

פרק שניים-עשר

בחירה בזכויות

12.1 כלל

סוגיה נוספת אשר יכולה להביא לכך שנכח לא יוכר כנכח צה"ל אף אם נפגע "תוך ועקב השירות" היא סוגיית הבחירה בזכויות. הכלל המנחה לעניין זה הוא כי נכח שיש לו אפשרות תביעה לפי חוק הנכים וגם לפי דבר حقיקה אחר, יכול להגיש, בו-זמנית, תביעה לפי שתי העילות אולם לקבל זכויות במסלול אחד בלבד. חוק הנכים מתיחס לאפשרות של תביעת נזקין וכן לאפשרות של תביעת המוסד לביטוח לאומי בגין כללית, נוסף על תביעה לפי חוק הנכים. נדון בכל אחד מלה.

12.2 בחירה בזכויות נזקין

סעיף 36 לחוק הנכים מאפשר הגשת תביעת נזקין במקרים תביעת זכויות לפי חוק הנכים, אולם נכון חוק הנזקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, השולל אפשרות לקבלת פיצוי בגין נזקין מהמדינה למי שנפגע תוך ועקב השירות, ונכנס לגדרו של חוק הנכים, אפשרות זו רלוונטית רק כאשר המזק אינו המדינה.²

עתידי הבחירה בזכויות הוסדר בפרשת וייס.³ פרשה זו עוסקת בנזקין בעלות איבה אשר בד-בבד עם תביעה כנוגעת פעולות איבה הגישה גם תביעת נזקין נגד

¹ חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 [נוסח משולב] (להלן "חוק הנכים").

² כפי שהוזג לעיל בפרק עשריו "עדת גורן וזכויות נכי צה"ל – על כוונות ועל תוצאות", הפרק שעסק בועדת גורן, וכפי שיבואר בהמשך הדברים, אפשרות תביעת נזקין נגד המדינה אפשרית כאשר הפגיעה היא תוך ועקב השירות אולם ההכרה היא כנOUGH. עובודה.

³ ע"א 1162/96 וייס נ' מאק, פ"ד נג(2) 79 (1999).

מוזיק שאינו המדינה. מוחמת הקשר הבדיקה ותחולות חלקיים נורחים מחוק הנכים על נפגעי פעולות אייבה, הדיון בפסק דין זה נסב סביר סעיף 36 לחוק הנכים. עד להלכת וויס הכלל המשפטי הנוגע היה כי אי-אפשר לנחל תביעה נזקית ותביעה לפי חוק הנכים בו-זמנית. צומת הבחירה בזכויות היה עם הגשת התביעה בנזקין, מילא לפני השלמת הליך נזקי וטרם הבהיר התמונה על-אודות הסכם שאפשר היה לקבל בעילת התביעה הנזקית. החלטת וויס מצאה הסדר זה בלתי סביר וקבעה כי אפשר לנחל הליך נזקי بد-בבד עם קבלת זכויות לפי חוק הנכים אולם אי-אפשר לגבות תשלום לפי שני החוקים. צומת הבחירה, אם כן, הוסט מתחילת ההליך הנזקי אל סיום באופן שמתאפשר לנכח לבצע בחירה מושכלת בין המסלולים כאשר הוא יודע מה יהיה הסעיף שיקבל בכל מסלול שבו יבחר.

על פי החלטת וויס, אם הנכח גבה תשלום בנזקין, הרוי זו בחירה שאי-אפשר לחזור ממנה, והעליה לפי חוק הנכים אובדת.⁴ אם לעומת זאת, שולמו לנכח תגמולים לפי חוק הנכים הוא יכול לחזור מבחירה זו, להחליט לקבל זכויות בנזקין, ובלבד שיחזר לקצין התגמולים את כל הכספיים שקיבל וזאת לפי סעיף 36(א)(5) לחוק הנכים.⁵ החזרה זו פותחת פתח לנכח למשתתת תביעהו כלפי המזוק ולגבות ממנו פיצויים על מלאה הנזק.

על פי סעיף 36 לחוק הנכים למדינה יש אפשרות לתבוע את המזוק כאשר היא מכירה בנכח לפי חוק הנכים ויש מזוק שאותו אפשר לתבוע. כיוון שזכות התביעה עומדת גם לנכח עצמו יש חשש להתנששות בין מסלול התביעה של הנכח מול המזוק ושל המדינה מול המזוק. הנושא עליה ונדון בפרשת וקנין.⁶ וקנין נפגע בהיותו חיל בשירות חובה, הגיע תביעה, הוכר כנכח צה"ל וקיבל זכויות בהתאם. לokaneן עמדה גם עילת התביעה נגד חברת ביטוח בגין האירוע שבו נפגע ולקראת תום תקופת ההטיישנות תבע את חברת הביטוח. או-או התברר כי משרד הביטחון מיהר והגיע אף הוא התביעה נגד חברת הביטוח לפי סעיף 36(א)(6) לחוק הנכים, ואף הגיע להסכם פשרה עם חברת הביטוח, כל זאת בלי לידע את הנכח. כריתת ההסכם בין משרד הביטחון לחברת הביטוח חסמה את דרכו של הנכח לתבוע את חברות הביטוח באופן עצמאי. בפרשת

⁴ ביחס לתשלום תכוף ובחירה בנזקין רוא רע"א (מחוזי ח') 14-03-5705 **אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הביטחון** (2014) 7.5.2014).

⁵ במקרים אלה קצין התגמולים עורך תחשב הכול לתגמולים, הטבות ואך שווי הטיפול הרפואי שקיבל הנכח ממשרד הביטחון.

⁶ ת"א (מחוזי י-ם) 07-9189 וקנין נ' **סהר-צין חברה לביטוח בע"מ** (20.6.2010).

וקניין צוין כי ההחלטה הביבה בכך שכאשר נחסמת דרכו של הנכה לATAB מעוזיק את מלוא נזקו, התוצאה היא הפסד לנכה וווחה למעזיק. התגמולים על פי חוק הנכים הם רק פיזי חלק על הנזק שנגרם, וממילא הזכות העוברת למדיינה לATAB מעוזיק מצומצמת לתשלומים שהוא שילמה וצפואה לשלם.⁷ שלילת זכות הנכה לATAB את האחראי לנזקו יש בה מושם פגיעה בזכות היסוד של הנכה. בהלכת וקנין נקבע כי קциין התגמולים אינם בחזקת רשות מינהלית "רגילה", אלא רשות החבה חובת נאמנות מוגברת ביחס לציבור "לקוחותיה" – נכי צה"ל. חובת נאמנות מוגברת זו משליפה על היקף חובת הגילוי ומסירת המידע לנכה החלה על קциין התגמולים. לפיכך נקבע כי לנכה זכות לקבל הודעה טרם חתימת הסכם פשרה בעניינו בין משרד הביטחון לבין האחראי לנזקו וכן שהות קזובה כדי להסתיג מעצם כריתהנו והודמנות למצות את זכויותיו מול האחראי לנזקו.

12.3 ובכל זאת – תביעת נזקין

כאמור, אם חיל נפגע בנסיבות המזוכות אותו בהכרה לפי חוק הנכים או חוק משפחות חיילים,⁸ הוא לא יכול לATAB את המדינה בגיןן על פי עיקורין ייחוד העילה המונגנת בחוק הנזקים האזרחיים (אזרחיות המדינה).

עמדנו על חוסר השוווניות שהסדר זה יוצר, הן בין נכי צה"ל לבין קבוצות נכים אחרות שאין בהם איליה ייחוד עילה (למשל נפגעי עבודה), והן בין נכי צה"ל ובין

⁷ שם נאמר:

"הנחה המוצה היא, כי התגמולים על-פי חוק הנכים הם רק פיזי חלק על הנזק שנגרם, וממילא הזכות העוברת למדיינה לATAB מעוזיק מצומצמת לתשלומים שהוא שילמה וצפואה לשלם (ראו: בג"ץ 92/83 נגר נ' מנהלת ענק ביטוח נפגעי עבודה (פעולות איבת) במוסד לביטוח לאומי, פ"ד לט(1) 352-351, 341, 1985) (להלן – עניין נמר)" (ההדגשות במקורה – רג"ג).

הדבר אינו עומד בהלימה עם פסק הדין ת"א (מחוזי י-ט) 15-18192-08-18 מדינת ישראל נ' לבנון (16.4.2018), שם תבע משרד הביטחון מחברת הביטוח תשלים עבר אבדן הכנסה עתידית ברמות השכר הממוצע במשק ופיזי בגין כאב וסבל למורות שאלתאים ראשין נזק רלוונטיים לפי חוק הנכים.

חוק משפחות חיילים שנספר במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950, ס"ח 52, עמ' 162 (להלן: חוק משפחות חיילים).⁹

עצמם, כאשר האפשרות לקיומו של מסלול תביעה נזקי חלופי תלולה באופן אקרואי בזוחות הגורם המזוק.

יעיות נוספת שיוצר ייחוד העילה נוגע להיבט הרטעתני של דיני הנזקים. על פי ההלכה הפוסקה טיפול רפואי שקיבל חיל בשירות הוא חלק מתנאי השירות⁹ ועל כן אם חיל קיבל טיפול רפואי וש廉ני בשירות הוא יכול לטעום לפי חוק הנכים. אם טיפול בבית החולים פרטי יש לו אפשרות לטעום בגיןן את בית החולים ולבחור בהמשך במסלול לפי חוק הנכים או במסלול נזקי. אם טיפול החיל בית החולים ממשתת אין לו אפשרות לטעום בגיןן יחול ייחוד העילה והוא יוכל זכויות לפי חוק הנכים. הדבר עשוי להשליק על איכות הטיפול הנוכחי לחיל צה"ל בבתי החולים ממשתתים בהינתן הידיעה כי אינם חשובים לתביעות רשלנות ופואית במקורה של טיפול וש廉ני או טיפול החורג מהסטנדרט המקובל כאשר טיפול בחיל צה"ל. אין באמור חיליה כדי להטיל דופי בטיב הטיפול המוענק לחילים בבתי החולים ממשתתים, ואולם אם בדיני נזקין עסקינו אי-אפשר שלא לתת את הדעת להיבט הרטעתני, שהוא אחד מאבני היסודות של דיני הנזקים, ואובד לחלווטן כאשר מדובר בחוק הנכים.

כפי שפרטנו בהרבה לעיל בהקשר של ועדת גורן¹⁰ הפנית חילים שאינם בשירות חובה או מילואים לקבלצל זכויות לנפגעים לעבודה פותחת את הדרך בפני החיל להגיש תביעה נזקין נגד המדינה. אימוץ המלצות ועדת גורן ביטל את תחולת חוק הנזקין האזרחיים ואת ייחוד העילה שבו ביחס למקרים שניכרו לנפגעים לעבודה. בד-בבד, עם הסרת חסינות המדינה מתביעה נזקין מוסרת גם חסינות שלוחי המדינה מתביעות נזקין. משמעות הדבר היא שהיל יכול לטעום את מפקדו בשל נזק שנגרם לו תוך ועקב השירות, בנסיבות שאינן "צבאיות".¹¹ כאמור, חיל יכול לקבל זכויות לנפגע עבודה וכן השלמת זכויות לפי מסלול התביעה הנזקי ואין הכרח שיבחר בין השניים.

הסוגיה של ייחוד העילה מתעוררת גם כאשר נגרם נזק מעצם התנהלות אגף השיקום, משרד הביטחון או גופ אחר מטעם המדינה, ולא קשור לתנאי השירות אשר

9

רע"א 8317/99 שוקרון נ' קצין התגמולים (10.7.2002).

10

הוועדה הציבורית לבחינות וכאות לשויוג אגפי השיקום (2010) (בראשות השופט בדימוס אורן גורן) (להלן: דוח ועדת גורן).

11

ראו סעיף 7 ב לחוק הנזקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.

גרמו לנכות בגיןה ניתנה הכרה לנכה צה"ל. במקרה כזה ההחלטה הפסיקה בפתח צר מאד של אפשרות תביעת נזקין. כך למשל נקבע בעניין עmittel¹²:

"יש מקום לפרש במצצום את הוראות סעיפים 6 ו-7 לחוק הנזקים האזרחיים, במצבים בהם נזקו של התובע נזק מוחלט רשלוני של המדינה שאירועו מנוטק מאיrouע המות או הפצעה ובנסיבות בהן אין הנזוק יכול להיפרע במסגרת חוק הרגלים בשחניות המדינה. זאת מאחר שהחסינות המקנית למדינה בסעיפים 6 ו-7 לחוק הנזקים האזרחיים, מוקנית לה דוקא על רקע קיומם של הסדרים חוקיים אחרים המבטאים פיצוי לנפגעים או לבני משפחותיהם, אלא כל צורך בהוכחת אחريות. נאלו הם ההסדרים הקבועים בהוראות חוק הנכים ובהוראות חוק הרגלים".

הינו, במקרים חריגות במיוחד, שבהם נגרם לנכה נזק מעבר לנכות בגיןה הוכר לנכה צה"ל, וזאת בשל התנהלות אגף השיקום או גורם אחר מטעם המדינה, קיים פתח צר להגשת תביעת נזקין נגד המדינה. פרשת המרמרה¹³, שבה עסקנו בשערם הקודמים מדגימה את ניסיונה של המדינה לצמצם ככל האפשר פתח צר זה, גם במקרים שבזמן ברור כי הנזק הנוסף שנגרם לנכה אינו נוגע כלל לנזק בגיןו הוא מקבל זכויות לפי חוק הנכים, כאשר הנזק אינו נזק גופו. התנדבות זו של המדינה מעוררת תמייהה בייחוד נוכח פתיחת הפתח להגשת תביעת נזקין במקרים שיוכרו כפגיעה בעבודה תוך ועקב השירות הצבאי.

12.4 בחירה בזכויות בביטוח לאומי

סעיף 36א לחוק הנכים עוסק במקרה שבו לנכה הוכר לנכה צה"ל וגם לנכה בביטוח לאומי – נכות כללית בגין "איrouע אחד".

השאלה המתבקשת היא מהי נכות לפי "איrouע אחד". על פי כללי המוסד לביטוח לאומי הנהוגים מאז 15.2.2012¹⁴, אם הנכות המוכרת במושרד הביטחון אינה עולה על

¹² ע"א 9878/06 עמיה נ' משרד הביטחון (30.12.2008).

¹³ דע"א 2223/14 מדינת ישראל נ' פלוני (17.1.2017) (להלן: "ענין המרמרה").

¹⁴ ראו חומר נכות המוסד לביטוח לאומי 1903 "פרשנות חדשה למארע אחד" לעניין

40% (השיעור המזוכה בקצבת נכות כללית) אולם לנכח נכויות נוספות שאינן מוכחות במשרד הביטחון ויחדיו הן מגיעות לשיעור של 40% נכות בביטחון לאומי וזכאות לקצבת נכות כללית, אין מדובר ב"אורע אחד", ואפשר לשלם לנכח גם קצבת נכות כללית וגם תגמול בסיסי בגין השיקום.¹⁵

סוגיות הבחירה בזכויות מול ביטוח לאומי מוסדרת בסעיף 36א לחוק הנכים. נוסח הסעיף לאחר תיקון מס' 24 לחוק שחוקק בשנת 2008¹⁶ הוא כדלקמן:

36א. זכויות לפי חוק זה ולפי חוק הביטוח הלאומי

נכחה שבידו הבריאות לפי סעיף 323 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995 (להלן – חוק הביטוח הלאומי), יחולו עליו הוראות אלה:

(1) בחר בזכויות לפי חוק הביטוח הלאומי, לא יחולו עליו הוראות חוק זה; בלבד לאירוע מההוראות סעיפים 32 ו-32א, ייאו נכחה כדי שבחור בזכויות לפי חוק הביטוח הלאומי לעניין פסקה זו, אם לא הגיע תביעה לפי חוק זה בתוקן שלוש שנים מיום שהגיש תביעה לפי חוק הביטוח הלאומי; הגיע אדם תביעה לפי חוק זה בתוקן התקופה האמורה והוכרancaה, ישולמו לו, בהתאם להוראות סעיף 18, תגמול לפי סעיפים 4, 4א או 5 וכן תוספת לתגמול לפי סעיפים 7א, 7ב או 7ג, הכל לפי העניין, בגין תשומותים שלולמו לו לפי חוק הביטוח הלאומי מיום שהגיש תביעה לפי חוק זה ועד ליום שהוכרancaה; בפסקה זו, "תביעה" – לרובות בקשה לפי

סעיף 35; [...]

גמלאות בחירה" (15.2.2012).

¹⁵ אמרה זו מתייחסת לתגמול בסיסי לפי סעיף 5 לחוק הנכים. אם הנכח מקבל ממשרד הביטחון תגמול מחייב כרוני (צרך אוTAG"מ) הרי שקצבת נכות כללית תקווה מתגמול לצורך אוTAG"מ מהשקל הראשון אף אם אין מדובר ב"אורע אחד".

¹⁶ חוק הנכים (תגמולים ושיקום) (תיקון מס' 24), התשס"ח-2007, ס"ח 2122, עמ' 82; תחילתו של הפרטם שלושים ימים מיום 27.12.2007 וראו סעיף 3 לתיקון 24 לעניין תחוללה והוראת מעבר.