. סעיף 8(א) לחוק קובע את סמכותו של שר הבריאות לערוך שינויים בסל **ובלבד שלא יעשה שינוי הגורע מן הסל או המוסיף לעלותו**.

24. להשלמת התמונה נציין כי בתקופה שקדמה לחקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, היתה ההצטרפות לקופת חולים וולונטרית, והשירותים הרפואיים שניתנו על ידי קופת החולים, ניתנו תמורת התשלומים החודשיים שביצעו חברי הקופה לקופה. כפי שמציין המלומד אליאס (ירון אליאס, **דיני ביטוח**, דין וביטוח הוצאה לאור בע"מ, מהדורה שלישית, 2016 (להלן: "**אליאס**")), בתקופה זו ראה בית משפט נכבד זה קבלת שירות מקופות חולים כזכות המגיעה לנפגע מכוח חוזה ביטוח, כאמור בסעיף 86 (ע"א 361/59 **צוקרמן ואח' נ' שנברגר ואח'**, פ"ד יד 479 (1960); אליאס, עמ' 17).

25. כפי שמציין המלומד ד' קציר בספרו **פיצויים בשל נזק גוף**, מהדורה חמישית, חיפה 2003 (להלן: "**קציר**"), ביחס לתקופה שקדמה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי:

"נמצא, שכשם שנפגע, המקבל ממבטחו, החזר הוצאות שהוציא, זכאי לקבל הוצאות אלו מן המזיק, כך גם נפגע שלא שילם עבור הוצאות טיפול רפואי, זכאי לתשלום ההוצאות מאת המזיק. ועל כן, ואף אם לא התחייב הנפגע להחזיר לקופת החולים את ההוצאות

שזו הוציאה עבורו, חוייב המזיק לפצותו בגין; זאת, משום שהסכום ששולם על ידי קופת החולים (לבית החולים שבו אושפז הנפגע), שולם (...) בתורת מבטחת שלו, וגם אם הוא לא יידרש להחזיר את הסכום לקופת חולים, הרי הוא (...) שילם עבורו בעבר בצורת תשלום דמי חבר, ומן הדין שהוא יפוצה על כך על ידי (...) המזיק" ע"א 361/59 צוקרמן נ' שנברגר פ"ד יד 479, 482 " (קציר חלק א' עמ' 719; ההדגשות אינן במקור).

26. לאחר חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ההצטרפות לקופת חולים הפכה חובה. התשלומים החודשיים משולמים למדינה ולא לקופת החולים וזאת בדרך של מס בריאות בהתאם להכנסה, והשירותים הרפואיים ניתנים על ידי קופות החולים מכוח חוק ולא מכוח הסכם. למען הדיוק יוער, כי בגין חלק מן השירותים קובע החוק השתתפות עצמית מסויימת, אך מדובר בתשלום אחיד שאינו מתיימר לשקף את מחיר השירות שניתן. מעבר לכך, החוק קובע גם כי קופת חולים אינה רשאית לגבות דמי ביטוח בריאות או כל תשלום אחר עבור שירותי הבריאות הכלולים בסל הבריאות (ראו סעיף 13(ב)(1) לחוק והפירוט שם).

27. בית משפט נכבד זה קבע, בפסק דינו ב-ע"א 5557/95 **סהר חברה לביטוח נ' אלחדד**, פ"ד נא(2) 724 (1997) (להלן: "עניין אלחדד"), כי חברות בקופת חולים אינה עולה כדי חוזה ביטוח, בכל הנוגע לסל הבריאות הבסיסי, אותו חייבות קופות החולים לספק לחבריהן מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי. בהתאם לכך, שירותים רפואיים שזכאי הניזוק לקבל מקופת חולים, אין הוא רשאי לדרוש מן המזיק. כפי שמצויין בספרו של המלומד שחר ולר, **חוק חוזה הביטוח תשמ"א-1981**, ירושלים 2005 (להלן: "ולר"), אחד הטעמים לכך הוא שהיחסים בין חברי הקופה לבין קופות החולים אינם חוזיים, כי אם מבוססים על זכויות וחובות הנובעות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי (ולר, עמ' 170).

28. להקשר דומה של שירותים רפואיים אותם זכאי הניזוק לקבל מקופת חולים ואין הוא יכול לדרוש אותם מהמזיק, יפנה היועץ המשפטי לממשלה לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים תשל"ה-1975 (להלן: "חוק הפיצויים"), הקובע, בסעיף 2, את חבותו של המשתמש ברכב מנועי לפצות את הנפגע בתאונת דרכים שבו מעורב הרכב, בגין נזקי גוף. לפני חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי היה הניזוק זכאי לדרוש שירותים רפואיים הנובעים מתאונת דרכים מן הפוגע. בעקבות חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, חלק ניכר מן השירותים הרפואיים בגין תאונת הדרכים, אותם היו המבטחות המסחריות אמורות לספק או לממן (מטעם הפוגע), סופק בפועל על ידי קופות החולים, שלהן זכות חזרה על המבטחות המסחריות מכוח סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי (עליו יורחב להלן). קופות החולים נאלצו להקים מערך התחשבות מורכב מול המבטחות המסחריות ולנהל עמן משא ומתן לעניין שאלת ייחוס הטיפולים הרפואיים לתאונת הדרכים ושאלת החבות במימון אותם טיפולים, ולעתים אף לנהל התדיינויות משפטיות מולן. גם המבטחות המסחריות נאלצו להקים מערך התחשבות מורכב דומה. הדבר הביא גם לפגיעה פוטנציאלית בנפגעים,

שלעתים נאלצו להידרש לשאלת זהותו של הגורם החייב במימון התשלום לספק השירותים עוד טרם קבלת השירותים.

29. לנוכח מצב זה הוסף בשנת 2009 סעיף 2(ב1) לחוק הפיצויים. סעיף זה קובע כי חבות המשתמש ברכב מנועי לפצות את הנפגע בתאונת הדרכים כאמור בסעיף 2 לחוק הפיצויים, לא תחול לגבי שירותים בריאות להם זכאי הנפגע הניתנים במסגרת סל הבריאות (ראו: הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010) תשס"ט-2009, פרק י"א, הצ"ח 436 עמ' 348 מיום 16.6.2009, עמ' 446 ואילך). כך, מאז חקיקת סעיף 2(ב1) לחוק הפיצויים, אין המבטחות המסחריות נושאות בחבות למימון או סיפוק שירותי בריאות **הכלולים בסל הבריאות** לנפגעי תאונות דרכים, וכפועל יוצא אין כמובן לקופות החולים זכות חזרה על המבטחות המסחריות בגין שירותים אלה.

30. יודגש, שדברי בית משפט נכבד זה לעניין שירותים רפואיים שאין הניזוק רשאי לדרוש אותם מן המזיק נאמרו לגבי שירותים רפואיים שהניזוק זכאי לקבלם מקופת החולים **במסגרת סל הבריאות, ללא תמורה**. רק שירותים אלה נכללים בשירותים שאין הניזוק רשאי לדרוש מהמזיק. בעניין **אלחדד** נקבע במפורש כי הדברים לא נאמרו "לגבי טיפולים אשר הוא אינו זכאי לקבלם מקופת החולים, או שהוא יוכל לקבלם מקופת החולים רק כנגד תשלום. ביחס לטיפולים אלה יהיה המזיק חייב לכסות את הוצאותיו הרפואיות [של הניזוק]". כפי שיפורט בהמשך, שירותים שמקבל ניזוק במסגרת הביטוח המשלים, הם בדיוק שירותים שאין הוא "זכאי לקבלם מקופת החולים", אלא "יוכל לקבלם מקופת החולים רק כנגד תשלום", כשהתשלום הוא דמי החבר בעד הביטוח המשלים. שירותים אלה דומים לשירותים הרפואיים להם היה זכאי מקופת החולים בתקופה שטרם חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ומשכך, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי הניזוק רשאי לדרוש אותם מהמזיק ולא לנכותם מהפיצוי הניזקי, כאמור בסעיף 86.

ביטוח משלים

31. חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע, כאמור, סל שירותי בריאות בסיסי אחיד. אף שבמהלך השנים נוספו לסל זה שירותים רבים, הסל אינו כולל את מלוא שירותי הבריאות האפשריים או הקיימים בשוק בכל רגע נתון.

32. חוק ביטוח בריאות ממלכתי אינו שולל את קיומן של אפשרויות לביטוח בריאות פרטי בשוק החופשי באמצעות מבטחות מסחריות. מטבע הדברים אפשרויות אלה כוללות תנאי חיתום, החרגות, תנאי קבלה ותניות פטור, וכיוצ"ב. גובה הפרמיה הוא דיפרנציאלי בהתאם לסיכון הנשקף מן המבוטח הספציפי. הפיקוח על תכניות אלה ועל המבטחות המסחריות המציעות אותן הוא בידי רשות שוק ההון בטחון וחסכון (להלן: "**רשות שוק ההון**"), מכוח חוק הפיקוח על הביטוח. יחד עם זאת, ואולי דווקא לאור קיומם של תנאי כניסה לתכניות ביטוח הבריאות הפרטי מחד גיסא ולאור התכלית השוויונית שבבסיס חוק ביטוח בריאות ממלכתי מאידך גיסא, נקבעה בסעיף 10 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי האפשרות של קופת חולים להציע לחברה

תכניות לשירותי בריאות נוספים שאינם כלולים בסל. זאת, ללא תנאי חיתום, ובמחיר אחיד לכל קבוצת גיל, ללא תלות במספר שנות החברות בתכנית או במצבו הבריאותי או הכלכלי של העמית, והכל בפיקוח ובאישור של שר הבריאות.

33. בהצעת החוק נאמר לעניין זה בקצרה :

”סל השירותים המוצע הינו מהטובים בעולם, ומאפשר מתן שירותי בריאות בכל תחום מתחומי הבריאות. יחד עם זאת מוצע לאפשר לקופות החולים להמשיך ולתת שירותים בריאות מעבר לאמור בסל. מוצע שקביעת הביטוח הנוסף ומחירו יהיו בפיקוח ממשלתי”.

34. בית משפט נכבד זה התייחס לכך בעניין **אלחוזד** : ”מכיוון ששירותי הבריאות על פי החוק, אינם כוללים את מלוא השירותים הרפואיים שלהם עלול הפרט להיזקק, מאפשר החוק לקופות החולים להציע לחבריהן ביטוח למימון שירותי בריאות שאינם כלולים בסל שירותי הבריאות, דהיינו ביטוח משלים” (פסקה 15).

35. מפאת חשיבותו, נביא להלן את ההוראות הרלוונטיות של סעיף 10, בנוסחן העדכני :

(א) קופת חולים רשאית להציע לחבריה תכניות לשירותי בריאות נוספים שאינם כלולים בסל השירותים והתשלומים של הקופה ...; תכנית לשירותים נוספים, וכל שינוי בה, טעונים אישור שר הבריאות.

(1א) ...

(ב) תכנית לשירותים נוספים תוצע לחברי הקופה כהסדר של איזון משותף הדדי בלבד, בכפוף לכללים הבאים:

(1) השירותים שבתכנית יינתנו אך ורק במסגרת המקורות שנגבו לענין זה ממי שהצטרף לתכנית (להלן - עמיתים);

(2) הקופה רשאית לשנות, מעת לעת, את זכויות העמיתים בתכנית ואת תשלומי העמיתים;

(3) התכנית תהיה למתן שירותים בפועל בלבד, בידי הקופה או באישורה, למעט שירותי סיעוד ולמעט בחירת רופא מנתח לביצוע ניתוח, בלא שיידרש מהעמית תשלום השתתפות עצמית, ולא תכלול מתן פיצוי כספי לעמית כתחליף לשירות;

(4) התכנית לא תכלול תרופות מצילות חיים או מאריכות חיים.

(ג) (1) קופת חולים תצטרף לתכנית כל חבר המבקש להצטרף לתכנית, ללא קשר למצבו הבריאותי או הכלכלי, ולא תגביל את הצטרפותו או את זכויותיו בעת הצטרפותו בתנאי כלשהו, למעט תקופות אכשרה סבירות, ...;

(1א) ...

(2) ...

(ד) בכפוף לאמור בסעיף קטן (ג), קופת חולים לא תפלה בין עמיתים בתכנית, בין בעת ההצטרפות אליה ובין במתן השירותים במסגרתה.

(ה) מחיר התכנית יהיה אחיד לכל קבוצת גיל, ללא תלות במספר שנות החברות בתכנית, או במצבו הבריאותי או הכלכלי של העמית.

(ו) קופת חולים תיתן את שירותי הבריאות הנוספים במסגרת התכנית באופן שהוצאותיה, בכל שנה, לא יעלו על הכנסותיה מתשלומי העמיתים.

(ז) סמכויות הפיקוח והבקרה לפי חוק זה, יחולו על הקופה גם לענין מתן שירותי הבריאות הנוספים לפי סעיף זה; ...

(ח) שר הבריאות רשאי לקבוע כללים בכל הקשור להפעלה ראויה של תכניות לפי סעיף זה, לרבות לענין פרסום זכויות העמיתים בתכנית, הודעה על שינויים שאושרו בה וקביעת מועד תחילתם של השינויים; כן רשאי שר הבריאות לקבוע כללים בדבר החובה של קופת חולים לנהל חשבונות ולדווח דיווח כספי בקשר למתן שירותים לפי התכנית, וזאת מבלי לגרוע מהוראות כל דין; ספרי החשבונות, הדוחות והמאזנים הכספיים הקשורים למתן השירותים לפי התכנית יתנהלו בנפרד ובאופן שניתן להבחין בין שירותים אלה לבין שאר הפעילות הכספית של קופת החולים.

(ט) ...

36. כך, עיקרי התכנית של הביטוח המשלים הם: ההסדר פתוח לכל חבר קופת חולים ללא הגבלה, החרגה או התנייה; ההסדר מותנה בהצטרפות; ההצטרפות מותנית בתשלום דמי חבר; גובה דמי החבר אחיד ומשתנה רק בהתאם לקבוצות גיל; ההסדר מפורט בתקנון, הניתן לשינוי חד צדדי מצד קופת החולים, באישור הרגולטור (משרד הבריאות); שינוי התנאים אינו מותנה בהסכמת העמית, אך העמית רשאי לבטל הצטרפותו בכל עת; מקורות המימון להסדר הם אך ורק תשלומי דמי החבר (ודמי ההשתתפות העצמית של העמית עבור השרות שקיבל) בגינו; מהות המוצר הביטוחי הוא קבלת שירותים רפואיים בפועל (או מימון), ולא פיצוי כספי; הקופה רשאית לשנות את תוכן המוצר הביטוחי ועלותו מעת לעת; הפיקוח על ההסדר בידי משרד הבריאות.

חוזה ביטוח לפי חוק חוזה הביטוח וחוק הפיקוח על הביטוח

37. חוק חוזה הביטוח וחוק הפיקוח בנוסחו העדכני נחקקו במקביל זה לזה ופורסמו בהפרש של חודשיים (12.2.1981 ו-23.4.1981 בהתאמה). החוקים נחקקו במטרה לתת מענה שלם והרמוני לצורך שהתעורר להסדרת תחום הביטוח: חוק חוזה הביטוח מסדיר את הדין המהותי ומערכת היחסים מבטח-מבוטח, וחוק הפיקוח מסדיר את האופן והתנאים בהם מורשה לפעול מבטח. שני החוקים משלימים זה את זה, כאשר חוק חוזה הביטוח מסדיר את תוכן מערכת היחסים לחוזה הביטוח ומתייחס למערכת היחסים המהותית שבין הצדדים לחוזה הביטוח. לעומת זאת, חוק הפיקוח בא להסדיר את האופן שבו מוסדרת מערכת יחסים זו, לרבות הגדרות שונות ובכלל זה של הגורמים הרלוונטיים, והסדרת הליך הרישוי של מבטח.

38. חשיבות ההגדרה של המושג "חוזה ביטוח" נובעת מן הצורך להבחין בינו לבין חוזים אחרים, שכן על חוזה ביטוח חלים דינים מיוחדים, כגון חוק חוזה הביטוח וחוק הפיקוח (אליאס, עמ' 17). חשיבות ההגדרה של "חוזה ביטוח" עולה גם בהקשר של חישוב הפיצויים של ניזוק, כבענייננו, לנוכח הוראת סעיף 86 לפיה אין להתחשב בפיצויים ששולמו מכוח חוזה ביטוח (ולר, עמ' 166).

39. חוק חוזה הביטוח אינו מגדיר מיהם מבטח ומבוטח, אלא מפרט בהמשך את חובותיו ואת זכויותיו של כל אחד מהם. המלומד עידו גונן סבור כי מטרתו של חוק חוזה הביטוח אינה להגדיר במדויק מהו חוזה ביטוח, כי אם להסדיר את ההתקשרות בחוזים שנועדו להעביר סיכונים מן המבוטח אל המבטח, שיישא בנזקו של המבוטח בקרות מקרה ביטוח: עידו גונן, **ביטוח בריאות משלים: הכשמו כן הוא?**, הפרקליט מג (3) 374 תשנ"ז (להלן: "גונן"), בעמ' 376.

40. לדבריו של אליאס, המחוקק נמנע בכוונת מכוון מהגדרה ברורה וממצה של המושג "חוזה ביטוח", שכן "חוזה הנתפס כחוזה ביטוח לעניין הוראת חוק מסוימת [...] לא ייחשב בהכרח ככזה לכל דבר ועניין. יש להניח כי השאלה אם מדובר בחוזה ביטוח אם לאו תיקבע, בכל מקרה נתון, לפי תכלית ההוראה, הקשר הדברים, נסיבות העניין, ומהותו הכלכלית והמסחרית של החוזה הנבחן" (אליאס, עמ' 17-18).

41. אף הפסיקה לא הגדירה מהו חוזה ביטוח. עם זאת קבעה כי תנאי שאין בלתו, המאפיין כל חוזה ביטוח, הוא הסכמה בין המבטח לבין המבוטח על סיכון אותו נוטל המבטח:

"חוזה ביטוח הוא חוזה בין מבטח לבין מבוטח המחייב את המבטח, תמורת דמי ביטוח, לשלם תגמולי ביטוח למוטב בקרות מקרה הביטוח (סעיף 1 לחוק חוזה הביטוח). 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 מוטכם 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 (י' אליאס דיני ביטוח) (כרך א) [21], בעמ' 395]" (ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(4) 817 (2003), פסקה 5; ההדגשה אינה במקור).

"חוזה מבטא, בין היתר וככלל, את האופן שבו חילקו הצדדים את הסיכונים השונים ביניהם. כך בצורה מובהקת יותר ביחס לחוזה ביטוח. חוזה כזה נועד להתמודד עם חלוקת סיכונים. במסגרתו נוטלת חברת הביטוח על עצמה את הסיכון להתרחשותם של מקרי הביטוח, ואילו המבוטחת נוטלת על עצמה את הסיכון שבגרימת נזקים שאינם מכוסים על ידי הפוליסה" (ע"א 8776/15 אילון חברה לביטוח בע"מ נ' מליבו חברה לבנייה בע"מ (29.11.2017); ההדגשה אינה במקור).

42. הוראות חוק הפיקוח נועדו להעניק בידי הממונה כלים חשובים לשמירה על אינטרס המבוטחים והגנתם. הסמכויות שניתנו לממונה בחוק הפיקוח מסייעות בידו לפקח על אופן ניהול עסקיו של המבטח, החל מן היום בו ביקש לקבל רשיון מבטח, על מנת למנוע או לצמצם ככל הניתן את הפגיעה האפשרית במבוטחים. כלים וסמכויות אלה נחוצים במיוחד בתחום אשר יש לו חשיבות חברתית וכלכלית רבה בהקשר של פיזור סיכונים, ואשר מחד גיסא נשלט על ידי עקרון חופש החוזים ומאידך גיסא קיים בו חוסר איזון אינהרנטי בין הצדדים לחוזה ותלות עצומה של צד אחד (המבוטח) בצד האחר (המבטח). לעניין זה יפנה היועץ המשפטי

לממשלה לסעיף 1ג(א) לחוק הפיקוח שקובע, בין תפקידי הרשות והראשון שבהם, את "ההגנה והשמירה על עניינים של המבוטחים העמיתים ולקוחות הגופים המוסדיים". כפי שמציין גונן בעמ' 380 למאמרו, מבטח אינו עוד חברה המנהלת עסקים לשם השגת רווחים, אלא בהצלחת עסקים אלה תלויים צדדים שלישיים רבים; התחייבויותיו הביטוחיות מתאפיינות לרוב במועד פרעון עתידי ורחוק; שיעור החוב שחב המבטח למבוטח בקרות מקרה הביטוח הינו משמעותי ביותר עבור המבוטח.

43. קופות החולים הוחרגו במפורש מתחולתו של חוק הפיקוח, לרבות בהקשר הספציפי בו עסקינן של הביטוח המשלים, בסעיף 95 לחוק הפיקוח:

"על קופת חולים כהגדרתה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, לא יחולו הוראות חוק זה לענין שירותים רפואיים שהיא נותנת לפי החוק האמור לרבות שירותים נוספים בהתאם לסעיף 10 בחוק האמור."

44. ממילא, מבטח חטוף על קופות החולים מצביע על כך שהן אינן עונות על הגדרת "מבטח" לפי חוק הפיקוח, באשר הן אינן בעלות רשיון מבטח ישראלי (או חוץ).

45. לא יכולה להיות מחלוקת, על כן, כי הוראות חוק הביטוח וחוק הפיקוח על הביטוח אינן חלות על קופות החולים ועל חוזים שהן עורכות עם עמיתי תכניות הביטוח המשלים – הן לענין זכויות והן לענין חובות.

46. ולר מסביר את אי החלת חוק הביטוח על הביטוח המשלים, לאור אי התאמת המאטרייה, ולמשל: "דומה שמרבית הוראותיו של חוק חוזה הביטוח אינן הולמות מתן שירותים נוספים בידי קופות החולים. האיסור על הקופות להבחין בין מבוטחים שונים לפי מצב בריאותם הופך רבות מהוראותיו של חוק חוזה הביטוח לבלתי-רלוונטיות. ... על כן, החלת חוק חוזה הביטוח על מתן שירותים נוספים בידי קופות חולים לא תסייע בדרך כלל בפתרון בעיות ביחסים שבין הקופות לבין מבוטחיהן. עם זאת, אין להוציא מכלל אפשרות שימוש בחוק כמקור שיורי לשם מתן מענה לשאלות שאינן מוסדרות בחוק ביטוח בריאות ממלכתי." (ולר עמ' 172).

47. עולה כי אי ההתאמה במאטרייה מצדיקה את אי החלת חוק הביטוח על הביטוח המשלים.

48. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין בכך שחוק חוזה הביטוח וחוק הפיקוח אינם חלים על הביטוח המשלים כדי למנוע הכרה בביטוח משלים כחוזה ביטוח לצורך סעיף 86 לפקודת הנזיקין, ולצורך זה בלבד.

פרשנות המונח "חוזה ביטוח" בסעיף 86 לפקודת הנזיקין

49. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי ניתן ואף ראוי לפרש את המונח "חוזה ביטוח" בסעיף 86 באופן שיחול על הביטוח המשלים. זאת, הן מכוח פרשנות לשונית והן מכוח פרשנות תכליתית.

50. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, המשמעות הלשונית של המונח "חוזה ביטוח" שבסעיף 86 יכולה להכיל את הסדר הביטוח המשלים, שהוא הסדר *sui generis* אשר עונה על התנאים המהותיים של חוזה ביטוח שהוזכרו לעיל: קיימת בו הסכמה בין קופת החולים ("המבטוח" לצורך ההסדר) לבין המצטרף לתכנית ("המבטוח" לצורך ההסדר) על סיכון שקופת החולים נוטלת על עצמה - שיתרחשו מקרים אצל המבטוח שיצריכו מתן שירותים בריאות נוספים, בהתאם לתכנית הביטוח המשלים.

51. אליאס מציין בעמ' 3 לספרו:

"חוזה ביטוח הוא כלי להגשמת רעיון הביטוח. לרעיון זה חמישה ממדים: פסיכולוגי, חברתי, מתמטי, משפטי וכלכלי. הממד הפסיכולוגי של הביטוח בא לידי ביטוי בסיבה לעשיית הביטוח - שנאת הסיכון של הפרט הבודד. הממד החברתי משתקף בשיטת הפעולה של הביטוח - העברת הסיכון של הפרט הבודד אל כתפיה של קבוצה הכוללת פרטים רבים. הממד הסטטיסטי-מתמטי, עניינו התשתית המדעית שביסוד הביטוח - הצורך באומדן סטטיסטי לגבי שיעור הנזקים הצפוי וחוק המספרים הגדולים. הממד המשפטי נוגע לאופי האובליגטורי של הביטוח, שהרי הביטוח המסחרי הוא לאמיתו של דבר חוזה - באין חוזה אין ביטוח. הממד הכלכלי בא לידי ביטוי בהיבט הציבורי של הביטוח כמכשיר המאפשר קיומה של פעילות כלכלית מפותחת ורציונלית, מונע הפיכתם של פרטים לנטל על החברה ותורם להגדלת הרווחה החברתית".

52. דומה שהביטוח המשלים עולה בקנה אחד עם הגדרה זו.

53. ולר סבור שעולה מסעיף 1 לחוק חוזה הביטוח שהמרכיבים החיוניים של חוזה ביטוח הם **חוזה, מבטח, מבטוח, קביעת דמי הביטוח, קביעת האירוע שבגינו ישולמו התגמולים למבטוח, וקביעת שיעור התגמולים** (ולר, עמ' 165). כלומר, חוזה ביטוח הוא, בראש ובראשונה, חוזה, וככזה צריכים להתקיים בו האלמנטים הבסיסיים של כל חוזה (מפגש רצונות, מסויימות, גמירות דעת, תמורה וכיוצ"ב). מעבר לכך קיימים בו אלמנטים או מרכיבים נוספים ההופכים אותו לסוג מיוחד של חוזה, הוא חוזה הביטוח.

54. ניתן לראות בנקל כי מרכיבים אלה קיימים, במובנם המהותי, בביטוח המשלים. מבחינה מהותית לא יכול להיות חולק שעסקינן בהסדר חוזי בין חבר קופת חולים לבין קופת החולים, שהרי מדובר בהסדר וולונטרי בין שני צדדים עם תמורה ותנאים מוגדרים (קרי, גמירות דעת ומסויימות). הביטוח המשלים הוא הסדר אותו כורתים הצדדים בהסכמה, בדומה לביטוח בריאות מסחרי (גונן, עמ' 376). אמנם, הביטוח המשלים הוא תקנון שתנאיו ניתנים לשינוי באופן חד צדדי, באישור הרגולטור, גם ללא הסכמת העמית. אך כידוע, תקנון הוא סוג של חוזה (אחיד); ראו למשל: ע"א 1795/93 **קרן הגמלאות של אגד נ' יוסף יעקב**, פ"ד נא(5) 433 (1997). בניגוד לשירותי הבריאות הבסיסיים לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי (סל הבריאות), הצטרפות

לביטוח המשלים אינה חובה, כלומר, עסקינן בתקנון ביטוח **וולונטרי**. כמו כן, העמית רשאי לבטל את הצטרפותו להסדר בכל עת, כלומר, אם אינו מרוצה משינוי התנאים, יכול הוא להסתלק מן החוזה.

55. מבחינת זהות הצדדים: קופת החולים היא מבטח, במובן הלשוני הפשוט של המילה (ובהתעלם מהוראות חוק הפיקוח, שממילא אינן חלות על קופות החולים, ונועד לצרכים אחרים), שהרי היא מתחייבת בחוזה לתת לחבר הקופה שירות בעת קרות האירוע הביטוחי. חבר קופת חולים המצטרף לביטוח המשלים הוא מבטח, שהרי הוא זכאי לפיצוי בעת קרות האירוע הביטוחי.

56. בחוזה זה נקבעים דמי הביטוח, נקבע האירוע שבגיניו תתממש ה"פוליסה" (הצורך של הניזוק בשירות הרפואי המוצע), ושיעור התגמולים (השירות הרפואי המוצע).

57. לעניין דמי הביטוח, נציין כי דמי החבר של הביטוח המשלים אמנם אחידים לכל קבוצת גיל וכפופים להוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תוך פיקוח ואישור של שר הבריאות, בשונה מביטוח בריאות מסחרי (שאמנם מפקח ואף מוגבל על ידי רשות שוק ההון אך לא באותה מידה). אולם, אין הדבר פוגע במהותו של חוזה הביטוח הואיל וההתקשרות בין הצדדים היא פרי בחירתם החופשית. דווקא בהיבט ספציפי זה אין מדובר במוצר ביטוחי ייחודי – נפנה למשל לביטוח רכב מנועי לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים תשל"ה-1975, אשר קובע כללים לבחינת שיעור דמי הביטוח (גונן, עמ' 376-377).

58. המוצר הביטוחי של הביטוח המשלים הוא מתן שירותים רפואיים בפועל, בשונה מן המוצר הביטוחי של ביטוח מסחרי אשר באופן רגיל הוא פיצוי כספי ללא תלות בגובה הנזק שאירע למבוטח, או שיפוי שנגזר מגובה הנזק שאירע למבוטח. למען הזהירות והדיוק יצוין, כי קיימים מצבים בהם הביטוח המסחרי כן מעניק שירות בעין, כגון למשל במצב של ביטוח רפואי לעובדים זרים, אך זה אינו המצב הרגיל, והוא פחות רלוונטי לענייננו. מכל מקום, אין בכך כדי למנוע ראיית הביטוח המשלים כחוזה ביטוח. אין מניעה לכלול במונח "שיעור התגמולים" גם תגמול בשווה כסף: גם בחוזה ביטוח מסחרי אפשר שהפיצוי למבוטח אינו בכסף אלא בשווה כסף, כגון החלפה או תיקון של נכס בביטוח נכסים מפני תאונה או אש (גונן, עמ' 376). חוק חוזה הביטוח אינו מוציא מתחולתו, ואינו מוציא מתחולתו של חוזה ביטוח במובנו המהותי, ביטוח שאינו מזכה את בעל הפוליסה בסעד כספי, כי אם בטיפול רפואי. הטיפול הרפואי עצמו הוא למעשה תגמול הביטוח המשתלם למבוטח בקרות מקרה ביטוח (גונן, עמ' 376). סיכומם של דברים, העובדה שמדובר בחוזה לשיפוי או פיצוי או לשירות בפועל, אינה מעלה ואינה מורידה לעניין עצם הגדרת החוזה כחוזה ביטוח.

59. ניתן לסכם פרק זה בדבריו של ולר, המראה כי הביטוח המשלים דומה ביותר לביטוח רפואי פרטי, שלית מאן דפליג שהוא חוזה ביטוח:

"... רכישת שירותי בריאות נוספים נעשית איפוא מכוח רצונו של המבוטח ובזה היא דומה לחוזה ביטוח. אמנם מתן שירותי בריאות נוספים כפוף לכללים הקבועים בסעיף 10

לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, אולם בכך אין רבותא, שכן גם השירותים הניתנים בידי מבטחות מסחריות נתונים לפיקוחה של המדינה. נראה אם כן שקיים דמיון רב בין מתן שירותי בריאות נוספים בידי הקופות לבין ביטוח בריאות מסחרי שמעניקות מבטחות" (ולר, חלק א' עמ' 171).

פרשנות תכליתית

60. כפי שמסביר ולר, חוק חוזה הביטוח מבקש להסדיר באורח כולל את יחסי הצדדים לחוזה הביטוח, אולם "כדי לקבל תמונה מלאה אין להסתפק במבט הנשקף מהעדשה הצרה יחסית של חוק חוזה הביטוח, אלא נדרשת בחינה של ההשפעות של דינים שונים על יחסי הצדדים לחוזה" (ולר, עמ' 71). כלומר, בבחינתו של חוזה ביטוח ספציפי יש להתייחס גם לדינים נוספים החלים על יחסי הצדדים, אם מתחום דיני החוזים באופן כללי ואם מתחומים רלוונטיים אחרים, כגון, במקרה דנן, חוק ביטוח בריאות ממלכתי. דהיינו, הביטוח המשלים כהסדר *sui generis* עשוי להיחשב כחוזה ביטוח לצורך ספציפי (סעיף 86) אף אם אינו נחשב כחוזה ביטוח לצורך חוק חוזה הביטוח או חוק הפיקוח.

61. נחזור שוב על דבריו של אליאס: "חוזה הנתפס כחוזה ביטוח לעניין הוראת חוק מסוימת [...] לא ייחשב בהכרח ככזה לכל דבר ועניין. יש להניח כי השאלה אם מדובר בחוזה ביטוח אם לאו תיקבע, בכל מקרה נתון, לפי תכלית ההוראה, הקשר הדברים, נסיבות העניין, ומהותו הכלכלית והמסחרית של החוזה הנבחן" (אליאס, עמ' 17-18).

62. כידוע, פרשנותו של מונח עשוייה להשתנות מחוק לחוק בהתאם לתכליותיו של כל אחד מדברי החקיקה. כאמור בספרו של פרופ' אהרון ברק, **פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה** (תשנ"ג), בעמ' 601-603:

"יש לקבוע את תוכנו של כל חוק על פי תכליתו הוא, בלא כל סיוע "חיצוני" בלבד הנחה זו או אחרת... שאלת המפתח אינה זהות המילים או הניבים אלא הדמיון בין מטרות החוקים. כאשר המטרות זהות או דומות יש מקום להניח זהות במשמעויות, וכאשר הן שונות אין מקום להניח כאמור".

63. היועץ המשפטי לממשלה יבקש אף להפנות לענין דומה, כעולה מדבריו של בית משפט נכבד זה בעניין **מקפת**, בהקשר של קרן פנסיה חדשה, שאף עליה לא חלים חוק חוזה הביטוח וחוק הפיקוח:

"מאפיין נוסף של קרנות הפנסיה המצריך התייחסות הוא כי אלה אינן פועלות, כאמור, לפי חוק חוזה הביטוח. בנוגע לכך, מסכים אני לדברים שנכתבו ביחס לסוגייה זו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כבוד השופטת ב' גילאור) בעניין מגדל מקפת: "אין ליתן למונח "חוזה ביטוח" המופיע בפקודת הנזיקין את הפרשנות והמשמעות הקבועה לאותו מונח בחוק חוזה הביטוח שנחקק בשנת 1981 ונועד להסדיר נושאים אחרים ולהגן על אינטרסים שונים מאלה שעומדם בבסיס דיני הנזיקין... באספקלריה זו, הנוגעת לתכלית החקיקה, יש לראות גם את הוצאת התקשרותן של קרנות הפנסיה... מגדר חוק חוזה הביטוח על הסדריו הפרוצדוראליים ומאפייניו הייחודיים." לפיכך, אין

בכך שחוק חוזה הביטוח לא חל על קרנות פנסיה כדי להכריע בדבר אופיין הביטוחי לצורך סעיפים 81 ו-86 לפקודת הנזיקין. עיינו הרואות, כי גם המחוקק אינו מגדיר "ביטוח" באותו אופן בדברי חקיקה שונים, ומונח זה צריך שיקבל את המשמעות המתאימה לו בכל דבר חקיקה בהתאם לתכליתו" (פסקה 22 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דאז) ריבלין בעניין **מקפת**. ההפנייה היא ל-ת.א. (מחוזי חי') 22776-12-09 **מגדל מקפת קרנות פנסיה וקופות גמל בע"מ נ' "הפול"** (27.3.2011)).

64. בבואנו לבחון את משמעותו של מונח שבדבר חקיקה, עלינו להבין תחילה את תכלית החוק כולו. לכל דבר חקיקה תכלית משלו, והשוני בתכלית עשוי להביא לשוני במשמעות:

"כלל הוא בפרשנות חוקים שמשמעותם של מונחים וניבים יכולה להיות שונה מחוק לחוק, ואת המשמעות בחוק פלוני יש ללמוד לא במעט ממהותו ותכליתו של החוק בו הם מצויים ובהקשר הדברים שבהם הם נתונים" (בג"ץ 409/72 **חטאר נ' בית- הדין הדתי הדרוזי בחיפה**, פ"ד כו (1) 449, 452).

"אחד מכללי הפרשנות הוא, שביטוי מסוים יכול להתפרש בצורות שונות בחיקוקים שונים, וזה בהתאם למטרות כל חיקוק וחיקוק, והקשר הדברים שבו מופיע ביטוי ומבחינים שונים אחרים" (ע"א 480/79 **חברת טרגר להשקעות ולבניין בע"מ נ' גובה המכס**, פ"ד לה(2) 303, 306).

עקרונות הפיקוח על הביטוח

65. הטעם העיקרי בבסיסם של העקרונות של חוק הפיקוח על הביטוח הוא הגנה על ציבור המבוטחים. כדי להיות מוכנים להכיר בביטוח משלים כחוזה ביטוח, אף אם רק לצורך הנקודתי של סעיף 86, ראוי לבדוק לא רק את התקיימות מהותו ותכליתו של חוזה ביטוח – כפי שהראינו לעיל – אלא גם את השמירה על עקרונות ההגנה על ציבור המבוטחים.

66. חוק ביטוח בריאות ממלכתי מתיר לקופת חולים להציע לחבריה ביטוח משלים, מבלי שנדרש רשיון לכך כאמור בחוק הפיקוח (ממנו הוחרגו קופות החולים במפורש, כזכור) ומבלי שנדרשו תנאים לגבי זהות המציע מעבר לכך שמדובר בקופת חולים. חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע, בסעיף 25, את התנאים להכרה של שר הבריאות בקופת חולים: מדובר בתאגיד, שבמסמכי הכינון שלו כל רווחיו יושקעו בהשגת מטרותיו וקיים איסור על חלוקת רווחים בין חבריו או בעלי מניותיו; לתאגיד יכולת כלכלית לספק לאורך זמן את כל שירותי הבריאות על פי החוק, ברמה מקצועית נאותה שתקבע על ידי השר; על מספר המבוטחים בו להגיע למספר שקבע השר בפרק הזמן שיקבע השר; והתאגיד אינו יכול להיות בבעלות של מוסד רפואי.

67. אמנם, אין בתנאים אלה התייחסות לאותם עניינים חשובים שנמנו בסעיף 17 לחוק הפיקוח (העוסק בעניינים אותם יביא הממונה בחשבון בשקילת בקשה למתן רשיון מבטח), כגון תכניות הפעולה והסיכויים להגשמתן, התאמת המנהלים לתפקידם (בהקשר הביטוחי), האמצעים הכספיים של המבטח, תכניות לעניין ביטוח

משנה וצוות העובדים, אשר נועדו לשמירה על המבוטחים. אולם ראוי להדגיש, כי חלק מאותם עניינים שנמנו בסעיף 17 לחוק הפיקוח רלוונטיים למבטחת מסחרית ופחות למקרה הספציפי של קופת חולים וההסדר של ביטוח משלים כפי שהוגדר בחוק, בין היתר נוכח העובדה כי בהתייחס לחלק מההסדרים נקבעו הוראות חלופיות. כך למשל, הוראות הפיקוח והבקרה על קופות החולים שבחוק ביטוח בריאות ממלכתי, כוחן יפה גם לביטוח המשלים המוצע על ידן (סעיף 10(ז)). בנוסף לכך, שר הבריאות רשאי להורות על תיקון ליקויים ופגמים שמצא בתכניות ביטוח משלים ובמקרה הצורך למנוע צירוף חברים חדשים להן.

68. עוד קובע חוק ביטוח בריאות ממלכתי את סמכותו של שר הבריאות לקבוע כללים בדבר החובה של קופת חולים לנהל חשבונות ולדווח דיווח כספי בקשר למתן שירותים לפי תכנית ביטוח משלים. כן מוסמך השר לקבוע כללים לגבי ניהול ספרי חשבונות, דוחות ומאזנים כספיים הקשורים למתן השירותים לפי התכנית. אלה יתנהלו בנפרד ובאופן שניתן להבחין בין שירותים אלה לבין שאר הפעילות הכספית של קופת החולים (סעיף 10(ח)).

69. למעשה, בחינת מכלול חוק ביטוח בריאות ממלכתי ותכליותיו, לרבות ההוראות הנוגעות לביטוח המשלים, מצביעה על קיומה של הגנה ראוייה ומספקת על עמיתי הביטוח המשלים כ"מבוטחים". אין בהכרח צורך, בהקשר הספציפי של קופות החולים והביטוח המשלים, בבחינת כל אותם עניינים המנויים בסעיף 17 לחוק הפיקוח, הדרושים במסגרת בקשה לקבלת רשיון מבטח. יוזכר למשל, שהביטוח המשלים הוא הסדר של איזון משותף הדדי בלבד ושהאמצעים הכספיים למימון הם מהמקורות שנגבו מהמצטרפים לתכנית, ושעל השירותים להינתן באופן שהוצאות קופת החולים, בכל שנה, לא יעלו על הכנסותיה מתשלומי העמיתים (סעיפים 10(ב), 10(ב)(1), 10(ו) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי). עוד יוזכר כי ההסדר הוא – לפחות ככלל וברובו – למתן שירותים בפועל ולא פיצוי כספי, ואף שמוכן שגם שירותים בפועל מיתרגמים להוצאה כספית אצל הקופה, עדיין יש בהקשר זה משמעות לעובדה שמדובר בסוגי שירותים הניתנים בפועל ממילא על ידי הקופה ואינם מקימים בהכרח סיכון לאיתנותה הכלכלית.

70. עולה, כי הן הוראות חוק הפיקוח והסמכויות המוקנות לממונה שם, והן הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי (בהקשר של הביטוח המשלים) והסמכויות המוקנות לשר הבריאות שם, מכוונות להגנה על המבוטחים מפני הסיכון הכרוך בפעילות של המבוטחים. ניתן להבין ולהסביר את ההבדלים בין ההוראות שבשני החוקים, על רקע התכליות המיוחדות של חוק ביטוח בריאות ממלכתי ואופי הפעילות הספציפית של קופות החולים – "המבטח" לצורך אותו חוק. יוער גם כי הפעילות הביטוחית של קופות החולים (במסגרת תכניות הביטוח המשלים) נתפסת על ידי החוק כטפלה לעיסוקן העיקרי, שהוא מתן שירותי בריאות מכוח החוק.

71. למען הזהירות והבאת התמונה המלאה, יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי גם בקופת גמל יכול הביטוח להיות הדדי, ובמסגרת אישור קופת גמל נדרש הממונה לבחון עניינים דומים לאלו שבסעיף 17 לחוק הפיקוח (אם לא כולם); ראו סעיף 5 לחוק הפיקוח על שירות פיננסיים (קופות גמל) תשמ"ה-2005. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה סבור שאין בכך כדי לפגוע בטענה כי הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ובכלל זה הוראות הפיקוח שבו, בשילוב תכליותיו והמאטרייה הספציפית, מסבירות את אי החלת חוק הפיקוח על ביטוח משלים, מבלי לפגוע בעקרונות של הגנה על ציבור המבוטחים, ולכן גם באפשרות העקרונית לראות בביטוח המשלים חוזה ביטוח לצורך סעיף 86 לפקודת הנזיקין, ולצורך זה בלבד.

ניכוי ושיפוי

72. נוכח המסקנה כי ניתן ואף ראוי לראות בביטוח המשלים "חוזה ביטוח" (כאמור, באספקלריה של דיני הנזיקין בלבד), יש להתייחס להלן לטענה שהועלתה כי יש לנכות מן הפיצוי הנזיקי את ההטבות הניתנות לניזוק מכוח הביטוח המשלים, לנוכח היותו של המזיק חשוף לזכות שיפוי מצד קופת חולים בגין כך.

הטבת נזקי גוף וזכות השיפוי - כללי

73. סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף קובע את ההוראה הכללית בדבר זכות המיטיב לשיפוי בהקשר של נזקי גוף, זכות שבסיסה בדיני עשיית עושר:

"גם אדם לזולתו נזק גוף, רשאי מי שהיטיב את הנזק להפרע את הטבת הנזק מן המזיק עד כדי סכום שהמזיק היה חייב למוטב על פי כל דין בשל גרימת נזק הגוף אלמלא הוטב הנזק על ידי המיטיב".

74. נדגיש כי הסעיף מתייחס להוצאות שהוצאו על ידי המיטיב ולא הוצאות שהוא עתיד להוציא. זאת, בשונה, למשל, מזכותו של המוסד לביטוח לאומי להפרע מן המזיק גם את הוצאותיו המהוונות לעתיד בגין המעשה העוולתי, או לזכותה של המדינה לשיפוי מהמזיק בגין גמלה שהיא שלמה או עתידה לשלם.

75. מנגד, סעיף 4 לחוק הטבת נזקי גוף מסייג את זכותו של מיטיב הנזק להפרע מן המזיק, מקום בו אותו מיטיב נזק הוא תאגיד העוסק בעסקי ביטוח (אלא אם קיימת לו זכות לפי חוק אחר):

"לעניין חוק זה אין נפקא מינה אם המיטיב פעל לפי חובה שבדין או שבהסכם או שפעל בהתנדבות; ... אלא שאם היה המיטיב תאגיד העוסק בעסקי ביטוח - למעט תאגיד המבטח את חבריו בלבד - ופעל לפי חוזה ביטוח עם הניזוק או המוטב, לא יהיה זכאי להפרע לפי חוק זה, אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מזכותו לפי חוק אחר".

76. הטעם שבבסיס סיוג זכותו של מבטח להפרע מן המזיק נעוץ בכך שכאשר מיטיב הנזק הוא מבטח, הוא כבר קבל את "תמורת" ההטבה, מראש, בדמות תשלומי הפרמיה ששילם הניזוק/המבוטח. המבטח רכש בכך את הסיכון שיתממש האירוע הביטוחי ויאלץ לשלם את תמורת הפוליסה.

77. דברים אלה עולים בקנה אחד עם נוסחו של סעיף 86, המורה שלא להביא בחשבון כל סכום ששולם או שמגיע לניזוק על פי חוזה ביטוח, ואשר פורש בפסיקה, כאמור, כמתייחס לנזקי גוף בלבד.

משולש היחסים ניזוק-מזיק-מיטיב נזק

78. העקרונות הבסיסיים של דיני הנזיקין קובעים כי הניזוק לא יקבל יותר מכפי נזקו והמזיק לא ישלם יותר מכפי הנזק שגרם. מקום בו קיים מיטיב נזק, נוצר משולש יחסים בין הניזוק, המזיק והמיטיב, באופן שנשמרים העקרונות האמורים. במקום קשר ישיר חד-חד ערכי בין הניזוק למזיק, במסגרתו מלוא הפיצוי בגין הנזק מועבר מן המזיק לניזוק, במשולש היחסים מחולק הפיצוי בגין הנזק לרכיבים, כך שהפיצוי שמקבל הניזוק מגיע בחלקו מהמזיק ובחלקו מהמיטיב: המזיק משלם למיטיב את מה ששילם המיטיב לניזוק, ומשלם ישירות לניזוק רק את ההפרש בין מלוא הפיצוי לבין מה ששילם המיטיב. במצב כזה, מדובר במעגל תשלומים סגור ושלם. בית משפט נכבד זה עסק בהרחבה במשולש היחסים (ראו למשל ל-ע"א 7547/99 **מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ**, פ"ד סה(1) 144 (13.7.2011) (להלן: "דובק")), ולכן לא נרחיב בכך כאן.

79. עקרונות אלה מגולמים בשילוב של דינים המורים על ניכוי מהפיצוי הנזיקי של סכומים שמקבל הניזוק מהמיטיב, עם הדינים המורים על זכותו של המיטיב להפרע מהמזיק את ההטבה ששילם בגין המעשה העוולתי (זכות המיטיב לשיפוי מן המזיק). כך למשל, סעיף 82 לפקודת הנזיקין מורה על ניכוי גמלאות המוסד לביטוח הלאומי שמקבל הניזוק עקב האירוע העוולתי מסכום הפיצוי שהיה מגיע לניזוק מן המעביד, וההלכה הפסוקה החילה עקרון זה גם על פיצוי שלא ממעביד. מן הפן האחר, סעיף 328 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח חדש] תשנ"ה-1995 (להלן: "**חוק הביטוח הלאומי**") מתייחס לזכותו של המוסד לביטוח לאומי לדרוש מן המזיק שיפוי הגמלאות שהמוסד לביטוח לאומי שילם ועתיד לשלם בגין המעשה העוולתי.

80. סעיף 86 לפקודת הנזיקין מתייחס למצבים בהם, למרות קיומו של מיטיב ולכן קיומו הלכאורי של משולש היחסים האמור, **אין** לנכות מן הפיצוי הנזיקי את ההטבה. **לכאורה**, אי הניכוי יוצר עיוות במשולש היחסים, שהרי נדמה שהניזוק מקבל פיצוי-יתר, ואחת הצלעות האחרות של המשולש עשויה לצאת נפסדת: אם למיטיב הנזק זכות להפרע מן המזיק את הוצאות בגין ההטבה, המזיק ישלם פעמיים, ואם למיטיב הנזק אין זכות להפרע מן המזיק, המיטיב יימצא לכאורה בחסרון כיס בשל ההטבה. ואולם, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הצגה זו של הדברים היא פשטנית ולוקה בחסר. למעשה, סעיף 86 אינו גורם לעיוות במשולש היחסים ניזוק-מזיק-מיטיב נזק, כמפורט להלן.

81. שילובם של סעיף 4 לחוק הטבת נזקי גוף וסעיף 86 מוציא את המבטחת המסחרית ממשולש היחסים ניזוק-מזיק-מיטיב, וכך נותרים שני קשרים נפרדים: ניזוק-מזיק, שהקשר ביניהם נובע מהעוולה והנזק שגרמה, וניזוק-מבטח, שהקשר ביניהם נובע מחוזה הביטוח. אמנם האירוע העוולתי הוא ה"טריגר" להפעלתו של

החוזה וביצוע תשלום על פיו, אולם החיוב בתשלום נעשה מכוח החוזה ולא דווקא, או לפחות לא באופן בלעדי, מכוח האירוע העולתי. כך למשל בביטוח חיים, בו הוסכם בין המבטח למבוטח כי עם קרות מקרה המוות, ישלם המבטח למוטב על פי חוזה הביטוח סכום כספי מוגדר ומוסכם מראש. סכום זה אינו תלוי בשיעור הנזק כפי שיכומת באופן מתמטי בפסק הדין הנזיקי, ואין הוא מבטא את נזקו של המוטב או של הניזוק, אלא את ההסכם שבין הצדדים לחוזה הביטוח. כימות מתמטי של הנזק עשוי להביא לסכום גבוה יותר או נמוך יותר, אך הדבר חסר משמעות לצורך היחסים בין הצדדים. המבטח התחייב לשלם את הסכום עם קרות המוות, בלי קשר לשיעור ה"מתמטי" של הנזק ובין אם נגרם מאירוע עולתי ובין אם לאו. בהתאם לכך חישוב את סיכוניו ובהתאם לכך גבה פרמייה. אין לכן כל מערכת יחסים בין המבטח לבין המזיק, ובהתאם לכך גם לא קמה לו זכות שיפוי.

82. משכך, גם לא נגרמת במצב זה הפרה של משולש היחסים: ראשית, הניזוק אינו מקבל פיצוי ביתר, שהרי התשלום מן המבטח אינו מפצה על נזקו אלא נעשה מכוח חוזה שתמורתו שילם באמצעות פרמיות. שנית, המבטח אינו יוצא בהפסד, שהרי קבל פרמיות תמורת החוזה וחישוב וגדר את סיכוניו. זוהי חלק מההתנהלות העסקית-הכלכלית שלו. ניתן אף לטעון כי אין זה נכון כלל לראות את המבטח כמיטיב נזק, שהרי הוא משלם על פי חוזה ובלי קשר לשיעור הנזק. שלישית, המזיק אינו משלם יותר מכפי הנזק שגרם, משום שהוא משלם את מלוא הנזק לניזוק ואינו חשוף לתביעת שיפוי מצד המבטח.

83. האמור לעיל ברור ופשוט למדי מקום בו אי הניכוי של ההטבה מכוח חוזה הביטוח מלווה בהיעדר זכות שיפוי של המבטח כלפי המזיק. עם זאת, חשוב לציין שסעיף 86 עצמו אינו מתייחס לסוגייה של שיפוי המיטיב על ידי המזיק. כמו כן, בפועל, קיימים מצבים בהם אין מנכים את ההטבה מן הפיצוי הנזיקי, כאמור בסעיף 86, אולם למיטיב כן קיימת זכות שיפוי נגד המזיק, ולעומת זאת קיימים גם מצבים בהם כן מנכים את ההטבה מן הפיצוי הנזיקי אך למיטיב לא קיימת זכות שיפוי נגד המזיק.

84. כך למשל, בסעיף 60 לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב] תש"ל-1970, מתייחס סעיף קטן (א) לזכותה של המדינה לתבוע שיפוי ממי שבגללו המדינה משלמת גמלה, או עתידה לשלמה, ואילו סעיף קטן (ד) קובע כי לעניין סעיף 86 לפקודת הניזוקין רואים גמלה כזכות הנובעת מחוזה.

85. מנגד, סעיף 328 לחוק הביטוח הלאומי קובע את זכותו של המוסד לביטוח לאומי לחזור על המזיק, שבמעשהו העולתי גרם למוסד לשלם גמלאות לניזוק, אך מסייג זכות זו כלפי מעביד אשר שילם את דמי הביטוח עבור עובדו, או כלפי המדינה, או כלפי קופת חולים או מוסד רפואי כהגדרתו שם, ועוד כמפורט שם. הטעם מאחורי סיוג הזכות במקרים אלה היא – במקרה של המעביד – כי שולמו למוסד דמי ביטוח בגין העובד; במקרה של המדינה – לנוכח העברת כספים מן המדינה למוסד במסגרת התחשבנות שנתית, ובין היתר כדי למנוע ולייתר את הצורך בהתדיינות בין המוסד לבין המדינה בערכאות משפטיות. עם זאת, ניתן

לומר שבמקרים אלה זכות השיפוי באה לידי ביטוי בתשלומי דמי הביטוח של המעביד ובהתחשבות מול המדינה, כלומר, שאפשר שלא מדויק לומר שלא היתה במקרים אלה זכות שיפוי, וכך אין לראות בניכוי תגמולי המוסד במקרים אלה מן הפיצוי הנזיקי הפרה של משולש היחסים.

86. לסיכום פרק זה, ייאמר – **סיבה נוספת** לקביעה כי אין לנכות את ההטבה מהפיצוי הנזיקי, נעוצה בעובדה כי הדין אינו מוצא זכות שיפוי למטיב נגד המזיק. משכך, לצורך בחינת אינדיקציה זו בענייננו, נותר לבדוק האם קיימת לקופת חולים זכות שיפוי מן המזיק בגין הביטוח המשלים.

האם קיימת לקופת חולים זכות שיפוי מן המזיק בגין הביטוח המשלים?

87. סעיף 22 לחוק קובע את זכותה של קופת חולים להפרע מן המזיק, שבגינו הוציאה הוצאות למתן שירותי בריאות לניזוק:

”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. לענין סעיף זה ולענין חוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ”ד-1964, ”מזיק” – למעט קופת חולים או נותן שירותים.”

88. יוער כי על פי לשונו, ובדומה לסעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף, סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מתייחס להוצאות שהוצאו **בפועל** על ידי קופת החולים ולא להוצאות שהיא **עתידה** להוציא. עם זאת, נראה כי בפועל נוהגות קופות החולים לדרוש ממבטחות מסחריות הוצאות גם לעתיד, אולי במטרה (משותפת) להמנע מהיגררות לערכאות משפטיות בעתיד.

89. לכאורה סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף חל על קופת חולים, ועל כן לא ברור הצורך בהוראה הספציפית שבסעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. הצעת החוק שותקת לעניין זה. ייתכן שסעיף 22 נחקק כדי להדגיש את מעמדה המיוחד של קופת חולים כמיטיבת נזק גוף. בהקשר זה, יצוין כי סעיף 4 לחוק הטבת נזקי גוף, המסייג את הזכות לשיפוי, לא חל על קופת חולים, באשר אינה ”תאגיד העוסק בעסקי ביטוח”. אילו היה סעיף 4 לחוק הטבת נזקי גוף חל על קופת חולים, אזי כדי לשמור על זכות השיפוי של קופת חולים מן המזיק היה אכן צורך בהוראה הנפרדת והמפורשת בסעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי; יוזכר כי הסיפא של סעיף 4 לחוק הטבת נזקי גוף קובע כי אין בו כדי לגרוע מזכות המיטיב לשיפוי על פי דין אחר.

90. סעיף 22 נוקט במונח ”שירותי בריאות”. סעיף 7(ב) לחוק מגדיר את ”סל השירותים הבסיסי” כ”סל שירותי הבריאות”. ”סל שירותי הבריאות” מוגדר בסעיף 7(א) והוא כולל את השירותים המנויים בתוספת השנייה והשלישית, שירותים שנתנה המדינה ערב חקיקת החוק, שירותי בריאות בעבודה, ואת רשימת התרופות והתשלומים כמפורט בצו לפי סעיף 8(ז) לחוק. הסל אינו כולל את ”שירותי הבריאות הנוספים”, המנויים

בסעיף 10 – שירותי הביטוח המשלים. מבחינה לשונית, ניתן לטעון כי המונח "שירותי בריאות" שבסעיף 22 מתייחס **לסל** שירותי הבריאות בלבד. לפי פרשנות זו, אין לקופת חולים כלל זכות שיפוי נגד המזיק בגין הוצאות שהוציאה מכוח הביטוח המשלים, עקב האירוע העולתי, באשר שירותים אלה אינם כלולים בסל שירותי הבריאות וסעיף 22 אינו חל עליהם.

91. במקומות רבים בחוק נכתב "שירותי בריאות" כאשר הכוונה היא במפורש לסל שירותי הבריאות או לשירותי בריאות אחרים אולם לא לשירותים הניתנים במסגרת ביטוח המשלים. כך למשל, סעיף 3(א) קובע: "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה...", כאשר ברור שלא כל תושב זכאי לשירותים הניתנים במסגרת הביטוח המשלים.

92. כותרתו של פרק ג' לחוק הינה "מימון שירותי הבריאות". המקורות המנויים הינם המקורות של סל שירותי הבריאות, כמובן ללא הכספים הנגבים במסגרת הביטוח המשלים.

93. סעיף 55(ג) קובע: "מי שחדל לחלוטין או לשעה מלהיות חייל מכל סיבה שהיא, יהיה זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה...". שוב, ברי כי אין הכוונה לשירותים שבמסגרת הביטוח המשלים.

94. סעיף 13 לחוק, העוסק במימון שירותי הבריאות, מבחין בין מקורות המימון ל"מתן שירותי בריאות", אותם רשאית קופת החולים לממן גם ממקורות נוספים, לבין השירותים שניתנים במסגרת תכנית הביטוח המשלים, שיינתנו "אך ורק במסגרת המקורות שנגבו לעניין זה ממי שהצטרף לתכנית".

95. כך גם סעיף 21(א) מבחין בין שירותי בריאות לבין הביטוח המשלים: "קופת חולים תיתן לכל מי שהיא אחראית כלפיו כאמור בסעיף 3(ג) את כל שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה, בין בעצמה ובין באמצעות נותני שירותים, ללא כל הפליה ולא תתנה מתן שירותים הכלולים בסל השירותים שלה בהצטרפות או בחברות בתכנית לשירותים נוספים לפי סעיף 10..."

96. כך, קיימים סעיפים בהם נכתב "שירותי בריאות" ולא "סל שירותי הבריאות" ולא יכול להיות חולק שהכוונה בהם היא לסל שירותי הבריאות ולא לשירותים הניתנים במסגרת הביטוח המשלים. משמע, כאשר החוק נוקט במילים "שירותי בריאות" הוא אינו מתכוון לשירותים הניתנים במסגרת הביטוח המשלים.

97. מנגד, ניתן לטעון כי יש ללמוד מן השימוש במונח "שירותי בריאות" שבסעיף 22, ולא "סל שירותי הבריאות", כי הכוונה בסעיף היא לכלל שירותי הבריאות הניתנים על ידי קופת חולים, אם מכוח החוק (סל שירותי הבריאות) ואם מכוח תכנית שירותי הבריאות הנוספים (הביטוח המשלים). לפי פרשנות זו, לקופת חולים קיימת זכות שיפוי נגד המזיק גם בגין הביטוח המשלים.

98. אם סעיף 22 אינו חל על הביטוח המשלים, האם מדובר בלקונה או בהסדר שלילי? אם מדובר בלקונה, ניתן למלאה באמצעות הדין הכללי – דיני עשיית עושר, הבאים לידי ביטוי, בין היתר, בהוראות סעיף 2 לחוק

הטבת נזקי גוף, כך שקיימת זכות שיפוי נגד המזיק מכוח אותם דינים. אם מדובר בהסדר שלילי, לכאורה לא קיימת זכות שיפוי כזו.

99. חוק ביטוח בריאות ממלכתי הוא אמנם חוק ספציפי ואף מאוחר ביחס לדין הכללי. אולם מפסיקתו של בית משפט נכבד זה עולה, כי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי אינו קובע הסדר של "ייחוד עילה" בנוגע לזכות השיפוי של קופת חולים. ראו: עניין **דובק**, פסקאות 31-33. כפי שנאמר שם, "שיקולים אלה, בהצטברם, מטילים את הכף לעבר המסקנה כי עילת המיטיב כלפי המזיק על פי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי אינה ייחודית, ולכן בצד עילה זו, פתוחות בפני המיטיב גם עילות אחרות כלפי המזיק מכח הדין הכללי" (עניין **דובק**, פסקה 33).

100. לנוכח האמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי קשה ללמוד מלשון החוק בלבד האם קיימת לקופת חולים זכות שיפוי מן המזיק בגין הביטוח המשלים ומה שיעורה. משכך יש להידרש לכלי עזר נוספים לבדיקת הסוגייה, ובכלל זה התכלית העומדת בבסיס הסדרי השיפוי, וכן ההיקש ממוצר ביטוחי דומה – ביטוח בריאות מסחרי.

זכות התחלוף של מבטחת מסחרית מכוח חוק חוזה הביטוח

101. חוק חוזה הביטוח מבחין בין ביטוח נכסים לביטוח נזקי גוף. כפי שמסביר ולר:

"הבחנת היסוד בהקשר זה היא בין חוזי ביטוח שהם חוזי שיפוי לבין חוזי ביטוח שאינם של שיפוי. הראשונים הם בדרך כלל חוזים לביטוח נכסים. בחוזים אלה מתחייבת המבטחת לשפות את המבוטח בגין הנזק שנגרם לו כתוצאה ממקרה הביטוח, ומכאן ששיעור התגמולים תלוי בשיעור הנזק. חוזי ביטוח שאינם חוזי שיפוי הם בדרך כלל חוזים לביטוח חיים או תאונות, מפני שהמבטחת מתחייבת לשלם סכום כסף שנקבע מראש ללא תלות בשיעור הנזק" (ולר, עמ' 166).

102. במסגרת ההבחנה בין חוזה לביטוח נכסים לבין חוזה לביטוח נזקי גוף, נקבעה בחוק חוזה הביטוח זכות תחלוף, המוענקת רק למבטחת מסחרית העונה על הגדרת "מבטח" בחוק הפיקוח, בפרק העוסק בביטוח נכסים (סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח). זכות דומה **לא** נקבעה לגבי ביטוח נזקי גוף. מנגד, לגבי ביטוח נכסים נקבעו הוראות שונות המגבילות את האפשרות לבטח מעבר לשווי של הנכס או באמצעות יותר ממבטח אחד, הוראות שאינן קיימות לגבי ביטוח נזקי גוף; בהקשר זה נזכיר את הטעמים שהובאו בתחילת עמדה זו בנוגע למתן האפשרות לרכוש ביטוח בגין נזקי גוף בכל סכום ואף לקבל פיצוי בסכום העולה על הנזק כפי שכומת באופן מתמטי.

103. בנוסף להבחנה בין ביטוח נכסים לביטוח נזקי גוף, מבחין חוק חוזה הביטוח גם בין שני סוגי ביטוחי תאונה, מחלה ונכות, שהם סוגי ביטוח לנזקי גוף. סעיף 54 לחוק חוזה הביטוח קובע כי על ביטוח תאונה, מחלה ונכות שבו חייב המבטח לשלם תגמולי ביטוח **לפי שיעור מוסכם מראש ללא תלות בשיעור הנזק שנגרם**

(בדומה למשל לביטוח חיים), יחולו סעיפים מסויימים של חוק חוזה הביטוח. לעומת זאת, על ביטוח תאונה, מחלה ונכות שבו חייב המבטח לשלם תגמולי ביטוח **לפי שיעור הנזק שנגרם** (ביטוח שיפוי – בדומה יותר לביטוח נכסים), יחולו סעיפים אחרים של חוק חוזה הביטוח.

104. ביטוח שבו מתחייב המבטח לשלם תמורת ניתוח במסגרת פרטית, למשל, או תמורת מכשירים ואביזרים רפואיים מיוחדים, או תמורת התייעצות עם רופאים מומחים מנהלי מחלקות בבתי חולים (בדומה לביטוח המשלים), הוא ביטוח מהסוג השני – ביטוח שיפוי, בו התשלום הוא לפי שיעור הנזק שנגרם.

105. בנוגע לסוג ביטוח שבו התשלום הוא לפי שיעור הנזק שנגרם, קובע סעיף 54(ב) לחוק חוזה הביטוח:

”על ביטוח תאונה, מחלה ונכות שבו חייב המבטח לשלם תגמולי ביטוח לפי שיעור הנזק שנגרם, יחולו הוראות סעיפים 42, 49, 52, 56, 61, 62 ו-64, בשינויים המחוייבים.”

106. הסעיפים הרלוונטיים לענייננו הם סעיפים 56 לחוק חוזה הביטוח, שסעיף קטן (ג) שבו קובע: ”תגמולי הביטוח יחושבו באופן שיביאו את המוטב ככל האפשר למצב שהיה נמצא בו אילולא קרה מקרה הביטוח” - קביעה התואמת את התכלית הבסיסית של דיני הנזיקין; סעיף 61, העוסק בהקטנת הנזק - עקרון החל, כידוע, גם בדיני הנזיקין; וסעיף 62, העוסק בזכות התחלוף. סעיפים אלה שייכים דווקא לפרק בחוק חוזה הביטוח העוסק בביטוח **נכסים**.

107. מכוח השילוב של סעיפים 54 ו-62 לחוק חוזה הביטוח, זכאית מבטחת מסחרית (כזו העונה על הגדרת ”מבטח” שבחוק הפיקוח), שהיטיבה את נזקו של הניזוק באמצעות מתן שירות רפואי בפועל או במימון שירות רפואי כזה, לחזור על המזיק בגין הוצאה זו. נזכיר כי אף שסעיף 4 לחוק הטבת נזקי גוף מסייג את זכות השיפוי של מבטחת מסחרית, במקרה זה חל הסיפא לסעיף, הקובע כי אין בו כדי לפגוע בזכות שנובעת מחוק אחר.

108. כך, למבטחת מסחרית המציעה ביטוח בריאות פרטי קיימת זכות שיפוי נגד המזיק.

109. על פני הדברים, אין הצדקה להעמיד את קופות החולים, בהקשר של מתן שירותי הביטוח המשלים, במצב פחות טוב ממצבן של מבטחות מסחריות המציעות ביטוח רפואי פרטי, דהיינו, המבטחת המסחרית תוכל לחזור על המזיק וקופת החולים לא תוכל, בגין מוצרים שהם זהים באופן מהותי. הדבר סותר את ההגיון ואת השוויון.

110. היועץ המשפטי לממשלה יזכיר וידגיש בהקשר זה את התכלית השוויונית שבבסיס חוק ביטוח בריאות ממלכתי, אשר חולשת גם על הביטוח המשלים. תכלית ההוראות בחוק ביטוח בריאות ממלכתי המאפשרות להציע ביטוח משלים היא לעודד רכישת ביטוח בריאות תוך פיזור הנזק באופן רחב ביותר, תוך הנגשת ביטוח כזה לאוכלוסיות רחבות ככל האפשר ולא רק לאוכלוסיות אמידות או בריאות. יצוין כי על פי נתוני משרד הבריאות, הביטוח המשלים אכן משיג מטרה זו: למעלה מ-70% מהאוכלוסיה מצורפת היום לשירותי

הביטוח המשלים, ונגישה באמצעות כך לרובד שירותי בריאות שהוא מעבר לרובד המינימלי של סל שירותי הבריאות לפי החוק.

111. יחד עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין צורך לקבוע מסמרות בשאלה האם יש לקופת חולים זכות שיפוי בגין הביטוח המשלים. זאת, לנוכח טיבה והיקפה של זכות זו, ככל שהיא קיימת, כפי שיוסבר להלן.

טיבה והיקפה של זכות השיפוי בגין הביטוח המשלים

112. נקודת המוצא לדיון זה היתה כי מקום בו אין למיטיב זכות שיפוי כלפי המזיק, אי ניכוי ההטבה מן הפיצוי הנזיקי אינה פוגעת במשולש היחסים. כלומר, משהגענו למסקנה כי ניתן לראות בביטוח המשלים חוזה ביטוח לצורך סעיף 86, אזי אם לקופת חולים אין זכות שיפוי בגין הביטוח המשלים, אין לנכות מן הפיצוי הנזיקי הטבה המגיעה לניזוק מכוח הביטוח המשלים. כך נשמר גם האיזון במשולש היחסים. אולם ההיפך אינו בהכרח נכון: עצם קיומה של זכות שיפוי לקופת חולים בגין הביטוח המשלים, אינו מחייב ניכוי ההטבה; הכל תלוי בטיבה והיקפה של זכות השיפוי.

113. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי ככל שקיימת זכות שיפוי לקופת החולים בגין הביטוח המשלים, הרי זו ממוצה במועד פסק הדין הנזיקי, עת מתבצע חישוב הנזק לעבר ולעתיד ונקבע באופן סופי הפיצוי בו נושא המזיק. הניזוק אינו רשאי לחזור במועד עתידי כלשהו למזיק, אף אם מסתבר בדיעבד כי הפיצוי שנפסק לו אינו תואם את נזקיו בפועל. כך גם המיטיב אינו רשאי לחזור במועד עתידי כלשהו למזיק ולטעון כי נגרמו לו הוצאות נוספות בגין אותו מעשה עוולתי. כפועל יוצא מכך, אי ניכוי ההטבה הצפויה מכוח הביטוח המשלים, מן הפיצוי שנפסק לנזקיו העתידיים של הניזוק, אינו גורם לעיוות במשולש היחסים, אינו מביא לפיצוי ביתר של הניזוק ואינו מביא לתשלום ביתר מצד המזיק.

114. זכות השיפוי של מבטחת מסחרית, הנובעת מסעיפים 54 ו-62 לחוק חוזה הביטוח, מוגדרת במפורש כזכות תחלוף. משמעות הדבר, בין היתר, כי היקפה של הזכות של המבטחת המסחרית מוגבל לכל היותר לזכותו של הניזוק, וכמובן במגבלות של ההוצאה שהיא עצמה הוציאה. כלומר, ברגע שמוצתה זכותו של הניזוק, אין עוד קיום לזכותה של המבטחת.

115. יוזכר כי זכות התחלוף שבחוק חוזה ביטוח משתייכת לפרק העוסק בביטוח נכסים, והיא הוחלה על ביטוחי נזקי גוף מסוג שיפוי, מן הטעם שביטוחים כאלה מתנהגים במובן מסויים כביטוח נכסים. זאת, משום שלנזק הגוף שביטוחים אלה באים לכסות, ניתן בכל זאת לשים ערך כספי ברור: שווי של מכשיר או אביזר רפואי, עלותו של ניתוח או של פגישת ייעוץ עם רופא מומחה, וכיוצא באלה. הניזוק אמור לקבל את השירות הרפואי הנדרש, או את המימון לו, פעם אחת בלבד, בדיוק כפי שאם ניזוק נכס שביטח, הוא אמור לקבל את שווי הנכס פעם אחת בלבד. הרי אין הניזוק אמור להתעשר ממקרה הביטוח. בשני המקרים, לדידו של הניזוק,

אין זה משנה אם קיבל את השירות או המימון מידי המבטח או מידי המזיק. מאחר שהמזיק אמור לשלם פעם אחת בלבד, אזי אם ישלם ישירות לניזוק, המבטח יהיה פטור מחובתו לשלם לניזוק, ואם ישלם למבטח, המבטח ישלם לניזוק. כך נשמר משולש היחסים.

116. כך, בהקשר של ביטוח-שיפוי, בכל הנוגע להוצאות **שהוצאו בפועל**, דהיינו, עובר למועד מתן פסק הדין הנזיקי.

117. במסגרת קביעת הפיצוי הנזיקי, נעשית הבחנה בין פיצוי לעבר ולהווה לבין פיצוי לעתיד. הפיצוי לעבר ולהווה קל יחסית להוכחה ולכימות, מסתמך על פי רוב על קבלות, וממנו נכון וראוי לנכות הטבה שניתנה מכוח חוזה ביטוח-שיפוי. אין הצדקה שהמזיק ישלם עבור נזק שלמעשה כבר פוצה על ידי גורם אחר. אם הניזוק נדרש לשלם השתתפות עצמית תמורת ההטבה, אזי זה הנזק הכלכלי שנגרם לו בהקשר של אותו רכיב נזק, ואותו ישלם לו המזיק. במקביל, המזיק יהיה חשוף לתביעת שיפוי מצד המיטיב בגין התמורה המלאה של ההטבה, בניכוי ההשתתפות העצמית.

118. אמנם, ייתכן שבשל כך שהניזוק רכש לעצמו ביטוח, המזיק ישלם יותר מכפי שהיה משלם אלמלא כן, שכן אפשר שחוזה הביטוח העניק לניזוק הטבה בדמות שירותי בריאות רחבים או יקרים יותר מכפי שהיה מקבל אחרת. אולם כידוע, המזיק אינו יכול "לברור" לו את הניזוק העדיף עליו, אלא חייב לפצות את הניזוק הספציפי לו הזיק, על גולגולתו הדקה ועל חוזה הביטוח שרכש.

119. לעומת זאת, בכל הנוגע לפיצוי עבור **העתיד**, אין מקום לנכות את ההטבה הצפויה מכוח חוזה ביטוח-השיפוי, ובתוך כך, ממילא אין המזיק חשוף לתביעת השבה בעתיד מצד המיטיב.

120. במועד מתן פסק הדין הנזיקי אין המזיק חשוף לתביעת שיפוי בגין שירותים רפואיים בעתיד מכוח חוזה ביטוח. תביעה כזו יכולה להתגבש רק לאחר שהשירות האמור יסופק. השירות העתידי מכוח חוזה הביטוח עשוי להיות כרוך בהמשך בתשלום פרמיות ובתשלום השתתפות עצמית. על פי רוב מדובר ברכיב אחד או יותר מתוך סל שלם של שירותים המוצע, במסגרת חוזה הביטוח, כמקשה אחת שאינה ניתנת להפרדה לרכיבים שונים. אף שבמסגרת תביעת הנזיקין נעשית הערכה של הצרכים העתידיים ושיעורם, לא באמת ניתן לדעת במועד פסק הדין הנזיקי אם יתממשו הסיכונים המוערכים ומה יהיה שיעורם במועד התממשותם.

121. בפסיקת רכיבי נזק עתידיים בפסק הדין הנזיקי קיימת אי ודאות גדולה. אי ודאות זו קיימת באשר לרכיבי הנזק הצפויים, לצרכים הרפואיים המוערכים לעתיד, למועד ההזדקקות להם בעתיד אם בכלל, להיקפם ולעלותם במועד העתידי, ועוד. אי ודאות זו פועלת לזכותו של הניזוק במסגרת פסיקת הפיצוי הנזיקי, משום שנפסקים לו מלוא הרכיבים ומלוא ההוצאות העתידיות, אף שאלה הם משוערים ולא ודאיים, שאם לא כן קיים סיכון שייצא בפיצוי חסר, על כל המשתמע מכך, לרבות נפילתו האפשרית למעמסה על משפחתו ועל

החברה. באופן דומה צריכה אי ודאות זו לפעול לזכותו של הניזוק גם בהקשר של הטבות שהוא צפוי, תיאורטית, לקבל מכוח חוזה ביטוח: מכיוון שאין לדעת, במועד פסק הדין הניזוקי, אם אכן יתמלאו התנאים לקבלת ההטבה מכוח החוזה בעתיד, ואם אכן תתקבל ההטבה ככל שיתמלאו התנאים לכך, הרי שאין הצדקה לנכות מראש במועד זה את סכום ההטבה האפשרית העתידית.

122. כפי שקבע בית משפט נכבד זה בעניין **דובק**, "קופות החולים הן ... בבחינת "ניזוקות מישניות", הטוענות לנזק שנגרם להן כתוצאה מפגיעה ומנזקים ישירים שהוסבו לאחרים" (עניין **דובק**, פסקה 37). כפי שהמשיך בית משפט נכבד זה וקבע שם,

"תביעת המיטיב, הנגזרת מאחריות המזיק כלפי הניזוק ומהנזק שנגרם מהפרתה, אינה עומדת על רגליה היא. היא קשורה ואחוצה בקשר הדוק באחריות המזיק כלפי הניזוק ובהיקף הנזק שנגרם בעקבות הפרתה (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, פ"ד נז(6) 385 (2002); ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק, פ"ד נה(4) 584 (2001))." (עניין **דובק**, פסקה 38).

123. תנאי סף לגיבוש עילת התביעה של המיטיב כלפי המזיק הינו קיומה של אחריות משפטית של המזיק כלפי הניזוק ביחס לנזק שהוטב. בתביעת מיטיב כנגד מזיק לשיפוי של שווי ההטבה שהעניק לניזוק יש להוכיח, למצער, התנהגות עוולתית מצד המזיק כלפי הניזוק, וקשר סיבתי בין אותה התנהגות לבין הנזק שהוטב. בד בבד, עומדות למזיק בתביעת המיטיב אותן ההגנות העומדות לו בתביעת הניזוק:

"חוק הטבת נזקי גוף מכוון לתוצאה המאפשרת למזיק להעלות כלפי המיטיב טענות הגנה העומדות לו ביחס לניזוק. זאת הוא עושה, ראשית, בהגדירו בסעיף 2 את זכותו של המיטיב להיפרע מהמזיק את הטבת הנזק "עד כדי סכום שהמזיק היה חייב למוטב על פי כל דין" בשל גרימת נזק הגוף, אלמלא הוטב הנזק על ידי המיטיב. חבות המזיק על פי כל דין נתחמת, בין היתר, בהתחשב בטענות הגנה שיש בפי המזיק כלפי הניזוק. יתר על כן, רמז למקומן של טענות הגנה כאלה בתביעת מיטיב מצוי גם בסעיף 9 לחוק הטבת נזקי גוף..." (עניין **דובק**, פסקה 46).

124. באותו עניין קבע בית משפט נכבד זה כי דין דומה אמור לחול, מכוח אנלוגיה, על סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, והוסיף וציין:

"גם בנסיבות קיצוניות מעין אלה – אשר לטענת קופות החולים מתקיימות בענייננו – אין עילה בדין, ואין עילה במושגי הצדק המתקן, לסטות מהעקרון המחייב הכפפה של תביעת המיטיב כלפי המזיק להיקף הנכון של אחריות המזיק כלפי הניזוק. היקף האחריות כאמור משמעו – בחינת אחריותו של המזיק כלפי הניזוק, המוגדרת, בין היתר, בכפיפות לטענות הגנה שבפי המזיק כלפי הניזוק, העשויות לשלול את אחריותו או להקטינה. האיזון אליו חותר דין הניזוקי לא יושג בלא הגדרה מדויקת של אשמו של המזיק, תחומו והיקפו. הגדרה זו כפופה, בין היתר, לטענות הגנה, המקרינות על קיום האחריות ועל הגדרת היקפה. התעלמות מהן עלולה להוביל להטלת אחריות בלתי מידתית על המזיק, להרתעת-יתר, ולערעור שיווי המשקל הצודק בין כל הצדדים

המעורבים. מסקנה זו נגזרת ממימושן של תכליות דיני הנזיקין, ומן האיזונים הנדרשים בגידורן" (עניין דובק, פסקה 47; ההדגשה אינה במקור).

125. פסק הדין הנזיקי ממצה את כל טענות הניזוק נגד המזיק. מרגע שהפך פסק הדין הנזיקי חלוט, אין הניזוק יכול לחזור אל המזיק ולדרוש ממנו פיצוי נוסף, אף אם בדיעבד מסתבר כי הערכת הנזק או הערכת הפיצוי הנדרש בגינו היו שגויים. עומדות למזיק טענות הגנה רבות, ביניהן השתק, התיישנות, סופיות הדיון ועוד. **אותן טענות עצמן יעמדו למזיק כנגד תביעת שיפוי עתידית של המיטיב.**

126. **אשר על כן, אף אם קיימת לקופת חולים זכות שיפוי נגד המזיק בגין הביטוח המשלים, זכות זו חלה רק עובר למתן פסק הדין הנזיקי. אין לה זכות שיפוי כזו כלפי העתיד. משכך, אין הצדקה לנכות הטבה הצפויה להתקבל בעתיד מכוח הביטוח המשלים, מן הפיצוי הנזיקי.**

127. אם אכן יתרחש הצורך בהטבה העתידית מכוח החוזה, אך בסופו של דבר לא תתקבל ההטבה, ושיעורה של ההטבה נוכח מראש בפסק הדין הנזיקי, ייצא הניזוק בפיצוי חסר ואף עלול ליפול למעמסה על משפחתו ועל החברה, ומסתבר כי המזיק מצדו לא שילם את מלוא הנזק. מדובר בחוסר צדק כלפי הניזוק והקלה בלתי מוצדקת עם המזיק. זאת ועוד: חוסר צדק זה נובע מרכישת חוזה ביטוח – תמריץ שלילי לרכישת ביטוח ולפיזור סיכונים, ותוצאה בלתי הגיונית ובלתי ראויה הן כלפי הצדדים הספציפיים והן מבחינה ציבורית רחבה. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי זוהי תוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם עקרונות דיני הנזיקין ואין לקבלה.

128. לעומת זאת, אם ההטבה מכוח חוזה הביטוח כן תינתן בעתיד, ולא בוצע ניכוי של שיעורה מראש בפסק הדין הנזיקי, לא יהא בכך משום פיצוי ביתר לניזוק: הניזוק רכש לעצמו את ההפרש, ככל שישנו, מכוח חוזה הביטוח שאת תמורתו שילם. כמו כן, מכיוון שהמזיק אינו חשוף עוד לתביעת שיפוי מן המיטיב, לא יהא בכך משום חיוב ביתר של המזיק. ככל שיופר בעתיד האיזון במשולש היחסים, יהיה זו בצלע של המיטיב, אשר אמנם לא יזכה לשיפוי בגין הוצאותיו אך בינתיים נהנה מפרמיות שגבה, ומכל מקום, סיכון עתידי זה הוא חלק מן ההתנהלות העסקית הרגילה שלו. במקרה הספציפי של קופות החולים, נזכיר כי הביטוח המשלים כולל מגוון רחב של שירותים, שבחלקם ממילא נעשה שימוש וייעשה שימוש בעתיד ללא קשר לאירוע העוולתי. מעבר לקושי להפריד בין שירותים שיינתנו בגין האירוע העוולתי בלבד לשירותים שיינתנו מסיבות אחרות, ההגיון אומר כי אין מדובר בסכומים המאיימים על איתנותה הכלכלית של קופת חולים.

חובת הקטנת הנזק

129. למעלה מן הצריך ורק למען הזהירות, נציין כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין לראות את חובתו של ניזוק להקטין את נזקו, ככוללת חיובו לרכוש מוצר ביטוחי ולשלם בגינו פרמיות בעתיד. חובה כזה תהא,

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מרחיקת לכת, ואף יש בה סיכון למדרון חלקלק להגדלת הנטל של הקטנת הנזק.

130. כידוע, על הניזוק לנקוט אמצעים סבירים לשם הקטנת נזקיו. כך קבוע גם בסעיף 61 לחוק חוזה הביטוח. באופן עקרוני אפשר שיוטל על ניזוק לעבור ניתוח, למשל, בגדר נטל הקטנת הנזק, אף כי נקבע כי יש להתחשב במידת הסבל שייסב הניתוח לניזוק, בשיעור סיכויי ההצלחה ובסיכונים, ובגדר הנטל אין מבוטח נדרש לעבור פרוצדורות רפואיות שונות הכרוכות בסיכונים ניכרים או בסבל ממשי: ע"א 252/86 **גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח**, פ"ד מה(4) 45, עמ' 55-56; ולר, עמ' 113.

131. כפי שקבע בית משפט נכבד זה:

"כבר נקבע לא אחת, שתובע אשר יכול לקבל עזרה או תשלום חינוך במסגרת זכויותיו החוקיות, ועל ידי כך יוקטן נזקו, עליו לפעול לקבלתם של אלו (ראו: ע"א 592/66 "הקודחים" נתניה בע"מ נ' ביטון, בעמ' 285; ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, בעמ' 778)"
[ע"א 2801/96 **אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' יפרח** (18.8.1998)].

132. כך, לא יכול להיות חולק ששירות רפואי שניתן חינוך במסגרת זכויותיו החוקיות של ניזוק, נכלל במסגרת נטל הקטנת הנזק. אולם שונה הדבר באשר לחיובו של ניזוק לרכוש מוצר ביטוחי ולשלם בגינו פרמיות או דמי חבר בעתיד.

133. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי מן ההיבט העקרוני, קשה להלום מצב שבו ניזוק מחוייב לרכוש ביטוח, אך כדי להקטין את חיובו העתידי של המזיק, וכי בהקשר זה, אין הבדל בין דרישה להצטרפות להסדר ביטוח משלים לבין דרישה לרכישת פוליסת ביטוח מסחרית. דרישה כזו אינה ראויה ואינה מוצדקת. זאת, קל וחומר מקום בו שוררת אי ודאות הן באשר לגובה דמי החבר (פרט לידיעה הברורה שהיא הולכת ועולה עם הגיל) והן באשר לכיסוי שייכלל במסגרת הביטוח המשלים בנקודת זמן עתידית כלשהי, כפי שהוסבר לעיל.

134. ברמה הפרקטית אולי ניתן היה להתגבר על הקושי שבעצם חיוב ניזוק לשלם דמי חבר בעתיד, למשל באמצעות חיוב הניזוק בתשלום מהוון של דמי חבר אלה (תחת חיובו בפיצוי הניזוק בגין הוצאות עתידיות לגבי רכיבים שמכוסים, בנקודת הזמן הנוכחית, על ידי הביטוח המשלים). אולם עדיין נותרת אי הוודאות בשאלה האם הביטוח המשלים אכן יכסה את השירותים הנדרשים בעתיד. משאין פתרון לאי וודאות זו, תשלום מהוון של דמי חבר עתידיים עלול שלא לפצות את הניזוק באופן מלא, והתוצאה עלולה להיות פיצוי בחסר של הניזוק, תשלום בחסר של המזיק, ונפילה של הניזוק לנטל על הציבור. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי מדיניות משפטית ראויה תבכר, במצב כזה, את חיובו של המזיק במלוא הוצאותיו הצפויות המשוערות של הניזוק.

135. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, נכון לראות ביטוח משלים כחווה ביטוח לצורך סעיף 86 לפקודת הנזיקין, באופן שאין מנכים מן הפיצוי שנפסק לניזוק את ההטבות להן הוא זכאי מכוח הביטוח המשלים. הכרה כזו עולה בקנה אחד עם עקרונות דיני הנזיקין ומתמדת רכישת ביטוח משלים ובכך משיגה מטרות חברתיות וכלכליות חשובות: לקיחת אחריות אישית על מצב רפואי עתידי, מניעת נפילת אדם לנטל על משפחתו ועל הציבור הרחב, ופיזור סיכונים באופן רחב.

136. תכליתו של סעיף 86 לתמרץ רכישת ביטוח נזקי גוף ובכך לעודד פיזור סיכונים רפואיים עתידיים, תוך שמירה על העקרונות הבסיסיים של דיני הנזיקין, ובהם – השבת מצבו של הניזוק לקדמותו תוך מניעת זיכוי בפיצוי יתר ומניעת חיוב המזיק בתשלום יתר.

137. שירותים הכלולים בסל הבריאות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי אינם מהווים חווה ביטוח לצורך סעיף 86. שירותים אלה ניתנים מכוח חוק ולא מכוח חווה, ושלא תמורת תשלום. לעומת זאת, הביטוח המשלים מהווה הסדר וולונטרי תמורת תשלום. מדובר בהסדר מיוחד במינו אשר קיימים קווי דמיון מסויימים בינו לבין ביטוח חובה של רכב מנועי. כמו כן קיימים קווי דמיון רבים בין הביטוח המשלים לבין ביטוח בריאות מסחרי מסוג ביטוח-שיפוי המוצע על ידי מבטחות מסחריות, אף שאין להתעלם מן ההבדלים בין שני ההסדרים, הן מבחינת הדינים החלים עליהם, הן מבחינת "תנאי הכניסה" להצטרפות אליהם.

138. אף שחוק חווה הביטוח וחוק הפיקוח על הביטוח אינם חלים על הביטוח המשלים, ניתן לראות בו חווה ביטוח לצורך סעיף 86 בלבד, וזאת הן מבחינה לשונית והן מבחינה תכליתית.

139. גדר הספקות בנוגע להכרה בביטוח המשלים כחווה ביטוח לצורך סעיף 86 נעוץ בהקשר של זכות השיפוי האפשרית של קופת חולים מן המזיק/המבטח בגין הוצאות שהוציאה מכוח הביטוח המשלים. זכות שיפוי מן המזיק שאינה מלווה בזכות ניכוי של ההטבה מן הפיצוי (ניכוי המוחרג בסעיף 86), עלולה להביא לעיוות במשולש היחסים שבין ניזוק-מזיק-מיטיב נזק, ולתשלום ביתר מצד המזיק.

140. קיים ספק האם קיימת זכות שיפוי של קופת חולים מן המזיק בגין הביטוח המשלים. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין הכרח לקבוע מסמרות בעניין זה, משום שאף אם קיימת זכות שפוי כזו, אין היא חלה כלפי העתיד. אי ניכוי של הטבה עתידית מכוח ביטוח משלים אינו חושף את המזיק לתביעת שיפוי עתידית מצד המיטיב, ועל כן אינו מביא לפיצוי ביתר של הניזוק או לתשלום ביתר של המזיק. כלומר, אין בכך כדי להפר את האיזון במשולש היחסים ניזוק-מזיק-מיטיב.

141. אין מקום לדרישה מן הניזוק להצטרף להסדר ביטוח משלים כחלק מחובתו להקטין את הנזק. זאת במיוחד לנוכח אי הוודאות בדבר הכיסוי שיעניק הסדר זה בעתיד והסיכון לפיצוי בחסר של הניזוק.

142. לנוכח כל האמור, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי נכון לראות את הביטוח המשלים כחווה ביטוח לצורך סעיף 86, כך שלא יובאו בחשבון כל תשלום, הטבה או הנחה, בשירות רפואי, שניתנו מכוח חברות בביטוח משלים, בעת פסיקת הפיצוי הנזיקי.