

על ניכוי תגמולי הביטוח הלאומי מתביעת ניזוק (בעקבות ע"א 1093/07 בכר נ' פוקמן)

מאת

יועד הלבנסברג*

בפסק הדין בע"א 1093/07 בכר נ' פוקמן הבהיר בית המשפט העליון את דרך החישוב של שיעור ניכוי גמלאות המוסד לביטוח לאומי במצבים שבהם רק חלק מהנכות הכוללת של הנפגע נגרם בתאונה נשוא התביעה. בדחותה את הבקשה לדיון נוסף בעניין זה (דנ"א 7454/09) קבעה נשיאת בית המשפט העליון כי נוסחת החישוב שהותוותה בערעור מתחייבת מהלכה קודמת – הלכת עמר – אך הוסיפה כי דרך חישוב זו גם נכונה לגופה.

את נוסחת החישוב שקבע בית המשפט קשה מאוד לקבל. היא אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות משפטיים כלליים של קשר סיבתי ועם העיקרון הנזיקי הבסיסי של השבת המצב לקדמותו. בפרט היא מתעלמת מהחישוב המשוקלל של הנכויות ומיטיבה את מצבו של המזיק, של המוסד לביטוח לאומי, או של שניהם כאחד על חשבון הרעת מצבו של הנפגע.

הערת פסיקה זו מציעה אפוא נוסחה אחרת, שהיא גם נכונה יותר אריתמטית וגם מגלמת היטב את העקרונות הנזיקיים. הנוסחה המוצעת מאזנת באופן ראוי בין המרכיבים של משולש היחסים המורכב מהמזיק, הניזוק והמוסד לביטוח לאומי. נוסף על כך, הנוסחה המוצעת ניתנת ליישוב עם הלכת עמר ועל כן היא חסינה מפני החשש שעמד בבסיס הדחיה של הבקשה לקיום דיון נוסף. הזדמנות מצוינת לתיקון הפסיקה מונחת כעת על שולחנו של בית המשפט העליון בדיון ברע"א 1459/10 ומן הראוי שהזדמנות זו תנוצל.

א. מבוא. ב. על ניכוי של גמלאות המוסד לביטוח לאומי בתביעות בגין נזקי גוף.
ג. פסק הדין בע"א 1093/07 והבקשה לדיון נוסף בדנ"א 7454/09. ד. ביקורת על פסקי הדין והצעת נוסחה חלופית. ה. סיכום. ו. נספח מתמטי.

* עמית מחקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תלמיד מחקר, המרכז לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחבר מבקש להודות לפרופ' ברק מדינה, לפרופ' אריאל פורת, לפרופ' ישראל גלעד, לפרופ' אהוד גוטל, לפרופ' אלון הראל ולעו"ד ארקדי פולונסקי על הערותיהם המצוינות שבהן נעזר רבות. כן מבקש המחבר להודות לעורך ולחברי המערכת של "משפטים על אתר" על הערותיהם המקיפות והמלומדות ועל הצעותיהם המחכימות, ששיפרו ודייקו הערת פסיקה זו.

א. מבוא

בתביעה בגין נזקי גוף קורה לעתים מזומנות שהניזוק זכאי, בגין נכותו שנגרמה בתאונה, גם לתגמולים מאת המוסד לביטוח לאומי. במקרים אלה, כאשר בית המשפט מוצא את המזיק חייב בפיצויים, עליו לקבוע את סכום הפיצויים באופן שיעשה צדק לא רק ביחסים שבין המזיק לבין הניזוק אלא במשולש היחסים שבין המזיק, הניזוק והמוסד לביטוח לאומי. שלושה שיקולים עקרוניים מכתיבים את התוצאה הצודקת במקרים אלה: השיקול הראשון מחייב שהניזוק יפוצה על כל נזקו; השיקול השני הוא השיקול ההרצחתי, המחייב מחד גיסא שהמזיק יישא בכל הנזק שגרם ולא ביותר מכך, ומאידך גיסא – שהניזוק לא יקבל כפל-פיצוי; השיקול השלישי הוא אינטרס ההשבה של המוסד לביטוח לאומי.

שלושת השיקולים הללו כאחד מובילים לכלל הניכוי: מתוך הפיצויים המגיעים לניזוק מאת המזיק, מנוכים תגמולי הביטוח הלאומי שקיבל הניזוק בעבר ושיקבל בעתיד עקב התאונה נשוא התביעה הנזיקית.

כאשר נכותו הכוללת של הניזוק אינה רק תוצאת התאונה נשוא התביעה אלא גם תולדה של מצב רפואי קודם או של אירועים נוספים שאין המזיק חב בגינם – והניזוק זכאי לתגמולים מאת המוסד לביטוח לאומי גם בגין אותם אירועים נוספים או בגין המצב הקודם – אזי על בית המשפט לבצע ניכוי חלקי של הגמלאות: עליו לנכות רק את החלק היחסי מתוך גמלאות המוסד, המצוי בקשר סיבתי עם התאונה נשוא התביעה. אלא, שדרך החישוב של החלק היחסי אינה כה פשוטה: מאז ניתן בשנת 2003 פסק הדין המנחה בעניין עמר¹ היו הערכאות הדיוניות חלוקות בדעתן לגבי אופן החישוב המדויק של שיעור הניכוי במקרה שבו רק חלק מנכותו של התובע נגרמה בתאונה שהיא נשוא תביעתו.

לאחרונה הבהיר בית המשפט העליון סופית את ההלכה בעניין זה בע"א 1093/07 בכר נ' פוקמן². בהערותיו הקצרות של השופט ריבלין, שקיבלו את הסכמת השופטים רובינשטיין וג'ובראן, נקבעה נוסחת החישוב כדלקמן: אם נסמן ב- a את דרגת נכותו של התובע שנגרמה בתאונה נשוא התביעה, וב- b את דרגת נכותו הכוללת של התובע, הרי שעל בית המשפט לנכות $\frac{a}{b}$ משיעור הגמלאות הכולל שמקבל התובע מאת המוסד לביטוח לאומי.

1 רע"א 3953/01 עמר נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(4) 350 (2003) (להלן: הלכת עמר).
2 ע"א 1093/07 בכר נ' פוקמן (פורסם בנבו, 2.7.2009) (להלן: הלכת בכר). דרך חישוב זו אומצה עוד קודם להלכת בכר בפסק הדין בעניין ע"א 2135/06 בולוטיין נ' הדר חברה לביטוח בע"מ, פס" 9-6 לפסק דינו של השופט אלון (פורסם בנבו, 29.6.2008) (להלן: עניין בולוטיין), אולם הבהרתה הסופית של הסוגיה נעשתה בהלכת בכר.

נוסחה פשוטה זו נראית טבעית במבט ראשון ואף מתחייבת לכאורה ממילותיה של הלכת עמר; אלא שהיא אינה עומדת במבחן הביקורת. בפרט היא אינה מביאה בחשבון את האופן שבו מחושבת נכותו הכוללת של נפגע-גוף ("שקלול נכויות")³. כתוצאה מכך, הנוסחה שנקבעה מובילה, ברובם המוחלט של המקרים, לניכוי תגמולי ביטוח לאומי בשיעור גבוה מזה שמקבל הניזוק עקב התאונה. כך מובילה נוסחה זו לפיצוי-חסר של הניזוק, ובה בעת – להתעשרות לא צודקת של המזיק, של המוסד לביטוח לאומי או של שניהם על חשבון הנפגע בתאונה. הסיבה האריתמטית לכך תפורט להלן בחלק ד', אך לצורך המבוא די אם נדגים זאת במקרה הקיצוני הבא: אם טרם התאונה הייתה לניזוק נכות קודמת בשיעור של 90%, ונכותו כתוצאה מהתאונה היא 50%, הרי שנכותו הכוללת (b בנוסחה דלעיל) תהיה 95%. שיעור הגמלאות שינוכה על-פי הלכת בכר הוא 52% מסך כל הגמלאות שהנפגע מקבל מהמוסד (50/95) אף על-פי שרק 5.2% מהגמלאות הללו (5/95) משולמים לנפגע עקב התאונה. בדוגמה זו סכום הניכוי גבוה אפוא פי עשרה מסכום הניכוי הנכון והצודק.⁴

על הלכת בכר הוגשה עתירה לקיום דיון נוסף.⁵ הנשיאה ביניש דחתה עתירה זו תוך שחזרה ואישרה את הנוסחה שקבע בית המשפט בערעור. הנימוק המרכזי לדחיית העתירה היה שהנוסחה שנקבעה תואמת את הלכת עמר ועל כן אינה יוצרת הלכה חדשה ואינה מגלה עילה לקיום דיון נוסף. הנשיאה גם הוסיפה כי הנוסחה האמורה אכן "מייצגת" את חלקה היחסי של התאונה מסך כל התגמולים המשולמים על ידי המוסד לביטוח לאומי". כפי שנראה, קביעתה של הנשיאה ביניש היא – במרבית המקרים⁶ – שגויה.

בשונה מן הנוסחה שקבע בית המשפט, נראה כי הנוסחה הנכונה לחישוב של שיעור התגמולים היחסי שיש לנכות מתביעת הנפגע היא, במרביתם המכרעת של המקרים,⁷

$$\text{דווקא} \quad \frac{a(1-b)}{b(1-a)}$$

3 לשיטת שקלול הנכויות ראו, לדוגמה, את תק' 11(ב) לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), התשט"ז-1956, ק"ת 612. הסבר על שיטת השקלול מופיע להלן בחלק ב'.

4 זוהי, כמובן, דוגמה קיצונית, המובאת להבהרת הטעון בלבד. ברוב המקרים ינוכו פחות מפי עשרה משיעור הניכוי הצודק, אך לעולם ינוכו יותר ואף הרבה יותר מאותו השיעור. הוכחה לטענה זו מופיעה להלן בחלק ו', הנספח המתמטי, כ"משפט ב'".

5 דנ"א 7454/09 בכר נ' פוקמן (טרם פורסם, 10.1.2010) (להלן: דנ"א בכר).

6 מכיוון שמקור הבעיה נובע מאי-התאמה של הנוסחה שקבע בית המשפט לקביעת דרגת נכות בדרך משוקללת, הרי שבמקרים החריגים שבהם הנכות אינה נקבעת בדרך של שקלול – נוסחתו של בית המשפט אינה יוצרת בעיה. דוגמה למקרה חריג כזה, שבו לא מבוצע שקלול, מופיעה להלן בחלק ד'.

7 לעיל ה"ש 6.

נוסחה זו, שאולי אינה אינטואיטיבית במבט ראשון, מובילה לניכוי מדויק של שיעור הגמלאות המצויות בקשר סיבתי עם התאונה נשוא התביעה, וכך היא – ולא הנוסחה שקבע בית המשפט – מגשימה באופן מיטבי את שלושת עקרונות הצדק שפורטו לעיל ועומדים ביסודו של כלל הניכוי.

יתרה מזו: הנוסחה המוצעת כאן גם מתיישבת היטב עם הלכת עמר. היא מבטאת פרשנות תכליתית של הלכה זו, שעיקרה ניכוי של שיעור הגמלאות המצוי בקשר סיבתי עם התאונה. הפרשנות שניתנה בעניין בכר להלכת עמר מבטאת לא יותר מאשר נאמנות מוגזמת למילים שבהן השתמש בית המשפט בהלכה זו: "יחס" (שבין הנכות מן התאונה לבין הנכות הכוללת) ו"השיעור היחסי" (של הנכות הכוללת המצוי בקשר סיבתי עם התאונה),⁸ באופן הפוגע בהגינה של הלכת עמר. הנוסחה המוצעת כאן אף היא מבטאת את היחס האמור, אם כי בפרשנות מילולית (מעט) פחות ותכליתית יותר.

אין אפוא מנוס משינוי הלכת בכר בכיוון זה. הזדמנות לשינוי ההלכה בכיוון זה אכן מונחת בימים אלה לפתחו של בית המשפט העליון ברע"א 1459/10;⁹ יש לקוות שהיא תנוצל בבחינת "מוטב מאוחר מאשר לעולם לא".

המשכה של הערת פסיקה זו הוא כדלקמן: חלק ב' יפרט את הרקע הנחוץ באשר לניכוי של תגמולי הביטוח הלאומי מתביעת הניזוק. חלק ג' יתאר בקצרה את פסק הדין בעניין בכר, לרבות את דחיית העתירה לקיים בו דיון נוסף. חלק ד' יציג את הביקורת על דרך החישוב שנקבעה ויציע דרך חלופית לקביעה של שיעור התגמולים שיש לנכות מתביעת הניזוק וחלק ה' יסכם את הערת הפסיקה. לאחר הסיכום יובא נספח מתמטי קצר, שנועד להוכיח כי הנוסחה המוצעת היא המתאימה ("משפט א'") וכי הנוסחה שנקבעה בהלכת בכר מובילה בהכרח לניכוי של שיעור גמלאות הגבוה מזה הצודק ולפיכך לפגיעה בניזוק ("משפט ב'").

ב. על ניכוי של גמלאות המוסד לביטוח לאומי בתביעות בגין נזקי גוף

התרופה המשפטית העיקרית של מי שנפגע בתאונה היא פיצויים ממי שאחראי בניזקין בגינה; אך משטר האחריות הנזיקי, לרבות זה הדין בנפגעי תאונות דרכים, אינו פועל בחלל ריק. הוא מתקיים בצלה של רשת הביטחון הסוציאלית, הכוללת בראש ובראשונה את תגמולי הביטוח הלאומי. במקרים רבים, התאונה שבגינה תובע הנפגע בניזקין מצמיחה גם זכאות לגמלה מן המוסד לביטוח לאומי – גמלת נכות כללית על-פי פרק ט'

8 הלכת עמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 362.

9 רע"א 1459/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (טרם ניתנה החלטה) (להלן: רע"א 1459/10).

לחוק הביטוח הלאומי,¹⁰ גמלת נכות מעבודה על-פי פרק ה' לחוק האמור, דמי תאונה על-פי פרק ו' לחוק זה או גמלת סיעוד על-פי פרק י'. משום כך, כאשר מתרחשת תאונה היא יוצרת רק במקצת המקרים מערכת חיובים המוגבלת למזיק ולניזוק. במקרים רבים המוסד לביטוח לאומי מצטרף למערכת יחסים זו ונוצר משולש יחסים הכולל את המזיק, הניזוק והמוסד לביטוח לאומי.

האיזון הצודק בין מרכיביו של משולש היחסים הנדון מושגת על שלושה עקרונות. העיקרון הראשון – אולי העיקרון הנזיקי הראשון במעלה – הוא "השבת המצב לקדמותו".¹¹ עיקרון זה, המגלם שיקולים של צדק מתקן, נובע מהאינטואיציה המוסרית הבסיסית שלפיה כשאדם נפגע עקב אשמו של אחר, עקרונות הצדק והמוסר מחייבים שהאדם יפצה אותו על מלוא נזקו.¹² נוסף על שיקולי צדק מתקן, באה לידי ביטוי בעיקרון זה המטרה התרופתית של דיני הנזיקין, המיועדת "להעמיד, ככל האפשר, את הניזוק במצבו בו היה נתון, אלמלא ניזוק בעוולה".¹³

העיקרון השני נגזר משיקולים של הרתעה אופטימלית. עיקרון זה מחייב, מצד אחד, שהמזיק לא יחויב בסך הכול ביותר מהנזק שנגרם באשמו (כדי למנוע הרתעת-יתר), ומצד שני – שהמזיק לא יחויב בפחות מהנזק שגרם באשמו (כדי למנוע מצב של

10 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 210.

11 בלטינית: *restitutio in integrum*. עיקרון זה הובא במירכאות שכן ברור שלכל הפחות בתביעה בגין נזקי גוף, שום פיצוי כספי אינו יכול להשיב בפועל את המצב לקדמותו. כמאמר חז"ל, "כל שהוא כביצה – ביצה טובה ממנו" (בבלי, ברכות מד, ע"ב). על עליונותו של עיקרון זה בדיני הנזיקין ראו ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 775, 762 (1982); וכן בד"נ 4693/05 ב"ח כרמל נ' מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010, פס' 47 ו-123 לפסק דינה (דעת מיעוט) של השופטת נאור והאסמכתאות (שם).

12 בעו שנור "הקשר הסיבתי העובדתי בתביעות בגין נזקי-גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים" מחקרי משפט כג 559, 581 (2007). המחבר מציין כמה גישות של צדק מתקן: בקצה האחד נמצא ויינריב, המקבל כצדק מתקן רק מצב שבו המזיק והוא לבדו מפצה את הניזוק, ובקצה השני נמצא פורת, המקבל כצדק מתקן כל מצב שבו הניזוק מפוצה על כל נזקו והמזיק משתתף במימון הפיצוי. ראו Ernest J. Weinrib, *Understanding Tort Law*, 23 VAL. UL REV. 485 (1989); מנגד ראו אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605, 611-612 (2000). להרחבה ולביקורת על תפיסת הצדק המתקן בדיני הנזיקין ראו ITZHAK ENGLARD, *THE PHILOSOPHY OF TORT LAW*, 20-70 (1993). יש להוסיף בנקודה זו כי בכל מקרה הפיצוי על מלוא הנזק מותנה כמובן בכך שלא היה מעורב אשם של הניזוק. כן ראו את הדיון בגישות לצדק מתקן בפסק דינו המקיף של בית המשפט העליון בעניין ב"ח כרמל, לעיל ה"ש 11, פס' 23-24 ו-52 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, בפס' 47-52 ו-58 לפסק דינה של השופטת נאור ובפס' 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

13 ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, 510 (2004).

הרתעת-חסר). כמו כן, עיקרון זה מכתיב שהניזוק לא יקבל כפל פיצוי – כדי למנוע מצב של הרתעת-חסר של הניזוק.

העיקרון השלישי הוא זכותו של המוסד לביטוח לאומי להשבה, גם אם חלקית, של הגמלאות ששילם. ההצדקה לעיקרון זה היא בעיקרה הגנה על האינטרס הכספי-תקציבי של הציבור, המממן את קופת הביטוח הלאומי.¹⁴

התוצאה המתחייבת מכל שלושת העקרונות הללו¹⁵ היא החלתו של כלל הניכוי,¹⁶ הקובע כי מתוך הסכום המגיע לניזוק מאת המזיק בגין התאונה מנוכה סכום הגמלאות שהניזוק מקבל מאת המוסד לביטוח לאומי בגין אותה תאונה. בד בבד ניתנת למוסד לביטוח לאומי זכות תביעה נגד המזיק בגין הסכומים ששילם לנפגע.¹⁷ כך, משולש היחסים האמור מאוזן באופן המגשים את כל שלושת העקרונות שצוינו בראשית רשימה זו: הניזוק מקבל פיצויים השווים בדיוק לכל נזקו, בצורת פיצויים מופחתים מהמזיק

14 משום כך, במצבים שבהם המזיק הוא ששילם את תשלומי הביטוח הלאומי המממנים את הגמלאות – כמו בתאונות עבודה – אינטרס ההשבה של המוסד נסוג מפני אינטרס המזיק. ראו עוד בה"ש 17 להלן.

15 זהו אחד מהמקרים המעטים שבהם כל העקרונות המרכזיים שבבסיס דיני הניזוקין – צדק מתקן, צדק חלוקתי והרתעה – מובילים כולם כאחד לאותה מסקנה. עם זאת, יש לציין כי ההפרדה בין שלושת השיקולים הללו אינה הכרחית ונעשית לצרכים אנליטיים. כך, למשל, הדרישה שהמזיק ישלם על כל הנזק שגרם ולא יותר מכך – אף-על-פי שהובאה כנובעת מעקרון ההרתעה, משרתת כמובן גם עקרונות של צדק. כך, גם השיקול שהוכתר כאינטרס ההשבה של המוסד לביטוח לאומי יכול להיות גם תוצאה מתבקשת משני השיקולים שקדמו לו.

16 על אף היותו מתבקש מבחינה לוגית, מבחינה היסטורית פתרון הניכוי לא היה פתרון כה ברור מאליו. לסקירה היסטורית ולדיון בנחיצותו של פתרון הניכוי, כמו גם בנחיצותם של פתרונות אחרים שהועלו בעבר, ראו צבי בר ניר "ביטוח לאומי ופיצויים בנזיקים אזרחיים" הפרקליט י 40 (1954); כן ראו אוריאל פרוקצ'יה "חלוקת נטל הנזקים בתאונות עבודה: המצוי והרצוי" משפטים ה 105 (1973).

17 ס' 328 לחוק הביטוח הלאומי. תביעת ההשבה של המוסד לביטוח לאומי היא תביעת תחלוף רגילה (ע"א 1577/97 המוסד לביטוח לאומי נ' עמית, פ"ד נז(4) 433 (2001)), אף-על-פי שבשונה מתביעת מיטיב רגילה, המוסד רשאי לתבוע גם תשלומים עתידיים. מאידך גיסא המוסד מקבל ברוב המקרים השבה חלקית בלבד: ראשית, מעביד ששילם דמי ביטוח נפגעי עבודה פטור מהשבת הגמלאות; שנית, בתביעות השבה בגין תאונות דרכים נקבע מנגנון חוזי שבו ויתר המוסד על חלק ניכר מהגמלאות (לדיון בהסכם זה ראו ע"א 686/97 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוח משה תמר ז"ל, פ"ד נג(5) 145 (1999); דנ"א 10114/03 המוסד לביטוח לאומי נ' אררט חברה לביטוח בע"מ, פ"ד ס(4) 132 (2006)). מעבר לכך, ס' 330 לחוק הביטוח הלאומי קובע כי כאשר הגמלאות עולות על 75% מסכום הפיצוי המגיע לנפגע, המוסד לביטוח לאומי זכאי להשבה בשיעור 75% בלבד מנזקו של הנפגע ואילו הנפגע יקבל את יתרת התשלום, כך שבמקרה זה הנפגע עשוי לקבל עד 125% מנזקו. המטרה של סעיף זה היא לעודד את שיתוף הפעולה שבין הנפגע לבין המוסד כשהאינטרסים של שניהם אינם זהים.

והשלמתם בתגמולי הביטוח הלאומי, המזיק משלם על מלוא הנזק ולא מעבר לכך והמוסד לביטוח לאומי זכאי להשבה.

לעתים מזומנות הניזוק מקבל תגמולי ביטוח לאומי שאינם תוצאה בלעדית של התאונה נשוא תביעתו הניזיקית. הדבר נובע מכמה סיבות. ראשית, מעצם טבעה, רשת הביטחון הסוציאלית אינה מכסה רק אירועי נזק שהם ברי-פיצוי על-פי דיני הניזיקין. למעט חריגים ספורים, תגמולי הביטוח הלאומי מכסים כל ליקוי גופני ניכר מכל מקור שהוא: מחלה, תאונה, פציעה מאירוע טרור וכיוצא באלה. נוסף על כך, מצבו הרפואי של הניזוק הוא לעתים תולדה של כמה אירועים, שגם אם כולם ברי-פיצוי בניזיקין הם אינם נתבעים באותה תביעה. פעמים רבות הניזוק מגיע לתאונה כשהוא אינו בריא ב-100%; לעתים מתרחש לאחר התאונה נשוא התביעה אירוע נוסף – תאונה נוספת או מחלה – שאף הוא מקנה לתובע זכות לתגמולי ביטוח לאומי. מכל המקובץ עולה שנכותו הכוללת של התובע בעת שתביעתו נדונה היא לעתים מזומנות תולדה משולבת של התאונה נשוא התביעה ושל אירועים או ליקויים אחרים, שיכולים אף הם לזכות אותו בתגמולי ביטוח לאומי. במצבים אלה מתעוררת שאלה בדבר השיעור המדויק של ניכוי הגמלאות¹⁸ שיגשים את עקרונות הצדק העומדים בבסיסו של כלל הניכוי.

בשנת 2003 ניתן פסק הדין המנחה המרכזי בעניין זה הלוא הוא עניין עמר.¹⁹ בפסק דין זה נדונה שאלת ניכוי הגמלאות במצב שבו הניזוק סבל עובר לתאונה מנכות שהייתה נמוכה מכדי לזכותו בקצבת נכות והתאונה העלתה את דרגת נכותו הכוללת אל מעבר לסף המזכה בקצבה. בית המשפט קבע כי אף-על-פי שמתקיים במצב זה קשר סיבתי בין התאונה לבין מלוא הגמלאות, אין קשר כזה בין התאונה לבין מלוא הנכות. על כן, פסק בית המשפט, יש לנכות רק את שיעור הגמלאות היחסי, המקביל לשיעור הנכות היחסי שנגרם בתאונה.²⁰ אשר לאופן החישוב של שיעור הניכוי קבע בית המשפט כי הוא יוכתב

18 נקודה זו משמעותית בעיקר על רקע העובדה שברוב המקרים המוסד לביטוח לאומי אינו נדרש לקבוע את הקשר הסיבתי שבין התאונה (או כל אירוע אחר) לבין הנכות שסובל ממנה הנפגע. כך, למשל, בתביעה בגין נכות כללית אין משמעות למקור הנכות. החריג המרכזי הוא תביעה בגין נכות מעבודה, שם נדרש המוסד לביטוח לאומי לקבוע את הקשר הסיבתי בין עבודתו של התובע לבין נכותו, אם כי גם בעניין זה לרוב אין המוסד נדרש לקבוע קשר סיבתי לאירוע ספציפי, אלא לעבודתו של התובע באופן כללי.

19 הלכת עמר, לעיל ה"ש 1.

20 במילותיו של בית המשפט: "חיובו של המזיק בהשבת שווי ההטבה למיטיבו מותנה בקיומו של קשר סיבתי מתאים. אין מדובר בקשר הסיבתי העובדתי בין המעשה המזיק לבין הסרת המחסום בפני תשלום הגמלאות. קשר כזה אכן מתקיים בעצם העובדה שאלמלא המעשה המזיק דהיום לא היו משתלמים התגמולים, לעומת זאת הקשר הסיבתי, שהוא תנאי לחיוב המזיק להשיב למיטיב ערך הטבתו, מתבטא בזיקה הסיבתית שבין המעשה העוולתי לבין הנזק דהיום, לאמור בין מעשה הניזיקין לבין הנכות שהוסבה בתאונה. אכן, המעשה המזיק חולל את הזכאות כולה, אך הוא הסב רק מקצת

על-פי הנכונות שנקבעו בבית המשפט ולא לפי אלה שקבע המוסד לביטוח לאומי, והוסיף:

בית המשפט חייב במקרים כאלה לקבוע לא רק את שיעור הנכות שהוסב לתובע במעשה הנזיקין. הוא חייב גם לקבוע את שיעור הנכות הכוללת של המזיק [כך במקור. צ"ל 'של הנזיקין'; י' ה'] על מנת לעמוד על היחס בין השתיים. התוצאה תוכפל בסכום התגמולים המשתלמים על-ידי המוסד, והסכום שיתקבל ינוכה מן הפיצויים.²¹

שתי קביעות נפרדות מרכיבות אפוא את הלכת עמר. האחת – שיעור הניכוי ייקבע על-פי הנכונות שנקבעו בבית המשפט ולא על-פי הנכונות שנקבעו במוסד לביטוח לאומי. האחרת – שיעור הניכוי ייקבע על-פי היחס שבין הנכות מהתאונה לבין הנכות הכוללת שממנה סובל הנזיקין.²² הקביעה הראשונה תקפה רק לגבי שיעור הניכוי מתביעת הנזיקין; השניה תקפה גם לקביעת שיעור השיפוי של המזיק את המוסד לביטוח לאומי.²³ הערת פסיקה זו עוסקת בחלקה השני של הלכת עמר.

אלא שמילותיה של הלכת עמר לא הצליחו להבהיר את דרך החישוב המדויקת. במיוחד אין זה ברור מתוך פסק הדין מהו בדיוק אותו יחס שבין הנכות שמקורה בתאונה לבין הנכות הכוללת וכיצד יש לחשבו.

אחד הגורמים המסבכים את התמונה הוא הצורך בשקלול של הנכונות. כאשר הנפגע סובל מכמה נכויות אי-אפשר לחבר את הנכויות בחיבור אריתמטי רגיל, שכן דרגת הנכות הכוללת אינה יכולה לעלות על 100%. כך, למשל, אם יש לניזוק נכויות מצטברות בשיעור של 80% ו-50% אי-אפשר, כמובן, לחבר את הנכויות ולהגיע לנכות בשיעור של 130%.

האופן שבו משוקללות הנכויות זהה בכל התקנות המסדירות קביעת נכות.²⁴ תיאור של אופן השקלול מופיע, לדוגמה, בתקנה 11 לתקנות הביטוח הלאומי:

הנכות שבגינה קמה הזכאות. לנכות זו אחראי המזיק. נכות זו גודרת את זכות החזרה של המוסד אל המזיק". שם, בעמ' 359.

שם, בעמ' 362.

22 ההלכה שלפיה יש לנכות רק את חלק הגמלאות המצוי בקשר סיבתי עם התאונה קדמה כמובן להלכת עמר, אלא שהלכת עמר נהפכה להלכה המסכמת בעניין זה והיא הראשונה שניסתה להדריך כיצד לחשב את הניכוי החלקי. לפסק דין קודם בעניין זה ראו, למשל, את ע"א 6553/96 צור-שמיר חברה לביטוח בע"מ נ' מלצר, פ"ד נג(1) 611 (1999).

23 לתחולתה של הלכת עמר על תביעות השיפוי של המוסד לביטוח לאומי ראו רע"א 805/06 המוסד לביטוח לאומי נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים (פורסם בנבו, 29.3.2009).

24 תק' 11 לתקנות הביטוח הלאומי; תק' 3 לתקנות הנכים (מבחינים לקביעת דרגות נכות), התש"ל-1969, ק"ת 217; תק' 17 לתקנות לפיצוי נפגעי גזות (הגשת תביעה, הכרה בנפגע, קביעת דרגת נכות, הרכבת ועדות וסדרי עבודתן), התשנ"ה-1995, ק"ת 546, המחילה את תק' 11 לתקנות

- (א) דרגת נכותו של נפגע תיקבע באחוזים כנקוב לצד כל אחד מהליקויים, הפגמות או מחלות המקצוע (להלן – הפגימה) המנויים בתוספת, ובלבד שלא תעלה על 100%.
- (ב) דרגת נכותו של נפגע אשר נפגם מספר פגמות באותה פגיעה בעבודה, תהא שווה לסכום האחוזים הנקובים בתוספת לצד כל אחת מהפגמות האמורות בחישוב כמפורט להלן:
- (1) בעד הפגימה שנקבע לה האחוז הגבוה ביותר – יבוא בחשבון אחוז הנכות הנקוב בתוספת לצד אותה פגימה;
- (2) בעד הפגימה שנקבע לה האחוז השני בגובהו – יבוא בחשבון האחוז הנקוב לצד אותה פגימה כשהוא מוכפל בהפרש שבין האחוז האמור בפסקה (1) ובין 100%;
- (3) בעד הפגימה שנקבע לה האחוז השלישי בגובהו – יבוא בחשבון האחוז הנקוב לצד אותה פגימה כשהוא מוכפל בהפרש שבין סכום אחוזי הנכות שנקבעו לפי פסקאות (1) ו-(2) ובין 100%;
- (4) הוראות פסקה (3) יחולו, בשינויים המחוייבים, על כל פגימה נוספת.

כדי להדגים את אופן החישוב של הנכות הכוללת נחזור לדוגמה שהובאה לעיל. כאשר אדם סובל מנכות מסוג אחד בשיעור 80%, ומנכות נוספת בשיעור 50%, אזי דרגת נכותו המשוקללת הכוללת תהיה 90% (דרך חישוב הנכות המשוקללת היא: $50\% * (100\% - 80\%) + 80\%$).

כאמור, מילותיה של הלכת עמר לא היו ברורות די צרכן ואכן, מאז קביעתה היתה דרך החישוב המדויקת נתונה במחלוקת בין הערכאות הדיוניות. בין היתר, היו שפסקו כי השיעור היחסי ייקבע על-פי היחס האריתמטי בין הנכויות כשהן אינן משוקללות²⁵ והיו שפסקו כי יש לעשות שימוש ביחס האריתמטי שבין הנכויות בצורתן המשוקללת²⁶. כפי שנראה בחלק ד', אף לא אחת מהדרכים הללו מוצדקת – ועל כן נציע דרך שלישית.

הביטוח הלאומי; תק' 3 לתקנות נכי המלחמה בנאצים (מבחנים לקביעת דרגת נכות), התשט"ז-1956, ק"ת 1014; תק' 9 לתקנות נכי רדיפות הנאצים (קביעת דרגת נכות), התשמ"ד-1983, ק"ת 26; תק' 14 לתקנות שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גימלאות) (כללים ומבחנים לקביעת דרגת נכות), התשנ"א-1990, ק"ת 55.

25 ראו, לדוגמה, ע"א (מחוזי י-ם) 3546/09 המוסד לביטוח לאומי נ' כלל חב' לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.1.2010) (להלן: ע"א 3546/09).

26 ראו, לדוגמה בלבד, את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בו עוסק הערעור בעניין בכר, ת"א (מחוזי י-ם) 2331/01 בכר נ' פוקמן (פורסם בנבו, 28.12.2006).

ג. פסק הדין בע"א 1093/07 והעתירה לדיון נוסף בדנ"א 7454/09

ניסיונו הראשון של בית המשפט העליון להבהיר את הלכת עמר היה בעניין בולוטיין.²⁷ השאלה המרכזית שעמדה שם לדיון נסבה סביב אימוצו של בית המשפט המחוזי את הנכות הכוללת שקבע המוסד לביטוח לאומי, אולם בית המשפט הוסיף וקבע:

גמלאות מל"ל המשולמות למערער דנן נקבעו בהתאם לשיעור נכות הכוללת [...] שיעור נכות זה כולל הן את מרכיבי הנכות שנגרמו לו כתוצאה מתאונת הדרכים דנן, והן מרכיבי נכות שמקורן במחלות או אירועים שאינם קשורים לתאונה. חלק הגמלאות בגין המרכיב הראשון ינוכה מסכום הפיצויים, ואילו חלקו השני לא ינוכה.

וכיצד ייקבע היחס שבין שני מרכיבים אלה של התגמולים? ההלכה לעניין זה נפסקה בפרשת עמר [...] ודוק, הן המונה (הנכות בגין התאונה) והן המכנה (הנכות הכוללת) שבמשוואת יחסי הנכויות האמורה, יהיו שניהם בהתאם לקביעות שנקבעו לעניין זה בבית המשפט בגדרו של הליך הנזיקין (ובעניינו הליך הפלת"ד).²⁸

פסק דין בולוטיין קבע אפוא כי את שיעור הגמלאות היחסי שיש לנכות מתביעת הניזוק יש לחשב על ידי חלוקת "הנכות בגין התאונה" ב"נכות הכוללת". גם דברים אלה לא היו ברורים די צרכם, ובית המשפט נדרש שוב להבהיר דרך החישוב הנכונה של יחסי הנכויות בעניין בכר.²⁹ בעניין זה נפגעה התובעת בתאונת דרכים. בית המשפט המחוזי פסק, על-פי חוות הדעת של המומחה הרפואי מטעמו, נכות בתחום האורתופדי בשיעור משוקלל של 37%³⁰ ותו לא. לעומת זאת, במסגרת תביעת הנכות הכללית במוסד לביטוח לאומי נקבעה דרגת נכותה הכוללת של גב' בכר ל-66%, שמתוכם – כך הסיק בית המשפט המחוזי³¹ – יש לייחס לתאונה נכות בשיעור 56.8%³².

27 עניין בולוטיין, לעיל ה"ש 2.

28 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט אלון. פסק הדין ניתן בהסכמת המשנה לנשיאה השופט ריבלין והשופטת ארבל.

29 הלכת בכר, לעיל ה"ש 2.

30 נכות בשיעור 30% בגין פגיעה בקרסול ונכות בשיעור של 10% בגין פגיעה בברך שמאל.

31 כאמור, המוסד לביטוח לאומי אינו דן בשאלת הקשר הסיבתי בקביעה של דרגת נכות כללית. בית המשפט המחוזי הסיק את מסקנותיו מתוך פרוטוקול הדיון בוועדת הרופאים של המוסד לביטוח לאומי.

32 שיעור זה של נכות משוקללת הוא תוצאה של נכויות בשיעור 10% בגין ליקוי נפשי, 40% בגין הקרסול ו-20% בגין הברך. נוסף על נכויות אלה קבע המוסד לביטוח לאומי לתובעת גם נכות בשיעור של 20% בגין מצב קודם של דלקת בכבד.

מתוך הפיצוי שפסק לתובעת ניכה בית המשפט המחוזי תגמולי ביטוח לאומי בשיעור של

$$\frac{56.8}{66} \approx 86\%$$

משיעור התגמולים הכולל.

על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגש ערעור שרובו עסק בדברים שאינם נוגעים לענייננו. אולם, בית המשפט העליון, מפי השופט ריבלין,³³ העיר כי בית המשפט המחוזי הלך בדרך הנוגדת את הלכת עמר בכך שחישב את השיעור היחסי של ניכוי התגמולים על-פי הנכויות שנקבעו במוסד לביטוח לאומי במקום לקבוע בעצמו גם את הנכות הכוללת של התובעת.³⁴ אשר לדרך החישוב קבע השופט ריבלין:

היה על בית המשפט המחוזי לקבוע בעצמו את שיעור נכותה הכוללת של המערערת, לבחון את היחס בין שיעור זה לבין אחוזי הנכות הצמיתה עקב התאונה שנקבעו למערערת בפסק הדין (37%), ולהכפיל יחס זה בסכום התגמולים שעומד על 427,831 ₪. דרך חישוב זו מבוטאת במשוואה הבאה (שבה ה-X מייצג את גובה הנכות הכללית לפי קביעת בית המשפט וה-Y מייצג את סכום התגמולים המנוכה מן הפיצוי):

$$Y = 427,831 \cdot \frac{37\%}{X\%} \quad 35.$$

בצורה כללית אפוא, הנוסחה שקבע בית המשפט לחישוב שיעור התגמולים שיש לנכות מתביעת הנפגע היא

$$\frac{\text{שיעור הנכות כתוצאה מהתאונה}}{\text{הנכות המשוקללת הכוללת}}.$$

33 את פסק הדין המרכזי בעניין זה כתב השופט רובינשטיין, אלא שהוא התייחס בפסק דינו לשאלות האחרות שעלו בערעור. השופט ריבלין, שהסכים עם השופט רובינשטיין, הוסיף את הערותיו בנוגע לדרך החישוב הנכונה ולאחר מכן הסכים איתו השופט ג'ובראן. לאחר שקרא את הערותיו של השופט ריבלין הוסיף השופט רובינשטיין כי הוא מסכים עם קביעותיו, אף שלדעתו טוב אם הצדדים יסכימו בעצמם על שיעור הנכות הכוללת בלי צורך בחוות דעת רפואיות נוספות בעניינים רפואיים שאינם תוצאת התאונה. אם כן, בסופו של דבר זכו הערותיו של השופט ריבלין להסכמה פה אחד של כל שלושת שופטי המותב.

34 בלשונו של השופט ריבלין: "אין מקום להסתמך על קביעותיו של המוסד לביטוח לאומי (בעניין נכות כללית) בכל הנוגע לקביעת הקשר הסיבתי שבין נכות מסוימת לבין התאונה, ועל בית המשפט להכריע בכך במסגרת בדיקה עצמאית". הלכת בכר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 9.

35 שם, בעמ' 8.

כפי שנראה, נוסחה זו שגויה. אולם בכך לא תם הסיפור. על פסק הדין בערעור הוגשה עתירה לקיום דיון נוסף.³⁶ העותרים טענו, ראשית, נגד הקביעה שחישוב שיעור התגמולים שיש לנכות נעשה במנותק מקביעת הנכות במוסד לביטוח לאומי,³⁷ וכך, במצבים שבהם קביעת הנכות על-ידי בית המשפט שונה מקביעתה על-ידי המוסד לביטוח לאומי – שיעור הנכות המתחייב מהלכת בכך יפגע לעתים בניזוק ולעתים במזיק. נוסף על כך טענו העותרים כי שיעור הניכוי על-פי הנוסחה בהלכת בכך אינו חד-משמעי והוא יכול להיות תלוי בסדר השקלול של הנכיות.³⁸ הנשיאה ביניש דחתה את העתירה לקיום דיון נוסף, בעיקר מהטעם שהיא אינה קובעת הלכה חדשה:

נוסחת החישוב לניכוי החלק היחסי [...] לא קבעה הלכה חדשה בעניין זה. נוסחת החישוב מהווה אך תצוגה גרפית ויישום של הלכה קודמת שנקבעה על ידי בית משפט זה [...] שאלה זו התעוררה והתבררה בפרשת עמר.³⁹

הנשיאה דנה גם בנוסחה שנקבעה בערעור לגופה והוסיפה כי הנוסחה האמורה אכן "מייצגת" את חלקה היחסי של התאונה מסך כל התגמולים המשולמים על ידי המוסד לביטוח לאומי". התוצאה היא שארבעה שופטים של בית המשפט העליון בחנו נוסחה זו לגופה ואישרו אותה; אם נוסף על כך את השופטים שדנו בעניין בולוטיץ' מדובר בשישה שופטים. דא עקא, כפי שנראה בחלק הבא של הערת פסיקה זו, דרך חישוב זו מוטעית היא.

לאחר פסק הדין בעניין בכר וההחלטה בעניין הבקשה לדיון הנוסף פסקו בתי המשפט בעקבות הנוסחה שנקבעה.⁴⁰ אלא, שבעניין קביעת שיעור ההשבה שלו זכאי המוסד לביטוח לאומי הלך בית המשפט המחוזי בירושלים בדרך מעט אחרת. בע"א 3546/09 ניצל בית המשפט המחוזי את העובדה שמדובר בעניין מעט שונה מהלכת בכר (קביעת שיעור ההשבה של המוסד לביטוח לאומי, בניגוד לקביעה של שיעור הניכוי מתביעת הניזוק) כדי לסטות מהנוסחה שנקבעה בעניין בכר. בית המשפט המחוזי קבע כי יש לעשות שימוש בנוסחה דומה, אך לחבר את הנכיות בשיעורן ה"גולמי", בלי לשקללן, כבסיס לחישוב השיעור היחסי של הגמלאות שבגינן יש לזכות את המוסד לביטוח לאומי. בקשת רשות ערעור על פסק דינו זה של בית המשפט המחוזי נדונה כעת

36 דנ"א בכר, לעיל ה"ש 5. לעתירה זו ביקשה להצטרף גם לשכת עורכי הדין כ"ידיד בית המשפט".
 37 במקרה הספציפי הורה בית המשפט לנכות גם את חלק התגמולים המתייחס לנכות הנפשית שנקבעה לתובעת במוסד לביטוח לאומי, אף-על-פי שבבית המשפט לא נקבעה לתובעת כל נכות בתחום זה.
 38 תיאור הטענות שעלו בדיון הנוסף מובא מתוך החלטת הנשיאה ביניש.
 39 דנ"א בכר, לעיל ה"ש 5, בפס' 4 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
 40 ראו, בין היתר, את רע"א 1396/09 אלקאדר נ' זועבי (פורסם בנבו, 13.7.2009).
 41 ע"א 3546/09, לעיל ה"ש 25.

בבית המשפט העליון.⁴² כפי שנראה להלן, גם דרכו של בית המשפט המחוזי בעניין זה איננה נכונה, אך בקשת רשות הערעור היא הזדמנות מצוינת לתקן את הלכת בכר.

ד. ביקורת על פסק הדין

בטרם אפרט את הביקורת שלי על הלכת בכר אבקש להדגיש כי לאור המחלוקות שהתגלעו בין הערכאות הדיוניות, טוב עשה השופט ריבלין שהוסיף את הערותיו והבהיר מהי דרך החישוב הראויה בעיניו לניכוי גמלאות חלקי. נוסף על כך, אציין כי הביקורת שבאמתחתי שונה מהטענות שהועלו בעתירה לקיום דיון נוסף. אינני טוען כי הלכת בכר תוביל לעתים לקיפוח המזיק ולעתים לקיפוח הניזוק, ואיני טוען שסדר השקלול של הנכויות ישפיע על התוצאה.⁴³ טענתי היא דווקא שלעולם יהא זה הניזוק שיקופח מהנוסחה שנקבעה⁴⁴ – כפי שאוכיח להלן ב"משפט ב'" בחלק ו' ה"נספח המתמטי". הנוסחה שקבע בית המשפט, היא, כאמור לעיל,

$$\frac{\text{שיעור הנכות כתוצאה מהתאונה}}{\text{הנכות המשוקללת הכוללת}}$$

אם נסמן את הנכות שהסבה התאונה לניזוק ב- a ואת הנכות המשוקללת הכוללת ב- b , הנוסחה היא $\frac{a}{b}$.

הבעיה המרכזית בנוסחה זו נעוצה בכך שהיא אינה מגלמת די את העובדה שהנכות הכוללת של הניזוק נקבעת באופן משוקלל. בשל שיטת שקלול הנכויות, לעולם יהא רכיב הנכות הנובע מהתאונה (a), כשהוא משוקלל בתוך הנכות הכוללת של הניזוק (b), קטן מרכיב זה כשהוא לעצמו.

כדי להדגים זאת נניח את הדוגמה הבאה: שמעון סובל קשות משחפת כרונית, שבגינה נקבעו לו 80% נכות כללית במוסד לביטוח לאומי.⁴⁵ יום אחד נפגע שמעון בתאונה שבגינה אחראי לו. לאחר כל הטיפולים הרפואיים הותרה בו התאונה פגיעה קשה בכתף ימין, העולה כדי 50% נכות.⁴⁶ בהתאם לתקנות הביטוח הלאומי תיקבע כעת נכותו הכוללת של שמעון ל-90% (החישוב: $50\% * (100\% - 80\%) + 80\%$). השפעת

42 רע"א 1459/10, לעיל ה"ש 9.

43 שהרי התקנות קובעות במדויק את סדר השקלול (ראו לעיל, בטקסט שליד ה"ש 24).

44 יש להדגיש נקודה זו: גם במקרים שבהם הנכויות שתיקבענה בבית המשפט ובמוסד לביטוח לאומי יהיו זהות ייפגע הניזוק. נוסף על כך, נוסחת החישוב שקבע בית המשפט אינה מתאימה אף למקרה שנדון בעניין בכר עצמו.

45 בהתאם לס' 5(ב)(1)(ד) לתוספת לתקנות הביטוח הלאומי.

46 בהתאם לס' 41(2) לתוספת לתקנות הביטוח הלאומי.

השיטה של שקלול נכויות היא שהתוספת שהסב לוי לנכותו הכוללת של שמעון היא 10% בלבד (הנכות הכוללת עלתה מ-80% ל-90%), אף על-פי ששיעור הנכות ה"גולמי" שגרם לוי (a בנוסחה לעיל) הוא 50%.

התוצאה הנובעת מכך היא שנוסחת בכר מובילה – בכל עת שנכות הניזוק נקבעת באופן משוקלל – לניכוי גמלאות בסך גבוה משיעור הגמלאות שהוסיפה התאונה בפועל. תוצאה זו מובילה לכך שבכל המקרים הללו יופר האיזון במשולש היחסים מזיק-ניזוק-מוסד לביטוח לאומי. הניזוק יפוצה בסך הכול בסכום נמוך מהנזק שנגרם לו וכך יופר העיקרון בדבר השבת המצב לקדמותו. המוסד לביטוח לאומי יקבל השבה בשיעור גבוה מהמגיע לו והמזיק עשוי לשלם בסך הכול⁴⁷ פחות מן הנזק שגרם, וכך ייפגע גם יסוד ההרתעה החשוב כל כך בדיני הנזיקין. משום כך, השימוש בנוסחה שקבע בית המשפט בהלכת בכר מנוגד לעקרונות העומדים בבסיסו של כלל הניכוי.

כדי להדגים את התוצאה השלילית של הלכת בכר במונחים כספיים נחזור לדוגמה שהבאנו לעיל. נניח כעת ששמעון מגיש לבית המשפט תביעה בנזיקין כנגד לוי, ולצורך הפשטות נניח שבית המשפט מסכים עם שיעורי הנכות שנקבעו במוסד לביטוח לאומי. לצורך פשטות ההדגמה נניח גם שכל אחוז נכות כללית מקנה לשמעון גמלאות בשיעור מהוון של 10,000 ש"ח, כך ששיעור הגמלאות המהוון הכולל ששמעון היה זכאי לו מאת המוסד לביטוח לאומי, עובר לתאונה, הוא 800,000 ש"ח (לפי 80% נכות) ושיעור הגמלאות המהוון לאחר התאונה יהיה 900,000 ש"ח (לפי 90% נכות). עוד נניח שבית המשפט קובע כי שיעור הנזקים של שמעון כתוצאה מהתאונה מסתכם במיליון ש"ח, ועולה השאלה מהו גובה הגמלאות שיש לנכות מסכום זה.

על-פי הלכת בכר בית המשפט צריך להורות כי יש לנכות 500,000 ש"ח מתוך סכום הפיצויים, לפי החישוב

$$\frac{50\%}{90\%} \cdot 900,000 = 500,000$$

התאונה תזכה את שמעון אפוא בסכום פיצוי כולל, מן המזיק ומהמוסד לביטוח לאומי כאחד, בסך של 600,000 ש"ח בלבד (500,000 מאת לוי⁴⁸ ועוד 100,000 כתוספת, במונחים מהוונים, לגמלת הנכות הכללית).⁴⁹ זאת, אף-על-פי שבית המשפט

47 כאמור, זכות ההשבה של המוסד לביטוח לאומי אינה מלאה. ראו לעיל, ה"ש 17. כתוצאה מכך, באותם מקרים יהנה אף המזיק מכך ששיעור הניכוי מתביעת הניזוק גבוה משיעור התגמולים ששילם המוסד לביטוח לאומי.

48 סכום זה, של 500,000 ש"ח, מורכב מפיצוי בסך מיליון ש"ח בגין הנזק בתאונה בניכוי הגמלאות על-פי הלכת בכר בסך של 500,000 ש"ח כאמור.

49 סכום זה, של 100,000 ש"ח, הוא ההפרש בין גמלת הנכות המהוונת שקיבל שמעון לפני התאונה (800,000 ש"ח) לבין גמלת הנכות המהוונת שקיבל אחריה (900,000 ש"ח).

העריך את נזקו של שמעון כתוצאה מהתאונה בסך של מיליון ש"ח. פיצוי-החסר שממנו יסבול שמעון בדוגמה זו כתוצאה ישירה מהטעות שבהלכת בכר עולה לסך של 400,000 ש"ח.

כעת יש להשלים את משולש היחסים שבין שמעון, לוי והמוסד לביטוח לאומי; אך לצורך כך יש להפריד בין כמה אפשרויות:

1. אם התאונה שבה נפגע שמעון היתה במסגרת עבודתו של שמעון אצל לוי, הרי שלוי, בתור מעביד, יהיה פטור מחובת ההשבה למוסד לביטוח לאומי וישלשל לכיסו את כל 400,000 השקלים.

2. אם אין קשר בין שמעון ולוי, והתאונה אינה תאונה שעליה חל ההסכם בין המוסד לביטוח לאומי לבין חברות הביטוח⁵⁰ – יהיה לוי חייב בהשבה של 500,000 השקלים שנוכו מתביעתו של שמעון. במקרה זה יתעשר המוסד לביטוח לאומי כתוצאה מהלכת בכר בסך של 400,000 ש"ח.

3. אם התאונה היא תאונת דרכים שעליה חל ההסכם שבין המוסד לביטוח לאומי לבין חברות הביטוח, הקובע חובת השבה חלקית בלבד של סכום הגמלאות, אזי הן המוסד לביטוח לאומי והן לוי (או מבטחו) ישלשלו לכיסם חלקים מאותם 400,000 ש"ח על-פי החלוקה הקבועה בהסכם, לפי נסיבות התאונה.

העולה מכל המקובץ הוא שהלכת בכר גורמת לפיצוי-חסר של הניזוק ולהתעשרות לא מוצדקת של המוסד לביטוח לאומי, של המזיק או של שניהם כאחד.

ככל שנכותו הקודמת של הניזוק, טרם התאונה נשוא התביעה הנזיקית, גבוהה יותר – כך העיוות שיוצרת הנוסחה שקבע בית המשפט גבוה יותר. קל לראות זאת במקרים שבהם נכותו הקודמת של הניזוק היא 100% (למשל, כשאדם עיוור נפגע בתאונה). במקרים אלה, הנכות שהסבה התאונה לא תוסיף כל תגמולים לניזוק (שהרי אי-אפשר לשלם תגמולים בעד נכות העולה על 100%), אך מנגד יצווה בית המשפט לנכות תגמולים במלוא שיעור הנכות שנגרם בתאונה.

רק במקרים שבהם אין משקללים את הנכויות, כמו במקרה של פגיעה באיבר זוגי,⁵¹ לא ייווצר עיוות משימוש בנוסחה שנקבעה בהלכת בכר. עם זאת, מקרים אלה הם נדירים יחסית. רובן המוחלט של הנכויות נקבע באופן משוקלל.

בשל ההשפעה של שקלול הנכויות המתוארת לעיל, הרי שכדי להחזיר את האיזון למשולש היחסים שבין המזיק, הניזוק והמוסד לביטוח לאומי יש לעשות שימוש בנוסחה

50 כאמור בה"ש 17 לעיל, בין חברות הביטוח (ו"קרנית") לבין המוסד לביטוח לאומי נחתם בעבר הסכם הקובע כי בתביעות השבה בגין תאונות דרכים ייקבע מנגנון השבה חוזי. מנגנון זה מצד אחד מפשט ומקצר את תהליך הקבלה של סכומי השיכוב ואף קובע ריבית "עונשית" על הימנעות חברת ביטוח מהיענות לדרישת המוסד, ומצד שני כולל ויתור של המוסד על אחוזים ניכרים מסכומי השיכוב המגיעים לו (לדיון בהסכם זה ראו, לדוגמה, עניין תמר ועניין אררט, לעיל ה"ש 17).

51 תק' 19 לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה).

אחרת מזו שקבע בית המשפט. הנוסחה הנכונה צריכה להתייחס פחות לשיעור הנכות שנגרם בתאונה כשלעצמו ויותר לתוספת השולית של שיעור הנכות – התוספת שהסבה התאונה לניזוק. בדוגמה שהובאה לעיל, תוספת הנכות השולית שהסבה התאונה לשמעון היא כאמור 10% בלבד, אף-על-פי ששיעור הנכות "הגולמי" שנגרם בתאונה הוא 50%. במונחים כלליים, אם נסמן ב- a את שיעור הנכות "הגולמי" שנגרם בתאונה (50% בדוגמה דלעיל), ב- b את שיעור הנכות המשוקללת הכוללת (90% בדוגמה שלעיל), וב- c את שיעור הנכות המשוקללת הקודמת, עובר לתאונה (80% בדוגמה דלעיל), הרי ששיעור הניכוי החלקי צריך להיות

$$\frac{b-c}{b}$$

(להלן: "נוסחת התוספת השולית").

בחישוב על-פי נתוני הדוגמה, שיעור זה יהיה:

$$\frac{90\% - 80\%}{90\%} = \frac{1}{9}$$

אכן, בדיקה מהירה מראה ששיעור ניכוי זה יחזיר על כנו את האיזון במקרה שהובא בדוגמה לעיל: מתביעתו של שמעון ינוכו רק 100,000 ש"ח וכך יזכה שמעון לפיצוי מלא בגין נזקו בן המיליון ש"ח.⁵²

הנוסחה המוצעת מתיישבת היטב עם הגיונה של הלכת עמר. עיקרה של הלכה זו הוא הכלל בדבר ניכוי של שיעור גמלאות כזה, שיש לו קשר סיבתי לתאונה. הנוסחה המוצעת אכן מגלמת את שיעור הגמלאות היחסי התואם את תוספת הנכות שהסבה התאונה לניזוק. בניגוד לכך, הנוסחה שנקבעה בעניין בכר מבטאת אמנם את היחס שבין הנכות מן התאונה לבין הנכות הכוללת, אך קבלתה אינה יותר מנאמנות מוגזמת למילים שבהן השתמש בית המשפט בהלכת עמר, בבחינת פרשנות מילולית המרוקנת מתוכן את הגיונה של ההלכה.

לא זו אף זו: תנוח דעתו של הקורא, שהנוסחה הנ"ל ניתנת ליישוב לא רק עם הגיונה של הלכת עמר אלא אף עם מילותיה המדויקות. כזכור, בהלכת עמר קבע בית המשפט כי שיעור הניכוי היחסי אינו אלא היחס שבין "שיעור הנכות שהוסב לתובע במעשה הנזיקין" לבין "שיעור הנכות הכוללת". הרי כאשר מבוצע שקלול של הנכויות, "שיעור הנכות שהוסב לתובע במעשה הנזיקין" אינו הנכות ה"גולמית" אלא דווקא משקלה היחסי של אותה נכות "גולמית" כשהיא משוקללת עם הנכות הקודמת (או המאוחרת)

52 הפיצוי המלא יהיה 900,000 ש"ח שיקבל מאת לוי ועוד 100,000 ש"ח שיקבל כגמלה מהוונת מאת המוסד לביטוח לאומי.

שאינן המזיק חב בגינה. יש אפוא להכפיל את הנכות ה"גולמית" ברכיב המגלם את משקלה בתוך הנכות הכוללת. אם לחזור לסימונים שבהם השתמשנו לעיל, רכיב זה הוא:

$$\frac{a(1-b)}{b(1-a)}$$

הנוסחה הנכונה השלמה לחישוב שיעור הגמלאות החלקי שיש לנכות מתביעת הניזוק היא אפוא:

$$\frac{(1-b)}{(1-a)}$$

הוכחה כללית לכך שנוסחה זו אכן שקולה לנוסחת הנכות השולית שהובאה לעיל מופיעה להלן בחלק ו', "נספח מתמטי", כהוכחת "משפט א'". כאן נוכל לחזור לדוגמה שבה השתמשנו לעיל כדי להדגים את נכונות הנוסחה. שיעור התגמולים שיש לנכות מתוך תביעתו של שמעון, לפי הנוסחה המוצעת, הוא:

$$\frac{a(1-b)}{b(1-a)} = \frac{50\%(100\% - 90\%)}{90\%(100\% - 50\%)} = \frac{5\%}{45\%} = \frac{1}{9}$$

אכן, כאמור, התאונה הוסיפה בדיוק $\frac{1}{9}$ מתוך הנכות הכוללת של שמעון: התאונה העלתה את דרגת נכותו מ-80% ל-90%, ועל כן הולידה תוספת תגמולים בשיעור יחסי של $\frac{10\%}{90\%} = \frac{1}{9}$.

דוגמה אחרת, המבהירה עוד את אי-הצדק הנובע משימוש בנוסחה שנקבע בהלכת בכר, היא כששתי תאונות, בזו אחר זו, גורמות לנכויות נפרדות (מצב שבו נכות אחת אינה "בולעת" את רעותה). נניח כעת ששמעון הוא אדם בריא, אך ראובן פגע בו בתאונה וגרם לו ללקות בנכות בשיעור 80%, ולאחר זמן קצר פגע בו לוי וגרם לו לנכות בשיעור 50%. המתחייב מהלכת בכר הוא שבתביעה מול ראובן ינוכו $\frac{8}{9} = 80\%/90\%$ מסך כל

53 ראוי להדגיש שהנוסחה המוצעת תקפה בין ששיעור הנכות המקורי הוא הגדול יותר ובין ששיעור הנכות שהסבה התאונה הוא הגדול יותר. עם זאת, במקרה הקיצוני שבו הנכות הקודמת, או הנכות שנגרמה בתאונה, עולה כדי 100%, הביטוי בנוסחה נהפך חסר משמעות ויש לחזור לשימוש ב"נוסחת התוספת השולית".

תגמולי הביטוח הלאומי שמקבל שמעון, כלומר: 800,000 ש"ח; בתביעה מול לוי ינוכו על-פי הלכת בכר $\frac{5}{9} = \frac{50\%}{90\%}$ מהתגמולים, כלומר: 500,000 ש"ח. סך הכול, על-פי הלכת בכר, ינוכו משתי התביעות גם יחד 1,300,000 ש"ח, כלומר: יותר מסך כל התגמולים ששמעון מקבל מאת המוסד לביטוח לאומי. לעומת זאת, הליכה בדרך המוצעת תגרוור ניכוי של $\frac{8}{9} = \frac{80\%}{90\%}$ מהגמלאות בתביעה מול ראובן⁵⁴ וניכוי של

$$\frac{a(1-b)}{b(1-a)} = \frac{50\%(100\% - 90\%)}{90\%(100\% - 50\%)} = \frac{5\%}{45\%} = \frac{1}{9}$$

מהגמלאות בתביעה מול לוי. סך הכול ינוכו בדיוק 100% מהגמלאות, כפי השיעור הצודק.

אפשר להוסיף ולהדגים את אי-הצדק המגולם בהלכת בכר באמצעות שימוש בנתונים המספריים של עניין בכר עצמו. שימוש בנתונים אלה יראה כי הנוסחה שקבע בית המשפט הובילה שם לפיצוי-חסר של גב' בכר בשיעור של 82,488 ש"ח.⁵⁵ טוב יעשה אפוא בית המשפט העליון אם ישנה את הנוסחה שקבע בהלכת בכר. אכן, כאמור, הזדמנות לשינוי ההלכה בכיוון זה מונחת בימים אלה לפתחו של בית המשפט העליון ברע"א 1459/10⁵⁶ ויש לקוות שהיא תנוצל. עם זאת, יש להדגיש כי שימוש ביחס האריתמטי שבין הנכויות "הגולמיות", הלא-משוקללות – כפי שעשה בית המשפט המחוזי בפסק דינו בו ידון בית המשפט העליון ברע"א 1459/10 – אף הוא אינו מוצדק. אם נחזור לדוגמת שמעון ולוי, דרכו של בית המשפט המחוזי הייתה מובילה בדוגמה זו לניכוי בשיעור של

$$\frac{50\%}{80\% + 50\%} = \frac{5}{13}$$

54 ודוק: כיוון שהנכות מהתאונה הראשונה אינה משוקללת, הרי שכפי שצינתי לעיל, בטקסט שליד ה"ש 48 – אפשר לעשות שימוש דווקא בנוסחת בכר. לחלופין אפשר לעשות שימוש בנוסחת "התוספת השולית" שהובאה לעיל.

55 בעניין בכר הכריע בית המשפט העליון שלא להתערב בפסיקת בית המשפט המחוזי לנכות 86% מהתגמולים (על-פי החישוב 56.8/66). לו היה נעשה שימוש בנוסחה המוצעת, היה שיעור הניכוי

$$\frac{0.568(1-0.66)}{0.66(1-0.568)} \approx 66.78\%$$

השיעור הכולל של הגמלאות שלהן הייתה זכאית גב' בכר הוא 427,831 ש"ח. בית המשפט העליון אישר אפוא ניכוי גמלאות בסך של 368,194 ש"ח כשסכום הגמלאות המצוי בקשר סיבתי עם התאונה הוא 285,706 ש"ח בלבד.

56 רע"א 1459/10, לעיל ה"ש 9.

מתוך כלל תגמולי הביטוח הלאומי של שמעון, כלומר: לניכוי של 346,154 ש"ח, במקום 100,000 ש"ח בלבד. כאשר הנכות נקבעת בצורה משוקללת אזי רק הנוסחה המוצעת כאן – היא לבדה הנכונה, מבחינה אריתמטית ומשפטית כאחד.

ה. סיכום

חלק ניכר מהתביעות האזרחיות שבהן עוסקים בתי המשפט הן תביעות בגין נזקי גוף. מתוך אלה, בחלק לא מבוטל זוכה הניזוק לתגמולי ביטוח לאומי בגין התאונה ופעמים רבות מדובר בתגמולים שרק חלקם מצויים בקשר סיבתי עם התאונה. נוכח הבלבול שהיה בתחום זה ביקש בית המשפט העליון, בהלכת בכר, להבהיר את דרך החישוב הראויה של שיעור הניכוי במקרים אלה. אלא, שהנוסחה שקבע היא מוטעית מבחינה אריתמטית ומשפטית כאחד. כפי שראינו, היא מובילה לניכוי תגמולים בשיעור גבוה מזה שהולידה התאונה נשוא התביעה, וכך היא מובילה לפיצוי-חסר של הניזוק.

ידועה אמרתו הצינית-משהו של השופט ג'קסון, שהעיד על חבריו השופטים בבית המשפט העליון האמריקני כי "אין לומר שאין עלינו ערעור בשל היותנו צודקים כל העת, אלא שאנו צודקים כל העת רק משום שאין עלינו ערעור".⁵⁷ אכן, תקלה אריתמטית יצאה תחת ידו של בית המשפט העליון – תקלה הפוגעת בניזוקים ומיטיבה עם המזיקים ועם המוסד לביטוח לאומי. ייתכן שמקורה של הבעיה נעוץ במילים שנקט בית המשפט בהלכת עמר, אך תרגומן של מילים אלה בהלכת בכר לנוסחה מתמטית יכול היה וצריך היה להיות תכליתי ולא מילולי. הערת פסיקה זו הציעה ללכת בדרך אחרת: בנכונות הנקבעות באופן משוקלל יש לעשות שימוש בנוסחה המוצעת כאן, ורק במקרים המעטים שבהם הנכונות נקבעות באופן לא משוקלל יש לעשות שימוש בנוסחת בכר.

השלכותיה של הלכת בכר חורגות מהתחום הצר של ניכוי חלקי של תגמולי הביטוח הלאומי. כפי שראינו, השימוש בנוסחה תקף גם לתביעות ההשבה של המוסד לביטוח לאומי וכן להטבה חלקית של נזקי גוף על-פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי. תיקון הנוסחה המוטעית, באופן שהוצע בהערת פסיקה זו, יעשה אפוא צדק בשורה ארוכה של מקרים.

57 התרגום של המחבר. במקור: "We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final". ראו Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 540 (1953); השופט חשין אימץ אמרה זו בבג"ץ 551/99 שק"ם בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 112, 127 (2000).

1. נספח מתמטי

משפט א': כאשר נכותו של הניזוק נקבעת באופן משוקלל, אם הנכות הכוללת היא b והנכות מהתאונה נשוא התביעה היא a , אזי שיעור הנכות היחסי המגלם את תוספת הנכות השולית שהוסבה לתובע בתאונה הוא

$$\frac{a(1-b)}{b(1-a)}$$

הוכחה: נסמן ב- c את שיעור הנכות הקודמת של הניזוק, באחוזים, עובר לתאונה. מתוך שיטת שקלול הנכויות עולה: $a \cdot b = c + (1-c) \cdot a$ או $b = c + a - ac$.

לאחר חילוף c מתוך משוואה זו נקבל:

$$c = \frac{b-a}{1-a}$$

התאונה הוסיפה נכות בשיעור של $(b-c)$, או, לפי הביטוי של c אותו קיבלנו לעיל,

$$b-c = b - \frac{b-a}{1-a} = \frac{b(1-a) - (b-a)}{1-a} = \frac{b-ab-b+a}{1-a} = \frac{a-ab}{1-a} = \frac{a(1-b)}{1-a}$$

קיבלנו שהתאונה הוסיפה לנכותו הקודמת של הניזוק נכות בשיעור של

$$\frac{a(1-b)}{(1-a)}$$

השיעור היחסי של תוספת זו מתוך b הוא אפוא

$$\frac{a(1-b)}{b(1-a)}$$

מ.ש.ל.

משפט ב': שיעור התגמולים היחסי שנקבע בהלכת בכר יהא תמיד גבוה יותר משיעור התגמולים היחסי הצודק שאותו הראינו במשפט א'.
צ"ל :

$$\frac{a}{b} > \frac{a(1-b)}{b(1-a)}$$

הוכחה: לאחר חלוקת שני אגפי אי־השוויון ב־ $\frac{a}{b}$ (שהוא לעולם מספר חיובי) נקבל כי הביטוי אותו צריך להוכיח שקול לביטוי

$$1 > \frac{1-b}{1-a}$$

לאחר הכפלת שני אגפי אי־השוויון ב־ $(1-a)$ (שאם $a \neq 100\%$ יהיה תמיד מספר חיובי),⁵⁸ נקבל כי עלינו להוכיח כי $1-a > 1-b$. וביטוי אחרון זה תמיד נכון, שכן $a < b$ (שהרי הנכות הכוללת, b , גדולה מן הנכות החלקית, a).

מ.ש.ל.

58 במקרה הקיצוני, שבו הנכות שנגרמה בתאונה היא 100%, הרי כפי שצינתי לעיל בה"ש 53 הביטוי המשוקלל כאן חסר משמעות ויש לעשות שימוש ב"נוסחת התוספת השולית". עם זאת, חשוב לציין שגם במקרה זה תוביל הלכת בכר לניכוי־יתר, שכן היא תוביל לעולם לניכוי של מלוא שיעור הגמלאות שמקבל הניזוק, אף־על־פי שהניזוק סבל מנכות טרם התאונה וייתכן שאף קיבל גמלאות כבר בטרם התרחשה.