

www.kalir.co.il לקוח מאתר משרד חיים קליר ושות'

מדור טרי מן המדף מסמך 856a- הצדק זועק מול התעמרות חברת הביטוח במושתלי אברים

בית משפט השלום בקריות

תא"ק 12049-04-09 דמרי נ' הראל חברה לביטוח בע"מ

בפני כב' הרשם נדים מורני

תובע ישי דמרי

נגד

הראל חברה לביטוח בע"מ

נתבעת

החלטה

1. התובע הינו יליד 24/12/45 גמלאי חברת רפא"ל (להלן: "רפא"ל").
2. הנתבעת הינה חברה לביטוח בע"מ ובמועדים הרלוונטיים לתביעה נשוא תיק זה ביטחה את עובדי וגמלאי רפא"ל, ובכללם, התובע בפוליסת ביטוח בריאות קבוצתית מבי' 88408234 הכוללת ביטוח השתלת איברים בארץ ובחו"ל (להלן: "הפוליסה").
העתק מהפוליסה צורף לכתב התביעה ותוקפה הינו החל משנת 2004.
3. אין מחלוקת בין הצדדים, שהתובע נחשב לאחד "הזכאים לביטוח" עפ"י הגדרת מונח זה בפוליסה. מאחר והוא נמנה על קבוצה ב' של רשימת הזכאים, הואיל והוא גמלאי רפא"ל שגילו מתמחת ל-67.
4. אין מחלוקת גם, שהתובע עבר ניתוח השתלת כליה ביום 18.8.08 בבית חולים במדינת קוסובו וכי הניתוח עבר בהצלחה והתובע חזר ארצה וממשיך לקבל טיפולי המשך בקופת חולים.
5. ביום 27/4/09 התובע הגיש כתב תביעה בסדר דין מקוצר נגד הנתבעת לקבלת תגמולי ביטוח בגין ביצוע השתלת כליה שלא במימון הנתבעת בהתאם להוראות

סעיף 7 פרק 1 של הפוליסה.
התובע עתר בתביעתו לחייב את הנתבעת לשלם לו פיצוי בסך 345,695 ₪.

6. התובע טען בתביעתו כי בהתאם להוראות הפוליסה, לאחר שהצורך הרפואי בביצוע ההשתלה מאושר ע"י הנתבעת לזכאי עפ"י הפוליסה מאפשרת שני מסלולים לקבלת תגמולי ביטוח כמפורט בסעיף 7 פרק 1 של הפוליסה שהם:

מסלול א': כיסוי מלוא ההוצאות כולל: רופאים ומוסדות רפואיים, אשפוזים בחו"ל השגת איבר, צוות מנתח, נסיעה למבוטח ולמלווה, המשך טיפולים, הטסה רפואית, הוצאות שהייה סבירות ועוד (להלן: "מסלול א").

מסלול ב': פיצוי חד פעמי בסך 85,000 דולר במקרה של ביצוע ההשתלה ללא השתתפות חברת הביטוח (להלן "מסלול ב").

יוצא שעפ"י מסלול א' ביצוע ההשתלה בחו"ל הינו **במימון** חברת הביטוח והוא מחייב שיתוף פעולה הדוק בין המבוטח והחברה המבטחת.

לעומת זאת, מסלול ב' אינו מחייב את המבוטח בשיתוף פעולה מלא עם החברה המבטחת תמורת תשלום פיצוי חד פעמי בגובה 85,000 דולר.

7. התובע טען בתביעתו, כי במהלך שנת 2007 חלה החמרה במחלת הכליות ממנה סבל עד כדי אי ספיקת כליות סופנית (בשתי הכליות) ועקב החמרה במצבו הרפואי, הומלץ לו ע"י רופאיו המטפלים לעבור השתלת כליות בדחיפות.

8. נטען בתביעה כי בחודש 11/07 התובע פנה לנתבעת בדרישה לכיסוי ביטוחי לביצוע ההשתלה בהתאם לתנאי הפוליסה, מילא טופס תביעה באמצעות רופאיו וצירף לטופס התביעה אישורים רפואיים.

העתק מטופס התביעה צורף לכתב התביעה וסומן כנספח ב'.

9. בנוסף, בחודש 4/08 התובע המציא לנתבעת אישור רפואי מאת ד"ר שמעון שטורך מנהל המכון הנפרולוגית בבני ציון בחיפה לפיו עליו לעבור השתלת כליה בדחיפות וכי התובע עמד להתחיל טיפול בדיאליזה בקרוב מאוד וכי **בעקבות ההשתלה ללא ספק, גם איכות החיים וגם תוחלת החיים שלו ישתפרו בהרבה** (ההדגשה במקור – נ. מוראני).

10. ביום 17/6/08 הנתבעת השיבה לתובע בכתב בזו הלשון:

"אנו מבקשים להודיעך כי בהתאם למסמכים שהועברו למשרדנו, אושרה תביעתך להשתלת כליה, בהתאם לתנאי הפוליסה.
אנא הודיענו כיצד והיכן הנך מתעתד לעבור את ההשתלה על מנת שנמשיך טיפולנו בתביעה.

בכבוד רב
רוזנטל מירב
אגף תביעות

(להלן: "הודעת האישור").

11. ביום 1/7/08 התובע שלח מכתב לנתבעת והודיע כדלקמן:

**"בהתאם להתקשרויותינו ולאחר קבלת מכתבכם
מתאריך 17/6/08 – אסמכתא 1784999
הריני מבקש לממש את הסעיף 7 בעמוד 30 בפוליסה,
תנאי תוכנית ביטוח יחודית לעובדי וגמלאי רפא"ל,
ביצוע השתלה שלא במימון חברת הביטוח".
(להלן: "הודעת המימוש")**

העתק מהודעת המימוש הוגש לתיק וסומן מש/2 וגב' רוזנטל מירב, אשר העידה מטעם הנתבעת, אישרה קבלתה.

12. ביום 6/7/08 נשלח מכתב לנתבעת ע"י חברת אתגר טקטיקה בע"מ בשם התובע המודיע כי התובע זקוק בדחיפות לניתוח השתלת כליה להצלת חייו וכי העלות המתוכננת של הטיפולים הנדרשים כ- 77,000 יורו וכי מתוכנן שהמשיב יצא לחו"ל להתחלת הטיפול הרפואי בתאריך 17/7/08.

13. כאמור, ביום 18/8/08 עבר התובע ניתוח השתלת כליה בבית חולים בקוסובו, הניתוח עבר בהצלחה והתובע חזר ארצה והמשיך לקבל טיפולי המשך בקופת חולים, ולטענתו, לצורך ביצוע הניתוח הוא שילם לבית החולים שבו נעשה הניתוח סכום כולל של 65,000 יורו ואף צירף לתביעתו העתק מדו"ח הניתוח (נספח ה' לתביעה) והעתק מהקבלה על הסכום ששולם (נספח ו' לתביעה).

14. לאחר שהתובע החלים מהניתוח, הוא פנה לנתבעת וביקשה לשלם לו את סכום הפיצוי המגיע לו על עפ"י הפוליסה והמציא לה העתק מהנספחים ה', ו', שצורפו לכתב התביעה.

15. ביום 18/1/09 הנתבעת הודיע לתובע בכתב שהיא דוחה את תביעתו לתשלום סכום הפיצוי וזאת כדלקמן:

אנו מבקשים להשיב על פנייתך מיום 1/7/08 כי הנך מבקש לממש את סעיף הפיצוי הקיים בפוליסה לביצוע השתלת כליה שעברת בקוסובו, שלא באמצעות המבטח.

"כידוע לך, לאחר פנייתך, פעלנו לברור חבותנו על פי תנאי הביטוח, ובכלל זה פניה יזומה למפקח על הביטוח, שכן בהתאם לחוק השתלות איברים (להלן: "חוק השתלות") שנחקק לאחרונה, חל איסור על סחר באיברים ובכלל זה תיווך ו/או מימון השתלה המבוצעת בדרך זו.

בעקבות פנייתנו, הוציא המפקח חוזר לכלל חברות הביטוח, לפיו יש לפעול בהתאם לחוק השתלות ואין לשפות ו/או לפצות עבור השתלה שבוצעה בניגוד להוראות החוק, גם אם קיים סעיף מפורש כך בתנאי הפוליסה.

משכך, מאחר ולבדיקתנו ההשתלות המבוצעות בקוסובו נוגדות את האמור בחוק, אין לנו אלא לדחות את תביעתך לפיצוי בגין השתלת הכליה שעברת בקוסובו".

בכבוד רב,

רוזנטל מירב אגף התביעות

(להלן "מכתב הדחיה").

העתק מכתב הדחיה צורף לכתב התביעה וסומן כנספח ז'

העתק מחוזר המפקח על הביטוח " כיסוי ביטוחי להשתלוח" מיום 14/1/09 צורף לכתב התביעה וסומן כנסח ח' (להלן: "החוזר").

16. הנתבעת הגישה בקשה למתן רשות להתגונן ולהלן פרוט עיקר טענותיה וטיעוניה, כפי שהובאו בבקשה ובסיכומיה :

א. ההכרעה בשאלת מתן הרשות להתגונן משתת על התצהיר שצורף לבקשה עפ"י ההלכה הפסוקה במידה והתצהיר שצורף לבקשה מגלה הגנה אפשרית, אפילו דחוקה היא, יתן ביהמ"ש את הרשות.

ב. על מנת לקבוע אם יש להתיר למבקשת להתגונן לפני התביעה, על ביהמ"ש הנכבד לשאול את עצמו שאלה אחת ויחידה – בהנחה שהנתבעת תוכיח את טענותיה, האם הדבר יהווה עילת הגנה מפני התובע ? (ההדגשה במקור – נ.מוראני).

ג. לא הובאו לידיעת הנתבעת הפרטים הספציפיים באשר לאופן ביצוע ההשתלה הנדרשת, וכי התביעה אושרה בכל הנוגע לצורך הרפואי בביצוע ההשתלה, הא ותו לא.

התובע לא פעל כבקשת הנתבעת ממנו בהודעת האישור מיום 17/6/08 ולא הודיע כיצד והיכן מתעתד לבצע את ההשתלה.

ד. חוק השתלת איברים תשס"ח – 2008 שפורסם ביום 31/3/08 (להלן: " חוק ההשתלות") אוסר על מתן ו/או על קבלת תמורה בגין השתלת איבר וכן על תיווך ו/או מימון השתלה המבועת תוך סחר באיברים.

ה. כשנודע לנתבעת כי התובע זקוק להשתלה מן החי, הודיעה לו כי אינה יכולה לסייע לו במימון ההשתלה, כפי שהעידה גב' רוזנטל אשר ציינה: " אז ידעתי שאפשר לעשות בהרבה מקומות השתלה מן החי, אבל לא דרכנו" (פרוטוקול מיום 11/2/10 עמ' 5 שורות 1-5).

ו. אין לקבל את טענת התובע, לפיה הוא ביצע את ההשתלה מאחר והנתבעת אישרה את תביעתו (ההדגשה במקור נ.מוראני).

לטענת הנתבעת, התובע העדיף שלא לבקש את מימון ההשתלה תוך פרוט מעשיו ולקבל פיצוי במסגרתו לא יהא עליו לפרט נסיבות ביצוע ההשתלה כהויתן.

ז. אישור התביעה משמעו כי הנתבעת אישרה את הצורך הרפואי בביצוע השתלת כליה בגוף התובע והכירה בו וכן קבעה כי ביצוע ההשתלה עומד בקריטריונים הקבועים בסעיף 8 לפרק ההשתלות בפוליסה.

ראיה לכך היא, שהנתבעת שילמה לתובע גימלה חודשית עקב ולאחר ביצוע ההשתלה, ולולא ההשתלה עמדה בניגוד להוראות חוק ההשתלות, היה התובע מקבל אף את הפיצוי החד פעמי בגינה.

ח. הוראות החוזר הביאו בחשבון את הסתמכותם של המבוטחים על הוראות

הפוליסה ובכל זאת נקבע כפי שנקבע.

17. טענות וטיעוני המשיב :

- א. מבלי להודות בטענות הנתבעת שנטענו במכתב הדחיה (טענות המוכחות מכל וכל ע"י המשיב) התובע טוען כי דחיית התביעה נעשתה בחוסר תום לב מובהק, תוך הפרה של חובת תום הלב, בניגוד להוראות חוק חוזה הביטוח. הוראות והנחיות המפקח על הביטוח ותוך התעלמות מהוראות הפוליסה.
- ב. הנתבעת מנועה מלחזור בה מאישור התביעה על ידה וזאת לאחר שהתובע הסתמך על אישור זה ושינה מצבו לרעה בעקבותיו.
- ג. חוזר המפקח על הביטוח פורסם לאחר אישור התביעה ע"י הנתבעת ולאחר ביצוע ההשתלה והוא לא היה בתוקף בעת האירוע הביטוחי וכי סעיף 6 לחוזר קובע שתחילתו של החוזר ביום הפרסום (14/1/09) ולפיכך האמור בו אינו רלוונטי כלל לכיסוי הביטוחי נטען.
- ד. טען שהחוזר מתייחס לפיצוי הניתן לתורם האיבר ולא לנתרם מטעם זה הוא אינו רלוונטי כלל וכלל לכיסוי הביטוחי הנטען.
- ה. טענת הנתבעת שההשתלה שעבר התובע נוגדת את חוק ההשתלות נטענה בעלמא וללא כל ביסוס והנטל להוכחתה מוטל על הנתבעת.
- ה. מכתב האישור אינו מסייג כלל וכלל את אישור התביעה לאופן בו יבצע תובע את ההשתלה ואישור התביעה הינו כללי ו"בהתאם לתנאי הפוליסה".

דיון והכרעה :

חוקיות ההשתלה :

18. קיימת מחלוקת בין הצדדים סביב חוקיות ההשתלה שעבר התובע, כאשר הנתבעת טוענת שהכליה שהושלתה בגופו של התובע נתקבלה והושלה בגופו בקוסובו בניגוד לחוקי מדינת קוסובו, לעומת זאת, התובע טען שהנתבעת לא הוכיחה זאת.
19. הוראות הפוליסה אינן מבחינות בין השתלה חוקית לבין השתלה בלתי חוקית ואינה מתנה תשלום התגמולים בחוקיות ביצוע ההשתלה.
20. אשר על כן, גם אם נניח שההשתלה בוצעה באופן בלתי חוקי, התובע היה זכאי לקבל תגמולי הביטוח בהתאם לתנאי הפוליסה.
21. חוק ההשתלות שפורסם ביום 31/3/09 ותחילתו מיום 1/5/09 אסר על תשלום מימון או פיצוי בגין השתלות בלתי חוקיות.
22. השאלה המתעוררת היא :
- בהנחה שההשתלה הינה בלתי חוקית עפ"י חוק ההשתלות, האם הדבר פוטר את הנתבעת מתשלום סכום הפיצוי המגיע לתובע עפ"י הפוליסה ?
23. התשובה לשאלה הנ"ל הינה שלילית, מאחר והוראות חוק ההשתלות אינן חלות על המקרה נשוא התיק, הואיל ואין להן תחולה רטרואקטיבית עפ"י ההסכם

(הפוליסה) שהיה קיים לפני תחולת החוק ובהעדר תחולה להוראות חוק ההשתלות על הפוליסה, יש לפעול על פיה וכאמור היא אינה מבחינה בין השתלה חוקית לבין השתלה בלתי חוקית.

24. לאור האמור ובהעדר רלוונטיות לשאלה אם ההשתלה שעבר התובע חוקית או לא, אין גם צורך לתת רשות על מנת לדון ולהכריע בשאלה שאינה רלוונטית.

הפוליסה וזכויות התובע על פיה:

25. כאמור, תחילת תוקף הפוליסה הינה משנת 2004 ואין מחלוקת שהתובע הינו זכאי על פיה להיותו גמלאי רפא"ל שגילו מתחת ל-67.

26. אין מחלוקת גם שמחלתו של התובע הינה לאחר היותו מבוטח עפ"י הפוליסה וכי עפ"י הפוליסה קיים כיסוי ביטוחי למצבו הרפואי של התובע ולעניין זכותו לביצוע השתלת כליה בחו"ל.

27. הפוליסה מהווה חוזה ביטוחי בין התובע לבין הנתבעת.

28. לא נטען ולא הודח שתנאי הפוליסה השתנו או הוחלפו עקב חקיקת חוק ההשתלות. כמו כן, לא ניתן שהפרמיה הנגבית ע"י הנתבעת מרפא"ל הופחתה עקב חקיקת חוק ההשתלות.

29. כאמור, אין מחלוקת שהוראות הפוליסה אינן מהחינות בין ביצוע השתלה חוקית לבין ביצוע השתלה בלתי חוקית ואינה מתנה תשלום הזכויות על פיה בכך שההשתלה הינה חוקית.

30. ניתן לטעון דווקא שהפוליסה באה לכסות גם השתלות בלתי חוקיות המבוצעות בחו"ל, תוך ידיעת הנתבעת שחלק מההשתלות המתבצעות בחו"ל הינן בלתי חוקיות וכי הדבר מהווה "הכרח לא מגונה", מאחר וביצוע השתלות חוקיות מן החי במימון הנתבעת לפעמים בלתי אפשרי מחמת העדר איברים להשתלה, ועלותן ההשתלה במימון (לפי מסלול א') יכולה להיות גבוהה בהרבה מעלות הפיצוי (לפי מסלול ב') והנתבעת היתה משלימה ומסכימה למצב עגום זה.

התנהגות הנתבעת עקב חקיקת חוק ההשתלות:

31. ברור שהנתבעת לא עשתה דבר לאחר חקיקת חוק ההשתלות, לא נטען שהיא שינתה את הוראות הפוליסות הקיימות, לא הפחיתה את הפרמיות שנהגה לגבות מבעלי הפוליסות עקב צמצום הכיסוי הביטוחי באופן שאינו חל על השתלות שהן בלתי חוקיות.

32. הנתבעת לא הודיעה למבוטחיה שהכיסוי הביטוחי השתנה עקב כניסת חוק ההשתלות לתוקף על מנת לאפשר להם למצוא פתרונות אחרים.

33. והחמור מכל הנתבעת אף לא הודיעה למבוטחים המועמדים להשתלה, כדוגמת התובע, שהפוליסה לא תחול על השתלות בלתי חוקיות המבוצעות לאחר כניסת חוק ההשתלות לתוקף.

34. במקרה שבפנינו, מה יותר קל היה מאשר להודיע לתובע שהפוליסה לא תכסה את ההשתלה הצפויה במידה והיא בלתי חוקית, או נוגדת הוראות חוק ההשתלות שנכנס לתוקף לאחרונה.

35. הנתבעת בהתנהגותה סללה את הדרך לביצוע השתלה, ללא שוני אם היא חוקית או בלתי חוקית. ובכך הורידה מכתפיה את האחריות עפ"י הפוליסה לביצוע השתלה במימון העולה בהרבה מההשתלה בפיצוי ובמקום לאשר את הפיצוי היא התנערה מאחריותה לתשלומו ובכך פטרה את עצמה מאחריות במימון ההשתלה שהתובע זכאי לה על פי הפוליסה, מאחר ולא ניתנת עו"ד לביצוע הואיל והיא כבר בוצעה על פי שטית הפיצוי.

הסתמכות התובע

36. כאמור, התובע חלה לפני כניסת חוק ההשתלות לתוקף ורופאיו קבעו שהוא זקוק להשתלת כליה עוד לפני כן, אולם, ביצוע ההשתלה נעשה לאחר כניסת חוק ההשתלות לתוקף, ניתן לקבוע שהזכות לקבלת הגימלאות עפ"י הפוליסה נוצרה לפני חקיקת חוק ההשתלות.

37. בהודעת האישור הנתבעת הודיעה לתובע שתביעתו להשתלת כליה אושרה "בהתאם לתנאי הפוליסה" (וההדגשה שלי – נ' מוראני).

עיננו רואות שהאישור הינו עפ"י תנאי הפוליסה שאינה מבחינה כפי שהוסבר לעיל בין השתלה חוקית לבין השתלה בלתי חוקית.

התובע היה רשאי לבחור במסלול א' או במסלול ב' והוא בחר במסלול האחרון ולא היה פסול בכך.

38. במידה והנתבעת הייתה מודיעה לתובע שתביעתו אושרה בהתאם לתנאי הפוליסה והביצוע צריך להיות בהתאם לחוק ההשתלות שחוקק לאחרונה יש להניח שהוא היה מכלכל את צעדיו בהתאם ויתכן והוא היה משנה את בחירתו ובוחר דווקא במסלול א' ולא מסכן את כספו האישי.

39. התובע הוציא מכיסו 65,000 יורו עבור ביצוע ניתוח ההשתלה תוך ידיעה שהוא יקבל פיצוי בסך 85,000 דולר והיה מוכן להפסיד את ההפרש לצורך הצלת חייו ושיפור איכותם, לעומת זאת, במידה והתובע היה יודע שלא יקבל פיצוי כלשהו עבור ביצוע ההשתלה יתכן ולא היה מוציא את כל הכספים שהוציא מכיסו והיה עומד על זכותו בתוקף לבצע את ההשתלה במסלול המימון.

40. עת הגיע מועד הפיצוי התפקחו עיניה של הנתבעת לפתע וראתה את הוראות חוק ההשתלות והלכה בריצה למפקח על הביטוח לשאול את דעתו ולשמוע את עצתו ומה יותר פשוט מאשר להגיד לתובע, הן על ידי המפקח והן ע"י הנתבעת לצערנו הוראות חוק ההשתלות אינן מאפשרות ביצוע התשלום עבור הפיצוי.

נפקות החזר של המפקח על הביטוח :

41. הוראות החוזר אינן חלות על המקרה שבפנינו הואיל ועפ"י הוראת 6 של החוזר תחילתו של החוזר מיום פרסומו והוא פורסם ביום 14.1.09.

42. בנוסף, הוראות החוזר אינן מחייבות ואינן גוברות על הוראות הפוליסה והוראות חוק ההשתלות ואין לחוזר תוקף משפטי וחשיבותו בכך שהוא מנחה את חברות הביטוח.

43. מעניין הוא, שהמפקח על הביטוח לא פיקח על חברות הביטוח ולא על הפוליסות הדומות לפוליסה נשוא תיק זה ולא הביע עמדה כלשהי בנושא בטרם חקיקת חוק ההשתלות על אף הדיעה שהייתה רווחת שישראלים יוצאים לחו"ל על מנת לבצע ניתוחי השתלות מהחי תוך השגת האיברים המושתלים באותן מדינות בדרכים בלתי חוקיות עפ"י החוקים של אותן מדינות.

המתח בין הוראות הפוליסה והוראות חוק ההשתלות:

44. כאמור לעיל, הפוליסה מהווה חוזה ביטוח בין הנתבעת לבין התובע ועפ"י דיני החוזים הצדדים מחוייבים לפעול בהתאם להוראות החוזה.

45. הוראת סעיף 42 לחוק ההשתלות קובעת:

"תחילתו של חוק זה ביום כ"ו בניסן התש"ח (1 במאי 2008)"

(להלן "יום התחילה").

46. נקודת המוצא של שני הצדדים הוא שהפוליסה (שהיא חוזה) יצאה לדרך בשנת 2004 כחוזה כשר וחוקי.

לעומת זאת ולטענת הנתבעת בשלב מאוחר של חייה של הפוליסה ביצועה הפך להיות בלתי חוקי, וזאת עם כניסת חוק ההשתלות לתוקף.

נשאלת השאלה מה דינו של חוזה כזה:

לכאורה סיטואציה כזו אינה נכללת בגדר סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) שאינו חל על ביצוע בלתי חוקי של חוזה הואיל וסעיף 30 הנ"ל מדבר על "חוזה", כריתתו תוכנו, או מטרתו הם בלתי חוקיים... בטל" בסעיף 30 לא מדובר על ביצוע בלתי חוקי של החוזה.

47. פרופ' גבריאלה שלו בספרה, "דיני חוקים – החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, התש"ה – 2005, עמוד 508 התייחסה לסיטואציה כזו והגיע למסקנה שהמקרה של ביצוע לא חוקי לחוזה אינו נכלל בגדר סעיף 30 לחוק החוזים אינה ראויה ועל מנת להתגבר על כך ניתן להגיע לתחולת סעיף 30 גם על חוזה שביצעו אינו חוקי באחת משתי דרכים.

האחת על ידי ראיית הסכמתם, המאוחרת לכריתה של שני הצדדים להשתמש בחוזה למטרה בלתי חוקית כחוזה חדש שמטרתו אינה חוקית.

השניה, באמצעות ראיית סעיף 30 כהוראת חוק דינמית, החלה אף על התרחשויות

מאוחרות.... החוזה.

ולדעתי פרופ' שלו, בדרך זו יחול סעיף 30 גם כאשר אי החוקיות הופיעה בשלב מאוחר בחיי החוזה, לאחר עריכתו, ולדעתה, פרוש רחב זה של סעיף 30 מתיישב עם הגיון הוראותו, הן במישור העקרוני והן במישור הקונקרטי.

48. לעומת דעתה זו של פרופ' שלו דעתו של פרופ' טדסקי שונה כפי שהובאה במאמרו **הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט משפטים כ"ב עמ' 227, 231**

"הסתירה הצפויה בהוראה הנ"ל, בין חוזה מסויים ובין חוק או תקנת הציבור, היא סתירה הקיימת בשעת הכריתה.

אם הסתירה תתקיים רק בהמשך הזמן, בשל שינוי שיבוא בחוק, לא יהיה מקום לביטול החוזה, לפי עקרון אי-הרטוראקטיביות המקובל במשפט הפרטי, ובדיני החוזים במיוחד."

49. בנסיבות המקרה שבפנינו, מקובלת עלי דעתו של פרופ' טדסקי וקובע שהשינוי שהתחולל לאחר חקיקת חוק ההשתלות אינו גורם לביטול הפוליסה לפי עקרון אי-הרטוראקטיביות המקובל בדיני החוזים.

50. הדבר מקבל משנה תוקף מאחר והזכות של התובע לקבלת הפיצוי נוצרה עוד לפני חקיקת חוק ההשתלות, הרי היא חלה לאחר תחילת הפוליסה ורופאיו המליצו על השתלה דחופה בטרם כניסת חוק ההשתלות לתוקף.

חיוב הנתבעת בקיום התחייבויותה עפ"י הפוליסה מטעמי צדק, גם אם החיוב הפך להיות בלתי חוקי:

51. במידה ונניח שסעד הבטלות של הפוליסה עפ"י סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) חל על המקרה שבפנינו, הרי סעיף 31 לאותו חוק קובע :

"...אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, ובתנאים שימצא לנכון, לפטור את צד מהחובה לפי סעיף 21 כולה או מקצתה ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו."

במקרה שבפנינו אין מחלוקת שהתובע קיים את חיובו לפי החוזה והשאלה הנשאלת : האם מן הצדק לחייב את הנתבעת בקיום חיובה כלפי התובע על פי הפוליסה ?

ברור שהסמכות הנ"ל המוענקת לביהמ"ש היא מרחיקה לכת ביותר ובהפעלתה יש יותר משמץ של עקיפת חוזה בלתי חוקי באמצעות בית המשפט, ולפיכך, יש לפרש סמכות חריגה זו על דרך הצמצום, ולשים לב לשיקולי הצדק שבהם תופעל ולתנאי שבו היא מותנית בגוף סעיף 31. (ראה גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי שם, עמ' 541).

לדעת פרופ' שלו בספרה , גם הגיון הדברים ומידת הצדק מתקוממים מול מצב שבו נתבע טוען אי החוקיות, "מחיק את מלוא טרפו בידיו" (כנוסחו של השופט ד לוי הע"א 335/78) ומבקש להשתחרר מן החובות שהחוזה מטיל עליו מכאן שרק כאשר

לא ניתן להסתפק מטעמי צדק בתרות ההשבה, ורק כאשר ביצע כבר התובע את חיובו לפי החוזה, יוכל ביהמ"ש לחייב את הנתבעת לקיים את החיוב שכנגד.

המקרה שבפנינו, הצדק היחסי בין הצדדים לחוזה זועק והרעיון של איזון אינטרסים בין הצדדים ומניעת ההתעשרות בלתי צודקת של צד אחד לחוזה פסול על חשבון משנהו לשמש גם במסגרת שיקולי הצדק שבסעיף 31 .

בית המשפט אינו יכול לא להתייחס לפניית ב"כ הנתבעת אליו במהלך הדיון והצהרתו : **" שרק בית משפט יגיד לי לשלם לתובע ואני אעשה זאת בשמחה"**.

אף נטען בסיכומי הנתבעת (סעיף 26 לסיכומים) שלולא החוק והחוזר, הנתבעת היתה משלמת סכום הפיצוי לתובע.

עובדה היא שהנתבעת שילמה לתובע את התשלומים החודשיים המגיעים לו עפ"י הפוליסה לאחר ביצוע ההשתלה.

שיקול הצדק, בנסיבות המקרה, מטה את הכף לחיוב הנתבעת בקיום חיובה כלפי התובע על פי הפוליסה, גם אם הפך להיות "נגוע" באי חוקיות.

52. סיכומו של דבר, ולאור כל האמור לעיל, אני מחליט לדחות את בקשת הנתבעת למתן רשות להתכונן וקובע שהתובע רשאי ליטול פסק דין בתיק העיקרי בהתאם לכתב התביעה.

53. הוצאות הבקשה יוטלו בגוף פסק הדין שינתן בנפרד.

המזכירות תמציא העתק מהחלטה זו לצדדים בדואר רשום.

ניתן היום, ז' טבת תשע"א, 16 דצמבר 2010, בהעדר הצדדים

נדים מורני, רשם